

普通高等教育法学**核心课**教材

总主编 徐祥民



法理学



主 编 李瑜青 苗金春



科学出版社

www.sciencep.com

普通高等教育法学核心课教材

总主编 徐祥民

法 理 学

主 编 李瑜青 苗金春

副主编 田先纲 于晓艺

科 学 出 版 社

北 京

内 容 简 介

本书是为满足高等院校的法学教育而编写的,用于法学的本科教育或专科教育。作者把学术界一些积极的新的理论和观点反映在教材的内容上,同时还注意在教学方法上的创新。全书的写作注重问题教学法的运用,每一章的设计首先把问题摆到读者的面前,章、节的推演过程就是问题的深入过程,如此的导入使整个教材的叙述环环相扣、跌宕起伏。本书是国内一部具有创新性的教材。

本书适用于普通高等教育法学专业本科生、专科生、司法实务工作者及参加司法考试的社会人士。

图书在版编目(CIP)数据

法理学 / 李瑜青, 苗金春主编. —北京: 科学出版社, 2008

普通高等教育法学核心课教材/徐祥民总主编

ISBN 978-7-03-021845-2

I. 法… II. ①李…②苗… III. 法理学-高等学校-教材 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 064556 号

责任编辑: 徐蕊 / 责任校对: 赵桂芬

责任印制: 张克忠 / 封面设计: 陈敬

科学出版社 出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

铁成印刷厂 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2008 年 6 月第 一 版 开本: B5 (720×1000)

2008 年 6 月第一次印刷 印张: 16 3/4

印数: 1—4 000 字数: 311 000

定价: 26.00 元

(如有印装质量问题, 我社负责调换〈铁成〉)

作者简介

李瑜青 哲学博士，华东理工大学法学院教授、博士生导师。代表性论著有《契约精神与社会发展》（山西人民出版社，1997年）、《人本思潮与中国文化》（人民出版社，1999年）、《当代中国社会阶级阶层透视》（上海人民出版社，2002年）、《法律社会学导论》（上海大学出版社，2004年）、《人文精神与法治文明》（法律出版社，2007年）。论著、译著30余部，并先后发表“契约精神与法律意识”、“法哲学的方法与理论定位”、“论法律的文化人格”等专业论文100余篇。

苗金春 法学博士，山东潍坊学院法学院副教授、院长。代表作有《语境与工具——解读实用主义法学的进路》；发表学术论文10余篇。

田先纲 法学博士，上海大学法学院副教授。代表作有《法理学》（副主编）、《法律社会学原理与应用》（合著）、《人文精神与法治文明关系研究》（合著）、《担保合同诉讼实务》（主编）、《行政诉讼》（主编）；代表性论文有《中西趋利性与法律观差异性比较》、《我国检察官的性质、职业特点及其职权配置的再思考》、《论平等、法治与人文精神》等。

王茂庆 法学硕士，山东科技大学文法学院副教授、法学系主任。代表作有《法律解释中的话语主体与主体话语》、《法律教育与法律理性》、《财政权的宪政分析》、《略论财政立宪在我国的可能性》。

杨斐 法学博士，广东外语外贸大学法学院教授。代表作有《我国法律修改的现状及其反思》、《法律修改与解释对市场经济社会的影响》、《法律修改必须重视过渡条款的规定》、《公司发起人与公司股东关系评析》、《WTO服务贸易法》主编（第一作者）。

于晓艺 法学博士，中国海洋大学法政学院讲师。发表“‘基本法律神话’的破灭”、“中国法学之自主性寻求”等学术论文10余篇。

赵杰 法学硕士，曲阜师范大学法学院副教授、院长助理。代表作有《性别的认定及其法律功用》、《占道模型：侵犯公共利益的原因分析》、《法理学》等。



中国的法学教育是一种多元化的法学教育，这是与我国现阶段对法律人才的多层次需求相适应的。目前，不同法学院校在不同的教学理念支撑下，对法律人才培养目标的定位逐渐明晰，以适应社会的多元化需求。教材作为法学知识的载体，也同样应当体现多元化的教育模式。

科学出版社在“立足科技、面向教育”的指导思想下，近十年来推出了大量适应不同层次需要的高校教材。在法学教育领域，也相继推出了若干富有鲜明特色和创新特点的教材，为我国法学教育的发展注入了新的活力。我们也仍将坚持科学与人文并举的方针，推出更多更优秀的法学教材。

2006年，教育部法学学科教学指导委员会对法学核心课程重新进行了调整，除了原有的14门核心课程之外，新增了劳动与社会保障法、环境与资源保护法两门课程作为法学的核心课程。这一调整反映了新的时代要求，与这一变革相适应，科学出版社与徐祥民教授及“普通高等教育法学核心课教材”编委会的其他专家共同策划，推出了本套教材。

本套教材定位于适应法学教学需求及多元化的人才培养理念，同时与司法考试进行有机衔接。因此，在策划本套教材的过程中，尤为注意对理论阐述进行精炼的要求，尽量突出教学中的重点内容使学生明确学习重点，避免因理论阐述内容过多而造成的混乱状况，以提高学习效果。

我们期待本套教材能成为教师授课和学生学习的得力助手，从而为我国法律人才的培养贡献新的力量。

科学出版社

编写说明

教材是对学科发展的集中反映,学科的发展必然反映到教材中来,而教材则应主动反映学科的发展变化;教材体系是学科体系的写照,学科体系的完善一定会对教材体系产生影响,而教材体系应当对学科体系的逐步完善给予准确的表达。中国法学经过一个多世纪的发展,经过一代又一代学人为之贡献智慧,经过社会实践,尤其是法制实践的一再检验和修正,经过与中外各种学说的反复交流、碰撞,已经形成了以不断丰富的马克思主义为指导,与我国的政治、经济、社会、历史、哲学、文化等相融相通,符合我国社会主义法治发展要求的完整体系。由教育部法学教学指导委员会确定的16门法学核心课程是对中国法学体系的一个浓缩,也是为适应普通高等教育法学本科阶段的教学的需要而对中国法学体系所做的一个提炼。为了在教学活动中更好地表达这个经过浓缩的法学体系,我们编写了这套教材——“普通高等教育法学核心课教材”。这是一个与我国的法学体系相一致的较为完整的教材体系。

法学的每个学科,比如法理学、民法学、刑法学、环境法学等,都是从事相关学科教学、研究的学者们在对古往今来的相关法律现象,对古今中外的相关法律实践总结、提升的基础上,通过对相关法学理论以及相关哲学、经济学、历史学等的研究结论的批判、吸收、借鉴等而形成的。它们都凝结了学者们的心血和汗水,同时,它们也都不可避免地带有创建、发展或阐述、加工相关学科的学者们所赋予的某些特点。每个学科都有自己特定的研究对象、基本理论、基本知识体系等,但作为主观创造物的学科也都因“创造者”对对象的理解的不同而存在解说上的某些差异。我们这套教材在总体设计上力求反映我国学界最通行的理解,目的在于给教学第一线的教师和受教育者一个能获得最大认同的知识体系和理论体系。同时,我们也注意发挥法律实践、学术研究对学科发展的推动作用,支持在学科系统既定情况下对学科的发展完善,赞成在基本理论体系不变的前提

下对学科具体知识、观点等作适应实践需要的调整、补充。在这个意义上,这套教材是参加编写的教授、专家们的作品,是他们的精神产品。

创造这些精神产品的教授、专家是以下各卷主编及其所率领的编写组成员:

《法理学》,主编:李瑜青(华东理工大学法学院教授、博士生导师)、苗金春(潍坊学院法学院院长、副教授)

《中国法制史》,主编:袁兆春(曲阜师范大学法学院院长、教授)

《宪法学》,主编:王德志(山东大学法学院教授、博士生导师)

《行政法与行政诉讼法》,主编:孟鸿志(山东工商学院法学院院长、教授)

《刑法学》,主编:于阜民(中国海洋大学法政学院教授)

《刑事诉讼法》,主编:姚莉(中南财经政法大学科研处处长,法学院教授,博士生导师)

《民法学》,主编:胡家强(中国海洋大学法政学院法律系主任、教授)、苑敏(济南大学法学院法学系主任,教授)

《民事诉讼法》,主编:王国征(青岛大学法学院副院长,教授)

《商法学》,主编:李光禄(山东科技大学法学院院长,教授)、袁晓波(哈尔滨理工大学法学院教授)

《知识产权法学》,主编:姜一春(烟台大学法学研究所所长,法学院教授)

《经济法学》,主编:李响(青岛科技大学政法学院副院长,教授)、任以顺(中国海洋大学法政学院教授)

《劳动与社会保障法学》,主编:张荣芳(武汉大学法学院副教授)

《环境与资源保护法学》,主编:徐祥民(中国海洋大学法政学院院长、教授、博士生导师)

《国际法学》,主编:赵海峰(哈尔滨工业大学法学院院长、教授)、杨惠(中国民航大学法学院教授)

《国际私法学》,主编:王利民(大连海事大学法学院教授、博士生导师)

《国际经济法学》,主编:赵云(香港大学法律学院副教授)

李响教授、巩固博士作为本套教材编委会的秘书长和秘书,也为本套教材的出版付出了辛勤的劳动。

总主编 徐祥民

2008年5月15日于青岛海滨寓所

目 录

出版说明 编写说明

第一章

法学与法理学	1
第一节 法学的概念和体系	1
第二节 法理学研究的对象、地位及与法哲学的关系	3
第三节 法理学的历史和学习方法	7

第二章

法的定义、特征与本质	12
第一节 法的定义和特征	12
第二节 法的本质	16

第三章

法的形式、效力与分类	24
第一节 法的渊源与法的形式	24
第二节 法的效力	29
第三节 法的分类	33

第四章

法的要素	36
第一节 法的要素概述	36
第二节 法律概念	38
第三节 法律规则	40
第四节 法律原则	43

第五章

	法律体系.....	48
第一节	法律体系概述	48
第二节	法律体系的结构	50
第三节	当代中国的法律体系	53

第六章

	法律关系	59
第一节	法律关系概述与分类	59
第二节	法律关系的主体	62
第三节	法律关系的客体	65
第四节	法律关系的内容	67
第五节	法律关系的运动	71

第七章

	法律责任.....	73
第一节	法律责任概述	73
第二节	法律责任的归结与免除	78
第三节	法律责任的实现	81

第八章

	法律程序.....	84
第一节	法律程序概述	84
第二节	正当法律程序	88

第九章

	法的起源与发展.....	94
第一节	法的起源和法的历史类型	94
第二节	法律继承、移植与法系	99

第三节 法制现代化.....	105
----------------	-----

第十章

法治与法治国家	112
第一节 法治概述.....	112
第二节 法治国家.....	118

第十一章

法的制定	128
第一节 法的制定与立法概述.....	128
第二节 立法原则.....	131
第三节 立法体制.....	135
第四节 立法阶段与立法程序.....	138
第五节 法的整理.....	143

第十二章

法的实施	147
第一节 法的实施概述.....	147
第二节 执法.....	149
第三节 司法.....	154
第四节 守法.....	159

第十三章

法律监督	168
第一节 法律监督概述.....	168
第二节 法律监督的功能.....	170
第三节 法律监督的体系.....	172

第十四章		
	法律方法	177
第一节	法律方法概说	177
第二节	法律推理	178
第三节	法律解释	181
第四节	法律论证	190
第十五章		
	法律文化	194
第一节	法律文化概述	194
第二节	法律文化的类型与传统	199
第三节	法律意识	203
第十六章		
	法的价值	208
第一节	法的价值概述	208
第二节	法的目的价值	214
第十七章		
	法的作用	227
第一节	法的作用含义与分类	227
第二节	法的规范作用的体现	229
第三节	法的社会作用的体现	233
第四节	法的作用的局限性	236
第十八章		
	法与社会	239
第一节	法与经济	239
第二节	法与政治	242

第三节 法与道德.....	246
第四节 法与科学技术.....	251
后记.....	254

第一章 法学与法理学

法理学的学习和其他课程的学习一样，首先必须对涉及该课程的一些最基本的概念有所了解，这自然要说明何谓法学及其体系、何谓法理学及其研究对象、法理学的历史和学习方法等问题，本章拟对这些问题进行探讨。

第一节 法学的概念和体系

一、法学的概念

在日常生活中我们经常为一些问题所困惑，如女性比男性早退休的依据是什么，私人为什么不能到处张贴传单等。当人们这样思考时，就涉及现实的法律规则，或法律规则与现实生活的矛盾冲突等，也就使自己进入一种境界，即询问现实法律规则正当性的理由。其实人们不仅要求了解现实的法律规则，而且还进一步要求了解现实生活本身的变化，及有关法律在现实生活中的实现及其价值等问题，其中有一个科学性的要求，法学就是随着法律实践发展而产生的一门学科。

由此，我们可以形成法学的一些基本概念。法学是专门研究法律现象这一特殊社会事物的科学。法律现象是复杂的，法学的研究对象不限于对一般法律规则（包括法律文件、条款）的研究，还要研究法律的本质、特征、发展、作用、制定、实施、监督等一切有意义的行为和由法律关系构成的法律秩序。法学研究这些法律现象，不能孤立地进行，由于它与社会的经济、政治、文化等诸因素有着内在的联系。因此，法学还必须研究与法律现象密切联系的社会关系、社会过程，研究对法律的存在和发展起着制约作用的社会诸因素。当然，法学研究的这些法律现象是一个动态的过程。法学属于社会科学。

从法学的研究对象可以发现其中的层次性。法的规律性是最为深刻的一个层次，其次是法的特征、发展、作用等相关的原理和原则，再次是用于调整社会与生活秩序的特殊规则。虽然作为最浅层次的法的规则或手段直接服务于现实生活人们的实践活动，但它受到较深层次的法的原理、原则以及最深层次的法的规律性的制约和支配。法学、法理学研究最为深刻的层次是揭示法的规律性，在此基础上，我们可以阐明法的原理、原则以及法的具体规则和手段。

作为区别于其他科学的独立知识体系，法学有两个方面的性质特别鲜明：其一，法学的研究总是指向法律现象或法律问题。例如，职业化法律语言的表达和

训练, 法律的逻辑思维, 法律的本质和特征, 法律的价值取向, 现实社会生活与法律的冲突, 等等, 这些都可以被纳入法学研究的范畴。其二, 法学具有很强的实践特质。^① 这当然是由一个国家的法律在现实社会中所承载的社会功能所要求的, 法学必须关注现实生活中法律的有效性以及存在价值, 要为法律对一定社会矛盾的合理解决作出论证或说明。

但法学作为一门科学, 与哲学、政治学、经济学、社会学、历史学等学科又有着密切的联系, 把握法学与这些学科的关系, 对于有效地学习法律知识很有意义。比如, 就法学与社会学来说, 讨论法律的社会功能、法律的社会基础、法律与社会的冲突问题等, 是这两个学科共同着力探讨的课题。因此, 学习法学有必要关注这些学科的研究成果, 而学科间相互交叉的渗透性研究是推动当代法学发展的重要方面。

在历史上, 人们对法学概念的理解呈现出复杂的情况。法学一词源于拉丁文 Jurisprudentia, 其含义是关于法律的知识或技术。古罗马法学家曾将其解释为是“人和神的事物的概念, 是正义和非正义之学”。法律科学一词(英文 science of law, 或德文 Rechtswissenschaft)则在 19 世纪后期才广泛使用。在中国先秦时期, 与现在的法学近似的词是“刑名之学”、“法术”等。这是因为中国古代所定之法多属刑法, 故刑名法术之学即是刑种、刑名的学问, 它要研究的是如何确定刑种和如何适用刑罚的问题。商鞅改法为律, 此后我国封建社会各代刑典一般称为“律”, 中国出现置律学的专门学问。其实, 律学与法学指的是同一事物。

西方法学概念在 19 世纪末经由日本传入中国。就法学研究的对象而言, 历史上不同的法学学派有不同的理解。但根据马克思主义经典作家的基本观点, 法律根源于物质生活关系, 我们既不能从法律规则本身来理解法律, 也不能从所谓抽象的人类精神的一般发展来理解它们。马克思主义法学批判地继承了人类历史上法学思想的积极成果, 第一次科学地揭示了法的本质、法产生和发展的基本规律等, 使法学逐渐成为一门科学。

二、法学体系

与任何其他学科相同, 法学也有自身的体系。但在讨论法学体系的概念时, 我们首先有必要把它与法学课程体系的概念、法律体系的概念区别开来。法学课程体系即法学教学组织部门根据教学的目的和需求制定的课程方案, 它当然要反映法学体系的内容, 但不可能表达其全部的内容。而法律体系, 是指一个国家各个部门法构成的整体。法律体系与法学体系存在联系, 但二者的角度及含义不

① 李瑜青:《人文精神的价值与法的合理性追问》,《上海大学学报》,2008年第1期。

同,如果说法律体系反映的是一国实在法的内容或框架,法学体系则是人们根据法学学科的发展和认知形成的法学各个分支学科有机联系的知识系统。法律体系是法学体系的基础,而法学体系则是从知识学角度来反映法律体系。

由于法律调整的社会关系的多样性及对法律现象分析的角度会有不同,对法学分支学科的划分虽有不少分歧,但较多学者认为法学可以划分为六大门类,其中每一个门类又包含若干分支。

(1) 理论法学。即以研究法的基本原理、概念、思想和规律的学科类别,其中包括法理学(法哲学)、立法学、法律解释学和法社会学等。

(2) 法律史学。即以历史上的法律思想、法律制度进行研究的学科类别,其中包括中国法制史、外国法制史、中国法律思想史、外国法律思想史和法史学等。

(3) 国内部门法学。即以一个国家各个法律部门进行研究所形成的学科类别,其中包括宪法学、行政法学、劳动法学、民法学、婚姻法学、经济法学、环境保护法学、刑法学和诉讼法学等。

(4) 外国法学。即以外国法律制度为研究对象的学科类别,其中包括外国民法学、比较民法学以及以国别来研究的专门法学等。

(5) 国际法学。即以涉及国家之间的各种法律进行研究而形成的学科类别,其中包括国际公法学、国际私法学、国际贸易法学、国际经济法学和国际刑法学等。

(6) 边缘法学。即以法学与其他的自然科学或社会科学相结合进行研究所形成的学科类别,其中包括法医学、物证技术学、刑事侦察学和司法鉴定学等。

这些不同的法学门类,按照不同的标准,又可以进行区分。例如,从认识论角度出发,法学可分为立法学、法律解释学和法律社会学;从与其他学科的关系角度,法学可分为法学本科和边缘法学;从国别的角度,法学可分为国内法学、国际法学、比较法学和外国法学等。

第二节 法理学研究的对象、地位及与法哲学的关系

一、法理学的概念

如前所述,法学体系是一个由诸多法学学科门类构成的知识系统,其中法理学则是法学体系中的理论法学门类,它是以理论形态存在的,以法的普遍适用的原理、范畴、原则、规律、价值等为研究对象的法学分支学科。具体来说,法理学研究的内容包括:第一,法律的一般原理,如法的产生及其发展的规律、法的本质与特征、法的作用与价值、法的历史类型等;第二,法律与社会政治、经济、道德、科学文化等诸现象的相互关系;第三,法律运作机制涉及的基本理

论,如法的创制、法的来源、法的规范、法的体系、法的实施、法的解释、法律关系和法律监督等。

二、法理学在法学体系中的地位

在整个法学体系中法理学的地位十分特殊。这种特殊性是由法理学研究对象的一般性和法理学论题的根本性所决定的。就法理学研究对象的一般性而言,它涉及的是关于法学的一般理论、基础理论或方法论。法理学论题的根本性是指法理学不只阐述某一种或某几种法律的问题,而是把法律现象作为一个整体来加以研究或思考。法理学的材料当然离不开具体的部门法以及历史上诸多法律理论和观点,但又不能停留于此。法理学的知识是通过具体的部门法以及历史上诸多法律理论和观点进行概括而获得的。当然,法理学这种概括性知识,其目的是为了对一定社会或国家的法及法学理论作一种知识性的阐释,对法学如权利、义务、法律规则、法律原则等一系列概念范畴作出这个国家或社会所要求的确定性和稳定性的说明,从而起到对法学基础知识统摄并在宏观的经验层次上一般把握法及法学的功能。

正是在上述的意义上,法理学与部门法学的关系构成是一般与特殊的关系。一般存在于个别之中,是对个别的抽象,个别中包含了一般,要以一般为指导。法理学可以为研究部门法学提供基本概念、基本原理和基本原则等,并以此对部门法学的研究起到指导作用。

但法理学这个“一般”知识的形成不仅仅是从那个“个别”,即部门法中提取思想养料。由于法理学涉及的知识内容是关于法学的一般理论、基础理论和方法论,这些知识内容和人类其他学科知识内容紧密联系在一起,共同反映人类在一定时期生活的样态、人文气息、价值取向等内容。由此对法理学的研究必须站在法学学科发展与其他学科相互关联的多角度思考,积极地吸纳其他人文科学、社会科学和自然科学的成就。正因如此,法理学有别于专注法律的应用与操作的应用性学科,其知识内容具有基础性、根本性和一般性,对各种应用法学具有理论指导作用。

三、法理学与法哲学的区别

法理学与法哲学的关系,我国学术界对此有过多次讨论,在理解法理学的概念上,明确法理学与法哲学的关系很重要。可以说,梁启超先生是我国最早使用“法理”概念的学者。在20世纪初中国的大学里就设过法理学的课程,日本法学家惠积陈重的《法理学大纲》曾于1928年由商务印书馆翻译出版。中国著名哲学家李达先生于1947年以马克思主义理论为基础,著有《法理学大纲》,并于1983年由法律出版社出版。我国法学教育界于20世纪80年代中期,把原定名

为法学基础理论的课程更名为法理学,至此法理学的概念为学界基本接受。法理学在世界不少国家又称法哲学,其实法理学与法哲学虽有交叉,但我们认为二者存在着明显的区分。

当然,在说明法理学和法哲学的区别上有诸多看法。有学者认为,法理学和法哲学在名称上的差异并不重要,重要的是在什么语境下使用这些概念。这种语境可以反映出你使用的概念所代表的学术传统、使用的方法和研究的问题。^①

有学者认为,法理学与法哲学之间有密切关系,要加以区分很困难。但从学科建设的角度,把两者加以区分具有重要意义。一般说来,法理学所研究的对象侧重于本国现时代的法律,寻找其中带有普通性的原理;法哲学所研究的是法学的世界观和方法论,所研究的是法的概念、法的全体、法存在的根本原因和追求的终极目标。^②

但笔者认为,法理学与法哲学的区别,主要和学科应用的方法论有关。法哲学是以一般法,即整体法律为研究对象。所谓“一般法”既指现实存在的包括宪法、行政法、刑法、经济法、国际法等全部法律领域,以及实施过程作为考察范围;也指古往今来一切类型的法律及其发展阶段的情况作为考察的范围,但它不是包罗万象地去罗列法现象,而是以哲学的形而上思维对一般法的关照,它运用的方法从本质上说是哲学的反思方法。哲学的反思方法的特点,黑格尔说得很清楚,“反思以思想的本身为内容,力求思想自觉其为思想”。就是说,反思是在原有思想或认识基础上的再思考,反思的这种特点必然有一种审视、思索、追根究源的要求。这样,法哲学作为一门理论法学的特点就很明显,它的研究对象具有普遍性、间接性和稳定性。反思决定了法哲学理论、观念等具有表现为超验的性质,就是说它不求法现象一般经验层次的描述性的东西,而是揭示或说明法现象背后本质性的要素。在语言表达上,它不是采用简单的指称性的方式,而具有高度的概括性和抽象性。它是从哲学角度入手,对与人类普遍相连的法学进行审视的一门学科,因此与法学的其他学科有明显的区别。法学的大部分学科属经验学科,直接面对一个实然世界,对象的有限性、直接性和易变性,使得这些学科在把握对象时追求对象世界因果关系结构的形式化表达,运用的主要是实证方法,通过对法律直接的描述、归纳等,得出具有某些共性的结论。在语言表达上,采用的主要是指称性的语言,其功能是描述,它以清晰作为自己的基本特征。语言的表征和符意、能指与所指之间的关系,尽量做到具有确定性,能一一对应。法理学虽然在范围上的对象是一般法,但在原本意义上运用的方法主要是实证方法,追求对诸多法学学科某些相似共性特征的描述、归纳、推理等,并由此确立

① 舒国滢:《走出概念的泥潭》,《学术界》,2001年第1期。

② 严存生:《法理学、法哲学关系辨析》,《法律科学》,2000年第5期。