

新编法理学



教程

黄建武 主编

广东高等教育出版社

新编法理学教程

主 编 黄建武

副 主 编 邓伟平 房文翠

编写人员 邓伟平 房文翠 彭 娟

矫 波 黄建武 刘 诚

广东高等教育出版社

· 广州 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

新编法理学教程/黄建武主编. —广州: 广东高等教育出版社, 2008. 8

ISBN 978 - 7 - 5361 - 3673 - 1

I. 新… II. 黄… 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 114408 号

广东高等教育出版社出版发行

地址: 广州市天河区林和西横路

邮政编码: 510500 电话: (020) 87557232

广州市新明光印刷有限公司印刷

开本: 787 毫米×960 毫米 1/16

印张: 21.25 字数: 366 千字

2008 年 8 月第 1 版 2008 年 8 月第 1 次印刷

印数: 0001—3 000 册

定价: 33.60 元

(版权所有, 翻印必究)

作者简介

黄建武 中山大学法学院教授，法学博士，中国法学会理事，中国法理学研究会理事，广东省法学会副会长。独著、主编、参与编著《法的实现》、《法理学》、《法理学教程》等著作十八部，发表《试论法对自由的确认与调整》等学术论文五十余篇。

邓伟平 中山大学法学院副教授，法学硕士，中国法学会会员，广东省法学会港澳法律研究会副总干事。独著和参与编著《澳门特别行政区基本法论》、《澳门民商法与冲突法》、《法理学研究》、《法理学》等著作二十五部，发表《略论澳门法律体系的建立和过渡》等论文四十余篇。

房文翠 广东商学院法学教授，法学博士，中国法学会法理学研究会理事。独著、主编及参与编著《法学教育价值研究》、《法理学》、《法理学教程》等多部著作，发表《关于证据排除规则的理性思考》、《法律角色的中西比较》等论文二十余篇。

彭娟 广州大学法学院副教授，法学硕士，中国法学会会员。合著及参加编写《法理学教程》、《法律基础教程》等著作多部，发表《论精神文明建设与司法环境优化》、《司法审查探源》等论文十余篇。

矫波 中山大学法学院副教授，法学博士。发表独著与合著学术论文《经济增长的制度基础》、《系统思维、可持续发展与法律的公平价值》、《从威权型法到自由民主型法》等二十余篇。

刘 诚 中山大学法学院副教授，法学博士。独著《现代社会中的国家与公民——共和主义宪法理论为视角》，发表《大国的共和之道——以美国立宪为例》、《为国家主义法制观正名》、《论法律渊源——以法学方法和法律方法为视角》等论文多篇。

编著说明

《新编法理学教程》是为适应高等学校法学专业教育编写的。本书编写立意在于向法科学生介绍法理学的基本原理、基本知识和基本法律方法，同时向学生介绍法理学研究的新成果，特别是介绍中国法学研究的新成就。为此，我们以黄建武等著《法理学教程》（广东高等教育出版社2005年版）为基础进行了重新编写。编写中一方面保留了原教材中成熟的观点，另一方面增添了新的内容，其新意主要在于以下方面：以科学发展观为指导，吸收了国家重大课题“马克思主义理论与建设工程”中“法理学”分课题的研究成果和编写大纲的要求，参考了最新的全国统一司法考试大纲的要求，吸收了学术研究的新观点，增添了新的教学内容。

本书结构的安排是基于法学本科教学特点和规律要求进行的，即将法的本体问题的内容放在教材的前部，而将法与社会其他现象的关系及法价值问题的内容放在教材的中、后部，这种结构便于将本科法理学教学分为两段，第一段在学生刚进入法学院时向其介绍实证法的理论与知识，为其学习部门法打好基础；第二段在学生有了一定部门法知识及社会知识后，向其介绍法与社会及法价值的基本理论和知识，可较好地提升学生的理论思维能力并深化其对部门法问题的理解。

本书的编著者多为长期从事法理学教学及研究的教师，也有带着新思想新成果加入的法理学新秀。我们力图编著出高质量的教材，希望本教材能够有益于法学本科的教学和研究生的学习参考。但是，每个编著者的研究有可能存在缺陷，同时，面对日益发展和深化的学术研究，以及不断提高的教学要求，

教材中有缺陷与浅陋也就在所难免，在此我们也真诚希望得到读者的批评指正。

编著者

写作分工（名字排列以所撰章节出现先后为序）

邓伟平：绪论、第二章、第三章、第十三章第一节、第十四章、第十五章。

房文翠：第一章、第五章、第十三章第二节、第十六章。

彭娟：第四章、第七章、第八章、第二十章（部分）。

矫波：第六章、第九章、第十一章、第十七章。

黄建武：第十章、第十二章、第二十章（部分）、第二十一章、第二十二章、第二十三章、第二十四章。

刘诚：第十八章、第十九章。

黄雪坚硕士对本书的注释做了大量的校对工作，在此特别致谢。

目 录

绪论	(1)
第一节 法学的研究对象、性质和职能	(1)
第二节 法学的历史	(2)
第三节 马克思主义法学的产生和发展	(6)
第四节 法学体系与法理学	(9)
第五节 学习和研究法理学的意义及方法	(12)

第一编 法的起源、本质和历史发展

第一章 法的起源	(16)
第一节 原始社会的社会调整	(16)
第二节 法产生的主要根源和一般规律	(19)
第三节 法与原始社会习惯的联系和区别	(24)
第二章 法的特征和本质	(26)
第一节 法的词源和词义	(26)
第二节 法的基本特征	(28)
第三节 法的本质和定义	(33)
第三章 法的功能和作用	(40)
第一节 法的功能	(40)
第二节 法的作用	(43)
第三节 法的功能和法的作用的关系	(49)
第四章 法的历史发展	(52)
第一节 法的历史类型	(52)
第二节 古代法律制度	(54)
第三节 近、现代资本主义法律制度	(57)
第四节 当代中国社会主义法律制度	(63)
第五章 法的继承和移植	(69)
第一节 法的继承	(69)

第二节 法的移植	(72)
----------------	--------

第二编 法的系统构成和法的效力

第六章 法的要素	(77)
第一节 法的要素概述	(77)
第二节 法的概念和原则	(78)
第三节 法律规范的含义和结构	(80)
第四节 法律规范的种类	(85)
第七章 法的体系	(89)
第一节 法的体系与法律部门	(89)
第二节 当代中国社会主义法律部门简介	(94)
第八章 法的渊源	(100)
第一节 法的渊源的概念	(100)
第二节 当代中国法的渊源	(101)
第三节 规范性法律文件的系统化	(104)
第九章 法的效力	(107)
第一节 法律规范的效力	(107)
第二节 法律规范冲突及确定效力关系的原则	(111)

第三编 法律调整和法的运作

第十章 法律调整	(115)
第一节 法律调整的概念	(115)
第二节 法律调整的机制	(120)
第三节 法律调整的方式、方法与类型	(124)
第十一章 法的创制	(128)
第一节 法的创制的概念和基本形式	(128)
第二节 立法体制	(130)
第三节 法的制定过程和程序	(134)
第四节 立法技术	(139)
第五节 中国社会主义法的制定的基本原则	(142)

第十二章	法的实现	(147)
第一节	法的实现的概念和基本形式	(147)
第二节	法的适用——司法	(151)
第三节	法的适用——行政执法	(157)
第四节	仲裁和调解	(161)
第五节	法的实现的正当程序	(165)
第十三章	法律解释和法律推理	(170)
第一节	法律解释	(170)
第二节	法律推理	(177)
第十四章	法律关系	(182)
第一节	法律关系的概念和种类	(182)
第二节	法律关系的主体	(185)
第三节	法律关系的内容——权利和义务	(188)
第四节	法律关系的客体	(193)
第五节	法律关系的产生、变更和消灭	(196)
第十五章	法律责任、法律制裁和社会治安综合治理	(199)
第一节	法律行为	(199)
第二节	法律责任和法律制裁	(205)
第三节	违法行为的预防和社会治安的综合治理	(209)
第十六章	法律监督	(213)
第一节	法律监督的概念与意义	(213)
第二节	国家监督	(216)
第三节	社会监督	(220)

第四编 社会主义法的地位和作用

第十七章	社会主义法与经济	(224)
第一节	社会主义法与经济基础	(224)
第二节	社会主义法与生产力	(228)
第三节	社会主义法与市场经济建设	(229)
第四节	社会主义法与可持续发展	(233)
第十八章	社会主义法与政治	(239)
第一节	法与政治的一般关系	(239)

第二节	社会主义法与共产党的政策	(244)
第十九章	社会主义法治与民主	(250)
第一节	法治与民主的含义	(250)
第二节	社会主义法治与民主的关系	(255)
第三节	社会主义法治国家的建设	(258)
第二十章	社会主义法与文化	(262)
第一节	法与文化的一般关系	(262)
第二节	社会主义法与道德	(264)
第三节	社会主义法与宗教	(269)
第四节	社会主义法律文化	(272)
第二十一章	社会主义法与利益	(277)
第一节	利益的含义与分类	(277)
第二节	法与利益的一般关系	(279)
第三节	社会主义法与利益的关系	(283)

第五编 社会主义法的价值

第二十二章	社会主义法的价值概述	(286)
第一节	法的价值的含义	(286)
第二节	法的价值目标在法律体系中的地位	(287)
第二十三章	社会主义法的价值目标	(291)
第一节	社会主义法与正义	(291)
第二节	社会主义法与秩序	(296)
第三节	社会主义法与人权	(299)
第四节	社会主义法与自由	(305)
第五节	社会主义法与安全	(309)
第六节	社会主义法与平等	(312)
第七节	社会主义法与效率	(315)
第二十四章	社会主义法的价值综合与构建和谐社会	(320)
第一节	价值取向的矛盾及原因	(320)
第二节	法的价值综合与构建和谐社会	(322)

绪 论

第一节 法学的研究对象、性质和职能

一、法学的研究对象

法学，又称法律学或者法律科学，是以法律现象及其发展规律为研究对象的科学，是社会科学的一个学科。法学既研究法律意识、法律规范、法律关系、法律行为等法律现象，也研究法律的产生、本质、特征、发展、作用、形式以及法律的制定、适用和遵守等问题，并在研究法律现象的同时，发现法律的发展规律。此外，法律现象是社会运动的一种特殊形态，研究法律现象必然涉及其他社会现象甚至自然现象。但法学对非法律现象的研究的出发点还是为了研究法律现象，它多侧重于研究法律现象与这些非法律现象之间的关系，如研究法律与经济、政治、文化、宗教、道德、科技等的关系。同样道理，许多其他学科的研究，如哲学、经济学、政治学、历史学、社会学和文学等的研究，也会涉及法律现象，但也仅仅是涉及，而不是专门进行研究。

二、法学的性质

法学随着法的出现而出现。作为一个学科，它具有科学性，它属于社会科学。因为运用法律来管理国家和社会，是有规律可循的。比如，法律的规定如何与社会的需要相适应，如何保证法律体系的完整，如何才能使法律得以遵守和贯彻，这些都具有规律性。法学的产生正是为了研究和揭示这些内容，因此法学具有科学性，具有科学的内容。同时，法学具有阶级性。因为法律的产生是与阶级的统治要求直接相联系的，法学产生于统治阶级有效运用法律实现统治的要求。因此，法学的价值、功能和内容均打上了阶级的烙印。所以，法学同法律一样，是有阶级性的。奴隶主、封建主或资产阶级的法学，生根于不同形式的私有制和剥削制度，它们的共同任务在于维护和巩固剥削阶级的经济关系，为确认和发展对剥削阶级有利的法律关系作辩护。以辩证唯物主义和历史唯物

主义为理论指导的无产阶级的法学即马克思主义法学，是建立在社会主义公有制的经济基础上，为维护、巩固和发展社会主义法制，从而为保证社会主义物质文明和精神文明的建设直至最后实现共产主义服务的。历史上从来没有对一切阶级一视同仁，或者对一种法制既不拥护又不反对的超阶级的法学。

三、法学的职能

法学的职能，是指由法学的性质所决定的其本身发挥作用的能力。法学主要有意识形态的职能、认识论的职能和应用的职能。

法学是关于法律和法律制度的知识和观点的系统总结，它可以影响人们的思想、价值观念，随着普法教育的大力开展，有利于提高人们的法制观念和法律意识。这是法学的意识形态职能的主要表现。

法学是一门社会科学，并且是一门对法律现象进行研究的社会科学，研究的结果有利于更进一步地指导我们的法律实践。即理论来自实践，又指导实践。这是法学的认识论职能。

法学的应用职能具有重大的指导意义，法学研究的某些解释、判断和结论，可以直接或间接地服务于法律实践。在当前我国法制建设还不健全的情况下，鼓励法学研究、推进法学研究对于社会主义民主、法制建设以及法治现代化起着重大的积极作用。

第二节 法学的历史

在谈到法学的起源时，恩格斯指出：“随着立法进一步发展为复杂和广泛的整体，出现了新的社会分工的必要性：一个职业法学者阶层形成起来了，同时也就产生了法学。”^① 也就是说，法学的产生以法律的产生为前提，又以文字的表述和记载为重要条件。作为比较系统的有关法律现象的理论、知识的法学，是在法律资料有了一定的积累，又有了专门研究这些资料的职业法学家阶层的条件下产生的。

一、中国古代法学的产生和发展

根据古代典籍记载，夏、商、西周时代有不少关于法律的论述，出

^① 《马克思恩格斯选集》，第3卷，539页，北京，人民出版社，1995。

现了以天命和宗法制度为核心的法律思想。特别是儒家经典之一的《尚书》，记载了周公姬旦的“以德配天”、“明德慎罚”的政策，他改变了商代“恃天命”、“擅刑杀”的统治方式，转而采取“重人事”的方针，这是古代法学思想的一大发展。

春秋战国是古代文化史上极为辉煌的时期，也是法律思想非常繁荣的时期。当时各种学说纷纷兴起，百花齐放，百家争鸣。其中，对法律的看法，是各家尤其是儒、墨、道、法四家争论的中心问题之一，法家更以主张法治而得名。法家总结了历史上的治国经验，详尽地论证了法律的性质和作用，提出了“不务德而务法”^①、“任法而弗躬”的法治主张。其中，李悝（？—约公元前395）搜集六国法令，初步列出法律的体系，编纂《法经》六篇，制成了最早的法典；商鞅（约公元前390—公元前338）在秦国主持变法，全面而深刻地阐释了法律的理论；韩非（约公元前280—公元前233）对法律作了大量的论述，集法家学说之大成，在中国法学的产生和发展史上具有十分重要的地位。《管子》、《商君书》、《韩非子》是迄今比较完整地保存下来的中国历史上最早的与法学有关的著作。

在封建社会时期，中国的法学理论有了一定的发展，促进了中华法系的形成，并影响邻国，留下了丰富的法学遗产。春秋战国的昌盛随着秦始皇统一中原而结束。到了汉代，由董仲舒所提出“独尊儒术”的主张，开启了儒家统治地位的序幕。此后，以儒家思想为主的儒法合流、礼法结合成为了法律思想的核心。其主要主张包括：为政以德、仁政、人治、德主刑辅、明刑弼教、宗法等级，等等。在以后的历史进程中，中国法学思想不断丰富，关于立法、执法和司法经验的总结和制度的系统建设，使中国的成文法体系成为人类法文化中的重要部分。鸦片战争以后，中国进入半殖民地半封建时期，法学的发展已经落后于西方。在清末变法过程中，中华法系受到了强烈的冲击，逐步瓦解。但是，中华法系的解体并不代表中国数千年的法律文化就此消亡。近现代中国法制在中西文化的冲突与融合下发展，时至今日，中国的传统法律文化仍深深地影响着人们的思想。

二、西方法学的产生和发展

西方法学的范围很广，通常指古希腊、古罗马奴隶制社会、西欧封建社会以及近现代的西方资本主义法学。一般认为，西方法学始于古希

^① 《韩非子·显学》，160页，上海，上海古籍出版社，1989。

腊、古罗马奴隶制社会的法学。在西方法学发展过程中,出现过自然法学派、历史法学派、分析法学派、社会法学派等法学流派。这些法学流派分别从不同的角度、以不同的方法解释和评价法律,对法律制度的发展产生了不同程度的推动作用,其思想观点也影响至今。

(一) 自然法学派

自然法学派是西方法学史上历史最悠久的一个流派。从古希腊、古罗马开始,历经中世纪、资产阶级革命时期,直至当代,虽有波折,却经久不衰,至今仍有强大的影响力和生命力。

在古希腊、古罗马时期,就有学者将法律分为自然法和人定法,认为自然法的效力在人定法之上,自然法是基本的法律。比如古希腊思想家亚里士多德就提出法律有自然法和成文法之分,成文法必须适合自然法才是正义的。

在中世纪的西欧,神学凌驾于一切之上,哲学、政治学和法学都隶属于神学。居于支配地位的神学法律思想认为,法律划分为永恒法、神法、自然法和人法四种类型。永恒法是神的自然法,是最高的法律。神法是神的成文法,是一切人类法律的源泉。自然法是上帝用来统治人类的法律,是永恒法的一部分,受永恒法制约。人法是对自然法的确认,是人的成文法,是通过国家机关根据自然法最终是根据永恒法制定的法律。

自然法学说在17世纪至18世纪进入全盛时期。为了替资产阶级的权利主张和资产阶级革命作辩护,以格老秀斯、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭等一批启蒙思想家和政治活动家继承和发展了古代自然法学说的思想,形成了古典自然法理论。这些学者从人性、人类理性出发,提出了天赋人权论和社会契约论,提出了自由、平等、人权、民主、法治的口号。这些理论和口号有力地打击了宗教神权和世俗君权的统治,推动了资产阶级革命,促进了资产阶级国家和资本主义制度的建立。

自19世纪开始,伴随着资产阶级政权的建立,自然法思想由于不符合统治阶级的要求而逐渐衰落,但到了19世纪末20世纪初,特别是第二次世界大战以后,又出现了复兴并影响至今。

(二) 历史法学派

历史法学派是19世纪初在德国首先兴起的与古典自然法学派相对抗的一个思想派别。历史法学派的创始人是德国法学家胡果,主要代表人物有德国法学家萨维尼和英国古代法制史学家梅恩。19世纪初,为了适应资本主义经济的发展,改变封建割据的局面,德国法学家对是否应制

定全德统一法典展开了激烈的论战，历史法学派就在这场论战中形成。

历史法学派认为，法律的内容和根据并不是超经验的自然法和抽象的理性，因为它们并不存在。法律不是立法者的创造物，而是世代相传的民族意识和民族精神的体现。每个民族都有自己的个性或精神，它们随着民族的存在而存在，随着民族的发展而发展，法律正是这种民族精神的表象，任何时代记录下的民族和民众的法律只不过是一种始终在变化着的文化演化过程的静态表象。也正是由此，法律主要体现为习惯法，习惯法是最有生命力的，其地位远高于成文立法。

历史法学派在德国兴起后逐步演变成 19 世纪资产阶级三大法学流派之一。到 19 世纪末 20 世纪初，历史法学派作为一种研究方法，已融合在分析法学和社会学法学中。

历史法学派关于法律是自发形成而非立法者任意武断意志之产物的观点，特别是他们强调法律与民族的文化相联系的观点具有一定的合理性，对匡正自然法学说的缺点，推动实证主义法学的产生和发展有一定意义。历史法学派虽然以“历史”为标准，但其理念却歪曲了历史本身，视各国法律之共性于不顾。其重视习惯法、轻视制定法的观点亦不足取。在 19 世纪的欧洲特别是德国的历史条件下，历史法学派更代表了一种守旧和复古主义的思潮。

（三）分析法学派

分析法学派是 19 世纪 30 年代在英国兴起的。当时英国资产阶级的政权已经稳定，但由于资本主义的全面发展也引起了社会各种矛盾的加剧和激化，法律在国家和社会领域的广泛运用成为必要，由此，对于法律系统自身的研究也就成为必要。以英国学者奥斯丁为代表的分析法学正是在这种条件下应运而生的。

奥斯丁的分析法学在对法律的解释中，以功利主义原则代替了启蒙思想家们所宣传的理性、自由和天赋人权等理论，提出了许多与古典自然法理论不同的观点，主要包括：继承了功利主义者边沁的主张，认为法律的目的是追求最大多数人的最大快乐；法学只研究“实际上是这样的法律”而应将法的价值因素排除在法学研究之外；法律是主权者的命令，是以国家强制力威胁为后盾的命令。

奥斯丁的分析法学在 19 世纪英国法系国家的法学中占有统治地位。它对 19 世纪主要资产阶级国家的立法和法律改革起着重大的推动作用，并促使法学成为一门独立的学科。进入 20 世纪，他的学说已由凯尔森为代表的纯粹法学和以哈特为代表的新分析法学继承和发展。纯粹法学派

把法律当作“纯粹”的、独立自主的规范体系进行研究,认为法学仅限于分析各种实在法律规范的结构和关系,既不探究法律与经济、政治等的关系,也不涉及人们实际上如何操作。新分析法学在注重对规则的研究的同时,也注意克服传统分析法学和纯粹法学的不足,承认道德对法律的一定影响。

分析法学派反映了资产阶级在一定时期的利益要求,也解决了法律自身构成的一些理论问题,在19世纪至20世纪成为一个有重要影响的法学流派。

(四) 社会法学派

社会法学派是19世纪末叶以来资产阶级法学的一个重要流派,也是几个类似派别的总称。社会法学派有两个显著的特点:一是以社会学的观点和方法研究法律;二是认为法律不应像19世纪那样强调个人的权利和自由,而应该强调社会利益。这一学派的主要代表人物有法国法学家狄骥,德国法学家赫克,奥地利法学家埃利希,美国法学家庞德、弗兰克、卢埃林等人。

社会法学派的研究方法及观点复杂多样,概而言之,他们的主要观点在于:认为法律是社会控制工具,法律的功能在于平衡或分配社会利益,真正的法律是有社会实效的规则,法学研究应当注重社会中实际存在的规则、官员们特别是法官的行为等。

社会法学派作为20世纪资产阶级法学的主要流派之一,其强调用社会学的方法研究法学,要求法学家注重实践,拓宽了法学研究的范围,但其过分强调“生活中的法律”而轻视“典籍中的法律”,这种观点显然也是有失偏颇的。

第三节 马克思主义法学的产生和发展

一、马克思主义法学的出现

在19世纪40年代以前,法学领域几乎一直由剥削阶级思想家、法学家垄断。他们为法学提供了大量的历史资料,在阐述法律现象的某些方面提出了合乎科学的观点,但由于阶级地位和时代的局限性,他们没有能够科学地阐明法律的本质及其发展规律。马克思主义法学的出现为法学领域带来了根本变革。马克思主义法学的产生,是与马克思和恩格斯