

士

新世纪高等学校

法学系列教材

法理学

Falixue

主 编 任广浩

副主编 叶立周 田宝会 刘国利 黄桂琴

河北人民出版社

中国政法大学图书馆藏

法理学

中国政法大学图书馆藏

中国政法大学图书馆藏



新世纪高等学校



法学系列教材

编委会

主 任 柴振国 刘志刚 董宝生

编 委 (以姓氏笔画为序)

马千海 王卫国 刘万才 刘志刚 刘丽霞 任立新 何秉群

李克荣 李益民 张继良 柴振国 董宝生 谢军安

法理学

Falixue

主 编 任广浩

副主编 叶立周 田宝会 刘国利 黄桂琴

河北人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学/任广浩主编. —石家庄:河北人民出版社,
2007.4

(新世纪高等学校法学系列教材)

ISBN 978-7-202-04444-5

I. 法… II. 任… III. 法理学-高等学校-教材
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 019184 号

丛 书 名	新世纪高等学校法学系列教材
书 名	法理学
主 编	任广浩
副 主 编	叶立周 田宝会 刘国利 黄桂琴

责任编辑	赵锁学 李向锋 甄 洁 王 岚
美术编辑	李 欣
责任校对	张三铁

出版发行	河北人民出版社(石家庄市友谊北大街330号)
印 刷	河北新华印刷一厂
开 本	720×960毫米 1/16
印 张	25
字 数	422,000
版 次	2007年4月第1版 2007年4月第1次印刷
印 数	1—3000
书 号	ISBN 978-7-202-04444-5/D·439
定 价	32.50元

版权所有 翻印必究

序

新世纪

高等学校法学系列教材

毫不夸张地说，近十年来，我国的法学教育一直在以超大规模和异乎寻常的速度发展着。这种发展的态势一方面确实反映了处于转型期的当代中国在社会主义法治建设方面对法律人才的巨大的现实需求，另一方面也反映了我国高等教育对于这种社会的现实需求的某种回应。当然，无论是我国社会对法律人才的这种巨大的现实需求，还是我国高等教育对于这种需求的回应，最终都必然要落实到高素质的法律人才的培养上。尤其是在如今，全球化已经不再是一个未来才可能出现的现象，而是一个真实的、在各方面都可以直接感知的当下事实的时代背景下，高素质法律人才的培养对于当代中国而言更是一个特别重要和紧迫的问题。

而在法律人才的培养中，法学教材居于特殊重要的地位：正是法学教材为法科学生提供了大体上统一的、法律的实践知识与理论知识的模本，法科学生通过法学教材可以习得并掌握一套既有别于日常语言又有别于其他行业语言的独特的法律话语系统，形成初步的符合现代法治精神和原则的、法律的思想观念，同时也同步地渐进培育着他们的法律思维方式。

在我国的法学教育中，“法理学”又始终被认为是中国法科学生的入门之学，是中国教育部法学教学指导委员会确定的十四门法学核心课程的第一门，

当然也就是中国所有法科学学生的必修课。但在我看来,“法理学”在我国高等法学教育中的功能和作用,并不在于对学生进行具体的法律知识的传授,而在于为他们“灌输基本的法治理念”、“传播现代法律的精神”、“培育职业法律思维”、“塑造理想的法律职业人格”,从而使他们“具备优良的法律头脑”。

以此为标准,当前的法理学教材的编写就显得特别的困难。这是因为,法理学教材必须充分体现并反映全球化的时代背景与当代中国社会主义法治建设实践的现实理论需求与实践经验;必须充分反映法学理论在国际国内学术领域的最新研究成果与进展;必须充分反映法学理论领域的学术传统与学术积淀;必须既向学生展现法学理论领域绝大多数学者的共识性成果,又应该体现出编写者自己的个性化的学术见解;既要向学生展现法学理论方面的知识、理论和思维,又要向学生进行标准的学术规范示范;既要向学生展示自由、平等、民主的学术态度,又要向学生示范严谨、踏实、实事求是的优良学风。

长期以来,我国的法理学教材的编写一直采取的是由教育部或者司法部组织一批学者共同编写在全国推荐使用的统编教材,以及各个地方和各个有条件和实力的法律院系单独编写,主要在本地区和本校使用的教材这样的教材编写组织方式。实践证明,这种教材编写组织方式基本上是成功的,它在保证全国法学教育在法理学课程方面的全国统一规格和标准的同时,也充分体现了教材体例、风格与学术观点的多样化与个性化,从而使当代中国法理学教材的编写呈现出百花齐放、百家争鸣的良好发展态势。同时,这种教材编写工作,不仅满足了不同地区、不同高等院校法律教育对于教科书的需求,而且也培养和锻炼了一大批法学理论领域在教学和科研方面的年轻骨干教师,充实了我国法学理论的教师队伍。而且,通过不同类型、不同风格的法理学教材的存在,使之在教科书市场上良性竞争,也将使我国法理学教材的整体质量和水平得到更大程度上的提高,从而对我国法学教育起到更为积极的推动作用。

摆在读者面前的这本法理学教材是河北省几所院校的法理学教师的集体合作作品。这本教材在选题上还是较好地反映了近几年来我国法理学研究的新课题,在一定程度上总结了近几年来国内外法理学理论研究的新成果,在保持一定的学术品位和思想含量的同时,也充分考虑到了学生的接受能力和各院校法理学教学的现状,既有作者自己的理论观点的阐发,又尽可能地采用了学术界相对成熟的共识性理论观点。

由于时间的关系,我并没有细读本书的全部文稿,而只是粗略地浏览了这些文稿,并就文稿中所存在的一些明显的技术错误跟个别参编者交换了意见,

并请其把我的意见转告有关作者。我尤其特别地给这本教材的主要参编者提出了在教科书编写中也必须注重良好的学风的问题,我认为这是学术工作和教学工作的大事情。所以,尽管这本教科书不可避免地存在这样那样的问题与不足,但我相信,只要本教材的各位编写者秉持对学生负责、对学术负责的态度,不断提升自身的法学理论方面的学术素养,不断总结自己法理学教学实践中的各种经验和教训,这本法理学教科书就一定能够日臻完善。

这是我作为法理学课程教师和法学理论科学研究人员对本教科书的真诚的希望和祝愿!

是为序。

姚建宗^①

2006年11月7日

^① 吉林大学法学院教授、博士法学理论专业博士研究生导师。

目 录

新世纪

高等学校法学系列教材

导 论	(1)
第一节 法学与法理学概述	(1)
第二节 法理学的研究对象、范围与方法	(8)
第三节 学习法理学的意义和方法	(14)

第一编 法本体论

第一章 法的概念	(19)
第一节 法的特征	(19)
第二节 法的本质	(24)
第三节 法的定义	(27)
第二章 法的要素	(32)
第一节 法的要素概述	(32)
第二节 法律规则	(34)
第三节 法律原则	(41)
第四节 法律概念	(46)
第三章 法律体系	(50)

第一节 法律部门与法律体系	(50)
第二节 当代中国的法律体系	(57)
第四章 法律渊源和分类	(65)
第一节 法律渊源概述	(65)
第二节 当代中国的法律渊源	(70)
第三节 法的分类	(74)
第五章 法的效力	(79)
第一节 法的效力	(79)
第二节 法律位阶	(87)
第六章 法律关系	(91)
第一节 法律关系概述	(91)
第二节 法律关系的构成要素	(95)
第三节 法律关系的发生、变更和消灭	(106)
第七章 法律责任	(111)
第一节 法律责任概述	(111)
第二节 法律责任的构成	(117)
第三节 法律责任的实现	(119)

第二编 法运行论

第八章 法的制定	(125)
第一节 立法概述	(125)
第二节 立法原则	(131)
第三节 立法程序	(135)
第四节 立法技术	(139)
第九章 法的实施	(144)
第一节 守法	(144)
第二节 执法	(148)
第三节 司法	(153)
第四节 法律监督	(163)
第十章 法律方法	(169)
第一节 法律方法概述	(170)
第二节 法律推理	(172)

第三节 法律解释	(175)
第四节 法律论证	(179)
第十一章 法律程序	(182)
第一节 法律程序概述	(183)
第二节 正当法律程序	(188)

第三编 法价值论

第十二章 法的价值	(195)
第一节 法的价值释义	(195)
第二节 法的价值体系	(200)
第三节 法的价值的协调	(202)
第四节 法的价值的作用	(205)
第十三章 法与人权	(208)
第一节 人权概述	(208)
第二节 人权的分类	(214)
第三节 人权的法律保护	(219)
第十四章 法与正义	(225)
第一节 正义的概念	(225)
第二节 正义论的形态	(229)
第三节 法与正义的关系	(235)
第十五章 法与效率	(241)
第一节 效率与法律效率	(241)
第二节 法律效率理论	(244)
第三节 法律的效率价值	(248)
第十六章 法的作用	(254)
第一节 法的作用概述	(254)
第二节 法的规范作用	(258)
第三节 法的社会作用	(260)
第四节 法的局限性	(263)

第四编 法演进论

第十七章 法的演进概述	(267)
--------------------------	-------

第一节 法的演进的含义及其动因	(267)
第二节 中西方学者的法律进化理论	(271)
第十八章 法的起源	(276)
第一节 原始社会的组织与规范	(277)
第二节 法的起源的一般规律	(281)
第十九章 法的发展	(288)
第一节 法的历史类型	(288)
第二节 法系	(293)
第二十章 法制现代化	(302)
第一节 法制现代化概述	(302)
第二节 法制现代化的类型	(305)
第三节 法制现代化的条件	(308)
第四节 中国的法制现代化	(311)
第二十一章 法治	(315)
第一节 法治理论概述	(315)
第二节 法治的要素	(319)
第三节 法治的基础	(322)

第五编 法社会论

第二十二章 法与经济	(329)
第一节 法与生产方式	(330)
第二节 法与市场经济	(335)
第二十三章 法与政治	(341)
第一节 法与政治概述	(341)
第二节 法与党的政策	(345)
第三节 法治政治	(349)
第二十四章 法与道德	(354)
第一节 法与道德的一般关系	(354)
第二节 法与道德的区别	(362)
第二十五章 法与科学技术	(365)
第一节 科学技术对法的影响	(365)
第二节 法对科学技术的影响	(369)

第二十六章 法律文化	(375)
第一节 法律文化概述	(375)
第二节 中西法律文化的差异	(377)
后 记	(385)

新世纪

高等学校法学系列教材

导 论

作为本书之始，导论主要讨论这样几个问题：法学是什么？法理学是什么？法理学在法学中处于一种什么样的位置？法理学的研究对象和研究方法是怎样的？我们学习法理学的意义何在？怎样来学习这门课程？

第一节 法学与法理学概述

一、法学

（一）法学

什么是法学呢？对于学习法学的人来说，这无疑是一个起始性、基础性的问题。

让我们先从对“法学”一词的渊源流变的考察开始。现代“法学”一词，来源于西方，是古罗马法学家留给人类的一笔历史文化遗产。在西语里，“法学”的拉丁语为 *Jurisprudentia*。该词由 *ius* 和 *providere* 合成，前者意为法律、正义、权利，后者表示先见、知晓、聪明、知识等，结合在一起表示有系统的有组织的法律知识、法律学问。据学者考证，“法学”一词至少在公元前 3 世

纪末罗马共和国时代就已经出现。到公元6世纪,查士丁尼皇帝在编纂《学说汇纂》和《法学阶梯》的时候,把古罗马的著名法学家乌尔比安对“法学”的定义——法学是神事和人事的知识,是关于正义与非正义的科学——收了进去,从而使得它在以后的岁月里慢慢流传开来,并对西方的法学研究和法律实践发生了重大影响^①。汉语中的“法学”一词最早在南北朝时代出现,但是和现代意义上的“法学”含义有很大差别,中国古代多用“律学”一词。现代意义上的“法学”一词乃是19世纪下半叶从日本传入。这一词语在19世纪末的日本已经成为一个基础性概念,通过翻译日文著作、留日学生的活动、日本法学家在中国的讲学以及中日政府间的交流的途径传进我国并被大量使用^②。

当代中国学者对法学的界定大多是从研究对象的角度来进行的,比如,“法学,又称法律学、法律科学,是研究法这一特定的社会现象及其发展规律的科学”^③,“法学是以法律现象为研究对象的各种科学活动及其认识成果的总称”^④,等等。近年来,也有学者对这一界定提出质疑并做了进一步解释的努力^⑤。

(二) 法学体系

法学以法律现象为研究对象乃是从整体意义上而言的。具体来说,法学又可以分为一些具体的分科,当然,这在国内外的法学著作中还没有一致的观点。比如,英国的《牛津法律指南》把法学分为理论法学和应用法学两大类,进而又分为7个部门:①法律理论和哲学;②法律史和各种法律制度史;③比较法研究;④国际法;⑤跨国国家法;⑥国内法;⑦附属学科,如法医学、法律精神病学等。以上第①项至第③项部门属于理论法学,第④项至第⑥项部门属

① 参见何勤华:《西方法学史》,第1~10页,中国政法大学出版社,1996。

② 参见何勤华:《汉语“法学”一词的起源及其流变》,载《中国社会科学》,1996(6)。另见于何勤华:《中国法学史》(第一卷),第1~23页,法律出版社,2000。

③ 这是张友渔、潘念之为《中国大百科全书·法学》一书撰写的导论性质的文章《法学》中对“法学”的界定。这一界定也是中国法学界的主流界定方式。见于《中国大百科全书·法学》,第1页,中国大百科全书出版社,1984。

④ 张文显主编:《法理学》(第2版),第2页,高等教育出版社,2003。

⑤ 参见黄文艺:《“法学”释义》,载《吉林大学社会科学学报》,2000(5)。另见黄文艺:《法学是一门什么样的科学》,载《法制与社会发展》,2001(3)。

于应用法学,第⑦项部门本身并不研究法律问题,但同所发生的法律问题有联系^①。国内学者对法学具体部门的划分大致有四种:一是从和具体法律部门对应的角度把法学划分为:①国内法学,包括宪法学、刑法学、民法学、行政法学等;②国际法学,包括国际公法学、国际私法学等;③法律史学,包括法制史和法律思想史;④外国法学和比较法学,通常是对不同国家的法律以及对不同国家的法律进行比较的研究。二是从法律的运行角度来进行划分,包括立法学、法律解释学、法律社会学等。三是从认识论的角度把法学分为理论法学和应用法学,前者又称法学基础理论、法理学,主要研究法的基本概念、原则、原理和规律等,后者多指在社会中实际应用的法学学科。四是从法学和其他学科的关系的角度将法学分为法学本科和法学与其他学科之间的边缘学科,如刑事侦查学、法医学、证据学、法律教育学等。

二、法理学

(一) 法理学与法哲学

在法学界,与法理学相关的还有一个名词是法哲学。这两者之间的关系关系到对法理学的理解。我国学者在这个问题上大致有两种观点:第一种观点认为法理学即法哲学。“上述意义(指作为法学的一般理论、基础理论和方法论——编者注)上的法哲学与法理学是两个交互使用并可以互相代替的概念。其内容是一元的,而不是二元的”^②。第二种观点认为法理学和法哲学是两个不同的学科。持这种观点的学者有的认为,“法哲学是从哲学的角度和用哲学的方法来研究法律理论和实践问题的一门学科,它以法学世界观和方法论为研究对象,是介于哲学和法学之间并兼具有二者属性的一种综合性、交叉性和边缘性学科”^③。有的学者认为,“法哲学是从法学的角度,对人的生存状态、人的生存价值和人的生存目的,即人的自由全面发展与完善的哲学透视;或者

① 参见 D. M. Walker (ed.), *The Oxford Companion to Law*, Oxford University Press, 1980, p. 754. 转引自张文显主编:《法理学》(第2版),第3页,高等教育出版社,2003。

② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,第5页,法律出版社,1996。张文显教授在这里运用语义分析的方法对法哲学与法理学的关系予以了廓清。国内学者持此观点的还有沈宗灵教授和台湾地区的学者洪逊欣等。

③ 吕世伦、文正邦主编:《法哲学论》,第40页,中国人民大学出版社,1999。另可参见文正邦:《当代法哲学研究与探索》,第83~112页,法律出版社,1999;倪正茂:《法哲学经纬》,第677~697页,上海社会科学院出版社,1996,在这本书中他总结概括了关涉法哲学与法理学关系的四种观点;黄文艺:《法哲学解说》,载《法学研究》,2000(5),在本文中他总结概括了思辨型法哲学、实证型法哲学、语言学法哲学和批判型法哲学四种法哲学类型。

说,法哲学是从法的角度对人的现实存在的哲学理解和对人的未来的理想存在的终极关怀”^①。

法理学和法哲学的关系问题是一个比较复杂的问题,它涉及到二者的学术传统、研究旨趣和研究方法等问题^②。就国内学者的分歧而言,在我们看来,第二种观点的提出在某种意义上是对长期以来我国的法理学研究与政治学研究不分彼此以及许多法理学研究仅仅是停留在对实证的法律规定、领导人的讲话进行注释的层次上,缺少学科独立性和对现实和既有理论的反思与批判的状况的反思后提出的^③。如果对法理学抱持一种法学的一般理论、基础理论和方法论来说,二者是一致的,没有区分的必要。

我们赞同认为法理学是法学的一般理论、基础理论和方法论的观点。

1. 法学的一般理论

一般是与个别相对而言的,一般与个别的关系就是共性和个性的关系,也就是矛盾的普遍性与特殊性之间的关系。“所谓一般、共性,就是包含于各个不同事物中的普遍本质、存在于各个个别之中的共同特点”^④。现实的事物总是具体的、复杂多样的,这是个别;通过思维的抽象过程,个别就上升到了—般。思维抽象的过程形成了概念,概念是对事物的内部联系和一般本质的反映。

法理学也是一样,它是对法律现象抽象思考的产物和表现。这样说还不足以表达法理学的独特性,因为具体的部门法学也是对法律现象的一般思考。法理学的一般相对于具体法学来说更为抽象。比如,社会生活中出现了某一种情况,不管是禽流感、SARS,还是别的什么突发事件,对社会秩序的维系构成了现实的影响,从部门法学的角度来讲就要思考我们有没有相关的制度对社会生活中的突发事件进行调控,国外对类似情况有什么样的应对措施,进而提出建立或完善我国相应制度的设想。这就属于一般思考了,它对禽流感、SARS

① 姚建宗:《法哲学批判与批判的法哲学——对法哲学科学本性的一种理解》,载《吉林大学社会科学学报》,1998(1)。另可参见姚建宗、徐岱:《为法哲学申辩:法哲学研究提纲》,载《法律科学》,1998(1);姚建宗、石东风:《科学批判与法哲学的发展》,载《法学》,1999(6)。

② 参见沈宗灵:《现代西方法理学》,第5~11页,北京大学出版社,1992。另可参见舒国滢:《在法律的边缘》,第105~118页,中国法制出版社,2000。舒国滢教授在这篇《走出概念的泥潭——“法理学”与“法哲学”之辨》中比较详细地分析了二者的渊源、异同,也分析了国内关于二者区分的初衷与前景。

③ 参见吕世伦、文正邦主编:《法哲学论》,第55~56页,中国人民大学出版社,1999。

④ 高清海:《高清海哲学文集》(3),第297页,吉林人民出版社,1997。

等社会突发事件内部的联系进行分析、判断,对国外的相关研究和制度进行比较,对我国相关事件的独特性进行分析,然后得出较为一般的结论来。那么,什么是法理学的思考呢?从法理学的角度来思考那就是社会控制的法的方式、理念了。打个比方,我看到张家有张床,李家有张床,我考虑我要安置一张什么样的床,这是一种思考。我考虑床本身的问题了,什么是床?床应该是什么样的?这也是一种思考。但后一种思考要更为抽象一些,前一种思考是在床这一概念存在的前提下进行思考,后一种思考则是对概念本身进行思考。法理学是法学中对法律现象的最一般的思考方式,它是从宏观的或整体的角度来研究法的一般性问题。法理学是法学的世界观。就一个人来讲,有什么样的世界观决定了他(她)有什么样的人生观和价值观,决定了他(她)的行为方式。法理学不是具体的告诉人们该怎么处理生活中的繁琐之事,但毋庸置疑的是,每一个神智正常的人的行为背后总有自觉或不自觉的意念在支配着他(她)。在这里,我们套用柏林对哲学的理解来说明这一点。他指出:“道德哲学家的任务并不是规定人们必须选择哪种哲学,而是向人们解释所涉的问题和价值;分析、划定正反两方的论点;阐明人们必须做出抉择的相互冲突的生活形态、人生目的和生活代价。”^①

2. 法学的基础理论

《现代汉语词典》对“基础”这个词的解释,一是指建筑物的根脚,二是指事物发展的根本或起点。前一解释比较形象,后一解释比较抽象,表达的意思具有共同性。高楼大厦的起始和稳定在一定意义上取决于它的根基,法学也是一样。人们对于现实的法的现象的理解与应对源于对法的根本认识,把法作为统治管控社会大众和把法作为为大众服务的一种方式都是对法的理解,这会形成对法与人的关系的不同的思考,进而产生不同的思考方式和行为方式。

法理学作为法学的基础理论集中体现在它为法学思考提供起始性的概念、理念、原则、原理上。浏览古今中外的人们对于人的法的生存方式的思考方式、内容与结论,我们不难发现这是一个不断演变的过程。在社会发展的不同阶段,社会各构成因素的相互作用使得时代的精神总是会有这样或那样的不同。同时,身处社会不同阶层的人们基于自身的需要会产生不同的要求,人们对秩序的要求也会呈现出各异的观点。社会总是在这不同中寻求统一,在冲突

^① [英] 布莱恩·麦基编,周穗明、翁寒松等译:《思想家——与十五位杰出哲学家的对话》(第2版),第8页,生活·读书·新知三联书店,2004。