

北京大学现代远程教育法学专业指定教材

# 法理学



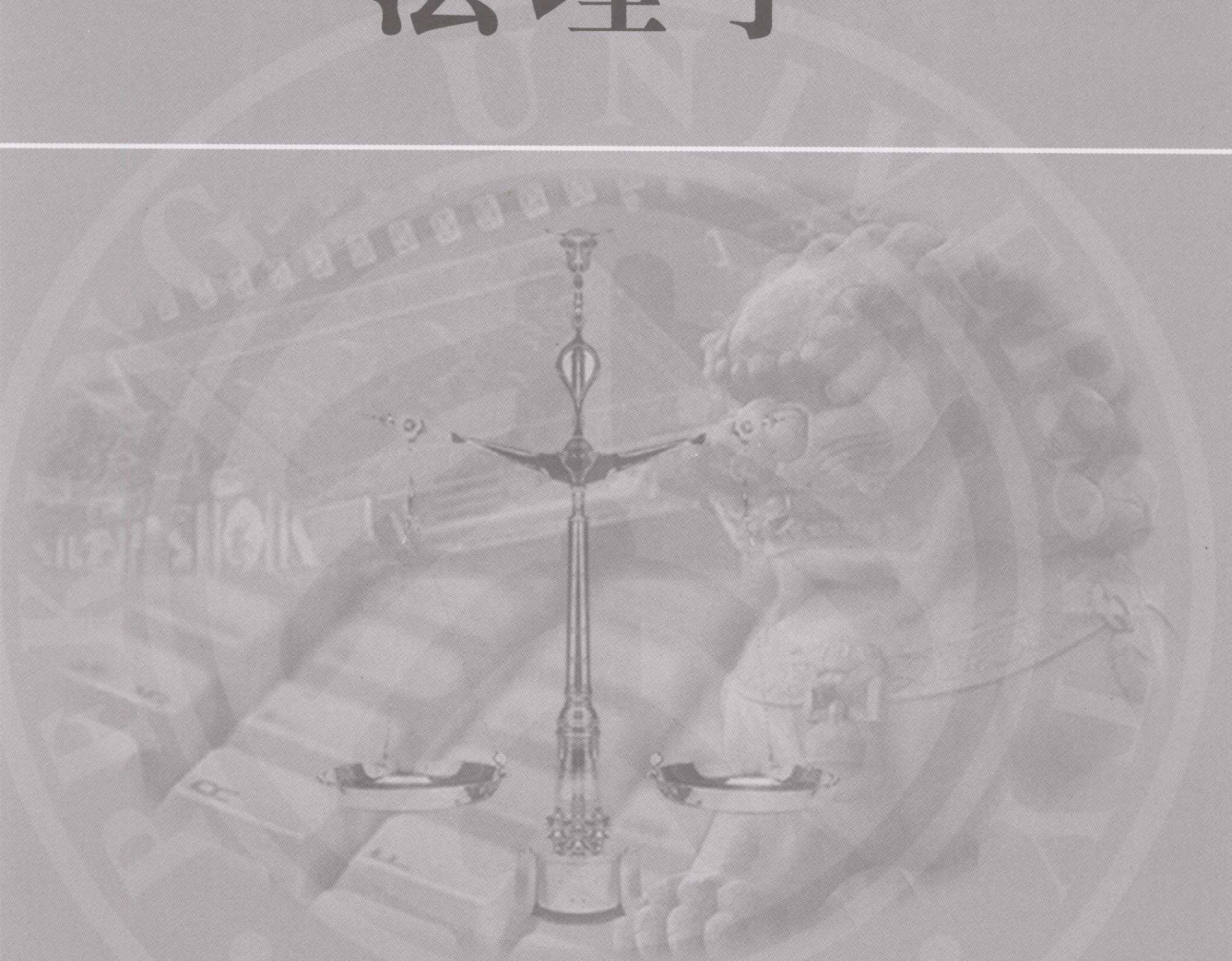
周旺生 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



# 法理学



周旺生 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

**图书在版编目(CIP)数据**

法理学/周旺生著. —北京:北京大学出版社,2006.6

(北京大学现代远程教育法学专业指定教材)

ISBN 7-301-08380-7

I. 法… II. 周… III. 法理学-远程教育-教材 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 069597 号

书 名: 法理学

著作责任者: 周旺生 著

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 7-301-08380-7/D·1042

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 涿州市星河印刷有限公司印装

经 销 者: 新华书店

787 毫米 × 1092 毫米 16 开本 19.25 印张 484 千字

2006 年 6 月第 1 版 2006 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 编写说明

现代远程教育是伴随科学技术,特别是网络技术的发展而产生的一种新的教育手段。从2001年开始,北京大学法学院结合现代远程网络教育的特点,组织编写了《北京大学现代远程教育法学系列教材》,并与最高人民法院、最高人民检察院合作在国家司法机关系统内成功地举办了现代远程网络法学学历教育。

法学教育如何与社会实践相结合,尤其是与国家司法考试制度相衔接的问题,这些年来一直是各高等法学院校非常关注的问题之一。但是,尽管各院校一致认可国家司法考试制度将成为我国法学教育改革的“指挥棒”,然而直到目前各院校并未在全日制院校法学教育方面作出新的改革动作。究其原因,目前关于法学教育的性质之争是全日制法学教育改革的“拦路虎”。

从法学教育的性质看,如果成人教育继续照搬和采用全日制法学本科教育的模式和方法,未必适应在职人员继续学习的需求。因为成人教育的培养目标是以培养职业性法律人才为指向,他们学习的主要目的除了增加知识和应对工作中存在的现实问题外,相当多的一部分就是为了参加国家司法考试。

“北大是常为新的。”针对成人法学教育的需求和特点,同时也为了对全日制法学教育改革作出有益的尝试,从2003年起北大继续教育部、网络教育学院和法学院就将法学远程教育的教学计划与日益完善的国家司法考试制度相衔接和相适应等问题纳入议事日程。在多次调查研究和反复论证分析的基础上,我们决定在原有教材的基础上重新修改编写一套《北京大学现代远程教育法学专业指定教材》。其特点在于:既融合了法学各学科最新研究成果,又吸收了国家司法考试大纲的指定内容;既适用于现代远程教育,又适用于全日制普通高校法学专业教学。本书就是这套教材中的一本。

考虑到现代远程(网络)教育的学习特点,我们还专门制作了与教材相配套的学习课件并在网上开通了相关的课程答疑、学习辅导、司考知识、自测与训练等栏目。学员登录北大法学院远程教育办公室网站([www.pkulaws.com](http://www.pkulaws.com))或北大法律信息网教育频道([edu.chinalawinfo.com](http://edu.chinalawinfo.com))以及北大现代远程教育网([www.smde.pku.edu.cn](http://www.smde.pku.edu.cn))均可下载或者点播。

北京大学是2003年国务院学术委员会批准的首批在法学一级学科设立博士点(群)的单位,因此我们感到有责任,也有义务在法学远程教育方面为国家作出较大的贡献。在此,我们还应当感谢法学院各学科带头人和著名教授们在法学远程教育的教材编写、课件制作以及教学工作上的大力支持。特别值得一提的是,北大英华科技有限公司、北大法律信息网([www.chinalawinfo.com](http://www.chinalawinfo.com))在法学远程教育方面对科研技术、人员和设备、信息资料和资金安排上的全力投入。部分曾参与国家司法考试工作的北大法学院教授还根据他们的经验对教材内容的安排和设计提出了极具学习、复习和辅导价值的思路 and 方案。在此谨向他们表示衷心的感谢。

北京大学法学院远程教育办公室

2006年5月8日



# 目 录

第一章 绪论 .....	(1)
第一节 法学是什么样的学问 .....	(1)
一、法学是历史和国情的范畴 .....	(1)
二、法学是经世致用的学问 .....	(2)
三、法学以法为主要研究对象 .....	(3)
四、法学的体系和学科界分 .....	(6)
五、法学的研究方法及其体系 .....	(8)
第二节 法理学的学科问题 .....	(10)
一、法理学的含义和冠名 .....	(10)
二、法理学和法哲学 .....	(11)
三、作为独立学科的法理学 .....	(12)
四、法理学的对象和范围 .....	(14)
五、法理学在法学体系中的位置 .....	(16)
第三节 法理学的构成及资源性要素 .....	(18)
一、法理学的三大构成要素 .....	(18)
二、法理学构成的实际境况 .....	(20)
三、法理学渊源中的资源性要素 .....	(22)
四、法理学要素:理论学说 .....	(23)
五、法理学要素:流派思潮 .....	(25)
六、法理学要素:人物作品 .....	(27)
第四节 中西方法理学历史鸟瞰 .....	(29)
一、中国先秦时期的法理学 .....	(30)
二、中国后秦时期的法理学 .....	(31)
三、希腊罗马时代:西方法理学源头 .....	(31)
四、欧洲中世纪:神权观和注释人文学派 .....	(33)
五、革命时代:启蒙和古典自然法学派 .....	(34)
六、转变和发展:19世纪三大法学流派 .....	(35)
七、当代西方法理学掠影 .....	(38)
第二章 法的概念 .....	(39)
第一节 法的概念界说 .....	(39)
一、法的概念定义 .....	(39)
二、理解法的概念的视角和方法 .....	(39)
三、真实的法和理想的法 .....	(41)

四、具体的法和一般的法·····	(41)
五、完整的法和局部的法·····	(42)
六、本质的法和形式的法·····	(43)
第二节 法的特征·····	(43)
一、法是为主体提供行为标准的社会规范·····	(43)
二、法是以国家政权意志形式存在的社会规范·····	(44)
三、法是作为司法机关办案主要依据的社会规范·····	(47)
四、法是普遍的、明确的和肯定的社会规范·····	(48)
五、法是以权利和义务为主要内容的社会规范·····	(50)
第三节 法的本质·····	(51)
一、法的现象和法的本质·····	(51)
二、关于法的本质的若干论说·····	(52)
三、中国学界现时有关法的本质的若干观点·····	(53)
四、法的本质所在·····	(55)
第四节 法的要素·····	(57)
一、法的要素释义·····	(57)
二、规则·····	(58)
三、原则·····	(62)
四、概念·····	(65)
第三章 法的价值·····	(67)
第一节 法的价值的基本问题·····	(67)
一、法的价值界说·····	(67)
二、法的价值何在·····	(68)
三、法的价值特性·····	(70)
四、法的价值观·····	(72)
五、国家司法考试辅导用书论法的价值·····	(74)
第二节 法律秩序·····	(77)
一、人类面前的两种秩序·····	(77)
二、法律秩序诠释·····	(77)
三、法律秩序价值的位阶·····	(79)
四、法律秩序价值的类别和体现·····	(80)
五、法律秩序的价值实现及条件·····	(81)
六、法律秩序的价值尺度和实现方法·····	(82)
第三节 法律利益·····	(84)
一、作为生活资源的利益·····	(84)
二、法律利益与法律权利·····	(85)
三、法律利益的成因和实现·····	(86)
四、法律利益调处的标准和原则·····	(87)

第四节 法律正义 .....	(89)
一、作为高层次伦理规范的正义 .....	(89)
二、正义的统辖范围及其类别 .....	(91)
三、正义的基本属性和本质 .....	(93)
四、法、正义、法律正义辨误 .....	(95)
五、法律正义和正义 .....	(96)
六、法律正义和法 .....	(97)
七、法律正义的成因 .....	(99)
八、法律正义实现的方式和途径 .....	(100)
九、法律正义的实现与法治建设 .....	(102)
第四章 法的起源和发展 .....	(104)
第一节 法的起源 .....	(104)
一、法的起源观 .....	(104)
二、原始社会的社会组织和社会规范 .....	(105)
三、法的起源的原因、标志和规律 .....	(107)
四、法与原始社会规范的异同 .....	(109)
第二节 法的历史发展 .....	(110)
一、法的历史类型 .....	(110)
二、古代法:奴隶制法 .....	(112)
三、古代法:封建制法 .....	(115)
四、资本主义法 .....	(121)
第三节 民法法系和普通法法系 .....	(126)
一、法系的概念 .....	(126)
二、民法法系 .....	(127)
三、普通法法系 .....	(128)
四、民法法系和普通法法系的比较 .....	(129)
五、民法法系和普通法法系的融合 .....	(132)
第四节 法的继承和法的移植 .....	(132)
一、法的继承 .....	(132)
二、法的移植 .....	(133)
第五章 法和社会 .....	(136)
第一节 法和经济 .....	(136)
一、法和经济关系的历史发展 .....	(136)
二、法和经济的一般关系 .....	(137)
三、法和经济体制改革 .....	(139)
四、法和市场经济建设 .....	(142)
第二节 法和政治 .....	(144)
一、法和政治的一般关系 .....	(144)
二、政治体制改革和法治建设 .....	(146)

三、依法执政和政治文明 .....	(149)
<b>第三节 法和国家</b> .....	(150)
一、国家的概念 .....	(150)
二、法和国家的相互关系 .....	(151)
<b>第四节 法和政策</b> .....	(153)
一、政策的概念 .....	(153)
二、法和政策的一致性和区别 .....	(153)
三、法和党的政策的相互作用 .....	(154)
四、从依靠政策向既重视政策更重视法治转变 .....	(155)
<b>第五节 法和道德</b> .....	(156)
一、道德的概念 .....	(156)
二、法和道德的一致性和区别 .....	(157)
三、法和道德的相互作用 .....	(159)
<b>第六节 法和科技</b> .....	(161)
一、法和科技的一般关系 .....	(161)
二、当代中国法和科技 .....	(162)
<b>第六章 立法</b> .....	(165)
<b>第一节 立法的概念</b> .....	(165)
一、立法释义 .....	(165)
二、立法的特征 .....	(166)
三、立法的外延 .....	(168)
四、立法与法的制定和法的创制 .....	(169)
<b>第二节 立法体制</b> .....	(170)
一、立法体制的含义和构成 .....	(170)
二、当今世界主要立法权限划分体制 .....	(171)
三、中国现行立法权限划分体制 .....	(172)
<b>第三节 立法过程和立法程序</b> .....	(173)
一、立法过程 .....	(173)
二、立法程序 .....	(175)
<b>第四节 立法的原则</b> .....	(177)
一、立法原则界说 .....	(177)
二、中国立法的基本原则 .....	(179)
<b>第七章 法的渊源和法的形式</b> .....	(184)
<b>第一节 法的渊源</b> .....	(184)
一、法的渊源释义 .....	(184)
二、法的渊源的范围和种类:资源、进路和动因 .....	(185)
三、法的渊源的价值及其实现 .....	(187)
四、当代中国主要法的渊源 .....	(188)



第二节 法的形式 .....	(190)
一、法的形式概述 .....	(190)
二、法的形式和法的渊源的界分 .....	(191)
三、当代中国法的形式 .....	(193)
四、规范性法律文件的规范化和系统化 .....	(196)
第八章 法的体系和法的分类 .....	(199)
第一节 法的体系 .....	(199)
一、法的体系释义 .....	(199)
二、法的体系的客观性 .....	(200)
三、法的体系和法的部门 .....	(201)
四、中国法的体系的宏观框架 .....	(202)
第二节 法的分类 .....	(208)
一、法的分类界说 .....	(208)
二、法的一般分类 .....	(208)
三、法的特殊分类 .....	(210)
第九章 法的实施 .....	(212)
第一节 法的效力 .....	(212)
一、法的效力释义 .....	(212)
二、法的效力范围 .....	(213)
三、法的效力冲突和协调 .....	(216)
第二节 法的适用 .....	(218)
一、法的适用的含义和特征 .....	(218)
二、法的适用的要求 .....	(219)
三、法的适用的原则 .....	(220)
四、法的适用的阶段 .....	(223)
五、当代中国的司法体制 .....	(224)
第三节 法的遵守 .....	(225)
一、法的遵守的含义和意义 .....	(225)
二、法的遵守的主体 .....	(226)
三、法的遵守的条件和途径 .....	(226)
第四节 法的解释 .....	(228)
一、法的解释的含义、特征和意义 .....	(228)
二、法的解释的种类:法定解释和非法定解释 .....	(230)
三、法的解释的方法:学理解释、任意解释和其他解释 .....	(230)
四、中国法的解释体制 .....	(232)
第五节 法律责任 .....	(234)
一、违法:追究法律责任的前提 .....	(234)
二、法律责任:违法所承担的后果 .....	(235)
三、法律责任和法律制裁 .....	(237)

<b>第十章 法律关系</b> .....	(241)
<b>第一节 法律关系概述</b> .....	(241)
一、法律关系的价值和研究 .....	(241)
二、法律关系是特殊的社会关系 .....	(243)
<b>第二节 法律关系的种类</b> .....	(247)
一、一般法律关系和具体法律关系 .....	(248)
二、绝对法律关系和相对法律关系 .....	(248)
三、调整性法律关系和保护性法律关系 .....	(249)
四、平权型法律关系和隶属型法律关系 .....	(250)
五、法律关系的其他类别划分 .....	(250)
<b>第三节 法律关系的主体</b> .....	(251)
一、法律关系主体的概念 .....	(251)
二、法律关系主体的种类和范围 .....	(252)
三、法律关系主体的权利能力 .....	(253)
四、法律关系主体的行为能力 .....	(254)
<b>第四节 法律关系的内容</b> .....	(256)
一、法律权利和法律义务的概念 .....	(256)
二、法律权利和法律义务的种类 .....	(259)
三、法律权利和法律义务的关系 .....	(261)
<b>第五节 法律关系的客体</b> .....	(263)
一、法律关系客体的概念 .....	(263)
二、法律关系客体的种类 .....	(263)
<b>第十一章 法律意识和法律文化</b> .....	(266)
<b>第一节 法律意识</b> .....	(266)
一、法律意识概述 .....	(266)
二、法和法律意识的相互作用 .....	(267)
三、法律意识的培养 .....	(269)
<b>第二节 法律文化</b> .....	(270)
一、法律文化的概念 .....	(270)
二、法律文化对法的作用 .....	(272)
三、当代中国法律文化建设 .....	(274)
<b>第十二章 法治和法制</b> .....	(276)
<b>第一节 法治和法制释义</b> .....	(276)
一、法治释义 .....	(276)
二、法制的概念 .....	(277)
三、法治和法制的区别和联系 .....	(279)
<b>第二节 法治的原则和条件</b> .....	(280)
一、法治的基本原则 .....	(280)
二、法治的基本条件 .....	(283)

第三节 法制和民主 .....	(285)
一、民主的概念 .....	(285)
二、法制与民主的一般关系 .....	(286)
三、法制的民主化和民主的法制化 .....	(288)
第四节 建设中国法治国家 .....	(289)
一、丢弃人治,走向法治 .....	(289)
二、建设现代法治国家,发展现代法制 .....	(290)
三、当代中国社会发展和法治前瞻 .....	(292)
第十三章 法的作用、法与宗教、法与人权 .....	(294)
第一节 法的作用 .....	(294)
一、法的作用的定义 .....	(294)
二、法的作用的分类 .....	(294)
三、法的局限性 .....	(295)
第二节 法与宗教 .....	(295)
一、法与宗教概述 .....	(295)
二、法与宗教的相互影响 .....	(295)
第三节 法与人权 .....	(296)
一、人权的概念与层次 .....	(296)
二、法与人权的一般关系 .....	(296)
三、人权的法律保护实践 .....	(297)

# 第一章 绪 论

## 第一节 法学是什么样的学问

### 一、法学是历史和国情的范畴

“法学”一词,源自于公元前3世纪末罗马共和时期的拉丁文*jurisprudentia*,由*jus*和*providere*所合成,前者意指正义并可以引申为法,后者意指先见并可以引申为知识,两者合成时便意指系统的法律知识。“法学”一词在英语中写作*science of law*或*legal science*,是到了19世纪才逐渐普遍使用的。

在西方,关于什么是法学的问题,见解纷纭。就最近这些年一些较有影响的观点看来,在民法法系,有的学者认为:“法学是关于法的制定、实施、研究及教育等领域的各种科学性活动的总体。”<sup>①</sup>有的学者认为:“法学这一专门名词所指的是,关于法院在作出判决时所采用的确定的常规准则。”<sup>②</sup>在普通法法系,则有另外的理解。例如,有学者认为:“法学在美国,作为一门学术研究科目来说,可以是指研究法的一门独立学科(分析法学);可以是指对正义本质的研究(哲理法学);也可以指对法和社会的关系的研究(社会法学)。”<sup>③</sup>尽管有种种不同的见解,但这些不同的见解却有一个共同之处,即都把法学同研究法、法律现象、法律问题联系起来。

同国外情况相比,在中国,关于什么是法学的问题,近年来倒是并无论争,无论是权威辞书如《中国大百科全书·法学》,还是权威教科书如全国统编法理学教材或北大、人大以及其他学校的法理学教材,虽然在表述上不尽一致,但一般都认为:法学,又称法律学或法律科学,是研究法这一特定社会现象及其发展规律的科学,是社会科学的一个学科。

中国学界关于法学的共通性认识,既是学界研究法学所获取的成果,又是学界移植借鉴西方法学的结果,并且也不排除有一定的人云亦云成分。实际上,关于什么是法学的问题,中国学界还有难题需要解决。既有的关于什么是法学的界说或认识,可以大体上用来说明目前中国的法学研究,却不适合说明历史上存在的法学研究。关于这一点,只要稍微回顾一下中国法学研究的历史就会明了,因为就在1980年以前,中国法学还是以国家和法两者作为研究对象,并且主要是以国家作为研究对象,而不是以法这一特定的社会现象作为研究对象。

究竟应当如何理解法学的含义呢?

我们认为,法学是个历史的、国情的范畴,在不同历史时代和不同国情之下,有着含义不同的法学。法学是经历了一个发展过程的,在这个发展过程的各个不同阶段上,法学都有其各具

① 《拉鲁斯大百科全书》第11卷,第6770页。转引自潘念之主编:《法学总论》,知识出版社1981年版,第42页。

② 《国际社会科学百科全书》第8卷,第332页。转引自徐步衡、余振龙主编:《法学流派与法学家》,知识出版社1981年版,第17页。

③ 同上。

特色的面貌,不能以某一个具体阶段的法学面貌作为样式或标准,来衡量各个阶段上的法学。同时,各个不同阶段上的法学,也应当有其共同性,不具备共同性的因素,可以是或可能是法学的资料性要素,却不是法学本身。

有一种观点认为,法学是在19世纪才产生的,在这之前只有法律思想、法律观念,不存在作为一门学问的法学。按照这种观点,法学就是今天我们所看到的专门研究法律现象及其规律的、由众多分支学科构成的学问。对这种观点,人们是难以同意的。因为这种观点不是把法学看成历史的范畴,而是用现代法学作为模式,在19世纪之前寻找这种模式的影子,寻找不到,便断定19世纪之前没有法学存在。这是不科学的。

还有一种观点认为,法学是随着法的出现而出现的,有了法就会有法律思想、法律观点,就会有法学存在。按照这种观点,法学就是法律思想、法律观点,法学的产生同法的起源是一致的。这种观点也难以认同。有了法的确就会存在法律观点、法律思想。但早先的法律思想、法律观点,主要是法学的资料性因素,同法学毕竟不是同一个概念,不能把它们完全当作一回事。

法学究竟是何时产生的,这个问题主要是法学史的研究课题,这里不必赘述。这里所要着重说明的有两点:第一,法学的产生是需要具备恩格斯在《论住宅问题》一文中所说的两个条件的:一个是立法已在整体上发展到相当复杂和广泛的程度,另一个是社会上已出现职业法学家集团。<sup>①</sup>第二,也是更需要注意的一点,法学产生之后,是不断向前发展的,在不同的历史时期和不同的国情下,法学的内涵和外延、内容和体系是有差别的。法学是一个过程,是一个动态的概念。我们不能用今人的眼光要求古人,认为历史上没有今天这种法学就是没有法学;也不能用某一个国家的法学作为模式来衡量别国的法学,认为别国没有类似这个国家的法学就没有法学。

## 二、法学是经世致用的学问

法学就其根本特质而言,属于经世致用的学问。所有的人文社会科学都是社会生活的反映,都必然对社会生活发生影响。影响的方式可以粗略分为两类:一是直接影响社会生活,或是以直接影响为主,同时也兼有间接影响;二是间接影响社会生活,或是以间接影响为主,同时也兼有直接影响。法学和经济学、政治学之类的学科属于前者,而文学、哲学、史学之类属于后者。这里所谓直接影响和间接影响,主要的分界在于:前者是直接以社会生活或社会问题为研究对象,直接对社会生活进行设计或为社会生活提供服务;后者则通常并不直接研究或设计社会生活,而是注重通过对社会主体的影响来引致对社会生活的影响,例如通过影响人们的世界观、历史观、生活观来影响人们所参与其中的社会生活。分界也表现在前者更注重解决制度性问题,而后者则更注重解决观念性问题。法学就是注重以制度现象为研究对象,而对社会生活发生直接影响的学科。它直接影响法治,直接影响立法、司法、守法、法律监督以及其他种种法律制度,并进而影响整个社会生活。当然,以直接影响为主不等于没有间接影响,不等于没有抽象的研究或不重视抽象理论的研究,像法哲学或法律哲学、法社会学等法学的分支学科就比较抽象,它们的存在价值,主要是为整个法学特别是部门法学提供理论指导或综合服务,使法学的实在价值得以更好的发挥。法学的这种类别归属,规定了法学所具有的特质,这种特质便在于法学属于经世致用的一门学问。

<sup>①</sup> 参见《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1995年版,第211页。



法学作为一门经世致用的学问,这一特质在法学的研究对象、分科和方法的实在性上,得以清晰地显现出来。首先,无论人们对法学的研究对象有多少种不同的看法,法学主要是研究法和法律制度问题,这是毫无疑问的。而法和法律制度都是实实在在的现象。它们同美学所研究的美,同哲学所研究的世界观和方法论,同史学所研究的过往的现象,都是不同的。其次,法学的分科设置,或者说法学的研究内容和所阐释的内容,也是实在的。在构成法学整体或法学体系的各种要素或各种分支学科中,属于直接应用型的占多数,比较注意直接应用的也比法律哲学、法理学这样的学科为多。最后,法学的研究方法更多地注重实在性。法学的研究方法是多元化的,在多种多样的研究方法中,具有实在性的方法或以实在性为特征的方法,事实上是主流的或多数的研究方法。以法学的学派为例便可以了解这一点,在多种多样的法学学派之中,实证法学、分析法学、历史法学、社会法学、经济分析法学等,其研究方法都直接显示出实在性的特征。

法学作为一门经世致用的学问,也可以从它的产生过程得以了解。在西方,法学源自拉丁文 *Jurisprudentia*,指系统的法律知识。而传播这种系统的法律知识,使其终成一门学问的,首先是执政官这样的人物。史料记载,公元前3至2世纪之交,罗马的执政官阿埃利乌斯(Aelius)就在讲授法律和著书立说,为法学成为一门学问作出富有成效的努力。在中国,法学始于先秦,称为“刑名法术之学”<sup>①</sup>或“刑名之学”<sup>②</sup>。当时的“刑名法术”都是统治者用以定分止争、经世治国的器具。汉代开始有了律学,其主要的内容和研究方式,便是对现行律例予以注释。后来,无论中西,法学在发展过程中,其主流的现象,都表明它是一门经世致用的学问。

在学术分支和学术功能的分化愈演愈细的现今时代,法学作为经世致用的一门学问,也还是依然如故。不妨以博登海默这位中国学人已经比较熟知的西方法学学人人为例:博氏是今日美国综合法学的代表人物,既然代表的是综合法学,他的倾向大概不应有所偏颇。从他的著述中,人们可以清楚地看到他也是把法学视为经世致用的学问。他的被翻译为中文的《法理学:法律哲学与法律方法》,无疑是一本阐释法学理论的著作,并且是一本着重阐释法律哲学和法律方法的著作。这似乎可以为他的这本著作成为以形而上为主要风格的著作,提供了理由。然而我们在他自己关于这本著作的写作目的的说明里,却读到了这样的话语:1940年我出版《法理学》时就曾指出我的目的是要“给那些对作为一种社会政策工具的法律的一般问题感兴趣的法律与政治学学生或研究者提供帮助”。到了1960年再版时,该书增加一个全新的部分,其标题为“法律的渊源和技术”,其目的仍然主要是“为那些对法律的方法论和审判过程的特点感兴趣的学生和法律工作者所写的”<sup>③</sup>。将博登海默的话换言之,那就是,他的这本讲法律哲学和法律方法的法理学著作,也是一本旨在经世致用的书。

### 三、法学以法为主要研究对象

每一门学科之所以是一门学科,一个直接的标识就是它们都有自己的研究对象,都要专门研究某种或某些现象。比如说:伦理学研究的对象是道德规则及其同社会成员的关系,语言学研究的对象是语言的规律,审美学研究的对象是艺术和艺术在社会生活中的作用以及艺术的

① 《史记·老子韩非列传》。

② 《史记·商君列传》。

③ [美]博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版所载1962年版前言。

发展规律。法学作为一门学科,自然也有自己的研究对象。

那么,法学的研究对象是什么呢?由于法学是历史的、国情的范畴,对这个问题的回答,在不同的历史条件和国情之下,也是不同的。

一方面,在法学发展史上,法学家们由于所处的历史条件和国情不同,又由于各自其他的局限性起着作用,他们对法学的研究对象往往容易产生不同的认识。主要的认识有这样几种:第一,有的认为法学的研究对象,应当包括先验的理想法、正义法、理性法或自然法,法学要以“应当是怎样的法”为研究对象。自然法学派之类就是这样认为或在很大程度上是这样认为的。第二,有的主张法学的研究对象应当是实在法,即国家制定的法律规范、法律体系本身的内容和结构,法学应当以“实际上是怎样的法”为研究对象。分析法学派、纯粹法学派和注释法学派等,就是这样主张的。第三,有的提出法学的研究对象应当是法和社会的关系,应当是法的社会功能。社会法学派就是这样提出的。第四,还有一些法学流派思潮或法学家、思想家,或是认为法学的研究对象应当包括法的价值、形式和事实,或是认为法学应当把如何以法治国、寻求治国之道作为自己的研究对象。

在我们看来,法是历史的范畴,是一定历史阶段的产物,是上层建筑的重要组成部分。因此,法学既要研究法律规范、法律体系本身的内容和结构,又要研究法和一定的社会历史条件、社会历史状态的关系,研究法同国家、政治、道德、文化和其他思想意识形态的关系,研究法同它赖以建立、赖以存在的经济基础的关系,研究法的产生、发展和消亡的规律,研究法自身制定、修改、废止、贯彻实施及其所获得的社会效果。

另一方面,在法学发展史上,由于不同时期科学发展水平和科学研究分工粗细不同,法学的研究对象在客观上也不可能完全相同。历史上,法学就曾和政治学、哲学、神学等长期结合在一起。中国先秦典籍《尚书》、《论语》、《商君书》、《韩非子》,都是既论政又论法,论政和论法合二而一的。世界上最早的政治学著作之一,亚里士多德的《政治学》,就是把政治学和法学放在一起研究的,它是西方政治学的开山之作,同时也是西方法学的奠基之作。中世纪欧洲,政治学和法学则成为神学的分支。在封建社会的中国,法律思想和政治思想曾经长期为儒家的经学所包含。17、18世纪资产阶级革命时期著名思想家的许多名著,例如霍布斯的《利维坦》、洛克的《政府论》、卢梭的《社会契约论》等,都既是政治学著作又都是法学著作。在这种情况下,法学和政治学的对象是融为一体的,法学的研究对象既是法又是政治,政治学的研究对象既是政治又是法。也就是说,在这种情况下,是无所谓独立研究法、法律现象的法学的。虽然从希腊人开始到资产阶级革命发生,这期间也曾出现诸如柏拉图的《法律篇》、西塞罗的《法律篇》、盖尤斯的《法学阶梯》、普芬道夫的《法学要论》和《自然法和万民法》、孟德斯鸠的《论法的精神》、布莱克斯通的《英国法释义》等,出现罗马职业法学家集团,出现法律学校,出现注释法学派、人文主义法学派、自然法学派,一直到出现一个新的世界观——资产阶级法学世界观,但这期间法学没有形成今天意义上的、由许多分支学科组成的、较固定的体系,人们并没有普遍认可法学是专门研究法、法律现象及其发展规律的学问。

到了19世纪,随着资产阶级政权的建立和资产阶级法学世界观占据统治地位,立法在世界范围获得全面发展,与此同时,人类的科学水平有很大提高,科学研究的分工得以深入。这些条件的产生终于促使法学完成了同其他学科分离的过程,而形成一门完全独立的、近代意义上的法学学科。作为一门独立的学科,越来越多的人逐渐认识到法学应当并有可能以法律问题作为研究对象。到了现代,随着科学研究分工的进一步发展,法学作为独立学科的地位

更是日益得到加强,法学应当专门以法为研究对象也成为比较普遍的观点。

但是,在法学研究对象问题上,历史传统的影响即政治学和法学融为一体的传统影响在一些国家中仍然是存在的。在苏联,很长时期中是把国家和法放到一起研究的。在中国,过去长时期也是如此,照搬苏联的模式,法理学就被称为“国家和法的理论”,在大学法理学(当时称为“国家和法的理论”)教科书中,要么是以国家为主,要么是对国家和法的研究不分主次,半斤八两,一半对一半。后来,大多数学者逐渐认为法学应当专门研究法、法律现象及其发展规律。但也还是有人认为,长期以来,或者说两千年来,法学的研究对象一直既是法又是国家,法和国家不分,现在一下子改为专门研究法,这样改是否妥当,值得怀疑。这种怀疑之所以产生,方法论上的原因之一,就是以历史上的法学研究对象为标准模式,来衡量今天的法学研究对象。这同以今天的标准来要求古人的做法,实质上是相同的。

要消解这种怀疑,确立法学的研究对象主要是法这一特定社会现象及其发展规律的观点,不仅需要明了法学的研究对象是个历史的、国情的范畴,还需要明了以下诸端:

第一,历史上,法学和主要研究国家问题的政治学确实长期结合在一起,那时不可能把国家和法分开研究。但在法学同政治学已成为两个学科的今天,就完全有可能把法和国家分开研究了。苏联之所以长期把国家和法合在一起研究,一个重要原因是苏联长期没有独立的政治学,只好把有关政治学的内容划到法学里面来。中国过去也没有独立的政治学,在当时情况下照搬苏联一套,把国家和法放到一起研究,也不难理解。但现在的情形不同了,政治学在中国已作为一门学科从法学中划分出去,有了独立的政治学,在这种情况下,完全有可能确定法学的研究对象是法,而把国家让给政治学去研究。

第二,从学科研究的分工和体系来讲,也可以把法作为法学的独立的研究对象,而不应当把国家和法并列作为法学的研究对象。国家和法的确有密切关系,没有国家,法就无以制定和实施,因而研究法不能不涉及国家。但涉及国家的目的应当是为了更好更深入地研究法,而主要不是为着研究国家。国家和法固然有密切联系,但毕竟是两种独立的社会现象,两者是各自具有特殊矛盾性和质的规定性的不同范畴。这就决定了两者可以分别由不同学科来研究:国家可以是政治学研究的中心问题,法则可以是法学的专门研究对象。如果在确定法学的研究对象时,把国家和法都包括进来,平均用气力,那么所研究出来的学问,就不是近代意义上的法学,而是像历史上的那种既是法学又是政治学的学问。

第三,观察法学的历史发展,也可以看出法是能够作为专门的研究对象的。国家和法在我们这个世界上存在的历史已经很久远了,但法学的历史则没有那么久远。就是说,法学并不是伴随着国家和法同时出现的,而是后来产生的。以中国而言,一般都认为早在公元前 21 世纪夏禹开创家天下那时起,就产生国家和相应的法——习惯法,但夏商周岁经千年,虽有“夏刑三千”<sup>①</sup>、“五刑之属三千”<sup>②</sup>等传说,也有法律思想的萌芽,但当时到底还谈不上有法学。中国法学是在春秋战国时期方始萌生的。<sup>③</sup> 在西方,情况也如此。在西欧大陆,国家和习惯法产生

① 《唐律疏议》引《尚书·大传》。

② 《汉书·刑法志》。

③ 那时,中国历史上开始出现了成文法,在郑国,子产铸《刑书》,邓析私造《竹刑》;在晋国,赵鞅、荀寅铸《刑鼎》;尔后,魏国李悝集各诸侯国成文法之大成,编著了著名的《法经》六篇,在中国立法史上开创了法典编纂的先河。随着成文法的产生和发展,法律现象成为当时法家、儒家、墨家、道家等不同学派争论的主要问题之一,只是从这时开始,法学才开始在中国产生和发展起来。

的历史也很久远,但最初并无法学。直到后来罗马《十二铜表法》颁布,有了成文法,职业法学家集团形成,法学派别和法学教育出现,才真正产生了法学。可见,法学并不是同国家和法同时产生的,而是由于成文法的广泛发展和法学家阶层的形成才产生的。就是说法学的产生和发展是法律现象本身发展的结果。如果没有法本身由习惯法向成文法的发展,如果没有专门的法学研究人才的出现,就没有法学的产生和发展。这也就证明了,法学能以法作为自己的研究对象而不必一定要把国家和法两个现象并列作为研究对象。

综合以上,可以说,现代法学有必要也有条件重新确定自己的研究对象,这个对象就是:法、法律现象、法律发展规律以及它们同社会和历史的联系。

#### 四、法学的体系和学科界分

法学是一个体系,是一个由若干分支学科所构成的有机联系的整体——法学体系。

法学之所以要由若干分支学科构成一个体系,主要原因在于:

第一,这是因为,在现实社会生活中,社会关系和社会现象是纷繁复杂的,调整社会关系和社会现象的法也不得不复杂化起来,形成了许多不同的部门法。一般说,每一个重要的部门法都需要有一个法学分支学科来研究。这样法学也必然逐渐复杂起来,形成众多的法学分支学科。伴随着每一个重要的新的部门法的出现,一般也产生出一个新的法学分支学科。例如,在各种各样的社会关系和社会现象中,有关国家政治、经济方面的基本的社会关系,有关公民基本权利和义务的社会现象,于是就需要有调整这些社会关系和现象的宪法部门,就需要有研究宪法问题的法学分支学科宪法学。由于社会关系和社会现象的多样化,于是就有了多样化的部门法:有规定什么是犯罪以及对犯罪如何处罚的刑法;有规定国家、集体和个人之间以及公民相互之间财产关系、经济关系的民法、经济法;有规定和调整各种行政管理和管理行政事项的社会关系的行政法;有规定对刑事案件、民事案件和行政案件如何进行审理的刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法。相应地,也就有了刑法学、民法学、经济法学、行政法学、诉讼法学这样一些法学分支学科。随着科技法、文教法、环境保护法以及其他一些新的部门法或新的法律现象的出现,也相应地产生科技法学、文教法学、环境保护法学以及其他一些新的法学分支学科。

第二,法学作为一门科学,不仅要分门别类地研究各个部门法,而且要从不同的角度,运用不同的方法,综合地研究各种法律问题。通过这些研究,对各种法律现象得出整体化、综合性的认识,并且为各个部门法学的研究提供理论基础和其他方面的条件。于是,就出现了法理学、立法学、法律社会学、比较法学、法律思想史学、法律制度史学等等法学分支学科。这些法学分支学科同各个部门法学学科,构成了完整的统一的法学体系,它们分工合作,共同担负着解决法学领域中各种问题的艰巨任务。

那么,法学应当分为哪些学科呢?或者说,法学体系应当由哪些法学分支学科构成呢?这个问题,学界尚无一致的认识。

在英国,按照沃克的《牛津法律指南》的观点,法学可以分为理论法学和应用法学两大部类。理论法学包括法理学或法哲学、法律思想史学、法律制度史学、比较法学;应用法学包括国际法学(超国家法学如欧洲共同体法也属于国际法学)、国内法学,有关附属学科如法医学等也可以归入应用法学。在日本,按照《万有百科大辞典》的观点,法学可以分为公法学、私法学、刑事法学和基础法学四大部类。公法学包括宪法学、行政法学和国际法学;私法学包括民