



全国高等教育自学考试指定教材 法律专业

法 理 学

附：法理学自学考试大纲

课程代码
5677
[2007年版]

组编/全国高等教育自学考试指导委员会
主编/周旺生

本教材附赠网络学习卡

北京大学出版社

高等教育自学考试指定教材
法律专业

法 理 学

(2007 年版)

(附:法理学自学考试大纲)

全国高等教育自学考试指导委员会 组编

主 编 周旺生



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法理学 附:法理学自学考试大纲(2007年版)/周旺生主编.—北京:北京大学出版社,2007.9

(高等教育自学考试指定教材)

ISBN 978-7-301-12748-3

I.法… II.周… III.法理学-高等教育-自学考试-教材
IV.D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第145599号

书 名:法理学 附:法理学自学考试大纲(2007年版)

著作责任者:周旺生 主编

责任编辑:白丽丽

标准书号:ISBN 978-7-301-12748-3/D·1867

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://www.pup.cn>

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者:北京市丰永印刷厂

880毫米×1230毫米 32开本 20.75印张 597千字

2007年9月第1版 2007年9月第1次印刷

定 价:30.00元

本书如有质量问题,请与教材供应部门联系。

版权所有,侵权必究

组编前言

21世纪是一个变幻莫测的世纪,是一个催人奋进的时代。科学技术飞速发展,知识更替日新月异。希望、困惑、机遇、挑战,随时随地都有可能出现在每一个社会成员的生活之中。抓住机遇,寻求发展,迎接挑战,适应变化的制胜法宝就是学习——依靠自己学习、终生学习。

作为我国高等教育组成部分的自学考试,其职责就是在高等教育这个水平上倡导自学、鼓励自学、帮助自学、推动自学,为每一个自学者铺就成才之路,组织编写供读者学习的教材就是履行这个职责的重要环节。毫无疑问,这种教材应当适合自学,应当有利于学习者掌握、了解新知识、新信息,有利于学习者增强创新意识、培养实践能力,形成自学能力,也有利于学习者学以致用、解决实际工作中所遇到的问题。具有如此特点的书,我们虽然沿用了“教材”这个概念,但它与那种仅供教师讲、学生听,教师不讲,学生不懂,以“教”为中心的教科书相比,已经在内容安排、形式体例、行文风格等方面都大不相同了。希望读者对此有所了解,以便从一开始就树立起依靠自己学习的坚定信念,不断探索适合自己的学习方法,充分利用自己已有的知识基础和实际工作经验,最大限度地发挥自己的潜能达到学习的目标。

欢迎读者提出意见和建议。

祝每一位读者自学成功。

全国高等教育自学考试指导委员会

2005年1月

目 录

第 一 编

第一章 法学绪论	(1)
第一节 法学的性质和特征	(1)
第二节 法学的研究对象	(9)
第三节 法学体系和法学学科	(16)
第四节 法学的研究方法	(23)
第二章 法理学学科	(34)
第一节 法理学释义	(34)
第二节 作为独立学科的法理学	(42)
第三节 法理学的构成要素及构成境况	(51)
第四节 法理学渊源中的资源性要素	(57)

第 二 编

第三章 法的概念	(70)
第一节 视角和方法	(70)
第二节 法的基本特征	(76)
第三节 法的本质	(88)
第四节 法的要素	(96)
第四章 法的价值	(108)
第一节 法的价值释义	(108)
第二节 法律秩序	(114)
第三节 法律利益	(124)
第四节 法律正义	(131)

第五章 法的功能和作用	(145)
第一节 法的功能和作用释义	(145)
第二节 法的基本功能	(156)
第三节 法的主要作用	(165)
第六章 法的起源和发展	(183)
第一节 法的起源	(183)
第二节 法的历史发展	(190)
第三节 民法法系和普通法法系	(205)
第四节 法的继承和法的移植	(214)
第七章 法和社会	(219)
第一节 法和社会的一般理论	(219)
第二节 法和经济及科技	(222)
第三节 法和政治及国家	(228)
第四节 法和道德及宗教	(233)
第五节 法和可持续发展	(239)
第六节 法和全球化	(244)

第 三 编

第八章 立法	(251)
第一节 立法释义	(251)
第二节 立法体制	(259)
第三节 立法过程和立法程序	(264)
第四节 立法的基本原则	(270)
第九章 法的渊源	(281)
第一节 法的渊源释义	(281)
第二节 法的渊源的价值实现	(286)
第三节 法的渊源意识	(296)
第四节 当代中国主要法的渊源	(305)
第十章 法的形式和分类	(309)
第一节 法的形式释义	(309)

第二节	当代中国主要法的形式	(314)
第三节	法的形式规范化和系统化	(322)
第四节	法的基本分类	(325)
第十一章	法的体系	(331)
第一节	法的体系释义	(331)
第二节	部门法的划分	(336)
第三节	当代中国法的体系	(340)

第 四 编

第十二章	法的实施	(345)
第一节	法的实施释义	(345)
第二节	法的效力	(349)
第三节	法的遵守	(354)
第四节	法的适用	(359)
第十三章	法律关系	(368)
第一节	法律关系释义	(368)
第二节	法律关系的种类	(379)
第三节	法律关系的主体	(384)
第四节	法律关系的客体	(392)
第五节	法律关系的演变	(395)
第十四章	法律权利和法律义务	(399)
第一节	法律权利和法律义务释义	(399)
第二节	法律权利和法律义务的关系	(406)
第三节	法律权利和法律义务的分类	(412)
第四节	法律权利和法律义务的程度	(417)
第五节	法律和人权保障	(421)
第十五章	法和权力调控	(426)
第一节	作为支配性力量的权力资源	(426)
第二节	权力资源的法律调控动因	(432)
第三节	权力资源的法律调控方式	(443)

第十六章 法律行为、责任和制裁	(458)
第一节 法律行为	(458)
第二节 法律责任	(463)
第三节 法律制裁	(474)
第十七章 法律解释、推理和论证	(477)
第一节 法律解释	(477)
第二节 法律推理	(488)
第三节 法律论证	(493)
第十八章 法律职业和法律思维	(500)
第一节 法律职业	(500)
第二节 法律思维	(505)
第三节 法律逻辑	(510)

第 五 编

第十九章 法治和法制	(515)
第一节 法治和法制释义	(515)
第二节 法治的原则和条件	(521)
第三节 法制和民主	(527)
第四节 建设中国法治国家	(532)
第二十章 法律监督	(535)
第一节 法律监督释义	(535)
第二节 国家机关的法律监督	(539)
第三节 社会的法律监督	(547)
第二十一章 法律意识和法律文化	(550)
第一节 法律意识	(550)
第二节 法律传统	(555)
第三节 法律文化	(560)
后记	(566)

法理学自学考试大纲

出版前言	(569)
I 课程性质和设置目的	(571)
II 课程内容和考核要求	(572)
第一编	
第一章 法学绪论	(572)
第二章 法理学学科	(576)
第二编	
第三章 法的概念	(580)
第四章 法的价值	(584)
第五章 法的功能和作用	(589)
第六章 法的起源和发展	(593)
第七章 法和社会	(596)
第三编	
第八章 立法	(600)
第九章 法的渊源	(604)
第十章 法的形式和分类	(608)
第十一章 法的体系	(612)
第四编	
第十二章 法的实施	(615)
第十三章 法律关系	(619)
第十四章 法律权利和法律义务	(623)
第十五章 法和权力调控	(627)
第十六章 法律行为、责任和制裁	(631)
第十七章 法律解释、推理和论证	(634)
第十八章 法律职业和法律思维	(637)

第五编

第十九章 法治和法制	(640)
第二十章 法律监督	(643)
第二十一章 法律意识和法律文化	(646)
III 有关说明和实施要求	(649)
IV 题型示例	(652)
V 后记	(653)

第一编

第一章 法学绪论

第一节 法学的性质和特征

一、法学释义

法学是研究法、法的现象以及与法相关问题的专门学问,是关于法律问题的知识和理论体系,是社会科学的一门重要学科。

法学是以法为研究对象的专门学问。它首先研究法本身的问题,如研究宪法、法律、法规,民法、刑法、行政法等问题。它也研究基于法而发生的各种法的现象,如研究立法、司法、守法等法的现象。它还研究与法相关的问题,如研究法与经济、政治、文化的关系,研究法和法的现象的发展规律等。

法学是关于法律问题的知识和理论体系,而不是零碎的法律观念、认识和思想的简单相加。法学同人们的法律观念、认识和思想有密切联系,它是法和法的现象在人们观念上的反映,是人们思考和认识法律问题的结果。没有法律观念、认识和思想,不可能有法学。但并不是所有法律观念、认识和思想都是法学,而只有系统的、特定的法律观念、认识和思想,即关于法律问题的知识和理论体系,才能称为法学。自法产生以后,就有法律观念、认识和思想,因为法和法的现象必然会在人的头脑中反映出来。而法学却并非从一有法律观念、认识和思想起就存在了。法学是在人们的法律观念、认识和思想经过发展而达到系统化的程度后才出现的,是人们的法律观念、认识和思想的高级形态。

法学是社会科学的的重要组成部分,同其他学科有密切关联。科学有自然科学、人文科学和社会科学之分。社会科学不同于研究自然现象的自然科学和研究人类精神生活的人文科学,它是研究人类社会生活的学科体系。法学所研究的法、法的现象以及与法相关的问题,属于社会生活的基本现象和基本问题,因而属于社会科学。社会科学包括诸如经济学、政治学、法学、社会学在内的一系列学科,它们既相互独立又密切关联。法学的研究对象不同于其他学科,这是法学能够独立于社会科学之中的主要原因。法学的研究对象同其他学科的研究对象又经常交织在一起,法的调整涉及社会生活的各个基本方面,大量法律问题并非单纯的法律问题,而是法和其他领域的交叉问题或双边抑或多边问题,社会生活其他领域的问题往往也可能甚至必然演化为法律问题,这些情形的存在,又使法学不能同其他学科有着千丝万缕的联系。法学以自己的成果辅助和推动其他学科的发展,又借助其他学科的成果说明法和经济、政治、文化、社会的关系,揭示法的本质,并进而使自己的发展走向纵深。

作为社会科学的组成部分,法学具有科学性。这主要因为,法学可以反映人们期望在法和法的现象问题上达到真理性认识境界的科学追求,事实上人们在实现这一追求的过程中也的确能够取得大量的符合科学标准的结果。然而,法学具有科学性,不等于所有法学都是科学。法学是经由法学家的中介而以知识和理论体系的形式对法律实际生活所作的反映,受法学家的主观倾向、价值观念和其所处时空条件的影响,不少法学理论和学说经常背离科学的轨道。西方有学者认为,就法学的研究对象而言,它是对各种法和法的现象及其相互关系和分类等方面实践的认识;就法学的应用方法而言,它又是十分严谨的论述和仔细的分析,是演绎方法和归纳方法同时兼用;就法学的实践或教育目的而言,它要起协调社会生活的作用,或教育公民懂得各种法。因此,法学确实是门不折不扣的科学。^① 这种观点既混同了科学性和科学两者的界限,也无视法学的极其复杂性。事实

^① 见〔法〕《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。

上,在不同的具体法学中,有的法学具有较强的科学性,有的法学只有某些科学成分,有的法学则谈不上什么科学性。还有一些法学,例如那种把法说成是神的意志体现的法学,那种旨在为不合理的、落后的、反动的统治秩序辩护的法学,则非但不是科学,而且还违背科学。^①

法学的产生以法的产生为前提,没有法就不可能有法学。但法学并非和法同步产生,并非一有法就有法学。法学是在法发展到一定阶段,是在人们对法的认识达到一定程度时,才产生的。具备这样的条件,人们的法律观念、认识和思想,才能上升为知识和理论体系。在促成法学产生的种种条件中,立法的广泛发展和专门研究者的出现,是尤为重要的两个条件。正如恩格斯所说:“随着立法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。”^②

法学产生后就向前发展着。这种发展,从历史的角度看,造成了古代法学和近代以来法学的区分;从学术流派立场观察,造成了自然法学派、分析法学派、历史法学派、哲理法学派、社会法学派、规范法学派、经济分析法学派等等之别;而从世界观和方法论的结合上审视,则有马克思主义法学和非马克思主义法学的分野。古代法学和近代以来法学,在科学性的程度上、方法论的种类上、体系结构的特点上,以及在其所生存的历史环境(特别是经济、政治、文化、法治的发达水平)方面,存在显著差别。各种法学流派,在立场、方法、价值观念和基本观点上,也各有鲜明特点。

在各种法学中,马克思主义法学显示出不同于其他法学的基本特色:其一,马克思主义法学坚持唯物主义的观点,认为法所体现的意志不是凭空产生和存在的,而是归根结底由经济特别是社会物质生活条件决定的,具有客观性。非马克思主义法学一般都在不同程度上否认或颠倒法和经济的关系,要么认为法和经济没有联系,要么

^① 不能排除落后的法学中也可能有某些科学的因素,但从根本上看,落后的法学在整体上不能算作科学,而只能算作一门学科或学问。

^② [德]恩格斯著:《论住宅问题》,见《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第539页。

认为法和经济虽有联系但却没有根本联系,要么认为法和经济的联系不在于经济决定法而在于法决定经济。其二,马克思主义法学坚持阶级分析的观点,认为法是由掌握国家政权的阶级制定或认可的,首先和主要体现执政阶级的意志和利益,具有阶级性。非马克思主义法学大都以不同形式否认法的阶级性,把法说成是超阶级的公共意志的体现。其三,马克思主义法学坚持辩证发展的观点,认为法是人类社会发展到一定历史阶段的产物,是历史的范畴,有其产生、发展和消亡的过程。非马克思主义法学多认为法是从来就有和永恒存在的,是超历史的。

二、法学是历史的和国情的范畴

法学有悠久的历史,它是在历史的发展过程中,逐渐演化为专门的学问和学科的。作为一种专门的学问和学科,各个时代和国情下的法学自然有其共同性,但这些共同性并不能遮蔽不同时代和国情下法学所具有的不同面貌或特色。法学是一个过程,一个动态的概念。在法学的历史发展过程中,它所表现出来的情形,人们对它的认识和赋予它的含义,同时空条件是相连的。不同时空条件下的法学,总是印有特定的痕迹,其内涵和外延、内容和体系是有差别的。因此,不能以某个具体阶段上的法学或某些国家的法学,作为所有法学的统一样式或标准,并以其衡量各个阶段上的法学和各个国家的法学。

法学一词,源自公元前3世纪末罗马共和时期的拉丁文 *jurisprudentia*,由 *jus* 和 *providere* 所合成,前者意指正义并可引申为法,后者意指先见并可引申为知识,两者合成时意指体现正义和先见的系统法律知识。出自乌尔比安之手而以罗马皇帝查士丁尼名义问世的《法学总论——法学阶梯》,对法学的界定是:“法学是关于神和人的事物的知识;是关于正义和非正义的科学。”^①当时对法学的理解,一方面同希腊时代以来所形成的崇尚自然和正义的传统在罗马结出果

^① [古罗马]查士丁尼著:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第5页。

实直接有关,另一方面也同知识和理论经由希腊而发展到罗马时代已达到相当高度密切相连。到了近代,随着法律实际生活的发展,人们对法学的认识水平有很大提升,与此同时,自然科学的迅速发展也启发人们把研究社会现象的学问当作科学看待,这样,法学在人们的观念中就逐渐成为一门社会科学。也因此,从19世纪起,法学一词在英语中就逐渐写作 science of law 或 legal science。

不过,在法学究竟是什么样的学问或学科的问题上,至今仍有种种歧见。这些歧见的存在总是同人们所处环境和所受传统的影响联系在一起。在民法法系,有学者认为,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。这种活动涉及个人、家庭、企业、国家等众多方面的复杂生活,并且日趋多样化和不断向前发展。^①有学者认为,法学这一名词所指的是,关于法院在作出判决时所采用的确定的常规准则。^②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,可指研究法的一门独立学科(分析法学);可指对正义本质的研究(哲理法学);也可指对法和社会的不关系的研究(社会法学)。^③这些见解都有一个共同之处,即都把法学同研究法、法的现象以及与法相关的问题联系起来;而其差异,则主要是由两大法系的不同传统,对其法学学人产生不同影响所造成的。

在中国古代,法学曾经是关于刑名法术的学问,故称“刑名法术之学”^④或“刑名之学”^⑤。“刑”为刑种,“名”为循名责实,而“法术”则指帝王的统治方法和策略。这同当时中国的商品经济极不发达,以帝王之治为显著特征的专制集权颇为兴盛;又加上法家不遗余力地鼓吹为帝王之治服务的所谓“法治”,是分不开的。在这种历史条件下,民商、经济、社会、行政等方面的法律规范自然甚为匮乏,而刑

① 见〔法〕《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 见〔美〕《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,第17页。

③ 同上。

④ 《史记·老子韩非列传》。

⑤ 《史记·商君列传》。

事法律规范则自然相对发达,且刑事法律规范主要就是用来为帝王之治服务的器具,由于这些缘故,法学也就逻辑地成为所谓“刑名法术之学”。后来,中国古代法学在很长时期里主要采取了律学的表现形式,法学在很大程度上就是以官方注律为基本形式的律学。那时的法学所担负的任务主要是谋求法的统一适用,法学就是为注明以刑律为主要内容的法律,从而为集权专制提供有效服务的学问。

在当代中国,关于什么是法学的问题,近些年来倒并无论争。学界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学问,是社会科学的一个学科。^① 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。在中国法学总体上处于由比较后进向比较先进转变的历史性过渡时期,对法学的认识呈现这样的境况,是可以理解的。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,可大体用来说明目前中国法学,却不适合说明过去存在的法学。关于这一点,只要稍微回顾一下中国法学的历史就会明了,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,并且主要以国家作为研究对象,而不是专门以法作为研究对象。

以上情形已经证明:法学是历史的和国情的范畴。然而在这个问题上,并非所有人的识见都没有迷点。有一种观点认为,法学是在19世纪才产生的,此前只有法律观念和思想,不存在作为一门学问的法学。按照这种观点,法学就是今天专门研究法、法的现象以及与法相关问题的学问。这种观点不是把法学看成历史的范畴,而是用近代以来的法学作为模式,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。不能用今人的眼光要求古人,误以为历史上没有今天这种法学就是没有法

^① 这些年来,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京大学、人民大学以及其他高等学校的法理学教材,大体上都是这样阐述的。可详见此类著述。

学。还有一种观点认为,法学是随着法的出现而出现的,有了法就会有法律观念和思想,因而也就会有法学存在。按照这种观点,法学就是法律观念和思想,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,的确就会产生法律观念和思想。但早先的法律观念和思想,主要是法学的资料性因素,同法学毕竟不是同一个概念,不能把它们混同。

三、法学是经世致用的学问

(一) 经世致用是法学的特质所在

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、经济学、政治学之类属于前者;文学、哲学、史学之类属于后者。

直接和间接影响的主要分界在于:前者直接以社会生活为研究对象,直接设计或服务社会生活;后者通常并不直接研究或设计社会生活,而是通过影响社会主体来影响社会生活,例如通过影响人们的世界观、历史观、生活观来影响人们参与其中的社会生活。分界也表现为前者更注重解决制度性问题,后者更注重解决观念性问题。

法学首先和主要是可以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、法律监督以及其他法律活动和法律制度,并进而影响整个社会生活。古代罗马法学家积极参与法律实践而对罗马人的法律实际生活发生重大影响,今天的法律人运用所学法律知识和理论为人们的法律实际生活和国家的法制建设提供服务,就是明证。历史上和现实中也有许多法学家所阐明的法律学说,不曾对历史和现实的社会生活发生影响,这种情形通常要么是由这些学说不敷社会生活需要造成的,要么是当时执政者拒绝或不谙以法学为社会生活服务所致,而不能说明法学本身不能直接影响实际生活。

法学同时也可以间接影响社会生活。说法学主要是对社会生活