



普通高等教育“十一五”国家级规划教材



FA
LI
XUE

法
理
学

葛洪义

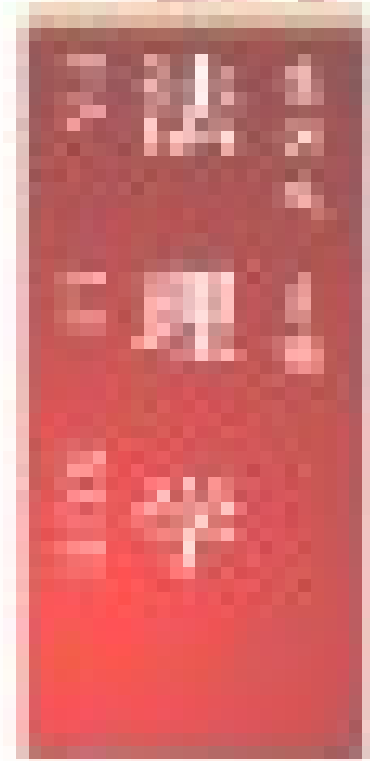
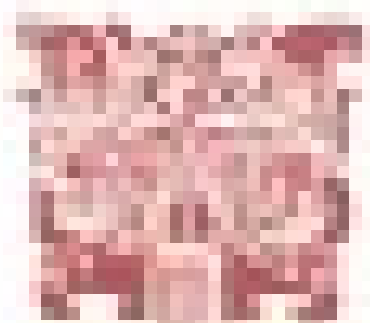
主编

中

出版社



THE UNIVERSITY OF CHICAGO



· 普通高等教育“十一五”国家级规划教材 ·

法 理 学

主 编 葛洪义
副主编 舒国滢 卓泽渊
撰稿人 (以撰写章节先后为序)
舒国滢 丁以升
卓泽渊 刘治斌
葛洪义 张德森

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学/葛洪义主编. -北京:中国政法大学出版社,2008.2

普通高等教育“十一五”国家级规划教材

ISBN 978-7-5620-3076-8

I. 法... II. 葛... 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023215号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16开本 22.75印张 480千字

2008年3月第1版 2008年3月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3076-8/D·3036

印 数:0 001-5 000册 定 价:28.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

作者简介

葛洪义 1960年生,浙江宁海人,法学博士。现任华南理工大学法学院院长、教授、博士生导师。兼任中国法学会法理学研究会副会长,中国政法大学和厦门大学法学理论专业博士生导师,吉林大学理论法学研究中心和多所高校兼职教授,主要研究方向为法理学、法哲学和法律方法;出版《探索与对话:法理学导论》、《法律与理性——法的现代性问题解读》、《法与实践理性》等著作,主编《法律方法与法律思维》连续出版物,公开发表学术论文和文章70余篇。

舒国滢 1962年生,湖北随州市人。现任中国政法大学教授、博士生导师,兼任中国法学会法理学研究会理事、中国政法大学法理学研究所所长,校学术委员会委员。主要研究方向为法理学、法美学与法学方法论,出版专著《在法律的边缘》、译著《法律论证理论》、《古斯塔夫·拉德布鲁赫传》、《法律智慧警句集》,代表性论文有《寻访法学的问题立场》、《战后德国法哲学的发展路向》、《从美学的观点看法律》、《从司法的广场化到司法的剧场化》等。

卓泽渊 1963年生,重庆人。现任中共中央党校政法部副主任、教授、博士生导师,兼任中国法学会法理学研究会副会长,主要著作有主编的《法学导论》、《法理学》,以及个人著作:《法的价值》、《法治国家论》、《法政治学》等,发表法学学术论文100多篇。

丁以升 1968年生,安徽巢湖人。现任华东政法学院教授。主要研究方向法理

II 法理学

学。主要著作:《中国法理学问题研究》、《法治问题研究》等,公开发表学术论文 60 余篇,多篇被人大复印资料《法学》与《高等学校文科学报文摘》全文复印或摘转。

张德森 1965 年生,湖北仙桃人,法学博士。现任中南财经政法大学教授,法学院理论法学系主任。兼任中国法理学研究会理事,湖北省法理学研究会副会长,中国行为法学理事。合著有《法的真善美》、《法理学》、《立法学》等 10 部;另公开发表学术论文 30 余篇。

刘治斌 1965 年生,宁夏固原人,法学硕士。现任西北政法大学法学研究所副教授,主要研究领域为法律方法与司法制度。先后在国内专业学术期刊发表论文 30 余篇,多篇论文被人大复印资料《法学》与《高等学校文科学报文摘》全文复印或摘转,参编《法理学》教材 5 部,主编法律读物 2 部,参加省部级以上科研项目 5 项。

出版说明

中国政法大学出版社是国家教育部主管的,我国高校中唯一的法律专业出版机构。多年来,中国政法大学出版社始终把法学教材建设放在首位,出版了研究生、本科、专科、高职高专、中专等不同层次、多种系列的法学教材,曾多次荣获新闻出版总署良好出版社、国家教育部先进高校出版社等荣誉称号。

自2007年起,我社有幸承担了教育部普通高等教育“十一五”国家级规划教材的出版任务,本套教材将在今后陆续与读者见面。

本套普通高等教育“十一五”国家级规划教材的出版,凝结了我社二十年法学教材出版经验和众多知名学者的理论成果。在江平、张晋藩、陈光中、应松年等法学界泰斗级教授的鼎力支持下,在许多中青年法学家的积极参与下,我们相信,本套教材一定会给读者带来惊喜。我们的出版思路是坚持教材内容必须与教学大纲紧密结合的原则。各学科以教育部规定的教学大纲为蓝本,紧贴课堂教学实际,力求达到以“基本概念、基本原理、基础知识”为主要内容,并体现最新的学术动向和研究成果。在形式的设置上,坚持形式服务于内容、教材服务于学生的理念。采取灵活多样的体例形式,根据不同学科的特点,通过学习目的与要求、思考题、资料链接、案例精选等多种形式阐释教材内容,争取使教材功能在最大程度上得到优化,便于在校生掌握理论知识。概括而言,本套教材是中国政法大学出版社多年来对法学教材深入研究与探索的集中体现。

中国政法大学出版社始终秉承锐意进取、勇于实践的精神,积极探索打造精品教材之路,相信倾注全社之力的普通高等教育“十一五”国家级规划教材定能以独具特色的品质满足广大师生的教材需求,成为当代中国法学教材品质保证的指向标。

II 法理学

本书作者分工如下：

舒国滢 第一、八、九、二十二章

丁以升 第二、四、六、七、十一章

卓泽渊 第三、五、二十、二十三、二十五章

刘治斌 第八章第四节、第十二章第二节

葛洪义 第十、十二、十三、十四、十七、十九、二十一章

张德森 第十五、十六、十八、二十四章

中国政法大学出版社

2008年2月

| 目 录 |

第一章 绪论	1
第一节 法学的概念与体系 / 1	
第二节 法理学的对象与范围 / 4	
第三节 法理学的产生与发展 / 12	
第四节 法理学的意义与方法 / 18	
第一编 法的概念	
第二章 法的现象与本质	23
第一节 法的现象与本质的概念 / 23	
第二节 法的层级本质 / 26	
第三章 法的价值	34
第一节 法的价值的概念 / 34	
第二节 法的基本价值 / 38	
第三节 法的价值冲突 / 54	
第四节 法的价值判断 / 57	
第四章 法的特征、要素与程序	60
第一节 法的特征 / 60	
第二节 法的要素 / 64	
第三节 法的程序 / 69	
第五章 法的功能与作用	76
第一节 法的功能与作用的概念 / 76	

II 法理学

- 第二节 法的规范功能 / 78
- 第三节 法的社会作用 / 81
- 第四节 正确认识法的功能与作用 / 86

第六章 法与其他社会现象 90

- 第一节 法与经济 / 90
- 第二节 法与政治 / 94
- 第三节 法与科学技术 / 96

第七章 法与其他社会规范 100

- 第一节 法与道德 / 100
- 第二节 法与习俗 / 103
- 第三节 法与宗教规范 / 105
- 第四节 法与政策 / 108

第二编 法的演进

第八章 法的演进概述 113

- 第一节 法的演进的阶段 / 113
- 第二节 法的演进的动因 / 117
- 第三节 法的未来发展 / 120
- 第四节 网络空间与法律 / 123

第九章 法的起源 133

- 第一节 原始人的社会规范 / 134
- 第二节 法起源的原因与过程 / 137
- 第三节 法起源的形式和规律 / 141

第十章 资本主义法 145

- 第一节 前资本主义法 / 145
- 第二节 资本主义法的产生 / 148

第三节	资本主义法的本质和特征	/ 152
第四节	资本主义法制	/ 156
第十一章	社会主义法 159
第一节	社会主义法的产生	/ 159
第二节	社会主义法的本质与特征	/ 162
第十二章	法的传统 168
第一节	法与文化	/ 168
第二节	法律意识	/ 173
第三节	法系	/ 179
第十三章	法的现代化 185
第一节	法的现代化概述	/ 185
第二节	中国法的现代化	/ 189
第十四章	社会主义法制与法治 197
第一节	社会主义法制与法治的概念	/ 197
第二节	社会主义法制与民主	/ 201
第三节	社会主义法治国家	/ 205
第三编 法的创制		
第十五章	法的制定 209
第一节	法的制定的概念	/ 209
第二节	法的制定的原则	/ 211
第三节	立法体制、立法程序与立法技术	/ 219
第十六章	法律规范与法律体系 230
第一节	法律规范	/ 230
第二节	法律部门	/ 235

IV 法理学

第三节 法律体系 / 237

第四节 公法与私法 / 241

第十七章 法的渊源与法的分类 245

第一节 法的渊源的概念和种类 / 245

第二节 当代中国法的渊源 / 249

第三节 法的分类 / 253

第十八章 法的效力 258

第一节 法的效力的概念 / 258

第二节 法的效力范围 / 261

第四编 法的实施

第十九章 法的实施概述 266

第一节 法的生成 / 266

第二节 法的实效 / 270

第三节 法的实现 / 274

第二十章 法的适用 278

第一节 法的适用的概念与特征 / 278

第二节 法的适用的形式 / 280

第三节 法的适用的基本要求和原则 / 284

第二十一章 法律解释与法律推理 289

第一节 法律解释的概念 / 289

第二节 法律解释的原则 / 293

第三节 法律解释的方法 / 296

第四节 法律推理 / 298

第二十二章 法律关系	304
第一节 法律关系的概念和种类 / 304	
第二节 法律关系主体 / 309	
第三节 法律关系的内容 / 311	
第四节 法律关系客体 / 314	
第五节 法律事实 / 316	
第二十三章 守法与违法	319
第一节 守法 / 319	
第二节 违法 / 322	
第三节 违法行为的预防与综合治理 / 326	
第二十四章 法律责任与法律制裁	330
第一节 法律责任 / 330	
第二节 法律制裁 / 335	
第二十五章 法律监督	339
第一节 法律监督的概念与功能 / 339	
第二节 法律监督的构成 / 340	
第三节 法律监督体系 / 342	

第一章

绪 论

学习目的与要求 (1)掌握法学的性质、体系、特征;(2)熟悉并掌握法理学研究的对象和意义;(3)了解法理学的产生、发展与基本研究方法。

第一节 法学的概念与体系

一、法学的概念

法学是人文社会科学中的一个相对独立的学科。^{〔1〕}笼统地讲,所谓法学,就是研究法律现象或法律问题的学问或理论知识体系,是一门关于社会共同生活的规范科学(Normwissenschaft)。^{〔2〕}但正像任何有关法律的活动并不都可以看作是法学研究一样,任何有关法律的知识也并不都能简单地称为法学。作为专门的学问和特有的知识体系,法学区别于其他人文社会科学,甚至区别于那些以法律为对象的片断的思考(不成体系的法律思想和观点)和为法律的操作而对法律所作的实用解释(注释法律)。法学的生成,具有以下标志:①立法的发达,要求对法律问题进行专门的探究,法学家职业阶层因此而形成;②一整套法律概念、原则(原理)和规则的构成,法学方法的运用和自成体系的法律理论的创造;③传授法律知识和探讨法律理论的机构(法律学校)的存在;④学科分化的程度和满足法律学问独立的知识系统的建立。

系统的法律理论知识形态,是法学的外部表征。从历史上看,具有这种表征的学问只是在特定的历史条件下才得以产生的。^{〔3〕}在中国,先秦时期就有所谓“刑名法术之

〔1〕 西方学者一般将科学分为自然科学(研究自然规则)、精神(人文)科学(研究人类精神,如哲学、神学)和社会科学(研究人类社会的共同生活,如经济学、政治学、社会学)三个类别。法学归属于社会科学。见 Jürgen Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Verlag C. H. Beck München, 1980, S. 18ff.

〔2〕 Jürgen Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Verlag C. H. Beck München, 1980, S. 18ff.

〔3〕 有学者指出,“法学”一词的形成和发展得益于三个条件:商品经济的发展;自然法学说的演进;西方社会特有的历史文化条件。见何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,导论。

学”，其后有专事注释法律的“律学”兴盛，但严格地讲，它们并不是纯粹的法学理论知识体系。^{〔1〕}在西方，法学是由古罗马人创立的，正如英国法学家巴里·尼古拉斯所说：“在几乎所有其他智力创造的领域，罗马人曾是希腊人虔诚的学生，但在法律方面他们却是老师。在他们手里，法律第一次完全变成科学的主题——”。^{〔2〕}现代“法学”一词，来源于拉丁文 *jurisprudentia*，由词根 *jus*（法）的形容词形式 *juris* 和另一词根 *providere*（知识）构成。古罗马五大法学家之一的乌尔比安（*Ulpianus*，? ~ 228 年）曾解释说：“*jurisprudentia* 是神事和人事的知识，正义和非正义的科学。”^{〔3〕}此后，中经 11 世纪开始的罗马法复兴运动和近代民族国家—法律的建立，*jurisprudentia* 在西方衍生了一组均表示“法学”或“法律科学”的概念群，如德文 *Jurisprudenz*, *Rechtswissenschaft*，法文 *science du droit*, *science juridique*，英文 *legal science*, *science of law*，等等。^{〔4〕}西方“法学”概念经由日本引入中国，大抵是 19 世纪末以后的事情。

作为区别于其他科学的知识体系，法学具有自己独特的性质。①法学的研究总是指向法律现象或法律问题的。故此，法学的兴衰注定是与一个国家法律制度的发展相关联，法制兴则法学繁荣；法制衰则法学不振。其他的学问的发展，并不一定以法制和秩序的存在为条件。例如，在一个没有法制和秩序的国度里，却可能会生成有创造力的文学或哲学。②法学是实践性较强的学科，具有务实性。^{〔5〕}法学必须关注和面向社会的世俗生活，为人们社会生活中的困惑、矛盾和冲突寻找到切实的法律解决方案，确立基本的原则，或为法律的决定作出合理而有说服力的论证。③法学是反映人的经验理性的学问，是人的法律经验、知识、智慧和理性的综合体现。当然，法学也可能会渗透研究者个人的感性的观察和领悟，但它绝不是个人感情的任意宣泄。就其本性而言，法学是与一切展现浪漫趣味和别出心裁的思想方式相抵牾的。④法学是职业性知识体系，它所使用的语言是冷静的、刚硬的、简洁的、合逻辑的，^{〔6〕}是经过法学家们提炼、加工和创造出的行业语言，与人们“日常语言”存在较大差别。在许多场合，法学的语言对外行人来讲是非常陌生的，如“无因管理”、“不可抗力”等等。⑤法学是反映研究者的一定的价值立场或价值取向的学问，在法学中很难做到“价值无涉”（*value-free*）或进行无立场的研究。马克思主义认为，一切法学总是与一定的意识形态相联系，体现着一定的阶级、阶层、集团或群体的世界观和价值观，因而均具有阶级性、政治性。

〔1〕 关于“律学”的性质，在学者间曾有不同的认识。一些人认为律学就是法学，另一些人则反对把律学等同于法学。见张国华等：《中国法律思想史纲》（上），甘肃人民出版社 1987 年版，第 20 页；张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社 1991 年版，第 6 章。

〔2〕 [英]巴里·尼古拉斯著：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社 2000 年版。

〔3〕 *Ulpianus, Digesta*, 1, 1, 10, 2. 参考译文见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编：《民法大全选译·正义和法》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 39~40 页。

〔4〕 关于西语“法学”一词的起源、流变，见何勤华：《西方法学史》，中国政法大学出版社 1996 年版，导论。

〔5〕 相应的观点，参见苏力：“反思法学的特点”，载《读书》1998 年第 1 期，第 20 页以下。

〔6〕 法学语言的前三个特点，见拉德布鲁赫：《法哲学》，斯图加特，1963 年德文版，第 206 页。

二、法学体系

法学体系,简单地讲,就是法学分科的体系,即由法学各个分支学科构成的有机联系的整体。它的中心问题是关于法学内部各分支学科的划分或法学学科的分类。^[1] 由于法学研究的问题非常复杂,内容丰富多样,范围也很广泛,因而法学本身又分为许多学科,或称为“法学的分支学科”。每个法学分支学科各有自己具体的研究对象和范围。因此,如何科学地界定各个法学分支学科的对象和范围,合理地划分法学分支学科,对于审视一个国家法学的总体发展,进一步调整法学研究的布局,都是具有积极意义的。

法学体系不等同于法学理论体系,^[2]但又与一定的法学理论体系相联系。法学理论体系是建立在一定的世界观和方法论基础上的法律理论观点、思想和学说体系。在此意义上,它与一个国家法学的学科体系(法学体系)是有区别的,一个国家的法学分科体系大致统一,但却可以并存多个不同的法学理论体系(例如不同法学派别的理论学说)。多元法学理论体系的存在,有时并不影响法学的学科划分。法学体系可以按照某一种法学理论体系为基础建立起来,也可以兼容不同的法学理论体系或若干个法学派别的理论和观点。

法学体系也不完全是法学的课程设置体系。尽管法学专业课程的设置往往是以法学分科为依据(例如,法理学既是法学的分支学科,又是一门法学课程),但法学课程体系不可能穷尽法学所有的分支学科。法学院(系)在编制法学课程体系时,总是根据各自的实际需要和情况而定,有些院(系)偏重法学理论学科方面,另一些院(系)偏重应用法学方面。而且,有时一门课程可以包括几门学科的内容(如“法学概论”课程),有时一门学科又可以设置几门相关的课程。例如,“宪法学”可以作为一门课程,也可以分设中国宪法学、外国宪法学、比较宪法学等若干课程。

法学分支学科的具体划分问题,国内外法学家至今尚无统一的标准。^[3]一般来说,可以按照两个标准对法学进行划分。一方面,按照法学的研究对象的分类进行划分;如根据法律可分为国内法和国际法标准,我们可以将法学划分为国内法学和国际法学。另一方面,可以按照法学研究方法的不同进行划分,如法社会学、法史学、法哲学和比较法学等。至于中国的法学学科如何划分,以及怎样构想中国的法学体系,我们认为,应当明确以下几方面的问题:①要正确而客观地估量中国目前已经形成的学科现状,并且

[1] 在西方法学著作中,一般没有“法学体系”的概念,学者讨论较多的问题是“法学的分类”或“法学的领域”(Bereich der Rechtswissenschaft)。见 Jürgen Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Verlag C. H. Beck München, 1980, p. 19ff.

[2] 有教科书认为“法学体系又称法学理论体系”,此一观点是值得推敲的。参见卓泽渊主编:《法学导论》,法律出版社1998年版,第225页。

[3] 中国社会科学院法学研究所和华东政法学院于1983年4月在上海联合召开法学理论讨论会,“建立具有中国特色的法学体系”是研讨的主题之一。见张友渔等:《法学理论论文集》,群众出版社1984年版。

科学地预测目前或未来将会出现的新的学科前景；②划分法学分科时，当然首先坚持以其研究对象为标准，但也要考虑各学科的研究方法、特点，学科结构的平衡诸要素；③法学体系的构成要素是有层次、分等级的，划分学科应当注意这种层次和等级，不能将位阶低的法学学科与位阶高的法学学科并列起来或混为一谈。基于上述考虑，我们倾向于将中国的法学学科划分为六大门类，其中每一门类又包含第二或第三层次的分支学科。

1. 理论法学。这是指研究法的基本原理、概念、思想和规律的学科类别。包括法理学(法哲学)、中国法律思想史、外国法律思想史，等等。

2. 法律史学。这是指对中外历史上的法律制度进行研究的学科类别。包括中国法制史、外国法制史，其中又可以分为中国法制通史、断代史(如隋唐法制史、明清法制史)、专史(中国刑法史、中国民法史等)。外国法制史还可以按国别或时代来研究。

3. 国内应用法学。这是指与“理论法学”相对称的学科类别。它主要有两类：①对一个国家的各个法律部门进行研究所形成的学科。包括宪法学、行政法学、民法学、经济法学、刑法学、婚姻法学、劳动法学、环境保护法学、诉讼法学(刑事诉讼法学、民事诉讼法学、行政诉讼法学)、军事法学等。②研究法律的制定或实施过程而形成的各种学科，包括立法学、法律解释学、法律社会学等。^{〔1〕}

4. 外国法学和比较法学这是指对外国法律或不同国家的法律进行双边或多边研究所形成的学科类别。其中包括外国法学概论、比较法总论以及各外国部门法学或比较法学(如外国宪法学、比较宪法学等)。

5. 国际法学。这是对调整涉及国家之间的各种法律进行研究而形成的学科类别。包括国际公法学、国际私法学、国际经济法学、国际刑法学等。

6. 法学的交叉学科(边缘法学)。这是指将法学与有关的自然科学或社会科学结合起来进行研究而形成的学科类别，包括法医学、刑事侦查学、司法鉴定学、犯罪心理学、证据学、法律统计学、法律精神病学等。

■ 第二节 法理学的对象与范围

一、法理学名称的由来

从语源看，汉语“法理学”一词来自日语。据考证，1881年(明治14年)日本法学家穗积陈重在东京帝国大学法学部(原开成学校)讲授“法论”时，认为当时流行日本的“法

〔1〕 将立法学、法律解释学和法社会学归结为应用法学，仅具有相对的意义。事实上，这三种学科均可分为基础研究和应用研究两部分。例如，“理论法社会学”(Theoretische Rechtssoziologie)就很难说是应用法学，而应归属于理论法学。也正是在这个意义上，法社会学(尤其是理论法社会学)被看作是法理学的一个分支。