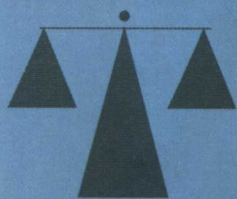




高等院校法律主干课程系列教材
云南省高校教材审定委员会审定

法理学

李希昆 施蔚然 主编



 云南大学出版社

高等院校法律主干课程系列教材
云南省高校教材审定委员会审定

法 理 学

主 编 李希昆 施蔚然
副主编 张树兴 王彦昕

 云南大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法理学/李希昆, 施蔚然主编. —昆明: 云南大学出版社, 2004

ISBN 7 - 81068 - 862 - 6

I. 法 ... II. ①李 ... ②施 ... III. 法理学
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 094729 号

书 名: 法 理 学

主 编: 李希昆 施蔚然

策 划: 蔡红华 邓立木 徐 曼

责任编辑: 张丽华 朱 冬

整体设计: 丁群亚

出版发行: 云南大学出版社

社 址: 云南省昆明市翠湖北路 2 号云南大学英华园内 (650091)

发行电话: 0871 - 5033244

网 址: <http://www.ynup.com>

E-mail: market@ynup.com

印 装: 昆明益民印刷有限公司

开 本: 787 × 1092 (1/16)

印 张: 17

字 数: 294 千

版 印 次: 2004 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

书 号: ISBN 7 - 81068 - 862 - 6/D·246

定 价: 25.00 元

高等院校法律主干课程系列教材

编 委 会 名 单

编委会主任：陈铁水 李申文

编委会委员：（按姓氏笔画排列）

安树昆	刘艺乒	孙仲玲
李希昆	张树兴	陈兴华
李云昭	周梁云	郑冬渝
罗 芸	施蔚然	耿 明
黄晓群	褚俊英	

编写说明

进入 21 世纪,我国的法制进程加快,社会主义市场经济法制体系逐步完善。云南省建设国际大通道和参与大湄公河流域合作开发,亟须大量的法律人才。云南省经济发展的同时,促进了云南省的法学教育也得到空前的发展,设置和开办法学专业的高校比 20 世纪时增加了数倍,办学规模、教师队伍、学生人数得以大幅度增长。

教材是教学的基础,教材建设是学科建设的重要内容。为了适应云南省法学教育迅速发展对教材的需要,为了培养一批合格的法律专业人才,为了保障法治建设所需的人才质量,云南大学出版社决定规划和出版一套体现云南法学教学和教材编写水平的高质量法学教材,以供法学教育使用。于是,我们组织了云南大学、昆明理工大学、云南民族大学、云南师范大学、云南省委党校、云南警官学院、云南财贸学院等高校具有丰富教学经验的法学教师编写法学系列教材。参与编写本套法学系列教材的教师,均从事法学教学或研究多年并有一定理论积淀;每部教材均由各学校的教授担任主编,并由其组成权威的编写队伍编写;编写体系完整,包括法学专业 14 门主干课程,以及各学科选修课程;编写内容既注重学科体系完整,基本概念、基本原理和基础知识清晰、正确,同时也注意吸收和采用近年的研究成果;编写风格体现出体系完整、简明扼要、深入浅出的特点。本套法学系列教材的服务对象主要为本科学生,也可作为专科学生的教材和研究生的参考书。

我们相信,云南大学出版社编辑出版的这套法学教材,对于提高云南省的法学教育水平,培养更多的合格法律人才具有积极的作用和深远的意义。同时,我们也衷心地希望本套法学教材能够满足学生的需要,夯实学生的基础理论,提高学生的专业知识水平,增强学生分析和解决问题的能力,使其最终成为合格的法律人才。

法学教材编委会

2004 年 5 月

导 论

一、法学的概念和法学史

(一) 法学的历史

开宗明义,“法学”一词的含义来自西方。法学是人类历史比较悠久的一门学问。法学的源头在古罗马。

在西方世界,拉丁语 *Jurisprudentia*,意为“法学”。后来英语的 *Jurisprudence*、*Juristicscience*,及德语、法语、俄语的“法学”一词均由 *Jurisprudentia* 演化而来。*Jurisprudentia* 究竟成于何时?由于年代久远,人们未能发现直接记载的材料。当代人们根据古罗马法学家留下的文献资料分析推测,大致认定这个词产生于公元前3世纪末期罗马共和国时代。这样说来,法学的历史当有2300多年。法学史的基本分期为:

1. 公元前3世纪~公元6世纪

古希腊的学问家普罗泰戈拉、苏格拉底、柏拉图、亚里士多德的法学观念虽然很丰富,但大多以哲学体系的补充形式出现。各种观念中大致有两条线索:一是正义与法律的关系问题,二是自然法与人定法的关系问题。这两条线索对西方的影响很大。古罗马形成了职业法学家集团、出现了适用性法学专论、存在着独立的法学教育体系。古希腊没有这几个标志。因此,西方法学的源头在古罗马。换句话说,古希腊时期产生了法律思想,却没有产生法学。

公元前3世纪,罗马的版图不断扩大,不断出现的法律问题推动了法学的产生。西罗马帝国灭亡后,公元6世纪,东罗马帝国皇帝查士丁尼颁布了3部法典《查士丁尼法典》、《法学阶梯》、《学说汇纂》,在他死后,人们又将他敕令编为《查士丁尼新律》,后人将这四部法典合称为《国法大全》。它们是我们了解古罗马法原貌的标本。在这大约600年的时间里,罗马法学历经形成、发展、茂盛、衰落、中兴几个时期,涌现了相当数量的法学家,其中以西塞罗和五大法学家——盖尤斯、伯比尼安、保罗、乌尔比安、莫蒂斯蒂

——最为有名。罗马法、罗马法学互为依托，互相促进，结果使两者都达到相当高的顶峰。有后人评价：罗马法是罗马法学家的法。德国法学家耶林也说：罗马人三次征服世界，武力、宗教和法律征服。

罗马法学具备了完备的体系，以私法作为自己的研究对象，以个人为本位，以权利为重点，具有极强的务实精神，为人类贡献了一整套法学术语、法学方法、法典编纂的体例，后世的法国民法典、德国民法典均得益于它。通过西塞罗，古希腊的自然法思想被罗马法学继承下来。

2. 公元 5~17 世纪

公元 476 年，西罗马帝国灭亡。从此开始了基督教统治西欧世界的历史阶段。这一时期直至 17 世纪中叶启蒙运动产生为止，历时 1200 多年，史称中世纪。

中世纪的前半期，罗马天主教教会在欧洲占有极大势力，神学凌驾于一切之上，法学和政治学、哲学等学科一起都成为神学的附庸。法学处于低迷期。但自然法学说仍然为神学法律思想提供了有力的理论根据，两者有机地结合在了一起。从 11 世纪末开始，发源于意大利的罗马法复兴运动逐渐风行全欧洲，人们重新认识到法的重要性，法学渐渐得到复苏。

3. 公元 17 世纪至今

文艺复兴、启蒙运动将欧洲引入革命时代。各种法学派别层出不穷，古典自然法学派、哲理法学派、历史法学派、分析法学派、功利主义法学派都很有名。二战结束后，出现了社会法学派、新分析法学派、新自然法学派三足鼎立的局面。从 17 世纪开始，法学逐渐成为一个门类齐全的学科。法律在社会生活中的地位不断得以提高，民法、刑法和诉讼法等西方传统法律部门得以改革，宪法、国际法等新的法律部门被创制出来，诸如私有财产神圣不可侵犯、契约自由、罪刑法定、无罪推定、司法独立等一系列法律原则也得以提出，法学、法律之间形成了良好的互动关系，法学的各分支学科都得到了很好的发展。

总结 2300 余年西方法学史，以下三个特征非常明显：

1. 西方法学的历史可谓源远流长、根深叶茂、脉络清晰、阶段明确、至今仍显现出活力。

2. 西方法学的形成和发展，与自然法学说密切相关。可以说，以自然法为核心的强调法的公平正义和理性的世界观，是西方法学得以形成、发展、丰富和科学化的根本动力之一。

3. 西方法学的形成、发展，得益于西方社会特有的各种历史文化条件。这些条件有：立法尤其是成文法的发达，法与宗教或神学的分离（法的世俗

化)，职业法学家的出现和比较宽松的学术环境。

从以上三个特征来看，中国古代没有西方意义上的 Jurisprudence，法学一词在当今中国具有的含义是舶来品，并不是历史上出现过的“刑名法术之学”。此词出现于春秋战国时期，又称“刑名之学”，刑指刑法、刑罚或广义的法，名指循名责实、赏罚分明，刑名也可以指刑种，术泛指君主实行统治的策略手段。我国历史上没有“法学”一词，但从汉朝开始，出现了“律学”的名称。

（二）法学的概念

要给法学下定义，历史上西方学者的论述具有一定的启发性。古罗马法学家乌尔比安说：“法学是神事和人事之知识、正与不正之学问”（人和神的事务的概念，正义与非正义之学）。17 世纪荷兰的格劳秀斯说“法学者，从正义而生活之学科也”。同期，德国莱布尼兹“法学者，权利之学也”。等等。

总结各种相关学说，我们认为，法学是研究法这一特定社会现象及其规律的一门社会科学。理解这一界定，需注意以下几个要点：

1. 这里讲的法是一个动态的概念。法学的研究对象不限于对一般法律规定的理解，还要研究法的产生、本质、特征、发展、作用、功能、制定、实施和监督等方面的概念、原理和知识。法不仅指书面上的法，而且指现实生活中的法。

2. 法学还要研究有关法这一社会现象的客观规律。比如，随着商品经济的出现，就必然会产生法；法随着社会条件的发展而发展等等，都是法的发展规律。

3. 法学具有科学性、阶级性、实用性和理论性。

4. 法学是一门社会科学。自然科学研究自然现象，社会科学研究社会现象，哲学是对自然、社会和思维知识的概括和总结。法学、政治学、军事学、经济学、社会学、史学、宗教学等学科都属于社会科学。

5. 法学的产生需要一定的前提条件。它们是：第一，立法已发展到相当复杂和广泛的程度，第二，社会上出现了一个职业法学家集团。

6. 马克思主义法学与以往的法学具有原则区别。虽然在 19 世纪中叶马克思主义出现以前，有产阶级思想家和法学家们在法学领域提出过一些有价值的观点，但马克思主义法学与以往法学仍然具有如下本质区别：①马克思主义法学以唯物史观为基础，它认为法代表了掌握国家政权的阶级的意志，这种意志的内容归根结底是由这一阶级的物质生活条件决定的；以往的法学一般是以唯心史观为基础的，否认物质生活条件对法的决定作用。②马克思主义认为，法是有阶级性的，是掌握政权的阶级的意志的体现；以往的法学则

认为法是超阶级的体现。③马克思主义认为，阶级意义上的法不是超历史的，它随着私有制、阶级的出现而出现，到共产主义社会，随着国家的消亡而消亡，到那时，虽然还有强制性的行为规则，但已不是阶级意义上的法；以往的法学大多认为法是超历史的、永恒存在的。

二、法学体系

（一）概念：

法学体系是指由法学各个分支学科构成的有机联系的整体。

（二）从不同角度对法学各个分支学科进行的划分

1. 从各种类别的法律这一角度出发，法学可分为：

①国内法学：宪法学、民法学、刑法学、经济法学、行政法学、诉讼法学、环境资源保护法学、劳动与社会保障法学、军事法学等。

②国际法学：国际公法学、国际私法学、国际经济法学。

③法律史学：法律制度史、法律思想史。

④比较法学和外国法学。（之所以将两者并列，因为比较法通常是指对不同国家的法律进行双边或多边的比较研究。）

2. 从法律的制定到实施这一角度出发，法学可分为：

①立法学。〔研究立法原则、立法规划、立法预测、立法体制（立法权限的划分）、立法程序、法律形式的规范化、法律的统一化、立法体系、法律体系、法律整理、汇编、编纂以及对立法的评价，等等。〕

②法律解释学。（实质上即中外历史上早已出现的注释法学。）

③法律社会学。〔研究法律制定后如何实施，是否实施，怎样得以保证实施，法律的社会作用（功能）和效果究竟如何，法律和其他社会因素的关系，等等。〕

3. 从认识论角度出发，法学可分为理论法学和应用法学。（应用法学通常是指在社会中实际应用的法学分科，以上所讲的那些法学分科，除法理学和法律思想史外，都可以归入应用法学。）

4. 从法学和其他学科的关系这一角度出发，法学可以分为法学本科和法学边缘学科。（以上所讲的三种分科都属于法学本科，但在法学体系和法学分科的传统概念中，法学中除本科外，还包括法学和自然科学、技术科学或其他人文社会科学学科之间的一些边缘学科，如科技法学、刑事侦查学、法医学、法律精神病学、犯罪心理学、证据学、法律统计学、法律教育学等。）

（三）法学体系不同于法律体系

法律体系在本书中有一章专门论述，它是指由本国各部门法构成的具有

内在联系的一个整体，即部门法体系。法学体系的范围比法律体系广，前者还要包括法律体系中所没有的内容，如法理学、法律史学、外国法和比较法学等。

(四) 法学体系不同于法学课程体系。法学课程体系一般是指高等法律院系设置课程的方案，它不可能穷尽法学所有的分支学科

三、法理学的概念和法理学史

(一) 概念

汉语“法理学”一词来自日本，是日本法学家穗积陈重提出的。过去我们叫法学基础理论。法理学是以整个法律现象的共同规律和共同性问题作为研究对象的法学理论学科，又可以称为法哲学或法律哲学。

共同规律包括法的起源规律、演进规律、消亡规律、运行规律等，共同性问题包括法的定义问题、本质问题、功能问题、体系问题、权利义务问题、行为问题、价值问题、立法问题、适用问题、遵守问题、监督问题、法治等问题。

(二) 法理学的历史

19世纪以前，许多法学家论述了属于法理学范畴的问题。但严格地说，作为一个法学分支学科，法理学是随着法学体系的形成而产生的。最早将法理学作为一个学科来研究和讲授的是以英国法学家奥斯丁为代表的法学家。约翰·奥斯丁的《法理学范围之限定》、《法理学讲义》等著作的出版，标志着法理学成为一门相对独立的法学学科。奥斯丁本人也被称为“分析法理学之父”。

1. 17~19世纪的古典自然法学派对法律进行了深入的理论研究，为法理学的产生提供了充分的理论基础。该法学派别突出的法学世界观是以“人权”代替“神权”，以“国家”代替“教会”，以“人的理性”代替“神的理性”。代表人物有荷兰的格劳秀斯，英国的霍布斯、洛克，法国的孟德斯鸠、卢梭，德国的普芬道夫，意大利的贝卡利亚等等。一大批著作流传后世，如《战争与和平法》、《利维坦》、《政府论》、《论法的精神》、《社会契约论》、《自然法与万国法》、《论犯罪与刑罚》等均丰富了法学理论。该法学派别“三个自然”（自然状态、自然权利、自然法）的理论、社会契约论、人民主权说、分权与制衡理论、法律公意说对后世影响极大。古典自然法学派的理论不仅为资产阶级革命提供了锐利的思想武器，也成为资本主义社会初期法制建设的理论指导，更使法学成为一个门类齐全的学科。

2. 19世纪，与奥斯丁分析法理学并存的，有德国萨维尼的历史法学，康

德、黑格尔的哲理法学。分析法学认为，法学只应研究“实际上是这样的法”，即实在法，而不是像自然法学家那样研究“应当是这样的法”，即理想法或正义法。否定法与正义、道德和理性的关系，认为法无善恶之分，只有有用无用之别，主张“恶法亦法”、“法律是主权者的命令”。该派认为，法学的任务是从逻辑上比较分析各种成熟的实在法制度的共同原则、概念和特征，其中包括权利、义务、损害、制裁、惩罚和赔偿等重要概念。历史法学以强调法律体现民族精神或历史传统为特征，认为法律是民族精神的体现，是历史传统的结果，并应继承其历史传统，重视习惯法，反对制定普遍适用的法典。哲理法学将法律思想纳入其哲学体系之中，或者将法归结为空洞的伦理概念、绝对命令的准则（康德）；或者将法解释为自己庞大的客观唯心主义体系的一个组成部分，是客观精神、自由意志的体现（黑格尔）。

3. 20世纪，三大法理学派鼎足而立。一是以哈特为首的新分析实证主义法学派，二是以富勒为首的新自然法学派，三是以庞德为代表的社会法学派。新分析法学派修正了老分析法学派的观点，摒弃了“法律命令说”，对“恶法亦法”做了限制性的解释，主张狭义上的法是与道德一致的良法。承认“最低限度内容”的自然法，认为法是一种规则体系。新自然法学派改变了古典自然法学认为自然法永恒不变的观点，认为自然法的内容是可以改变的。社会法学派着重研究法的作用而不是法的抽象内容；把法当作一种社会制度；强调法所要达到的社会目的，而不是法的制裁；认为法律规则是实现社会公正的指针，而不是永恒不变的模型。三大法理学派在长期论战的同时，在观点上也相互吸收和靠拢。现在，西方的后现代主义法学、经济分析法学、女权主义法学的影响也很大。

四、本教材编排体例说明

学习法理学有助于深化对其他法学学科的学习，对于法学学习与研究都具有重要意义。而且，学习法理学有助于树立良好的法律意识，是法律得以正确制定和实施的理论保证。因此，学习法律，应该认真学习法理学知识。由以上论述可知，在法理学领域，西方学者形成了众多流派，这表明可以从不同角度观察法律这种社会现象。那么，法理学的范围和界限到底在哪里？从二战后三大法学流派鼎足而立的事实，我们可以得到启发：法学存在着三种知识形态——法哲学、法理学和法社会学。新自然法学派、新分析法学派和社会法学派这三大法学流派分别对应了前述三种知识形态。因此，我们认为，作为一门法学理论学科的法理学课程，应该综合介绍并研究法哲学、法理学和法社会学三种知识形态涉及的理论领域。法的本体论、法的演进论、

法的关联论、法的价值论、法制与法治论主要讨论传统的法哲学、法理学方面的理论问题。法的运行论主要讨论法社会学方面的理论问题。事实上，目前国内各种不同版本的法理学教材，都要考虑以上理论问题，道理也在这里。

参照美国综合法学派大师博登海默《法理学－法哲学及其方法》下半部分重点研究美国法律制度状况的写作体例，本教材的重点放在研究中国社会主义法律制度的状况方面。这样，在全书都不同程度地涉及到我国法律制度的前提下，在“法的运行论”部分，我们更加重了论述我国的立法、司法、执法、守法、法律监督等各方面的理论问题，以期为深化对于我国各种法律及其制度的学习打下一个较为坚实的理论基础。

目 录

第一编 法的本体论

第一章 法的概念	(3)
第一节 法、法律的词源和词义	(3)
第二节 法的本质	(4)
第三节 法的现象	(5)
第四节 法的要素	(6)
第五节 法的程序	(8)
第二章 法的价值	(11)
第一节 法的价值性质	(11)
第二节 法的价值名目体系	(17)
第三节 法的价值冲突体系	(35)
第三章 法的功能和作用	(38)
第一节 法的功能	(38)
第二节 法的作用	(40)

第二编 法的关联论

第四章 法与其他社会现象	(47)
第一节 法与经济	(47)
第二节 法与政治	(55)
第三节 法与科学技术	(60)
第五章 法与其他社会规范	(65)
第一节 法与道德	(65)
第二节 法与宗教	(75)
第三节 法与政策	(82)

第三编 法的演进论

第六章 法的起源	(89)
第一节 法的起源的理论	(89)
第二节 法产生的形式	(96)
第三节 法的起源的原因	(98)
第四节 法的起源的规律	(99)
第七章 奴隶制法	(102)
第一节 奴隶制法的阶级本质	(102)
第二节 奴隶制法的基本特征	(103)
第八章 封建制法	(106)
第一节 封建制法概述	(106)
第二节 封建制法的特征	(108)
第三节 中国与西欧封建制法的区别	(110)
第九章 资本主义法	(113)
第一节 资本主义法的产生	(113)
第二节 资本主义的本质和特征	(116)
第十章 社会主义法	(120)
第一节 社会主义法的产生	(120)
第二节 社会主义法的本质与特征	(124)
第三节 当代中国社会主义法	(128)
第十一章 法的传统	(132)
第一节 法律文化	(132)
第二节 法律意识	(139)
第三节 法系	(143)

第四编 法制与法治论

第十二章 法制	(157)
第一节 法制的含义和基本要求	(157)
第二节 法制与民主的关系	(159)
第十三章 法治	(162)
第一节 法治理论概述	(162)
第二节 法制与法治的关系	(164)

第三节	法治的意义	(164)
第四节	法治国家的实现	(167)

第五编 法的运行

第十四章	法的制定	(175)
第一节	法的制定	(175)
第二节	法的渊源	(183)
第三节	法的分类	(187)
第十五章	法律体系	(194)
第一节	部门法	(194)
第二节	法律体系	(196)
第三节	我国的法律体系	(199)
第十六章	法的实施	(205)
第一节	法的实施	(205)
第二节	法律关系	(212)
第三节	法律责任和法律制裁	(224)
第四节	法律解释	(230)
第五节	法律推理	(238)
第十七章	法的监督	(244)
第一节	法的监督的概念与意义	(244)
第二节	国家机关的监督	(247)
第三节	社会监督	(250)
参考书目		(252)
后 记		(253)

第一编

法的本体论

