

杨心宇 主编

法理学研究： 基础与前沿

212

090
127

法理学研究：基础与前沿

杨心宇 主编



A1055441

復旦大學出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学研究:基础与前沿/杨心宇主编. —上海:复旦大学出版社, 2002. 10
21 世纪复旦大学研究生教学用书
ISBN 7-309-03271-3

I. 法… II. 杨… III. 法理学-研究生-教材
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 045477 号

出版发行 复旦大学出版社

上海市国权路 579 号 200433

86-21-65118853(发行部) 86-21-65642892(编辑部)

fupnet@fudanpress.com http://www.fudanpress.com

经销 新华书店上海发行所

印刷 复旦大学印刷厂

开本 850×1168 1/32

印张 14.375

字数 397 千

版次 2002 年 10 月第一版 2002 年 10 月第一次印刷

印数 1—4 100

定价 22.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

主 编	杨心宇				
撰稿人	徐怀宇	肖 明	徐 行		
	徐品飞	王 苾	张 嶂		
	杨 迅	廖荣华	魏 佳		

编辑出版说明

21 世纪,随着科学技术的突飞猛进和知识经济的迅速发展,世界将发生深刻变化,国际间的竞争日趋激烈,高层次人才的教育正面临空前的发展机遇与巨大挑战。

研究生教育是教育结构中最高层次的教育,肩负着为国家现代化建设培养高素质、高层次创造性人才的重任,是我国增强综合国力、增强国际竞争力的重要支撑。为了提高研究生的培养质量和研究生教学的整体水平,必须加强研究生的教材建设,更新教学内容,把创新能力和创新精神的培养放到突出位置上,必须建立适应新的教学和科研要求的有复旦特色的研究生教学用书。“21 世纪复旦大学研究生教学用书”正是为适应这一新形势而编辑出版的。

“21 世纪复旦大学研究生教学用书”分文科、理科和医科三大类,主要出版硕士研究生学位基础课和学位专业课的教材,同时酌情出版一些使用面广、质量较高的选修课及博士研究生学位基础课教材。这些教材除可作为相关学科的研究生教学用书外,还可供有关学者和人员参考。

收入“21 世纪复旦大学研究生教学用书”的教材,大都是作者在编写成讲义后,经过多年教学实践、反复修改后才定稿的。这些作者大都治学严谨,教学实践经验丰富,教学效果也比较显著。由于我们对编辑工作尚缺乏经验,不足之处,敬请读者指出,以便我们在将来再版时加以更正和提高。

复旦大学研究生院

内 容 提 要

本书围绕着法学理论的基本命题和社会发展的前沿问题,开展了基础性的理论研究。本书立足于法学的本体论问题,在充实最新发现的学术资料基础上,对法的本质、法的价值、法的道德基础、法的内容,以及各法系法的发展史等进行了探讨、研究。本书着眼于社会发展的最新趋势,深刻分析了经济、政治、社会、文化诸领域发展的背景,剖析了相关的理论学说,对民主政治、社会自治、科技进步、全球化以及可持续发展等问题进行了有益的探索,从法理上回应了社会发展对法律资源的需求。由此,本书基于关注国际国内社会发展所必须的法律视角,提出了建设法治国家的理论原则。



前 言

20 世纪末,随着社会主义市场经济的发展,中国社会各领域发生了深刻的变化,推动中国走上了法治化的道路。法治是一种理想的社会目标,又是一个动态的历史进程,它的演进需要理论的建构与指导。当代中国正处于社会转型时期,面临着诸多的社会矛盾,各个法律部门都在逐步的完善之中,法理学研究所呈现出来的理论价值和学术内涵对中国社会发展与法律发展所具有的重大意义格外地凸显出来了。

对传统的西方法哲学理论的研究,大大开阔了我们的视野,加深了我们对于法理学基本问题的理解。但是,这些理论毕竟是建立在西方社会文化传统和现实的政治经济制度之上的。如果对其全盘照搬,而不根据我国的基本国情赋予其新的内涵,那就不能解决当代中国所面临的种种矛盾和问题。我国曾经全面照搬了苏联的法学理论,在我国体制变迁、社会转型的条件下,它已经不能胜任对法制建设进行指导的任务。深入、系统地研究法理学的一系列基本命题,从社会发展的高度、以人文关怀的精神,厘清一系列的基本问题,是当前法理学亟待完成的重要任务。

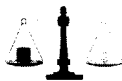
当前,人类社会发展的新进程、新趋势以及由这个新进程所涌现出的新事物,要求我们站在时代的高度密切关注一系列重大变革。人类社会的环境危机迫使我们重新思考和发掘人文主义的深刻内涵;经济全球化带来的国际社会经济、政治、文化以及法律制度的冲突、交流、融合的趋势,要求我们具有现代化的全球视野,重新审视国际经济、政治新秩序以及不同文化的共通性,要求我们吸收和借鉴人类文明的共同财富;市场经济的建立与发展、社会的转型从根本上改变着传统的社会基本结构,从社会基层开始,社会的活力大为增强,



自主经济主体的出现、利益的多元化、独立人格的产生,使宪法所弘扬的公民基本权利与义务的政治理想更进一步向法治实践转化,人们的政治参与积极性空前高涨,社会主义民主与法制建设的高潮正在到来;科学技术的发展强有力地冲击着传统观念,改变着传统的生产、生活方式,为理论研究提供了新的素材和方向。这样一场社会变革与社会进步的历史运动,向法学理论研究提出了崭新的课题,并要求法理学给予思想回应和理论指导。

复旦大学一贯重视研究生教学和科研能力的培养,重视研究生重点课程建设。本书就是复旦大学研究生院《法理学》重点课程建设项目的研究成果。出于研究生教学和科研需要,根据《法理学》课程内容、教学重点和进度安排,着眼于法理学的基础研究和法与社会发展趋势的互动关系研究两个方向,以上、下两篇的形式,着重进行法的本体论、历史论、方法论、功能论、法治论、发展论等方面的基础性研究。但是,本书并没有刻意追求体系的完整,也没有在上述六论中进行全面平衡的展开,而是对我们比较关注和力所能及的领域做了一些基础性的工作。本书结合社会历史和发展的背景,参考并借鉴大量的文献资料,吸收了学术界最新的研究成果,注入了作者的思考,展现出复旦大学法学院法理学专业学科点的最新研究成果。这一研究成果力图在已有的学术水平上加以深化,提出或解决一些理论问题,把握社会发展的新趋势,使法学理论能够贴近生活、面向实际、回应社会而不流于空洞的概念推敲、逻辑分析,努力使法学理论始终保持与时代脉搏共振,不辜负法理学在法律科学中的领头地位。

本书是本专业学术团队共同努力、辛勤劳动的心血之作。在项目研究的过程中,得到了复旦大学研究生院的关怀指导和经费资助、法学院领导和同仁的大力支持;本专业的教师和研究生,投入了大量的精力,虚心请教了有关的专家学者,参阅了大量的学术文献,互相之间开展了信息的沟通、观点的交流、思想的碰撞,终于完成了本书的编写。在编写过程中,作者也汲取了法理学的学术营养,领悟了社会发展与法的相互作用的深刻内涵。可以说,编写过程也是继续学



习、提高的过程。

本书既是一部理论研究专著,又可以作为高等院校法学理论课程的教材。本书的构思和框架由杨心宇提出建议。徐怀宇完成了第一、二章的编写;张嶂完成了第三章的编写,钟琦提供了该章的部分资料;廖荣华完成了第四章的编写;肖明完成了第五、第七、八章的编写;徐品飞完成了第六、九章的编写;王苾、杨迅完成了第十章的编写;徐行、魏佳完成了第十一章的编写;徐行完成了第十二章的编写。杨心宇、侯健对全书进行了修改、审定和统稿。徐怀宇、徐行对本书的编排等技术性问题付出了辛勤的劳动。

我们知道:社会的发展是科学研究的动力,政治的昌明是大胆研究的有利条件,法治前景的肯认是研究的基点。正是这样的一种时代背景,增强了我们在事业上的责任心、学术研究上的自信心。

面对这样一项严肃的研究工作,我们信守学术的规范性和创新性,并以此增强学术团队的凝聚力。我们相信:法治的实践要求我们坚持不懈,学科建设鼓励我们不断创新,前人的成果赋予我们学术的积淀。我们这一团队将会以新的学术成果回报社会,以卓有成效的工作,感谢所有曾给予我们以帮助、支持和鼓励的人们。

我们欢迎读者对本书的不足之处提出批评和建议。

作 者

2002年6月于复旦园



目 录

第一章 法的本体与价值	1
第一节 法的概念	1
一、法概念的历史形成	1
二、法本体论的基本特征	9
三、俄国与苏联法的概念	11
第二节 法的本质	18
一、法的自由本质	18
二、自由的实现	23
三、自由的法律对应物	26
第三节 法的价值	30
一、法律的价值概论	30
二、平等	31
三、安全	34
四、社会功利	35
五、秩序	37
第四节 法的评价	38
一、正义	38
二、效率	42
三、正义与效率的关系	42
第二章 大陆国家法体系的演进	44
第一节 古代文明的法律制度	44
一、古代文明的法律	44
二、楔形文字法律与《汉谟拉比法典》	46
三、古代文明法律的特征	48



第二节 古典文明时期的法律	49
一、古希腊文明与法律制度	50
二、罗马帝国与罗马法	54
三、其他文明的法律制度	58
第三节 中世纪法	59
一、日耳曼法	60
二、宗教法	62
三、城市法与商法	64
四、罗马法的复兴	66
第四节 近现代法	67
一、近现代法的思想基础	67
二、近代法的产生与发展	69
三、现代法的主要特点	73
第三章 英美国国家法体系的演进	75
第一节 英国法的形成与发展	75
一、盎格鲁撒克逊法	75
二、普通法的产生	77
三、衡平法的兴起	80
四、制定法的发展	82
第二节 英国法的哲学基础	86
一、经验主义理论	86
二、自然法学理论	88
第三节 英国法的传统特色	90
一、遵循先例原则	90
二、判例法传统	92
三、诉讼救济中心主义	93
四、英国法与罗马法	94
五、欧洲一体化对英国法的影响	95
第四节 美国法的形成与发展	96



一、殖民地时期的法律	96
二、美国法的形成	97
三、近代美国法的发展	100
第五节 美国法的哲学基础	101
一、实用主义理论	101
二、现实主义法学	104
三、社会学法学	106
四、批判法学	107
第六节 美国法对英国法的继承与发展	109
一、继承	109
二、发展	110
第四章 习惯法的地位与影响	116
第一节 习惯法概述	116
一、习惯的合法性	116
二、习惯法的来源	121
三、习惯法的界定	123
四、习惯法的意义	125
第二节 习惯法的采用	127
一、大陆法系国家	128
二、普通法系国家	135
三、国际习惯法	138
第三节 习惯法与国家法的关系	142
一、习惯法在法律中的体现	143
二、习惯法与国家法的冲突	149
三、习惯法的整合	150
第五章 法的道德基础	154
第一节 法与道德的理论	154
一、法哲学的永恒话题	154
二、不同观点的交锋	156



三、法与道德的历史结合	165
第二节 道德与法律的关系	166
一、道德的概念	166
二、道德与伦理	169
三、道德与法律	172
第三节 道德建设与法治实践	176
一、法制建设的道德基础	176
二、道德建设与法制建设	180
第六章 法的内容	185
第一节 权利	185
一、权利的概念	185
二、权利的属性	190
第二节 义务	193
一、义务的概念	193
二、伦理的义务观	197
三、义务与责任	199
第三节 权利义务的分类与关系	200
一、权利与义务的分类	200
二、权利与义务的关系	204
第七章 民主宪政的完善	210
第一节 法治国家的理论意义	210
一、“皇权至上”的专制思想	210
二、“法律至上”的法治思想	213
三、法治国家的核心能力	215
第二节 依法治国方略的确立	219
一、破除法律虚无主义	219
二、法制建设的理论探讨	223
三、法制建设的理论定位	228
四、法制建设的规律求索	231



第三节 民主宪政的发展	235
一、民主宪政的社会基础	235
二、民主宪政的发展途径	237
三、民主宪政的发展目标	242
第八章 社会自治的发展	248
第一节 公民社会的形成	248
一、公民社会的理论	248
二、公民社会的孕育	251
三、民主政治的基础	254
第二节 社会自治的培育	258
一、基层社区自治的发展	258
二、城市化的演进	266
三、社会中介组织的成长	271
第三节 政府与社会的关系	274
一、政府与社会的概念	274
二、政府与社会的关系	275
三、社会功能与政府职能的转化	277
第九章 法与人权	281
第一节 人权的概念	281
一、人权的语义	281
二、人权的定义	283
第二节 人权的内容与价值	291
一、人权的分类	291
二、人权的价值	293
第三节 人权的发展	297
一、人权意识淡漠的原因	297
二、人权意识的萌生与发展	300
第四节 人权与法律	303
一、人权的法制化	303



二、人权与国内法	305
三、中国现行法律与国际人权公约	309
第十章 法与科学技术	315
第一节 科学技术与法律的关系	318
一、科学技术对法律的影响	318
二、法律对科学技术的功能	323
三、法律调整科技活动的意义	327
第二节 生命科技的法学问题	330
一、生命科学技术领域的新特点	330
二、新技术的法律问题	335
三、规范的法理原则	342
第三节 互联网的法学问题	349
一、互联网的发展及其影响	349
二、互联网的法律价值分析	351
三、互联网的法律环境分析	354
四、互联网与立法技术	356
第四节 其他科学技术的法理学问题	361
一、非线性科学的法理学问题	361
二、外层空间技术的法理学问题	362
三、基因技术的法理学问题	364
四、科学与法的展望	365
第十一章 法与全球化发展	367
第一节 经济全球化概述	367
一、全球化的涵义	367
二、经济全球化的特征	369
三、经济全球化的积极意义	372
四、经济全球化的负面效应	374
第二节 经济全球化与法律发展	376
一、法律意识形态的演变	376



二、法律全球变革的尝试	378
三、全球化的法律移植	380
第三节 法律全球化的争论与反思	382
一、法律全球化的概念争论	382
二、法律全球化的必要性和可行性	386
三、法律全球化的实践与发展	388
四、法律全球化对国家主权的影响	393
五、法律的全球化与本土化	396
第十二章 法与可持续发展	399
第一节 环境问题的缘由	399
一、人类的危机	399
二、价值观根源	400
三、方法论原因	403
四、物质的索取	404
第二节 可持续发展与法的发展	406
一、可持续发展战略简述	406
二、生产方式和社会关系的变革	409
三、可持续发展法的产生与发展	413
第三节 可持续发展的法	417
一、可持续发展的法的特征	417
二、生态利益中心主义的伦理核心	420
三、人与自然和谐发展的价值取向	422
四、确认及保障环境权的法律重心	425
五、预防为先的立法倾向	427
六、全球化的发展方向	429
参考文献	432



第一章 法的本体与价值

第一节 法的概念

一、法概念的历史形成

法是什么？这是一个为人类社会中的思想者们追问了几千年的问题。对于法的概念的认识，实际上是人类对于自身所处的具体的社会关系背后的支配规律的认识。由于法是作用于具体的社会关系中的，因而在不同的时期，不同的社会条件下，法的观念因为社会关系的差异而有所不同。

（一）古希腊的法概念

在古希腊时代，对于法是什么的争论，是围绕着法与正义的关系而展开的。柏拉图和亚里士多德都强调法和正义的目的与手段的关系。柏拉图在其初期的作品中充满理想主义的设计，描述了“人治”的理想王国，只是在建立理想城邦的努力失败后，他转而选择建立次优的“法治”国家。“最佳的方法不是给予法律以最高权威，而是给予明晓统治艺术、具有大智大慧的人以最高权威。”^① 在他这里，法的工具价值十分明显，是达致“善”的国家的手段，而且是“人治”之下的辅助手段。亚里士多德作为柏拉图的学生，在建立“善”的国家的理想方面与他的老师如出一辙，但其途径却是直接的“法治”。而“法治”应该包含两方面的意义：“已成立的法律获得普遍的服从，而大家

^① [美]博登海默：《法理学——法律哲学和法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第9页。

