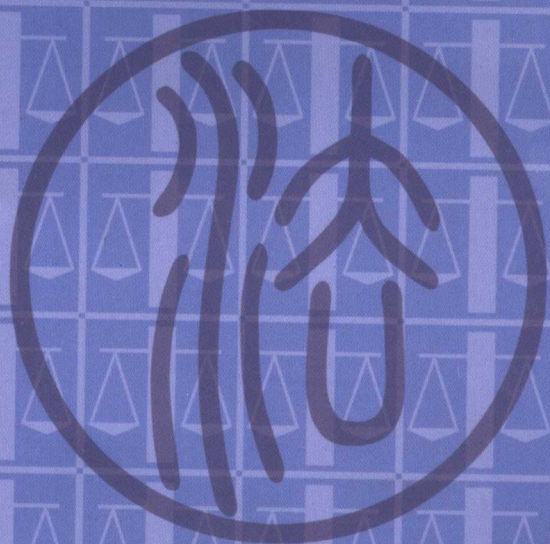


高等院校法学教材

# 法理学

主编 闫国智 副主编 孙春增 都玉霞



山东大学出版社

法学理论法学名著译丛

# 法理学

【德】迪特尔·施密特 著 蔡磊 译 何海平 校



◆ 北京大学出版社

# 法 理 学

---

主 编 闫国智  
副主编 孙春增 都玉霞

山东大学出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

法理学/闫国智主编. — 济南: 山东大学出版社,  
2003. 8 (2004. 7 重印)  
ISBN 7-5607-2640-2

I. 法…

II. 闫…

III. 法理学-高等学校-教材

IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 074301 号

**山东大学出版社出版发行**

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码: 250100)

**山东省新华书店经销**

**莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司印刷**

787×980 毫米 1/16 23.25 印张 443 千字

2003 年 8 月第 1 版 2004 年 7 月第 2 次印刷

印数: 7001—10000 册

定价: 32.00 元

**版权所有, 盗印必究**

凡购本书, 如有缺页、倒页、脱页, 由本社发行部负责调换

## 说 明

为适应高等学校法律专业教学的需要，我们组织部分长期从事法理学教学和研究的教师，编写了这本法理学教材。

本教材从法理学作为法学的一般理论、基础理论和方法论这一学科定位出发，在坚持学科的完整性、系统性和科学性的前提下，着力于吸纳法理学研究的新成果和博采现行法理学教材之优长，并注意将我国法制建设和法律实践中的重大问题纳入研究视野，以期在学科内容上达到传统与创新的协调、理论与实践的结合，力求提高学习者思考与解决法律问题的能力。当然，由于我们水平有限，其中不当甚至错误之处在所难免，深望学界同仁不吝赐教。

本书由闫国智任主编，孙春增、都玉霞任副主编。主编、副主编负责统稿和定稿，参加编写的人员及分工如下：

闫国智：绪论，第五章；  
都玉霞：第一章，第二章；  
白岱恩：第三章，第十三章；  
孙春增：第四章，第十二章，第十四章；  
李克杰：第六章，第七章；  
窦衍瑞：第八章，第九章；  
谢秀珍：第十章；  
王德玲：第十一章；  
周郁昌：第十五章；  
李兴祝：第十六章，第十七章；  
徐永涛：第十八章，第十九章。

编 者

2003年7月

# 目 录

|                 |      |
|-----------------|------|
| 绪 论             | (1)  |
| 第一节 法学的研究对象和体系  | (1)  |
| 第二节 法理学的研究对象和范围 | (4)  |
| 第三节 法理学的历史发展    | (6)  |
| 第四节 法理学的意义及研究方法 | (10) |

## 第一编 法的本体

|                     |      |
|---------------------|------|
| 第一章 法的定义、本质与特征      | (17) |
| 第一节 法的定义            | (17) |
| 第二节 法的本质            | (20) |
| 第三节 法的特征            | (24) |
| 第二章 法的渊源、效力与分类      | (30) |
| 第一节 法的渊源            | (30) |
| 第二节 当代中国法的渊源        | (34) |
| 第三节 法的效力            | (39) |
| 第四节 法的分类            | (45) |
| 第五节 规范性法律文件的规范化和系统化 | (48) |

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| <b>第三章 法律体系</b> .....   | (52)  |
| 第一节 法律体系与部门法 .....      | (52)  |
| 第二节 当代中国法律体系的基本框架 ..... | (59)  |
| <b>第四章 法的要素</b> .....   | (66)  |
| 第一节 法的要素概述 .....        | (66)  |
| 第二节 法律规则 .....          | (69)  |
| 第三节 法律原则 .....          | (75)  |
| 第四节 法律概念 .....          | (78)  |
| <b>第五章 法的价值</b> .....   | (82)  |
| 第一节 法的价值概述 .....        | (82)  |
| 第二节 秩 序 .....           | (84)  |
| 第三节 自 由 .....           | (86)  |
| 第四节 正 义 .....           | (89)  |
| 第五节 效 率 .....           | (94)  |
| <b>第六章 法的作用</b> .....   | (98)  |
| 第一节 法的作用概述 .....        | (98)  |
| 第二节 法的规范作用 .....        | (103) |
| 第三节 法的社会作用 .....        | (106) |
| 第四节 法律的局限性 .....        | (110) |
| <b>第七章 法与社会</b> .....   | (112) |
| 第一节 法与社会的关系概述 .....     | (112) |
| 第二节 法与社会政治 .....        | (115) |
| 第三节 法与社会经济 .....        | (125) |
| 第四节 法与社会文化 .....        | (132) |

## 第二编 法的运行

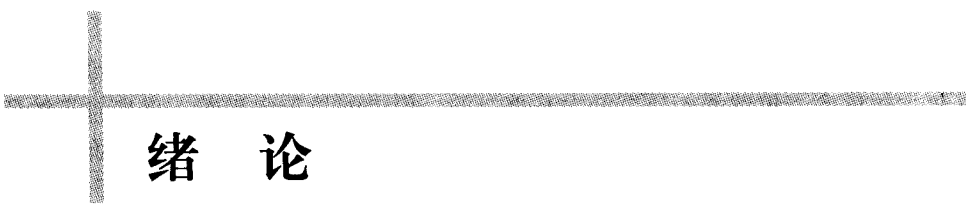
|                   |       |
|-------------------|-------|
| 第八章 法的制定          | (149) |
| 第一节 法的制定概述        | (149) |
| 第二节 法的制定的基本原则     | (155) |
| 第三节 法的制定的程序       | (159) |
| 第九章 法律关系          | (165) |
| 第一节 法律关系概述        | (165) |
| 第二节 法律关系的主体与客体    | (169) |
| 第三节 法律关系的内容       | (174) |
| 第四节 法律关系的产生、变更和消灭 | (179) |
| 第十章 法的实施          | (182) |
| 第一节 法的实施概述        | (182) |
| 第二节 执 法           | (184) |
| 第三节 司 法           | (193) |
| 第四节 守 法           | (200) |
| 第十一章 法律责任与法律制裁    | (205) |
| 第一节 法律责任概述        | (205) |
| 第二节 法律责任的种类       | (209) |
| 第三节 法律责任的归结       | (211) |
| 第四节 法律制裁          | (215) |
| 第十二章 法律程序         | (218) |
| 第一节 法律程序概述        | (218) |
| 第二节 法律程序的价值、效用和意义 | (222) |
| 第三节 诉讼程序          | (227) |

|             |                  |       |
|-------------|------------------|-------|
| <b>第十三章</b> | <b>法律解释与法律推理</b> | (234) |
| 第一节         | 法律解释概述           | (234) |
| 第二节         | 法律解释的目标与方法       | (238) |
| 第三节         | 当代中国的法律解释        | (244) |
| 第四节         | 法律推理             | (250) |
| <b>第十四章</b> | <b>法律职业与法学教育</b> | (254) |
| 第一节         | 法律职业概述           | (254) |
| 第二节         | 法学教育与法律职业共同体     | (262) |
| 第三节         | 中国法学教育的改革与发展     | (266) |
| <b>第十五章</b> | <b>法制监督</b>      | (271) |
| 第一节         | 法制监督概述           | (271) |
| 第二节         | 法制监督的功能          | (277) |
| 第三节         | 法制监督的体系          | (280) |
| 第四节         | 法制监督的原则          | (288) |

### 第三编 法的历史发展

|             |               |       |
|-------------|---------------|-------|
| <b>第十六章</b> | <b>法的起源</b>   | (295) |
| 第一节         | 原始公社的调控机制     | (295) |
| 第二节         | 法的产生过程        | (298) |
| 第三节         | 法的起源的形式和规律    | (302) |
| <b>第十七章</b> | <b>法的历史类型</b> | (306) |
| 第一节         | 法的历史类型的概念     | (306) |
| 第二节         | 古代社会法律制度      | (307) |
| 第三节         | 资本主义法律制度      | (310) |
| 第四节         | 社会主义法律制度      | (316) |

|                     |                                |       |
|---------------------|--------------------------------|-------|
| <b>第十八章</b>         | <b>法的发展与中国法制现代化的模式选择</b> ..... | (323) |
| 第一节                 | 法的发展概述.....                    | (323) |
| 第二节                 | 法的发展方式.....                    | (325) |
| 第三节                 | 中国法制现代化的历史特点与模式选择.....         | (336) |
| <b>第十九章</b>         | <b>法 治</b> .....               | (345) |
| 第一节                 | 法治概述.....                      | (345) |
| 第二节                 | 法治的原则.....                     | (351) |
| 第三节                 | 法治的基础.....                     | (356) |
| 第四节                 | 建设社会主义法治国家.....                | (358) |
| <b>主要参考书目</b> ..... |                                | (362) |



# 绪 论

## 第一节 法学的研究对象和体系

### 一、法学的研究对象

法学是研究法律现象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。法学作为一门独立的科学，早在古罗马时期就出现过，但在中世纪中断了，恢复法学的独立科学地位则始于 11 世纪开始的罗马法复兴运动和近代民族国家的形成。近代以来，法学已经摆脱了神学奴婢的地位，并从与哲学、伦理学和政治学构成的混合体中分化出来，形成一门渐趋成熟的独立学科。所以，法学一词可以在两种意义上使用，一是指以研究法律现象为对象的学问，一是指以研究法律现象为对象并构成一门独立学科的学问。从前一种意义上讲，有法律便有法学，法学古今中外皆有之；从后一种意义上讲，历史上除古罗马外，只有近代之后才有法学，而中国法学的出现则是更为晚近之事。但是，无论哪种意义的法学，在其研究对象都是法律现象这一点上是相同的。

由于社会文化的不同及人们的社会背景和价值观的差异，思想家、法学家往往基于其自身对法律现象的认知范围和理解深度确定法学研究的具体对象，从而形成了不同的法学流派。自然法学派和哲理法学派主要研究法的价值和最高目的，特别是法与道德、正义或哲理的关系，亦即研究先验的、永恒不变的理想法、正义法或自然法，以此作为评价现行法律、创制或修改法律的依据；规范主义法学派注重研究实在法，即国家制定或认可的法律规范、法律体系及法律的结

构和要素，特别是对法的概念进行分析，而尽量避免涉及法的价值问题；社会法学派注重研究法的社会功能和实效，把法学的任务定位于调查研究法与社会的相互关系。他们当中的某些人看来，真有实效的法才是真正的法，而真正的法不限于国家制定和认可的法律，对社会调整有效的习惯、风俗、团体章程和内部规则都是法。

不同的法学流派以某种法律现象为自己的主要研究对象，本身并无过错，而且对于形成全方位的深入研究是大有裨益的；但是如果走向极端，仅把自己的研究当成唯一有价值的研究，排斥以其他法律现象为对象的研究，则必然将法学研究限于极其狭窄的领域，导致法学研究的片面性和狭隘性。法学作为一门独立的科学，内在的要求着自身的系统化。因此，法学必须对其研究对象进行全方位的研究：既要对法进行历史性研究，即考察法的产生、发展及其规律，又要对法进行共时性研究，即比较研究各种不同的法律制度，揭示它们的性质、特点及它们的相互关系；既要研究法的内在方面，即法的内部联系和调整机制等因素，又要研究法的外部方面，即法与其他社会现象的联系、区别及其相互作用；既要研究法律规范、法律关系和法律体系的内容和结构以及法律关系的要素，又要研究法的实际效力、效果、作用和价值。当然，法学是一项群体的事业，任何个人或个别流派的研究都不可能穷尽全部法律现象和法律问题，重要的是，要有一种全方位研究的意识或态度，使侧重不同具体对象的研究能够相互补充、相互谐调、相互促进、共同发展，在其互动关系中达致对法律现象的全方位研究，使法学走向繁荣，接近真理。

## 二、法学体系

法学体系就是法学各分支学科构成的有机联系的整体。法学体系的中心问题是关于法学内部各分支学科的划分。我们认为划分的主要标准应是在具体研究对象和对特定对象考察角度上的差异性。每个法学分支学科各有自己的研究对象和范围，有着自己考察对象的特殊视角，从原则上讲，只有在研究对象与考察角度两方面都取得一致，才能同属一个分支学科。

法学界至今尚无形成法学分支学科划分的统一标准。国内学者一般倾向于将我国法学学科划分为六大门类：

### （一）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。

### （二）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。

### (三) 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。

### (四) 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)。

### (五) 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。

### (六) 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。

应当注意的是,法学体系不完全是法学的课程设置体系。尽管法学专业课程设置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。

## 第二节 法理学的研究对象和范围

### 一、法理学的研究对象

法理学是法学的一个分支学科,属于理论法学。英文中的法理学是指 jurisprudence。《不列颠百科全书》关于这一词的解釋是:“此词在英语中较通常的意义以及本文所指的意义,大体上相当于法律哲学。法理学是关于法律的性质、目的、为实现那些目的所必要的(组织上的和概念上的)手段、法律实效的限度,法律对于正义和道德的关系以及法律在历史上改变和成长的方式。”在英美国家,法理学和法哲学是可以互换的概念,二者不存在严格的分野。在欧洲大陆,“法理学”一词并不流行,法学家们更习惯于使用“法哲学”的称谓来指称侧重于法的本质、价值、历史演变规律等哲学意味较浓的理论法学研究,对于侧重于实证分析的理论法学研究则称之为“一般法学”或“法的理论”等。

在我国,“法理”和“法理学”的概念出现较晚,梁启超先生曾在20世纪初使用过“法理”的概念。旧中国的大学里开设过法理学的课程。日本法学家穗积陈重的《法理学大纲》曾于1928年由商务印书馆翻译出版。解放后,由于长期受“左”倾思潮的干扰,“法理学”(“法哲学”)曾被作为资产阶级的意识形态和专有名词而被禁止使用,与法理有关的内容被并轨于“国家和法的理论”之中。到1980年代初,我国法学界把国家理论与法的理论作了适当的分离,使法学理论摆脱政治理论的限制而成为一门独立学科。但此时仍不敢名正言顺地使用“法理学”,而是采用了被某些学者称为“不伦不类”的“法学基础理论”作为“法理学”的别称。经过拨乱反正的思想论辩,到1980年代中期,“法理学”才获得了“合法”的地位,出现在法学殿堂。其中一个标志是李达先生写于1947年的《法理学大纲》于1983年由法律出版社出版。此后,我国法学教育界陆续出版了一些《法理学》教材。现在,法理学的概念已为法学界所普遍接受。在我国,法理学是一个包容性极强的概念,相对欧洲大陆的相关概念而言,它既包含法哲学的成分,也包含“一般法学”的成分。

法理学研究的对象,是指法理学作为一个完整的学科所指向的对象。法理学应以“一般法”为研究对象,这一点已为不少学者所主张。但对于何为一般法这一问题仍有待深入认识。有学者指出:“一般法”有两层含义:一是指古今中外的一切法,法理学应是对古今中外一切类型的法及其各个发展阶段的情况的综合研究,它的结论应能解释法的一切现象;二是指法的整个领域或整个法律现实,

包括宪法、行政法、刑法、民法、经济法、诉讼法等在内的整个法律领域，以及从制定到实施的全过程。法理学应当以各个部门法和部门法学为基础，应是对各个部门法的总体研究，是对各个部门法学研究成果的高度概括。

我们认为，“一般法”还应从抽象法的意义上来界定。法理学对法的研究是在对各种形式的具体的法或法现象加以抽象化的基础上进行的，作为法理学研究对象的法或法现象，是在不同范围、不同层次上被抽象为具有某种普遍性的观念形态的法或法现象。惟其如此，法才可能作为一个整体被认识。当然，法理学并不排斥对具体法律制度、法律规范的研究，但在进行这样的研究时，法理学的着眼点始终是放在个别与一般、特殊与普遍、部分与整体的内在联系上，以揭示或验证某种普遍性为目的。

## 二、法理学研究的范围

如果说法理学的研究对象回答的是法理学研究的“是什么”的问题，那么，法理学研究的范围则旨在回答法理学研究的内容“有哪些”。“范围”和“对象”有着不可分割的联系，对象决定了总体上的范围，由不同内容所显示的范围标示着法理学体系内部具体对象的分化。因此，不少学者往往把研究对象和研究范围视为同一个问题或同一个问题的不同方面。如美国著名法理学家波斯纳认为，法理学是关于法律这种社会现象最基本、最一般的和最理论化的分析。法理学问题通常包括：法律是否以及在什么意义上是客观的（确定的、非个人的）和自主的，而不是政治性的和个人的？法律正义的含义是什么？法官恰当的和实际的角色是什么？司法中裁量的作用何在？法律的来源是什么？法律中社会科学和道德哲学的作用何在？传统在法律中的作用何在？法律能否成为一种科学？如何解决法律文本解释上的麻烦？<sup>①</sup> 美国法学家帕特森认为：法理学是由法律的（of law）一般理论和关于法律的（about law）一般理论构成。用这样的两个命题，人们可以明确有两类法律理论和分析。一类是关于法律的内在方面（internal），另一类是关于法律的外在方面（external）。<sup>②</sup>

从法理学迄今的发展状况来看，其范围大体由以下几方面构成：

第一，法的本体与历史，包括法的概念、法的本质、法的作用、法的基本特征、权利与义务、法的起源、法的演进规律、法律文化等。

① 参见〔美〕A. 波斯纳《法理学问题》，中国政法大学出版社1994年版，第1~2页。

② 参见〔美〕帕特森《法理学》，美国Foundation Press公司1953年版，第2页，转引自张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社1996年版，第8页。

第二,法与其他社会现象的关系,包括法与政治、法与民主、法与经济、法与道德、法与宗教等的关系。

第三,法的价值,包括法的实体价值和程序价值。前者如法的自由价值、秩序价值、正义价值和效率价值;后者如法的公开性、确定性等所显示的价值。

第四,法的制定和实施,包括法的创制、法的体系、法律实施、法律关系、法律解释、法律责任和法律监督等。

法理学是一个开放的理论体系,它随着法的发展和哲学、社会人文科学以及自然科学的进步而不断拓展总体研究范围。在其内部,研究的具体方向和内容也不断发生分化和调整,从而形成不同的法理学流派(如注重价值的哲理法学派和自由法学派,注重法的社会联系的社会法学派和注重法律形式的分析法学派)。每个学派都是站在不同的角度上,从不同的方面或侧面对“一般法”进行研究,它们的分化与整合,是人类不断深化对“一般法”认识的必要条件。

### 第三节 法理学的历史发展

人类自法理思想出现到法理学的最终形成,经历了长达数千年的历史。学界普遍认为,1832年,英国法学家约翰·奥斯丁所著《法理学范围之限定》一书的问世,标志着法理学开始成为一门独立的法学分支学科。

中国在历史上曾经产生过独特的人类文化,同时也拥有丰富的法律文化遗产。从始于夏、商,止于清朝灭亡(1911年)的三千年之时段中,中国一直在相对独立、自成体系的范围内生成着自己的法学理论和学说。从发展阶段看,其大体上又分为三个时期:①夏、商、西周的法学思想;②春秋战国的法学理论;③汉至清末的法学理论。<sup>①</sup>夏、商、西周以“神权法”思想为主线,经历了从“天命”、“天罚”到“以德配天”的观念和思想的转变,确立了“为国以礼”的礼治的基本原则——“尊尊”、“亲亲”思想,成为中华法系形成的最早的理论之源。春秋战国时期,是中国古代法学发展史思想理论最为繁荣的时期。当时各种学说纷纷产生,各种流派相继兴起,呈“百家争鸣”之势。其中儒、墨、道、法四家代表着这一时期思想的高峰,“礼治—德治—人治”与“法治”之争成为当时理论交锋的主题。儒家的“礼治—德治—人治”论,道家的“道法自然”,墨家的“兼相爱”、“交相利”,法家的“以法为本”的法治主义,均有各自的理论特色。秦后的法学理论,经汉代“罢黜百家,独尊儒术”的转换,大体上以儒家

① 参见葛洪义主编《法理学教程》,中国法制出版社2000年版,第11~12页。

思想为正统,被称为“儒家独霸”时期。其间曾一度出现“律学”的兴盛、宋明理学的发展和明末清初早期启蒙思想的产生,但总体上讲法学理论没有实质性的变化。有学者将中国传统的法学思想的特点概括为以下几方面:①以家族为本位的宗法思想渗透一切,并指导立法;②皇权至上,法自君出;③等级特权观念浓厚,经久不衰;④“重德轻罚”、“重义轻利”。<sup>①</sup>

19世纪以前的西方法学理论大致分三个时期:①古希腊—罗马的法学理论;②中世纪法学理论;③17~18世纪的法学理论。古希腊是西方法学理论的源头,尽管当时尚不存在法学的理论知识体系,但许多思想家、政治家(如柏拉图、亚里士多德、诡辩派、斯多葛派)的哲学、政治学、伦理学著作,甚至还有一些文学、美学著作则都涉猎到法的哲理问题。如对法的存在的本体论思考包括:法来源于人的理性,还是来源于神的意志?有没有一种超越于人定法之上的“普遍法”(自然法)?法的基础是权力,还是自然、正义?等等。古希腊思想家的法的本体论追问,对后世法学(尤其是自然法学说)有很深刻的影响。古罗马的法学家正是继承了古希腊人特别是斯多葛派的自然法观念,把它用作法律发展及变革的工具,创造了前所未有的高度发达的罗马法制度、概念和原则,如“万民法”、“市民法”等,并且形成了一个职业的法学家阶层。“罗马法精神”至今仍是西方国家所崇尚的理性法律精神。当然从法理学(法哲学)层面看,罗马法学家没有能够像希腊人那样创造出法的本体论思想。进入中世纪后,法学理论和其他学问一样都成了神学的附庸,都是“神学世界观”的体现。早期基督教哲学家奥古斯丁(Aurelius Augustinus, 354~430)和经院主义哲学家托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas, 1225~1274)所提出的法学思想,被奉为正统的神学法学理论。不过,古希腊时期的自然法观念并未因此绝迹,而是被他们在神学的外衣下部分地保留了下来。11世纪后,随着罗马法的复兴,逐渐出现了与神学法学相抗衡的新法学理论派别(如意大利的波伦亚学派和法国的人文主义法学派),但它们并未构成中世纪法学思想的主流。进入17~18世纪,“自然法”成为学者们的思想主题,古典自然法学派得以形成。一大批政治法律思想家和哲学家(如格劳秀斯、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭、康德)继承和发展了古希腊—罗马的自然法思想,从“应然”与“实然”的二律背反中为人定法寻求道德的价值和理念,提出了一系列具有“现代性”精神的法学理论和法律原则,如“天赋人权”、“法律面前人人平等”、“三权分立”等,为18世纪末的资产阶级革命和19世纪初兴起的“法典化”运动奠定了理论基础。

① 参见张国华《中国法律思想史新编》,北京大学出版社1991年版,第10~11页。