

法学 基础理论

Faxuejichulilun

唐初阳 吴访非 / 编著



чγãυfγυγγυãfγ

ãγγυãγγγãfγυ

æγãυγγãυγãf

γθγγæfæγγγæçfæγγæ

γγυãfγãf

辽宁民族出版社

法学基础理论

唐初阳 吴访非/编著

江苏工业学院图书馆
藏书章

辽宁民族出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学基础理论/唐初阳、吴访非编著. — 沈阳:辽宁民族出版社,2003.1

ISBN 7-80644-713-X

I. 法… II. ①唐… ②吴… III. 法学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 097831 号

出版发行者:辽宁民族出版社

(地址:沈阳市和平区十一纬路 25 号 邮编:110003)

印刷者:沈阳市北陵印刷厂

幅面尺寸:140mm×203mm

印 张:10%

字 数:243 千字

印 数:1-1000

出版时间:2003 年 1 月第 1 版

印刷时间:2003 年 1 月第 1 次印刷

责任编辑:包 辉

封面设计:杜 江

版式设计:初 阳

责任校对:慈立岩

定 价:20.00 元

联系电话:024-23284347

邮购热线:024-23284335

E-mail:lnmz@mail.lnpgc.com.cn

前 言

改革开放三十年来,中国法制建设获得了飞速的发展。如果说三百多部法律的相继出台是以无声的方式在记载着这段历史成就的话,那么无数个普通公民的学法、知法、用法的事迹,则是以有声有色的事实在生动体现着中国法制的长足进步。特别是“依法治国”被写进宪法,被作为我国的治国方略之后,越来越多的人渴望更多的、更系统的了解法律,走近法学。

作为学问,法学的问题可谓是汗牛充栋。可是,许多问题大都是在围绕着一些基本问题展开的,这些基本的问题就构成了法学中最基本的一门学问——法学基础理论。人们如果了解了这些法律的基本问题,其他许多法律问题就会迎刃而解了。我们撰写此书的目的,就是想把我们所了解到的法律的基本问题介绍给同样一样关心、热爱法律的朋友们。如果说这项工作会给朋友们思考法律问题和运用法律知识带来一些帮助的话,我们将深感荣幸和欣慰。

作为学问,法理学既博大精深,又抽象晦涩,以至于使很多初学者如入云端,望而怯步。如何使法学基础理论能够更加通俗易懂,能够更加顺畅地融入许许多多朋友们的意识里,这也是我们在长期的法理学教学中一直思考的问题。最终我们想尝试的方法就是:在本书每章之后,大都选取一个与该章内容相关的实例,并结合该章的知识来分析和思考这一实例,以使有关的法

2 前言

律基本知识更容易理解和把握。尽管我们所选的实例不一定十分贴切,但我们是想给那些百思不得其解的朋友们打开一个思路;尽管我们深知,任何一个实例相对于它所相关的法律基本问题都可能是片面的、有局限的,但我们的初衷只是为了让这门高深的学问为更多的朋友所接受,而绝无亵渎法理学之神圣的用心。

书尽管写完了,但我们的心情并不轻松。因为我们的这种尝试是否可行,结果如何,我们尚不得而知。在此,我们恭请朋友们,特别是学术界的老前辈和同仁们不吝赐教。如果说这种尝试对于法理学的普及和推广有些益处的话,那将是我们最大的快乐;如果说其效果与我们的善良愿望适得其反的话,则希望各位同仁吸取我们的教训,以便使法理学的普及和推广走向更加科学和正确的未来。

我们作为法学教学和研究的无名之辈,才疏学浅,水平有限;加之时间仓促,本书一定会有许多不当之处,敬请读者批评指正。

本书编著分工情况是:

唐初阳:导论、第一章、第二章、第三章第一节、第八章、第十一章、第十二章、第十三章。

吴访非:第三章第二节、第四章、第五章、第六章、第七章、第九章、第十章、第十四章。

最后由唐初阳修改定稿。

唐初阳

2003年2月18日

目 录

前 言	1
导 论	1
一、法学的研究对象和体系	1
二、法学的产生和发展	3
三、法学的研究方法	5

第一编 法的一般理论

第一章 法的概念	8
第一节 法的特征	8
第二节 法的本质	15
第三节 法的功能和作用	18
第四节 法的价值	23
实例简介:街头公审被学孩子家长	26
学习与思考	27
第二章 法的历史	30
第一节 法的起源与发展	30
第二节 资本主义法	35
实例简介:交流 借鉴 互补	41
学习与思考	44

2 目 录

第三章 法的结构	46
第一节 法的要素	46
第二节 法律体系	52

第二编 法的制定

第四章 立 法	66
第一节 立法的概念	66
第二节 立法的原则	72
第三节 立法体制和立法程序	78
实例简介:对“撞了白撞”的思考	86
学习与思考	87
第五章 法的渊源	91
第一节 法的渊源的概述	91
第二节 中国社会主义法的渊源	94
第三节 规范性法律文件的规范化和系统化	104
实例简介:部门通知比法还大?	108
学习与思考	109
第六章 法律效力	112
第一节 法律效力的概念	112
第二节 法律效力的范围	115
实例简介:尼姑告夫重婚案	121
学习与思考	123

第三编 法的实施

第七章 法律关系	126
----------------	-----

第一节 法律关系的概念和种类	126
第二节 法律关系的主体和客体	133
第三节 法律关系的内容	142
第四节 法律事实	148
实例简介:购销法律关系	151
学习与思考	151
第八章 法的执行	154
第一节 法的执行	154
第二节 法的适用	159
实例简介:由杜培武案想到的	171
学习与思考	174
第九章 法的遵守	178
第一节 守法和违法	178
第二节 法律责任和法律制裁	187
实例简介:他们的行为该如何定性	198
学习与思考	199
第十章 法律解释	202
第一节 法律解释概述	202
第二节 法律解释的原则和方法	203
第三节 法律解释的权限和分类	208
实例简介:刘福成拒还拾得物已构成侵权	213
学习与思考	215
第十一章 法律监督	217
第一节 法律监督概述	217
第二节 当代中国的法律监督体系	222
实例简介:慕绥新案与我国法律监督	235
学习与思考	237

4 目 录

第四编 法与社会

第十二章 依法治国的一般理论	241
第一节 法制和法治	241
第二节 社会主义法治国家	249
实例简介:依法治国新篇章	257
学习与思考	260
第十三章 法与其他社会现象	262
第一节 法与经济	262
第二节 法与政治	272
第三节 法与文化	280
第四节 法与科学技术	289
实例简介:注射执行死刑	294
学习与思考	295
第十四章 法与其他社会规范	301
第一节 法与道德	301
第二节 法与宗教	309
第三节 法与政策	316
实例简介:讨要学费的亲情官司	324
学习与思考	326
主要参考文献	329

导 论

一、法学的研究对象和体系

法学,即法律科学,是以法律现象为研究对象的一门社会科学。

法学所研究的法律现象,是一种极为复杂的社会现象,所以法学不但要研究静态的各种法律、法规,还要研究其动态的法律的制定、实施和监督等;不但要研究法律本身的历史、现状和未来,还要研究法与其他社会现象的相互作用和影响等;不但要研究书本上的法,还要研究现实生活中的法。所以法学的内容极为丰富。

那么,法学内部又是如何构成的呢?法学是由若干法学分支学科组成的一个有机联系的整体,这在法学上就称之为法学体系。法律现象是不断发展变化的,人们对法律现象的认识也各有差异,所以不同时期、不同国家、不同学派的法学家对法学体系有不同的看法。与此相关的是,人们对法学体系的主要分支学科应当包括哪些也没有统一的认识,我国目前比较公认的分类主要有以下几种:

第一,从研究一个国家各个法部门所形成的学科角度,法学可分为宪法学、刑法学、民法学、行政法学、诉讼法学等。

2 导 论

第二,从认识论的角度,法学可分为理论法学和应用法学。

第三,从法运行的角度,法学可分为立法学、法律解释学、法律社会学。

第四,从各种类别的法律角度,法学又可分为国内法学、国际法学、比较法学和外国法学。

以上分科是从不同角度来分的,它们处于不同的平面上,而且也会存在不同程度的交错和包容。

法学基础理论,简称法理学,是研究整个法律现象的共同本质和发展规律的法学学科。和其他法学学科相比,法理学具有抽象性、概括性的特点。

法理学所涉及的是关于法律现象的最基本、最一般的问题。因此,它并不直接教会人们如何打官司,如何签合同,而是从具有普遍性意义的法律现象中,为人们抽象地概括出具有共性的科学结论。比如法理学在说明“法的作用”时,并不具体阐述宪法或民法的作用,而是概括出作为整体的法律的作用。所以,作为理论学科,它具有抽象性。但这种抽象性是在对大量法律实践和法律现象考察的基础上产生的,是对各种具体法律问题的概括,因此法理学又具有概括性。比如“权力”在法律实践中都是以具体的形态存在并运动着,如立法权力、司法权力、行政权力等。而法理学则在此基础上总结概括出具有一般性的权力理论^①。法理学的这种性质和特点决定了法理学在法学体系中的地位 and 作用,它是法学各分支学科的理论基础,为各部门法学提供理论基础和思想指导。因此学习法理学对于学习和研究法学各分支学科,对于提高人们的法律意识,增强民主法制观念等都

^① 刘作翔:《法理学研究的一般特点及其功能》,载《法律科学》1996年第6期。

具有重要的意义。

二、法学的产生和发展

作为研究法律的科学,法学是在法律产生以后才逐步产生的。它的产生需要两个基本条件,即恩格斯曾经概括的:一是立法已发展到相当复杂和广泛的程度;二是社会上形成了一个职业法学者阶层。

西方法学产生于古希腊、古罗马时期,中国法学产生于春秋战国时期。法学产生后,经历了奴隶主阶级法学、封建地主阶级法学、资产阶级法学和社会主义法学四个大的历史发展阶段。法学也从直观、自发、简单逐步走向理性、成熟、完善;这期间许许多多的思想家和法学家对法和法律现象进行了广泛而深入的探讨和研究。它们分别代表了不同阶级、不同时代、不同国家的人们对法的认识水平,其中很多观点和思想还起过较大进步作用,有些时至今日仍被我们所推崇。但从总体上说,在马克思主义法学产生以前的学说都没有真正科学地阐明法的本质及其发展规律,只有马克思主义法学的出现才实现了法学成为一门真正科学的根本变革。这是因为:

首先,马克思主义法学以唯物史观为理论基础,科学地揭示了法的本质,法和经济的辩证关系,以及法和经济以外的其他社会现象之间的相互作用等。而以往的法学却以唯心史观为指导,因此,不是得出法与经济无关的结论,就是否定经济对法的决定作用。

其次,马克思主义法学认为法具有鲜明的阶级性,法体现了掌握国家权力的阶级的意志并为这个阶级的利益服务。而以往的法学往往以各种形式否认法的阶级性,甚至公开标榜法是“全

4 导 论

民意志”的体现,认为法是超阶级的。

再次,马克思主义法学认为法是人类社会发 展过程中的一定历史阶段——阶级社会的产物,并与私有制、阶级和国家共存亡,所以法具有历史性。而以往的法学则认为法是超历史的,是人类社会的永恒现象。

马克思主义法学由马克思和恩格斯创立于 19 世纪 40 年代的自由资本主义时期。列宁在帝国主义时代,通过俄国十月革命发展了马克思主义法学。在中国,则是以毛泽东为代表的老一辈无产阶级革命家以中国革命的实践更加丰富和发展了马克思主义法学。改革开放以后,邓小平在继承马克思主义法学的基础上提出的一系列关于民主与法制的学说,更充分体现了马克思主义法学在我们当今时代的蓬勃向上的巨大生命力。今天,我们应该在江泽民同志“三个代表”思想指导下,结合我国社会主义法制建设的实际,应对我国加入 WTO 后的实践需要,进一步丰富和发展马克思主义法学,使之更好地为有中国特色的社会主义现代化建设服务。

在马克思主义法学产生和发展的同时,西方资产阶级法学也在不断地变更和翻新。19 世纪末 20 世纪初以来的现代西方法学,以复兴自然法学、现代分析主义法学和社会学法学三大主流派为代表,集中反映了现代资产阶级对法的各种认识和看法。

复兴自然法学是在“复兴”古典自然法的基础上发展起来的。古典自然法认为最初的国家 和法与大自然的各种事物和现象一样是自然形成的,因此人不能侵犯自然,“要和自然相一致地生活”。而这其中的准则就是自然法,它不但永恒不变,而且到处相同。复兴自然法学则在这种绝对自然法思想基础上提出自然法具有可变性,并利用自然法的全人类性进一步扩大其有利于帝国主义的世界主义主张。在社会权利和个人权利方面,

它以社会本位为主导,排斥个人权利和自由。复兴自然法学的主要代表人物有:比利时的达班,法国的马里旦,美国的富勒、罗尔斯和德沃金等。

现代分析主义法学又称新概念法学或新分析——规范主义法学。它是以研究法律规范本身为中心内容,强调对法律规范的形式、逻辑的分析,并从法律的权限和程序上来确定现存法律合法与否,而对社会现实采取避而不谈的法律形式主义和教条主义的态度。现代分析主义法学的主要代表有法国的梅克尔、波斯特,美国的凯尔逊,英国的赫伯特·哈特等。

社会学法学是随着 20 世纪以来“法律社会化”趋势的发展迅速兴起的。它强调法学与社会学的结合,注重法的社会事实的性质,注重研究现实社会中法的实际作用和效果。其主要代表有法国的杜尔克姆、狄骥,美国的霍姆斯、庞德等。

尽管复兴自然法学,现代分析主义法学和社会学法学分别侧重于研究法的价值、形式和事实,但它们的基本倾向都是为垄断资产阶级服务的。因此它们在现代西方法学中,一方面表现出三足鼎立之势,另一方面也存在着相互渗透和影响。而且在相当长的一段时间里,三者之间“分中有合、合中有分”的“合流”发展趋势将不会改变^①。

三、法学的研究方法

(一)辩证唯物主义和历史唯物主义的方法论

它是法学研究的总的方法论。运用这一科学方法论要坚持

^① 吕世伦:《法理的积淀与变迁》,第 325~332 页,第 654 页,北京,法律出版社,2001 年。

以下基本观点:第一,坚持辩证唯物论的观点,实事求是地分析法产生发展的历史过程,客观评价法在不同社会、不同国家、不同历史时期的作用和影响等。第二,坚持唯物辩证法的观点,从社会发展的矛盾运动中,从法律现象与其他社会现象的联系中掌握法的本质和发展规律。第三,坚持历史唯物主义的观点,从经济生活中寻求法的根源,从经济基础中探究法的最终决定因素,正确认识不同法律制度的性质和特点。

(二) 社会调查的方法

法律现象是社会现象之一,因此考察法律现象就必须深入社会实际,坚持社会调查的方法。社会调查的范围极为广泛,其调查的方式也多种多样,如普遍调查、重点调查、抽样调查、个案调查等;其调查的具体方法可根据不同情况分别或综合采用问卷、座谈、实地考察的方法等。

(三) 系统科学方法

系统,就是由相互依存和相互作用的各个部分构成的、具有一定功能的有机整体。运用系统科学方法认识事物,就是要着重从事物的整体与部分之间、部分与部分之间、系统与环境之间的相互关系来观察和处理问题。我们在研究法律现象时也应充分利用系统科学方法来分析法制系统的各个要素及各种不同的关系,使法学研究提高到一个新水平。

(四) 历史考察的方法

法律现象和其他社会现象一样,都有其产生和发展的历史。因此要全面而正确地认识它,就不但要运用诸如社会调查这样的方法从空间上拓展我们的研究领域,而且要采取历史考察的方法去探究法律现象本身的发展过程和人类认识法的思维历程,如研究不同历史时期法律制度的更迭,研究历代法学家的法律思想,包括法学思潮和流派的演变,研究一定社会政治、经济、

文化条件对法的影响等,从而更好地把握法的本质和发展规律。

(五)比较研究方法

用此种方法研究法律现象,既可以横向比较,如对不同国家的法进行比较,也可以纵向比较,如对同一国家不同历史时期的法进行比较;既可以宏观比较,如对四种法的历史类型进行比较,也可以微观比较,如对不同法学家就同一法律问题的观点进行比较等。在比较研究中,不能仅局限于法规范、法条文的分析比较,更重要的还要对其蕴含其中的更深层次的问题,如法的性质、法的理念及其赖以产生和发展的社会机制进行比较。这样才能真正从多角度、多侧面丰富对法律现象的认识。

上述法学的研究方法中,辩证唯物主义和历史唯物主义的方法论是法学研究的根本方法,其余四种则是具体的研究方法,它们是我国法学工作者比较公认和常用的一些方法。除此之外,词义分析的方法、社会效益和经济效益的分析方法、逻辑分析方法也为一些法学工作者所采用。

第一编 法的一般理论

第一章 法的概念

第一节 法的特征

一、法的词源和词义

了解法的词源和词义,是我们认识法的逻辑起点。

在中国,汉字“法”的成字年代已难于考证。根据我国历史上第一部字书东汉许慎所著《说文解字》记载:法的古体字是“灋”。“灋”是一种形态似牛的独角神兽,性中直,辨是非,古者决诉,令触不直。这是我国古代借“神意”进行裁判的一种传说。《说文解字》释义:“灋,刑也,平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”尽管后人对此释义有不同的理解,但古人“从水”取其“公平”,以寄托“正直、正义”的这种对法的精神的理解却是不争的事实。