





Elementary Jurisprudence

(第二版)
法理学基础

主 编 孙春增

副主编 都玉霞

撰稿人 (以拼音为序)

白岱恩 窦衍瑞 都玉霞 李克杰 李兴祝

孙春增 王德玲 谢秀珍 徐永涛 周郁昌

北京大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

法理学基础/孙春增主编.—2版.—北京:北京大学出版社, 2014.7

ISBN 978-7-301-24313-8

I. ①法… II. ①孙… III. ①法理学-高等学校-教材
IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第118526号

书 名: 法理学基础(第二版)

著作责任者: 孙春增 主编

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978-7-301-24313-8/D·3587

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 新浪官方微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

890毫米×1240毫米 A5 12印张 311千字

2007年8月第1版

2014年7月第2版 2014年7月第1次印刷

定 价: 28.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

第二版说明

自 2003 年开始,我们组织部分教师进行了法理学教学内容改革及教材建设的研究,并先后于 2005 年、2009 年被列为山东政法学院教学改革研究项目和山东省高等学校教学改革研究项目。

《法理学基础》作为研究成果之一,在山东政法学院法学和监狱学等专业使用已有六年多,任课教师和学生总体上给予了肯定,但随着法学研究、法律实践的不断发展,其中尚有需要完善之处。况且,作为学科的法理学与作为一门课程的法理学,研究范围是不一样的。作为学科的法理学,其研究的领域相当宽泛,而法理学作为一门课程,其范围根据授课对象的需要,应有比较明确的范围。本教材设定的对象是法学专业一年级的学生,课程对他们来说具有“入门”的性质,也有为他们今后学习和研究各门法学课程,奠定正确的、比较扎实的理论基础的使命。

基于上述考虑,结合几年来的教学实践,我们在坚持着重传授和辨析“基本理论、基本概念和基本知识”原则的基础上,为了在内容上更加突出知识性和基础性,将原书 21 章调整为 18 章,将原法学研究方法、法的历史类型和法律行为 3 章的主要内容与其他相关章节进行归并;并结合近年来司法考试的内容充实了课后思考题;对教材中的错漏或重大理论纷争之处作了必要的修订,以使内容更为妥帖。修改后的《法理学基础》第二版具体分工如下:

孙春增:第 1 章、第 2 章、第 3 章、第 7 章、第 12 章、第 17 章;

都玉霞:第 4 章、第 5 章、第 6 章;

白岱恩:第 8 章;

李克杰:第 9 章;

李兴祝:第 10 章;

徐永涛:第 11 章;

窦衍瑞:第 13 章、第 14 章;

王德玲:第 16 章;

谢秀珍:第 15 章;

周郁昌:第 18 章。

不当之处,恳望学界同仁和同学们指正,以再行改进。

孙春增

2014 年 2 月于济南

第一版前言

自 1978 年改革开放始,中国在重新进入世界结构的同时,启动了认识和实践中国法治之全面建设的历史进程。经由二十多年的努力,中国不仅在法治建设方面取得了很大的进步,而且在法学研究方面也取得了诸多重大的成就。但是,值得注意的是:近二十年来,有关法理学教学、教材问题的研究一直是比较沉闷、薄弱的。无论是所谓“规范教材系列”、“核心教材系列”、“主干教材系列”还是高校的“自编教材”,从内容、体系的科学性以及教学效果等方面均程度不同地存在值得商榷的地方。“20 世纪 90 年代中期以来,法理学教材教学上的主要变化趋势则是一分为二。……应该看到,我国法理学这种一分为二式的改革自有自己的合理之处:因为传统法理学教学教材体系中的确包含了许多非法理学的内容。这部分内容多属于法律制度的知识,比较适宜于一年级学生。而法理学本身的内容,对一年级学生来说,却过于深奥难懂。一分为二有助于合理区分两者的界限。否则,前一个部分的内容无法安置,因此,这类改革的前提和归宿最终会归结为对法理学自身问题的理性把握,向有利于法理学学科的完整性、合理性、科学性的方向发展。”^①

我国目前的法理学课程,从内容和功能来看实际上是由两大部分组成:法学入门和法的一般原理。如张文显教授认为:法理学“是法学的一般理论、基础理论和方法论”^②。闫国智教授认为:法理学“是部门法学的入门导向和总体概括。……有利于训

① 葛洪义:《论法理学教学与教材的改革——从“一分为二”谈起》,载葛洪义:《探索与对话:法理学导论》,山东人民出版社 2000 年版,第 335—353 页。

② 张文显:《法理学》(第二版),高等教育出版社 2003 年版,第 23 页。

练法律思维方式和提高法律思维能力”^①。在我国以往的法学教育体制中,这两个部分统一在一门课程(《法理学》或称《法学基础理论》)中并安排在大学一年级第一学期讲授。根据法理学学科的特点以及编者多年的教学经验,结合我国法学教育的实际情况,参考有关高校在此方面的做法,为帮助学生更好地理解和掌握法学的基本知识和法理学的一般原理,根据教育部高等教育司“全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求”,结合部分学生参加国家司法考试和研究生考试的需求,对传统的法理学体系作了较大调整,将教学的相关内容分别安排在两门课程中讲授,即《法理学基础》和《法理学要义》,分别设在第一学期和第五学期。由于此项改革主要是针对法学本科的教学,故在我国目前存在的相当比例的法学专科层次中,则本着“够用”的原则只开设《法理学基础》,此部分学生待“专升本”后再开设《法理学要义》。

诚然,《法理学基础》和《法理学要义》在体系上是一个整体,之所以“一分为二”,主要是基于方便教学、优化教学效果的考虑。

《法理学基础》主要介绍法学、法律的一般知识和我国法治建设的基本情况。该部分的教学内容设置完全是知识性的,即以法律常识或国家法律规定为依据,将相关法律和法学的基础知识介绍给学生,目的是帮助学生系统、概括地了解 and 掌握有关法学和法律,特别是我国法学教育和法治建设的基本情况,帮助学生了解和掌握“法律是什么”的问题(即“know what”),侧重于学生法学知识的“入门”,为学生今后分门别类地学习法学其他学科奠定基础;《法理学要义》的教学目的是使学生掌握法的一般理论和方法论,训练学生的法律思维能力,使学生能够结合我国社会主义法治建设的实践经验,以马克思主义的基本立场、基本方法以及吸收、借鉴其他法学理论中的积极因素去分析、解决当前我国法治建设中的各种法学论题和法律问题(即“know why”),侧重于学生法学知识的“升华”。法理学“一分为二”的改革致力于解决目

^① 闫国智:《法理学》,山东大学出版社 2003 年版,第 10—11 页。

前法理学教学中,因学生刚刚从中学进入大学即学习此类抽象理论知识而不能很好接受的问题。该项改革的开展,希望对我国法理学的教学产生积极的意义,在法理学的内容体系更加规范化、科学化方面作出我们的努力,提高法理学的教学质量,实现法科学生由“法律工匠”到真正的法律职业者的培养目标。

《法理学基础》共分为四编,内容上特别强调对基础理论的介绍,其体系构成为:第一编,法学基础理论。包括法学概说,法学体系,法律职业与法学教育,法学的研究方法。第二编,法的本体基础理论。包括法的本质,法的特征与分类,法的渊源、形式与效力,法的要素,法律体系,法的作用。第三编,法的历史基础理论。包括法的起源,法的历史类型,法律发展,法系。第四编,法的运行基础理论。包括法的制定,法律行为,法律关系,法的实施,法律责任,法律程序,法制监督。

《法理学基础》为山东政法学院教学改革项目“法理学课程体系改革”的成果之一。

本书由孙春增任主编、都玉霞任副主编并负责统稿、定稿,参加编写的人员及分工如下:

孙春增:第1章、第2章、第3章、第4章、第8章、第14章、第20章;

都玉霞:第5章、第6章、第7章;

白岱恩:第9章;

李克杰:第10章;

李兴祝:第11章、第12章;

徐永涛:第13章;

窦衍瑞:第15章、第17章;

周郁昌:第16章、第21章;

谢秀珍:第18章;

王德玲:第19章。

从《法理学基础》作为法学的基础理论、法的基础理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

力于法理学研究的新成果和博采现行法理学教材之优长,以期在学科内容上达到传统与创新的统一、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,由于本套教学用书属于在教学内容和课程体系方面的改革尝试,加之受我们水平所限,不当之处在所难免,恳望学界同仁赐教。

本套教学用书在编写过程中,内容上尽可能采用“通说”,参考了大量国内外的同类教科书及法理学论著,作者及其著作不完全地列于书后,谨向他们致以诚挚的谢意。

编 者

2007年5月于济南

目 录

第一编 法学基础理论

第一章 法学概说	(1)
第一节 法学的研究对象和性质	(1)
第二节 法学方法	(4)
第三节 法学与相邻学科	(9)
第二章 法学体系	(17)
第一节 法学的体系与分科	(17)
第二节 法学与法理学	(26)
第三章 法律职业与法学教育	(32)
第一节 法律职业	(32)
第二节 法学教育	(43)
第三节 中国法学教育的改革与发展	(49)

第二编 法的本体基础理论

第四章 法的本质	(55)
第一节 法与法律	(55)
第二节 马克思主义关于法的本质的阐述	(63)
第三节 法的本质属性	(71)
第五章 法的特征与分类	(78)
第一节 法的特征	(78)
第二节 法的分类	(85)
第六章 法的渊源与效力	(92)
第一节 法的渊源	(92)
第二节 当代中国法的渊源	(99)
第三节 法的效力	(105)

第四节	规范性法律文件的规范化和系统化	(113)
第七章	法的要素	(122)
第一节	法的要素概述	(122)
第二节	法律规则	(124)
第三节	法律原则	(134)
第四节	法律概念	(141)
第八章	法律体系	(150)
第一节	法律体系与部门法	(150)
第二节	当代中国法律体系的基本框架	(158)
第九章	法的作用	(165)
第一节	法的作用概述	(165)
第二节	法的规范作用	(169)
第三节	法的社会作用	(171)
第四节	法律的局限性	(174)

第三编 法的历史基础理论

第十章	法的起源	(177)
第一节	原始社会概况	(177)
第二节	法的产生	(182)
第三节	法的起源的形式和规律	(187)
第十一章	法律发展	(195)
第一节	法律发展概述	(195)
第二节	法律继承	(199)
第三节	法律移植	(204)
第四节	法的历史类型	(207)
第十二章	法系	(217)
第一节	法系概述	(217)
第二节	民法法系	(220)
第三节	普通法法系	(225)
第四节	其他法系	(233)

第四编 法的运行基础理论

第十三章 法的制定	(239)
第一节 法的制定概述	(239)
第二节 法的制定的基本原则	(245)
第三节 法的制定程序	(250)
第十四章 法律关系	(259)
第一节 法律关系概述	(259)
第二节 法律关系的主体与客体	(264)
第三节 权利与义务	(270)
第四节 法律关系的产生、变更和消灭	(277)
第十五章 法的实施	(283)
第一节 法的实施概述	(283)
第二节 执法	(286)
第三节 司法	(293)
第四节 守法	(300)
第十六章 法律责任	(309)
第一节 法律责任概述	(309)
第二节 法律责任的分类与竞合	(314)
第三节 法律责任的归结	(319)
第四节 法律制裁	(323)
第十七章 法律程序	(328)
第一节 法律程序概述	(328)
第二节 法律程序的效用和意义	(333)
第三节 诉讼程序	(338)
第十八章 法律监督	(347)
第一节 法律监督概述	(347)
第二节 法律监督的功能	(354)
第三节 法律监督的原则	(358)
第四节 我国法律监督的体系	(362)
主要参考文献	(372)

第一编

法学基础理论

第一章 法学概说

本章提示

- 法学的概念
- 法学的研究对象
- 法学的研究方法
- 法学与相关学科的关系

第一节 法学的研究对象和性质

一、法学的研究对象

在中国,关于法律的学问,先秦时期就有所谓“刑名法术之学”、“刑名之学”等称谓,自汉代开始又有“律学”的名称,但严格地讲,它们并不是纯粹的法学理论知识体系。在西方,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。随着 11 世纪开始的罗马法的复兴和近代民族国家—法律的建立,*jurisprudentia* 在西方衍生出一组均表示“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。西方“法学”一词经由日本引入中国,日本古代并无“法学”一词,日文汉字“法学”一词由日本法学家津田真道于 1868 年首次用来对应翻译英文 jurisprudence, science of law 以及德文 Rechtswissenschaft 等词汇并对其作了详细说明。该词于戊戌变法运动前后传入中国。到清末法制改革时“法学”一词已广为流传。

一般认为,法学就是以法律现象为研究对象的各种科学活动及其认识成果的总称。恩格斯在《论住宅问题》中指出:“随着立法进一步发展为复杂和广泛的整体,出现了新的社会分工的必要性:一个职业法学者阶层形成起来了,同时也就产生了法学。”^①据此,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传统的建立。^②

由于社会文化的不同,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学的价值和最高目的,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,在他们当中某些人看来,真有实效的法才是真正的法,而真正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

① 《马克思恩格斯选集》第 3 卷,人民出版社 1995 年版,第 211 页。

② 葛洪义:《法理学》,中国政法大学出版社 2002 年修订版,第 1 页。

俗、团体的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,内在地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:既要对法进行历时性研究,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、相互协调、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的: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。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。自然,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,是经过法学家们提炼、加工和创造出来的行业语言,与人们的“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”、“假释”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”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、集团或群体的世界现和价值观,因而均具有阶级性、政治性。

第二节 法学方法

方法(method)一词源于希腊语,其本意是沿着某一道路或按照某种途径,后来意指达到某种目标或做某事的程序或过程。人们运用各种各样的方法去研究法学,并形成了各种法学流派,比如自然法学、注释法学和后注释法学等。我们认为,法学方法就是法学的研究方法,是通过某种立场、原则、手段、程序和工具,获得关于“法律是什么”的理解。

值得注意的是,近年来国内翻译出版的一些国外法学家的著作虽然命名为“法学方法”,但其实论述的却是法律方法,如拉伦茨的《法学方法论》实际上就是关于法律方法的著作。这引起了一些人的误解,认为法律方法和法学方法是一回事。其实不然,法律方法和法学方法是有很区别的。法律方法指的是法律人在法律适用过程中用以解决法律问题的、具有独特性的方法和技

巧的总称。国内学者一般认为,法学方法和法学方法论是从外在视角出发的“关于法律的思考”;而法律方法和法律方法论则是从内在视角出发的“根据法律思考”。^①

一、价值分析方法

一般认为,价值分析方法是指根据一定的价值标准对特定的研究对象(事物或活动)进行分析的方法。其追问的基本问题是“法律应当是怎样的”,也就是说,这种分析方法以超越现行制定法的姿态,用哲人的眼光和终极关怀的理念,分析法律为何存在以及应当如何存在的问题。

从具体研究方法上说,价值分析一般包括以下几个步骤:

第一,肯定法律具有价值属性而不是“价值无涉”和“价值中立”的。

第二,确立法律所蕴涵的各种价值,如正义、自由、平等、人权等。

第三,根据这些价值对现实中的法律实践进行分析和评价。

二、实证分析方法

实证分析方法的主要特点就是通过对经验事实的观察和分析来建立和检验各种理论命题。法律实证主义反对形而上学的思辨方式和寻求法律终极价值的价值分析方法,“它把法律视为一个独立的、自治的系统,致力于维护法律体系内部的逻辑一致性。由于这种研究方法不追究法律规则本身的基础,而径自研究规则与规则之间的关系,所以又被称作法律教条学或教条论法学”^②。

在法律实证主义者看来,基于国家权力以明文的方式制定的

① 关于二者的区别参见孙春增主编:《法理学要义》,北京大学出版社2008年版,第247—249页。

② 郑戈:《韦伯论西方法律的独特性》,载李猛编:《韦伯:法律与价值》(《思想与社会》第1辑),上海人民出版社2001年版,第51页。