

理论法学

陈景辉 王锴 李红勃 著



众合教育核心课程教材系列

理论法学

陈景辉 王锴 李红勃 著

常州大学图书馆
藏书章



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

众合教育核心课程教材系列 理论法学 / 陈景辉, 王锴, 李红勃著. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 4

ISBN 978-7-5620-4230-3

I. ①理… II. ①陈…②王…③李… III. ①法的理论-中国-法律工作者-资格考试-自学参考资料 IV. ①D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第048303号

书 名	众合教育核心课程教材系列 理论法学 ZHONGHE JIAOYU HEXIN KECHENG JIAOCAI XILIE LILUN FAXUE
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号) 北京100088 信箱8034分箱 邮编100088 fada.sf@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010)58908433(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
承 印	北京华正印刷有限公司
规 格	787mm×1092mm 1/16
印 张	20.25
字 数	415千字
版 本	2012年4月第2版 2012年4月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4230-3/D·4190
定 价	38.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

由众合教育与中国政法大学出版社合作出版的这套法学 14 门核心教材，在 2011 年出版后，短短一年多的时间先后被十几所法学院校采用为本科教材，在众合教育中也先后在集中学习长达将近半年之久的 VIP 班、集训班上采用，受到近千名学员的总体好评。读者的肯定意见主要集中在：体例编排好，较好的实现了学科基本理论、我国现行法解释与生活实例的完美结合；内容选择精当，详略得当，重点突出；语言简明扼要，清晰易懂；楷体字段落部分起到了延伸阅读与及时的答疑解惑的作用，等等。但也提出了一些问题，如个别章节还需要再充实一些，个别表述不够精确，每本书的风格再接近一些等等。为此，本套丛书的作者在 2011 年下半年先后召开两次修订研讨会，征集修订意见，统一认识，强化精品意识。同时，个别学科根据过去一年一些法律的出台、修订如《刑事诉讼法》、《行政强制法》和一批司法解释，在内容上做了较大修改。

这套教材的出版愿景，就是在不断的修订中积累叙述的经验，体系上精益求精，内容上保持可持续发展，最终形成一套精品法学教材。我们——全体作者与丛书编辑，会根据读者的意见、我国法学理论的发展与立法的推进，坚持不懈的保持适当频度的修订，一步步铸就出一套深值读者信赖的法学精品教材。

编著者

2012 年 3 月 18 日

由众合教育与中国政法大学出版社合作出版的这套法学 14 门核心教材，在 2011 年出版后，短短一年多的时间先后被十几所法学院校采用为本科教材，在众合教育中也先后在集中学习长达将近半年之久的 VIP 班、集训班上采用，受到近千名学员的总体好评。读者的肯定意见主要集中在：体例编排好，较好的实现了学科基本理论、我国现行法解释与生活实例的完美结合；内容选择精当，详略得当，重点突出；语言简明扼要，清晰易懂；楷体字段落部分起到了延伸阅读与及时的答疑解惑的作用，等等。但也提出了一些问题，如个别章节还需要再充实一些，个别表述不够精确，每本书的风格再接近一些等等。为此，本套丛书的作者在 2011 年下半年先后召开两次修订研讨会，征集修订意见，统一认识，强化精品意识。同时，个别学科根据过去一年一些法律的出台、修订如《刑事诉讼法》、《行政强制法》和一批司法解释，在内容上做了较大修改。

这套教材的出版愿景，就是在不断的修订中积累叙述的经验，体系上精益求精，内容上保持可持续发展，最终形成一套精品法学教材。我们——全体作者与丛书编辑，会根据读者的意见、我国法学理论的发展与立法的推进，坚持不懈的保持适当频度的修订，一步步铸就出一套深值读者信赖的法学精品教材。

编著者

2012 年 3 月 18 日

杂,在叙述上特别突出了内容体系的有层次、有节奏地展开,争取在每一章或者每一节之下紧紧围绕一个主题展开讲述所有相关的内容,使每一节内容的系统性、完整性与体系性得以突出。以上诸章节结构安排的依据,就是为了避免为创新而创新之窘境,进行有价值的创新。总之,这是一套以读者为本位的教科书,而不是以作者或者学科为本位的教科书。

二、读者本位法学教科书的三个品质

社会上与校园里能够读得下去法学著作的人群,大概基于两个因素,一是兴趣;二是应试。兴趣是学习的最好老师,但对于教科书的要求而言关键是要能够引起读者的兴趣,可惜这一点现有的教科书做得普遍较差,关键是没有成为著作者的一个自觉意识。应试是一个学习的硬要求,时下法科学生在其研习法律的生涯中会面临各类法律考试。如果为应试而努力学好法律,其实也不算是一个坏事。基于这一背景考虑,本系列教科书努力塑造三个品质,将自己定位于往三个方向努力。

1. 注释法学。一个时期以来,不少学者对改革开放以来的中国法学进行了回顾、总结与展望,当然也包括批判,在某些方面达成了某种共识,其中之一就是学者普遍感觉20多年来的中国法学存在着一种“法条主义”,或称“注释法学^[1]”、“诠释法学”。这种“法条主义”所对应的法学表征大致指向部门法学的基本法学操作。从法学研究的进步来看,注释法学的研究倾向有贡献但局限性也非常大。需要说明的是,从事法学研究尤其是高端前沿性法学理论研究的从来都是且将来也是象牙塔里的极少数人,绝大多数的习法者是要从事具体法律职业的法律人甚至是仅仅需要掌握一些实用性法学知识的人,对于他们的学习需求来讲,某一个法律制度的历史变迁、学说争议、比较法分析与外国法的最新发展真的是关联性很低,他们最需要了解与掌握的就是中国现行法的规定及其具体应用。而教科书就要最大限度地满足这一需求,就要牢牢把自己定位于中国现行法律制度的“注释者”、“诠释者”。

2. 应用法学。法律尤其是部门法本来就是调整社会生活的规范,具有对社会生活强烈关注的内在秉性,对解决社会经济生活的实际的具体的个案的问题牵挂在心,是教科书义不容辞的责任。所以仅仅注释、诠释中国现行法律制度还不够,还要讲清楚这些规则如何地与社会经济生活发生关联、每一条规则是解决怎样的实际问题的。唯有如此,教科书才算言之有物也才能引起读者的阅读兴趣。在这方面,本教科书通过诸多环节的叙述安排做的非常主动与突出,形成了不同于其他教科书

[1] 注释法学与注释法学派。注释法学派 glossators, 11~15世纪随着资本主义经济的萌芽和发展而产生的一支与神学法学相对抗的新的法律思想派别。该派以研究罗马法为中心,根据研究重点或方法的不同又可分为前期注释法学派与后期注释法学派。前者的主要工作就是恢复查士丁尼时代所编纂的各罗马法文献,尤其是《学说汇纂》的本来面目,对这些文献进行文字注释,之后发展为较详尽的注释,包括列举注释者之间的分歧意见、各方论据以及作者本人结论,为供适用法律规则参考的有关案例,为便于记忆而归纳的简要准则和定义,以及对某一法律领域的论述等。后期注释法学派,又称评论法学派,致力于使罗马法与城市法规、封建法、日耳曼的习惯法、教会法的原理相结合和同化,把古代罗马法改造成现代意大利法,以便为实际的社会生活服务。使罗马法和实际生活相结合,对罗马法的研究从注释转变为提出法律的原则和根据,建立法律的分析结构,促进判例法的发展。

的显著特性。

3. 应试指导功能。习法者面对的法律考试大致包括在校生的期末考试、专升本考试, 升学性质的法学硕士、法律硕士招生考试, 招录性质的法检招生考试以及法律职业资格性质的司法考试和企业法律顾问资格考试。其实这些考试的命题都有一定的共通规律, 既然很多人学习法律的直接目标就是应对各类法律考试, 那么编写一套适合他们用于复习的教科书, 也是本教科书的主要目标之一。

其中, 文中楷体部分的文字就是以生活实例、立法背景介绍、立法变迁与司法立场介绍及概念辨析等形式, 来最大限度地加深读者对相应法律制度的立法理解, 加深读者对相应法律制度与现实社会生活联系的理解, 同时也列举了一些重要法律考试的例题以增强应试指导功能。

三、读者本位法学教科书的内容要求

一部适合本科层次法律研习者的简明教科书, 其内容至少应当满足四个品质(标准)。

1. 章节体系和内容编排的创新。我们收集了最近5年来大陆出版社出版的30余种的传统与创新教科书系列(京内外各约占一半), 给我们留下深刻印象的是, 目前我国高等法学教科书的编写正处于急剧的创新但还嫌粗糙的进程之中, 创新意识很强且达成一些广泛共识, 尤其在内容编排与选择方面, 但都处于摸索阶段。比较各科教科书的章节体系安排, 显得过于一致, 其实背后的共通特点在于, 他们都紧随现行法典的章节结构与顺序, 从而决定本部门法教科书的章节结构与顺序, 其间蕴含的流弊重重, 不可不察。

那么, 法学教科书的章节体系和内容编排是否都应该提倡个性、鼓励创新呢? 章节结构安排与课堂讲授之间又是什么关系? 针对不同的目标读者群体, 教科书应该有怎样的回应, 相信很多法学者都有兴趣。我们的理解, 如水无常形, 教科书的体例结构亦无定式, 即使内容相若, 著作者循不同的叙述逻辑, 当然就会有不同的体例结构, 这不妨碍授课者根据自己的讲述逻辑选择性使用而不必拘泥于教科书的体例结构安排。

2. 提供层次清晰、枝干分明的知识信息。法学本科生对部门法学习的最大需求, 可以总结为四个方面: 部门法的基本法理; 我国现行法律规定的解读; 我国司法、执法实践的状况; 以上三者之间的关系。许多部门法是舶来品, 加之我国立法规定相对简陋, 理论体系尚不成熟, 司法经验积累不足, 这一现实背景对中国法学学者授课、编写教科书提出了额外的要求——在讲述我国法律制度的同时或之前, 需要颇费时间、笔墨介绍域外法律规定、基本理论与经验规则——这是中国现阶段部门法学者不得不直面的一种尴尬和任务。这一状况要求编写许多部门法教科书时, 需要介绍域外法律规则、基本理论以及司法经验, 但无论如何, 这一切的出发点与目的都是便于读者更好地理解我国现行法律制度规则与司法经验, 本末不容倒置。为此需要区分以上几个不同层次的信息范畴, 让读者能够轻松了解著作者是在什么层次与背景下讲述某项制度规则, 而不会迷失于各类层次下的信息海洋之中。为此,

本系列教科书在每一个主要制度的内容叙述上都努力将注意力放在讲述中国部门法的现行规定与司法实践现状上,如此,读者不但获得了各个层次的准确、清晰的信息,且有效率地理解了中国法律制度的内容,而这正是读者尤其是法学本科生读者强烈需求的。

3. 提供最大容量的有针对性价值的知识信息。教科书提供的信息量受到有限篇幅的拘束,要在有限篇幅内实现为读者提供最大量信息的目标,重在提高信息的质量。著作者需要做好以下三点:其一,去除无信息含量的叙述,对于一些人尽皆知的知识性信息,一句话嫌多,不提也罢,不炒剩饭;其二,减少低信息含量的叙述,努力做到一段落一主题,每章每节每段都要有明确的专题感,杜绝专题感模糊的现象,防止有价值的知识信息淹没在垃圾信息之中,注重突出叙述的主题性,提高叙述的有效性、针对性;其三,避免信息的重复叙述。雷同信息在一本教科书的不同章节、段落反复出现,在我国法学教科书中司空见惯,这是由于对一些章节体例缺乏统筹安排和有效整合,在多人组编一本教科书的写作体制下尤为如此。

4. 法言法学的语言风格。法学教科书的语言风格,当然尽可能使用法学专业语言也即常说的法言法语。无论如何,本套教材的阅读者多少具有一定的法学修养、阅读能力与自学能力,法学教科书既不同于普法读物,也不同于法学入门读物,在传输法学专业知识之外,还承担着培养法学研习者娴熟运用法言法语的能力,以及于潜移默化中培养其法学思维方式和意识的重任。法言法语意味着专业与严谨,区别于晦涩难读或者流于说明文式的寡淡无味。

四、关于作者

关于本教科书系列的作者,不能不提到众合教育。这是一家由致力于中国法律教育与法律职业培训发展的专业人士设立的教育机构,众合教育的愿景是:为促进我国高等法学教育职业化,通过提供专业化教育培训,在法律人才供给与法律人才需求之间、法律学历教育与职业教育之间搭建一条坚实的桥梁,为实现法律教育与法律应用提供无缝衔接以及促进高等法学教育体制的改革和完善,为有志于从事中国法律职业的人员提供高度一体化水平的培训服务做出自己的努力。众合教育的核心优势主要在优秀的师资、图书资料与专业服务,其中师德高尚、学识渊博、勤于钻研、教法优秀的教师是众合教育最依赖的资源,也是本教科书系列的作者群。这一作者群毕业于一流法学院,取得法学博士学位,大多数担任着著名法学院的教授、副教授,多次荣获所在高校“最受欢迎十佳教师”称号,多次在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《新华文摘》、《Frontiers of Law in China》等权威刊物发表学术论文,具有深厚的法学研究背景和优良的教学业绩。作者群的一个最大优势是多年来在大学本科、研究生的教学课堂以及利用课余时间参加司法考试、法律硕士考试、律师等法律职业业务培训等课堂上积累了异常丰富的授课经验,常年一线地了解各层次习法者的学习需求,这足以保证上述本教科书所设定的目标的最大限度地实现。希望本教科书作为众合教育传播法律知识、输送法律人才、提供法律服务、助力中国法治化进程等使命的载体之一,有助于这一事业愿景的更好实现。

五、关于本书的可持续发展计划

伟大的作品都是修改出来的。这话颇有道理，我们深深认同。其实一本教科书的起点低也好有错误也罢，都并不可怕，只要有机会持续努力就能逐步获得读者的认可，但关键要有重新修订的机会、稳定的作者队伍以及严格执行的修订计划，可惜我国时下的多数教科书都是“一锤子”买卖，一次出版后就束之高阁直到内容陈旧被淘汰出局，可谓任其自生自灭。在本教科书的创作之始我们就制定了持续性的修订计划，在不断的修订再版中不断走向完善。本教科书依托众合教育的教学平台，将以1~2年一版本的修订频率，持续性修订与出版。当然，要保证每一次修订的成效，有价值的持续性的修订资源供给尤为关键，本教科书在此方面的条件可谓得天独厚：作者们的一线教学活动与经验，学员使用本书的现场反馈，多渠道的读者与作者的沟通机制等等，都保证了频繁的修订工作的足够成效。

六、致谢

感谢众合教育。本套教材，酝酿于2008年前后，先后在2009、2010年秋季举行过两次编写现场研讨会，与会者群策群言不吝贡献智慧。但其能够最终成文，还是得益于众合教育这家机构提供的平台与合作机遇，以及为本教科书提供可持续发展的愿景所带来的作者群的凝聚力。可以说没有众合教育，就没有这套教科书。

感谢法大出版社。感谢社领导李传敢先生、张越女士、彭晔先生给予本教科书的厚爱，他们对法学教育的持久关注令人敬佩；感谢出版社的编辑团队，他们认真负责的专业精神使得本教科书最大限度的接近设定的目标。

感谢第一批读者。本教科书将在众合教育2011年春季的四个教学班试用。他们将是本教科书的第一批读者而且是精读的读者。在此，作者群向他们表示深刻的敬意与感谢。

七、联系我们

先贤有云，其知也易其行也难。是的，即使我们一开始就明白了目标之所在，但由于学识浅陋，经验鲜薄，有时即便侥幸认识有所见地，但囿于学术修养有限而致能力有所不逮，难免眼高手低，即便勤奋有加，笔下之言也难免贻笑大方。所以，就以上议论种种，读者可以先将其当作著述者为本套教材写作所设定的目标，写作只是努力成就这一目标的初步尝试，借此机会诚挚恳请读者批判性阅读，并宽容对待书中的缺陷与谬误，如还能不吝赐教于我们，实在感激之至。我们的联系方式：zhonghe2010@sina.com.

编著者谨识

2011年2月28日

“理论法学”一词，本为传统法学体系中固有之概念，其相对者为“应用法学”。其间得以区别的关键，在于二者与法律实践关系之远近。所谓理论法学，所涉学科均与法律实践较远，并不直接关注法律之运用；或者即使关注，也仅以理论化之方式加以解释和说明，并不决定具体诉讼两造的胜负与其中权利、义务的（再）分配问题。与此相反，应用法学则在领域区分的角度上，进一步延展出民法学、刑法学等实体法领域与相互配套的诉讼法学等程序法领域，以便在将特定纠纷做类型化处理的基础上，给出本领域内的解决方式。当然，这并不意味着理论法学由此变成纯粹的抽象思辨，因为其所带来的理论思考，仍为反省特定法律实践或者法律纠纷的解决举措，提供基础性的准备。正因为如此，台湾地区法学界才有“基础法学”之概念。不过，台湾所谓之“基础法学”，以法理学与法律史学为主要内容，并不涉及宪法学，而是将其与行政法学同样纳入“公法”之领域。于学理而言，此种做法实为妥当之举。然而，考虑中国大陆宪法司法化渐趋式微之具体情形，以及宪法原本即扮演其他部门法体系之基础的角色，从而是了解其他部门法体系之先决条件，因此将其同样纳入理论法学之范围，即具有特定阶段的合理之处。

同时，就教材体系而言，由于法学的日益专业化，是否能够通过专业考试的选拔，已经成为评价法科学生是否培养成功的关键指标。当然，这并非说明，是否通过考试是唯一的标准，但将其作为核心标准之一当无疑问。然而，由于各学校所使用之教材内容与水平上参差不齐，缺乏相对稳固的理论体系，更对考试极为不利。因此才有必要编纂体系明确、便于考试之教材的必要。职是之故，本教材遂以历年国家司法考试大纲与教育部

法学教学指导纲要为宗，集合学界之基本理论共识，以确定知识之体系；以各种考试之典型例题为要，明确重要知识点，以提供备考之便利。以上种种考量，均力求落实于删繁就简，侧重基本概念、问题和知识的辨析、梳理和阐释之中。以上目标是否实现，当由读者诸君评价，但诸位作者之努力，还望为诸君所察。

全书的分工如下（以撰写章节前后为序）：

法理学编：陈景辉

宪法学编：王 锴

法制史编：李红勃

本书由以上三位老师交叉审稿。

陈景辉

2012年3月5日

第一部分
法理学编

第一章 法的概念	2
第一节 法概念的争议	2
第二节 法的形式特征	6
第三节 法的作用	11
第二章 法律价值	16
第一节 法律价值的概念	16
第二节 价值种类与价值冲突	18
第三章 法的要素	23
第一节 法律规则	23
第二节 法律原则	27
第三节 权利与义务	30
第四章 法律渊源与法律体系	34
第一节 法律渊源的概念	34
第二节 当代中国的正式法律渊源	36
第三节 非正式法律渊源	40
第四节 法律部门与法律体系	43
第五章 法的效力	45
第一节 法的效力概述	45
第二节 法的时间效力	47
第三节 法的空间效力与对人效力	50
第六章 法律关系	53
第一节 法律关系的概念	53
第二节 法律关系主体	57
第三节 法律关系的内容	59
第四节 法律关系客体	61
第五节 法律事实	63

第七章 法律责任	65
第一节 法律责任的概念和种类	65
第二节 责任竞合、归责与免责	67
第八章 法律的动态过程	71
第一节 立法	71
第二节 执法与司法	73
第三节 守法与法律监督	77
第九章 法律适用的一般原理	80
第一节 法适用的目标	80
第二节 法适用的步骤	82
第三节 内部证成与外部证成	85
第十章 法律推理	90
第一节 法律推理的概念	90
第二节 法律推理的种类	91
第十一章 法律解释	98
第一节 法律解释的概念	98
第二节 法律解释的方法与位阶	101
第三节 当代中国的法律解释体制	104
第十二章 法律的历史演进	106
第一节 法的起源	106
第二节 法的发展	110
第十三章 中国法的发展	115
第一节 法的传统	115
第二节 法的现代化	118
第三节 法治理论	120
第十四章 法律与社会	124
第一节 法与社会的一般理论	124
第二节 法与经济	126
第三节 法与政治	128
第四节 法与道德	130
第五节 法与宗教	132
第六节 法与人权	134

第十五章 宪法基本理论	138
第一节 宪法的特征与本质	138
第二节 宪法的历史发展	143
第三节 宪法的基本原则	146
第四节 宪法的功能与作用	148
第五节 宪法渊源与宪法结构	149
第六节 宪法规范	152
第七节 宪法效力	154
第八节 宪法修改	155
第九节 宪法解释	156
第十节 宪法实施保障	157
第十六章 国体与政体	160
第一节 国体	160
第二节 政体	172
第十七章 国家的基本制度	175
第一节 选举制度	175
第二节 国家结构形式	184
第三节 民族区域自治制度	188
第四节 特别行政区制度	191
第五节 基层群众性自治制度	196
第十八章 公民的基本权利与义务	201
第一节 公民基本权利与义务概述	201
第二节 我国公民的基本权利	205
第三节 我国公民的基本义务	216
第十九章 国家机构	222
第一节 国家机构概述	222
第二节 全国人民代表大会及其常务委员会	224
第三节 中华人民共和国主席	232
第四节 国务院	233
第五节 中央军事委员会	235
第六节 地方各级人民代表大会和地方各级人民政府	235

第三部分 法制史编

第七节 人民法院与人民检察院	240
第二十章 立法法	244
第一节 立法权与立法程序	244
第二节 立法审查与立法裁决	250
第二十一章 中国法制史	260
第一节 西周至秦汉魏晋南北朝的法律制度	260
第二节 唐宋至明清的法律制度	270
第三节 清末、民国时期的法律制度	281
第二十二章 外国法制史	288
第一节 罗马法	288
第二节 英美法系	293
第三节 大陆法系	297
附 中西法制史之最	306
附 录	307

第一部分

法理学编

第一章 法的概念

□ 本章导读

法律的概念问题是法理学问题当中的核心问题，这不仅仅是因为它所涉及的问题难度较高，同时也是因为它所涉及的问题范围较为广泛。在本章中，该问题由三个子问题组成：(1) 法律概念的争议，即以“法律与道德之间的关系”为核心，以自然法与实证主义为对立的具体主张，所展开的理论上的讨论；(2) 法律的（形式）特征问题，即法律与其他社会规范性相比，其所具有的独特性表现在哪里的问题；(3) 法律的作用，这即要求我们能够全面地来看待法律的作用，同时又需要注意法律作用的有限性。正是因为本章所涉及的问题难度与广度均十分可观，因此本章也是各种考试的重点章节，值得重视。

第一节 法概念的争议

法理学的核心问题在于以何种方式来回答“法是什么”的问题，法律思想上千年的发展历史就是围绕着这个问题展开的。但是，由于这个问题牵涉的问题过于复杂，为了学习的顺利展开，本章将会主要交代上述问题所涉及的核心争议点，以及从形式上识别法的标准。

一、实证主义与非实证主义

有关法概念的讨论，其目的就是为了解答“法是什么”的问题。在历史上，法学家们基于各自不同的立场，提出了

各自不同的法的定义，而且这些定义之间存在着极为尖锐的对立，以至于难以寻找到一个公认的、相对一致的法的定义。然而，另一方面，有关法的定义的研究又具有非常重要的地位。(1) 对于当事人而言，“法是什么”这个问题的回答，其实就是以不同程度来改变（扩大或者缩小）法的范围，进而对人们的特定行为附加截然不同的法律后果。故此，我们不能不对这个问题给予慎重的对待。例如以下事例：王某自 20 世纪 80 年代初期，就从事将山东的蔬菜贩运至北京的业务。由于我国 1979 年制定的《中华人民共和国刑法》中规定了“投机倒把罪”，将现在我们习以为常的市场交易行为定义为“投机倒把”。1997 年