

法律层次论

刘大生 著



天津人民出版社

法律层次论

——关于法律体系的理论重构

刘大生 著

天津人民出版社

(津)新登字 001 号

法律层次论

——关于法律体系的理论重构

刘大生 著

(住址: 210004 南京建邺路 174 号 电话: 025-6646171)

*

天津人民出版社出版发行

(300020 天津市和平区张自忠路 189 号)

南京·河海大学印刷厂印刷

*

开本: 850×1168 1/32 印张: 5.0 字数: 110 千

1993 年 5 月第 1 版 1993 年 6 月第 1 次印刷

印数: 1—3000 册

ISBN 7-201-01569-9/D·182

定价: 5.90 圆 海外邮售价: 15.00 Dollars

关于印装质量: 承印厂对作者负责 作者对读者负责

礼云礼云，玉帛云乎哉？

——孔丘

法者所以爱民也，礼者所以便事也。

——商鞅

五罚轻于五刑。古五罚不用刀也。

——段玉裁

内容提要

本书试图修正若干中外法律用语的错误翻译；试图让“民法”与经济法、“民法”与商法划不清界限这一世界性难题迎刃而解；试图澄清法律体系问题上的五千年历史迷雾。

目 录

引 言	(1)
第一部分 总论：法律层次的基本问题	(3)
一、法律层次的概念	(3)
二、法律层次理论的意义	(6)
三、法律共有几个层次	(7)
四、法律四层次的相互关系	(8)
五、法律层次与法律部门的关系	(9)
六、法律层次与立法体系	(10)
第二部分 分论：法律四层次的历史考略	(12)
一、刑罪法的历史考察	(12)
1 刑在词源上的含义	(12)
2 刑罪法专门文件的产生	(13)
3 刑罪法法典的普遍颁布	(14)
二、罚错法的历史考察	(14)
1 罚的本义	(14)
2 罚的历史存在	(16)
3 关于罚错法的法律文件	(18)
三、宪法的历史考察	(18)
1 宪作为概念的起源	(18)
2 古代法律体系中作为法律层次的光	(21)

3 宪法法典与 Constitution	(23)
四、礼法的历史考察	(24)
1 礼在中国的起源、发展和“消失”	(24)
2 古罗马的礼——Jus Civile	(28)
3 礼在体系上的分化	(33)
第三部分 泛论：法律层次理论的后果及其他	(36)
001 法律层次理论究竟有什么具体的和实际的 意义?	(37)
002 用礼的概念取代“民法”是不是新瓶装老酒?	(40)
003 能不能根据约定俗成的原则继续使用“民法” 这一概念?	(41)
004 一百多年来浩如烟海的“民法”学著作该如何 处理?	(43)
005 能否举例说明现行法学各学科对某些法律问 题各不问津的现象?	(43)
006 为什么说《拿破仑法典》是个四不象?	(44)
007 《拿破仑法典》能否永存于世?	(45)
008 为什么说《苏俄民法典》只是一部“基本经 济法规”而不能算是一部礼法法典?	(46)
009 重新起用礼与孔丘先生的复礼有何区别?	(47)
010 为什么说礼就是法?	(48)
011 礼与道德是什么关系?	(51)

- 012 礼和礼貌是什么关系? (52)
- 013 礼和仪以及礼仪是什么关系? (52)
- 014 宪的最高层次性与礼的中心地位之间有无
矛盾? (54)
- 015 有一种观点认为,《周礼》和《礼记》是古
代中国的“民法”,你对此有何评论? (54)
- 016 德国人使用“民法”这一术语是否直接受日
本人的影响? (56)
- 017 civile 是个多义词还是单义词? (56)
- 018 周代的礼既然只是国人、士、大夫及其以上
等级的人的规范,那么是否意味着它不是一
个完整的法律层次? (58)
- 019 刑不上大夫是否意味着周代的刑不是一个完
整的法律层次? (59)
- 020 古罗马的 Jus Civile 下不下庶人? (60)
- 021 古罗马的 Jus Gentium 是不是礼? (61)
- 022 拿破仑先生的 Code de Procédure Civile 对法
律体系的历史发展有何影响? (62)
- 023 在西方语言中,哪些词汇最能准确地表达礼
字的含义? (64)
- 024 非刑罪诉讼怎样命名最好? (64)
- 025 对于“民事权利”、“民事责任”等传统概念应

- 当如何处理? (65)
- 026 法律层次论如何看待 civil right 和 civil responsibility 这两个法律用语? (68)
- 027 应当用什么概念取代“民事责任”或“civil 责任”? (70)
- 028 法律层次论如何对待“无过错责任”这个概念? ... (71)
- 029 用什么概念取代“民事权利”? (72)
- 030 汉语中的“公民权利”与英语中的“right of citizen”的含义是否完全相同? (73)
- 031 为什么说古罗马的 Jus Civile 包括所有的法律部门? (75)
- 032 为什么说 Jus Civile 是以礼为主的法律体系? ... (76)
- 033 古罗马为何未能实行礼刑分立的立法制度? (76)
- 034 中国古代为何未能产生一个类似于 Jus Gentium 的法律体系? (77)
- 035 为什么说社会事务没有“民事”和“非民事”之分? (78)
- 036 能否用“民间的事务”论证“民法”的存在? (79)
- 037 能否用“私法”证明“民法”的合理性? (80)
- 038 “民法”这个概念为何能在中国广泛流行? (81)
- 039 从秦到清为何没有制定礼法法典? (83)
- 040 中国古代出现过名叫“民法”的法律文件吗? (83)

- 041 假如四千年前确实出现过“民法”那又该怎么办? (86)
- 042 在法国, 宪法经常变换而礼法却没有什变化, 这是否说明宪法并不是法律的法律? (86)
- 043 宪法和政治法有何区别? (87)
- 044 为什么人们容易将宪法与政治法混为一谈? (88)
- 045 不同时期、不同国家的宪法中有没有一些共同的规范? (89)
- 046 法律层次论如何看待政治犯? (89)
- 047 宪法与作为法律概念的 Constitution 的主要区别有哪些? (90)
- 048 能否将宪法称为母法? (91)
- 049 中国人也将宪法称为 Constitution 吗? (92)
- 050 在西方语言中, 什么词汇同汉语词汇“宪法”在含义上最接近? (92)
- 051 法律层次论与法律等级论有何区别? (92)
- 052 政法和治法应如何区别? (94)
- 053 什么机关叫政权机关? 什么机关叫政法机关? ... (96)
- 054 什么机关叫专政机关? (96)
- 055 什么叫政党? (97)
- 056 中国的全国人大及其常委会是不是立法机关? ... (97)
- 057 什么叫司法? (98)

- 058 司法与执法有何区别? (98)
- 059 司法活动如何体现法律的层次性? (99)
- 060 司法与军事讨伐有何区别? (100)
- 061 司法与武装暴动是什么关系? (101)
- 062 在西方语言中, 哪个单词相当于《说文解字》
所定义的罚字? (102)
- 063 赏是不是法律? (102)
- 064 赏有几种类型? (103)
- 065 有没有专门规定赏的法律文件? (104)
- 066 赏能不能成为一个单独的法律层次? (104)
- 067 赏能不能成为一个单独的法律部门? (106)
- 068 赏既不是层次又不是部门, 那么它在法律体
系中究竟占有什么地位? (106)
- 069 将来会不会产生赏法法典? (107)
- 070 巨奖销售中的奖属不属赏的范畴? (107)
- 071 法律层次论如何看待法人犯罪? (108)
- 072 英国学者G.D.詹姆斯先生认为罚错与刑罪的
区别并不在于当事人侵权行为的轻重, 你对
此有何看法? (109)
- 073 一般违礼侵权和严重违礼侵权的界限如何
确定? (110)
- 074 现代西方法学家们为什么弄不清罚错诉讼与
刑罪诉讼的界限? (111)
- 075 为什么当代中国法学未能用罚错诉讼的概念

- 取代“Civil 诉讼”这一带有阶级偏见的概念? ... (112)
- 076 日本法学家们为什么未能提出罚错诉讼的概念? (113)
- 077 在法律起源的时候究和礼之间有多大的时间差? (113)
- 078 什么叫“刑事犯罪”? (114)
- 079 为什么罗马法中刑的比重较小? (115)
- 080 法律层次论如何定义经济法? (116)
- 081 经济法能否分成经法与济法两个部门? (118)
- 082 仲裁在法律体系中的地位如何? (118)
- 083 仲裁裁决的强制执行说明什么? (120)
- 084 如何看待实践中的强制仲裁? (120)
- 085 仲裁能否成为一个独立的法律层次? (121)
- 086 如何评价白屈易先生的法律体系理论? (122)
- 087 法律四层次是否有主次之分? (124)
- 088 调解在法律运行过程中的地位如何? (125)
- 089 有些学者认为, 中文中没有一个是相当于 *jus* 的词汇, 对此应如何评价? (125)
- 090 既然礼已经变成了“不人道之极”的“吃人的礼教”, 为何又要重新起用礼这个概念呢? (126)
- 091 法律层次论与朱熹先生的德、礼、政、刑理论有何区别? (127)
- 092 王安石先生的法律理论中有何闪光的思想? ... (128)
- 093 法律层次理论如何看待“法律规范三要素论”? (129)
- 094 法律规范究竟有没有构成要素? (132)

095	法律是行为规则的总和吗?	(133)
096	为什么用大量篇幅论礼?	(135)
097	法律层次论为何到二十世纪九十年代才 产生?	(135)
098	创作法律层次论的条件和动力是什么?	(137)
099	能不能谈一谈法律层次论的构思过程?	(138)
100	法学界对法律层次论将会做出何种反应?	(139)
101	笔者对本书的自信怎样?	(142)
102	构思十年、创作三年的学术专著为何才 十万字?	(143)
作者简介		(145)
后 记		(147)

引 言

长期以来，在关于法律体系的理论中，一直存在着一个世界性的困惑，即划不清“民法”与其他法律的界限。例如，中国和苏联有“民法”与经济法的争论，日本有“民法”和商法的争论，法国有 Droit Civil^①与商法的争论，等等。^②

划不清“民法”与其他法律的界限的原因可能

^①法语中的 droit civil 与拉丁语中的 jus civil 是同一个意思，中、日、俄等国将它译为“民法”，笔者不同意这种译法，故在使用“民法”时，一律加上引导。

^②参见史探径等先生的《民法学研究综述》（ISBN 7-5309-0650-X / D · 13）第 2 章和第 6 章。

是多方面的，但是指导这种划分的法律部门理论自身存在着严重缺陷却是最重要、最直接的原因。因此，为了解决法律部门理论所解决不了的问题，法律层次理论就应运而生了。

不过，法律层次理论的传播和外化将是一个十分痛苦的过程。

然而，一个患有血癌的病人更换骨髓虽然十分痛苦，但却能更新造血功能。如果因不敢承受手术的痛苦而拒绝更换骨髓，那么整个血液系统就只有崩溃。

法律层次理论虽然会让人痛苦，但却有利于避免传统法律体系理论的各种“癌变”。因此，希望法学界以至整个理论界为了理论的繁荣和法制的完善，能够忍受一下法律层次论所带来的痛苦。

第一部分

总论：法律层次的基本问题

法律层次理论并没有多少深奥的道理，读者在阅读了《法律层次的基本问题》以后，也就了解了法律层次理论的所有问题。如果不想同笔者展开讨论或者辩论的话，一般不需要再阅读本书的分论和泛论部分。

一、法律层次的概念

在现行的权威的教科书和工具书中，找不到法律层次的概念。法学家们在描述法律体系时，只进行法律部门的划分而不作层次的分析。^①

^①这些只划部门不分析层次的权威教科书、工具书包括：北京大学的《法学基础理论（新编本）》、上海辞书出版社出版的《法学词典（增订版）》、The Oxford Companion To Law（1980年版）、《中国大百科全书·法学》，等等！

法律层次这一术语只是近来才在一些地方性刊物上被一些暂时还不太出名的学者偶尔使用。但是，这些学者没有说明划分不同法律层次的标准是什么，因而在划分法律层次时显得不严谨。^①

例如，王学辉先生主张将法律划分为三个层次：第一层次是宪法，第二层次是行政法、经济法、刑法、“民法”等“部门法”，第三层次是不好划入法律部门的“所有综合性法规”。^②

显然，王学辉先生的这种划分没有严格的标准：

宪法与其他法律在层次上的界限是法律规范的性质，第三层次与其他层次的界限却不是法律规范的性质而是法律文件的形式或名称。其实，在所谓综合性法规中，就综合性法规的整体而言，可能是部门的综合，也可能是层次的综合，甚至有可能既是部门的综合又是层次的综合。怎么能将所有综合性法规统统划入第三层次呢？

再者，就综合性法规中的具体法律规范而言，完全不存在“不好划入法律部门”的问题。法律规范的“门籍”不同于人的国籍，人的国籍需要法律确认，而全人类又没有一部统一的国籍法，这就使得一部分人有可能成为无国籍的人。然而，法律规范的“门籍”不需要法律规定而自然存在。一项行为规则如果没有法

①需要声明的是：这里的“不严谨”并不影响这些学者在法律思想史上首先提出并使用法律层次这一概念的历史贡献。

②见《我国法律体系的模式构想》，载桂林《社会科学家》1990年第2期第70—73页。