

高等学校法学教材

法学导论

(第四版)

AN INTRODUCTION TO LAW

卓泽渊 / 主编



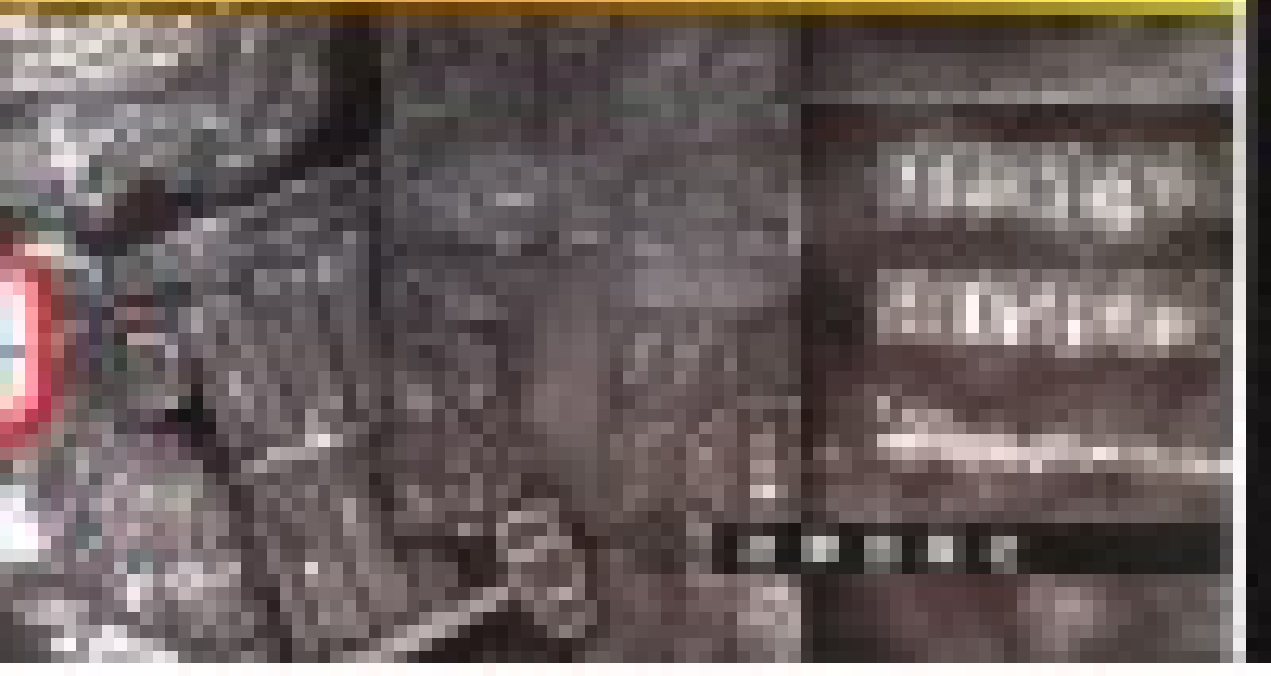
法律出版社

中国政法大学法学硕士系列教材

法学导论

中国政法大学法学硕士系列教材

中国政法大学出版社



高等学校法学教材

法 学 导 论

(第四版)

主 编 卓泽渊

(以下署名均以姓氏笔画为序)

第一版初稿作者:

汪太贤 张永和 卓泽渊 秦齐顺
程燎原

第二版修订者:

汪太贤 张永和 卓泽渊 程燎原

第三版修订者:

付子堂 汪太贤 张永和 卓泽渊
程燎原

第四版修订者:

付子堂 张永和 卓泽渊

法律出版社
2003年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法学导论/卓泽渊主编. —4版. —北京:法律出版社,
2003.8
高等学校法学教材
ISBN 7-5036-4390-0

I. 法… II. 卓… III. 法学—高等学校—教材
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 065035 号

法律出版社·中国

责任编辑/司马刚

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑/法律教育出版中心
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16
版本/2003年8月第4版

印张/18.25 字数/280千
印次/2003年9月第2次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

电话/010-63939796
传真/010-63939622

法律教育出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939660

传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777
网址/www.Chinalaw-book.com

销售热线/010-63939792
010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4390-0/D·4108

定价:18.00元

出版说明

二十多年前,当中国改革开放开始勃兴,法律和法律教育开始再度崛起之时,法律出版社便以精诚态度和极大力度服务于中国的法律教育。针对不同层次的读者,本社陆续推出了多种系列的法学教材,涉及法律教育的各个层面,迄今已达数百种。高等学校教材、教学辅导书是其中重要的组成部分。长期以来,这些教材陪伴中国法律人共同成长,对中国法律教育,以至对中国法律的发展都起了不小的推助作用。

进入新世纪以来,法律教育在取得长足发展的同时,也积极酝酿和展开改革举措,将培养高素质的现代法律人才进一步列为法律教育的重要目标。为此,本社应时而变,不拘一格,力求从教材的品种上、内容上、形式上实现更大突破,为新一代法律人学取专业知识提供更好读本。

就高等学校教材而言,我们立足两种进路:全面革新旧有教材,或推出全新教材。革新旧有教材,意在选取原有教材中的精品,从内容到形式全面更新、修订,重新整合,使这些在时间流变中积淀下来的法律教育的财富,以崭新面目,继续服务于新的读者。推出全新教材,则为约请优秀作者撰写新作,精阐原理,结合实践,关注前沿,努力创造出新世纪的新经典。优秀作者,或为老一辈与盛年名家,或为新生代才俊。或革新,或全新,这些教材统为一名,名之为“高等学校法学教材”。

我们深信,中国的法律教育事业将在改革和发展中不断壮大;我们承诺,本套“高等学校法学教材”以及本社所有法律教育图书都将在发展中不断更新,不断超越。本着竭诚为法律和法律教育服务,竭诚为读者服务的宗旨,我们愿与广大读者和作者一起,共同创造法律教育出版事业、法律教育事业,以至法治事业的未来。

法律出版社法律教育出版中心

2002年12月

前 言

将既有的由《国家与法的理论》演变而来的《法学基础理论》或单一的《法理学》，改革为《法学导论》和《法理学》两部分的课程设置与教学模式，是西南政法大学法理学教研室于1996年启动的教学改革设想。从改革开始以来，它一直备受同行的关注和关爱。2001年，这一改革获得了重庆市人民政府颁发的教学改革成果一等奖。从1997年12月《法学导论》稿件交付出版，到1998年8月《法理学》稿件交付出版，到现在，两部教材已经经过了3次修订。现在您手中的就是本教材的第四版。

这一教学改革和教材编写，我们的前辈卢云教授、吴光辉教授、李权教授等都为此做出了积极的推进和重要的贡献。只是由于时代的局限和时间的原因，在他们的手中没能正式启动这一改革工作。历史给了我们极大的幸运，让我们能够担当此任。

本套教材在短短的四五年间能有三次修订再版，我们承载着太多的感动。

首先，我们要衷心地感谢全国各地的本教材的使用者。是他们的使用使得我们拥有了不断修订再版的可能和力量；也是他们的信赖给了我们不断修订再版的勇气与信心。教材出版数年来，全国各地许多读者，尤其是许多从事高校法理学教学的同行们，给了我们极大的支持，他们或者在网上讨论，或者给我电子邮件或文字信函，交换对于教材及其使用的意见。

其次，我们要衷心地感谢作为本教材出版机构的法律出版社。他们的支持是本教材能够成功地出版发行的关键所在，也是他们给了我们不断修订再版的机会。法律出版社的社长、总编、教材机构的负责人、教材出版的责任编辑们都给了我们极大的帮助。

弥足想念的是编写组与修订组的各位组员。我们一起把这两部教材作为一种事业在完成和推进着，这是我们之所以可以不断修订的内在力

量。现在,原第一版的初稿作者已经分散在不同的地方,但是我们共同编写的教材的不断再版,不仅是我们的友谊的见证,而且还不断加深着我们的友谊。

教材初版由主编卓泽渊提出编写提纲,经过初稿作者汪太贤、张永和、卓泽渊、秦齐顺、程燎原(以姓氏笔画为序)集体讨论修订,分工写作,最后由卓泽渊修改定稿。两教材分别于1997和1998年列入高校文科统编教材系列出版后,得到了法学教育界同行的充分肯定,尤其是众多高校的选用。鉴于教材的使用情况,和我们对于教材中疏漏的发现,1999年夏天,汪太贤、张永和、卓泽渊、程燎原齐集青城山对教材进行了集体讨论和修订,推出了第二版,纳入目标为“法学阶梯”的重点政法院校法学教材系列出版。由于种种原因,第二版仍然存在着许多缺憾。2001年暑期,付子堂、汪太贤、张永和、卓泽渊、程燎原共同对两部教材进行了第三版的修订工作,对有关章节在两教材中的分布作了新的调整。根据出版社的商请,第四版的修订工作本应于2003年上半年进行。考虑到出版社、各地教材使用高校学者的建议,拟邀请原作者、各地高校对本教材予以使用和提出过修改意见的部分学者,共同进行第四版的修订工作。但由于非典型性肺炎的影响,教材修订会根本就无法召集,出版社又告知必须在7月中旬完成修订工作以保证学生的秋季用书。情势紧急,时间紧迫,甚至连第一版初稿作者和此前一直参与其事的程燎原教授和汪太贤教授也无法应邀参与第四版的修订。迫于无奈,作为主编的我只能就近邀请原有作者和修订者付子堂、张永和与我一道共同修订。这即是现在的这第四版。

对于教材的开设时间与讲授时数,时常有学者来电询问。我以为,《法学导论》应当开设在大学一年级第一学期,各门法学课程尚未开设之时;教学时数以30—40课时为宜。《法理学》以开设在大学三年级第二学期或大学四年级第一学期为宜。因为它的开设时间应当是在学生学习完部门法学主干课程之后,在本科生即将参加硕士学位研究生入学考试之前。教学时数以60—70课时为宜。

教材编写是一件必须被苛求也最应被苛求的事。它的每一个失误,都会也都应该令其作者与编者脸红。误人子弟是教师之大忌,也是教材之大忌。一个个不经意的谬误一旦被发现,往往会构成教材编写者心灵

的一个个恐惧。我一直在这样的恐惧之中挣扎。教材的中断修订,除了认识 and 理论发展的客观要求之外,一个更重大的原因是作为主编及编者心中的不安。本教材的不断修订,也就是希望通过一版一版的修订,使其谬误少些,再少些,以求臻于完善。凡是使用本教材或阅读本教材的读者,您都是我们期盼中的高见者,欢迎随时给我们以批评与建议(Email: zhuozeyuan@lawthinking.com)。

主编

2003年7月

目 录

导 言	(1)
一、法学导论的概念	(1)
二、法学导论的独立地位	(2)
三、《法学导论》的形成与特点	(5)
四、学习法学导论的意义	(7)

上 篇 法

第一章 法与法律	(11)
第一节 法的语源与词义	(11)
第二节 法与法律	(14)
第三节 法的基本特征	(15)
第二章 法律规范与法律体系	(17)
第一节 法律规范	(17)
第二节 法律体系	(20)
第三章 法的形式与种类	(29)
第一节 法的形式	(29)
第二节 法的分类	(34)
第四章 法律效力和法律解释	(48)
第一节 法律效力	(48)
第二节 法律解释	(52)
第五章 法律关系	(59)
第一节 法律关系概述	(59)
第二节 法律关系的要素	(62)

第三节 法律关系的产生、变更和消灭	(66)
第六章 法与其他社会现象	(70)
第一节 法与经济	(70)
第二节 法与国家	(73)
第三节 法与政治	(80)
第四节 法与道德	(82)
第五节 法与宗教	(86)
第六节 法与科技	(91)
第七章 法的发展	(102)
第一节 法的起源	(102)
第二节 法的历史类型	(108)
第三节 法的消亡	(117)
第八章 法系	(119)
第一节 法系的概念与划分	(119)
第二节 大陆法系	(123)
第三节 英美法系	(130)
第四节 伊斯兰法系	(139)

下 篇 法 学

第九章 法学概念	(151)
第一节 法学的定义	(151)
第二节 法学的功能	(161)
第三节 法学与其他学科的关系	(169)
第十章 法学历史	(177)
第一节 法学的起源	(177)
第二节 西方法学的历史发展	(180)
第三节 马克思主义法学	(190)
第四节 中国法学的历史发展	(192)
第五节 中国法学的现实与未来	(197)
第十一章 法学体系	(202)

第一节	法学体系的概念和结构·····	(202)
第二节	法学体系中的主要类别·····	(211)
第三节	边缘法学·····	(227)
第十二章	法学教育·····	(234)
第一节	法学教育的目的·····	(234)
第二节	法学教育的概况·····	(243)
第三节	法律人才·····	(246)
第十三章	法学方法·····	(254)
第一节	法学方法的意义·····	(254)
第二节	现代法学方法的基本特征·····	(258)
第三节	各种具体的法学方法·····	(264)

导 言

一、法学导论的概念

法学导论是从宏观上概括论述法和法学基本概念、基本知识,对法或法律的学习和研究具有引导和指导意义的法学入门课程。

法学导论论述和研究的是法或法律的一些基本概念,如法、法律、法律规范、法律体系、法的形式、成文法、不成文法、法的种类、公法、私法、国内法、国际法、实体法、程序法、特别法、一般法、法律效力、法律解释、法律关系、法系、英美法系、大陆法系、伊斯兰法系、中华法系等;法学导论还将论述和研究法与经济、法与政治、法与道德、法与宗教、法与科技的相互关系,以及法的起源、法的历史类型、法的消亡等有关法的最一般的基本知识。

法学导论论述和研究法学概念、法学历史、法学体系、法学学科、理论法学、应用法学、法律史学、比较法学、边缘法学、法学教育、法学人才、法学方法,以及法学的定义、功能、体系结构、学科划分、研究方法等最一般的基本概念和基本知识。

法学导论是法学的入门课程,是学习法律和法学的必要基础和知识准备,它对法律发展和法学学习与研究具有指导意义。因为法律发展并不是由对法律一无所知的人推进的。任何法学都不过是对法的整体或法的某一方面的研究而已,任何法学部门或法学学科都不过是法学的构成部分。对法和法学的基本概念和基本问题的研究始终是法学最基本而又最重要的研究课题。它们在理论上的任何变化都可能在整个法学上引起或多或少的变化。其名词、概念、术语和最基本原理无疑具有经典性,将被整个法学所尊重、所贯彻。所以,法学导论对于法学具有引导和指导的双重意义。也正是因此,我们才没有采用历史上有过,现实中仍被我国台湾等地法学教育采用的“法学绪论”这一语词和“法学引论”等类似表述。

它们都过于侧重引入的意义,而忽视了指导的意义,所以我们采用了“法学导论”。当然将其称之为“法学绪论”也未尝不可,只是称为“法学导论”更准确,更能表达我们对该门课程“引导”和“指导”双重意义的理解,也更能将其与类似课程相区别。从后面的论述和本书的内容中,读者也可以清楚地看到我们这本《法学导论》与已有的《法学绪论》的差异。

二、法学导论的独立地位

法学入门课程在法学教育中占有十分重要的地位。也许正是这样,在法学发展史上一些被作为法学入门的著作才被称为了“经典法律著述”。^① 法学导论作为法学教育的入门或基础课程,具有自己独立的存在意义和特别价值,其地位是不可取代的。在历史上,法学教育中曾经开设过与法学导论相类似的课程,如法学绪论等。后来由于种种原因而被取消了。用国家与法的理论或法学基础理论,或其他类似课程取而代之。科学的逻辑和历史的实践都证明,这种随意取代是错误的。

(一)法学导论不同于国家与法的理论

国家与法的理论或者国家与法权理论,并不是中国的产物。它们源自苏联。在1949年以前,中国的法学教学中曾有法学绪论课程。1949年以后,国民党时代的法学被彻底否定了。包括其法学教学的课程设置,也同样受到了极其严厉的批判。法学绪论的课程设置不可能再被采纳。新中国迫切需要新的法学教学体系及其相应的课程设置。而这时新中国的法学教学既不能采用旧中国的课程设置,也难以在短期内创建一个全新的法学课程体系。基于当时的客观实际,向苏联学习,甚至照抄苏联的法学教学的课程设置,也就成为了历史的必然。于是,苏联的以国家与法的理论作为法学教学入门课程的作法,也被我们全盘照搬了。在1949~1957年间,中国的政法干部学校和司法、检察干部训练班等法学教育机构的课程设置除马列主义基本理论,民法、刑法、审判法、行政法等课程外,作为业务理论和基本政策开设的就是国家与法的理论、中国宪法、过渡时期的总任务以及当前的主要政策等课程。各个高等政法院校系,也是在学习苏联法学教育经验,改造旧的政法院系的基础上创办起来的。

^① [英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,光明日报出版社1988年版,第451页。

他们在“苏联先进经验与中国革命实践相结合,理论与实际相结合”的办学方针指导下,“法律系的教学计划基本上是按照苏联高等学校法学专业教学计划的模式安排的”。有的学校“还聘请了一批苏联专家担任学科指导和教学工作”。由国家与法的理论担负法学教学的入门课程和理论课程的双重任务的教学模式,也就被确定了下来。^①直至“文化大革命”结束,依然保留了国家与法的理论的课程设置,直到20世纪80年代法学基础理论课程的开设为止。

用国家与法的理论作为法学教学的入门课程是极不妥当的。首先,它混淆了法学与政治学的界限,把本该由政治学研究的“国家”作为了法学研究的核心范畴。“国家”理论是法学理论的基础,但并不是法学理论本身。其次,它所论述的国家理论或者法的理论,都不能担负起法学入门课程重任。其内容既不能归结为是对法或法学的引入,也不能归结为是对法或法学的深入探讨。第三,它将法或法学的入门引导与理论概括相混同。使其既要对法学的基础知识进行介绍,又要承担对整个法学理论进行高度的理论抽象,这对于国家与法的理论来说,是十分困难的,也极不科学。

(二)法学导论区别于法学基础理论

20世纪80年代,基于对国家与法的理论不科学性的认识,许多学者都主张将其中的“国家理论”予以剔除,保留并扩展法的理论,建立法学基础理论课程以适应新时期法学教育发展的需要。

仓促之间,中国法学理论界难以认真思考,基于特定的时代背景,法学基础理论的创设,是十分难能可贵的。但随着法学理论研究的深入,其不合理性日益突出。

首先,法学基础理论实质上仅是“法的基础理论”,与其名称“法学基础理论”名实不符。法学基础理论或其类似教材中通篇所阐述的几乎都是“法”的问题,如法的概念、法的本质、法的作用、法制、立法、法的适用、法的遵守、法律关系、法的消亡等。早在1985年就有学者提出要在法学

^① 本段文字的资料均引自《当代中国的司法行政工作》,当代中国出版社1995年版,第85~95页。

基础理论学科中充实“法学的基础理论”，否则就会有“文不对题”的问题。^①

其次，法学基础理论既作为法学教学的入门课程，又作为法学的理论课程，难以胜任。法学教学的确既需要引导性的入门课程，也需要理论性的高度概括课程。但是二者应是有所分别的。将二者混同在一起，期望通过一门课程而得以完成，显然不切实际。如果这样的法学基础理论开设在法学院系的低年级，在一定程度上解决了给学生以法学入门教育的问题，但另一方面又使低年级的大学生陷入难以理解一些高深的法学理论的困难之中。如果将其开设在高年级，又有一个如何引导法学学生登堂入室的问题。在学生对法学基本概念一无所知的情况下，期望他们能很顺利地学好宪法学、民法学、刑法学、行政法学、诉讼法学等各个法学学科，显然是极不现实的。因此必须将现有法学基础理论承担着、又未承担好的双重任务予以分解，由不同的两门课程来完成。于是我们提出并开始了将法学基础理论分解为法学导论和法理学的实践。这一改革也可以认为，是由法学导论和法理学来承担以前法学基础理论难以承担的教学任务的改革。

（三）法学导论独立于法理学

法学导论与法理学是两门联系紧密的法学课程。两者担负的任务不同，法学导论作为法学教育入门课程，担负着宏观介绍和指导学习法和法学的任务；法理学作为法学理论学科课程，担负着对法律和法律现象深入探讨，培养学生理论素质的任务；两者的理论深度不同，法学导论立足于给学习者以法和法学的一个基本印象，理论深度相对较低；法理学则要给学习者以理论训练和培养，对法和法学以理论抽象和概括，理论深度相对较高；两者在法学教学课程设置中时间是不同的，法学导论一般开设在法学院系的低年级，而法理学多开设在法学院系的高年级。法学导论独立于法理学，二者不可相互取代。

（四）法学导论引导和指导各个法学学科

法学导论对法学各个学科，是一种引导和指导的关系。法学是一门十分复杂的科学，初学者很难立即就顺利地进入法学的天空，在法学领域

^① 卓泽渊：《法理学科应当充实法学的基本内容》，《政治与法律》，1985年第2期。

中自由翱翔,因此他们需要了解法和法学一些最基本的概念和范畴,使们能有一个进一步学习法学的知识基础。法学导论开设的目的正是要为其他各个法学学科的学习奠定一个基础,有助于各法学学科的教学活动的进一步开展并具有始终的指导意义。法学导论不代替任何法学学科,任何法学学科都会在一定意义上需要法学导论。

三、《法学导论》的形成与特点

(一)《法学导论》的形成

这本《法学导论》的提出及其付诸教学实践,经历了十多年的历程。十年前,我们就提出创建法理学和法学导论(或法学绪论)两门课程的建议。由于种种原因,未能被有关部门批准,以致延宕至今。又由于时代的发展和其他原因,这一改革设想再次被提起,并成为了现实。西南政法大学1996年拟订的教学计划中,已经将原有法学基础理论课程在法学系1997级分为法学导论和法理学,分别开设于一年级和高年级。有关兄弟院校也相继拟议进行类似改革,为了适应教学的需要和法学发展的要求,我们开始了本教材的编写工作。

(二)《法学导论》的特点

这本《法学导论》不同于《法学阶梯》或《法学总论》。《法学阶梯》曾是罗马法的基本教科书的书名。历史上许多法学家都写过名为《法学阶梯》的著作。其中最著名的是盖尤斯的《法学阶梯》和查士丁尼的《法学阶梯》。“在查士丁尼时代之前,学生入学第一一年要学习盖尤斯的《法学阶梯》”。后来“查士丁尼采纳了一份新的教学大纲”。按照这个大纲,一年级学生学习《法学阶梯》和《学说汇纂》的序言部分;二年级、三年级学习判决部分、法律原则部分和《学说汇纂》的其余部分;四年级自学《学说汇纂》的四、五部分;五年级自学《查士丁尼法典》。^①从这一教学大纲的安排来看,不难明白,《法学阶梯》在法学教学中的入门课程地位。“这些著述常常在宏大的范围上系统地阐述全部法律,或者,至少系统地阐述全部民法

^① [英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,光明日报出版社,1988年版,第528页。

或全部刑法。”^① 查士丁尼的《法学阶梯》在我国又被译作《法学总论》或《查士丁尼法学总论》。^② 在中世纪的欧洲,波伦亚大学也在相当大程度上援用了古罗马的法学教学的课程体系。“《法学阶梯》,这是为初学法律的学生所编写的一本篇幅不大的教科书。”^③ 我们所编写的这本《法学导论》与古罗马及其援用者的《法学阶梯》或《法学总论》是不同的。它们在一定意义上都是入门性质的法学教科书。但是,无论是内容还是体例都根本不同。这本《法学导论》分为上下两篇,分别讲述法和法学;而古罗马的同类著作都不具有这样的内容,他们大多数以民法为中心。就是查士丁尼的《法学阶梯》又名《法学总论》,其内容包括的也是人法、物、债、继承、担保、诉讼等,^④ 与我们所编写的《法学导论》相去甚远。我国有少数法学著作也取名《法学总论》等,但它们并不是教科书,在内容上也与《法学导论》有很大的差别。

《法学导论》不同于《法学概论》。《法学概论》是为非法律专业的学生学习、了解法律和法学而编写的教科书。它理应对法学各个学科的概括论述,但实际上它是对法律各部门的宏观介绍。其内容往往包括法学基础理论、宪法、行政法、刑法、民法、经济法、婚姻法、刑事诉讼法、民事诉讼法、国际法、国际私法等。而《法学导论》是为法学专业学生编写的法学学科的入门教科书。它并不论述各个法学学科或者法律部门的具体法律制度或法律规范。即使论述到各个法律部门或法学学科,也仅仅作宏观的引导。至于我们偶尔见到的《法学通论》,他们也往往类似于《法学概论》,与这本《法学导论》的体例和内容都有重大区别。

《法学导论》不同于此前的《法学绪论》。在我国 1949 年以前的法学教育中曾开设有法学绪论这一课程。现在,我国台湾地区也还继续开设

① [英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,光明日报出版社 1988 年版,第 451—452 页。[罗马]查士丁尼:《法学总论》,商务印书馆 1989 年版《出版说明》。

② [罗马]查士丁尼:《法学总论》,商务印书馆 1989 年版《出版说明》。

③ [美]哈罗德·J·伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 152 页。

④ 查士丁尼《法学阶梯》讲述的主要是民法的基本概念和基本原理,这与大陆法系以民法为代表的法律传统是一致的。但这并不影响《法学阶梯》作为法学入门学科的地位。