

FA LI XUE

法理学

鄂振辉 编著

华夏出版社

法 理 学

鄂振辉 编著

华夏出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学/鄂振辉编著. —北京:华夏出版社,2000.11

ISBN 7-5080-2259-9

I. 法… II. 鄂… III. 法理学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 72679 号

出版发行: 华夏出版社

(北京东直门外香河园北里 4 号 邮编:100028)

经 销: 新华书店经销

印 刷: 北京市密云县印刷厂

版 次: 2000 年 11 月北京第 1 版

2001 年 2 月北京第 1 次印刷

开 本: 850×1168 1/32

印 张: 9.5

字 数: 230 千字

印 数: 1-5000 册

定 价: 15.20 元

本版图书凡印刷、装订错误,可及时向我社发行部调换

目 录

绪 论

- 一、法理学的概念及其在法学体系中的地位 (1)
- 二、中西方法理学的历史发展 (3)
- 三、马克思主义法理学的伟大革命 (8)
- 四、法理学的研究方法 (13)

第一编 法的本质与作用

- 第一章 法与法律的辩证关系** (17)
 - 第一节 思想史上的反思 (17)
 - 第二节 法与法律的含义和特征 (26)
 - 第三节 法和法律的联系 (28)
- 第二章 法的本质** (31)
 - 第一节 法的术语和外部特征 (31)
 - 第二节 法的内容和社会阶级本质 ... (35)
- 第三章 法的职能和作用** (43)
 - 第一节 概述 (43)
 - 第二节 法的政治统治职能
和社会公共职能 (44)
 - 第三节 法的调整职能和保护职能 ... (45)

第四节	法的规范性职能	(47)
第四章	法的价值	(52)
第一节	法的价值的概念和特性	(52)
第二节	法的工具性价值	(54)
第三节	法本身的价值	(57)
第四节	法与自由、秩序、正义、效益 的关系	(60)

第二编 法的起源与法律文化

第五章	法的起源	(69)
第一节	原始社会的社会调整	(70)
第二节	法的起源的一般规律	(74)
第六章	法的历史类型	(80)
第一节	法的历史类型的概念	(80)
第二节	人对人依赖关系的 法律类型	(83)
第三节	人对物依赖的法	(90)
第四节	人类自由发展的法	(94)
第七章	法的继承性	(98)
第一节	关于法的继承性的概念	(98)
第二节	法的继承的内容和方式	(101)
第三节	法的继承的根据	(105)
第八章	法系与法律传统、法律文化	(108)
第一节	法系与法律传统	(108)
第二节	西方两大法系	(111)
第三节	法系与法律文化	(117)
第四节	中华法系及其法律文化	(124)

第三编 法律调整与社会秩序

第九章	法律调整·····	(135)
第一节	法律调整的概念·····	(135)
第二节	法律调整的对象·····	(136)
第三节	法律调整的方法、 方式、类型·····	(138)
第四节	法律调整的机制·····	(140)
第五节	法律调整的效果·····	(142)
第十章	法律调整与社会调整系统·····	(144)
第一节	法律调整的局限性·····	(144)
第二节	法律与道德调整·····	(150)
第三节	法律调整与政治调整·····	(154)
第四节	法律调整与乡规民约·····	(159)
第十一章	法律调整与法律意识·····	(160)
第一节	概述·····	(160)
第二节	法律意识的作用·····	(164)
第三节	法律意识的培养·····	(168)
第十二章	法治和法律秩序·····	(170)
第一节	概述·····	(170)
第二节	市场经济与法治·····	(176)
第三节	民主政治与法治·····	(180)

第四编 法的创制与实施

第十三章	法的创制·····	(185)
第一节	概述·····	(185)

第二节	认识、分配和协调利益 是法的创制的重要内容……	(188)
第三节	法的创制的基本原则……	(189)
第四节	立法体制、立法程序 和立法技术……	(193)
第十四章	法律规范……	(203)
第一节	法律规范的概念和特征……	(203)
第二节	法律规范的结构……	(205)
第三节	法律规范的种类……	(208)
第十五章	法的体系……	(215)
第一节	法的体系及我国法律体系 的特点……	(215)
第二节	法的部门及其划分标准……	(220)
第三节	我国法的部门的划分 及主要法律部门……	(224)
第十六章	法的渊源……	(229)
第一节	法的渊源的概念……	(229)
第二节	我国法的渊源……	(232)
第三节	规范性法律文件的系统化…	(238)
第十七章	法的适用……	(243)
第一节	法的适用的概念、特征 ……	(243)
第二节	法的适用的主要阶段……	(246)
第三节	法的适用的基本原则……	(247)
第四节	法律规范的解释……	(249)
第十八章	法律关系……	(254)
第一节	概述……	(254)
第二节	法律关系的种类……	(257)
第三节	法律关系的构成要素……	(260)

第四节	法律关系的产生、变更 和消灭·····	(270)
第十九章	守法、违法与法律责任 ·····	(274)
第一节	守法·····	(274)
第二节	违法及其构成·····	(276)
第三节	违法与法律责任、 法律制裁·····	(279)
第二十章	法律监督·····	(282)
第一节	法律监督的概念·····	(282)
第二节	法律监督的功能·····	(285)
第三节	我国法律监督的体系·····	(288)

绪 论

法学,又叫法律科学,是社会科学中的一门独立学科。它是一门研究法和法律这一社会现象运动规律的科学。它把人类进入文明时代各种法律现象发展的一般规律和特殊规律作为自己的研究对象。同其他学科一样,法学在其内部,科学地划分为许多分支学科,这些分支学科相互联系,共同构成法律科学的有机体系。法理学或理论法学是法律科学体系的重要组成部分,它有其确定的概念及其研究对象。

一、法理学的概念及其在法学体系中的地位

法理学或理论法学,也就是人们日常提到的法学基础理论,或法的一般理论、法哲学。“法理学”一词是由英语 jurisprudence 翻译而来,指的是法的研究和法律技术。它是把对法律现象的哲学研究、社会学研究和专门法律的研究方法结合起来,来探讨各种法律现象的共同性问题的一门理论法学。它研究的不是某一国的法律制度,也不是某一种法或法律现象,而是把法律上层建筑作为整体来研究其产生、本质、发展规律,在社会生活中的作用,法的创制、

实施等一般性理论问题的。由于我们是在我国这样一个社会主义国家来研究这些问题,研究的目的是为了加强我国的社会主义法制,建设有中国特色的社会主义,所以要着重研究我国社会主义社会中法律现象的一般理论问题,即社会主义法的本质、作用,以及正确充分发挥法的作用的规律和条件。

由于法理学是研究各分支法学共同性的问题的,往往带有方针性、战略性、方法论的性质,所以法理学在整个法学体系中占有基础理论的地位。它阐明马克思主义关于法律现象的基本原理、概念、范畴和有关基本知识。法律现象是社会运动的特殊形式,法理学要从宏观上及其他现象的联系上来揭示法律现象的本质及运动发展的规律。从这种意义上说,法理学对其他法学分支学科的研究,具有方法论的意义,并且是学习其他法学分支学科的准备或入门向导。

法理学要紧密联系法律现实,就必须经常从部门法学获得营养。而部门法学往往带有较大的实际应用性质,其主要使命是把已确定的理论概念和方法,应用到科学研究的具体对象和过程中。法理学与部门法学的关系是“一般”与“特殊”的关系。法理学与法制史、法律思想史的关系是“论”与“史”的关系。法理学应该从部门法学和法律史学中,概括出一般的原理,然后又推动整个研究的进一步深入。

可见,法理学在整个法学体系中占有重要的地位。任何科学如果对其基础理论的研究有所忽视,势必影响整个科学的发展,法学也不例外。无数事实证明:在法学研究中能够作出卓越贡献的,往往不仅对具体的法学门类有深入研究,而且也对法学理论有较深造诣。

法学的分类

(1)理论法学:法理学(包括法哲学、法社会学、实证法一般理论),比较法学,法律控制学等等。

(2)法律史学:中国法制史,外国法制史,中国法律思想史,外国法律思想史,法学史等。

(3)国内部门法学:宪法学,行政法学,民法学,婚姻家庭法学,劳动法学,财政法学,自然资源 and 环境保护法学,刑法学,诉讼法学,法院、检察院组织法学,军事法学,劳动改造法学,等等。

(4)外国法学:美国刑法学,英国宪法学,法国行政法学,等等。

(5)国际法学:国际公法学,国际私法学,国际贸易法学,国际经济法学,国际刑法学,等等。

(6)法学与其他学科的边缘性技术学科:犯罪学,刑事侦查学,司法鉴定学,法律心理学,司法统计学,等等。

二、中西方法理学的历史发展

法理学是一门历史悠久的古老学科,它是随着社会生产和生活的复杂化,随着立法活动的增多,适应国家统治的要求而产生发展起来的。

1. 中国法理学的历史发展

中国是世界上四大文明古国之一。大约在公元前二十一世纪,中华民族逐步从原始社会过渡到阶级社会。随着夏、商、西周奴隶制国家的产生和发展,我国早期文明社会的法理学思想也就产生和发展起来。夏、商奴隶主贵族极力宣扬“受命于天”、“恭行天罚”的神权法思想。到了西周时期,统治阶级除了继承夏、商神权法思想以外,更突出地强调“明德慎罚”、“德主刑辅”、“以刑弼教”,鼓吹以维护宗法等级制度为核心的“礼治”思想。

春秋战国时期,是我国由奴隶社会向封建社会过渡的大变革时期,也是我国古代法学百家争鸣、学术兴盛的欣欣向荣时期。在这一时期的法理学领域中,影响较大的应推儒、墨、道、法四家。以孔丘、孟轲为代表的儒家学派力主“礼治”,宣扬“仁政”,鼓吹“德重刑轻”思想。墨翟为代表的墨家学派,以“兼相

爱、交相利”为核心,提出“尚同”、“尚贤”的思想。以老聃、庄周为代表的道家学派则提出“道法自然”的自然法思想,宣扬“无为而治”、“绝圣弃智”、“绝仁弃义”的治国方略。而以子产、管仲、商鞅、韩非为代表的法家学派,提出了一套比较系统的“法治”理论,强调“以法为本”,宣扬法、术、势“三位一体”说。随着全国统一趋势的逐渐形成,荀况对先秦各家法学思想进行了批判总结。尽管他基本上是儒家思想,但他敏锐地把握了儒法合流的历史趋势,倡导“治之经、礼与刑”,提出“隆礼”与“重法”并行的法律思想,从而成为先秦法理学思想的集大成者,并为秦汉以后封建正统法理学思想的形成和封建法制建设奠定了理论基础。

公元前 221 年,秦灭六国,实现了封建主义的政治统一和文化统一,建立起我国历史上第一个专制主义中央集权的封建大帝国。秦汉之际,是封建统治集团对封建统治思想及其理论重新进行选择的过程,也是封建正统法理学思想逐步形成的过程。到了汉武帝执政时,董仲舒集秦汉之际儒学思潮之大成,以儒家为中心,结合法家学说中的某些思想,杂以阴阳五行说,提出了一个以“天人感应”法律观为特征、以“三纲”“五常”为核心的新儒学体系。这样,封建统治阶级终于找到了自己统治思想的理论重心,封建正统法理学思想至此形成。以后,随着历史的演进,封建正统法理学思想的表现形式曾发生一些变化,如隋唐以前引经决狱、引经注律的律学之风,隋唐时期的注释法思想,宋明时期的理学思潮等等。明清之际是中国历史上又一次学术繁荣的时期。在这一时期,随着资本主义因素在封建制母体内萌芽、发展以及城市市民阶级的兴起,在法理学领域出现了早期的启蒙思潮。以黄宗羲、顾炎武、王夫之等为代表,提出“天下为主、君为客”,取消封建之法,建立“公天下之法”、“求天理于人欲之中”等具有民主主义性质的法理学思想。但由于封建正统法学意识形态根深蒂固的桎梏作用,加之不久而来的中国近代社

会的“变形”，这一早期启蒙思潮走上了坎坷的道路。

鸦片战争以后，中国逐渐沦为半殖民地半封建社会。社会性质的变化必然带来法律思想的变化。西方资产阶级法学思想传入中国，为资产阶级改良派和革命派所接受，并且与中国传统的法理学精华结合起来，成为变革社会的理论武器之一。这时中国化的资产阶级法理学思潮遇到了封建统治理学思想的拼命反抗。因此法理学领域中的新旧之争，始终绵延不断。“五四”运动以后，中国兴起了马克思主义运动，马克思主义法理学思想开始广泛传播，从而开辟了中华法理学历史发展的新纪元。

2. 西方法理学的进化

西方法理学源远流长，已经有了近三千年的发展历史。西方法理学思潮的演变，记载了西方社会诸民族认识法律现象、进行法律实践的艰难曲折的历程。古希腊民族文化是西方文明的摇篮，也是西方法理学思想的发源地，在特定的地域文化、政治文化的基础上，形成了独特的古希腊法理学观念。古希腊法理学具有两个明显的特点：

(1)崇尚自然，提出了自然法与人类法的二元论法学观。在古希腊思想家们看来，个人处于先验的宇宙和谐的状态之中，这种和谐来源于神祇法，而人类生活则体现为城邦法或人类法。智者学派将自然和法律作了区别，认为自然的命令是必然的、不可抗拒的，而法律的特点则是人主观制定的，它们随着一定条件的变化而变化。这一自然法观念后来由斯多噶学派加以系统化。斯多噶学派断言，世界上存在自然法，它是来源于宇宙理性的法律，自然法就是理性法，理性作为一种遍及宇宙的万能力量，乃是法律和正义的基础。

(2)诉诸正义，阐述了人类早期的正义论。柏拉图希望从灵感的启示中得出他的正义理论，认为法律是“理念”与“正义”的产物。亚里士多德区分了分配正义和交换正义、自然正义和法

律正义,从而成为古代世界正义理论的集大成者。

古代罗马从一个很小的城市公社逐渐发展成为横跨欧亚非三大洲的一个庞大的奴隶制帝国。与经济、政治的急剧发展相适应,古罗马法学领域亦较为活跃,出现了令后人叹为观止的罗马法体系。古罗马法理学的主要特点是:第一,伴随着罗马地域的世界化,古罗马自然法观念与世界主义的观念结合起来,前者是后者的理论根据。斯多噶学派影响下的西塞罗法律理论集中反映了这一倾向。第二,伴随着罗马社会简单商品经济的发展,古罗马的法理学思想带有明显的实证功利性质。抽象的法的观念与深邃的私法理论结合在一起,前者是后者的理论基础。罗马五大法学家的思想便体现了这一理论倾向。罗马法的繁荣,推动了一个法学家阶层的逐渐形成,使法学第一次从哲学、政治学中分离出来,成为一门独立的学科。但是,法学的独立地位随着罗马帝国的覆灭而消失了。

封建的中世纪是宗教神学的一统天下。法理学同其他学科一样,沦为神学的“仆从”。圣·奥古斯丁把上帝理性作为直接约束人事关系的永恒不变的神祇法的最高渊源,确立了上帝意志的至高无上地位。托·阿奎那则试图缓和人的意志与上帝理性之间的对立,把法分为永恒法、自然法、实在法和神法四类,而永恒法是一切法律现象的渊源或根据所在。但是,随着资本主义生产关系在封建制度母体内的萌发、兴盛,从十三世纪末、十四世纪初开始,在意大利爆发了波澜壮阔的文艺复兴运动。这一运动的主题是强调人的价值和尊严,追求人的权利和个性解放。后来,这股人文主义思潮汇入了资产阶级政治革命的潮流之中。

新兴资产阶级法学家用人性来反对神性,用人权来反对君权,用自由来对抗专制。这一时期是古典自然法学派的一统天下。在古典自然法学家内部,由于从不同角度分析个人与社会、

个人与国家之间的关系问题,所以出现了不同的法理学观念系统。以洛克、斯宾诺莎、孟德斯鸠等人为代表的自由主义法学派,强调个人的权利高于一切,国家不能侵犯个人利益。以格劳秀斯、普芬道夫、霍布斯等人为代表的国家主义法学派,则主张国家权力至上,个人应当服从国家。而启蒙大师卢梭则是近代自由主义与国家主义两大思潮集大成者。他从人类社会不平等的起源及其发展阶段的分析出发,鼓吹“天赋人权”论、“人民主权”论,认为一个人抛弃了自由,便贬低了自己的存在;同时,他又认为,个人自由应当受到国家“总意志”的制约,共同体的每一个成员都必须把自己置于“总意志”的最高指导之下。

近代德国的哲理法学派是十七、十八世纪西欧资产阶级法理学思想的直接继续和发展。总的来说,它代表了新兴资产阶级的意愿和人民日益觉醒的意识,因而在法理学上更多地高扬“意志自由”和“人类理性”。但是,由于德国资产阶级极为软弱,所以代表这一阶级利益的以康德、黑格尔为代表的哲理法学家们,便具有较大的保守性质。一方面,他们把其法学观的革命性成分深深地隐藏在艰深晦涩的词句后面,具有浓厚的思辨色彩;另一方面,他们并没有从法国启蒙法学家的“人民主权”论中引出革命的结论,反而把政治改革的希望寄托于历史的缓慢自发进程中。

十九世纪上半叶,随着资本主义生产关系在欧美国家逐步确立,如何进一步巩固和发展资本主义制度已成为资产阶级面临的紧迫任务。资产阶级日益丧失了革命前曾广泛传播的理性、自由、正义等自然法学说的兴趣,而需要代之以一种新的法理学为其统治服务。以边沁等人为代表的功利主义法学派和以奥斯丁为代表的分析法学派,正是在这样的时代条件下应运而生的。他们攻击自然法学说,用功利取代“理性”,强调社会权利与利益,强调实在法的作用,从而为资产阶级的政治统治提供法

律上的理论根据。他们的法律思想预示着西方法理学正在走出启蒙时代的理性主义天地,朝着社会实证主义的方向发展。另一方面,在当时的欧洲,还存在着企图恢复和保存封建秩序的反动势力。在德国,以胡果、普塔赫、萨维尼等为代表的历史法学派,代表普鲁士专制统治者的利益,极力反对自然法理论,打着“历史”的招牌,鼓吹法律是“民族精神”的体现,反对在德国进行资本主义的经济、政治和法律改革。此外,十九世纪兴起的空想社会主义法学思潮,把十八世纪启蒙学者提出的各项原则加以进一步发展,企望通过对现存制度的批判,寻找改造社会的道路。

进入二十世纪以来,随着西方社会从自由资本主义向垄断资本主义的转变,西方法制及法理学思想发生了新的变化。社会法学派起初在欧洲后来又在美洲大陆得到了长足的发展,并且逐渐成为一股颇有影响的法学思潮,甚至在罗斯福“新政”时期成为官方法学。分析法学在新的条件下又有所发展,出现了以凯尔森为代表的规范法学和以哈特、拉兹等人为代表的新分析法学。第二次世界大战以后,自然法学获得了复兴,其影响日益扩大。此外,其他法学思潮也此起彼伏,从而使西方法理学论坛呈现出派别林立、错综复杂的格局。

三、马克思主义法理学的伟大革命

马克思主义法理学的产生及其演变,是一个辩证的发展过程,其中每一个阶段都是这一过程中的一个有机环节,它们既有联系,又有区别,都以自己特殊的性质构成了在整个过程中所处的特殊地位,从而表现为一个统一的整体。这个进程不是笔直前进,也不是直线上升,而是一个螺旋式上升的过程。

从逻辑与历史相一致的原则出发,考察思想自身的内在逻辑进程,我们把马克思、恩格斯法理学思想的历史发展进程划分为以下三个阶段:

第一个阶段,从 1835 年到 1848 年,这是马克思、恩格斯法律观的形成时期。

1835 年 10 月,马克思满怀着“造福于人类”的宏伟志向,来到波恩大学法律系学习。次年 10 月,他离开波恩到柏林大学,继续攻读法学。马克思法理学思想的最初出发点是康德法学。他企图通过艰苦的研究,在康德法学世界观的指导下,去分析法的一切领域,进而构架起一个无所不包的新法学体系。在接续进行的理论研究中,特别是 1837 年夏秋同青年黑格尔派的接触,使马克思越来越认识到康德理想主义法学观的缺陷,从而在精神世界的风暴中,由康德主义转向了黑格尔主义。1841 年 4 月,马克思获得耶拿大学哲学博士学位。1842 年 1 月至 2 月,马克思写下了《评普鲁士最近的书报检查令》。他站在革命民主主义立场上,以黑格尔的国家理性观为原则,来评判国家、法的合理性。1842 年 4 月,马克思成为《莱茵报》的撰稿人。他为《莱茵报》写的第一篇文章就是《关于出版自由和颁布等级会议记录的辩论》。然后,他写下了《关于林木盗窃法的辩论》。在这里,马克思的思想呈现出一幅新旧观点相交织的图画:一方面仍然把法律看成是正义、理性的化身,因而企求一种同自由理性相适应的理想国家和抽象的“永恒法律秩序”;但更重要的是,他亲眼目睹了眼前的变化过程,开始明白当私人利益同法的原则发生矛盾时,利益总是占据法的风头。显然,马克思对法律属性的认识正在沿着科学的轨道升华。

1843 年夏秋之际,马克思写出了《黑格尔法哲学批判》,第一次站在唯物主义立场上批判了黑格尔唯心主义法学观,指出市民社会是国家和法律的前提和基础。然而,市民社会内部存在的客观关系究竟是什么?对于当时还缺乏丰富经济知识的马克思来说,还有待于深入探究。1844 年初,《德法年鉴》在巴黎创刊,其中刊载了马克思的两篇文章,即《论犹太人问题》和《黑