

现代法理学

主编 郑成良

世界银行法律援助项目法学系列文库
· 基础理论系列 ·



吉林大学出版社

世界银行法律援助项目

法学系列文库·基础理论系列

现代法理学

主 编 郑成良

副主编 姚建宗

吉林大学出版社

世界银行法律援助项目
法学系列文库·基础理论系列
现代法理学

主 编 郑成良
副主编 姚建宗

责任编辑、责任校对：丛立新

封面设计：尹怀远

吉林大学出版社出版
(长春市解放大路 125 号)

吉林大学出版社发行
长春市东方印刷厂印刷

开本：850×1168 毫米 1/32

1999 年 5 月第 1 版

印张：13.25

1999 年 5 月第 1 次印刷

字数：340 千字

印数：0001 - 5000 册

ISBN 7-5601-2234-5/D·373

定价：18.00 元

《世界银行法律援助项目法学系列文库》

编 委 会

总 主 编 张文显

副总主编 郑成良 王 丽 刘世元 石少侠
吴振兴 霍存福(常务)

编 委 (以姓氏笔划为序)

马新彦	马新福	王 丽	韦经建
车丕照	石少侠	丛立新	刘世元
邱 本	李 洁	李贵方	吴振兴
陈福祥	张文显	郑成良	赵新华
徐卫东	崔卓兰	赖 宇	霍存福

基础理论系列主编 马新福

《现代法理学》撰稿人 (按各章顺序排列)

郑成良	张文显	祝雅莉	黄文艺
马新福	杨亚非	姚建宗	孙笑侠

目 录

导 论	1
一、法学的研究对象	1
二、法学的体系及法理学的地位	3
三、法学的历史	5
四、法学的研究方法	7
五、法律思维方式	10
六、法理学的理论体系	12

第一编 法的本体

第一章 法的概念	16
第一节 法的定义	16
第二节 法的本质	18
第三节 法的基本特征	24
第二章 法的要素(一)	30
第一节 法的要素释义	30
第二节 法律规则的概念及其逻辑结构	34
第三节 法律规则的分类	38
第三章 法的要素(二)	42
第一节 法律原则	42
第二节 法律的理想	46

第三节 法律中的概念与标准	50
第四章 法的形式	54
第一节 法的分类	54
第二节 法律渊源	56
第三节 法的规范化与系统化	61
第五章 法律效力	64
第一节 法律效力释义及其分类	64
第二节 法律效力的位阶	69
第三节 法律效力的范围	71
第六章 法律体系	75
第一节 法律体系与法律部门	75
第二节 当代中国的法律部门	82
第七章 权利与义务（一）	88
第一节 权利与义务的概念	88
第二节 权利与义务的分类	93
第三节 权利与义务的推定	97
第八章 权利与义务（二）	103
第一节 权利与义务的关系	103
第二节 权利与义务的一致性	106
第三节 人 权	110
第四节 权利与义务在法律中的地位	113
第九章 法律责任	115
第一节 法律责任释义	115
第二节 法律责任的形态	119
第三节 归责与免责	121
第四节 法律制裁	124
第十章 法律关系	128
第一节 法律关系释义	128
第二节 法律关系的主体与客体	132

第三节 法律事实	139
----------------	-----

第二编 法的作用与价值

第十一章 法的作用 (一)	142
第一节 法的作用释义	142
第二节 法的规范作用	146
第三节 私有制社会中法的社会作用	148
第十二章 法的作用 (二)	153
第一节 当代中国法的社会作用	153
第二节 法的作用的限度	162
第十三章 法律价值	165
第一节 法律价值释义	165
第二节 法律价值体系	169
第十四章 法与秩序	175
第一节 秩序的概念	175
第二节 法与秩序的维护	181
第十五章 法与自由	188
第一节 自由的概念	188
第二节 法与自由的保障	194
第十六章 法与正义	199
第一节 正义的概念	199
第二节 法与形式正义	205
第三节 法与实质正义	208
第十七章 法与效率	211
第一节 效率的概念	211
第二节 法与效率的增进	217

第三编 法的历史发展

第十八章 法的起源	221
第一节 原始社会的社会秩序	221
第二节 法产生的基本过程	223
第十九章 法的历史类型	230
第一节 法的历史类型释义	230
第二节 法的历史继承	232
第二十章 古代法律制度	240
第一节 奴隶制法律制度	240
第二节 封建制法律制度	244
第二十一章 近、现代法律制度	249
第一节 近、现代资本主义法律制度	249
第二节 当代中国社会主义法律制度	253
第二十二章 法 系	258
第一节 法系的概念	258
第二节 大陆法系与英美法系	260
第三节 西方两大法系的主要区别和发展趋势	262
第二十三章 法制现代化	264
第一节 法制现代化释义	264
第二节 法制改革	266
第三节 法律移植	270
第二十四章 法治国家	276
第一节 法治与法治国家	276
第二节 近代法治国家的形成	280
第三节 建设社会主义法治国家	284

第四编 法的运行

第二十五章	立法权与立法	289
第一节	立法权的性质与功能	289
第二节	立法指导思想与立法原则	293
第三节	立法体制、立法程序与立法技术	295
第二十六章	行政权与行政执法	302
第一节	行政权的性质与功能	302
第二节	行政执法的程序与原则	308
第二十七章	司法权与司法	314
第一节	司法权的性质与功能	314
第二节	司法的程序与原则	320
第二十八章	权利的行使与义务的履行	327
第一节	行使权利、履行义务释义	327
第二节	履行义务的动机和理由	330
第三节	行使权利、履行义务的条件	333
第二十九章	法制监督与法律实现	338
第一节	法制监督	338
第二节	法律实现	345
第三十章	法律解释与法律推理	350
第一节	法律解释一般原理	350
第二节	法律解释的原则与方法	354
第三节	法律推理	359

第五编 法与社会

第三十一章	法与经济	363
-------	------------	-----

第一节	法与生产关系	363
第二节	法与科技生产力	366
第三节	法与市场经济	370
第四节	法与经济体制改革	377
第三十二章	法与政治	380
第一节	法与政治权力	380
第二节	法与民主	384
第三节	法与党的政策	390
第四节	法与政治体制改革	393
第三十三章	法与公共道德	395
第一节	法律规范与道德规范	395
第二节	恶法非法与恶法亦法	397
第三节	法律调整与道德调整	399
第四节	法律与道德的相互作用	400
第三十四章	法与文化	403
第一节	法律文化	403
第二节	法律意识	407
第三节	法与精神文明建设	411
后 记		413

导 论

一、法学的研究对象

法学的研究对象是什么与法学是什么,是一个问题的不同提法。表面看这是一个再简单不过的问题。一个对法学不甚了解的人也会回答:法学是研究法律的科学。严格地说,这种认识虽然也算大体正确,但却算不上深入和精确。

要想深入和精确地了解法学及其研究对象,必须了解以下四个方面的问题。

第一,不同时代的人们对法学的对象有不同的认识。在中国古代,法学被称为“刑名法术之学”或“刑名之学”。刑名,指的是以刑法为主体的各种法律的用语和条文。法,指的是由国家制定的成文规则。术,指的是帝王统治术或权术。在西方,古罗马法学家曾把法学界定为“人和神的事务的概念,正义与非正义之学”。上述两种对法学对象的理解分别流行了千余年以上。而它们显然与现代人的认识存在差异。这种现象说明,法学的研究对象在不同时代和不同民族中并不完全一致。

第二,不同学派的法学家们对于法学对象也有不同的理解。古典自然法学派认为法学以正义为研究对象,该派鼻祖格劳秀斯曾把法学定义为“关于正义地生活的学问”。分析法学派则认为应当把正义问题从法学研究领域中去除出去,法学的对象只能是实在法,即由国家制定或认可的成文法和不成文法。社会法学派则强调法学不能只研究法律本身,还要研究法律与社会的相互作用。而统一法学派则主张把法律的价值、形式和事实统一起来研究,即把正义、实在法和社会事实联系起来研究。

第三,说法学是研究法律的科学,有可能对一些人产生误

导。他们可能会认为法律就是书本上写着的法律条文,研究法律就是研究这些条文。这种认识是不正确的。因为法学绝非只是研究法律条文本身,其实,法学家们经常是透过法律来研究社会的观念、制度和过程,同时,也透过社会的观念、制度和过程来研究法律。

第四,法学与法律科学之间的关系也颇为复杂。例如,说先秦的“刑名法术之学”是古代的法学,人们不会有异议,但称之为“法律科学”则有可能会引起争论;说“纳粹的法学”是可以的,说“纳粹的法律科学”则肯定会被批评为滥用科学的概念;另外,在现代法学界中,有些学者还坚持认为,只有祛除了价值判断的法学研究才是法律科学,而确定法律善恶优劣的研究则属于法律形而上学。之所以如此,是因为人们通常把科学理解为近代以来通过观察、实验和归纳等方法所发展起来的知识体系,它是实证性的研究而不是规定性的研究,尤其不能是邪恶地强制规定人们应当如何的理论。

在讨论了上述四个问题之后,我们可以把法学及其对象界定为:法学是围绕权利、义务及其界限而展开的研究活动以及由此所产生的知识体系。在此,为了有助于法学的初学者深入地理解问题,以下几点需要特加强调。

第一,法学的研究对象扼要地说就是法律现象。法律现象是社会现象的组成部分,说到底就是权利、义务现象,即凡是与法律意义上的权利、义务直接相联系的社会现象都属于法律现象。权利和义务的矛盾特殊性是法律现象与其他社会现象相区别的关键所在,同时,它们也构成了理解法律现象的逻辑线索,可以说,纷繁复杂的各种法律现象都是权利与义务这对矛盾的展开和表现。因而,法律问题,实质上也就是权利和义务问题。

第二,法学研究的根本任务就是明确权利和义务的界限,并努力使这种界限确定得与时代发展的趋势相一致,从而,通过法律来保障并推动社会的进步。人类几千年的法律实践表明,一

个社会越是能够使权利、义务及其界限充分地体现历史合理性,它就越能够健康、有效地发展;反之,则会步履维艰、停滞不前,甚至陷入危机。

第三,法律现象不仅包括法律的文本,也包括法律产生和运行的一切环节,而且,法律现象是用科学抽象方法所形成的概念,在现实生活中,法律现象与其他社会现象是交织在一起的。因此,绝对不能把法学简单地等同于法律文本学的研究,相反,法学研究的视野和领域是相当广阔的,它实质上是一种关于人和社会的研究,与其他人文学科和社会科学唯一不同的是,法学是从权利与义务这一视角来观察和研究人与社会的。

第四,法学既是一种研究活动,也是一种知识体系。当这种研究是以科学精神为指导,并遵循科学研究的程序和方法而展开时,它就属于社会科学的一部分,由此建立的知识体系就是法律科学。就此而论,在严格意义上,法学与法律科学并非等同概念。例如,古典自然法学在相当大的程度上不符合上述标准,因而,很难被视为法律科学。当然,它在历史上所起的巨大进步作用,也是不应因此而被否定的。

二、法学的体系及法理学的地位

(一)法学的体系

法学体系是由若干法学分支学科组成的法学知识系统。尽管法学的产生可以追溯到人类法律文明史的早期,但是,法学成为一个学科体系却是近代史上的事情。这是因为,法学体系的出现需依赖于两个前提条件。其一,法学本身成为独立学科。在古代社会,法学一直是哲学或神学的分支,故,当时只有哲学体系和神学体系,而谈不上法学体系。其二,法律部门的划分。当社会关系和社会交往形式日益复杂,不同的社会生活领域需要不同类型的且数量甚多的法律规范加以调整时,法律部门的划分才会成为可能,对不同法律部门中的不同性质的权利义务关系及其界限的研究,才会形成法学的不同分支学科。前述两

个条件都形成于近代,所以,法学体系是近代文明的产物。

法学体系包含哪些分支学科?这一问题因研究者们采用的分科标准不同而有不同的回答。不仅各国法学界其说不一,同一国家的不同法学家也互有分歧。不过,这种意见分歧主要是技术性的,而不是原则性的,其影响所及,大致局限于法学院的课程设置、图书分类和学术机构设立等范围,而不会影响到人们对法学、法律本身的理解。

在我国,法学体系大致包括以下二级分支学科:法学理论、法律史学、宪法学、行政法学、刑法学、民商法学、经济法学、劳动法学、环境与资源法学、军事法学和国际法学等。其中,每个二级学科还可以再细分为若干个三级学科。

此外,还有比较法学和边缘法学。比较法学是对本国法与外国法进行的比较研究,它既可以被视为一个单独的二级学科,也可以根据比较研究的对象而被列入法学理论、宪法、刑法、民商法等学科,如比较法理论可成为法学理论的一部分,比较刑法可成为刑法学的一部分,等等。边缘法学是法学与其他学科相结合而形成的学科,如法律社会学、法律心理学、法医学、刑事侦查学、司法精神病学等等。

(二)法理学的学科特点

法理学是法学理论学科的主体部份,它在法学体系中居于何种地位?要认识这一问题,就要了解法理学的学科特点。与其他法学分支学科相比,法理学的学科特点主要有三:

第一,法理学是法学的基础理论。基础一词,在此非程度性的概念而是功能性的概念。也就是说,基础理论不是指研究深度有限或理性抽象程度不高的常识性知识,恰恰相反,基础性指的是法理学特有的理论功能在于它提供哪些用以支撑整个法学体系和法律体系的基本理念。在社会的主导思想中,当这些基本理念发生变化时,其直接的后果便是法学体系乃至法律制度亦会发生相应变化。

第二,法理学是法学的一般理论。法理学不属于应用法学,而属于理论法学。它研究法律现象中的一般和普遍,而不是个别和特殊,即它关注法制宏观和整体的规律和机理,而不是某法典中某项具体规定。诚如英国法理学家哈特所言:法理学传播的不是知识而是思想。以当代中国法理学为例,它的学科使命不是传授具体的法律规范,而是弘扬其中所体现或应当体现的时代精神,从而帮助人们建立一种合乎时代进步趋势的法律观,有了这种法律观,才有可能正确地理解、评价和对待各种具体的法律原则和规则。

第三,法理学是法学的方法论。法理学是法律观和法学方法论的统一。它既是法学的一般理论和基础理论,提供一系列关于法律的基本的理论观点,又是法学方法论,提供一套观察和研究法律现象的基本方法。笛卡尔曾说过:关于方法的知识是最重要的知识。这句话同样适用于法学。对这一问题将在后面专门讨论,在此略过。

三、法学的历史

(一)西方法学的历史

西方法学萌发于古希腊。当时,所有的理论性知识都被视为哲学的一部分,因此,古希腊时期并无职业法学家群体和作为独立学科的法学。但是,古希腊哲人们的思考和讨论,却涉及了一些法学最基本的问题,如法律的性质、法与正义、实在法与自然法、人治与法治、法律与政治体制等等。他们在这些问题上阐发的思想,对后世的法学理论和法制实践一直发挥着重要影响。

在古罗马时期,法学一度成为独立的学科,出现了职业法学家群体。由于当时简单商品经济相当发达,调整商品经济关系的私法获得了长足的发展,而古罗马法学家对古罗马私法制度的贡献至为关键,以至于使古罗马法具备了某种超越地域和时代的价值,现代私法和民商法学仍可在古罗马私法和法学家作品中得到启示。

在中世纪,神学成为君临一切、包容一切的理论,法学失去了独立地位并沦为神学的附庸。在中世纪大部分时间内,神学化的法学成为一种纯粹的辩护性理论,为等级特权、教会权力和世俗王权提供理论支持。

在近代时期,西方法学再度繁荣起来,继承并发扬了古希腊、古罗马法学思想的古典自然法学说,日渐成为占主导地位的法学理论,并担负起批判和摧毁神权、专制王权和等级特权的革命任务。体现资本主义民主和法制理想的基本原则,诸如,法律面前人人平等、契约自由、私人财产不可侵犯、人权保护等等,均由古典自然法学派的学者予以理论论证,并经资产阶级革命而被上升为一系列法律原则和法律规则。不过,直到19世纪中叶,随着分析法学派和法学分科的出现,法学才最终取得了独立学科的地位。

在20世纪期间,由于制定法的日益繁荣和法律功能的扩展,法律部门及与之相应的部门法学也发展起来,法学成为一个容纳许多二级学科和三级学科的知识体系。在法学理论上,也出现了众多的流派,如,新自然法学、新分析法学、社会学法学、经济分析法学,等等。

(二)中国法学的历史

中国的法学思想萌发于夏、商、周时期。其间,夏与商所流传下来的法学思想较少,但是,在西周社会中,明德慎刑、礼主法辅的法学思想已经形成并制度化,这一理论对中国古代法学思想和法制实践影响至深。

春秋战国时期,是中国法学思想百家争鸣的繁荣时期,其间,尤以儒家、法家、墨家和道家的影响为巨,他们的法律观互有不同并相互竞争“话语霸权”,使得法学的思想市场生机盎然,新说迭出。就法学思想的深刻性和影响力而言,这是一个大家辈出的时代,许多思想巨匠都在世界法律文明史上留下了超越民族、超越时代的永恒印记。

秦汉至明清时期,在法学思想上,总的特征是因袭有余而创新不足。秦代按法家的理论建立了皇权专制制度,汉代则在“罢黜百家,独尊儒术”的纲领下,对孔孟儒学加以改造,形成了在制度上采法家皇权专制,在理论上突出儒家纲常名教的格局,直至明清,凡两千余年始终未有实质改变。由于政治专制、思想禁锢、舆论一律,学术自由不复存在,法学思想的繁荣也一去不返,其间尽管出现过“律学”短暂的兴盛,但是,总体而言,法律研究基本上被视为低级学问而难登大雅之堂。所谓的法律研究,也大体上局限于刀笔吏、刑名师爷和讼师这一群体之内,此种研究,只是经验层次上的研究,很难称得上是法学研究。

鸦片战争之后,中国发生了“数千年未有之大变局”,逐渐步入半封建半殖民地社会。此时,西方法学和法律传入中国,西方模式的法学教育随之引进,这标志着法学首次在中国成为独立学科。“五四”运动之后,马克思主义法学思想传入中国,由此,法学作为一门科学的历史才真正开始。

四、法学的研究方法

对于科学研究来说,用于研究的方法本身是否科学和正确,是决定研究活动成败的关键因素。因而,各学科都特别重视研究的方法和方法的研究。

法学研究方法的体系可分为两个基本层次或方面。第一个层次是法学方法论的原则,它构成了法学方法体系的理论基础,并对其他方法的适用发挥着整体性的导向功能。第二层次是研究的具体方法,它构成了法学体系的主干部分,在解决具体的法律问题方面发挥着广泛的作用。

对于以马克思主义为指导的法学研究而言,至少要坚持以下几条基本的方法论原则:

第一,实事求是的思想路线。“实事求是”是马克思主义思想路线的中国式表达。它是规定思维的根本出发点和总方向的方法论原则。中国现代法学发展和法制建设的历史证明,当遵