

大学生文化素质教育丛书

总主编 展涛

以法为本

法学的历史、现状与未来

刘保玉 主编



山东大学出版社
Shandong University Press

大学生文化素质教育丛书

以法为本

——法学的历史、现状与未来

主 编 刘保玉

副主编 范进学

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

以法为本:法学的历史、现状与未来/刘保玉主编.
—济南:山东大学出版社,2003.4
(大学生文化素质教育丛书)
ISBN 7-5607-2555-4

- I. 以…
- II. 刘…
- III. 法学-青年读物
- IV. D90-43

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 027094 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印刷

850×1168 毫米 1/32 11.5 印张 299 千字

2003 年 4 月第 1 版 2003 年 4 月第 1 次印刷

印数:1—3500 册

定价:17.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社发行部负责调换

序

21 世纪是一个充满机遇与挑战的时代，一个充满竞争的时代。随着市场经济和知识经济在全球范围的迅速发展，这种竞争将变得空前激烈。在这样一个全球化时代，中华民族能否实现伟大复兴，将取决于在激烈的国际竞争中是否立于不败之地。这种竞争无疑直接表现为经济实力的对比，但其背后却是人才的竞争、教育的竞争，归根到底则是民族综合素质的竞争。中华民族的复兴离不开实现现代化。现代化首先是人的现代化，而人的现代化的根本在于人的素质的现代化。因此，实现现代化，归根到底有赖于人的素质的极大提高。人的素质从广义上讲包括四个方面——思想道德素质、文化素质、专业素质、身心素质，其中思想道德素质是根本，专业素质是保证，而文化素质是基础。提高大学生的文化素质，也是教育模式转换和创新的迫切需要。它要求人们必须重建原有的人才观、教育观。培养全面发展的人，应成为新世纪大学教育的基本取向和价值追求。而

文化素质的陶冶和养成，则是培养全面发展的人的一个不可或缺、也不可替代的重要方面。

只有把大学生文化素质教育问题置于上述时代背景和战略高度来予以定位，才能够充分认识到它的重大历史意义和现实紧迫性。

科学素质和人文素质是人的文化素质的两个方面。作为两种精神和两种文化，“科学”和“人文”就像车之两轮、鸟之双翼，二者不可偏废，它们共同构成人的文化素质的基本内核。从“知识就是力量”，到“科学是知识形态的生产力”，再到“科学技术是第一生产力”，充分体现了科学在人类历史进程中的地位和作用的日益增强，同时也充分体现了人类对科学的历史作用认识的不断深化。科学不仅是越来越重要的生产力，而且是一种精神素质和文化观念，它构成人类掌握世界的基本方式之一。人作为价值存在物，在满足生存需要的前提下，还必须寻找安身立命之所和心灵的家園。作为人类掌握世界的价值的和审美的方式，人文精神构成人们的意义世界，它是满足人类心灵需求的最基本的途径。只有坚持科学精神与人文精神的有机统一，才能够塑造出健全的人格，建设全面协调发展的社会。

在新的历史时期，山东大学所确定的人才培养目标是，注重人的全面发展和竞争力的提高，即培养具有高度的社会责任心、过硬的社会竞争力乃至国际竞争力、个性与人格得到健全发展的高素质创新人才。我们要求自己的学生应该具备以下素质、品格和能力：具有良好

的人文素养、系统的科学思维训练、宽厚的专业基础知识；具有学习的能力、实践的能力、创新的能力；具有熟练运用计算机网络技术和外语的技能；具有团队精神、求真务实的精神、挑战极限的精神；要充满激情与梦想、正直与真诚、刚毅与执著，勇敢地承担起时代赋予青年学生的社会责任。在这个目标中，我们把学生的文化素质放在十分重要的位置。为此，我们特编写了这套“大学生文化素质教育丛书”。本“丛书”包括哲学、文学、历史学、经济学、管理学、法学、政治学、自然科学等学科，既涉及人文社会科学诸门类，也涉及自然科学领域，内容广泛。每个学科独立成书，按照该学科的起源、发展历程、分支及主要内容、未来走向等加以介绍和说明，力求给非专业的大学生读者一个准确而清晰的概念，使其尽可能全面地了解有关学科的发展脉络和精髓。在编写过程中，我们力求内容的准确与形式的活泼相统一。我们希望这套丛书不仅能够为读者提供必要的科学知识和人文知识，而且能够有助于激发读者对各个学科的广泛兴趣，进而在这种潜移默化的过程中得到精神享受和心灵的陶冶。当然，这项工程只是我们的一个初步尝试，由于经验和学识的局限，很可能存在这样那样的不足。衷心希望广大读者不吝指正，以利今后进一步完善。

是为序。

展 涛

2002年11月26日

《大学生文化素质教育丛书》编委会

主任委员 展 涛

副主任委员 李承俊

委 员 (以姓氏笔画为序)

于良春 马来平 王学典

王宪华 王韶兴 龙世立

刘保玉 何中华 徐向艺

谭好哲

总 策 划 徐向艺 姜 明

目 录

第一章 法与法律	(1)
一、法与法律的概念.....	(1)
二、法的起源与发展.....	(3)
三、法的本质与特征	(13)
四、法的功能与作用	(24)
第二章 法学与法学教育	(33)
一、法学的产生与发展	(33)
二、法学流派与法律思想	(38)
三、法学的基本范畴与理念	(44)
四、法学教育	(74)
第三章 法的要素与法的制定	(79)
一、法的要素	(79)
二、法的制定	(84)
三、法的效力	(91)
四、法律解释	(95)



第四章 法律的体系与分类	(103)
一、法律体系	(103)
二、法律部门的划分	(110)
三、我国的法律体系	(113)
四、法的分类	(117)
第五章 法学各部门 (上)	(120)
一、宪法	(120)
二、行政法	(142)
第六章 法学各部门 (中)	(160)
一、民法	(160)
二、商法	(199)
三、经济法	(222)
第七章 法学各部门 (下)	(240)
一、刑法	(240)
二、诉讼法	(276)
三、国际法	(295)
第八章 法治国家与法学的未来	(321)
一、法治的含义	(321)
二、法治的要件	(325)
三、依法治国, 建设社会主义法治国家	(338)
四、法学的未来	(349)
后 记	(357)

第一章 法与法律

一、法与法律的概念

中国古汉语中，“法”与“律”最初是分开用的。汉字“法”古体为“灋”，据我国历史上第一部字书，即东汉许慎著《说文解字》解释：“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”廌，是一种独角神兽，古书记载，一说像羊，一说像牛，一说像鹿，其说不一，它能区分是非，“性知有罪，有罪触，无罪则不触”^①。这说明三点：第一，在中国古代，法有公平之意，即所谓“从水”；第二，中国古代法有惩罚之意，即所谓“从去”；第三，中国古代的法有神明裁判的特点。汉字“律”，东汉许慎解释：“律，均布也。”清人段玉裁所作《说文解字注》说：“律者，所以范天下之不一而归于一，故曰，均布也。”所谓“均布”，是古代调音律的工具，把律解释为“均布”，说明律有规范人们行为的作用，是普遍的、人人遵守的规范。早在我国秦汉时期，汉字“法”与“律”就已同义。据《尔雅》记

^① 王充：《论衡》，上海人民出版社1974年版，第270页。

载：“法，常也；律，常也。”《唐律疏义》更明确指出：“法之与律，文虽有殊，其义一也。”并于当时有人将“法”、“律”两字连用，合为“法律”一词，如西汉晁错称：“今法律贱商人，商人已富贵矣；尊农夫，农夫已贫贱矣。”但总的来说，“法”与“律”是分开用的，尽管在中国历史上，“法”、“律”、“刑”有十分相近的含义。我国古代称法为刑，如夏之禹刑，商之汤刑，周之吕刑。至春秋战国时期，出现刑书、竹刑。魏相李悝，集诸国刑典，造《法经》六篇，改刑为法。商鞅变法，又改法为律，萧何继之作《九章律》。此后，除宋、元两朝，历代封建王朝一般把刑典称为律。一般认为把“法”和“律”连用作为独立合成词，是在清末民初由日本输入。

我国现代汉语中，“法律”有广、狭两义。广义的法律是指法的整体，泛指由国家制定或认可的、由国家强制力保证实施的、调整人们行为的规范的总称。包括宪法、法律（狭义）、规章、地方法规、条例等等。狭义的法律是指全国人民代表大会制定的基本法律和全国人民代表大会常务委员会制定的除基本法律以外的其他法律。一般来说，人们习惯于把广义的法律称为法，而把狭义的法律仍称为法律。近年来，我国有学者提出从“应然法”和“实然法”的角度来区分法和法律，法指“应然法”，即事物的客观规律和人类普遍的理性要求；法律则指“实然法”，即国家制定的具体的法律规则。西语中，欧洲大陆的各民族语言中都用两个词把“法”和“法律”分别加以表达。比如拉丁文的 *jus* 和 *lex*，法文中的 *droit* 和 *loi*，德文中的 *recht* 和 *gesetz*，意大利语中的 *diritto* 和 *legge*，西班牙语中的 *derecho* 和 *ley*，等等。但在英语中，只有一词即 *law*，但抽象的、广义的法律一般写作 *the law*，而具体的、狭义的法律则写作 *a law* 或 *laws*。

总之，仅从形式上理解，法应该是判断人们行为是非的一种标准，是人人皆要遵守的普遍规则。它应该具有公平、正义的价



值取向。法作为人类社会的特殊规范，有十分丰富的内在含义。

二、法的起源与发展

(一) 法的起源

法是人类社会发展到一定历史阶段的产物。原始氏族习惯是人类法的最初源头，原始社会通过以血缘为基础的氏族和氏族习惯来调整和控制人们的行为和社会关系。随着生产力的发展，私有制、阶级和国家的出现，法产生了。其产生的根源是：第一，经济根源。原始社会分为原始群和氏族公社两个时期。在原始社会的早期，生产力水平非常低下，生产工具极其简陋。到了原始社会的母系氏族末期，由于金属工具（青铜器、铁器）的制造和使用，引起了第一次社会大分工，出现了剩余产品和产品交换，在产品交换中，动产的私有化也相应出现，战俘不再吃掉或杀掉，转而成为家庭奴隶。随着手工业和农业的分工，人口的大大增加，奴隶劳动成为有利可图的事情，奴隶制开始形成，个体家庭开始出现并日渐代替氏族公社而成为基本经济单位，私有制正在形成。第三次社会大分工即商业的出现，以贸易为职业的商人阶级开始形成，金属货币、高利贷出现，财富集聚速度加快，贫富分化加剧，私有制、奴隶制和阶级分裂最终形成。原始的氏族习惯已经不能充分执行其作为社会调整手段的职能，而法作为新的社会调整手段就应运而生。第二，政治根源。在父系氏族社会的后期，随着私有财产关系的产生和部落之间战争的加剧，就使氏族内部开始出现本族人与外族人、穷人与富人、主人与奴隶、债权人与债务人等等多重身份等级的差别和矛盾，氏族成员原有的血缘亲属关系代之以奴役、剥削和压迫关系。随着这些关系和矛盾的发展，父系氏族公社渐渐解体，而形成以地域关系为基础



的农村公社，这意味着土地公有制向私有制的过渡，也意味着原始社会向阶级社会的过渡。按照马克思主义的理论解释，此时，社会上的集团已经不能依氏族组织来划分，而只能依阶级的利益来划分了。新的社会关系需要一个凌驾于社会之上的新的公共权力，这就是国家。在国家组织体系的完成中，开始以全社会的名义对原有氏族习惯加以取舍，认可那些与现行社会结构相一致的习惯，并创制一些新的规范来调整新的社会关系，同时用有组织的暴力保障这些社会规范的实施，就这样，国家和法律规范完全取代了氏族和氏族习惯，成为建立和维持秩序的手段。第三，社会文化根源。人类智力水平的提高和理性认知能力的增强使人们渐渐认识到主动选择和创造。艺术、文学、科学和哲学的产生和发展，丰富了人的精神世界，强化了人的自主意识。同时，语言的发达和文字的发明使人类能够用复杂而相对统一的表达方式来说描述、传达、记录和保存人定规则。此外，日益增加的治理水利、兴修道路之类的公共事务管理也需要一种公共的权威力量来组织。

法的产生经历了一个漫长的历史阶段，它的最终形成主要以下述现象为标志：①国家的产生。在原始社会中，人们在长期的共同生活中自然地形成了各种习惯规范，这种习惯规范存在于传统之中，既不是由某个专门从事管理的机构制定或认可，也不是靠有组织的暴力来保障实施。而法律调控需要一个专门机构以全社会代表的名义认可或制定权威性的行为规范，需要有一批被组织起来的官吏负责执行这些规范；为了保证这些规范不被蔑视，需要有组织的暴力对违反规范的行为进行制裁。而这些正是国家所具有的特点，没有此种公共权力的存在，法律既不可能被创制，也不可能被有效的实施。②诉讼与审判的出现。在原始社会中，没有诉讼与审判。氏族内部的纠纷由当事人自行解决，部落（由氏族或胞族组成）之间的纠纷则往往诉诸武力，以战争来解

决。而法律对社会关系和行为的调控,意味着当事人的“私力救济”被限制和“公力救济”的出现,否则任由当事人对侵犯权利的行为自行处置,便难以在利益冲突普遍化的状态下保持必要的秩序。这就要求由一个特定的机构来行使审判权,并通过一定的诉讼程序来处理纠纷。③权利与义务的分离。氏族习惯是每一位社会成员都能自觉遵行的行为标准。依习惯而行事,在一般情况下无所谓是行使权利还是履行义务。正如恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一书中所指出的,“在氏族制度内部,权利和义务之间还没有任何差别;参加公共事务,实行血亲复仇或为此接受赎罪,究竟是权利还是义务这种问题,对印地安人来说是不存在的;在印地安人看来,这种问题正如吃饭、睡觉、打猎究竟是权利还是义务一样荒谬”^①。而法律对行为的调整,须以权利和义务的分离为条件,因为,法律规范要对各种行为加以明确区分,规定出什么行为可以做,什么行为不可以做和什么行为必须做;而且要在各种法律关系中把相应的权利和义务分别明确地分配给不同的法律关系主体。在原始社会向奴隶社会的过渡中,出现了私有制,在利益(权利)和负担(义务)的分配上出现了不平等,在行使权利和履行义务上出现了明显的差别。权利和义务出现了分离。

当上述三个标志完全具备之时,法律起源的过程基本完成。此时,一种与国家组织体系相匹配的法律规范体系便告形成。这种新型的社会规范体系与原有的氏族习惯有着根本的不同。第一,两者体现的意志不同。氏族习惯反映氏族全体成员在利益高度一致基础上的共同意志。法体现的是统治阶级的意志。第二,两者产生的方式不同。氏族习惯一般自发形成,而法是由国家制定或认可。第三,两者的实施方式不同。氏族习惯是每个氏族成

① 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第155页。



员的行为习惯，它依靠人们的自觉、舆论和氏族首领的威望来保障实施。而法则以国家强制力为后盾。第四，两者的适用范围不同。氏族习惯适用于具有血缘和亲属关系的同一氏族或部落。而法则适用于国家主权所及全部领域。第五，两者所反映的内容不同。氏族习惯反映原始社会公有制下的全体氏族成员的共同要求，而法反映阶级社会的经济、政治和文化关系。

所以，法产生的一般规律大致如下：

1. 法的产生是一个长期的、渐进的过程。法的产生是适应生产力的发展要求，在由原始社会向奴隶社会的演进中产生的，它经历了萌芽期、雏形期、形成期三个时期漫长的过程。

2. 法的产生是一个由个别调整到规范调整、由习惯到习惯法再到成文法的过程。在法的萌芽之初，对行为的调整是针对个别行为采取的，此时还无所谓规范。当个别调整确定的诸多规则渐渐发展成为经常的、反复适用的，不只是针对个别行为而是同一类的普遍行为的习惯时，便形成了规范调整，如复仇。随着国家的形成和发展，开始由国家机关认可一些习惯，从而使其成为习惯法，从而使法律调整从一般的规范调整中分离出来。随着社会的不断进步，开始了广泛的国家立法，当然其中也有认可的习惯法以文字的形式固定下来。

3. 法律、道德、宗教等社会规范从混沌一体逐渐分化为各自相对独立的规范系统。法从氏族习惯中孕育，而氏族习惯融原始的道德、宗教等多种社会规范于一体，它们之间没有明确的界限。法的形成过程实际上就是日益脱离道德和宗教规范而成为相对独立的社会规范体系的过程。但这一分离从来不可能达到完全和纯粹的状态。

4. 法与国家相伴产生。当氏族习惯演化为法并不断完善时，氏族组织也演化成为国家并不断发展，并呈现出不同的政体形式（民主制、君主制等）。

（二）法的发展

法的发展具有十分丰富的内涵。它是法的非本质的小范围、小规模改良和进步，它也是法的历史类型的更替，即本质的发展进步。它也可以指法纯粹在时间上的演进。它还可以指法的精神、原则及法的本位的演变。总之，法的发展是指法从低级到高级、从简单到复杂、从落后到先进、从专制到民主、从野蛮到文明的进步过程和趋势。

法的发展受各方面的因素的影响和制约。首先，它受经济基础的决定性影响，包括生产力和生产方式。法不仅随社会生产关系和经济基础的根本变革而发生质的变化，而且即使是生产关系和经济基础的部分变化，也必然会引起法的量的变化，如对法的修改和补充。其次，法的发展也受文化因素的影响。法不是孤立存在的，它与每一地域、国家和民族的文化息息相关，那些在民众生活实践中生成和流行的观念和意识，作为具有生命力的文化因素，对于任何时代的法律制度的变迁都会产生深刻的影响。最后，法与政治密切关联。法的变迁受制于政治制度的变迁和一定政治关系的状况，法的历史类型的更替就是政治变革或社会革命的结果。

1. 法的历史类型

（1）古代奴隶制法。奴隶制法是人类历史上最早的剥削阶级类型的法，具有如下特征：第一，否认奴隶劳动者的法律人格，公开确认对奴隶的人身占有；第二，处罚方式极其残酷，带有任意性；第三，在自由民内部实行等级划分；第四，明显带有原始习惯的某些残余。

（2）古代封建制法。大多数封建制法是在奴隶制崩溃之后建立起来的。由于不同社会中的封建制法在形成之初的历史背景有较大差异，它们发展的条件和道路也有较大差异。概括起来说，



封建制法有四个重要特征：肯定人身依附关系；封建等级森严；维护专制王权；刑罚严酷，野蛮擅断。其中，第一、二个特征在西欧封建制法中比较典型，第三个特征在东方封建制法中比较典型，第四个特征是一切封建制法的共同特征，但表现形式也略有不同。

(3) 近现代资本主义法。资本主义法属于剥削阶级类型的法，但它是在资本主义的市场经济和民主政治条件下存在和运行的，所以，它又是近现代法律文明的一种形态，其奉行的许多原则也不同于古代法。资本主义法的一个总特征就是根据资本主义市场经济和民主政治的本质要求，建立了资本主义的法治国家。这一特征集中体现在：第一，确立私有财产神圣不可侵犯原则。这一原则在近代资本主义法中具体表现为一种绝对的所有权，以至于引发了一系列的社会矛盾。到20世纪初，所有权的滥用受到限制，这是现代资本主义法区别于近代资本主义法的重要标志。第二，契约自由原则。近代资本主义法中的契约自由原则是以绝对的、极端的形式表现的，国家和法律对契约关系的形成持放任的态度，由此引发的许多社会矛盾和反道德行为使原有的启蒙思想受到全面破坏。从20世纪初，契约自由也受到法律的一定限制，绝对契约自由转向相对契约自由，这也是现代资本主义法和近代资本主义法的重要区别。第三，法律面前人人平等原则。在近代资本主义法中，这一原则并没有全面实施，如对选举权和被选举权这一重要政治权利加以财产资格限制，经过工人阶级及各界民主力量的努力，至20世纪后期，各种不平等规定逐步被取消。总的来说，在现代资本主义法中资产阶级民主和法制得到了空前的发展。

(4) 现代社会主义法。1917年俄国十月革命建立了苏维埃政权，并相继颁布了一系列法律法令，由此出现了历史上新的类型的法——社会主义法。中国社会主义类型法的出现，是以革命