

Shanghai RenMin ChuBanShe

法理学 研究

法理学的创新 ● 法的概念面面观 ● 评维辛斯基关于法的定义 ● “法制”、“法治”、“人治”三词的词义分析 ● 法律和利益 ● 法律和正义 ● 法律关系问题的重新思考 ● 中国社会主义法的本质 ● 中国传统法律文化和社会主义现代化 ● 法律内部结构的完善 ● 法律规范的概念 ● 法律解释的理论和实践 ● 判例的应用和审思 ● 法律的实行 ● 法律社会学的几个基本理论问题 ● 法律实施的阻力和对策 ● 法律监督的几个理论问题 ● 法律推理 ● “合理”和“合法”的矛盾

沈宗灵主编 ● 上海人民出版社

FALIXUE YANJIU

ShenZongLingZhuBian

全国哲学社会科学“七五”规划重点项目之一
(受国家社会科学基金资助)

法 理 学 研 究

沈 宗 灵 主 编

上海人民出版社

责任编辑 曹剑英
封面装帧 杨德鸿

法 理 学 研 究

沈宗灵 主编

上海人民出版社出版、发行

(上海绍兴路54号)

新华书店上海发行所经销 上海长鹰印刷厂印刷

开本 850×1156 1/32 印张 12.25 插页 4 字数 278,000
1990年11月第1版 1990年11月第1次印刷
印数 1—2000(内精装 500)

ISBN7—208—00974—O/D·183

平装定价 7.05 元 精装定价 13.35 元

本书作者

(以姓氏笔划为序)

- 孔小红 (第十四、十五章)
邓伟平 (第二十三章)
巩献田 (第六章)
朱华泽、刘升平 (第八章)
季卫东 (第二十四章)
沈宗灵 (第一、二、三、四、九、十七、十八、二十二章)
张志铭 (第七章)
张农基 (第十六章)
张 骐 (第十九章)
周旺生 (第十一、十二章)
罗玉中 (第十三、二十一章)
段秋兰 (第十章)
徐蔡燎 (第五章)
蔡定剑 (第二十章)

前 言

《法理学研究》一书是全国哲学社会科学“七五”规划中法学重点科研项目之一的最后成果。这一项目的负责人是北京大学法律系教授沈宗灵，作者是该系法理学课程的部分教员以及曾在该系攻读并获得法学硕士、博士学位的研究生。

这一科研项目于1987年初开始进行，同年9月至1988年7月期间，由部分作者对各章大纲进行讨论；部分作者外出调查，参加有关学术会议，收集八十年代国内外法理学的发展动向。全书于1988年底1989年初由主编统稿，同时约请北京大学法律系教授陈守一，中国法学会前研究部主任、现任《中国法学》副主编郭道晖，中国社会科学院法学研究所研究员、《法学研究》主编李步云作为本书评议人。

本书审稿会议于1989年4月23日在北京大学举行。除在校作者外，邀请三位评议人、上海人民出版社编辑曹剑英、国家社会科学基金会刘白驹等人参加会议。评议人和其他参加会议人一致认为这一项目已基本达到原计划要求，建议作必要修改后出版。会后由有关作者进行修改，最后由主编再次统稿，于1989年12月定稿。

这一课题计划中规定，课题的基本要求是：“坚持四项基本原则，贯彻理论与实践联系原则，要求有所创新，能为我国社会主义法制建设的基本理论作进一步研究，对五十年代以来的法学理论进行某些改革。

从上述要求来看,本书各章内容大体上包括两种情况:一种是我国法理学论著中从未或基本上未研究过的问题;另一种是过去虽有研究但仍需进一步研究的问题。在过去已有较多研究或基本上已明确的问题,一般不再列入。当然,列入的选题也仅仅是目前在我们看来属于比较重要的少数问题,而且象其他学科一样,法理学的创新也是一个不断发展的过程。随着法制建设实践的发展和人们认识水平的提高,需要创新的课题将不断涌现。此外,尽管本书作者以创新作为自己撰写的努力方向,但这种努力能否符合要求或能在什么程度上符合,都要由社会实践来检验。

本书是一本专著,从本书目录中可以看出,各章是有内在联系的。全书共有二十四章,大体上包括了以下几方面内容:第一章带有总论性,第二至第七章主要论述法的一般理论,第八至第十章主要论述中国社会主义法的一般理论问题,第十一至第十六章主要论述中国立法方面问题,第十七至第二十四章主要论述中国执法方面问题。本书涉及的这些理论问题大都为法理学中带根本性的基本理论问题,对进一步研究法理学和社会主义法制基本理论有一定的参考价值。

谨向国家社会科学基金会、上海人民出版社、本书三位评议人对本书的支持表示诚挚的谢意。谨请本书读者批评、指正。

作 者

1990年5月

目 录

前 言	1
第 一 章 法理学的创新	1
第 二 章 法的概念面面观	19
第 三 章 评维辛斯基关于法的定义	36
第 四 章 “法制”、“法治”、“人治”三词的词义分析	43
第 五 章 法律和利益	58
第 六 章 法律和正义	68
第 七 章 法律关系问题的重新思考	84
第 八 章 中国社会主义法的本质	105
第 九 章 中国社会主义法的作用	119
第 十 章 中国传统法律文化和社会主义现代化	132
第十一章 立法体制的探讨	153
第十二章 法律内部结构的完善	176
第十三章 法律规范的概念	195
第十四章 法律解释的理论和实践	221
第十五章 判例的应用和审思	233
第十六章 国家行政机关决策民主化、 科学化的法制保障	245
第十七章 法律的实行	259
第十八章 法律社会学的几个基本理论问题	272
第十九章 法律实施的阻力和对策	284

第 二 十 章	法律监督的几个理论问题·····	299
第二十一章	法律监督体系的完善·····	316
第二十二章	法律推理·····	337
第二十三章	“合理”和“合法”的矛盾·····	350
第二十四章	法制和调解关系的理论探讨·····	368

第一章 法理学的创新

法理学,法学基础理论的简称,是我国法学的一门基础理论学科和高等法律院系的一门基础课程。它研究一般法律,特别是我国社会主义法律或法制的基本概念、规律和原理。

本章试图探讨有关法理学创新的几个问题。

(一) 法理学近十年来的变化

为了说明我国法理学近十年来的变化,我们先对这一学科的历史作一简单的回顾。

在1949年新中国建立以前,一般地说,法学在我国社会上不受重视,法理学尤其不受重视。当时在高等法律院系中,一般设有“法理学”或“法学通论”之类课程(多半是选修)。法理学主要介绍西方古代至现代一些重要思想家、法学家的法律学说,法学通论的内容主要是西方法理学中关于法律性质、作用,法律与国家、道德的关系,法律的渊源、分类、效力、解释、适用、权利和义务,以及有关宪法、民法、刑法、诉讼法方面的基本概念和原理。

1949年解放后,特别是1952年院系调整后,高等法律院系的基础理论课程依照苏联模式,改为“国家和法律理论”(一译“国家和法权理论”或“国家和法的理论”),基本上使用苏联在四十、五十年代出版的同名教材。它的内容和体系大体上包括以下六个部分:(1)导论,一般论述国家和法律理论研究的对

象、方法和课程体系等。(2)关于国家和法律的一般理论,如国家和法律的起源、本质;国家职能、形式、机构、法律渊源等。(3)关于奴隶制、封建制和资本主义三种剥削阶级类型国家和法律的理论。(4)关于社会主义类型国家的理论,如社会主义国家的产生和无产阶级革命,社会主义国家的本质、职能、形式、机构等。(5)关于社会主义法律的一般理论,如社会主义法律的产生、本质,法律规范、渊源、适用,法制和法律秩序,法律关系、法律和法律意识、共产主义道德的关系,法律体系等。(6)共产主义社会和国家、法律的消亡。

在这六个部分中,以第(4)(5)部分,即社会主义类型国家和法律,占主要地位。同时,这里所讲的社会主义类型国家和法律,主要指苏联的国家和法律,仅在个别章节,也附带讲到欧亚人民民主国家和法律。五十年代我国法律院系使用这些教材时,在其内容和体系的基础上,日益补充了我国人民民主专政和法制的理论和实例。

自五十年代后期直到“文化大革命”开始前,由于当时政治形势的变化,苏联教材已不再被采用而改用各单位依照苏联教材模式自编的讲义,但其内容已愈来愈多地讲授专政、阶级斗争、暴力革命等问题,法律部分日益收缩。十年动乱时期,随着法律院系基本上被取消,法理学学科即使在形式上也趋于消失。

自1978年底中共十一届三中全会以来的十年中,总的来说,我国法理学也有了重大变化,在某些方面,已开始有所创新。这里讲的变化并不是指发表了多少论文、著作,编写了多少教材,培养了多少研究生或召开了多少学术会议等,而是指思想理论上的变化,这种变化主要表现在以下三个方面。

第一,推动法学成为一门独立的学科。

我国自五十年代初以来,按照苏联模式,将法学的基础理论

称为“国家和法律理论”。这实质上是使法学与国家学或政治学合二为一，法学不成其为真正独立的学科。在中世纪，西方哲学、政治学和法学等成为神学的附庸。在十七、十八世纪，它们在不同程度上摆脱了神学的桎梏，但那时，法学还未成为一门独立的学科。一方面，政治学或法学仿佛又成为哲学的一个分支；另一方面，法学和政治学又密切结合在一起。直到十九世纪，随着资产阶级统治的逐步确立，立法的广泛发展，法学才逐步与哲学和政治学相分离，成为一门真正独立的学科。

北京大学法律系法学理论教研室集体编写，由陈守一、张宏生主编的《法学基础理论》于1981年出版；1982年司法部法学教材编辑部组织集体编写，由孙国华、沈宗灵分任正副主编的，供全国高等法律院系选用或参考的理论教材也称为《法学基础理论》（1982年出版）。自此以后，法学的理论学科或基础课程的名称开始普遍改为“法学基础理论”。这里应注意的是这一改变主要是由两个客观条件造成的。一个是中共十一届三中全会作出了健全民主和法制的重大决策，从而为加强法学提供了必要性和可能性。另一个是当时恢复了政治学在社会科学中的地位从而进一步明确国家学说主要属于政治学研究的范围。当然，这一改变也离不开广大法学工作者的努力。他们在开始几年中曾就法学研究对象问题展开广泛的讨论，有时是激烈的争论。在讨论过程中，绝大多数人认为，法学研究的对象是法律而不是国家和法律二者，更不能说主要是国家，国家和法律是密切联系的，因此政治学和法学都应研究国家和法律的关系，但它们研究的角度、广度、深度和比重各有不同。

由“法学基础理论”代替“国家和法律理论”，并不仅仅是名称上的改变，也不意味“法学基础理论”是法学理论学科与基础课程的最理想的名称。这一改变实质上体现了学科内容、体系的

重大改变以及对法学本身应有真正独立地位这种观念的确认。

第二，走向以研究中国社会主义法律为主的法理学。

十年前，法学的基础理论不仅称“国家和法律理论”，即以国家和法律二者作为研究对象（甚至以国家作为主要研究对象），同时还强调以研究一般的国家和法律，特别是以苏联为代表的般的社会主义国家和法律，即社会主义类型的国家和法律为主。到五十年代后期，虽然苏联的“国家和法律理论”也成了被“批判”的对象（主要是批判“和平过渡”、“全民国家”、“全民法”等观点），但就法学研究的对象而言，仍强调研究一般的国家和法律，特别是社会主义类型的国家和法律，也就是说它研究适用于一切社会的国家和法律或适用于一切社会主义社会的国家和法律的基本理论。在这种思想支配下，人们往往自觉或不自觉地满足于以往教材或经典著作中的一般的、抽象的概念和原理，而不认真地、深入地探讨我国法制建设的实践。与此同时，人们也往往错误地将我国社会主义法律当作是社会主义法律的唯一代表。

社会主义法律或法制是我国社会主义上层建筑的一个重要组成部分，是为我国社会主义现代化事业服务的。因此，无论是我国社会主义法律和法制，还是以这种法律和法制为主要研究对象的马克思主义法学，都应具有中国的特色。具有中国特色的马克思主义法学无疑应研究对一切社会的法律或一切社会主义社会法律普遍适用的基本理论，但作为一个整体来说，我国法理学的立足点、中心和归宿应是中国社会主义法律、法制的基本理论。^①

① 《法学基础理论（新编本）》，北京大学出版社1984年版，第8、14页。《法学基础理论》（高等学校文科教材之一），北京大学出版社1988年版，第11—12、21页。

第三，促进有关法律的一些基本观念的改变。

(1) 关于法律在社会生活中的地位。自五十年代后期起，随着“左”的指导思想的抬头，法律在社会生活以及人们观念中的地位日益下降。当时在法学论著中，也讲到法律的重要意义，但事实上只是空洞的表白而已。十年动乱时期，法律本身仿佛也成了革命的对象。近十年中，尽管法律不受重视的现象还相当严重，但总的来说，与十年前相比，法律在社会生活中地位的变化，是十年来我国社会中一个极为突出的现象。从党和国家的指导思想上讲，“一手抓建设，一手抓法制”的号召，已将法律的重要性提到前所未有的高度。与此相应，我国的法理学，围绕法制和社会主义现代化、安定团结、经济体制改革、社会主义商品经济、政治体制改革、民主建设、精神文明建设、对外开放等各个方面的关系，对法律和法制在社会生活中的重要地位，作了较系统的论述。在论述法律重要性，反对“法律无用论”的错误思想的同时，有的法理学论著也指出了应防止和反对“法律万能论”的错误思想。

(2) 关于法律的作用或功能。长期以来，在“以阶级斗争为纲”这种错误观点的支配下，法学中也盛行过法律的作用主要是、甚至仅仅是阶级斗争工具的观点。中共十一届三中全会后，这种观点在法理学中迅速被抛弃。就我国而论，人们普遍认为，法律的社会作用极为广泛，在社会、政治、经济、文化等各个领域中都具有重要作用。即便以政治领域而论，法律的作用也不限于阶级斗争和对敌专政，它还要维护和促进社会秩序、民主建设、政治体制改革以及保护公民的基本权利等等。在上述认识的基础上，我国的法理学论著中也论证了以下一些关于法律作用的基本观念，如法律不仅设定义务、责任，也授予权利、权力；不仅防止和制裁公民滥用权利的行为，也防止和制裁国家机关

或国家公职人员滥用权力的行为；不仅有消极地保护人们合法行为或制裁人们违法行为的作用，还有积极地指引、鼓励和教育人们正确行为的作用，等等。

(3) 关于我国法律的本质。长期以来，法理学中盛行的一个观点是：法律的本质首先在于它是统治阶级意志的体现。随着“以阶级斗争为纲”这一公式的消失，在法理学面前也就提出了一个尖锐的问题：在我国，剥削阶级作为一个阶级已被消灭，“法律代表统治阶级的意志”这一命题对我国社会主义法律是否仍适用？尽管对法的概念这一问题在我国法理学界至今还存在着很多分歧，但通过近年来的反复讨论，大多数人都倾向于上述命题已不适用于我国社会主义法律。我国社会主义法律代表工人阶级领导下的广大人民意志，服务于社会主义现代化建设事业。它对敌视社会主义事业的分子、反社会分子是专政的工具，但不能说人民就是统治阶级，也不能说我国的法律主要是实现阶级统治的工具。

(4) 关于民主和法制、法治和人治的问题。在以往的法学历论著中，经常讲法律与国家、专政的关系，却很少论述法律与民主的关系。“法治”一词，在建国初期报刊上还偶然提到，以后就长期消失。法治与人治的关系问题在十年以前也几乎从未公开讨论过，仿佛这一问题在中国仅是古代思想家的争论。中共十一届三中全会提出，“为了保障人民民主，必须加强社会主义法制，使民主制度化、法律化。”^①接着在党的历史问题的决议中进一步分析了导致十年动乱的一个重要原因是不重视民主、法制建设。^②自此以后，民主与法制不可分就成为我国法理学中一

① 《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》，人民出版社1978年版，第12页。

② 《中共中央关于建国以来党的若干历史问题的决议》，人民出版社1981年版，第33页。

个牢固的观点。法理学界还对法治与人治的问题展开了广泛的讨论。目前较普遍的观点是：民主是法制的前提，法制是民主的保障，即法制既是对正当行使权利或权力的保护，又是对滥用权利或权力的制约。二者相互依存。就“依法办事”这一意义上讲，“法制”与“法治”二词是同义的。“法治”指“以法治国”，因为法代表公意，体现民主；“人治”指国家大事由个别领导人独断地加以决定，代表专制。因此，要反对“以言代法”、“权大于法”。

(5) 关于党的政策和国家的法律、党和法律之间关系的问题。从法理学的历史来看，这—问题是社会主义国家特有的问题。社会主义国家是由共产党领导的，但党的领导主要是政治领导。在我国，由于长期存在“党政不分”、“以党代政”的重大缺陷，因而在政法工作和法理学中也始终有如何正确认识党的政策和国家的法律以及党和法律之间的关系问题。在法理学论著中，对这些问题的认识尽管还有不同的理解，但大体上还是一致的。在最新出版的《法学基础理论》教材中关于这些问题的主要论点是：在我国，党的政策同国家法律既有本质上的一致性，又各有不同特点，二者关系极为密切。党的政策对法律有指导作用，同时法律又对政策有制约作用。党必须在法律范围内活动。因此，不能将二者对立起来，分裂开来，也不能将二者等同起来。^①

(6) 关于现代资本主义国家的法制问题。以往法学理论中的观点是：在进入帝国主义阶段后，资本主义国家的普遍规律是从民主走向反动，资本主义法制趋于破产。中共十一届三中全

① 《法学基础理论》（全国高等教育自学考试教材之一），北京大学出版社1988年版，第212—213页。

会后，我国法理学论著中关于这一问题的基本观点是：根据客观事实，在第二次世界大战结束以前，个别资本主义国家建立了法西斯专政，法制趋于破产，但在大多数资本主义国家，仍实行代议制民主和法制。战后，由于各种原因，资本主义国家的统治总的来说还是比较稳定的，资本主义民主和法制也有不同程度的发展。

(7) 关于法律、法学的历史继承性问题。1957年“反右”前夕，中国法学界曾就不同社会制度的法律是否有历史继承性问题展开广泛讨论。有些人主张资本主义法律或法学，作为一种文化遗产可以由社会主义法律、法学批判继承。反右斗争开始后，这些人的观点就成为政治批判的对象。事实上，自1949年以来，我国法学界对西方国家或我国历史上的法律、法学一般是采取全盘否定态度的。在粉碎“四人帮”后不久，法学界又再次进行关于法律继承性问题的讨论。绝大多数人都反对以往关于这一问题上的简单化观点，而主张我们应研究古今中外一切法律和法学，批判地继承、借鉴对我们有用的知识和思想，做到古为今用，洋为中用。

十年来，法理学的重大变化也体现在对其他一些重要理论问题的探讨，进一步丰富了法理学的内容。这些问题主要有：①马克思主义基本原理和法学；②马克思、恩格斯、列宁的法律思想（包括马克思的早期法律思想）；③毛泽东、邓小平的法律思想；④系统论在法学中的应用；⑤无阶级社会是否有法律？⑥法律的阶级性和社会性；⑦法律文化，特别是中西法律文化的对比，中国传统法律文化对社会主义现代化的影响；⑧法学的基本范畴（主要指权利）；⑨我国社会主义立法上的平等；⑩法律和科学技术；⑪法律和商品经济；⑫法律和改革；⑬法律和精神文明建设；⑭社会主义初级阶段法制的特征；⑮法律体系和法学

体系；⑩立法的超前作用；⑪判例在法律发展中的作用；⑫立法体制；⑬法制的协调发展；⑭对法律实施的监督；⑮法学特别是法理学本身的创新(更新、改革)等等。

此外，与法理学密切联系的一些分支学科，如现代西方法律哲学、法律社会学、立法学、苏联法学理论和比较法学，在这十年中也获得不同程度的发展。

这里应指出的是，我国法理学工作者主要指各高等法律院系和法学研究机构中从事法理学教学和科研工作以及有关国家机关和法学报刊出版单位从事法理学研究的人，约有几百人之多(大部分集中在北京、上海等大城市中)。以上所讲的十年来的变化，凡涉及新观点的提出和讨论研究，大部分是由这些法理学工作者主动进行的，但其中也有一部分，特别是一些很重要的观点和问题，一般是在党和国家的文件或个别国家领导人的讲话中首先提出的。例如：民主和法制不可分，民主必须制度化、法律化；一手抓建设，一手抓法制；法制建设必须贯串于改革的全过程；党必须在宪法和法律范围内活动，等等。法理学工作者的贡献主要在于阐述这些观点和问题。

(二) 法理学创新的迫切性和艰巨性

我国法理学在近十年中有重大变化，在某些方面已开始有所创新。但另一方面，我们应着重指出，我国法理学当前以至今后一个相当长的时期内面临的一个重要问题是，对这一学科进行创新的迫切性和艰巨性。

任何学科的生命都在于不断地创新，但法理学所需要创新并不是指一般意义上的，而是有一种特殊意义上的迫切性，即尽管它在近十年中已有了重大变化，但还没有摆脱长期来的落后