

中央民族大学“211”“985”工程项目

docriver.com
商家本本店

法学

F A X U E D

导论

A O L U N

主编 张杰
副主编 阿依古丽



知识产权出版社
INTELLECTUAL PROPERTY PUBLISHING HOUSE

法学 导论

F
A
X
U
E
D
A
O
L
U
N



上架建议：法律类

ISBN 978-7-5130-0099-4



9 787513 000994 >

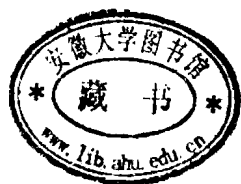
ISBN 978-7-5130-0099-4 / D · 1041

(3049) 定价：42.00元

责任编辑 / 宋云 封面设计 / 麦莫瑞文化

法学导论

主 编 张杰
副主编 阿依古丽



知识产权出版社

内容提要

本书是专门针对法学专业学生编写的一本法学入门教材。全书分为十四章。第一章绪论,介绍法学、法学思维与法学方法等基本概念;第二章至第七章分别论述了法的概念和法的分类、法的要素、法与其他社会规范的关系、法的作用、法律渊源、法律效力等基本理论;第八章论述了当代世界两大法系的主要传统和特征;第九章和第十章重点论述当代中国的法律体系及主要的法律部门的概念、特点及其构成;第十一章与第十二章涉及法律关系和法律责任的理论;第十三章和第十四章分别围绕法的运行和法律职业展开。

责任编辑:宋云

图书在版编目(CIP)数据

法学导论/张杰,阿依古丽主编. —北京:知识产权出版社,2010.8
ISBN 978-7-5130-0099-4

I. ①法… II. ①张…②阿… III. ①法学—高等学校—教材 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第137409号

法学导论

主编 张杰 副主编 阿依古丽

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.cnipr.com>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责任编辑: 010-82000860 转 8324

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 720mm×960mm 1/16

版 次: 2010年8月第1版

字 数: 385千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860 转 8240

责编邮箱: hmsongyun@163.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 22.25

印 次: 2010年8月第1次印刷

定 价: 42.00元

ISBN 978-7-5130-0099-4/D·1041 (3049)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

《法学导论》教材是中央民族大学“211工程”三期建设项目之一，供普通高等学校法学专业本科使用。同时，这本教材是专门针对法学专业大学一年级学生编写的一本法学入门教材。希冀该书可以成为他们步入法学殿堂的入门阶梯。同时，本书也可以为他们今后进一步学习部门法学的相关课程打下一定的知识基础。此外，该教材又和在法学高年级开设的法理学课程的内容相呼应，以求做到由浅入深、循序渐进、融会贯通。

全书分为十四章。第一章绪论，介绍法学、法学思维与法学方法等基本概念；第二章至第七章分别论述了法的概念和法的分类、法的要素、法与其他社会规范的关系、法的作用、法律渊源、法律效力等基本理论；第八章论述了当代世界两大法系的主要传统和特征；第九章和第十章重点论述当代中国的法律体系及主要的法律部门的概念、特点及其构成；第十一章与第十二章涉及法律关系和法律责任的理论；第十三章和第十四章分别围绕法的运行和法律职业展开。这十四章的内容既包括对法学和法律发展脉络的概述，也有关于实体法的具体理论阐述。同时，笔者也考虑到法学专业大学一年级学生以及法律爱好者初涉法学的客观情况，在帮助他们获得相关法学基础知识的同时，适当地增加了对主要的法律部门的介绍，这使得本书具有不同于其他法学导论教材或者法学通论教材的一个显著特点。此外，本书结合目前我国所进行的统一司法考试的要求，在注重提供理论知识的同时，精选典型案例和相关思考题来帮助读者加深对基本理论的理解和运用。总之，努力做到使教材无论是在内容还是在体例上，都能更适合法学一年级的学生以及其他法学初学者学习之用。简而言之，就是在内容编写上尽可能地删繁就简，侧重基本概念、问题和知识的辨析、梳理和阐释，并提供给读者更多的思考空间。

全书由张杰、阿依古丽共同审查定稿。本书在编写的过程中，参考了大量的相关资料和文献论著，在此，向原作者表示感谢！感谢中央民族大学法学院2010届毕业生姜蓉、周玫岑、翁晔同学，他们在临近毕业繁忙之

际，参与了本书稿的校对工作。感谢知识产权出版社的宋云编辑，如果没有她的辛苦工作，本书是无法按时出版的。由于理论水平有限，错误和不当之处在所难免，恳请读者批评指正。

编者

目 录

第一章 绪 论	(1)
第一节 法学概述	(1)
第二节 法学思维与法学方法	(8)
第三节 法理学概述	(11)
第二章 法的概念和法的分类	(15)
第一节 法与法律的词源与词义	(15)
第二节 法的特征	(20)
第三节 法的本质	(25)
第四节 法的分类	(33)
第三章 法的要素	(41)
第一节 法的要素释义	(41)
第二节 法律规则	(45)
第三节 法律原则	(52)
第四节 法律概念	(56)
第四章 法与其他社会规范	(65)
第一节 法与道德	(65)
第二节 法与宗教	(72)
第三节 法与政策	(81)
第五章 法的作用	(88)
第一节 法的作用释义	(88)
第二节 法的规范作用	(90)
第三节 法的社会作用	(96)

第四节 法的作用的局限性	(99)
第六章 法律渊源	(112)
第一节 法律渊源概述	(112)
第二节 当代中国法律渊源	(116)
第七章 法律效力	(129)
第一节 法律效力及其范围	(129)
第二节 法律效力等级	(133)
第八章 当代世界的两大法系	(141)
第一节 法系概述	(141)
第二节 大陆法系与英美法系	(143)
第九章 法律体系	(153)
第一节 法律体系释义	(153)
第二节 法律部门的划分	(155)
第三节 当代中国的法律体系	(159)
第十章 我国主要的法律部门	(177)
第一节 宪法	(177)
第二节 民法	(189)
第三节 经济法	(203)
第四节 刑法	(211)
第五节 行政法	(223)
第六节 诉讼法	(234)
第十一章 法律关系	(255)
第一节 法律关系概述	(255)
第二节 法律关系的主体	(259)
第三节 法律关系的客体	(261)
第四节 法律关系的内容	(263)
第五节 法律事实	(268)

第十二章 法律责任	(272)
第一节 法律责任的概念	(272)
第二节 法律责任的构成与分类	(276)
第三节 法律责任的归责与免除	(280)
第四节 法律责任的实现	(283)
第十三章 法的运行	(291)
第一节 立法	(291)
第二节 立法程序和立法技术	(299)
第三节 执法	(301)
第四节 司法	(308)
第五节 守法	(312)
第六节 法律监督	(316)
第十四章 法律职业	(327)
第一节 法律职业概述	(327)
第二节 法律职业技能	(329)
第三节 法律职业伦理	(334)
第四节 法律职业制度	(336)
参考文献	(345)
后 记	(347)

第一章 绪 论

第一节 法学概述

一、法学一词的词源

法学，在中国先秦时期称为“刑名法术之学”或“刑名之学”。其中，“刑”指刑罚、刑法，“名”指循名则实、赏罚分明。“法术”是指古代君王实行统治的策略、手段。战国时期，秦国的变法家商鞅将该法称为律。自汉代开始各代又有“律学”的名称。“法学”或“法律科学”的称谓逐步被采用是在近代西方文化传入中国之后。在西方，“法学”一词源自古代拉丁语的 *Jurisprudentia*。其原意是“法律的知识”或“法律的技术”。古罗马法学家乌尔比安（Ulpianus）在《法学阶梯》中对该词的定义是：“人和神的事务的概念，正义与非正义之学。”^①

二、法学的研究对象

法学是专门以法律现象为研究对象的一门学科，包括这几个方面：研究法的规律性，考察研究法的产生、发展及其规律；对法进行共时性研究，即比较研究各种不同的法律制度，及它们的性质、特点以及它们的相互关系；法的内在方面，即法的内部联系和调整机制等；法的外部方面，即法与其他社会现象的联系、区别及其相互作用。

掌握法学研究对象应注意的问题：（1）法律现象是一种特殊的社会现象，是社会发展到一定阶段的产物。受法律调整的社会关系，才能叫法律现象。（2）法律现象是一个动态的概念。法律现象不仅指纸面上的法，而且指现实生活中的法。（3）研究法律现象的目的在于揭示法律现象内在

^① [古罗马] 查士丁尼·法学总论——法学阶梯 [M]. 张企泰, 译. 北京: 商务印书馆, 1989: 5.

的、不以人的意志为转移的客观规律。(4) 研究法律现象, 要研究法律与政治、经济、道德、宗教等其他社会现象的关系。

三、法学体系与分科

法学形成体系或法学有内部分支学科的划分是近代以来的事情。近代资产阶级革命以前, 法学从未成为一门完全独立的学科, 它或者被包括在神学、哲学、政治学、伦理学之中, 或者依附于国家的立法和司法活动。既然没有形成一门独立的学科, 当然也就不存在体系或分科的问题。随着法学从其他学科中分化出来, 特别是随着立法发展成为广泛而复杂的整体和随之而来的法律部门的出现, 也就出现了法学的分科。然而, 如何分科或依据什么标准分科, 这在国内外法学著作中还没有一致的观点。各国学者提出的分科相当宽泛, 名称也不尽相同。例如, 英国《牛津法律指南》中提出, 法学可分为理论法学与应用法学两大部类, 并可进一步具体分为七个部门: (1) 法律理论和哲学; (2) 法律史和各种法律制度史; (3) 比较法研究; (4) 国际法; (5) 跨国法; (6) 国内法; (7) 附属学科, 如法医学、法律精神病学等。以上(1)~(3)部门属于理论法学; (4)~(6)属于应用法学; (7)部门本身并不研究法律问题, 但同所发生的法律问题有联系。^①又如, 日本《万有百科大辞典》中将法学分为四大部类: (1) 公法, 包括宪法、行政法和国际法; (2) 私法, 包括民法、商法、民诉法、劳动法、国际私法; (3) 刑事法, 包括刑法、刑诉法、刑事政策学; (4) 基础法学, 包括法律哲学、法律社会学、法律史学、比较法学。^②前苏联法学家一般将法学体系划分为四类: (1) 方法论和历史科学(国家和法的理论、国家和法的历史); (2) 与各法律部门相联系的专门科学(国家法、行政法、民法和刑法); (3) 研究外国国家的法以及对国际关系的法律调整的科学; (4) 辅助法律科学, 如法医学、法律精神病学、法律化学等。

四、我国的法学分科体系

从我国现阶段法学教育和法学研究的实践需要出发, 我们可以从以下两个角度来划分法学体系。

(1) 从法律部门划分的角度, 由于法被划分为宪法、行政法、民法、

① 沃尔克·牛津法律指南[M]. 牛津大学出版社, 1980: 754.

② [日]万有百科大辞典[M]. 1973(11): 530.

刑法、诉讼法等不同部门，与之相应就有宪法学、行政法学、民法学、刑法学、诉讼法学等。一个新的法律部门的出现或迟或早要有新的法学部门与之相应。例如，随着行政法、经济法等新法律部门的出现，产生了行政法学和经济法学。每个部门法学对该部门法的历史的研究构成部门法专门史，如宪法史、民法史、刑法史等；每个部门法学对本国的与外国的同类法的研究构成比较法（学），如比较宪法、比较民法、比较刑法等。这些专门史和部门法学比较法学分别属于相应的部门法学，而对于各部门法总体即整个法律制度的历史研究，则构成独立的法制史学；对于比较法的理论和方法论的研究以及对各国法律制度或主要法系的整体比较，构成比较法学。也可根据法律属于国内法或国际法，把法学分为两大类，即国内法学与国际法学。

（2）从认识论的角度，法学可以分为理论法学和应用法学。理论法学综合研究法的基本概念、原理和规律等。应用法学主要是研究国内法和国际法的结构和内容，以及它们的制定、解释和适用。这当然不是说应用法学没有自己的理论，只是说这种理论在概括范围和抽象程度上与理论法学的理论有所不同。相对地说，应用法学与法的实践有直接联系，它所处理的是直接的经验材料，并且它的理论一般限定在本部门法的领域。理论法学则相对抽象，是从应用法学中概括出来又用以指导应用法学的，并且它的理论贯穿于整个法律现象。至于人们通常所说的“边缘法学”一般是横跨两个学科或由两个学科整合而成的，如法律社会学、法律经济学、法律心理学、法医学、刑事侦查学、法律统计学、法律教育学等。它们有的侧重理论研究，有的侧重解决法律实践问题，分别属于理论法学和应用法学。

五、法学与其他学科的关系

法学与其他学科有特殊联系。这是因为：第一，在认识论上，科学既是人类认识世界的成果，又是改造世界的思想武器。根据研究对象的不同，科学可以分为若干大类，每一类都包括一系列科学部门。在不同的科学部门之间还有若干边缘科学。各门科学都以具有矛盾特殊性的特定客体作为研究对象。各门科学以其研究对象的个性而互相区别开来，各自成为一门独立的学科；同时也由于它们研究的对象的共性而互相联系，并一起构成科学体系或学科群。法学吸收其他学科的认识成果来说明法的现象，从而使它能够深入到法的本质和价值基础上，并且能够解答法的外在方面

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



(如法的政治方面、经济方面、社会方面)和客观倾向,同时也以自己的认识成果推动其他学科的发展和新学科的产生。第二,在现代社会,法律渗透到社会的方方面面,有关法律现象的许多问题不单是法学的问题,而是属于法学与其他学科的双边问题或多边问题。第三,在法治时代,越来越多的社会问题都可能转化为法律问题并提交给法律机关处理,这就要求法律工作者具有比较广泛的知识,进而要求法律人才是知识复合型人才。由于这些原因,法学与其他学科密不可分。在法学与其他学科的关系中,法学与哲学、政治学、经济学、社会学、历史学、逻辑学的联系尤为突出。

(一) 法学与哲学

哲学是人类知识的总结和概括。哲学所要探求的不是某一具体领域的具体规律,而是自然界、社会和人类思维发展的一般规律。哲学始终居于知识阶梯的最高层次,属于社会意识的最高形式。因此,任何阶级或学派的法学理论,总是以某种哲学作为自己的理论基础。德国古典哲学大师黑格尔曾明确宣布“法学是哲学的一个部门”^①。19世纪中期以后,法学从哲学中分化出来,成为一门独立的学科,但是这并不意味着法学与哲学的脱节。事实上,法学始终受着哲学的巨大影响。这突出地表现为哲学上的每一次更新、每一种新的较有影响的哲学流派的出现,都会引起法学方法论的更新或法学价值定向的改变,并推动新的法学流派的出现或既有法学流派的分化、变态或消失。例如,实证主义法学是随着哲学实证主义和功利主义的出现而出现的,又是随着哲学实证主义内部语义分析哲学的出现而由“分析法学”形态转变为“新分析法学”形态的。至于新康德主义法学、新黑格尔主义法学、存在主义法学等,则更是由于相应的哲学的出现和发展而产生和发展的。法学与哲学的关系在法理学(法哲学)中表现得最为明显。法理学(法哲学)是对法的一般基础的哲学反思,或者说是根据哲学的观点和方法进行的法律分析,是把部门法学与哲学结合起来的一座桥梁。当代中国的法学是以马克思主义哲学,即辩证唯物主义和历史唯物主义作为自己的理论基础的,同时又为马克思主义的哲学提供丰富的材料和思想。但是,这并不意味着可以用马克思主义哲学关于真善美的一般理论和方法论代替法学的具体原理和方法。

(二) 法学与政治学

政治学是以政治现象及其发展规律为研究对象的一门科学。它所研究

^① 黑格尔. 法哲学原理. 中译本[M]. 北京: 商务印书馆, 1961: 2.

的范围相当广泛，包括政治本质、政治结构、政治权力、政治权利、政治决策、政治规范、政治运行、政治组织、政治文化、政治理论、政治动力、政治秩序、国际政治等。由于法是政治活动和实现政治目标的一种常规形式，特别是在现代社会，民主政治就是法治政治，政治必须采取合法的形式，有规则、有秩序地运行，因而法学和政治学有着内在的联系；特别是像宪法学、立法学、行政法学，本身就兼有法学和政治学两重性质。在历史上，政治学和法学曾经长期不分彼此。例如，在古希腊，柏拉图的《理想国》和亚里士多德的《政治学》，就是把政治和法放在一起论述的，也就是把政治学和法学融为一体了。在欧洲中世纪，天主教会居于统治地位，哲学、政治学和法学都成了神学的附庸。17、18世纪资产阶级革命时期，这些学科才逐步摆脱神学的桎梏。但是，政治学和法学还是结合在一起的。曾经为资产阶级革命摇旗呐喊的自然法学家都既是政治学家又是法学家，他们的著作，例如洛克的《政府论》、卢梭的《社会契约论》、孟德斯鸠的《论法的精神》，可以说都是兼具政治学和法学两种内容的著作。19世纪以后，法学和政治学才各自成为一门独立的学科。但是，由于许多问题，诸如民主与法制、立法政策、权力制约、国家、政党、政府、公民与国家的关系、政治程序等，是法学和政治学的双边问题，所以，法学和政治学两者之间保持着紧密的联系。

（三）法学与经济学

经济学是研究各种经济关系和经济活动规律的科学。法学与经济学有着十分密切的联系。这主要因为：第一，法所反映的统治阶级意志以及法所定型化的权利和义务及其界限，归根结底是由这一阶级的物质生活条件决定的。只有正确而深刻地认识特定阶级的物质生活条件，才能认清法的本质，说明特定社会、特定历史时期法定权利和义务的界限，并为合理地设计权利和义务及其界限提供科学根据。第二，法律对经济起着能动的反作用，它能推动社会生产力的发展，也会阻碍社会生产力的发展。这取决于法律制度是否符合经济规律。要为按照经济运行和经济发展的规律管理经济提供法律保障和服务，法学就需要吸收经济学的研究成果。第三，民主和法制的进程取决于社会经济模式和经济发展水平。民主和法制是商品、市场经济发达的产物。商品、市场经济的等价交换原则从根本上否定了血缘、门第、权力、地域、民族、宗教之间的差别，推动了与这种经济关系相适应的平等的政治关系和法律关系的建立；资产阶级民主和法制就是在这个基础上发展起来的。在社会主义社会，民主和法制的经济基础仍然是商品、市场经济，民主和法制的发展程度依然取决于经济发展的水

平，这就使法与经济的关系成为法学特别是法理学的重要课题。在这方面，经济学的理论，尤其是经济学关于经济体制改革和社会主义商品、市场经济的理论，对法学是极为有用和有益的。第四，将经济学的许多理论模式和研究方法引入法学领域，可以加深和丰富人们对法律的认识；特别是政治经济学的理论和方法，更是有助于说明法律制度，促进法律制度的改革。

（四）法学与社会学

社会学是把整个社会作为研究对象的一门学科。随着政治学、法学、经济学、教育学等专门学科的形成，社会学主要研究社会结构和社会进程的宏观问题。法学与社会学之间存在着密切的、相互交错的关系。一方面，法学是要研究社会中的法，把法作为一种社会现象来研究；另一方面，社会学要通过法律来研究社会，因此两者有着极其广泛的共同论题。例如，法律的社会根源，法律的社会功能，法律规范的效力的社会标准，法律实效的社会条件，法律的社会化，人在法律方面的社会化，法律行为的社会基础、心理基础和道德基础，社会变迁中的法律变迁，通过法律的社会变迁，法律与社会冲突，法律与社会秩序，法律与社会意识形态，法律观念的社会史，社会利益、需要、愿望与立法，越轨与社会控制，社会舆论与法律的实施，法律职业的社会化及其社会影响，各种法律制度的改革等。

（五）法学与历史学

历史学是研究人类社会发展的具体过程及其规律性的科学。法学与历史学的联系在于：第一，法律是凝结的历史，或者说是历史过程的产物。美国麦克劳—希尔出版公司出版的《世界伟大文献汇编》一书收集了30份世界重要文献，其中法律文献占了1/3，包括《汉谟拉比法典》（公元前1700年）、《梭伦法典》（公元前590年）、《英国大宪章》（1215年）、《论国际秩序》（1625年）、《美国独立宣言》（1776年）、《美国宪法》（1787年）、法国《人权宣言》（1789年）、《拿破仑法典》（1804年）、《联合国宪章》（1945年）等。^① 这些文献被称做“人类历史的里程碑”。谁要是不认真研究这些文献，就不可能理解和编写历史，特别是人类社会制度的历史和思想的历史。另外，阐释社会进程中的法律因素的历史学有助于法学对法律进行历时性研究。第二，法律的生命不仅是逻辑，更重要的是经验。经验总是历史的东西。历史学在研究古今之变、盛衰之道的过程中，

^① 王于光，徐雁．中国读书大辞典[M]．南京：南京大学出版社，1993．

也以时代的顺序和具体历史事实，再现历代统治阶级及其统治集团是基于什么和怎样根据分配社会的权利（利益）和义务（负担）；历代法定权利和义务产生了什么社会效果：建立和维护了良好的社会秩序还是引发了社会动乱，推动还是阻碍了社会生产力的发展，以及怎样产生这些社会效果的；历代法定权利和义务体系的变化过程及其特点如何；历代政治家和思想家如何对待法律遗产等。因此，法学大师们无不重视吸收和借鉴历史学的研究成果。第三，历史学的实证研究方法是法学可以借鉴的重要方法。实证研究，即“从实在的事实中获取确切的知识的方法”，是历史学研究的重要特征。历史学不能想当然，只能以遗迹和文献为基础。实证方法的理论基础是辩证唯物主义和历史唯物主义。它在社会科学方法群中有明显的优势，把它引入法学，有助于克服法学中容易出现的唯心主义和形而上学，把法学的每个结论都建立在可靠的证据基础上，并经受实践的检验。第四，法学的概念、范畴、理论观点、学说、学派都是历史的产物，有其产生和演变的过程。要想准确而深刻地把握它们，并在此基础上丰富和发展它们，就必须运用历史学的理论和方法：考察它们是怎样提出来的，先前的学者有过哪些重要的、关键性的论述，它们在演变过程中经历了哪些主要阶段，曾经有过哪些表现形态。恩格斯明确指出：“每一时代的理论思维，从而我们时代的思想，都是一定历史的产物，在不同的时代具有非常不同的形式，并因而具有非常不同的内容。”“理论思维仅仅是一种天赋的能力。这种能力必须加以发展和锻炼，而为了进行这种锻炼，除了学习以往的哲学，直到现在还没有别的手段。”^①

（六）法学与逻辑学

逻辑学是关于思维及其规律和规则的科学。逻辑问题贯穿于法律运行的各个环节，逻辑学与法学有着密切的联系。法学与逻辑学共同关注的焦点是法律推理问题。法律推理是法律工作者从一个或几个已知的前提（法律事实或法律规范、法律原则、判例等法律资料）得出某种法律结论的思维过程。在这一意义上，逻辑是创制、理解和运用法律的一个不可或缺的工具。因此，法学与逻辑学就密切联系在一起了。

^① 马克思恩格斯选集·第3卷[M]·北京：人民出版社，465。

第二节 法学思维与法学方法

一、法学思维的概念及特点

法学是一门独特的学问，其思维方式也是独特的。在对法律的概念有了初步认识的基础上，再来探讨法律人所特有的思维方式。对于以法学为业的学生而言，培养和形成专业法律思维，是今后从事法律职业的关键一环。法学思维是法学者在研究法律现象时所持的思考立场、态度、观点、价值和方法，是在长期的法律实践中形成的，通过专门的法律语言（法言法语）进行分析、判断、推理、论证和解释等活动的一种职业过程。在人类长期、频繁、反复的法律职业活动中会逐渐形成特定的思维，这种思维一旦形成，便会保持和延续下去，并以特有的思维定式依附于法律共同体。因此，法律思维方式伴随着法律的职业化而出现，同时也是法律职业成熟的标志。概括地说，法学思维具有以下特点。（1）法学思维是实践思维。亚里士多德把人类的思考方式（也是获取知识的方式）分为思辨（哲学）之思、理论（科学）之思和实践之思。在他看来，思考自身不能使任何事物运动，而只有“有所为的思考”才是实践性的。实践之思是针对行为选择或欲望的思考，“这样的思考是一种实践的真理，而思辨的、理论的思考则不是实践的，它只是真与假而不造成善与恶……实践思考的真理要和正确的欲望相一致”^①。法学是“有所为的思考”，是针对特定的法律现象所作的思考，也以人们的行为选择或意愿作为思考的对象。（2）法学思维是问题思维。法学思维是针对法律问题而进行的思维。当人们对法律制度或社会现实以及两者相互如何对应等方面的理解有很多种答案或者根本就提供不出任何答案时，就产生了某个“法律问题”，例如在法律生活中会遇到的立法问题、执法问题、司法问题、守法问题、法律推理等诸多问题。因此，法学的思考不是简单地运用演绎方法，将法律作为毋庸置疑的前提条件，通过推理得出结论的过程；更多的情况下是从问题出发，确定得出结论的前提条件是否可靠、是否被人们所接受。如果大家对推理的前提本身产生疑问，那么法学思考的工作就根本无法进行下去。所以，法

^① [古希腊] 亚里士多德·尼各马科伦理学 [M]. 苗力田, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 120.

学的首要任务就是解决法律问题，为法律问题提供答案。(3) 法律思维方式遵循一套严格缜密的逻辑。因此，法律思维逻辑不同于政治思维、道德思维及大众思维的逻辑。法律思维逻辑在严格的制度和程序空间里表现出高超的形式理性与技术理性，是现代法治理念的体现。同时，法学的结论必须是有论证理由的结论，是对法学思考者本人以及其他人均有说服力的结论，注重对作出的决定出具正当化的理由，以保证言之有理、持之有据、令人信服。正因如此，法律思维方式要求具备一套高超的证据学和法律解释学的原理和技术，在司法过程中要求法官给出充分的判决理由。(4) 法律思维方式是一种规范性、程序化的思维方式。法尽量按照普遍性的形式规则和法律程序把一切社会问题都转化为具体的权利和义务关系来调处。法律思维是一种运用法律语言进行观察、思考和判断的活动。比较其他学科的语言表达方式，法律语言用词较为准确，表达力求平实、简练和明了，语词运用注重规范和统一，强调语义的相对稳定性。当今中国法治建设就应当培育法治的公共话语，让全社会接受法治观念、意识、精神及思维逻辑，确立法律至上和权威性的观念。法律家首先应当能够运用法律语言进行思考、表达和处理问题。此外，法律活动并不单纯以实体公正为唯一目标，而且追求程序正义或形式正义。对法治而言，其只能维护有限度的正义。而程序是一种相对自治的、在国家设定的严格的制度空间里进行运作。法的推论是在严格的制度和程序里进行的，必须严格遵守证据和辩论的规则；其论证技术也需经过特殊的训练，侧重于寻求公平而合理的决定的适当理由。这一点从根本上来自于法律活动（特别是司法活动）的性质，即被动性、中立性、公正性、公开性和裁断性等。因此，程序化的思维也是实现法官忠诚于法律的重要保障。正是在程序化和制度化的空间里，法律的客观性的理性价值才得到充分的体现，尽量避免因人为的主观擅断对法治带来的破坏。(5) 法学思维是评价性思维。法学以反映人类的价值观、价值倾向和价值意义的社会事实作为研究对象。正因为如此，法学思维离不开评价，法学家们也总是根据法律来评价人们的行为是合法的还是违法的。正如法学家施蒂希·约根森（Stig Joergensen）指出，法学及司法裁判的特色正在于：它们“几乎完全是在处理评价的事”^①。德国法学家卡尔·拉伦茨（Karl Larenz）也认为，要“理解”法律规范就必须发掘其中所包含的评价及该评价的作用范围。法学主要关切的不是“逻辑上必然”的推论，而是一些可以理解而且有信服力的思想步骤。不管是在实

① [德] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论 [M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 94.

践（法律适用）的领域还是在理论（教义学）的范围，法学涉及的主要是“价值取向的”（Wertorientiert）思考方式。^①在法学“价值取向的”思考中，寻求法律中的“正确性”要求是至关重要的，这种“正确性”要求所反映的主要价值是公正和正义。法学思维则以正义、公正的价值为主要取向。正因为上述原因，在立法和司法过程中必须设定严格甚至有些繁琐的程序，不惜牺牲效率，以保证法律的正义、公正的价值得到实现。

二、法学方法的概念及内容

方法，在古希腊语中，即“通向正确的道路”之意，是指对法律研究方法的研究。法律研究包括对法学理论的研究和法律操作的研究，而后者又包括法律解释、法律推理、法律思维方法。

法学主要研究三个基本问题：（1）应然法：回答法律应当是什么样子，关注的是法律的理想和价值。（2）实然法：法律实际上是什么样子，关注的是律令和技术。换言之，法律的意思是什么，如民法中的不当得利揭示了该制度的要件和技术问题。（3）社会事实：应然法要解决的是法律的道义基础和正当性；实然法使得法律的意思变得明确。如果法律在道义上是正当的，在意思是明确的，那么这种法律就果真能够发生作用吗？应然法涉及法的理想、价值，多采用价值判断分析方法。实然法以律令、技术作为关注中心，因此采用逻辑和语义分析。社会事实要研究法在社会中的作用、功能，因此多采用社会实证分析方法。相应地，法学的方法也就有三个层次：第一层次是价值判断。法学成为关于正义和善的艺术，而不能成为科学。因为科学有定式，艺术无定法。存在定法的是工艺，不是艺术。第二层次是逻辑和语义分析，有点科学的意思。这主要研究法条的语言，类似于形式化的学科研究。第三层次是法律社会学，这是科学的研究领域。总之，法学方法论是法学（特别是法理学）中极其重要的构成部分。它无论在法学理论还是在法律实践中均具有重要的意义。我们很难想象有一门没有方法论的法学。同样，如果没有法学方法论，法律适用就很难实现合法性、合理性和统一性要求。若此，法治原则也就难以实现。

^① [德] 卡尔·拉伦茨·法学方法论 [M] . 陈爱娥，译. 北京：商务印书馆，2003：94-95.

第三节 法理学概述

一、法理学的概念及研究范围

汉译“法理学”一词来自日语。据考证,1881年(明治十四年)日本法学家穗积陈重在东京帝国大学法学部(原开成学校)讲授“法论”时,认为当时流行日本的“法哲学”(德文 Rechtsphilosophie)名称之“主观性”的形而上学气味太重,因而提出“法理学”这个译名,并在日本历史上第一次开设法理学课程。穗积氏以“法理学”代替“法哲学”。1832年,英国法学家约翰·奥斯丁(John Austin)出版《法理学范围之限定》,使用“一般法理学”(General Jurisprudence)一语,指称“实在法哲学”(Philosophy of Positive Law),以区别当时的政治哲学、道德哲学。在我国,“法理学”作为学科的名称也几经变更。1949年新中国成立以前,当时在高等法律院系中曾开设“法理学”或相似的课程,也有若干法理学教科书刊行。1952年院系调整后,我国高等法律院系的基础理论课程依照前苏联的模式,采用前苏联20世纪40~50年代的法学教科书,译做“国家和法权理论”;直至70年代末改为“国家与法的理论”,此名称沿用至80年代初。1981年北京大学编著的《法学基础理论》教科书出版,从此,“法学基础理论”遂成为学科通用名称。进入90年代后,大多数政法院系在各自编写的教材中已开始采用“法理学”称谓,该名称同时也为法学界普遍接受。

法理学的研究范围往往是由研究对象决定的。对于法理学的研究范围,学者也有不同的认识。比如,美国法学家、综合法学(或统一法学、一体法学)的代表人物霍尔认为,法理学包括四大部分:第一,法律价值论(Legal Axiology),主要研究法律强制的可行性,特别是法律强制的伦理问题。第二,法律社会论(Sociology of Law),主要研究法律规则的目的、应用和效果问题。第三,形式法律科学(Formal Legal Science),主要对法律术语、规则、裁决等进行逻辑分析。第四,法律本体论(Legal Ontology),主要研究法理学主题的性质,亦即基本概念问题。以上四个方面相互密切联系,并以本体论作为中心。另一位美国法学家帕特森(Patterson)认为法理学是法律的(of Law)一般理论和关于法律的(about Law)一般理论组成的。前者对应于法律的内在方面,它划定法律的范围,探讨

法律的一般概念、术语以及法律的各个部分之间的关系。它贯穿于各个部门法，为部门法提供其共同使用的一般概念，也为现行法律制度应付新情况提供了一般指引。后者对应于法律的外在方面，即法律与政府和社会的关系，与伦理、经济、政治、社会信念和实践的关系等。法理学研究的对象主要是法和法学的一般原理（哲理）、基本的法律原则、基本概念和制度以及这些法律制度运行的机制。因而，就制度层面而言，法理学是一门研究所有法律制度中的一般问题、原理、原则和制度的学问。它不关心每一具体制度、法律的具体操作问题（这属于不同法学学科研究的对象），而是对每一法学学科中带有共同性、根本性的问题和原理作横断面的考察。

其具体包括四个方面的内容：

（1）法的一般原理，包括法的概念、本质、价值、功能、分类、发展等；

（2）法的基本范畴：法律关系、权利义务、职权职责、法的渊源、规范、体系、效力、责任、法律意识、法治原理等；

（3）法与其他社会现象的关系，包括法与经济、政治、文化、宗教、道德、人权的关系；

（4）法的制定和实施，包括法的制定、解释、执行、适用、遵守以及法的实施保障等。

二、法理学在法学体系中的作用与地位

在整个法学体系中，法理学居于一种非常独特的地位。一方面，法理学总是要站在法学学科发展的最前沿来追踪、吸纳人文科学、社会科学和自然科学的成就，反思法的基本问题，同时也从法学的角度对各种人文思潮作出回应。另一方面，从法学体系的内部关系看，法理学在整个法学体系中具有“基础理论”的地位。法理学研究的不发达，必然会对法学其他学科的研究产生不良的后果。最后，在法学的方法论上，由于法理学要从宏观上、从总体及其与其他现象的联系上来提示法律现象的本质及其运动发展的规律，因此从这个意义上说，法理学对其他法学分支学科的研究具有方法论原理的意义。

三、学习法理学的意义

（1）人类精神的演化和科学的进步离不开思辨的哲学。同样，一个国

家、一个民族法律文化的发展也离不开法理学的研究。法理学属于人文科学的一部分，它基于对法的原理、原则、制度的研究而推衍至对人类生活式样、价值、人类的精神等问题的思考，无疑为人文科学（包括哲学）的研究展开了一个新的视角和方向。（2）法理学不仅为人们提供学习法律的入门知识，更重要地是培养法律和法学工作者的见识和境界。（3）法理学重在训练人们的法律思维方式和能力。由此，笔者认为，空谈理论、轻视实践自然是不正确的。然而，一味强调“功利”、“实用”，而轻视理论的价值同样也是错误的。学习法律是要懂得法律，而懂得法律，并不仅仅在于掌握操作法律的知识，而且还要深入研究法律的道理；即不仅知其然，而且要知其所以然。只有这样，我们国家的民主与法制建设才会有一个较好的文化心理条件。毕竟理论的发达对于开启民智、培养民风、提高整个民族的素质，同样是不可或缺的。在此方面，法理学应当作出其应有的贡献。

◆ 配套练习题

一、不定项选择

1. 法学是“对神和人的事务的认识、关于正义和不正义的科学”，这一观点的提出者是（ ）。
 - A. 乌尔比安
 - B. 亚里士多德
 - C. 伊壁鸠鲁
 - D. 托马斯·阿奎那
2. 法学与历史学的密切关系表现在（ ）。
 - A. 法律是凝结的历史
 - B. 法律的生命更重要的是经验
 - C. 历史学的实证研究方法是法学可以借鉴的重要方法
 - D. 法学中的概念、范畴、理论观点、学说、学派都是历史的产物
3. 以下属于理论法学的是（ ）。
 - A. 犯罪学
 - B. 法律史
 - C. 法哲学
 - D. 比较法总论
4. 法学的各个分支学科构成的一个有机联系整体，在法学上称为（ ）。
 - A. 法学体系
 - B. 法理学体系
 - C. 法系
 - D. 法律体系

第二章 法的概念和法的分类

第一节 法与法律的词源与词义

一、法的西语词源

大部分印欧语系语言中，一般都有两套不同的词汇来表达法律的含义。比如，拉丁语的 Jus 和 Lex，法文中的 Droit 和 Loi，德文中的 Recht 和 Gesetz，就分别对应着“法”和“法律”的含义。在英语中，就没有这样明确的两套词汇，与“法”和“法律”有关的词汇包括 Law、Norm、Rule、Act 等词，其中 Law 最为常用。Law 既可作广义解，也可作狭义解，即兼有汉语中“法”和“法律”的含义；一般来说，可用“a Law”表达较为具体、特指的“法律”的含义，用“the Law”表达较为抽象、宽泛的“法”的含义。当“Law”作形容词使用时，与“Legal”的含义相同，不过，“Legal”还有“合法的”、“法律许可的”、“法不禁止的”等含义。[●] Jurisprudence 是一个拉丁词汇，在英美语言中，当用“Law”不太合适的地方，也有用 Jurisprudence 来表示的，但是，其最核心的含义是指法学、法理学和法哲学。这个词早在公元前 3 世纪末罗马共和时代就已经出现，表示有系统、有组织的法律知识、法律学问、法律技术。针对这些术语，有三点值得强调：

(1) 一般说来，“法”指普遍的、永恒的道德原则和正义公理，大致与法哲学上的“自然法”相对应；而“法律”则指由国家机关制定和颁布的具体的法律规则，大致与法哲学上的“实在法”对应。

(2) 西语中的 Jus、Droit、Recht 等词既有“法”的含义，又兼有“权利”、“公平”、“正义”等充满道德内容的抽象含义。

[●] 薛波主编. 元照法律词典法学总论——法学阶梯 [M]. 张企泰, 译. 北京: 中国商务印书馆, 1989; 北京: 法律出版社, 2003: 786.

(3) Lex、Loi、Gesetz 等词通常指具体规则，其词义明确、具体、技术性强。

二、“法”的中文词源

古代的法字是“灋”，由三部分组成：氵、廌、去。“氵”，平坦之如水，喻示法像水一样平。“廌”（音 zhi），据说是一种独角神兽，又叫獬，性中正，辨是非，在审判时被触者即被认为败诉或有罪，所以“击之，从去”。东汉许慎所著《说文解字》这样解析：“法，刑也。平之如水，从水；所以触不直者去之，从去。”此廌似羊非羊，似牛非牛，似鹿非鹿，也有人说它同麒麟相像。它的头上长着一支独角，锋利无比，故又俗称独角兽。獬，有分别罪与非罪的本能，有罪则触，无罪则不触。见人争斗时，用它的一只角向无理、有罪的一方触去，是非曲直立见分晓，这就是中国古代的神明裁判。“去”是对不公正行为的惩罚，一说判决把罪人从所在的部落、氏族中驱逐出去，于水上漂去（古代之流刑）；一说交由神明判决，由神兽“触不直者去之”。

《说文解字》中的这一解释有三点值得注意。第一，在商周时代，法和刑是通用的；第二，法从古代起就有公平的象征意义：“水”不但有平整正直的意思，而且有“裁判”的功能性含义，把罪者置于水上随流漂去，有驱逐的意思；第三，古代法具有神明裁判的特点。

在古代文献中，称法为刑，法与刑通用。如夏朝之禹刑，商朝之汤刑，周朝之吕刑，春秋战国时期有刑书、刑鼎、竹刑。魏相李悝集诸国刑典，造《法经》六篇，改刑为法。“刑，常也，法也。”“法，刑也。”这里的刑，出于井田，含有模范、秩序之意。因此，以刑释法，表明模范遵守法律（秩序）。刑，又指刑罚。《盐铁论》：“法者，刑罚也，所以禁暴止奸也。”

在古代文献中，“法”除与“刑”通用外，在秦汉时期又改“法”为“律”，二字已同义。据我国《尔雅·释诂》记载，在秦汉时期，“法”与“律”二字已同义，都有常规、均布、划一的语义。据《说文解字》解释，“律，均布也”。“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。《唐律疏议》更明确指出：“法亦律也，故谓之律。”把“法”和“律”连用作为独立合成词，却是在清末民初由日本输入。

除了上述几字与法字有关外，古代作为社会规范的“礼”，也有约束

和规制的含义，与法有一定的联系。

三、我国当代“法”与“法律”的区别

在现代汉语中，法、法律两词基本上可以互换，但随着语境的不同，也存在广义和狭义上的区分。广义上的法是指所有与规制和约束有关的现象和规则，既包括由国家机关制定的实定法，又包括理想之法、应然之法；甚至团体组织中的规则也可以被称为法，如党纪、会规、乡约、帮规等。狭义上的法，是与法律相对照的，专指应然之法，即社会中的价值观念，永恒的、普遍有效的正义原则和道德公理。

广义上的法律是指法律的整体，即由国家制定的规范性法律文件的总和，包括作为根本法的宪法、全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律、国务院制定的行政法规、地方国家权力机关制定的地方性法规、国务院各部委制定的部委规章、省级人民政府制定的地方性规章，也包括由国家认可的判例、法理、惯例、习惯等。狭义上的法律是指拥有立法权的国家机关根据法定权限，依照法定程序所制定的规范性法律文件，即由全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律。在我国法学辞书或一些法学著述中，通常又把广义的法律称为“法”，而将狭义的法律仍称为“法律”。

四、马克思主义的法律观

在中国，马克思主义法律观通常是人们从事法律理论研究和法律实践活动的指导思想。如果把马克思主义理解为一种开放性的思想体系，那么马克思主义的法律观还应当包括除马克思主义的奠基人以外的其他继承者的法律思想。考虑到叙述的篇幅有限，在此仅阐释马克思和恩格斯有关法律概念的主要观点。这些观点就是多年来被人们认为是揭示了法律本质的科学理论。

马克思和恩格斯的著述十分丰富，他们关于什么是法律的阐述，往往是与政治、经济及其他社会问题联系在一起进行论述的；而且，在不同的时期其法律思想各有特点。一般认为，马克思和恩格斯在《德意志意识形态》、《共产党宣言》等书中有关法律的表述比较有代表性。他们的法律观可概括如下。

（一）法律是统治阶级意志的体现

如前所述，法学史上，有些学者把法律视为“神的意志”、“公共意志”、“民族意志”等；而马克思和恩格斯认为，这些观点未能揭示法律的

真正本质。在阶级社会里，一定的统治阶级通常是由一定数量的个人所组成，这些个人依赖的生活条件是作为许多个人共同的条件而发展起来的，共同的物质生活条件决定他们的个人统治同时是一个一般的统治。为了维护共同的经济利益，统治阶级需要通过法律形式来实现自己的意志。“由他们的共同利益所决定的这种意志的表现，就是法律。”^① 马克思与恩格斯还指出，法律体现的是统治阶级的整体意志，而不是单个人的任意或任性。

（二）法律是一种国家意志

法所体现的并不是一般的统治阶级意志，而是“被奉为法律”的统治阶级意志，即上升为国家意志的统治阶级意志。马克思、恩格斯在《德意志意识形态》中指出：统治者为了维护其统治地位，“除了必须以国家的形式组织自己的力量外，他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志即法律的一般表现形式”^②。就是说，任何统治阶级为了维持自己的统治地位，除了需要依靠军队、警察等武装力量来实现其阶级统治以外，还必须使自己的意志通过法律的形式表现为国家意志，从而取得全社会一体遵行的效力。法律的国家意志意味着法律不仅要由国家制定或认可，而且还要由国家强制力保证其执行。

（三）法律的内容是由统治阶级的物质生活条件所决定的

法律是统治阶级意志的体现，但这种意志并非统治者可以随心所欲，也不是出自“神意”、“自然法则”。“由此便产生错觉，好像法律是以意志为基础的，而且是以脱离了现实基础的自由意志为基础的。”^③ 马克思和恩格斯认为，这种意志的内容归根结底是由统治阶级的物质生活条件所决定的，即主要是由这个阶级所赖以生存的物质生产方式决定的。任何一个统治者，都不能离开当时的社会经济关系的要求而任意立法。这样的法律即使制定出来，也只能是一纸空文，无法在实际生活中推行。“无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已。”^④ 不仅如此，法律的内容及其产生、发展变化无不源于社会经济生活之中。一定意义上讲，法律的历史只是社会经济生活历史发展的表现。

马克思主义的法律观是人类法学史上一项重要的遗产。它把法律与阶

① 马克思恩格斯全集·第3卷[M]·北京：人民出版社，1960：378.

② 马克思恩格斯全集·第3卷[M]·北京：人民出版社，1960：398.

③ 马克思恩格斯全集·第3卷[M]·北京：人民出版社，1960：70.

④ 马克思恩格斯全集·第4卷[M]·北京：人民出版社，1960：121-122.

级、国家、经济联系在一起加以考察，不仅为后人展示了分析法律现象的独特方法，也准确地解释了当时的社会历史背景下法律的实质。我们应当珍惜这份遗产，结合现代社会的法律，特别是本国法律的特点，去阐释法律的基本含义。

【材料一】法律文本中的法律概念辨析

提示：我们在理解法学著作和法律文件时，应当仔细分辨“法律”一词的含义。尤其在法律文本中，尽管使用同一“法律”词语，但含义不同，而且还意味着不同的法律效力。

《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）

第五条 中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。

第三十一条 国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。

第三十二条 中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利和利益，在中国境内的外国人必须遵守中华人民共和国的法律。

中华人民共和国对于因为政治原因要求避难的外国人，可以给予受庇护的权利。

第三十三条 凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。

中华人民共和国公民在法律面前一律平等。国家尊重和保障人权。

任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。

【材料二】法学著作中的“应然法”和“实然法”

提示：法律作为一种社会现象，对其既可以作事实判断，也可作价值判断，故在法学研究上有了应然法（Law as it ought to be）和实然法（Law as it is）的区分。这种法律的二元分类，还表现在理想法和现实法、形式（现象）的法律和内容（本质）的法律之分上。

亚里士多德：“法治应该包括两重意义：已成立的法律获得普遍的遵从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。人民可以服从良法，也可以服从恶法。就服从良法而言，还得分为两类：或乐于服从最

好而又可能订立的法律，或宁愿服从绝对良好的法律。”^①

西塞罗：“真正的法律乃是正确的规则，它与自然相吻合，适用于所有的人，是稳定的、恒久的，以命令的方式召唤履行责任，以禁止的方式阻止犯罪……要求修改或取消这项法律是亵渎，限制它的某个方面发生作用是不允许的，完全取消它是不可能的。”^②

马克思、恩格斯：“你们的观念本身是资产阶级的生产关系的产物，正像你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”^③

第二节 法的特征

前面我们简要介绍了“法律”一词的语义和语用。现在我们来描述法律的主要特征。法律的主要特征是指法律区别于其他社会规范（包括道德、习惯、宗教、政策等）的显著特点。我们把法律的主要特征概括为四个方面：（1）法律由国家制定、认可和解释；（2）法律是调整行为的规范；（3）法律以权利、义务、权力为基本内容；（4）法律是由国家强制力保证实施的社会规范。

一、法律由国家制定、认可和解释

国家专门机构的制定、认可和解释，是法律的第一个特征。这一特征表明了法律与其他社会规范，如道德、宗教规范、政党或其他社会组织的规章以及习惯、礼仪等的差别。例如，习惯和道德往往是人们在长期的共同生活中自发形成的；宗教教规是由各种宗教组织制定的；政党的政策是由政党的领导机构发布的。

（一）制定、认可和解释的含义

制定是指国家机关通过立法活动产生新的法律规范。通过这种方式产生的法律，称为制定法或成文法。认可是国家对已经存在的行为规则予以承认，赋予其法律效力。通过这种方式产生的法律，称为不成文法。国家认可法律主要有以下四种情况：（1）赋予社会上已经存在的习俗、道德、

① [古希腊] 亚里士多德. 政治学 [M]. 吴寿彭, 译. 北京: 商务印书馆, 1981: 199.

② [古罗马] 西塞罗. 论共和国. 论法律 [M]. 王焕生, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 120.

③ 马克思恩格斯选集. 第1卷 [M]. 北京: 人民出版社, 1972: 265.

宗教教规等法律效力，这是最常见的一种认可形式。例如，在英国，它的一些具有宪法性的制度主要是习惯形成的，包括国王统而不治、临朝而不执政，由多数党领袖负责组织内阁，内阁对平民院承担连带责任等。(2) 通过承认或加入国际条约等方式，赋予国际法规范域内效力。例如，中国政府自1979年以来先后签署了《消除一切形式歧视妇女国际公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《禁止酷刑国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会和文化权利国际公约》及《儿童权利公约》等。(3) 在判例法国家，通过对特定判例进行分析，从中概括出一定的规则或原则，并把这些规则或原则当做以后处理类似案件的根据，从而事实上赋予它们法律效力。(4) 赋予权威法学家的学说以法律效力，即在法律没有明文规定的情况下，允许援引权威法学家的学说作为处理案件的依据。例如，公元426年，古罗马皇帝曾颁布《引证法》，承认和赋予伯比尼安等五大法学家的著作具有法律效力。^① 法律解释是指有权的国家机关依照法定权限和法定程序，根据一定的标准与原则对法律的字义与目的所进行的理解与说明。

(二) 法律的权威性和普遍性

法律由国家制定、认可和解释表明法律具有权威性和普遍性。权威性指法律代表国家主权即最高权力的意志。这意味着法律是社会关系、社会交往、社会秩序的主要组织形式，任何人都没有凌驾于法律之上的特权，国家机构尤其要依法办事。普遍性是指在主权所及范围内普遍有效。中国的法律，在中国区域内具有普遍性。所有的法律，针对特定的空间区域而言，都是具有普遍性的。

二、法律是调整行为的规范

法律是调整行为的规范。这是法律的第二个特征。先看两段材料。

【材料一】 凡是不以行为本身而以当事人的思想方式作为主要标准的法律，无非是对非法行为的公开认可……对于法律来说，除了我的行为，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。我的行为就是我同法律打交道的唯一领域。^②

【材料二】 2004年1月1日凌晨，张三（化名）来到曾工作过的宁波

① 葛洪义主编：《法理学》[M]。北京：中国政法大学出版社，2004：84。

② 马克思恩格斯全集·第1卷[M]。北京：人民出版社，1960：14-16。

市鄞州区一家机械工具有限公司，潜入车间盗走粘度杯 208 只（价值 1477 元）。张三用自行车运赃途中被治安巡逻队员抓获，赃物追回并归还失主。2004 年 2 月 16 日，宁波市鄞州区人民检察院指控张三犯盗窃罪，向宁波市鄞州区人民法院提起公诉。法院认为，张三以非法占有为目的，秘密窃取他人财物，数额较大，其行为已构成盗窃罪。依照《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第 264 条之规定（盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金），法院判决张三犯盗窃罪，判处拘役 3 个月，并处罚金 1000 元。^①

（一）法律调整的对象是行为，不是思想

材料一说明法律约束行为，不约束思想。法律与道德或宗教规范的重要区别在于，法律仅仅调整和约束人的外在行为，而不调整和约束人的内心思想、情感。譬如，法律可以禁止和惩罚分裂国家、亵渎国旗的行为，但不能强制人们内心热爱祖国。法律是针对行为而设立的规则，因而它首先对行为起作用，首先调整人的行为关系。对于法律来说，不通过行为控制就无法调整和控制社会关系。所以，我们可以这样说，法律关心的问题是“行为”，法律与“思想”是没有关系的。

（二）法律的规范性

法律是调整人们行为的社会规范，具有规范性。法律的规范性是指它为人们的行为提供了一个模式、标准和方向。规范性主要包括以下几种含义：第一，法律是一种抽象、概括的规定，它适用的对象是一般的人或事而不是特定的人或事。这一点使法律与非规范性法律文件（如判决书）区别开来。第二，法律在生效期间是反复适用的，而不是仅适用一次。例如材料二所举的案例就是我国现行刑法适用于盗窃犯罪的结果。第三，它意味着同样情况同样适用，也就是通常所讲的“法律面前人人平等”的原则。^②比如，张三盗窃适用《刑法》第 264 条，李四盗窃了同样适用这一法律条文。第四，法律的构成要素中以法律规范为主。从法律的规范性中还可以派生出法律的其他一些属性，如法律的连续性、稳定性和效率性。

（三）法律规范的逻辑结构

法律规范与其他社会规范有着重要区别，其区别之处在于法律规范具有特殊的逻辑结构。从逻辑上说，每一法律规范都由行为模式和法律后果两个部分构成。行为模式是指法律规范中规定人们如何行为的部分。行为

① 浙江省宁波市鄞州区人民法院刑事判决书 2004 年第 232 号 [S]。

② 沈宗灵主编：《法理学》[M]。北京：北京大学出版社，2002：29。

模式并不是实际行为本身，它并没有实际行为中的具体细节。行为模式大体上可以分为三类：可以这样行为；应该这样行为；不应该这样行为。这三种行为规范也就意味有三种相应法律规范：授权性法律规范；命令性法律规范；禁止性法律规范。后两类法律规范可以合称为义务性规范。法律后果是指法律规范中规定人们在作出符合或不符合行为模式的要求时应承担的结果的部分。行为结果可以分为两种：第一，肯定性法律后果；第二，否定性法律后果。^①例如，我国刑法中盗窃罪的行为模式是“任何人不能以非法占有为目的秘密窃取他人财物”；而“盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金”则是法律后果。

三、法律以权利、义务为基本内容

法律的第三个特征是它以权利、义务为基本内容。我们以《宪法》文本为范例来分析法律的这个特征。

第十二条 社会主义的公共财产神圣不可侵犯。

国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。

第十三条第一款 公民的合法的私有财产不受侵犯。

第三十五条 中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。

第四十六条第一款 中华人民共和国公民有受教育的权利和义务。

法律的要素以法律规范为主，而法律规范中的行为模式以授权、禁止和命令的形式规定了权利和义务。依据《宪法》第12条规定，不得“用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产”。是任何组织或者个人的义务。这是一条禁止性法律规范。《宪法》第13条第1款表明公民享有“私有财产不受侵犯”的权利，这是一条授权性法律规范。《宪法》第35条也是一条授权性法律规范。第46条第1款既是授权性法律规范，又是义务性法律规范。法律以权利、义务为基本内容使它与道德、宗教、习惯相区别。道德和宗教一般说来是以人对人的义务或人对神的义务为内容。习惯是人们在长期共同劳动和生活过程中自发形成的、世代沿袭并变成人们内在需要的行为模式，依习惯行事是无所谓权利和义务的。有的社会规范

^① 沈宗灵主编：《法理学》[M]。北京：北京大学出版社，2002：33。