



远程教育法学教程 第一辑

东南大学

法理学概论



● 顾大松 编著

东南大学
出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学概论 / 顾大松编著. — 南京: 东南大学出版社, 2002. 9

(东南大学远程教育法学教程)

ISBN 7-81089-030-1

I. 法... II. 顾... III. 法理学—概论—中国—
—远程教育: 高等教育—教材 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 066081 号

东南大学出版社出版发行

(南京四牌楼 2 号 邮编 210096)

出版人 宋增民

江苏省新华书店经销 南京玉河印刷厂印刷

开本: 850mm × 1168mm 1/32 印张: 8.25 字数: 230 千字

2002 年 10 月第 1 版 2003 年 8 月第 2 次印刷

印数: 3001-5500 册 总定价: 66.50 元

(凡因印装质量问题, 可直接向发行科调换。电话: 025-3795802)

目 录

第一章 法学绪论	(1)
第一节 法学教育的目标	(1)
第二节 法学的研究方法	(8)
第三节 法学的历史	(22)
第二章 法的历史发展	(37)
第一节 法的起源	(37)
第二节 法的发展	(45)
第三节 法律意识	(62)
第四节 法治	(67)
第三章 法的本体	(75)
第一节 法的概念	(75)
第二节 法的特征	(85)
第三节 法的分类	(91)
第四节 法的要素	(98)
第五节 权利和义务	(106)
第六节 法律关系	(121)
第七节 法律行为	(127)
第八节 法律责任	(133)
第九节 法律制裁	(147)

第四章 法的运行	(158)
第一节 立法.....	(158)
第二节 执法.....	(179)
第三节 司法.....	(195)
第四节 法律解释.....	(212)
第五节 法律推理.....	(221)
第五章 法与社会	(239)
第一节 法与政治.....	(239)
第二节 法与经济.....	(245)
第三节 法与科技.....	(254)

第一章 法学绪论

第一节 法学教育的目标

伴随着我国第一次国家统一司法考试的步伐,以及紧锣密鼓的法官职业化进程,我国法学界有关法律职业共同体的讨论正从学者的话语转变为现实的制度构建,有关法学教育对于法律职业共同体的重要性开始为法学界所重视,如在2002年8月于黑龙江省牡丹江市召开的“中国法治之路与法律职业共同体”学术研讨会上,学者们就提出了这样的警示:法学教育不是培养“考试匠”,而是培养法律职业人,法治的理念与价值追求是法学教育不可缺少的重要内容。因为这在我国台湾地区有着前车之鉴:部分法学院本科的学生从上学第一天起就不再上课而是参加司法考试的培训班,把应付司法考试作为学习的目的。

一、构建法治社会的法律职业共同体

法律职业共同体是人类发展到近现代后产生的基础性社会结构成分,它不是孤立的,不可能脱离社会现实单一地发展。社会的进步为法律职业共同体的产生创造了必要的条件:市场经济的发展,对法律普遍要求的社会现实;民主政治的完善,使法律成为权利救济的手段;人们法治观念的加强,使越来越多的人采用法律的手段维护自己的合法权益。法制的健全与完善使法律的技术性越来越强,职业化程度越来越高,最终导致了法律职业共同体的产生与发展。

虽然各国由于历史传统和制度构成不一,法律职业的分类不同,但法官、检察官、律师、法学学者这四类最具典型性的法律职业大体是各国法律职业共同体的核心,虽然其边缘还有大量的辅助职业和相关职业者,但这四类人基本上主持着法律的运作,并且是法治理念和法律精神的主要载体。而从法治发达社会的实践看,法律职业是一种具有特殊品质的专门职业,在社会分工体系中,它与医生、工程师、会计等职业相似而不同于商人、护士、社会活动者、士兵和警察等。具体说来,一个理想的法律职业应该具备以下四种有机联系的品质:

1. 掌握专门的法律知识和技能

法律职业与其他专门职业一样,都是以专门的知识 and 技能作为自己的力量源泉的群体。“知识就是力量”,这句话最适合于像法律职业这样的专门职业,也最应该为专门职业的从事者所信奉。由于拥有专门的知识 and 技能,就使得专门职业者能够做普通人无法胜任而又必须面对的事。例如,工程师能够为人们设计建造安全的大桥、耐久的建筑和舒适的房屋,医生能够为患病者作出诊断治疗、为健康者提供防病指导。同样,法律职业如律师则能够为人们妥善地安排法律事务,帮助人们行使和保护权利,使之免遭侵犯。尽管法律职业由于掌握的是法律领域的专门知识和技能而有别于其他专门职业,但是,这种知识 and 技能的专门性,都使它们有别于其他普通职业。而且,法律职业所需要的专门知识 and 技能的获得,也是长期学习和训练的结果。诚如英国法官科克所言:“法律是一门艺术,在一个人能够获得对它的认识之前,需要长期的学习和实践。”随着社会生活趋于复杂多样,对从事法律职业所需要的学习和训练的要求,也越来越高。

2. 致力于社会福祉

法律职业与其他专门职业一样,必须在自己的旗帜上写上为社会服务的大字。尽管专门职业者所掌握的专门知识和技能是他们取

之不尽的力量源泉,但是这种潜在的力量要转变为现实,取决于社会对他们的信任,而社会信任的基础,则是他们愿意运用自己的专门知识和技能为实现社会幸福服务。法律职业者不应该是惟名利是从的市侩,而应该是社会正义的追求者、社会制度的“工程师”。法律职业应该是一个对社会、对人生负责、尽职的群体。为社会服务,应该成为法律职业的核心理念,成为法律职业最根本的价值追求。在法律职业的精神境界中,应该特别强调的是利他主义的伦理性。在现代法治社会中,法律职业甚至被作为制衡庸俗的商业文明和喧嚣的平民政治的“法律贵族”或“学识贵族”,并因此而由国家彰显其地位。

3. 实行自我管理

法律职业与其他专门职业一样,是一个自主、自律的职业群体。在现代社会,大凡专门职业,都会实行程度不同的自我管理,并拥有各种重要的自主、自律手段。诸如确定职业准入的条件、制定职业伦理规则、规定收费标准、进行纪律惩戒等,都应该在不同程度上属于法律等专门职业自主决定的范围。法律等专门职业的自我管理,首先是社会分工的结果,是专业特性的要求。由于法律等专门职业需要专门的知识 and 技能,普通人根本无法就专业领域内的事项作出合理的判断。对于专业领域的事项,只有通过专业内部的同行评议,通过专业从事者的自主判断,才能保证有适当的安排和处理。其次,法律等专门职业的自我管理,也是社会赋予的特权。作为这种特权的基础,则是在社会和专门职业之间达成的一种“历史交易”:职业者以自己的专业知识和技能为社会服务,而社会则向他们回馈以相应的荣誉、地位、便利等各种只有职业者才享有的“特权”。在法治和法律职业之间显然存在着的一种“共生”关系:法治以法律职业为运作的载体,法律职业则维护法治并从中获得成就。

4. 享有良好的社会地位

法律职业与其他专门职业一样,是一个为社会所尊重的群体。在现代社会,法律等专门职业往往具有很高的社会地位,之所以如

此,是因为:它们所拥有的为社会生活所必需的专门知识和技能,使它们握有影响社会的强大力量;它们所追求的以增进社会福祉为己任的理想,使它们具有高尚的职业情操;而专门的知识技能与为社会服务的职业精神的结合,又使它们在社会中享有令人羡慕的自治“特权”。为什么人们总是向往并努力成为法律等专门职业的一员,原因就在于它们是由社会精英组成的团体,在于作为精英团体的成员,将会得到社会其他成员的尊重。

基于上述我们对法律职业所应具备的特质的相关认识,我们可以注意到,法学教育在促进法律职业共同体的形成过程中发挥着关键性的作用,尤其是对法律职业共同体的法治理念及法律知识技能的形成方面有着至关重要的作用。

二、培养法律人的常人意识

法治的发展需要一批有着共同法治理念及法律知识技能的“法律人”,而且法治也是以法律家的形成为标志之一的,但是,我们并不能就此作出判断:法学教育的目标即是法律精英教育。因为,法律人的常人意识也是法学教育所应注重的。专家意识有时会成为法律实施的障碍,如西方国家设立陪审团制度的原因之一就是制度设计者考虑到法官囿于专业思维,难免有时会出现这样的职业病:只知法律条文,忘却社会良心,刻板固执,不通情达理。因此就专门选拔一些品行端正、未有前科、也未曾系统学过法律的普通公民组成陪审团,让这些“法盲”摸着心口凭着良心来判断被告的行为是否犯罪或是否有过错。法律必须要和平常人的良心保持一致。因为它是靠人们的普遍认同、遵守才会发生作用,正如托克维尔在《论美国的民主》一书中所说的:法不外乎民情。同时我们也注意到,历史上正确考虑人性因素的法制度往往是较好的制度设计。

在西方法治传统的形成过程中,性恶论的先验认识就发挥了积极的作用。柏拉图早年认为人的本性是善良的,所以幻想让哲学家

当国王,依照良好的知识道德而不是法律治理国家。但到了晚年,柏拉图发现人的本性并非他所说的那样善良,因此,他提出了人性总是贪婪自私的观点,主张在人性尚不能向善的情况下,只好暂时采用法治。他的学生亚里士多德则完全抛弃了性善论信条,径言人的本性是贪婪自私的,需用法治加以约束,而掌握权力的人的本性更容易暴露罪恶,所以必须以权力制约权力。西方的法治思想就是这样从假定人性恶的基础上启动起来的。基督教产生后,其“原罪”说更使西方人坚信人性本恶,需要用外在的力量加以抑制。中世纪教权与王权的并立、冲突,也强化了西方社会权力制约的认识。因此,近代资产阶级革命成功后,作为西方法治基础的宪法的理论前提是对人性和权力的不信任,由于对国家权力的不信任,西方社会制定宪法,要求国家权力必须在宪法的轨道上运行。为了防止权力作恶,宪法采用了两种办法:一是将国家权力分切成立法、行政、司法等不同部分,让它们相互制约,“以恶治恶”。二是划定公民的权利范围,严防国家权力非法干涉,随意侵犯,“以权利制约权力”。

相反以性善论为指导思想的中国古代法制发展就不是那么理想,尤其是在促进中华大地的法制生成问题上起了负面的作用。战国时期,儒家道性善,法家说性恶。几经较量,在汉武帝“罢黜百家,独尊儒术”之后,性善论占了上风,特别是宋代《三字经》问世,开宗明义便说“人之初,性本善,性相近,习相远”,这一观念在中国几乎家喻户晓,性善论深深地植根于中国人的心灵,从而把中国推向了崇尚人治、轻视法治的泥潭。性善论把人心视为一切美好价值观念的源头,从而把治理国家看做是“修身、齐家、治国、平天下”的道德修养过程,不是努力通过建立、完善外在的规范和制度去约束人的行为,相反却是尽力向内心挖掘,试图通过提高人的觉悟来建立一个君子国。因此,就人的本性而言,是不需要法律的,“以孝治天下”、“以德治天下”是最好的治国方式。统治者懂不懂法无关紧要,只要个人操行优良即可,“内圣”方能“外王”。统治者就是道德楷模,对他不需要防范、

警惕,相反,愈是让他尽心放性,他就愈能实施德政,从而为厉行“人治”、排斥“法治”打下了基础。

法律制度的发展以及法治社会的成功经验,都使我们意识到,法律是以人为本的,正如古希腊哲人曾经宣告的那样:人是万物的尺度。马克思主义哲学所追求的终极目标——人的自由,也是与此相通的。因此,作为马克思主义法学教育,其目标也必然关注法律中的人性因素,因此,培养法律人的常人意识即是其题中应有之义。

*

*

*

阅读材料

“法律共同体宣言”(节选)

强世功

.....

这个共同体是由这样的一群人构成的:

他们是一群刻板而冷峻的人,如同科学家一样,他们孜孜研究自己的发明工具,努力提高这种工具的性能和技术,他们希望这个工具扶助弱者保护好人,但即使服务强者放纵坏人,他们也无动于衷,他们称之为形式理性。

他们是一群唯恐天下不乱的人,他们对于那些为两毛钱打官司的锱铢必较者大加赞赏,他们看到那些“知假买假”、“打假护假”的王海式的“刁民”以及为履行合同要割下他人胸前一磅肉的夏洛克就喜形于色,他们不断地鼓励人们滋事生非,还美其名曰“为权利而斗争”。

他们是一群虔诚的人，如同教士信守圣典一样，他们也信守自己的圣典和教条，他们小心翼翼地解释这些圣典上的文字，即使这种解释似乎显得不合时宜，但是他们毅然坚信：信守伟大的传统比媚俗更符合这种圣典的精神，他们把这种死板的愚忠称为“坚持正义”。

他们是一群神秘的人，如同秘密社会，有自己的切语和暗号，有自己的服饰和大堂，他们不屑于使用日常语言，他们把鸡毛蒜皮的小事上升在神圣的原则层面上来讨论，外人并不知道他们在说什么，为什么这样说，他们把这种以远离日常生活的方式来关注日常生活称之为“专业化”。

这是一群可怕的人，我们看不清他们的面目，他们仿佛像一个巨大的黑色的幽灵，游荡在我们的社会中。从身居要职的政治家到街头演说家，从道德说教的人文知识分子到理性最大化的经济学家，从从事经营活动的资本家到目不识丁的乡村小民，都在不断地谴责他们、批判他们。

在政治家看来，他们是政治秩序中异己的力量，对政治统治权威的合法性时时构成挑战；而在街头演说家看来，他们是暴虐的帮凶、专制的工具；在人文知识分子看来，他们仿佛是一台机器，没有情感和良知，没有任何人文的关怀，这正是现代人文精神丧失的明证；在那些理性最大化的经济学家看来，他们仿佛是一堵墙，惟一的作用就是增加了社会交易的成本；在商业资本家来说，正是这些人妨碍他们为追逐最大利益而实行垄断；而对于目不识丁的小民来说，他们仿佛是高高在上的遥不可及的神。

然而，无论人们在情感上如何反感他们，人们越来越意识到自己的生活中已经离不开他们。人们正在怀着矛盾的心情来接近他们，接近这些出没在公司、饭店、宴会、酒席上的律师，这些活跃在课堂、讲坛、媒体上的法学家，以及那些深居简出的法官。这些人正在不断地聚集起来，形成一个独特的共同体，那就是我们这个时代最伟大共同体——法律共同体(legalcommunity)，它既是现代社会的产物，同

时也是现代社会秩序的维系者。

.....

——载于《北大法律周刊》第 21~24 期

阅读上文之后,请思考如下几个问题:

1. 法律职业共同体应该具备哪些特征?
2. 法律职业共同体的构建过程中,法学教育应发挥什么作用?
3. 联系我国统一司法考试的出现以及法官职业化改革,思考我国法律职业共同体的构建。

第二节 法学的研究方法

方法,在古希腊语中,即“通向正确的道路”之意。掌握了好的研究方法,有着事半功倍的效果。要正确地运用法学研究方法,我们应首先注意法学研究的对象。

一、法学以应然法、实然法以及作为社会事实的法为研究对象

在国内大多数教科书里,著者往往笼而统之将法学研究的对象归之于“法律现象”——既纵向研究法的产生、发展及其规律,又要横向研究不同法律制度,既要研究法的内在方面,又要研究法的外在方面……总之,凡属与法有关的问题和现象都在法学研究的范围之内。这样笼统的概括看似全面,却难以避免陷入循环定义的怪圈:法学以法为研究对象,而法却是因为法学而界定其范围的。因此,很难总结出法学独特的研究方法。

根据法学发展的历史经验及现实进程,我们认为,学科的性质决

定学科的研究方法,而学科的对象及领域决定了学科的性质。

法学是以应然法、实然法以及社会事实作为研究对象的。所谓应然法,回答法律应当是什么样子,关注的是法律的理想和价值,这是法学形成之初的自然法学派及其他学科如政治学等研究法学问题的切入点。所谓实然法,回答法律实际上是什么样子,关注的是律令和技术,这是以奥斯丁为首的分析法学派在“法即主权者命令”口号下将法学从其他学科中分离出来的成果。而所谓社会事实,是在法学研究对象在应然法与实然法之外的扩展,因为法学家们注意到,应然法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,但即使法律在道义上是正当的,在意思是明确的,这种法律不一定能有作用。法学家们认为,法律也许能够改变社会,但社会更能改变法律,换言之,社会改变法律的力量更强大。因此,法律不应仅仅被当作一个道德规范或实然规范来研究,而更应当作为社会事实来研究,也只有这样才能发挥法律的作用。将法律作为一种社会事实来看待,这是 19 世纪以来大行其道的社会法学派的研究重心。

因此,我们可以将法学的研究方法归结为三类:价值分析方法;逻辑分析和语义分析方法;社会实证研究方法。

二、价值分析方法

在政治理论和法学理论的文献中,价值经常被定义为值得希求的或美好的事物。例如,安全、福利、知识、声誉、德行等都是一般人所希望得到的,因而,它们便被视为价值的存在形态。广义的价值概念还包括人们心目中关于美好事物和理想状态的观念以及关于什么是“正当”的评价标准即价值准则。运用一定的价值准则去评判、衡量某种事物或状态就形成了价值判断。从价值关系的角度来看,任何社会规范都是一种价值准则,因为它作为一种规范必然会要求人们做出某种行为或禁止做出某种行为。在这里,前一种行为被认为

是正当的,是有价值的,后一种行为则被认为是非正当的,是无价值的或负价值的。法作为调整社会生活的规范体系,它的存在本身并不是目的,而是实现一定价值的手段。也就是说,社会中所有的立法和司法活动都是一种进行价值选择的的活动。当立法者们为人们确定权利义务的界限时,他们实际上就是力图通过保护、奖励和制裁等法律手段来肯定、支持或反对一定的行为,从而使社会处于一种在立法者看来是正当或理想的状态。当一个法官在解决法律纠纷时,他实际上就是适用法律所提供的价值准则在冲突的利益中做出权威性的选择,因此,他可以用减少或剥夺某些人的财产、自由、安全和生命的办法来增加或保护另一些人的财产、自由、安全和生命。正因为法与价值之间有着这种不可分割的联系,所以,价值分析就不能不成为法学研究的重要方法。

在马克思主义的实践哲学看来,在社会科学中完全排除价值因素是不可能的。对于法学来说尤其如此。这主要是因为,首先,法作为调整社会利益关系的规范体系,其本身就是一定价值观念的体现。法所以要对一些行为予以保护而对另一些行为予以制裁,就是因为法之中隐含着一套价值准则,凡是被这种价值准则所肯定的行为,就得到法的保护;反之,则受到制裁。因此,法学理论的一个首要任务就是对各种利益进行评价并确定它们在价值序列中的相应位阶,当发生利益冲突时,还要提供一种在其中进行取舍的原则。也就是说,法学理论必须回答在利益关系中,哪些利益应当受到保护,应当保护到什么程度,哪些利益应当受到限制,应当限制到什么程度。如果一个社会的法学理论不能承担起这一任务,那么,立法就成了立法者个人的随意活动,这对于任何人都是极危险的事情。其次,包括法学在内的社会科学研究,其目的不仅仅是描述世界,更重要的问题是改善世界。这是马克思主义法学的基本主张。如果法学理论在改善世界的问题上毫无用处,那么,法学自身的价值也就成了问题。如欲改善世界,价值判断就不能回避也不应回避。对于法学家来说,他们必须

为此发挥两方面的作用。一方面要为现存法律秩序的评价和批判提供一套价值准则,从而使人们能够有目的地对法律制度并通过法律制度来对社会进行改造;另一方面,还要为未来的社会提供一种法的理想并以此作为引导人们走向未来的价值目标。

以马克思主义哲学为指导的法学,在进行价值分析时自然应当以无产阶级和人民群众的需要为出发点,在这个意义上,马克思主义法学的价值分析方法与阶级分析方法是相通的。

三、逻辑分析和语义分析方法

在分析法学派的鼻祖——奥斯丁等人看来,法是主权者的命令,他们严格区分“法律应该是什么”和“法律实际上是什么”,严格区分法律和道德,法学的任务是研究法律,而不管它道德上的善与恶,也就是后人所谓的“恶法亦法”。因此逻辑分析和语义分析方法是分析法学派的基本方法。

分析法学派将逻辑分析方法作为法学研究的基本方法,其基本理由在于其“法乃主权者命令”的理念,在此理念之下,法本身就是一种由各种规则构成的内在统一、结构严谨的体系,运用各种逻辑分析方法如归纳与演绎、分析与综合、比较与分类、科学抽象法、数学模型法等即可全面准确地了解法的内容和形式,并对法体系中不符合逻辑的部分予以指正,以实现一国法律规范的体系完密。

在分析法学派的哲学根源——实证主义看来,语言的功能不仅是一般性地交流思想,其本身也构成分析的对象,因此对作为一种思想承载方式的语言进行分析则会确定语言在法律发展中的作用。如何正确地使用和解释法律用语,就直接与秩序和人们的切身利益联系在一起了,如果不能合理地对法律用语进行解释,或者法律本身就是语义含混和前后矛盾的,那么,法律就难以承担起自己的使命。这时,法律就不能充分地保护它所应当保护的利益,也不能有效地制裁它应当制裁的行为,在利益关系高度复杂化的现代社会,就更是如

此。另外,在建构法学理论、表达法学观点的学术活动中,如果不能准确和合理地使用各种概念和术语,也会引起思想交流的障碍和理论的混乱。因此,近、现代法学十分注重语义分析方法的运用。

四、实证分析方法

作为社会事实的法也是法学的对象,因此作为社会法学派的基本研究方法——实证分析方法,也是法学研究的一种基本方法。实证分析方法,其主要特点就是通过对经验事实的观察和分析来建立和检验各种理论命题。所谓经验事实,指的是可以通过人们的直接观察或间接观察被发现的确定的事实因素。对于法学的实证研究而言,经验事实包括与法律的制定和实施有关的一切社会事实。在法学研究中,可资运用的实证分析方法有许多具体形态,其中最主要的有以下几种:

1. 社会调查的方法

社会调查是法学进行实证研究的最基本的方法。为了使我们的法学研究摆脱理论脱离实际的不良学风,大力开展社会调查是非常必要的。法学所需进行社会调查的课题和范畴是极其广泛的,诸如治安状况的调查、社会组织的调查、法文化的调查、法行为的调查、法实效的调查、法角色的调查和风俗习惯的调查等等。社会调查的方式也是多种多样的,一般可分为普遍调查、抽样调查、典型调查和个案调查四种。为了使社会调查达到预期目的,法学工作者在选择一种调查方式(如典型调查或抽样调查等等)之后,还必须学会熟练地运用一些接触事实、收集资料的技术性方法,如观察法、实验法、参与法、访谈法和问卷法等等。这些技术性方法只有经过专门的学习和训练才能准确地掌握。调查者如果不具备这方面的知识,则调查结果的可靠性和根据调查结果所做出的推论的科学性就很难保证。

2. 历史考察的方法

一切社会现象都有其产生、发展的历史。如果抛开历史的联系,那么,无论是经济现象、政治现象、宗教现象还是法律现象都不可能得到正确的理解和把握。正如列宁所指出的那样:“要非常科学地分析这个问题,至少应该对国家的产生和发展作一个概括的历史的考察。在社会科学问题上有一种最可靠的方法,它是真正养成正确分析这个问题的本领而不致淹没在一大堆细节或大量争执意见之中所必需的,对于用科学眼光分析这个问题来说是最重要的,那就是不要忘记基本的历史联系,考察每个问题都要看某种现象在历史上怎样产生。在发展中经过了哪些主要阶段,并根据它的这种发展去考察这一事物现在是怎样的。”^① 进行这种历史的考察可以使我们从总体上把握法与经济、政治、文化相互作用的历史脉络,加深我们对历史唯物主义法律观的理解并为研究现实问题打下坚实的理论基础。

3. 比较的方法

对法现象的比较研究一般可分为两种形式,一种是横向的比较,一种是历史的比较。横向的比较是法学中最常用的比较方法,其中国际间的比较已发展成为法学的一个独立分科,被称为比较法学。由此足见比较方法在法学研究中的重要地位。然而,国际间的比较并不是横向比较研究的惟一形式,对国内不同地区的法现象也可以进行比较研究,如比较研究不同地区的治安情况,比较研究城市和农村中法的实效,比较研究沿海发达地区和内地不发达地区的法意识等等。历史的比较是按照法现象的时间顺序进行比较研究。通过对不同历史类型法制以及同一类型中不同时期法制度的比较研究,我们可以从中得到很多具有启发性和实用性的知识。这无论对于法制建设还是对于法学理论的完善都大有裨益。

^① 《列宁选集》,第4卷,第26页。