



公法系列教材

法理学导论

作为法学的入门教材，本书重在为法科学生提供入门的法学知识，培养学生的基本法学意识，训练学生的法律思维方式和能力。

舒国滢 ◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D90
202



法理学导论

作为法学的入门教材，本书旨在为法律专业学生提供入门的法学知识，培养学生基本法学意识，训练学生的法律思维方式和能力。

主 编 舒国滢

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

马 茵 王宏哲 王称心

王夏昊 王新宇 白 晟

张 莉 宋在友 侯淑雯

柯华庆 蒋立山 舒国滢



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法理学导论/舒国滢主编. —北京:北京大学出版社,2006.6

(公法系列教材)

ISBN 7-301-10634-3

I. 法… II. 舒… III. 法理学-高等学校-教材 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 035886 号

书 名: 法理学导论

著作责任者: 舒国滢 主编

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 7-301-10634-3/D·1476

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

890 毫米 × 1240 毫米 A5 10.25 印张 297 千字

2006 年 6 月第 1 版 2006 年 9 月第 3 次印刷

定 价: 20.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序 言

《法理学导论》乃为大学法科一年级学生所编写的教材。自2006年起,吾校法理学课程分两段教学:其一,为大学一年级法科学生开设“法理学导论”,其二,为大学三年级学生开设“法理学原理”,其间也穿插向所有本科生开放的“法理学研讨班”课程。为适应这一教学安排,法理学的本科教材就分为两本:一本是《法理学导论》,另一本是《法理学原理》。本人勉为其难,承担第一本教材的主编,负责组稿、撰稿和全书统稿之任。

近年我国一些高校法律院系开始尝试法理学的分段教学,且已有相应的教科书刊行。总体看来,这些教材的编写尚处在探索阶段,未形成一定之规,本教材亦属尝试之作。我们在安排其结构体例时曾考虑如下因素:其一,作为法学的入门教材,其重在为法科学生提供入门的法学知识,为学生进一步学习法学专业课程打下基础,重在培养学生的基本法学意识,训练学生的法律思维方式和能力;其二,参照执行教育部《法理学教学指导纲要》的要求,吸纳融合其知识点;其三,参考历年国家司法考试大纲有关法理学部分的内容;其四,以法理学界达成的基本共识为基础,适当体现吾校教学与研究的特色;其五,本教材与《法理学原理》在内容结构和理论深度上有适当分工,有关法本体论、法价值论和法学方法论中更深层次的理论问题,交由后者来处理。

基于上述考量,本教材各章作者力求删繁就简,侧重基本概念、问题和知识的辨析、梳理和阐释。此外,我们对一些颇有争议的概念和问题组织多次内部的讨论,形成多数人认同的意见,而在存疑之处,则通过脚注反映学界的争论和我们内部的不同看法。这样处理,主要是为了教学的需要,我们不能把教科书写成“观点争议”的汇编,同时也不能在教材中强行将一己之见确定为普遍的知识范式。我们在每一章后面附加“本章要点”,将各章之重点知识、概念或问

题予以归纳,意在帮助学生阅读时加深理解或进一步思考。

本人一直认为,法理学乃法律思想精华之凝结,殊难以教材形式编写之。从根本上讲,法理学思想散见于历代思想家的论著之中,而一切所谓法理学教材只不过是对于这些论著之思想的复述和整理。自然,本教材也是这样一种复述和整理的产物。尽管如此,我们这些编者仍然不敢对法理学之题材有丝毫的怠慢,而尽力以专业的标准对待法理学所涉及的论题。如果本书尚有缺憾,实非编写者态度不诚,乃力有不逮尔。

全书编写的分工为(以章节先后为序):

舒国滢(中国政法大学教授、博士生导师):引论,第一章,第七章,第八章;

白 晟(中国政法大学副教授):第二章,第三章;

侯淑雯(中国政法大学教授):第四章,第十章;

王夏昊(中国政法大学副教授):第五章;

王称心(中国政法大学副教授):第六章;

宋在友(中国政法大学副教授):第九章,第十七章;

马 茵(中国政法大学讲师):第十一章;

柯华庆(中国政法大学副教授):第十二章;

王宏哲(中国政法大学讲师):第十三章;

张 莉(中国政法大学讲师):第十四章;

蒋立山(中国政法大学副教授):第十五章,第十八章;

王新宇(中国政法大学讲师):第十六章。

本教材顺利完稿,端赖吾校法理学研究所全体同仁齐心协力、精诚合作。对大家的相携相助,深表谢意。同时,对北京大学出版社邹记东副主任和白丽丽编辑为本教材所给予的支持和努力,亦一并致谢。

舒国滢

2006年4月于北京

前 言

随着我国市场经济的发展和经济管理体制的完善，税收法律制度也在不断的改进，新的税收法规、政策陆续公布实施。为适应经济形势不断发展的需要，企业管理人员必须不断更新纳税与税务筹划知识。本书正是为满足这种需求，通过对典型企业的调查研究，在总结多年教学经验的基础上而编著的。

本书的特点是立足于“新”、侧重于“用”。“新”是以现行的税收法规制度为依据，并吸收到最新研究成果编写；“用”是针对企业纳税的实际需要，重点突出“实用性”，以较大篇幅论述各种应纳税额的计算与缴纳，以及纳税筹划的实际操作方法和案例分析。

本书主要是高等院校经济管理专业的教科书，也是企业家、经理人、税务工作者、财会人员以及注册税务师、注册会计师的执业参考书。

本书由东北财经大学会计学院副教授、硕士生导师傅胜编著。辽东学院教授张士元、东北财经大学会计学院研究生赵欣燕参加了本书的整理工作。

作 者
2005 年 5 月

目 录

引论	(1)
第一节 法学	(1)
第二节 法学思维与法学方法	(7)
第三节 法理学	(11)

第一编 法学的基本概念

第一章 法	(23)
第一节 法的名称	(23)
第二节 法概念的争议	(25)
第三节 法的特征	(28)
第四节 法的作用	(37)
第二章 法的内容与形式	(45)
第一节 法的内容与形式的概念	(45)
第二节 法律权利与法律义务	(48)
第三节 法的成文形式与不成文形式	(56)
第四节 法系	(61)
第三章 法的渊源与法的分类	(66)
第一节 法的渊源的概念	(66)
第二节 正式法源	(70)
第三节 非正式法源	(78)
第四节 法的分类	(85)
第四章 法的效力	(89)
第一节 法的效力概述	(89)
第二节 法的时间效力	(92)

第三节	法的空间效力	(96)
第四节	法的对人效力	(98)
第五章	法律规范	(101)
第一节	法律规则	(101)
第二节	法律原则	(109)
第六章	法律体系	(120)
第一节	法律体系与法律部门的概念	(120)
第二节	当代中国的法律体系	(126)
第七章	法律行为与法律意识	(134)
第一节	法律行为	(134)
第二节	法律意识	(142)
第八章	法律关系	(147)
第一节	法律关系的概念	(147)
第二节	法律关系主体	(151)
第三节	法律关系内容	(154)
第四节	法律关系客体	(156)
第五节	法律事实	(159)
第九章	法律责任与法律制裁	(162)
第一节	法律责任的概念	(162)
第二节	法律责任的分类与竞合	(163)
第三节	法律责任的归结和免除	(168)
第四节	法律制裁	(172)

第二编 法的运行

第十章	立法	(181)
第一节	立法与立法体制	(181)
第二节	立法程序	(186)
第三节	规范性文件的系统化	(190)

第十一章 法的实施	(194)
第一节 执法	(194)
第二节 司法	(198)
第三节 守法	(203)
第四节 法律监督	(207)
第十二章 法律推理	(214)
第一节 法律推理概述	(214)
第二节 演绎法律推理	(216)
第三节 类比法律推理	(219)
第四节 法律推理的价值	(224)
第十三章 法律解释	(230)
第一节 法律解释的概念	(230)
第二节 法律解释的目标与方法	(234)
第三节 当代中国的法律解释体制	(238)
第十四章 法的实现与法律秩序	(247)
第一节 法的实现	(247)
第二节 影响法的实现的因素	(249)
第三节 法律秩序	(254)

第三编 社会中的法

第十五章 法的产生与演进	(261)
第一节 法的产生	(261)
第二节 法的演进	(268)
第三节 法的继承和法的移植	(274)
第十六章 法与其他社会现象	(280)
第一节 法与经济	(280)
第二节 法与政治	(285)
第三节 法与科学技术	(287)
第四节 法与文化	(289)

第十七章 法与其他社会规范	(293)
第一节 法与道德	(293)
第二节 法与宗教	(297)
第三节 法与习惯	(299)
第四节 法与政策	(302)
第十八章 法制与法治	(306)
第一节 法制	(306)
第二节 法治的概念	(308)
第三节 法治国家的构成要素	(310)
第四节 法治国家的实现途径	(316)

引 论

第一节 法 学

一、法学的概念

所谓法学,就是研究法律现象的知识体系,是以特定的概念、原理来探求法律问题之答案的学问。也可以说,法学是一门实践学问,实践知识,即通过“实践之思”获取的知识。按照古老的知识分类,人类的知识可以分为“理论知识”(纯粹知识)和“实践知识”(拉丁文 *prudentia*, 英文 *practical knowledge*),后者包括宗教知识、伦理知识、政治知识、法律知识,等等。而近代以来,学问又大体上分为自然科学、社会科学和人文学科;一般认为,法学属于社会科学。^①

从历史上看,作为实践知识的法学只是在特定的历史条件下才得以产生的。在中国,先秦时期就有所谓“刑名法术之学”,其后有专事注释法律的“律学”兴盛。总体上看,中国传统的律学是与成文法同时产生并同步发展的,它作为成文法的附属物,与立法解释和司法解释分不开,它研究具体的法律原则,阐述法律的宗旨、名词术语,解决法条对具体案件的适用等问题。具体而言,律学探讨律(法典)与例(判例)之间的关系,条文与法意的内在联系,以及立法与用法、定罪与量刑、司法与社会、法律与道德、释法与尊经、执法与吏治、法源与流变等各个方面问题。在注释和研究方法上,律学具有如下特点:(1) 重视逻辑归纳,而较为轻视逻辑演绎。中国传统的思维偏于形象思维,强调直观感悟,所以在注释法律时也注重归纳,即从个别

^① 关于法学是否属于社会科学,其实颇有争议。参见舒国滢:《寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式》,载《法学研究》2005年第3期;另见郑戈:《法学是一门社会科学吗?》,载《北大法律评论》第1卷第1辑,法律出版社1998年版,第19页及以下页。

对象具有某种属性的知识而推导出一般的结论。而演绎则强调从一般性的知识推导出个别对象的属性。(2) 重视考据, 轻视理性论证。律学偏向引经据典、罗列材料, 而较缺乏分析性的、论辩性的结论。(3) 重视实用技巧, 较为轻视学理阐释。律学的知识大多是古代的官吏或私家注律者对法律实践中的经验的总结, 所以一直体现着“务实的”性质, 更多地表现为司法官的办案技巧, 所以理论色彩比较淡。(4) 重视刑事, 轻视民事。中国传统法律文化较为注重刑事法律, 民事法律不甚发达。所以, 律学的主要任务是对刑事法典条文内容的注释。

西方“法学”一词, 来源于拉丁文 *jurisprudentia*, 由词根 *jus* (法) 的形容词形式 *juris* 和另一词根 *providere* (实践知识, 实践智慧) 构成。据考证, 这个概念在公元前 3 世纪就已经出现。^① 古罗马五大法学家之一的乌尔比安 (*Ulpianus*, 170 年—228 年) 曾解释说: “*jurisprudentia* 是神事和人事的知识, 正义和非正义的科学。”此后, 中经 11 世纪开始的罗马法复兴运动和近代民族国家—法律的建立, *jurisprudentia* 在西方衍生出一组均表示“法学”或“法律科学”的概念群, 如德文 *Jurisprudenz*, *Rechtswissenschaft*, 法文 *science du droit*, *science juridique*, 英文 *legal science*, *science of law*, 等等。

西方“法学”的兴起离不开立法和司法的发展, 且与“职业法律家阶层”的出现不无关联。至少在古罗马, 从公元前 3 世纪起, 就开始逐渐形成了一个专业性的法律家群体, 传授职业性的法律实践知识, 并且产生了不同的法学派别。与中国律学相比, 西方法学的发展离不开哲学、认识论和方法论的发展。西方法学除了实用知识、技巧这方面的内容外, 也有大量的内容涉及法律哲理、法律原理的思考。所以, 西方法学理论的形成, 除了有法学家们的思考外, 西方的哲学家、伦理学家、政治学家、逻辑学家均对此作出过贡献。在这个意义上, 现代法学的知识范式是由西方的学者确立的, 它构成了一种知识的标准, 被引介至其他国家和地区。19 世纪末, 西方法学的概念经由日本引入中国, 对中国的法律文化和法律学问的发展产生了重要

^① 何勤华:《西方法学史》, 中国政法大学出版社 1996 年版, 第 5 页。

影响。应该说,当下的中国法学在理论框架、基本概念和方法等方面也大体上来自西方。

二、法学的性质

实践性构成了法学的学问性质,我们可以从以下几点来看:

1. 法学的研究总是指向法律现象或法律问题的。故此,法学的兴衰注定是与一个国家法律制度的发展相关联:法制兴则法学繁荣;法制衰则法学不振。其他学问的发展,并不一定以法制和秩序的存在为条件。例如,在一个没有法制和秩序的国度里,却可能会生成有创造力的文学或哲学。在中国古代,哲学思想的发展并不是在国家法律制度和法律秩序稳定的时期,而是在政治动荡甚或战乱时期(如先秦时期),而律学的鼎盛则一定是在法律制度和法律秩序稳定的时期(如唐代和清代)。

2. 法学具有务实性。法学并非“纯思”,它的理论兴趣不在于寻求“纯粹的知识”或“纯粹的真理”。法学必须关注和面向世俗生活,为人们社会生活中的困惑、矛盾和冲突(例如人们之间的经济纠纷、人们行为所造成的损失之承担)寻找到切实的法律解决方案,确立基本的原则,或为法律的决定作出合理而有说服力的论证。法学实践活动的所有方面(法律认识、法律判断、法律理解、法律解释等)都是围绕着这个领域而展开的。

3. 法学是反映人的经验理性的学问,是人的法律经验、知识、智慧和理性的综合体现。在法学中,逻辑分析是必要的,但经验的审慎判断更为重要。法学的论证除了概念和原理的推导外,现实的事例证明和针对案件所进行的利益衡量也非常必要。因为在法律实践领域,法学家们所面对的是大量千差万别有待处理的案件、情事和问题,这些案件、情事和问题没有所谓的“一般规律”可寻。所以从总体上说,对待这些事物,法学的判断和分析有时更需要经验的积累。

4. 法学是职业性知识体系,它所使用的语言是冷静的、刚硬的、简洁的、合逻辑的,是经过法学家们提炼、加工和创造出来的行业语言,与人们“日常语言”存在一定的差别。在许多场合,法学的语言对外行人来讲是非常陌生的,如“无因管理”、“不可抗力”等等。

5. 法学不同于自然科学,在于它研究的是一种“价值性事实”,即反映的是人类的价值观、价值倾向和价值意义的社会事实。无论在立法、司法,还是在守法中,人们的行为和行为关系都是具有价值意义的。通俗地说,人们在现实生活中所做的行为,无论是合法的还是违法的,都应当根据法律来加以评判,这种评判实际上就是一种价值评判。所以,法学必须从价值的观点加以考察。它是反映研究者一定的价值立场或价值取向的学问,在法学中很难做到“价值无涉”(value-free)或进行无立场的研究。

三、法学的研究对象

笼统地说,法学研究法律现象。然而,法律现象是纷繁复杂、多种多样的。我们从下列三个问题领域来对此加以考察:

(一) 法律制度问题。一个国家法治建构的首要任务是确立一套相对统一而完整的法律制度体系。法律制度则构成了法学的研究对象。无论是应用法学(如民法学、刑法学、诉讼法学)还是理论法学、法律史学、比较法学,都必须以法律制度作为考察的出发点。应用法学以一国现行有效的法律制度作为考察的重点,法律史学则将研究的重点放在历史上的法律制度,比较法学将各国同时期的法律制度的异同作为探讨的主题,而法学理论更多地思考国家法律制度之所以有效的理论根据。其他法学的分支学科也大体上首先将法律制度作为研究或思考的对象。譬如,立法学直接研究法律制度的制定原则和技术,宪法学研究一国宪政制度(国家权力的配置),行政法研究行政管理的法律制度。即使那些以法律思想为直接研究对象的学科(如中国法律思想史、外国法律思想史),也并非完全能够脱离对法律制度的考察,因为历史上的许多法律思想就是针对法律制度而形成的。离开了法律制度这个研究对象,法学将无以存在。

(二) 社会现实或社会生活关系问题。国家制定法律,建立法律制度的目的在于用它们来调整人们的社会生活关系。所以,法学也必须研究社会现实或社会生活关系。更确切地说,法学要研究那些与法律制度有关联的社会现实或社会生活关系问题。比如,某人杀人,至少在杀人者与被害人及其亲属之间、杀人者与国家之间形成了

一种关系,需要通过法律对这种关系进行判断和评价。如果我们能够从法律的角度对此社会生活关系进行判断和评价,那就可以断定这种社会现实或社会生活关系就具有“法律制度的关联性”,否则就不具有“法律制度的关联性”。社会现实或社会生活关系本身也是复杂多样的,并非所有的社会现实或社会生活关系都具有法律意义或“法律制度的关联性”。试举一例:张某与李某是某大学同班同学且为好友。一日李某主动请张某星期天到电影院看电影。到了星期天,张某首先乘车至电影院门口等候李某。但李某突然改变主意,直到电影散场也没有来电影院。张某为此愤愤不平,提出与李某“断交”。在这个生活事例中,尽管李某存在“背信弃义”的行为,但该社会生活关系本身显然不具有“法律制度的关联性”,没有法律意义。也就是说我们不能从法律的角度来评价李某的行为是合法还是非法,而只能从道德的角度来衡量其行为的好坏。法学必须研究社会现实或社会生活关系,才能够区分哪些社会现实或社会生活关系是有“法律制度的关联性”的,哪些是无“法律制度的关联性”的,以便为立法、执法、司法和守法的活动提供科学、合理、正当的评价标准。在这个意义上,不研究社会现实或社会生活关系,就无法区分它们的意义,无法判断法与道德的界限,也无从建立起一套立法、执法、司法和法律监督的制度。

(三) 法律制度与社会现实之间如何对应的问题。法学并不单纯去研究法律制度或社会现实,也就是说,法学既不完全脱离社会现实或社会生活关系来思考、观察或建构法律制度,也不完全离开法律制度来考察纯粹的社会现实或社会生活关系。因为自从法律产生之后,世界上没有完全与社会现实或社会生活关系相隔离的法律制度,也没有完全与法律制度无关的社会现实或社会生活关系。实际上,我们在有法律的社会中所遇到的大量问题是法律制度与社会现实之间如何对应的问题,这些问题需要由法学来加以研究并予以解决。应当这样来说,法律制度和社会现实之间恰好并不是一一对应的,不是说有了一定的法律制度,一个国家就一定具有完全体现这种制度的社会现实。这很容易理解,比如说,我们国家有了《合同法》,并不是说社会现实生活中的所有关系就变成了合同法律关系了,即使在

买卖合同方面,不是所有的人都会按照《合同法》的要求来签订买卖合同。从中我们看到法律制度和社会现实之间的不一致、不对应现象。这就是法学可能经常面对的问题。我们假设立法者在制定法律制度时根本不考虑社会现实,那么很显然:在这种情况下,法律制度的内容就不符合实际,法律制度的设定就根本不会达到调整社会生活关系的目标。在现实生活中,我们不难发现有不切实际的法律制度(例如那些在社会生活中根本不起作用的“书面上的法律”)。另一方面,即使法律制度在立法层面上看是完全切合实际的,但它们在执法、司法和守法上未必能够完全被应用于社会现实或社会生活关系之中。例如,在执法者违法的场合,即便有良好的法律也不一定能够产生立法者所期望的社会现实或社会生活关系。这反映出“应然”与“实然”、“规范”与“事实”、“制度”与“现实”之间存在着差别性、不一致性。有时,执法者尽管极尽努力,也难以消除它们之间的这种差别性、不一致性。请看下例:《中华人民共和国消费者权益保护法》第49条规定:“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”王某得知某市百货商场正在销售假冒“三星”品牌的电视机,遂购买了一台价值2300元的假冒电视机。第二天,王某以商场欺诈销售为由,要求该商场赔偿损失4600元。后诉讼至法院,主审法官以王某“知假买假”认定其不属于消费者,对王某的诉讼请求未予支持。在这个案件中,法官按照自己的解释对王某的购买行为进行了否定的判断。在此处,什么是“消费者”的定义,什么是“知假买假”的构成条件及其后果,都不是很清楚。故此,不同的裁判者对这个案件事实的认识会有所不同,裁决结果也可能有别。这表明:法律规定本身若不清晰,要使规范与事实达到相互对应、相互一致是十分困难的。而法学的任务恰好是要在这些不相对应、不相一致的问题上找到解答的方案或办法。它们构成了法学的研究对象之一。

第二节 法学思维与法学方法

一、法学思维

每一门学问都有其独特的思维方式和思维特性。法学是一门独特的学问,其思维方式也是独特的。法学思维不是经济学思维、不是政治学思维、不是伦理学思维,当然更不是自然科学的思维(这并不表明它们之间毫无影响)。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。凡欲进入法学门径的人,其首先要学会法学的思考方式,或从“常人”(普通人)思维转向法律职业人(法官、律师、法学研究者等)的思维。换言之,一个学习法律的人必须像法律职业人那样去思考问题。概括地说,法学思维具有以下特点:

(一) 法学思维是实践思维。法学区别于自然科学,原因在于它不是“纯思”,它不追求“纯粹的知识”,而是“实践的知识”。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、理论的思想则不是实践的,它只是真与假而不造成善与恶……实践思想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的思考,也是针对人们的行为选择或欲望的思考。

(二) 法学思维是以实在法(法律)为起点的思维。法学家的思考始终不能完全游离于各个时代发生效力的实在法。他们不能像哲学家或伦理学家一样首先站在超实在法或实在法之外的立场(譬如自然法立场)来批判法律,不能完全用道德的评价代替法律的评价,不能简单地预先假设一切实在法都是“非正义的法”,是非法之法。

^① [古希腊]亚里士多德:《尼各马科伦理学》,苗力田译,中国人民大学出版社2003年,第120页。