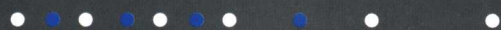
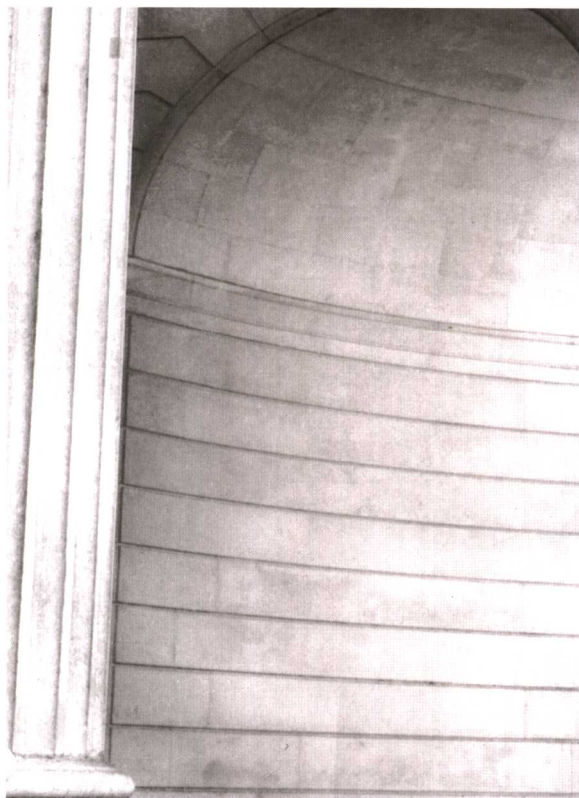



法理学 基本问题

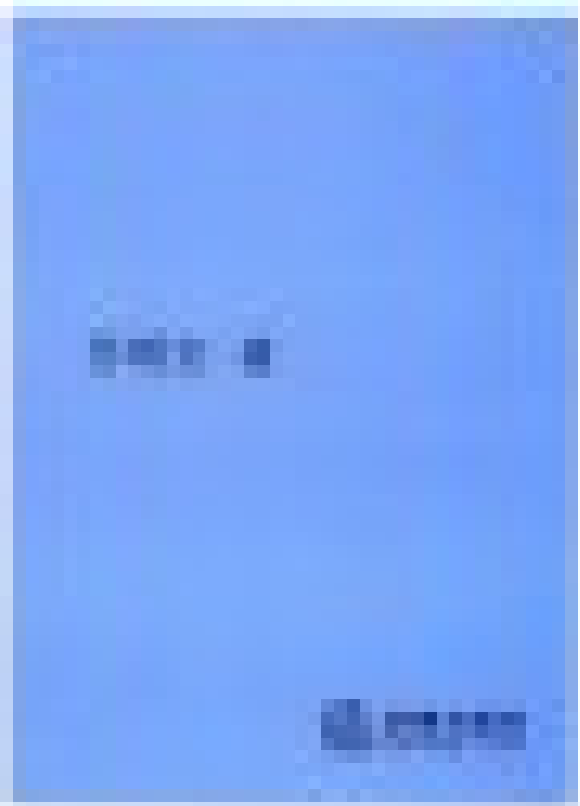
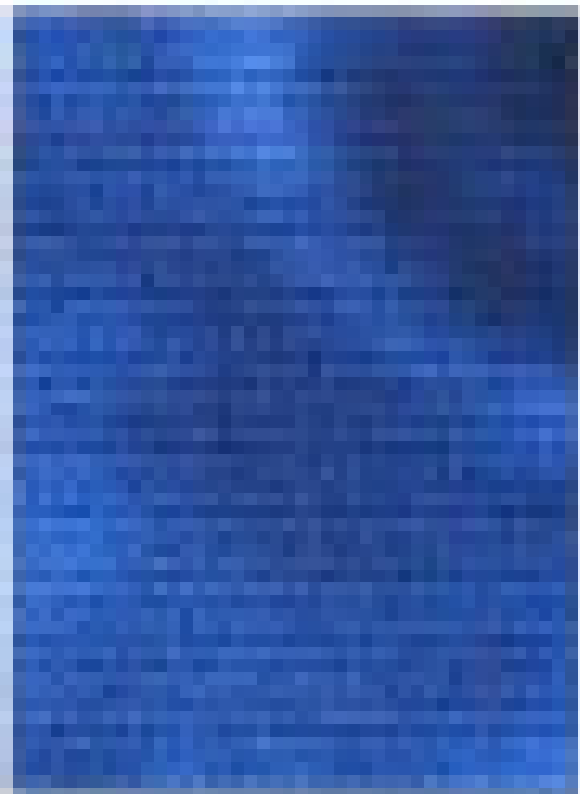


FUNDAMENTAL ISSUES
ON JURISPRUDENCE



苏晓宏 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



法理学 基本问题



FUNDAMENTAL ISSUES
ON JURISPRUDENCE

苏晓宏 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法理学基本问题/苏晓宏著. —北京:法律出版社,
2006. 8

ISBN 7 - 5036 - 6511 - 4

I. 法… II. 苏… III. 法理学—教材 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 077549 号

法律出版社·中国

责任编辑/谭柏平 刘 辉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16

印张/25 字数/420千

版本/2006年7月第1版

印次/2006年7月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6511-4/D·6228

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

说 明

本书的阅读和使用对象包括大学法学院的学生和研究生,以及有兴趣通过本书了解法律最基本问题和发展脉络的一般读者,当然也适用于其他读者。

本书在体例上通过八个方面的基本问题以及它们之间的逻辑联系来结构整个法理学体系,涵盖了国内通常使用的法理学教材的体系和内容,当然也略有取舍。

围绕八大问题,编者作了简捷明了的解说,尽可能避免繁复的论证和引注,在一些原本通常使用引注来说明之处,代之以精选的文献选段,也许阅读这些原汁原味的文字远比断章取义的引注更能使读者(学生)加深体会和理解,这些文选一部分是国内法理学的权威学者的著作和教科书节选,由于概括得十分精到和全面,不再拿来改写充作己有,而直接以原文呈现给读者;另一部分则是国外法学家的经典论断,可以引导读者深入思考相关的法理学问题,虽然没有一一加以评注,但不表明作者一定同意和赞同这些观点,留给读者自己加以判断和辨析;同时,在书中还选载了一些评论和案例,除了为说明相关问题之外,其用意还在于鼓励学生法律现实问题的思考和解决。需要提醒的是,在这些材料中,“法律”一词有时使用的是“法”,相反的情况也存在,这主要是使用者或翻译者的使用习惯和角度的不同,著者无法一一予以注明,请读者注意辨认识别。

本书在编排格式上改变了一般教科书惯常使用的编、章、节、目的格式,而是代之以标题字体不同来区分层次,这是为了详略得当,避免因为想照顾各个章节之间字数的平衡而硬凑不必要的内容;同时在书中使用一些表格来表述一些分类和对比,显得一目了然;为便于学生记忆,有关概念、定义也用不同字体显示。

在每一章之后,还提供了一个建议阅读的书目,使学有余力的学生深化学习有一基本路径;而思考题则是引起进一步讨论的问题,内容可能不局限于本书。

目 录

一、法律是什么

1. 法学元问题	4
2. 法律的特征	6
法律是调整人们行为的社会规范	6
法律是由公共权力机构通过制定、认可、解释形成的	7
法律是一种以权利义务为内容的调整机制	9
法律的实施依靠国家强制力保障	10
3. 法律的本质	11
法律的意志本质	11
法律的社会经济属性	11
法律的阶级意志属性	12
法律的国家意志属性	12
4. 法律的定义	14
5. 法律和法	16
社会存在与社会意识	18
价值理性	19

二、法律有什么用

1. 法律的作用	24
法律规范行为的作用	25
法律调控社会的作用	28

法律作用的两面观	30
2. 法律的价值	33
价值	33
正义	34
秩序	39
自由	42
法律价值冲突及其解决原则	45

三、法律何以有用

1. 法律的形式效力	52
法律的形式效力层次	53
法律的形式效力范围	55
2. 法律的实质效力	60
法律实效	61
法律效果	61
法律效益	61
法律实质效力的取得	62
3. 法律实质效力与形式效力的关系	65

四、法律是怎样生成的

1. 法律的起源	70
法律起源的理论争论	70
“有序无法”的社会	70
法律起源的基本条件	72
法律起源的基本规律	73
2. 法律的形成	75
立法——通过创制形成法律	75
判例——通过裁决形成法律	85
习惯——通过认可形成法律	93

3. 影响法律生成的社会因素	94
道德对法律生成的影响	94
宗教对法律生成的影响	101
政治对法律生成的影响	103
科学技术对法律的影响	105
4. 影响法律生成的人的因素	107
立法者	107
作为立法对象的人	108
法律意识	110

五、法律如何表现出来

1. 法律的内在构成——权利义务	116
权利和义务	116
人权	121
2. 法律的外在构成——法律要素	130
法律概念	131
法律原则	133
法律规则	136
3. 法律的表现形式——法律渊源	140
当代中国法律的渊源形式	141
法律表现形式的分类	143
4. 法律的表现载体——法律语言	145
语言对于法律的重要性	146
法律语言的来源	146
法律语言的要求	146
法律语言的不精确性	147
5. 法律的体系结构——法律部门	149
法律部门的特点	149
法律部门的划分标准和原则	149
中国法律部门的划分	151
法律体系	154

6. 法律的类型比较——法系	155
法律移植	156
法系的划分	160
两大法系	161

六、法律怎么用

1. 守法	172
守法的理由	173
守法的条件	174
2. 违法	175
违法的构成	179
违法行为的种类	181
3. 法律行为	181
法律行为的构成	182
法律行为的种类	182
4. 法律关系	184
法律关系的形成与变化	185
法律事实	186
法律关系的特征	187
法律关系的要素构成	189
5. 法律能力	190
6. 执法和司法	191
执法	191
司法	198
7. 法律适用的技术方法	214
法律推理	215
法律解释	217
法律续造	238
8. 法律裁决	243
法律裁决的意义	243
法律裁决的要求	244

法律裁决内容的最低限度	246
法律裁决的说理和论证	247
法律裁决的形式	248
非诉讼解决纠纷机制	249
9. 法律责任	252
法律责任的概念	252
法律责任的构成要件	253
法律责任的种类	254
法律责任的归结	255
法律责任的免除	256
10. 法律监督	257
法律监督的要素	258
我国现行的法律监督体系	258
11. 法治国家	262
法治的含义与源流	262
法治与法制之辨	264
法治的制度基础	265
法治的基本要素	272
法治的基本原则	273
法治的生成与实现	274
12. 国际法治	281
国际法治的制度基础	285
国际法治的理论源泉	288
国际法治与国际关系变迁	292
国际法治的基本属性	294
国际法治的制度演变	297
国际法治的功能与影响	299
国际法治的基本原则	305
国际法治的发展趋势	318

七、法律是怎样发展的

1. 法律发展阶段的各种观点	330
----------------	-----

2. 法律的历史类型	330
古代法律	331
近现代法律	335
法律继承	342
3. 法律的现代转型	343
全球化与法制转型	343
世界法可能吗?	346

八、法律有哪些学说

1. 自然法学派	354
古代自然法思想传统	355
古典自然法	358
新自然法学	361
2. 规范法学派	364
规范法学	364
新分析实证法学	366
3. 社会法学派	368
4. 其他法学派	373
经济分析法学派	373
综合法学派	375
后现代法学派	377

主要参考文献	381
后记	384

— 法律是什么

- ◎法学元问题
- ◎法律的特征
- ◎法律的本质
- ◎法律的定义
- ◎法律和法



【本章提要】

法理学是法学学科中研究关于法律基本问题的学科。“法律是什么”是法理学这一学科的“元问题”。这个根本性问题导出了法理学学科体系的一系列问题,并最终导致了各个部门法的具体原则和规则。这些问题有:法律有什么用?法律何以有用?法律是怎样生成的?法律如何表现出来?法律怎么用?法律是怎样发展的?法律有哪些学说?法律作为一种特殊的社会规范,与其他社会规范相比具有特殊性,表现在:是调整人们行为的社会规范,由公共权力机构创制形成,以权利义务为调整内容,依靠国家强制力保障其实施。法律在本质上具有国家意志性、阶级意志性和物质制约性。法和法律具有不同的内涵和外延,两者之间体现为社会存在与社会意识、决定与被决定、表达与被表达的对应关系。

法理学是法学学科中研究关于法律基本问题的学科。


“法律是什么”这是法理学所要回答的最基本问题。如同哲学上的“人是什么”这个元问题一样，“法律是什么”是法理学这一学科的“元问题”。它是法学一切问题的出发点，也是法学所有学科研究的最终归宿。当我们问到一个事项在法律上为什么有规定，并且为什么做这样的规定，而不是那样的规定，一个案件法院为什么这样判决而不是那样判决，事实上最终都会上溯到“法律是什么”这一终极性的问题。

“法律是什么”这个根本性问题导出了法理学体系的一系列问题，并最终导致了各个部门法的具体原则和规则。这些问题有：法律有什么用？法律何以有用？法律是怎样生成的？法律如何表现出来？法律怎么用？法律是怎样发展的？法律有哪些学说？可以说一本法理学教科书，无论如何建构它的体系、章节和内容，事实上总是在回答这些基本问题。

1 法学元问题

法律是什么？可以说是一个最容易回答的问题，但又是难以回答的问题。说它简单，你只要回答，它是一个社会生活的基本规则，因为你几乎每天都在和它打交道（哪怕你是坐在家什么都不干，而这恰恰也是由于法律的存在才保证你能做到的）；说它复杂，因为古往今来没有人能够提出一个让所有人一致认可的答案和定义，从此不再争论。因此，历史上也就有许多人（法学家）提出各种自认为正确的定义并展开其观点和体系，从而形成了林林总总的各种法学思想流派。由于这个问题本身是带有哲学意味的，即使你提出了一个自以为无懈可击的答案，这个答案也并不能像自然科学中的定理一样让别人共享，用来推导出进一步的问题，每一个试图弄懂这个问题的人仍然需要进入这个问题重新思考一遍，然后认同或者否定。

我们之所以这样讲，并不是陷于一种不可知论，只是表明人们对于法律的本质属性在认识和把握上存在多元性和复杂性。既然法律是一种客观存在的东西，我们总是能够通过由此及彼、由表及里的认识论规律去加以把握的。

 拓展阅读

法律是什么？

法律是什么？斗胆说来，这个问题实际上没意义。“法律”是一个词，与“宗教”、“时间”、“政治”、“民主”和“美”一样，都是可以使用、不会造成严重影响的理解问题，但又是不能界定的，除非你理解了定义的目的。“法学院应当教授国际法”，如果你问这个陈述中的法律指什么，你会得到一个答案，然而，如果面临“法官x是否比法官y知道更多的法律”，或者“首席大法官华伦带领下的联邦最高法院是否‘无法无天’”(lawless)，或者“若伊诉韦德案是否是‘本案的法律’”的问题，如果你要问这其中的法律指的又是什么，你就会得到不同的答案。至少，你得到的答案会是复数的。如果你仅仅问，法律是什么？你就会引发一场法理学争论。我提的这些具体问题或者是针对教学、司法活动或法律实务中的具体问题，或者是要求进行具体的比较，就像“初民法律‘真的’是法吗”这样的问题；这个问题的意思是，初民法律和现代法律到底有多大的家族相似。但什么是法律，这个普遍的问题看上去假定了（这是最有争议的）“法律”是一种什么东西（或者是某些东西的集合体），就像“纽约”、“佩里尼翁侯爵”、“螻蛄”甚或是“合同法”表述中的一套命题一样。

分清“法律”一词的三种含义，会对我们有所帮助。首先是作为一种独特社会制度的法律；这就是我们问初民法律是否真是法律时所诉诸的意义。其次是作为一个多套命题之集合的法律，这里的“套”我们指的是诸如反托拉斯法、侵权法、反欺诈条例(the Statute of Frauds)等。第三种是作为一种权利、义务和权力之渊源的法律，例如“本法禁止通过故意杀害继承人来继承遗产”这句话中的法律就是这个意思。本章集中关注的是第三个意义上的法律。“本法”看上去是在命令和授权，是在引导和禁止。这一事实使得人们直觉地假定法律确实是一种什么东西，或许是一套东西，特别是规则（因为规则会命令、禁止、授权），或者，如果不是规则（或者不仅仅是规则），那也是规范和原则。我们反对这种理解。霍姆斯提出，法律是对法院在面临某具体案件时将如何行为的预测，他的路子是对的。尽管普遍的看法是，这种理论自我矛盾、已经过时并且完全名誉扫地了，然而，人们过早地否定了这种“预测理论”。

摘自[美]理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，
中国政法大学出版社2002年版，第276~278页。

2 法律的特征

从马克思主义认识论的立场出发,要认识一个事物的本质,必须首先考察它的外在形式和特征。因此,要理解法律是什么,首先需要认识法律的特征是什么。而一个事物的特征又总是在与其他事物的比较中才能被发现和凸显的,法律的特征也是与相类似的事物和社会现象的比较中得以显现和标志出来的。

法律的特征是法律的本质的外在表现,通过法律和道德规范、宗教规范、习惯规范等其他社会规范的区别和对比,我们可以较为清晰地认识法律区别于其他事物的征象和标志。尽管在表述上有所不同,但法学界一般认为法律的特征可以概括为如下几个方面。

■ 法律是调整人们行为的社会规范

这是法律的首要特征。首先,法律是一种规范,但它不是调整人和自然之间关系的自然规范和纯技术规范,而是一种社会规范。社会规范是协调人与人之间关系的准则,法律规范、道德规范、宗教规范、习惯规范、政治规范都属于社会规范。但法律作为社会规范的一种,它又具有不同于其他各种社会规范的特殊规范性:法律所调整的对象不是人们内心的主观想法,而是人们的行为。社会关系的建立是以人的行为为前提条件的,人们只有通过行为才能建立人际关系,因此,对于社会中的人与人的关系进行有效调整的途径是对人们的行为进行调整。法律是针对行为设立的,通过对行为产生的作用进而调整人的行为,最后对社会关系进行规范和控制。但是法律并不是对于人的任何行为都加以调整,一个行为只有当它与社会发生联系,具有了一定的社会性才会成为法律的调整对象;如果行为不对社会产生影响就不可能成为法律调整的对象。例如一个人举一下手的行为,在一般意义上可能只是一个自然生理行为,而不是法律所需要调整的行为,但如果这一行为发生在一个物品拍卖的特定场所就有了特定的社会性,也就具有了一定的法律意义。同样,对于某种行为也只有当它需要用法律进行规范时,才有必要将其纳入法律调整的范围;反之,当行为不需要也不可能由法律加以调整时(诸如个人隐私等一些行为),就无须法律的介入。由于法律所调整的事实上是人们之间的交互行为并因此相应产生的相互关系(社会关系——在法律介入之后就是法律关系),因此,有的法学家索性更直接地指出,法律的调整对象是行为关系。