



现代法学标准教科书

法理学导论



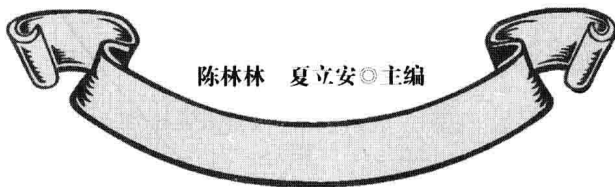
陈林林 夏立安◎主编



清华大学出版社

现代法学标准教科书

法理学导论



陈林林 夏立安◎主编

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

法理学导论/陈林林,夏立安主编. —北京:清华大学出版社,2014
(现代法学标准教科书)

ISBN 978-7-302-37505-1

I. ①法… II. ①陈… ②夏… III. ①法理学—教材 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第36094号



责任编辑:朱玉霞

封面设计:汉风唐韵

责任校对:宋玉莲

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印务有限公司

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:22.75 字 数:340千字

版 次:2014年9月第1版 印 次:2014年9月第1次印刷

印 数:1~2000

定 价:40.00元

产品编号:056819-01

，浙江大学法学博士，现为浙江大学光华法学院教授、博士生导师，浙江大学法理与判例研究所所长、法学理论学科负责人。兼任中国法理学会理事、浙江省宪法与地方立法研究会副会长。

研究领域为法理学、法学方法论，在《法学研究》、《中外法学》、《法学家》等CSSCI刊物发表论文四十余篇。主要著作有《裁判的进路与方法》、《法律方法比较研究》、《法律与道德》（译著）、《英美法中的形式与实质》（译著）、《解读宪法》（译著）等，主编《法理学》教材一部，参编教材四部，主持国家级、省部级项目七项。

，北京大学历史系世界史专业博士，现为浙江大学光华法学院教授、博士生导师，浙江大学社会科学学部副主任。兼任中国拉丁美洲史学会副会长，中国拉丁美洲学会理事，中国法理学研究会、法学教育研究会理事。

著作有《发展中国的政治与法治》，发表论文五十余篇。

编者说明

本书是浙江大学法理学学科重点建设规划的成果之一,并受卓越法律人才培养计划的资助。编写大纲以《全国高等学校法学专业核心课程(法理学)教学基本要求》为基础,另参考了最新版《国家司法考试大纲》。在编写过程中,编写组力求吸取国内外法理学研究和同类教材的新成果,突出法理学的基础理论,同时做到三个“兼顾”:兼顾理论与制度、实践的关系;兼顾法理学的前沿学说和理论全貌;兼顾法理学课堂教学的特点和需要。

本书也是浙江大学法理学核心课程、法学辅修课程和法学研究生入学考试的参考用书。

本书各章节的编写者为(以章节先后为序):

陈林林:绪论、第二、六、七、九章;

王凌皞:第一、五章;

季涛:第三章;

石毕凡:第四、八章;

褚国建:第十章;

夏立安:第十一、十二章;

范良聪:第十三章。

全书由陈林林、夏立安负责统稿、主编。严崑、胡蓉蓉和范佳洋同学为本书做了大量辅助事务和校对工作,特致谢意。

本书编写组

2014年5月10日

目 录

绪论	1
第一节 何为法理学	1
一、法理学概说	1
二、法理学释义	3
三、法理学的特征	5
四、法理学的研究对象	7
第二节 法理学的功能与意义	8
一、法理学的功能	8
二、法理学的意义	10
第三节 法理学的研究方法	12
一、规范分析方法	12
二、历史研究的方法	13
三、价值分析方法	14
四、社会学的方法	15
五、比较分析法	16
第四节 法理学和其他学科	16
一、法学与哲学	17
二、法学与政治学	17
三、法学与经济学	18
四、法学与社会学	18
五、法学与历史学	18
参考文献	19
第一章 法的概念	20
第一节 法律是什么	20

第二节 法律概念的起源	23
第三节 自然法与实证主义	24
第四节 法的特征	32
参考文献	36
第二章 法律要素	37
第一节 法律要素概述	37
一、法律要素的概念	37
二、法律要素的特征	39
第二节 法律概念	41
一、法律概念释义	41
二、法律概念的功能	43
三、法律概念的分类	44
第三节 法律规则	45
一、法律规则释义	45
二、法律规则的要素	46
三、法律规则的功能与局限	49
四、法律规则的分类	51
第四节 法律原则	52
一、法律原则概述	52
二、法律原则的分类	53
三、法律原则的司法适用	55
参考文献	58
第三章 法律渊源	60
第一节 法律渊源的概念	60
一、法律的效力渊源	61
二、法律的形式渊源与实质渊源	68
第二节 法律渊源的体系与法律效力	73
一、法律渊源的种类与体系	73
二、法律效力的性质、位阶与范围	80

第三节 法律渊源的方法论意义	89
一、法律渊源与立法方法	89
二、法律渊源与裁判方法	94
第四章 法律权利	99
第一节 中西方权利概念的源流	99
一、西方权利理论的发展	99
二、中国权利概念的继受与发展	103
三、义务概念的分析	107
第二节 权利与义务的分类	108
一、应有权利、习惯权利、法律权利与实有权利	108
二、基本权利与普通权利	110
三、绝对权利(对世权)与相对权利(对人权)	112
四、原有权利与救济性权利	113
五、行动权与接受权	113
第三节 法律权利与法律义务的关系	114
一、逻辑上的统一关系	115
二、数量上的等值关系	115
三、功能上的互补关系	116
四、价值上的主次关系	116
第四节 法律关系	119
一、法律关系的特征	120
二、法律关系的构成要素	121
参考文献	126
第五章 法律责任	127
第一节 法律责任概述	127
第二节 法律责任的构成	128
一、主体	129
二、过错	129
三、违法行为	130

四、损害结果	130
五、因果关系	131
第三节 法律责任的分类	131
一、违宪责任、行政责任、刑事责任与民事责任	131
二、过错责任、无过错责任和公平责任	133
第四节 法律责任的认定原则	136
一、责任法定原则	136
二、因果联系原则	137
三、责任相称原则	138
四、责任自负原则	139
第五节 法律责任的免责条件	139
参考文献	141
第六章 法律解释	142
第一节 法律解释的概念	142
一、法律解释释义	142
二、法律解释是一种方法论	143
第二节 法律解释的前提和特点	147
一、解释的前提	147
二、解释的特点	150
第三节 法律解释的原则	153
一、合法性原则	153
二、合理性原则	155
三、明晰性原则	156
四、客观性原则	157
第四节 法律解释的目标	159
一、主观说	160
二、客观说	161
三、折中说	162
第五节 法律解释的方法和位阶	164
一、法律解释的具体方法	164

二、法律解释方法的位阶问题	170
参考文献	176
第七章 法律推理	177
第一节 法律推理概述	177
一、推理与法律推理	177
二、证明型法律推理与论辩型法律推理	179
三、一阶法律推理与二阶法律推理	181
第二节 演绎推理	182
一、通过规则的治理:演绎推理与法治	182
二、演绎推理的形式与应用	183
三、演绎推理的规范性条件	185
四、演绎推理的局限与辅助	188
第三节 类比推理	189
一、类比推理概述	189
二、类比推理的形式与实质	190
三、类比推理的关节和难点:相似性判断	193
四、与类比推理相关的司法技术	196
参考文献	198
第八章 法律程序	199
第一节 法律程序的特点与基本类型	199
一、法律程序的概念与特点	199
二、法律程序的基本类型	201
第二节 自然正义原则与正当法律程序的发展	202
一、英国古老的自然正义原则	202
二、正当法律程序的传播与发展	203
第三节 正当法律程序的特征	206
一、程序中角色的分化	206
二、程序是那块“蒙眼布”	207
三、过程与结果之间的分离之墙	208

四、直观的公正	209
五、对立面及其理性的意见交涉	210
第四节 正当法律程序的价值与功能	211
一、正当法律程序的内在价值	211
二、正当法律程序的功能	216
参考文献	222
第九章 立法原理	223
第一节 立法概述	223
一、立法的概念	223
二、立法的特征	224
三、立法的形式和分类	225
第二节 立法的指导思想和基本原则	226
一、立法的指导思想	226
二、立法的基本原则	227
第三节 立法体制	232
一、立法体制的概念和类型	232
二、立法体制比较分析	233
三、当代中国的立法体制	235
第四节 立法程序	237
一、立法程序的概念	237
二、我国现行的立法程序	238
参考文献	241
第十章 司法原理	243
第一节 司法的概念与理论	243
一、司法的概念与语境	243
二、司法理论的路径与议题	246
第二节 司法的性质与功能	251
一、司法的性质:两种司法形态	251
二、司法的功能	256

第三节 司法制度的模式	258
一、司法体制模式	258
二、司法运行模式	261
三、司法职业模式	263
四、司法独立的制度保障	264
参考文献	265
第十一章 法治原理	267
第一节 法治的语义层次	267
一、法治是一种治国方略	268
二、法治是一种理性的办事原则	269
三、法治是一种民主的法制模式	272
四、法治是一种法律精神	273
五、法治是一种理想的社会秩序	274
六、法治是“法律而不是人的统治”	274
第二节 法治思想的历史	274
一、古代法治思想历程	274
二、近代法治思想历程	276
三、现代法治思想历程	280
第三节 法治的基本要求	281
一、法治的体制性要求	281
二、法治对法律的内在品性的要求	282
第四节 法律的作用	285
一、法律作用概述	285
二、法律的规范作用	286
三、法律的社会作用	289
四、法律的局限性	290
第五节 法治国家及其标志	292
一、法治国家的涵义	292
二、法治国家的实质标志	293
本章小结	294

参考文献	295
第十二章 法律环境	297
第一节 法律环境概说	297
一、法律环境释义	297
二、法律环境的作用	299
三、马克思主义对法律环境作用的解读	299
第二节 法律的经济环境因素	300
一、法律的经济环境概说	300
二、生产力与法律	303
三、市场经济对法律的影响	304
第三节 法律的政治环境因素	306
一、法律的政治环境概说	306
二、民主政治对法律的作用	308
三、政策对法律的作用和影响	309
第四节 道德、宗教与法律调整	311
一、道德对法律的影响	311
二、宗教与法律的联系	316
第五节 科学技术与法律	318
一、科学技术对法律的影响	318
二、当代科技法制建设的发展趋势	322
本章小结	323
参考文献	323
第十三章 法律的经济分析	325
一、法律的经济分析:概述	325
二、法律的经济分析:几个核心概念	331
三、法律的经济分析:几个应用	335
四、法律的经济分析:两点思考	347
参考文献	350

绪 论

【本章导读】

法理学是一门从一般性角度研究法律现象,并据此回答“法律是什么”这一问题的学问。法理学从一般性角度研究法律现象,让法律人“看见”或理解法律现象和法律背后的根本性问题。法理学具有理论性、独立性和基础性等学科特征,但以上特征只是对法理学的概略性描述。总的来说,法理学是一座内容丰富的知识大厦,认识法理学需要从多个角度来观察。法理学的知识体系由本体论、价值论、方法论和运行论四部分内容构成,它具有观察功能、分析功能和规范功能。

【本章要点】

1. 法理学是什么?
2. 法理学的功能。
3. 法理学和其他学科的关系。

第一节 何为法理学

一、法理学概说

法理学是一门从一般性角度研究法律现象,并据此回答“法律是什么”这一问题的学问。与部门法学不同,法理学不仅研究个别的法律现象,还试图从个别的法律现象中归纳出所有法律均具备的共同特征或本质属性。换言之,法理学虽然研究特定的、具体的法律和法律现象,但始终将“一般的法律”和“一般的法律现象”作为研究旨趣。

法律现象是社会现象的一种,是反映法律的存在和运作的现象。认识“法律现象”是理解法律和法理学的起点。请阅读下述有关“麻将扰民”的材料。

××市花园小区的程女士退休后,一直没睡过安稳觉。在她退休的那一年,小区内建起了一个老年活动室。一到晚上,麻将机洗牌的轰鸣声、麻将客的吵闹

声和拖凳子的声音就此起彼伏。程女士患有神经衰弱症,因此很难入睡,偶尔入睡也经常“从睡梦中被噪声惊醒,心脏突突地跳个不停”。小区居民、业委会多次找活动室协商,但活动室老年人都认为麻将是自己唯一的晚年娱乐活动,禁止他们在晚上打麻将绝不可以接受。于是,“一觉睡到大天亮”成了小区很多居民们无法实现的奢望。

据查,××市居民区里共有1万多家麻将室,活动人员以老年人为主,有专人为麻将室活动人员提供开水等服务并收取小额报酬。麻将扰民已成为一个普遍现象,被扰的居民认为打麻将者只顾自己娱乐、影响他人休息是不道德的行为;而打麻将者,尤其是老年人认为以影响他人休息为由剥夺自己打麻将的权利,才是不道德的。众多麻将室隐藏在社区居民楼里,有关部门为何迟迟不对其进行限制或取缔?工商局的答复是,判定居民楼内的麻将室是否属于经营行为,在制度上还是一个空白,因此居民区内麻将室无法纳入工商部门的管理范围。经常有居民因为麻将扰民而报警,对此,民警的工作也只停留在协调邻里关系层面。因为居民区里的麻将活动,即便有“彩头”也因为数额小而不构成聚众赌博,民警也无法进行取缔。和程女士同住一个小区的上班族张女士,因为不堪忍受,前往辖区法院起诉经常在活动室打麻将的几位老人,要求法院依据民法上的相邻权规范,判决其停止侵害、赔礼道歉。

根据材料,至少可以概括出以下几种“社会现象”: A. 在小区里打麻将,是社区居民,尤其是老年人在晚上的一项主要娱乐活动; B. 对于麻将扰民和是否可以禁止打麻将,社区居民和打麻将者相互指责对方不道德; C. 出现了专门为社区麻将室提供服务,收取报酬的人员; D. 工商局和公安局对麻将扰民的投诉和报警,没有采取措施; E. 张女士上法院起诉。其中,A属于一般的社会现象或文化现象,因为和下棋、弹钢琴一样,打麻将可以归为文化娱乐的一种; B可归属于道德现象,因为双方依据不同的道德规范或要求,对何为合乎道德的行为产生争执; C首先属于经济现象,描述了一种依附于麻将活动之中的提供服务、收取报酬的交易行为; D和E属于反映法律的存在和运作的“法律现象”,D描述了行政执法部门,因为法律规定不明确或法无明文授权,没能采取行动; E描述了原告依相关法律的规定,到辖区法院提出权利保护请求。

在当代,法治是一种通行的社会治理模式,法律也被认为是社会控制的一种基本手段。因此,法律现象是十分普遍的,也是极其复杂的。依法律部门的分类,

前述 D 描述的是行政法律现象, E 描述了民事法律现象。假设张女士以宪法上劳动者的休息权为依据起诉的话, E 又呈现为宪法法律现象。再假设, 被起诉的几位打麻将者以宪法上公民从事文化娱乐活动的权利为抗辩理由, 那么这一行为也归属于宪法法律现象。法理学研究这些法律现象和相关法律中普遍存在着的根本性问题。在麻将扰民案中, 相关法律现象都指向了一个根本性的问题: 规范小区麻将娱乐活动的法律规范, 究竟是或者应当是什么? 这个问题牵涉到法律解释、法律与道德的关系、权利冲突、消极自由和积极自由等问题。仅仅依据现有行政法、民事法或宪法的法律条文或部门法知识, 而不采用法理学的分析视角和理论工具, 是无法回答这一问题的。

法理学从一般性角度研究法律现象, 让法律人“看见”或理解法律现象和法律背后的根本性问题。文学、哲学和历史, 也是如此。龙应台在台湾大学法学院的讲演, 对此有一番独到的演绎。

鲁迅的短篇《药》, 讲的是一户人家的孩子生了痲病。民间的迷信是, 馒头蘸了鲜血给孩子吃, 他的病就会好。或者说祥林嫂。祥林嫂是一个唠唠叨叨近乎疯狂的女人, 她的孩子给狼叨走了。

让我们假想。如果你我是生活在鲁迅所描写的那个村子里头的人, 那么我们看见的、理解的, 会是什么呢? 祥林嫂, 不过就是一个让我们视而不见或者绕道而行的疯子。而在《药》里, 我们本身可能就是那一大早去买馒头、等着人砍头的父亲或母亲, 就等着要把那个馒头泡在血里, 来养自己的孩子。再不然, 我们就是那小村子里头最大的知识分子, 一个口齿不清的秀才, 大不了对农民的迷信表达一点不满。

但是透过作家的眼光, 我们和村子里的人生就有了艺术的距离。在《药》里头, 你不仅只看见愚昧, 你同时也看见愚昧后面人的生存状态, 看见人的生存状态中不可动摇的无可奈何与悲伤。在《祝福》里头, 你不仅只看见贫穷粗鄙, 你同时看见贫穷粗鄙下面“人”作为一种原型最值得尊敬的痛苦。文学, 使你“看见”。

二、法理学释义

“法理学”是一个舶来词, 英语中对应的词汇是 jurisprudence。Jurisprudence 在用法上有多种含义, 它首先是指法律知识或正义科学, 包括对最宽泛意义上的法律知识的研究, 因而等同于广义的法律科学或法学; 其次, 是指法律科学中研究

普遍意义上之法律的分支学科,有别于对具体法律进行制定、解释、说明、批判和应用的 活动,而是考察与一般性法律相关的那些最普遍、最抽象和最基础 的观念和问题。这种用法有时等同于法律理论、法律科学或法律哲学;再次,是有点夸大地作为法律的同义语,尤其是在法律(law)一词不适合使用的场合,例如医事法(medical jurisprudence)和衡平法(equity jurisprudence)。^[1]

Jurisprudence 在语源上来自于拉丁语 *juris prudentia*,意指关于法律的知识或者技能,但并不构成一门学科。^[2] 其语义基本对应 Jurisprudence 的第一种含义或本义,即法学。近代分析实证主义法学家奥斯丁,强调了 Jurisprudence 的第二种含义,认为它是关于实在法的一般原理、概念和特征的科学,即所谓“实在法的形式科学”。法社会学大家庞德(Roscoe Pound)认为法理学除作为法律科学来理解外,还有其他用法,即作为法律和规则的集合、法院判决的产生过程和法的同义词。^[3] 不难发现,他强调了 Jurisprudence 的第三种含义。在当今的英美学界,法理学被认为是研究关于“法律的性质和法律体系的一般理论性问题,法律与正义和道德的关系,以及法律的社会特性”的一门学科。^[4] 在欧陆,法理学经常与法学甚至法教义学通用,它被认为是试图在整体上把握法、在法的作用方式中观察法,通过系统思考所获得的可验证性认识。^[5]

法律实证主义和规范分析法学,是今日法学的主流。相应地,人们对法理学的理解和界定也接近于前述第二种含义,即认为法理学是从一般性角度研究法律和法律现象之规律和原理的理论学科。从一般性角度回答“法律是什么”,是法理学的核心任务。相应地,对“法律是什么”这一问题的理论分析和解答,都可能呈现出法理学研究的样貌。事实上,法哲学、法社会学、法教义学和部门法学,也在处理或涉及这个问题,并且在方法上和法理学所采取的规范、事实和价值方法存在重合。事实上,“在与人类社会有关的问题中,没有几个像‘什么是法律’这个问题一样,如此反复地被提出来并且由严肃的思想家们用形形色色的、奇特的甚至反论的方式予

[1] David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 678. 第三种用法较少见,其含义接近于中文的“法律理念”。

[2] R. W. M. Dias, *Jurisprudence*, 5th edition, London: Butterworths, 1985, p. 3.

[3] [美]庞德:《法理学》(第一卷),余履雪译,4~6页,北京,法律出版社,2007。

[4] Dennis Lloyd, *Introduction to jurisprudence* (8th ed.). London: Thomson Reuter(Professional) UK Limited, p. 3.

[5] [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,13、140页,北京,法律出版社,2013。