

法 理 学

主 编 王 勇
副主编 张婧飞
主 审 王世涛



大连海事大学出版社

法 理 学

主 编 王 勇
副主编 张婧飞
主 审 王世涛

大连海事大学出版社

© 王 勇 2013

图书在版编目(CIP)数据

法理学 / 王勇主编. —大连: 大连海事大学出版社, 2013. 10
ISBN 978-7-5632-2936-9

I. ①法… II. ①王… III. ①法理学—高等学校—教材 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 241922 号

大连海事大学出版社出版

地址: 大连市凌海路 1 号 邮政编码: 116026 电话: 0411-84728394 传真: 0411-84727996

<http://www.dmupress.com> E-mail: cbs@dmupress.com

大连美跃彩色印刷有限公司印装 大连海事大学出版社发行

2013 年 10 月第 1 版 2013 年 10 月第 1 次印刷

幅面尺寸: 185 mm × 260 mm 印张: 19.5

字数: 435 千 印数: 1 ~ 700 册

责任编辑: 阴 洁 何 乔 版式设计: 晓 江

封面设计: 王 艳 责任校对: 刘长影 杨玮璐

ISBN 978-7-5632-2936-9 定价: 39.00 元

前言

法理学是教育部确定的全国高等学校法学专业十六门核心课程之一。在法学知识体系中,法理学是最为重要的课程之一,是学习全部法学知识的前提和基础,是法科学生迈入法律职业门槛、成为职业法律人最为基础和重要的课程。作为法学的一般理论、基础理论和方法论,法理学构成了法学本科教育乃至研究生教育体系中最为基础也是最为核心的课程。法理学不仅仅为新入法学专业之门的学生提供了概念、原理和方法,更为重要的是,法理学所传导的法学世界观、法律思维方式构成了法科学生后续学习和法律执业的起点,同时也在很大程度上影响着学生学习其他法学专业课程的兴趣、态度和成绩。

传统的法理学教材有两个较为突出的问题,一个是知识结构较为雷同且略显陈旧,另一个是语言晦涩而与人有距离感。本教材对克服上述问题做出了探索性努力:第一,作为对传统法理学教材及教学模式的纠偏性努力,把案例和事例引入教材中,利用形象而具体的案例来诠释抽象的法理,以思辨的法理来分析生动的事例,有效地改变以往法理学教材和教学中艰深、晦涩的印象。第二,对法律观念、法律思维方式的强调,这是本教材区别于通行教材的一个主要方面。以往的法理学教材和教学更多地侧重于基本概念和原理的传达,这种“侧重”甚至已经占据了“压倒性”的优势,从培养职业法律人和当代大学生的角度而言,这无疑是对教育定位和被教育者定位的错置。在大学教育中,知识当然重要,而同样甚至更加重要的是对思维方式,尤其是职业思维方式的强调和培育。评价一个法科学生的标准恐怕并不是他能知道和复述多少条文与制度典章,而在于他在纷繁复杂的案件细节中提取有用信息的意识和能力,在于他对复杂案件事实的处理思维和运算逻辑,在于他对法律的专业性认同和驾驭。所以,与法学知识相比,法律思维方式是评价和衡量一国法治状况的一个非常重要的指标,是否形成了专业性的法律思维方式,也是评价法学教育成绩的一个关键性指标,这也是为什么需要大学的法学教育,而不是法律培训学校的缘由。

本书既在知识体系方面照顾到了法学教育的一般性规律和要求,同时也能够结合法学教育的具体动态情况,把法理学的教学与法律实践对理论的要求紧密地结合起来。本教材主要讲述了法理学的基本内容,包括法的本体理论、法的运行理论、法的价值理论、法的观念理论、法的发生发展理论以及法与社会的基本理论等内容。以法理学界达成的基本共识为基础,涵盖了高等学校法学专业核心课程所要求的全部内容,既照顾到了教材的基本知识覆盖要求,也在内容侧重方面做出了革新性努力。

写作分工如下:

王勇(法学博士,大连海事大学法学院):法学导论,第1、2、3、22(与周国兴)章;

张婧飞(法学博士,大连海事大学法学院):第10、11、12、13、14、15、24、25、26、27、28、29、30(与周国兴)、32章;

杨晓楠(法学博士,大连海事大学法学院):第4、5、16、17、18、19章;

周国兴(法学博士,昆明理工大学法学院):第6、7、8、9、21、22、23、30(与张婧飞)章;

丁轶(法学博士,东北财经大学法学院):第20章;

赵大千(法学博士,大连理工大学公共管理与法学学院):第31章。

本书由王勇担任主编,负责全书的统稿,并基于知识体系统一的需要而对部分章节进行了幅度不一的改写,张婧飞副主编对全书进行了校对,周国兴编辑了全书绝大部分的案例。

大连海事大学教务处立项资助本教材,大连海事大学出版社阴洁主任、何乔编辑为本教材的顺利出版付出了巨大努力,没有她们的细致工作,本教材不可能以如此面貌呈现,法学院王世涛教授应邀担任本教材主审,在此一并致谢。本教材难免有疏漏和待商榷之处,恳请大家不吝赐教。

编 者

2013年4月

目 录

法学导论

第一节 什么是知识·····	1
第二节 什么是法学·····	2
第三节 什么是法理学·····	6

第一编 法的本体论

第一章 法的概念·····	10
第一节 法的用语和词义·····	10
第二节 法的本质特征·····	13
第三节 法的基本特征·····	15
第二章 法的作用·····	19
第一节 法的作用释义·····	19
第二节 法的规范作用·····	20
第三节 法的社会作用·····	21
第四节 法的局限性·····	22
第三章 法的要素·····	24
第一节 法的要素释义·····	24
第二节 法律概念·····	25
第三节 法律规则·····	26
第四节 法律原则·····	28
第四章 法律渊源及效力·····	31
第一节 法律渊源·····	31
第二节 法的效力·····	38
第五章 法律体系·····	44
第一节 法律部门与法律体系·····	44
第二节 当代中国的法律体系·····	46
第六章 权利和义务·····	52
第一节 权利与义务在法律中的地位·····	52
第二节 权利与义务释义·····	53
第三节 权利与义务的存在形态和分类·····	58
第四节 权利与义务的关系·····	63

第七章 法律行为	67
第一节 法律行为释义	67
第二节 法律行为的构成	73
第三节 法律行为的分类	79
第八章 法律关系	83
第一节 法律关系释义	83
第二节 法律关系的构成要素	87
第三节 法律关系的产生、变更和消灭	91
第九章 法律责任	94
第一节 法律责任释义	94
第二节 法律责任的归结	98
第三节 法律责任的执行	100

第二编 法的价值论

第十章 法的价值概述	104
第一节 法律价值释义	104
第二节 法律价值体系	106
第三节 法律价值的冲突与整合	108
第十一章 法与正义	111
第一节 正义释义	111
第二节 法的形式正义	113
第三节 法的实质正义	115
第十二章 法与自由	118
第一节 自由释义	118
第二节 法与自由的关系	122
第十三章 法与人权	125
第一节 人权释义	125
第二节 人权的法律保护	128
第十四章 法与秩序	131
第一节 秩序释义	131
第二节 法对秩序的维护作用	134
第十五章 法与效率	138
第一节 效率释义	138
第二节 法对效率的促进作用	141

第三编 法的运行论

第十六章 立法	144
第一节 立法的概念与原则	144

第二节 立法体制与立法程序·····	147
第十七章 法的实施 ·····	154
第一节 守法·····	154
第二节 执法·····	158
第三节 司法·····	164
第四节 法律监督·····	169
第十八章 法律职业 ·····	173
第一节 法律职业的概念与历史·····	173
第二节 法律职业共同体及职业技能·····	175
第十九章 法律程序 ·····	181
第一节 法律程序的概念与历史·····	181
第二节 法律程序的作用·····	184
第二十章 法律方法 ·····	187
第一节 法律方法概述·····	187
第二节 法律解释·····	188
第三节 法律推理·····	191
第四节 法律论证·····	195

第四编 法的观念论

第二十一章 法律意识 ·····	200
第一节 法律意识释义·····	200
第二节 现代法律意识的核心观念·····	205
第二十二章 法律思维 ·····	211
第一节 法律思维释义·····	211
第二节 法律思维的基本要求·····	214
第二十三章 法律文化 ·····	220
第一节 法律文化的概念·····	220
第二节 法律文化的要素·····	223
第三节 法律文化的功能·····	225
第四节 法律文化的模式·····	227

第五编 法的发展论

第二十四章 法的起源 ·····	230
第一节 原始社会的调控机制·····	230
第二节 法产生的基本过程·····	233
第二十五章 法的历史类型 ·····	238
第一节 法的历史类型释义·····	238
第二节 奴隶制法律制度·····	239

第三节	封建制法律制度·····	241
第四节	资本主义社会法律制度·····	243
第五节	社会主义社会法律制度·····	246
第二十六章	法律发展·····	248
第一节	法律发展的一般理论·····	248
第二节	法律继承·····	249
第三节	法律移植·····	252
第四节	法制改革·····	254
第二十七章	法治理论·····	256
第一节	法治与法治国家概述·····	256
第二节	法治国家原理·····	258
第三节	建设社会主义法治国家的历史任务·····	259

第六编 法的社会论

第二十八章	法与经济·····	263
第一节	法与生产方式·····	263
第二节	法与市场经济·····	265
第三节	法与经济体制改革·····	268
第二十九章	法与政治·····	270
第一节	法与民主政治·····	270
第二节	法与党的政策·····	273
第三节	法与政治文明·····	275
第三十章	法与道德·····	277
第一节	道德概说·····	277
第二节	法与道德的关系·····	280
第三节	社会主义法治视野下的法与道德·····	284
第三十一章	法与科技·····	288
第一节	科学技术的含义·····	288
第二节	法与科技的关系·····	289
第三节	科技法制化·····	292
第三十二章	法与和谐社会·····	297
第一节	和谐释义·····	297
第二节	社会主义和谐社会的科学内涵·····	298
第三节	构建和谐社会的法律机制·····	300
参考文献·····		303

法学导论

第一节 什么是知识

简明地说,法学是研究法律现象的知识体系。于是,要理解什么是法学,就需要首先认识“什么是知识”。作为人类认识人与自然、人与社会以及人与自身关系的结晶,知识在很大程度上决定了我们的存在方式,而能够创造和使用知识成为人类的专属性特征。从法律理论和法律实践的专业性角度来看,了解“什么是知识”是我们准确认识和深入学习法学的一个非常重要的前提。这一点,随着我们学习法学知识的逐渐深入,将会有更加深刻的体会。

在1996年“经济合作与发展组织”(OECD)的年度报告《以知识为基础的经济》中,根据知识所指涉内容的不同,该组织把知识分为四大类:(1)知道是什么的知识(Know-what),主要是叙述事实方面的知识,如上海有多少人口;(2)知道为什么的知识(Know-why),主要是自然原理和规律方面的知识,如为什么苹果会掉下来;(3)知道怎么做的知识(Know-how),主要是指对某些事物的技能和能力,如怎样降低耗电量;(4)知道是谁的知识(Know-who),涉及谁知道和谁知道如何做某些事的知识,如怎样选拔人才。“经济合作与发展组织”的这种分类主要侧重知识所承载的信息内容的不同。

从另一个角度,即指涉内容的确定性程度,我们还可以把广义的知识分为两类。第一类我们称之为狭义上的知识,也就是我们常说的自然科学知识或客观知识,如力学公理,发动机工作原理,数学定理等,这类知识并不因外在因素的改变而改变,具有计算上的精确性和操作的可重复性。第二类知识,因为涉及情感、直觉和主观判断,会因人、事、时、地而异,故而可能存在某种程度上的不可通约,我们把这类知识叫做意见。我们看这样两个例子:

事例1:六位选手依次登台演讲,其中选手甲不在第一个也不在最后一个演讲,则不同的演讲次序一共有多少种?

事例2:一位继承人担心他的爷爷改变遗嘱而使自己丧失继承权,杀死了他的爷爷。根据法律的规定和合法有效的遗嘱,则启动遗产继承程序。请问凶手此时是否还有权继承遗产?

事例1中的运算结果是确定且是唯一的,并不会因人而异,而事例2则可能会在不同人之间引发尖锐的观点冲突。形象地说,关于事例1的知识是“知识”,而关于事例2的知识则是“意见”。

理解了知识不同的分类,将有助于我们理性地认识和处理我们所面对的任何认知对象,有

助于我们理性地处理人与人、人与物之间的关系,处理人与自然界之间的关系,人与社会之间的关系,以及人与自身精神世界之间的关系。这种理性的精神也有助于我们学习法学知识和提升处理法律问题的能力。

第二节 什么是法学

一、法学的概念

所谓法学,是指以特定的概念、原理和思维方式研究法律现象的知识体系。

在中国古代,法学被称为“刑名之学”或“刑名法术之学”。刑名是指刑罚的名称或刑法的条文,可以追溯到战国时期韩国思想家申不害的“循名责实,慎赏明罚”思想。“法术”中,“法”是指国家制定的成文规则,“术”是帝王的统治之术。

西方最早出现的法学(Jurisprudence)一词源自古拉丁文 Jurisprudentia,该词是由 jus(法)的形容词形式 juris 和另一词根 providere(实践知识)合成。前者解释为法律、正义、权利,后者表示先见、知晓、聪明、知识等,两者合成一词,其原意是“法律的知识”或“法律的技术”。古罗马五大法学家之一的乌尔比安(Ulpianus)指出,“法学是对神和人的事务的认识、关于正义和不正义的科学”。^①

为了有助于初学者开放而深入地理解什么是法学,我们有必要强调如下三个方面。

第一,法学的研究对象是法律现象。而这种法律现象是社会现象的一个组成部分,是社会现象的一种特殊表现方式,这种特殊性表现在全部的法律问题都可以被置换为权利、义务关系问题。换句话说,权利与义务这组最基本的法学范畴,是我们理解法律现象、处理法律问题的逻辑线索。正是基于这种特殊性的权利义务关系,使得法学区别于伦理学、政治学等其他社会科学。所以,有学者把法学径直称之为“权利义务之学”。

第二,法律现象不仅包括法律的文本,也包括法律运行的各个环节。关于法律现象的研究,涉及法律从无到有,从静止到运行的全过程。为了系统而深入地把握法律现象,还要对过去的法律,对法律的历史进行分析和研究。基于此,法学与法律并非简单的观照或映射关系。

第三,法律现象不同于经济现象、道德问题等社会现象,法律现象存在于人类社会的方方面面,它与经济、伦理、文化等因素时时刻刻地交织在一起,并随时可能扭转或改变这些因素的法律属性。法律现象无法像经济、政治等问题一样保持某种特定的类型化的独立特征。基于此,法学研究与法律思维无法像经济学、伦理学和政治学那样简单地化约为某种特定的非此即彼的思维取向,相反法律经常地与其他领域交织在一起,因此法律人的思维方式不仅要专注于法律自身,还要建立在对其他领域的了解和熟知基础之上,这与其他知识和职业领域是不同的。

^① [古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社1999年版,第11页。

二、法学的性质

我们已知,法学是研究法律现象的学问,而后文我们会详细阐述,法律是调整人的行为和社会关系的规范。这就突出地体现了法学的实践性的性质和特征。

第一,作为法学的研究对象,法律现象事无巨细,从个人的行为,拓展至人与人之间的社会关系,再扩展至一个国家的经济、政治和社会秩序,以至国际性和全球性的交往行为和世界秩序。

第二,法学的实践性还体现在,法学研究并不能止于学理性的思辨,其必须要面向、关注和回应社会实践中的各种矛盾和纠纷,提供有效的解决方案并给出合法且有说服力的论证。

第三,法学回应社会实践的方式是通过一整套特定的概念和原理来实现的。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。法学是一种职业性知识体系,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,与人们的“日常语言”存在一定差别。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。

第四,法学回应社会实践的方式是通过一整套特定的思维方式来实现的。通过这种特定的法律思维方式,把善与恶,是与非,多与少等价值分歧和事实分歧纳入到特定的纠纷处理模式中,并完成对价值分歧的存废取舍和先后排序。

三、法学的历史

(一)西方法学的历史

西方法学萌发于古希腊。古希腊时期尚无职业的法学家群体,法学也没有作为独立学科而出现。但政府的频繁更迭、社会的持续冲突,以及古希腊人独特的思考力和理解力推动他们对自然界和人类自身问题的思考。这些思考涉及了法学一些最基本的问题,如法律的性质、法与正义、实在法与自然法、人治与法治、守法等等。古希腊人在这些法律问题上阐发的思想以及讨论此类问题的方式,对后世的法学研究和法律实践产生了持续性的影响。

在古罗马时期,以发达的简单商品经济为基础,法律制度尤其是规范人身关系和财产关系的私法制度达到了古代世界所可能达到的最高水准,与之相伴,法学的发展史上也出现了第一个法学高峰。这一时期的法学发展具有两个特点。特点之一是法学在人类知识发展史上成为一种具有独立体系的知识门类,法学知识在数量上和专业性上已经无法被任何哲学体系所容纳,法学不再是哲学的附庸和补充,而是作为一种独立的知识体系被职业的法学家、法律家群体所研究、传授、学习和应用。特点之二是法学研究在人格权制度、物权制度、契约制度、继承制度和诉讼制度诸多基础性法律制度领域取得了伟大的学术成就,以至于在一千年之后,当近、现代国家在以市民社会和市场经济为新的背景构建近、现代法制的时候,人们发现古罗马法学和法律制度依旧是一个丰富的知识源泉,古罗马人近乎完美地把简单商品经济中一切重要的财产关系的内在本质用详细而准确的法律语言表达了出来。

西方进入中世纪之后,随着自然经济全面取代在古罗马时期一度相当发达的简单商品经

济,古罗马法学和私法制度也几乎被完全遗忘了。以当时特定的社会经济、政治和文化生活条件为基础,神学逐渐成为君临一切、包容一切的理论 and 知识体系,法学失去了独立地位并沦为神学的附庸。在中世纪大部分时间内,神学化的法学几乎成为一种纯粹的辩护性理论,为教会权力和封建制度提供理论支持。在这一时期,尽管中世纪的法学在法律哲学、教会法、海商法等领域的研究也产生了一些有重要价值的理论和知识,但是,已经难以与古罗马法学的辉煌同日而语。

在经过了文艺复兴、罗马法复兴和宗教改革三大社会运动之后,西方法学在近代时期再度繁荣起来。此时,继承并发扬了古希腊、古罗马法学思想的古典自然法学说,日渐成为占主导地位的法学理论,并担负起批判和摧毁神权、专制王权和等级特权的革命任务。体现资本主义民主和法制理想的基本原则,诸如,法律面前人人平等、契约自由、私人财产不可侵犯、人权保护等等,均由古典自然法学派的学者予以理论论证,并经资产阶级革命而被上升为一系列法律原则和法律规则。不过,直到19世纪中叶,随着分析法学派和法学分科的出现,法学才最终取得了独立学科的地位。

在20世纪期间,由于制定法的日渐增长和法律功能的扩展,法律部门及与之相应的部门法学也发展起来,法学成为一个容纳许多二级学科和三级学科的知识体系。在法学理论上,也出现了众多的流派,如新自然法学、新分析法学、社会学法学、经济分析法学等等。

(二) 中国法学的历史

中国的法学思想萌发于夏、商、周时期。其间,夏与商所流传下来的法学思想较少,但是,在西周社会中,明德慎刑、德主刑辅的法学思想已经形成并制度化,这一理论对中国古代法学思想和法制实践影响至深。

春秋战国时期,是中国法学思想百家争鸣的繁荣时期。其间,尤以儒家、法家、墨家和道家的影响为巨,他们的法律观互有不同并相互竞争“话语霸权”,使得法学的思想市场生机盎然,新说迭出。就法学思想的深刻性和影响力而言,这是一个大家辈出的时代,许多思想巨匠都在世界法律文明史上留下了超越民族、超越时代的永恒印记。

秦汉至明清时期,在法学思想上总的特征是因袭有余而创新不足。秦代按法家的理论建立了皇权专制制度,汉代则在“罢黜百家,独尊儒术”的纲领下,对孔孟儒学加以改造,形成了在制度上采法家皇权专制,在理论上突出儒家纲常名教的格局,直至明清,凡两千余年始终未有实质改变。由于政治专制和思想禁锢,学术自由不复存在,法学思想的繁荣也一去不返,其间尽管出现过“律学”短暂的兴盛,但是,总体而言,法律研究基本上被视为低级学问而难登大雅之堂。所谓的法律研究,也大体上局限于刀笔吏、刑名师爷和讼师这一群体之内,此种研究,只是经验层次上的对策取舍,很难称得上是法学研究。

鸦片战争之后,中国发生了“数千年未有之大变局”,逐渐步入半封建半殖民地社会。此时,西方法学和法律传入中国,西方式的法学教育随之引进。“五四”运动之后,马克思主义法学思想传入中国,由此,法学作为一门学科的历史才真正开始。

四、法学的体系

在近代以前,法学还没有发展成为一门完全独立的学科,更谈不上形成由若干分支学科综合而成的法学学科知识体系。自近代资产阶级革命之后,新的社会秩序和社会发展对法学知识产生持续的需求,法学不仅从神学或哲学体系中分化独立出来,而且随着法律制度的完备和法律部门的出现,法学内部也形成了若干法学分支学科,法学终于成为独立的和内部分科的知识体系。

然而,法学内部如何分科或依据什么标准分科,这在国内外法学界还没有形成统一的意见。各国学者对法学内部学科的划分往往不尽相同,分支学科的名称也不尽一致。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)至(3)部门属于理论法学,(4)至(6)部门属于应用法学,(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。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、民法、劳动法、国际私法;(3)刑事法,包括刑法、刑事诉讼法、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。

从我国现阶段法学教育和法学研究的实践需要出发,可以从不同的角度来划分法学体系。

其一,从法律部门划分的角度,可以把法学划分为若干部门法学科。由于法律被划分为宪法、行政法、民法、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,随着经济法、环境资源法等新的法律部门的出现,就产生经济法学和环境资源法学。

其二,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。理论法学则相对地抽象,是从应用法学中概括出来,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”,一般是横跨两个或多个学科而成的,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。

按照国务院学位办公室和教育部的学科管理文件,我国法学体系被划分为十个二级分支学科,它们分别是:法学理论、法律史学、宪法学与行政法学、刑法学、民商法学(含劳动法学、社会保障法学)、诉讼法学、经济法学、环境与资源保护法学、国际法学(含国际公法学、国际经济法学与国际私法学)、军事法学。

第三节 什么是法理学

法理学在法学体系中占有特殊地位。这一特殊地位是由法理学的研究对象的一般性和法学论题的根本性所决定的。概括而言,法理学是法学的一般理论、基础理论和方法论。

一、法理学脉络简况

法理学又称法哲学或法律哲学,系英文之 philosophy of law 或 legal philosophy 的汉译,其含义相当于德文之 Rechtsphilosophie、法文之 philosophie du droit。学界沿用 jurisprudence 一词指涉法学或法理学,或源自英国法学家奥斯汀(John Austin,1790—1859)。

英美法理学受奥斯汀分析法学派之影响,侧重于实定法之分析。英国梅茵(Henry J. Maine,1822—1888)着重于实定法之历史渊源的研究,其代表作《古代法》(Ancient Law)一书于1861年出版,有人因此称其法学为历史法学。^①至20世纪哈佛大学法学院的罗斯科·庞德(Roscoe Pound,1870—1964)所提倡之社会学法学思想(sociological jurisprudence),重点则在结合法律与社会学的研究,主张以法律调整社会上各种利益的冲突,把法律与社会秩序结合起来。

间接受制于欧陆的哲学传统,欧陆的法理学或法哲学,重视法理念的哲学分析,不甚热衷于法律的概念分析或实证研究。黑格尔(Hegel,1770—1831)以历史哲学为基础,提倡理念(Idee)的辩证法,强调法哲学的研究在于探讨法理念之辩证发展的过程。他于1822年出版《法哲学原理》,为欧陆各国法律哲学研究的典范。自19世纪中叶以后,欧陆之法哲学以耶林(Rudolf Jhering,1818—1892)之目的法学(Zweck jurisprudence)最为凸显,对后来法学研究之影响也较为深远。20世纪法理学因受纳粹战争的影响而引发人们的深刻反思,继而自然法和法律的理想主义再度伸张。二次大战以后,欧陆之法哲学与英美之法理学互相交流、互受影响,在话题和讨论方式方面渐次形成了共同的对话模式,法理学之畛域也逐渐模糊。

二、法理学的理论定位

(一)法学的一般理论

法理学以“一般法”即整体法律现象为研究对象。所谓“一般法”,首先指法的整个领域或者说整个法律现实,即包括宪法、行政法、民法、经济法、刑法、诉讼法、国际法等在内的整个法律领域,以及现行法从制定到实施的全部过程。法理学要概括出各个部门法及其运行的共同规律、共同特征、共同范畴,从而为部门法学提供指南,为法制建设提供理论服务。

其次,“一般法”指的是古今中外一切法。法理学应是对古今中外一切类型的法律制度及其各个发展阶段的情况的综合研究,它的结论应能解释法的一切现象。如果它仅以一国或某些国家或某一种历史类型的国家为对象,它的结论就不可避免地带有时代或地域的局限性。

^① 梅茵之著作或许受到1859年达尔文(Charles Robert Darwin,1809—1882)极具影响力之《物种起源》(On the Origin of Species)一书的影响。参见杨日然:《法理学》,台北三民书局2005年版,第3页。

因此,法理学要立足中国,放眼世界,通观历史,从横向和纵向全面地考察法律现象,要吸收比较法学和法史学的研究成果,尽可能了解和批判地借鉴国外法学的研究成果。正因为法理学研究的是一般法,所以,它也被法学家们称作“法的一般理论”。

当然,必须指出,虽然作为一门学科,法理学是以古今中外一切法为研究对象的,但是如同任何国家的法理学都是以本国的现行法律为主要研究对象一样,我国的法理学也应当以研究自己的法律问题和法制建设为主,即以我国社会主义初级阶段的法制建设和现行法律为主,其起点、重心和归宿都必须是中国特色社会主义法治国家的建设。

(二) 法学的基础理论

法理学的对象是一般法,但它的内容不是一般法的全部,而仅仅是包含在一般法中的普遍问题和根本问题。法理学属于法学知识体系的最高层次,担负着探讨法的普遍原理或最高原理,为各个部门法学和法史学提供理论根据和思想指导的任务。它以其对法的概念、法的理论和法的理念的系统阐述,帮助人们正确理解法的性质、作用、内在和外在的变化因素。它所处理的主要是法律的一般思想,而不是法律的具体知识。因而,法理学的论题是法学和法律实践中带有的根本性问题。例如,法是什么?法是怎样产生、发展的?法有什么作用和价值?法是如何运行和操作的?法是如何受制于其他社会现象又如何影响其他社会现象的?这些问题的解决是法学各分支学科解决其具体问题的前提,也是解决法律实践问题的前提。同时,在解决这些问题的过程中,法理学还要概括和阐述法学的基本范畴,例如,权利、义务、法律规范、法律原则、法律行为、法律关系、法律责任、法律文化、法律价值、法治等。这些范畴横贯所有法的部门,是各部门法学共同适用的。从法理学的这些论题中,可以明显看出法理学是法学的基础理论或法学体系的基础。

(三) 法学的方法论

除作为法的一般理论和法学基础理论之外,法理学还是法学的方法论。法学的历史反复表明,用于研究工作的方法是否正确和有效,对于科学研究是至关重要的。因为研究方法在很大程度上影响着主体的认知兴趣,课题设计,资料的识别与取舍,逻辑的推理以及评价的标准,以至决定着人们能否完成或顺利地完成任务。

三、法理学的理论体系

事例3: 五名洞穴探险人受困山洞,水尽粮绝,短期内无法获救。为了维生以待救援,大家约定抽签杀死并吃掉其中的一个人,以便保存其他四人。威特摩尔是这一建议的最初提议者,但在抽签前他又撤回了同意,其他四人仍执意抽签,并在威特摩尔的默认下替他抽了签,结果恰好选中了威特摩尔做牺牲者。四人由此获得了食物并得到了救援。获救后,这四人被以谋杀罪送至法庭。现在,如何对这四人进行辩护或控诉?^①

^① 这则事例即是著名的“洞穴奇案”,详细情节及争论可参阅[美]萨伯:《洞穴奇案》,陈福勇译,生活·读书·新知三联书店2010年版。

法理学的理论体系问题包括两个方面。第一个方面是法理学作为法学的一个分支学科,如何确定它的理论内容,即法理学要研究哪些理论问题;第二个方面是按着怎样的逻辑线索把这些相对独立的理论内容组织起来,并使它们成为一个结构严谨的逻辑整体。

由于法理学的研究对象具有特殊的复杂性,由于法理学是一个学术流派众多的法学分支学科,因而,法理学家们对上述两个问题的回答和处理常常互有明显不同。然而,正像不同的艺术流派绝非艺术发展的障碍一样,不同的法理学理论体系对于法理学的进步也具有不可否认的重大积极作用,因为它们给人们思考法律问题提供了多样化的参照系,这对于理论认识的不断深化是十分有益的。

在正式学习法理学之前,为了使初学者对法理学有一个宏观的初步了解,在此,我们首先对本书所确立的法理学理论体系加以简要的说明。

本书将法理学的理论内容概括为六类基本的理论问题,并按照以下的逻辑线索加以组织、分析和讨论。

第一类基本理论问题是:法律是什么?这类问题也被称作法律的本体论问题。它是法理学乃至整个法学体系的核心问题之一,也是历经数千年争论而经久不绝的问题,在这类问题上得出不同的结论,往往意味着形成了不同的法律观和法学理论。要回答“法律是什么”,就要探讨法律的定义、本质和特征,分析法律是由哪些要素组成的,研究法律的分类、渊源、效力以及法律部门的划分和法律体系等具体问题。由于法律是用语言来表达的,它运用一系列特定的概念来评价和规范人们的行为与关系,因此,回答“法律是什么”,也就需要对法律中最基本的概念和范畴加以研究,这些概念和范畴包括权利、义务、责任、法律关系和法律事实等等。以上问题构成本书第一编的内容。

第二类基本理论问题是:法律应当是什么?这类问题也被称作法律的价值论问题。它与第一类问题一样历史悠久和争议迭起,并一同构成法理学研究的两个核心问题。法律价值论涉及法律的信念和理想,因而,在法理学中占有特别重要的位置。不同时代、不同社会的法律制度对同样的行为、利益和要求之所以会做出不同的反应,其直接原因就在于它们体现了不同的法律价值观念。法律的价值论包括法律价值的概念以及法律与公平、正义、自由、秩序、利益、和谐、人权保护的关系等问题,它们是本书第二编内容。

第三类基本理论问题是:法律在现实生活中是如何运行的?法律规则体系与几何学规则体系具有某种“家族类似性”,即两者都是一个逻辑严谨(当然,法律的逻辑严谨性相对较低)的结构,但是,两者间也有着深刻的区别。法律并不仅仅甚至主要不是存在于书本上,而是存在于社会生活 and 实践之中。这意味着,如果脱离法律的实际运作过程来抽象地谈论法律“是什么”和“应当是什么”,就不可能真正解答问题本身,而只会得出一些苍白、空洞的理论和观点。因此,当法理学作为一项社会科学研究活动而存在时,它必须在观察和研究社会事实的基础上,去深入、具体地回答法律“是什么”和“应当是什么”的问题。这些问题包括:立法权、行政权、司法权的功能和立法、行政执法以及司法的过程,权利行使和义务履行的过程,法制监督机制,法律程序,法律推理和法律解释,法律职业,等等。本书的第三编所讨论的就是这些