



法律硕士专业学位研究生通用教材

法 理 学

Jurisprudence

刘作翔 / 主编



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



法律硕士专业学位研究生通用教材

法 理 学

Jurisprudence

主 编 刘作翔

撰稿人 (以汉语拼音为序)

陈根发	陈欣新	贺海仁	刘作翔
钱弘道	冉井富	吴玉章	夏 勇
谢海定	信春鹰	熊秋红	张根大
赵承寿	邹利琴		



社会科学文献出版社

Social Sciences Academic Press (China)

法律硕士专业学位研究生通用教材

法 理 学

Jurisprudence

主 编 / 刘作翔

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

责任部门 / 编辑中心

(010) 65232637

责任编辑 / 李志强 梁艳玲

责任校对 / 成 东

责任印制 / 盖永东

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 客户服务中心

(010) 65285539

法律顾问 / 北京建元律师事务所

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 北京季蜂印刷有限公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/16 开

印 张 / 37.5

字 数 / 528 千字

版 次 / 2005 年 5 月第 1 版

印 次 / 2005 年 5 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 7 - 80190 - 524 - 5/D · 165

定 价 / 65.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，
请与本社客户服务中心联系更换



版权所有 翻印必究

法律硕士专业学位研究生通用教材

编辑委员会名单

顾问 王家福 刘海年 霍宪丹 韩延龙

主任 夏 勇

编委 (按姓氏汉语拼音为序)

陈 甦	陈云生	陈泽宪	崔勤之	冯 军
顾卫东	黄东黎	李 林	李凌燕	李明德
梁慧星	刘迎秋	刘作翔	莫纪宏	屈学武
邵 波	沈 涓	孙世彦	孙宪忠	唐广良
陶正华	王敏远	王晓晔	吴新平	吴玉章
熊秋红	徐立志	杨一凡	张广兴	张明杰
张庆福	郑成思	周汉华	邹海林	

编辑部主任 冯 军

总 序

法律硕士专业学位（Juris Master，简称 JM）教育旨在培养高层次复合型法律实务人才，它不同于以培养学术类法律人才为主要目标的法学硕士学位教育，是一种新型法律人才培养模式。法律硕士专业学位教育的开辟和发展，有利于会通当今世界英美与大陆两大法系法学教育的特色和优势，有利于更好地适应市场经济条件下国家和社会对法律人才特别是法律实务人才快速增长的需要，有利于为推进法治快出人才、多出人才、出好人才。

中国社会科学院是中国哲学社会科学研究最高学术机构和综合研究中心，承担着“认识世界、传承文明、创新理论、咨政育人、服务社会”的重大使命。作为它的一个重要组成部分，法学研究所秉承“正直精邃”的所训，以深厚的科研实力和独特的教育风格，在中国法学教育中发挥着越来越重要的作用。在国务院学位委员会办公室和中国社会科学院研究生院的指导下，法学研究所开办了法律硕士专业学位教育。为适应法律硕士专业学位研究生的教学需要，推进我国法律硕士专业学位教育的进一步发展，我们决定编辑出版一套法律硕士专业学位研究生通用教材。

根据法律硕士专业学位研究生的培养要求，本套教材由两大部分组成，一是用于传播法学知识、进行基础学术训练的教材。这部分教材囊括了各主要法学学科。二是用于职业训练的教材，目的在于培养学生从事法律实务活动所需要的基本素质和各种技能，如职业伦理与修养、法律文书写作、谈判技能、证据的取得与应用、法庭辩论技巧等。

法律硕士专业学位研究生教材编写的是否成功，很大程度上取决于

对法律硕士专业学位和法学硕士学位这两种同一层次学位教育相同点和相异点的认识和把握。法律硕士专业学位的优势在于其非法律专业的背景（在职攻读法律硕士专业学位的学生除外），这使得该学位的毕业生比起主要是法学本科专业背景的法学硕士研究生更能适应不同专业背景下法律实务的要求。另一方面，同样是因为知识背景的问题，法学硕士研究生一般说来在其本科阶段已经接受了系统的法学教育，而法律硕士专业学位研究生通常在入学后才开始系统地学习法律和法学知识，接受基本的法学训练，这是进行高层次职业技能训练的基础。与法学硕士学位教育相比，法律硕士专业学位教育更注重培养“操作型”人才，但这两种教育之间的区别并不是绝对的。

有鉴于此，我们在编写法律硕士专业学位研究生教材时强调了以下三个方面的结合。

（1）针对性与通用性的结合。

与法学硕士研究生教材相比，本套教材的侧重点不同，但两者在知识的层次和水平上不应有高下之分。教材编写既要适应法律硕士研究生的培养目标，具有较强的针对性，同时也要具备很强的通用性，即教材也能够适应法学类研究生的教学和阅读需求，能够吸引法学类研究生以及相当水平的读者。没有针对性，教材就不会有特色；而没有通用性，教材的学术质量便无法保证。力求将教材内容的针对性和通用性结合起来，是本套教材的主要特色之一。

（2）应用性与理论性的结合。

根据法律硕士研究生的培养目标和特点，教材在内容安排或取材上强调突出应用性或实用性，尽可能减少“纯学术”的内容，力求寓学术性和研究性于知识性和应用性之中。在教材编写过程中不应把应用性和理论性对立起来。缺乏理论性的应用性，不可能达到研究生教材所要求的学术水准；反之，纯理论的知识、推理和论证也不符合法律硕士专业学位研究生教材的特点和要求。

（3）知识性与创新性的结合。

鉴于法律硕士研究生入学前多未受过系统的法学教育与训练，教材

强调系统介绍相关学科的基本概念、原则原理和其他知识。在叙述时力求把“实然”的知识和“应然”的知识区分开来,把“通说”和作者个人的见解区分开来。对“实然”的知识要准确、清晰和简洁地告诉读者“事实是什么”;而对“应然”的知识,观点要明确,说理充分而精炼。“应然”的知识体现作者的学术敏感性和鉴别力,是教材具备创新性不可缺少的内容,但是,在比例搭配上,教材的重点放在对“实然”知识的介绍、分析和实际运用上,“应然”的部分要求少而精。务求避免对“实然”知识把握不准,而对“应然”知识的阐述过于艰涩、玄虚,以致产生或超出学生理解能力或误导学生的弊端。

在把握好上述三个结合的基础上,我们要求教材对概念的阐述务必准确、简练。对有分歧的概念,原则上要明确表明作者的态度。要让学生清楚地知道有没有通说、通说是什么、通说对不对,如不对,问题在什么地方。

以对案例和实际问题的分析引领和贯穿全书,是我们在教材编写过程中反复强调、要求各教材编写组努力做到的。案例可以是法院判决例以及其他实际发生的事件,也可以是根据教学需要假想的。对实际发生的有重大影响的法律事件或案件,要求本教材加以引用和分析,不使遗漏。

为增强教学效果,本套教材在结构上除正文外还设立了“要点提示”、“问题与思考”、“复习题及其解答提示”、“阅读书目”、“术语索引”等辅助部分。其中“要点提示”起提纲挈领的作用,使读者在每章伊始即可了解本章主要内容的概貌;“问题与思考”是本套教材特别设立的一个部分,目的是培养学生运用所学知识分析问题和解决问题的能力,同时加深对所学知识的理解。这部分内容将使教材具有良好的“延展性”,更能体现研究生教材的特色和要求。在每章之后给出复习题,不是本教材的首创,但对学生或读者如何解答复习题给予提示却是本套教材的特色。“阅读书目”意在开出一个精选的书单,使学生能够在教材的基础上研习更广、更深的知识,了解更为复杂的学术展开或学术论证的过程和特点等。“阅读书目”是对教材内容十分有益的补充,

更是学生自学的阶梯。而“术语索引”则使教材兼具了“法学词典”的功能，方便学生和读者随时查阅教材要点。除“术语索引”外，部分教材还将编列“法规和判例索引”，使教材规范化和可读性达到更高水平。

编写法律硕士专业学位研究生教材对我们来说是一次全新的尝试，不足之处在所难免。竭诚欢迎从事法律硕士专业学位教育的相关单位和从事法学、法律硕士教育工作的教师及广大读者提出宝贵意见，以利在再版时对教材加以修改和完善。我们相信，以中国社会科学院法学研究所的学术资源和优势为后盾，经过不断摸索、改进和提高，本套教材一定能够成为法律硕士专业学位研究生教材的精品，为推进我国法律硕士专业学位教育，促进法学教育的不断改革和创新做出应有的贡献。本套教材的出版得到中国社会科学院社会科学文献出版社的大力支持，在此谨致衷心感谢。

法律硕士专业学位研究生通用教材

编辑委员会

2004年8月

法理学的功能

（代序言）

法理学是用来做什么的？这是初进大学法学院学习的学生们自然会发问的问题，也是那些已经有了一段学习经历，且已进入研究生学习阶段的硕士生们甚或博士生们经常疑惑的问题。对于我们这些被称为在“法理学领域”里工作了一二十年的人来讲，这一问题也是一个时常困扰和自问的问题。用一个法学命题来归结，即“法理学的功能”。

多年前，我曾在一篇探讨“法学学”问题的文章中，对这一问题做了一点思考和回答。我当时从对各不同法学学科和门类的不同功能比较的角度，宏观地概括出“法理学承载着解决人们法的观念层面的功能”^①，将法理学的功能定位为“法律观念的启蒙，法律理念的确立”。现在来看，这一论点仍能成立，只不过有点儿失之简单。它还需要回答法理学是如何来进行“法律观念的启蒙”和如何来塑造“法律理念的确立”的，也即法理学是如何来行使和发挥其功能的。

要继续深入回答这一问题，我们首先需要对观念与知识的一般关系做一点简单的剖析。观念要建立在知识的基础之上。知识对于观念的建立有着重要的作用。这也正是我们高度重视以知识作为核心的人的素质全面提高的原因。法律观念的建立也离不开法律知识做基础。没有法律知识，法律观念无以建立；即使建立起来，也不牢靠。因为它不是以知识作为内在积淀而形成的一种自觉信念和信仰体系，而是靠外在的因素灌输起来的（尽管我们有时也不得不强调灌输）。有时候，法律知识本身就构成法律观念的一部分。

^① 参见刘作翔《世纪之交的中国法学应重视法学学问题的研究》，《法学》1996年第4期。

而谈到法律知识,可能由两部分组成:一部分是“法律的知识”,即我们日常生活和法律生活中经常讲到的宪法、民法、刑法、诉讼法等具体法律中所包含的那些知识;另一部分是“关于法律的知识”,即法理学领域中所涵盖的那些基础知识内容,诸如法的概念、法的要素、法的渊源、法律体系、权利义务、法律责任等等,这些基础知识内容是单靠那些具体法律知识所无法完整地获得的,而需要通过“法理学”的专门学习才能获得。这些法理学的“基础知识”被定位为“法理学的基本问题”,这样的表述虽有点同义反复,但表达了法理学确有一些最基本的问题,实则是法律学的最基本的问题。

有了以上两部分的知识积累和储备,方可以形成我们的法律观念,塑造我们的法律意识和法律理念,完成一个学习法律并以此为职业的现代法律人所应具备的知识储备和职业素质。

法理学除了具有“法律观念的启蒙,法律理念的确立”的功能外,它对法律实践有没有功能?有什么功能?这也是一个需要回答的问题。法理学大师们曾对法理学及其功能做过很多解说。其中我认为说得比较透彻的是美国的法理学家德沃金教授的法理学观点。

德沃金教授讲道:“法律的一般理论肯定是抽象的,因为它们旨在阐释法律实践的主要特点和基本结构而不是法律实践的某一具体方面或具体部分。除了具有抽象性外,它们是建设性的阐释:它们力图充分地说明整个法律实践,同时还力图在探明法律实践和对这种实践的最佳论证之间保持平衡。因此,在法理学与判案或法律实践的任何其他方面之间,不能划出一条固定不变的界线。法哲学家们对任何法律论证所必须具备的一般要素和阐释基础展开争论。我们可以从反面来谈。任何实际的法律论证,不论其内容多么具体和有限,都采用法理学所提供的一种抽象基础,而且当这些对立的基础产生矛盾时,法律论证就只能采用其中之一而反对其他。因此,任何法官的意见本身就是法哲学的一个片段,甚至哲学被掩盖、人们只能被引证和一系列事实支配,其情况也是如此,法理学是判决的一般组成部分,亦即任何依法判决的无声开场白。”^①

结合我国法律实践的现状,探讨一下法理学对法律实践的功能实属必要。在当代中国法律实务界乃至法学界,有一种普遍的认识,认为法理学只是法理学界自身的事情,法律实践、法律实务乃至其他法学学

① [美] 德沃金著《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社,1996,第83页。

科不怎么需要法理学。50多年前李达先生曾揭示过这一现象。李达先生讲道：“法理学的研究，在中国这样不发达，据我看来，主要的由于法学家的不予重视，好像认为是一个冷门。教者不感兴趣，学生也勉强听讲。因为应考试、做法官或律师，都不需要法理学。在培养注释法学的师资与司法人才的今日法学教育环境中，这许是法理学的研究所以不发达的原因了。”^①

当然，50多年后的中国法理学的命运比起李达先生当年描绘的状况有较大改观。法理学作为法学的一门基础学科，被置于法学的15个二级学科之首，各种法律职业类资格考试（法官、检察官、律师等司法资格考试）中，法理学也有了一席之地，等等。但这些仅是一些表面上的变化，问题的实质在于：法理学是否真正地深入到法律实践中，也即法律实践需不需要法理学，这是法理学发挥功能的主要标志之一。

法律实践需不需要法理学？让我们再回到德沃金教授的观点。德沃金讲道：“在法理学与判案或法律实践的任何其他方面之间，不能划出一条固定不变的界线。……任何实际的法律论证，不论其内容多么具体和有限，都采用法理学所提供的一种抽象基础，而且当这些对立的基础产生矛盾时，法律论证就只能采用其中之一而反对其他。因此，任何法官的意见本身就是法哲学的一个片段……法理学是判决的一般组成部分，亦即任何依法判决的无声开场白。”在德沃金教授的这段精辟的论述中，他淋漓尽致地表达了法理学与法律实践的关系以及法理学对法律实践所起的不可替代的功能。这对那些视法理学于法律实践为无用，或认为法律实践不需要法理学的人来讲，是不是会有某种程度的教育和启示作用呢？

法理学尽管是抽象性的、概括性的、一般性的、普遍性的和理论性的^②，但法律实践却不能没有法理学。试想，一个立法者，如果他没有对法律的深刻理解力和洞察力，没有对法律的深刻预见和社会关系对法律的需求的精确判断，他如何去创制为社会所需要的法律？一个立法者如果不了解法律规范的科学合理结构，不懂得立法的一些技术性要求，他如何去从事具体的立法工作？一个立法者没有对法律的目的、价值的深刻理解，他又如何创制出蕴含民主、正义、公平、公正等价值的法

① 李达著《法理学大纲》，法律出版社，1983，第12页。

② 参见刘作翔《法理学研究的一般特点及其功能》，《法律科学》1996年第6期。

律?等等。再比如,一个执法者,或者一个司法者,如果没有对法律的精神、价值、理想、原则等的深刻认识,他又如何能公正地执法和司法?尤其是在法律出现漏洞、空白、不完善等情况下,他又根据法律的哪些原则、精神、价值等去合理地使用自由裁量权,公正地判决案件?即便对一个守法者而言,如果他没有确立正确的法治意识和观念,以及对法律的信仰,他又如何去遵守法律、使用法律?而所有这些,都需要具有法理学的基本素养。正是从这些意义上,德沃金讲道,在法理学与判案或法律实践的任何其他方面之间,没有一条固定不变的界线。它们之间相互渗透,法理学渗透于法律实践之中,而法律实践又离不开法理学。德沃金又进一步讲到,任何实际的法律论证,不论其内容多么具体和有限,都采用法理学所提供的抽象基础。而这里所讲的“抽象基础”,即法理学所建立的一套抽象理论。具体的法律论证需要采用法理学所提供的抽象理论。而当这些抽象理论之间产生矛盾时,法律论证就只能采用其中一种理论而反对(排斥)其他理论。

《布莱克法律辞典》则从另一个角度论述了法理学对解决案件的功用。该辞典作者讲道:“当针对一个新的或疑难案件的解决,实际被选择的两个法律条文似乎对其有同样的可适用性时,这时或许,而且通常是从法理学的角度,来考虑这些规则适用于该类案件时所产生的最终影响(实效),然后,选择对社会能产生最大效益的那条规则。”^①其意是指法理学对于在判案中选择合适的法律规则以解决具体案件有着不可替代的作用。

和法律实践密切关联的另一个问题是:法官、法律判决需不需要法理学?在中国,恐怕没有多少人会认为法官也需要法理学,认为法官只要熟读法律条文就可判案,而法律判决则主要是法律条文的引用和案件事实的说明,不可能有法理学在其中,法理学只属于学者们研究的问题。法理学被罩上了一套“神秘的面纱”,人们对它敬而远之。

我们还是来看看德沃金的见解。德沃金讲道:任何法官的意见本身就是法哲学的一个片段,甚至哲学被掩盖、人们只能被引证和一系列事实支配,其情况也是如此,法理学是判决的一般组成部分,亦即任何依法判决的无声开场白。有些人也许会认为,德沃金讲的这种情况是判例法制度下的做法,而在以制定法为主的国家,判决最重要的是案件事实和法律条文的援引,无需做更多的理由说明。我们中国的现实法律判

^① 《布莱克法律辞典》,英文版,西方出版公司,1979,第5版,第767页。

决，主要是由法院确认的案件事实和适用该案的法律条文两大内容构成，很少有判决理由的说明。尽管近些年我国的最高人民法院强调要加强判决书中判决理由的成分，但总体上改进不大。我认为，无论是判例法传统，还是制定法国家，一个完整的判决，不能没有判决理由，判决理由集合了法官对案件事实的分析、适用的法律条文，以及为什么做如此裁断而不做其他裁断的理由和根据。全部法律判决的“理”就体现在这个判决理由之中。英国女王王室法律顾问路易斯曾写道：“陈述判决理由是公平之精髓。在现代民主社会中，越来越多的人承认，受到判决的人有权知道判决是如何做出的。”^①即使在制定法国家，如果我们承认法律不可能设定一切可能发生的情况，法律总是存在着不周全之处，那么，当一个新的案件出现，而又找不到可援引的法律条文依据时，要处理此案，就必须运用法理学中的法律原则、法律推论、正义观念等进行实际处理，并最终要体现在判词的判决理由之中。比如，美国纽约州最高法院关于埃尔默杀死其祖父以欲获得其遗产继承权一案^②，经过法官们的激烈争论，最后以压倒优势同意了厄尔法官所确立的这样一条法律原则：即任何人不得从其错误行为中获得利益。这是一个典型的法理学命题，并且也成为此后判案的一个法律原则。这比那种机械地理解并执行遗嘱继承法，无疑是一个更合理的很大的法律进步。这一法理学命题和原则确立了一个新的发展：遗嘱法应被理解为否认以杀人来获得遗产的继承权。我们从中可以看出法理学在法律实践、法官判决中所起的无可替代的巨大作用。任何一个法律判决，总得建立在“理”的基础之上，离开“理”，法律判决将有可能背离法律的目的和初衷。

由此，我们可以去慢慢领会和体认法理学对我们这些学习法律和研究法律以及以后可能以法律为业的法律人的意义和作用，从而提高我们学习这门被称为“法理学”名称的学科的学习兴趣和积极性。本书所列出的那些基本问题，不可能代表法理学的全部内容，但应该是主要的和重要的内容。本书的设计和写作既考虑和照顾了“法律硕士专业学位研究生”这一特定的使用对象，也欲体现出法理学所应包含的基本

① 转引自〔英〕彼得·斯坦、约翰·香德著《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社，1990，第99页。

② 该案详情参见〔美〕德沃金著《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社，1996，第14～19页。

知识、基本观点、基本理念、基本问题，强调从法理学的基本知识上去引导和培养学生们以及读者对法理学——实则是法律学的兴趣。

刘作翔

2005 年 1 月 5 日

法律硕士专业学位研究生通用教材

编辑出版人

出 版 人 谢寿光

总 编 辑 邹东涛

项目负责人 杨 群

编 辑 主 任 宋月华

编 辑 (按姓氏笔画为序)

朱希淦 李正乐 李志强 宋月华

宋 娜 陈文桂 张立敏 范明礼

周志宽 赵慧芝 章绍武 梁艳玲

发 行 人 王 菲

封 面 设 计 孙元明

责 任 印 制 盖永东

编 务 李 敏

编 辑 中 心 电 话 65232637 85111313 - 266

网 址 ssdphzh_cn@sohu.com

目 录

法理学的功能（代序言）	1
导 论 法理学概说	1
第一节 法理学的研究对象、内容和历史沿革	3
第二节 法理学在法学体系中的地位	20
第三节 法理学的研究方法	22
问题与思考	27
复习题及答案要点	30
阅读书目	31
第一章 法的概念	33
第一节 法的定义	35
第二节 法的形式特征	45
第三节 法的本质	49
问题与思考	56
复习题及答案要点	59
阅读书目	60
第二章 法的要素	61
第一节 法的要素概述	63
第二节 法律规范	69
第三节 法律原则	75

第四节 法律概念	79
问题与思考	83
复习题及答案要点	84
阅读书目	85
第三章 法的渊源	87
第一节 法的渊源的概念	89
第二节 当代中国法的渊源	95
第三节 规范性法律文件的规范化和系统化	100
第四节 法的分类	103
问题与思考	106
复习题及答案要点	106
阅读书目	107
第四章 法律效力	109
第一节 法律效力的概念	111
第二节 法律效力的结构	116
第三节 法律效力的维度	125
问题与思考	131
复习题及答案要点	131
阅读书目	132
第五章 法律体系	133
第一节 西方学者视野中法律体系理论研究的内容	135
第二节 中国法理学对法律体系的释义	137
第三节 当代中国的法律体系	142
第四节 “一国两制”下的当代中国法律体系问题	148
问题与思考	152
复习题及答案要点	153
阅读书目	154
附件	155
第六章 法律关系	161
第一节 法律关系的界定	163