



清华大学法学系列教材

北京高等教育精品教材

JURISPRUDENCE

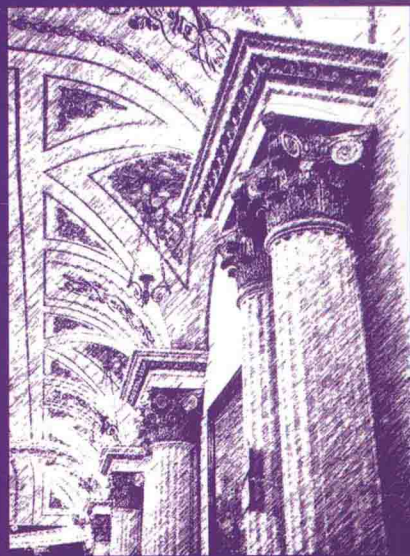
JURISPRUDENCE JURIS  
JURISPRUDENCE JURISPRU  
JURISPRUDENCE JURISPRUD  
JURISPRUDENCE JURISPRUDENCE  
JURISPRUDENCE JURISPRUDENCE

高其才◇著



第三版

# 法理学



JURISPRUDENCE JURISPRUDENCE JURIS  
JURISPRUDENCE JURISPRUDENCE  
JURISPRUDENCE JURISPRUDENCE JURISPRU  
NOMOLOGY JURISPRUDENCE JURISPR  
JURISPRUDENCE JURISPRUDENCE JURISPR  
JURISPRUDENCE JURISPRUDENCE JURISPRUD  
JURISPRUDENCE JURISPRUDENCE JURISPRUDENCE  
JURISPRUDENCE JURISPRUDENCE

清华大学出版社



## 内 容 简 介

法理学是法学的主要理论学科,法律教育的基础课程、核心课程。法理学通过研究法的现象来探寻法的内在规律,探讨法的普遍原理或最高原理,讨论法律实践和法学中带有根本性、规律性的问题。

本书全面讨论法的一般理论、法律价值理论、法律演进理论、法律运行理论、法律与社会理论,从历史态度、多元视角、全球背景、中国情怀诸方面进行法理学思考,注重科学性,强调时代性,突出资料性,富有可读性。本书内容全面,体系合理,概念清晰、准确,分析简明、透彻,难点、重点突出。

本书出版后因特色鲜明而受到学界和社会的肯定。在前二版的基础上,第三版改正了错漏,吸纳了最新成果,进一步充实了内容。

本书读者为大专院校法学专业的师生,科研机构和法律实务部门的工作人员,及对法律、法学有兴趣的其他读者。

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 / 高其才著. —3 版. —北京:清华大学出版社,2015

(清华大学法学系列教材)

ISBN 978-7-302-40986-1

I. ①法… II. ①高… 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(2015)第 166768 号

责任编辑:方 洁

封面设计:汉风唐韵

责任校对:宋玉莲

责任印制:沈 露

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](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质量反馈:010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 装 者:北京嘉实印刷有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×260mm 印张:31.5 字 数:629 千字

版 次:2007 年 8 月第 1 版 2015 年 8 月第 3 版 印 次:2015 年 8 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:56.00 元

产品编号:065898-01

## 作者简介

高其才,男,1964年9月出生,浙江省慈溪市人。清华大学法学院教授,法学博士。

1985年7月在重庆西南政法学院(现西南政法大学)获法学学士学位;1993年8月在武汉大学获法学硕士学位;2002年5月在中国政法大学获法学博士学位。

1985年7月至1997年11月,在武汉中南政法学院(现中南财经政法大学)法律系工作;1997年12月至今,在清华大学法律系、法学院任教。

主要从事法理学、法社会学的教学和研究工作,研究专长为中国习惯法、中国司法。独著有《中国习惯法论(修订版)》、《中国少数民族习惯法研究》、《瑶族习惯法》、《国家政权对瑶族的法律治理研究》、《多元司法——中国社会的纠纷解决方式及其变革》、《桂瑶头人盘振武》、《法社会学》、《司法制度与法律职业道德(第二版)》、《野行集——与法有缘三十年》、《跬步集——五十自述》等;合著有《农民法律意识与农村法律发展》、《瑶族经济社会发展中的法律问题研究》、《司法公正观念源流》、《基层司法——社会转型时期的三十二个先进人民法庭实证研究》、《乡土司法——社会变迁中的杨村人民法庭实证分析》、《政治司法——1949—1961年的华县人民法院》、《当代中国法律对习惯的认可研究》等;主编《中国司法研究》书系、《习惯法论丛》、《乡土法杰》丛书;发表《当代中国法治建设的两难境地》、《法理学发展值得思考的几个问题》、《现代立法理念论》、《论中国少数民族习惯法与国家制定法的关系》、《当代中国法律适用中的关系因素——文化视角的实证分析》等论文。

## 写在前面

这是一本为法学院学生编写的教科书。

从目录上看,本书似乎与一般法理学教材区别不大,不过仔细阅读定能体察我的独特理念和努力。

我希望提供关于法的全面的认识,注重基本理论的知识传承,通过多角度的总结和分析,完整地了解人类社会的秩序和规范的意义。

我加大了对中国问题的讨论,从中国传统中理解我们所处时代的规范,从全球背景下的社会生活中思考中国社会发展的基本法律问题。

我在兼顾现行法理学内容的基础上,增加了对前沿性论题的探讨,拓展了讨论范围。

我重视运用案例、法规等材料讨论法理学基本问题,注重法理学的可理解性。同时,注意基本资料的积累,通过所提供的文献,为进一步的阅读和思考提供方便。

我也适当阐发了自己有关法理学的一些体会和心得,期望使本书富有个人风格和个性色彩。

# 目 录

导论 .....	1
----------	---

## 第一编 法律一般理论

<b>第一章 法概念</b> .....	13
第一节 法的词义 .....	13
第二节 法律特征 .....	15
第三节 法的本质 .....	22
<b>第二章 法律要素</b> .....	43
第一节 法律要素概述 .....	43
第二节 法律原则 .....	44
第三节 法律规则 .....	49
第四节 法律概念 .....	54
<b>第三章 法律体系</b> .....	57
第一节 法律体系概述 .....	57
第二节 法律部门 .....	58
第三节 当代中国的法律体系 .....	60
第四节 规范性法律文件的规范化和系统化 .....	69
<b>第四章 法律渊源</b> .....	74
第一节 法律渊源概述 .....	74
第二节 法律渊源的分类 .....	77
第三节 当代中国的法律渊源 .....	84
<b>第五章 法律分类与法律效力</b> .....	95
第一节 法律分类 .....	95
第二节 法律效力 .....	98
<b>第六章 法律关系</b> .....	108
第一节 法律关系概述 .....	108
第二节 法律关系的分类 .....	110

第三节 法律关系的构成要素 .....	112
第四节 法律事实 .....	125
<b>第七章 法律行为</b> .....	127
第一节 法律行为概述 .....	127
第二节 法律行为的结构和种类 .....	129
第三节 合法行为 .....	132
<b>第八章 法律责任</b> .....	134
第一节 法律责任概述 .....	134
第二节 法律责任的构成 .....	138
第三节 法律责任的认定和归结 .....	140
第四节 法律责任承担的方式 .....	146

## 第二编 法律价值理论

<b>第九章 法律作用</b> .....	151
第一节 法律作用概述 .....	151
第二节 正确认识法律作用 .....	156
<b>第十章 法律价值</b> .....	160
第一节 法律价值概述 .....	160
第二节 法律价值的种类 .....	164
第三节 法律价值的冲突及其解决 .....	188

## 第三编 法律演进理论

<b>第十一章 法律起源</b> .....	195
第一节 法律起源概述 .....	195
第二节 法律产生的根源和规律 .....	200
<b>第十二章 法律发展</b> .....	204
第一节 法律发展概述 .....	204
第二节 法律历史类型 .....	206
第三节 资本主义法 .....	208
第四节 社会主义法 .....	220
第五节 法律继承与法律移植 .....	225



第六节 法律的未来 .....	229
<b>第十三章 法制现代化 .....</b>	<b>231</b>
第一节 法制现代化概述 .....	231
第二节 法律文化 .....	238
第三节 法律意识 .....	243
<b>第十四章 法治理论 .....</b>	<b>249</b>
第一节 法制与法治 .....	249
第二节 法治的原则与局限 .....	255
第三节 当代中国的法治建设 .....	259

## 第四编 法律运行理论

<b>第十五章 法律制定 .....</b>	<b>265</b>
第一节 法律制定概述 .....	265
第二节 当代中国法律制定的原则 .....	273
第三节 当代中国法律制定的程序 .....	277
第四节 当代中国法律制定的完善 .....	283
第五节 立法技术 .....	286
<b>第十六章 法律执行 .....</b>	<b>288</b>
第一节 法律执行概述 .....	288
第二节 法律执行的种类 .....	291
第三节 当代中国法律执行体系 .....	292
第四节 当代中国法律执行的原则 .....	295
第五节 当代中国法律执行的改革与完善 .....	301
<b>第十七章 法律适用 .....</b>	<b>304</b>
第一节 法律适用概述 .....	304
第二节 司法公正 .....	306
第三节 当代中国的法律适用 .....	309
第四节 法律发现 .....	324
第五节 法律职业 .....	325
第六节 法律思维 .....	328
<b>第十八章 守法与违法 .....</b>	<b>330</b>
第一节 守法 .....	330
第二节 违法 .....	337



第十九章 法律监督 .....	340
第一节 法律监督概述 .....	340
第二节 当代中国的法律监督体系 .....	342
第二十章 法律解释与法律推理 .....	349
第一节 法律解释 .....	349
第二节 法律推理 .....	362

## 第五编 法律与社会理论

第二十一章 法律与社会关系概述 .....	373
第一节 社会概述 .....	373
第二节 法律的社会基础 .....	376
第三节 法律对社会的调整 .....	378
第二十二章 法律与经济 .....	381
第一节 法律与经济基础 .....	381
第二节 法律与市场经济 .....	385
第三节 法律与财产 .....	386
第四节 法律与利益 .....	388
第五节 法经济学 .....	390
第二十三章 法律与科学技术 .....	393
第一节 科学技术对法律的影响 .....	393
第二节 法律对科学技术的作用 .....	395
第三节 法律与科学技术的发展 .....	396
第二十四章 法律与政治 .....	403
第一节 法律与政治的关系 .....	403
第二节 法律与政策的关系 .....	406
第三节 法律与当代中国的民主政治建设 .....	410
第二十五章 法律与国家 .....	418
第一节 国家概述 .....	418
第二节 法律与国家的关系 .....	421
第二十六章 法律与道德 .....	426
第一节 法律与道德的关系 .....	426
第二节 中国古代的法律与道德关系 .....	434
第三节 立法的道德限制 .....	439

第四节	法律与道德的矛盾 .....	451
<b>第二十七章</b>	<b>法律与宗教</b> .....	456
第一节	法律与宗教概述 .....	456
第二节	中国的法律与宗教 .....	461
<b>第二十八章</b>	<b>法律与人权</b> .....	468
第一节	人权概述 .....	468
第二节	法律与人权 .....	473
第三节	当代中国人权的法律保障 .....	477
<b>参考文献</b>	.....	480
<b>后记</b>	.....	483
<b>后记(第二版)</b>	.....	486
<b>后记(第三版)</b>	.....	488

# 导 论

人类为什么组织社会？社会为什么需要法？创制法的权威来自哪里？社会为什么会形成秩序？法规范有好坏、优劣之分吗？法规范之间发生冲突应该如何解决？对于这些问题，古今中外曾有许多人试图回答，并仍吸引着一代又一代的年轻学子结合新的社会状况去思考、去探索。

法律是现代社会的**主要社会规范**，是人类共同的**理性结晶**，对于**社会资源分配、社会关系调整、个人权利保障、社会秩序维系、社会冲突解决、人类社会繁荣**都具有重要意义。法律具有**说理性**，表现了人类的**实践理性**，反映了人类采用和平方式处理利益纠纷和冲突的政治智慧。“法律伴随着人类进步，尤其是政治社会进步的整个历史，在此过程中人类前仆后继地用流血的双脚在充满荆棘的道路上由受奴役到走向自由。”<sup>①</sup>

法律由人类群体协商、互相妥协、达成合意而成立，与每个人息息相关，是现代社会的**必需品**。英国18世纪的著名法学家威廉·布莱克斯通爵士(William Blackstone, 1723—1769)在1758年10月25日的“维内里讲座”上就这样指出：“能够懂得我们借以生活的那个社会的各项法律，乃是每一个绅士和学者应有教养；是自由文明教育中极有用的、甚至可以说是**最主要的组成部分**。”<sup>②</sup>

法的世界是一个庞大而复杂的系统，涉及规范与理念、制度与秩序、客观与主观、应然与实然、个人与社会、民族国家与人类全球等方面，需要多视角、全方位的进行认识。

## 一、法学

法学是以法律这一特定的社会现象及其发展规律为研究对象的社会科学，包括理论法学、应用法学；立法学、法解释学、法社会学等。古罗马法学家乌尔比安(Ulpianus, ?—228)认为：“法学是神事和人事的知识，正义和非正义的科学。”<sup>③</sup>法学具有双重任务，“一方面是解释，另一方面是构造和体系，”<sup>④</sup>法学阐释要努力探究立法者的意志，即在法和法律中体现的民众意志或国家意志；而在法律解释将确定法律制度的个别规则逐字地

① 詹姆斯·贝克尔语，见[美]赞恩：《法律的故事》，刘昕等译，序言2页，南京，江苏人民出版社，1998。

② [英]威廉·布莱克斯通：《英国法释义》，转引自[英]丹宁勋爵：《法律的正当地序》，李国强等译，扉页，北京，群众出版社，1984；第2版，北京，法律出版社，2011。

③ 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编：《民法大全选译 I. 1. 正义和法》，黄风译，39～40页，北京，中国政法大学出版社，1992。

④ [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健等译，173页，北京，中国大百科全书出版社，1997。

阐明清楚之后,构造应将其作为一种统一原则的必然结果加以概括和发展,从社会整体上、从法律目的的角度进行再创造,法学是理解性的学问。<sup>①</sup>

法学具有鲜明的实践性,法学的本源是包括法律实践在内的社会实践,法学的发展有赖于实践的推动;法学也是人类关怀的产物,是人类经验、智慧的体现,是人类理性的升华,是人类文明的结晶。<sup>②</sup> 法学与哲学、历史学、经济学、政治学、社会学、逻辑学、语言学等学科的联系非常紧密。

“法学”在中国先秦时期称为“刑名法术之学”或“刑名之学”。作为一个专门用语“法学”来使用,我国最早是在南北朝时期。《南齐书·孔稚王主传》中云:“寻古之名流,多有法学。故释之、定国,声光汉台;元(帝)〈常〉、文惠,绩映魏阁。”<sup>③</sup>在近代人梁启超的《论中国宜讲求法律之学》(1896)一文中,不仅突出强调了“法律之学”,而且明确提出了“法学”之用语:“……天下万世之治法学者,……”<sup>④</sup>不过,梁启超这里所讲的“法学”一词的内涵与沈家本在《法学盛衰说》中对“法学”一词所阐述的相同,基本上接近于中国古代的“律学”。“法学”或“法律科学”在中国的广泛使用是近代西方文化传入中国之后的事情。

西方法学起始于古希腊,在政治学、伦理学、文学、美学等作品中涉及一系列法律问题,苏格拉底、柏拉图、亚里士多德等人在这些问题上的论述,对西方法学一直有着深刻的影响。古罗马法学十分繁荣,由于奥古斯都大帝建立了法学家官方解答权制度,法学家的声誉大振,法学不仅获得了相对独立的地位,而且成为罗马法的渊源之一。刑法学、民法学、诉讼法学等开始出现。西方中世纪后期形成了注释法学派。<sup>⑤</sup>自13、14世纪开始的文艺复兴和宗教改革运动,使西方法学朝着世俗化的方向发展和变革。人文主义法学派主张把罗马法作为整个古典文化的组成部分对待,把哲学方法和历史方法运用于罗马法研究,以便更有说服力地复兴罗马法。17世纪开始的资产阶级革命使法学教育和法学研究得到极大的发展,自然法学派主张人性和人权,要求法治。宪法学、行政法学、国际法学逐渐形成。18世纪末,西方出现以反对古典自然法学派、强调法律民族精神或历史传统为特征的历史法学派,以功利主义和实证主义哲学为理论和方法论基础、以对实在法律的逻辑分析为己任的分析法学派。19世纪末20世纪初,随着社会的变迁,西方社

<sup>①</sup> 拉伦兹认为,“‘法学’是指:以某个特定的,在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问。”参见[德]卡尔·拉伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,1页,北京,商务印书馆,2003。

<sup>②</sup> 王泽鉴先生认为,一个人经由学习法律,通常可以获得以下能力:“法律知识:明了现行法制的体系、基本法律的内容、各种权利义务关系,及救济程序。法律思维:依照法律逻辑,以价值取向的思考、合理的论证,解释适用法律。解决争议:依法律规定,作合乎事理规划,预防争议发生于先,处理已发生的争议于后,协助建立、维护一个公平和谐的社会秩序。”参见王泽鉴:《法律思维与民法实例》,1页,北京,中国政法大学出版社,2001。

<sup>③</sup> 《南齐书》

<sup>④</sup> 梁启超:《饮冰室文集》,93页,北京,中华书局,1989。一般认为,这是中国近代最早提出“法学”一词的论著。当然,梁启超此处虽然用了“法学”一词,但其关于“法学”的观念还是中国传统型的。因为他认为这种法学“是研究规范人群同类不相互吞食的号令”的学问,而这种号令是“明君贤相”为百姓所立。为此,他对中国历史上法学的兴衰做了简单的回顾,强调在“发明西人法律之学以文明我中国”的同时,“愿发明吾圣人法律之学,以文明我地球”。

<sup>⑤</sup> 注释法学派因以意大利北部的伦比亚大学为中心,故又称“伦比亚学派”。

会出现了强调研究法律与社会关系、关注法律的实际运作的社会法学派,社会法学开始出现。20世纪50年代中期以来,自然法学派、社会法学派和分析法学派以新的姿态出现。以行为主义心理学和行为主义政治学为理论基础和原型的行为主义法学,作为存在主义哲学组成部分的存在主义法学,试图折中调和各派、实现法的概念、法的价值、法学方法三统一的综合(统一)法学派也开始出现。20世纪70年代以后,主张运用经济学的理论和方法分析、以实现最大经济效益的目标改革法律制度的经济分析法学派,以批判西方法律制度和法律文化为宗旨的批判法学派,以人本主义为哲学基础、宣扬非意识形态化、宣布对马克思主义实行“扬弃”的“新马克思主义法学派”等具有一定的影响。<sup>①</sup>

中国古代法学思想较为丰富,<sup>②</sup>如沈家本在《法学盛衰说》一文中,就详细论述了中国古代法学在战国、秦汉、魏晋、隋唐、宋元以及明清等各个阶段的发展过程,并得出了“法学之盛衰,与政之治忽,实息息相通。然当学之盛也,不能必政之皆盛;而当学之衰也,可决其政之必衰”的论断。<sup>③</sup>陈顾远也在《中国法制史》一书中指出,战国时代是中国古代法学的最盛时期,具体表现为“法理探讨,战国为最著”,“律文整理,战国集其成”等。<sup>④</sup>根据古籍记载,夏、商时期已有不少关于法、法律的论述,出现了以天命为核心的法律思想,西周时代的法律思想以宗法制度为核心,在礼与法关系等方面有系统的阐述。春秋战国时期是中国古代法学兴起和大发展的时期,儒家、法家、墨家、道家等各种学派、学说百花竞放。儒家提出了一整套旨在维护“礼治”、重视“德治”、强调“人治”的法律思想。<sup>⑤</sup>法家以“好利恶害”的人性论和历史进化观作为论法的理论基础,强调有法必依,赏罚严明。墨

① 进一步的了解可参见沈宗灵《现代西方法理学》(北京,北京大学出版社,1992)、吕世伦主编的《西方法律思潮源流论》(北京,中国人民大学出版社,1993)、张乃根的《当代西方法哲学主要流派》(上海,复旦大学出版社,1993)等。

② 关于汉语中“法学”的含义,可参见何勤华:《汉语“法学”一词的起源及其流变》,《中国社会科学》,1996(6)。作者认为,汉语“法学”一词在中国古代即已出现,但多用为“律学”,且与现代意义上的汉语“法学”一词有着重大区别;古代意义上的汉语“法学”一词与现代意义上的汉语“法学”一词的根本区别在于两者所依据的世界观不同:前者强调的是统治者的权力意识和臣民的义务、责任,将法视为役使臣民的工具;后者强调的是法的平等性、公正性、权威性,将法视为保障公民权利的手段。

③ 沈家本:《历代刑法考》,2143页,北京,中华书局,1985。

④ 陈顾远:《中国法制史》,42~43页,北京,商务印书馆,1934。中国古代的“律学”是不是法学,一向有争论,可参见何勤华编《律学考》(北京,商务印书馆,2005)。也有一些学者认为,中国古代没有法学,法学是西方文化的产物,是至近代才传入中国的“舶来品”。如梁治平认为:“中国古代虽有律学的兴盛,却自始便不曾产生何种法学。”参见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,286页,上海,上海人民出版社,1991。张中秋进一步指出,中国古代只有律学,而无法学,因为“‘律学’与‘法学’绝不是一个简单的名字之别,也不是一个无关紧要的措词之争,而是反映了两种形态的法律学术不仅仅在外延上(这是次要的),尤其是在内涵即质的规定性上,存在着根本的区别。”而区别就是法学以正义为核心,而律学中则无正义的位置,而“离开了围绕正义而展开的上述诸问题(即关于法的本质和法律价值等——引者注)探讨的法律学术,不应该称之为法学。”参见张中秋:《中西法律文化比较研究》,233~234页,南京,南京大学出版社,1991。

⑤ 高恒先生在《论“引经决狱”》(载高恒:《秦汉法制论考》,厦门,厦门大学出版社,1994)中,将符合封建正统思想即儒家思想的法律观念表现为:“君亲无将,将而诛焉”、“亲亲得相首匿”、“恶恶止其身”、“以功覆过”、“原心定罪”。俞荣根先生在《儒家法思想通论》(13页以下,南宁,广西人民出版社,1992)中,将中国民族传统法心理归结为“权即法”、“法即刑”、“贱诉讼”、“重调解”、“轻权利”、“有罪推定”、“重预防”七个方面。

家提出了以“天志”为表现形式,以“兼爱”为中心内容的理想法观念。道家提出了自然法主张和无为而治的法律思想。汉以后的儒家法律思想是以儒学为主的条件下实行儒法合流,在德主刑辅的原则下实行礼法合一。在中国古代法学的发展中,形成了丰富独特的注释方法,根据儒学原则对以律为主的制定法进行研习、注解,律学极为发达。三国魏明帝时曾设律博士,专门传授律学,律博士官制一直延续到宋代。<sup>①</sup> 19世纪末,西方法学开始传入中国,中国固有法学逐渐消衰。<sup>②</sup>

马克思主义法学以辩证唯物主义和历史唯物主义作为世界观和方法论,在无产阶级革命斗争实践中产生和发展,在社会主义国家经济建设、社会发展和法制建设中不断丰富和更新。马克思、恩格斯创立了马克思主义法学,两人合著的《德意志意识形态》是马克思主义法学诞生的标志,他们揭示了法律根源于社会物质生活条件、根源于利益的冲突、法律随着经济条件的发展而发展等客观规律,指出法律是特定社会历史时期的产物,揭示了法律与阶级、国家的联系。马克思和恩格斯在《共产党宣言》、《论住宅问题》、《哥达纲领批判》、《家庭、私有制和国家的起源》、《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》、《英国工人阶级状况》、《法兰西内战》、《资本论》、《反杜林论》、《法学家的社会主义》等著作中进一步丰富和发展了他们的法学理论。列宁在《新工厂法》、《立宪民主党人的胜利和工人政党的任务》、《杜马的解散和无产阶级的任务》、《国家与革命》、《苏维埃政权的当前任务》、《论国家》、《关于用自由平等口号欺骗人民》、《关于司法人民委员会在新经济政策条件下的任务》、《论“双重”领导和法制》等著作中深化了马克思和恩格斯关于法律的产生、本质、特征、作用、发展规律的基本观点。中国共产党人把马克思主义原理与中国革命的实践相结合,丰富和发展了马克思主义法学,重要的文献包括毛泽东的《关于中华人民共和国宪法草案》、《在省市自治区党委书记会议上的讲话》、《关于正确处理人民内部矛盾的问题》,周恩来的《专政要继续,民主要扩大》,刘少奇的《中国共产党中央委员会向第八次全国代表大会的政治报告》,董必武的《关于党在政治法律方面的思想工作》、《进一步加强人民民主法制,保障社会主义建设事业》、《在军事检察院检察长、军事法院院长会议的讲话》,<sup>③</sup>邓小平的《中央政治局常委会上的讲话》、《贯彻调整方针,促进安定团结》,2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》等。<sup>④</sup>

① 张伟仁先生在《清代的法学教育》(载台湾大学《法学论丛》,第18卷第1、2号,1988)中对府县衙门中幕僚和胥吏之间一种学徒式法律学习方式有很好的阐述,可参阅。

② 李贵连主编的《二十世纪初期的中国法学》(北京,北京大学出版社,1998)对此有较详细的讨论,可供进一步阅读。

③ 关于董必武的法律观点、思想,详见董必武文集编辑组:《董必武政治法律文集》(北京,法律出版社,1986)。

④ 进一步的了解可参见李光灿、吕世伦主编《马克思恩格斯法律思想史》(北京,法律出版社,1991)等。

当代中国法学发展迅速,在研究范围拓展、研究成果应用等方面令人瞩目。<sup>①</sup>当代中国法学具有转型期社会科学的特点,我们应对之有充分的认识。<sup>②</sup>中国法学的发展需要保持独立地位、发扬批判精神、克服浮躁心态、接续固有法统、重视研究方法,需要进行全面的、清醒的反思。<sup>③</sup>

## 二、法理学

法理学是法学的主要理论学科,法律教育的基础课程、核心课程。法理学通过研究法的现象来探寻法的内在规律,它研究整体的法、一般的法,探讨法的普遍原理或最高原理,讨论法学和法律实践中带有共同性、根本性的问题。一般认为,汉语中的“法理学”一词来自于日语。1881年,日本法学家惠积陈重在东京帝国大学法学部讲授“法论”时,认为当时流行日本的“法哲学”(德文 Rechtsphilosophie 的日文译名)名称的形而上学气味太重,提出了“法理学”这个译名,并在日本历史上第一次开设法理学课程。<sup>④</sup>在中国,梁启超在《法理学发达史论》中最早使用“法理学”一词。

美国法学家波斯纳(Richard A. Posner, 1939—)指出:法理学,我指的是对所谓法律的社会现象进行的最基本、最一般、最理论化层面的分析。就其总体而言,法理学所涉及的问题,其运用的视角,都与法律实务者的日常关心的事相距甚远。法理学的问题无法参照常规法律文件或依据常规法律文件的推理予以解决,它运用的视角也无法简约为一些法律原理和法律推理。许多法理学的问题都跨越了学理的、时间的和民族的界限。<sup>⑤</sup>《牛津法律大辞典》也释为:“法理学”一词包括许多含义,如作为最一般的研究法律的法律科学的一个分支,有别于某一特定法律制度的制定、阐述、解释、评价和应用,是对法律的一般性研究,着重于考察法律中最普遍、最抽象、最基本的理论和问题。<sup>⑥</sup>我国当代著

<sup>①</sup> 姜明安主编的《中国法学三十年(1978—2008)》(北京,中国人民大学出版社,2008)描绘了中国法学30年发展的路径,展示了中国改革开放30年以来所形成的中国法制和法学独特模式的大致轮廓,总结和归纳了中国法学家30年来探索和构建中国法制和法学独特模式的经验及其成败得失的大致要点,对中国法学30年来走过的弯路及其教训进行了多角度的反思。邓正来的《中国法学向何处去:建构中国法律理想图景时代的论纲》(北京,商务印书馆,2006)也可一阅。

<sup>②</sup> 法学者为知识分子,关于知识分子的起源、角色,可参见[法]皮埃尔·布尔迪厄:《现代世界知识分子的角色》,赵晓力译,《天涯》,2000(4)。关于当代中国的知识分子,可参见朱苏力:《公共知识分子的社会建构》,《社会学研究》,2003(2)。需要注意当代中国知识分子批判精神的弱化。

<sup>③</sup> 我们需要注意千叶正士所指出的法学的西方化倾向。继受而来的西方法学是否已成功地支持了非西方的法律制度?答案是否定的。首先,由于许多非西方国家很大程度上倾向于实用的法律教育,很少通过法学加以哲学上反思。其次,因为其法学的教材和模式更确切地说是从西方法学中借鉴来的东西或模仿来的东西,因此很少或根本没有考虑其文化的、伦理的,或宗教的独特趋向,而倾向于走到作为其基础的固有法学的反面。参见[日]千叶正士:《法律多元:从日本法律文化迈向一般理论》,强世功等译,北京,中国政法大学出版社,1997。

<sup>④</sup> 参见洪逊欣:《法理学》,4~5页,台北,三民书局,1994。

<sup>⑤</sup> [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,原文序1页,北京,中国政法大学出版社,2002。

<sup>⑥</sup> [英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,489页,北京,光明日报出版社,1988。



名学者李达先生在 20 世纪 40 年代撰著的《法理学大纲》一书中,对法理学也做了精确的说明:法理学的研究,首先要阐明世界法律发展的普遍原理,认识法律的发展与世界发展的关系,认识特定历史阶段上的法律与社会的关系,其次要应用那个普遍原理来认识中国的法律与特殊的中国的关系,由中国社会发展的特殊路线,展开与之相适应而又能促进其发展的法律理论,作为改造法律充实法律的指导。<sup>①</sup>

法理学具有这样一些特点:

(1) 理论性。法理学讨论一般性的法律现象以及法律现象之间的规律性联系,法理学分析具体的法律现象,仅仅是过程性的、手段性的,它试图通过对社会生活中千变万化、形态繁杂的法律现象的讨论,从中抽象出一般性的结论来。法理学的目的不是解决什么具体问题,它要为所有的法律现象提出一个普遍的解释、找到一个永恒的根据。法理学最后的结论都是非常简明扼要的,任何一个法理学家希望通过对所有的具体的法律现象的讨论得出一个放之四海而皆准的结论、普适性的结论,找到法律现象、法律世界的终极性真理,适用于人类社会的一切时间和空间。因此,法理学比较抽象、概括性强,带有一种很强烈的思辨色彩。

(2) 基础性。法理学是其他法学学科的基础,通过提出最根本的和复杂的问题,为其他法学学科的展开和深入提供了一个理论依据、理论指导、理论前提,为法律实践问题的解决提供思想指导。应用法学的发展有赖于法理学的成熟和繁荣。学好刑法学、民法学、诉讼法学等学科需要法理学的坚实基础。正如荀子所言:“不知法之义而正法之数者,虽博,临事必乱。”<sup>②</sup>

(3) 多元性。法律现象非常复杂,需要从多个角度进行认识,正如美国学者博登海默(Edgar Bodenheimer, 1908—1991)所指出的:“法律是一个带有许多大厅、房间、凹角、拐角的大厦,在同一时间里想用一盏探照灯照亮每一间房间、凹角和拐角是极为困难的。尤其当技术知识和经验受到局限的情况下,照明系统不适当或至少不完备时,情形就更是如此了。”<sup>③</sup>诺内特、塞尔尼茨克也认为:“法律秩序是一种多维事物,只有把多种维度当作变项,才能对法律进行彻底的研究。”<sup>④</sup>因而,对法律的认识的结论不可能是一元的,法理学的理论呈现多元态势,法理学是一个开放的理论体系。

<sup>①</sup> 支振锋主编的《西方法理学研究的新发展》(中国社会科学出版社,2013)包括导论西方法理学的研究对象与历史使命、西方法理学研究的基本问题、古希腊古罗马与中世纪法律思想研究、西方法理学流派的研究、法律经济学研究、新法律正统观的生成、结语中国法理的产生等章,围绕国内法学界近十年来对西方法理学的研究,对其主要领域的研究进展、重要的理论演进过程、主要学术观点的讨论等做了详尽而又精炼的梳理与探讨。沿袭学科发展的内在理路,《西方法理学研究的新发展》还上溯清末民国,并对未来中国的西方法理学研究趋势和方向提出了展望,力争提炼出其内在结构性和规律性因素,向读者展示中国的西方法理学研究全景与最新进展,为西方法理学在中国的知知识再生产及未来“中国法理”的诞生提供参考和镜鉴。

<sup>②</sup> 《荀子·君道》

<sup>③</sup> [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,198页,北京,中国政法大学出版社,1999。

<sup>④</sup> [美]诺内特、塞尔尼茨克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,10页,北京,中国政法大学出版社,1994。

同时,法理学是法学的方法论,提供一系列研究法律现象的基本方法。

关于法理学的重要性,梁启超先生在1904年在《中国法理学发达史》中讲得非常精辟:“法律先于法理耶?亦法理先于法律耶?此不易决之问题也。以近世学者之所谈,则法律者,发达的而非创造的也。盖法律之大部分,皆积惯习而来,经国家之承认,而遂有法律之效力。而惯习固非一一焉能悉有理由者也。谓必有理而有法,则法之能存在者寡矣。故近世解释派(专解释法文者谓之解释派)盛行,其极端说,至有谓法文外无法理者,法理实由后人解剖法文而发生云尔。虽然,此说也,施诸成文法大备之国,犹或可以存立,然固已稍沮法律之进步。若夫在诸法樊然淆乱之国,而欲助长立法事业,则非求法理于法律以外,而法学之效用将穷。故居今日之中国而治法学,则抽象的法理其最要也。”<sup>①</sup>

随着社会的变迁,当代中国法理学也在不断的内省和发展。<sup>②</sup>法理学在独立地位、面对实践、多元视角、扩大视域、专题探索等方面需要进一步的反思和努力。法理学需要面

<sup>①</sup> 梁启超:《中国法理学发达史》,载梁启超:《梁启超法学文集》,69页,北京,中国政法大学出版社,2000。

<sup>②</sup> 朱景文的《在合与分之间:中国法理学60年反思》(载李林主编:《新中国法治建设与法学发展60年》,北京,社会科学文献出版社,2010)值得一读。另可参见《中国法理学三十年(1978—2008)》,载姜明安主编:《中国法学三十年(1978—2008)》,北京,中国人民大学出版社,2008。

张恒山主编的《共和国六十年法学论争实录》丛书法理学卷(厦门,厦门大学出版社,2009)分十个专题对法理学的有关争论进行了讨论。第一专题为“承续与再创——关于法的继承性问题之争论”:一、革命后的法律:论争的背景;二、旧法问题:论争的缘起;三、百家争鸣:论争的展开;四、学术和政治:论争的转向;五、政治革命与法律变革:论争的实质。第二专题为“阶级与社会——关于法本质问题之争论”:一、引言;二、80年代以前的争论;三、80年代以来的争论:(一)质疑法的统治阶级意志论命题,(二)对法的阶级意志论的坚持和完善;四、简评。第三专题为“法治与人治——关于法治问题之争论”:一、引言二、改革开放以前关于法治与人治的看法;三、改革开放初期的法治与人治大讨论:(一)论战拉开序幕:一石激起千层浪,(二)论争渐入佳境:法治论,(三)不同声音:法治、人治结合论和取消论;四、世纪之交的法治与人治问题的讨论:(一)市场经济是法治经济,(二)依法治国,建设社会主义法治国家,(三)法治的原则和法治的价值。第四专题为“平等与分层——关于法律平等问题之争论”:一、引言;二、1978—1982年:“法律面前人人平等”是否包括立法平等:(一)“法律面前人人平等”是否包括立法平等,(二)“法律面前人人平等”的“人人”的主体范围是什么,(三)“法律面前人人平等”与“平等的权利与义务”的关系如何,(四)本次论争的结果及其对法学理论界的影响;三、1992年之后:市场经济与立法平等;四、21世纪之后:和谐社会与立法平等:(一)重申1978—1982年大讨论中“公民在法律面前一律平等,不仅包括适用法律的平等,也应包括立法上的平等”的观点,(二)对“适用法律平等说”(实施法律平等说)的质疑与批判,(三)重构以“立法平等”为核心理念的法律平等理论,(四)关于“构建社会主义和谐社会”与立法平等的关系,(五)近些年关于“法律面前人人平等”原则的困惑与回应;五、结语。第五专题为“独立与附从——关于司法独立问题之争论”:一、关于第一个历史时期(1949—1978年)的司法独立问题的争论:(一)1954年以前司法改革工作以及对“司法独立”观点的批判,(二)1954—1957年夏的“司法独立”主张,(三)1957年夏季之后的对“司法独立”的批判,(四)大跃进运动及其之后的对“司法独立”的彻底否定;二、关于第二个历史时期(1978—2008年)中“司法独立”问题的争论:(一)改革开放以后的宪法、法律、党的政策文件等为司法独立问题的重提和讨论提供了条件和依据,(二)改革开放以来关于司法独立问题的要点概述;三、对新中国成立60年关于司法独立论争的总体评价:(一)司法独立之争从以“姓资姓社”为争论的焦点,转到以如何改善党领导司法的方式和改革我国政治体制为争论的中心问题,(二)党的文件放宽了司法独立的程度,(三)关于司法独立的争论有了国际视野和国际背景,(四)司法独立之争由过去的精英化、政治化,逐渐转变为“大众化”和“去意识形态化”,(五)关于司法独立的理论研究呈现出系统、全面、深入的特点;四、余论:客观认识司法独立之争:(一)主张司法独立观点的合理性,(二)完全照搬西方的司法独立是行不通的,(三)司法独立是一种理念、观念、理想,也是一个过程。第六专题为“本位与重心——关于法本位问题之争论”:一、法本位问题提出的历史背景;二、“法本位”争论中的各派观点:(一)“权利本位说”的主要观点,(二)义务重心论的主要观点,(三)关于法本位的其他观点;三、对“本位说”与“重心论”之争中的各观点的比较与评述:(一)对“权利本位说”的评价,(二)对“义务重心论”的评价,(三)对“法本位”讨论中其他观点的评价。第七专题为“国情与普世——关于人权问题之争论”:一、改革开放之前对人权的认识;二、改革开放初期的人权