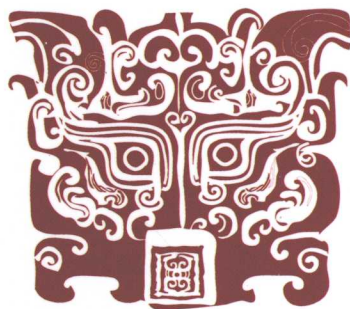




中国政法大学精品系列教材



徐显明 主编

法理学原理

FALIXUEYUANLI

中国政法大学出版社

· 中国政法大学精品系列教材 ·

法理学原理

中国政法大学教材编审委员会 审定

主 编 涂显明

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

陈景辉 范立波 王夏昊

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法理学原理 / 徐显明主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 3

ISBN 978-7-5620-3347-9

I. 法... II. 徐... III. 法理学 - 高等学校 - 教材 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第027151号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16开本 19.25印张 245千字

2009年3月第1版 2009年3月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3347-9/D·3307

定 价: 29.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编写说明

为了深化教学改革,提高教学质量,中国政法大学教材编审委员会组织中国政法大学长期从事教研工作的专家、学者,力求打造一套在全国有重大影响的中国政法大学精品系列教材。

本套教材适应高等教育教学改革的新要求,面向并体现 21 世纪高等教育的新思想和新观念,在内容上注意吸收国内外教育、科研的最新成果,正确阐述本学科的基本理论、基础知识,努力做到知识性、理论性和实践性的统一。具体地讲,本系列教材的编写力求体现以下特征:

第一,权威性。本套教材的编写人员在专业领域中具有较高的学术水准和丰富的实践经验、教学经验,从而确保了每种教材在本学科领域中具备权威影响力。

第二,基础性。本套教材体现了“三基”,即基本概念、基本理论和基本体系,保证传授知识的完整性和系统性。

第三,新颖性。本套教材体现了“三新”,即知识点新、法律法规(司法解释)新、体例新,给读者呈现出一道全新而前沿的知识盛宴。

第四,实用性。本套教材注重理论和实践相结合,重视收集典型案例、整理资料索引、编写多种引导学生自测的思考练习。

第五,针对性。本套教材主要是针对本科生撰写的,但对研究生入学考试和相关职业考试也有重要的参考价值。

II 法理学原理

本套教材编写体例上继承了传统教材的优点,做到了科学、规范、统一,并力求有所创新,以适应新世纪高等教育发展的全新要求。

参与编写本套教材的人员,或为学界有重要影响的学科带头人,或在各自领域有较大影响的学术骨干,或为学术研究中崭露头角的学科新秀,他们均是具有丰富教学经验的一线教师,深谙教学的特点与规律。本套教材即是他们在教学和研究领域长期钻研的结晶。

本套教材的出版虽经长期酝酿、反复推敲,但疏漏之处在所难免,希望读者不吝指正。

中国政法大学教材编审委员会

2007年8月

序 言

《法理学原理》是为大学三年级的法科学生编写的教材。自2006年起，中国政法大学法理学课程划分为“法理学导论”与“法理学原理”两门，分别于大学一年级和三年级开设。本书即为大学三年级法理学课程的进阶性教材。正因为如此，本书更加关注法理学中的基本理论问题，于《法理学导论》未尽之处着手，试图展现晚近法理学之发展。

本书由四编内容组成：法概念论、法规规范论、法学方法论以及作为余编的法律价值。其中，法概念论编处理法律概念的基本争议，试图在不淹没法律思想史论证之丰富性的基础上，以相对简要的方式呈现法律概念的基本立场。法规规范论编关注法律这种规范性的存在，以便展现法律的规范性以及法律规范的不同类型所具有的理论意义。法学方法论编围绕法律的实践问题展开，以同时关注内部证成与外部证成的方式，追寻得出恰当之判决的基本条件。作为余编的法律价值试图重新思考有关法律价值的争议，在确认法律价值存在内在价值与外在价值的基础上，为法律的价值冲突提供基础性的解答方向。以上各部分关联密切：法概念论通过将法律视为整体，来解说法律概念的可能立场；法规规范论以内在的视角，追寻法律的规范性基础和具体规范形态；法学方法论则从法律的动态出发，寻求法律的实践意义；法律价值通过将法律与道德并处，以便寻求法律与道德的耦合与区隔。凡此种种，莫不与法律的整体形象关联在一起，它们结合起来，就提供了一个有关法律的整体形象。

IV 法理学原理

本书编写的分工如下（以撰写章节先后为序）：

陈景辉（中国政法大学副教授）：第一编和第四编；

范立波（中国政法大学副教授）：第二编；

王夏昊（中国政法大学副教授）：第三编。

必须承认，《法理学原理》一书尚属尝试之作，其中必有诸多错漏之处，因此恳请读者诸君不吝赐教。

徐显明

2009年1月

| 目 录 |

第一编 法概念论

第一章 法的概念	1
第一节 法概念的意义 / 1	
第二节 法概念的基本立场 / 8	
第二章 古典自然法理论的基本线索	21
第一节 古代的自然法理论 / 22	
第二节 近代自然法理论 / 32	
第三章 法律实证主义与自然法的现代争论	43
第一节 法律实证主义兴起的背景 / 43	
第二节 法律实证主义的核心主张 / 48	
第三节 德沃金对于实证主义的批评 / 59	
第四节 法律实证主义的分野 / 65	

第二编 法规范论

第四章 规范的一般理论	72
第一节 规范与规范语句 / 73	
第二节 规范的性质与类型 / 78	
第三节 规范与规范性 / 92	

第五章 法律体系	112
第一节 法律体系的基本问题 / 112	
第二节 法律体系作为规范体系 / 118	
第三节 法律的制度特征 / 134	
第六章 规范与实践推理	150
第一节 原则与规则 / 150	
第二节 两种规则概念 / 159	
第三节 规范冲突与实践推理 / 171	

第三编 法学方法论

第七章 法学方法论的概述	189
第一节 法学方法论的概念 / 189	
第二节 法学方法论的地位与功能 / 205	
第八章 法律规范的内部证成	220
第一节 法律规范适用的框架 / 220	
第二节 法律推理中的推论规则 / 228	
第九章 法律规范的外部证成	247
第一节 法的渊源 / 247	
第二节 法律解释 / 260	

第四编 法律价值论

第十章 法律价值总论	277
第一节 法律价值的概念与类型 / 277	
第二节 法律的价值冲突 / 287	

第一编 法概念论 <<<

第 1 章

法的概念

第一节 法概念的意义

一、法概念的重要性

有关法概念的讨论，其目的就是为了回答“法是什么”的问题。在历史上，法学家们基于各自不同的立场，提出了各自不同的法的定义；并且，这些定义之间存在着极为尖锐的对立关系，以至于难以寻找到一个公认的、相对一致的法的定义。因此，初学者很容易在这些眼花缭乱的概念群中迷失方向。或许有人会认为法律概念是一个远离法律实践的“哲学”问题，所以选择何种立场并不会影响到对于法律实践的关注。然而，这种认识可能是错误的，因为法概念本身就是对于法律实践的反思性看法，它必定与法律实践存在相当紧密的联系。

1. 我们必须注意，法是利益关涉的，它对于人们的行为、利益等可

能产生影响，因为它会引起有关权利、义务和责任的分配。比如，在刑法领域，何种行为属于犯罪、该种行为属于何种犯罪等问题，都会引发不同的法律后果——或者表现为对自由的限制，或者表现为对生命的剥夺。即使是在民法领域，义务和责任的设定同样会使法律之下的行为丧失任意性的特征。而且，将何种规范视为法律将意味着这些规范获得由国家机构采取强制手段加以实施的效果。因此，对于“法是什么”这个问题的回答，其实就是在不同程度上扩大或者缩小法的范围，进而对于人们的行为附加不同的法律后果。故此，我们不能不对这个问题给予慎重的对待。虽然在法学之外的领域，对于“什么是美”、“什么是道德”之类的问题，其回答同样会引起不同的行为后果。但是，一般说来，这种后果缺乏法所具有的强制效果，因此很难像法一样对行为和利益带来重大的影响。对于“什么是化学”、“什么是物理”之类的自然科学的定义问题而言，即使存在争议，也不会直接引发有关人们行为及利益的变化。但是，对“法是什么”的认识和界定则不同。例如，王某自20世纪80年代初期，就从事将山东的蔬菜贩运至北京的业务，而我国1979年制定的《中华人民共和国刑法》中规定了“投机倒把罪”，将现在我们习以为常的市场交易行为定义为“投机倒把”。1997年，《中华人民共和国刑法》做了修改，将这个罪名取消。这就意味着，按照1979年的《刑法》规定，王某的行为构成投机倒把行为并应当受到法律的制裁，但是在1997年以后，这个行为不但不会受到法律制裁，反而还会受到法律的保护。这个例子可以直接表明法概念的范围界定对于人们行为及利益的影响。

2. 我们知道，对于行为的约束与限制，并不只是法所能够引发的后果。法以外的其他社会规范——宗教、道德、习惯等，同样具有这样的效果。而且，这些以追求人们认同为基础的社会规范更容易获得接受。因此，当法律与这些社会规范就某一问题提供差异明显、甚至对立的解

决方案时，法律方案的最终采纳就会经受某种内在的自我审视，这种审视的过程并不以法律占上风为当然的结果，甚至还会产生某种对法律的抱怨情绪。例如，有关见义勇为的问题，法律如果不加以支持，那么它就会受到或多或少的谴责。所以，如何界定法律或者如何划定法的范围，在一定程度上等同于如何在法与宗教、道德、习惯之间划定界限的问题。其中最为重要的就是法与道德之间的关系。如果法与道德之间的内容完全一致，没有分别，那么人们就会基于道德理由否定法律的效力；相反，有时人们基于法的理由可以任意违反道德的要求。因此，法的定义还必须处理法和其他行为规范之间的关系。必须看到，这不仅仅是一个理论问题，而且这个问题在法律实践中具有极为重要的意义。

3. 即使我们给出了一个法的定义，但是这个定义在面对着“国际法”与“习惯法”时，也可能缺乏充分的解释力度。因为国际法缺乏立法机关；没有国家的事先同意，国家就不能被送上法院；国际法缺乏一套有组织的制裁体系等。习惯法也具有类似的特征。^{〔1〕}那么，这是否意味着我们不应当将上述两种规范体系视为法呢？这两个术语是否存在用语不当的问题呢？任何对于法律的定义都会面临类似的问题，虽然这些问题处于法律的边缘而非核心位置，但是对于这类问题的回答依然会影响到法律的范围与界限。在不同的法律概念之下，“国际法”、“习惯法”之类的语言具有不同的含义，当然也对相关的问题产生不同的影响。

由以上的讨论，我们可以发现，法的概念影响到具有强制力效果之行为准则的范围，牵涉到法与其他社会规范（尤其是道德）之间的关系与界限，牵涉到国际法与习惯法到底是否属于法的问题。总结而言，法概念的问题实际上就是对于“法律效力”问题的解答，当我们依据不同的理由将“法律效力”与某种规范连在一起的时候，这种规范就具备了

〔1〕 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, revised ed., Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 3~4.

“法律”的特征，并且该种规范由此具备了引发国家强制的可能。问题的关键是，依据什么理由将某种规范视为法律？不得不说，某种规范之所以被视为法律，一定是因为它与法律具备某种明显的共同之处。但是，这种共同之处能否成为将其视为法律的理由，就是一个争议极大的问题了。

二、法的定义的三个基本争议点

英国法学家哈特对于法概念问题进行了较为深入的研究。他认为，有关该问题产生的争议点一共有三个：①法和以强制为后盾的命令之间有什么区别与联系；②由于共享同样的语词并且有时存在共同的要求，法律义务与道德义务之间是否存在差别；③什么是规则以及规则达到什么程度才能成为法，换言之，法与规则之间的区别何在？^{〔1〕}

（一）法和命令

由于法和命令之间存在许多共同之处，因此很多研究者将法视为某种来自于国家的命令。其中的典型就是霍布斯。霍布斯之所以坚持法律命令理论，是因为他反对亚里士多德等人持有的观点：法律不过是某种协议（agreement）或由人的一致同意所决定的有关生活的共同规划。在霍布斯看来，这种表述混淆了法律与协议之间的区别。^{〔2〕}除了这种混淆之外，还存在着另外的词语混淆问题——建议（advice）与命令之间的混淆。上述两种混淆是与法律的定义问题纠缠在一起的，因为如果法律是建议的话，由于建议与协议之间的紧密联系，很难反对法律就是协议的观点；然而，如果法律是命令，那么法律是协议的观点就无法成立。^{〔3〕}因此，最为重要的在于必须有效说明命令与建议之间的区别。随之，霍布斯认为命令与建议之间的混淆，主要因为在其他许多情形下提供建议

〔1〕 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, revised ed., Oxford: Clarendon Press, 1994, Chapter 1.

〔2〕 [英] 霍布斯：《论公民》，应星、冯克利译，贵州人民出版社 2003 年版，第 145 页。

〔3〕 [英] 霍布斯：《论公民》，应星、冯克利译，贵州人民出版社 2003 年版，第 144 页。

和发出命令的说话方式都是命令式的。^{〔1〕}但是必须看到命令与建议之间存在着诸多明显的差异：①命令是为了本人的利益，而建议却是为了别人的利益。这是因为，命令者发出命令的理由只是他自己的意志，而每个人的意志的目标则是自己的某种利益；建议者发出建议的理由在于说话的对象由此得到的利益，因此代表的只是听取建议者的利益。②人们有义务（obliged）执行命令，但是却没有义务要做别人建议他的事情。^{〔2〕}③没有人能够声言有权当别人的建议者，但是却存在有人声言自己是命令者的情况。④霍布斯认为法律不是因为其内容而获得遵守，而是由于它是命令者的意志而获得遵守，所以法律不是建议而是命令。同时，法律与建议还存在着很多的不同：法律来自于具有权力的人，建议来自无权的人；遵守法律是义务问题，采纳建议是自由问题；法律指向的是命令者的目标，建议指向被建议者的目标；建议只提给想要它的人，法律还针对那些不想要它的人；提建议的权利可以根据接受者的决定而取消，但是立法者的权利不能根据被强加者的决定而取消等。^{〔3〕}正是通过区分命令与建议，进而否定法律即为建议的观点，霍布斯终于在命令的基础上建立了全新的法律的本体论。

总结而言，法律与命令存在以下三个共同点：①法和命令都处于“一方对另一方”的单向关系之中，因此与具有讨价还价特征的交往关系不同，命令的被施予者不能基于自身的原因或理由对抗命令的效力；换言之，命令不能与反向的关系共存。例如，军队中的首长向下级发布的命令，下级只能服从，而不能反向发布命令。当然，他可以提供某些建

〔1〕 [英] 霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版，第 197 页。

〔2〕 这句话采用的是《利维坦》中文版的译法，但是它还可以译为“人们可能被迫（obliged）做他们被命令的事情，但是却不会被强迫做他们被建议的事情。”这两种译法之间存在重要差别，因为有义务不等于被强迫。参见 [英] 霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版，第 198 页。

〔3〕 [英] 霍布斯：《论公民》，应星、冯克利译，贵州人民出版社 2003 年版，第 144～145 页。本段部分内容由笔者根据英文版重新翻译。

议，但是建议之所以是建议而非命令，就是因为它不具备命令的单向特征。②法和命令都处于“一对多”的结构之中，即有权发布法律或者命令的主体（无论是个人还是团体）都是特定的，但是其指向的对象却是不特定的。例如，连长可以向全连的战士发布命令，法也是针对不特定的公民加以约束的。③在法和命令中被指向者的行为都是非任意性的，虽然存在一定的选择自由，但是这种选择必须建立在法或者命令所给定的范围之内。正是由于上述原因的存在，使得通过命令来界定法律的做法似乎顺理成章。但是，虽然法与命令之间存在上述的共同之处，但是它们之间存在着一个关键性的区别，即法之下的行为具有“义务性”的属性，换言之，我们可以运用“义务”一词来描述法律之下的行为；相反，我们很难用“义务”一词来描述命令，因为命令之下的行为只具有被强制的特征而不具有义务性。例如，纳税和抢劫行为都展现为一方当事人必须向另一方交出一定数量的财物，在纳税的例子中，纳税人负有交纳税金的义务；但是，在抢劫的场合，被害人只是被迫向抢劫者交出财物，但是他显然不具备交出财物的义务。

正是由于法与命令之间既存在着相同性，又存在着巨大的差异，使得我们必须仔细审查二者之间的关系。因此，那种试图通过命令来明确法的含义的做法必须以如下条件的成就作为基础，这就是必须能够证明命令引起的强制与法所带来的义务能够等同。但是，这个任务的最终实现具有相当程度的困难。

（二）法律义务与道德义务

显然，法具有引发义务的能力。那么，法律的义务来自哪里呢？为了解释法律义务的来源，很多的学者将眼光投向了“义务”一词所使用的领域。其中，最经常使用“义务”一词的领域，除了法之外，就是道德领域。因此，很容易将法律义务与道德义务联系起来，进而认为法律义务建立在道德义务的基础之上。例如，A对自己的父母不孝顺，其父

母起诉到法院，法院依据“子女有赡养扶助父母的义务”之规定，判处A应当采取一定的措施尽到自己的赡养义务。除了相关的、规定赡养义务的法律规定之外，法官还引用“孝顺父母是中华民族的美德”之类的道德原则，进一步强调孝顺的道德义务性质。法官之所以做这样的引述，原因在于，在他看来“孝顺父母”之道德义务是“赡养扶助父母”之法律义务的来源，进而将法律约束力建立在道德约束力的基础之上。

无论在中国还是外国，将法律义务视为某种特殊道德义务的看法都是普遍存在的，并且与人们的经验经常性地纠缠在一起，这就使得混淆而不是严格区分法律与道德的界限成为通常的做法。并且这种看法也具有一定的理由基础，因为如果法律与道德严重对立的话，法律自身的基础恐怕难以稳固，人们对于法律的遵守也会受到某种程度的动摇。然而，在某些情形之下，常识又向我们展示了法律与道德之间的重要差别：很多法律上的要求可能与道德无关，如审级制度；而很多的道德要求也无法最终体现在法律之中，如赡养的道德要求中包含的对于父母的心理上的慰藉又很难体现在法律之中。其中的关键可能在于法律评价和道德评价的结果并非必然等同，因为法律评价的结果是“合法”与“违法”，而道德评价的结果是“好”与“坏”。只有在证明“好—合法”与“坏—违法”两个等式的基础上，才能得出“法律义务来自于道德义务”的结论。根据一般经验，显然上述两个等式难以成立。那么这是否意味着法律义务并非来自于道德义务呢？法律义务与道德义务之间到底是什么关系？这样的问题将是有关法律概念的主要争议点。

（三）法与规范

一般认为，法是以某种规范性的形式出现的。然而，除了法之外，还存在很多的规范形式，如游戏规则、礼仪规则以及语言规则等。那么法和规范之间是什么关系？细致分析的话，这个问题可以分解为以下几个子问题：

1. 法是否仅仅由规范组成? 与规范相对的实际情况能否被视为法的组成部分? 这是因为, 如果法仅仅表现为规范的形式, 那么法引起的社会关系的实际变化就不具备成为法组成部分的资格; 如果相反, 那么这些部分将是法的一分子。此外, 法这种规范的主要功能在于通过提供一般性的行为准则, 进而维持社会的基本秩序。显然, 很多法以外的规范(如道德、宗教、政策、习惯等) 同样具备这种功能, 那么这些规范是否也是法呢?

2. 法官在解决纠纷的时候, 必须依据法律规范做出判断; 否则, 法官的行为就是任意的、不受约束的。于是, 问题就出现了, “法官运用法律规范做出判断” 这个表述是什么意思? 法官真的受到法律规范的约束吗? 或者说, “依法律规范判决” 是否仅仅是为了掩饰判决实质上不过是法官个人喜好的结果? 因此, 我们必须研究法律规范与行为之间的关系。

第二节 法概念的基本立场

西方法学发展的历史主要是围绕着上述问题展开的, 因此要想全面的了解法律学说史, 必须依据这个线索对相关的争论问题进行逐步的分析。必须首先说明的是, 由于哈特的努力, 法律与命令之间的关系已经不再困扰当代的法学家, 因为在这个问题上已经形成了一个基本的共识: 法律与命令是两类不同的形态。所以, 到目前为止, 有关法律概念的争议基本上围绕着法律与道德的问题和法律与规范之间的关系而展开。其中, 法律与道德问题主要是由各种各样的自然法理论与法律实证主义理论这个对立的主张所垄断, 它们之间争论的核心问题是法律与道德之间是否存在必然关系。虽然现有的讨论方式和所依据的理论资源都已经发生了重要的变化, 但是自然法与实证主义的争论在这个问题上仍然占据统治地位, 只不过双方所处的地位发生了变化——由自然法主导转变为