

The THEORETICAL LOGIC
and PRACTICAL
INVESTIGATION of the
LAW

法的理论逻辑与
实践考察

唐芬◎著

非
外
借



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

The Theoretical Logic
and Practical Investigation
of the Law

法的理论逻辑与 实践考察

唐芬◎著



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

图书在版编目(CIP)数据

法的理论逻辑与实践考察 / 唐芬著. -- 北京 : 社会科学文献出版社, 2018.11

ISBN 978-7-5201-2814-8

I. ①法… II. ①唐… III. ①法学-研究 IV.

①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 109733 号

法的理论逻辑与实践考察

著 者 / 唐 芬

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

责任编辑 / 李 晨 芮素平 杨 涵

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367083

印 装 / 天津千鹤文化传播有限公司

规 格 / 开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 22.5 字 数: 366 千字

版 次 / 2018 年 11 月第 1 版 2018 年 11 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-2814-8

定 价 / 89.00 元



本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010-59367028) 联系

▲ 版权所有 翻印必究

本书受西华师范大学出版基金及西华师范大学英才基金项目（项目编号：463019）资助出版。

序

党的十九大报告提出，要优先发展教育事业，把建设教育强国作为中华民族伟大复兴的基础工程，这为大学的加快发展提供了新的时代机遇。同时，党的十九大报告也充分肯定了社会主义法治建设取得的重大成就，并部署了全面依法治国的重大举措，意味着中国特色社会主义法治也进入了新时代。习近平总书记考察中国政法大学时的重要讲话，最直接、最鲜明地阐述了法学学科建设、法学教育和法治人才培养等重大问题，为中国特色社会主义法治人才的培养教育指明了方向。因此，承担着法治人才培养重要工作的法学教学科研单位，尤其是大学，应该以十九大精神为契机，认清法治人才培养的新时代新使命，深入研究新时代对法治人才的新需求，推进法学教材体系、教学制度、教学方法和教学实践等方面新时代法治人才教育培养体系的改革创新，培养适应新时代法治需要的懂法治、顾大局、精通法律、熟知国情的高素质社会主义法治人才，切实肩负起时代新使命，完成时代新任务，建设中国特色社会主义法治新时代。

“法理学”作为培养法治人才法治思维、法治理念的基础课程，作为为部门法提供理论指导的核心主干课程，是构建法治大厦的基石，自然有其重要意义。然而，长期以来，无论是法学理论界抑或法律实务界，都有一种轻视法学理论的倾向，认为法理学自说自话，对法律实践指手画脚；认为只要学好部门法，就可以处理应对法律事务，不需要再学习晦涩难懂的法理学。为此，如何让法学学子爱上法理学？如何让他们成长为具备深厚法理素养的法律职业人，成为中国特色社会主义法治建设的优秀法治人才，而不是一个机械的法条主义者？

长期以来，经常听到一些学生的抱怨：“法理学都讲的啥啊，又难懂又没

用!”“这个学说那个门派,又不说人话,又不解决实际问题,真是浪费时间!”“我有那时间,我还不如好好研究一下法条,还能解决实际问题。”2015年,笔者作为法学院教师代表为学院新生致辞。想到曾经听到过的那些对法理学的误解和抱怨,心想怎么样才能让面前这些刚踏入法学之门(甚至只能说刚踏入一只脚)的莘莘(懵懂)学子爱上法理学,爱上法学。首先就是必须让大家了解法学和法理学的魅力,而这魅力,更多的就是来自学会运用法理学理论知识,去发现你生活周围发生的日常事件,乃至更大范围内的国家、国际事件中法律的魅力。

经过多年的摸索,笔者认为有必要给法理学正名,而正名的途径,就是笔者要写这样一本小书,让那些不了解法学的人,误解法理学的人,能真正地爱上法学,爱上法理学。从笔者学习法律以来,笔者所看到的法理学教科书形式都比较单调,援引的材料也相对老旧,以传统的理论灌输为目的,无暇关注现实生活与法理学之间的联系,这对于刚刚进入法学之门的同学来说,很难真切体会法理学之魅力。那种一味拔高法理学的理论地位的观点,只会让法理学曲高和寡,有一种自说自话的感觉,一大段一大段的纯理论晦涩难懂,让人不知所云,从而让法理学失去了关注现实生活,回归现实世界,对部门法应有的指导价值。同样,那些完全否认法理学对部门法的理论指导价值的人(不仅仅是刚入门的学生和不了解法学的人会这样想,其实,笔者在清华大学做访问学者期间,听一个物权法老师授课时,他就曾对法理学的存在价值提出了质疑,认为法理学纯粹多余),也没有真正认识到法理学之于部门法那种高屋建瓴的现实意义,以及对于社会生活的那种哲学高度和深度的思考,这只是一种将法学作为训练工匠型、纯粹技艺式的实用工具式教学。作为一个“准法律人”,既应具备深厚的法理学功底,又应该重视体察社会外部对法理学的反射效应。

在这之前,笔者看过英国法理学者雷蒙德·瓦克斯写的一本叫作《读懂法理学》的著作,该书是“一部……堪称这个难以对付的学科的引路之作”。但是,作为翻译的外来之作,对于中国法科学生来讲,还是过于晦涩难懂。而《法的理论逻辑与实践考察》这本拙作,以感性的生活情怀为出发点,以中国背景下的司法实践和中国特色社会主义法治理论为基础,以课堂模拟的形式展开,将法律社会实践活动与法学理念、法学思维、法学文化等紧密结

合、有效整合，最后达致对法理精神与规范分析、社会分析、价值分析的全面理性的思维考察。期盼通过这本拙作，再加上全新的教学环境和丰富的教学手段，能够改变传统的教学结构，突破机械法条主义的束缚制约，将单方面的教义理论灌输转变为自主法律思维并密切与现实生活相结合的法学生活辩证法教育，能够获得良好的教学实效，能够让大家都真正爱上法理学，开启法律之门去感受法学的无限魅力。

目 录

序	001
导论：困惑与出路	001
第一节 困惑：法学无用，法理学更是无聊加无用？	001
第二节 出路：法理学教育不应该居庙堂之高处江湖之远	003
第三节 方向：法理学教学如何做到趣味化	004
第一章 法的学科归属：法理学是什么？	014
第一节 法理学的名：权威解读与相关概念	014
第二节 法理学的义：对“法理无用论”的回应	020
第二章 法的实然界定：法究竟是什么？	036
第一节 法的词源流变及当代中国法学者对法的界定与反思	036
第二节 有关法本质的学说纷争	058
第三节 马克思主义法学关于法基本特征的理论	068
第四节 我国少数民族地区习惯法的“法”属性	087
第五节 全面客观正确认识法的作用	094
第三章 法的应然目标：法为何而生？	116
第一节 法的价值是法追求的应然目标	116
第二节 法的价值体系图谱	119
第三节 法的价值冲突及其解决原则	145

第四章 法的要素与体系：法长什么样？	157
第一节 法的要素是法的微观模样	157
第二节 法的体系是法的宏观结构	183
第五章 法的渊源：法从何处来？	195
第一节 法的渊源的各种学说	195
第二节 正式渊源与非正式渊源：如何选择？	198
第三节 当代中国法的渊源以及习惯法的法渊源地位	200
第六章 法律责任：法到何处去？	221
第一节 法律责任是法的归属	221
第二节 归责与免责	228
第三节 法律责任的承担	244
第七章 法运行的一般原理：法要怎么用？	249
第一节 法的适用概说	249
第二节 法律证成活动的展开	255
第三节 法律推理技术的运用	261
第四节 法律解释方法的奥妙	267
第八章 法律关系：法如何做到微观运行？	285
第一节 小案件大关系：法律关系之重要性	285
第二节 法律关系的静态要素	296
第三节 法律关系的动态运行	305
第四节 法律权利与法律义务	317
第九章 法的创制与实施：法如何展开宏观运行？	327
第一节 法的创制：将自然法转化为人定法的过程	327
第二节 法的实施：将人定法进行自然法检验的过程	333
第三节 我国少数民族地区习惯法的司法衡平	342
参考文献	346

导论：困惑与出路

知之者不如好之者，好之者不如乐之者。

——孔子

第一节 困惑：法学无用，法理学更是无聊加无用？

当每一个法学学子步入法学院大门的时候，他们带着梦想和憧憬而来，也带着困惑与迷茫而来。2016年6月，网上传出一则消息称，法学专业连续6年被评为“最没用的专业”。根据2010~2015年6年间各专业被列为“红牌”的次数，统计出大学本科最没用的十大专业如表0-1所示。^①

表 0-1 大学本科最没用的十大专业

单位：%

专业	2015 年	2014 年	2013 年	2012 年	2011 年	2010 年	红牌率
法学							100
生物科学							100
生物工程							100
生物技术							83
动画							83
体育教育							83

^① 《笑不出来！法学专业连续6年被评为最没用的专业？》，http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzIzNTMyOTc5Mg%3D%3D&idx=3&mid=2247484970&sn=b76959de7beda1d9141ac26b21b02e3c，最后访问日期：2017年11月10日。

续表

专业	2015 年	2014 年	2013 年	2012 年	2011 年	2010 年	红牌率
英语							67
数学与应用数学							67
美术学							50
国际经济与贸易							50

注：阴影部分表示没用。

这真是一件令所有法律人都沮丧的事情。毕竟我们当年选择法学专业时，都认为它一定是一个热门专业，对吧？当然，热门不等于有用，但若说法学是最没用的专业，你认同吗？你认为法学是最无用的专业吗？当笔者在课堂上抛出这一问题时，底下的同学们就发出了不以为然的嘘声，并开始七嘴八舌地反驳了起来：怎么可能？我们认为法律很有用啊！这都是哪个部门做出的哪门子统计啊？真是胡说八道啊！

“那好，既然你们认为法学很有用，哪位同学能不能给我举几个法学对你们的影响的例子呢？”笔者进一步诱导大家能站出来单独发言，而不是躲在人群里嗡嗡发声。可是，大家沉默了。终于，有一个同学站起来说：“我觉得法律对我没有什么影响，因为我没去触犯法律。”

“是吗？大家都这样认为吗？”我反问大家。同学们有的点着头，有的闪着犹豫的目光，但始终没有同学站出来举出一个法律影响我们生活的例子。

在“法治中国”建设得如火如荼的今天，面对法学院这些未来中国法治建设中坚力量的法律人，却说不出法律对我们生活的影响，笔者顿觉作为一个法学教师肩上的责任有多重。此外，初步接触法律知识之后，这些法学院学生们的脑袋里会装满“公平”“正义”“平等”“人权”等形而上又高大上的词，但对于究竟什么是“公平”“正义”“平等”却又充满了困惑与不解，对遇到的一件件普普通通的法律纠纷，却又不知如何维护自己或者别人的“权利”。

究其原因，在法学界，无论法学理论界抑或法律实务界，都有一种轻视法学理论的倾向，对法理学多多少少都有一些误解，认为法理学与法律实践各自为政，法理学自说自话，对法律实践指手画脚，等等。只要学好部门法，就可以处理法律事务，不需要学习这些隐晦难懂的法理学。而美国前总统尼

克松在他的《六次危机》一书中的一段话告诉我们，“从事公职的人不仅必须知道法律，他还必须知道它是怎样成为这样的法律以及为什么是这样的法律缘由”，而这些，就是法理学这门课程应该告诉我们的。

第二节 出路：法理学教育不应该居庙堂之高 处江湖之远

文本上的法律来源于现实生活中人们的自然观理念，但最终文本法必须回到现实生活。因此，文本法（人定法）如何回应现实法（自然法），如何应对现实生活，这需要一个以法理学为指导的制度观念的变革过程（见图 0-1）。因此，法律实践离不开法理学。美国的法理学家德沃金教授在《法律帝国》中讲道：“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。”^①

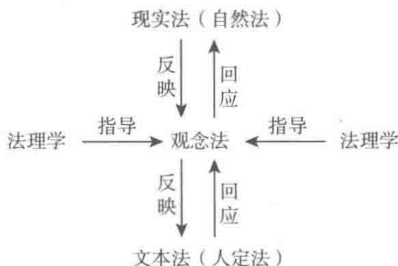


图 0-1 人定法与自然法

法律来源于生活又高于生活，但始终以生活为基础。因而，以法律为研究对象的法理学，不应该是远离世俗社会、高高在上的阳春白雪。法理学不应该只是一门居庙堂之高、处江湖之远的关门学问，它更应该关注社会实践生活，它应该与我们面对面对话。

^① [美] 罗纳德·M. 德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社，1996，第 83 页。

面对晦涩难懂的法理学理论，刚刚进入法学院的学生没有兴趣学习也在情理之中。但是没有学好法理学这门课程，就无从领会“法”的真谛，甚而会对未来的法律职业从根本上进行否定和怀疑。作为法学院的一名法理学教师，面对学生们困惑的眼神，笔者一直在思考如何能让学生们爱上隐晦难懂的法理学知识，并能够认识到法理学对法律实践的重要意义。改变教学方法，将传统的灌输式教学转变为现代的启发式教学，综合运用多种教学手段，将学生作为教学的主体而不是客体，发挥学生的主观能动性，这样才能有效实现法理学的教学目的。应充分利用案例和故事，在各种游戏中与学生进行互动和交流，让学生参与角色体验，多方位进行法理思考，缓解枯燥的法理教学给学生带来的困惑。

第三节 方向：法理学教学如何做到趣味化

一 让学生感受法理魅力

在法理学的第一次课堂上，针对前述学生对法学以及法理学认识的一片茫然空白，笔者让大家仔细看看上课前给大家立下的上课纪律，即“上课几点说明”：“上课时不准玩手机，不准大声说话……以上说明的解释权在××老师。”笔者告诉大家，如果你学好了法理学，你就会知道这个规则对于你们而言的意义所在：

1. 法理学认为，“法无禁止皆自由”，因此“不准”二字意味着你在“玩手机”和“大声说话”之外，你还有很多其他的自由，比如玩电脑、玩 iPad、大声唱歌、小声说话等。

2. 老师有没有权力去限制同学们的权利？如何平衡权力和权利之间的关系？

3. 法律解释的方法有很多，什么叫“玩”？什么叫“说话”？你可以字面解释，也可以目的解释、历史解释、系统解释、比较解释。

4. 享有解释权的主体是谁？规则的制定者应不应该享有最终的解释权？

接着，笔者又举出了现实中经常会出现的一种现象，妻子（女朋友）给丈夫（男朋友）约定“十不准”，其实也是关于法理学中非常重要的一个知识点——“权利与权力”。

听到笔者将一个上课纪律讲得都跟法理学知识密切相关，同学们发出了会心的笑声。当读到伯尔曼（当代美国最具世界影响力的法学家之一，世界知名的比较法学家、国际法学家、法史学家、社会主义法专家，以及法与宗教关系领域最著名的先驱人物）先生的一段话“你看一个五岁的小孩，从未学过法律，但他也会说：这个玩具是我的！这就说明他有物权的朦胧意识；他说：他打了我，所以我才打了他的。这就说明他有侵权法乃至刑法的观念；他说：你曾经答应过我的！这就表明了他有类似于合同法的意识；而当他说：这是爸爸允许做的，那么这就说明他有宪法的观念了。而所有这些观念意识，都是一个五岁的从未接触过法律的小孩自然而然拥有的观念意识”时，笔者问大家有没有过这样的经历，大家这回都一起点头了，并七嘴八舌开始说起了自己小时候的经历。

二 关注时事新闻，生活处处闪耀法理智慧光芒

新闻具有及时性和新奇性，利用新闻事件讲授法理学知识，对正处于好奇心旺盛阶段的大学生来说，非常具有吸引力。新闻带给学生的新鲜感，会带动学生调动所有热情参与到课堂讨论中来，而且可以通过法理学知识的学习反过来促进学生更多地关注社会生活，关注国家法律的进步和完善。

课堂上，笔者给大家举出了十个跟法理学知识密切相关的新闻事件，让同学们明白“生活处处闪耀着法理的智慧光芒”。

1. 船长弃船逃生（2015年6月1日“东方之星”沉船事件与2014年4月16日韩国“岁月号”沉船事故）；2008年“范跑跑”事件——法律规制与职业道德。

2. 优衣库事件——法律解释、秩序与自由。

3. “禁止网络裸聊”“禁止在地铁内吃零食、乞讨、卖艺”——秩序与自由、道德与法律。

4. 让座引发的问题：立法规定“不让座就赶下车”；不给孕妇换下

铺被拘留——道德义务与法律义务。

5. 2011年广州小悦悦事件——见死不救的道德观与法律规制。

6. “贩卖妇女儿童一律判死刑”——权利义务的一致性、法律的作用。

7. 北京大学是北京人的大学？奥巴马谈最高法院裁定同性婚姻合法——法的价值：平等。

8. 吃凉皮被认定吸毒被拘留——法律责任。

9. 妇女拿芒果扔委内瑞拉总统，反而获赠一套公寓——法治与人治。

10. 成都女司机被打事件的惊天逆袭——舆论审判与法治。

三 影像资料的视觉冲击，更加生动形象地理解法理学的运用

心理学实验证明，在视觉、听觉和触觉这三种信息接收方式中，通过视觉方式接收到的信息量最大。因此，影像资料作为法学课堂上的生动素材资料来源，是很受法学学生欢迎的。

对于影像资料的播放，切忌一放到底，放完之后就完事。不加节选地放映，一方面浪费有限的课堂时间，另一方面会导致学生沉浸在故事情节中而无法深入讨论法理知识。一般来说，可以提前让学生带着相关问题在课外时间自行进行观看，而课堂上只是截取跟法理知识有关的影像进行播放。这样不但可以提高学生对课堂教学理论知识的兴趣，而且可以让学生有更多时间进行思考和讨论。比如，笔者曾让学生在课外完整观看了美国经典电影《控方证人》，法理思维一个非常重要的方面——对“事实”的理解，在本片中的体现更多的是在法庭辩论之中，因此，在课堂上笔者主要截取了法庭辩论的一些片段。1954年的伦敦，美国人雷纳被控谋杀富有的情妇借以取得其巨额遗产。著名的刑案辩护律师韦菲爵士接办此案。在法庭上，雷纳的妻子克莉丝汀竟然做了控方证人，指出雷纳的确杀了人。在最后关头，韦菲接获神秘妇人来电，表示她握有克莉丝汀写给情夫的信件。案情急转直下，雷纳被判无罪。律师韦菲爵士和陪审团所找出的所谓“真相”也仅仅是根据证据得出来的“法律事实”，然而，“客观事实”却令人震惊。但是，你能说法院的判决就是错误的吗？这能算是错案吗？包括我们的国产电影《十二公民》

与《全民目击》，这些影片通过一个个形象而又有说服力的画面，比教师在讲台上讲一百遍“客观事实与法律事实”的区别更能充分说明：“以事实为依据”中的“事实”不是以上帝视角看到的“客观事实”，只能是由证据证明的“法律事实”。

四 角色互换，让学生当老师，发挥学生的主观能动性

让学生与老师互换角色，让学生当“老师”，这需要学生对老师给出的题目有一定的兴趣。一般来说，人们对于与自己无关的事情的关注度不高，即使关注，其持续时间也不会很久。因此，笔者经常会选择一些跟学生生活密切相关的案件，让学生提前搜集资料，然后在课堂上作为“老师”，给大家分析案件中所涉及的法理知识。当然，由于现在基本上都是大班教学，不可能让每个学生都能以“老师”的身份给大家展示教学。因此，可以根据法理知识的专题对学生进行分组，小组里的学生进行分工，一些学生负责基本的文字和图片资料的搜集，一些学生负责法理知识梳理和分析，一些学生负责PPT制作，最后由1~3名同学进行讲台讲解和展示。当然，对于不负责这个专题的同学，并不能就此懈怠，老师可以在学生讲授完之后，当堂提问，由其他小组的同学进行点评，或者布置课后测验等。

通过这样的角色互换，学生由被动接受变为主动学习，尤其又是跟自己生活密切相关的事件，这种兴趣激发了学生的求知欲。通过这样一种“老师”体验的方式，学生学会了怎么样去搜集相关资料、找出有用资料，并将资料呈现在大家面前，并学会了理解老师的辛苦，在以后的课堂上会更加尊重老师。

比如，针对课堂上学生吃零食的现象，笔者选择了网上讨论非常热烈的“禁止在地铁内吃零食”议题，让同学自己当老师来进行分析。再比如，收快递是每个学生都会遇到的事情。快递柜是近年来物联网发展起来后兴起的新事物，快递员使用设置在小区里的箱格进行投递时，将会按其使用的箱子大小和时间收取投递服务费。那么，快递柜的超期服务费，你说该不该收？当大家在享受拆包裹的快感的时候，你是否想过其中涉及的法理知识？由于这些事件都是学生能够亲身经历和感受的，让他们去查资料和进行讨论就能激起他们极大的参与热情。分配任务后，学生们分工负责，找到了相关资料，

结合价值冲突的相关法理知识，图文并茂地给大家上了一堂生动的法理课。

五 案例教学讨论，让学生提前进入法律人思维模式

案例教学方式在法学教育领域已不算是新鲜事物，但是这种教学方式更多的是运用在部门法领域，在法理学领域却甚是少见，最多也就是在讲法理学学派的时候会给同学们介绍到最著名的《洞穴奇案》。这个案例虽然很出名，却只是一个假想公案，更多老师也仅仅是把这个案例作为法理学教学的一个点缀而已。法理学教学中，很少结合现实生活中的实际案例进行法理分析，这一方面是与前述对法理学较少关注司法实践的误解有关，另一方面也与现实司法判决书中几乎见不到法理分析密切相关。很多人认为，司法判决就是找到大前提（法律规定），运用于小前提（法律事实），得出结论，这样一个简单的三段论推论过程。至于小前提中的证据与所谓的事实结论之间是否符合推理逻辑，大前提的法律规定是否满足法理学中“法”的界定，大小前提之间是否运用逻辑推理进行了充分论证，却一概不论。其实，这种简单而粗暴的判决书，已经在司法改革实践中引起了关注，而其中最关键的改革方向，笔者认为，就是要在判决书中注入更多的法理论证和说理。“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。”^①

当然，在案件的选择上，最好选择授课老师自己经办过的真实案件，这样会更具有现实感。由于是真实案件，可以不局限于案件的裁判文书，还可以将案件的原始资料包括进去。为了培养学生对法理学的兴趣，在介绍案例时，不要过于刻板生硬、书面化，可以采取多种形式，比如让学生代入角色，进行案例重演。让学生体会作为一个法律人全程参与如何接触案件、分析案件和处理案件。此外，选择的案件要有超越个案发现普遍规律的典型性，能够通过案例，培养学生从个案中发现问题并能将问题提升到法学理论层面上进行分析的能力。

分析案件的最首要的工作是要准确分析把握案件所涉及的法律关系，以便针对每种法律关系结合相关法律知识进行准确分析。因此，在讲到“法律关系”理论的时候，笔者就结合一个真实案例“李某某、富强物流公司诉太

^① 〔美〕罗纳德·M. 德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社，1996，第83页。