

法理学

FALIXUE YANJIU

研究

包玉秋 著



人民教育出版社

D90/264

2007

法理学

FALIXUE YANJIU

研 究

包玉秋 著

人 民 大 学 出 版 社

责任编辑：孙兴民

装帧设计：肖 辉

责任校对：方雅丽

图书在版编目 (CIP) 数据

法理学研究/包玉秋著. - 北京：人民出版社，2007.3

ISBN 978 - 7 - 01 - 006114 - 6

I. 法… II. 包… III. 法理学 - 研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 034133 号

法理学研究

包玉秋 著

人民出版社出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京市德龙公防伪印刷厂印刷 新华书店经销

2007 年 3 月第 1 版 2007 年 3 月第 1 次印刷

开本：850 毫米 × 1168 毫米 1/32 印张：10.25

字数：230 千字 印数：1,000 - 3,000 册

ISBN 978 - 7 - 01 - 006114 - 6/D 定价：21.00 元

人民东方图书销售中心 电话：010 - 65250042 65289539



● 作者简介 ●

包玉秋, 1963年出生于辽宁省丹东市, 1988年毕业于华中师范大学, 同年执教于沈阳师范大学, 法学硕士。现为沈阳师范大学法学院教授, 理论法学学科带头人, 硕士研究生导师, 中国法学会法理学研究会会员, 辽宁省法学会逻辑与证据法研究会理事, 沈阳市法学会行政法研究会副会长, 辽宁省检察官学院兼职教授。出版《法理学》

(辽宁大学出版社2001年版)等学术著作20部; 发表《论公权力与私权利的平衡》(《社会科学辑刊》2006年第6期)等学术论文近三十篇; 承担《体育仲裁立法研究》(国家科技部2007年至2008年)等科研项目十余项, 并获得省市级多项科研奖项。

目 录

本体论

第一章 法理学与法哲学	(3)
一、法理学	(3)
二、法哲学	(10)
三、法理学与法哲学	(24)
第二章 权利义务	(28)
一、权利义务的起源	(28)
二、权利涵义	(32)
三、权利义务存在形态	(41)
四、权利实现	(47)
第三章 法律关系	(56)
一、法律关系概述	(56)
二、法律关系主体与客体	(66)
三、法律关系产生与变化	(71)
第四章 法律效力	(74)
一、法律效力含义	(74)
二、法律效力来源	(77)

三、法律效力等级	(85)
四、法律效力形式	(88)
第五章 法律责任	(100)
一、法律责任含义	(100)
二、法律责任功能	(108)
三、法律责任本源	(111)

价值论

第六章 法的价值	(121)
一、法的价值研究	(121)
二、法的价值含义	(124)
三、法的价值实现	(138)
第七章 法与正义	(145)
一、正义释义	(145)
二、正义分类	(158)
三、法与正义	(162)
第八章 法与秩序	(171)
一、秩序	(171)
二、法律秩序	(175)
三、法与秩序	(179)

第九章 法治	(186)
一、法治涵义	(186)
二、法治发展	(189)
三、法治现代化	(194)
第十章 人权	(206)
一、人权概述	(206)
二、人权起源	(211)
三、人权保障	(216)

方法 论

第十一章 法学方法论	(229)
一、方法与方法论	(229)
二、法学方法论	(231)
三、法学方法论体系建构	(238)
第十二章 法律解释	(247)
一、法律解释概述	(247)
二、法律解释发展	(262)
三、我国法律解释体制	(267)
第十三章 法律推理	(276)
一、法律推理含义	(276)
二、法律推理特征	(282)
四、法律推理模式建构	(288)

第十四章 司法公正	(298)
一、司法公正	(298)
二、司法独立	(303)
后 记	(319)

本体论

第一章 法理学与法哲学

一、法理学

(一) 法学

研究法理学，首先要了解法学。法学也叫法律科学或法律学，我国春秋时期就已经出现类似用法，如“以法为教”、“喜刑名法术之学”或“刑名之学”（《史记·老子韩非列传》，《史记·商君列传》）。魏晋开始设置“律学博士”官职，教授法律，掌管律令。但“法学”概念在中国普遍采用，则是在19世纪末20世纪初西方文化广泛传入中国之时。“法学”在英语和法语中称之为“Jurisprudence”，是由拉丁语“Jurisprudentia”发展而来，而这个词义由“Jus”和“provisdere”组成。“Jus”理解为义、理、正义，引伸为法律；“provisdere”解释为先见，引申为知识。将二者结合起来，则成为系统的法律知识。

法学的产生，以法律和法律现象的产生为前提。但作为一种系统化的思想体系，它的形成又需要一定的认识条件和社会条件。（1）认识条件：人类的智力已经达到一定的程度，即由对外部必然性和社会系统强制的盲目无知、困惑不解，转向惊奇和思考，并且开始追求这方面的知识。亚里士多德说：

“古今人们开始热爱智慧都是出于惊异。他们最初从明显的疑难感到惊异，便一点一点地进入到那些重大的疑难，例如关于日月星辰现象和宇宙创生问题。感到困惑和惊异的人们认识到自己无知，为了摆脱远程，就开始追求智慧。这样做显然不是为了任何实用的目的，而是在求知的驱使下追求学问。”亚里士多德揭示的哲学产生的过程，同样也揭示了法学产生的内在动力，表明法学是人类探寻自由达到一定认识阶段的产物。

(2) 社会条件：社会已经发展到了这样的程度，即有可能使一些离开物质生产领域，专门从事精神生产活动。正如恩格斯所说：“随着立法发展为复杂和广泛的整体，出现了新的社会分工的必要性，一个职业法学者阶层形成起来了，同时也就产生了法学。”^①西方法学渊源于古希腊。在罗马帝国前期，西方历史上第一次形成了职业法学家集团，第一次出现了法学派别和法学教育，第一次写下了法学著作。随着社会实践和法律现象的发展，随着科学技术和其他社会科学的发展，法学研究在不断地深入和发展。

在中国古代，早在春秋战国时期，法学研究就很兴盛，并有专门的法学著作问世，其后历代都有丰富的法律思想。中华人民共和国成立之前，中国法学的发展历程大体上可以分为夏、商、西周时期，春秋战国时期，西汉至清代中期，清末至中华民国四个阶段。

(二) 法理学

法理学与法学一样，来自于拉丁语“Jurisprudentia”，原指“法律的知识”或者“法律的技术”，在古代罗马法学家的

^① 恩格斯：《论住宅问题》，《马克思恩格斯选集》第2卷，人民出版社1972年版，第539页。

著作和查士丁尼法典中，法理学被界定为“人或神的事务的概念”，“有关正义或非正义的概念”，相当于广义的法学或法律科学。汉译“法理学”一词源自日本法学家穗积陈重对德文的创造性翻译。

法理学的内容体系包括以下三个组成部分：

1. 法本体论：法本体论研究实然法，即解决法本来是什么的问题，这是实在法秩序的框架内，以实在法为对象所抽象出来的一般理论，其思维倾向的特征是法的思考局限于实在法秩序框架内，如奥斯汀所开创的实证主义法理学的成就主要体现在这个领域；其中，法本体论是一个重要的哲学范畴，是相对于现象而言的本原物，是超越经验的产物，本体具有整体性、普遍性和无限性的特点。古希腊米利都学派重要人物阿那克西曼德在论述宇宙本原时认为：本原物是“万物所由之而产生的东西，万物又消灭而复归于它。”^①可见，作为本原物的“本体”，一是所有事物的出发点；二是所有事物的回归地。法的本体是对法作出哲学思考的第一步，其实质是追求法的存在根源，进而论证法的终极价值。

2. 法价值论：法价值论研究应然法，即法应当是什么的问题，这是传统法哲学的主要领域，早期以正义论为核心论题，经过法律实证主义盛行时代，现代复兴之后，在理论上呈扩散趋势，涉及权利保护、平等、功利、法的安定性等价值，但正义是其价值核心。它超越了实在法的范畴，从外部进行考查，对实在法的内容和适用提供更为终极的指导和评价。

3. 法方法论：法方法论研究法由实然通向应然的方法，通过方法研究发现法律、应用法律、实现法的价值。具备以上

^① 北京大学哲学系外国哲学史教研室：《古希腊罗马哲学》，商务印书馆1961年版，第7页。

两种特色，同时从外部和内部两方面进行探索而形成的理论体系。法学作为一门学科，有理论法学与应用法学之分，在应用法学的各部门法中有民法学方法论、宪法学方法论等，它们都可以被视为法学方法论在各部门法的派生和运用，而法学方法论本身作为理论法学的一部分，则基本上不存在异议，都认为法理学或法哲学应当包含法学方法论。

（三）当代中国法理学

在建国后相当长的时期里，我国照搬前苏联的学科建制模式，以国家理论为主导，将国家理论与法的理论合而为一，把“国家与法的理论”或“国家与法权的理论”作为理论法学，否定法理学作为独立学科存在的地位与价值，更谈不上对法律现象进行专门、以国家理论的研究取代法的理论的研究。

1978年以后，把国家的理论与法的理论分开研究，政治学以研究国家理论为核心，而法学则以法学理论研究为内容。1981年北京大学法律系编写并公开出版发行的《法学基础理论》，是新中国第一部法理学教材。1985年中国法学会法学基础理论研究会（现为中国法学会法理学研究会）成立，法理学从此有自己独立的学术组织。20世纪80年代初期，研究法的一般问题的学科“法学基础理论”或“法的一般理论”。到20世纪80年代中后期，法理学这一学科及名称逐步取代法学基础理论，从而确立了法理学的独立学科地位。此后，法理学师资队伍逐渐在全国形成，并开始培养本科生、硕士生和博士生。目前，法理学已经形成以法理学学科为龙头，以法律社会学、法律经济学、法律解释学、比较法学等交叉学科、边缘学科为羽翼的学科群。随着中国社会主义市场经济和法学建设的发展和完善，中国法理学在未来必将有更高、更快

的发展。

1. 科学定位法理学

在整个法学体系中，法理学居于一种特殊的地位：一方面，法理学所研究的是法的一般原理、原则、概念、制度，这种研究对象与人类的生活方式、生活理念、价值观念和人文的总体精神相关。因此，法理学必然处于法学学科发展的前沿，追踪、吸纳其他人文科学、社会科学和自然科学的成就，从法学的角度对各种人文思潮作出回应。另一方面，法理学在整个法学体系中具有“基础理论”的地位，其内容具有基础性、根本性、一般性、普遍性和抽象性，对各种部门法学具有理论上的指导作用。法理学也是沟通法学诸学科的桥梁，在很大程度上影响着一个国家整个法学发展的水平，法理学的发达，必然会对法学其他学科的研究产生影响。法理学与法学其他学科的结合，反过来对于法理学自身的发展也同样有十分重要的影响。法理学是一门开放性的学问，这不仅是指法理学与整个人文科学、社会科学和自然科学的对外开放，也包括在法学体系之内与其他法学学科的对内开放。只有不断从其他学科中获取理论和方法上的资源，才能丰富和完善法理学自身的理论体系。如国内民法学、刑法学、宪法学等的研究，在某些方面有各自学科的优势和特点，它们对历史上的法和现实的法所进行的实证考察，是法理学所不可替代的。而且它们从各自学科出发对法的本质和现象问题所作的结论，对于法理学亦具有重要的参考价值。因此，法理学应当与法律史、国内部门法学结合。

2. 提升法理学品位

在总结以往认识成果和深入研究的基础上，建构起能够表明法理学独立地位和理论优势的科学的范畴体系，从而确立法

学理论大厦。在研究方法上,不再由相同的分析视角、思维模式去面对复杂的法律现实,而是吸收现代自然科学方法和人文科学的新方法,形成各具特色的理论体系、学说甚至流派,对这些理论、学说甚至进行长期的实践检验和学术探讨,形成在世界法学史上有一定影响的中国特色的法理学。法理学的产生和发展的历史,是不同法理学派别的兴起和发展的历史。在19世纪早期,除了分析法学派外,占统治地位的,还有哲理法学派和历史法学派。哲理法学派以德国古典唯心主义哲学家们(主要是康德、黑格尔、费希特)的法哲学思想为代表。历史法学派以德国法学家(萨维尼、普赫塔等)为主体,也包括英国的梅因和日本的穗积陈重等人,以强调“历史实证”而自成体系。19世纪后期,社会学法学派、新康德主义法学派、新黑格尔主义法学派和新托马斯主义法学派开始逐渐形成。进入20世纪,带着过去数个世纪日益成熟的方法论,法学诸流派都在各自的研究方向上进行了理论形态的深化和更新努力,形成多足鼎立的局面。21世纪的法理学表现出更大的开放性和灵活性,二战以后,法学格局仍然属于“三分天下”——新自然法学、新分析法学和社会学法学。20世纪50年代哈特与富勒、哈特与德沃金的几次法学论战,推动了西方法理学的发展。20世纪60—70年代,比利时法学家佩雷尔曼的“修辞法学”,德国卢曼的法社会学理论、美国罗尔斯的“正义论”、诺齐克的新自由主义法学、德沃金的权利法学、波斯纳经济分析法学等等,曾有较大影响。80年代以后,批判法学和女权主义法学运动又各领风骚,形成强劲气势。^①

^① 参见张文显:《二十世纪西方法哲学思想研究》,法律出版社1996年版;沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版。

3. 加强科际整合

在“科际整合”时代，学科之间的渗透与合作成为科学发展的一个总趋势。法理学在与其他人文社会科学相互合作的过程中又不可避免地与其他学科发生联系，学科之间的边际界限变得越来越模糊。传统意义上不是专门属于法理学研究的问题，如犯罪与刑罚等问题，也可能纳入法理学研究的视野。以问题为中心来选择研究的方法和理论是学科发展的一个方向，加强学科与学科之间和本学科内部的交流显得更加重要，不同法理学流派和学说之间的渗透、吸收成为必然。单靠某一学科或某一学派的方法和观点，不可能完成法理学所应完成的任务。法理学应把分析法学（关于法律的概念、渊源、形式、效力的解释）、社会学法学（关于社会和文化事实的社会学解释）以及自然法学的价值（关于自由、平等、正义等）研究统一起来，建立“综合法理学”。法理学在深入进行理论研究，使学科在深度和广度发展的同时，注重与中国法律实践相结合，尤其是应当与部门法学形成互动。

4. 本土化与国际化结合

法理学立足于研究中国现实，立足于本土资源，为当代的社会、经济、政治、文化的实践提供法学理论指导，并设计合理可行的法律制度构架和操作措施。市场经济、民主政治、精神文明、生态文明要求法治现代化，与此相适应，法理学也应当现代化。法理学现代化首先意味着法学理论最终摆脱自然经济、计划经济、非民主政治结构以及传统法律文化的束缚和限制，以现代化为参照，与时俱进。在改革开放的推动下，我国法理学已经突破自我封闭的局面开始参与法理学的国际交流和合作。进入 21 世纪，我国法理学界对国外法律和法学进行比较研究，对中华传统法律文化加以梳理，对社会主义法治建设