

(2001)

南开大学法政学院 学术论丛

南开大学法政学院 编

NANKAIDAXUE
FAZHENGXUEYUAN
XUESHULUNCONG

天津人民出版社

南开大学法政学院 学术论丛(2001)

南开大学法政学院 编

天津人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

南开大学法政学院学术论丛. 2001/南开大学法政学院编. —天津: 天津人民出版社, 2001

ISBN 7-201-04095-2

I. 南... II. 南... III. 社会科学—文集
IV. C53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 027358 号

天津人民出版社出版

出版人: 赵明东

(天津市张自忠路 189 号 邮政编码: 300020)

邮购部电话: 27314360

网址: <http://www.tjrm.com.cn>

电子信箱: tjrmchbs@public.tpt.tj.cn

南开大学印刷厂印刷 新华书店发行

*

2001 年 11 月第 1 版 2001 年 11 月第 1 次印刷

850×1168 毫米 32 开 26 印张 2 插页

印数: 550 千册 印数: 1 1.800

定价: 36.00 元

编辑委员会成员

编委会主任:朱光磊

副 主 任:关信平

编委会成员:(按姓氏笔画排列)

白红光	史学瀛	付士成	关信平
刘宏伟	朱光磊	张景荫	侯欣一
葛 荃			

目 录

一、法学篇

3	论法理学的性质与任务	吕传红
13	马伯里案与违宪审查制度的确立及发展 ——兼论中国违宪审查制度的设计与构建 ...	李晓兵
37	行政机关自行强制执行程序的几个问题	付士成
54	人类法律的早期演进——霍贝尔法律思想 述评	岳纯之
67	再谈中国法制史学的科学定位等问题	侯欣一
76	明代的律例与收继婚风俗	柏桦
91	论制定法的局限及其超越——依法治国答 客难之一	胡世凯 牛同桐
105	中国刑法中危害行为之单数与复数	刘士心
120	商业秘密权的确认与商业秘密的法律保护	张心向
140	关于“安乐死”的法学研究	李运午

158	董事的善管注意义务和经营判断的原则	丁开元
172	论专利权的时效制度	张 玲
202	关于服务商标的法律问题之探讨	陈耀东
219	商业银行信贷资产证券化存在的法律问题 研究	韩 良
234	民事诉讼检察监督刍议	张丽霞
245	环境污染损害赔偿责任社会化问题初探	戚道孟
255	论招标的条件和方式	何红锋
272	对电子商务合同中若干法律问题的探讨	孙 建
284	在 TRIPS 中应予重视的几个观念	程开源
294	土著与地方社区的传统知识与做法对保护 和利用生物多样性的意义——兼论土著 民族的权利保护问题	史学斌 何向亮
309	多边投资担保机构投资促进业务研究	黎 晖
322	对当代国际经济秩序的几点认识	魏健馨
334	从加入 WTO 看我国政府职能的几个问题	程宝库
348	亚太地区贸易争端情况的综合分析及建立 APEC 争端解决机制的可行研究	万国华
358	西北经济的优势、问题及若干法律对策初探	朱京安

二、政治学篇

383	“人道干涉”神话与美国意识形态	张睿壮
403	文化的全球化及其对国际关系的影响	蔡 拓

421	欧洲治理的演变与转型	
	 (德)贝阿特·科勒—科赫	吴志成编译
446	世界银行与第三世界国家的发展——兼论	
	世界银行与中国的关系	李一文
460	试论个人自由与社会秩序	沈亚平
477	美国的利益集团与美国的政党	谭 融
490	冷战后美国新自由主义政治思潮及其对美国	
	政局的影响	毕云红
507	以人为本——关于“思想与社会”研究的方法论	
	思考	葛 荃
515	论墨子“兼爱”的等级性——兼论“兼爱”与孔子	
	“仁”的关系	季乃礼
526	冷战后俄罗斯外交政策成因分析	孙午生
540	新政治经济学的若干方法论分析	杨 龙
565	村民自治中的党“政”关系及其出路	程同顺
583	论综合因素影响下的政策执行	王 骥
599	论重新定位政治与行政关系的必要性:以中国	
	中央政府机构改革为事例	金东日
616	简述我国社会的贫富阶层状况——由贫富差距	
	看社会公平	石 磊

三、社会学篇

627	试论中国文化的基本精神在网络文化中的	
	根植	王处辉 乐国林
638	陈序经、胡适与“全盘西化”论	刘集林

649	论孔德的社会进步理论	侯钧生
658	对儿童欺负行为问题的研究	乐国安 陈世平
673	试析我国心理疾病患者的若干应对行为	李 强
683	完善社会保障体系的时代必要性与其自身 新变化	黄晓燕
694	论两种不同取向的社会科学	赵万里
722	强化社区减灾功能 构建社区减灾工作 体系	白红光 苏 驼
733	论经验观察与理论指导的关系	郭大水
751	网络时代与青年文化	陈钟林
763	论现代社会保障制度的社会价值基础	关信平
777	浅论现代妇女的地位问题	周一骑

四、教学研究篇

789	关于开放教育中法律教学的几个 问题	刘宏伟 张胜利
799	法律硕士专业学位教学组织与方法探索	王南玲
820	从实效看淡化身份强化岗位	刘静峰

一、法字篇

论法理学的性质与任务

吕传红

一、问题的提出

在我国的法学课程体系中,法理学早已被确定为法学的基础课程,但法理学的正确定位问题并未解决。长期以来,法理学一直与哲学似乎更有联系,这影响了把法理学作为法学的一个有机组成部分予以建设的进程。法学的各应用学科客观上需要作为法学一般性理论学科的法理学的指导,但目前的法理学还不具备充分发挥这种作用的功能,这导致法理学与各应用法学之间都会相互抱怨对方不理解自己。其重要原因在于,法理学的法学特色体现得不明显,成了哲学、法律历史学、政治学、法学等学科的大杂烩,法律实践工作者对之很难感兴趣,法学专业的学生也对那些似乎与法律太远的内容难以理解。大多数法学类院校的法理学教师对此都有切身体会。

目前我们做出的努力是对法理学教程进行改革。主要举措便是将法理学从内容体系上“一分为二”^①,即对一年级的初学

① 参见葛鸿义:《论法理学教学与教材的改革——从“一分为二”谈起》,《法商研究》1999年第6期。

者讲授“法学总论”，对高年级的学生讲授“法哲学”。这是对我们近二十年来法理学教学与研究方针的一种深刻反思，是一次富于创造性的有益探索，而且实际上也取得了一定的效果。但问题是这种改革的指导思想与基本思路目前看来还并不明确，虽然把法理学从内容上一分为二，暂时缓解了教学的困难，但根本问题仍然存在。法理学的学科性质究竟应该是什么？是哲学，还是法学？虽然我们会想当然地认为它是法学，但近年来法学界对法理学的讨论却表明，认为法理学就是法哲学的声音占了主流。^①同时目前的改革也只是各院校在各自作一些尝试，对这种改革的理论探讨尚未深入，尤其是对法理学的学科性质问题还没有引起足够的重视。

毫无疑问，我们应该把法理学作为法学的理论学科予以建设，这一点不应该因法理学曾经长期与法哲学纠缠不清而受到影响。各门学科之间具有无法割断的种种联系，这一点在日益接近普遍联系时代的今天愈来愈明显，各种交叉学科的不断产生就是明证，但这并不妨碍每一门学科仍然保持着自己的独立性。法学与其他学科具有明显的不同特征，虽然认为法学没有自己独立方法的大有人在，但法学具有独特的社会功能、研究对象、学术体系及解决问题的方式是不争的事实。法学具有自己的独特性，作为法学基础理论学科的法理学当然也应具有法学的基本性质。1832年，约翰·奥斯丁在其《法理学研究范围限定》一书中使用 Jurisprudence 一词，是第一次把法理学作为一门独立学科并确定其研究对象的尝试。1881年，日本东京帝国大

① 参见李龙、汪习根：《二十世纪中国法理学回眸》，《法学评论》1999年第4期。

学教授穗积陈重嫌“法哲学”一词过于哲学化,而定译名为“法理学”以标示其独立性,也体现了对法理学性质的严肃思考。

但问题是,法理学的流派是如此众多,以至于对法理学来不及进行学科式的建构,法理学探讨的内容是如此的广泛,也影响了对法理学的性质和内容体系进行清楚而明白的界定。相反,奥斯丁与穗积陈重所指出的方向并未因法理学表面的繁荣而实现。虽然统一法理学派综合各家之长的努力让我们依稀看到一点前景,但严格地说具有法学特色的法理学仍未真正形成。造成这一情形的原因在于法理学家们更多地关注法理学问题的思考,而对法理学的学科建设问题关注不够。现在是对这一问题予以重视的时候了。在以法律职业教育为目标的大多数国外法学院里,法理学并不是法学的必修课程,但这并不妨碍法理学作为法学的理论学科的建设。法学要真正地达到成熟,必须有自己的理论学科,英美国家一些著名的法官们在他们走向职业生涯的最高峰时纷纷热衷于法理学问题就足以说明这一点。经过数世纪的积累,法理学已经具备了相当丰富的知识基础。在现代生活中,法律是如此的重要与繁杂,客观上也要求形成完善的一般性理论,以便于人们便捷地认识与运用法律。查士丁尼皇帝编纂的《法学总论》为人们能提纲挈领地把握罗马的法律提供了便利,在今天能起到如此作用的只有法理学。

笔者试图从学科建设的角度去重新审视法理学的性质与任务,以更准确地界定其研究范围与内容体系。

二、法理学的学科性质

正确认识法理学的学科性质,首先要把它置于法学的整个体系中予以考察。

“法学(拉丁语 *Jurisprudentia*)”一词大致出现于公元前3世纪末期罗马共和国时代;到公元2世纪帝国前期已被广泛使用。法学作为一个学科,其正式形成则应以查士丁尼大规模编纂《法学阶梯》、《学说汇纂》为标志,学院式的法学教育则形成于中世纪波伦那大学。从法学的发展过程来看,起先主要是私法学,这以罗马法学为代表。在罗马私法学的形成过程中,理论上的进展与法律实践的需求是分不开的,法学家因罗马法的繁杂与混乱而需要对其加以解释。法学家们解答法律疑难,一般都会在依旧法解决问题有失公平时从旧法的基本原则中推演出新的具体办法加以解决。罗马法学的发展围绕着法律解释进行,这使得这一时期的法学具有很强的实用性。伊纳留斯开创的注释法学以注解《学说汇纂》为中心,具有理论性与实用性相结合的特点。

法理学的出现则晚了许多。人们一般都会认为最早的法理学流派是以霍布斯、洛克及孟德斯鸠等为代表的自然法学派,但应该指出的是,他们的学说是以公法学为主要内容的。他们主要探讨国家的法律问题,在历史上的影响是催生了美国宪法及其后的一系列宪法。他们的学说中,具有法理学内容的是继承自古希腊时期斯多噶学派的“自然法”观念和相应的思维方式,而孟德斯鸠则是从各种客观因素中探讨法律精神的思维方法。他们最成功的地方是运用这些法学思维方法去分析公法问题,而相反对于法理学本身理论体系问题并没有取得标志性的建树。另外一个被认为也是古典自然法学代表人物的格老秀斯同样如此,他描述了“自然状态”,但他的成就在于国际法学。法理学的形成必须以私法学、公法学和国际法学已经充分发展作为前提,因为法理学作为一般法学理论必须有足够的部门法学素

材作为抽象的基础。比他们晚了近 100 年的奥斯丁对法理学研究范围的限定是真正的建构法理学体系的尝试。虽然他对法学一般概念的分析有独到之处,但他的理论过于强烈地偏执一隅,内容体系也不完整。近现代以来,法理学虽然代有派出,但对法理学理论体系的经典性表述仍未完成。

在法理学出现之前,法学以经验为主,完整的一般理论体系一直未形成。关于法律的一般性思想更多地出现在哲学中,康德把法律当作“实践理性”,黑格尔将法哲学视为其哲学体系中的一部分。其实,这种传统从柏拉图、亚里士多德时代就已开始。因为法律是如此的重要,以至于以思考人类幸福为己任的哲学家们不得不关注法律问题。又加之哲学家曾是一切科学之母,法学也是在哲学的体系中孕育萌芽的,尤其是在法学的理论学科——法理学——尚未成熟时,哲学不得不对法学仍然发挥着直接指导作用。如今,有着不同哲学背景的法理学流派众多,这进一步说明法理学仍然处于形成自己独立体系的发展过程中。但哲学毕竟不能代替法学,哲学思考问题的方式与法学思考问题的方式有很大的差别,而且法学要解决的问题也有自己的特点,哲学把法律当做其研究对象的一部分予以研究,而法学要把法律当做本体进行考察,这就客观上要求法学自己的一般理论学科即法理学逐步摆脱哲学的统治用自己的语言说话。

法学从其产生之日起即以解决实际问题为目标。曾有人言,法学徘徊于事实与法律之间^①,实际上也的确如此,人们总是从重复发生的事实中寻找规则,又反过来运用已成立的规则去解决待处理的事实,在这个过程中需要高超的艺术,提供这

① 参见 Karl Larenz 著:《法学方法论》,五南图书出版公司,1996 年版译序。

种艺术的学问就是法学。司法官与法学家们在面对事实时,需要对事实进行整理和分析,然后借助法律的一般概念去寻找相对应的法律规则,这个分析事实、寻找法律的过程需要技巧,尤其是在事实复杂、法律模糊的情况下。于是,法学与法律实践便自然而然地要求紧密地结合在一起。从人类利用法律的历史来看,司法官员一直都由社会中地位较高、法学素养较高的人担任,比如古希腊和古罗马早期的僧侣与贵族、犹太人的祭司、罗马帝国的职业法学家及基督教中的最后审判者“上帝”;在现代法治水平较高的国家中,一般都从制度上保证司法官员具有较高的法学水准^①。从这个角度看,法学家之于法官犹如医学教授之于医生,虽然法学家不可能都会拥有法官的权柄,但法官确实都应该具有法学家的水平。作为提供法律的一般分析手段的法理学,也不应该脱离法学的目标太远。法理学要提供的恰是在整理事实、寻找法律时要借助的那套一般性概念体系。这也是法理学的本质属性,由此它区别于哲学。

所以,要把法理学建设成为法学的法理学,就必须将法理学与法哲学分开。法学发展到一定程度就必然要完成一次更大范围的一般抽象过程,这个过程的结果就是法理学。考证英文 Jurisprudence 一词,其含义兼有法学、法理学之意^②,这说明在现代的法学发达程度上法理学是法学的代表性学科。同时,我们也不能将法理学混同于各应用法学,它是法学体系中的一般理论学科。因此,法理学不仅是法学的一般抽象,而且要更进一步形

① 这一点可以从一些法治较发达国家的法官遴选制度中看出。参见甄树青:《法官遴选制度比较研究》,《外国法译评》1999年第4期。

② 试比较一下罗马法学中的 Jurisprudence 一词与奥斯丁对 Jurisprudence 一词的用法即可说明。

成法学的理性范畴体系。

三、法理学的任务

既已清楚法理学的性质,那么法理学的任务就可以确定了。

法理学在法学体系中承担着为法学提供方法的任务,不仅为各应用法学给予一般方法指导,划分并整合法学体系,而且也法律实践提供解释和论证的一般方法。^①法学解决社会问题需要借助人类知识体系的一切可能的方法和手段,这一点犹如医学利用几乎所有科学成果,也恰是这一点构成了法学的特点,法理学则承担着将所有可能的科学方法转化成法学方法的职能。

在现代社会中,法律几乎遍及社会生活的所有领域,同时它也成为许多学科关注的对象,这些相关学科的研究成果可以为法学提供营养。法学所利用的分析手段也几乎遍及所有学科所能提供的方法,哲学、逻辑学、语言学、人类学、经济学、政治学、历史学、伦理学、宗教学、心理学、数学乃至自然科学事实上曾经或正在为法学提供方法,在这些学科提供的方法指导下,形成了法学的各种流派,诸如历史法学、价值论法学、经济分析法学、语义分析法学、哲理法学等等。其中,逻辑学等学科所提供的一般方法是所有学科必须运用的基本手段,哲学更是为所有学科提供哲学方法论,法学当然也不例外。法理学则在哲学方法论的指导下,用法学的独特方式去运用这些方法,从而形成法学的自身方法论和方法体系。

法理学在应用法学与法学的外部学科之间发挥着沟通作

^① 参见王海南等著:《法学入门》,月旦出版社,1993年,第170、171页。