

Lectures on
Jurisprudence

Vol. 2

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法理学 讲演录

第二卷

2

付子堂 主编

西南法理学博士点建设项目书系

现实是人类生存的当下处境，是人类感知的直接对象，是催生人类思想之花的“生活之树”。人并非生活于真空之中，总在鲜活的现实中悲喜哀乐。法学前贤已区别了“书本上的法”和“生活中的法”。“书本上的法”内容明确、逻辑一致，却缺乏应有的灵活，甚至僵化停滞。只有调之以“生活中的法”，“书本上的法”才能赋有其应有的活力和热度。关注现实，学术才有正确指向；体谅生活，思想才能打动人心。

书名乃是仿照法理学的开创者约翰·奥斯丁(John Austin, 1790—1859)的 Lectures on Jurisprudence 而来。

法内之理与法外之理碰撞，不同学科交融，灵感火花迸发，丰富多彩，不一而足，但学术批评精神贯穿始终。这是一个交流与对话的场所，也是一个开放而包容的平台。在批判与反驳当中，观点得以澄清，思想得以升华。在这里，大家坐而论道，以理会友。通过交流，我们相互理解，加深友谊。

付子堂

法律出版社·法学学术出版分社



law academic 学篇定 术专政

ISBN 978-7-5036-7827-1



9 787503 678271 >

编辑工作室 | 平面设计 | 上架建议 法理学·法学综合

定价：32.00元

Lectures on
Jurisprudence
Vol. 2

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

西南法理学博士点建设项目书系 ②

法理学 讲演录

第二卷

付子堂 主编

图书在版编目(CIP)数据

法理学讲演录(第二卷)/付子堂主编. —北京:法律出版社,2007.12

ISBN 978-7-5036-7827-1

I. 法... II. 付... III. 法理学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第179531号

© 法律出版社·中国

法理学讲演录(第二卷)

付子堂 主编

责任编辑 董彦斌
装帧设计 乔智炜

开本/ 787×960 毫米 1/16

版本/ 2007年11月第1版

出版/ 法律出版社

总发行/ 中国法律图书有限公司

印刷/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 24 字数/ 279 千

印次/ 2007年11月第1次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版分社

经销/ 新华书店

责任印制/ 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7827-1

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《西南法理学博士点建设项目书系》

学术委员会

学术顾问: 邓正来 邓晓芒 贺卫方 卓泽渊

主 编: 付子堂

编 委: 赵 明 文正邦 张永和 王 威

陈 锐 朱学平 周祖成 喻 中

林国基 林国华 林国荣 郑文龙

姚荣茂 郭 忠 郭相宏 赵树坤

学术秘书: 王 恒 胡兴建 蒋海松 王海琴

序

西南政法大学法学理论学科于1979年经国务院学位委员会批准获得硕士学位授予权,属于全国最早一批设立硕士学位授予点的二级学科。本学科于1992年被确定为校级重点学科,2000年被重庆市确定为市级重点学科,2003年被批准为博士学位授权点,2004年开始招收博士研究生。

西南政法大学历来重视基础学科建设中的学术积累与学术传承。我校的法学理论学科点在卢云教授、黎国智教授、王明三教授、钮传诚教授、王方仲教授、李权教授和吴光辉教授等老一辈学者的创建、经营、带动和培养下,师承相继,薪火相传,生生不息。经过多年的辛勤劳作,本学科点造就了一批又一批优秀的教学科研人才,并持续保持着一支年龄结构合理、理论功底扎实、具有探索精神的学术梯队,在现代法理学、马克思主义法律思想研究、法哲学、法律社会学、立法学、比较法学和西方法理学等领域做出了重要贡献,形成了自己的学术特色和传统优势。

然而,传统要“传”才能拥有活力,才能发扬光大。老一辈学者已经为此付出了艰辛的劳作,作出了卓越的贡献。现在,传统的“薪火”已交给我们,让我们将其光大。任务相同,都为建设法理学科;背景相似,都身处转型之大背景。然而,情势却有所区别。今天,“转型中国”之“转型”愈益明显,各种问题层出不穷,各种理论日新月异,给我们提出新要

求,新挑战,也给我们创造了新的机会。为此,我们提出“深入经典,关注现实;海纳百川,有容乃大”的宗旨。

经典是人类思想的结晶,是伟大思想家、立法者给人类留下的一座座思想“富矿”,是人类不断获得启发的源泉。思想巨人总是以其高超的智慧体察人类的情欲,洞悉复杂而深邃的人性。他们时刻关注着人类的幸福,他们提出的问题总是人需要面对的根本问题。面对经典,即面对人自身;阅读经典,即认识人自己。这是思想、学术原初的冲动。深入经典,学术才有宽厚基础;借助伟人的眼光,我们才能看得更远。经典之于学术,犹如大地之于树木,只有深深扎根大地,才能长成参天大树。

现实是人类生存的当下处境,是人类感知的直接对象,是催生人类思想之花的“生活之树”。人并非生活于真空之中,总在鲜活的现实中悲喜哀乐。法学前贤已区别了“书本上的法”和“生活中的法”。“书本上的法”内容明确、逻辑一致,却缺乏应有的灵活,甚至僵化停滞。只有调之以“生活中的法”,“书本上的法”才能赋有其应有的活力和热度。关注现实,学术才有正确指向;体悟生活,思想才能打动人心。

在现代学科知识体系中,任何一门学科都不能拒绝其他学科的成果。法理更是如此。如果过分专注于法律本身,我们可能会迷失其中而“不识庐山真面目”。正若要认识故乡,就必须离开故乡,到更广阔的天地中去;要认识地球,必须离开地球,到更浩瀚的宇宙空间中去。认识法律,研究法理也是这样。只有容纳并认真汲取其他学科的新成果,我们才能找到认识法律的新视角,发现进入法理的新路径。这即是“法之理在法外”。

“西南法理学博士点建设项目书系”秉承上述宗旨,主要收入西南政法大学的法理学博士点的建设成果,包括导师组的研究项目、博士及硕

士研究生的学位论文以及国内外知名学者来我校访问讲学的实况记录。《法理学讲演录》就是其中的一个努力和尝试。书名乃是移植法理学的开创者约翰·奥斯丁(John Austin, 1790—1859)的 Lectures on Jurisprudence 而来。

《法理学讲演录》第二卷以童之伟教授讲述“传统法理学的衰败和当代法理学面临的挑战”开篇,中间收录了关于经典研究的讲演,如本学科博士生授课实录“历史与法:柏拉图《法篇》第3卷研究”、徐友渔先生的“近代政治思想史中的德国传统”。然后,讲演主题相对集中于对社会现实问题的关注,包括张千帆教授的“宪政国家的言论自由”、刘作翔教授的“关于权利平等的思考”和田成有博士的“法官思维方式的养成”等。特别是,本卷推出在校法理学硕士研究生组织的“法律与平等——李洋事件网上讨论”,反映了网络时代思想活跃的青年学子们对于社会现实的积极关怀与认真思考;而法理学硕士研究生蒋海松同学发起的“法律与音乐”学术交响音乐会,更把原本枯燥的学术研究与美妙的音乐享受有机地结合了起来,既激发学子们的兴趣,也充分展现出学术之魅力。我以为,刚刚崭露头角的后起之秀们的孜孜追求,预示着西南乃至全国法学研究的美好未来。最后,蔡守秋先生的“调整论:对主流法理学的反思与补充”,警示我们必须正视部门法对于法理学的批评和期望。本卷之压轴结篇,乃是“书系”学术顾问邓正来先生的“中国法学向何处去”,引发我们不得不继续进行更加深入的思考和更加认真的研究。总之,法内之理与法外之理碰撞,不同学科交融,灵感火花迸发,丰富多彩,不一而足,但学术批评精神贯穿始终。这是一个交流与对话的场所,也是一个开放而包容的平台。在批判与反驳当中,观点更加明晰,思想更加升华。在这里,大家坐而论道,以理会友;通过交流,我们相互理解,加深友谊。

在历次讲座的组织活动中,诸位尊敬的主讲人、主持人和点评嘉宾给予了大力支持,学校科研处但彦铮、廖海峰、余兰珍等老师及各届研究生会的同学们为此付出了很多辛劳;在录音及整理文稿的过程中,除每篇之后已经注明的各位同学外,法理学专业三个年级的博士研究生及硕士研究生同学积极参与,不厌其烦,尤其是胡兴建、郭相宏、蒋海松等同学协助主编做了大量校阅编务工作;法律出版社学术分社茅院生社长、董彦斌编辑鼎力襄助,为本书顺利问世几多操劳,一并表示由衷感谢!

《法理学讲演录》第二卷表明,这是一项长期的事业。为此,我们真诚邀请更多的海内外学术友人作客西南,共同推进法理学学术大业。

“有朋自远方来,不亦乐乎!”

是为序。

付子堂

2007年夏

于重庆歌乐山下

目 录

01. 童之伟:传统法理学的衰败和当代法理学面临的挑战 / 1

主讲人:童之伟 上海交通大学、华东政法学院教授、博士生导师

主持人:付子堂

评论人:文正邦 汪太贤 唐忠民 王学辉 周祖成

时 间:2005 年 10 月 8 日晚

地 点:西南政法大学沙坪校区岭南厅

02. 付子堂等:历史与法律:柏拉图《法篇》第 3 卷研究 / 28

主持人:付子堂 文正邦 赵明 林国荣 郑文龙

博士生:胡兴建 郭相宏 青维富 曹明 张炜

周力 邓巍 李为颖 刘颖 苏婉儿

时 间:2005 年 10 月 22 日下午

地 点:西南政法大学沙坪校区第 2 教学楼法理学科办公室

03. 徐友渔:近代政治思想史中的德国传统 / 71

主讲人:徐友渔 中国社会科学院哲学研究所研究员

主持人:赵明

时 间:2005 年 10 月 16 日晚

地 点:西南政法大学沙坪校区岭南厅

04. 张千帆:宪政国家的言论自由 / 110

主讲人:张千帆 北京大学法学院教授、博士生导师

主持人:付子堂

时 间:2005 年 10 月 15 日晚

地 点:西南政法大学渝北校区 4109 教室

05. 刘作翔:关于权利平等的思考 / 140

主讲人:刘作翔 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师

主持人:赵明

评论人:王恒 曹明 陆幸福 赵树坤

时 间:2005 年 9 月 22 日晚

地 点:西南政法大学沙坪校区学术报告厅

06. 褚宸舸等:法律与平等:李洋事件网上论坛 / 183

指导教师:付子堂 西南政法大学法理学教授、博士生导师

网络主持:褚宸舸 西南政法大学法理学专业 2004 级硕士研究生

卢东凌 西南政法大学副研究员、法理学硕士

统筹管理:蒋海松 邓伟云

文稿整理:王海琴 褚宸舸

时 间:2005 年 9—11 月

地 点:西南政法大学“法之理论坛”(www.fazhili.com)

07. 田成有:法官思维方式的养成 / 228

主讲人:田成有 云南省高级人民法院副院长 西南政法大学兼职教授

主持人:付子堂

评论人:汪太贤 王威 王学辉 张永和 赵树坤 刘文会

时 间:2006 年 6 月 19 日晚

地 点:西南政法大学沙坪校区学术报告厅

08. 蒋海松：法律与音乐 / 266

主讲人：蒋海松 西南政法大学 2004 级法理硕士研究生

西南青年论坛、研究生学术节策划人

主持人：刘艳珂 西南青年论坛特邀主持人

嘉 宾：朱学平 胡兴建 孟庆涛

评论人：官正艳 颜娟 黄涛 邓伟云 费小兵

音乐编辑：童俊 李潇潇

时 间：2006 年 5 月 17 日晚

地 点：西南政法大学渝北校区 4308 教室

09. 蔡守秋：调整论：对主流法理学的反思与补充 / 327

主讲人：蔡守秋 武汉大学法学院教授、博士生导师

主持人：曹明德

评论人：文正邦 刘想树 唐青阳

时 间：2005 年 3 月 18 日下午、3 月 21 日晚

地 点：西南政法大学沙坪校区学术报告厅、渝北校区 4109 教室

10. 邓正来：中国法学向何处去 / 345

主讲人：邓正来 西南政法大学名誉教授 吉林大学法学院教授、
博士生导师

主持人：赵明

评论人：文正邦 王学辉 朱学平 赵树坤 王恒

时 间：2005 年 12 月 2 日晚

地 点：西南政法大学沙坪校区岭南厅

传统法理学的衰败和 当代法理学面临的挑战



Lecture in SWUPL

主讲人	童之伟	上海交通大学、华东政法学院教授、博士生导师
主持人	付子堂	西南政法大学副校长、教授、博士生导师
评论人	文正邦	西南政法大学教授、博士生导师
	汪太贤	西南政法大学教授、博士生导师
	唐忠民	西南政法大学教授、博士生导师
	王学辉	西南政法大学教授、硕士生导师
	周祖成	西南政法大学副教授、硕士生导师
时 间	2005 年 10 月 8 日晚	
地 点	西南政法大学沙坪校区岭南厅	

付子堂：

大家晚上好！首先，让我们用鲜花对老朋友童之伟老师的到来，表示热烈的欢迎！（掌声）童之伟教授现任上海交通大学法学院教授，博士生导师，上海交通大学法学院学术委员会主席，宪法与行政法研究所所长。童老师同时也是华东政法学院教授、博士生导师，著名期刊《法学》月刊总编辑，中国宪法学会副会长，中国法学会法理学研究会理事，中国人民大学客座教授，上海市检察官培训中心兼职教授等。童老师主要从事宪法基础理论的教学与研究，在《法学研究》、《中国法学》等重

要法学期刊上发表论文一百多篇,出版有《国家结构形式论》、《法权与宪政》等各种学术著作。童老师的科研成果曾经获得多项国家及省部级各项学术成果奖。童之伟教授的学术成就和学术创新主要集中在以下几个方面:第一,首次运用绝对方法成功地展开了法学、宪法的传统建构和理论体系;第二,提出了法定和宪定权的具体利益内容和财产内容,证明了权利与权力统一体的存在;第三,将权利和权力统一体作为独立分析单元纳入法学的视野;第四,实现了对权和广义的权利的认识的范畴化;第五,首创了法权分析方法和法权理论;第六,关于国家结构理论的研究也取得了突破性的进展。童之伟老师是我国著名的宪法学家,目前所承担的主要科研课题有国家社科重点课题——符合中国情况的宪法机制保障制度研究。童老师能够在百忙之中莅临西南政法大学是我们学校的光荣!(热烈的掌声)

出席今晚讲座的有我国著名的法理学家、西南政法大学法理学专业博士生导师、德高望重的文正邦教授(掌声);西南政法大学行政法学院院长,我国著名的行政法学家郑传坤教授(掌声);广受尊敬的唐忠民教授、汪太贤教授(掌声);还有我校行政法学院法理学教研室主任、法理学博士生周祖成教授(掌声)。

下面我们有请童教授发表演讲!(长久热烈掌声)

童之伟:

各位老师,各位同学,我非常荣幸地来到西南政法大学!我对贵校是非常崇敬的,只是鲜有机会前来拜访。今天有机会前来做讲座,我感到很荣幸!我是研究宪法的,但我对法理是很关注的,有时候也在法理学方面上发表一些看法。老付邀请我来谈谈我对法理学的一些看法,我主要是从一个旁观者的角度,从部门法的角度来讨论法理学问题。

法理学的任务是什么？今天我就此问题谈一些看法。法理学的任务我觉得主要有以下几点：

第一，法理学是首先是一个解释体系。所有的理论都是解释体系——解释各个学科所面对的各种基本现象、基本现象之间的联系，基本现象与非基本现象之间的联系，以及隐藏在基本现象后面起决定作用的东西。一种基础理论必须对上面的各种现象做出统一的解释。作为法学的基础理论的法理学，它应当是一般理论，应当将其运用到各个部门法学中并统一做出解释。

第二，法理学应当对部门法学提供理论支持，为部门法学提供基本概念和基础性的分析框架。

第三，更重要的是，法学理论应当不仅在学术上具有意义，而且应当在现实中具体地指引国家的法治实践，应当对我国的民主法制建设实践中的一些实际操作提供方向性的指引。这就是法理学的实践功能。

法理学的解释功能是基础性功能。如果说某种法学理论无法对现象做出系统解释，那么也很难对实践做出指引。这两者是相互依赖的。这是我对法理学的一点看法。关于法理学和部门法学的关系，我要强调的是法理学应当为部门法学提供分析工具。作为一种基础理论的法理学应当为各个部门法学提供一种统一的、和谐的认知方法或分析思路。我今天就从一个研究部门法学者的视角谈谈我对法理学的一些认识。我认为，一种法学基本理论应当接受部门法学的检验，如果一种理论脱离部门法学的需要，无法解决部门法学的问题，无法解释部门法学的一些现象，那么它的理论意义就很有限。这也说明了部门法学家应当关注法学理论。

下面，我谈一谈什么是传统法理学。我首先谈谈我们法理学教材

所体现的一些流派倾向。我大体把当下的中国法理学分成两派。一派是哲理法理学,这是我国法理学的主流。这种法理学受德国哲学的影响比较明显,主要是在康德、黑格尔、马克思、恩格斯以及列宁的哲学指导下建构理论体系。我们目前的法学教材是以马克思主义为指导的,也就是衔接着德国哲学这一条线索。因此这样的法理学实际上是哲理法学。而另一个派别则受英美哲学中功利主义、实用主义思想的影响比较大,但是这条线索并没有反映到我们目前的教材上。同时我们也注意到哲理法学比较讲究体系化,而英美法学则不大讲究体系化。功利主义、实用主义法学的特点决定了其本身很难体系化。做出这样的区分目的是要说明我们目前的教材主要体现的是源自德国哲学的马克思主义法学。因此我在使用“传统法理学”这一术语时也主要是基于这一意义,即在马克思主义法学的范围内使用,并不涉及英美法学思想,主要是指我们目前所使用的法理教材所展现的法学。但这并不是指马克思主义法学是传统的。事实上马克思主义既是传统的,也是现代性的。正如社会主义思想,如果你像斯大林、毛泽东那样的理解就是传统的理解,如果你像邓小平及其继承者那样的理解,那可能就是现代性的理解。因此重要的在于我们对于学说的理解。我们对马克思主义法学或马克思主义法理学的传统性或现代性做出区分的关键,在于我们是在何种价值观念的基础上理解马克思主义创始人的一些法律论述。

传统法理学具有哪些特征呢?我将其归结为如下数点:

第一,继承了20世纪30年代之前的西方法理学、前苏联法理学及1949年前中国法理学界的看法,将权利义务看作最重要的法律现象,尤其是在教材上比较强调。而现在的教材则相对隐晦地表达着对于权利义务现象的重视。我们现在的教材在讨论法律关系时,在讨论其主体、客体及其内容的时候,很多的教材仍然是单纯地从权利义务的角度进

行探讨。这一点也证明了我们依然是将权利义务看作是最重要的法律现象。这是传统法理学的第一个特点,即将权力义务看作是最重要的法律现象,将法学看作权利义务之学。这个特点是中国在1949年前及前苏联法学被引入中国后一直存在的。

传统法理学第二个特征是,在强调权利现象的同时却忽视权力现象。而权力现象是无时、无处不在的。社会的生活世界可以大致划分为两个分析单位,一个是公民社会或者说是市民社会,这是私人生活的领域,另一个是国家或公共生活的领域,而公共生活领域的基本的主体就是国家或者是国家机关。公共机关的法律表现就是权力。如果一种法理学忽视权力的存在,那么这种法理学就是教条的,脱离现实的。我们无时无刻不和权力打交道,无时无刻不受权力的限制,我们的法学又如何能忽视权力呢?例如,我们现在使用的“普通高等教育九五国家重点教材”——《法理学》的三级目录即篇、章、目中没有出现“权力”这个词汇,但“权利”和“义务”却出现了很多次。这就说明了像“权力”这样重要的法律现象没有被适当地纳入法理学的视野,或者说没有真正地重视它,至少是没有给它应有的理论地位。我们强调理论是对现实的反映,这就是说在现实中是主导的、基础的现象,反映它的概念在理论中也应当有着主导的、基础的地位,两者是不能脱离的。

传统法理学的第三个特征是,时而将权利理解为包含权力的概念,时而将权利理解为不包含权力的概念。在传统法理学中权利和权力是混淆不清的,目前我们绝大多数的教材依然是混淆的。举个例子说明,我们现在讨论行政法律关系内容的时候,一般是指行政机关和相对人的关系时,实际上是行政机关在行使权力,其职权就是权力的一种表现,公民行使的是权利,这就是一个典型的权力和权利的关系。在上级行政机关和下级行政机关、同级行政机关之间、同一行政机关的不同部