

北京大学远程教育法学系列教材

法 理 学



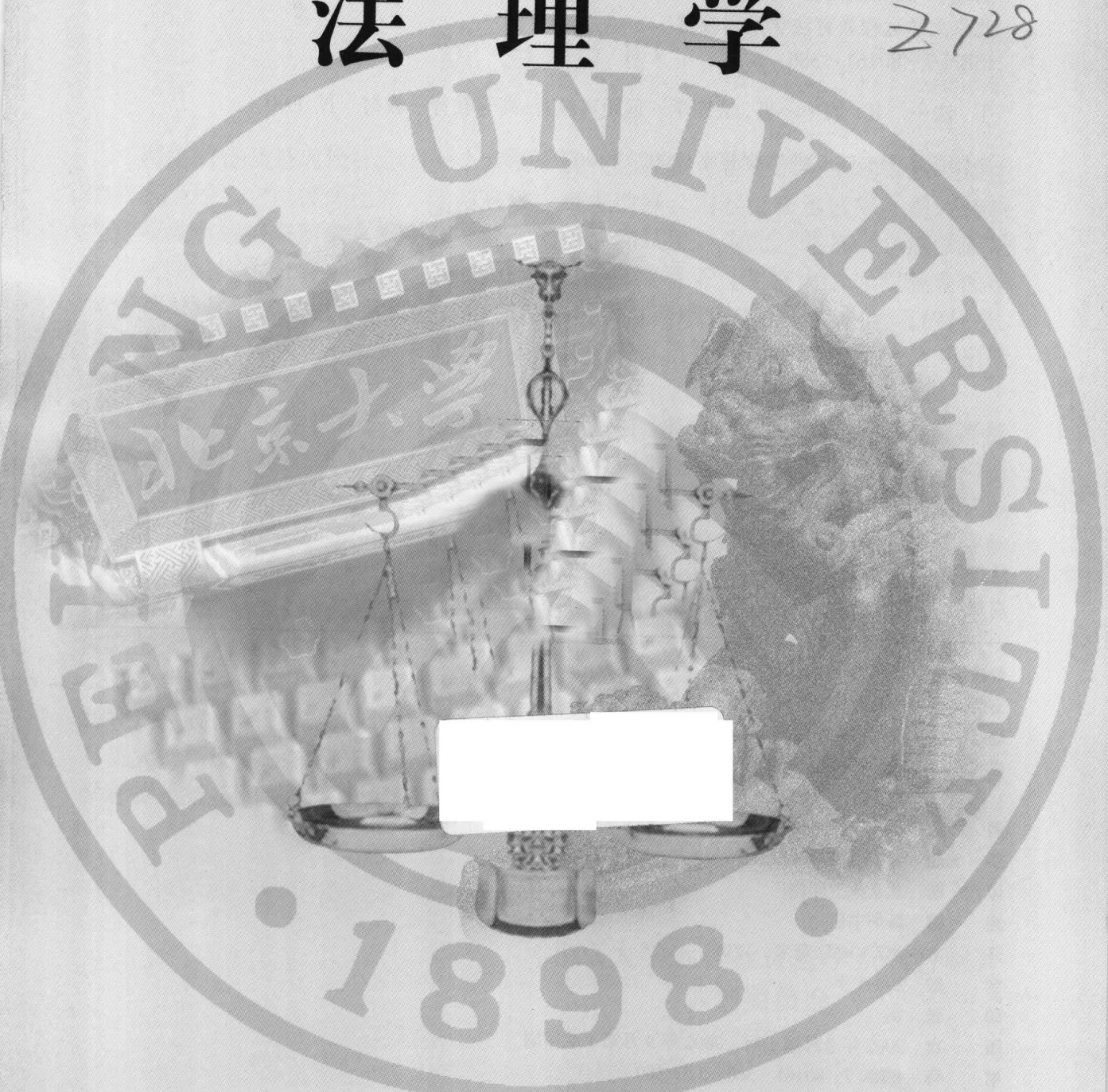
周旺生 编著

人民法院出版社
THE PEOPLE'S COURT PRESS

北京大学远程教育法学系列教材

法 理 学

D90
Z728



周旺生 编著

人民法院出版社
THE PEOPLE'S COURT PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法理学/周旺生编著. —北京:人民法院出版社, 2002. 9

北京大学远程教育法学系列教材

ISBN 7-80161-380-5

I. 法… II. 周… III. 法理学-远程教育:高等教育-教材 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 067740 号

法理学

周旺生 编著

责任编辑 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)

电 话 65290516(出版部)

65290558 65290541 65290543(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 293 千字

印 张 16

版 次 2002 年 9 月第 1 版 2002 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-380-5/D·380

定 价 30.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装,请与出版社联系调换)

北京大学远程教育法学系列教材编辑委员会

主任：李 鸣

执行主任：乔聪启 汪 劲

委 员：（按姓名拼音排序）

陈兴良 甘超英 甘培忠 郭 瑜

李宝珍 李玉泉 梁根林 刘家兴

刘剑文 刘凯湘 马忆南 饶戈平

邵景春 沈 岗 盛杰民 汪 劲

汪建成 王 慧 王 轶 王 哲

叶静漪 尹 田 张 平 张玉镶

张智勇 赵昆坡 周旺生

责任编辑：陈建德

编写说明

网络的普及是现代社会的特征。现代远程教育也是因网络的普及而新生的教育手段，它以授课便捷、学习高效、自主性强、内容更新迅速等一系列传统教育所没有的特点而愈来愈受到全社会的关注和认可。为此，北京大学法学院结合现代网络远程教育的特点，在2001年初组织编写了《北京大学远程教育法学试用教材》，并辅之以教学课件，以帮助学员通过网络完成法学专业学习的任务。这套教材已在实际教学中使用了十多本，其中四本已由人民法院出版社公开出版发行。

《北京大学远程教育法学试用教材》经过一年多的试用，已经受到了读者的好评。特别是它将传统的纸质教材和网络教学结合起来，使学员能充分利用网络这一现代化的教育手段进行自主性的学习，既有利于学员掌握基础知识，同时也便于学员通过网络学习和巩固相关内容。这已成为该教材有别于其他法学教材的特色。为此，北京大学法学院决定将该教材更名为《北京大学远程教育法学系列教材》，并成立专门的编辑委员会，在原有的基础上对该教材进行完善和补充，使其形式和内容相对确定，体系更为完整。

现代远程教育是诞生不久的新生事物，它的特点和规律还有待于我们去探索和发掘。我们编写的这套教材是否能真正符合现代远程教育的规律，能否对学员有更大的帮助，还有待于实践的检验。我们热忱欢迎读者和从事法学教育的专家学者提出指正意见，共同促进我国的现代远程法学教育的发展。

《北京大学远程教育法学系列教材》

编辑委员会

2002年8月

目 录

第一章 法理学绪论	(1)
第一节 法理学历史鸟瞰	(1)
第二节 法理学与法学	(9)
第三节 法理学的构成	(21)
第二章 法的概念	(28)
第一节 法的概念界说	(28)
第二节 法的特征	(33)
第三节 法的本质	(39)
第四节 法的要素	(41)
第三章 法的发展	(52)
第一节 法的起源	(52)
第二节 法的历史发展	(58)
第三节 法系	(79)
第四章 法与社会	(86)
第一节 法与经济	(86)
第二节 法与政治	(96)
第三节 法与国家	(102)
第四节 法与政策	(105)
第五节 法与道德	(109)
第六节 法与科技	(114)
第五章 立法	(118)
第一节 立法的概念	(118)
第二节 立法的原则	(124)
第三节 立法权限划分体制	(129)
第四节 立法过程与立法程序	(132)
第六章 法的渊源、体系和分类	(137)
第一节 法的渊源	(137)
第二节 法的体系	(145)
第三节 法的分类	(153)

第七章 法的实施	(158)
第一节 法的效力	(158)
第二节 法的适用	(162)
第三节 法的遵守	(168)
第四节 法的解释	(171)
第五节 法律责任和法律制裁	(177)
第八章 法律关系	(184)
第一节 法律关系概述	(184)
第二节 法律关系的种类	(192)
第三节 法律关系的主体	(196)
第四节 法律关系的内容	(201)
第五节 法律关系的客体	(208)
第九章 法律意识和法律文化	(211)
第一节 法律意识	(211)
第二节 法律文化	(216)
第十章 法治与法制	(223)
第一节 法治与法制的概念	(223)
第二节 法治的原则和条件	(228)
第三节 法制与民主	(234)
第四节 建设中国法治国家	(239)
附录：《法理学》教学大纲	(244)

第一章 法理学绪论

第一节 法理学历史鸟瞰

翻开人类文明史,我们的祖先摆脱原始状态而创建国家,创建法,已有数千年历史。数千年中产生过许许多多的思想家和法学家,繁衍出形形色色的法律思想、法律学说和法律理论。在这些法律思想、学说和理论之中,蕴涵着丰富的法理学。无论人们怎样看待和评价这些法理学,它们都必然地成为今天法理学的历史的、资料的和思想的渊源。

一、中国法理学历史鸟瞰

在古代中国,早在西周时期,便有人论述过法律问题。周公姬旦就主张“明德慎刑”,提倡德治,反对族刑连坐和滥杀无辜,要求注意区分犯罪的故意与过失,偶犯与累犯,还提倡先教后罚,以教代罚。这些刑法思想体现了周公的刑事法理观念。

到了诸子蜂起、百家异说的春秋战国时代,萌发了中国法律思想史上第一个辉煌的时期。当时的各家各派,诸如儒家、墨家、道家、法家,对于法律问题都曾议论纷纷。

儒家主张实行礼治、德治和人治,认为“为国以礼”,要以维护等级差别的行为规范——礼,作为维护社会秩序和政治秩序的最主要的工具;认为“为政以德”,要求统治者依靠“德行教化”来实行统治;认为“为政在人”,要求由圣君贤哲来实行统治。

墨家主张用法来“壹同天下之义”。他们提出“尚同”说,认为在法产生之前,人们各有各的是非标准,即所谓人各有“义”,大家意见分歧而不可避免地发生争斗,后来选出天下贤人确立为天子,“发宪布令于天下之众”,^① 制定出一套法律制度,这样就终于实现了“壹同天下之义”,就终于有了法。他们还认为法律应当以“为万民兴利除弊”为目的,提倡“兼爱”说,劝说人们互爱互利,主张“赏贤罚暴”,“不党父兄”,不偏富贵,反对亲亲原则。

道家主张“道法自然”,认为自然法则就是办事的根本原则,由此而主张“无为而治”,倡导一切顺其自然,反对人为地制定各种礼法制度。

特别是以李悝、商鞅、慎到、申不害、韩非等人为代表的法家,反映新兴地主阶级的愿望,反对儒家的“礼治”、“德治”和“人治”思想,主张运用

^① 《墨子·尚同上》。

法律来治国安邦。法家是一个被史学家视为建法立制、富国强兵、著书定律、以法治国的学派。

法家是从分析人的本性出发来阐述他们的法治学说的。他们的法治学说是一种以性恶论为理论基础的学说。法家认为,人是生来就自私自利的,好利恶害和趋利避害是人的本性。“商人通贾,倍道兼行,夜以继日,千里而不远者,利在前也。渔人入海,海深万仞,就彼逆流,乘危万里,宿夜不出者,利在水也。故利之所在,虽千仞之山,无所不上;深渊之下,无所不入焉。”^① 人的这种本性使得人们之间不可避免地要互相争夺。对统治者来说,只有抑制这种争夺,才能使社会秩序得以稳定。要抑制争夺,就要“定分”,使人们都在“分内”活动。而要“定分”、“止争”,就必须实行法治,以具有特殊强制力的法律制度作为“定分”、“止争”的标准。另一方面,人生而好利恶害的本性,也使得统治者只能用注重赏罚的法律手段而不能用仁义恩爱、说服教化、精神文明之类的手段来进行统治。因为,行赏,才可以刺激好利的人们自愿按照统治者的要求去做;惩罚,才可以迫使恶害的人们不得不也不敢不按照统治者的要求去做。韩非说:“严家无悍孥,而慈母有败子,吾以此知威势之可以禁暴,而德厚之不足以止乱也。”^② 而要以威势禁暴,就需要实行以赏罚为主要内容的法治。

法家还认为,实行法治也是避免人治的弊病和适应当时形势所必需。人治实际上是随心所欲的“心治”或“身治”,其弊病甚多。比如,“君人者,舍法而以身治,则诛赏予夺从君心出矣。然则受赏者虽当,望多无穷;受罚者虽当,望轻无已。君舍法而以心裁轻重,则同功殊赏,同罪殊罚矣。怨之所由生也。”^③ 所以,韩非说:“释法术而任心治,尧不能正一国。”^④ 韩非还全面总结了先秦法家的法治思想,建立了相当完整的政治法律思想体系,在中国法理学和整个法学发展史上写下了值得重视的篇章。

从秦汉至鸦片战争的漫长时期,法律思想领域中长期占据统治地位的是封建正统儒家思想,战国时期法学的欣欣向荣局面不复出现。但在这两千年中,封建的立法和司法并没有停止发展,每一大的封建王朝都有体系庞大的法典和繁复的行政与司法合一的体制。立法和司法的实践不可避免地要反映在法学理论上,因而,这两千年中法学的进展虽然缓慢,但终究也在进展着。

这期间董仲舒等人所形成的封建正统儒家法思想,把君主制定法律的权力披上神学外衣,并且将这种权力同以家族为本位的宗法思想和以

① 《管子·禁藏》。

② 《韩非子·显学》。

③ 《慎子·君人》。

④ 《韩非子·用人》。

“三纲”为核心的封建礼教结合在一起。阐述这种思想的儒家经义成为立法、司法的根本原则。董仲舒还以《春秋》经义判案,并将所判决的 232 个案件作为案例,著为《春秋决事比》,亦称《春秋决狱》。

这期间,在法学领域中还出现了通常所说的“律学”,出现了一批像马融(汉)、郑玄(汉)、张斐(晋)、杜预(晋)、长孙无忌(唐)这样有影响的法学家、律学家。他们都有专门的法学著作,讲习和注解以律为主的成文法。他们在这些著作中,不仅从文字和逻辑上对律文进行解释,而且也阐述种种法的理论。中国历史上关于礼和法的关系的理论,刑罚的宽严和肉刑的存废理论,律、令、例的运用理论,刑名的变迁以及听讼、理狱等方面的理论,就是他们的法学著作的重要论题。

鸦片战争后的旧民主主义革命时期,中国思想史上再一次出现了百家争鸣的局面。在时代剧变的情势下,统治者阵营亦即地主阶级中的改革派、洋务派和顽固派,新兴力量亦即资产阶级中的改良派和革命派,还有农民起义和农民革命的领袖们,对国家和社会的经济、政治、文化和法律等各种问题,尽抒己见。特别是一生中大部分时间从事立法、司法工作的清末重臣沈家本,不仅深入研究了中国的法律 and 法学,而且在相当广泛的范围里研究了当时欧、美、日本的法律和法学。“中国法系全在他手里承先启后,并且又是媒介东西方几大法系成为眷属的一个冰人。”^①他主张中国法学要适应世界历史的新潮流,提出了法学研究应当坚持中西结合和中学为体、西学为用的原则,在中国法学发展史上作出了贡献。

二、西方法理学历史鸟瞰

法理学在西方可谓源远流长。

古希腊和古罗马的著名思想家、法学家,诸如苏格拉底、柏拉图、亚里士多德、西塞罗、乌尔比安以及其他一些留名史册的人物,都曾广泛且深入地论及或研究了法律问题。

苏格拉底和亚里士多德等人把法分为自然法和人定法两种,认为自然法是居于人定法之上并指导人定法的普遍法则,最早提出了自然法学说。特别是亚里士多德,这位被马克思在《资本论》中赞誉为“古代最伟大的思想家”^②、被恩格斯在《社会主义从空想到科学的发展》中褒扬为古希腊“最博学的人物”^③的思想和学术巨擎,不仅在哲学、逻辑学、伦理学、历史学、政治学、经济学、美学以及自然科学的许多部门都有精深的研究,而且对西方法学的发展也作出了卓越的贡献。就法理学而言,他在法的

① 杨鸿烈:《中国法律发达史》,第 872 页。

② 《马克思恩格斯全集》(第 23 卷),第 447 页。

③ 《马克思恩格斯全集》(第 19 卷),第 219 页。

基本理论、基本范畴方面,举凡法的定义、目的、作用、分类问题,法治问题,法与政体、法与自由、法与教育问题等等,都有阐述。

亚里士多德对法理学的一个重要贡献在于,他是西方法学史上第一次系统地阐述法治学说的人物。亚里士多德力排众议,倡言法治,反对人治,一再强调实行法治具有必要性和优越性,认为“法是最优良的统治者”,^①提出了“法治应当优于一人之治”^②这一著名的命题。

亚里士多德认为:第一,法治比人治理智和公正。他说:“凡是不凭感情因素治事的统治者总比感情用事的人们较为优良。”^③人是有感情的,不仅是理性动物,而且是兽性动物,实行人治就难免出现偏私和不公正的情况。不仅“常人既不能完全消除兽欲,虽最好的人们(贤良)也未免有热忱,这就往往在执政的时候引起偏向。”^④而“法律恰恰正是全没有感情的”,^⑤“法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现”,根据法律进行统治就好比根据神意和理智进行统治,就可以避免“在政治中混入了兽性的因素”。^⑥第二,法治比人治正确高明、不易腐败。人治主要是以个人的智慧、意志和能力来治理城邦,法治则意味着以众人的智慧、意志和能力来治理城邦,因为法是由众人来制定的。所以人治远不如法治正确高明。比如说,“许多人出资举办的宴会可以胜过一人独办的酒席;相似地,在许多事例上,群众比任何一人又可能作较好的裁断。又,物多者比较不易腐败。大泽水多则不朽,小池水少则易朽;多数群众也比少数人为不易腐败。”^⑦第三,法治比人治稳定、可靠。法一经制定不是随便可以改变的,而这正是人治往往难免之处。同时,在一人统治的君主政体下,如果他的继承人是个庸才,就必然会危害城邦;而实行法治,最高权力成为法所限制下的权力,任何人不得超越法,不可凌驾于法之上,就不会发生这种情况。第四,他进一步指出,在当时平民政体亦即民主政体已兴起的情况下,以一人为治的君主政体客观上也不易继续存在或重新建立。

当然,亚里士多德并不否定人的作用,相反,他认为法治并不排斥个人的智慧,实行法治也要靠人,人总是要发挥其智慧的。但人的智慧和作用,应当在实行法治方面来发挥,必须限制人们在实行法治方面发挥自己的智慧和作用,“只在法律所不能包括而失其权威的问题上才可让个人运

① 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆 1983 年版,第 171 页。

② 同上,第 167—168 页。

③ 同上,第 163 页。

④ 同上,第 169 页。

⑤ 同上,第 163 页。

⑥ 同上,第 169 页。

⑦ 同上,第 163—164 页。

用其理智。”^①同时,亚里士多德认为,法治作为一种治国方法不是放之四海而皆准的,它只能适用于某些社会,而对另外一些社会就未必适合。“有些社会自然地宜于专制式的统治,……另一些宜于君王为治,又另一些则宜于城邦团体的宪政的统治,这些,对于每一类的社会,各从其宜,……”^②

古罗马思想家、法学家西塞罗,在亚里士多德等人提出自然法思想的基础上,第一个系统地阐述了自然法学说。特别是古罗马的盖尤斯、保罗、乌尔比安、伯比尼安、莫德斯蒂努斯等五大法学家的出现,标志着法学家已经作为一个职业法学家群体而出现,标志着法学成为一种专门的学问。罗马五大法学家协助国王立法,参与诉讼,解释法律,讲授法学。虽然他们沿袭希腊时期斯多葛学派和罗马人西塞罗的法律思想,并无太多的独特建树,但他们在深入研究罗马法时,也深入阐述了法学的一般原理,例如,阐述了自然法与万民法和市民法的关系,阐述了公法与私法分类的原理,阐述了法的概念和法的关系,特别是详尽地阐述了以商品生产和商品交换为中心的法律问题。他们的著述不仅在当时受到统治者的推崇和高度重视,具有法的效力,而且对以后西方法学特别是立法实践的发展,产生了深远的影响。

西方历史发展到中世纪,神学统治着上层建筑领域的各个方面。正如恩格斯所说:“中世纪是从粗野的原始状态发展而来的。它把古代文明、古代哲学、政治和法律一扫而光,……政治和法律都掌握在僧侣手中,也和其他一切科学一样,成了神学的分枝,一切按照神学中通行的原则来处理。教会教条同时就是政治信条,圣经词句在各法庭中都有法律的效力。甚至在法学家已经形成一种阶层的时候,法学还久久处于神学控制之下。”^③虽然如此,但中世纪的立法和司法活动毕竟仍然存在着,这一客观事实总是要在理论上做出反映,所以,中世纪欧洲也还是有着自己的包括法理学在内的法学的。只是这时的法学主要是同神学交融在一起的。这种法学集中地反映在中世纪最大的神学家阿奎那的神学法律观中。阿奎那从神学世界观出发,把法分为永恒法、自然法、人法和神法四种。永恒法是神的理性的体现,是上帝用来统治宇宙的。他认为各种法都是来源于永恒法的:自然法是永恒法对理性动物的关系;人法即国家制定的法是根据自然法并最终是根据永恒法制定的,它是反映人的理性的法;神法则是永恒法在《圣经》中的体现,是一切法的源泉。阿奎那的这套神学法律观的主旨,在于论证封建制法是神的意志的体现,罗马教皇的权

① 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1983年版,第163页。

② 同上,第171—172页。

③ 《马克思恩格斯全集》(第19卷),第219页。

力高于一切世俗的权力。阿奎那就是用这种理论来支撑和巩固教皇对欧洲

的统治。

西方历史进入资产阶级革命时代以后,资产阶级法学世界观在澎湃而起的各种革命思潮中是最有影响的思潮。在资产阶级革命浪潮中产生了诸如格劳秀斯、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭和罗伯斯比尔等一大群风云一时的启蒙思想家、法学家或重要的历史人物,他们著书立说,对法律问题进行了多种多样的研究和探索,发表了为数甚多且影响广远的学说。特别是他们所阐述的古典自然法学说,把西方法理学以至整个政治法律学说推进到一个新的历史阶段。

启蒙思想家所贡献和阐述的古典自然法学说,为推翻封建旧世界、建立资本主义新世界提供了锐利的理论武器。他们每个人都从自己的角度对自然法加以阐述,观点也有许多分歧,但他们大都持有包括自然状态、天赋人权、社会契约、人民主权和社会革命等观点在内的一整套自然法理论。他们一般都认为:第一,人类最初生活在自然状态下,在这种状态下没有国家,也没有国家制定的法,支配人们行为的规则是自然法。这就是所谓“自然状态说”。第二,自然法以理性为基础,具有绝对正义性,赋予人类一系列普遍的、永恒的自然权利,即生存权、自由权、平等权、财产权、追求幸福权,以及人身财产不受侵犯权。这些权利是人类与生俱来的,是天赋的。这就是所谓“天赋人权说”。第三,由于自然状态存在种种不利于人们安定生活的弊端,自然法所赋予的人类与生俱来的那些权利难以有效实现,人们就以平等资格订立契约成立国家,并通过国家所制定的实在法将自然法所赋予的权利体现出来。这就是所谓“社会契约说”。第四,国家和国家所制定的法律,既然是根据人们所订立的社会契约产生的,国家的主权就属于订立契约的人们,国家所制定的实在法的目的就应当是确认人们的主权和保障人们的天赋权利,经过国家和实在法所确认和保障的权利,便是公民权,亦即人的社会权利。这就是所谓“人民主权说”。第五,由于国家和实在法是由人们根据社会契约而形成的,它们应当以维护人类的天赋权利为根本目的,如果损害了这种天赋的权利,就违背了人们组成国家、结成社会和制定实在法的初衷,人们就不仅有权利而且有义务通过社会革命推翻这种国家制度、社会制度和法律制度,就可以用新的国家、社会和法律制度取而代之。这也就是所谓“社会革命说”。

这种自然法学说,对于批判封建旧制度,呼吁资产阶级理想王国的到来,起到了巨大的指导作用。这是因为:其一,按照自然法学说,国家及其制定的实在法是人们自愿订立契约的结果,但封建统治者却把国家及其制定的实在法说成是神意的体现。其二,按照自然法学说,人是生而自由、平等的,订立契约和成立国家的目的不是为了剥夺人们的天赋权利,而是要使这些权利得到保障,但封建社会却把人们的天赋权利几乎剥夺

殆尽。其三,按照自然法学说,人的本性应当得到合理发展,但在封建社会,宗教蒙昧主义与封建专制狼狽为奸,摧残人的本性,泯灭基本的人性。因此,封建制度是违反自然法、违反人的理性或本性的,是不正义的,是必须否定的。而资本主义制度则保障人们的天赋权利,是符合自然法,符合正义和人的理性的,因此它取代封建制度是天经地义的。很显然,这种自然法学说充分表达了新兴资产阶级要求变革历史旧状况的强烈愿望,鼓舞和动员着人们投入对封建旧制度和旧秩序的革命,具有重大的历史进步意义。

革命时期的思想家、法学家还提出和阐明了其他许许多多的法学理论。比如,孟德斯鸠提出和阐明了法的精神的学说,洛克和孟德斯鸠提出和阐明了三权分立学说,罗伯斯庇尔提出和阐明了系统的人权学说,康德尤其是黑格尔则提出和阐明了他们的法哲学,等等。

但是,像以往曾经革命过的阶级或社会力量在取得成功之后通常都会走向保守一样,当资产阶级完成了推翻封建专制的历史任务和掌握了国家政权以后,就逐渐在政治上转化为维护现状、论证现状的合理性的保守的力量。与此相适应,在法学领域,他们也逐渐失去了革命风采,逐渐保守起来。进入19世纪后,随着资产阶级统治地位的巩固和资本主义经济的迅速发展,资本主义法治得以确立。欧洲国家特别是欧洲大陆国家普遍进行大规模的立法活动。以法国民法典为代表的民法法系和以英国普通法为代表的普通法法系,相继形成。这些情形的出现,推动了法学研究的发展,特别是推动了法理学、民法学、立法学和判例法学的发展。同时,随着资本主义制度的进一步发展,社会的主要矛盾日益转化,资产阶级由积极要求变革现存的统治秩序,转而变为极力维护现存的统治秩序。这样,革命时期资产阶级所强调的以理性为核心的自然法理论,天赋人权、社会契约和人民主权的思想理论主张,不仅不合时宜,而且成为危险的学说。历史要求社会的主导者或新的统治力量在法学理论的基本倾向上实行转变。

正是在这样的历史大环境下,自然法学派衰落了,分析法学派、历史法学派、哲理法学派等各种法学流派则应运而生了。分析法学派的主要代表人物是英国人约翰·奥斯汀(1790—1859),这一学派强调对法要着重进行法理学上的分析研究,轻视甚至否定对法进行价值研究,提倡运用纯形式逻辑和推理的方法揭示或认识法的共同的概念、原则和特征。按照奥斯汀的理论,人们不必过问法是否符合正义,法就是现存的、实实在在的命令和规则,“恶法亦法”,对于法,人们只有服从。显然,无论奥斯汀是有意还是无意,他的学说事实上已经是为现存法制的合理性和永恒性作论证和辩护了。

历史法学派是在德国出现的以胡果,特别是以萨维尼为代表的

法学派别。这一学派既否定自然法学派的理性法学、正义法学,也否定奥斯汀的规范分析法学。在他们看来,自然法学派指望能够制定出合乎人类理性、正义且普遍适用的法律的观点,不过是幻想;分析法学摒弃理性主义法学而注重对法作实在的逻辑的分析,固然是可取的,但分析法学不注意法的内在的东西也是不足为训的。按照历史法学派的观点,法是民族精神的体现,法自古以来就如同语言和风俗一样,是随着一个民族的文明发展而自然地、逐步地发展的,法的主要形式应当是习惯法,指望通过编纂成文法典有意识地创造法,既是不明智的,也是徒劳的。历史法学派的整体倾向是明显地趋于保守的,它所表达的这些观点尽管并没有使德意志民族的法律制度按照它所追求的道路发展,德意志民族所走的依然是编纂成文法典的道路,但历史法学派的这些观点不仅在当时而且在其后的很多时候,都是在法和法制问题上趋于保守的人们自然而然以种种形式所效法的观点。马克思对这一学派的本质和方法给予了批判:“有个学派以昨天的卑鄙行为来为今天的卑鄙行为辩护,把农奴反抗的鞭子——只要它是陈旧的、祖传的、历史性的鞭子——的每个呼声宣布为叛乱。”“法的历史学派本身如果不是德国历史的产物,那它就是杜撰了德国的历史。”^①

从19世纪末开始,随着垄断资本主义的出现和各种社会矛盾的发展,出现了诸如劳工法、社会保障法(社会福利法)、环境保护法以及经济管制法等新的部门法。作为这种立法实践的理论表现,出现了所谓法律社会化理论,出现了社会学法学派、分析实证主义法学派(包括纯粹法学派和新分析法学派)、新自然法学派(包括非神学的新自然法学派和神学的即崖托马斯主义的法学派)和新康德主义法学派、新黑格尔主义法学派。这些学派存在许多分歧,但又具有这样的共同特点:强调阶级调和与阶级合作,强调社会利益或强调社会利益同个人利益的结合,也就是主张法不应当以维护个人权利为基础,而应当以维护社会利益为基础,主张以社会化的新的法律原则代替维护个人权利的旧的法律原则,等等。

上世纪二、三十年代,德、意、日等国建立了法西斯政权,资本主义法制受到严重破坏,在这种情况下,新黑格尔主义法学的绝对精神、社会连带主义法学派的组合思想,成为他们的理论根据。法西斯统治失败后,倾向法西斯主义的新黑格尔主义法学随之衰落,否定或轻视法与正义、法与道德的联系的实证主义法学、新康德主义法学也受到动摇,而强调法与道德准则等相连的新自然法学以及其他价值论法学则,或是得以复兴,或是迅速崛起。现代西方人权学说就是以新自然法学和其他价值论法学作为理论基础的。到了上世纪五、六十年代,由于第三次技术革命的刺激,

^① 《马克思恩格斯全集》(第1卷),第454页。

西方国家的经济和法制有较大发展,由此又推动法理学和整个法学向前发展。目前,在西方,社会学法学、分析实证主义法学和新自然法呈现三足鼎立之势,但彼此观点又日益靠拢,相互借鉴,取长补短。与此同时,由于国际交往的巨增、经济的发展、全球化趋势日渐明显,国际法学、经济分析法学和比较法学以及其他一些法学,也迅速地发展着。

以上我们简要勾画了中西方法理学的发展脉搏。即使从这一简要的描述中,也不难看到,在两千多年的文明史上,的确产生过众多的给予法理学以至整个法学的发展以深刻影响的人物,出现了纷纭繁杂的法律观点、思想、理论和学说,繁衍着种种法学流派和思潮。这些人物、观点、思想、理论、学说和流派思潮,在相当广阔的范围论及法理学问题,为人类文化的发展,特别是法学的发展积累了丰富的历史资料,其中有很多有价值的成分,但也显示了许多局限性,比如个人特性方面的、阶级方面的、历史或时空条件方面的局限性。无论是有价值还是有局限性,它们都是人类法学田园中生长的果实,是后来法学衍生滋长的土壤或据以汲取养分的资源,是我们的历史遗产,都应当得到我们的关切。认真地研究和倾心地整理中西方法理学的这份遗产,应当是我们的不可懈怠的责任。

第二节 法理学与法学

一、什么是法理学

(一) 法理学的含义和名称

“法理学”一词,被人们在多种意义上使用。在这多种意义中,有两种意义更值得我们注意。一种是指所有法学和法律知识、理论、学说的统称。其含义与法学、法律科学之类的含义相当。这是法理学一词在最广泛的意义上被人们所理解和使用,也是法理学最初的含义。这种意义上的法理学,来自拉丁文 *jurisprudentia*。另一种是指研究法学和法的一般问题的,作为法学体系中一门分支学科存在的专门学问。其含义在某种程度上与法学理论、法学原理之类的含义相当。这是法理学一词在学理意义上、专门学科意义上被人们所理解和使用。本书中所阐述的法理学,就是这后一种意义上的法理学。

除以上两种含义外,法理学在法国和英国,特别是在法国,有时还可以被用来指称判例。在美国,当人们以庄重的方式谈到法律时,或者说当某些场合使用法律一词似乎不妥当时,法理学还可以被用来作为法律的代名词。

在西方,这门学科一般称为“法理学”,即狭义上的 *jurisprudence*。一些有影响的或有代表性的法学家则喜欢把自己关于这一学科的著作称为

法哲学,即 legal philosophies 或 philosophy of law。另外也有称为法律理论、法学概论的。名称虽然不同,各种名称之下的内容和体系也有许多差别,抑或存在重大差别,但有一点是相同的,就是所有这些著述,一般都是研究法的一般原理的,即主要研究和阐述法的概念、本质、作用和目的,法与公平、正义、理性、平等、自由的关系,法与道德、社会和国家的关系,法律权利与义务,法的渊源、分类、效力、解释、适用和遵守等方面的问题。

在中国,1949年之前,这门学科一般也称为法理学,同时也有称为法学通论、法学绪论、法学要论的。它们的内容和体系与国外法理学的内容和体系虽大体相似,但更多的则是有明显的差异。这种情形表明当时中国这门学科既有模仿国外同名学科的一面,又毕竟与国外法理学存在着明显的差距。

1949年以后的很长一段时间里,受前苏联的影响,法理学这门学科在中国被称为“国家与法的理论”。20世纪80年代初,中国法学界再次讨论了法学研究的对象问题,在这一背景下,作为一项改革措施,把“国家与法的理论”改名为“法学基础理论”。这一改革是从1981年北京大学出版的《法学基础理论》教材开始的。“法学基础理论”这个名称一经问世便通行起来,但认真说,这个名称也不确切。法学和法是两个具有不同涵义的概念,法学属于思想文化或学术范畴;法属于制度范畴,把一门课程称为“法学基础理论”,就意味着这门课程是法学的基础理论课程,属于法学的范畴,而并不意味着这门课程是法的基础理论或法律基础理论课程。那些称为《法学基础理论》的教材中,虽然也包括了一部分法学的学的内容,但这部分内容的分量很有限,一般都只在导论或绪论中阐述一些法学基础理论,而教材的主要的、绝大部分的内容是阐述法的基础理论或法律基础理论。大约在20世纪90年代初,“法学基础理论”的名称终于为“法理学”的名称所取代。这一改革,使这门学科得以名副其实。

(二) 法理学与法哲学

在我们研究和界说法理学时,有一个词汇或概念不能不引起我们的注意,这就是法哲学。由于法哲学一词经常出现在与法理学一词关联紧密的场合,以至于我们要界说法理学,就有必要也说到法哲学。

法哲学也是一个被人们在多种意义上使用的词汇。主要是在两种意义上被人们使用。一是用来指称法理学中的那些更注重理论抽象或更注重以哲学方法研究问题的法理学,它是法理学中的较为纯粹的法理学或更高层次的法理学,也可以说是法理学中的一个具体的分支,与立法学、法律社会学、法律解释学相对应。二是被人们当作法理学的同义词来理解和使用,其内涵与法理学大致相同,或者说是法理学的另一种说法。后一种意义上的法哲学,开始时大多为西方一些具有代表性的学术人物所使用。一般学者通常则使用法理学来标明他们的著作或他们所研究的学