

657

D80  
C45-6

普通高等教育  
精编法学教材

总主编：徐祥民

# 法理学

JURISPRUDENCE

主编 陈金钊

北京大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

法理学/陈金钊主编. —北京:北京大学出版社, 2002. 10

普通高等教育精编法学教材

ISBN 7-301-05885-3

I. 法… II. 陈… III. 法理学-高等教育-教材 IV. D90

**丛 书 名:** 普通高等教育精编法学教材

**总 主 编:** 徐祥民

**书 名:** 法理学

**著作责任者:** 陈金钊 主编

**责任编辑:** 孙战营

**标准书号:** ISBN 7-301-05885-3/D·0655

**出 版 者:** 北京大学出版社

**地 址:** 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

**网 址:** <http://cbs.pku.edu.cn>

**电 话:** 出版部 62754962 发行部 62754140 编辑部 62753121

**电 子 信 箱:** zpup@pup.pku.edu.cn

**排 版 者:** 兴盛达打字服务社 62549189

**印 刷 者:** 北京大学印刷厂

**发 行 者:** 北京大学出版社

**经 销 者:** 新华书店

890毫米×1240毫米 A5本 17.375印张 500千字

2002年10月第1版 2002年10月第1次印刷

**定 价:** 26.00元

# 普通高等教育精编法学教材总序

一种不可逆转的力量把 21 世纪拥进我们的生活中来，它是不容拒收的赠礼。对这种慷慨的完全不求回报的给予，笑纳并不是我们所应做出的全部反应。消受 20 世纪光阴的经验告诉我们，时与空的变迁是联系在一起的，时间的延展不只会表现为斗转星移，还必然带来虽已丰富多彩的生活在色彩、节奏、模式等方面的改变。我们必须有应变的思想准备，采取必要的应变措施。

法律，一般来说是保守的。它不是新时代的报春花，但却称得上是百花盛开时众香园里最壮观的牡丹。如果说花是“当春乃发生”，那么，人为的但“后发”的法律则应主动迎接已有先兆的时代变化。没有牡丹的盛开，便不成其为春色满园；没有法律对时代的型塑，这个时代便没有真正到来。我国立法机关已为应对时代的变化和新世纪可能发生的变化开展了立、改、废法律的工作，法学教育者也应有所作为。

法律是保守的，法学则未必。法律近规律，研究法律的科学不仅可以通过总结和回顾把握社会运行的规律，对一定时期应兴应革的事项做出科学的说明，而且也可以从已发现的规律中推想未来，对并非既成事实的情形做未雨绸缪的盘算。法学研究在引领时代潮流，法学教育也应迎头赶上。

一批年轻同志在不可阻挡的年轮的催逼下想在法学教育上有所作为，想以法学研究的所得飨新世纪的大学生——对新世纪有更多憧憬、在新世纪负有更多责任的人们。

普通高等教育精编法学教材就出于这样的愿望。

新世纪是上个世纪的继续，上个世纪的法学主干课在新世纪的法学园林里依然最为挺拔。我们这套教材不能没有它们。

新世纪是对上个世纪的超越，在新的时节里，有些旧株孳生新芽，有些新苗比过去更加蓬勃。环境资源法对我们的注意力有极强的吸引力，我们像重视主干课一样对待环境资源法学；广泛的和可能变得更广泛的国际交流敦促人们更多地思考国际方面的法学问题，我们从过去的国际经济法中分出国际商法学。这样，在我们的设计中，带有“国际”性的科目有国际法学、国际私法学、国际经济法学和国际商法学四门。

新世纪的新无法终结人类社会的永恒主题。婚姻继承法学在我们总规划中占有一席之地。

新世纪并不意味着对上个世纪以前的人类经历的忘却，相反，在经历了“创新、改革”的高潮之后，人们对某种更深厚的人文精神的诉求似乎比上世纪更加强了。我们不仅尊重前辈学者在确定主干课时对中国法制史的选择，而且重又让《中国法律思想史》、《外国法制史》、《西方法律思想史》与《中国法制史》比肩而立。

因为是一批年轻人，其迎接新世纪的浓浓热情不仅在 20 卷书的整体设计上有所表达，而且弥漫于每一卷的字里行间。

徐祥民

2002 年 5 月 9 日于青岛海洋大学崂砾舍

## 内 容 简 介

以提升学生对法律的理解能力,形成法律思维方式,树立法治观念为目标,本教材阐述了法理学的最基本知识和法律的一般方法。全书共分十五章,介绍了法学及法学研究的转向、法理学以及法理学的范围;多重视角的法律观、法律思维方式以及法律的构成要素;叙述了法律的规范作用、社会作用及其法律的局限性;法律体系及其基本框架;法律渊源及实践意义;法律关系与法律事实;法律效力与法律实效;法律责任及归责原则;自由、公平、正义等法律基本价值;法治及其原则;立法及其程序;法官、检察官、律师等法律职业;法律发现、法律推理、法律解释、法律论证、价值衡量等司法过程中的法律方法;最后介绍了法律文化及法律文化的现代化。本教材突出了法理学的应用品格,在引进法律方法方面有所创新。对法律向职业化、专业化方向发展有积极作用,适合旨在从事专业法律工作的读者阅读。

## ABSTRACT

The book expounds basic contents of jurisprudence and the general methods of law, with a view to accelerate students' understanding of law, and to form the method of legal thinking and the idea of rule of law. The book includes 15 chapters which relates to science of law and its turn, what's jurisprudence and its scope, law from various point of view, the method of legal thinking and elements of law, the normal and social functions of law and its limits, system of law and its principle framework, sources of law and its practical significance, relations of law and juridical fact, validity of law and legal efficiency, responsibility of law and its principle of attribution, the basic values of law such as liberty, fair, justice, the rule of law and its spirits, legislation and its process, legal professions such as judge, procurator and lawyer, legal methods such as law' find, legal reasoning, legal interpretation, legal arguments, balance of values, legal culture and its modernization. The book highlights the practical characters of law on the whole and has brought forth new ideas on legal methods, which will bring active effects for the professionalization and specialization of law. The book is wrote for such readers as lawyer.

# 目 录

<b>第一章 导论：法学与法理学</b> .....	( 1 )
第一节 什么是法学？ .....	( 1 )
第二节 法学的转向 .....	(21)
第三节 什么是法理学 .....	(32)
<b>第二章 法律是什么</b> .....	(56)
第一节 多重视角的法律观 .....	(56)
第二节 法律的基本特征与法律思维方式 .....	(63)
第三节 法律的构成要素及其应用 .....	(73)
第四节 法律的分类及其意义 .....	(95)
<b>第三章 法的作用</b> .....	(103)
第一节 法的规范作用 .....	(104)
第二节 法的社会作用 .....	(109)
第三节 法律作用的局限 .....	(115)
<b>第四章 法律体系</b> .....	(121)
第一节 法律体系的概念与意义 .....	(121)
第二节 划部门法的标准与原则 .....	(127)
第三节 法律体系的框架 .....	(131)
<b>第五章 法律渊源</b> .....	(142)
第一节 法律渊源的概念 .....	(142)
第二节 当代中国法源 .....	(150)
第三节 法律渊源理论对司法的意义 .....	(159)

<b>第六章 法律关系与法律事实</b> .....	(165)
第一节 法律关系的概念和种类 .....	(165)
第二节 法律关系的要素 .....	(174)
第三节 法律事实 .....	(195)
<b>第七章 法律效力与法律实效</b> .....	(213)
第一节 什么是法律效力 .....	(213)
第二节 法律效力的分类 .....	(216)
第三节 法律效力与法律实效 .....	(227)
<b>第八章 法律责任</b> .....	(238)
第一节 法律责任的概念 .....	(238)
第二节 法律责任的构成要件 .....	(254)
第三节 法律责任的配置原则 .....	(258)
第四节 法律责任的分类 .....	(266)
第五节 法律责任的实现 .....	(269)
<b>第九章 法律价值</b> .....	(275)
第一节 法律价值的概念 .....	(275)
第二节 法的基本价值 .....	(277)
第三节 法律价值的应用 .....	(306)
<b>第十章 法治</b> .....	(316)
第一节 法治及其精神 .....	(316)
第二节 法治的原则 .....	(330)
第三节 法治的基础 .....	(340)
<b>第十一章 立法</b> .....	(351)
第一节 立法的概念及立法体制 .....	(351)
第二节 立法的原则 .....	(359)
第三节 立法的程序 .....	(367)



<b>第十二章</b>	<b>法律职业</b> .....	(374)
第一节	法律职业共同体与当代中国的法治事业 .....	(374)
第二节	法律职业道德和职业训练 .....	(390)
第三节	法院、法官及其独立性 .....	(397)
第四节	检察院、检察官及其法律监督 .....	(409)
第五节	律师职业与法律实现 .....	(414)
<b>第十三章</b>	<b>法律方法</b> .....	(423)
第一节	什么是法律方法 .....	(423)
第二节	法律发现 .....	(432)
第三节	法律推理 .....	(436)
第四节	漏洞补充 .....	(441)
第五节	法律论证 .....	(444)
第六节	价值衡量 .....	(447)
<b>第十四章</b>	<b>法律解释</b> .....	(450)
第一节	法律解释理论研究的现状及其存在的问题 .....	(450)
第二节	法律解释的转向 .....	(459)
第三节	法律解释的命题论证 .....	(465)
<b>第十五章</b>	<b>法律文化</b> .....	(490)
第一节	法律文化概述 .....	(490)
第二节	传统法律文化 .....	(504)
第三节	法律文化的现代化 .....	(515)
第四节	后现代法学 .....	(528)

# CONTENTS

Chapter one	science of law and jurisprudence .....	(1)
Section one	what's science of law .....	(1)
Section two	the turn of science of law .....	(21)
Section three	what's jurisprudence .....	(32)
Chapter two	what's law .....	(56)
Section one	law from various point of view .....	(56)
Section two	basic characters of law and the methods of legal thinking .....	(63)
Section three	elements of law and its application .....	(73)
Section four	classification of law and its significance .....	(95)
Chapter three	the function of law .....	(103)
Section one	the normal function of law .....	(104)
Section two	the social function of law .....	(109)
Section three	the limits of law .....	(115)
Chapter four	system of law .....	(121)
Section one	the concept and significance of system of law .....	(121)
Section two	standard and principle of division of branches of law .....	(127)

Section three	framework of system of law	(131)
Chapter five	sources of law	(142)
Section one	the concept of sources of law	(142)
Section two	sources of law in contemporary china	(150)
Section three	the theory of sources of law and its application in judicial process	(159)
Chapter six	relations of law and juridical fact	(165)
Section one	the concept and division of relations of law	(165)
Section two	elements of relations of law	(174)
Section three	juridical fact	(195)
Chapter seven	the validity of law and legal efficiency	(213)
Section one	what's the validity of law	(213)
Section two	classification of the validity of law	(216)
Section three	the validity of law and legal efficiency	(227)
Chapter eight	responsibility of law	(238)
Section one	the concept of responsibility of law	(238)
Section two	the composition of responsibility of law	(254)
Section three	the principle of attribution of responsibility of law	(258)
Section four	classification of responsibility of law	(266)
Chapter nine	values of law	(269)
Section one	the concept of values of law	(275)
Section two	the basic values of law	(275)
Section three	the application of values of law	(277)

Chapter ten	the rule of law	·····	(306)
Section one	rule of law and its spirits	·····	(316)
Section two	the principles of rule of law	·····	(330)
Section three	the base of rule of law	·····	(340)
Chapter eleven	legislation	·····	(351)
Section one	the concept of legislation and the dividing system of power of legislation	·····	(351)
Section two	the principles of legislation	·····	(359)
Section three	the process of legislation	·····	(367)
Chapter twelve	legal professions	·····	(374)
Section one	the community legal professions and today china's enterprise of rule of law	·····	(374)
Section two	professional ethics of law and profession training	·····	(390)
Section three	juridicature and its independence	·····	(397)
Section four	procuratorate and its supervision of law	·····	(409)
Section five	lawyer and the realization of law	·····	(414)
Chapter thirteen	legal method	·····	(423)
Section one	what's legal method	·····	(423)
Section two	law's find	·····	(432)
Section three	legal reasoning	·····	(436)
Section four	gaps-filling	·····	(441)
Section five	legal arguement	·····	(444)
Section six	balance of values	·····	(447)

Chapter fourteen	legal interpretation .....	(450)
Section one	contemporary research and the existing problems .....	(450)
Section two	legal interpretation's turn .....	(459)
Section three	justification of the thesis of legal interpretation .....	(465)
Chapter fifteen	legal culture .....	(490)
Section one	introduction .....	(490)
Section two	the traditional legal culture .....	(504)
Section three	the modernization of legal culture .....	(515)
Section four	post-modern jurisprudence .....	(528)

# 第一章 导论：法学与法理学

当你选择了学习法学，你就不得不思考这意味着什么。有人说，法学是权利之学，掌握法律起码能维护自身的合法权益，但是权利的界限究竟在哪里？权利与权力的关系也常使你感觉困惑。有人说，法学是正义之学，但不断变幻的正义以及正义与其他法律价值的复杂关系也会使你心神不宁。有人说，学习法学需要死记硬背，但你的记忆能力以及浩繁的法律知识会使你望而生畏。我们究竟该怎样面对法学？这虽然只是姿态问题，但它可能会涉及每个法律学人的发展前景。

## 第一节 什么是法学

西语中有关法学的语源，最早见于拉丁文 *Jurisprudentia*，意指关于法律的知识或法律的技术，而真正将法学纳入科学范畴的努力，大致始于古罗马。由查士丁尼所钦定的《法学阶梯》开宗明义写道：“法学是关于神和人的事物的知识，是关于正义和非正义的科学。”<sup>①</sup> 在中国，先秦时的学者把有关法律的知识性的研究称为“刑名法术之学”或“刑名之学”。商鞅改法为律后，国家法典皆称为律，因而有关法律的学问也被谓之为律学。与西方的法学不同，中国的律学更多关心的不是正义等问题，而是法律条文的注释及个案中的法律应用技术。<sup>②</sup> 中外法学界关于法学的定义林林总总，难以一一罗列。在学习过程中我们应注意从不同的角度观察法学，只有这样才能形成关于法学的整体性印象。本节主要从

---

① [古罗马]查士丁尼著，张企泰译：《法学总论——法学阶梯》，商务印书馆1989年版，第5页。

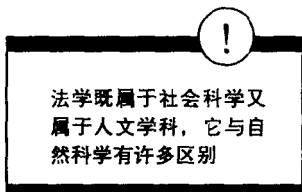
② 参见胡玉鸿：《法学方法论导论》，山东人民出版社2002年版，第3页。

法学的研究对象、法学是一门社会科学和法学体系等几个方面介绍法学是什么。

### 一、法学是一门人文社会科学

在法学的学科归属问题上有三种意见。第一种意见认为,法学属社会科学。沈宗灵先生在其主编的几本法理学教材中都认为:法学像政治学、

经济学、社会学一样,属于社会科学。第二种意见认为,法学属于人文科学。人文意味着法学学科与自然科学不同,它包含人道主义内容和人道主义方法。第三种观点认为,法学既属于社会科学,也属于人文科学。法学学人既关注法律现象、研究法律制度,也研究法与正义的关系,探讨人的法律处境、法律价值,因而也属于人文科学的范畴。



法学既属于社会科学又属于人文科学,它与自然科学有许多区别

我们认为,法学是人文社会科学的组成部分,“法学的存在正是为了帮助人们了解什么样的法律制度能促成正义的实现”<sup>①</sup>。胡玉鸿教授从三个方面对此观点进行了论述。首先,从法学的语源发展看,法学一词的早期含义并非是分析法律现象之学,而是探讨有关正义问题的学科。法学在研究内容上,重点关注的是人的自由,而与自由相对应的教育方式恰恰就是科学。在公元15—16世纪,西方人提出了人文科学的概念,以此来标明和神学的区别。后来人文科学演变为对人类社会现象、文化现象和文学艺术的研究,包括哲学、经济学、史学、法学、文学、伦理学、语言学等,并提出了人文精神的问题。其次,从法学的研究目标来看,法学研究在于通过“全体性”这一分析角度,探讨法制状态下人们良好生活何以可能以及如何可能。潘天群先生认为,将社会科学的对象由“规律”转向规则,这是方法论的重大突破。<sup>②</sup> 第三,从法学的精神特质看,法学更多体现的是人文精神而不是对科学的追求。

① 参见胡玉鸿:《法学方法论导论》,山东人民出版社2002年版,第61页。

② 潘天群:《行为科学方法论导论》,中央编译出版社1999年版,第122页。

人文精神强调人之为人的尊严，人只能是目的而不是手段，人的价值高于一切。人文精神在法学上的体现就是确认个人的尊严与价值，将法律视为促进自由而不是限制自由的手段。人既是法律的起点，也是法律的终点。法学不仅仅是对法律现象的关注，更主要的是对由人的本性、行为所表现出来的法律问题进行解答，从而使法学能够真正促成人性的完善与自由的实现。

法学属于人文社会科学，但许多人把人文社会科学与科学（自然科学）不加以区分，这很可能造成对法学认识的误导。现代的许多学科如物理学、化学、计算机科学、生命科学、经济学等都是近代科学的产物。但法学却早在 2000 年前就出现了。从古罗马留下的文献来看，法学一词至少在公元前 3 世纪末罗马共和国时代就已经出现。公元前 451—450 年，罗马颁布了著名的《十二表法》，为了让这一公布在罗马广场上的成文法典得到贯彻实施，罗马统治者加强了对该法的解释和宣传。公元前 198 年，执政官阿埃利乌斯以世俗官吏的身份讲授法律，著书立说，从而使法律知识面向社会，进入市民生活，最终形成一门世俗的学问。<sup>①</sup> 12 世纪，法学者伊乃斯在意大利北部报罗纳城首创法科大学，教授罗马法。<sup>②</sup>

法学是人文社会科学中的一门学科，有三个方面的含义：（1）法学是众多学科门类中的一种，它与理、工、农、医、经、哲、史等并列，是一门重要的涉及人类生活的学问。某一大学如果缺少了法学，就缺少了一个学科门类。（2）法学是一门学科意味着它有较为完整的体系，学者们把其称为法学体系（详见本节第三个问题“法学体系”）。（3）法学是一门学科，还意味着它不同于自然科学，而仅仅是人文社会科学的一个分支。因为：第一，科学是以对客体的观察、测量、计算等为基础，立足于观察问题，而法学作为一种理解性科学，主要在于发现行为及文本的意义。意义的探寻是法学研究的主题。但“与意义有关的问题，其既不能透过实验

① 参见何勤华：《西方法学史》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 2 页。

② 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 19 页。



过程中的观察,也不能藉测量或计算来答复。”所以法学研究“处理的正好不是一些可以量化的问题”。<sup>①</sup> 第二,科学反映的是事物的因果律,而法学至多只能反映事物的准因果律。因果律强调的是必然发生这样的变量之间的关系,但这对法学来说似乎是难以企及的梦想。第三,科学必须保持价值中立,而法学则难以排斥价值判断。拉伦兹说:“在法律判断中经常包括价值判断,例如决定特定行为是否有过失。当法官决定采纳类推适用的方式与否时,当法官‘衡量’相互冲突的法益或利益时,或者当法官考量生活关系的新发展及改变时(与以前相比,法官作此种考量的机会要多得多),他们都需要以价值判断为基础。而一般认为,对于价值判断不能以科学的方法来审查,其仅是判断者个人确信的表达,因为他们不像事实判断是以感官的知觉为基础。因此,也不能以观察及实验的方法来证明、假使推论过程中包含有一些价值判断为基础的前提,那么正确的逻辑推论也不能保证结论在内容上的正当性。”<sup>②</sup> 因而,许多人断言,法学永远难以进入科学的殿堂。日本法学家川岛武宜也说:“法律学以价值判断为自己的研究对象,这时常使人们对它的科学性产生怀疑。”<sup>③</sup> “将某一价值体系视为绝对的权威,并依据对其所做的‘解释’提出主张的法律学,实际上只是一种与神学具有相同属性的‘学问’(教义学),并不是‘科学’。”<sup>④</sup> 第四,科学的方法是通过实验或资料的收集来进行的,而法学只能应用抽象演绎的方法进行研究,其结果既无法保证结论的准确性,客观上也不能证成结论的必然性。<sup>⑤</sup> 虽然现

① [德]拉伦兹著,陈爱娥译:《法学方法论》,五南图书出版公司1996年版,第89页。

② [德]拉伦兹著,陈爱娥译:《法学方法论》,五南图书出版公司1996年版,引论第1页。

③ [日]川岛武宜著,王志安等译:《现代化与法》,中国政法大学出版社1994年版,第273页。

④ [日]川岛武宜著,王志安等译:《现代化与法》,中国政法大学出版社1994年版,第274页。

⑤ 以上四点参见胡玉鸿:《法学方法论导论》,山东人民出版社2002年版,第19—22页。