

THE PRINCIPLE OF JURISPRUDENCE

法 学 原 理

# 法学原理

THE PRINCIPLE OF  
JURISPRUDENCE

马力◎编著

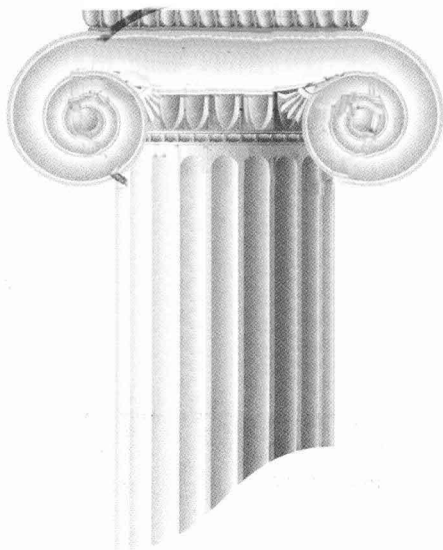


兰州大学出版社

# 法学原理

——  
THE PRINCIPLE OF  
JURISPRUDENCE

马力◎编著



兰州大学出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

法学原理/马力编著. —兰州:兰州大学出版社,  
2012.9

ISBN 978-7-311-03962-2

I. ①法… II. ①马… III. ①法学—高等学校—教材  
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 222491 号

策划编辑 张爱民  
责任编辑 张爱民 李 丽 王淑燕  
封面设计 管军伟

---

书 名 法学原理  
作 者 马力 编著  
出版发行 兰州大学出版社 (地址:兰州市天水南路 222 号 730000)  
电 话 0931-8912613(总编办公室) 0931-8617156(营销中心)  
0931-8914298(读者服务部)  
网 址 <http://www.onbook.com.cn>  
电子信箱 [press@lzu.edu.cn](mailto:press@lzu.edu.cn)  
印 刷 兰州德辉印刷有限责任公司  
开 本 787 mm×1092 mm 1/16  
印 张 23  
字 数 555 千  
版 次 2012 年 11 月第 1 版  
印 次 2012 年 11 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 978-7-311-03962-2  
定 价 39.00 元

---

(图书若有破损、缺页、掉页可随时与本社联系)

---



谨以此书献给我在天国中的父母亲，  
以及热爱法学、渴求正义的人们！

目  
录

## 第一编 法理学原理

|     |                            |     |
|-----|----------------------------|-----|
| 引 例 | 德国告密者案 .....               | 003 |
| 第一章 | 什么是法理学 .....               | 004 |
|     | 第一节 法学、法理学、法哲学 .....       | 004 |
|     | 第二节 法理学的地位、功能及价值 .....     | 007 |
|     | 【案例】 美国帕尔默案 .....          | 007 |
| 第二章 | 法的本体 .....                 | 009 |
|     | 第一节 法的概念与特征 .....          | 009 |
|     | 【案例】 美国黑人学生进入白人学校就读案 ..... | 012 |
|     | 第二节 法的作用和价值 .....          | 013 |
|     | 【案例】 浙江死刑未决犯的生育权案 .....    | 015 |
|     | 第三节 法的渊源及分类 .....          | 018 |
|     | 【案例】 上海钱定安遗产继承纠纷案 .....    | 020 |
|     | 第四节 法律体系 .....             | 021 |
|     | 第五节 法律效力 .....             | 022 |
|     | 【案例】 四人共同盗窃受不同处罚案 .....    | 024 |
|     | 第六节 法律意识和法律行为 .....        | 026 |
|     | 【案例】 马加爵故意杀人案 .....        | 028 |
|     | 第七节 法律关系 .....             | 029 |
|     | 第八节 权利、义务和责任 .....         | 031 |
|     | 【案例】 李伟与女儿的教育费纠纷案 .....    | 032 |
| 第三章 | 法的起源和发展 .....              | 035 |
|     | 第一节 法的起源 .....             | 035 |
|     | 第二节 法的发展及法的历史类型 .....      | 037 |
|     | 第三节 法系 .....               | 038 |
|     | 第四节 法制与法治 .....            | 039 |
|     | 【案例】 美国水门事件 .....          | 040 |

|            |                    |     |
|------------|--------------------|-----|
| <b>第四章</b> | <b>法的运行</b>        | 042 |
| 第一节        | 法的创制               | 042 |
| 第二节        | 法的实施与实现            | 045 |
| 【案例】       | 美国布什诉戈尔案           | 047 |
| 第三节        | 法律解释和法律推理          | 049 |
| 【案例】       | 美国罗伊诉得克萨斯州剥夺其堕胎自由案 | 050 |

## 第二编 宪法学原理

|            |                   |     |
|------------|-------------------|-----|
| <b>引 例</b> | <b>伦敦大街标语案</b>    | 053 |
| <b>第一章</b> | <b>宪法概论</b>       | 054 |
| 第一节        | 宪法的概念、分类和原则       | 054 |
| 【案例】       | 孙志刚案              | 055 |
| 第二节        | 宪法的产生与发展          | 059 |
| 【案例】       | 中国宪法第一案           | 063 |
| 第三节        | 宪法制定与宪法渊源         | 064 |
| 第四节        | 违宪审查              | 066 |
| 【案例】       | 马伯里诉麦迪逊案          | 066 |
| <b>第二章</b> | <b>宪法基本制度</b>     | 070 |
| 第一节        | 宪法与国家             | 070 |
| 第二节        | 宪法与政权组织制度         | 073 |
| 第三节        | 宪法与选举制度           | 076 |
| 【示例】       | 美国总统选举制度          | 079 |
| 第四节        | 宪法与国家结构形式         | 080 |
| <b>第三章</b> | <b>宪法与公民的权利</b>   | 084 |
| 第一节        | 概述                | 084 |
| 第二节        | 公民的基本权利           | 086 |
| 【案例】       | 陕西“黄碟案”           | 087 |
| 第三节        | 公民的基本义务           | 090 |
| <b>第四章</b> | <b>宪法与国家机构</b>    | 092 |
| 第一节        | 概述                | 092 |
| 第二节        | 中央国家机关            | 094 |
| 第三节        | 地方国家机构            | 098 |
| 第四节        | 宪法与司法机关           | 100 |
| 【案例】       | 河南省人民检察院首次提起无罪抗诉案 | 104 |

### 第三编 行政法学原理

|      |                            |     |
|------|----------------------------|-----|
| 引 例  | 美国摩根诉合众国案 .....            | 107 |
| 第一章  | 行政法的基本范畴 .....             | 109 |
| 第一节  | 行政法的概念及特点 .....            | 109 |
| 第二节  | 行政法的地位和作用 .....            | 111 |
| 第三节  | 行政法的基本原则 .....             | 112 |
| 【案例】 | 香港中旅集团有限公司投资路桥案 .....      | 114 |
| 第二章  | 行政主体法 .....                | 116 |
| 第一节  | 行政主体和行政组织概述 .....          | 116 |
| 第二节  | 中央和地方行政组织 .....            | 118 |
| 第三节  | 国家公务员 .....                | 121 |
| 【案例】 | 潘根生诉镇政府、镇管委会人员打人致死案 .....  | 122 |
| 第三章  | 行政行为法 .....                | 128 |
| 第一节  | 行政行为概述 .....               | 128 |
| 【案例】 | 林晓荣诉镇政府案 .....             | 130 |
| 第二节  | 抽象行政行为 .....               | 132 |
| 第三节  | 具体行政行为 .....               | 135 |
| 【案例】 | 河北平山劳动就业局诉税务局行政处罚错误案 ..... | 139 |
| 第四章  | 行政监督救济法 .....              | 143 |
| 第一节  | 行政监督救济的基本理论 .....          | 143 |
| 【案例】 | 南京江浦消防器材厂诉市统计局案 .....      | 144 |
| 第二节  | 行政复议 .....                 | 146 |
| 第三节  | 国家赔偿 .....                 | 151 |
| 【案例】 | 河南赵作海被错判杀人获国家赔偿案 .....     | 157 |

### 第四编 刑法学原理

|     |                    |     |
|-----|--------------------|-----|
| 引 例 | 世纪审判——美国辛普森案 ..... | 161 |
| 第一章 | 刑法概论 .....         | 163 |
| 第一节 | 刑法的概念、任务和体系 .....  | 163 |
| 第二节 | 刑法的基本原则 .....      | 165 |
| 第三节 | 刑法的效力 .....        | 167 |
| 第二章 | 犯罪概说(上) .....      | 170 |
| 第一节 | 犯罪概念与犯罪构成 .....    | 170 |
| 第二节 | 犯罪客体和客观方面 .....    | 173 |

|      |                    |     |
|------|--------------------|-----|
| 【案例】 | 陆建中被诉贪污宣告无罪案 ..... | 174 |
| 第三节  | 犯罪主体 .....         | 175 |
| 第四节  | 犯罪主观方面 .....       | 178 |
| 【案例】 | 浙江首例不作为故意杀人案 ..... | 179 |
| 第五节  | 排除犯罪的事由 .....      | 181 |
| 【案例】 | 湖北邓玉娇防卫过当案 .....   | 183 |
| 第三章  | 犯罪概说(下) .....      | 187 |
| 第一节  | 故意犯罪形态 .....       | 187 |
| 第二节  | 共同犯罪 .....         | 190 |
| 第三节  | 罪数形态 .....         | 192 |
| 第四节  | 刑事责任 .....         | 194 |
| 第四章  | 刑罚概说 .....         | 196 |
| 第一节  | 刑罚的概念及功能 .....     | 196 |
| 第二节  | 刑罚的体系 .....        | 198 |
| 【案例】 | 云南“赛家鑫”案 .....     | 201 |
| 第三节  | 刑罚的裁量 .....        | 204 |
| 第四节  | 刑罚的执行 .....        | 208 |
| 第五节  | 刑罚的消灭 .....        | 210 |

## 第五编 民法学原理

|      |                             |     |
|------|-----------------------------|-----|
| 引 例  | 孙震诉“世界陶王”履约案 .....          | 215 |
| 第一章  | 民法概述 .....                  | 216 |
| 第一节  | 民法的概念及其调整对象 .....           | 216 |
| 第二节  | 民法的基本原则 .....               | 218 |
| 【案例】 | “二奶”继承案 .....               | 220 |
| 第三节  | 民事法律关系 .....                | 221 |
| 第二章  | 民事主体 .....                  | 224 |
| 第一节  | 民事主体概述 .....                | 224 |
| 第二节  | 自然人 .....                   | 225 |
| 【案例】 | 我国首例对“胎儿”的人身权利予以法律保护案 ..... | 226 |
| 第三节  | 法人 .....                    | 232 |
| 第三章  | 民事法律行为和代理 .....             | 235 |
| 第一节  | 民事法律行为 .....                | 235 |
| 第二节  | 代理 .....                    | 240 |
| 【案例】 | 信用社要求还款败诉案 .....            | 243 |
| 第四章  | 民事权利 .....                  | 245 |
| 第一节  | 人身权 .....                   | 245 |



|      |                     |     |
|------|---------------------|-----|
| 【案例】 | 天津“荷花女案” .....      | 246 |
| 第二节  | 物权 .....            | 248 |
| 【案例】 | 北京宝马轿车赠与案 .....     | 249 |
| 第三节  | 债权 .....            | 253 |
| 【案例】 | 发射防雹炮弹弹片致人死亡案 ..... | 259 |
| 第五章  | 知识产权法 .....         | 263 |
| 第一节  | 知识产权概述 .....        | 263 |
| 第二节  | 著作权 .....           | 265 |
| 【案例】 | 《丁丁历险记》图书盗版案 .....  | 270 |
| 第三节  | 专利权 .....           | 271 |
| 【案例】 | 帅康诉海尔侵权案 .....      | 273 |
| 第四节  | 商标权 .....           | 274 |
| 【案例】 | 武松打虎商标侵权案 .....     | 276 |
| 第六章  | 婚姻家庭法 .....         | 278 |
| 第一节  | 婚姻法 .....           | 278 |
| 【案例】 | 胡海英离婚财产纠纷案 .....    | 287 |
| 第二节  | 继承法 .....           | 290 |
| 【案例】 | 李影诉黄玉海遗产纠纷案 .....   | 295 |
| 第六编  | 诉讼法学原理              |     |
| 引 例  | 米兰达规则 .....         | 307 |
| 第一章  | 诉讼法概述 .....         | 309 |
| 第一节  | 诉讼及诉讼法 .....        | 309 |
| 第二节  | 诉讼法的基本原则 .....      | 310 |
| 【案例】 | 江西“杀人兄妹”无罪获释案 ..... | 315 |
| 第三节  | 诉讼证据 .....          | 316 |
| 【案例】 | 美国辛普森杀妻案中的证据 .....  | 318 |
| 第二章  | 行政诉讼法 .....         | 321 |
| 第一节  | 行政诉讼的受案范围 .....     | 321 |
| 第二节  | 行政诉讼的管辖 .....       | 325 |
| 第三节  | 行政诉讼参加人 .....       | 326 |
| 第四节  | 行政诉讼程序 .....        | 327 |
| 【案例】 | 西北政法学院教师诉省政府案 ..... | 330 |
| 第五节  | 行政诉讼的执行 .....       | 331 |
| 第三章  | 刑事诉讼法 .....         | 333 |
| 第一节  | 刑事诉讼的基本理念 .....     | 333 |
| 第二节  | 刑事诉讼的管辖 .....       | 334 |

|      |                        |     |
|------|------------------------|-----|
| 【案例】 | 河南“杀人狂魔”杨新海被判死刑案 ..... | 337 |
| 第三节  | 诉讼参与人 .....            | 337 |
| 第四节  | 强制措施 .....             | 339 |
| 第五节  | 附带民事诉讼 .....           | 341 |
| 【案例】 | 深圳女青年附带民事诉讼案 .....     | 342 |
| 第六节  | 刑事诉讼程序 .....           | 344 |
| 【案例】 | 余祥林杀妻冤案 .....          | 349 |
| 第四章  | 民事诉讼法 .....            | 350 |
| 第一节  | 民事诉讼中的管辖 .....         | 350 |
| 第二节  | 民事诉讼参加人 .....          | 352 |
| 第三节  | 诉讼保障制度 .....           | 352 |
| 第四节  | 民事诉讼程序 .....           | 354 |
| 【案例】 | 刘天然诉久隆公司商品房买卖纠纷案 ..... | 357 |

# 第一编 法理学原理



# 引 例

## 德国告密者案

被告是一名德国妇女,其丈夫1940年起在军队服役,被告在家与人通奸,丈夫休假时向她发表了对纳粹领导人的贬损性言论,1944年7月刺杀希特勒事件之后,他写信给被告表示了对希特勒没有被刺死的遗憾。为了摆脱丈夫,被告把这封信和其他的信都交给了当地纳粹党的领导人。1945年2月,在丈夫深夜回家后,被告再次向当地纳粹党组织指控他,他被当场逮捕,两周后由军事法庭进行审判。主审法官提醒被告,丈夫有被判死刑的可能,她可以不宣誓作证,如果没有她的宣誓证词,证据就有可能不充分。她坚持宣誓作证,军事法庭根据纳粹政府1934年和1938年发布的两部法令,判定该士兵犯有“发表煽动性言论罪”和“危害帝国国防力量罪”,处以死刑。

战后,被告和军事法庭的法官被交付审判,检察官根据1871年《德国刑法典》第239条,起诉二人犯有非法剥夺他人自由罪。1949年班贝格地区上诉法院在二审中判定涉案法官无罪,但被告罪名成立,因为她通过自由选择,利用纳粹法律导致了丈夫的死亡和监禁,而这些法律“违背了所有正派人士所持的健全良知与正义感”。

1951年,被告在伍兹堡被陪审团宣判无罪,陪审团认为审判受害人的军事法庭是依法组成并裁决的,而且被告有权利相信她的行为合法。1952年7月8日,联邦最高法院撤销了这一无罪裁决。

在此案中被告的抗辩理由是自己的教育水平,她认为自己作为普通妇女,就她当时所知,她丈夫就是违背了法定义务,而且她信任军事法庭的合法性。在一审判决中,陪审团接受了这一抗辩理由,因为被告作为一个没有受过高水平教育的普通妇女,不可能指望她认识到对法治国原则的违反。班贝格地区上诉法院和联邦最高法院驳回了这一抗辩理由。法院认为:“在独立法官可以确保个人的自由与尊严的正常情形下可以运用这一抗辩理由。然而在纳粹统治下,法院的实践经常不能满足法律正当程序的核心要求,也就是,对刑法目的作出超乎偏见的、合乎事实的和详尽无遗的考虑。这一点是一个社会的普通成员完全能够了解的。”<sup>[1]</sup>

[1] 参见柯岚《告密、良心自由与现代合法性的困境——法哲学视野中的告密者难题》,《法律科学》,2009年第6期。

# 第一章 什么是法理学

## 第一节 法学、法理学、法哲学

### 一、法理学释义及概念

#### (一)法理学释义

“法理学”一词译自英文 Jurisprudence,意思是“法律的智慧”。无论中外,法理学的思想源远流长,在古汉语中虽没有“法理学”一词,但“法理”一词在二十五史中却也屡屡出现。在《汉书·宣帝纪》中班固就写到“孝宣之治,信赏必罚,综核名实,政事文学法理之士咸精其能……”。在西方 Jurisprudence 一词源于拉丁语 Jurisprudentia,该词由 Juris(法律)和 prudentia(智慧)两词合成,在公元3世纪末业已产生,意指法律知识。可见,自古以来中西方就对“法理”有了一个基本的认知,那就是“法的道理”或“法的理论”。这里所讲的“法”在中西方有明显的差异:在我国,“法”是指实在法,甚至是仅仅指刑法;而在西方,“法”则不仅指实在法,而且指高于实在法的正义。也正是基于这样的认识,古罗马人认为:“法学是关于神和人的事务的知识;是关于正义和非正义的科学。”<sup>[1]</sup>在西方,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,人们都认为法律是神圣的,形成了法律至上的法律观。

#### (二)法理学的概念

一般地,“法理学”一词包括两种含义。一是指所有法学和法律知识、理论、学说的总称。这是法理学一词在最广泛的意义上被人们所理解和使用,也是法理学原初的含义。二是指研究法学和法的一般问题,作为法学体系中一门分支学科存在的专门学问,这是法理学一词在学理意义上、专门科学意义上被人们理解和使用,是一般法学著述尤其是教科书上阐述的法理学。这里所讲的法理学的概念就是从这个意义上而言的。

总体上说,法理学的概念受不同学派学术观点的影响,尤其是分析法学的影响。边沁和奥斯丁就特别强调对英格兰法的结构、理论、术语的分析,因而,在英国直到20世纪中叶,法理学都被认为就是分析法学。<sup>[2]</sup>这里只列举出几种有代表性的观点。美国《布莱克法律词典》:法理学是阐述实在法的原则和法律关系的法律科学。《牛津法律指南》:法理学是研究法的最基本、最一般问题的一门法学学科。美国经济分析法学家波斯纳认为:“我所指的法理学是关于法律这种社会现象的最基本、最一般、最理论化的分析。”<sup>[3]</sup>英国法学家哈里斯则认为:“法理学是一袋杂七杂八的东西。关于法律的各种各样的一般思辨都可以投入这个袋中。”<sup>[4]</sup>我国学者一般也认为,“法理学是关于法律现象的最一般的理论,或者说是以法律现

[1] 查士丁尼《法学总论》,5页,张企泰译,北京:商务印书馆,1989。

[2] 《牛津法律大辞典》,489页,北京:光明日报出版社,1988。

[3] 波斯纳《法理学问题》,序言,苏力译,北京:中国政法大学出版社,1994。

[4] 沈宗灵《现代西方法理学》,2~3页,北京:北京大学出版社,1992。

象的发展规律为研究对象的一门社会科学,包括研究法律现象的基础理论和方法论。”<sup>[1]</sup>“法理学是研究法的一般理论问题的法学分支学科。”<sup>[2]</sup>可见,中外学者对于法理学概念的认识和把握并无二致。

## 二、法理学在中国的发展

中国有着极丰富的法理思想,早在汉代“法理”一词就出现在正史记载中,到南齐时,廷尉孔稚珪更是提出了“驭大国者以法理为本”的思想(《南齐书·孔稚珪传》)。可惜的是,中国古代从未将法理作为一门专门的学问来加以研究。

清末以降,西方法律、法学的大量输入及清廷改律,法理学才渐入人们的视野。1902年山西西学专斋将“法理学”列入法律学专业课程,京师法政学堂也在1910年将“法理学”列入法律门课程目录。1926年梁启超《中国法理学发达史论》出版,1928年商务印书馆出版了由李达翻译的日本法学家穗积陈重的《法理学大纲》,1947年时任湖南大学教授的李达完成了自己的一部重要著作《法理学大纲》。

1949年以后,中国在法学理论上先是沿用苏联的理论,认为“法理学是资产阶级法学的一个分科”,遂以“国家和法的理论”取代了法理学;再后来中苏交恶,苏联被指为修正主义,法理学和法学被取消;80年代后,中国法学界方使法学理论逐渐摆脱政治理论、国家理论的限制,但仍不敢使用“法理学”一词,而被代之以一个不伦不类的称谓——“法学基础理论”;1992年小平南巡讲话后,“法理学”成为这一学科公认的名称。

## 三、法学与法理学

法学,亦称法律科学,在现代英语中用 Science of Law 或 Legal science 或 Jurisprudence 来指称,是专门以法律现象为研究对象的学科。对于法律之一社会现象的研究主要是为了法律调整的实际需要,保证法律正确、合理的创制,保证正确、合理的实现法律规范,以便确认和保护社会成员的行为自由、有序,合理地运用国家权力,调整保护一定的社会关系。故有学者认为:“法学是正确组织和运用国家权力的一门学问,是治理国家、管理社会、保护社会成员正当权利的一门学问。”<sup>[3]</sup>

法学如何划分成几个分支学科,法学界并没有一致的做法。荷兰法学家采用四分法将法学分为法哲学、法理论、法教义学、法社会学四科。<sup>[4]</sup>英国法学家沃克采用七分法,认为法学有七个主要分支:法学理论和法哲学、法史学、比较法学、国际法学、超国家法学、国内法学、法学附属学科。<sup>[5]</sup>我国学者则大都采用两分法,将法学分为理论法学和应用法学两大块,理论法学包括:法理学、法哲学、法史学、比较法学;应用法学包括:国内法学、国际法学、外国法学、超国家法学等。

法理学,在现代英语中用 Jurisprudence 来指称,是关于法律现象的最一般的理论,或者说是以法律现象的发展规律为研究对象的一门社会科学,包括研究法律现象的基础理论和

[1] 朱力宇《法理学原理与案例教程》,7~8页,北京:中国人民大学出版社,2007。

[2] 周永坤《法理学——全球视野》,32页,北京:法律出版社,2010。

[3] 陶广峰《法理学》,2页,兰州:兰州大学出版社,1996。

[4] [荷兰]伊芙琳《法律论证原理——司法裁决之证立理论概览》,7页,张其山译,北京:商务印书馆,2005。

[5] 《牛津法律大辞典》,545页,邓正来译,北京:光明日报出版社,1988。

方法论。美国学者博登海默认为：“法理学的对象是非常广泛的，其中包括法律理论的哲学成分、社会成分、历史成分及分析成分。”<sup>[1]</sup>英国学者哈里斯说，“法律是干什么的，法律要实现什么，我们要重视法律吗，对法律如何改进，可以不要法律吗，我们应遵守法律吗，法律到底为谁服务，等等，这些就是一般法理学所包括的问题。人们可以不管这些问题，但这些问题并不消失。”<sup>[2]</sup>

在中国，李达早在1947年就在其《法理学大纲》中提出：法理学把“一切成文法、判例法、习惯法，以及立法政策、执行政策等列入研究范围”，把“一切法制史、法学史等列入范围”，还“必须考察法律与其他领域的关系”。现在学者们则普遍认为法理学的研究对象不仅包括古今中外一切类型的法及其发展阶段，还应考察其本质、发展规律、在社会中的作用，还要阐述法律中最普遍、最基本的理论和问题，除此以外还将权利作为自己的研究对象。可见，法理学具备自己的研究对象和范围，既是法学整体中的一个组成部分，又同其他法学有明晰的界限。

国内外法学界一般都认为法学和法理学有了差别和分野，其标志就是奥斯丁的《法理学范围之确定》。1832年，伦敦大学法理学教授约翰·奥斯丁出版了《法理学范围之确定》(*The Province of Jurisprudence Determined*)一书。奥斯丁指出：法理学研究实际存在的法而不是应当存在的法。法理学不同于伦理学，它是法学的一个学科，其主要任务是研究实在法的特质和厘清实在法的各种概念术语。在书中奥斯丁用分析的方法对法律体系的结构、对象以及作为其组成部分的法律规范进行考察，并通过对这些对象的分析，发现那些作为法律体系逻辑前提的原则、理论和概念，并以此来安排司法和行政裁决的权威性资料，严格区分了法律与道德的界限，对“法律是一种命令”的观点进行了详细阐述，对那些常用的法律术语和概念的含义进行了仔细考证，如权利、义务、责任、损害、刑罚、对物权、对人权等。可以说是奥斯丁所创立的分析法理学促进了法学从“法律的知识”向“法律科学”的转变。

#### 四、法理学与法哲学

法理学与法哲学的关系非常密切。在奥斯丁之前历史上的法理学都是以法哲学的面目出现的，甚至奥斯丁本人也认为 jurisprudence(法理学)与 the philosophy of law(法哲学)是同义语，而在康德和黑格尔眼中法理学就是法哲学。

但是，1881年，日本法学家穗积陈重在学校讲授“法论”(理论法学)时，认为当时日本流行的“法哲学”的名称形而上学的气味太重，特提出并使用“法理学”这个名词。

在现代英语国家，法理学往往被当做法哲学的同义词，都是研究法的一般问题，有别于对某一法的部门和特定法律制度的研究。在欧洲大陆，法理学与法哲学的分化在19世纪上半叶已经完成。<sup>[3]</sup>法哲学注重以哲学方法研究法的问题，法理学则强调用分析的方法研究法的问题。国内学者也认为，法理学与法哲学是大体相当而又略有区别的一门学科，它们的分野日益清晰，法哲学注重从哲学方面研究、阐述法的一般问题，法理学则强调运用分析的方法研究实在法的一般问题。正如周永坤教授所言：“法哲学日益‘上天’——哲学化，法理学则

[1] [美]博登海默《法理学——法哲学及其方法》，3页，北京：华夏出版社，1987。

[2] 沈宗灵《现代西方法理学》，2-3页，北京：北京大学出版社，1992。

[3] [德]考夫曼《当代法哲学与法律理论导论》，3页，郑永流译，北京：法律出版社，2002。



日益‘入地’——分析化和方法化。”<sup>[1]</sup>这与欧洲大陆国家(尤其是德国)法哲学和法理学的分化几乎一致。

## 第二节 法理学的地位、功能及价值

### 一、法理学在法学体系中的地位

关于法理学在法学体系中的地位问题,大家的观点基本一致。

第一,法理学作为从现实的和历史的各种法的现象中研究法的基本问题和一般规律的学科,是法学的主要理论学科,在法学体系中处于基础理论学科的地位,是法学的基石。

第二,法理学研究的是法学领域中重要的、基本的、根本的问题,它的成果对法学的其他分支学科有重要的理论基础作用。

第三,法理学还研究法、法的现象、法的发展规律和其他种种社会现象的联系,理解它们的发生、发展与其他种种社会现象的关系,由此深刻理解各种法、法的现象、法的发展规律的精神实质,对这些法学分支学科具有普遍指导意义。

### 二、法理学的功能

柏拉图在其《法律篇》中赞叹,“在一切科学中,最能使人类完善且是他们感兴趣的的就是法律科学。”我国台湾地区著名的法学家杨日然认为,能学通法理学,所有的法律问题都可迎刃而解。总体来看,法理学主要有以下几方面的功能:

第一,对法学学科体系的指导功能。

第二,促进法律实践理性化的功能。

法理学从哲学或伦理学角度研究法律制度和法律学说,认识其基本原则,并根据法律理论和法律自身设定的目标对其加以发展和评价,从而促进立法的科学化;从社会学或功能分析的角度,将法律制度作为一种对行为的社会控制制度,研究其功能,并研究为实现社会控制这一目标而确立的法律制度、法律学说和法律方法,确立了法学一般原则,如司法独立、依法行政等,从而促进法律实践的理性化。

第三,更好地解决疑难案件的功能。

法律上的疑难案件一般有三种情况:法律不清、法律空缺、法律失误。对于法律不清的情况,法理可以使法律清晰起来,如政策和法律冲突(这在我国较为突出),法律至上原则就给我们提供了选择的标准;在没有具体法律规范可资运用的情况下,法理学确立的原则就可提供裁判的依据;在特殊情况下,法理学确立的原则就能矫正适用实在法而致的重大不公,维护社会正义。

### 【案 例】

#### 美国帕尔默案

美国纽约上诉法院在 1889 年曾经审理过这样一起案件:帕尔默是其祖父所

[1] 周永坤《法理学——全球视野》,34 页,北京:法律出版社,2010。