



高等学校法学系列教材
Gaodeng Xuexiao Faxue Xilie Jiaocai

An Introduction to Jurisprudence

法理学导论

马长山 / 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

An Introduction to Jurisprudence

法理学导论

马长山 / 主 编
苏晓宏 李桂林 丁以升 / 副主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法理学导论/马长山主编. —北京:北京大学出版社,2014.9

(高等学校法学系列教材)

ISBN 978-7-301-24674-0

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第196841号



书 名: 法理学导论

著作责任者: 马长山主编

责任编辑: 朱梅全 丁传斌 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-24674-0/D·3654

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: sdyy_2005@126.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071997

出版部 62754962

印 刷 者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 21.75印张 414千字

2014年9月第1版 2014年9月第1次印刷

定 价: 46.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn



华东政法大学
课程和教材建设委员会

主 任 何勤华

副主任 杜志淳 顾功耘 刘晓红 林燕萍 唐 波

委 员 刘宪权 吴 弘 刘宁元 罗培新 杨正鸣

沈贵明 余素青 范玉吉 张明军 高富平

何明升 杨忠孝 丁绍宽 闵 辉 焦雅君

陈代波 金其荣 贺小勇 徐永康

秘书长 唐 波（兼）

编写说明

法理学是法科学生研习法律的重要基础和核心课程。在西方,法理学教科书有的侧重思想史与哲理阐释,有的侧重法律原理及实践操作技术,并没有一个统一的体系和版本,因而是多样化、个性化的。在我国,伴随着三十多年改革开放和民主法治建设,法学理论研究和法学教育也获得了巨大发展,形成了相对稳定的知识框架和体系。这无疑为培养统一规格和知识体系的法学专业人 才奠定了良好基础,但同时也对多样化、个性化人才的培养产生了某种不利影响。为此,国家开始致力于深化教育改革,鼓励和支持探索各具特色的创新人才培养模式。相应地,各大出版社纷纷推出不同版本的教材,力争在反映国家“教学基本要求”和基本知识框架的基础上形成自己的体系和特色,从而为推进法科教育的多样化、个性化作出重要贡献。本书也是其中的努力和尝试之一。

《法理学导论》曾在华东政法大学徐永康教授的主导下,为华东政法大学等政法院校的法理学教学作出了重要贡献。为了更好地适应本科教学需要,充分反映最新的研究成果,本次对《法理学导论》进行了重新编写,并组建专家组进行了审定,力争在保证基本知识体系完整的基础上反映新的动态,采取多种引导方式来启迪学生进行深入思考,通过关注社会现实问题来强化理论的应用性。这样,就更有利于更好地培养既有深厚理论素养又有实践思维和能力 的专业人才。

本书是集体合作的结晶。参加本书编写的作者都是学术造诣深、教学经验 丰富、从事第一线法学教育的专家学者,具体分工如下(以章节为序):

- 马长山,导论、第九章;
- 丁以升,第一章;
- 张玉堂,第二章;
- 李桂林,第三章;
- 苏晓宏,第四章、第十六章;
- 马金芳,第五章、第八章;
- 王 涛,第六章、第十三章;
- 陆宇峰,第七章、第十五章;
- 蒋德海,第十章;

潘小军,第十一章、第十二章;

张卓明,第十四章。

编写组尽管在主观意愿上是想编写一本既有理论水准又有实践应用性的高质量教科书,但能否做到这一点还有待时间的检验。同时,由于从编写到交稿、出版的时间短暂,错讹与不足在所难免,还有望学界同仁和广大师生批评指正。

本书之所以能够顺利出版,得益于华东政法大学教务处领导的关心和支持,也得益于北京大学出版社及编辑老师的鼓励和帮助,在此一并深表谢意!

编者
2014年5月

目 录

导论	(1)
----------	-----

第一编 法律的本体

第一章 法律的概念	(7)
第一节 法律的定义	(7)
第二节 法律的特征	(12)
第三节 法律的本质	(15)
第二章 法律的要素	(23)
第一节 法律的要素释义	(24)
第二节 法律概念	(27)
第三节 法律规则	(29)
第四节 法律原则	(35)
第三章 法律的渊源、体系与效力	(40)
第一节 法律渊源概述	(40)
第二节 当代中国的制定法渊源	(48)
第三节 法律分类	(50)
第四节 法律体系	(52)
第五节 法律效力	(60)
第四章 法律关系	(66)
第一节 法律关系的概念	(66)
第二节 法律关系的构成要素	(72)
第三节 权利与义务	(77)
第四节 法律事实	(80)
第五节 法律关系的运用和分析	(82)
第五章 法律行为	(87)
第一节 法律行为释义	(87)
第二节 法律行为的结构	(91)
第三节 法律行为的分类	(93)

第六章 法律责任	(97)
第一节 法律责任释义	(97)
第二节 法律责任的产生原因和构成要件	(101)
第三节 法律责任的种类	(103)
第四节 不追究法律责任、归责与免责	(107)
第五节 法律制裁	(109)

第二编 法律的历史发展

第七章 法律的演化	(113)
第一节 法的历史类型	(113)
第二节 法与社会的共同演化	(117)
第三节 当代西方主要法系	(123)
第八章 法律的继承和移植	(129)
第一节 法律的继承	(129)
第二节 法律的移植	(131)
第三节 法律全球化	(136)
第九章 法治国家的社会基础	(142)
第一节 法治的含义与构成要素	(142)
第二节 法治国家的形成与发展	(146)
第三节 法治国家的社会基础	(160)
第四节 建设社会主义法治国家	(168)
第十章 法律与社会	(190)
第一节 法律与经济	(190)
第二节 法律与政治	(194)
第三节 法律与道德	(200)
第四节 法律与宗教	(205)
第五节 法律与科学技术	(209)
第六节 法律与人权	(211)

第三编 法律的作用和价值

第十一章 法律的作用	(219)
第一节 法律的规范作用	(220)
第二节 法律的社会作用	(222)

第三节 法律的局限性	(225)
第十二章 法律的价值	(228)
第一节 法律价值概述	(228)
第二节 法律与正义	(233)
第三节 法律与秩序	(237)
第四节 法律与自由	(239)
第五节 法律与平等	(245)
第六节 法律与利益	(246)

第四编 立法与法律的运行

第十三章 立法	(255)
第一节 现代社会的立法与立法权	(256)
第二节 立法原则、立法程序与立法技术	(258)
第三节 立法体制	(267)
第十四章 法律实施	(271)
第一节 法律实施概述	(272)
第二节 执法	(273)
第三节 司法	(282)
第四节 守法	(290)
第五节 法律监督	(294)
第十五章 法律程序	(299)
第一节 法律程序概述	(300)
第二节 正当程序原则	(305)
第三节 法律程序的类型	(309)
第十六章 法律方法	(314)
第一节 法律方法的概念	(314)
第二节 主要法律方法	(318)
第三节 法律方法的应用原则	(332)

导 论

【重点问题】

1. 法理学的定义
2. 学习法理学的重要性
3. 学习法理学的方法

任何一个学习法律的人,都首先要系统地学习法理学,这不仅是由法理学的学科地位决定的,也是由法理学所提供的基本理论和知识基础决定的。因此,我们有必要了解和掌握什么是法理学、为何要学习法理学以及如何学好法理学。

一、什么是法理学

法理学是人们试图对法律现象、法律问题进行深层思考和理论回答,致力于探寻法律的最基本、最一般、最普遍规律,研究法律基本范畴、基本原理、基本原则、基本方法和基本问题的一门学问。简言之,法理学就是要探讨和研究“法”之“理”,“研究法理学的目的在于寻求自觉,寻求对法律的性质以及它的社会背景的某种程度的透彻理解”^①。应当说,人类自从有法律时就进行了法理学、法哲学的理性思考和理论探讨,无论是西方先哲柏拉图、亚里士多德,还是中国的老子、孔子、荀子等等,都形成了一定的法律思想,并逐渐和人类后来的法理思考和理论探讨汇聚成丰富而璀璨的法律思想宝库。尽管他们进行了今天看来属于法理学或法哲学方面的重要理论问题的研究,但是,那时还没有形成法理学或法哲学的独立学科(当时的法学也并未形成独立的学科)。法理学作为一门独立的学科出现,则是18世纪末19世纪初的事情。

1782年,英国功利主义哲学家和法学家边沁在《法理学定义的界限》一书中首次提出了法律实证主义分析原则,但由于该书稿在1945年才发现并出版,因而对当时未产生什么影响。1832年奥斯丁撰写出版了《法理学的范围》,提出法理学应当研究“事实上是什么样的法律”,而不是“应当是什么样的法律”,从而严格区分了“实有”和“应有”,这时才真正确立了法律概念体系的独立研究。后

^① [英]韦恩·莫里森:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第3页。

经阿莫斯、马克伯、霍兰德、萨尔蒙德等人的努力,“法理学最终作为一门独立学科的开端(理论知识体系、学问和大学的法学课程)而存在”^①。但是,法理学作为一门学科的名称,在国内外有不同的看法。德国等大陆国家一般称之为法哲学或法律哲学(Legal Philosophy or Philosophy of Law),英美等国家一般称之为法理学(Jurisprudence),尽管也有人坚持二者是不同的学科,但二者的含义还是基本趋于一致的。^②为此,当代美国著名法学家波斯纳就指出:“所谓‘法理学’,我指的是关于法律这种社会现象的最基本的、最一般的和最理论化的分析。”“我们通常将对根本性问题的分析称为‘哲学’,因此,传统将法理学定义为法哲学或哲学在法律中的运用,这显然是恰当的。”^③

中文“法理学”一词源于日文汉字。1881年,日本著名法学家、日本近代法律文化主要奠基人穗积陈重教授为克服“法哲学”一词较重的形而上学色彩,将德文“Rechtsphilosophie”创造性地翻译为“法理学”,后来被引入中国。但是,新中国成立初期,我国法学理论基本照搬苏联时期的《国家与法的理论》,具有很重的政治学色彩。改革开放后,法学界才开始致力于法学独立性的探索,1981年北京大学出版社发行的法理教科书改称为《法学基础理论》,80年代中期,法理学学科名称才取得合法地位,出版的相应教科书才改称为法理学。

总之,法理学是法学的最一般、最基本的理论,它包括法律本体论、法律价值论、法律方法论及法律与社会的关系等等,是部门法学的重要理论基石。

二、为什么要学习法理学

为什么要学习法理学?这看似一个简单的问题,但并不是每个学习法律的人都十分清楚。对这个问题不清楚,就会影响到对法理学的学习和研究,甚至影响到对整个法律知识(包括部门法)的学习、理解和运用。因此,学习法理学具有重大的意义。

首先,学好法理学是学好部门法学、全面深入掌握法学理论和专业知识的需要。我们说,法理学是“法”之“理”,是对法律的基本规律、基本原理、基本原则的根本认识和总体把握,是贯穿、适用于法学各学科之中的基本理论、基本立场和基本方法,因而是各部门法学的重要理论基石。法理学关于“法律是什么”“法律为何有效”“如何适用法律”等基本问题的探讨和回答,构成了法学其他学科进行研究和探讨的重要理论前提,如果没有法理学的理论基础,就很难学好部

^① 舒国滢:《法理学学科缘起和它在当代面临的问题》,载沈宗灵等编:《法理学与比较法论集》(下),北京大学出版社、广东高等教育出版社2000年版。

^② 参见付子堂主编:《法理学进阶》,法律出版社2006年版,第2页。

^③ [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第1页。

门法学和法学专门知识,甚至可能会陷入简单的“法条注释主义”和“法律工具主义”的泥潭,特别是在面临重大疑难法律问题或者法律空白时,就会显得十分尴尬和无奈,很难适应法治国家建设的需要。部门法学一旦进入较深层面,都会直接融入法理学,包括刑法哲学、民法哲学、行政法哲学等等,都是如此。一些诸如罪刑法定原则、罪刑合理性和科学性、行政合理性与合法性原则、契约自由及其限制、物权公示公信原则等等具体的法律问题研究和探讨,只有立足于法理学的深层基础和理论视野才能获得可靠的解释力和说服力。

其次,学好法理学是培养高水平法律素养和能力的需要。任何高层次人才都须是“将”和“帅”的结合,也就是说,不仅要有“将”的处理具体事务的能力,也要具备运筹帷幄、统揽全局的“帅”的决策能力。对法学高层次人才来讲,就是不仅要有审理个别具体案件的能力,更要善于总结、提炼并为疑难案件处理提供基本原则和方法的能力,直至对立法、执法、司法进行分析、研究并施加影响的能力,这才是一个高水平、高素质、高能力的好法官、好检察官、好警官、好律师和好学者。这恰恰需要有很深厚的法学理论功底、牢固的法律理念、智慧的法律方法、严密的法律思维等等才能做到。但是,人们往往对此认识不清,在法学教育中也往往不受关注。为此,德国学者魏德士就曾忧心忡忡地反思到:“由于大学教育集中在局部原则领域,学生们看不到法律制度及其基础与作用方法的全貌。今天的法学教育被司法考试牵着鼻子走,它所培养出来的与其说是独立思考并具有批判能力的法学家(Rechtswissenschaftler),毋宁说是熟练使用法律的法律技术匠(Rechtstechniker)。在法学研究以及部门法的实践中,基础问题和方法论问题常常被回避甚至忽视。”^①事实上,西方很多著名的特别是对司法改革进程产生重大影响的大法官,如霍姆斯、卡多佐、波斯纳等等,都是非常著名的法理学家,也正因如此,“法官造法”才是可能的、充满法律智慧的,也才是有公信力和历史贡献的。历史也表明,任何成就大事的高层次、高水平人才,都不能没有宽阔的知识面、深厚的理论功底、别具一格的深刻思想,以及把思想付诸实践并影响现实社会的能力和水平。为此,要培养高层次的法律专门人才,就必须通过法理学的学习来培养必要的“将”“帅”结合的高素质、高能力和高水平,并为深化法学其他学科专业知识的学习、掌握和运用奠定良好基础。

再次,学好法理学是适应司法改革和培养法律共同体的需要。加快法治国家建设进程,就必须建立法律共同体,保障司法机关独立行使司法权力。但是,法律共同体并不是简单的法律专业人才的集合,而是具有共同的法律专业知识和技术、具有坚定的法律理念和丰富的社会经验、具有很强利益平衡和规则驾驭能力的法律职业队伍。我们过去往往不注重法律理念、法律精神、法律思维、法

^① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第20页。

律方法的培养和法学理论的学习,缺少司法独立精神,因而“法律工具主义”“法律实用主义”色彩十分浓重,这直接影响到司法改革进程和司法效果。事实上,世界上并没有一成不变的法律,但却有相对不变的法律理念和法律精神。法律理念、法律精神的弘扬和培养就成为推进司法改革和构建法律共同体的关键一环。另外,法理学并不能提供直接的、实用的法律操作技术,但却能提供一种必要的法律思维能力和方法,有了这种思维能力和方法,也许并不一定会形成相应的操作技术,但若没有这种思维能力和方法,就一定不会形成一定的法律操作技术。可见,建立法律共同体就要求“法律人”应善于发现规则和恰当适用规则,而不能做僵死法条的奴隶,因而就要求培养“法律人”的共同法律信仰、法律理念、法律思维和法律方法。要做到这一点,没有对法理学的深入系统学习是不可能的。

三、如何学习法理学

法理学是对法律现象和法律生活的高度提炼、普遍概括和理论升华,因此,与其他法学学科相比,法理学具有很强的理论性、抽象性和思辨性,而且与司法实践问题缺少直接的关联。这就使得法理学的学习变得较为艰难,如何学好法理学也就成为值得探讨的问题。事实上,任何理论无论多么抽象,它都不可能脱离生活现实,法理学更是法律生活现实的反映,只要肯下工夫,找准方法,是能够把法理学学好的,并转化成良好的法律素质和能力。

首先,立足全球化视野,深入学习和解析西方法理学,并进行中西对比学习和研究。西方法理学具有悠久的历史传统,从古希腊的斯多葛学派到今天的后现代法学,形成了色彩纷呈、奔涌向前的法律思想长河,这些都是人类法律思考的结晶,是人类共同的宝贵财富,指导着人类的社会行为和法律生活,当然对后发现代化国家的法学研究和法治进程具有重要的借鉴意义。特别是自然法学、分析实证主义法学、社会学法学、经济分析法学、新马克思主义法学、后现代法学、女权主义法学等等的法律思想和理论已部分地被吸收容纳进中国法理学,并对中国法治进程产生了重要影响。因此,不了解西方法理学,不对中西法理学进行对比学习和研究,就很难开阔法理学理论视野,也很难学好法理学。在当今全球化时代,随着全球经济一体化趋势加剧,法律的交融、贯通与合作的趋向日益明显,这也需要认真对待和学习西方法理学,并进行深入的中西比较学习和研究。当然,由于政治制度、文化传统、生活习惯等因素的影响,我们对西方法理学应采取批判性的学习和研究态度,否则,照抄照搬、亦步亦趋,只能永远是缺少“话语权”的“学生”,很多西方理论“移花接木”到中国也会造成“水土不服”的难题。也就是说,批判性地接受西方法理学,不仅是我国的制度性质和国情决定的,也是建立我国在世界上的法理学“话语权”所要求的。

其次,立足本土国情,全面学习和掌握中国法理学,并直面“生活事实”和“中国问题”。虽然中国法理学需要面向西方法理学和全球视野,但是,它毕竟是要首先立足中国本土国情和解决“中国问题”的。因此,在改革开之初,我们打开国门亟须采取“拿来主义”以武装自己,但是,当中国经济逐步崛起、法学理论研究逐步兴盛之时,特别是很多西方法学理论无法回答和解决“中国问题”时,就亟须建立中国的法理学。这样,我们就必须努力全面学习和掌握中国法理学的最新成果和理论发展,尤其是善于从社会转型和法治进程中探寻和挖掘生活中的法理,关注生活现实,面对“中国问题”,从而避免抽象的理论空谈和简单的逻辑推演,也能避免对西方法学理论的照抄照搬。只有这样,才能更好地学好法理学,学活法理学,也才能学以致用,充分发挥法理学指导法律实践、回应法律生活的理论使命。

再次,立足学科兼容,注重法理学与部门法的有机结合,并强化法学理论的应用性分析。法理学固然是法学的最一般、最基本的理论,是探索法学的基本范畴、基本原理、基本原则和基本问题的,从而为其他法学学科提供思想基础和理论指引,但是,法理学并不是必然无疑的、高高在上的“老大”。事实上,只有法理学确实能为部门法提供理论指导时,它才具有基石和“统领”的作用,而且法理学的很多理论和原理都来源于对部门法学的深入思考和理论升华,是部门法学的实践过程为法理学提供了基本素材和理论源泉。如果脱离了部门法学,法理学就很可能成为一门与司法实践无涉的空洞玄学,法理学也就失去了其价值和意义。因此,要学好法理学,就必须强化学科兼容,尤其是注重部门法学的法理学分析和应用性探讨,只有这样,法理学才有了现实根基和理论活力,法理学原理和知识也才会转化成指导司法实践的精神价值和理论能力。

问题与思考

1. 什么是法理学?
2. 为什么要学习法理学?
3. 如何学好法理学?

第一编 法律的本体

第一章 法律的概念

【法律故事】

古希腊剧作家索福克勒斯在悲剧《安提戈涅》中讲述了这样一个故事：安提戈涅的兄弟浦雷尼克因为背叛城邦而被克里奥国王处死，克里奥国王还禁止人们为浦雷尼克举行葬礼。安提戈涅冒着生命危险，按照希腊宗教所规定的仪式安葬了她的兄弟。于是，克里奥国王要对安提戈涅进行惩罚。对此，安提戈涅辩论说，在埋葬她的兄弟时，她所违反的只是克里奥的法律，但是，这样做却符合更高的神的意志。在安提戈涅看来，国王的命令并不当然具有法律效力，它还必须符合神的意志，否则就是无效的。^①

第一节 法律的定义

一、法与法律

汉字“法”的古体是“灋”。西周金文中已有此字，春秋战国之交开始广泛使用。我国历史上的第一部字典即东汉许慎所著的《说文解字》注释说：“灋，刑

^① 参见[美]E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第4页。

也。平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”^①从这一解释中可以看出,古代的“灋”和“刑”两个字是通用的。其基本含义有二:其一是公平,即所谓“从水”;其二是惩罚,即所谓“从去”。其中的“廌”又名“解廌”,亦作“獬豸”,是传说中的一种独角神兽。古书记载,一说像羊,一说像牛,一说像鹿,其说不一,但都认为它生性悍直,能区分是非曲直。廌“性知有罪,有罪触,无罪则不触”^②。显然,这是一种神明裁判的传说。我国法学界多根据《说文解字》的解释,认为法的本义是指一种判断是非曲直、惩治邪恶的规范。

不过,对于“法”字的水旁究竟是否意指“公平”这一点,法学界尚存有争议。当代著名学者蔡枢衡先生认为,说法“平之如水”,乃“后世浅人所妄增”。当“灋”这个字在汉语中刚出现时,人们的思维水平还没有达到较高的程度,以至于可以从中抽象出“公平”“均直”之类的含义。他认为,在“灋”这个字的意义构成里,“水”的含义不是象征性的,而纯粹是功能性的,是指“漂刑”,即把犯罪者置于水上,随流漂去。就是说,这里的“水”并非指“公平”,而是指“惩罚”。^③应该说,蔡枢衡先生的这一看法是颇有见地的,它符合中国人关于“法即刑”的传统观念。苏力先生则提出,在先秦的文献中,并没有强调水“平”的特征的文字,相反地,强调水自上而下流动的文字倒是不少。所以,“法”字的水旁,意味着古人强调法是自上向下颁发的命令。他还指出,20世纪以来,我国法学家之所以普遍接受许慎对“法”字的解释,把法看作“公平”的象征,其重要原因之一是他们努力强调中西“法”中的共同性。^④

汉语中的“律”字很早就与“法”字同义。据我国最早解释词义的书《尔雅》记载:“法,常也;律,常也。”^⑤《唐律疏议》也说:“律之与法,文虽有殊,其义一也。”^⑥对“律”字,《说文解字》注释说:“律,均布也。”^⑦清人段玉裁在其所撰《说文解字注》中进一步解释说:“律者,所以范天下之不一而归于一,故曰均布也。”所谓“均布”,是古代调音律的工具,把律比作均布,说明它有规范、统一人的行为之意。

我国古代称法为刑,如夏之禹刑、商之汤刑、周之吕刑。至春秋战国时期,出现刑书、刑鼎、竹刑。魏相李悝,集诸国刑典,造《法经》六篇,改刑为法。商鞅相秦,进行变法,又改法为律,萧何继之作《九章律》。此后,历代封建王朝一般把刑典称为律,只有宋、元两朝例外,宋朝称作“刑统”,元朝称作“通制”。

① 许慎:《说文解字》,中华书局1963年版,第202页。

② 王充:《论衡》,上海人民出版社1974年版,第270页。

③ 参见蔡枢衡:《中国刑法史》,广西人民出版社1983年版,第170页。

④ 参见苏力:《“法”的故事》,载《读书》1998年第7期。

⑤ 《尔雅·释诂》。

⑥ 《唐律疏议·名例》。

⑦ 许慎:《说文解字》,中华书局1963年版,第43页。