



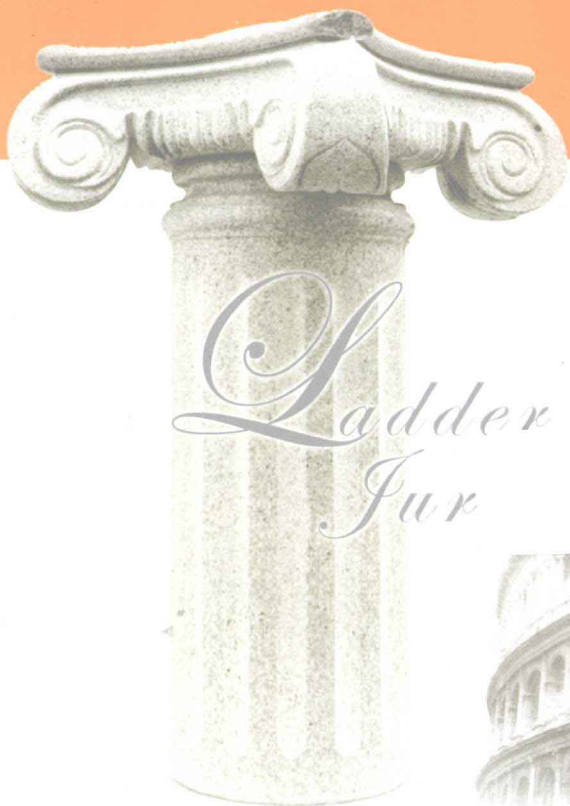
21世纪普通高等学校法学系列教材

# 法理学阶梯

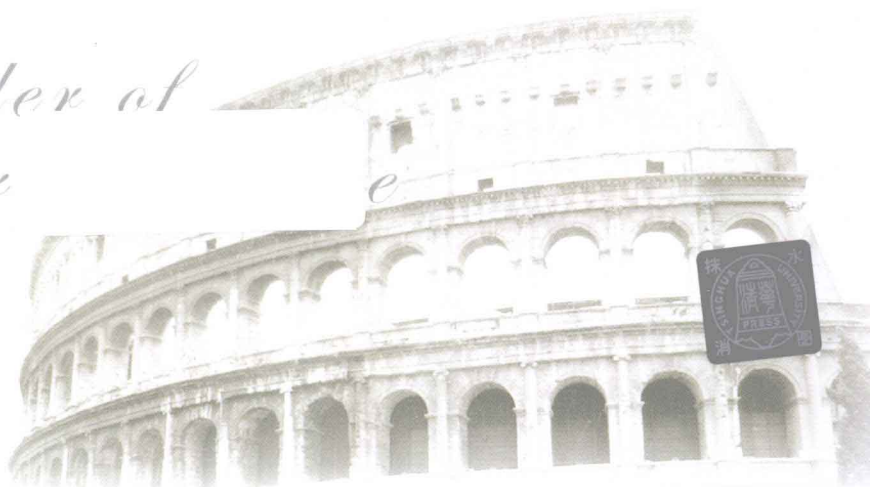
Ladder of Jurisprudence

(第2版)

舒国滢 主编  
李宏勃 副主编



*Ladder of  
Jurisprudence*



清华大学出版社

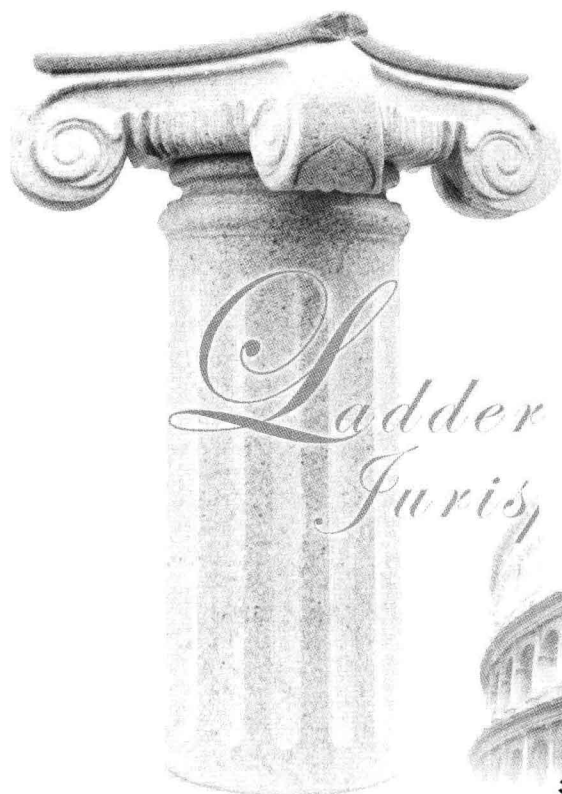


21世纪普通高等学校法学系列教材

# 法理学阶梯

(第2版)

舒国滢 主编  
李宏勃 副主编



*Ladder of  
Juris*



清华大学出版社  
北京

## 内 容 简 介

本教材按照中国法理学的通行体系进行设计,力求将真正意义上的法学知识囊括其中,给学习者一个法理学的全貌;与此同时,力求突出自己的一些特点和理念。本书共分五编二十三章,主要包括法的一般原理、法的作用和价值、法的演进、法的运行、法与社会。在体系编排上,每章引出部分有内容提要及关键词,章后有相应的经典阅读、问题思考及推荐阅读材料等,令人耳目一新。

本书可作为普通高等院校法学专业本科生和法律硕士研究生的教材,也可作为相关法律从业人员的参考用书。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

### 图书在版编目(CIP)数据

法理学阶梯/舒国滢主编. —2版. —北京:清华大学出版社,2012.9

21世纪普通高等学校法学系列教材

ISBN 978-7-302-29452-8

I. ①法… II. ①舒… 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(2012)第162489号

责任编辑:杜春杰

封面设计:刘超

版式设计:文森时代

责任校对:张莹莹

责任印制:沈露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, [c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质 量 反 馈:010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 装 者:北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×230mm 印 张:24.25 字 数:513千字

版 次:2012年9月第2版 2006年9月第1版 印 次:2012年9月第1次印刷

印 数:1~5000

定 价:38.00元

## 作者简介

**舒国滢：**中国政法大学教授、博士生导师，中国法理学研究会理事、中国政法大学法理学研究所所长，主要研究方向为法理学与法学方法论，出版专著《法哲学：立场与方法》（北京大学出版社）、《法哲学沉思录》（北京大学出版社），译著《法律论证理论》（中国法制出版社）、《法社会学原理》（中国大百科全书出版社），代表性论文有《寻访法学的问题立场》、《战后德国法哲学的发展路向》、《从美学的观点看法律》、《从司法的广场化到司法的剧场化》等。

**李宏勃：**法学博士，中国外交学院法律系副教授，主要研究方向为法理学、比较法和人权法学，出版专著《浓缩法学》（法律出版社）、《法制现代化进程中的人民信访》（清华大学出版社），代表性论文有《认真对待权力》、《法律的本体论依据》、《成文法解释的客观性：标准及其途径》、《析论公民权与政治权项下的结社自由》等。

**王莉君：**法学博士，中国青年政治学院法律系副教授，主要研究方向为法理学与法律哲学，出版专著《权力与权利的思辨》（中国法制出版社）、《比较法学基础》（群众出版社），代表性论文有《论权力与权利的一般关系》、《法学基础范畴的重构》、《全球化背景下的国际刑事法院与国际法治》等。

**梁迎修：**法学博士，北京师范大学法学院副教授，主要研究方向为法理学、西方法律思想史和法社会学等，出版专著《法官自由裁量权》（中国法制出版社），合著《法学方法论问题研究》（中国政法大学出版社），代表性论文有《超越解释：疑难案件法律解释方法功能之反思》、《方法论视野中的法律体系与体系思维》等。

**薄振峰：**法学博士，中国人民公安大学法律系副教授，主要研究方向为法理学和法律哲学，出版专著《当代西方综合法学思潮》（法律出版社），参与编写《社会主义法治论纲》、《当代西方法律制度》、《西方法律思潮源流论》等，代表性论文有《法律、理性与人类正义》、《朱利叶斯·斯通的社会学法学思想》、《法律逻辑、选择的空間与司法创造性》、《当代西方法学的综合趋势》等。

## 第2版前言

在西方学界，法理学大抵又可被称为“法哲学”。哲学者，乃是通达事理明悉人生之智慧，与此同理，法理学或者法哲学，当属于关于法律智慧的学问。在日益增长的法学体系中，法理学是比较特殊的一个成员：它是法学中的基础理论，开启法学漫步的第一扇大门，介绍法学的基本概念和基本原理；它是法学中的一般理论，不专注于具体制度和部门法，而是纳所有法律现象——古今中外的法律制度及其实施——于自己钻研的视野，并期望从中获得对普遍法律现象的普适认知；它又是法学中的方法论，从具体法律现象中抽象出逻辑和智慧，并以此指导我们对繁复多样的法律问题的解释和分析。基于上述学科特点及性质，法理学的目的在于介绍法学情况、引导法学兴趣、涵养法学素养、型塑法律人格。

在古罗马时期，法学家盖尤斯（Gaius）曾著有著名的《法学阶梯》一书，该书不仅是当时学习法律的官方教材，还是西方法学史上第一部严格意义上的法学专著。本书斗胆借用该书的名称自名为《法理学阶梯》，这个书名有两层含义：其一，法学的研习与认知是个漫长艰难而不断向上的过程，法理学是这个路途的第一步，是第一个门槛和第一个台阶；其二，法理学不是技术或科学，而是法学的思想和智慧，法理学的思辨及形而上学伴随着法律人学习和实践的全部路途，并引导我们拾阶向上追寻法律的学问和真理。

本书按照中国主流法理学的通行体系进行设计，力求将真正意义上的法学知识囊括其中，给学习者一个法理学的全貌。在此同时，与坊间流行的法理学教材不同，本书有自己的一些特点和理念：

其一，考虑到本书的主要阅读对象是刚刚入门的法科学生，本书主张通过事例来阐释法理。“理论是灰色的，而生命之树常青”，法理学属于法学中的灰色领域，关注理论和思想，因此与生活存在距离；强调思辨和抽象，因此缺乏色调和质感。结果是，对于刚刚进入大学的年轻学生来说，法理学往往是一门枯燥和不知所云的学科。为了改变这种形象，本书倡导一种“法理学的案例教学”，寻求法学的形而下认知，期望从分析具体案例和材料出发，引导出普遍性结论和法学的一般原理。在案例和材料的选择上，本书编者坚持两个向度：首先是要选择经典案例，经典案例曾在历史上影响法制发展，并成为法律文化的重要部分和载体，应当成为法律人的常识；其次还要选择当代中国案例，这些案例有助于我们了解中国法制的现状与走向，并引导“未来法律人”对中国法律问题的深度思考和关怀。

其二，本书倡导对法理学研究性和反思性学习。了解到现代学生在知识上的求知

欲和主体性意识,尊重和相信学生的理解力和判断力,本书主张适当减少对问题的直白叙述和对结论的命令式宣布,相反,我们更期望的是“把问题点出来,把讨论谈开来”,法理学不必也不能仅仅给出结论和教条,而是要提供法律思维和法律方法的训练。为了达成这一目的,本书在语言风格和叙事方法上力求鲜活、灵动和优美,强调启发和反问;在正文中多方面介绍了与主题相关的理论和材料,力求扩展学生的思维视野并引导其进行积极思考;在所有章节后配备了问题思考和推荐阅读材料,为学生课后的进一步了解和研究提供指引,在某些章节还附有经典文献阅读,学生可以直接面对和感受最精彩知识的魅力。

其三,本书在章节编写的形式上呈现出的是法学论文的样式,如内容提要、关键词、正文、注释等,而且强调内容上的逻辑联系而非简单拼凑,其目的在于培养学生的学术感觉和问题阐释能力。

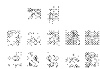
除此之外,本书在学科体系和知识点选择方面也做了多处尝试和创新,例如,我们将世界两大法系单独列为一章,也吸收了国内外法理学研究的最新成果,如对“法律的经济分析”、“法律与文学运动”的介绍,这些尝试是否成功,要由读者来验证。

本书的作者分工如下。舒国滢:负责第一、七章的撰写和全书的审定;王莉君:负责第二、三、八、九、十三章的撰写;梁迎修:负责第四、十一、十四章的撰写;李宏勃:负责第五、十、十六、十七、十八、十九、二十二、二十三章的撰写和全书的统稿;薄振峰:负责第六、十二、十五、二十、二十一章的撰写。

在2006年出版的第1版的基础上,作者对本书进行了全面的修订,补正了第1版的若干错误和纰漏,更换了一些陈旧案例,吸收借鉴了法学界最新的研究成果。作为所有编者共同的目的和祈愿,希望本书的出版能够给法科学学生学习法理学多一个选择,能够在法学研习道路的第一步给予陪伴,并带来法律学习的乐趣与梦想。

舒国滢 李宏勃 谨致

2012年5月6日



# 目 录



## 第一编 法的一般原理

<b>第一章 法理学导论</b> .....	<b>2</b>
第一节 法学 .....	2
第二节 法学思维与法学方法 .....	7
第三节 法理学 .....	10
<b>第二章 法的概述</b> .....	<b>17</b>
第一节 法的概念 .....	17
第二节 法的本质 .....	22
第三节 法的特征 .....	28
<b>第三章 法的渊源</b> .....	<b>33</b>
第一节 法的渊源概述 .....	33
第二节 当代中国法的渊源 .....	37
第三节 法的分类 .....	44
<b>第四章 法的要素</b> .....	<b>51</b>
第一节 法的要素概述 .....	51
第二节 法律规则 .....	54
第三节 法律原则 .....	59
第四节 法律概念 .....	63
<b>第五章 法的效力</b> .....	<b>67</b>
第一节 法律效力及其效力范围 .....	67
第二节 法的效力等级 .....	75
<b>第六章 法律意识与法律行为</b> .....	<b>79</b>
第一节 法律意识 .....	79
第二节 法律行为 .....	84

<b>第七章 法律关系</b> .....	<b>94</b>
第一节 法律关系概述 .....	94
第二节 法律关系主体 .....	98
第三节 法律关系的内容 .....	100
第四节 法律关系客体 .....	101
第五节 法律事实 .....	104
<b>第八章 法的基本范畴</b> .....	<b>107</b>
第一节 法律权利与法律义务 .....	107
第二节 法律上的权力 .....	115
第三节 法律责任 .....	124
<b>第九章 法律体系</b> .....	<b>133</b>
第一节 法律体系释义 .....	133
第二节 法律部门的划分 .....	136
第三节 当代中国的法律体系 .....	137

## 第二编 法的作用和价值

<b>第十章 法的作用</b> .....	<b>150</b>
第一节 法的作用概述 .....	150
第二节 法的规范作用与社会作用 .....	154
第三节 法的局限性 .....	159
<b>第十一章 法的价值</b> .....	<b>164</b>
第一节 法的价值概述 .....	164
第二节 法的秩序价值 .....	167
第三节 法的正义价值 .....	171
第四节 法的自由价值 .....	176

## 第三编 法的演进

<b>第十二章 法的历史</b> .....	<b>184</b>
第一节 法的起源 .....	184



第二节 法的历史类型 .....	193
<b>第十三章 当代世界两大法系 .....</b>	<b>203</b>
第一节 法系 .....	203
第二节 大陆法系 .....	206
第三节 英美法系 .....	215
<b>第十四章 法制现代化与法律全球化 .....</b>	<b>225</b>
第一节 法制现代化 .....	225
第二节 法律继承与法律移植 .....	230
第三节 法律全球化 .....	236
<b>第十五章 法治理论与法治国家 .....</b>	<b>241</b>
第一节 法治概说 .....	242
第二节 法治的基础 .....	249
第三节 建设法治国家：百年寻梦 .....	253
<b>第四编 法的运行</b>	
<b>第十六章 法的创制 .....</b>	<b>260</b>
第一节 立法：法的创制 .....	260
第二节 立法体制 .....	267
第三节 立法过程 .....	268
<b>第十七章 法的实施 .....</b>	<b>273</b>
第一节 守法与违法 .....	273
第二节 执法 .....	277
第三节 司法 .....	280
第四节 法律监督 .....	286
<b>第十八章 法律解释和法律推理 .....</b>	<b>292</b>
第一节 法律解释 .....	292
第二节 法律推理 .....	302
<b>第十九章 法律职业 .....</b>	<b>312</b>
第一节 法律职业概述 .....	312

第二节	法律职业的能力与道德 .....	316
第三节	法律职业制度 .....	320

## 第五编 法与社会

<b>第二十章</b>	<b>法律与经济</b> .....	<b>328</b>
第一节	法律与经济的一般关系 .....	330
第二节	法与市场经济 .....	336
<b>第二十一章</b>	<b>法律与政治</b> .....	<b>341</b>
第一节	法律与政治的一般关系 .....	341
第二节	法律与政策 .....	347
第三节	法律与民主政治 .....	351
<b>第二十二章</b>	<b>法律与文化</b> .....	<b>355</b>
第一节	法律文化 .....	355
第二节	法律与文学 .....	359
第三节	法律与科技 .....	362
<b>第二十三章</b>	<b>法律与道德、宗教</b> .....	<b>366</b>
第一节	法律与道德 .....	366
第二节	法律与宗教 .....	371

# 第一编

## 法的一般原理

### 目次

- 第一章 法理学导论
- 第二章 法的概述
- 第三章 法的渊源
- 第四章 法的要素
- 第五章 法的效力
- 第六章 法律意识与法律行为
- 第七章 法律关系
- 第八章 法的基本范畴
- 第九章 法律体系

# 第一章 法理学导论

法学对人的智识乐于提供也许是最好的科学思维技巧的训练，——任何人，当他从法学转向其他科学时，都会感激曾有过这种法学的润养。

——[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫

法学在人文科学中无与伦比的优越性存在于：其并非立于法秩序之旁，亦非追随其后，毋宁得直接参与法秩序本身及法律生活的形成。

——[德]卡尔·恩吉施



## 【内容提要】

按照古老的知识分类，法学是一门实践知识、实践学问。中国古代的律学和西方的法学形成的历史条件有所不同。实践性构成了法学的学问性质。法学研究的对象包括三个方面的问题：法律制度问题，社会现实或社会生活关系问题，法律制度与社会现实相互如何对应问题。法学有其独特的思维方式和方法。在学者的著作中，“法理学”与“法哲学”有时作区分，但也经常互换使用。法理学的体系是开放的，应当从研究范围及功能两个角度来认识这个体系。法理学在法学体系中具有特殊的作用和地位，学习法理学对于法科学生具有重要意义。



## 【关键词】

实践知识 法哲学 法学方法

## 第一节 法 学

### 一、法学的概念

所谓法学，就是研究法律现象的知识体系，是以特定的概念、原理来探求法律问题之答案的学问。也可以说，法学是一门实践知识、实践学问，即通过“实践之思”获取

的知识。按照古老的知识分类,人类的知识可以分为“理论知识”(纯粹知识)和“实践知识”(拉丁文译作 *prudentia*, 英文译作 *practical knowledge*),后者包括宗教知识、伦理知识、政治知识、法律知识等。而近代以来,学问又大体上分为自然科学、社会科学和人文科学。一般认为,法学属于社会科学。<sup>①</sup>

从历史上看,作为实践知识的法学只是在特定的历史条件下才得以产生的。在中国,先秦时期就有所谓“刑名法术之学”,其后有专事注释法律的“律学”兴盛。总体上看,中国传统的律学是与成文法同时产生并同步发展的,它作为成文法的附属物,与立法解释和司法解释分不开,它研究具体的法律原则,阐述法律的宗旨、名词术语,解决法条对具体案件的适用等问题。具体而言,律学探讨律(法典)与例(判例)之间的关系,条文与法意的内在联系,以及立法与用法、定罪与量刑、司法与社会、法律与道德、释法与尊经、执法与吏治、法源与流变等各个方面。在注释和研究方法上,律学具有如下特点:(1)重视逻辑归纳,而较为轻视逻辑演绎。中国传统的思维偏于形象思维,强调直观感悟,所以在注释法律时也注重归纳,即从个别对象具有某种属性的知识而推导出一般的结论。而演绎则强调从一般性的知识推个别对象的属性。(2)重视考据,轻视理性论证。律学偏向引经据典、罗列材料,而较缺乏分析性的、论辩性的结论。(3)重视实用技巧,较为轻视学理阐释。律学的知识大多是古代的官吏或私家注律者对法律实践中的经验总结,所以一直体现着“务实的”性质,更多地表现为司法官的办案技巧,所以理论色彩较为淡化。(4)重视刑事,轻视民事。中国传统法律文化较为注重刑事法律,民事法律不甚发达。所以,律学的主要任务是对刑事法典条文内容的注释。

西方“法学”的兴起也离不开立法和司法的发展,且与“职业法律家阶层”的出现不无关联。至少在古罗马,从公元前3世纪起,就开始逐渐形成了一个专业性的法律家群体,传授职业性的法律实践知识,并且产生了不同的法学派别。与中国律学相比,西方法学的发展离不开哲学、认识论和方法论的发展。西方法学除了实用知识、技巧方面的内容外,也有大量的内容涉及法律哲理、法律原理的思考。所以,西方法学理论的形成,除了有法学家们的思考外,西方的哲学家、伦理学家、政治学家、逻辑学家均对此作出过贡献。在这个意义上,现代法学的知识范式是由西方的学者确立的,它构成了一种知识的标准,被引介至其他国家和地区。19世纪末,西方法学的概念经由日本引入中国,对中国的法律文化和法律学问的发展产生了重要影响。应该说,现在的中国法学(特别是法学理论、应用法学)在理论框架、基本概念和方法等方面也大体上来自于西方。

<sup>①</sup> 关于法学是否属于社会科学,其实颇有争议。舒国滢. 寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式. 法学研究, 2005(3); 郑戈. 法学是一门社会科学吗?. 见: 北大法律评论. 第1卷第1辑. 北京: 法律出版社, 1998, 第19页及以下页

## 二、法学的性质

实践性构成了法学的学问性质，我们可以从以下几点来看：

首先，法学的研究总是指向法律现象或法律问题的。故此，法学的兴衰注定是与一个国家法律制度的发展相关联：法制兴则法学繁荣；法制衰则法学不振。其他学问的发展，并不一定以法制和秩序的存在为条件。例如，在一个没有法制和秩序的国度里，却可能会生成有创造力的文学或哲学。在中国古代，哲学思想的发展并不是在国家法律制度和法律秩序稳定的时期，而在政治动荡甚或战乱时期（如先秦时期）；而其律学的鼎盛则一定是法律制度和法律秩序稳定的时期（如唐代和清代）。

其次，法学具有务实性。法学并非“纯思”，它的理论兴趣不在于寻求“纯粹的知识”或“纯粹的真理”。法学必须关注和面向社会的世俗生活，为人们社会生活中的困惑、矛盾和冲突（如人们之间的经济纠纷，人们行为所造成的损失的承担）寻找到切实的法律解决方案，确立基本的原则，或为法律的决定作出合理而有说服力的论证。法学实践活动的所有方面（如法律认识、法律判断、法律理解、法律解释等）都是围绕着这个领域而展开的。

再次，法学是反映人的经验理性的学问，是人的法律经验、知识、智慧和理性的综合体现。在法学中，逻辑分析是必要的，但经验的审慎判断更为重要。法学的论证除了概念和原理的推导外，现实的事例证明和针对案件所进行的利益衡量也非常必要。因为在法律实践领域，法学家们所面对的是大量千差万别有待处理的案件、情事和问题，这些案件、情事和问题没有所谓的“一般规律”可循。所以从总体上说，对待这些事物，法学的判断和分析有时更需要经验的积累。

又次，法学是职业性知识体系，它所使用的语言是冷静的、刚硬的、简洁的、合逻辑的，是经过法学家们提炼、加工和创造出来的行业语言，与人们“日常语言”存在一定的差别。在许多场合，法学的语言对外行人来讲是非常陌生的，如“无因管理”、“不可抗力”等。

最后，法学不同于自然科学，在于它研究的是一种“价值性事实”，即反映人类的价值观、价值倾向和价值意义的社会事实。无论在立法、司法，还是在守法中，人们的行为和行为关系都是具有价值意义的。通俗地说，人们在现实生活中所作出的行为，无论是合法的还是违法的，应当根据法律来加以评判，这种评判实际上就是一种价值评判。所以，法学必须从价值的观点加以考察。它是反映研究者的一定的价值立场或价值取向的学问，在法学中很难做到“价值无涉”（value-free）或进行无立场的研究。

## 三、法学的研究对象

笼统地说，法学研究法律现象。然而，法律现象是纷繁复杂、多种多样的。我们从

下列三个问题领域来对此加以考察。

### 1. 法律制度问题

一个国家法治建构的首要任务是确立一套相对统一而完整的法律制度体系。法律制度则构成了法学研究的对象。无论是应用法学（如民法学、刑法学、诉讼法学）还是法律史学、比较法学、理论法学，都必须以法律制度作为考察的出发点。应用法学以一国现行有效的法律制度作为考察的重点；法律史学则将研究的重点放在历史上的法律制度；比较法学将各国同时期的法律制度的异同作为探讨的主题；而理论法学可能更多地思考国家法律制度之所以有效的理论根据。其他法学的分支学科也大体上首先将法律制度作为研究或思考的对象。例如，立法学直接研究法律制度的制定原则和技术；宪法学研究一国宪政制度（国家权力的配置）；行政法学研究行政管理的法律制度。即使那些以法律思想为直接研究对象的学科（如中国法律思想史、外国法律思想史），也并非完全能够脱离对法律制度的考察，因为历史上的许多法律思想就是针对法律制度而形成的。离开了法律制度这个研究对象，法学将无以存在。

### 2. 社会现实或社会生活关系问题

国家制定法律，建立法律制度，目的在于用它们来调整人类社会的生活关系。所以，法学也必须研究社会现实或社会生活关系。更确切地说，法学要研究那些与法律制度有关联的社会现实或社会生活关系问题。例如，某人杀人，至少在杀人者与被害人及其亲属之间、杀人者与国家之间形成了一种关系，需要通过法律对这种关系进行判断和评价。如果我们能够从法律的角度对此生活关系进行判断和评价，那就可以断定这种社会现实或社会生活关系具有“法律制度的关联性”，否则就不具有“法律制度的关联性”。社会现实或社会生活关系本身也是复杂多样的，并非所有的社会现实或社会生活关系都具有法律意义或“法律制度的关联性”。试举一个事例：

#### 案例 1-1

张某与李某是某大学同班同学且为好友。一日李某主动请张某星期天到电影院看电影。到了星期天，张某首先乘车至电影院门口等候李某。但李某突然改变主意，直到电影散场也没有来电影院。张某为此愤愤不平，提出与李某“断交”。

在这个生活事例中，尽管李某由于疏忽而存在“背信弃义”的行为，但该生活关系本身显然不具有“法律制度的关联性”，因而没有法律意义。也就是说，我们不能从法律的角度来评价李某的行为是合法还是非法，而只能从道德的角度来衡量其行为的好坏。法学必须研究社会现实或社会生活关系，才能够区分哪些社会现实或社会生活关系是有“法律制度的关联性”的，哪些是无“法律制度的关联性”的，以便为立法、执法、司法和守法的活动提供科学、合理、正当的评价标准。在这个意义上，不研究社会现实或社会生活关系，就无法区分它们的意义，无法判断法与道德的界限，也无从建立起一套

立法、执法、司法和法律监督的制度。

### 3. 法律制度与社会现实相互如何对应问题

法学并不是单纯地去研究法律制度或社会现实，也就是说，法学既不完全脱离社会现实或社会生活关系来思考、观察或建构法律制度，也不完全离开法律制度来考察纯粹的社会现实或社会生活关系。因为自从法律产生之后，世界上没有完全与社会现实或社会生活关系相隔离的法律制度，也没有完全与法律制度无关的社会现实或社会生活关系。实际上，我们在有法律的社会中所遇到的大量问题是法律制度与社会现实之间相互如何对应的问题，这些问题需要由法学来加以研究并予以解决。应当这样来说，法律制度和现实之间恰好并不是一一对应的，不是说有了一定的法律制度，一个国家就一定具有完全体现这种制度的社会现实。这很容易理解，如我们国家有了《中华人民共和国合同法》（简称《合同法》），并不是说社会现实生活中的所有关系就变成了合同法律关系了，即使在买卖关系方面，不是所有的人都会按照《合同法》的要求来签订买卖合同。从中我们看到法律制度和社会现实之间的不一致、不对应现象。这就是法学经常可能面对的问题。我们假设立法者在制定法律制度时根本不考虑社会现实，那么很显然：在这种情况下，法律制度的内容就不符合实际，法律制度的设定就根本不会达到调整社会生活关系的目标。在现实生活中，我们不难发现有不切实际的法律制度（如那些在社会生活中根本不起作用的“书面上的法律”）。另一方面，即使法律制度在立法层面上看是完全切合实际的，但它们在执法、司法和守法上未必完全被应用于社会现实或社会生活关系之中。例如，在执法者违法的场合，即便有良好的法律也不一定能够产生立法者所期望的社会现实或社会生活关系。这反映出“应然”与“实然”、“规范”与“事实”、“制度”与“现实”之间存在着差别性、不一致性。有时，执法者尽管极尽努力，也难以消除它们之间的这种差别性、不一致性。请看下例：

#### 案例 1-2

《中华人民共和国消费者权益保护法》第四十九条规定，“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”王某得知某市百货商场正在销售假冒“三星”品牌的电视机，遂购买了一台价值2300元的假冒电视机。第二天，王某以商场欺诈销售为由，要求该商场赔偿损失4600元。后诉讼至法院，主审法官以王某“知假买假”认定其不属于消费者，对王某的诉讼请求未予支持。

在上述案例中，法官按照自己的解释对王某的购买行为进行了否定的判断。在此处，什么是“消费者”的定义，什么是“知假买假”的构成条件及其后果，都不是很清楚。故此，不同的裁判者对这个案件事实的认识会有所不同，裁决结果也可能有别。这表明：法律规定本身若不清晰，要使规范与事实达到相互对应、相互一致是十分困难的。而法



学的任务恰好是要在这些不相对应、不相一致的问题上找到解答的方案或办法。它们构成了法学研究的对象之一。

## 第二节 法学思维与法学方法

### 一、法学思维

每一门学问都有其独特的思维方式和思维特性。法学是一门独特的学问，其思维方式也是独特的。法学思维不是经济学思维、不是政治学思维、不是伦理学思维，当然更不是自然科学的思维（这并不表明它们之间毫无影响）。法学思维是法学者在研究法律现象时所持的思考立场、态度、观点、价值和方法。凡欲进入法学门径的人，首先要学会法学的思考方式，或从“常人”（普通人）思维转向法律职业人（如法官、律师、法学教学研究研究者等）的思维。换言之，一个学习法律的人必须像法律职业人那样去思考问题。概括地说，法学思维具有以下特点。

#### 1. 法学思维是实践思维

法学区别于自然科学，原因在于它不是“纯思”，它不追求“纯粹的知识”，而是“实践的知识”。亚里士多德把人类的思考方式（也是获取知识的方式）分为思辨（哲学）之思、理论（科学）之思和实践之思。在他看来，思考自身不能使任何事物运动，而只有“有所为的思考”才是实践性的。实践之思是针对行为选择或欲望的思考，“这样的思考是一种实践的真理，而思辨的、理论的思考则不是实践的，它只是真与假而不造成善与恶……实践思考的真理要和正确的欲望相一致。”<sup>①</sup>法学是“有所为的思考”，是针对特定的法律现象的思考，也是针对人们的行为选择或欲望的思考。

#### 2. 法学思维是以实在法（法律）为起点的思维

法学家的思考始终不能完全游离于各个时代发生效力的实在法。他们不能像哲学家或伦理学家一样首先站在超实在法或实在法之外的立场（如自然法立场）来批判法律，不能完全用道德的评价代替法律的评价，不能简单地预先假设一切实在法都是“非正义的法”，是非法之法。法学家对法律的批评首先应当是“体系内的”批评，实在法为法学家提供了思考的起点和工作的平台，但同时也限制了法学家提问的立场和问题思考的范围。法学家完全可以表达自己在法律上的个人的价值判断，甚至像抒情诗人那样呈展自己渴望无限接近天空的浪漫想象，但法学家不能像诗人那样利用过度修辞的语言张扬自己的情感。他们如果不想让自己的判断和想象完全流于无效，那么他们就必须用所谓理性、冷静、刚性的“法言法语”包裹起这种判断和想象，按照“法律共同体”的专业技

<sup>①</sup> [古希腊]亚里士多德，尼各马科伦理学，苗力田译，北京：中国人民大学出版社，2003，120