



银领工程

高等职业教育技能型人才培养培训工程系列教材

法理学

刘全德 曹全来 主编



高等教育出版社

高等职业教育技能型人才培养培训工程系列教材

法 理 学

刘全德 曹全来 主 编

高等教育出版社

内容提要

本书是高等教育出版社组织编写的高等职业教育技能型人才培养培训工程系列教材之一。它保留了国内通用法理学教材的体系,在继承我国法理学研究的基本成果的基础上,在某些领域进行了一定的理论创新,突出了实用、简明、通俗的特色。内容主要涉及法律与正义、法律与道德、法律与人权(法律价值)、法律与经济、法律要素、法律关系、立法体制与法律体系(法律规范),以及法律适用、法律作用、法治(法律事实)等理论领域。在阐述理论过程中融入了几十个案例,力求做到学理联系案例、理论联系实际,以降低学习难度,增加可读性。

本书可供高等职业院校、高等专科学校、成人高等院校、本科二级学院、本科院校高职教育法律专业及相关专业学生学习使用,也可供五年制高职院校、中等职业学校及其他有关人员参考使用。

图书在版编目(CIP)数据

法理学/刘全德,曹全来主编.—北京:高等教育出版社,2004.12(2006重印)

ISBN 7-04-015677-6

I.法... II.①刘... ②曹... III.法理学—高等学校:技术学校—教材 IV.D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 122730 号

策划编辑 梁琦 责任编辑 曾敬 封面设计 刘晓翔
版式设计 张岚 责任校对 王雨 责任印制 朱学忠

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100011
总 机 010-58581000
经 销 蓝色畅想图书发行有限公司
印 刷 北京鑫海金澳胶印有限公司
开 本 787×960 1/16
印 张 13.5
字 数 250 000

购书热线 010-58581118
免费咨询 800-810-0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landraco.com>
<http://www.landraco.com.cn>
畅想教育 <http://www.widedu.com>
版 次 2004 年 12 月第 1 版
印 次 2006 年 5 月第 3 次印刷
定 价 17.30 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 15677-00

出版说明

为了认真贯彻《国务院关于大力推进职业教育改革与发展的决定》，落实《2003—2007 年教育振兴行动计划》，缓解国内劳动力市场技能型人才紧缺现状，为我国走新型工业化道路服务，自 2001 年 10 月以来，教育部在永州、武汉和无锡连续三次召开全国高等职业教育产学研经验交流会，明确了高等职业教育要“以服务为宗旨，以就业为导向，走产学研结合的发展道路”，同时明确了高等职业教育的主要任务是培养高技能人才。这类人才，既要能动脑，更要能动手，他们既不是白领，也不是蓝领，而是应用型白领，是“银领”。从而为我国高等职业教育的进一步发展指明了方向。

培养目标的变化直接带来了高等职业教育办学宗旨、教学内容与课程体系、教学方法与手段、教学管理等诸多方面的改变。与之相应，也产生了若干值得关注与研究的新课题。对此，我们组织有关高等职业院校进行了多次探讨，并从中遴选出一些较为成熟的成果，组织编写了“银领工程”丛书。本丛书围绕培养符合社会主义市场经济和全面建设小康社会发展要求的“银领”人才的这一宗旨，结合最新的教改成果，反映了最新的职业教育工作思路和发展方向，有益于固化并更好地推广这些经验和成果，很值得广大高等职业院校借鉴。我们的这一想法和做法也得到了教育部领导的肯定，教育部副部长吴启迪专门为首批“银领工程”丛书提笔作序。

我社出版的高等职业教育各专业领域技能型人才培养培训工程系列教材也将陆续纳入“银领工程”丛书系列。

“银领工程”丛书适用于高等职业学校、高等专科学校、成人高校及本科院校举办的二级职业技术学院、继续教育学院和民办高校使用。

高等教育出版社

2004 年 9 月

前言

本书是为了满足初学法律的读者的需要而编写的。与国内通用法理学相比,本书具有体系完整、简明扼要和通俗易懂的特色。

首先,保留了一般法理学教材的体系和基本研究课题,并继承了我国法理学研究的基本成果,具有相对完整的体系。一般的法理学教材涉及的法律价值、法律规范、法律事实三大部分,本书均予以阐述。其中法律价值部分,本书阐述了法律与正义、法律与道德、法律与人权三个核心问题。法律规范部分本书阐述了法律要素、法律关系、立法体制与法律体系等内容。关于法律事实部分本书阐述了法律适用、法律作用、法治、法律与经济等内容。整体上看,本书体系相对完整,要而不繁,言简意赅,比较符合高职高专和具有同等阅读能力的学生的需要。

其次,贯彻了理论联系实际、深入浅出的原则。为了适应初学法律的读者的实际认知能力,本书在写作中搜集了大约 30 个案例,在讲述理论的同时,将这些案例融入其中,力求做到理论联系案例、理论联系实际,最大限度地降低法理学学科本身的枯燥性和抽象性,减小学习的难度。

最后,坚持了理论创新的原则,力求增加新颖性和趣味性。本书在继承我国目前法理学研究已有成果的前提下,在某些领域进行了一定的理论创新。如:法律与人权的问题,法律的适用问题,法治的模式与道路问题等等。个别传统问题,也进行了理论整理和挖掘,如对于法律要素问题、法律作用问题等。这样,有一定法律基础的读者读起来也会感到新颖、有趣。

但是,由于种种原因,本书仍然存在这样那样的不足。首先,限于篇幅,许多问题的讨论无法展开,有些问题显得依然难懂,一些问题仍有待于深入探讨。另外,由于分工负责,不同部分写作风格有所差异,希望读者能够谅解。个别问题的结论和观点,可能与一般法理学教材有所出入。欢迎广大读者提出批评意见和建议。

这本书,始终坚持这样一种基本思路:中国的法理学固然应当尊重中国的国情,但就智识而言,则须借鉴西方先进的东西。改革开放以来中国法理学的发展,基本上证明了这一点。此外,法律的适用,亦即法律事实问题,虽与法律价值问题和法律规范问题一起构成我国法理学的三个基本理论领域,但就实用价值而言,这是一个更加加强研究和重视的问题。为此,本书用较大篇幅对法律适用问题加以介绍。

本书的编写分工如下:

刘全德(中国政法大学教授) 前言、第九章;

李玥 第一章、第八章第二节、第三节；

李楠 第二章、第四章；

曹全来(法学博士) 第三章、第六章、第八章第一节、第十章、第十一章；

辛蕾 第五章；

韩亚峰 第七章。

中国政法大学硕士研究生赵宇、王留燕、雷安军参与了全书的资料整理工作，刘全德教授负责全书的统稿。

编 者

2004年9月

目 录

绪论	1
第一章 法律与正义	8
第一节 正义的概念	8
第二节 法律与正义	14
第二章 法律与道德	21
第一节 法律与道德	21
第二节 对法律与道德关系的不同认识	27
第三节 法律人的职业道德规范	33
第三章 法律与人权	38
第一节 人权的概念	38
第二节 人权的法律保护	41
第三节 人权在中国的概况	46
第四章 法律与经济	54
第一节 法律与经济的一般关系	54
第二节 法律与市场经济	59
第三节 法学与经济学	66
第五章 法律要素	73
第一节 法律概念	74
第二节 法律规范与法律规定	85
第三节 法律原则	98
第六章 法律渊源	105
第一节 法律渊源的概念	106
第二节 非正式法律渊源	108
第三节 当代中国的法律渊源	113
第七章 法律关系	119
第一节 法律关系的概念与类型	119
第二节 法律关系的要素	123
第三节 法律关系的产生、变更与消灭	130
第八章 立法体制和法律体系	132
第一节 立法	132

第二节	立法体制	135
第三节	法律体系	137
第九章	法律适用	146
第一节	司法的概念与原则	146
第二节	司法解释	152
第三节	事实认定	159
第四节	司法推理	162
第五节	法律责任及其实现	167
第六节	司法程序	171
第十章	法律的作用与效力	179
第一节	法律的作用	179
第二节	法律作用的社会学分析	185
第三节	法律的效力	191
第十一章	法治论	194
第一节	法治思想的历史发展	194
第二节	法治的含义	198
第三节	中国法治的道路	199
参考书目		204

绪论

什么是法理学？法理学有什么用？通俗地讲：法理，就是讲法律的道理。它犹如理工科的物理学、生理学、数学、基础化学等学科一样，讲的是该学科的最基本的理论。

理论学习是非常重要的。没有理论人们便不会思考，一个人掌握理论的程度决定了他思考实际问题的水平。所以，法律的理论对于法律的实践具有十分重要的作用。理论指导实践，不同的法律理论会影响不同的司法实践并产生不同的司法判决。下面，用一个世界知名的案例加以说明。这个案例有一个很怪的名字，叫做“河鲈科淡水小鱼案”。^①

案件讲的是在美国有一条大河，名为田纳西河，河里常年生长着一种小鱼，这种小鱼仅三英寸长，既不美丽又食之无味且不具备生物学的研究价值。一般人都不知道它们的名字，其学名叫做“河鲈科淡水小鱼”。然而，该鱼却有一种天生的习性，它们每年春天要顽强地洄游到田纳西河的上游去繁殖后代。为了修电站，有人在河上建起大坝。1973年，大坝将要竣工的时候，当地绿色环保组织（绿党）向法院递交一纸诉状，状告建筑商修建大坝阻挡了小鱼的洄游路线，将导致一个天然物种的灭绝。为了自然环保的需要，必须拆除大坝。

原告依据的理由是当年美国国会制定的《保护濒危物种法案》（以下简称《保护法》），该法律要求所有有关机构应该采取“必要的行动，以确保不再有危及濒危物种生存的现象发生。”被告方辩称：（1）大坝的修建是经合法批准的，且其先期修建工程是在《保护法》公布之前。（2）大坝已近尾声，耗资1亿美元，不能中断。（3）这种小鱼没有什么保留价值，花费如此巨大的代价保护这种生物，实无必要。

此案在美国最高法院的大法官中引起了很大争论。大法官沃伦·伯格从实用主义立场出发，主张驳回原告的诉求，赞成继续修筑大坝。另一位大法官乔治·厄尔却坚定地支持原告，他从正义的理念及其对法律的理解出发，认为《保护法》的立法意图已经表达得十分清楚——为了保护濒危动物，即使有重大牺牲也在所不惜。因此，大坝必须立即拆除。

这些争议归根结底是因为法官之间对法律的看法，即法理学观点的不同而产生的。伯格强调法律要为现实社会生活服务；厄尔则强调“环保”是人类社会的最

^① 本案材料来源于[美]罗纳德·德沃金著：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第22～26页。

高生活原则,任何社会行为,如果与这个最高原则相违背,都是必须废止的。

一、法理学的概念

法理学,就是关于法律的理论科学,它是法学的一个分支学科,是理论法学的重要组成部分。法理学研究法律的共同一般性、基础性理论问题,主要包括法律的概念;法律的表现;法律的作用;法律与其他社会现象的关系;立法的形式、立法体制、法律体系;司法运行过程、司法运作方法、司法的社会效果,等等。

二、法理学的研究内容

法理学研究的内容十分丰富,因为凡是法律问题都会有它的理论,而理论思维又没有固定的界限,所以,任何法律问题都可以拿到法理学中进行研究,以至有人把法理学比喻成一个无所不装的大口袋。^①可见,概括法理学研究的内容是一件很困难的事情。这里,我们权且采用西方综合法学家霍尔的观点,将法理学研究内容归结为三个方面:(1)法律的内在价值;(2)法律的外在形式;(3)法律的实际效果。

首先,研究法理学必须看到法律内在的崇高的价值,树立法律至上原则,把法律当作社会控制的最高、最终的手段,从而树立对法律的信仰与崇拜。否则,我们就会将法律与其他社会控制手段等同,法律应有的崇高地位将得不到确认,其巨大作用也得不到发挥,法治也就根本无从言。历代的法学家将法律的内在价值归结为法律信仰、法律公理、法律伦理、法律原则等要素,提出了关于正义、公平、自由、平等、人权、法治等法律理念。这些要素有时存在于实际法律之中,有时则表现为人们的思想、信念,它们对实际的司法活动都起到绝对的指导作用。正如一位外国学者所言:“任何一个人,无论是普通公民还是法官、律师或行政官员,也无论他是否意识到,他的行为都被法律理论所构筑的原则所指导,而这些原则的目的在于澄清法律的价值和实现最终的理想目标。”^②德国当代著名法学家伯恩·魏德士也指出:“任何国家与法律制度的变化都是以价值观、世界观以及意识形态的变化为基础的。”“价值评判在法律中起着重要作用,法律秩序中充满了价值判断——任何完整的法律规范都是以实现特定的价值观为目的的。”他还提醒我们:“只注重事实和逻辑,忽略价值问题,会犯历史性的大错误。”^③法理学的这方面内容在西方主要表现为传统的自然法学思想;在古代中国则体现为儒家的道德法观念。

其次,研究法理学当然不能离开法律本身。法律是什么?从形式上看,法律就

① 刘金国、舒国滢著:《法理学教科书》,中国政法大学出版社1999年版,第3页。

② [美]沃尔夫·富雷德曼著:《法理论》,英国斯蒂文森出版公司1960年英文版,第3~4页。

③ [德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,北京法律出版社2003年版,第6页。

是由国家制定的指导人们行为的一系列标准规范。以法律规定作为唯一尺度,从法律角度看待社会问题,这是对法律工作者职业思维的基本要求。法律的特征在于它非常讲究形式,这既包括立法的形式(严格规则)也包括了司法的形式(严格程序)。作为一位职业法官,他必须悉心研究法律解释、法律推理、法律程序、案例分析等法律专业问题,并从中总结出具有普遍指导意义的理论。否则,他绝不会是一个称职的法官。法理学的这方面内容在西方被称为实证分析法学,在古代中国称为律学。

最后,在研究法律条文的同时,法理学还不得不关注法律的实际社会效果问题。法律不只是固定的原则和规定,它更表现为活生生的社会现实。法律是由立法者制定的,无论立法者设计得多么周全,最终总会有一个法律在社会实践中接受检验的问题。这种检验,就是要看实施法律带来了什么样的实际社会结果。因为社会生活千变万化而法律是相对稳定不变的,所以法律与社会生活之间永远存在着矛盾。最终,只能是法律适应社会而不是相反。我们必须注重研究社会现实,追求法律实施的效果,积极推动社会的发展与进步。法理学这部分内容表现为当今世界法学主流的社会法学思潮。

对于上述三个方面的法理学内容,中国古人早就有精辟的总结。在河南南阳内乡县有一座保存完好的明清县衙,其中有一巨大的横匾,上书六个大字:“天理、国法、人情”。这三个词正好概述了法理学研究的三个方面的内容。“天理”,就是指法律背后永恒不变的最高价值原则。“国法”,是指对现实法律的研究。“人情”,则是指社会的实际情况,人与人的现存关系。可见,我们的前人对法律理论的理解还是很有功力的。

以上三个方面的内容也反映了法官看待法律问题的三种不同角度和不同的方法。在司法过程中法官确认的事实一般只有一个,然而面对同一事实,法官们的评价并不相同。事实上,法官的分歧是不可避免、永远存在的。其原因就是因为法官对法律理解的立场、角度和方法不同。

从价值角度看待法律问题的法官,认为法律内在价值的重要性超过法律的外在形式要求。每当事实情况与他们心目中的法律原则相违背时,他们就主张按原则处理案件。从法律的外在形式看待法律问题的法官则主张只能按照法律规定的严格要求去处理案件;法律是如何规定的,法官就应该如何判决,不得加入任何价值评价;从法律的社会效果看待法律问题的法官认为在判决案件的时候,不要迷信法律的原则价值也不要死抠法律条文,而主要关注法院判决以后将带来的社会后果。人们制定法律的目的,不是在表达某种价值也不是为了用某种条条去固定社会生活,而是为了达到法律服务于社会,促进社会繁荣与发展的目的。因此,实施法律所取得的社会效果,是评价法律的唯一正确的标准。社会效果不好的判决无论依据什么样的原则或法律,都是不好的。下面通过两个案例进一步说明这个问

题。

〔案例一〕轰动全国的沈阳刘涌案

刘涌,男,43岁,原沈阳嘉阳企业集团有限责任公司董事长,原沈阳市人大代表,2000年8月因涉嫌组织、领导黑社会性质组织,故意伤害、抢劫罪被逮捕。2001年8月10日辽宁省铁岭市人民检察院向铁岭市中级人民法院提起公诉,铁岭市中级人民法院于2002年4月17日做出一审判决,认定被告人刘涌各项罪名成立,判处死刑,剥夺政治权利终身。刘涌不服,提出上诉。

2003年8月11日,辽宁省高级人民法院做出二审判决,决定改判刘涌“死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身”。引起人们特别注意的是,在一审判决和二审改判之间有一段插曲:一审判决后,2001年9月19日,刘涌的辩护律师北京京都律师事务所主任田文昌及十几位在京的法学专家召开了一场刘涌涉黑案的讨论会。会后专家出具了一份《沈阳刘涌涉黑案专家论证意见书》(以下简称《意见书》),一致认为:本案的证据方面存在严重问题。舆论界盛行一种说法称,正是这个《意见书》对二审起了比较关键的作用,是导致刘涌被改判的重要依据之一。因为二审判决书中提到“对刘涌辩护人意见,经查,不能从根本上排除公安机关在侦查过程中存在刑讯逼供”的问题。此案连同专家评议事件不胫而走,一时轰动全国直至中央。最高人民法院很快决定介入此案。

2003年10月8日,最高人民法院做出对该案的再审决定,以原二审对刘涌的判决不当为由,依照审判监督程序提审本案。2003年12月21日,刘涌案件再次于辽宁省锦州市中级法院。其结果又回到了一审,判处再审被告人刘涌犯故意伤害等罪,判处死刑,剥夺政治权利终身。

此案引起人们极大关注的主要是三个大问题:第一,案件一波三折的独特经历;第二,一批学者不合时宜的评论;第三,最高法院少有的再审程序。本书撇开这三个问题只谈此案的学术争议问题。

对此案的评论主要是两种意见:第一,从法律实证主义角度出发,认为此案出现了程序不当的问题。按照严格法制的要求,程序出了问题的已经生效的法律判决也必须改判。第二,从讲究社会效益的社会法学角度出发,一个黑社会的大头子如果不判死刑不足以平民愤,可能会引起社会的混乱。两种意见发生矛盾并不奇怪,本案最终的处理意见只说明我们在不同的公正之间选择更为公正的结果而已。

〔案例二〕师徒贩鱼,亏损谁担?

某工厂有师徒二人,师傅贾某(以下称之为“甲”),徒弟伊某(以下称之为“乙”)。1996年夏季,他们利用业余时间合伙做一笔贩鱼的生意。其间,二人共同签订了一份合同,合同写明了生意的情况。合同的最后有这样一句话:“此次交易的全部损失由甲方负责偿付。”

因为天气炎热,鱼的冷冻出了问题,加之市场又不景气,此次贩鱼生意以失败

而告终,共亏损人民币 10 万元。之后,乙找到甲,要求支付已由乙垫支的交易损失费 10 万元,但遭到甲的拒绝。其理由是:生意的亏损应该由双方承担,不应该只由一方负责。于是,乙就拿着合同将甲告到法庭,要求甲立即支付合同约定的款项。

此案在法院引起很大争议,首先在法官中就产生了两种截然相反的观点:有些法官认为,法院应当驳回原告的诉求。理由是:该合同关于“交易的全部损失由甲方负责偿付”的规定,违反了民法中公平交易的原则,根据我国《民法通则》第 59 条第 2 款,可以判定为内容“显失公平”的民事行为。应裁定该合同无效,当事人的“权利”不予保护;另一些法官则认为应该支持原告的诉求,因为合同是由甲乙双方自愿签订的。本案有甲在合同中的亲笔签名为证,而且甲并没有提供受到乙欺诈或胁迫的有力证据。所以可以判定该项民事法律行为符合我国《民法通则》第 55 条第 3 款的规定,合同是合法有效的,甲应该按合同约定的内容付款。另外,还有一部分法官也持第一种意见,但其理由并不相同。他们认为乙肯定是一个奸佞小人,乙肯定是在设套诓骗甲。这种坏人的社会危害性很大,为了保证社会的更大利益,法院决不能让其得逞。

一个问题、三个角度。第一个角度强调法律原则;另一个强调法律本身;第三个强调法律实施的社会效果。以上三种观点构成一幅活生生的现实法理学思想的三维图像。其实,对于任何一个案件,都可以做出上述三种解释,没有例外,只不过有时人们能想到的只是某一两种解释罢了。当然,实际上争议案件的最终判决是由多数法官的投票来决定的。最终,多数法官站在什么立场,判决就一定会有什么样的结果。

所以总的讲,一个案件(特别是重大案件)的判决结果,是由这个社会当时主流思想、主流理论所决定的。因为主流的法律理论总会影响大多数法官从而最终影响到判决。这就是前面讲的理论决定实践的道理。

三、学习法理学的意义和作用

首先,我们应当明了,理论与实践是一种“知”与“行”的关系。理论是“知”,它使我们知晓为何行为及如何行为的道理。实践是“行”,行动。显然“知”为先而“行”在后,无“知”不足以“行”。可以说,有什么样的理论才会有什么样的行为。从一定意义上讲,正是思想、理论的产生与演变决定了人类历史的实践进程。

其次,无数事实已经说明,实践如果没有理论的指导将是十分盲目的。多年来,我们对实践中的许多错误做法熟视无睹,就是对此最好的说明。比如在过去,我们的公检法机关内都挂着一幅“坦白从宽、抗拒从严”八个大字的标语。这是我国长期以来极为重要的一项司法政策。几十年了,没有任何人觉察到其中会有什么问题。直到最近才有人提出:这种做法是错误的,因为任何人在法律面前应有其沉默权。有人建议将上述八个字改为“允许沉默,鼓励坦白”。尽管这个具体建议

并没有被人们采纳,但现在许多公检法机关纷纷摘掉了原来的标语,改为“被告人权利须知”。在我们的法律实践中,诸如此类的问题还有许多。可见,没有思想理论的提示,实践中的问题永远也不会得到解决。当然,对实践具有指导意义的法律理论并非完全来自法理学,但它们肯定都属于法理学的研究范围。

法理学是一门综合性学科,它所研究的是法律的一般原理、原则、理念、价值、形式、概念、制度,其重点要解决的正是上述思想理论问题。尽管法理学研究的问题具有抽象性、基础性、一般性的特征,但正因为如此,才确立了法理学在法学诸学科中的统帅作用。如果没有法理学,整个法学将会呈现“三军无帅”的杂乱局面。从另一个角度讲,法理学又是沟通法学诸学科的桥梁,在很大程度上影响着整个法学发展的水平。因此,学习和研究法理学有着十分重大的意义。

首先,学习法理学可以提高我们理论思维(理性思辨)的能力,对我们今后的法律实践工作会有重要的指导作用。可以说,如果没有高水准的法学理论知识,绝不可能成为高水平的法官。

其次,学习法理学可以增强我们的法律知识,扩大我们的法律视野。法理学是法科大学生入门的第一门法律课程,它讲授的是法学的基本概念、基本理论。这些最基础的知识,对于我们进一步学习其他课程有着十分重要的引路作用。再者,法理学涉及的内容广泛而一般,这对开阔我们的法律视野将很有益处。

最后,学习法理学还可以训练我们的法学思维方法和提高我们的法律思维能力。整部法理学很好地实践了法学思维的方法,我们学习法理学就可以学习其方法,分析实际问题,从所以然的角度深刻研究问题。无论是从治学还是从实用的角度看,都是很有意义的。

四、本书编写的宗旨和特色

迄今为止,法理学已呈现许多种类型。现代法理学总的区分可以是两种:一种是理论型法理学(也称法学家的法理学);另一种是实用型法理学(也称法律工作者的法理学)。^①最典型的理论型法理学称作哲理法学,它从深涩的哲学原理出发,运用纯逻辑的推演来论证抽象的法律命题。我们过去的法理学深受其影响,其写法往往是概念套概念、理论推理论,(有人用了一个军事学名词形容这种现象,戏称之为“空对空”)使得法理学成为一种乏味的玄学,让读者觉得高深莫测,兴趣索然。本书决定打破传统的模式,向具有新意的实用型法理学走出第一步。

本书在理论阐述方面力求通俗、浅显、实用、好用、够用并努力贯彻理论联系实际的原则,做到内容浅显、具体、生动,为此,在理论阐述的同时引入了大量的实例

^① [德]伯恩·魏德士著《法理学》,丁小春 吴越译,北京法律出版社 2003 年版,德文版前言。

(包括立法案例和司法案例)和实际问题,并对之进行了内涵深刻的分析和解说。从内容结构上看,本书将尽量使其简洁、明了和实用。首先,本书回避了一般法理学教科书中关于法律史的部分内容;其次,大量压缩了一般法理学中的纯理论部分,只保留法律与正义等几项。再次,尽量加大了实用的内容,除各章的案例分析和实际情况介绍以外,还重点充实了法律要素分析和司法理论(法律适用)的内容。总之,我们想尽力写出一本贴近实际社会生活,为广大大学法律专业的学生、实际法律工作者及初登法学殿堂的读者乐于接受的法理学教科书。

第一章 法律与正义

►[学习目标]

1. 识记:(1)理念正义的概念(2)实践正义的概念与内容
2. 理解:(1)中西正义观的差异(2)法律与正义的联系

正义是人类思想意识中一个永恒的主题,与至善、至美、至尊的含义相同。正义首先是人类最终理想的象征,它体现了人们对人类社会公平、公正、正直、理性的崇高向往。其次,正义也是现实生活中人们经常谈论的话题,人们总是在期待着社会的平等、人权、自由、幸福,但又总是不可得。因为正义总有非正义相伴,古今中外从未中断。面对非正义,人们在永远地呼唤正义,为正义的实现而不懈地斗争。

自古以来正义与法律更是有着千丝万缕的联系,在某种程度上,法律等于正义,这是人们对法律的最高理想。人们期望法律能够积极向上,永远代表一切公正、公平的美好事物。但是,善良的人们也经常感到迷茫。因为所有的人都在讲正义,正义的概念却早已被人们滥用,使正义成了一个普洛透斯式的千面人。什么是正义?从宏观方面讲,正义是法律的基石,法律是实现正义的手段和保障,这个总体结论尽管过于抽象,但应该说是正确的。

正义是最重要的法律问题,但是过去由于极“左”思想的影响,我们的法理学书中从来不谈及。本书将正义问题排在了首位,目的就是为了彰显其绝对不可替代的重要性。不过,正义是个太大的问题,抽象的论述在所难免,这是法理学的本性所决定的。

第一节 正义的概念

正义是一个富有感情色彩的“特大词汇”。正义以及说明正义的各种概念含义甚多、乃至多有冲突与对立,我们在面对很多事件的时候,都擅长用正义这个“大词”来进行评价,那么一旦涉及正义问题,有哪些主要概念会被使用呢?

我们将正义的概念分为两大类:一是理念的正义;二是实践的正义。

第一类:正义、公正、公平、公道、公义、理性、博爱、和谐、人权等。

第二类:自由、平等、权利、稳定、平衡、安全、功利、效率、幸福等。

上面的第一类概念大致是“正义”的同义词或近义词,属于理念正义的范围;

第二类则属于常常被用来说明“正义”内容的具体描述,一种社会制度如果在某种程度上具有了这些属性或这些属性的主要方面,往往就被认为是“合乎正义”的。这些属于实践正义的范围。

一、理念的正义

理念的正义主要表现为思想家对正义理想的描绘,这些描述一般讲都是十分抽象的、纯理论的。一般人对此不容易理解,看不到它的真实意义。实际上,正是这些抽象的描述表达了人们对社会公正的美好向往和崇高敬仰,这就像北斗星一样,永远指引着人们前进的方向。当然,现实生活中有的人从不出远门,他们一辈子也不需要方向感。但是如果人类都没有了方向的意识,人类的生活将不可想象。所以,理解理念的正义观必须从宏观应然的大角度出发,否则很难做到。

(一) 西方的正义理念概述

对正义的思索,滥觞于古希腊的哲学家们,对如何在这个现实世界实现至善、至美的思考。没有比正义更令人类为之流过那么多宝贵的鲜血和痛苦的泪水;没有比正义更令柏拉图、黑格尔等那么多卓越的西方思想家对之苦苦思索;时至今日,正义这个问题仍然像当初那样没有得到圆满的回答,而每个思想家、哲学家在提出自己的正义观的时候,都声称自己的观点是绝对正确的。我们有必要对那些历史上颇具影响的正义理论,做出简要的回顾,看看几千年来,正义的理念在人们心中留下了什么样的观念和产生了什么样的影响。

古希腊思想家柏拉图提出正义就是美德,是人们对至善至美目标的追求。他还指出:正义就是人类行为的最高标准,“公正就是做应当做的事”。所谓“应当做的事”,就是人应该按照客观事物本来面目(理念)去办事。当然,柏拉图所讲的“理念”实际是他主观设计出来的,在《共和国》一书中,他提出了一个有关正义的社会理想。他认为,正义存在于社会有机体各个部分之间的和谐关系之中,柏拉图的政治理想是一个等级而和谐的国家体系:它包括统治等级、辅助等级和生产等级;每个等级的成员都专心致力于本身的工作,不得逾越,而且各等级之间要取长补短、相互合作——这就是柏拉图关于正义国家的理念。对于个人而言,如果理性支配人的志趣和欲望,精神支配肉体,则此人便获得正义的德行。反之,就是不正义的。柏拉图正义观的意义不在于它对政治理念的描绘,而在于正是他,在人类历史上第一个提出了对正义问题的探讨,此“始作俑者”应当受到人们的尊重。

柏拉图的弟子亚里士多德将其师长的理念具体化,他认为正义寓于“某种平等”之中,实现社会平等即是正义。他将正义分为“普遍正义”和“分配正义”,普遍正义意指每个人在社会中都应尽的义务,一种人人平等的义务。而“分配正义”意味着怎样把这个世界上的事物公平地分配给社会成员的一种原则。亚里士多德认为,不同身份和不同地位的人应该按照比例来享受这些政治权利,社会荣誉、财产