



高等学校法学通用教材
GENERAL TEXTBOOKS OF LAW FOR HIGHER EDUCATION

法理学

JURISPRUDENCE

第二版

周永坤◆著





高等学校法学通用教材

GENERAL TEXTBOOKS OF LAW FOR HIGHER EDUCATION

法 理 学

(第二版)

周永坤 / 著

法律出版社

2004 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

法理学/周永坤著. - 2版. - 北京:法律出版社,
2004.3

高等学校法学通用教材

ISBN 7-5036-5250-0

I.法… II.周… III.法理学—高等学校—教材
IV.D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第015190号

法律出版社·中国

责任编辑/吕亚萍

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法律教育出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/18.25 字数/485千

版本/2004年4月第2版

印次/2004年11月第2次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律教育出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939704

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5250-0/D·4967

定价:29.00元

作者简介

周永坤 江苏张家港人。1977年恢复高考制度后进入江苏师范学院政教系,1981年1月毕业留校执教。1995年晋升为教授,现为苏州大学法学院公法原理方向博士生导师。主要著作为《法理学——市场经济下的探索》,南京大学出版社1993年版。代表性学术论文有:《法律责任论》,《法学研究》1991年第3期;《市场经济呼唤立法平等》,《中国法学》1993年第4期;《论行政自由裁量权的司法控制》,《中国法学》1994年第4期;《社会优位理念与法治国家》,《法学研究》1997年第1期;《论宪法基本权利的直接效力》,《中国法学》1997年第1期;《法律经济决定论评析》,《法学》1996年第2期;《错案追究制与法治国家建设》,《法学》1997年第9期;《世界法及法的世界化研究》,载《架起法系间的桥梁》,1996年出版;《论法律的强制性与正当性》,《法学》1998年第7期;《法律——理性和意志的复合体》,《现代法学》1999年第1期;《全球化与法学思维方式的革命》,《法学》1999年第11期;《宪法的变迁》,《江苏社会科学》2000年第3期;《社会的法律与国家的法律》,《法商研究》2003年第2期等等,共一百余篇。

自序

20 世纪 90 年代冷战结束以来,全球化运动加速,诚如江泽民所言:“经济的全球化运动作为世界经济客观趋势,是不以人的意志为转移的,任何国家也回避不了。”^{〔1〕}经济是社会发展的原动力,经济的全球化不可避免地引发生态、政治、文化的全球化。法律全球化作为整体全球化的表现与产物,又是进一步推动整体全球化的动力,在当代已有许多表现。法律的进一步全球化与经济全球化一样是不以人的意志为转移的客观趋势。在全球化的客观背景下,20 世纪 90 年代初我国确立了市场经济方向,1997 年中共十五大又为法治正名,1999 年 3 月 15 日的宪法修正案更将法治载入宪法。至此,我国社会在全球化的宏观背景下正式迈入由农业社会向工业社会、由计划经济向市场经济、由人治向法治的亘古未有的社会转型期。在这种转型过程中,我国社会将不可避免地进一步对外开放、融入国际社会、参与国际竞争,否则只有被日益边缘化。全球化必将带来法律和法治观念的相应变革。

改革开放以来,法理学研究取得了前所未有的,有目共睹的成就。但是从整体上来说,主流法理学,特别是“讲坛法理学”却仍然是在冷战的时代背景下形成的,反映计划经济和人治实践的理论体系。因此,新世纪法理学必须作出相应调整,以全球化眼光来重新审视法律问题、审视自身。作者提出全球视野中的法理学正缘于此。

〔1〕 摘自 1998 年 8 月 28 日江泽民在外交部第九次使节会议上的讲话。见《新华日报》1998 年 8 月 29 日第 1 版。

本书本着解放思想、实事求是的思想路线,在对传统法理学作系统梳理的基础上,进行学科的自我反思,寻找与全球化趋势相契合的、为市场经济和法治建设服务的科学、理性的法理学。作者力图实现几个转换:(1)从“国家法理学”到一般法理学。传统法理学的分析对象仅限于国家法,是片面的国家法理学。本书的分析对象及于各种形式的法律,除国家法以外还有社会法、超国家的法、原始法律和产生中的世界法。(2)从“斗争法理学”到“合作法理学”。传统法理学与阶级斗争为纲路线存在亲缘关系,以主客体思维——把法律看成作为主体的人治理作为客体的人的工具——的产物,这是片面的。法律,起码是现代法律,是主体际关系的产物与调整工具,需要贯彻“主体际思维”、合作思维的方法。(3)从单纯认知性法理学到认知与伦理统一的法理学。法理学属于精神科学,它需要对法律的认识成分,但不止于此。传统的法理学几乎只有法律认知的成分,以研究“法律规律”为目的,这就显得片面(近几年有所好转),法理学需要在认识的基础上对法律作出评价,需要为法律寻找正当性的基础,所以应当有公平、正义的讨论,应当有一般法律规则、原则的设定。(4)从“解释性法理学”到“解释性、规定性法理学”。传统法理学以解释政策、法律为目的,缺乏规范意义,是不完整的法理学。法理学应当具有为立法提供指导与限制、填补法律空白、解释疑难案件、阐述法律方法与技术的规范意义和实用意义。为达此目的,本书大量压缩法史、法社会学和宣传性内容,增加法律方法和技术方面的内容。

为初学者计,本书在体例上作了新的尝试。放弃从抽象的法概念开始的体例,采用先形而下后形而上、先静后动的体例,从法存在论到法本体论,再到法的运作,最后讲法律的宏观发展。

本书内容涵盖了国家教委《法理学教学指导纲要》规定的知识点,同时增加了近年我国法理学研究的新成果以及西方法理学中的经典课题。本书对传统法理学的内容是这样处理的:先予简要的概述,而后予以评价,并提出作者的结论。对于书中繁琐的逻辑推理的过程,初学者可以不予理睬,而留给有兴趣的研究者来批评。

我国以《法理学》为名的书几乎全是教材,且是名家挂帅,大兵团作战。权威是有了,但是学术含量不足也是事实。这造成“讲坛法理学”与“论坛法理学”的严重脱节。据我所知,若非为应付考试,人们是懒得去拜读的。平心而论,这不完全是“重实用、轻理论”的功利观念所致,法理学本身应当认真反思。本书是一本个人专著,书中将与您讨论实践中碰到的真正的法理问题,使法理学真正成为有用之学。当然,这有“王婆卖瓜”之嫌,书中究竟有多少真理、正义、技术,是要读者自己去思考和批评的。作者自知无能力给您一个绝对的真理和正义。

是为序。

作者

1999年9月于苏州大学

寻求法律的精神家园

——第二版序

我是谁？我从那里来？到哪里去？思考这些“无用”的问题似乎是人的专利。但是千万不要小视这些问题，这些问题是人所特有的对自己精神家园的追求，正是这一追求显示出人这个物类的特质。这一追求寄托着人类的理想，她从灵魂深处规约着人类的行为，制约着人类社会与人类的未来。这些问题大多是无法“实证”地回答的，回答这些问题是哲学与伦理学的任务。法律作为规范人类行为的“该当”的规范，它的良恶与精神家园的有无息息相关。法理学的首要任务就在于通过对法律的精神家园的追求而促进法律走向公平与正义。

西方法理学从古希腊开始就以孜孜追求法律的精神家园为己任。古希腊的自然法学思潮将法律的精神归于自然，这个“自然”是自然赋予人类的理性。通过这一逻辑转换，将法律与人的精神相连接。不过这一理性毕竟过于抽象，过于不确定，它的权威性令人怀疑。中世纪法学对这一问题的回答与古希腊罗马没有根本的区别，他们只是为这一精神（理性）寻找到一个远离尘世的、纯净的、高于人的权威的家园：天国的上帝，使理性更具神圣性。如果像康德那样将上帝理解为一个不被人的意志所左右的客观的、精神的存在，这一存在作为最高的、最终的合法性依据，上帝应该是人类一个伟大的创造物。正是他成为人的精神的载体与家园，正是他使人的精神具备了神圣性与至上性。正是在上帝之光的照耀下、借助上帝的权威，西方的法律取得了至上的地位，为现代法治社会的建立奠定了基础。但

是,上帝是容易被滥用的,由于上帝与理性同样是可以装进完全不同的东西的,而且一旦有人垄断了与上帝沟通的渠道,上帝将成为作恶的工具。中世纪的宗教裁判所就是这样的例子。17、18 世纪的启蒙运动对这一弊端进行了清理,再次将法律的精神与人的理性相沟通。与古希腊不同的是,他们力图为理性找到“科学”的根据,因为这时科学取代上帝成为最终最高的精神权威。这一努力的代表作首推享有盛名的鸿篇巨制《论法的精神》。正是在这一精神引导下,法发生了巨大的变革,人们称这一变革为法律现代化,其实质是一次法律精神的历史性的跃进。但是老的问题仍然存在:科学为人类带来福音,同样,试问有多少恶行借科学之名行之?康德从方法论的视角对科学证明理性的能力提出了质疑。他认为价值是不可证明的,只有形式意义的存在才可以证明。他确立了形式理性对于法律的精神引导作用,但是康德并没有将价值交给魔鬼,而是为法律找到比理性更为具体的精神:自由。在康德那里,法律是一个人的自由与他人的自由共存的条件的总和,这一条件的表现就是人的权利。所以康德的法哲学是以权利开篇,以权利终结的。他的权利是世界公民的权利。但是康德的睿智并没有得到足够的重视。当希特勒的恶法以自然法之名大行其道的时候,法理学几乎进入了进退维谷的境地。人们再次想到法律有一些不可违背的原则,必须无条件地遵守。对这一精神的追求就形成了 20 世纪下半叶的轰轰烈烈的人权运动。至此,人们终于认识到,法律的精神蕴于人权,岂有他哉!接下来的努力便是进一步刻画这一精神的维纳斯之像。

中国古代社会的法理思想将法律的精神家园归于一个字:理。中国历史上第一个大法官称为“理官”,中国历代的法律家都试图将法律与“理”相沟通。但是由于中国的理中包含了“天尊地卑”的等级主义与王权主义,它的核心不是人,不是自主的人,更不是人的权利,而是统治人的权力。人是为权力而存在的,对权力的服从是根本的理。因此,这个“理”与实在法的张力便不足,在事涉王权的问题上,理更是与法律合一,与权力合一,导致法律精神的迷失与法律工具主

义的泛滥。这是中国法律劣于西方法律甚至印度法律、伊斯兰法律的一个根本原因。与这一法律相匹配的法理学当然是与法律同构的。基于这一理由,从20世纪30年代开始就有学者主张中国古代没有法学。如果说这一立论有点极端的话,起码秦以后的正统法学是没有精神脊梁的。〔1〕

20世纪初的法律现代化运动的真谛是实现中国法律精神的根本转换:从巩固统治到保障人权。这从清末变法及民国时代法律变革的内容可以清楚地看到:禁革人口买卖,消灭奴隶制;废除刑讯逼供制度,废除非人的酷刑;制定民法典,加强财产权的保护;制定民刑诉讼法,从诉讼程序上加强人权的保护;建立单列的司法机关,成为中立的解决纠纷与保护人权的机构;建立西方式的律师制度。与此同时,在法理学方面也开始学习西方,努力追求法律的精神家园。当然,这一切都带有初创的痕迹。

20世纪下半叶,似乎人类的目标已经确定,剩下的只是践行的问题。人们把自己的一切都交给了权力,相信权力会给芸芸众生带来幸福。法律被作为权力意志改造社会的、可有可无的工具。在前期,法律为阶级斗争的工具,甚至阶级镇压的工具,并将法律向这一方向推进。其结果是几乎导致法律的毁灭——起到其顶点就是人所共知的无产阶级“文化大革命”。在这一过程中,法理学为法律的阶级性与法律的暴力性寻找必然性的根基——经济基础,在论证阶级性法律的必然性的同时证明了现实的阶级特权立法的正当性。其结果是导致自身的毁灭——一个权力意志工具的法律不需要精神,当然更不需要寻找法律精神的真正的法理学。改革开放促使人们对这一法律与法学进行了反省。但是由于法的阶级性这一法宗教学的教条没有改变,法

〔1〕 先秦的儒家思想与汉以后的正统思想存在很大差异。一个重要的差异是理论“范式”的转换。先秦儒家思想的理论结构是“规范”的,而秦以后的正统儒家思想是“论证”的。先秦儒家思想通过对以“仁”为核心的理念的陈述,来规范人——包括统治者的言行甚至思想。秦以后的正统儒家思想则是以儒家的思想体系来论证现存统治的合理性。当然,在少数正直之士那里,儒家思想仍然是规劝帝王的思想工具。

律由阶级斗争的工具变成了发展经济的工具,这无疑是一大进步。但是,法律仍然是没有精神的存在物,它仍然是权力的创造物与实现权力意志的工具。在经过了近 20 年的徘徊以后,中国的法律与法学迎来了精神上的新生。在 1990 年代后期,我国签署了一系列的人权国际公约,同时在立法中也出现了明显的人权导向,中国法律获得了精神的再生。与此同时,非主流的法理学开始呈现人权关注的迹象。

法律的发展过程是一个不断追求自己的精神家园的过程,在这个意义上说,法律的历史刚刚开始,法律绝对没有到消亡之时,法律也永远不会消亡。如果法理学是追求法律的精神家园的学问,那么,法理学正处于青春期;至于中国的法理学则几乎仍处于襁褓之中。

并不是所有自称为法理学的理论都可以称为法理学的。只有寻求法律的精神家园的学问才配此称呼。追求法的精神家园的法理学的基本认识前提就是对权力的不信任,对权力作恶可能的警醒与担忧。在此基础上,将人定法置于价值的天秤之上。这是法理学的基本认识框架。这个价值是承认多元的,以此防止价值独断;这个价值又是相对统一的,这里的统一是指存在某些共同的认知,这些认知同时又是法律实践的规范,它是法律的精神之所在,是不可违背的。违背了它,就是迷失了法律的本真。特别重要的是,这里的价值是建立在所有的人都具有平等的人格这一基础之上的,任何将部分人的人格居于另一部分人的人格之上的假设不是特权就是歧视,为现代法律所不取。也就是说,你所言说的价值可能只为部分人所认同,这并不奇怪;但是,你言说的价值必须将所有的人同样看待,否则你就不是在言说价值,而是在宣传特权或歧视。当年希特勒宣传雅利安人优越的理论就是一例。诚如当代散文大家唐德刚先生所言:人总是人,正如狗总是狗,猫总是猫。猫种虽有不同,但所有的猫都捉老鼠,狗种虽有不同,但所有的狗都摇尾巴。“人种虽有不同,人类的行为却有其相通之处;其社会组织,因而也有其类似之处。”^{〔2〕}正基于

〔2〕 唐德刚译注:《胡适口述自传》,华东师范大学出版社 1993 年版,第 274 页。

此,法理学可以有不同的,但是法理学有一些基本的原则是不能放弃的,那就是对人的尊重,对所有的人的人格平等的承认。法理学应当拒绝以任何标准将人分成“自己人”和“外人”。法律没有敌人,否则就不配称法理学。

对于我们置身于其中的法理学,我想借用新康德主义者拉德布鲁赫反思德国法理学所讲的一句话:“难道还没有从我们身上,从我们经历的灾难,从可悲可叹的自傲、刚愎自用——自以为是,从世界史的巨大变迁中学会点什么吗?”^{〔3〕}同样,德国当代法理学教科书上的一句话也是不无教益的:“科学认知的可靠性及其成果对社会的有用性在很大程度上取决于科学自身是否有能力并准备着认识并纠正自身的弱点和缺点。”^{〔4〕}只有经历过巨大的历史创痛的民族、只有具有自我反省能力的民族、只有对科学与正义充满敬畏的民族才会有此振聋发聩之论。

那么,我国法理学的弱点是什么?可以用一句话来概括:缺乏对法律精神的追求!

首先,我国法理学的定位是科学,它的目标是寻找规律而不是正义,它的基本理论框架是描述法的实在而不是寻找应然的规范。因此它不是规范科学。这样的法理学使人成为法律史长河中的泡沫,成为体现规律的客体。其次,这一法理学是缺乏作为类的、一般的“人”这一概念的,而只有阶级的人、对立为你死我活的两个阵营的人。这一理论作为批判那些行尸走肉式的法律是有意义的,但是,以此作为建构法律的理论基础就将导致法律精神的迷失。这在思想史上是不乏其例的。当以空间为畛域把人分成自己人和野蛮人的时候,对野蛮人不用法律,中国古代的夏夷之辩是其例;当以人种为标

〔3〕 拉德布鲁赫语,转引自〔德〕阿图尔·考夫曼:《古斯塔夫·拉德布鲁赫传——法律思想家、哲学家和社会民主主义者》,舒国滢译,法律出版社2004年版,第23页。

〔4〕 参阅〔德〕伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春等译,法律出版社2003年版,第360页。

准区分自己人和外人的时候,对非我族类的人不用法律,希特勒是其典型;当以意识形态为标准将人分成自己人和外人的时候,对不信我的神的人不用法律,中世纪的十字军东征是其适例;当以阶级为标准把人分成人民和敌人的时候对敌人不用法律,中国的文化大革命是其典型。更为严重的是,其结果不仅仅是对“非我的人”不用法律,而是最终对所有的人不用法律。因为你是“自己人”还是“外人”是由权力说了算的,是没有标准的、是任意的。

在鄙视理论的今天,拙著出版以后得到读者的厚爱,三次印刷均告售罄,这是始料未及的。这也许表明了读者对本书从一般人出发的平民精神的首肯;也许表明了阶级性法理学将最终淡出中国的法理学;也许表明中国的法理学正悄悄地发生着质的变革,这一变革的核心是放弃将人等级化的法律模式而最终将法律的正当性建立在所有人的平等的人格之上。这次的修改是围绕法律的精神家园——正义、人权而展开的。主要在三个方面:一是以人权为精神对理论进一步完善,增加了人权与主权一章;二是增加了一些内容,特别是增加了一些注,以便于阅读,同时深化认识本身;三是纠正了初版的一些失误包括笔误。

是为序。

周永坤

2004年2月6日于苏城乐思斋

目 录

绪 论

第一章 法学和法理学·····	(3)
第一节 法 学·····	(3)
第二节 法 理 学·····	(27)

第一编 法 存 在 论

第二章 法律渊源与分类·····	(41)
第一节 法律的一般渊源·····	(41)
第二节 当代中国法律渊源·····	(54)
第三节 法的分类·····	(76)
第三章 法律体系·····	(84)
第一节 法律体系及其历史·····	(84)
第二节 中国现行法律体系·····	(89)
第四章 法律效力·····	(100)
第一节 法律效力及其效力范围·····	(100)
第二节 法律位阶·····	(114)
第五章 法律关系·····	(126)
第一节 法律关系释义·····	(126)
第二节 法律关系主体·····	(133)
第三节 法律关系客体·····	(139)

第四节 法律关系的产生、变更和消灭	(142)
第六章 法律文化	(146)
第一节 法律文化的概念	(146)
第二节 法律文化的类型	(148)
第三节 法律意识	(155)
第七章 法的作用	(160)
第一节 法的作用概述	(160)
第二节 法律的规范作用和社会作用	(166)
第三节 法律作用的限度	(171)
第八章 法律与社会	(174)
第一节 法与经济	(174)
第二节 法与政治	(183)
第三节 法与道德	(190)
第四节 法与宗教	(199)

第二编 法 本 体 论

第九章 法律要素	(207)
第一节 法律要素释义	(207)
第二节 法律概念	(210)
第三节 法律规则	(212)
第四节 法律原则	(218)
第十章 法律价值	(222)
第一节 法律价值释义	(222)
第二节 法律与秩序	(225)
第三节 法律与正义	(228)
第十一章 权利、权力和义务	(243)
第一节 权利、权力和义务的概念	(243)
第二节 权利、权力和义务三者间的关系	(255)

第十二章	人权与主权	(264)
第一节	人 权	(264)
第二节	主 权	(274)
第十三章	法律责任	(282)
第一节	法律责任的概念	(282)
第二节	法律责任的构成	(289)
第三节	法律责任的实现	(299)
第十四章	法律的概念	(302)
第一节	法律的本质	(302)
第二节	法律的基本特征	(335)

第三编 法 运 作 论

第十五章	法律的生成	(349)
第一节	法律生成概说	(349)
第二节	法的制定	(354)
第三节	法律整理	(375)
第十六章	法律的实现	(379)
第一节	法的实现的概念	(379)
第二节	守 法	(381)
第三节	执 法	(384)
第四节	司 法	(386)
第十七章	法律解释与法律推理	(395)
第一节	法律解释的概念	(395)
第二节	法律解释规则与方法	(407)
第三节	当代中国法律解释体制	(417)
第四节	法律推理	(430)
第十八章	法律程序	(437)
第一节	法律程序概说	(437)

第二节	立法程序·····	(443)
第三节	行政程序·····	(449)
第四节	诉讼程序·····	(452)
第十九章	法的安定与监督·····	(457)
第一节	法的安定·····	(457)
第二节	法的违犯·····	(468)
第三节	法律监督·····	(473)
第四节	司法审查·····	(479)

第四编 法 发 展 论

第二十章	法律的起源·····	(491)
第一节	法律起源的论争·····	(491)
第二节	原始社会和原始法·····	(496)
第二十一章	法律的发展·····	(504)
第一节	法的发展概说·····	(504)
第二节	法律发展的时代与阶段·····	(516)
第三节	法律消亡与世界法·····	(530)
第二十二章	法 治·····	(542)
第一节	法治的概念·····	(542)
第二节	建设法治国家·····	(551)
后 记	·····	(563)