

法理学原理

The Principles of Jurisprudence

苏晓宏 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



014004144

D903
22

法理学原理

The Principles of Jurisprudence

苏晓宏 著



D903
22



北航

C1690764



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法理学原理/苏晓宏著. —北京:法律出版社,
2013.8

ISBN 978-7-5118-5292-2

I. ①法… II. ①苏… 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(2013)第200491号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/720×960毫米 1/16
版本/2013年9月第1版

印张/23.25 字数/405千
印次/2013年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5292-2

定价:42.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

04
24
02
22

代数新法
本原的代数学
图论的代数学
群论五的代数
群论新法

原理一 每个人都追求平等

的苏春不县土籍新法入,代行丁制 三原新 1

法律平等的两重境界

代行新考 3

法 治

余特法代行 5

法治的含义源流

余特法代行 5

法治与法制之辨

余特法代行 7

法治的要素

法 9

法治的原则

由原法 10

法治生成的要素

特法法 11

法治的推进

法 13

法治的民主基础

法法法 14

原始民主制

集特法代行 15

古代民主制

代法新 16

近代民主制

系关系 16

当代民主制

政种系关系 19

新型民主制

系关系关系 20

法治与民主的关系

法变已为系关系 20

17

集特法代行

原理二 法律作为一种规范其作用在于强制和权威

25

法律是调整人的行为的社会规范

立商入代出,立商入由新法 四原原 27

法律是以强制性实现其功能

人商味宝博寒国由新 29

法律的功能

新法法系系国由新 30

法律规范行为的功能

特法新三商由新 31

法律调控社会的功能

系五;系一 34

法律功能的辩证认识

特法;系一 35

法律效力	37
法律效力的层次	40
法律效力的范围	45
法律的正当性	50
法律信仰	52

原理三 除了行为,人在法律上是不存在的

法律行为	59
行为内在部分	59
行为外在部分	60
法律行为种类	61
守法	63
守法理由	63
守法条件	64
违法	65
违法构成	69
违法行为种类	71
法律能力	72
法律关系	73
法律关系特征	74
法律关系要素	75
法律关系形成与变化	76
法律事实	77

原理四 法律由人而立,也为人而立

法律由国家制定和确认	85
法律的国家意志属性	86
法律形成的三种途径	89
第一途径:立法	90
第二途径:判例	95

第三途径:习惯	105
法律由人而立	107
立法者	107
法律为人而立	108
对立法对象的人性考察	109
影响立法的诸因素	110
宗教因素	111
政治因素	113
思想因素	114
科技因素	115
原理五 法律是最低标准的道德	119
法律的最低限度	121
道德对于法律的功能	122
道德对于法律的效力	123
法律与道德的界分	123
法律最低限度的价值标准	127
社会正义	128
社会秩序	132
人的自由	134
人权	139
法律价值及其冲突解决	146
优位原则	146
平衡原则	147
比例原则	147
原理六 没有无权利的义务,也没有无义务的权利	151
权利义务	153
权利和义务的关系	154
权利和义务的意义	156

权力和职责

法律责任

构成要件

责任归结

责任免除

法律要素

法律概念

法律原则

法律规则

法律渊源

制定法

判例法

习惯法

法理

国际协定和条约

法律体系

法律部门

中国特色法律体系

881

原理七 徒法不能自行

881

执法制度

执法主体

执法原则

执法种类

司法制度

司法性质

司法功能

司法正义

司法运行原则

司法体制

裁决制度

附则: 附录 158

立两人由 161

卷 162

立两人氏 165

卷卷村人伯原社 166

素因新由立 167

素因 168

素因 168

素因 171

素因 173

174

卷卷的新村由景新 174

174

卷卷册景 174

卷卷册景于 174

卷卷册景于 176

卷卷册景于 177

卷卷册景于 179

文五金 183

卷卷 183

卷卷 185

卷卷 186

卷卷 187

卷卷 190

卷卷 192

卷卷 192

卷卷 194

卷卷 195

卷卷 198

卷卷 205

卷卷 208

裁决内容	209
裁决理由	209
裁决形式	210
调解制度	211
陪审制度	213
法律监督制度	213
我国现行法律监督制度体系	214
原理八 语言之外没有法律	217
法律的语言	219
语言对法律的重要性	219
法律语言的来源	221
法律语言的要求	222
法律语言的不精确性	224
语言与解释	225
法律语言的运用	229
法律推理	229
法律解释	234
法律证立	251
原理九 社会是不断发展的,法律也不可能穷尽	257
法律的微观完善形态	259
判例汇编	259
法律编纂和重述	260
修改	261
清理和废止	262
立法解释	262
法律续造	263
漏洞补充	263
利益衡量	267

不确定概念的价值补充	268
法律移植	268
移植动因	269
移植路径	270
移植条件	271
法系	273
法系划分	273
两大法系	274
比较法	279
法律的起源	281
法律起源理论争论	281
法律起源条件	282
法律起源规律	283
法律发展走向	286
法律历史类型	286
法律继承	289
法律现代转型	291
全球化与法制转型	291
国际法治	294
基本属性	295
基本功能	296
发展趋势	297
未来法律——世界法理想	302
原理十 法律没有标准答案	307
法律思维活动	309
自由裁量	311
事实自由裁量	312
法律自由裁量	314
自由裁量表现形态	318
自由裁量限制	320

自由裁量思维逻辑及方法	325
法学流派之争	331
自然法学派	332
规范法学派	341
社会法学派	344
其他法学派	346
主要参考文献	353
后 记	361

原理一

每个人都追求平等

平等,是每一个人追求的目标,也是法律要实现的目标。人们通过法律来追求平等。

法律一词,其基本含义有二,一是表明一种规则,二是具有普遍一律性。对所有的人在法律规则面前的普遍一律的适用就表明这一种平等。法律之下的平等须以法治的面目出现,法治是人们对于平等追求的必然结果,而法治的基础和前提在于民主,民主成为法治的力量源泉,也是确保人的平等性的基础条件。

人是天然平等的,但又是天然不平等的。说天然平等,是因为每个人都是圆颅方趾相差无几,本质上是相同的。说不平等,是因为每一个人都不同,世界上没有两个完全一模一样的人,在高矮、胖瘦、美丑、强弱、男女、智愚上都不相同,因而在自然意义上是不可能平等的,而自然意义上的不平等可能会造成社会意义上的不平等,只有通过法律才能拉平这些差距,实现平等。世界各国都在宪法和其他法律中明确法律面前人人平等的法律原则。

法律平等的两重境界

法律一词,其基本含义有二,一是表明一种规则,二是具有普遍一律性。法律上的平等有两个境界:

第一是法律规定前人人平等:这一点是在所有时代都可以实现的,即便是在奴隶社会中,只要法律规定了自由民和奴隶不同的权利和义务,两者在这一法律面前就是平等的。王子犯法与庶民同罪,只要法律规定王子这样做不算犯法,庶民这样做就是犯法,那么王子和庶民在适用这一法律规定时也可以说是平等的。

第二是法律地位上人人平等:这只有在近现代的法治条件下才能真正实现,也才是真正意义上的法律面前人人平等。

当今世界上各个国家大多在其宪法和其他具体法律中规定了法律面前人人平等的法律原则,但是这一原则究竟是在第一层意义上理解还是在第二层意义上理解似有不同。

为什么说“每个人都追求平等”是法学第一原理?因为平等是人的本质属性,一个人只有和别的人相一致相平等,他才是一个真正意义上的人,否则他可能就是一个奴隶,尽管空具有一个公民的名称,因此,平等造人——平等创造了“人”的概念,所以《世界人权宣言》第1条就明确:“人人生而自由,在尊严和权利上一律平等。”只有平等才能给人尊严,只有平等人在法律上的权利才能是一致的。实现了平等,就客观上显示出正义和公平,因此法律作为正义的记载和化身,首先就是要确认和保障人在法律地位上的平等,并帮助人们实现其人的权利、体现其人的尊严、反映出人与人之间的正义。

由于自然而生的人在面貌、体格、性别、种族、肤色、智力等各方面都是不同的,先天上是不平等的,进而又有着各自所处的地域位置、生活环境、历史文化、社会体制的差别,可能由此造成后天的即社会意义上的不平等。但是人追求平等的意愿是相同的,人与人之间作为一个个体的本质属性是一致的,因此法律就需要保证人的平等。法律保证人的平等的手段就是提出普遍性的相同标准并在特定的条件下通过划定一些相对的标准来拉平人与人之间由于各方面的不同所产生的差距,首先确认每个人在法律地位上的“平等”,进而形成每个人在法律权利上的平等。之

所以人有追求平等的意愿和目标,因为“人人生而自由”,每一个人都是自由的独一无二的个体,他知道自己与别人之间的差异,于是可以在平等的前提下接受或者放弃其权利,即承受社会中一定程度的“不平等”,所以所谓法律上的平等一定是法律地位上的平等而不仅仅是法律规定上的平等。

因为平等是由人际关系人际比较而出现的范畴,必定涉及两个方面的要素:一方面是人,另一方面则是分配给人的东西。因此,什么是平等的,如何将利益责任等分配给人才是公平正义的,需要通过一定的标准加以观察评价。但是现实中的难点就在于这一标准不易达成统一,经常是有差异甚至是冲突的。根据学者的研究,这些标准中常用的并分别在不同时期被采用过的标准有:

(1)对每个人同样的对待;(2)对每个人根据优点的对待;(3)对每个人根据劳动的对待;(4)对每个人根据需要的对待;(5)对每个人根据身份的对待;(6)对每个人根据法律权利的对待。

综上所述,因为平等和追求平等是人的本性和意愿,因此法律就应当反映并帮助人们实现这一目标。

■ 文献选读

平等使人爱好自由

[法]托克维尔:《论美国的民主》(下卷),董果良译,

商务印书馆1988年版,第838页。

使人各自独立的平等,也使人养成只按自己的意志进行个人活动的习惯和爱好。人在与自己相等的人往来当中和作为个人的生活习惯而永远享有的这样完全独立,使人对一切权威投以不满的目光,并很快激起关于政治自由的思想 and 对于政治自由的爱好。因此,生活在这个时代的人,都沿着一种引导他们走向自由制度的自然趋势前进。请你随便找一个人问一问,如果可能,你再研究他的最主要本能,你会发现在各种各样的政府中,他首先考虑的和给予最高评价的政府,是由他选举首脑并由他监督首脑行动政府。

在身份平等所产生的一切政治效果中,首先引起人们注目的和使胆怯的人最害怕的,就是对独立的这种热爱。我们不能说这种恐惧是完全错误的,因为无政府状态出现在民主国家比在其他国家更令人害怕。由于公民之间没有任何直接

影响,所以一旦使公民们各得其所的国家政权不复存在,混乱状态就必然立即达到顶峰,公民们各自东西,社会组织马上化为灰烬。”

■ 法治

如何才能实现和保障人的平等?光从观念本身确定是没有意义的,需要有相应的制度上的保障。既然人们是通过法律来体现和实现平等,法律之下的平等就必然以法治的面目出现,法治是人们对于平等追求的必然结果。法治体现出的平等观念的根本基础在于,人不是被法律所统治和奴役的工具,而是人通过法治实现了人的自身的目的,人成为自己的主人,按照西方的法治理论,人是在同意的条件下接受政府的统治,人在法律上是平等的。

□ 法治的含义源流

法律是由国家创制的,国家创制法律最大的目的是通过法律的使用规范人们行为,调整社会关系,国家使用法律的这种行为在国家的发展过程中体现为一种国家的管理方式和治理方式,这种治理方式由于国家对法律在社会生活中的地位认识的不同产生了人治与法治两种不同的使用理念和治理模式。在人治的治理模式下,法律被视为国家治理的辅助手段和工具;在法治的治理模式下,法律被认为是国家用于治理的最高依据,同时法治也反映了国家使用法律的限制。

法治意谓法律统治,以法而治或依法而治。“法治”一词自古就有,几千年来人们分别从不同角度加以理解,概括起来,主要反映了两个不同的层面。

其一,主要是指一种治国方法,主要是把法看作一种治理国家的工具和手段,是与入治作为手段相对立的概念,在这个意义上的法治,是以法而治。

其二,则是特指在民主基础上形成的与专制相对立的一个立国、治国的根本性原则,即依法而治,这是在近现代才形成的。依法治国理念的内核就是法治。

古代意义的法治主要是与人治对立的治国方略。早在两千多年前的古希腊就产生了法治与人治之争。所谓人治就是由社会上贤明的人进行统治。柏拉图就主

张实行贤人政治,认为由哲学家的统治是最好的统治。而亚里士多德第一个明确提出“法治应当优于一人之治”。他认为“法治应包含两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该是良好的法律”。法治是代表理性的统治,而人治则难免使政治混入兽性的因素,即使贤人统治也不能免除;法治是以民主共和政制为基础,有助于消除少数人的腐败;法治包含了平等、自由、善德等社会价值。应当说亚里士多德的法治思想在某种意义上最为接近近现代法治观念的精髓,对后世有着深刻的影响。

在中国,春秋战国时期的法家也提出过法治的治国之策,这在古代典籍中也有记载。《管子·明法》,“以法治国”;《商君书·更法》,“据法而治”;《慎子·君人》,“事断于法”;《韩非子·饰邪》,“以法为本”。应当说,法家主张的法治思想在建立统一的中央集权国家的过程中起过相当重要的作用,在中国思想史上也有一席之地。但随着儒法之争以儒家胜利、“儒法合一”而告终,汉以后儒家学说成为封建社会的正统思想,从此人治思想一直是被奉行的政治理论,法治观念则成为其附属品,表现在理论上主张“为政在人”,“法者,治之端也;君子者,治之原也”。而人治思想又与礼治、德治思想相结合,德主刑辅的思想主宰了中国法制文化几千年。

近现代意义上的法治是资产阶级思想家在反对封建专制的过程中提出来的,其思想渊源虽可上溯到亚里士多德,但并非其法治主张的简单复制。古代思想家侧重于把法律作为一种手段和工具,作为一种治国策略,而资产阶级的法学家、思想家则把法治建立在民主、自由、平等、人权基础上,作为一种立国、治国的根本性原则。

启蒙思想家们无一不是从法治的角度来论述国家权力的来源与统治的。最为明确提出法治(rule of law)概念的是英国思想家戴雪,他认为法治应当包含排除专断,法律至上,各个阶级、阶层在法律面前一律平等的基本原则。美国法学家富勒则进一步提出了法治应具有八项原则:法律的普遍性,法律要公布,法不溯及既往,法律要明确,避免法律中的矛盾,法律不应要求不可能实现的事,法律要有稳定性,官方的行为要和法律一致。

值得指出的是法治(rule of law)不仅仅是指依法而治(rule by law)。哈耶克认为,法治是指政府在一切活动中都须合法,但是如果有一条法律可以使政府机构享有想做什么就做什么的无限权力,那么它的一切行为都可以说是合法律,这显然不是法治的本义,因此法治并非仅是依法进行统治,而是关于法律应当是什么的规则,这是一个元法律原则(a meta-legal doctrine)或者是一个政治理想,只有立法者感觉到这种元法律原则的约束时,法治才会发生效力。

■ 文献选读

元法律原则

[英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,

生活·读书·新知三联书店1997年版,第260~261页。

首先,我们必须强调指出的是,由于法治意味着政府除非实施众所周知的规则以外不得对个人实施强制,所以它构成了对政府机构的一切权力的限制,这当然也包括对立法机构的权力的限制。法治是这样的一种原则,它关注法律应当是什么、亦即关注具体法律所应当拥有的一般属性。我们之所以认为这一原则非常重要,乃是疑问在今天,人们时常把政府的一切行动只须具有形式合法性的要求误作为法治。当然,法治也完全以形式合法性为前提,但仅此并不能含括法治的全部意义:如果一项法律赋予政府以按其意志行事的无限权力,那么在这个意义上讲,政府的所有行动在形式上就都是合法的,但是这一定不是法治原则下的合法。因此,法治的含义也不止于宪政,因为它还要求所有的法律符合一定的原则。

从法治乃是对一切立法的限制这个事实出发,其逻辑结果便是法治本身是一种绝不同于立法者所制定之法律那种意义上的法。无疑,宪法性规定(constitutional provisions)可以使侵犯法治变得更加困难,也可能有助于阻止普通立法对法治的非故意侵犯。但是,最高立法者(the ultimate legislator)绝不可能用法律来限制他自己的权力,这是因为他随时可以废除他自己制定的法律。法治(the rule of law)因此不是一种关注法律是什么的规则(a rule of the law),而是一种关注法律应当是什么的规则,亦即一种“元法律原则”(a meta-legal doctrine,亦可转译为“超法律原则”)或一种政治理想。然而需要指出的是,法治只在立法者认为受其约束的时候才是有效的。在民主制度中,这意味着除非法治业已构成了此社会共同体之道德传统的一部分(亦即那种为多数所信奉且毫无疑问地接受的共同理想),否则它就不会普遍有效。

□ 法治与法制之辨

法治与法制这两个概念相当近似但又有着实质区分。近现代意义上的法治是民主基础上的法治,是以奉行法律至上为前提的法治原则,这一原则把法看作国家权力的来源,是建立法制的根本性依据。因此,就一般意义而言,有法制不一定有法