

面向“十二五”高等院校应用型人才培养规划教材

法学原理

THE PRINCIPLE OF JURISPRUDENCE

侯 纯 武红羽 主编

中国铁道出版社
CHINA RAILWAY PUBLISHING HOUSE

面向“十二五”高等院校应用型人才培养规划教材

法学原理



THE PRINCIPLE OF JURISPRUDENCE

侯 纯 武红羽 主编

张 明 曹艳春 刘立霞 李明芳 副主编

中国铁道出版社
CHINA RAILWAY PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法学原理 / 侯纯, 武红羽主编. —北京: 中国铁道出版社, 2011. 8

面向“十二五”高等院校应用型人才培养规划教材
ISBN 978-7-113-13305-4

I. ①法… II. ①侯…②武… III. ①法学—高等学校—教材 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 149034 号

书 名: 面向“十二五”高等院校应用型人才培养规划教材
法 学 原 理

作 者: 侯 纯 武红羽 主编

策划编辑: 曾亚非 电话: 010-51873014 电子信箱: book@tdpress.com
责任编辑: 夏 伟 尚世博
封面制作: 白 雪
责任校对: 汤淑梅
责任印制: 李 佳

出版发行: 中国铁道出版社 (100054, 北京市宣武区右安门西街 8 号)

网 址: <http://www.tdpress.com>

印 刷: 北京市昌平开拓印刷厂

版 次: 2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷

开 本: 787 mm×1 092 mm 1/16 印张: 16.75 字数: 392 千

印 数: 000 1~4 000 册

书 号: ISBN 978-7-113-13305-4

定 价: 32.00 元

版权所有 侵权必究

凡购买铁道版图书, 如有印制质量问题, 请与本社教材研究开发中心批销部联系调换。

电话: (010) 51873170

打击盗版举报电话: (010) 63549504

前言

法学原理
The Principle of Jurisprudence *Preface*

呈现在读者面前的这本《法学原理》教材系由燕山大学文法学院法学系集体编写,以注重基础、梳理通说为目标,以期将法学专业的学生导入法学理论之门,为系统理解法律职业、学习法律技能、掌握法律思维、运用法律方法作好准备。

法属于人类自由、自治和自律的领域,是人类为适用于社会生活的需要而制定的重要规则。法学就是关于法的起源和发展、现象和本质的理解和解释。为了解答让人困惑不已的一系列法律问题,就出现了百家争鸣的各种法学理论。法学自发韧于古希腊、罗马以来的几千年中,先后形成了开始从人的眼光来探究法律的自然法学,基于历史实证主义立场的历史法学,以及严格地以实在法为研究对象的分析法学等一些重要的学派。

“法学”的拉丁文 Jurisprudentia,在公元前 3 世纪末的罗马共和国时代即已出现,德文、法文、英文以及西班牙文等,都在 Jurisprudentia 的基础上,各自发展出了指称“法学”的语汇,并在其中愈益厚重地积淀了人们对法律的认知和寄托。中国的法学起源于春秋战国时期。先秦时期关于法律问题的学问被称为“刑名法术之学”。我国的“法学”一词最早出现于南北朝时代,其含义接近于始于汉代的“律学”——对现行律例作出的注释。现代意义上的“法学”一词则来自日语。1868 年,日本法学家津田真道首次用“法学”移译英文 Jurisprudence, Science of Law 以及德文 Rechtswissenschaft 等词,并对之作了详细说明。“戊戌变法”运动前后,该词传入我国。

法学一般可分为理论法学和应用法学。理论法学,又称基础法学,是从总的方面探求法学研究对象的各种基本概念、基本原理、基本原则和基本规律的法学分支学科的总称。中国法律院系为这个学科开设的课程称为法学基础理论,简称法理学。而与法理学非常接近又有微妙差别的法哲学,英国《哲学百科全书》中对此给出了一个精当的诠释,即“法哲学是关于法律的普遍本质的思考”,它所关心的不是法律的知识(knowledge),而是法律的思想(thought)。应用法学,通常是指研究现行法律、法规并注重将研究成果在实际中加以运用的法学分支学科,其研究对象主要是法律实际生活中的经验材料,比之理论法学更具实践性,是理论法学的具体化,也是理论法学的资料渊源。

我们编写的这本《法学原理》力图简明扼要地介绍法理学的基本框架、基本概念、基本理论,同时兼顾法学的实践品格,旨在引导学生步入法学理论体系的门径,并注意营造倡导多元化的学习和思考的氛围,以使学生在接受法学专业的基本理论熏陶的同时,也保持一份向自然科学、社会科学、人文科学,向一切学问和知识开放的心态。

本书的具体分工如下:侯纯,第1章;武红羽,第2章;马向,第3章;陈胜,第4章;扈春海,第5章;王秀玲,第6章;曹艳春、李兴涛,第7章;陈海平,第8章;李明芳,第9章;钱洪良,第10章;司景辉,第11章;刘立霞、吕剑钊,第12章;张明,第13章;王建洲,第14章。

以上参编人员,大多结合了各自的教学与科研,在编写的章节中融入了自己的心得,虽然已经尽量按照编写的要求组织统稿,但仍没能使全书在逻辑结构上自洽无碍,这固然是因为法学理论界原本就充满了学术争鸣,在学派林立的观点中对通说作出毫无偏差的取舍,并将其融会贯通于一个统一的理论体系已经远远超出了编者的学识,这一点敬请采用、阅读本教材的师生留意,并希望对其中的疏忽与讹误给予严厉的批评。

该教材编写得到中国铁道出版社领导和编辑同志以及燕山大学各级领导大力支持与帮助,在此一并表示谢意。该教材是河北省高等学校教育规划项目“面向‘十二五’高等院校应用型人才培养需要的人文社科通识课程教材建设与研究”(主持人:刘邦凡)的成果之一。

编 者

教学建议

课程简介

本课程是为法学专业本科学生开设的基本理论课程,讲授法学的一般理论、基础理论和方法论,使学生熟练掌握基本的法律范畴和法律概念,其目的是为法学专业学生学习具体部门法打下扎实的理论基础。本课程的主要目的是培养学生掌握法和法学的一般原理、基本的法律原则、基本概念,提供学习法律的入门知识,提高学生的理性认识能力和法律智慧,培养学生的法律推理能力和理论抽象能力,培育学生健全的法律人格与品质。

选课建议

本课程既是法学专业教育的基本课程,也是一门向自然科学、社会科学、人文科学等学问和知识开放的学科。本课程适合法学、政治学、行政学专业学生在先修课程(相关的哲学、政治学、经济学、社会学等课程)基础上,进一步提高理论和实践的综合能力,可为所有法律后续课程打下良好的基础,并与它们共同构成法律专业的完整知识体系。

与本课程有密切关联的后续课程包括各部门法学、法学方法论、比较法学、中国法制史、外国法制史、西方法律思想史等。

课程任务和教学目标

主要围绕法理学展开的法学原理不仅是法学的基础,更是法学的方法论,其研究包含在一般法中的普遍问题和根本问题,论述法学的基本原理和基本观点,说明法律现象与其他社会现象的关系,是学习与研究法学的基础。法学原理对各部门法学提供理论支撑和理论渊源,是法学中的理论学科;法学原理是法学中的宏观学科,对充分发挥法学在国家生活的特殊功能与作用,对提高法学的地位有直接意义。法学原理是法学的基础理论、一般理论和方法论,在整个法学体系中居于基础、核心地位,在法律人才培养中具有基础性地位、奠基性作用。

课程基本要求

《法学原理》旨在引导学生通过独立思考、自主学习进入到法学体系的殿堂,为此应引导学生广泛阅读相关的法学理论著作(泛读),运用法律思维方式关注并解读民众生活中的各种涉法事件(案例分析),以使学生在掌握法理学基本知识理论的前提下,提高法律思辨能力,并使学生学会运用法学基础理论分析、解释和解决部门法与法律实践中的各种问题。同时,倡导学习方法和研究思路的多元化,培养学生更多关注“动态的法”,最大限度地扩展学生的理论视野和实践知识。

□ 教学内容、学习要点及课时安排

教 学 内 容	学 习 要 点	课时安排	
第 1 章 法学研究与法学理论	①掌握法学理论的一些基本概念 ②学习法学的思维方式 ③理解法学的研究对象 ④了解法学的历史 ⑤掌握法学的基本研究方法	6	2
第 2 章 法的概念	①通过对法的定义的分析,初步理解法 ②理解法的本质 ③了解法的特征 ④了解法的规范作用和社会作用,并认识法的局限性	4	2
第 3 章 法的要素	①理解法的要素、法律规则、法律原则、法律概念的含义,理解法律规则和法律原则的区别 ②了解西方法理学中几个关于法的模式的有代表性的学说 ③掌握法律规则、法律原则、法律概念的分类 ④理解法律规则的逻辑结构 ⑤理解法律原则的作用和适用规则	4	2
第 4 章 法律体系	①理解法律体系的概念特征 ②理解法律体系概念所包含的意义 ③理解部门法划分标准的不同主张 ④理解有中国特色社会主义法律体系的构成	2	2
第 5 章 权利与义务	①掌握权利与义务的概念、权利与义务的分类、权利与义务的关系 ②理解权利与权力的关系、权利与义务在法律中的地位 ③了解权利与义务概念的代表性学说 ④能够运用权利与义务的原理分析相关的案例	6	4
第 6 章 人权	①理解人权的概念、理解人权的主体、人权的本质 ②理解和掌握多元化的人权制度 ③理解“人权”与“法律”的相互关系 ④认清马克思主义人权观与西方人权观的原则界限 ⑤领悟我国政府关于人权问题的基本观点	4	2
第 7 章 法律责任	①深刻理解法律责任的概念与本质、理解法律责任的构成要件与法律责任的种类 ②理解和掌握法律责任的认定与归结的含义 ③理解法律责任的认定与归结的原则、免责的条件 ④理解法律制裁的概念与法律制裁的分类	4	2
第 8 章 法律程序	①深刻理解法律程序的概念 ②充分认识法律程序的特征 ③全面了解法律程序的分类 ④深入领悟法律程序的作用 ⑤坚定认同法律程序的价值 ⑥培塑正当法律程序的意识	4	2
第 9 章 法的发展	①了解法律发展的概念 ②重点掌握法律发展主体和法律发展途径 ③了解法律发展的资源与法律全面进步的条件	4	2
第 10 章 法的运行	①深刻理解立法、守法、司法、执法的概念 ②理解和掌握立法、守法、司法、执法的特征和基本原则 ③熟练掌握立法的程序、立法体系、司法体系等基本理论知识 ④领悟守法构成要素、守法的理由、司法独立 ⑤学会运用理论知识分析守法的精神、良性违法的处理	4	2

续表

教 学 内 容	学 习 要 点	课时安排	
第 11 章 法律方法	①理解并逐渐掌握用法律思维方式思考、分析、解决社会问题 ②了解各种具体的法律解释方法 ③了解法律推理的过程及方法	4	2
第 12 章 法的价值	①深刻理解法的价值的概念,理解法的价值的特性,冲突、整合和分类 ②理解和掌握秩序的释义和法对秩序的维护作用 ③理解自由的基本属性和特点、法对自由的确认和保障。因为要保证主体的地位及活动就必须对自由进行了解 ④掌握和理解正义与法律的相互作用关系	6	4
第 13 章 法治与法治国家	①深刻理解法治的基本含义 ②掌握法治与法制、人治和德治的区别 ③理解法治的理念和基本原则 ④熟悉法治的经济、政治和文化基础 ⑤深刻理解法治在制约国家权力方面的作用 ⑥了解我国法治建设道路模式选择以及我国社会主义法治建设需要解决的问题	6	4
第 14 章 法与社会	①理解法、道德、市场经济、科技、宗教等社会现象的含义 ②理解和掌握法与道德、市场经济、科技、宗教等社会现象的联系和区别 ③了解法与道德的冲突之处及其原因,并能举例说明解决冲突的办法 ④学会运用理论知识分析“依法治国”和“以德治国”的相互关系 ⑤领悟“社会主义市场经济就是社会主义法治经济”的科学内涵 ⑥在了解法在市场经济发展中的重要作用的基础上,深刻认识依法治国是发展社会主义市场经济的必然选择和客观需要	6	4
案例讨论:结合本课程各章的内容,提供若干中外案例,建议各章至少选择 1 个案例,让学生参与讨论分析,提出解决问题的方案		随堂 机动	随堂 机动
情景模拟:选择教材及配套参考资料中的 4~6 个情景模拟题,通过模拟实验,得出结果后进一步比较评价,从而提高学生的综合分析能力		随堂 机动	随堂 机动
课时总计		64	36

注:①案例讨论与情景模拟的课时可由教师灵活掌握分配使用。

②64 课时安排适合法学专业采用,36 课时安排适合政治学、行政学、经济学、社会学等专业的学生选修采用。

目录

法学原理
The Principle of Jurisprudence

Contents

第1章 法学研究与法学理论	1
1.1 法学理论概述	2
1.2 法学的历史	6
1.3 法学的研究对象	11
1.4 法学的研究方法	12
第2章 法的概念	17
2.1 法的定义	18
2.2 法的本质	20
2.3 法的特征	21
2.4 法的作用	24
第3章 法的要素	31
3.1 法的要素概述	32
3.2 法律规则	35
3.3 法律原则	38
3.4 法律概念	44
第4章 法律体系	48
4.1 法律体系概述	49
4.2 法律部门	52
4.3 中国特色社会主义法律体系	55
第5章 权利与义务	69
5.1 权利与义务在法律中的地位	70
5.2 权利与义务释义	71
5.3 权利与义务的关系	75
第6章 人权	80
6.1 人权基本内涵的理论阐释	81
6.2 人权的制度表达	92
第7章 法律责任	104
7.1 法律责任释义	105
7.2 法律责任的认定与归结	110
7.3 法律制裁	113
第8章 法律程序	117
8.1 法律程序的概念	118

8.2	法律程序的特征	119
8.3	法律程序的分类	121
8.4	法律程序的作用	124
8.5	法律程序的价值	125
8.6	正当法律程序	128
第9章	法的发展	134
9.1	法律发展释义	135
9.2	法律发展的途径	137
9.3	法律发展的主体	139
9.4	法律发展的资源	140
第10章	法的运行	143
10.1	立法	144
10.2	守法	151
10.3	司法	157
10.4	执法	163
第11章	法律方法	170
11.1	法律方法释义	171
11.2	法律思维方式	172
11.3	法律解释	174
11.4	法律推理	178
第12章	法的价值	184
12.1	法的价值释义	185
12.2	秩序	188
12.3	自由	193
12.4	正义	198
第13章	法治与法治国家	204
13.1	法治概说	205
13.2	现代法治的基本理念和基本原则	215
13.3	现代法治的社会基础	216
13.4	中国的法治国家建设	218
第14章	法与社会	226
14.1	法与道德	227
14.2	法与市场经济	234
14.3	法与科技	240
14.4	法与宗教	245
参考文献		254

第1章 法学研究与法学理论



本章提要

法学这一以特定的概念和方法探求法律问题之答案的知识体系,是每一位法学学生都必须学习的学科基础。法学不仅要试图回答“法律是什么?”的问题,而且也要努力为解答“法律是怎样适用的?”及其相关问题给出理论上的根据。因此,法学既要探究法的内部联系,也要关注法与其他社会现象的联系。本章主要介绍法学理论的一些基本概念、法学发展的基本线索、法学的研究对象以及法学的研究方法,从而为导入法律思维做好准备。



学习目标

- 掌握法学理论的一些基本概念。
- 学习法学的思维方式。
- 理解法学的研究对象。
- 了解法学的历史。
- 掌握法学的基本研究方法。



学习重点

法学的基本概念与基本方法。



学习难点

法学的基本方法。



苏格拉底之死

在公元前399年的古希腊,美勒托等三名雅典公民,依法提起公诉,指控苏格拉底犯有两条罪状:一是不信本邦的神灵,企图另立新神;二是败坏青年,请求处以死刑。按当时的法律,原告提出诉状后,被告有权在500人陪审团前进行申辩。苏格拉底在其第一次申辩中,以他所尊崇的阿波罗神(也是雅典人共同信奉的神)反驳了关于不信神的指控,并通过诘问揭露原告诉词在逻辑上的自相矛盾,使对他“有意败坏青年”的指控不能成立。苏格拉底在严正的辩护中,其针砭时弊语带讥讽的雄辩也激怒了陪审团中的一些成员。在第一轮投票中陪审团以280票比220票判苏格拉底有罪。苏格拉底却辩解自己非但无罪,反而于城邦有功,理应得到城邦的礼遇。他对自己提出的处罚方案是仅罚款一百德拉克玛了事。他那桀骜的申辩和不恭的态度,反而促使本来同情他的部分陪审员转向选择原告提出的刑罚,最后以360票比140票判其死刑。雅典的法律程序规定,死刑应交由一个“十一人”委员会在24小时内执行。而对苏格拉底的审判恰逢一年一度祭祀阿波罗神的前一天,按当时的规矩,去德洛岛献祭的船回来之前是不能行刑的。在该船因遇逆风而误了归期的一个月期间,他富有的朋友克里托曾想帮他越狱,但苏格拉底却坚持决不能“以错对错,以恶对恶”,他说:“要是已宣布的法律判决没有力量,可以被私人取消和破坏,一个城邦难道还能存在而不被颠覆吗?”于是,苏格拉底一方面在自己良知的法庭上宣告自己无罪,另一方面又根据自己的政治和道德原则认定正义必须恪守法律,怀着对雅典法庭及其判决的蔑视,在众弟子面前从容饮鸩赴死。

苏格拉底之死是一个非常重要的历史事件,他是西方历史上(或许也是人类历史上)第一个因为思想和言论而被处死的哲学家。苏格拉底的遭遇,绝不仅仅是雅典的悲剧,也加深了人们对法的困惑:法是什么?法是如何产生的?法之为法的根据是什么?法律的权威来自哪里?人到底为什么要服从法律?这样的问题没有尽头,对这样的问题作出回答的种种尝试往往又引出更多的问题。

1.1 法学理论概述

法学就是研究法律现象的知识体系,是以特定的概念和方法来探求法律问题之答案的学说。法学在对其研究对象进行全方位的探求中,既要对法进行历时性研究,即考察研究法的产生、发展及其规律,又要对法进行共时性研究,即比较研究各种不同的法律制度,它们的性质、特点以及它们的相互关系;既要研究法的内在方面,即法的内部联系和调整机制等,又要研究法的外部方面,即法与其他社会现象的联系、区别及其作用;既要研究法律规范、法律关系和法律体系的内容和结构以及法律关系的要素,又要研究法的实际效力、效果、作用和价值。^①在以法律现象为研究对象的各种科学活动中,对诸如“什么是法”、“法起什么作用”、“我们在哪里

^① 张文显. 法理学[M]. 3版. 北京:高等教育出版社,北京大学出版社,2007:2.

找到法(法的渊源)”、“法在多大程度上体现公平”、“法为什么有效”、“法是怎样适用和发展的”,这样的问题寻求令人信服的解答时,人们往往基于不同的立场采用不同的方法,从不同的角度作出不同的解说,因而形成了各种体系的法学理论,不断地丰富和深化着对国家法律制度之所以有效的理论根据的思考。拉伦茨认为,因为法规范本身是一种极端复杂的社会现象,会在不同的实存层面以不同的脉络关系显现出来,所以,可以从不同的角度以不同的方法观察法规范;于是就有了主要包括法哲学、法理学、法社会学、法史学及法学(法教义学)这样一些以法为研究客体的不同学科。^①

法理学的概念本身就意味着要系统地观察、思考、验证法的全部,以获得可被证明的(或可反驳的)认识。^② 在英语中与此相对应的词是有多种含义的“Jurisprudence”,《牛津法律大辞典》就在解释该词条时指出了它的三种用法:“第一,在最广泛的意义上,作为‘法律知识’或‘法律科学’的代名词使用,这种含义包括法律的研究与知识,与最广义理解的法律科学(legal science)同义。第二,在对法律的一般性研究,着重考察法律中最普遍、最抽象、最基本的理论和问题时,法理学作为最一般地研究法律的法律科学的一个分支,有别于某一特定法律制度的制定、阐述、解释、评价和应用。此时,该词的这种含义常常可与法律理论、法律科学(狭义上的)、法哲学等词相通。第三,该术语还作为与法律相关的比较夸张的同义语来使用,例如法医学、衡平法学等。”^③在欧洲其他民族语言中也有与之对应的词,如德语中的 Jurisprudenz,葡萄牙语中的 Jurisprudencia,法语中的 La jurisprudence 等。这些词都源自于拉丁文的 Jurisprudentia,该词是由 juris 和 prudentia 这两个词根所构成,前者意指法、权利、正义,后者意为实践智慧或智慧,合起来的意思就是法的实践智慧或智慧。^④ 这暗示了人类认知的极限,表明法学只不过是对法律原则错误认识的不断纠正而已,这也是接近现实的法理学。由此还传达了一个重要的认识,即法的不确定性。这种不确定性与法并存于有管辖权的最高法院的法律适用过程中。法律是由人来表达、“制定”和适用的,因此法始终面临人类认识错误与滥用的危险。^⑤ 汉语中的“法理学”一词译自日语,是由日本法学家穗积陈重根据中文创造的。他在日本东京大学开设关于法律根本问题的课程时,考虑当时流行日本的“法哲学”名称之“主观性”的形而上学味太重,故以“法理学”这个译名代替“法哲学”。^⑥

法理学要从整体上把握法、在法的作用方式中观察法通过对其系统的思考获得可以验证的认识。对于发达的法律制度可以从以下五个方面认识。

(1)从哲学或伦理学角度,以法律制度和法律学说的哲学基础为研究对象,对其基本原则作出分析,从各种法律渊源中认识和组织其理论要素,并根据法律理论和法律自身设定的目标,对这些要素加以发展和评价。这种方法有时又称作正义论。

(2)从历史的角度,法理学研究制度的起源与发展,研究具体规定及其理论的演化和变革,并以原则的历史发展为线索,归纳整理各种资料,把握其内在精神和基本原则。

(3)从比较法的角度,法理学从演化、范围、应用以及作用等方面,对处于同一发展阶段、属

① 拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥,译. 北京:商务印书馆,2003:72.

② 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春,吴越,译. 北京:法律出版社,2005:13.

③ 沃克. 牛津法律大辞典[M]. 李双元,译. 北京:法律出版社,2003:618.

④ 舒国滢. 法学方法论问题研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2007:23.

⑤ 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春,吴越,译. 北京:法律出版社,2005:2.

⑥ 舒国滢. 法理学阶梯[M]. 北京:清华大学出版社,2006:11.

于不同部门的有关法律的制度、结构、概念及规则作出考察。

(4)从分析法学的角度,法理学以法律的渊源、结构、论题、概念和规则为研究对象,以把握法律制度赖以建立的理论、原则和观念,同时整理出权威性资料以便在获得依据,并在该基础上做出司法决定和行政决定。

(5)从社会学或功能分析的角度,法理学将法律制度视为一种对行为的社会控制制度,并研究其功能以及为实现社会控制这一目标而确立的法律制度、法律学说和法律方法。^①

广义上说,法理学可以说被界定为法律的智慧,或者对“法律事业”的性质和语境的理解。这种对于法理学任务的界定把中心转到这一方面:我们不只是在探求“这一事业是什么”,以及“人们如何回答法律是什么”,而且我们也在试图弄清这些问题本身的含义。法律是一个实体,一个过程,还是一套程序?抑或是一种复杂的社会现象?正统性(合法性)是一种思维方式,还是预测法院判决结果的能力?法律曾经被称为所有这一切或其他更多的东西。因此,广义的法理学理念不应当仅仅局限于一个或者另一个法律理念,而应该探求这种多样性是如何形成的。^②任何一个法律人要在其职业生涯中不愧对职业的意义与责任感,就必须对法、法的作用方式、法学家、法学家的思维方法及研究手段的研究牵涉到的一些重要问题有一个系统的认识。

法理学有三个主要功能:经验功能、分析功能和规范功能。

(1)法理学具有经验功能。经验即是对人们生活环境中特定事物的系统观察。法理学不仅将法律和裁判,而且将人们在社会中的行为都作为研究对象。法调整人们之间的关系,调整社会秩序和国家秩序。法学正是完成这种调整任务的辅助科学。从这个角度看,法理学涉及法律规范对社会的影响。这就产生了一个社会技术和心理的问题,即法律规范是否以及如何影响人的行为。法理学要研究法在社会中被实际运用和遵守以及是否得到法官及民众的认可。法理学像一个中立的观察者一样从外部研究法律适用的功能。

(2)法理学具有分析的功能。换言之,法理学要对法律语言、法律规范结构和法律制度构建进行研究。此外,法理学还要揭示法律制度的重复结构。因此,法理学有助于法律制度的统一。

(3)法理学的第三个功能是对规范问题的研究,包括法的概念、法的效力原因以及法律的适用方法。它不仅仅满足于现行法,而是要探求正确和公正的法。此外,法的作用方式、对法的形成及实施的解释具有历史的可变性,因此每个时代的法都面临不同的主意理论问题。

法理学也具有边缘性质。它要研究法学与相邻科学,特别是应用哲学和批评社会学的关系。这样有利于更好地理解法、法的因果关系、作用方式与效果。同时,法理学有助于法学者的自我认识、自我定位和自我批评。^③

任何群体(家庭、团体、社会、国家)都在渴盼正义,甚至犯罪集团都有自己对正义的特殊规则并对之(并非偶然地)拥有“强盗的骄傲”。追求正义的努力旨在认识理想的、完美且公平的社会制度、国家制度和法律制度。始终不完美的现实应该以宽泛的、普遍适用的正义观为标准。不少市民都期待着现实生活中的司法与法律具有彻底的公正性,然而这种期待往往注定

① 沃克. 牛津法律大辞典[M]. 李双元,译. 北京:法律出版社,2003:619.

② 莫里森. 法理学:从古希腊到后现代[M]. 李桂林,译. 武汉:武汉大学出版社,2003:2.

③ 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春,吴越,译. 北京:法律出版社,2005:13-14.

令人失望。一些未解决的法律问题连法学家们都不甚清楚公正的答案是什么。不仅如此,康德无奈地承认,法学家们虽然对他们的科学经过上千年的研究,也仍然不清楚法为何物。于是,法学家们付之以两个完全不同的称谓,即法律科学和法理学,后者暗示了人类认知的极限。^①

与人类社会生活密切相关的法律,属于人类自由、自治和自律的领域,是人类制定和适用的首要产物。因社会没有法律将会陷于混乱,法便成为人类生存必不可少的条件。任何法律的诞生都离不开以法律规范的形式得以巩固的政治的形成意志,任何政府都必须颁布法律规范以保障其种种活动,这表明,法是政治权力拥有者必不可少的形成工具。^②但是法又是不确定的,可变迁的,因此在任何时候它也不是一个简单的“正确性”、“适当性”和“真理性”问题。在此,法的可靠性和人类认知能力明显受到怀疑。^③由于人不仅仅是生物的存在者而且是能够追问意义和追寻价值的存在者。人类之所以要追求意义和价值,是因为人是有理性的存在者,他不仅活着,而且要活得好一点,不仅知道如何活,还要知道为什么要活。^④人们对法哲学和法理学深入且全面的思考总是紧跟社会灾难、制度危机和政治变革。因此,法理学也是处理法学、社会制度与政治制度的新的(危机)局势的工具。^⑤由于任何理论都只是解决方案的建议,是迈向真理的一步,但同样也总可能是错误的最新形态。^⑥所以,对法基本问题及其作用方式的思考并不必然获得更加令人满意的认识。^⑦

然而,人类出于追求正义的本性,总是努力使有待完善的法律具有越来越符合社会公平预期的确定性。在著名的里格斯诉帕尔默案中,帕尔默是其祖父遗嘱指定的继承人,他为了早些得到遗产而毒死了祖父。原告主张,帕尔默既然杀害了被继承人就不应当继续享有继承遗产的权利。但纽约州的法律并未明确规定,如果继承人杀死被继承人当丧失继承权,相反,帕尔默祖父生前所立遗嘱完全符合法律规定的有效条件。因此,帕尔默的律师争辩说,既然这份遗嘱在法律上是有效的,既然帕尔默被一份有效遗嘱指定为继承人,那么他就应当享有继承遗产的合法权利。法院若剥夺帕尔默的继承权就是在更改法律,就是用自己的道德信仰来取代法律。此说也得到参审法官格雷的认可,他认为法律的含义是由法律文本所使用的文字界定的,而纽约州遗嘱法既然清楚确定,就没有理由弃之不用。此外,如果帕尔默因杀死被继承人而丧失继承权,那就是对已被判处监禁的帕尔默又施加了额外的惩罚。这是有违“罪法定”原则的,对某一罪行的惩罚,必须由立法机构事先作出规定,法官不能在判决之后对该罪行另加处罚。但是,审理该案的另一位法官厄尔却认为,法规的真实含义不仅取决于法规文本,而且取决于文本之外的立法者意图,立法者的真实意图显然不会让杀人犯去继承遗产。厄尔法官的另外一条理由是,理解法律的真实含义不能仅以处于历史孤立状态中的法律文本为依据,法官应当创造性地构思出一种与普遍渗透于法律之中的正义原则最为接近的法律,从而维护整个法律体系的统一性。厄尔法官最后援引“任何人不能从其自身的过错中受益”这一古老的法律

① 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 2.

② 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 38.

③ 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 2-3.

④ 舒国滢. 法学方法论问题研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007: 46.

⑤ 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 17.

⑥ 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 11.

⑦ 魏德士. 法理学[M]. 丁晓春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 1.

原则,否认了以杀死继承人的方式来获取继承权。结果,厄尔法官的意见占了优势,纽约州最高法院判决剥夺帕尔默的继承权。

质言之,法律人适用法律规范裁决个案纠纷,就意味着他不仅仅在适用法律,更不是适用法律条文,而是在适用法学。^① 就是在对“法律是什么”、“法律应该是什么”,这样反复出现的问题的反复回答中,在这一具有永恒性的探寻中,法学理论不断地整理和提炼人类社会在处理生存、生活的各种纠纷中积淀的智慧。

1.2 法学的历史

从西方历史看,法学沿着两条线索发展。一个是法律家或专业法学家的法学,这种法学“以某个特定的,在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案”。^② 该法学运用一套法律家创制的法律语言,沿用来自法律家经验的解释方法,完成法律实务之问题的解答,以追求实践—技术知识之旨趣。另一个是哲学家、伦理学家或政治学家的法学,也可以说是法学以外的思想者的法学。这种法学所关注的问题、运用的语言及知识追求与法学内的法学有所不同,其采取“外观的立场”而又企图深入法律之内在的根本问题。于是,法学外的法学与法学内的法学之间常处于格格不入的关系状态。法律家满足于体制内的法律解释和法的续造。他们在追求法之安定性与一致性的理念推动下,守护着沿袭下来的行事方式和语言体系,抵御来自正统法学之外的思想方式、概念和知识。而法学外的法学则至多间接地影响了专业法律家的工作。其所造成的结果是:一方面,法学外的法律思想者用一般知识的范式度量法律家的智识工作,轻视甚至否定他们在知识论上的贡献;另一方面,专业法律家在实在法的平台上常年营造的知识壁垒无形中阻碍了法学外的知识侵入。^③

世界上所有的民族和国家在其历史发展的早期阶段都形成了某些关于正义和法律性质的观念和思想。而古希腊人经由对自然、社会和社会制度所做的透彻分析成为西方世界的哲学先师。希腊思想家提出的一些假设和结论因日后的经验和发现而未能经受住时间的考验,但是他们提出和讨论的人生基本问题以及寻求解决这些问题的各种可能的办法,却可以说是持久有效的。我们是通过荷马史诗和海希奥德的诗歌来了解古希腊人的法律思想的。当时,法律被认为是由神颁布的,人们通过神意的启示知晓法律。海希奥德把非理性的自然界的 *nomos*(有序原则或法则)同人类理性的世界相对照。在海希奥德看来,法律乃是建立在公平基础上的一种和平秩序,它迫使人们戒除暴力,并把争议提交给仲裁者裁断。在古希腊的早期,法律和宗教在很大程度上是合一的。宗教仪式渗透在立法和司法的形式之中,祭司在司法中也起着至关重要的作用。国王作为最高法官,其职责和权力也被认为是宙斯赐予的。公元前5世纪,希腊的哲学和思想发生了一次深刻的变化:哲学开始与宗教相分离,其古老的传统生活方式也受到了彻底批判。人们渐渐不再把法律看做恒定不变的神授命令,而是一种人为的创制,为权宜和便利而制定。人们还否弃了正义概念中的形而上特性,并开始以人的心理特征

① 舒国滢. 法学方法论问题研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2007:37.

② 拉伦茨. 法学方法论[M]. 引论. 陈爱娥,译. 北京:商务印书馆,2003:19.

③ 舒国滢. 法学方法论问题研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2007:8-9.

或社会利益对其进行分析。^①

在柏拉图和亚里士多德这两位西方哲学奠基人的著述中提出了使社会秩序稳定并营造社会存在机制这一任务的不同解决方法。他们虽然采取了不同的方法论,但都寻求自然之中“真理”的保障。虽然世界似乎充满了差异、混乱、多样性和无秩序,但两人都断言自然秩序隐藏在世界的背后,一旦发现这个秩序的基本原理,就可以找到人类社会的秩序。虽然“纯粹的真理”是不受特定社会关系约束的,但人类的所有知识都是注重实效、可以洞察并通过一定方法掌握的。^②

柏拉图在其《理想国》中勾画的“理想国”是由“哲学王”统治的国家。在其中,正当的政体导致良好的生活。理想的国家有两个重要特征:①它建立在正义之上;②国家的所有人过着幸福的生活。公共生活的张力通过指引性权力得以平衡,这种权力是公平、善、正义等先验的知识提供的。我们对公平、正义和善的信念,最终指向远离杂乱的现实生活的现象,这种信念使智者能够在实质上指引实际生活的运作。支撑柏拉图理想国的有几点:①国家的统一至高无上。②国家的统一主要不是通过法律和法令维持的,而是依赖于监护者以及培养监护者与其他人的教育制度。③为了追求国家利益,监护者毫不犹豫地发布命令,任意使用各种资源,包括说服和霸权。^③与柏拉图的理想主义相比,亚里士多德更尊重现实社会中的实际情况,更注重人和制度的缺陷。不过,他相信人性和宇宙存在着某种本体论的结构。亚里士多德在《政治学》中开宗明义地指出:“一切社会团体的建立,其目的总是为完成某种善业”。^④无论政治科学还是法律科学,总的目的都是为实现个人的善和城邦的善。亚里士多德认为,法律与正义是形式和内容的关系,法律是正义原则的具体化,是人们根据正义原则制定出来的行为准则。^⑤“城邦以正义为基础。由正义衍生的礼法,可凭以判断(人间的)是非曲直,正义恰正是树立社会秩序的基础。”^⑥亚里士多德著作中多处论及法律,有时将法律视为道德上的法规,与理性、正义等同;有时又将法律视为实在法,与规章、秩序联系起来。法律的好坏完全以是否符合正义为标准。亚里士多德以其正义论为基础系统地论证了法治的基本内涵:“法治应包含两重意义: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本身是制定得良好的法律”。^⑦其法治理念不仅启发和推动了西方法学的形成和发展,而且倡导了一种法律至上以及法治优于人治的观念,开启了西方法治传统。

希腊城邦国家趋于衰落的时候,斯多噶学派活跃起来,其自然法思想对后世产生了深远的影响。该学派的奠基人芝诺及其追随者“自然”的概念置于他们哲学体系的核心地位。按他们的理解,自然就是遍及整个宇宙的支配性原则,这种支配性原则在本质上具有一种理性的品格。在芝诺看来,自然法就是理性法。人作为宇宙的一部分,本质上就是一种理性动物。在服从理性命令的过程中,人乃是根据符合其自身本性的法则安排其生活的。斯多噶派学者认为,理性作为一种遍及宇宙的普世力量,乃是法律和正义的基础。神圣的理性寓于所有人的身心

① 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》[M],修订版,邓正来,译,北京:中国政法大学出版社,2004:3-5.

② 莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》[M],李桂林,译,武汉:武汉大学出版社,2003:29.

③ 莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》[M],李桂林,译,武汉:武汉大学出版社,2003:37-40.

④ 亚里士多德:《政治学》[M],吴寿彭,译,北京:商务印书馆,1965:3.

⑤ 谷春德:《西方法律思想史》[M],北京:中国政法大学出版社,2004:67.

⑥ 亚里士多德:《政治学》[M],吴寿彭,译,北京:商务印书馆,1965:9.

⑦ 亚里士多德:《政治学》[M],吴寿彭,译,北京:商务印书馆,1965:199.