



新阶梯卓越法律人才培养系列教材

法理学初阶

第五版

AN ELEMENTARY COURSE IN JURISPRUDENCE

付子堂 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



新阶梯卓越法律人才培养系列教材

法理学初阶

第五版

AN ELEMENTARY COURSE IN JURISPRUDENCE

主 编 付子堂

副主编 胡兴建

撰稿人 付子堂 胡兴建 李为颖

张永和 郭 忠 周祖成

周尚君 庄晓华 刘文会

赵树坤 刘 颖 朱 颖

卢东凌



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法理学初阶/付子堂主编. — 5版. — 北京:法律出版社, 2015

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8394 - 0

I. ①法… II. ①付… 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(2015)第203836号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/沙磊

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/22 字数/408千

版本/2015年10月第5版

印次/2015年10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 - 8394 - 0

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

教学质量是高等学校的生命线;重视教材建设,是提高教学质量的重要环节。早在2005年,教育部就以1号文件下发了《关于进一步加强高等学校本科教学工作的若干意见》,要求“加强教材建设,确保高质量教材进课堂……对发展迅速和应用性强的课程,要不断更新教材内容,积极开发新教材,并使高质量的新版教材成为教材选用的主体”,而且特别强调教材应当“具有中国特色、中国风格和中国气派”。教材是课程及教学内容的载体,是在校大学生获得知识的重要途径。教材的编写过程本身,有利于及时反映社会状况的最新变化和学术研究的最新成果,有利于改进教学方法、提高教学水平、增强科研能力。这都是对教学与科研的反思和总结。通过教材的编写,还可以促使教师总结教育教学规律,了解学生的知识需求,培养热爱教学和关爱学生的教育情怀,实现教师、教材与学生三者的有机联结与良性互动。

法治是治国理政的基本方式,全面推进依法治国是党领导人民治理国家的基本方略,高等法学教育是国家法治发展的重要依托。我国高等法学教育大众化的快速推进,引发了人们对法学教育质量的疑虑,进而促使法学教育工作者深刻思索如何改革法学教学方式、如何完善法学课程体系等问题。法学教育必须适应法律职业对法律人在知识、能力等方面的实际需求,而法学教育的进一步改革和发展又必须以法学核心课程教材建设为基础。如果说法学核心课程的确立,是对我国法学教育历史经验深刻反思的成果,是对养成法学思维方式所需基本知识体系的科学总结;那么,编撰高质量的法学核心课程配套教材就是目前高等法学教育工作者不可推卸的责任。

西南政法大学的前身为1950年创建的由刘伯承元帅担任校长的西南人民革命大学。1953年,以西南人民革命大学政法系为基础,合并当时的重庆大学法学院、四川大学政法学院、重庆财经学院法律系、贵州大学法律系、云南大

2 总序

学法律系,正式成立西南政法学院,郭沫若先生题写院名,首任院长是抗日民族英雄、原东北抗日联军第二路军总指挥周保中将军。1958年,中央公安学院重庆分院并入学校。学校先后经历了由中共中央西南局、四川省、最高人民法院、司法部、教育部和重庆市共建的管理模式。“文革”期间曾一度被迫停办。1977年,经中共中央批准恢复招生。1978年,被国务院批准为全国重点大学,同年在全国政法院校中率先开办法学及哲学、国际共运史3个本科专业,其中法学专业招生人数占全国招生人数的二分之一。1979年,开始招收全国首批刑事侦查专业本科生及法学硕士研究生。1993年,被国务院学位委员会批准为博士学位授权单位。1995年,经原国家教委批准更名为西南政法大学;同年,被国务院学位委员会确定为法律硕士专业学位教育全国首批试点单位。2003年,被国务院学位委员会批准为全国首批法学一级学科博士学位授权单位。2004年,经国家人事部批准设置法学博士后科研流动站。2012年3月,经教育部批准为自主招生试点高校;同年8月,经教育部批准成为首批卓越法律人才教育培养基地,拥有应用型和复合型法律人才教育培养基地、涉外法律人才教育培养基地、西部基层法律人才教育培养基地三种类型国家级基地。

2012年10月24日,教育部与重庆市人民政府签署共建西南政法大学协议,教育部副部长杜玉波在共建合作协议签字仪式讲话中指出:“西南政法大学办学历史悠久,为国家培养和输送了众多优秀人才,推动了国家的法制昌明,被誉为‘新中国法学教育的黄埔军校’。”

2015年4月18日,中国法学会会长、原中共中央政治局委员王乐泉来渝调研座谈时指出:“久负盛名的西南政法大学,是新中国最早建立的高等政法学府之一、教育部和重庆市人民政府共建高校、首批全国重点大学,被誉为新中国法学教育的‘西南联大’,培养出了一大批政法战线的重要骨干,为我国的法治建设事业做出了重要贡献。”

经过65年的建设,学校正在发展成为以法学为主,法学与政治学、经济学、管理学、文学等多学科协调发展的特色鲜明、优势突出的研究型高水平大学。学校与美国、英国、德国、法国、俄罗斯、加拿大、意大利、日本和东盟国家以及我国香港、澳门和台湾地区的一些大学,建立了校际友好关系,进行广泛而深入的学术交流与合作。

高水平大学应当有高水平的教材。作为国内规模最大的法学人才教育培养基地,西南政法大学历来高度重视本科教学质量及本科教材建设,不仅培养了一大批具有较强教学研究能力的中、青年学者,而且逐步形成了自己独具特色的教学模式和教材风格。面对新世纪、新阶段法学教育的变化,学校做出积极反应,在提高本科教学质量方面,做出了更大的努力。学校在总结已有教材编写经验的基础上,广泛吸取国内外其他法学教材的长处,与法律出版社合作,编写出版这套“新阶梯卓越法律人才培养系列教材”,以践行我校法学教育理论性与实践性充分结合的办学理念,并积极努力为我国高等法学教育事业做出自己新的、更大的贡献。

本套教材以发展着的马克思主义为指导,贯彻中国特色社会主义法治理论,遵循理论联系实际的原则,力求适应全面推进依法治国的新要求,适应国际经济全球化发展的新态势,准确把握现代法治精神,在吸纳国内外法学研究最新成果的基础上,树立精品意识与创新理念,按国家级规划教材的高标准致力于打造符合国家精品课程要求的品牌教材。为了确保编写质量,我校通过专家论证,由教材委员会遴选高水平教师主持本套教材的编写和修订任务,并在教材建设经费上给予了重点支持。我们对本套教材的特色要求是:通过对基本知识点的重点阐述,保证学生掌握基础理论;通过对学术前沿问题的介绍,拓展学生视野,启发学生思维;通过对基本技能训练的指导,提高学生处理法律事务和应对国家司法考试的能力;通过课后作业的问题设计,引导学生独立思考、深入研究。

本套教材主要作为高等学校法学专业本科教学用书,也可供报考法学各专业研究生复习备考使用。

西南政法大学教材委员会

2015年7月

目 录

导 论 法学和法理学	(1)
------------------	-------

上编 法学基本知识

第一章 法学历史	(13)
第一节 中国法学历史	(13)
第二节 西方法学历史	(18)
第三节 马克思主义法学历史	(27)
第二章 法学性质	(37)
第一节 法学基本属性	(37)
第二节 法学与其他学科的关系	(42)
第三章 法学体系	(52)
第一节 法学体系概述	(52)
第二节 法学分支学科	(56)
第四章 法学教育	(69)
第一节 法学教育概述	(69)
第二节 新中国高等法学教育	(74)

中编 法律基本知识

第五章 法律的概念	(91)
第一节 法和法律的词源	(91)
第二节 法律本质	(92)
第三节 法律特征	(95)
第四节 法律作用	(98)
第六章 法律起源和法律发展	(106)
第一节 法律起源	(106)
第二节 法律发展	(109)

2 目 录

第七章 法律渊源和法律分类	(124)
第一节 法律渊源	(124)
第二节 法律分类	(130)
第八章 法律结构和法律效力	(141)
第一节 法律结构	(141)
第二节 法律效力	(148)
第九章 法律意识和法律行为	(159)
第一节 法律意识	(159)
第二节 法律行为	(162)
第十章 法律关系和法律责任	(172)
第一节 法律关系	(172)
第二节 法律责任	(178)
第十一章 法系	(188)
第一节 法系概述	(188)
第二节 大陆法系	(189)
第三节 英美法系	(194)
第四节 其他法系	(199)

下编 法治基本知识

第十二章 法治概述	(209)
第一节 法治	(209)
第二节 依法治国	(216)
第十三章 法律程序	(226)
第一节 法律程序概述	(226)
第二节 法律程序内在价值	(228)
第三节 正当法律程序	(231)
第十四章 法律制定	(238)
第一节 法律制定概述	(238)
第二节 立法理念和立法体制	(239)
第三节 立法程序和立法技术	(248)
第四节 法律体系和法律解释	(251)
第十五章 法律实施	(261)
第一节 法律实施概述	(261)
第二节 法律遵守	(265)

第三节	法律执行	(269)
第四节	法律适用	(275)
第十六章	法律监督	(290)
第一节	法律监督概述	(290)
第二节	法律监督的依据	(292)
第三节	国家法律监督	(296)
第四节	社会法律监督	(301)
第十七章	法律职业	(307)
第一节	法律职业概述	(307)
第二节	法律职业素养	(311)
第三节	构建中国法律职业共同体	(317)
附录一	各章选择题答案	(324)
附录二	推荐阅读书目	(326)
后 记	(330)

CONTENTS

Introduction Legal Science and Jurisprudence	(1)
---	-------

PART I The Bases of Legal Science

Chapter 1 The History of Legal Science	(13)
1. Legal history in China	(13)
2. Legal history in the West	(18)
3. Legal history of Marxism	(27)
Chapter 2 The Qualities of Legal Science	(37)
1. The basic characters	(37)
2. The relationships between others	(42)
Chapter 3 The System of Legal Science	(52)
1. The concept of the system	(52)
2. The classifications of legal science	(56)
Chapter 4 The Education of Legal Science	(69)
1. The outlines	(69)
2. The higher legal education in P. R. China	(74)

PART II The Bases of Law

Chapter 5 The Concept of Law	(91)
1. The etymology of law	(91)
2. The essences of law	(92)
3. The characters of law	(95)
4. The functions of law	(98)
Chapter 6 The Origins & Developments of Law	(106)
1. The legal origins	(106)
2. The legal developments	(109)

2 CONTENTS

Chapter 7 The Resources & Classifications of Law (124)

 1. The legal resources (124)

 2. The legal classifications (130)

Chapter 8 Legal Structure & Legal Force (141)

 1. Legal structure (141)

 2. Legal force (148)

Chapter 9 Legal Consciousness & Legal Activity (159)

 1. Legal consciousness (159)

 2. Legal activity (162)

Chapter 10 Legal Relationship & Legal Responsibility (172)

 1. Legal relationship (172)

 2. Legal responsibility (178)

Chapter 11 Legal Families (188)

 1. The outlines (188)

 2. Continental legal family (189)

 3. Anglo – American legal family (194)

 4. Others (199)

PART III The Bases on Rule of Law

Chapter 12 Introduction (209)

 1. Rule of law (209)

 2. Ruling the state by laws (216)

Chapter 13 Legal Procedure (226)

 1. The outlines (226)

 2. The inside values of legal procedures (228)

 3. Due processes in laws (231)

Chapter 14 The Law – making (238)

 1. The outlines (238)

 2. The ideas & systems of legislations (239)

 3. The processes & techniques of legislations (248)

 4. Legal systems & legal interpretations (251)

Chapter 15 The Implementation of Laws (261)

 1 The outlines (261)

 2. The observances of laws (265)

3. The enforcements of laws	(269)
4. The applications of laws	(275)
Chapter 16 Legal Supervisions	(290)
1. The outlines	(290)
2. The foundations	(292)
3. The official legal supervisions	(296)
4. The civil legal supervisions	(301)
Chapter 17 Legal Profession	(307)
1. The outlines	(307)
2. The professional qualities	(311)
3. The shaping of legal community in China	(317)
Appendix 1: The Keys to Choice Questions	(324)
Appendix 2: Further Readings	(326)
Postscript	(330)

导论 法学和法理学

课前提示

导论主要介绍关于法学和法理学的一些基本知识,属于必须掌握的内容。通过对法学和法理学基本知识的了解,可以比较准确地认识法理学在法学中的地位。在学习时,应重点把握法学与法理学研究对象的区别,要求深入讨论和分析法理学的含义以及学习法理学的意义。

一、法学简说

有关法学的基本知识,本来并不属于法理学这门课程所要研究的对象。有的学者曾主张单独建立“法理学”,专门从宏观上和整体上研究有关法学的基本理论,包括法学研究对象、法学历史、法学性质、法学方法、法学功能、法学体系、法学教育以及“法律人”究竟应具备什么样的知识结构,等等。然而,“法理学”至今并未真正建立起来,所以,一般把这些属于法学基本知识的内容置于法理学课程中做简略论述。

(一) 法学词源

“法学”这一用语的拉丁文“*Jurisprudentia*”,至少在公元前3世纪末罗马共和国时代就已经出现,该词表示有系统、有组织的法律知识、法律学问。公元前254年,平民出身的柯隆加尼乌斯(T. Coruncanus)担任了大神官(或译大祭司),开始在公开场合讲授法律条文。公元前198年,执政官阿埃利乌斯(Aelius)进一步以世俗官吏的身份讲授法律,著书立说,从而使法律知识成为一门世俗的学问。这门学问被称为*Jurisprudentia*;而讲授者就被称为*Jurisconsultus*(法学家)。至公元2世纪罗马帝国前期,这两个词已被广泛使用。古罗马法学家曾给“法学”下过一个经典性的定义:“法学是关于神和人的事物的知识;是关于正义和非正义的科学。”^[1]后来,随着罗马法的复兴,拉丁文“*Jurisprudentia*”这一用语在欧洲各国广泛传播。德文、法文、英文以及西班牙文等西语语种,都是在*Jurisprudentia*的基础

[1] [古罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第5页。

2 法理学初阶(第五版)

上,发展出各自指称“法学”的词汇,并且内容不断丰富,含义日渐深刻。^[2]

关于法律问题的学问,在我国先秦时期被称为“刑名法术之学”或者“刑名之学”,其内涵主要是讲究名辩,强调定分正名,着重对“刑”、“名”进行辨析。据考证,虽然“律学”一词的正式出现,是在魏明帝时期国家设立“律博士”以后,但是,自秦代开始就有了“律学”这门学问,主要是对现行律例进行注释。我国古代“法学”一词最早出现于南北朝时代,《南齐书》中即有“寻古之名流,多有法学”之语;^[3]至唐代,白居易也曾向皇帝建议“悬法学为上科”、“升法直为清列”。^[4]然而,那时所用的“法学”一词,其含义仍接近于“律学”。“法学”一词出现后,很少为人所用。用以表示法律学问时,一般仍使用“律学”一词。自宋以后,人们就不再使用“法学”和“刑名之学”等术语,而只用“律学”一词。当然,中国古代的“法学”一词与来自近现代西方的“法学”概念有着很大区别。

汉语中现代意义上的“法学”一词最早由日本传入我国,然而古代日本亦无现代意义上的“法学”一词,直到1868年日本法学家津田真道才首次用日文汉字“法学”二字来对应翻译英文 Jurisprudence, Science of Law 以及德文 Rechtswissenschaft 等西文中现代意义上的“法学”一词。随后,在维新变法时期该词汇传入我国。1896年,梁启超在其《论中国宜讲求法律之学》一文中呼吁:“今日非发明法律之学,不足以自存。”至清末大规模法制改革之时,此词此意已被广泛使用。

(二) 法学的研究对象

法学,又称法律学或法律科学,是研究法律现象及其发展规律的一门社会科学。

人类出现以后,就逐渐孕育、发展出一系列的学问。虽然关于学问的分类问题存在多种观点,但一般认为不外乎两类:神学和科学。世界上一些国家早就设有神学学科,目前中国大陆也建立了数家神学院,如北京神学院、厦门闽南佛学院等。关于科学,也有两种划分方法。

一种是传统划分方法,把科学分为自然科学和人文科学。自然科学(Natural Science)即研究自然现象的科学;人文科学(Humanities)是研究社会现象和文化艺术的科学,其中又包括哲学和社会科学。哲学既不属于自然科学,也不属于社会科学,而是对自然科学和社会科学的抽象概括。

对科学的另一种划分,是由钱学森先生提出来的。他认为,由于研究的角度和方法不一样,可以把现代科学分为九个部分,即自然科学、社会科学、数学科学、系统科学、思维科学、人体科学、文艺理论、军事科学和行为科学。这些科学都要以哲

[2] 相关内容可以参见本书第十七章“法律职业”。

[3] 《南齐书》。

[4] 《策林四·论刑法之弊》。

学为指导,由哲学来统率。

当然,这些问题有待进一步讨论。但无论是哪一种划分方法,其中都少不了社会科学这一门类。所谓社会科学,就是研究社会现象、社会历史发展和社会关系及其发展规律的科学。简言之,社会科学的研究对象就是社会现象以及人与人之间的关系或者叫社会关系。社会科学有许多部门,每一门社会科学都有其自己特定的研究对象,如经济学研究的对象,传统上认为是社会物质资料的生产、交换、分配与消费的活动规律及其运用等方面的经济现象,现在也有人认为是选择(choice)和交易(exchange);政治学的研究对象是社会的政治关系及其历史发展规律,等等。

法学同其他社会科学的区别,主要在于它有特定的研究对象。法学以法律现象及其发展规律为研究对象。

法律现象是人类社会发展到一定阶段所产生的一种特殊的社会现象,包括法律条文、法律行为、法律职业、法律关系等。往往有人误认为,学习法学专业就是背诵法律条文。其实,法律条文只是法律现象之一种,学习法学专业绝非仅仅是背诵法律条文,更为重要的是应当掌握各种法律现象及其彼此之间的关系和发展规律。法律现象是社会现象的一种,它同其他社会现象既有联系又有区别。有些社会现象是人类出现以来就有的,同人类社会同生存、共命运。但这并非意味着这些社会现象都无一例外地具有法律意义需要法律调整。因此,在学习和研究中要注意不能把法律现象和其他社会现象绝对地等同起来。当然,法学不仅要研究法律现象本身,而且还要通过对法律现象进行综合分析,研究其发展规律。

因此,不能简单地,法学就是研究法律的科学。法学研究的对象不仅包括静态的法律,而且还包括动态的法律。其他社会科学虽然也会不同程度地涉及法律现象,但它们对法律现象的研究只不过是辅助性和边缘性的,一般并不研究法律规律问题。同时,法学围绕法律现象这一中心,还要研究法律与经济、政治、道德、宗教等其他社会现象的关系。

作为一门社会科学,法学还有其特定的概念、判断、推理等工具系统,在此基础上形成了较为严密的逻辑理论体系;在一定的法学理论指导下形成的法律规范、行为准则和法律程序,其效能在一定程度上也是可以衡量的,能够作为社会的调整器。同时,法学也是研究人与人之间的社会关系的科学,因而有学者认为,法学是一种“人学”,即“以人为本的学问”,法学应当有利于增进人类的福祉。

(三)法学的层次

根据有的学者研究,法学有三个层次:知识之学、智慧之学、精神之学。^[5]

(1)法学作为一门科学,表现为一种知识系统。这是法学最基本的层次。在

[5] 胡旭晟:“‘法学’的层次分析”,载《法学》1999年第7期。

4 法理学初阶(第五版)

这一层次上,法学一方面包括各种有关法律的专门的概念、术语、命题和判断等;另一方面又包括由前者按照一定方式组合而成的法律条文与法律原则、法律理论。这些构成了法学教育中各门专业课程的核心内容。

(2)法学还是一种智慧之学,即是关于法律的能力、方法、技巧和思维的学问。其中又有两个层次:初级的法律智慧即人们善于运用法律和法律知识来分析和处理各种事务;高级的法律智慧即能够创造法律知识或者能够深刻地洞察并自觉地推动法律的历史发展。

(3)法学还应当是精神之学,它应当全面展现并传播法律的精神。法学是时代精神的体现。法的本质就是一种精神,就是一种既促进法律也捍卫法律从而造福社会的追求;作为精神之学,法学的极致乃是一种信仰,一种对法律、对正义的信仰,一种对真、善、美的信仰,法学代表着人类进化的光明正道和美好前景。党的十八大报告指出,“深入开展法制宣传教育,弘扬社会主义法治精神,树立社会主义法治理念,增强全社会学法尊法守法用法意识”。这可以说是中国当代法学所应该有的精神担当。

二、法理学简说

法理学是以作为整体的法律的共同性问题和一般性问题为研究对象的理论法学,着重揭示法律的基本原理。在法学界,其研究方向涉及有关法哲学、法律社会学、法律经济学、法政治学、立法学、比较法学、法律解释学和行为法学等基本理论或总论性问题。

“法理学”一词本为日文汉字,是由日本近代法律文化的主要奠基人穗积陈重〔6〕创造的。一般认为,穗积陈重为中国人引入西方法理学开辟了道路;现代中国最早的法理学的名称和内容,也来自穗积陈重等日本学者的研究成果。〔7〕我国台湾地区学者洪逊欣先生所著的《法理学》指出:“法理学之名辞,系指示社会哲学

〔6〕 穗积陈重(ほづみのぶしげ,1855~1926),出生于日本四国伊予的宇和岛藩。先入藩校名伦馆学习,内容涉及汉学、国学(日本文化)、英语、算术和柔道等。1870年,他作为大学南校贡进生被选入东京,次年1月入学。1874年,开成学校开设了英吉利法学科,穗积陈重等9人作为法科学学生入学。1876年8月,穗积陈重转道美国赴英国留学,10月进入伦敦大学。1879年毕业后,转入德国柏林大学学习,其领域涉及法理学、民法和立法论等。1881年6月,穗积陈重回国,入东京大学法学部担任讲师,并在日本历史上第一次开设了“法理学”的课程。次年2月,穗积陈重升任教授兼法学部长。在此期间,他作为延期派成员参加了“民法典论证”,旧民法被否定后,他又参加了明治民法的制定,并发表了众多的研究成果。1912年,穗积陈重辞去了东京大学法学部教授的职务,成为东京大学的名誉教授,回归故乡。1915年被授予男爵称号。1916年成为枢密院顾问官。1917年任在日本学术界享有最高地位的学士院院长。1925年出任枢密院议长。1926年4月去世。

〔7〕 何勤华:“穗积陈重和他的著作”,载〔日〕穗积陈重:《法律进化论》,黄尊三等译,中国政法大学出版社1997年版,前言第2页。

中,以研究关于法及与法有关事项之根本问题,尤其以研究法之全体的存在原理及法学方法,为其任务之特殊学问。”〔8〕李肇伟博士也认为:“法理学,乃研究法律原理原则之科学也。法理学之范围,原有一般法理学与特别法理学之分……兹所谓法理学,乃指一般法理学而言。”“所谓原理,乃所以然之道理。所谓原则,乃所以然之程式。法律之原理原则,乃法律所以然之体制。则法理学,乃探求人类之正义观念。不仅为探求法律之已然,并须探求法律之所以然也。”〔9〕美国当代著名法官、法学家波斯纳(Richard A. Posner, 1937 ~)认为:“所谓‘法理学’,我指的是对所谓法律的社会现象进行的最基本、最一般、最理论化层面的分析。就其总体而言,法理学所涉及的问题,其运用的视角,都与法律实务者的日常关心的事相去甚远……通常,我们把对根本问题的分析称之为‘哲学’;因此,传统上将法理学界定为法律哲学或界定为哲学在法律中的运用,这显然很恰当。”〔10〕

我们以为,法理学就是研究法律为什么是这样的道理。我们常常听到这种说法:世上万物都讲究个“理”字,物变而理不变。掌握了“理”,也就抓住了事物之根本。其实,法也是如此。法律现象千变万化,而法之“理”在一定意义上乃是具有恒久性的。法变而理不变。法科专业的学生不仅应当对法律知其然,而且还必须知其所以然,即要看到法背后更深层次的东西。正是这一点,决定了法理学较之部门法学具有更强的抽象性。法理学与部门法学乃是一般与个别、普遍与特殊的关系。部门法学的任务在于研究和阐明各自领域中的特殊概念和特殊规律;法理学则是从总体上综合研究一切法律现象的基本概念和共同规律,它是一门总论性的法律学科。当然,由于人的认识水平不一,加之时代在不断发展,所以,不同的人在不同的时期,对于法之理的揭示程度肯定存在差异。法理学的任务,就是尽可能准确、全面地把法之“理”揭示出来,以指导法律实践。法律落后,可以依法理加以改进;而法理学落后,则法律必有实质性的缺陷。

从法理学的名称演变,我们可以窥见法理学的历史发展与研究概况。这门学科的名称在国内外并不统一,在西方一般称之为法律哲学(Philosophy of Law, Legal Philosophy),如德国哲学家黑格尔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770 ~ 1831)著有《法哲学原理》一书。自英国法学家奥斯丁(John Austin, 1790 ~ 1859)于1832年出版《法理学的范围》以后,一般又叫法理学,取英文中的Jurisprudence之狭义。现在,西方学者一般同时使用“法哲学”和“法理学”这两个名称,如美国哈佛大学出版社出版的埃德加·博登海默(Edgar Bodenheimer, 1908 ~ 1992)的一部著作,就叫作Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law(《法理学:法律

〔8〕 洪逊欣:《法理学》,台北三民书局1998年版,第39页。

〔9〕 李肇伟:《法理学》,台中中兴大学1980年版,第45页。

〔10〕 [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,原文序第1页。

6 法理学初阶(第五版)

哲学与法律方法》);^[11]另两位美国学者 Jeffrie G. Murphy 和 Jules Coleman 的一本著作名为 *The Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence* (《法哲学:法理学导论》), 如此等等。

苏联过去一直把法理学称为《国家与法的理论》。这一名称自 20 世纪 50 年代传入我国, 一直影响到 80 年代初期。后来, 苏联又称这门课程为《法的一般理论》, 如列宁格勒大学教授雅维茨博士出版过一本《法的一般理论——社会和哲学问题》。^[12]

苏联解体以后, 俄罗斯社会发生了很大变化, 无论是在经济基础方面还是在上层建筑领域, 各个方面与过去都有着质的不同。由俄罗斯自然科学院院士 B. B. 拉扎列夫主编的《法与国家的一般理论》^[13], 以及 2008 年俄罗斯联邦教育部推荐高等院校法学专业学生专用教材——莫斯科大学法律系 M. H. 马尔琴柯教授所著《国家与法的理论》^[14], 比较全面地反映了近年来俄罗斯法理学的变化, 有一定的典型性和权威性。

我国自 1949 年以后长期使用苏联教科书, 特别是维辛斯基的《国家与法的理论》。20 世纪 80 年代初期, 北京大学法律系出版了全国第一本《法学基础理论》教科书, 标志着在中国学术界法学与政治学的分立。在整个 20 世纪 80 年代至 90 年代初期, 各大学一般都把这门课程叫作《法学基础理论》, 以后又陆续改用《法理学》这一名称。改革开放以来, 我国法理学领域的研究取得了很大进展, 提出和论证了不少富有时代气息和法治精神的法学观点, 在许多理论问题上都有重大突破。

现在, 也有学者正致力于将“法理学”与“法哲学”相互分开, 作为各自独立的学科进行研究。^[15] 关于法理学与法哲学的关系问题, 我们将在《法理学进阶》和《法理学高阶》中做详细而深入的研究。

[11] 中译本由邓正来先生(1956~2013)翻译, 中国政法大学出版社 1999 年版。

[12] 中译本由朱景文先生翻译, 辽宁人民出版社 1986 年版。

[13] 中译本由王哲生先生(1932~2007)等翻译, 法律出版社 1999 年版。

[14] 该书俄文版于 2008 年由莫斯科“大道”出版有限责任公司经修改和增补后的第 2 版, 中文本已由西南政法大学徐晓晴教授译出, 中国政法大学出版社 2010 年版。作者米哈伊尔·尼古拉耶维奇·马尔琴柯(1940~), 莫斯科大学法律系国家与法及政治学教研室主任(1985 年至今)、俄罗斯法科高校联合会主席, 俄罗斯联邦委员会联邦议会法律委员会成员。曾经担任莫斯科大学副校长(1992~1996)、莫斯科大学学术委员会副主席(1992~1996)、莫斯科大学法律系主任(1982~1992); 发表过 200 多部(篇)论著, 主要有: 个人专著《国家与法的理论》教科书(1997); 主编两卷集高校教材《国家与法的一般理论》(1998), 这两部著作成为俄罗斯及独联体各高校的法学本科生和研究生的通用教材。教科书《比较法学》(2000); 专著《当今世界法律体系》(2001); 主编三卷集高校教材《国家与法的一般理论》(第 2 版)(2001); 《比较法学教程》(2002)及《国家与法的理论》(第 2 版)(2002)及其 2008 年的修改和增补版。

[15] 文正邦:《当代法哲学研究与探索》, 法律出版社 1999 年版。

对于法理学与法学其他分支学科的关系,一方面应当认识到,法理学不仅仅是法学中的基础性学科,它是对古今中外各种法律现象及其发展规律的概括和抽象,主要承载着解决人们法治理念层面的功能,由此指导各个部门法学的发展;另一方面更要看到,法理学的研究同时也离不开部门法学。部门法学所承载的是对各种具体法律制度的分析功能,法理学的基本原理需要广泛地得到部门法学原理和具体法律规范、法律事例(包括案例)的支持与佐证,法理学中的法理同部门法中的法理应当互相贯通和依托。只有充分重视这一法学研究的基本方法,才能够既使法理学对其他法学分支学科起到全面的统率作用,又使法理观点在法律实践中得到进一步的认可与说明。正如美国当代著名法理学家德沃金(Ronald Dworkin, 1931~2013)所说:“在法理学与判案或法律实践的任何其他方面之间,不能划出一条固定不变的界线……任何实际的法律论证,不论其内容多么具体和有限,都采用法理学所提供的一种抽象基础。”^[16]法理学从来都不仅仅是法理学家自己的事业,而是整个法学界的事业。实际上,我们完全可以找到法理学与法律实践的结合点。具有抽象性特征的法理学,虽不能如部门法学那样以立竿见影的功效直接服务于法律实际,但法理学的抽象性并非空想性,而是具有源自丰富法律实践的坚实基础,对于社会法律实践具有很强的指导作用。

关于法理学体系问题,中外学界认识不完全相同。我们以为,法之理,既在法内,更在法外。揭示法理,既需要抽象思辨以分析静态之法理,更需要深入实践去把握动态之法理。从课程学习的角度,我们把法理学分为《法理学初阶》与《法理学进阶》两个部分。《法理学初阶》主要阐述法学、法律及法治的基本知识,具体安排为三编:上编“法学基本知识”主要从梳理法学历史入手,通过辨析法学学科性质,展示法学体系构成,过渡到介绍法学教育现状及当代中国法学教育时代主题为止;中编“法律基本知识”始于对法和法律的概念辨析,涵盖了彼此有逻辑联系的法律起源、法律发展、法律渊源、法律分类、法律结构、法律效力、法律意识、法律行为、法律关系、法律责任以及法系等法律基本范畴;下编“法治基本知识”重点从“纸上”的法律转化为“行动”的法律这一视角,宏观阐述“从法制到法治”的观念转变,微观展示法律程序、法律制定、法律实施与法律监督的制度运行,最后以构建中国法律职业共同体为归结。《法理学进阶》则主要涉及关于法律问题的基本原理,具体由“法律本体论”、“法律价值论”、“法律方法论”和“法律社会论”四编构成。这样,我们力图在不同的理论范式下,通过从宏观上对法律现象整体进行多视角、多层面的反思和研究,对法律问题做出不同的事实分析和价值判断,由此达到深入、全面认识法律现象的目的。

[16] [美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第83页。

课后作业

一、关键词解释

1. 法学
2. 法理学

二、选择题

1. 提出法学是“关于正义和非正义的科学”的是()。
A. 古希腊思想家 B. 古罗马法学家
C. 马克思 D. 孔子
2. 关于法律问题的学问,在我国先秦时期被称为()。
A. 刑名法术之学 B. 律学
C. 法学 D. 刑名之学
3. 法学的研究对象是()。
A. 社会现象 B. 政治现象
C. 法律现象 D. 自然现象
4. 法学是()。
A. 知识之学 B. 智慧之学
C. 精神之学 D. 社会科学
5. 下列哪种说法是正确的?()
A. 法理学指导各个部门法学的发展
B. 法理学的基本原理需要广泛地得到部门法学的支持与佐证
C. 法理学中的法理同部门法中的法理互相依托
D. 法理观点应当在法律实践中得到说明

三、材料论述题

[材料一]

道理两字,在中国社会,已变成一句最普通的话。我们可以说,中国思想之主要论题,即在探讨道理。我们也可说,中国文化,乃是一个特别尊重道理的文化。中国历史,乃是一部向往于道理而前进的历史。中国社会,乃一极端重视道理的社会。中国民族,乃一极端重视道理的民族。因此中国人常把道理两字来批判一切,如说这是什么道理?道理何在?又如问,你讲不讲道理?这一句质问,在中国人讲来是很严重的。又如说大逆不道,岂有此理,那都是极严重的话。道理二字,岂不是普遍存在于中国现社会人人之心中与口中,而为中国人所极端重视吗?但中国人如此极端重视的所谓道理,究竟是什么一种道理呢?这不值得我们注意来作一番探讨吗?依照常俗用法,“道理”二字,已混成一名,语义似乎是指一种规矩准绳言。在中国人一般思想里,似乎均认为宇宙(此指自然界)乃至世界(此指人生界),形上及于形下,一切运行活动,均该有一个规矩准绳,而且也确乎有一个规矩准绳,在遵循着。但此项规矩准绳的具体内容是什么呢?我们人类的知识能力,又何从而认识此项规矩准绳呢?这正是中国思想史上所郑重提出而又继续不断讨论的一个大问题。

若我们进一步仔细分析,则“道”与“理”二字,本属两义,该分别研讨,分别认识。

——钱穆:《中国思想通俗讲话》,三联书店2002年版,第1页。

[要求]

根据以上材料,讨论对“法之理”与“法之道”的初步认识。

[材料二]

法理学的“水彩画”——劳埃德《法理学》述评

周尚君

与其他画种相比,水彩画的外表风貌与创作技法极为独特,表现为:其一,画面具有通透的视觉感;其二,绘画过程中极尽考究水的流动性。颜料的透明性使水彩画产生一种明澈的表面效果,而水的流动性会生成淋漓酣畅、自然洒脱的意趣。

近期笔者捧来英国法学家丹尼斯—劳埃德先生的 Lloyd's Introduction to Jurisprudence (中译《法理学》,许章润译),即如欣赏一幅大自然的水彩画,其笔其意,浑然天成,使从古希腊到边沁、凯尔森甚至女权主义的日益繁复而又令人备感兴味索然的法理学重新焕发出了通体透明和深远悠长的理论生机。

著者以拉德克利夫勋爵的名言开篇:“诸位谅必不致误解我的意思,或者倘若我说我们无法经由学习法律而学到法律,就认定我是在贬损一门伟大的人类学科。如果说它不只是一门技艺,那么,其必远超于其自身:它是历史的一部分,经济学和社会学的一部分,伦理学和人生哲学的一部分。”法理学的开窗明镜就是,它必定要超越自我结构的智识藩篱,在“默而无声的大前提”(霍姆斯法官语)之下,不仅洞悉法学理论的去与现在,还需懂得规则治理的“心理疗法”(如法治观念的培育)、社会经验效果(如司法的纠纷解决机制)以及所有那些各不买账的法学派别之间的理论预设(如批判法学运动所提出的“法律的政治意义”)。

劳埃德告诉我们,对法理学进行定性描述是困难的,这一大厦之内厅堂林立。在这里,我们可以看到那些被称为法律科学家(Jurists)的学者对法律的规范结构方面所作出的自然科学式分析;我们也可以发现那些将法律不仅仅界定在法律体系内部的睿智的法哲学家(Legal Philosopher)对法律的哲学性质、自然权利甚至法的意识形态所作出的精妙努力。

如果我们能够将法律科学家的规范分析看作是水彩画家对水质(法学分析工具)使用的苛刻考究,那么我们也可以把法哲学家的知识考古看作是让水彩画更加通透清澈(法学本质)的卓越努力。

劳埃德在他的著作中不仅很好地把握了上述两种志趣上扞格难通的法理学传统,例如该书不仅对边沁、奥斯丁和英国古典法律实证主义、纯粹法理论、分析法学的现代趋向以及刻下当红主题司法裁判理论等进行了分析与诊断;而且将自然法思想、正义论甚至马克思主义法与国家理论、批判法学研究、种族批判理论以及后现代法学等加以评介与反思;而且精细刻画了这些传统的个性特征与精神品格。下面谨举三例加以说明:

其一,对法律与道德的分析。通常认为,法律与道德在于外在行为与内在理想之间的区分(康德),法律只是针对外在行为,而不追究人的思维领域。因为后者是道德规制的对象。“人的思想是不可审判的,连魔鬼自己也不懂人的思想。”劳埃德不仅停留于此区分

10 法理学初阶(第五版)

的描述,而且将这种区分的哲学与社会科学背景进行了梳理,指出完全无视道德的单纯法律活动是不可想象的。我们绝不可将道德视作主观判断而非科学实证,就如驱魔一般将它剔除殆尽。

其二,关于自然法的魔力。劳埃德不仅把自然法两千五百年的历史“写意地”加以描绘,而且将此中诸种主题的变迁进行了刻画。例如,古罗马人虽然有关于自然法的全面知识,但却没有自然权利观念;亚里士多德关于民主的观念与杰斐逊的民主观念之间几乎没有任何相同之处。但是,自然法的魔力就在于,它始终秉承一种客观道德原理,并坚信该原理相对人间之法的优越性,无论这种道德原理的根基是否发生了变化。

其三,对马克思主义法与国家理论的开放立场。作为多个国家的思想准则与政治“道统”的马克思主义,在劳埃德的《法理学》中占有了较大篇幅。之所以如此,是因为劳氏认为,将社会视作一个系统,是马克思永恒而卓越的贡献。尽管对马克思的社会分析与革命预测有相对立的观点,劳氏仍旧把马克思主义法与国家理论中的几个极为重要的问题进行了细致入微的分析,它包括:辩证法、黑格尔与马克思;马克思与黑格尔的政治哲学;历史唯物主义观念;基础与上层建筑;阶级问题;马克思与意识形态;国家与法;马克思与正义、道德和人权;国家的消亡等。劳氏将马克思的法律理论喻为一种道德,它是一种有关人类的基本善好以及如何实现它们的教谕。

波斯纳法官曾将法理学家区分为“批发商”和“零售商”。对于法律是否客观以及在什么意义上客观,法律是否自足,法律正义的含义是什么,法律是如何起源的等问题的回答,是法理学“批发商”的“事业”(富勒),因为这些问题将成为社会学法学和分析实证主义的货源;而对诸如人工流产、废除死刑等问题的论争,则是法理学“零售商”的工作,且后者并不比前者更不重要。对于劳埃德,可以说,他既不属于“批发商”,更不是“零售商”,而是法理学的知识“生产者”,在当下思想贫瘠的法理学领域,劳埃德的知识生产更是显得难能可贵。

——材料来源:《法制日报》2008年7月27日

[要求]

根据以上材料,讨论法理学的含义以及学习法理学的意义。

课后参阅读文

1. 何勤华:“汉语‘法学’一词的起源及其流变”,载《中国社会科学》1996年第6期。
2. 刘作翔:“法理学的定位——关于法理学学科性质、特点、功能、名称等的思考”,载《环球法律评论》2008年第4期。
3. 黄文艺:“中国法理学30年发展与反思”,载《法制与社会发展》2009年第1期。
4. 雷磊:“如何学习法理学?”,载《研究生法学》2011年第4期。
5. 焦宝乾:“‘法理学’及相关用语辨析”,载《华东政法大学学报》2012年第2期。



上编 法学基本知识

第一章 法学历史

课前提示

本章分别介绍了中国法学历史、西方法学历史、马克思主义法学历史概况。学习本章时,应注意从中西传统文化不同特质的角度,去认识中西方法学历史在发展过程中呈现出的不同内在进路和外在形态,总体把握中西法学历史进程以及马克思主义法学发展过程。在此基础上,增进具体法学知识、拓宽法学思维。本章的重点是:掌握西方法学历史的发展过程,马克思主义法学的创立、发展及其中国化过程。本章的难点是:从历史文化的角度,思考中西法学差异的原因;结合中国具体国情,认识构建具有中国特色、中国风格、中国气派的马克思主义法学理论体系的意义。

第一节 中国法学历史

法学的产生,是社会发展到一定阶段的产物。法学的研究对象是法律现象及其发展规律,法学的产生必须以法律现象在历史上的出现为前提,有两个基础性条件:一是法律发展到一定程度;二是出现了一批专门研究法律的人。因此,法学并不是随着法律的出现而同时产生的。法律起源在前,法学产生在后。

中国历史自古就拥有深厚的法律文化。在传统法律文化熏陶下,中国法学历史发展大致经历了四个阶段:第一阶段是先秦时期;第二阶段是秦汉至清末;第三阶段是清末至中华民国;第四阶段是自中华人民共和国成立以后。

一、先秦时期法律思想概述

早在夏商周时代,中国的古籍中就出现了有关政治法律思想的论述,其核心是体现君王统治的神圣性,主要包括两点:王权神授、法由天定。如《尚书》中说:“有

夏服天命”；^[1]《诗经》中说：“有夏多罪，天命殛之”；^[2]《左传》中说“以德配天”；《尚书》中反思夏朝灭亡时指出：“惟乃丕显考文王，克明德慎刑。不敢侮齔寡，庸庸，祗祗，威威，显民，用肇造我区夏，越我一、二邦以修我西土。”^[3]这一阶段的政治法律思想主要的目的在于宣扬君王及其所颁布的法律的神圣性，借之调和统治者和被统治者之间的矛盾并镇压被统治者的反抗，以维护当时社会的等级秩序和高压统治。但由于这一时期的社会关系相对单一，人们对社会现象和法律现象认识也有较大局限，因此不可能出现系统的法学理论知识。

春秋战国时期是中国文化酝酿与确立的时期，文化呈现“百花齐放、百家争鸣”的局面，对后世影响深远的儒、道、墨、法等思想流派也在这一时期形成，各派对其政治和法律观念的阐释与实践为极具特色的中国传统法政思想奠定了基础。

儒家的法律思想。儒家的代表人物是孔丘(公元前551~前479年)、孟轲(约公元前372~前289年)和荀况(约公元前313~前238年)。儒家法学观最重要的特点体现在“礼治”。“礼”包括夏礼、殷礼、周礼，三代之礼发展到周朝，形成了一整套完善的典章制度和礼仪规范，从国家的基本制度到具体的生活细节无所不包。儒家坚持和发展“礼治”思想，视“礼”为国家的主要规范手段，希望在此基础上牢固建立起以尊卑等级和宗法伦理为基础的社会秩序。“礼”的基本原则为“尊尊”、“亲亲”，前者维护王权，所谓“国无二君”；后者维护父权，所谓“家无二尊”。先秦儒家学者认为“礼崩乐坏”的社会混乱状况的根源，在于人们对礼乐传统的丢弃，他们希望重新恢复三代礼乐文化和礼乐秩序，以“复礼”为己任。至汉武帝时，董仲舒提出“罢黜百家，独尊儒术”，将礼的精神贯彻到社会制度的各个层面，“引礼入法”、“礼法合一”，儒家的礼治思想被正式确定为中国传统社会政治法律的基础，并由此发展出了独具中国特色的礼法制度和礼法文化。

道家的法律思想。道家的代表人物是老聃(生卒年不详)和庄周(约公元前369~前286年)。道家崇尚“道法自然”。道，是以自然为本源，是宇宙万物的运行规律，天、地、人、道均受自然支配，均须取法自然，与“礼”、“法”相比，道是最高原则，“人法地，地法天，天法道，道法自然”。^[4]这就是道家的“法自然”的思想。道家强调顺应自然、顺应客观现实，这一观念在法律思想上的表现便在于倡导“无为”，“法令滋彰，盗贼多有”，“民不畏死，奈何以死惧之”。道家倡导在法律实践上的无为，在一定程度上是对调控社会的礼法抱有消极的态度，在这一点上与儒家和法家的立场有很大区别。

[1] 《尚书·召诰》。

[2] 《尚书·汤誓》。

[3] 《尚书·康诰》。

[4] 《老子·第二十五章》。

墨家的法律思想。墨家的代表人物是墨翟(约公元前478~前392年),墨家主要代表了社会中有知识的中下层民众的政治和法律观念。墨家的核心思想是主张“兼相爱”、“交相利”的社会秩序,主张“壹同天下之义”,即用“兼相爱”、“交相利”来统一人们的思想,并将其上升为国家的法律。墨家把法比作“规矩方圆”之器,而法又应该具有最大限度的现实性,强调法必须符合客观规律的要求,主张“法天而遵天法”;同时,法律的实施离不开刑罚,“功之以赏誉,威之以刑罚”。墨家追求一种大同世界的理想国家,表达了对人人互爱互利和消灭战争的理想社会的追求,但支持诛杀暴君的行为和以制止暴虐为目的的战争。

法家的法律思想。法家是春秋战国时期颇为显著的一个思想流派,代表人物是商鞅(约公元前390~前338年)和韩非(约公元前280~前233年)。与儒家的“礼治、德治”相对立,“法治”是法家法律思想的核心。法家“法治”思想主要包括:法是国家的规矩、准绳,是一种普遍遵守的行为规则;国家制定的法律应该以特定形式向社会大众公开,“法者,编著之图籍,设之于官府,而布之于百姓也”,^[5]并借助国家的暴力工具保障其实施。法家思想在战国受到统治者的重视,法家学说被较为广泛地运用到这一时期的法制改革中,商鞅在秦国的变法是法家“法治”理论成功运用的一个范例。春秋战国时代,儒家主张的“礼治”和法家主张的“法治”一直是对立的两个理论体系,到秦朝时,统治者更多的是利用法家思想来维持专制统治,但到了西汉以后,引礼入法、礼法合一,道德教化与法律强制相结合,“礼”和“法”通过统治方法上的相互补充,最终从对立走向统一,其目的都在于维护专制的宗法伦理秩序。总体来说,法家的“法治”思想从根本上说只是维护君权的工具,公开、严苛的法律只是君王驾驭百姓的“刑赏二柄”,与后世的法治思想之间有着本质的区别。

二、从秦朝到清朝的法律思想概述

从公元前3世纪到19世纪中叶,两千多年的历史,中国法学走过了一个以儒家学说为主导,融合法家、道家等诸家学说的发展过程,形成了以儒家礼法思想为核心的法律文化系统,其典型表现就是儒家化律学的兴起与发展。

自秦代开始,法学领域出现了律学,也称“刑名律学”,又称“刑名法术之学”,是根据儒学原则对以律为主的成文法进行讲习、注释的学问。律学滥觞于秦,发展于两汉,昌盛于魏晋,至唐达到顶峰,唐以后逐渐衰落。律学不仅从文字上、逻辑上对法律条文进行阐释,还对包括礼与法律例之间的关系、刑名的变迁以及听讼、理狱等在内的法理问题进行阐述,使儒家经典与法律融为一体,最终完成了法律儒家化的过程。

秦统一后继续推行法家理论,知法行法的官吏地位得到了提高。秦奉行“以

[5] 《韩非子·难三》。

法为教,以吏为师”的国策,为律学的诞生和发展提供了有力的国家支持,产生了以《法律问答》为代表的法律注释书,为两汉时期律学的开创性发展奠定了基础。汉武帝时期董仲舒提出“罢黜百家,独尊儒术”后,以“三纲五常”为前提的儒学思想被统治阶级所吸收,一批以儒家学说为原则进行“引经注律”的律学家开始出现。西汉的于定国、杜延年,东汉的郭躬、陈宠等人传习法令,收徒教法,学生多至数百人。东汉经学大师马融、郑玄等都曾对汉律做过章句注解,晋代张斐和杜预等人对晋律做过注解,并对立法原理和法律适用问题均有说明。东晋以后,私人注释逐渐被官方注释所取代。公元652年的《唐律疏议》是官方注释的范本,它集中唐代以前的法律思想,主要引述儒家经义对律文进行疏解,宣扬封建等级制度和君权至上等宗法思想,是中国历史上保存最完整、最系统的注释法学著作。魏晋时期魏明帝曾设律博士,专门传授律学,在一定范围内出现了律学昌明的景象。至宋代王安石变法,大力提倡律学,但遭到保守势力反对,从此律学衰落下去。

律学是封建社会正统的法学代表,但并非唯一存在的法学。长期的历史发展过程中,还有各种不同风格的法学研究方法和不同价值取向的法律思想对律学产生了影响。尤其是明末以后,进步的法律思想和法学研究对传统的律学产生了巨大的冲击,如黄宗羲就指出,专制王朝的法是帝王一家的法,非天下之法,“……然则其所谓法者,一家之法,而非天下之法也。是故秦变封建而为郡县,以郡县得私于我也;汉建庶孽,以其可以藩屏于我也;宋解方镇之兵,以方镇之不利于我也。此其法何曾有一毫为天下之心哉!而亦可谓之法乎”^[6]故要求以“天下之法”取代“一家之法”,表达了明末进步思想家批判封建专制主义法制,要求进步的呼声。

三、近代中国法学发展概述

1840年鸦片战争以后,包括法学思想在内的异域文化对传统的中国文化产生了极大冲击。在民族危难和国力凋敝的形势下,思想界中无论是改良派还是革命派,他们或从传统法文化自身内部去寻求济世救民的良方,或完全接受西方文化的洗礼,都纷纷提出自己的主张,中国思想界出现了大量前所未有的新观念和新理论,中国法学步入了历史上的一个转型时期。

近代资产阶级改良派的法律思想。1895年中国在甲午战争失败后,为挽救民族危机,以康有为(1858~1927)、梁启超(1873~1929)、严复(1853~1921)等人为代表的改良派提出维新改良的政治法律主张。他们指出中国社会迫切需要变革,而社会变革的主要内容,是改君主专制政体为君主立宪政体,改革封建礼教的法律制度,提倡西方近代的法治主义。康有为在《孔子改制考》里“托古改制”,借孔子的名义为社会变革寻找正当性依据;梁启超则指出:“法治主义为今日救时之唯一

[6] 黄宗羲:《明夷待访录》之“原法”。

主义”、“法者天下之公器也，变者天下之公理也”。〔7〕改良派人士援引孟德斯鸠“三权分立”学说，主张仿照英国或日本的君主立宪政体来改革满清的君主专制。维新改良派在向西方寻求救亡真理的同时，并没有放弃传统儒家文化的内在资源，这使他们的主张呈现二元性：一方面积极引进西方法治文化，支持洋务改革运动；另一方面保留君主，反对革命派的共和制。

近代资产阶级革命派的法律思想。康有为等改良派所领导的维新变法运动被清政府顽固势力绞杀以后，以孙中山（1866～1925）等为代表的近代革命派取而代之进行旧民主主义革命，推翻了满清帝制。革命派大胆吸收了西方近代政治法律话语系统，主张宪政，要求共和。孙中山的法律思想是革命派法律思想的集大成者。其主要内容为：抨击封建专制的政治制度和法律制度，主张宪政，提出军政、训政、宪政三阶段说，主张人民享有集会自由、言论自由、宗教自由等近代公民权利；结合东西方文化与法律传统系统阐述了“五权宪法”的学说，所谓“五权”，指立法、行政、司法、罢免、考试五项权力，前三项权力仿照西方三权分立学说，后两项权力分别解决监督官员和选拔官员的问题；推行三民主义，即“民族、民权、民生”之三民主义。民族主义反对满族统治以解决国内民族问题；民权主义就是坚持人民主权思想，主张人民享有选举官吏、罢免官吏、创制法案、复决法案的权力；民生主义不仅要求解决农民的土地问题，还要通过“劳动法”为工人谋救济之道。无论从哪个方面看，孙中山的法律思想都达到了中国近代资产阶级法律思想的顶峰，是可供后世借鉴的宝贵法律思想遗产。

清末的改旧律、创新法。20世纪初，迫于内忧外患的国际国内形势，清政府被迫进行了一次大规模的“修律”活动，清末法学家沈家本（1840～1913）作为主要的修律大臣在修律运动中起了重要作用，经过艰苦的工作，沈家本主持草拟了《大清新刑律》、《大清商律草案》、《大清民律草案》、《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》等重要法典，后来的国民党政府在清末修律的基础上逐渐完成了“六法全书”的立法工作。沈家本的法律思想代表了清末修律派的法律主张，既汲取了西方先进的立法经验和法律思想，“折中各国大同之良规，兼采近世最新学说”，又顾及了中国本身的现实国情和传统法律文化，“修订各律，凡各省习惯有应实地调查者，得随时调员派员前往调查”。〔8〕清末修律在联系实际的同时，还注重立法技术问题，“法必定于一，而后人可以道之信之，未有两歧可为法者”。沈家本还倡导守法与法律并重的理论，倡导人人守法、法律面前人人平等的原则。总之，清末的修律工作，借鉴了大量大陆法系国家的立法精神和立法技术，标志着传统中华法系的瓦解。

〔7〕 梁启超：《变法通议》之“论不变法之害”。

〔8〕 转引自李贵连：《沈家本年谱长编》，台北成文出版社1992年版，第277页。

四、中华人民共和国成立以后的法学发展概述

中华人民共和国成立前夕,中共中央于1949年2月22日发布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》,该指示正式废除了国民党的“六法全书”,由此开始了新中国的法学发展历史。

1949年以后中国法学在曲折中发展。直到1978年12月中共十一届三中全会的召开,改变了中国法学的命运。国家的政治经济秩序得到了稳定的发展,公民的各项法律权利得到了切实的保障;法学教育得到前所未有的重视,公民的法律观念和法律意识也得到前所未有的改观。从此以后,中国的法学发展走过了一个辉煌的历程:不仅建立起了包括宪法学、民法学、刑法学、诉讼法学等部门法学在内的门类齐全的法学体系,还通过借鉴外来的法律文化和法学思想,基本形成了中国特色马克思主义法学体系。

关于这一阶段法学发展的具体情况,可同时参见本章第三节“马克思主义法学历史”和第四章第二节“新中国高等法学教育”的相关内容。

第二节 西方法学历史

一、古希腊法学思想概述

古希腊位于欧洲东南部、地中海东北部,包括今巴尔干半岛南部、小亚细亚半岛西岸和爱琴海中部的许多小岛。古希腊文化是人类文化的重要遗产之一,对全世界文化尤其是对欧洲文化的发展有着极为深刻的影响。但在古希腊,并没有形成专业和系统的法学学科,也没有出现以研究法律为职业的法学家阶层,和众多其他学科一样,希腊人对“法”及其现象的思考被裹挟在希腊思想家对城邦所进行的哲学思考中,其中影响最大的是苏格拉底(Socrates,公元前469~前399年)、柏拉图(Plato,或Platon,公元前427~前347年)、亚里士多德(Aristotle,公元前384~前322年)的学说。例如,柏拉图在他的代表作《理想国》^[9]中,就对正义问题和城邦秩序进行了探讨,而集中体现柏拉图法律思想的著作是其晚年所著的《法律篇》^[10]。古希腊法律思想的成就主要体现在亚里士多德的法治理论中,其代表作是《政治学》。

在《政治学》一书中,亚里士多德指出达到美好生活乃是政治组织的主要目标,而要实现这一目标的唯一可行的手段就是建立起以法律为基础的国家(城

[9] [古希腊]柏拉图:《理想国》,郭斌和、张竹明译,商务印书馆1986年版。

[10] [古希腊]柏拉图:《法律篇》,张智仁、何勤华译,上海人民出版社2002年版。

邦)。亚里士多德将法律界定为“不受欲望影响的智慧”，明确提出“法治优于一人之治”，^[11]这里的“法治”包含了两层含义：已制定的法律获得普遍的服从；所服从的法律本身又应该是制定良好的法律。亚里士多德给“法治”确定了三个基本要素：(1)法治指向公共利益，它不同于为了单一阶级或个人利益的宗派统治或暴君专制；(2)在依据普遍规则而不是依靠专断命令进行统治的意义上，法治意味着守法的统治；(3)法治意味着对法律的认同，它不同于仅仅依靠暴力支持的专制统治，也即法律得以真正贯彻的文化心理保障在于臣民对于法律的基本信念。^[12]亚里士多德的法治理论为西方后世的法学思想及法治理论奠定了基础。

二、古罗马法学发展概述

法学在古罗马成为一门专业化的学科，一批以研究和实践法律知识为职业的法学家阶层也出现了。古罗马法学以其务实性而闻名于后世，其中对私法的研究达到了极高的水准，成为后世大陆法系私法研究的开端。

西塞罗(Marcus Tullius Cicero, 公元前106~前43年)是古罗马著名的演说家、政治家和杰出的法学家，他的法律思想集中体现在其著作《论共和国》和《论法律》中。他首次较为系统地提出了自然法与人定法之分，将自然法置于“最高的法”的地位，而自然法的本质就是神和人所共同拥有的理性，理性具有能区分善恶对错的能力，理性是普世的，因此，根源于理性的自然法超越了时间和地域的限制，成为一种永恒的、不变的法，适用于所有的民族和所有的时代。

公元1世纪到公元3世纪，是罗马法学的繁荣阶段，出现了五大法学家：盖尤斯(Gaius, 130~180)、保罗(Paulus, ?~222)、乌尔比安(Ulpianus, 166~228)、帕比尼安(Papinianus, 150~212)、莫蒂斯蒂努斯(Modestinus, ?~224)。他们协助皇帝立法、解答法律问题、撰写法学著作、从事法学教育，对罗马法学做出了杰出贡献。

公元4世纪到公元5世纪，罗马皇帝的命令逐渐取代了众多流派的法学家学说，罗马法学的创造性精神被扼杀，法学研究出现衰落。

查士丁尼皇帝在位时期(527~565)，对西方后世法学发展影响深远的《国法大全》得以制定，《国法大全》由《查士丁尼法典》、《学说汇纂》、《法学阶梯》和《查士丁尼新律》(在查士丁尼死后编订)四个部分组成。从法学的角度看，《国法大全》是古代西方最庞大的一部法典，是罗马帝国法学理论的集结和精华荟萃，其中的《学说汇纂》和《法学阶梯》对世界法学，尤其是对近代大陆法系私法理论的发展

[11] [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1983年版，第167~168页。

[12] [美]乔治·霍兰·萨拜因：《政治学说史》(第4版)(上)，邓正来译，上海人民出版社2008年版，第133页。

以及民法典的制定具有直接而深远的影响。

基督教思想家奥古斯丁(Augustinus, 354 ~ 430)生活于西罗马帝国晚期,其思想开创了中世纪基督教哲学先河,因而被认为是欧洲中世纪教会法学的奠基人物,其代表作是《上帝之城》。^[13]

三、中世纪法学发展概述

公元476年,罗马城被日耳曼人攻破,西罗马帝国宣告灭亡,欧洲自此进入了长达一千余年的中世纪历程。中世纪基督教的广泛传播在西方人的精神生活中产生了深远影响,中世纪的法学发展也由此打上了基督教的烙印。

在基督教的背景下,中世纪法学发展的特点主要表现在:

教会法在中世纪得以系统发展。教会法的拉丁文名称为 Ius Canonicum,英文名称是 Canon Law,本义为工匠所用规尺,引申为规范、规矩。该词既可指“正典”(正式认可的《圣经》卷册),也可用作指基督教徒应该遵循的符合信仰的宗教道德规范,故教会法泛指整个基督教会在不同历史时期所制定和编纂的、有关教会本身的组织制度和教徒个人的品德、生活守则的各种宗教章程、命令和规则的总和。

注释法学的发展。随着11世纪罗马法的复兴,注释法学派也在中世纪出现,注释法学派通过在罗马法典籍的旁侧或字里行间进行注释而得名。注释的方式有两种:一是对各种法律名词进行解释,二是对各项法律条文和原则进行解释。注释法学分为前期注释法学派和后期注释法学派(又称评论法学派)。前期注释法学派对《国法大全》进行了甄别和整理,在研究上着眼于罗马法条文原有的意义,目的是恢复罗马法本来的面目,其采用的方法是对罗马法文献进行文字注释,包括列举注释者之间的分歧意见、罗马法学家的各方观点以及文献作者本人的观点。此种研究方法以机械的注释取代科学的推理,因而在一定程度上不可避免会曲解或脱离罗马法典的文义。评论法学派改变了前期注释法学派机械注释的方式,将罗马法与中世纪地方封建习惯法以及各城市条例结合起来做了比较研究,以评论和评议为主,也就是在罗马法的基础上重新提出一些法律原则和法律根据,建立法律的分析结构,并通过类推适用赋予罗马法以灵活性,力图把罗马法的一些原理、原则应用到当时现实的政治法律生活中。评论法学派对后期的判例法发展产生了较大影响。

托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas, 1224/1225 ~ 1274)的神学—法学思想。托马斯·阿奎那是经院哲学的代表人物,也是以神学—法学思想为特征的中世纪自然法思想的集大成者,《神学大全》是其代表作。他将整个宇宙中存在的法律分为四种:永恒法,是上帝的终极计划,是上帝用来统治整个宇宙的规则,在所有类型的

[13] [古罗马]奥古斯丁:《上帝之城》,王晓朝译,人民出版社2006年版。

法中具有最高的效力；自然法，是上帝依据永恒法引导和统治人类的法律，在永恒法和人定法之间起着类似承上启下的作用，是人类借以知晓和体验永恒法，并由此认识到人类内在本性及需要，从而给自己所发出的具有合理性和约束力的命令；人定法，是人类利用自然法的原则为人类的具体生活制定的法律，人定法必须服从于自然法；神法，通过神的启示得以阐述，是从《圣经》中归纳出来的，它包括《旧约》中上帝通过先知所作的启示以及《新约》中的耶稣基督所宣讲的道理，即“旧约时代的启示法”和“新约时代的启示法和福音法”。阿奎那之所以在永恒法、自然法、人定法之外还将神法列为人类的指导性原则，是因为神法作为神的启示，具有绝对的正确性并不受时空限制，因而可以帮助人类克服人性的局限并在特殊事件和极端状况下仍能保持正确的方向，并赋予信徒内心以自觉的约束力，是永恒法、自然法、人定法必不可少的补充。

四、西方近代法学发展概述

文艺复兴和宗教改革以后，西方步入了近代时期。文艺复兴和宗教改革，对西方近代的社会生活和法律思想产生了深远的影响，他们奠定了现代世界诞生和存在的决定性基础：公共生活的世俗化。西方近代世俗文化宣扬人的自主性和独立性，充分肯定个体的尊严和价值，充分相信人的理性在构建法律规范和社会制度时的决定性作用，凡此种种文化特质，最终促成了西方近代法学思想的转折性发展。“个体权利”论取代基督教的神学宇宙观成为近代西方法学思想关注与解决的核心问题，并在此基础上形成了影响深远的众多法学流派。

古典自然法学派，又称经典自然法学派，是近代西方影响最大的一个法学流派，也是近代资产阶级反封建和反天主教会的有效思想武器。该学派的代表人物和代表著作有：荷兰法学家格劳秀斯（Hugo Grotius, 1583 ~ 1645），其所著《战争与和平法》^[14]是近代国际法的先驱；英国的霍布斯（Thomas Hobbes, 1588 ~ 1679），其代表作《利维坦》^[15]表达了强烈的反天主教会和建立世俗主权国家的要求；英国的约翰·洛克（John Locke, 1632 ~ 1704），《政府论》^[16]是其最有名的政治学著作，在上篇中洛克批驳了君权神授论和王位世袭论，下篇中则提出了一套自由主义法哲学，并主张政府通过分权以确保公民的自然权利；法国的孟德斯鸠（Baron de

[14] [荷]格劳秀斯：《战争与和平法》，A. C. 坎贝尔英译，何勤华等译，上海人民出版社 2005 年版。

[15] [英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版。

[16] [英]约翰·洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆 1964 年版；《政府论》（上篇），瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆 1982 年版。

Montesquieu, 1689 ~ 1755), 其代表作《论法的精神》^[17] 在通过对众多不同类型的政治法律制度进行研究的基础上探讨了法与社会的关系, 并继承了洛克的分权理论以确保政府对公民权利的保障; 法国的卢梭(J. J. Rousseau, 1712 ~ 1778), 是古典自然法学派的集大成者, 《论人类不平等的起源和基础》^[18]、《社会契约论》^[19] 是其主要著作。卢梭的法律政治思想最突出的特征就是激进的民主主义, 强调共同体中的法律应是“公意”的表现, 任何人不得违反公意, 服从公意就是服从自己的意志, 卢梭的学说后来成为法国大革命直接的思想来源。

古典自然法学派的出现标志着一种与中世纪神权世界观相对立的法权世界观的确立, 这一世界观的核心内容是人权和法治。古典自然法学派反对神权宣扬人权、反对专制宣扬自由、反对等级特权宣扬法律人格的平等。该学派在十七、十八世纪的发展不仅直接鼓励和推动了近代资产阶级革命的成功, 对于现代资产阶级民主和法治国家的建立和维系也起到了论证和促进作用。

历史法学派。1814年, 德国法学家萨维尼(Fredrich Karl von Savigny, 1764 ~ 1844) 发表了《论立法与法学的当代使命》^[20], 由此宣告了历史法学派的诞生。历史法学派的研究方法是历史比较的方法, 历史法学派否定存在普遍的理性, 因而, 反对古典自然法学派对自然法和自然权利的假设。历史法学派认为法律应该力图体现各民族特有的精神, 法律是“民族精神的产物”。历史法学派认为, 法律的发展是一个历史演变的渐进过程, 且这种发展离不开一定民族的共同生活经验。各个民族的法律, 与该民族的语言、习惯、制度设计一样, 是与该民族经年累月的民族生活融为一个整体的, 而决定这种融合的是该民族人民特有的共同信念和内心意识, 一个民族的法律只有符合该民族人民的共同信念和内心意识, 才能适宜于该民族的生存和发展。

分析法学派。1832年英国法学家奥斯丁(John Austin, 1790 ~ 1859) 写作的《法理学的范围》一书, 标志着分析法学派的诞生。但分析法学派的理论渊源却出于英国功利主义法学家边沁(Jeremy Bentham, 1748 ~ 1832) 的法学思想。边沁在其所著的《道德与立法原理导论》^[21] 中, 对法律概念进行了细致的实证分析, 这成

[17] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册), 张雁深译, 商务印书馆1961年版;《论法的精神》(下册), 张雁深译, 商务印书馆1963年版;另推荐一个版本,《论法的精神》(上、下册), 许明龙译, 商务印书馆2012年版。

[18] [法]卢梭:《论人类不平等的起源和基础》, 李常山译, 商务印书馆1962年版;另推荐一个译本,《论人类不平等的起源和基础》, 李平沅译, 商务印书馆2007年版。

[19] [法]卢梭:《社会契约论》, 何兆武译, 商务印书馆2003年版;另推荐一个译本,《社会契约论》, 李平沅译, 商务印书馆2011年版。

[20] [德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》, 许章润译, 中国法制出版社2001年版。

[21] [英]边沁:《道德与立法原理导论》, 时殷弘译, 商务印书馆2012年版。

为奥斯丁《法理学的范围》^[22]一书的出发点。1970年,边沁生前未能发表的《论一般法律》^[23]由哈特整理出版,该书被认为是《道德与立法原理导论》一书的续篇,《论一般法律》的出版被誉为分析法学乃至20世纪法学学术史上的重大事件。边沁在其理论中区分了对法律的解释和对法律的评论,前者是对历史存在过的法进行揭示,以说明立法者做了什么,并对正在运行的法律状况进行阐述;后者是对“法律应当是什么”这一问题的探讨。边沁对法律解释和法律评论的区分实际上揭开了奥斯丁法理学理论的帷幕:区分“实际存在的法”和“理想中的法”。在《法理学的范围》一书中,奥斯丁认为法理学的研究对象是实在法,即“法律实际上是什么”,由此将法理学从伦理学、政治学、哲学等学科中剥离出来,使法理学成为研究实在法的工具性学科,近代独立的“法律科学”至此得以建立。奥斯丁认为,实在法是主权者依据主权发布的、以强制制裁为保障的命令。主权是政治优势者对劣势者的关系,主权具有至高无上性,在主权者依据其理性所发出,并由文字或符号所表达出来的“命令”中,包含被命令者由此去做某事或禁止做某事的期望,并在此期望落空之际,主权者可以依据主权对其实施制裁。但主权者在制定法律的时候,应遵循独立的政治社会中习惯上应遵循的原则或法则,这些原则或法则对主权者具有道德上的约束力。继奥斯丁以后,英国的法理学者沿袭他所开创的路径将法学研究与道德、伦理、政治等其他研究领域相分离,主张区分“实然的法”和“应然的法”,认为只要是基于国家的立法程序制定出来的法,就是有效的法律,分析法学派反对自然法学派“恶法非法”的观点。

哲理法学派。代表人物是德国古典哲学家康德(Immanuel Kant, 1724 ~ 1804)和黑格尔(G. W. F. Hegel, 1770 ~ 1831),代表作是康德的《法的形而上学原理》^[24]和黑格尔的《法哲学原理》^[25]。哲理法学派在学理上与德国古典哲学和古典自然法学派存在较为密切的相承关系,前者的思想渊源使哲理法学派从纯粹哲学的角度去研究法的一般原理;后者的思想渊源使哲理法学派以古典自然法学为研究的出发点,重点研究理想中的法而不是实际存在的法,并通过抽象的思维方式和推理方式探讨法律和理性之间的关系,同时又对实在法进行了系统的抽象分析。例如,康德认为,作为权利科学的法哲学是从权利角度研究人与人之间权利与义务的关系,“权利科学的研究对象是一切可由外在立法颁布的法律原则……有关原则方面的权利和法律的理论性知识,不同于实在法和经验的案件,属于纯粹的权利科学”。人所拥有的唯一的天赋权利就是自由,法律则是根据自由产生的一般法权

[22] [英]奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2003年版。

[23] [英]边沁:《论一般法律》,毛国权译,上海三联书店2013年版。

[24] [德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版。

[25] [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版。

体系,“法是能使各个人的意志依据自由的普遍法则与他人意志相协调的条件之总和”,国家的目的就是在强制性的法律之下实现人的权利。黑格尔认为,法哲学是哲学的一个部门,是研究客观精神运动的科学,作为科学的法哲学,其研究要求从总体上把握客观精神的运动,揭示法的概念及其现实化过程,从而引导人们自觉地按照客观的法的要求规制自己的行为从而推动历史发展,在此基础上,黑格尔指出法的发展要经过三个阶段:抽象法—道德—伦理(国家),国家就是伦理精神的实现,是法的理念的完美体现。

五、西方现代法学发展概述

进入20世纪,西方社会各种矛盾现象出现了加剧的趋势,旧的利益结构被打破,新的利益结构开始形成,包括福利、教育、劳资关系、经济在内的诸多领域的社会立法相继出现,西方法学的发展也出现了一个多元化的格局,众多新的法学流派相继出现。

新自然法学派。新自然法学派以美国法学家富勒(Lon Fuller, 1902 ~ 1978)、罗尔斯(John Rawls, 1921 ~ 2002)、德沃金(Ronald Dworkin, 1931 ~ 2013)为代表。富勒的代表作是《法律的道德性》。^[26]该书认为,真正的法律制度必须符合一定的内在道德(程序自然法)和外道德(实体自然法),法律的内在道德事关调整人们行为的规则制度制定和执行的方式,法律的外道德事关法律所要达到的实质目标。其中法律的内在道德必须符合八个条件:普遍性、公开性、非溯及力、明确性、一致性、可行性、稳定性以及官方行为与已颁布的法律之间的一致性。20世纪70年代初,罗尔斯的著作《正义论》^[27]面世,在该书中,罗尔斯以洛克、卢梭、康德的社会契约论为基础,反对英国传统的功利主义,论证西方民主社会的道德价值,认为正义是社会制度的主要美德。罗尔斯认为应该区别对待制度的正义原则和个人的正义原则,并着重探讨了制度的正义原则,罗尔斯认为制度的正义原则有两条:一是平等自由原则,即每个人在社会中都拥有与他人的自由体系并存的同样的自由体系,包括公民的各种政治权利和财产权利。二是机会平等原则和差别原则,前者要求社会地位、社会职务等对所有的人平等开放;后者要求在进行分配的时候,如果不得不产生某种不公平,那么这种不公平应该有利于境遇最差的人们的利益改善。《正义论》被誉为20世纪70年代西方探讨正义问题的集大成者,为自由主义政治、法律思想的复兴提供了武器。德沃金是西方20世纪70年代末以后杰出

[26] [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版。

[27] [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2001年版。

的法哲学家,在其代表作《认真对待权利》^[28]、《法律帝国》^[29]等著作中,德沃金系统阐述了他的权利论法哲学思想,标志着一个新的法哲学时代的开始。总体而言,结合20世纪法学理论与实践的发展,新自然法学派的主张呈现出以下两个特征:(1)不同程度地继承了古典自然法学派的基本信条,反对法律实证主义和功利主义,强调回归以个人权利为中心的自由主义,强调道德与法律的联系;(2)将正义问题的研究重点转移到程序上,因此尤为强调社会在总体上的制度建构和司法实践中的程序正义。

新分析法学派。新分析法学派泛指20世纪对于奥斯丁分析法学的最新发展,主要包括了凯尔森的法律规范理论和哈特的法律规则理论。凯尔森在《纯粹法理论》^[30]、《法与国家的一般理论》^[31]等著作中,区分了法律的静态理论和法律的动态理论。在法律的静态理论部分,他界定了法律的一系列专门概念;在法律的动态理论部分,凯尔森认为法律是由强制性的规范构成、以法律规范效力等级为标准的体系,凯尔森法学理论的核心便是从结构上分析法律。哈特于1961年出版的《法律的概念》^[32]一书,被视为新分析法学产生的标志。哈特反对奥斯丁的法律命令说,认为法律是第一性规则和第二性规则的结合,第一性规则是设定义务的规则,是原始的小型社会的法律规则;第二性规则是授予权利的规则,由承认规则、改变规则和审判规则构成。哈特认为,法律与道德有一定的联系,提出了著名的“最低限度内容的自然法”的观念。

社会学法学派。19世纪末20世纪初,西方法学逐步转向了以重视社会利益为特征的社会法学。奥地利法学家欧根·埃利希(Eugen Ehrlich,1862~1922)反对传统的法学研究方法,即法学家习惯于将国家制定的法律条文当作自己的主要研究对象,因为他们推定全部法律就在这种条文中。他不赞成成文法是唯一的法的渊源,而主张研究法律首先就是要收集各种成文法材料,并以自己的解释来确定这些材料的内容,然后在自己著作或判决中利用这种解释。他重视社会现实中的“活法”和“自由法”的作用;主张扩大法官的自由裁量权,允许法官可以根据正义

[28] [美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,该译本2008年在上海三联书店重新出版。

[29] [美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版。

[30] [奥]凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,该译本2013年在黑龙江大学出版社重新出版。

[31] [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,该译本2013年在商务印书馆“汉译世界学术名著丛书”中重新出版。

[32] [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版;另一译本,《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版。

原则和习惯自由地创制法律规则。其主要著作有《法社会学原理》^[33]等。美国法学家庞德(Roscoe Pound, 1870 ~ 1964)在其所著的《通过法律的社会控制》^[34]及五卷本《法理学》^[35]中所创立的社会学法学,就是这一类型法理学的代表。庞德社会学法学的基本主张包括:法律是一种实施社会控制的工具,通过法律对社会进行控制是社会文明的标志,庞德将法律对社会的控制类比为项社会工程,法理学也就成为一门社会工程学科,社会学法学因此更多地关注法律的运行机制而不是其抽象内容;强调法律所促进的各种社会目的而不是制裁;将法律更多地看作能带来社会公正的手段或指南,而不是一成不变的模式。在此基础上,庞德将法律的发展分成了五个阶段:原始法阶段、严格法阶段、衡平法和自然法阶段、法律的成熟阶段以及法律社会化阶段,以此来说明法律的不同目的和作用。

经济分析法学。20世纪下半叶,西方法学的一个显著特征就是法学与其他社会科学的交叉与融合,经济分析法学就是其中之一。经济分析法学的代表人物是美国法学家波斯纳(Richard A. Posner, 1937 ~),《法律的经济分析》^[36]是他的代表作。经济分析法学通过运用经济学上的定量分析方法评判某项法律制度的优劣,该学派认为法律制度的正义与否取决于立法者的意图,善与恶的评价则是由伦理学解决的问题,任何法律制度只要能促进效益,减少交易成本,就是可适用的,否则就应该改革。由此,一个理性的法律制度应该最大限度地利用人们的本性,促进社会资源和社会财富的最有效利用。

此外,20世纪西方社会还出现女性主义法学、法律与文学运动、批判种族主义法学等,一般被称为后现代法学思潮,分别从不同的视角重新审视西方法律制度,提出了很多极富启发性的理论,在一定程度上影响了现代西方社会的发展。^[37]

[33] [奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版;另一译本,尤根·埃利希:《法律社会学基本原理》(全新译本),叶名怡、袁震译,中国社会科学出版社2009年版。

[34] [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆2010年版。

[35] [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第1卷),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版;[美]罗斯科·庞德:《法理学》(第2卷),邓正来译,中国政法大学出版社2007年版;另一译本,《法理学》(第1、2、3、4卷),余履雪、封丽霞、廖德宇、王保民等译,法律出版社2007年版。

[36] [美]波斯纳:《法律的经济分析》(第7版)(中文第2版),蒋兆康译,法律出版社2012年版。

[37] 朱景文:《当代西方后现代法学》,法律出版社2002年版。

第三节 马克思主义法学历史

一、马克思主义法学的创立

马克思于1818年5月5日出生于德意志普鲁士邦莱茵省特利尔城的一个法律世家。早在其中学毕业论文《青年在选择职业时的考虑》中就反映出崇尚自由的思想。1835年10月,马克思进入波恩大学法律系学习,在大学一年级曾经学习过《法学全书》、《法学纲要》、《罗马法史》、《德意志法学史》、《欧洲国际法》、《自然法》等课程。1836年10月,马克思转学入柏林大学法律系;1841年3月,获得柏林大学毕业证书。在柏林大学期间,他选修过历史法学派的代表人物、著名法学家萨维尼所讲授的《学说汇纂》以及黑格尔法学的代表人物甘斯所讲授的《刑法学》等课程,还阅读了由费希特、康德、黑格尔等思想家所撰写的许多法哲学著作。1842年2月,马克思开始写作《评普鲁士最近的书报检查令》。这是马克思的第一篇政论性文章,也是一篇法学专论,标志着他的政治活动的开始。自1842年4月起,马克思任科隆《莱茵报》编辑,后任该报主编,一直到1843年3月17日退出该报编辑部。在这一年中,马克思积极地参与了当时社会生活中的一些重大法律问题的讨论,陆续发表了许多激进言论。这也是马克思撰写法学论文最多、最集中的一段时期,包括《关于林木盗窃法的辩论》、《评普鲁士最近的书报检查令》、《历史法学派的哲学宣言》、《论离婚法草案》等。1843年10月底,马克思到巴黎创办《德法年鉴》。1844年年初,马克思在《德法年鉴》创刊号上发表《论犹太人问题》和《〈黑格尔法哲学批判〉导言》两篇论文,标志着马克思的思想开始由民主主义转向共产主义。

恩格斯于1820年11月28日出生于德意志普鲁士邦莱茵省巴门市。他的家庭背景与马克思有很大差异。1837年9月,即恩格斯高中毕业的前一年,他的父亲就命其退学,主要经营纺织业。但是,恩格斯的理想、抱负、志向其实并不是经商。他在中学时代,就产生了朴素的人道主义情感,他像马克思早期一样,十分崇尚自由。1841年9月,恩格斯去柏林服兵役。在服兵役期间,他经常以旁听生的资格到柏林大学听哲学课程,还参加了青年黑格尔派,开始信仰和崇拜黑格尔主义。恩格斯在这一时期写了很多文章,如1842年四五月的《时事评论》、1842年6月25日的《〈刑法报〉停刊》、1842年8月的《普鲁士出版法批判》、1842年9月的《集权与自由》、1842年10月的《普鲁士国王弗里德里希—威廉四世》等。这些文章反映了他的唯心主义和民主主义倾向,其中包含了一些早期的唯心主义法律思想。