

docsriver.com商家本本商家

docsriver.com
商家本本书店



应用型系列法学教材

法 理 学

主编 周萍 蒙柳



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





应用型系列法学教材

法 理 学

主 编 周 萍 蒙 柳
副主编 张立平 彭榆琴 张小玲
参 编 王玉梅 王 菁



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学/周萍,蒙柳主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2016. 8
应用型系列法学教材
ISBN 978-7-307-18530-2

I. 法… II. ①周… ②蒙… III. 法理学—高等学校—教材
IV. D903

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 193674 号

责任编辑:胡 荣 责任校对:李孟潇 版式设计:马 佳

出版发行: **武汉大学出版社** (430072 武昌 珞珈山)
(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉科源印刷设计有限公司

开本: 787 × 1092 1/16 印张: 18.25 字数: 431 千字 插页: 1

版次: 2016 年 8 月第 1 版 2016 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-18530-2 定价: 39.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

前 言

法理学是法学的一般理论、基础理论、方法论和法学的价值意识形态。它既是法学学科的入门课程，也是所有部门法学的升华课程。作为法学的入门教材，本教材重在为法科学生提供入门的法学知识，为学生进一步学习法学专业课程打下基础，重在培养学生的基本法学意识，训练学生的法律思维方式和能力。基于现行法理学教材普遍存在“重理论、轻实践”的现象，这与司法考试、研究生考试和公务员考试严重脱节，致使其实用性大打折扣。本教材在内容上充分考虑了与司法考试和研究生考试接轨，注重基础理论的阐述和实务能力培养的有机结合，适应应用型法学人才的培养目标，力求展现以下特点：第一，基础性。本教材的编写内容定位于对基本理论、基本概念、基本知识的阐述和对基本法律实务技能的培养。第二，简洁性。本教材力求删繁就简，以学科成熟的理论体系为主，不涉及太深奥的法律问题；以通俗和主流观点为主，除核心观点、理论有简要论证之外，避免过多论述有争议的观点或作者个人观点。第三，实用性。本教材充分突出实用性，主要服务于法学专业学生参加司法考试和公务员考试的目标，教材内容及结构与最新司法考试大纲保持一致。第四，新颖性。本教材力求突出形式设计上的新颖性，以方便学生阅读，符合学生应试要求，在每章结尾处设置推荐阅读书目和拓展思考题，以供学生参考使用。

本教材由周萍、蒙柳任主编，张立平、彭榆琴、张小玲任副主编，本书编写作为一项集体工程，经历了一个相当长的时间历程，最终的顺利完稿有赖于全体同仁的齐心协力、精诚合作。同时，在此教材的编写和出版过程中，得到了武汉学院法律系、武汉工程大学法商学院、华东交通大学理工学院、武汉警官职业学院司法管理系等单位的领导和同仁以及武汉大学出版社胡荣编辑的热情关怀和无私支持，在此一并致谢！

由于时间仓促，加之编写人员水平有限，不妥与疏漏之处在所难免，恳请读者不吝赐教。

编 者

2016年5月

目 录

| | |
|--------------------------|-----|
| 导 论..... | 1 |
| 第一节 法学..... | 2 |
| 第二节 法学体系中的法理学..... | 6 |
| 第一章 法的本体 | 16 |
| 第一节 法的概念、特征和本质 | 16 |
| 第二节 法的要素 | 29 |
| 第三节 法的渊源 | 39 |
| 第四节 权利与义务 | 50 |
| 第五节 法的分类 | 60 |
| 第六节 法律部门与法律体系 | 65 |
| 第七节 法的效力 | 72 |
| 第八节 法律关系 | 77 |
| 第九节 法律行为 | 90 |
| 第十节 法律责任 | 97 |
| 第十一节 法律程序..... | 108 |
| 第二章 法的作用与价值 | 111 |
| 第一节 法的作用..... | 111 |
| 第二节 法的价值概述..... | 117 |
| 第三节 法与秩序..... | 120 |
| 第四节 法与自由..... | 121 |
| 第五节 法与正义..... | 125 |
| 第六节 法与效率..... | 127 |
| 第七节 法与人权..... | 128 |
| 第八节 法的价值的冲突与整合..... | 130 |
| 第三章 法的演进 | 134 |
| 第一节 法的起源..... | 134 |
| 第二节 法的历史类型..... | 139 |
| 第三节 法系..... | 142 |

目 录 ▶▶

| | |
|-------------------------------|------------|
| 第四节 法律发展····· | 146 |
| 第五节 法制现代化是我国法律发展的目标····· | 149 |
| 第四章 法的运行 ····· | 152 |
| 第一节 立法····· | 152 |
| 第二节 守法····· | 165 |
| 第三节 执法····· | 168 |
| 第四节 司法····· | 176 |
| 第五节 法律监督····· | 187 |
| 第五章 法律职业与法律方法 ····· | 191 |
| 第一节 法律职业····· | 191 |
| 第二节 法律方法概述····· | 200 |
| 第三节 法律事实的认定····· | 201 |
| 第四节 法律规范的发现····· | 203 |
| 第五节 法律解释····· | 205 |
| 第六节 法律推理····· | 214 |
| 第七节 法律论证····· | 221 |
| 第六章 中国特色社会主义法治理论 ····· | 228 |
| 第一节 法治概述····· | 228 |
| 第二节 中国特色社会主义法治建设基本原理····· | 239 |
| 第三节 我国社会主义法治工作的基本格局····· | 241 |
| 第四节 我国社会主义法治工作的重要保障····· | 249 |
| 第七章 法与社会 ····· | 253 |
| 第一节 法与经济····· | 253 |
| 第二节 法与政治····· | 258 |
| 第三节 法与文化····· | 265 |
| 第四节 法与科技····· | 273 |
| 推荐阅读 ····· | 279 |
| 参考文献 ····· | 283 |

导 论

《法理学》在大学一年级开设，是进入法学学习的先导性、基础性课程，属于整个法学体系中的理论学科。其主要目的是让学生对法学的基本概念、基本理论和基本方法有比较系统的了解，培养学生对法学的学习兴趣，初步形成基本的法律思维，使学生具备一定的法律分析能力，为法学专业其他课程的学习奠定基础。

本课程最突出的特色是知识上兼具思辨性和实践性，学习方法和研究思路上的开放性与多元化。在内容体系结构方面，该课程由法学导论、法的本体、法的作用与价值、法的演进、法的运行、法律职业与法律方法、中国特色社会主义法治理论和法与社会八个部分构成。

在导论中，通过学科的比较，阐明什么是法学和法理学，其目的在于从整体上建立学生对于法理学的初步认识，引导学生进入法理学的语境。

法的本体，展现了哲学视野中的法，主要探讨了法的概念、法的渊源、法律关系、法律行为、法律责任等基本概念，让学生对最基本的法学概念有一个准确地理解，对“什么是法”有一个全面地认识。

法的作用与价值，主要分析法律与秩序、利益、平等、自由、人权和正义的关系，这一部分主要引导学生对“应然法”和“实然法”作出明确地区分，学会如何分析法律制度的合理性，让学生明白法律与人类一定的价值追求相联系。

法的演进，展现了历史视野中的法，主要讲述了法的演进和发展的一般规律，法的起源、法系等内容，让学生系统地了解法的过去、现在和未来。

法的运行，展现了实践视野中的法，主要讲述了法的制定、法的实施、法律监督等内容。让学生全面了解法律是如何践行的。

法律职业与法律方法，主要介绍法律职业的形式、技能和职业道德，法律实践中法律判断、法律解释、法律推理和法律论证等比较常见的方法，使学生了解法律职业，掌握法律实践中最基本的方法，为将来从事法律实务工作做准备。

中国特色社会主义法治理论，主要介绍法治基本理论、中国特色社会主义法治建设基本原理、法治工作的基本格局和重要保障等内容，使学生形成初步的法治观念。

法与社会，主要从法律与社会各方面关系的角度，分析法律与社会的内在关联，突出法律的社会化存在与发展及其对社会和谐的意义，使学生对社会中的法律发展有更为清晰的逻辑认识和价值导向。

第一节 法 学

一、法学的概念

法学，在中国古代被称为“刑名法术之学”或“刑名之学”。它是指春秋战国时期开始出现的类似于后世所讲的法学的名称。从字面上讲，“刑”指刑法、刑罚或广义的法，“名”指循名责实，责罚分明。“刑名”也指刑种。“术”泛指君主实行统治的策略手段。刑名法术之学主要强调正名定分，着重对“刑”、“名”进行辨析。自汉代以来又出现了“律学”这一名称。律学主要是对现行的律例进行注释，它关注法律的应用技术，而不关注正义等价值问题。在中国，法学或法律科学一词，直到19世纪末20世纪初西学东渐、西方文化大量传入时才被广泛使用。

在西方（主要指欧洲），“法学”一词源于拉丁语的*Jurisprudentia*。该词由*Ius*（法律、正义、权利）和*Providere*（先见、知识、聪明）两词合成，表示有系统、有组织的法律知识、法律学问、法律技术。它起源于公元前3世纪，古罗马时期平民出身的大神官科伦卡纽士对《十二铜表法》的宣讲活动。古罗马五大法学家之一的乌尔比安说：“法学是神事和人事的知识，正与不正的学问。”后来，随着罗马法的复兴，拉丁文*Jurisprudentia*这一词语在欧洲各国被广泛传播。德文、法文、英文以及西班牙文等语种，都是在该词基础上发展出各自指称法学的词汇，并且其含义日渐深刻，内容不断丰富。荷兰的格劳秀斯认为法学者“从正义而生活之学”，德国的莱布尼茨说：“法学者，权利之学科也。”自19世纪后，“法律科学”一词便在西方被广泛使用。

综合中西方学者对法学概念的探讨，我们认为，法学是人文社会科学中的一个相对独立的学科，是研究法律现象或法律问题的学问或理论知识体系，是一门关于社会共同生活的规范科学。

从历史上看，法学是在特定的历史条件下才得以产生的。恩格斯在《论住宅问题》一文中曾指出，法学的产生需要具备两个条件：一个是立法已在整体上发展到相当复杂和广泛的程度，另一个是社会上已出现了职业法学家集团。中西方法学发展的历史已经证明了这一论断。要注意的是，法学自产生之后是不断向前发展的，在不同的历史时期，在不同的国情之下，法学的内涵和外延、内容和体系是有差别的。法学是一个过程，是一个动态的概念。因此，我们在进行法学研究的时候，不能用现代人的眼光来要求我们的古人，认为历史上没有今天这种法学就是没有法学，也不能用某一个国家的法学作模式来衡量别国的法学，认为别国没有类似这个国家的法学就没有法学。

二、法学的性质

作为区别于其他科学的知识体系，法学具有自己独特的性质：

1. 法学的研究对象是法、法律现象

法学始终与法律相关，与法律现象相关，所涉及的问题主要是法律问题，不同于自然科学、人文科学、其他社会科学。

2. 法学实践性非常强，应用性非常突出，具有现实性、务实性特点

法学是一门实践学问。实践知识，即通过“实践之思”获取的知识。法学的理论兴趣不在于寻求“纯粹的知识”或“纯粹的真理”。法学必须关注和面向社会的世俗生活，为人们社会生活中的困惑、矛盾和冲突找到切实的法律解决方案，确立基本的原则，或为法律的决定作出合理而有说服力的论证。

3. 法学是反映人的经验理性的学问

法学是人的法律经验、知识、智慧和理性的综合体现，是经验与理性的统一，既具有一般的感性经验色彩，也具有抽象思辨的特点。

4. 法学是职业性知识体系

法学与法律职业的专门化、职业化密切相关，与专门的法学家的存在密切相关，具有专门性、职业性特点。法学是职业性知识体系还表现在法学所使用的语言是冷静的、刚硬的、简洁的、合逻辑的，是经过法学家们提炼、加工和创造出来的行业语言，与人们的“日常语言”存在一定的差别。

5. 法学具有强烈的价值取向，具有价值性，是社会价值观念体系的载体

法学不同于自然科学，在于它研究的是一种“价值性事实”，即反映人类的价值观、价值倾向和价值意义的社会事实，在法学中很难做到“价值无涉”或进行无立场的研究。

三、法学的研究对象

一门学科之所以是一门学科，一个直接的标识就是它们都有自己的研究对象，都要专门研究某种或某些现象。比如说伦理学的研究对象是道德规则及其同社会成员的关系，语言学的研究对象是语言的规律。法学作为一门学科，自然也有自己的研究对象。笼统地说，法学的研究对象是法律现象。然而，法律现象是纷繁复杂、多种多样的。从广义上看，法学既要研究法的规范、法的体系本身的内容和结构，又要研究法与一定的社会历史条件、社会历史状态的关系，法与国家、政治、道德、文化和其他思想意识形态的关系，法与它赖以建立、赖以存在的经济基础的关系，还要研究法的产生、发展和消亡的规律，法自身制定、修改、废止、贯彻实施及其所获得的社会效果等。从实践层面具体分析，法学的研究对象主要包括三个要素：法律制度或法律规范、社会现象或社会关系、法律制度与社会现象的对应关系。

1. 法律制度问题

一个国家法治建构的首要任务是确立一套相对统一而完整的法律制度体系。法律制度就成为了法学研究的对象。无论是应用法学（如民法学、刑法学、诉讼法学）还是理论法学、法律史学、比较法学，都必须以法律制度作为考察的出发点。应用法学以一国现行有效的法律制度作为考察的重点，法律史学则将研究的重点放在历史上的法律制度，比较法学将各国同时期的法律制度的异同作为探讨的主题，而法学理论更多地思考国家法律制度之所以有效的理论根据。其他法学的分支学科也大体上首先将法律制度作为研究或思考的对象。譬如，立法学直接研究法律制度的制定原则和技术，宪法学研究一国宪政制度（国家权力的配置），行政法研究行政管理的法律制度。即使那些以法律思想为直接研究对象的学科（如中国法律思想史、外国法律思想史），也并非能够完全脱离对法律制度的

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



考察，因为历史上的许多法律思想就是针对法律制度而形成的。离开了法律制度这个研究对象，法学将无以存在。

2. 社会现象或社会关系

国家制定法律，建立法律制度的目的在于用它们来调整人们的社会生活关系。法律现象存在于社会现象之中，法律关系源于社会关系，所以，法学必须研究社会现实或社会生活关系。不研究或关注社会现实，法学就无法存在和发展。但社会现实是复杂多样的，并非所有的社会现实都具有法律意义或与法律相关联，或者说并不是所有的社会现象或社会关系都能够用法律来解决。任何一个国家，法律都不是唯一的调整社会关系的规范。应对社会生活和社会关系的复杂性，需要综合运用法律、道德、宗教等多种社会规范。因此，法学必须研究社会现实或社会生活关系，并进而去辨识哪些社会关系能够从法律的角度对它进行判断和评价，哪些社会现实或社会关系是有“法律制度的关联性”，以便为立法、执法、司法和守法的活动提供科学、合理、正当的评价标准，同时，也可以从其他规范中找到法学发展的新路径。在这个意义上，不研究社会现实或社会生活关系，就无法区分它们的意义，无法判断法与道德等其他社会规范的界限，也无法建立一套有关立法、执法、司法和法律监督的制度。

3. 法律制度与社会现实之间如何对应的问题

法学并不单纯去研究法律制度或社会现实，也就是说，法学既不完全脱离社会现实或社会生活关系来思考、观察或建构法律制度，也不完全离开法律制度来考察纯粹的社会现实或社会生活关系。前面已经论述过，法学要去研究和关注丰富多彩的社会生活，进而从法律的角度去判断、评价、分析和解决。从这个意义上看，法学要研究并予以解决的核心问题是法律制度与社会现实之间如何对应的问题。随着社会不断地发展，社会生活越来越多样化，社会关系越来越复杂化，法律制度和社会现实之间并不能总是呈现一一对应的关系。制度往往落后于现实，立法滞后，或立法者在制定法律制度时不考虑社会现实，法律制度的内容脱离实际需要，导致法律的设定达不到调整社会关系的目的，又或是法律制度在立法层面是切合实际的，但在执法或司法上未能完全应用于社会实践。诸如此类的“法的应然与实然”、“规范与事实”、“制度与现实”之间存在着的差别性和不一致性是法学经常要面对的问题，而法学的任务恰好就是要在这些不对应、不一致的问题上找到解决的方案或办法。

四、法学的体系

在现实社会生活中，社会关系和社会现象是纷繁复杂的，调整社会关系和社会现象的法也不得不复杂化起来，形成了许多不同的部门法。一般来说，每一个重要的部门法都对应有一个法学分支学科，这样法学也必然逐渐复杂起来，形成众多的法学分支学科。于是就有了研究宪法问题宪法学；有规定什么是犯罪以及对犯罪如何处罚的刑法；有规定国家、集体和个人之间以及公民相互之间财产关系、经济关系的民法、经济法；有规定和调整人们婚姻家庭关系的婚姻法；有规定和调整各种行政管理和管理行政事项中社会关系的行政法；有规定对刑事案件、民事案件和行政案件如何进行审理的刑事诉讼法、民事诉讼

法和行政诉讼法等。同时，法学作为一门科学，不仅要分门别类地研究各个部门法，而且要从不同的角度，运用不同的方法，综合地研究各种法的问题。通过这些研究，对各种法的现象得出整体化、综合性的认识，并且为各个部门法的研究提供理论基础和其他方面的条件。于是，就出现了法理学、立法学、法社会学、比较法学、法思想史、法制度史等这样一些法学分支学科。这些法学学科同各个部门法学学科，组成了完整的统一法学体系，它们分工合作，共同担负着解决法学领域中各种问题的艰巨任务。所以，法学是一个整体，是一个由若干分支学科所构成的具有有机联系的体系——法学体系。

那么，究竟应当依据什么标准对法学体系内部进行分科，法学到底要分成哪些学科呢？这个问题，国内外法学界没有一致的观点，各自都具有较大的主观性。例如：在英国，按照沃克《牛津法律指南》的观点，法学可分为理论法学和应用法学两大部类。理论法学包括法理学或法哲学、法思想史、法制度史、比较法学；应用法学包括国际法学（包括超国家法学如欧洲共同体法）、国内法学，有关附属学科如法医学等也可归入应用法学。在日本，按照《万有百科大辞典》的观点，法学可分为公法学、私法学、刑事法学和基础法学四大部类。公法学包括宪法学、行政法学和国际法学；私法学包括民法学、商法学、民诉法学、劳动法学、国际私法学；刑事法学包括刑法学、刑诉法学、刑事政策学；基础法学包括法哲学、法社会学、法史学、比较法学。

在中国，法学界对法学的分科问题也没有一致的认识。本书采用北京大学法理学教科书观点，从以下四个角度来划分法学的分支学科：

第一，从法的类别划分，法学可以分为四类：（1）国内法学，包括宪法学、民法学、刑法学等各部门法学；（2）国际法学（广义），包括国际公法学、国际私法学和国际经济法学等；（3）法史学，包括法制史学和法思想史学；（4）比较法学和外国法学。

第二，从立法和法的实施角度划分，法学可以分为三类：（1）立法学，即专门研究各种立法形象和立法规律的学科；（2）法解释学，实质上即中外历史上早已出现的注释法学；（3）法社会学，即研究法制定后如何实施、是否实施、怎样得以保证实施、法的社会作用和效益究竟如何等问题的学科。

第三，从认识论角度划分，法学可以分为理论法学和应用法学两类。通常所说的理论法学研究法的基本概念、原理和知识等。应用法学通常指在社会中实际应用的法学分科，其内容包括国际法学，国内法学，法的制定、解释和实施问题等。应用法学的任务主要是研究具体的法律、法规及规章，这种法学同社会生活实践直接联系在一起，而理论法学相对来说比较抽象，它是从应用法学中概括出来的抽象理论，同时又指导应用法学的发展。可以说，理论法学是应用法学的理论基础，应用法学是理论法学的具体化。

第四，从法学和其他学科的关系的角度划分，法学又可以分为两类，一类是法学本科，包括以上所讲的理论法学和应用法学；另一类是法学与其他学科之间的边缘学科，如刑事侦查学、法医学、司法精神病学、犯罪心理学、证据学、法统计学以及法教育学等。

第二节 法学体系中的法理学

一、法理学的概念

“法理学”一词，被人们在多种意义上使用。在这多种意义中，有两种意义是“法理学”一词常用的含义。一种是指所有法学和法的知识、理论、学说的统称。其含义与“法学”、“法律科学”之类的含义相当。这是法理学一词在最广泛的意义上为人们所理解和使用的含义，也是法理学最初的含义。这种意义上的法理学，来自拉丁文 *Jurisprudentia*。另一种是指研究法学和法的一般问题的，作为法学体系中一门分支学科存在的专门学问。其含义在某种程度上与“法学理论”、“法学原理”之类相当。这是法理学一词在学理意义上、专门学科意义上为人们所理解和使用的含义。我们这门法理学课程所讲授的，就是这种意义上的法理学。除这两种含义外，法理学在法国和英国，特别是在法国，有时还被用来指称判例。在美国，当人们以庄重的方式谈到法律时，或者说当某些场合使用“法律”一词不恰当时，法理学还可以被用来作为法的代名词。

汉译“法理学”一词源自日语，来源于日本法学家穗积陈重（1856—1926年）对德文 *Rechts philosophie* 一词的创造性翻译。1881年（明治14年）穗积陈重在东京帝国大学法学部（原开成学校）讲授“法论”时，提出“法理学”这个译名，并在日本历史上第一次开设法理学课程。梁启超先生于1904年在《中国法理学发达史》一书中第一次使用“法理学”这一概念。在我国，“法理学”作为学科的名称也几经变更。1949年新中国成立以前，当时在高等法律院系中，曾开设“法理学”或相似的课程，也有若干法理学教科书刊行。1952年院系调整后，我国高等法律院系的基础理论课程依照苏联的模式，采用苏联40—50年代的法学教科书，译为“国家和法权理论”，直至70年代末改为“国家与法的理论”。此名称沿用至80年代初。1981年北京大学编著的《法学基础理论》教科书出版，从此，“法学基础理论”遂成为学科通用名称。进入90年代后，大多数政法院系在各自编写的教材中已开始采用“法理学”称谓，该名称同时也为法学界普遍接受。

本书中所指称的法理学（*Jurisprudence、Philosophy of Law*）是以一般法律现象为研究对象，以探求法的一般原理为任务的学问，或者说是研究法的本质和一般规律的法学学科，它既是法学的基础学科，又是法学的高层次理论形态。它不同于以阐释和应用具体法律条文为任务的部门法学（或称应用法学，如民法、刑法等），它旨在为一般性的法律现象（如法律的起源、制定、效力、功能、价值、实现等）提供一种观念和解释。

二、法理学的历史

翻开人类文明史，我们的祖先摆脱原始状态，创建国家创建法，已有数千年历史。数千年中产生过许许多多的思想家、法学家，繁衍出形形色色的法的观念、思想、学说和理论。这些观念、思想、学说和理论之中，蕴涵着丰富的法理学。

（一）中国法理学历史

在古代中国，早在西周时期，便有人论述过法的问题。周公姬旦就主张“明德慎

刑”，反对族刑连坐、滥杀无辜，要求注意区分犯罪的故意与过失、偶犯与累犯，还提倡先教后罚、以教代罚。这些刑法思想，体现出周公的刑事法理观念。

到了诸子蜂起、百家异说的春秋战国时代，萌发了中国法思想史上第一个辉煌的时期。当时的各家各派，诸如儒家、墨家、道家、法家，对于法的问题都曾议论纷纷。儒家主张实行礼治、德治和人治，认为“为国以礼”，要以维护等级差别的行为规范——礼，作为维护社会秩序和政治秩序的最主要的工具；认为“为政以德”，要求统治者依靠“德行教化”来实行统治；认为“为政在人”，要求由圣君贤哲来实行统治。墨家主张用法来“壹同天下之义”。他们提出“尚同”说，认为在法产生之前，人们各有各的是非标准，即所谓人各有“义”，大家因意见分歧而不可避免地发生争斗，后来选出天下贤人确立为天子，“发宪布令于天下之众”，这样就终于实现了“壹同天下之义”，就终于有了法。墨家还提倡“兼爱”说，劝说互爱互利，主张“赏贤罚暴”、“不党父兄”，不偏富贵，反对亲亲原则。道家主张“道法自然”，认为自然法则就是办事的根本原则，由此而主张“无为而治”，一切顺其自然，反对制定各种礼法制度。而以李悝、商鞅、慎到、申不害、韩非等为代表的法家，其观点主要反映新兴地主阶级的愿望，反对儒家的“礼治”、“德治”和“人治”思想，主张运用法来治国安邦。法家是一个被史学家视为建法立制、富国强兵、著书定律、以法治国的学派。法家从分析人的本性出发来阐述他们的法治学说。法家认为，人是生来好利恶害、趋利避害的。“其商人通贾，倍道兼行，夜以继日，千里而不远者，利在前也。渔人之入海，海深万仞，就彼逆流，乘危万里，宿夜不出者，利在水也。故利之所在，虽千仞之山，无所不上；深渊之下，无所不入焉。”人的这种本性使得人们之间不可避免地要互相争夺。对统治者来说，只有抑制这种争夺，才能使社会秩序得以稳定。要抑制争夺，就要“定分”，使人们都在“分内”活动。而要“定分”、“止争”，就必须实行法治，以具有特殊强制力的法律制度作为“定分”、“止争”的标准。另一方面，人生来好利恶害的本性，也使得统治者只能用注重赏罚的法律手段而不能用仁义恩爱、说服教化、精神文明之类的手段来进行统治。因为，行赏，才可以刺激好利的人们自愿按统治者的要求去做；惩罚，才可以迫使恶害的人们不得不按、不敢不按统治者的要求去做。韩非说：“夫严家无悍虏，而慈母有败子，吾以此知威势之可以禁暴，而德厚之不足以止乱也。”而要以威势禁暴，就需要实行以赏罚为主要内容的法治。法家还认为，实行法治也是避免人治的弊病和适应当时形势所必需。人治实际上是随心所欲的“心治”或“身治”，其弊病甚多。比如，“君人者，舍法而以身治，则诛赏夺，与从君心出矣。然则受赏者虽当，望多无穷；受罚者虽当，望轻无已。君舍法，而以心裁轻重，则同功殊赏，同罪殊罚矣。怨之所由生也”^①。所以，韩非说：“释法术而任心治，尧不能正一国。”韩非还全面总结了先秦法家的思想，建立了相当完整的政治法思想体系，在中国法理学和整个法学发展史上写下了值得重视的篇章。

从秦汉至鸦片战争的漫长时期，法思想领域中长期占据统治地位的是封建正统儒家思想，战国时期法学欣欣向荣的局面不复出现。但在这二千年中，封建的立法和司法并没有停止它的发展，每一个大的封建王朝都有自己体系庞大的法典和繁复的行政与司法合一的

^① 《慎子》。

体制。立法和司法的实践不可避免地要在法学理论上作出反映，因而在这二千年中，法学的进展虽然是缓慢的，但终究也在进展着。这期间董仲舒等人所形成的封建正统儒家法思想，为君主制定法的权力披上神学外衣，并且将这种权力同以家族为本位的宗法思想和以“三纲”为核心的封建礼教结合在一起。阐述这种思想的儒家经义成为立法、司法的根本原则。董仲舒还以《春秋》经义判案，并将所判决的 232 个案件作为案例著为《春秋决事比》，亦称《春秋决狱》。这期间，在法学领域中还出现了通常所说的“律学”，出现了一批像马融（汉）、郑玄（汉）、张斐（晋）、杜预（晋）、长孙无忌（唐）这样有影响的法学家、律学家。他们都有专门对以律为主的成文法进行讲习、注解的法学著作，这些著作不仅从文字上、逻辑上对律文进行解释，而且也阐述某些法的理论，如关于礼和法的关系，刑罚的宽严，肉刑的存废，律、令、例的运用，刑名的变迁以及听讼、理狱等。

鸦片战争后的旧民主主义革命时期，中国思想史上又出现一个百家争鸣的局面。在时代剧变的情势下，农民革命领袖，地主阶级改革派、洋务派、顽固派，资产阶级改良派、革命派，都对社会经济、政治、文化和法等各种问题各抒己见。特别是用一生中大部分时间从事立法、司法工作的清末重臣沈家本，不仅深入研究了中国的法和法学，而且在相当广泛的范围内研究了当时欧美日的法和法学，他主张中国法学要顺应世界历史的新潮流，提出了法学研究应当坚持中西结合和中学为体、西学为用的原则，为中国法学的发展作出了贡献。

（二）西方法律学历史

在西方，古希腊和古罗马的著名思想家、法学家如苏格拉底、柏拉图、亚里士多德、西塞罗、乌尔比安等，都曾广泛且深入地论及或研究了法的问题。苏格拉底、亚里士多德等人把法分为自然法和人定法两种，认为自然法是居于人定法之上并指导人定法的普遍法则，并最早提出了自然法学说。特别是被马克思在《资本论》中赞誉为“古代最伟大的思想家”、被恩格斯在《社会主义从空想到科学的发展》中褒扬为古希腊“最博学的人物”——亚里士多德，不仅在哲学、逻辑学、伦理学、历史学、政治学、经济学、美学以及自然科学的许多部门都有精深的研究，而且对西方法学的发展也作出了卓越的贡献。就法理学而言，他在法的基本理论、基本范畴方面，举凡法的定义、目的、作用、分类，法治，法与政体，法与自由，法与教育等一系列基本问题，都有阐述。

亚里士多德对法理学的一个重要贡献在于，他是西方法学史上第一个系统地阐述法治学说的人物。亚里士多德力排众议，倡言法治，反对人治，一再强调实行法治具有必要性和优越性，认为“法是最优良的统治者”，提出了“法治应当优于一人之治”这个著名的命题。亚里士多德认为，第一，法治比人治理智和公正。亚里士多德在《政治学》中说道：“凡是不凭感情因素治事的统治者总比感情用事的人们较为优良。”人是有感情的，不仅是理性动物，而且是兽性动物，实行人治就难免出现偏私和不公正的情况。不仅“常人既不能完全消除兽欲，虽最好的人们（贤良）也未免有热忱，这就往往在执政的时候引起偏向”。而“法律恰正是全没有感情的”，“法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现”。根据法进行统治就好比根据神意和理智进行统治，就可以避免“在政治中混入了兽性的因素”。第二，法治比人治正确高明、不易腐败。人治主要是以个人的智慧、意志和能力来治理城邦，法治则意味着以众人的智慧、意志和能力来治理城邦，因为

法是由众人来制定的。所以人治远不如法治正确高明。比如说，许多人出资举办的宴会可以胜过一人独办的酒席；相似地，在许多事例上，群众比任何一人又可能作较好的裁断。又，物多者比较不易腐败。大泽水多则不朽，小池水少则易朽；多数群众也比少数人为不易腐败。第三，法治比人治稳定、可靠。法一经制定不是随便可以改变的，而这正是人治往往难免之处。同时，在一人统治的君主政体下，如果他的继承人是个庸才，就必然会危害城邦，而实行法治，最高权力成为法所限制下的权力，任何人不得超越法，不可凌驾于法之上，就不会发生这种情况。第四，他进一步指出，在当时平民政体即民主政体已兴起的情况下，以一人为治的君主政体客观上也不易继续存在或重新建立。当然，亚里士多德并不否定人的作用，相反，他认为法治并不排斥个人的智慧，实行法治也要靠人，人总要发挥其智慧，但必须限制人们在运用法治时同时运用自己的智慧，“只在法律所不能包括而失其权威的问题上才可让个人运用其理智”。同时，亚里士多德认为，法治作为一种治国方法不是放之四海而皆准的，它“只能适用于某些社会，而对另外一些社会就未必适合。有些社会自然地宜于专制式的统治……另一些宜于君王为治，又另一些则宜于城邦团体的宪政的统治，这些，对于每一类的社会，各从其宜……”除了法律基本理论外，亚里士多德还阐述了丰富的宪法思想和其他部门法思想。

古罗马思想家、法学家西塞罗，在亚里士多德等人提出自然法思想的基础上，第一个系统地阐述了自然法学说。特别是他与古罗马伯比尼安、保罗、盖尤斯、乌尔比安合称为“罗马五大法学家”，他们的出现标志着法学家已经作为一个职业群体出现，标志着法学成为一种专门的学问。他们协助国王立法，参与诉讼，解释法，讲授法学。虽然他们主要是沿袭希腊时期斯多葛学派和罗马人西塞罗的法思想，并无太多的独特建树，但他们在深入研究罗马法时，也深入阐述了法学的一般原理，例如阐述了自然法、万民法和市民法的关系，阐述了公法与私法分类的原理，特别是详尽地阐述了以商品生产和商品交换为中心的法的概念和法的关系。他们的著述不仅在当时受到统治者的推崇和高度重视，具有法的效力，而且对以后西方法学特别是立法实践的发展，产生了深远地影响。

西方历史发展到中世纪，神学统治着上层建筑领域的各个方面。正如恩格斯指出，政治和法律都掌握在僧侣手中，也和其他一切科学一样，成了神学的分支，一切按照神学中通行的原则来处理。教会教条同时就是政治信条，圣经词句在各法庭中都有法律的效力。甚至在法学家已经成为一种阶层的时候，法学还久久处于神学的控制之下。虽然如此，但立法和司法活动的存在毕竟是个客观事实，所以，中世纪欧洲也还是有着自己的包括法理学在内的法学的，只是这时的法学是同神学交融在一起的。这种法学集中地反映在中世纪最大的神学家阿奎那的神学法律观中。阿奎那从神学世界观出发，把法分为永恒法、自然法、人法、神法四种。永恒法是神的理性的体现，是上帝用来统治宇宙的，各种法都来源于永恒法；自然法是永恒法与理性动物的关系；人法即国家制定的法是根据永恒法制定的，它是反映人的理性的法；神法则是永恒法在《圣经》中的体现，是一切法的源泉。阿奎那用这种神学法观念来论证封建制法是神的意志的体现，罗马教皇的权力高于一切世俗的权力，以使用这种理论来巩固教皇对欧洲的治疗。

西方历史进入资产阶级革命时代以后，资产阶级法学世界观在澎湃而起的各种革命思潮中是最有影响的思潮。在资产阶级革命浪潮中产生了格劳秀斯、霍布斯、洛克、孟德斯

鸠、卢梭和罗伯斯庇尔等一大群风云一时的启蒙思想家、法学家、重大的历史人物。他们著书立说，对法的问题进行了多种多样的研究和探索，把西方法理学推进到了一个新的历史阶段。特别是他们提出了一整套自然法理论，为资产阶级推翻封建旧世界、建立资本主义新世界提供了锐利的理论武器。他们每个人都从自己的角度对自然法进行了阐述，观点虽有许多分歧，但他们一致都认为：（1）人类最初生活在自然状态下，在这种状态下没有国家，也没有国家制定的法，支配人们行为的规则是自然法。（2）自然法以理性为基础，具有绝对正义性，赋予了人类一系列普遍的、永恒的自然权利，如生存权、自由权、平等权、财产权、追求幸福权，以及人身财产不受侵犯权。这些权利是人类与生俱来的，是天赋的，即所谓天赋人权。（3）由于自然状态存在种种不利于人们安定生活的弊端，人们就以平等资格订立契约成立国家，从自然状态下摆脱出来。（4）国家成立后，自然法通过国家制定的实在法体现出来，国家和实在法的目的都是为了更好地保障人们的天赋权利。经过国家和法的确认、保障的权利，便是公民权，亦即人的社会权利。（5）由于国家与法是由人们根据社会契约而形成的，所以它们应当以维护人类的天赋权利为根本目的，如果损害了这种天赋的权利，它们就违背了人们组成国家、结成社会、制定法的初衷，这种国家制度、社会制度和法律制度就应当被推翻，代之以新的制度。这种自然法理论，对于批判封建旧制度、呼吁资产阶级理想王国的到来起了巨大的指导作用。因为，按照自然法理论，国家及其制定的法是人们自愿订立契约的结果，但封建统治者却把国家及其制定的法说成是神意的体现；按照自然法理论，人是生而自由、平等的，订立契约、成立国家的目的不是为了剥夺人们的天赋权利，而是使这些权利得到保障，但封建社会却把人们的“天赋权利”几乎剥夺殆尽；按照自然法理论，人的本性应当得到合理发展，但在封建社会，宗教蒙昧主义与封建专制狼狽为奸，摧残人的本性，泯灭基本的人性。因此，封建制度是违反自然法、违反人的理性或本性的，是不正义的，是必须否定的。而资本主义制度则旨在保障人们的天赋权利，是符合自然法、符合正义和人的理性的，因此它取代封建制度是天经地义的。很显然，自然法理论充分表达了资产阶级的强烈愿望，鼓舞和动员人们投入革命，具有进步的历史意义。

革命时期的思想家、法学家还提出了许许多多其他的法学理论。像孟德斯鸠便提出了法的精神的学说，洛克和孟德斯鸠提出了三权分立学说，罗伯斯庇尔提出了系统的人权学说，康德和黑格尔则提出了他们的法哲学，等等。但是，像以往曾经革命过的阶级或社会力量在取得成功之后通常都会走向保守一样，当资产阶级完成了推翻封建专制的历史任务、掌握了政权以后，就逐渐在政治上转化为维护现状、论证现状的合理性的保守的力量。与此相适应，在法学领域，他们也逐渐失去了革命风采、逐渐保守起来。一方面，进入19世纪后，随着资产阶级统治地位得以巩固和资本主义经济的迅速发展，资产阶级法治得以确立。欧洲国家特别是欧洲大陆国家普遍进行大规模的立法活动。以法国民法典为代表的大陆法系和以英国普通法为代表的英国法系相继形成，从而推动了法学研究的发展，特别是推动了法理学、民法学、立法学和判例法学的发展。同时，随着资本主义制度的逐渐发展，社会的主要矛盾日益转化，资产阶级由积极要求变革现存的统治秩序转变为竭力维护现存的统治秩序。因此，革命时期资产阶级所强调的以理性为核心的自然法理论，天赋人权、人民主权的思想和主张，不仅不合时宜，而且成为了危险的学说。历史要

求社会的主导者或新的统治力量在法学理论的基本倾向上实行转变。

正是在这样的历史大环境下，自然法学派衰落了，历史法学派、分析法学派、哲理法学派等便应运而生了。分析法学派的主要代表人物是英国人约翰·奥斯丁（1790—1859年），这一学派强调对法要着重进行法理学上的分析研究，轻视甚至否定对法进行价值研究，提倡运用纯形式逻辑和推理的方法揭示或认识法的共同的概念、原则和特征。按照奥斯丁的理论，人们不必过问法是否符合正义，法就是现存的、实实在在的命令和规则，“恶法亦法”，对于法，人们只有服从。显然，无论奥斯丁是有意还是无意，他的学说事实上已经是为现存法制的合理性和永恒性作论证和辩护了。

历史法学派是在德国出现的，以胡果特别是以萨维尼为代表的法学派别。这一派既否定自然法学派的理性法学、正义法学，也否定奥斯丁的规范分析法学。在他们看来，自然法学派希望能够制定出合乎人类理性、正义且普遍适用的法的观点，不过是幻想，而分析法学摒弃理性主义法学而注重对法作出实在的逻辑分析，固然是可取的，但分析法学不在意法的内在的东西也是不足为训的。历史法学派强调，法是民族精神的体现，法自古以来就如同语言和风俗一样，是随着一个民族的文明发展而自然地、逐步地发展的，法的主要形式应当是习惯法，指出通过编纂成文法典有意识地创造法，既是不明智的，也是徒劳的。历史法学派的整体倾向是明显趋于保守的，它所表达的这些观点尽管并没有使德意志民族的法制按照它所追求的法的道路发展，德意志民族所走的依然是编纂成文法典的道路，但历史法学派的这些观点不仅在当时而且在其后的很多时候，都是在法和法制问题上趋于保守的人们自然而然以种种形式所效仿的观点。马克思对这一学派的本质和方法给予了批判：“有个学派以昨天的卑鄙行为来说明今天的卑鄙是合法的，有个学派把农奴反抗鞭子——只要鞭子是陈旧的、祖传的、历史性的鞭子——的每一声呐喊宣布为叛乱。……这个历史法学派本身如果不是德国历史的杜撰，那就是它杜撰了德国历史。”^①

除了分析法学派、历史法学派和哲理法学派以外，此间还有以法国的孔斯坦（1767—1830年）和英国的边沁（1748—1832年）、约翰·密尔（1806—1837年）为代表的功利主义法学派等。

从19世纪末开始，随着垄断资本主义的出现和各种社会矛盾的发展，出现了诸如劳工法、社会保障法（社会福利法）、环境保护法以及经济管制法等新的部门法。作为这种立法实践的理论表现，出现了所谓“法的社会化”理论，出现了社会学法学派、分析实证主义法学派（包括纯粹法学派和新分析法学派）、新自然法学派（包括非神学的新自然法学派和神学的即新托马斯主义的法学派）和新康德主义法学派、新黑格尔主义法学派。这些学派存在许多分歧，但又具有这样的共同特点：强调阶级调和与阶级合作，强调社会利益或社会利益同个人利益的结合，也就是主张法不应当以维护个人权利为基础，而应当以维护社会利益为基础，主张以社会化的新法的原则代替维护个人权利的旧法的原则，等等。

二十世纪二三十年代，在德、意、日等国建立了法西斯政权，资本主义法制受到严重破坏的情况下，新黑格尔主义法学派的绝对精神、社会连带主义法学派的组合国思想，成

^① 《马克思恩格斯全集》第3卷，人民出版社2002年版，第201页。

为了他们的理论根据。法西斯统治失败后，倾向法西斯主义的新黑格尔主义法学随之衰落，否定或轻视法与正义、法与道德等联系的实证主义法学、新康德主义法学也受到动摇，而强调法与道德准则等相连的新自然法学以及其他价值论法学则是得以复兴，或是迅速崛起。现代西方人权学说就是以新自然法学和其他价值论法学作为理论基础的。到了20世纪50、60年代，由于第三次技术大革命的刺激，西方国家的经济和法制有较大发展，由此又推动法理学和整个法学向前发展。目前，在西方，社会学法学、分析实证主义法学和新自然法呈现三足鼎立之势，但彼此观点又日益靠拢，相互借鉴，取长补短。与此同时，由于国际交往的巨增、经济的发展、全球化趋势日渐明显，国际法学、经济分析法学和比较法学的研究以及其他一些法学，也迅速地发展着。

以上从宏观上对中西方法理学的发展脉搏作出了描述。从这个发展轨迹中，我们不难看到，在二千多年的文明史中，的确产生过众多的给予法理学以至整个法学的发展以深刻影响的人物，产生了纷纭繁杂的法的观点、思想、理论、学说，繁衍了种种法学流派。这些人物、观点、思想、理论、学说和流派，在相当广阔的范围论及法理学问题，为人类文化的发展特别是法学的发展积累了丰富的历史资料，其中有很多有价值的成分，又有很多个人特性方面的、历史的、阶级的、时空条件的局限性。无论是有价值还是有局限性，它们都是人类法学田园中生植的历史遗产，是后来法学由此生长的土壤或汲取养分的资源，都应当得到我们的殷殷关切和垂注。

三、法理学的研究对象及范围

法理学的研究范围非常广阔，它涉及法学体系中的其他各个分支学科，但作为最一般地研究法律的法律科学的一个分支，法理学又有别于某一特定法律制度的制定、阐述、解释、评价和应用，是对法律的一般性研究，着重于考察法律中最普遍、最抽象、最基本的理论和问题。

法理学的研究对象主要是法和法学的一般原理（哲理）、基本的法律原则、基本概念和制度以及这些法律制度运行的机制。正如哈特所言，法理学所关心的不是法律的知识，而是关于法律的思考和思想。法理学就是研究法律现象和法律中普遍性和根本性的问题。因而，就制度层面而言，法理学是一门研究所有法律制度中的一般问题、原理、原则和制度的学问。它不关心每一个具体制度、法律的具体操作问题（这属于不同法学学科研究的对象），而是对每一个法学学科中带有共同性、根本性的问题和原理作横断面的考察。它的成果对法学的其他分支学科有重要的理论基础作用。

我们至少可以从下述五个主要方面来认识法理学：（1）从哲学或伦理学角度，研究法律制度和法学说的哲学基础，揭示其基本原则，从各种法律渊源中分析和组织其理论要素，并根据法律理论和法律自身设定的目标，对其加以发展和评价。（2）从历史的角度，研究法律制度的起源与发展，研究其具体规定及其理论的演化和变革，把握其精神和基本原则，并以原则的历史发展为线索，归纳整理各种资料。（3）从比较法学的角度，从演化、范围、应用以及作用等方面考察处于同一发展阶段，属于不同法律制度的有关法律的制度、结构、概念及规则。（4）从分析的角度，研究法律的渊源、结构、论题、概念和规则，以把握法律制度赖以建立的理论、原则和观念，同时，为在该基础上作出司法

决定和行政决定整理出权威性材料，以作为依据。(5) 从社会学或功能分析的角度，将法律制度作为一种对行为的社会控制制度，研究其功能，并研究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。简言之，法理学要回答的问题既是法学中最起始、最基础的问题，又是其最终极、最高深的问题：法律是什么？法律应当是什么？如何认识法律？如何践行法律？因此，法理学的主体框架一般由法律本体论、法律价值论、法律起源和发展论、法律实现论、法律方法论和法律社会论构成。

四、法理学在法学体系中的地位

法理学是法学体系中的一个分支学科，但却不是一般的、普通的而是具有特别重要地位的一个分支学科。作为从现实的和历史的各种法的现象中研究法的基本问题和一般规律的学科，它是法学的主要理论学科，是全部法学专业必修的专业基础课程。法理学的研究范围非常广阔，它涉及法学体系中的其他各个分支学科。同时，法理学所研究的是重要的、基本的、根本的主题，它的成果对法学的其他分支学科有重要的理论基础作用。

因此，在整个法学体系中，法理学居于一种非常独特的地位：一方面，法理学所研究的是法的一般原理、原则、概念、制度，这种研究对象与人类的生活式样、理念、价值和人文的总体精神息息相关。因此，法理学总是要站在法学学科发展的最前沿来追踪、吸纳人文科学、生活科学和自然科学的成就，反思法的基本问题，同时也从法学的角度对各种人文思潮作出回应。在一定意义上，法理学（尤其是法哲学）也属于研究人类精神的学问（人文科学）之一，与那些专注于法律的应用于操作的学科（应用法学）是存在较大区别的。另一方面，从法学体系的内部关系来看，法理学在整个法学体系中具有“基础理论”的地位。它是建立在各种应用法学（部门法学及其应用学科）之上的具有普遍意义、属性和职能的法学学科，其内容具有基础性、根本性、一般性、普遍性和抽象性，从而对各种应用法学给予理论上的指导。法理学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。法理学研究的不发达，必然会对法学其他学科的研究产生不良的后果。因此，强化法理学的基础地位，深化法理学的研究，对于建立一国法学体系是至关重要的。

法理学与法学其他学科的结合，反过来对法理学自身的发展也同样有十分重要的影响。法理学是一门开放性的学问，这不仅是指它对外的开放（即法理学与整个人文科学、社会科学和自然科学的结合），而且也指它对内的开放，即在法学体系之内与其他法学学科的结合，不断从其他学科中获取理论和方法上的资源，以丰富和完善法理学自身的理论。例如，法律制度史的研究、国内部门法学（民法学、刑法学、宪法学等）的研究，在某些方面有各自学科的优势和特点，它们对历史上的法和现实的法所进行的实证考察，是法理学所不可替代的，而且它们从各自学科出发对法的本质和想象问题所做的结论，对法理学已有重要的参考价值。因此，法理学若不与法律制度史学、国内部门法学相结合，很可能会陷入空泛和游说无根的窘境，也不能起到前导学科的作用，不能对法学其他学科予以理论上的指导。然而，法理学与法学其他学科的结合，绝不意味着法理学可以完全照抄、照搬法律制度史学、国内部门法学的理论，将别的学科的东西据为己有，否则，它也就失去了自身的特色。

法理学在法学体系中的特殊地位决定了它是一门具有双重性质的法学课程：一方面，作为法学的基础理论与一般方法论，它在常识意义上是法学专业的入门课程，是学生得以对法学进行一般了解的开端；另一方面，作为法学自身理论反思的最高思想成就，它在哲学意义上是法学专业的尖端课程，是学生欲登法学之堂奥的恒久阶梯。通过法理学课程的学习，既有助于法科学生树立科学的法律观，形成法律人的独特思维方式，也有助于培养他们对各部门法学理论反思的基本能力。

五、学习法理学的意义

法理学是法学的基础理论学科，它既是法学的入门学科，也是法学的升华学科。对于法科学生而言，学习法理学有十分重要的意义。

第一，学习法理学，可以牢固掌握法学的基本概念和原理，是学习和运用其他法学知识的基础。法理学是法学的基础学科，它关于法学的一些基本理论、基本概念、基本知识，为学生进一步学习和研究法学的其他分支学科打下了理论基础。法理学包括了所有部门法学的共通性、基础性知识体系，所以要真正了解和掌握各个部门法学的知识体系，必须首先真正了解法学的基本概念、基本理论、基本方法。比如，我们要了解部门法学，特别是民法学、刑法学、行政法学、诉讼法学等，就先要了解法的概念、法的形式、权利和义务、法律关系、法的效力、法律责任等一系列的基本概念或理论。这些基本概念和理论贯穿所有部门法学，是部门法知识体系的基石，是我们理解部门法学知识体系的基础和前提。

第二，学好法理学，是法律学生提高理论素养，形成法律思维，树立科学的法律观的一个捷径。首先，法理学可以培养一个法律人所特有的观察问题和思考问题的方式，使法律人通过法的基本概念、范畴和方法形成对社会问题的法律判断和评价，在对具体问题的立场上区别于一个政治家、经济学家或伦理学家的立场。其次，法理学可以培养人们对法的存在之源的不断探求精神，提升人们的理性认识能力和法律智慧，使人们不仅知法之其然，而且知其所以然。再次，法理学可以训练人们的法律推理能力和理论抽象能力，使人们能够将一般的原理或法律命题运用于某一具体的法律事件的分析，又能够对具体的法律事件作出类型的概括，从中抽象出不同位阶的法律概念和命题。最后，法理学还通过其理论特有的魅力，向人们展示法律的文化内蕴，揭示法律的内在精神、原则、价值和理念，提高人们的法学境界，扩展法学研究的视野，使人们一开始就站在较高的理论层次上来审视重大的法学一般问题和本学科的法学理论问题。因此，一个合格的法律学生应当是具备良好的法理学素养的学生，一个称职的法官应当是既精通法律又兼具法理学境界的法官，而一个部门法学专家同时也应当是一个法理学家。

第三，学习法理学，深刻领悟法的精神，是从事法律实践的钥匙。正如德国法学家威尔逊所言：“如果法学仅仅被理解为盲目的法律适用或者机械的案例技术分析会产生很大的危险。不从基本原理上去弄懂弄通法律，是操作不了法律的，这就像操作机器一样，如果不知道该机器的原理，也许能凑合使用，但不能很好使用。法律（学）只有讲清讲通道理才能大用、通用。”在实践中，法理学的贡献不在于给予答案，而在于扩大思考层面，提供面对棘手问题的思路，进而使得解决问题成为可能。法理学的学习，可以帮助法律人

正确适用法律，及时纠正具体法律适用中的盲目和机械，并为立法、司法、执法各法律运行环节中的评论和批判提供支持。法理学所确立的法律一般原则和规则对立法具有指导、规范和评价意义，从而促进立法的科学化、合理化进程。例如，法理学研究确立的立法体系对立什么法，如何立法具有指导意义；法理学所确立的法律面前人人平等的原则对立法者有规范意义；法理学通过对实在法的评价不断促进法律的进化；法理学确立的一般原则，例如依法行政原则、司法独立原则等，分别对行政、司法等行为产生规范意义；法理学确立的法律理想可增进民众的法律信念，从而为法律的安定提供强而有力的社会支持。在司法层面，在特殊情况下，当实在法存在明显不公的情况时，法理学确立的一般法律原则可对实在法作出矫正。比如，如果把纳粹德国和法西斯日本的法律也看作是法律，那么“二战”后的纽伦堡审判和东京审判就是以自然法学派所确立的法理原则对实在法的纠正。甚至，在没有实在法可资援用的情况时，法理学所确立的一般原则和价值可作为裁判的依据。例如，1882年发生在美国的帕尔默案。帕尔默得知祖父的遗嘱将他列为继承人，为尽快取得遗产，他谋杀了自己的祖父。按照普通法，帕尔默仍享有继承权，但这明显不公。后来，法院依据“任何人不得从不当行为中得利”这一法理原则剥夺了帕尔默的继承权。

【思考与练习】

在某个学术研讨会上，甲、乙、丙三位学者分别就“法理学”一词作了不同的解释：甲说：“法理学就是法哲学，是研究法律中的哲学问题，比如法律原则、概念、制度、方法等。”乙说：“法理学是研究社会现实问题的学问，相当于法社会学。”丙说：“法理学是研究刑法、民法、宪法、诉讼法等法律部门如何适用的问题的学问。”你认为上述哪一种或哪些观点有道理？为什么？

第一章 法的本体

【本章导读】 本体论是哲学名词，意指哲学中关于研究世界本原或本性问题的部分，是对存在与思维的关系这个哲学根本问题的追问。任何一门学科的出发点都是其研究对象的本体性质问题。法的本体论，就是关于“法是什么”的问题，也就是关于法的存在及其本质、内在联系和规律的问题，这个问题是法理学乃至整个法学体系的根本问题。对这个问题的不同回答，意味着不同的法律观和法律理论。法的本体论具体涉及法的本质，法的基本特征，法的构成要素、结构和体系，法的渊源、形式和效力，作为法的核心内容的权利和义务以及权利和义务的逻辑展开等重大问题。任何一个学科都表现为一个逻辑严谨的概念体系，法学的概念体系是以权利和义务为基石，并由法律行为、法律关系、法律责任、法律程序等基本概念构成的。任何严肃的法学理论都应当回答这些问题。因为只有回答了这些问题，才能建构起法学的知识体系和理论体系，并为进一步解决法律现象的所有问题提供理论前提。关于法的本体问题的回答历来是划分各种不同法学流派的主要依据和标准。

第一节 法的概念、特征和本质

一、法的概念

法是一个关乎人类社会生活大局的极为重要的现象，也是一个调整范围非常广、涉及问题甚为复杂的事物。人类自进入文明时代以来，就同法结下了不解之缘。对于这样一个极为重要的现象和甚为复杂的事物，人们需要有正确的认识和较为清晰的理解。因此，探究法的概念，寻求最普遍意义上的“法”的词义，是法理学的核心问题。然而，法的概念及其定义问题却是一个论断纷纭、极为棘手的问题。古今中外在这个问题上，真正是百家异说，其中有影响的观点就有几十种。这些观点是人类迄今为止在界说或解答法的概念的过程中，所留下的尤具代表性的成果，是人类在解决这个问题方面的主要智慧的反映，其中包含许多合理因素和真知灼见。但所憾的是，迄今鲜有获得普遍认可的观点，特别是几乎无一个观点可以跨越中西方的文化界限而获得共识。基于此，本书只提供一些理解法的视角与方法，而不作具体概念的阐释。

（一）法的词源分析

考察法概念的词义流变，是把握法概念内涵的出发点。现代语源学认为，词与物之间存在的某种关系并非像反映论者所认为的那样是一一对应的，任何词的含义都可以随着时间的流逝而变化，有些词的词义甚至在不同的时代形成了完全相反的意义。因此，探索法的

词源对于理解法的词义具有重要意义，而且人们也能从法的词源及其词义的历史变迁这一视角去透视法这一社会现象本身的历史与本质。

中文“法”字，在西周金文中写作“灋”，与其他汉字一样，它是一个绝妙的意象丰富的象形文字。汉代许慎在《说文解字》中说：“灋，刑也。平之如水，故从水；廌所以触不直者去之，从去。”灋由三部分组成：氵、廌、去。“氵”即平之如水，一种解释是喻示法像水一样平，是为公平、公正。但蔡枢衡先生认为“平之如水”是“后世浅人所妄增”，水的含义是指将罪者置于水上，随流漂去，即现在所谓的驱逐。“廌”（音 zhi），神兽之义。《说文解字》说：“解廌，兽也。似山羊一角。古者决讼，令触不直。象形从豸者。凡廌之属，皆从廌。”古代曾有神兽决狱的传说：相传在很久很久以前，有一个生息在黄河流域的部落联盟。该部落联盟首领舜委任皋陶为司法官。皋陶正直无私，执法公正，非常受人爱戴。他在处理案件时，若有疑难，就令人牵出一头神兽。该神兽名廌，又名獬豸。汉代王充在《论衡·是应》中说：“鹿者，一角之羊也，情知有罪，皋陶治狱，其罪疑者，令羊触之。有罪则触，无罪则不触，斯盖天生一角神兽，助狱为验。”这就是中国古代的神明裁判。“去”即对不公正行为的惩罚。在夏商周时期，称“法”为“刑”，法与刑通用。如夏朝的禹刑、商朝的汤刑、周朝的吕刑，春秋战国时期有刑书、刑鼎、竹刑。对于“刑”，人们有两种解释：一是规范、模范之意，这时的“刑”与“型”相通。因此，以刑释法，表明模范遵守法律（秩序）。二是刑罚之意。《盐铁论》：“法者，刑罚也，所以禁暴止奸也。”古代中国“法”又往往与“律”通用，“律之与法，文虽有殊，其义一也。”据史籍记载，商鞅变法，改法为律。从此“律”字被广泛使用，其频率高于法，我国古代法典大都称为律，如秦律、汉律、魏律、晋律、隋律、唐律、明律、清律，只有宋代称刑统，元朝称典章。《说文解字》说：“律，均布也”。“律”原为音乐之音律，音乐只有遵守音律，才能和谐，否则就会杂乱无章。均布是古代调整音律的工具，以正六音，木制，长七尺。“律”后来引申为规则、有序。段玉裁注疏说：“律者，所以范天下之不一而归于一，故曰均布。”即规范天下千差万别的所有人和所有事使其趋于整齐划一（统一、协调）。管子说：“律也，定分止争也。”古代“法”与“律”是分开使用的。作为独立合成词开始使用的“法律”，是在清末民初时由日本输入的。综上所述，古代汉语中的法的含义是复杂的、多样的，其中最为主要的意义是：（1）法象征着公正、正直、普遍、统一，是一种规范、规则、常规、模范、秩序。（2）法具有公平的意义，是公平断讼的标准和基础。（3）法是刑，是惩罚性的，是以刑罚为后盾的。

由于不同的语言文化和法律传统，在西文语系中，“法”的词源存在两种语义脉络，即拉丁文的 Jus 和 Lex。Jus 的基本含义除了“法”之外，还有“权利”、“公平正义”之义；Lex 原意是指罗马王执政时期国王制定的法律和共和时期各立法机构通过的法律。Jus 主要指代正义原则，具有抽象的性质；Lex 主要指代具体规则，具有具体而确定的性质。Jus 和 Lex 之间存在着一种二元对立的关系，这种对立即自然法（理想法、正义法、应然法）与实在法（现实法、国家法、实然法）的对立。这两种“法”之间不是平行的、各行其是的关系，而是抽象法决定和支配具体法的关系。这种二元结构及其关系，彰显出正义论与权利观在西方法律文化的中心地位。这种西方法律文化所特有的二元结构，在后来的欧洲大陆各民族语言中普遍存在，例如法语中的 Droit 和 Loi，德语中的 Recht 和 Gesetz，

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



意大利语中的 *Diritto* 和 *Legge*，西班牙语中的 *Derecho* 和 *Ley* 都是如此。*Droit*、*Recht*、*Diritto*、*Derecho* 等词语不仅有“法”的意思，而且都兼有权利、公平、正义等内涵。英语中的 *Law* 与汉语中的“法律”相对应，但 *Law* 作为法来理解时，并不含有权利的意思。英文中与 *Jus* 意义接近的 *Right* 一词，它的基本含义才是权利，而且也可以指称作为一切权利基础的抽象意义上的法。

综上所述，中西法、法律概念都具有规则的意思，是司法适用的权威性依据；中西法、法律概念都具有公平性，表明价值观的含义，即法是判别是非曲直的标准。但在西方，法的词源一开始便具有二元化（分层）色彩。西方的“法”除有“法”的含义外，还兼有“权利”、“公平”、“正义”或“规律”、“法则”之意，因此它们常被人们理解为“客观法”，或“理想法”、“应然法”。西方的“法律”则主要被理解为人们依主观意志和认识而制定的法律，即“主观法”或“现实法”、“实然法”。在西方文化传统中，人们凭借自然法概念将“法”与“法律”明确地区分开来。自然法理论认为，法律在本质上是规范性的，“恶法非法”，因为存在着一种规制政治权力和法律权力，并为人们的行为制定道德标准的自然法体系。而在中国，法的词源上，法与律、刑可互通互释，没有法与法律之二元分野。法既指国家制定的命令、规则，又具有正当性。法与法律只有形而下的性质，而无形而上的意谓。另外，中国古代的法、法律虽含有公平、公正之意，但仅指诉讼、程序上的公平，而非实质上的公平。在西方，法的公平，不仅指程序上的公平，而且也指实体上的公平，是一种实体权利。

伴随着法学的发展，中西方法学理论中对法的概念也有种种解读。西方对法的定义很多，但视角大致有三个：法的本体、法的本源和法的作用。（1）从本体角度上定义，代表性的观点有三：一是认为法是一种规则或规范。例如阿奎那提出：“法是人们赖以导致某些行动和不作其他一些行动的行为准则或尺度。”二是认为法是一种命令或意志。例如霍布斯主张“法是国家对人民的命令”，边沁主张“法律是由国家的主权者提出或采纳的意志的总和”。三是认为法是法官的判决。例如弗兰克认为“实际的法”即过去的判决，“大概的法”（抽象的法）即对未来判决的预测。（2）从渊源角度上定义，代表性的观点有四：一是认为法即神意，法是神（上帝、先知）为人类规定的行为标准。“君权神授”理论几乎都主张法自神出。二是认为法即理性。例如西塞罗说“法律乃是自然中固有的最高理性，它允许做应该做的事情，禁止相反的行为”。三是认为“法是公共意志或共同意志。例如卢梭说“法律乃是公意的行为。”四是认为法即权力的表现或派生物。例如霍贝尔认为法是控权人物或集团运用物质力量相威胁或运用的规范”。（3）从作用角度上定义，代表性的观点有三：一是认为法是实现正义的工具。例如塞尔苏斯说，“法是善良公正之术”。二是认为法是社会控制的手段。例如庞德说，“（法）是依照一批在司法和行政过程中使用的权威性法令来实施的高度专门形式的社会控制”。三是认为法律是一种事业。例如富勒说，“法律是使人类行为服从于规则之治的事业”。在中国当代法学理论中，法或法律有广义和狭义之分。广义的法律是法律的整体，包括由国家制定的宪法、法律、法令、条例、决议、指示、规章等规范性法律文件和国家认可的惯例、习惯、判例、法理等。狭义的法律是指拥有立法权的国家机关根据法定权限，依照法定程序所制定的规范性法律文件。根据我国《宪法》和《立法法》的规定，我国的法律专指由全国人民代表大

会及其常务委员会制定的规范性法律文件。总体上讲，在中国现有法律体系中，全国人民代表大会及其常委会制定的法律是基本法律，居于主体地位。

（二）法概念的两个基本立场：法律实证主义与非法律实证主义

回顾西方法发展的历史，围绕着法的概念的争论主要是关于法与道德之间的关系的争论。依据人们在定义法的概念时对法与道德的关系的不同主张，大致可以将法的概念区分出两种基本立场：法律实证主义与非法律实证主义。

所有的法律实证主义理论都主张，在定义法的概念的时候，法和道德是分离的。具体说来，实证主义认为，法是人类社会的产物，是有意识创造出来的行为准则。法就是法，并不受制于法以外的其他更为高级的标准，无论这些标准是“事物的本质”、“神意”还是“人的理性”。在法与道德之间，在法律命令什么与正义要求什么之间，即在实然法和应然法之间，不存在概念上的必然联系。因此，即使实在法与上述标准相违背，也不能成为否定实在法之法律性质的理由，人们依然具有服从这种法律的义务。法律实证主义是用下列两个要素来定义法的概念的：权威性制定与社会实效。又因这两个要素的连接不同，法律实证主义关于法的概念又可以分为：以社会实效为首要定义要素的法的概念，如法社会学和法现实主义，代表人物有孔德、埃利希、霍姆斯等；以权威性制定为首要定义因素的法的概念，如分析主义法学，代表人物有J·奥斯丁、凯尔森、哈特等。

所有的非实证主义理论都主张，在定义法的概念时，道德因素应被包括在内，即法与道德是相互关联的。非实证主义者认为法的概念的一个必要因素是内容的正当性，同时也包括社会实效性要素和权威性制定要素。以这个三个要素的不同联接为标准，非实证主义的法的概念可以分为两类：以传统的自然法理论为代表，他们否认法自身的独立性，进而认为法必然从属于更为高级的行为标准，因此违反这个更高标准的法就不再是法了。这个更高的标准被称为“高级法”，即“自然正义”。他们认为法律必须符合“自然正义”，其代表人物有卢梭、格劳秀斯等；以综合法理学派为代表，他们认为法律除了符合“自然正义”外，还要综合考虑制定的权威性和社会实效等因素。

用一句话概括，即自然法坚持“恶法非法”，而实证主义则认为“恶法亦法”。总之，西方法的发展史就是自然法理论与法律实证主义之间反复发生的论战史。两者之间的论战始终围绕着如何回答“法是什么”这个问题来加以展开。不同的思想家基于各自不同的立场，给出了不同的答案。这些理论框架，就成为我们今天研究法的定义可资利用的材料。同时，还需要说明的是，到目前为止，有关法的定义的争论并未结束，人们还在为寻找法的恰当定义而不断努力。甚至可以说，寻求法的定义就是法学永恒的使命。

二、法的基本特征

（一）法是调整人的行为的社会规范，具有规范性

法的规范性，是指法所具有的规定人们的行为模式并以此指引人们行为的性质。它表现在：法规定了人们的一般行为模式和法律后果，从而为人们的交互行为提供一个模型、标准或方向。法所规定的行为模式包括三种：人们可以怎样行为（可为模式——权利，可放弃）；人们不得怎样行为（勿为模式——义务，消极义务）；人们应当或必须怎样行为（应为模式——不能放弃）。法是为人们提供行为标准的社会规范，这是它的首要特

征。由于具有这一特征，法才与上层建筑中的国家、军队和其他种种现象区别开来。把握法的规范性要注意以下三点：

第一，规范性并不是法律这种社会规范所特有的。在日常生活中，还有其他各种各样的规范，如自然法则、技术规范和社会规范等。法不同于自然法则。自然法则是自然现象之间的联系，其存在与人的思维和行动无关，不具有文化意蕴，与此相比，法律规范则是一种文化现象。法律不同于技术规范。技术规范调整人与自然之间的关系，是规定人们如何使用自然力量和生产工具以有效利用自然的行为准则，而社会规范调整人与人之间的关系，违反社会规范会招致来自社会的惩罚。法作为社会规范，也不同于其他社会规范，法律规范有自己独特的、严密的逻辑结构，法律规范在逻辑上由前提条件、行为模式和法律后果三部分所组成。这种完整的逻辑结构是其他社会规范所没有的。

第二，法律调整的对象仅仅是人们的行为，而不涉及离开行为的单纯的人的内心世界、思想、灵魂。我们可以通过一把粘有被害人血迹的尖刀以及刀上王某的指纹，再辅之以证人刘某的证言，就推断出王某可能有过杀人的行为。然而，我们很难通过在演奏国歌时王某紧皱的眉头以及半夜无意中说不出的梦话，就推断出他有推翻国家的企图。“任何人不因思想受处罚”（罗马法谚），“思想及良心的自由，不得侵犯”（日本《宪法》第19条），这是现代法治理念的基本要求。现代法治社会的共识是，法律是行为规范，而不是思想规范，它不禁止思想，用法律来规制思想是徒劳无益的。更为重要的是，在现实生活中，如果用法律来规制思想，必然导致法律没有适用标准，这不仅玷污了法律的尊严，使法律丧失自身的特性，而且会严重导致公民的各种自由、权利、利益受到侵犯、伤害和剥夺。因此，用法律来规制思想，处罚思想，实际上就是允许恣意处罚任何人，这本身就是非法的、非正义的。在历史上，在专制制度下，人的思想受到法律的规制，出现许多思想罪，如腹诽罪。这是野蛮的、愚昧的、非理性的法律。我们应该破除、抛弃落后的法律观念，树立现代法律理念。但要强调的是法不针对思想，并不等于它毫不关注行为人的主观心理状态。例如，刑法中的故意与过失、民法中的过错都是对行为人主观心理状态的考察。然而，这些主观心理状态的考察并不是对于人们思想的简单重复，而是对法律上设定的“情节”的确定。换言之，对于这些心理状态的寻求与其说是关注于行为人的思想，不如说是关注特定法律条件是否成立。此外，法律上对主观心理状态的判断是建立在行为基础之上的推定，也就是说，我们是通过行为人的行为进而推定其具有某种特定的心理状态，并且，法针对的是社会关系之中的行为（关系行为、涉他行为或交互行为），而非纯粹个人意义上的个体行为（自涉行为）。按照行为是否具有行为人以外的对象，我们可以将行为划分为关系行为与个体行为。所谓关系行为，是指行为必然会涉及及行为人以外的其他主体，相反，当某人的行为绝对不涉及其他主体的时候，这就是个体行为。法律规范是一种行为规范，它通过对人们的行为提出模式化要求，进而实现调整社会关系的目的。人的行为是法律规范的直接调整对象，社会关系则是法律规范的间接调整对象。

第三，法的规范性包含了不特定性和反复适用性，即法所调控的对象不是具体的特定的人而是一般的或抽象的人，不是具体的引导，而是一般的普遍的引导，不是适用一次，而是在其生效期间可被反复适用。如《宪法》第35条规定，中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。《刑法》第14条规定，故意犯罪应当负刑

事责任；第15条规定，过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。这些规定都是一般性的、普遍性的、明确性的。

法的规范性作为法的一个基本特征，在区别不同的法律文件的效力时是非常有意义的。法律文件有规范性文件与非规范性文件之分，法的表现形式往往是规范性法律文件，具有普遍的效力。非规范性法律文件，如判决书、公证书、委任书、结婚证书等，虽然也是由一定的机关发布的，但因其内容不是规定的一般行为模式和标准，所以不具有普遍的效力，而仅对特定的当事人有效。

（二）法是出自国家的社会规范，具有国家意志性

从产生方式上看，法律与其他社会规范的区别在于它有国家强制性，即法律是由国家制定或认可的。法的国家创制性意味着法律出自国家，国家是法律的唯一来源。没有国家权力的支撑，任何法律都将无从产生。换言之，一切法律都是以国家名义创制的。没有国家就没有法律，国家的存在是法存在的前提条件。因此，法是国家意志的体现，法是一种以国家意志形式出现的特殊的社会规范。把握法的国家意志性，必须注意以下三点：

第一，法是国家创制的，制定、认可、解释是法律创制的三种主要方式。所谓制定是指拥有立法权的国家机关按照一定的程序创造出新的法律规范。通过这种方式产生的法律，称为制定法或成文法。所谓认可是指拥有立法权的国家机关赋予社会上已经存在的某种行为规范以法律效力。通过这种方式产生的法律，称为不成文法。国家认可法律主要有以下四种情况：（1）赋予社会上既存的习俗、道德、宗教教规等以法律效力，这是最常见的一种认可形式；（2）通过承认或加入国际条约等方式，赋予国际法规范以域内效力；（3）在判例法国家，通过对特定判例进行分析，从中概括出一定的规则或原则，并把把这些规则或原则当作以后处理类似案件的根据，从而在事实上赋予它们以法律效力；（4）赋予权威法学家的学说以法律效力，即在法律没有明文规定的情况下，允许援引权威法学家的学说作为处理案件的依据。所谓法律解释，是指拥有法定权限的国家机关对现存的法律规范、规则的说明。法律解释，特别是法定解释，如立法解释和司法解释，本身就是法律，具有法律效力。法由国家制定、认可或解释，这是从法作为一个整体并以国家名义来制定、认可和解释的角度来说的。实际上构成这一整体的各个法律、法规是由各种不同层次或不同类别的国家机关制定、认可或解释的。

第二，法律是国家意志的体现，但并不是说国家意志均体现为法律。国家意志也可以用其他形式表现出来，比如国家政策。

第三，法律是国家意志的体现，体现国家意志的法，必然拥有统一性和权威性的特征。所谓统一性，是指法律体系必须表现为一个统一体。在一个国家中，无论法律是由哪个机关所制定或认可的，都必然具有与之相符的统一性。也就是说，一个国家只能有一个总的法律体系，而且该法律体系内部各规范之间不能相互矛盾。所谓权威性，是指经过制定或认可的法律，任何团体或者个人无论是否愿意都应当对其表示服从，法律构成了团体或个人行使法律权利和履行法律义务的“唯一理由”。

（三）法是规定权利和义务的社会规范，具有权利义务性

从内容构成的角度看，作为一种特殊的社会规范，法是以规定人们权利和义务为主要内容的。它以权利和义务为机制，通过权利和义务的配置和运作，影响人们的行为动机，

指导人们的行为，实现社会关系的调整。法通过权利义务来调整社会关系这一特征，是法所特有的。第一，法律对人们行为的调整主要是通过权利义务的设定和运行来实现的，因而法律的内容主要表现为权利和义务。第二，法律上的权利和义务是法定的权利和义务，是建立在法律基础上，通过法律方式界定、确定、保障、维护、实现的。法律的要素以法律规则为主，而法律规则中的行为模式以授权、禁止和命令的形式规定了权利和义务，法律规则中的法律后果则是对权利义务的再分配。第三，法律上的权利和义务具有国家性、国家意志性、强制性，往往凭借国家的强制力保障、实施、实现，当合法权利受到侵犯，或者法定义务没有得到履行时，可以依照有关程序，由相关机关采取必要的强制措施，强制执行和实现。第四，法律上的权利和义务往往是相对应的，而且对全体社会成员在形式上往往是平等的。一般说来，凡是法律规定人们可以如此行为的，就是授予人们进行某种行为的权利；凡是法律规定人们应该做的或禁止做的行为，就是人们应该承担的法律上的义务，前者指人们承担的作为义务，后者指人们承担的不作为义务。在社会生活中，法律上的权利和义务存在着对应的关系，有什么样的权利，就有什么样的义务；有什么样的义务，就有什么样的权利。没有无义务的权利，也没有无权利的义务。权利和义务在结构、功能、数量等方面具有内在的关联性。而其他社会规范，有的不是规定权利和义务两方面的内容，如道德规范和宗教戒律，一般仅要求尽义务，不包含权利内容；有的虽然也有权利和义务的内容，如党、团组织的章程，但这些内容并不是此类规范的主要内容。第五，法律上的权利和义务具有确定性、规范性、明确性、可预测性的特点。它明确地告诉人们可以、应该、不应该怎样行为。

法律通过规定人们的权利和义务来分配利益，影响人们的动机和行为，进而影响社会关系，法律这种调整方式的“双向性”决定了法律的利益导向性（或称利导性）。法之所以可以通过权利义务来调整社会关系，就是因为法律具有利导性（利益导向性）和约束性双重机制。

（四）法是由国家保证实施的社会规范，具有国家强制性

从实施方式上看，法律与其他社会规范的区别在于它有国家强制性，法是以国家政权的强制力为后盾来保证其实施的。法律要解决相互冲突、重叠的利益，必然会限制或剥夺一方的利益以达公正，因此，可能会遭到该方的抵制或反对。同时，法律要对侵犯他人权利的一方作出否定性反映，所以，必须以强制力为后盾，强制是法律秩序得以确立的基础和保障。任何一种社会规范都有一定的强制性，但法的强制性与其他社会规范的强制性不同，它是以国家政权的名义所表现出来的强制性，是与法庭、监狱、警察以及军队的强制力相贯通的。违反了法，损害了法所确定的他人的、集体的、社会的和政权的利益，或是不履行自己的法定义务，就要受到政权的强制。例如强制违法者归还他人财产、赔偿他人损失，对违法者处以罚款甚至判刑等。没有政权的强制力为后盾，任何形式的法，都不可能在它的效力范围内得到社会普遍遵行。而其他社会规范虽然也有强制力，但它们的强制力一般都不是以法庭、监狱、警察以至军队的强力为后盾的政权强制力。比如，对一个不讲道德、违反道德规范但并没有违法的人来说，通常只能以社会舆论谴责他，如果他对社会舆论无所谓，也不能把他送进监狱。正如耶林说，“国家的强制执行力是确定法的绝对标准，没有强制力的法律规范是一种自我矛盾，好比不燃烧的火，不发光的灯”。把握法

的国家强制性必须注意以下三点：

第一，国家强制性是最强有力的强制性，但在民主法治社会中，法的强制性要受到严格的限制，而不是无限的。法依靠国家强制力保证实施，并不意味着国家强制力可以超越法律，不受法律约束。国家运用强制力保证法律实施，也必须依法进行，接受法律的约束。

第二，国家强制力仅是法律实施的“保证”力量，并不是说法律实施的任一过程均需要国家强制力的介入，法的国家强制力具有潜在性和间接性。直接的强制表现为刑法中的重罪行为，通过明确的法律制裁来迫使人们服从，而在其他领域，包括刑法中的轻罪领域（自诉案件），对人们的意志自由予以了充分尊重，比如缔结契约、婚姻等。法律对这种自由意志的处分的效力予以承认，只有当违法约定者被守约者依据法律请求强制时，法律才体现为强制性。所以，法的强制性，既表现为对违法行为的否定和制裁，也表现为对合法行为的肯定和保护。但强制力是备用力量，事实上，对大多数人或事而言，强制力并不实际出现，而主要作为一种心理的威慑力而存在，只有对实际违反规范的人，强制力才可能真正出现。

第三，法律以强制力为后盾，并不是说法律的实现主要靠强制，更不是只能靠强制。法律的强制性不是法律实施的唯一保障。实现法律的要素是多元的，有社会舆论、人们的道德观念和法制观念、思想教育等多种手段，强制力只是不可或缺的条件之一。另外，规范国家行为的法律的实现主要靠国家自律、国家间的利益牵制、国际社会的压力等。如果一个国家的法律失去社会和人们的心理认同，仅仅依靠强制力，则意味着法律的死亡和公权力的合法性危机。

（五）法具有普遍适用性

从法的适用对象和适用范围来看，法律与其他社会规范的区别在于它有普遍适用性。“法的普遍适用性”就是指法作为一般的行为规范在国家权力管辖范围内具有普遍适用的效力和特性。首先，法的适用对象具有普遍性。法是针对不特定主体提出或者设定的行为规范。作为抽象、概括的规定，它所适用的对象当然是一般的人或者一般的事，而不是特定的人或事。换言之，法不是为了特殊的人而创制的。有的国家的判例也是一种法，它是由法院对具体的人、具体的案件所作的判决所形成的，但它形成为判例法后，就不只对个别人适用，而是具有普遍的适用性。其他社会规范则大多是为具体的人、特定的人提供行为标准，不是为一般的人、抽象的人提供行为标准。例如党、团、工会、学术委员会的章程、纪律都是社会规范，它们就不是为一般的人、抽象的人，而是为具体的人、特定的人，即党员、团员、职工、学术委员提供行为标准。从这个角度分析，法具有普遍性，在本质上也是其公正性的反映。法对于具有相同特征的人或物给予相同的对待并规定相同的法律后果，这个特点也可以被视为法的公正性特征。其次，法的普遍性还表现为法的适用范围具有普遍性。法在政权管辖范围内具有约束力，令行禁止，具有统一性。同时，法只要尚未失效，就能反复适用，而不是只适用一次或若干次。这就使得法的适用范围在时间和空间上都具有普遍性。当然，法的适用范围具有普遍性，不是说所有的法都可在全国适用、永远适用，而是说法在自己的时空效力范围内可普遍适用，超出了自己的效力范围，就不能适用，例如武汉市人大制定的地方性法规就只能在武汉市有效。

（六）法是严格规定程序的行为规范，具有程序性

从形式化的意义上看，法与其他社会规范的一个区别就在于：法是强调程序、规定程序和实行程序的规范。也就是说，法是一个程序制度化的体系或制度化解决问题的程序。法律的实施虽然是强制进行的，但它是由专门的机关依照法定程序执行的。法律的强制如果等于简单的暴力，那么统治阶级也就无须采用法律的形式来进行治理，只要有刑场和行刑队这种暴力工具就够了。所谓法律的程序性，即法律的强制实施都是通过法定时间与法定空间上的步骤和方式而得以进行的。纵观法律史，法律的强制实施都或多或少是通过程序进行的。古代的法也十分重视程序，以保证法律的实施，只不过这种程序的正当标准与现代程序的正当标准有区别罢了。近现代法律对法律的程序标准加以正当化，使法律实施的方式更科学、更理性。

法治发展的程度，事实上取决于一个国家法律制度程序化的程度及对法律程序的遵守和服从的状态。一个没有程序或不严格遵守和服从程序的国家，就不会是一个法治（法制）国家。因此，在一个现代社会，如果要实现有节制的自由、有组织的民主、有保障的人权、有制约的权威，那么就必须使其法律有正当的程序。程序是社会制度化的最重要的基石，程序性也是法的一个重要特征。

（七）法具有可诉性

法的可诉性是指法律作为一种规范人们外部行为的规则可以被任何人在法律规定的机构中通过争议解决程序加以运用的可能性。法的可诉性包括两个方面：一是可争讼性，即任何人均可将法律作为起诉和辩护的根据。法律必须是明确的、确定的规范，才能成为人们争讼的标准。二是可裁判性。法律能否作为法院适用的标准以用于裁判是判断法律有无生命力、有无存续价值的标志。依此，缺乏可裁判性（可适用性）的法律仅仅是一些具有象征意义、宣示意义或叙述意义的法律，其即使不是完全无用的法律或“死的法律”，至少也是不符合法律的形式完整性和功能健全性的要求的法律。我们可以把这样的法律称为“有缺损的、有瑕疵的法律”，因为它们减损甚至歪曲了法律的本性。德国法学家坎特罗维奇认为：“法律是规范外部行为并可被法院适用于具体程序的社会规则的总和。”^①因此，判断一种规范是否属于法律，可以从可诉性的角度加以观察。

通过以上对法的外在特征的分析，我们看到：法是一种特殊的行为规范，即具有规范性、国家意志性、国家强制性、普遍性、程序性和可诉性的行为规范或社会规范。从结构上看，法这种行为规范又是一个由各具体的法律规范（规则和原则）所构成的相互联系的整体（体系），其内容规定的主要是人们相互交往的行为模式，即人们的法律权利和法律义务。法通过对权利与义务的规定来调整一定的社会关系，维护一定的社会秩序。

三、法的本质

法的本质，是指法的各种现象之间内在的、必然的联系，是法的内部稳定的规定性，是法存在的基础和变化的决定性力量，是法律与其他社会现象相互区别的根本标志。作为法学的一个古老而常新的问题，法的本质问题是法学最核心的、最普遍的、最基本的问题

^① Hemann Kantorowicz, *The Definition of Law*, Cambridge University Press, p. 790.