

docsriver.com
商家本本店



法学 导论

FAXUE
DAOLUN

苗金春◇主编



中国人民公安大学出版社

法学导论

主 编 苗金春
副主编 刘迎新 桑轶儒

中国人民公安大学出版社
· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

法学导论 / 苗金春主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009.9

ISBN 978-7-81139-682-9

I. 法… II. 苗… III. 法学—高等学校—教材
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 153142 号

法学导论

FAXUE DAOLUN

主 编 苗金春

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2009 年 9 月第 1 版

印 次: 2009 年 9 月第 1 次

印 张: 16.5

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 325 千字

印 数: 1~3000 册

书 号: ISBN 978-7-81139-682-9/D·587

定 价: 35.00 元

网 址: www.phcpps.com.cn www.porelub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cpps.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换
版权所有 侵权必究

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>



目 录

绪 论	(1)
第一节 什么是法学	(1)
第二节 法学方法论	(7)
第三节 法学教育	(14)
第一章 法的概念	(24)
第一节 法的定义	(24)
第二节 法的本质	(29)
第三节 法的特征	(32)
第四节 法的分类	(37)
第二章 法的作用与价值	(44)
第一节 法的作用	(44)
第二节 法的价值	(53)
第三章 法的渊源和效力	(68)
第一节 法的渊源	(68)
第二节 法的效力	(76)
第四章 法的要素	(91)
第一节 法律概念	(91)
第二节 法律规则	(95)
第三节 法律原则	(99)
第五章 法律体系	(108)
第一节 法律体系概述	(108)
第二节 法律体系的结构	(111)
第三节 当代中国的法律体系	(114)
第六章 权利与义务	(122)
第一节 权利与义务	(122)
第二节 法律权利与法律义务	(129)

第七章 法律行为	(143)
第一节 法律行为释义	(143)
第二节 法律行为的结构	(148)
第八章 法律关系	(158)
第一节 法律关系概述	(158)
第二节 法律关系的构成	(162)
第三节 法律关系的运动	(168)
第九章 法律责任	(178)
第一节 法律责任概述	(178)
第二节 法律责任的构成	(183)
第三节 归责与免责	(188)
第四节 法律责任的实现	(192)
第十章 法的创制	(197)
第一节 立法概述	(197)
第二节 立法体制	(203)
第三节 立法程序	(206)
第十一章 法的实施	(218)
第一节 守法	(218)
第二节 执法	(222)
第三节 司法	(228)
第四节 法律监督	(233)
第十二章 法律职业	(240)
第一节 法律职业概述	(240)
第二节 法律职业的技能与伦理	(246)
参考书目	(257)
后 记	(258)

法学对于人的智识乐于提供也许是最好的科学思维技巧的训练，——任何人，当他从法学转向其他科学时，都会感激曾有过这种法学的润养。

—— [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫

绪论

什么是法学？法学是怎样一门学科？如何学好法学？这些是同学们学习法学必然面临、引人深入思考的一些问题。绪论部分主要解决以上问题，主要包括：（1）什么是法学。具体包括法学的研究对象是什么；法学是如何产生的，其特点和性质是什么；法学学科知识体系包含的内容是什么。（2）法学方法论。内容包含两个层次：一是法学方法论的原则；二是法学研究的基本方法，如价值分析方法、实证分析方法等。（3）法学教育。法学教育的性质是什么？当前我国法学教育模式应该如何变革？

第一节 什么是法学

一、法学的概念

西语中“法学”一词通常指古拉丁语中的 *Jurisprudentia*，原意是指“法律的知识”或“法律的技术”。古罗马把法学定义为，“法学是关于人和神的事物的知识；是关于正义和非正义的科学”。^①“法学”在中国是一个舶来品，我国古代先秦时期有“刑名法术之学”或“刑名之学”。其中，“刑”指刑罚、刑法，“名”指循名则实，赏罚分明。“法术”是指古代君王实行统治的策略、手段。汉代以后，我国则开始有“律学”的名称。法学或者是法律科学的名称大约是在 19 世纪末 20 世纪初清末法制变革时才广泛使用。从文化传统上来看，西语中“法学”的主要目的是实现正义，探究正义的含义与标准，可称其为“权利之学”；而我国“法学”则是关于法律条文的注释以及法律应用的问题，可称其为“权力之学”。

法学是以法律现象为研究对象，探寻其产生、发展、变化规律的知识体系或

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。

学问。法律现象是一种重要的社会现象，法学就是以这一特定社会现象为研究对象的。一般说来，法律现象是指法律这一客观事物本质的外在表现，是法律外部联系的总和。

显然，对法学概念的理解涉及对“法学的研究对象是什么”的理解。法学家们采用不同的方法、从不同的角度认识法律，他们对法学研究对象的内涵与外延存在很大分歧，最后的结论也各不相同。基于此，西方形成了以“自然法学派”、“分析实证法学派”和“社会学法学派”为主、百家争鸣的法学诸流派。自然法学派从价值的角度认识法律，以“应然法”为研究对象，主张法学应该研究人类社会的永恒价值，如公平正义等，并建构起一套“应然法”的体系，以此作为评价“实然法”的标准。分析实证法学派从法律内在结构的角度认识法律，以“实然法”为研究对象，主张运用规范分析的方法研究法律规范、法律体系，并坚决维护法律体系本身的自治性。社会学法学派采用社会学方法，以法律与社会的互动关系为研究对象，探究在法律运行过程中如何更好地运用法律工具实现社会的良性发展。这些学派的研究对象从不同侧面深化了我们对法律的认识，在法学研究中具有重要的价值。

但是，法学的研究对象应该是全方位的，是以整体的法律现象为研究对象的，而且必然透过现象研究深层次的问题，否则就不可能揭示法律的内容、特征和本质。法学不仅研究法律的内在方面，如法律规范和法律体系的内容和结构等问题，也要研究法律的外在方面，如在法律与社会互动过程中法的实效、效果等问题，更需要深入研究法的本质和价值等哲学性问题。由此，法学的研究对象可以从三方面加以考察：

1. 法律制度问题。法律制度问题是法律现象的主要组成部分，它是承上启下的一个重要概念，由同类法律规范组成，若干相近法律制度又组成一个法律部门。无论应用法学（民法学、刑法学、经济法学等）还是理论法学（法理学、法律史学、比较法学等）都主要以法律制度作为考察的对象。应用法学一般以一国现行有效的相关法律制度作为考察的重点，法理学一般研究相关法律制度的理论根据及演变规律。具体说来，这部分研究主要集中在法律内在结构的研究，是对法律内在方面的考察，如研究某些法律规则或法律原则以及由此组成的法律制度内容、结构以及由多种法律制度组成的法律体系等问题，因此，法律制度是法学的首要研究对象，离开了它，法学将无以依存。

2. 与法律相关的社会现实及其互动关系。法律是调整社会关系的规范，因此，法学研究必须研究社会现实或社会关系。社会关系种类繁多，并非所有的社会关系都具有法律意义，一般说来，法学研究与法律相关的社会关系。法学既不能完全脱离社会现实单纯建构和研究法律制度，也不能脱离法律制度单纯研究社会现实。法学更需要研究法律与社会的良性互动，如何使法律成为社会良性发

展、社会和谐稳定的工具。具体说来,这部分研究主要集中在特定社会中,立法、执法、司法、守法以及法律监督等法的运行过程;在人类社会的发展过程中,法的演变过程及其规律;法律与其他社会现象的关系,如法与经济、法与政治和法与文化的关系的问题等等。具体说来,这部分研究主要集中在法律外在的研究,是对法律外在方面的考察。

3. 法的本质和价值问题。这是法学的研究对象最为深刻的一个层次,它是在前两者基础上的一个理论升华。如何透过法律现象中多变的、经验的、感性的外部联系和表面特征,认识与把握法的本质,正是法学这一知识体系的核心目标与任务。而法的价值问题,包括了法的主要价值由哪些部分组成、这些价值之间的辩证关系以及在价值发生冲突时的选择标准问题,这些问题无论在理论法学中还是在法的实际适用中,都是必须面对和解决的。

二、法学的产生、性质和特点

(一) 法学的产生

法学是特定历史条件的产物,一般说来,法学的产生离不开法律活动(立法、司法等)的发展,且与“职业法学家阶层”的出现密切相关。诚如恩格斯所言:“随着立法发展为复杂和广泛的整体,出现了新的社会分工的必要性:一个职业法学者阶层形成起来了,同时也就产生了法学。”^①

从法学史来看,我国法学在夏、商、西周的基础上,始于春秋战国时期,中经西汉至清代中期和清末到民国三个发展时期。西方法学在古希腊文明的基础上,始于古罗马时期的古罗马法,经过中世纪的宗教法,文艺复兴运动时期的罗马法复兴,资产阶级革命前启蒙思想时期的自然法学,资产阶级革命后的分析实证主义法学,以及19世纪末20世纪初的社会学法学等几个重要阶段,日臻成熟。第二次世界大战以后,西方法学呈现自然法学、分析法学和社会学法学三足鼎立的局面,同时又兴起了一些法学运动,如批判法学、经济分析法学、后现代法学等。

19世纪40年代,随着马克思主义法学的诞生,法学领域发生了根本性的变革。马克思主义法学以辩证唯物主义和历史唯物主义作为世界观和方法论,深刻分析了社会各个方面的现象,对以往的法学进行了“扬弃”,科学地揭示了法的本质和发展规律,从而把法学推向崭新的发展阶段。以后苏联和中国社会主义的实践极大地发展和丰富了马克思主义法学宝库。

(二) 学科性质

正确认识法学的学科性质,有助于研究者从恰当的角度切入法学研究。近代

^① 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1995年版,第211页。

以来,法学究竟属于社会科学、人文科学抑或是人文社会科学呢?学者们各持己见,没有定论。法学是一门人文社会科学,因为法学既是一门研究法律这一特殊社会现象的学科,也是一门“以人为本”、体现对人的终极关怀的学问或学科。法学具有人文科学和社会科学的双重属性。一方面,法学是人学,关注的是人类的实际法律生活以及人在社会中所面临的法律问题。从法学的研究对象来说,法律现象是一种与人相关的社会现象。法律是行为规范系统,人类通过法律来调整社会关系,推动社会发展,维护社会秩序,所有这些的根本目的是为了人类的需要,即创设有利于人类生存或发展的条件。人是法律活动的主体,一切立法、执法和司法活动的根本目的都应该是以实现人的尊严与价值为最终目的。^①法学的研究目的是如何使法律更有利于人类尊严与价值的实现,促进正义的实现。另一方面,法学也具有社会科学的属性。这种属性表现为其理论成果具有可普遍化的特点,即“法学的理论成果应该依据有相当的社会认可程度的理论假设为出发点,经有合理的论证而被相当范围的人们认为具有合理性”^②。

作为一门学科,法学与哲学、政治学、经济学、社会学、历史学等学科有着密切的联系,把握法学与这些学科的关系,对于有效地学习法律知识十分重要。比如就法学与社会学两者来说,讨论法律的社会功能、法律的社会基础、法律与社会冲突问题等,是这两个学科共同感兴趣的题目,法学的学习有必要关注这些学科的研究成果。学科间相互交叉的渗透性研究是推动当代法学发展的重要方面。学者苏力在亚里士多德将人类的知识分作纯粹理性、实践理性和技艺三大类基础上,进一步指出,即使在历史上,包括法学在内的任何学科都或多或少地同时包含这三种知识。而且这一特点在当代尤为显著,“知识的分类与学科的分类已经是交叉了”^③。

(三) 学科特点

作为一门人文社会科学,法学具有两个基本特征:

第一,法学研究具有阶级性。在阶级社会中,法学是有阶级性的。奴隶社会、封建社会、资本主义社会的法律都是为不同的私有制度服务的,马克思主义法学是在无产阶级夺取政权后,为社会主义民主和法制建设服务的。两者在指导思想和阶级基础方面是不同的,剥削阶级法学大都以唯心史观为指导,马克思主义法学是以辩证唯物主义和历史唯物主义为指导;剥削阶级法学反映着剥削阶级的法律要求,是为剥削阶级、剥削制度辩护的法学,是压迫和欺骗广大人民群众的思想武器;马克思主义法学是工人阶级和广大人民群众法律要求的体现,它的

① 陈金钊主编:《法理学》,山东大学出版社2008年版,第4页。

② 陈金钊主编:《法理学》,山东大学出版社2008年版,第5页。

③ 朱苏力:《知识的分类与法治》,载《读书》1998年第3期。

内容凝结了社会主义革命和社会主义现代化建设的丰富经验。

第二，法学研究具有实践性。德国法学家施罗德指出：“倘若法学研究的是随历史变迁的法律秩序，那它只能被理解为技艺或实践智慧。”^① 法学研究的实践性特点是由其研究对象、研究方法及其功能等方面的因素综合决定的，其实践性表现在：首先，法学要研究法律现象，关注人们的法律生活，解决法律问题。法学所要研究和解决的问题源自社会实践，所产生的知识复归于实践，为法律实践所服务。其次，法学反映人的经验理性，法学研究中，逻辑分析是必要的，但经验的审慎判断更为重要。诚如霍姆斯法官所言，法律的生命不在于逻辑，而在于经验。在法学研究中，面对纷繁复杂的案件和问题时，法学研究更需要经验的积累。再次，法学研究的首要任务是满足法律实践的现实需要，回答法律发展所提出的问题。最后，法学思维是价值导向性思维。法学研究的社会事实是一种反映人类价值观的价值事实，反映了研究者的价值取向，法律实践活动本身就是一种评价活动。法学的实践性特点可以从西方法律教育的模式上窥见一斑，英法法系国家将法学视为一种技艺，而不是科学，法律职业人才主要通过实践式的方式来培养。诚如霍姆斯法官所言：“我们研究法律，研究的不是什么秘密，而是一项众所周知的职业。我们研究的是，为了和法官打交道，或者，为了告诉人们怎样免于诉讼，我们要做哪些准备。”^②

可见，法学研究的理论兴趣不在于寻求“纯粹的真理”，它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、矛盾和冲突寻找到有效的法律解决方案，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 它也要求我们必须理论联系实际，才能更好地学习、研究法学。

三、法学体系

和任何其他的学科相同，法学也有自身的体系。法学体系，又称为法学知识体系，即由法学的各个分支学科构成的有机联系的统一整体。

法学研究的范围非常广泛，因而法学本身又分为许多分支学科，而这些分支学科又各有自己具体的研究对象和范围。因此，科学界定法学各个分支学科的对象和范围，合理划分各个分支学科，对于法学的整体发展具有重要的意义。法学体系具有整体性、现实性和层次性的属性。整体性表现为法学体系内部各个分支学科之间存在内在逻辑关系，且具有某种共同属性，这使法学体系成为有机联系的整体。现实性表现为一个国家的法学体系与其法律体系有着密切的联系，反映了其法学研究和法学教育的发展状况。层次性表现为法学体系内部存在着一定的

① [德] 考夫曼：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第449页。

② Oliver Wendell Holmes, The Path of the Law, 10 Harvard Law Review, 1897.

③ 参见舒国滢主编：《法理学阶梯》，清华大学出版社2006年版，第4页。

层次关系，法学是一级学科，宪法学、行政法学、刑法学、民商法学、经济法学、诉讼法学等是二级学科，宪法学中的中国宪法学和外国宪法学是三级学科。

我们应当注意的是，法学体系与法学课程体系是两个不同的概念。尽管法学课程体系是以法学体系为依据的，但它不能穷尽法学体系的所有分支学科，不同院校的法学课程体系是根据实际需要和具体情况，为培养人才所安排的课程体系。在高等教育中使法律成为一门科学的工作，要受到大学法学教育的实际任务中所暗含的限制，即法律科学研究必须为法律专业训练开业律师。^①

法学的学科划分是法学发展到一定程度的产物。法学根据什么标准进行分科，也是众说纷纭。例如，英国《牛津法律指南》将法学分为理论法学和应用法学两大部类，并进一步划分出分属于这两大部类的七个具体部门：理论法学包括法律理论和哲学、法律史和各种法律制度以及比较法学三部分；应用法学包括国际法、跨国国家法、国内法和附属学科（法医学、法律精神学）四部分。我国学者沈宗灵教授提出了四种划分类型：第一，从各种类别的法律这一角度出发，法学可以分为国内法学（包括宪法学、行政法学、刑法学、民商法学、经济法学、诉讼法学等）、国际法学、法律史学、比较法学和外国法学；第二，从法律的制定到实施这一角度出发，法学可以分为立法学、法律解释学、法律社会学；第三，从认识论的角度出发，法学可以分为理论法学和应用法学；第四，从法学和其他学科的关系这一角度出发，法学可以分为法学本科和法学边缘学科等。

在划分法学的分支学科时，应该客观评价本国的法学发展状况，同时具有一定的前瞻性，综合考察本国法制建设和法学研究的状况。一般说来，当代中国法学体系应该包括四个主要分支学科，即理论法学、部门法学、国际法学和法学边缘学科。

1. 理论法学。理论法学是综合研究法的基本概念、原理和规律的学科类别，包括法理学、法律史学和比较法学。法理学是研究法的基本理论和一般规律的法学学科。法律史学是研究法律的产生、发展变化及其规律的学科，又包括法律思想史和法律制度史。比较法学是一门研究不同法律体系发展演变规律的学科。理论法学为其他学科提供理论基础和方法论指导。

2. 部门法学。部门法学是以调整某一领域社会关系的法律制度为研究对象的法学分支学科的统称。它一般是以特定国家法律部门为标准，进一步划分为宪法学、民商法学、行政法学、经济法学、社会法学、刑法学、程序法学。例如，民商法学是以调整平等主体的民事、商事活动的法律制度为研究对象的法学分支学科。刑法学是研究犯罪和刑罚的法学分支学科。

3. 国际法学。国际法学是对调整涉及国家之间的各种法律进行研究而形成

^① [英] 麦考密克、魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社1994年版，第55页。

的学科类别,包括国际公法学、国际私法学和国际经济法学。

4. 法学边缘学科。法学边缘学科(交叉学科)是指将法学与有关的自然科学或社会科学结合起来进行研究而形成的学科类别,如法医学、刑事侦查学、司法鉴定学、犯罪心理学和法律统计学。

第二节 法学方法论

方法是人们为了解决某种问题而采取的特定的活动方式,包括精神活动的方式和实践活动的方式。法学研究方法是法学研究者分析和思考法律现象的一种路径,它与法律方法不同,法律方法是法律职业者寻求法律问题正确答案的方法,如法律发现、法律解释和法律论证等。由于法律现象是纷繁复杂的,具有视角的多维性,法学研究方法也应该是多元的,“每一种研究方法都具有其理论预设及其特有的论证思路”。^① 法学研究方法与研究者的视角和目的紧密相关,所以,法学研究者应该根据选取的研究视角和目标选择适当的研究方法,或者综合运用若干方法达成其目的。

对每一门学科来说,研究方法是至关重要的,它是研究活动成功与否的关键因素。具体来说,法学方法论的功能在于:(1)选择功能,即方法论为我们提供一种从何种角度、运用何种方法进行法学研究的路径选择。(2)创新功能,法学研究的进步往往源于法学方法论的更新和完善。科学研究的进步常常伴随方法论之争与方法进步是常态,足见方法对科学研究的重要价值。^② (3)沟通功能,方法论有助于不同法律文化的沟通与交流。近现代西方法学流派纷呈、研究深入,与其法学研究方法的多元化密不可分。学者苏力指出,我国法学界长期以来对方法论的忽视在某种程度上已经导致了法学研究本身的空泛与虚化。^③ 这是我们当前法学研究应该特别注意的问题。

法学方法论是由各种法学研究方法所组成的方法体系以及对这一方法体系的理论说明。^④ 一般说来,法学方法论的内容可分为两个基本层次:第一层次是法学方法论的原则,第二层次是法学研究的基本方法。前者是后者的理论基础,发挥着导向作用;后者是具体研究法律问题的主干部分。我国的法学方法论应当确立以马克思主义的哲学方法为指导,以法律科学的基本方法为主体,以相关的一般科学方法为技术手段,以法学各分支学科的特殊方法为补充的基本结构。^⑤

① 陈金钊主编:《法理学》,山东大学出版社2008年版,第10页。

② 周永坤:《法学方法理念的革新》,载胡玉鸿:《法学方法论导论》序言,山东人民出版社2002年版。

③ 苏力:《语境论——一种法律制度研究的进路与方法》,载《中外法学》2000年第1期。

④ 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社2007年版,第24页。

⑤ 张文显主编:《马克思主义法理学》,高等教育出版社2003年版,第47页。

一、法学方法论原则

法学方法论原则是进行法学研究的基本出发点和基本思路，也是关于如何运用各种具体法学研究方法的指导性原理。方法论原则一般是在哲学的高度上所说的，从理论思路上看，普通法系的法学是经验主义哲学的产物，大陆法系的法学是理性主义哲学的产物。当代中国法学研究的方法论原则是马克思主义哲学，即辩证唯物主义和历史唯物主义。将马克思主义哲学运用在法学研究中，就必须坚持以下三项原则：

1. 社会存在决定社会意识的观点。法作为社会上层建筑中的特殊现象，是由经济基础决定的，虽然法的形式和内容要通过人类的理性和意志表现出来，但归根结底，最终的决定力量是社会物质生活条件。历史上出现的一切法律现象，“只有理解了每一个与之相应的时代的物质生活条件，并且从这些物质生活条件中被申出来的时候，才能理解”。^①同时，法又反过来作用于自己的经济基础和社会生产力，法不仅起到维护社会秩序的作用，而且在一定意义上能够推动社会的变迁。

2. 普遍联系的观点。法和法律作为上层建筑的特殊现象，还受到其他诸如政治、道德、科学文化等上层建筑现象的影响，它们相互联系、相互作用。历史唯物主义不仅是唯物的，也是辩证的，它对社会现象的分析不是线性的单值分析，而是多元的多变量的分析。我们应该避免庸俗的经济决定论的错误。东西方法律文化所表现出来的差异在很多方面就是受到了上层建筑中其他因素（如哲学、宗教）的影响。

3. 发展的观点。法律现象作为一种特殊的社会现象，它不是孤立的、静止的，而是不断发展的。世界上，任何法律制度和法律思想都具有时代的特征，它必须与特定时代的社会物质生活条件相适应，并随着社会物质生活条件的变化而变化，法律发展的过程与社会基本矛盾的运动过程有着必然的联系。

二、法学研究的基本方法

法学研究的基本方法主要有价值分析方法、实证分析方法。

（一）价值分析方法

价值分析方法是建立在价值判断基础上，运用价值理论对外界事物进行评价的一种思维方法。在法学研究中，该方法旨在探寻“法律应当是什么？”、“法律的意义应当是什么？”、“秩序与正义何者为首要价值”等法学的“症结”或“永恒主题”。

【阅读材料】古希腊悲剧《安提戈涅》

安提戈涅是古希腊伟大的悲剧家索福克利斯的著名悲剧《安提戈涅》的主人

^① 《马克思恩格斯选集》第2卷，人民出版社1995年版，第38页。

公。故事发生在底比斯。克瑞翁在俄狄浦斯垮台之后取得王位，俄狄浦斯的一个儿子厄忒俄克勒斯（Eteocles）为保护城邦而献身，而另一个儿子波吕涅刻斯（Polyneices）却背叛城邦，勾结外邦进攻底比斯而战死，战后，克瑞翁给厄忒俄克勒斯举行了盛大的葬礼，而将波吕涅刻斯暴尸田野。克瑞翁下令，谁埋葬波吕涅刻斯就处以死刑。厄忒俄克勒斯的妹妹安提戈涅公然埋葬了她哥哥。她被带到克瑞翁面前时，她认为埋葬其兄长是依照神法来履行职责，而且这种不成文法是永恒的，连克瑞翁的命令（城邦的法律）也不得违背它。克瑞翁大怒，坚持将她处死，并关在墓穴中。后来克瑞翁遇到一个占卜者，说他冒犯了诸神。克瑞翁后悔了，去救安提戈涅时，她已死去了。克瑞翁的儿子，也是安提戈涅的情人，站出来攻击克瑞翁而后自杀，克瑞翁的妻子听说儿子已死，也责备克瑞翁而后自杀。克瑞翁这才认识到自己一手酿成了悲剧。

《安提戈涅》是古希腊悲剧的经典，该剧中心安提戈涅在对抗克瑞翁时有一段常常被法学家所引用的台词：

我并不认为你的命令是如此强大有力

以至于你，一个凡人，竟敢僭越

诸神不成文的，且永恒不衰的法

不是今天，也非昨天，它们永远存在

没有人知道它们在时间上的起源

以这段话为依据，法学家们通常认为《安提戈涅》标志着法律与道德的冲突，或者说实在法与自然法的冲突。《安提戈涅》蕴涵着对自然法精神的最初表达：自然法是神定的法律，是宇宙中的最高理性，体现了永恒的价值，是永久存在、不以人的意志为转移的。

价值问题虽然是一个困难的问题，但它是法学研究所不能回避的问题。每一种制度安排的背后总有对各种相互冲突和相互重叠的利益进行评价的价值标准。在每一种场合，人们都使各种价值准则适应当时的法学任务，并使它们符合一定时间和地点的社会理想。^①

价值分析方法是法学研究的重要方法，为从古希腊至今的自然法学说所普遍使用。自然法学说主张，法律的存在形态分为实然法和应然法；应然法是实然法善与恶的评价标准；恶法非法；公民有反抗恶法的权利。自然法学采用“价值分析”的立场，以“正义”、“理性”，批判、解构、改造旧法律制度，描绘出一幅理想的法律蓝图。学者卓泽渊提出，价值分析方法在法学研究中的运用体现

^① [美] 庞德：《通过法律的社会控制·法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，商务印书馆1984年版，第55页。

为：^①首先，认识法在应然意义上的价值属性和价值追求，为法律或法制建设确立价值目标、准则。其次，对具体的价值目标、准则，如秩序、正义、公平、效率、自由、人权等及其相互关系进行研究。再次，对以法律制度为首的法律现象进行评价，得出结论。最后，在价值目标、准则的指引下，提出改革方案。

近代以来，尽管“科学帝国”话语权对法学价值分析方法诘难不断，但其仍然是法学研究中最为基本、不可或缺的研究方法。法学研究不能做到价值祛除、价值中立，离开“价值分析”，不关注对现实法律制度的评价与批判，将丧失其活力，失去其价值。价值分析方法的重要意义体现在：首先，它是深刻认识和理解法律精神实质的钥匙。法是保护一定阶级的利益的，维护谁的利益本身就是一种价值的体现。其次，它是改革和完善法律制度的重要方法。科学研究不仅在于描述世界，更重要的在于改造世界。这种改造和完善表现在：一是推动社会的进步和法律的进步；二是最大限度保障个案处理的公正；三是强化社会公众对良法的认同和支持。

（二）实证分析方法

实证分析方法是通过对观察、分析经验事实来建立和检验理论命题的一种研究方法。实证分析方法是实证主义的产物，强调经验事实，重视运用自然科学手段，坚持价值祛除、价值中立，批判形而上学。在法学研究中，该方法旨在探究“法律是什么？”、“法律的实际效果怎样？”等命题。实证分析在法学研究中主要指描述法律现象、解释法律的某种原因、预测某个法律现象或者后果、评价某种法律实践的实际效果等。^②

实证分析方法的主要对象是经验事实，所谓经验事实是指可以通过人们的直接观察或间接观察而被发现的确定事实。法学中的经验事实一方面包括法律本身的可被经验的事实——法律文本中的词语、句法、逻辑结构，如法的概念、法的要素、法律体系等；另一方面也包括与法的运行相关的一切社会事实，如法在社会中是如何运行的，其实际效果如何，法与社会的互动关系等。

实证分析方法是与价值分析方法相对的另一类非常重要的法学研究方法，法学研究不可避免地要关注法的实然状态，回答法是什么，这就离不开实证分析方法的运用；同时实证分析方法又是价值分析方法的必要补充。美国法学家博登海默将实证研究分为分析实证主义和社会学实证主义。19世纪，英国法学家奥斯丁是将实证分析方法运用到法学研究的杰出代表，自此分析实证法学派产生了。分析实证法学主要采用概念分析、逻辑分析等实证分析方法来研究法律本身的结构与体系问题。19世纪末20世纪初，社会学法学采用社会学分析方法来研究法

① 参见卓泽渊：《法学导论》，法律出版社2007年版，第215页。

② 白建军：《论法律实证分析》，载《中国法学》2000年第4期。

在社会中的运行状况、法与社会的互动关系等问题，在更宏观的方面进行实证分析研究。

实证分析方法在法学研究中的应用范围十分广泛，西方许多法学派都采用该方法，它们只是在研究视角或具体方法上有所不同，实证分析方法在法学研究中的运用可以有多种形态，其中影响重大的有以下几种：规范分析方法、社会学分析方法和经济分析方法。

1. 规范分析方法。规范分析方法是将实证主义思想、特别是分析哲学的逻辑分析和概念分析运用于法律规范体系研究的一种方法。分析实证主义法学就是运用该方法进行研究而得名的，从内涵上讲，分析实证主义法学泛指自奥斯丁到哈特，以及到拉兹、麦考密克的法律理论。

【阅读材料】哈特的“概念分析”^①

有一个法律规则禁止将车辆开进公园。很显然，它禁止机动车辆，但是，它禁止自行车、带轮溜冰鞋和玩具汽车吗？还有，如果是飞机，又该怎么办呢？依据规则的目的，这些可不可以被称作“车辆”？如果纯粹是彼此间的交流，或者我们是在表达某种类型的行为应受规则约束的意图（就像在法律最基本的形式中一样），那么，针对我们通常用的词汇（就像上例中的车辆），必须存在某种该用语之适用不应导致怀疑的标准情形。它必须有一个确定的意义中心，同时它又有可争议的暗区地带，在这里，词语既不是确定无疑地适用，也不是绝对地不予适用，这些情形与标准情形都有某种相同点；但同时它们又缺乏标准情形所具备的某些特征，或者它们具备某些标准情形所不具备的特征。这种变相随着人类之发明和自然之演化将会越来越多。如果我们试图说，某些事实符合或不符合既定的规则，那么我们所做的决定会背叛我们的目的，因为，我们词语和规则所要描述和适用的事实和现象是不会说话的哑巴。玩具汽车不会为自己提供证明，说“根据这个法律规则的目的，我是一个机动车辆”；带轮溜冰鞋也不会齐声喊道“不，我们不是车辆”。现实的具体情境不会等待我们去进行有条理的标签、裁剪和折叠；关于它们的法律分类，法官也不可能简单地辨别识别。因此，在适用法律规则时，我们必须为自己作出的“某词语是否适用于手边的案件”的决定以及决定可能产生的实际后果负责。

我们可以将产生于标准情形或确定意义以外的问题称作“暗区问题”。这个问题总伴随着我们，无论是在处理公园运用管理的琐碎小事，抑或是面对有多种意义可能的宪法规则等一般抽象问题。如果所有的法律规则都存在不确定的暗区地带，那么，在此暗区地带的具体案件中，规则的适用就不是一个逻辑过程，因

^① [英] 哈特：《实证主义和法律与道德的分离》，翟小波译，强世功校，载《环球法律评论》2001年夏季号。

而不再是演绎推理。

分析实证主义法学的研究路径是：坚持实证主义哲学观，强调实在法与道德的分离，主张以分析方法对实在法进行研究。分析法学的发展经历了两个阶段。第一阶段是以边沁、奥斯丁为代表的早期分析法学，在实证主义思想的影响下，他们首先明确了法理学的研究对象是实在法，进而提出了法律的概念；分析和提炼了法学的一些基本范畴，如权利、义务等；使法理学研究从抽象思辨转向实证研究。这一阶段的贡献是奠定了概念分析的传统，使法理学成为一门真正的学科。第二阶段是20世纪中叶产生的，以哈特到拉兹以及麦考密克等人为代表，他们将分析哲学的语言学转向（日常语言哲学）的概念分析方法引入到法学研究中，使其成为一种重要的法学研究方法。分析哲学的发展分为逻辑实证主义学派和日常语言学派，与之相对应的分析方法分别是逻辑分析方法和概念分析方法。

逻辑分析方法强调实在法的渊源、结构、概念和规则，注重从体系上分析法律规范体系。逻辑分析方法的具体表现形式多种多样，如演绎与归纳、分析与综合、比较与分类、科学抽象法、数学模型法等。例如，大陆法系和普通法系的法官分别通过演绎或归纳方法发现个案的具体裁判规范；通过比较与分类方法来划分法律部门。

概念分析是通过区分观念和范畴的逻辑结构或必然的、本质的属性来探求我们的世界的某些方面的真。^①由此可见，分析法学关注的是法律基本概念的分析，如权利、义务、责任、惩罚等，分析法学进行概念分析并不是简单地弄清特定概念的含义，而是“试图揭示所有法律和法律体系共同的概念框架，从而更好地理解法律思想和法律规则”^②。例如，哈特在《法律的概念》一书中思考了法律理论中的核心问题：“法律是什么？”他没有直接追问“法律的本质是什么？”，而是探讨“法律的概念是什么？”或者“法律这个词的意义是什么？”。哈特的讨论最引人注目的地方是他从来不直接回答他正在思考的问题。在哈特那里，问题不是回答了（或回避了、消除了）而是转化了。他把“法律是什么？”这个问题转化为三个小问题：其一是，什么使法律区别于以威胁为后盾的命令；其二是，什么是法律义务及它是如何同道德义务相关联的；其三是，什么是规则以及在多大程度上法律是由规则构成的。哈特成功地把这个问题转化为与恰当地描述我们的实践相关的问题，这是一种消解一个看似疑难的或形而上学的问题的尝试。

2. 社会学分析方法。社会学研究方法是通过观察、调查、实验和统计的方式，研究法律在社会中的运行状况、功能、效果以及法律与社会的互动关系。它是社会学法学的产物，社会学法学旨在从社会学的立场阐释法律与社会之间的因

① [美] 布赖恩·比克斯：《牛津法律理论词典》，邱昭继等译，法律出版社2007年版，第40页。

② 邱昭继：《法学研究中的概念分析方法》，载《法律科学》2008年第6期。

果关系，代表人物有奥地利法学家埃利希和美国法学家庞德等。社会学法学的研究路径是：（1）真正的法律产生于社会生活中，且随之而发展变化。（2）法律是服务于一定社会目的的工具。（3）以社会利益为中心，注重研究社会中法律的功能、效果以及法律与社会的互动关系。（4）法学家的任务在于发现对社会最有利的法律制度，即用最少的代价，实现最大的社会效果。

社会学方法是法学研究中广泛采用的一种方法，为法学研究的发展注入了新的活力。在社会学法学的研究路径下，目前法学研究广泛采用社会调查方法进行研究，社会调查一般可分为普遍调查、抽样调查、典型调查和个案调查，通过它来获取经验数据。社会调查方法要通过一些技术性手段来获取经验数据，如观察法、实验法、访谈法、问卷法和统计分析法等。通过这些了解存在哪些需要法律解决的社会问题，应该制定什么样的法律，制定的法律的运行情况如何，有无达到立法目的，应该怎样完善等等。例如，对青少年犯罪的研究，主要是调查研究该问题的现状、特征和原因，现有的制度存在哪些需要进一步完善的地方。

3. 经济分析方法。作为一种新颖且有重大实用价值的研究方法，在西方市场经济发达的国家（如美国）中，经济分析方法广泛运用于研究与实践（立法、司法）领域。经济分析方法是运用经济学的理论，以“成本—收益”以及效益最大化作为基本分析工具研究法律问题的方法。法律经济分析方法广泛适用促成了一门法学与经济学相互结合、相互融合的新学科的产生，即“法律经济学”或“经济分析法学”学术流派。

【阅读材料】汉德公式

在美利坚合众国政府诉卡洛尔拖轮公司一案中，法官汉德（Learned Hand）提出了著名的汉德公式： $B < PL$ ，即只有在潜在的致害者预防未来事故的成本小于预期事故的可能性乘预期事故损失时，他才负过失侵权责任。

汉德公式（The Hand Formula）由美国联邦上诉法院第二巡回庭著名法官汉德在1947年美利坚合众国诉卡洛尔拖船公司（以下简称卡洛尔案）一案中正式提出，因此有时也被称作卡洛尔学说或卡洛尔公式（The Carroll Towing Doctrine or Carroll Towing Formula）。卡洛尔案所涉及的是某驳船因拴系不牢，在脱锚后碰撞、损坏码头中其他船只的情形；案件的核心问题是如何确定该船船主有无过失。

汉德法官就此提出了以下见解：

由于任何船只都有脱锚的可能，并在脱锚后对附近的船只构成威胁，一位船主防止此类事件发生的义务应由三个变量来决定：（1）该船脱锚的可能性（probability，简称P）；（2）该船脱锚后将给其他船只造成的损害（loss或injury，简称L）；（3）对此采取足够预防措施将给该船主带来的负担（burden，简称B）。

汉德法官所提出的上述公式（因其所涉及的B、P、L变量，又称BPL公式）随后成为美国各级法院在侵权案件中经常使用的判定过失有无的标准。根据汉德公式的表述，法院经常以B、P、L来计算当事人应当采取的对他人人身和财产安全的“合理关注”（reasonable care）。如果采取足够预防措施将给当事人带来的负担（B）大于造成有关损害的概率（P）与有关损害（L）的乘积，当事人便不必采取预防措施，因为由法律要求当事人这样做〔花费较多的费用，如1 000美元，以杜绝较少的概率损失（即P与L的乘积；而不是单纯的L），如900美元〕从经济上讲是不合理、无效率的，超出了“合理关注”的范围。但是，倘若B小于或等于P与L的乘积（如可用900美元的代价来防止1 000美元的概率损失），而当事人却未采取足够的预防措施，该当事人将被认定存在过失。

经济分析法学是用经济学方法分析法律问题的边缘学科，主要是立足在新制度经济学的理论基础上，运用微观经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范方法来考察、研究法律制度的形成、结构、过程、效率、创新及未来发展……它代表法学和经济学研究方法的变革，也代表了法学和经济学相互交叉渗透的前沿学科、边缘学科和总和学科的重大新成就。^①

经济分析方法研究路径是以个人为分析单位，基本的理论假设是人类行为是理性的，理性主体通过权衡“成本—收益”来比较不同行动方案的优劣，选择能给自己带来最大效益的行为。经济分析法学源自边沁的功利主义理论，代表人物是美国学者科斯、波斯纳等人，这是一种“手段—目的理性”的研究路径。经济分析法学“几乎涉及全部的法律制度并将重点置于非市场行为的法律管制——不仅包括我们熟悉的犯罪、事故和法律诉讼等例证，而且要包括（经济学家）不太熟悉的吸毒成瘾、性行为、代理母亲身份、海上救助、宗教礼仪等例证”^②。总之，效益最大化原则是经济分析法学最基本的原则，任何法律制度或法律活动，都应有利于资源配置的效益并促使其最大化，这是法律的经济分析的最核心思想。

第三节 法学教育

一、法学教育的性质

法学教育是以传授法律知识（理论、规则、技巧）、训练法律思维（证据、程序、理性）、培养合格的法律专业人才为内容的教育活动。

我国法学教育的性质应当如何定位，对此法学教育界的回答基本形成了两

① 钱弘道：《经济分析法学》，法律出版社2003年版，第44页。

② [美]波斯纳：《法律的经济分析》（上），蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第四版序言。

派，一派主张中国法学本科教育的定位是素质教育（或称通识教育、学术性教育），强调培养具有一定学术背景的法律人，同时为法律高级人才的培养打下良好的基础。另一派主张中国法学本科教育的定位是职业教育（或称应用性教育、精英教育），强调应当让学生获得从事法律职业所必须具备的能力，这种能力对于法官、律师、法学家具有同等重要的意义。

随着我国社会主义市场经济的纵深发展，社会需要大量基础知识宽厚、具有法学素养和法律职业技能的法律工作者。同时，法学是一门实践性很强的学科，它是一种实践理性与技艺理性的复合物；对法律运作规律的研究和技能的培养则应成为其主题。因此，我国法学教育承担通识教育和职业教育两项功能，即一是培养高素质的公民，二是培养熟练的法律职业者。

一方面，素质教育是法律职业教育的基础，诚如美国法学家博登海默所言：“如果一个人只是个法律的工匠，只知道审判程序之规程和精通实在法的专门规则，那么他的确不能成为第一流的法律工作者。”^① 法律是人类文明的产物，要成为法律职业者必须具备良好的文化素质，这种文化素质包括人文素质和科学素质。法律与经济、政治、科技和文化等现象紧密交织在一起，因而法学也不是自给自足的独立学科，它与人文社会科学（如哲学、经济学、政治学、社会学和历史学）甚至是自然科学等有着紧密的联系。只有把法律问题放置在整个社会历史发展过程中，并借助多学科的理论和方法，才能找出“合理”的答案。

另一方面，法学教育又有着自己的专业领域，特定的知识范畴，有着特有的人才培养目标和规格，属于专业教育范畴。许多院校把法学本科专业的培养目标明确定位为培养“高级应用型法律专门人才”，这种实践性、应用型人才实际是法律职业的必然要求，也就是说，法学教育与法律职业之间存在一种紧密的关联性。具体来说，法律职业者必须具备：（1）具有系统的法学学科的基本知识体系，即熟悉法学各分支学科的基本知识和理论；（2）具有较强的职业技能，主要包括必须具备法律职业的基本职业素养和基本技能。所谓法律职业基本素养，其内容包括法治理念、法律精神、法律思维、法律语言等。所谓法律职业的基本技能，包括沟通协商、谈判妥协的技能、撰写法律文书的技能、语言表达技能、庭审辩论的技能等。但如今高校的法学教育大多数只能完成第一项，在第二项上力度或培养能力欠缺。

二、法学教育的培养模式

（一）当今世界法律教育模式

从比较法的角度看，当今世界各国法学教育模式主要有三种：

^① [美] 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第506页。

1. 美国教育模式。美国的法学教育性质属于职业教育，主要培养执业律师，教育层次属于大学后研究生层次的教育。进入法学院的学生必须已经获得文学或理学学士学位，学制三年，毕业后的学位是 Juris Doctor（法律职业博士）。法学院的任务是培养学生的操作能力，旨在培养他们“像律师那样进行思考”。其教学内容实用，涉及法律知识体系，特别注重法律操作能力的培养，如法律思维能力和分析、解决问题的能力；教学方法以“案例教学法”（苏格拉底式教学法）、“诊所式教学法”为主，多种法律技能训练法为补充。取得 JD 学位的学生，基本上都参加律师资格考试，其中绝大多数人从事法律职业。

2. 法、德、英等国教育模式。法学院主要为学生提供基础教育，本科毕业后，要从事法律职业，尚需进入专门职业培训机构进行职业训练，在此基础上，以英国为例，英国大学法律院（系）的生源主要来自应届高中毕业生，也招收一部分已取得非法学专业本科学士学位者。英国的法学教育分为三个阶段：（1）学术阶段（3年）：大学承担，重视基础理论的研究，重视案例教学。基本方式是问答和讨论，训练学生的职业技巧和技能，促进学生积极思维，掌握广泛的法律知识和规则。（2）职业训练阶段（1年）：律师学院负责和承担，为学生走向社会作准备，开设证据、辩论方法、谈判技巧等实用课程。（3）实习阶段：律师事务所承担，时间不等，主要是熟悉律师业务和法律文件。

3. 澳大利亚教育模式。澳大利亚法学教育的主体是五年制的双学位教育，澳大利亚的法学院中均以培养双学位法律本科为主，自愿选择读双学位的学生占到法律本科总数的 80% 以上，培养目标是职业律师。教学方法上，以案例教学为主要内容，采用启发式、提问式和讨论式教学。教师在课前向学生布置阅读书目和案例，课堂上主要是提问和讨论，而且一个问题可以有多种不同的答案，考试也是如此，目的在于重点培养学生的创新意识和独立处理法律事务的能力。

由此可见，国外法学教育模式一般都是由学科教育、职业教育和继续教育共同组成而完成的，法学教育界与法律职业界紧密合作，共同参与法律人才的培养，注重学生法律操作能力的培养。

（二）当代中国的法学教育

新中国的法学教育经历了引进初创（1949—1957年）、遭受挫折（1958—1965年）、全面停滞（1966—1976年）、恢复重建（1977—1991年）和改革发展（1992年以后）等发展阶段。到 1992 年，一个多渠道、多形式、多层次的法学教育体系基本形成，进入到 21 世纪后，中国的法学教育发展到了如火如荼的

局面。^①

在这法学教育繁荣现象的背后，却隐藏着一些问题：首先，急剧膨胀的法学教育规模，在一定程度上导致了人才培养质量的下降，在许多领域和方面不适应社会发展的需要，法科毕业生就业压力较大。^②其次，人才培养模式存在许多问题和弊端，表现在：教学内容上，不是太陈旧就是太玄妙；教学方法单调，还是说教和灌输式为主；法律职业培训缺失，导致教育主要是知识传授，而不是能力培养；法学教育与法律职业相脱节，法律职业界不愿也不能参与到法律教育界中，导致培养的人才不能适应社会发展的需要；司法资格考试制度不完善，不能全面考查考生是否具有法律职业的能力。

面对上述问题，20世纪90年代末，中国法学教育界的反思和检讨成为一个热点问题，并取得了一些成绩，但是积重难返，法学教育特别是法学本科教育必须进一步改革。第一，法学教育界应该与法律职业界紧密合作、良性互动，根据社会需求来规划人才培养目标和规格。第二，根据法学学科的特点，在教学内容和方法上进行改革，加强学生法律操作能力的培养。第三，改革司法考试制度，强调以正规法律教育作为法律职业的入门条件或任职资格，考试制度应该主要考查考生应用法律知识进行分析问题与解决问题的能力、法律思维能力及法学理论素养，即从理论深度和应用能力两个层面深入考查考生的综合能力。

【经典阅读】

材料1：法学是一门社会科学吗？^③ 通过阅读本材料，体会法学学科的性质。

自然和社会构成了人所栖居的世界。作为知性的存在，人不能满足于对来自外在世界的各种刺激作单纯的条件反射，而是永不休止地致力于从纷繁复杂而又变幻莫测的世界中探寻出某种规律，从而有助于对自己的生活做一种有序的安排。对自然界的不懈探索孕育出了科学和技术，使人们得以驯服自然。这一过程自18、19世纪以来获得突飞猛进的进展，以至于超出了人类自身条件所允许的界限，使人们在这个世纪即将结束之时不得不重新思考人类与自然之间的关系。人类对社会规律的探索则经历了一个更为曲折复杂的过程。古希腊德尔菲神庙中的那句铭文——“认识你自己”——成了人们永远都在追求、却永远也难以达到的目标。西方有一句古谚：“习惯是第二种自然”，这句话很好地道出了人类社会

① 据统计，全国法学专业招生人数从1977年的223人到2007年的10多万人，人数增长了448倍。1977年恢复法学教育时，全国只有3所大学设有法律系，2001年全国设有法学本科专业的高等学校292所，2005年增长到559所，2007年全国已有603所法学院校。

② 从2002年开始，法学本科毕业生就业遇到前所未有的危机，在全国214个学科专业中，法学专业就业率当年排在187位，2005年则成了“老末”。参见孙继斌、杜晓：《法科毕业生就业率低于高校平均水平》，发表于中国法理网2008年4月13日。

③ 郑戈：《法学是一门社会科学吗？》，载《北京大学法律评论》1998年第1卷第1期。

生活中的一些奥秘。人所生活于其中的社会环境和社会制度从来都不是个人自己选择的结果，他/她被放置到这种环境中去，他/她的出生在很大程度上便决定了他/她今后可以选择的范围。人们对社会规则的探讨在很大程度上是一种事后的“合理化”（justification），而不是一种事前的论证。而且，人们的社会生活方式因时、因地的不同而存在很大的差异，他/她们使用着不同的象征性符号、遵循着不同的仪式、以不同的方式进行交流、以不同的方式维护着不同的社会秩序。在探究社会时，人们往往无法刨根问底，因为社会现实是人类集体行动的产物，作为这一社会建构过程的无数个参与者之一，研究者无法置身事外，客观地观察和分析这个“生活世界”。正像一位当代历史学家所说的那样：“无论宗教和哲学提出什么样的建议，自我认识都要求人类根据自身的条件、在自身局限的约束下、通过自己不完备的理性创造出自己的衡量尺度。”^① 这种在语言的限度内寻求自身衡量尺度的活动同人类的历史一样源远流长。

从古希腊开始，西方人对自然和社会的探索就分别选择了两种不同的路径，以至于形成了 C. P. 斯诺所称的“两种文化”、海因里希·李凯尔特所区分的“自然科学”和“文化科学”、依曼纽尔·康德所说的“繁星密布的苍穹和我心中的道德律”以及恩斯特·特罗齐所揭示的“自然主义与历史主义之间的战争”。可以说，自然与文化之间的辩证关系一直伴随着西方人走过漫长的文明史，体现在他们的语言和思维习惯中。这种二元论被里查德·罗蒂表述为一种“心智集合”（mentalsets）或者是“话语共同体”（communities of discourse）之间的差异。^② 通过这两种不同的智识努力，西方人发展出了两套系统的知识体系，一套是关于“自然规律”（physis）的知识体系，另一套则是关于“社会规范”（nomos）的知识体系。法学是后一种知识体系中最早出现的系统学科，而且一直占据着这一体系中的霸主地位，直到 19 世纪近代社会科学兴起。之所以如此，乃是因为法律本身便是人类为自己创造的尺度或“规矩”（measure），而法学则是对这一规矩进行理论建构、并在它的限度之内研究人类行为的一门学科。

法学是一门古老的学科，它的历史可以追溯到古罗马时期。与哲学不同，法学并非产生于追求知识的“纯粹”动机，它的历史一直是与法律职业的历史密不可分。人类的集体生活需要秩序，不同的人类群体在长期的共同生活中发展出了不同的秩序范式，这些秩序范式的不同在于其中蕴涵着不同的规则。古代希腊和罗马的人民选择了法律作为组织社会秩序的主要规则，因此发展出了不同于其他文明的独特的秩序范式。与其他约束个人行为的规则（比如中国的礼）不同，

① Donald Kelley, *The Human Measure—Social Thought in the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1990. p. x.

② Richard Rorty, *Solidarity or Objectivity?* in Michael Kranz (ed.), *Relativism: Interpretation and Confrontation*, Notre Dame, 1989.

法律具有很强的“外在化”特征，即：它只能管束人的外部行为，而且只能靠外在于行动者的力量来维持。这样就需要有一些专门的人员来负责维持法律的正常运作。在罗马共和国时期，一个具有相对独立性的法律家群体已经产生，其中有一些专门解答法律问题、传授法庭技巧、研究法律原则的人士，被称为法律顾问(jurisconsults)或法学家(jurist)。而他们对法律所作的阐释和研究就形成了一套关于法律的系统知识，他们把这套知识称为“法律科学”(legitima scientia)或“法学”(jurisprudentia)。

“法律科学”是罗马人对西方文明作出的最重要的贡献，它使法律传统成为西方社会文化传统中的一个非常重要的组成部分，有时甚至在其中占据最核心的位置。在西罗马帝国覆灭之后，“法律科学”的传统除了在东罗马帝国继续得到保持，并最终酝酿出查士丁尼皇帝组织编撰的集大成作品外，还通过基督教教会和神职人员的学术研究活动得以延续。后者使“法律科学”的传统与西方历史上另一项重要的传统——基督教传统融为一体。在中世纪的教会大学中，法学和神学成为最重要的两种学科，它们都以注解和阐释经典作为主要的研究方法，只不过法学所面对的经典是罗马法论著，而神学的经典则是圣经。这种研究方法的系统性特征使法学继续保持着“科学”的地位。而且，这种以揭示“意义”(meaning)为主要目的的方法经过人文学者的不断发展，最终发展成为一种系统的法学，即关于“解释”(interpretation)的科学。近代所有关于人类自身的科学(science of man)都是在这种方法学的基础上建构和发展起来的。

在近代民族国家兴起的过程中，由于法律在西方人的社会生活中以及法学在西方人的知识体系中所占据的核心位置，君主和市民阶层都竭尽全力争取在法学领域中的话语垄断权。罗马法继续成为法学研究活动的主要源泉，不过，人们以“回到古罗马时代的罗马法”为旗号为它赋予了新的、世俗的含义。同时，各民族国家也都致力于发掘和整理本民族的习惯法，以罗马法为蓝本对它们进行形式化和系统化的加工。由于民族国家立法活动的需要，法学发展成为一种“百科全书”式的学问，人们致力于探讨法律与气候、地理环境、民族特性等等之间的关系，并对古往今来各个国家的法律制度进行历史的和比较的研究。到18世纪为止，法学已经成为研究人类社会生活的最重要的一门学科。与此同时，法学教育和法律职业得到高度的发展，法律成为国家统治和管理社会的首要工具。

自然科学和相应的工业技术的发展彻底改变了人类的生活。在19世纪，西方知识界开始对“思辩性的”(speculative)学术传统进行批判，人们试图把自然科学的研究方法移植到对人和社会的研究之中，进而像控制自然那样规划和控制人类社会。经济学和统计学便是在这种设想的驱动下产生并且服务于这种设想

的，它们的出现标志着现代社会科学的诞生。^①在“现代化”的过程中，法学逐渐失去了探究人类社会生活的条件和规矩（measurement）的特权，甚至被排挤出“科学”的行列，因为这一名称已经为自然科学以及模仿自然科学追求实证性（positivity）的学科所专享。在今天的知识分类学中，科学或自然科学（sciences）、社会科学（social sciences）以及人文学科（arts/humanities）成为最基本的三种知识形态。这种划分已经被学术职业体制和大学教育体制确定下来。法学在这种三分体制中无法找到自己的位置。在法学传统十分强大的欧陆国家，法学往往作为一门独立的学科而存在，但其学术地位根本无法与上述三大学科抗衡。而在英国和美国，法学在很大程度上是作为一门“技艺”（craft）而不是作为一种“学术”来传授的。起初，法律教育主要是在法律职业机构（比如律师事务所）或这些职业机构的“行会”所开设的学校（比如英国的 Inns）中进行的，而后来出现的大学法律院系在很大程度上仍然沿袭着这种职业培训的风格和方式。这一点在美国表现得尤为突出，在那里，法学与医学、商学等等一同被归入“职业教育”（professional education）的行列。“职业教育”这一标签其实已经排除了这些学科的从业者在“学术共同体”中的成员资格，而使他/她们顺理成章地进入“职业共同体”。“lawyer”一词在美国被用来指代所有法律职业者，而法学教授也算在其中，被称作“academic lawyer”。但是，由于法律在国家管理体制中的核心地位并未丧失，法律职业者作为社会的“管理技术人员”仍然享有很高的社会地位并发挥着十分重要的作用。法学在知识王国中的失宠并未妨碍它作为法律职业王国的重要一页而继续享有优越的地位。同时，由于法律职业在现代西方社会中已经获得了相对的“自治”（autonomy），法学甚至可以坚持自己的“自主性”，拒绝与其他社会科学相往来。

材料 2：富勒的“洞穴探险者案”^②。美国法学家富勒用五位法官的判词勾勒出他那个时代的法哲学图景，构成这幅图景之中轴的是自然法学与分析实证法学的争论。该材料有助于我们理解西方法学诸流派的研究进路，如果你是负责审理此案的法官，你将作出何种判决？

公元 4299 年 5 月之初，在纽卡斯国境内，洞穴探险者协会的五位会员到人迹罕至的深山探险。正当五位探险者进入一个山洞探索的时候，发生了一场山崩，洞口被山石牢牢堵住。救援工作付出了巨大的代价，除了耗费了大量资源之外，还有 10 位救援人员在一次新的滑坡中丧生。到这些探险者被困达 20 天的时候，无线电通信联络得到恢复，而此时他们已濒临饿死的边缘。他们提出的第一

① 参见 Lawrence Goldman, *The Origins of British 'Social Science': Political Economy, Natural Science and Statistics*, 26 *Historical Journal*, 1983.

② 参见 Lon Fuller, *The Case of the Speluncean Exploers*, 62 *Harvard Law Review*, 1949.

个问题便是：还需要多长时间才能把他们救出去。得到的回答是还要10天。而救援队伍中的医生进一步指出，在10天之后，他们仍然活着的可能性微乎其微。沉默许久之后，他们又提出一个问题：如果他们杀掉其中的一个人并吃掉他，能否坚持到10天之后。医生很不情愿地回答：能。但没有任何人愿意就这样做的伦理和法律后果给出建议。此后，洞内就没有再传来任何消息。

救援者终于在第32天的时候救出了四位被困者。他们得知，五位探险者中的一位，威特莫，已经被吃掉了。在决定谁被吃掉的时候，他们采取的是掷骰子的办法，而这一办法最初是由威特莫提出的。但他在大家准备掷骰子的时候，忽然提出自己不参与这一过程。其余四人不同意他退出，并要求一人替他掷骰子。威特莫并未质疑这一安排的公正性。而掷骰子决策过程的结果是：吃了威特莫。

四位幸存者被控谋杀。初审时，陪审团仅就事实本身作出了认定：四人的确按其所描述的过程决定并实际杀死和吃了威特莫。陪审团要求法官在这一已认定之事实的基础上来判断四人是否有罪。初审法院作出的判决是：有罪，并处以死刑。四人随后提出上诉。

纽卡斯国最高法院由五位法官组成，他们分别是特鲁派尼、福斯特、基恩、汉迪和唐丁。现在他们的判决将决定四位被告的命运。

首席大法官特鲁派尼认为，作为民主国家的法官，他的职责就在于根据法律条文的平常含义来作出自己的判决，而不能在立法机构所制定的法律条文加入自己的价值偏好。刑法规定：“任何故意剥夺他人生命的人都必须被判处死刑。”虽然同情心会促使法官体谅被告当时身处的悲惨境地，但法律条文不允许有任何例外。在作出这一宣判后，特鲁派尼提议通过行政长官的赦免来限制法律在本案中的严苛性。

第二位法官福斯特主张推翻初审法院的判决，并为此提出了两项各自独立的理由说明。首先，福斯特认为纽卡斯国的刑法并不适用于这些受困于洞穴绝境中的探险者。根据社会契约理论，自然状态下的人们正是为了在文明社会里的和平共存才成立了政治国家，这一契约也构成了国家法律的强制力基础。但在五位探险者受困于洞穴时，现实的困境决定了他们并非处于“文明社会的状态”，而是处在社会契约论所说的“自然状态”。在这种自然状态下，威特莫所提出并经所有人同意的生死协定就构成了他们的社会契约，也是在本案中应该适用的有效法律。“我们各个法律分支……的共同目标都在于促进与改善人们的共存状态，调节共存状态下相互间关系的公正和平等。当人们可以共存的这一前提不复存在，就像案例中极端的情景下，生存只有通过剥夺他人的生命才成为可能时，支撑我们整个法律秩序的基本前提也失去了它的意义和作用。”其次，福斯特承认被告的行为违反了法律的字面含义。但法律的古老谚语就是“一个人可以违反法律的表面规定而不违反法律本身”。任何法律规定都应该根据它的明确目的来获得合

理解释。刑事立法的主要目的在于阻止人们犯罪，福斯特运用正当防卫的先例来类推被告行为的正当性。福斯特的判词集中体现了目的论的解释方法：法官在解释法律时必须考虑法律的合理目的，这与特鲁派尼法官的立场形成了鲜明的对比。站在特鲁派尼的立场，或许可以说福斯特的法律解释理论可能造成司法僭权。我们看看福斯特是如何回应这一潜在挑战的，“我前面运用的推理绝没影响对实定法的忠诚，尽管它提出了合理忠诚和不合理忠诚的问题。没有任何领导会要一个不能领会言外之意的仆人。再笨的女佣都知道，当她被告知‘削掉汤羹的皮，撇去马铃薯的油脂’时，她的女主人只是口误而已……纠正明显的立法错误和疏漏不会取代立法者的意志，只是使其意志得到实现”。

第三位法官基恩投下了维持初审法院判决的第二票。基恩法官一开始就说：“我不想讨论的问题是关于这些人所作所为的对错善恶。这同样是个无关法院职责的问题，因为法官宣誓适用的是法律，而不是个人的道德观念。”基恩接下来讲道：“本案的所有困难从何而来？那就是未能区分本案的法律问题和道德因素。坦率地说，我的同事不愿意接受法律要求判决被告有罪的事实，我也同样如此。但与我同事不同的是，我尊重我的岗位职责，它要求我在解释和适用联邦法律的时候，把我个人的偏好抛在脑后。”在成功挑战目的解释论后，基恩法官提出了民主政治中立法至上的原则。“从这个原则中引申出来的是法院有义务忠实适用制定法，根据法律的平实含义来解释法律，不能参考个人的意愿或正义观念。”在这一基础上，基恩法官得出自己的结论，被告确实“故意剥夺了威特莫的生命”。

第四位法官汉迪主张撤销本案初审的有罪判决，汉迪法官指出，“这是一个实用智慧的问题，它无关乎抽象的理论，而关系到人类的现实。”“政府是一种人类事务，人们不是被报纸上的言词或抽象的理论所统治，而是被其他人所统治。如果统治者理解民众的感情和观念就会带来仁政。但如果统治者缺乏这种理解，民众感受到的只能是暴政。在所有的政府分支中，司法部门最容易失去与普通民众的联系。”那么民众的常识和意志是什么？汉迪提出了主流媒体的一个民意调查，“你认为最高法院应该如何处理洞穴探险者？”大约90%的受访者认为应该宽恕被告或仅给予象征性的处罚。民众的态度显而易见。因为“法庭应该考虑民情”，被告的被控罪名不成立。

鉴于四位法官的表决形成2比2的平手，最后出场的唐丁法官的态度就决定了被告的最终命运。唐丁法官的判词首先把靶子指向福斯特法官：如果说本案应该适用“自然法”，那么我们这些并非处于自然状态的法官又从何处取得了解释自然法的权力的呢？而针对福斯特的目的解释理论，唐丁法官认为法律的目的有时是难以确定的，有时是多重的，目的与目的之间有时也会出现冲突。在批判了福斯特的立场后，唐丁法官或许可以按照法律的文本作出被告有罪的判决。但唐

丁还是在最后道出了自己身处的两难困境：一方面，无法接受福斯特的意见；另一方面，“当我倾向于维持初审判决，我又显得多么荒谬，这些将被处死的人是以10名英雄的生命为代价换来的”。唐丁法官最终作出最高法院历史上没有先例的裁决：宣布退出对本案的判决。

由于唐丁法官的弃权，最高法院五位法官的立场出现了戏剧性的平局，而这意味着初审法院的判决得到维持，四名被告人被执行死刑。

【思考题】

1. 法学的研究对象是什么？
2. 什么是法学体系？
3. 法学的研究方法有哪些？

【推荐阅读书目】

1. [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版。
2. [德] 拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版。
3. 何勤华：《西方法学史》，中国政法大学出版社1996年版。
4. 沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版。

“法”不仅仅是一个范畴，一切法律上的考察由此出发，也不仅仅是一个思考方式，舍此根本不能思考法律之事，而且它还是一种现实的文化形态，其使法律世界的一切事实得以形成和塑造。

—— [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫

第一章 法的概念

“至少在那些对这颗行星上的生命体的日常生活起着决定性影响的外部自然界的现象中，秩序似乎压倒了无序，常规性压倒了脱轨现象，规则压倒了例外。”^① 按照法学家们的想法，人类社会所追求的也正是这样一种“秩序”，并在秩序的基础之上逐渐建立某种“正义”。^② 然而与自然界的规律性比较，人类本身和人类社会的复杂性决定了这种秩序的形成会面临巨大的困难。在现代社会，人们越来越相信“法”或者“法治”可以帮助克服上述的问题，但是所有的一切努力都必须建立在如何正确认识与理解“法是什么”这一法学最基本的问题之上。本章将从法的本质和现象两个方面让我们认识法是什么。

第一节 法的定义

一、法的词源

（一）汉语中法的词源

汉语中的“法”字，繁体字写法为“灋”，东汉许慎的《说文解字》对灋字的含义所作的注释是：“法，刑也。平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”这里的廌，又称解廌或獬豸，是中国古代传说中的一种神兽。汉代杨孚著《晋书·舆服志》中记载：“或说獬豸，神羊，能触邪佞。”《异物志》中说：“北荒之中有兽，名獬豸，一角，性别曲直。见人斗，触不直者。闻人争，咋不

① [美] 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第220页。

② 博登海默认为，应根据两个基本概念来分析法律制度，这两个基本概念就是秩序与正义。他还进一步认为，这两个概念是理解法律制度的形式结构及其实质性目的所不可或缺的内容。[美] 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第220页。

正者。”^①正是由于獬豸象征着公正，所以在古代，它就成了法律与正义的化身。

“法，刑也”，一般被解释为：在中国古代，法即是刑法或刑罚。有学者还进一步提出在中国古代汉语中，法与刑是可以通用的两个同义词。我们认为，在古代汉语中，刑与型是通用的两个字，这里的刑并非“刑法”之刑，而应是某种型范、模型的型。所以《说文解字》中的“法，刑也”应该理解为：法就是那些有规律性和示范性的规律或规则。^②“平之如水，从水”，一般被解释为“法”从古代就有公平的含义。另外也有学者从法字的考证得出结论，认为在古代法字包含了神明裁判的某些特点。

律字在《说文解字》中的解释为：律，均布也。“均布”是古代调节音律的工具。清代段玉裁所著《说文解字注》中的注释是：律者，所以范天下之不一而归于一，故曰均布也。从这里可以看出律即是某种为了达到一致而形成的格式、准则。

一般认为至少在秦汉时期，法与律是同义的。《尔雅·释诂》中提到，“法，常也；律，常也”；《唐律疏议》中更是直接提出，“法亦律也，故谓之律也”。从《尔雅》的解释来看，法与律在中国古代语言环境中更多地指称某种恒常不变的规律性，在这个意义上二者的同义通用是可以理解的。但是我们应该注意的是，在中国古代法律制度史中，许多场合的“律”字经常指代法的特定形式，即是针对具体法律文件而言的；国家制定的总的典章制度，仍可以称为“法”。^③概括地讲，“法”偏向于指抽象、广义的法律，如“以法治国”，而“律”偏向于指具体、狭义的法律，如《九章律》、《开皇律》等。至于“法律”，这个合成词在清末民初由日本传入，自清末以来至今，“法”与“法律”基本成为并用的同义词。

【阅读材料】麤、解麤、解豸^④

麤是古代华北真正生存过的一种动物，商代曾有过畋获的记录，毛色为黄。后来因为气温转冷而南移，终在中国绝迹而变成传说中的神兽。目前在越南的丛林中犹有遗存，在19世纪才被发现，越南语读若“色拉”。说文对麤的解释是“解麤兽也。古者决讼，令触不直者”。其甲骨文的字形作一只高大的平行长角的羚羊类动物形。……而灋（法）的说文解释是“法，刑也。平之如水，从水。麤

① 《异物志》中还提到“楚王尝获此兽，因象其形，以制衣冠”，清代御史及按察使补服前后皆绣獬豸图案。参见《辞源》，商务印书馆1983年版，第2014页。

② 台湾世新大学中文系许进雄教授从考古学和古代文字学的角度出发，认为说文所称：“法，刑也”，刑之本义为“型”，而非“刑法”，有铸型、型范的含义；而法律与铸型有共通的概念，都是用以规范他种事物的东西。参见许进雄：《中国古代社会——文字与人类学的透视》，中国人民大学出版社2008年版，第146~147页。

③ 参见张永和：《“灋”探源》，载《法学研究》2005年第3期。

④ 本文节选自许进雄：《中国古代社会——文字与人类学的透视》，中国人民大学出版社2008年版，第52页。

所以触不直者去之，从廌去”。因传说它用角触碰罪人而有助于判案，故为法律的象征。汉代一位判官的墓门，就画有一对低头欲前冲的廌。后来负责判案的县衙门就绘有解廌的形象，县官的补服也以解廌为图案。由于字形演变有如独角兽，其长而平行的角也容易被误会为独角，故在汉以后的墓葬，常以细长的独角出现。还有羈字，作廌的双角被绳子绑着之状。卜辞用以为驿站之设施，有二羈、三羈、五羈等，很可能古代就以廌拉曳驿站的车。庆字的甲骨文以廌与心会意，它的心脏可能被认为可药用或美食，有得之则可庆祝之意。这都说明此兽存在过的事实。

（二）西方语言中法的用词

在西方的历史和语言发展中，英文中“Law”与汉语中的“法律”基本对应。值得注意的是，英文中 Law 的含义比汉语要更为丰富，^① 这就意味着我们不能够在英文与汉语之间进行简单的词语代换，而应该具体分析英文中 Law 一词的具体语境和含义。概括地讲，英文 Law 的主要用法有以下几个：（1）指法律或法律体系，在这个意义上，与汉语中广义的“法”或“法律”可以等同；（2）指具体规则或规则中的一条，在这个意义上，可以与汉语中狭义的“法”或“法律”等同；（3）指规律、原理、法则以及定律，在这个意义上与中国现代汉语中的规律、定律、方法等词语相对应，古代汉语中的“法”在很多场合也具有这一含义；（4）其他用法如指代法律职业、法律机构等含义，汉语中一般用专门的名词对应，基本不用“法”或“法律”来指称。

在欧洲大陆主要的民族语言中，拉丁文的影响较大。在拉丁文中，广义的法与狭义的法被分别用两个不同的词来表达，即 jus 和 lex，^② 其中广义的 jus 除了表达法的含义之外，还经常被用作指称权利、公平和正义等内涵。法的概念之所以形成广义和狭义的“二元结构”，主要是由于自罗马法以来西方法律传统中自然法与实在法（人定法或成文法）的划分。^③ 自然法（Natural Law）被西方学者定义为人类所共有的权利或正义体系，它先于国家而存在，是社会得以维系的人

① 《牛津高阶英汉双解词典》中，Law 一词有 9 种解释，分别是：①法律（体系）；②法规；③（针对某项罪行、协议等的一条）法律、法规；④法学、法律学、律师业；⑤法律机构；⑥规则、规章、条例；⑦良好行为的准则、（某地或某场合下的）行为规范；⑧规律、法则、原理；⑨定律。参见《牛津高阶英汉双解词典（第 6 版）》，商务印书馆 2004 年版，第 987~988 页。

② 法文中对应的词为 droit 和 loi，德文中对应的词为 recht 和 gesetz，意大利文中对应的词为 diritto 和 legge 等等，用法基本与拉丁文相同，分别指代广义和狭义的法。参见舒国滢主编：《法理学阶梯》，清华大学出版社 2006 年版，第 20 页。

③ 古希腊哲学家赫拉克利特就有了自然法思想的萌芽，到亚里士多德特别是斯多葛派才得以完善，古罗马的西塞罗、芝诺等一些法学家继承和传播了这一学说。这个时期一般都把自然本身作为自然法的来源，认为自然法是自然理性支配整个自然界（包括人类社会）的法则，国家的产生是某种自然必然性的结果。参见 [美] 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 13~20 页。

类正当行为的原则，是理想法、正义法和应然法。从这个意义上，自然法与老子在《道德经》中所提到的“道”颇为相似。国家立法机关制定的成文法及国家权力应是自然法的体现和实现自然法的保障，是现实法、国家法和实然法。从这个意义上，实在法则类似于老子所说的“器”。

二、法的定义

（一）西方法学史上的法的定义

不同时代、不同民族的法学家、思想家站在不同的角度解释法的概念，提出了许多各具特色的法的定义。这些定义主要是从以下四个不同角度来给法下定义：

第一，从立法者的角度来给法下定义，认为法是某种意志或命令。例如，英国哲学家霍布斯说：“法律对于每一个臣民说来就是国家以语言、文字或用其他充分的意志表示命令他用来区别是非的法规。”^① 这种法的定义又称意志说或命令说，其特点是需要某种高于一切的意志，这种意志可能来自上帝或者先知，法律只是上帝或先知为人类规定的行为标准。

第二，从司法者的角度来给法下定义，认为法是法官的判决。美国法学家格雷认为，法只是指法院在其判决中所规定的东西，制定法、判例、专家意见、习惯，道德只是法的渊源。当法院作出判决时，真正的法才被创造出来。美国法学家弗兰克提出，就任何具体情形而言，法或者是实际的法，即关于这一情况的一个过去的判决；或者是大概的法，即关于一个未来判决的预测。

第三，从守法者的角度来给法下定义，认为法是约束行为的规范。我国古代思想家、政治家管仲说：“法律政令者，吏民规矩绳墨也。”欧洲中世纪的哲学家托马斯·阿奎那认为：“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。”美国法律人类学家霍贝尔认为，法律是这样一种社会规范，即如果有人对它置之不理或违犯，拥有社会承认的权力的个人或集团就会以使用武力相威胁或实际使用武力。

第四，从法的作用的角度来给法下定义，着重说明法的工具性。我国汉代思想家桓宽说：“法者，刑法也，所以禁强御暴也。”美国法学家庞德说：“我把法理解为发达的政治上组织起来的社会高度专门化的社会控制形式——一种通过有系统有秩序地适用社会强力的社会控制。”美国法学家富勒认为：“法是使人们的行为服从规则治理的事业。”

（二）马克思主义的法的定义

西方学者的观点从各个角度对法的定义进行了分析与界定，但是明显存在着

^① [英] 霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版，第 206 页。