

普通高等教育法学精品教材

第二版

法理学

JURISPRUDENCE

卓泽渊 著

法学阶梯
INSTITUTIONES

INSTITUTIONES

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法 学 阶 梯
INSTITUTIONES

普通高等教育法学精品教材

| 第二版 |

法 理 学

JURISPRUDENCE

卓泽渊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法理学 / 卓泽渊著. —2 版. —北京: 法律出版社, 2016. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9007 - 8

I. ①法… II. ①卓… 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(2016)第 013079 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

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/三河市龙大印装有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/22 字数/537 千

版本/2016 年 2 月第 2 版

印次/2016 年 2 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 - 9007 - 8

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)

作者简介

卓泽渊

中共中央党校政法部主任,教授。中共中央党校和西南政法大学博士研究生导师,中国法理学研究会副会长,中国行为法学会副会长,中国特色社会主义法治理论研究会副会长。1963年生于重庆市长寿县;1980年至1984年在西南政法大学法律系学习,毕业后留校任教;1987年至1990年在西南政法大学法理学专业攻读硕士学位,毕业后再度留校任教。1991年晋升讲师,1993年破格晋升副教授,1995年破格晋升教授。2000年6月在中国社会科学院研究生院获得法学理论博士学位。1999年12月至2003年9月任西南政法大学副校长。2003年8月调中共中央党校政法部任教,先后担任政法部副主任、研究生院院长等,挂职最高人民法院司法体制改革办公室副主任。先后入选全国哲学社会科学首届领军人才,中国“百千万人才工程”一二层次人选,全国宣传文化系统首届“四个一批”人才,中国第二届十大杰出中青年法学家;获得国务院政府津贴以及司法部优秀教师奖和法学教育优秀育人奖,重庆市九五立功奖章,重庆市五四青年奖章。先后出版有《法律价值》、《法的价值论》、《法的价值总论》、《法治泛论》、《法政治学》、《法政治学研究》和《法治国家论》等学术著作;总主编十卷本《法学论点要览》丛书,主编有高等学校法学教材的《法学导论》、《法理学》等,副主编《马克思主义法学新探》、《社会主义市场经济法律问题研究》等。共独立著作、总主编、主编、副主编、参编、编著教材、工具书、丛书数十部,发表法学文章约两百篇。

目 录

导 言	(1)
第一节 法学体系中的法理学	(1)
第二节 法理学的历史发展	(4)
第三节 走向未来的中国法理学	(8)

第一编 | 原 理 篇

第一章 法的演进	(17)
第一节 法的演进规律	(17)
第二节 法的继承	(20)
第三节 法的移植	(24)
第四节 法的改革	(27)
第二章 法的功能	(31)
第一节 法的功能概述	(31)
第二节 法的规范功能	(33)
第三节 法的社会功能	(36)
第四节 认识法的功能	(41)
第三章 法律文化	(45)
第一节 法律文化概述	(45)
第二节 法律传统	(47)
第三节 法律信仰	(58)
第四节 法律意识	(61)
第四章 社会主义法	(67)
第一节 社会主义法的产生	(67)
第二节 社会主义法的发展	(71)
第三节 社会主义法的本质	(75)
第四节 中国特色社会主义法	(79)

第二编 | 价 值 篇

第五章	法的价值概述	(87)
第一节	法的价值的概念	(87)
第二节	法的价值的属性	(91)
第三节	法的价值的功能	(95)
第四节	法的价值的意义	(97)
第六章	法与生命	(100)
第一节	生命神圣	(100)
第二节	生命的法律保障	(103)
第三节	生存与生存权	(107)
第四节	保障安全与法的价值	(108)
第七章	法与自由	(114)
第一节	自由及其对人的意义	(114)
第二节	作为法的价值的自由	(117)
第三节	法对于自由的意义	(121)
第四节	自由与当代法的时代精神	(127)
第八章	法与平等	(130)
第一节	法与平等的历史	(130)
第二节	法所追求的平等	(134)
第三节	平等和法的价值关系	(141)
第四节	平等权及其实现	(143)
第九章	法与人权	(146)
第一节	人权概述	(146)
第二节	法律人权的源流	(150)
第三节	法律人权的内容	(157)
第四节	法对于人权的意义	(166)
第十章	法与秩序	(170)
第一节	秩序对人类的意义	(170)
第二节	秩序与法的基本价值	(172)
第三节	法的秩序价值的实现	(175)
第四节	社会改革中的法律秩序	(181)

第十一章 法与公正	(185)
第一节 法与公平	(185)
第二节 西方法的正义理论	(191)
第三节 法与正义的价值关系	(197)
第四节 立法公正与司法公正	(204)
第十二章 法的价值冲突	(212)
第一节 冲突表现	(212)
第二节 冲突原因	(216)
第三节 冲突解决方式	(218)
第四节 冲突解决原则	(219)
第三编 运 行 篇	
第十三章 立法	(227)
第一节 立法概念	(227)
第二节 立法体制	(232)
第三节 立法程序	(239)
第四节 立法技术与法典编纂	(243)
第十四章 法的适用	(247)
第一节 法的适用的概念	(247)
第二节 法的适用的形式	(249)
第三节 法的适用的基本要求与原则	(252)
第十五章 法的遵守	(257)
第一节 守法	(257)
第二节 违法	(259)
第三节 法律制裁	(263)
第四节 违法的预防与综合治理	(265)
第十六章 法律监督	(269)
第一节 法律监督的概念	(269)
第二节 法律监督关系	(270)
第三节 国家的法律监督	(272)
第四节 社会的法律监督	(275)

第十七章 法律责任	(278)
第一节 法律责任的概念	(278)
第二节 法律责任的归结	(282)
第三节 法律责任的实现与减免	(285)

第四编 | 法 治 篇

第十八章 法治及其中国解读	(291)
第一节 法治的基本内涵	(291)
第二节 法治与人治	(295)
第三节 我国的依法治国方略	(298)
第四节 中国的法治道路与法治体系	(302)
第十九章 法治国家	(308)
第一节 法治国家的概念	(308)
第二节 法与国家的关系	(316)
第三节 法治国家的特征	(320)
第四节 全面推进依法治国	(334)
后 记	(342)

导 言

法理学在法学体系中居于怎样的学科地位及其研究对象为何,法理学经历了怎样的历史发展,又将怎样走向未来,都是法理学开篇时必须回答的问题。

第一节 法学体系中的法理学

法理学是以整个法律现象的共同规律和共同性问题作为研究对象的法学理论学科,又可以称为法哲学或法律哲学。^[1]在我国曾有一个时期,法理学被不恰当地称为“法学基础理论”。^[2]

一、法学的理论学科

法学有理论法学和应用法学之分,在这一法学学科结构及其划分之中,法理学属于理论法学的范畴,是法律的基本理论和一般理论。这是中国学者的普遍认识;^[3]同时也有许多西方学者持相同的学术见解,他们也认为法理学“就是系统阐述法律的概念和理论,以帮助理解法律的性质、法律权力的渊源及其在社会中的作用”。^[4]“法理学,即对法律及其问题进行一般性研究的学科……经常探讨的问题包括:法律的渊源是什么?法律与道德有何种联系?

[1] 参见卓泽渊主编:《法学导论》,法律出版社1998年版;卓泽渊:《法学导论》,法律出版社2007年版;卓泽渊:《法学导论》(第二版),法律出版社2015年版。法哲学与法理学的关系,学术界有着长期的争论,主要有三种观点,我们似乎可以将其命名为“同一论”、“相异论”和“包含论”。“同一论”认为,法理学即是法哲学。在国内外持这种观点的学者都为数不少。“相异论”认为,法理学与法哲学是两个不同的学科,各有自己的研究对象和学科内容,不可将其等同。“包含论”者,有的认为,法哲学包含在法理学之中,法哲学是法理学的构成部分;有的认为,法理学包含在法哲学之中,法理学是法哲学的构成部分。本书认为,一般说来,法理学就是法哲学或者法律哲学。

[2] 将法理学称为“法学基础理论”,有其不妥之处,一是其中的“基础”一词无法准确表明法理学的学科性质与内容;二是混淆了作为法学入门课程与理论深化课程的界限,使法理学既要承担入门引导的任务,又要承担理论深化的任务,难免顾此失彼。正是基于此,才将原有《法学基础理论》进行了解构,进行了包括本教材在内的教材体系改革,即原《法学基础理论》中的入门知识部分由《法学导论》承担,理论深化部分由《法理学》承担,分别在大学低年级和高年级开设。

[3] 沈宗灵主编《法理学》(高等教育出版社1994年版,第20页)写道:“法理学……它所研究的是法的一般理论,特别是我国社会主义法的基本理论。”张文显主编《法理学》(法律出版社1997年版,第12页)写道:“法理学在法学体系中占有特殊地位。这个特殊地位就是:它是法学的一般理论、基础理论、方法论。”

[4] 《不列颠百科全书》(第10卷),1977年第15版,第714页。

为什么要服从法律?法律制度的原则如何被组合与分类?法律如何控制人们的行为,如何保护人们的权利?”〔5〕法理学“是关于法律这种社会现象的最基本的、最一般的和最理论化的分析”。〔6〕原文为“所谓‘法理学’,我指的是关于法律这种社会现象的最基本的、最一般的和最理论化的分析”。

法理学主要研究法的一般理论、价值理论、运行理论等,在我国目前的法理学还必须关注中国法治建设的社会实践,研究法治理论,为依法治国、建设社会主义法治国家服务。这也正是本书为什么要确定为原理、价值、运行和法治四编的原因和目的之所在。

法理学之所以称为法理学,是指它侧重对法律现象的理论研究,而不主要关注法律的具体运用;是指它从理论的角度为整个法学对法律的认识提供理论手段。“法理学所涉及的问题,所使用的视角,大部分与法律实务者的日常关心相距甚远。它所涉及的问题无法参照或者根据常规的法律文件推理加以解决。”〔7〕各个应用法学和具体法律实践都应当尊重法理学所揭示的法律和法学的基本理论,作为法理学也应当概括整个法律和法学,担负起总结应用法学、指导应用法学,总结法律实践、指导法律实践的使命。

法理学要总结、指导应用法学,总结、指导法律实践,并不等于它可以代替应用法学而全面、直接地进入法律实践。法律的应用技术、技巧以及具体化的专门理论,都不是法理学所能够越俎代庖的,它需要应用法学作用的充分发挥。

法理学是法学理论学科,并不意味着它可以无视社会实践,无视法律的具体运用。其实,恰恰相反,它不仅关注法律的社会实践,关注法律的具体运用,而且还要为它们提供理论的指导,使其能正确地进行。远离应用法学和法律实践的法理学,必然是枯燥的、缺乏生命力的法理学,法理学只有建立在应用法学和法律实践的基础上,才可能拥有永恒的生命力。

二、以整个法律现象为研究对象

法理学是以整个法律现象作为研究对象的。“法理学是把人类社会各个发展阶段上所有的法律上层建筑作为一个整体来探索其一般规律和一般性问题的学科。”〔8〕

法理学所研究的是整个法律现象,在类别上,包括各个法律部门。宪法、行政法、民法、商法、刑法、婚姻家庭法、诉讼法等各个法律部门的共同性问题,共同构成法理学的研究对象。法理学要从这些不同类别的法律部门中抽象出最一般的理论,作为人类对于整个法律现象的整体认识,同时也用概括性理论指导法律各个部门的发展。

法理学所研究的是整个法律现象,在运行上,包括法律运行的各个环节。立法、执法、司法、守法、法律监督,无一不是法理学所关注的焦点。法理学要研究法律的运行过程中各个环节中的一般性的问题,并得出一般的理论结论。在推进相关理论发展、促进法学进步的同时,为法律的制定、执行、适用、遵守、监督提供理论根据。

法理学所研究的是整个法律现象,在时间上,包括历史上的法律现象和现实中的法律现象。法理学的基本原理不仅是对现实法律现象的概括,也应是对历史法律现象的总结;不仅

〔5〕 [英]沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,光明日报出版社1988年版,第489页。

〔6〕 [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,序言。

〔7〕 [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,序言。

〔8〕 卢云主编:《法学基础理论》,中国政法大学出版社1994年版,第5页。

注意到了历史上的各种法律现象,而且更切合现实法律现象的客观实际。当然法理学毕竟不是法史学,它不会也不可能像法史学一样描述法律发展变化的历史,但是,它将以法史学的材料和结论作为自己重要的立论根基。

法理学所研究的是整个法律现象,在范围上,包括国内外甚至国际的法律现象。法理学不仅是某一国的法理学,它应当具有理论的普遍性和概括力。它的理论也应既能解释国内外的法律现象,也能解释国际的法律现象。

当然,任何时代的法理学都毕竟是一定时代的产物,在具有历史普遍性的同时,也具有一定的时代性。这既是必然的,也是必要的;否则,法理学就可能因缺乏自己存在的时代背景而丧失其现实意义。任何国家的法理学都毕竟是特定国家的产物,在具有世界普遍性的同时,也具有一定的国别差异。这也同样是必要而不可避免的;否则,各国法理学就可能因其缺乏民族特色而难以自立于世界法理学之林。^[9]

三、以法的共同规律和共同问题为研究对象

法理学以整个法律现象作为自己的研究对象,但并不是以整个法律现象的所有方面和全部问题作为自己的研究对象,它所研究的只能是法律现象的共同规律和共同性问题。

由于法理学研究的是整个法律现象的共同规律和共同性问题,在整个法学中具有根本性的意义,是法学之中的“哲学”,因此,人们又称之为“法哲学”或者“法律哲学”。西方有的学者的解释是:“我们通常将对根本性问题的分析称为‘哲学’,因此,传统将法理学定义为法律哲学或哲学在法学中的运用,这显然是恰当的。”^[10]

法律的共同规律主要有法的起源的规律、演进的规律、变化的规律以及法的运行规律、法治发展规律等。

法律的共同性问题很多,其中包括法的定义问题、法的演进问题、法的功能问题、法律文化问题、法的体系问题、法律权利与法律义务问题、法律行为问题、法律关系问题、法的价值问题(其中包括秩序、效益、自由、平等、人权、正义等价值准则问题和法的价值冲突问题等)、立法问题、法的适用问题、守法问题、法律监督问题、法治问题、法治国家问题,等等。^[11]

四、学习法理学学科的意义

明确意义总是行为的动力之所在。学习法理学将有助于我们学习法学基本原理、参与社会法治实践、树立良好的法律意识和学习其他法学学科。

[9] 对于法理学研究对象的这种论述,都是以应然的法理学作为基点的;至于现实的法理学存在这样那样的局限,是客观的;这也正是我们要更加努力的原因之所在。

[10] [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,序言。

[11] 西方有的学者认为:“法理学的问题通常包括法律是否以及在什么意义上是客观的(确定的、非个人的)和自主的,而不是政治性的和个人的;法律正义的含义是什么;法官的恰当的和实际的角色是什么;司法中裁量的作用;法律的来源是什么;法律中社会科学和道德哲学的作用;传统在法律中的作用;法律能否成为一门科学;法律是否会进步;以及法律文本解释上的麻烦。”([美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,序言。)理解这一引文时,应注意其中“科学”一词。在西方,一般认为科学以实验和经验观察为基础,因此自然科学者都希望或努力使法学“科学化”,所以有引文中的论述。此外,“进步”一词也须注意。因为一些西方学者认为法律有变化,但并无“进步”的问题,所以才有引文作者的如是之说。参见[美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,序言注解。

(一)学习法理学与学习法的基本原理

基本原理是从事任何学科学习的人都必须具有的学理基础。否则,他要进行进一步的学习或者使自己的学习具有良好的理论基础都是困难的。法理学所阐释的核心内容正是法的基本原理,诸如法的产生、发展、演进的规律,法的价值目标,法治的理论与实践方面的相关原理和学说等,也是法学的一些最基本的原理。对于法理学的学习,最直接的意义就在于使学习者掌握相关的法律或法学的基本原理,提升相关的理论水平。

(二)学习法理学与参与社会法治实践

法学是实践性极强的社会科学。西方学者甚至把法学放到技术科学领域来加以认识。这种主张未必绝对正确,但是它在强调法学的实践意义上则是很有道理的。在当今时代,学习法学的一个重要目的就是掌握相关的法学原理与知识,了解法治发展的现实状况,参与社会的法治实践。法理学就是把法和法治的基本原理以及这些原理的社会实践作为中心的理论科学。法理学的学习者有的甚至就是正在或者将要从事立法、执法、法律监督等工作的学生或者立法、司法官员。即使人们不直接从事法律工作,但置身于法治实践的社会中,对一定法学理论和法治实践的把握,都是不可或缺的。

(三)学习法理学与树立良好的法律意识

学习法理学有助于树立良好的法律意识,是法律得以正确制定和实施的理论保证。如果说法学在一定程度上具有法律应用的技术性质,法理学应当主要是法学中作为这种技术的指导的理论学科。法理学有助于人们树立法律意识。通过法理学所确立的法律意识是最宏观意义的,它在总体上引导着法学的发展,引导着法律的制定与实施,是从事法学研究、开展立法活动、进行法律实施必不可少的理论基础。法律的制定和实施都是神圣的事业,绝不可轻视。它们都应当由具有良好法律意识的法学专家和法律专家来进行。即使是某个专门性法律的制定或者实施,都必须以其立法者和执法者具有较高的法律意识作为最基本的保证。法律制定或法律实施中行为主体的法律意识缺乏,必然导致法律的错误拟制和错误适用。

(四)学习法理学与学习其他法学学科

学习法理学有助于对其他法学学科的学习与深化,对于法学学习与研究具有重要的意义。法理学研究的是法律的基本问题,是法律的一般理论,它的基本原理本身就要依赖各个部门法学对各个法律部门的研究,它来自其他法学学科,又反过来指导其他法学学科的研究和发展。法理学的学习有助于我们确立一系列最基本的法律概念、法学原理,在其他法学学科的学习和研究中运用,同时它还具有对其他法学学科理论予以更进一步抽象、概括、深化的意义。

第二节 法理学的历史发展

法理学是如何萌生与形成的,在西方法理学经过了怎样的历史嬗变,在中国法理学又曾

经有过怎样的发展,都需要我们悉心地探究与考察。

一、法理学的萌生与形成

法理学萌生的历史,可以说是源远流长。早在法律产生之初,人类对于法的理论性质的思考就已经开始。

在古巴比伦王国,其《汉谟拉比法典》就表现了当时对于法的法理性质的认知。它关于法来源于太阳神的认识已经十分明显。关于国王也必须遵守法律的规定,则体现了较为初步的法律平等精神,也是对法律来自神意的认识的必然要求与自然延伸。在古希腊时代,法理学的思考也产生了。在西方法学家看来,“我们之所以着手从希腊人、而不是从其他某个国家的法律理论来开始考察法律哲学的演进,那是因为古希腊知识界的领袖们非凡地拥有从哲学上洞察自然现象和社会现象的天赋才能”。^[12] 这些领袖包括苏格拉底、^[13] 柏拉图、^[14] 亚里士多德^[15] 和芝诺^[16] 等,其中,尤其以柏拉图、亚里士多德最为著名。柏拉图写下了《法律》^[17] 一书,在《共和国》和《政治家》中也论述了许多法律问题。他关于法的正义理论和法治的学说,可以说是法理学一些最基本问题的最初探讨。亚里士多德著有《政治学》等著作,其法治理论至今还具有重要的理论意义和实践价值,为后世的法理学家所继承和推崇。以芝诺为代表的斯多葛学派系统、明确地创立了自然法理论,对罗马法学理论的发展产生了巨大影响,从而为以后的法学理论发展做出了贡献。

古罗马的法理学思想发展到一个新的境界。古罗马的法理学思想是与古罗马法的产生、发展相伴随的。他们探讨了法和法学的定义、法的渊源、法的体系等法理学研究的重要问题。乌尔比安的公私法划分理论,至今仍为学者所援用,并在实践中被采纳。西塞罗的自然法思想、人类自然平等的法律观、共和主义的法律学说,对法理学思想的发展都有重要的意义。

中世纪,法理学思想得到了进一步的发展。以神学法理学思想著名的托马斯·阿奎那^[18] 提出了自己的法的概念,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,是对于种种有关公共幸福的事项的合理安排,由任何负有管理社会之责的人予以公布,将法分为了永恒法、自然法、人法和神法四个种类。

在资产阶级革命时期,法理学思想得到了空前的发展。一大批著名的法律思想家相继诞生,对法律进行了广泛的理论探讨。资产阶级革命时期的格老秀斯、^[19] 霍布斯、^[20] 洛克、^[21] 孟德斯鸠、^[22] 卢梭^[23] 都对法律进行了深入的理论研究,为法理学的产生提供了充分的理论

[12] [美]博登海默:《法理学》,上海人民出版社1993年版,第3页。

[13] 苏格拉底(公元前469—前399),古希腊哲学家。

[14] 柏拉图(公元前427—前347),古希腊哲学家、政治法律思想家,著有《理想国》、《政治家》和《法律篇》等。

[15] 亚里士多德(公元前384—前322),古希腊哲学家,著有《伦理学》、《政治学》和《雅典政制》等。

[16] 芝诺(公元前336—前264),古希腊哲学家。

[17] 有的学者或著作将柏拉图的《法律》翻译为《法律篇》。

[18] 托马斯·阿奎那(1227—1274),中世纪著名的神学法学家,著有《反异教徒大全》、《论君主政治》和《神学大全》等。

[19] 格老秀斯(1583—1645),荷兰法学家,古典自然法学的主要代表,国际法的奠基人,著有《战争与和平法》等。

[20] 霍布斯(1588—1679),英国哲学家,古典自然法学的主要代表,著有《利维坦》和《论公民》等。

[21] 洛克(1632—1704),英国哲学家,古典自然法学的主要代表,著有《政府论》和《人类理解论》等。

[22] 孟德斯鸠(1659—1755),法国思想家,著有《论法的精神》、《波斯人信札》等。

[23] 卢梭(1712—1778),法国思想家,古典自然法学的主要代表,著有《社会契约论》、《论人类不平等的起源和基础》等。

基础。

自由资本主义时期,出现了边沁、^[24] 奥斯丁、^[25] 萨维尼、^[26] 梅因^[27] 等著名的法律思想或法学家。尤其是奥斯丁,他的《法理学的范围》和《法理学讲义》为代表的学术著作把法理学从整个法学中分离了出来,使之成为了一门相对独立的法学学科。

在 19 世纪以前的许多法学家,首先便是法理学家。他们留下了大量的属于法理学范畴的法学理论著述。但是作为一个法学学科的法理学的出现,那是 19 世纪以来法学发展的成果。准确地说,法理学的产生源于法学体系的形成。在法学体系未有之时,是无所谓法理学的。整个法学就是一个整体。一个法学家既是“部门法学家”也是“法理学家”,法学家似乎多以法学百科全书式的面目出现。在法学分科发展、法学体系逐步形成的过程中,法理学形成了。最早将法理学作为一个学科来研究和教授的当是约翰·奥斯丁为代表的法学家或法律思想家们。

二、法理学在西方的发展

在奥斯丁等学者创立了法理学之后,西方高等法学院校相继开设法理学课程。大学教授纷纷编写法理学教科书。以后的庞德著有《法理学》、富勒著有《法理学问题》、博登海默著有《法理学——法哲学及其方法》……

在法理学产生之后,法理学一直众说纷纭。在 19 世纪,与奥斯丁分析法学并存的,有萨维尼的历史法学以及康德、黑格尔的哲理法学。在分析法学看来,法学只应研究“实际上是这样的法”,即实在法,而不是像自然法学家那样研究“应当是这样的法”,即理想法或正义法。一般法学的任务是从逻辑上比较分析各种成熟的实在法制度的共同原则、概念和特征,其中包括权利、义务、损害、制裁、惩罚和赔偿等重要概念。^[28] 历史法学以强调法律体现民族精神或历史传统为特征,认为法律是民族精神的体现,是历史传统的结果,并应继承其历史传统,重视习惯法,反对制定普遍适用的法典。^[29] 哲理法学将法律思想纳入其哲学体系之中,或者将法归结为空洞的伦理概念、绝对命令的准则,或者将法解释为自己庞大的客观唯心主义体系的一个组成部分,是客观精神、自由意志的体现。^[30]

在 20 世纪,西方法理学得到了进一步的发展,各种法理学学说、学派林立,在众多学说和学派中,三大法理学流派鼎足而立。一是以哈特^[31] 为首的新分析实证主义法学,二是以富勒^[32] 为首的新自然法学,三是以庞德^[33] 等人为代表的社会法学。新分析法学认为,法学应当放弃分析法学派用以分析法律概念的传统方法,即下定义的方法,而代之以根据这些概念

[24] 边沁(1748—1832),英国法学家。

[25] 约翰·奥斯丁(1790—1895),英国法学家,分析法学派创始人。

[26] 萨维尼(1779—1861),德国法学家。

[27] 梅因(1882—1888),英国法律史学家。

[28] 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社 1964 年版,第 3 页。

[29] 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 372 页。

[30] 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 826 页。康德为前一观点主张者;黑格尔为后一观点主张者。

[31] 哈特(1907—1993),英国法学家,新分析法学派创始人。

[32] 富勒(1902—1978),美国法理学家。

[33] 庞德(1870—1964),美国法学家。

的具体情况逻辑分析的方法;法律是一种规则,分主要规则和次要规则;主要规则是设定义务的规则,次要规则是设定权利的规则;在研究法律时应当分清法律规则的内在方面和外在方面;等等。^[34] 新自然法学改变了自然法学认为自然法永恒不变的观点,认为自然法的内容是可以改变的,法律应当从属于正义之类的价值准则,着重进行程序自然法的研究,将法律不溯及既往等民主原则称为法的内在道德;强调实在法与价值准则、法与道德是不可分的。^[35] 社会法学也有学者称之为社会学法学或法社会学(法律社会学)等,^[36]其学者众多,其学说也各有特色。庞德在总结社会法学与其他法学的区别时提出:社会法学着重法的作用而不是它的抽象内容;它将法当作一种社会制度,认为可以通过人的才智和努力,予以改善,并以发现这种改善手段为己任;它强调法所要达到的社会目的,而不是法的制裁;它认为法律规则是实现社会公正的指针,而不是永恒不变的模型。^[37] 三大学派在长期争论的同时,也相互吸收与靠拢。

三、法理学在中国的发展

法理学在中国的发展经历了一个曲折的过程。在清末,梁启超即开始使用“法理”一词。民国时期,中国法学院校教学中即有法理学的课程设置;并与法学绪论相配合;^[38]将法学绪论开设在大学低年级,将法理学开设在大学高年级。只不过,法理学的地位并不高,甚至还不如当下中国法学教育中对法理学的重视。1949年以后,中国台湾地区继续保留了原有的法理学与法学绪论的课程设置模式,但法理学的地位似乎已经比以前大有提高。^[39] 中国内地在1949年以后,模仿苏联的法学教育模式,取消在广义上属于法理学范畴的法学绪论课程,将法理学更名为苏联传来的《国家与法的理论》或者《国家与法权理论》,把“国家”纳入法理学研究的范围;直至20世纪80年代初,将《国家与法的理论》或《国家与法权理论》改名为《法学基础理论》。^[40] 在80年代末90年代初,一些学者和高校又开始了将《法学基础理论》改名为《法理学》的尝试。^[41] 随着学科发展,法理学作为法学学科的意义逐步得到了法学家更深入而准确的理解,法理学的发展必将有一个长足的进步。

[34] 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第257页。

[35] 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第648页。

[36] 一般认为,社会法学、社会学法学、法律社会学、法社会学等表述大体是相同的,只是用语的差异。社会法学(或社会学法学)与法律社会学(或法社会学)等名称在使用中,时常都是被混用的。但它们之间也有细微的差别。因为有的学者认为,这一名称差异系由这一学派学者的身份是社会学家或是法律学家、研究的角是从社会学或是从法律学的角度研究的不同所导致的。

[37] 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第514~515页。

[38] 卓泽渊主编:《法学导论》,法律出版社1998年版,第7页;卓泽渊:《法学导论》,法律出版社2007年版,第5~6页。

[39] 我国台湾地区司法制度资料表明,现在台湾大学法学院法律系(五年制)必修课总学分为90~122个,法学绪论学分为2~4个,法理学分学分为4~6个。除法学绪论外,仅法理学的学分,也与民法总则、刑法分则、刑事诉讼法、行政法、宪法等课程相当,高于国际公法、国际私法、中国法制史等课程。

[40] 北京大学出版社出版了北京大学法律系法学理论教研室集体编写的教材《法学基础理论》,法律出版社出版了由孙国华主编、沈宗灵副主编的高等学校法学试用教材《法学基础理论》。

[41] 万斌等著:《法理学》(浙江大学教材),浙江大学出版社1988年版;卢云主编:《法理学》(西南政法大学本科教材),四川人民出版社1993年版;沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版。

第三节 走向未来的中国法理学

在改革开放不断深入的历史背景下,在走向法治国家、和谐社会的进程中,中国法理学在现实中应如何发展,又如何走向未来,是我们必须关注的重大课题。

一、中国法理学的现实发展

中国法理学的现实发展必须是以市场经济和民主政治作为客观基础的理论发展,必须将改革开放作为自己的时代背景与重大课题来加以特别的关注。只有这样,中国法理学才可能具有新的时代特征。

(一) 市场经济与民主政治:客观基础

经济决定法律和法学,是法律和法学发展早就证明了的基本原理。随着我国经济从计划经济向市场经济的过渡,法理学必须适应这一转变,从计划经济基础上的法理学转变为市场经济基础上的法理学。法理学必须以市场经济为基础来更新发展,是历史时代的要求,是法律制度甚至整个法治发展的要求。

在我国目前,市场经济不断发展,市场经济体制正在形成。建设市场经济是适应中国经济现状、促进中国经济发展的必要途径,是中国社会历经千难万险后的历史选择。市场经济需要与之相适应的法理学,而我国现有的法理学却是在计划经济的基础上形成、为计划经济服务的。在市场经济中,如果我们固守计划经济模式中建立的法理学,其结果必然是将法律制度和法治发展引入误区,在理论和实践上都与经济发展方向相背离,阻碍社会经济的正常发展,同时也会使法理学的发展因失去社会根据而流于荒谬。

市场经济必然要求建立新的法制,并实现法治。法制和法治随着市场经济的发展,在发展之初,有一个法理学如何指导法制进步和法治创建的问题;在发展之中,有一个法理学如何适应并进而继续指引法制和法治的问题。如果这两个问题得不到较好的解决,法理学就可能与法制和法治发展相冲突,既影响法制和法治的发展,也影响法理学自身的进步。

经济基础的质变会导致法律和法学的质变,经济基础的量变也同样可能引起法律和法学的量变。法理学所依赖的经济基础发生了较大的变化,法理学也必然并应当发生相应的变化。市场经济条件下的法理学建设,也必须遵循这一普遍的科学逻辑,将市场经济作为中国法理学发展的客观基础,法的一般理论、法的价值理论、法的运行理论、法治理论都应以市场经济为基础进行革命性变革。

政治制约着法律和法学的发展。在当今中国,随着政治体制改革的逐步推进,整个社会的民主化进程令人欣喜。法理学作为整个法学领域中与政治民主化联系最为紧密的部分,理应及时地反映政治的民主化进程。以政治民主化和民主政治作为前提的法理学建设,必须注意:

进一步深化对民主与法治的认识,并将两者紧密结合起来。在法学理论上,应当深入研

究民主与法治的关系,使民主与法治水乳交融地结合起来,使民主与法治互为内涵。在法治实践上,使法治不仅仅在浅层、表面上作用于民主,而应使法治成为民主的记录和保障;使民主不仅仅在原则、宏观上被作为法治的基础和目标,而应使民主成为法治的精神和灵魂。

将民主政治引入法理学研究领域。在过去几十年的法理学研究中,我们曾经有过十分沉痛的教训。许多代价都是由政治不民主及其影响所导致的。在走向法治国家、改革中国法学的今天,必须首先将民主引入法学研究,尤其是引入法理学研究之中,打破禁区、勇于创新,创造出法理学研究中的民主。这是整个法学研究得以顺利进行的保证。

法理学研究中的民主并不完全等同于政治上的民主。政治民主最通俗的解释,即是多数人的统治,多数人掌握着国家权力等。在我国即表现为人民当家作主。政治民主除了多数人决定之外,还特别强调保护少数人。法学研究,包括法理学研究中的民主,它不是政治民主的直接翻版,不能搞“多数人决定”,而应是政治民主在法理学研究中的具体运用和表现。一是实行学术自由。在学术研究上,学者们都能就自己的学术主张自由地发表学术观点。二是允许不同见解。允许少数人发表其独到的,甚至与多数人相背离的学术观点,为掌握真理的少数人发展成为多数人,留下一条可行的途径。现在,依然有必要在政治上提出保护“学术上少数人”的口号,这是学术民主的要求。三是鼓励学术批评。允许不同学术见解发表,并不等于听任个别学者的任性。因为学者首先要有责任感、使命感、自律意识,不可以利用自己的学术地位发表对社会、对学生、对学术不负责任的所谓的学术见解。^[42] 一旦出现就应当由学术批评来加以修正。当然这里同样要反对政治强权对于学术的粗暴干涉和横加指责,学术的问题应该采用学术的办法来解决。

法学及法理学中的政治民主是在这样三层意义上成立的:一是政治民主作为法理学研究的一种社会背景存在;二是政治民主作为法理学的理论基础之一而存在;三是政治民主作为法理学研究的一种学术风尚普遍存在。这三者应是一个整体,相互为用、层层相因。

将政治民主引入法理学的学术研究上,应更加广泛、深入地开展学术讨论,允许不同学术主张的发表和争论,坚持学术无禁区、学术观点不受追究的原则,严禁用政治斗争的方式解决学术争议,营造一个真正的无所禁忌的法理学学术探讨氛围,更加广泛、更加深入地开展法理学学术研究。若能如此,必将推动整个法学的发展。

(二) 改革与开放:现实课题

改革是我国的基本国策。我国正在进行的改革是一场极其深刻的革命,它涉及政治、经济、文化、教育、科技等各个领域。这场革命必然要求为其提供法律化的指导思想、贯彻措施、保障手段,将其成果予以法律确认和法律保护。法理学不仅有一个适应改革、服务改革的问题,而且还有一个自身改革的问题。法理学应在改革中与整个改革一道共鸣、共振,在适应改革和服务改革的同时,完成自身的改革。

开放也是我国的基本国策之一。封闭在中国思想文化上有其极其深刻的历史根源。近

[42] 学生作为学习者,显然比其他人具有更大的被误导的可能性。因此,教师就更有责任带领或者引导学生去探求真知,最大限度地避免妄发议论与以讹传讹式的误导。也许有人会说学生是有判断力的,这话也有道理。但须注意的是,学生毕竟是学生,他们的判断力正在成长之中,一旦他们先行接受了错误的观点,对其未来的发展和学术的认知都可能会有某种负面的影响,为人师者不能不慎之又慎。一个时期出现的过于突出个人见解的教科书,是值得反思的。

代中国的开放,基本上是屈辱的开放。原本孤傲的人们本是在受挫中开放的,一旦在开放中受挫,其痛苦的难忍程度就更难想象。封闭的思想本来就未被开放所取代,一旦受挫,有的封闭思想会更加顽固。1949年以后,由于政治原因,我们又被封锁和被迫封锁。闭关锁国再次成为历史的必然和历史的幸。在改革开放中,中国大多数民众才逐步领悟到开放的真谛。我国的开放,是全方位的开放,包括政治、经济、文化、科学、技术、教育、体育、医疗等各个方面。不仅对社会主义国家开放,而且对资本主义国家开放;不仅对发达国家开放,而且也对发展中国家开放;这种开放可以是官方的,也可以是民间的。在开放的历史大潮中,中国法律也同样有一个指引开放发展、贯彻开放措施、保护开放成果的问题,也有在整个开放中实现法理学的开放问题。

法理学的开放,是由中国经济发展所决定的。当今世界,国际经济日益交融,中国经济的发展离不开与世界经济的交流。与国际经济接轨、参与国际经济大循环,已是中国经济走向现代化的必由之路。经济的外向型发展必然要求法律和法学的外向型发展。具有学科先导意义的法理学必须从理论上首先解决中国法理学乃至整个法学要不要走向开放、如何走向开放的问题。

任何科学的发展都需要借鉴、吸收人类有史以来所有优秀的科学成果。中国社会主义法理学要赢得应有的历史地位,同样必须勇于了解世界各国的法理学,充实、完善和发展自己。

法理学的开放如同经济上的开放一样,应全方位开放。不仅对发达国家开放,也要对不发达国家开放;不仅对社会主义国家开放,也要对资本主义国家开放;不仅对历史传统相近的国家开放,也要对历史传统相殊的国家开放。

法理学的开放是双向的。在使世界法理学进入中国的同时,也使中国法理学走向了世界;在丰富和发展中国法理学的同时,也为整个世界法理学的进步作出了贡献。中国传统的法理学思想是一座文化的宝库。对优秀的部分应予坚决地坚持与保留,对落后的部分应予坚决地抛弃,在吸收、借鉴、学习他人的基础上进行法理学的自我更新或自我改革,这才是法理学开放的本意。

二、中国法理学的历史走向

中国法理学将沿着从统一发展走向多元发展与综合统一的彼此互动,从既有理论走向保存精华与开拓创新的相互结合,从历史积淀走向中国特色与世界潮流的对立统一,从独自发展走向概括部门法学与指导部门法学,从老一代法理学家做先锋走向法理学家的代际交替的路径走向未来。

(一)从统一发展走向多元发展与综合统一的彼此互动

中国法理学^[43]在20世纪的发展基本上是统一的。在20世纪50年代,中国法理学几乎全盘抄自苏联,是统一在苏联模式下的法理学——国家与法的理论。60年代,中国自己的社会主义法理学稍稍萌动,即遇“文化大革命”,又被冻结。在“文化大革命”结束之后的70年代末80年代初,中国法理学基本上是在60年代初的基础上进行恢复和发展的。

在20世纪80年代,面对法理学满目疮痍的惨状,面对法学理论普遍薄弱的现实,加之受

[43] 本部分论述中,除特殊指明者外,一律不包括我国台湾、香港和澳门地区的有关情况。

倾向集中的习惯思维方式的影响,中国法理学的集中统一发展,就成了既必然又自然的历史事实。在20世纪70年代末,我国法理学是以恢复“国家与法的理论”为发端的。法学高等院校开设的法理学课程还是“国家与法的理论”。在这种恢复过程中,法理学家们更进一步认识到“国家与法”混杂纠缠模式的偏颇,转而剔除其“国家”部分并让其回归政治学,自己则专门研究法的基础理论,称之为“法学基础理论”(将“法的基础理论”称为“法学基础理论”,在今天看来固然失之准确,但在当时所作的这一变革是非常值得赞颂的)。“法学基础理论”肇始于全国高等学校法学试用教材《法学基础理论》的编写出版。中国法理学开始了在“法学基础理论”统率下的统一发展。其线索可以“一分为二”。一是法理学研究的发展,二是法理学教材的发展。从法理学研究来看,首先是恢复,其次是反思,最后是创新。恢复期主要是普及性的法学理论的宣传和重述,反思中进行了法的继承性、法的阶级性、法的社会性、法的起源、法的消亡等讨论,恢复与反思中也包括一定的创新。再就是在法律文化、法的价值等新领域的拓展。这些研究的成果大多数被不断更新的法理学教材所吸收,从而确认、固化。从法理学教材来看,其线索不过于:由孙国华教授主编、沈宗灵教授副主编的高校法学试用教材(后改为高校法学教材)《法学基础理论》,到沈宗灵教授主编的高等学校文科教材《法学基础理论》,到沈宗灵教授主编、张文显教授副主编的高等学校法学教材《法理学》,再到卢云教授主编、王天木教授副主编的高等政法院校规划教材《法学基础理论》。这些教材都是“统编”性质的,全国适用。其间,北京大学、中国人民大学、中国政法大学、西北政法学院、中南政法学院、西南政法大学等都相继编写了自己的《法学基础理论》、《法的基本理论》和《法理学》教材。全国少数综合性大学的法学院系和个别学者也写出了自己的类似教材或著作。法理学统一发展与多元发展的格局逐步形成,并继续发展。在前期是以“统”为主,到目前是“统一发展”与“多元发展”相并存。可以预见,这种局面还将持续发展,进而改变为“多元发展”作龙头、“综合发展”相跟进的总体态势。这既符合理论发展的逻辑,也是由学术研究 with 教材发展的关系、独立教材与统编教材的性质所决定的。多元发展与综合统一将在多元发展的带动下,相互促进,进而促进整个法理学的发展。

(二) 从既有理论走向保存精华与开拓创新的相互结合

中国法理学的既有理论是指中国从古以来所产生、形成并延续至今的法学一般理论、观点的总和。其中包括中国历史上的古代法学理论,苏联传来的曾为中国法学界接受的法学理论以及新中国自己建立和形成的、有别于前两种理论的法学理论。它们都可以被称为既有的法学理论。

既有的法理学并非一无是处。它之所以能成为既有理论,正是它具有生命力的表现,这种生命力首先源于其本身的科学性。对于既有的法学理论,要进行的不是抛弃,而是审视和吸收;不是固守,而是继承和发展。首先,既有的法学理论中包含着一代又一代法学家智慧的结晶,其中不乏精华。其次,既有法学理论是未来法学理论新发展的前提和基础;彻底否定了既有法学理论,也就等于彻底否定了新的法学理论存在的依据。最后,新的法学理论并不是与既有法学理论绝对对立的两个事物,它仅是既有法学理论的更新与发展,其中毋庸置疑地包含着既有法学理论的优秀部分。因而,既有法学理论不论是中国古已有之,还是从苏联得来的“舶来品”,还是结合中国国情的既有“独创”,它们都应受到理性的善待。

中国法理学必然不会固守在现有的状况上,它需要开拓创新。目前我国正处于改革开放

的历史时期。随着市场经济的发展,市场经济体制的建立,随着政治体制改革的发展和新型政治体制的建立,法学理论必然随之进行革命性变革。法的本质理论、法的价值理论、法的运行理论和法治理论等等,都必须以市场经济为基础、适应市场经济的要求,进行相应的革新。

在新的世纪,在走向法治国家的道路上,中国法理学正经历着如何保存既有法学理论的精华与如何开拓创新的历史考验。将二者在开拓创新的主导下结合起来,是中国法理学发展的科学正道。

(三)从历史积淀走向中国特色与世界潮流的对立统一

现有的中国法理学主要是苏联法理学、西方法理学与中国原有法理学相碰撞,而在中国大地上积淀形成的。随着具有中国特色社会主义建设的发展,中国法理学也必然具有中国特色。首先,中国的经济状况包括生产力、生产关系状况必然会制约法理学状况,不仅决定着中国法理学的过去,而且也决定着中国法理学的现实和未来。其次,中国的文化基础,包括法律意识、政治意识、道德意识等都会影响法理学的发展。它们尤其主导着中国法理学的价值取向,进而通过价值取向渗透进法理学的各个方面,乃至浸润整个法学。中国文化的中国特色决定了中国法理学的中国特色。再次,中国政治体制也会使法理学具有自己的特色。政治制约法律是历史和现实都能够得出的共同结论。法律绝不可能彻底摆脱政治的束缚,在中国尤其如此。政治体制的中国特色同样会给中国法理学以深深的烙印。最后,中国法理学自身的发展必然会呈现出无法否认的中国特色。中国现有的法理学是以过去的法理学为基础的,将来的法理学又是以现有的法理学为基础的。中国法理学的这种前后相因关系,所传递和保留的必然有中国特色。

中国法理学是中国的,也是世界的。正因为它有自己的中国特色,它才得以在世界法理学领域独树一帜,成为世界法理学中独具特色的一部分。这是问题的一个方面。另一个方面,中国法理学在具有中国特色的同时,也有一个融入世界大潮的问题。在开放的中国,法理学必然也必须走向世界。在与世界各国法理学的对话中,中国法理学也有一个取彼之长、克己之短,他山之石、用以攻错的问题。中国法理学的走向世界,不仅是它自身发展的需要,也是中国经济、政治、文化开放的必然结果。否则,中国法理学就难以适应中国开放的需要,就可能影响开放的历史进程,阻碍开放。在具有中国特色的前提下走向世界,在走向世界的历程中保留中国特色,这是中国法理学走向未来的对立统一之路。

(四)从独自发展走向概括部门法学与指导部门法学

法理学既应是部门法学的理论概括,也应是部门法学的理论指导;既应是部门法学的基础,也应是部门法学的理论升华。法理学必须担负起应有的理论责任。然而,长期以来,中国法理学都无视部门法学的发展与要求,我行我素,以致在一定程度上形成了法理学与部门法学各自发展、相互封闭的畸形状况。这种局面的形成,除了部门法学有一定责任之外,主要的责任还应归之于法理学本身。如果法理学有足够的能对部门法学既概括又指导,那么,部门法学也就不会无视法理学的存在及其发展。由于法理学自身发展水平的局限,其作用就难以得到充分的发挥。这样,即使部门法学由于缺乏理论概括和理论指导而显得“肤浅”,也使法理学由于不能概括和指导部门法学而显得难堪;既阻碍了部门法学的发展,也禁锢了法理学的活力。

对于中国法理学的这一状况的认识及其改革,本身就是中国法理学新发展的起点。在法