

新法科·法学核心课程系列教材



An Introduction to Jurisprudence
(2nd Edition)

法理学导论

(第二版)

马长山 主编



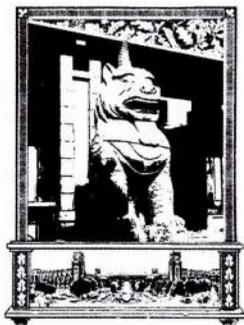
北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



新法科·法学核心课程系列教材

华东政法大学
教材建设和管理委员会

主 任	郭为禄	叶 青	
副 主 任	张明军	韩 强	
部门委员	虞潇浩	杨忠孝	洪冬英
	屈文生	陆宇峰	
专家委员	王 迁	孙万怀	杜素娟
	余素青	任 勇	钱玉林



An Introduction to Jurisprudence
(2nd Edition)

法理学导论

(第二版)

马长山 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法理学导论/马长山主编. —2版. —北京:北京大学出版社, 2022. 8

ISBN 978-7-301-33292-4

I. ①法… II. ①马… 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(2022)第153146号

法律资料分享, docsriver.com

- 书 名** 法理学导论(第二版)
FALIXUE DAOLUN(DI-ER BAN)
- 著作责任者** 马长山 主编
- 责任编辑** 孙维玲
- 标准书号** ISBN 978-7-301-33292-4
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> 新浪微博: @北京大学出版社
- 电子信箱** sdyy_2005@126.com
- 电 话** 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672 编辑部 021-62071998
- 印 刷 者** 北京溢漾印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 730毫米×980毫米 16开本 24.25印张 475千字
2014年9月第1版
2022年8月第2版 2022年8月第1次印刷
- 定 价** 78.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

编写说明

法理学是法科学生研习法律的重要基础和核心课程。在西方,法理学教科书有的侧重思想史与哲理阐释,有的侧重法律原理及实践操作技术,并没有一个统一的体系和版本,因而是多样化、个性化的。在我国,伴随着四十多年的改革开放和民主法治建设,法学理论研究和法学教育也获得了巨大发展,形成了相对稳定的知识框架和体系。这无疑为培养统一规格和知识体系的法学专业人才培养奠定了良好基础,但同时,也对多样化、个性化人才的培养产生了某种不利影响。为此,国家开始致力于深化教育改革,鼓励和支持探索各具特色的创新人才培养模式。相应地,各大出版社纷纷推出不同版本的教材,力争在反映国家“教学基本要求”和基本知识框架的基础上形成自己的体系和特色,从而为推进法科教育的多样化、个性化做出重要贡献。本《法理学导论》也是其中的努力和尝试之一。

多年来,《法理学导论》为华东政法大学等政法院校的法理学教学做出了重要贡献。为了更好地适应本科教学需要,充分反映最新的研究成果,本次对《法理学导论》进行了结构调整和全面修订,并组建专家组进行了审定,力争在保证基本知识体系完整的基础上反映新的动态;采取多种引导方式来启迪学生进行深入思考;通过关注社会现实问题来强化理论的应用性。这样,才有利于更好地培养既有深厚理论素养、又有实践思维和能力的专业人才。

本教材是集体合作的结晶。参加本书编写的作者都是学术造诣深、教学经验丰富、从事第一线法学教育的专家学者,具体分工如下(以章节为序):

马长山,导论、第一章、第十一章;

张玉堂,第二章

李桂林,第三章

苏晓宏,第四章

马金芳,第五章

王 涛,第六章

陆宇峰,第七章

陈 斌,第八章

李 婧,第九章

潘小军,第十章、第十三章

张文龙,第十二章

胡玉鸿,第十四章
金 梦,第十五章
张卓明,第十六章
杨知文,第十七章
吕玉赞,第十八章
陈金钊,第十九章
沈宏彬,第二十章
韩旭至,第二十一章

编写组尽管在主观意愿上是想编写一本既有理论水准、又有实践应用性的高质量教材,但能否做到这一点还有待时间的检验。同时,由于从编写到交稿、出版的时间短暂,错讹与不足在所难免,还望学界同仁和广大师生批评指正。

本教材能够顺利出版,得益于华东政法大学教务处领导的关心和支持,也得益于北京大学出版社及编辑老师的鼓励和帮助,在此也一并深表谢意!

编 者
2022年5月

目 录

导论	(1)
----------	-----

第一编 本体论

第一章 法律的概念	(9)
第一节 法律的定义	(10)
第二节 法律的特征	(14)
第三节 法律的本质	(23)
第二章 法律的要素	(37)
第一节 法律的要素释义	(38)
第二节 法律概念	(41)
第三节 法律规则	(43)
第四节 法律原则	(49)
第三章 法律的渊源、体系和效力	(54)
第一节 法律渊源概述	(54)
第二节 当代中国的制定法渊源	(62)
第三节 法律分类	(65)
第四节 法律体系	(67)
第五节 法律效力	(74)
第四章 法律关系	(80)
第一节 法律关系的概念	(80)
第二节 法律关系的构成要素	(86)
第三节 权利与义务	(91)

第四节	法律事实	(93)
第五节	法律关系的运用和分析	(96)
第五章	法律行为	(101)
第一节	法律行为释义	(101)
第二节	法律行为的结构	(105)
第三节	法律行为的分类	(108)
第六章	法律责任	(111)
第一节	法律责任释义	(111)
第二节	法律责任的构成要素与归责准则	(115)
第三节	法律责任的种类	(118)
第四节	无责与免责	(120)
第五节	法律责任的承担方式	(123)

第二编 历史论

第七章	法律的演化	(129)
第一节	法律的历史类型	(129)
第二节	法律与社会的共同演化	(132)
第三节	当代西方主要法系	(139)
第八章	法律的继承和移植	(145)
第一节	法律继承	(146)
第二节	法律移植	(149)

第三编 关系论

第九章	法律与经济、政治	(157)
第一节	法律与经济	(158)
第二节	法律与政治	(168)

第十章 法律与道德、宗教	(179)
第一节 法律与道德	(179)
第二节 法律与宗教	(183)
第十一章 法律与人权	(189)
第一节 人权的概念与基本形态	(189)
第二节 “三代人权”的历史演进	(192)
第三节 数字社会的“第四代人权”	(195)
第四节 人权的法律保护	(202)
第十二章 法律与科学技术	(207)
第一节 科学技术概述	(207)
第二节 法律与科技的关系	(212)
第三节 新科技革命与现代法治	(219)

第四编 价值论

第十三章 法律的作用	(227)
第一节 法律的规范作用	(227)
第二节 法律的社会作用	(230)
第三节 法律的局限性	(234)
第十四章 法律价值	(237)
第一节 法律价值概述	(237)
第二节 法律的主要价值	(242)
第三节 法律价值的冲突及调适	(250)

第五编 运行论

第十五章 法律创制	(255)
第一节 法律创制的基本原理	(255)
第二节 法律创制的基本制度	(259)
第三节 法律创制的中国图景	(263)

第十六章 法律实施	(267)
第一节 法律实施概述	(268)
第二节 执法	(269)
第三节 司法	(277)
第四节 守法	(286)
第十七章 法律程序	(292)
第一节 法律程序概述	(292)
第二节 法律程序的类型	(298)
第三节 正当法律程序	(301)

第六编 方法 论

第十八章 法律方法	(313)
第一节 法律方法的概念	(313)
第二节 法律方法的学科体系	(319)
第三节 具体的法律方法	(324)
第十九章 法律思维	(331)
第一节 法律思维及其家族相近概念	(332)
第二节 法律思维的特征、功能与规则	(336)
第三节 法律思维的模式	(341)

第七编 法 治 论

第二十章 法治基本理论	(351)
第一节 法治的基本概念	(352)
第二节 简要的法治发展史	(356)
第三节 两种法治观念	(362)
第二十一章 数字社会与法治发展	(366)
第一节 数字社会概述	(366)
第二节 数字社会的法治变革	(370)
第三节 数字化的法治秩序	(375)

导 论

任何一个学习法律的人,都首先要系统地学习法理学。这不仅是由法理学的学科地位决定的,也是由法理学所提供的基本理论和知识基础决定的。因此,我们有必要了解和掌握什么是法理学、为什么要学习法理学以及如何学习法理学。

一、什么是法理学

法理学是人们试图对法律现象、法律问题进行深层思考和理论回答,致力于探寻法律的最基本、最一般、最普遍规律,研究法律基本范畴、基本原理、基本原则、基本方法和基本问题的一门学问。简言之,法理学就是要探讨和研究“法”之“理”,“研究法理学的目的在于寻求自觉,寻求对法律的性质以及它的社会背景的某种程度的透彻理解”^①。应当说,人类自从有法律时就开始了法理学、法哲学的理性思考和理论探讨,无论是西方先哲柏拉图、亚里士多德,还是中国的老子、孔子、荀子等,都形成了一定的法律思想,并逐渐与人类后来的法理思考和理论探讨汇聚成丰富而璀璨的法律思想宝库。尽管他们进行了今天看来属于法理学或法哲学方面的重要理论问题的研究,但是,那时还没有形成法理学或法哲学的独立学科(当时的法学也并未形成独立的学科)。而法理学作为一门独立的学科出现,是18世纪末19世纪初的事情。

1782年,英国功利主义哲学家和法学家边沁在《法理学定义的界限》一书中,首次提出了法律实证主义分析原则,但由于该书稿在1945年才被发现并出版,因而对当时影响并不大。1832年,英国法学家奥斯丁在其代表作《法理学的范围》中提出,法理学应当研究“事实上是什么样的法律”,而不是“应当是什么样的法律”,从而严格区分了“实有”和“应有”,真正确立了法律概念体系的独立研究。后经阿莫斯、马克伯、霍兰德、萨尔蒙德等人的努力,“法理学最终作为一门独立学科(理论知识体系、学问和大学的法学课程)而存在”^②。但是,法理学

^① [英]韦恩·莫里森:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第3页。

^② 舒国滢:《法理学学科的缘起和在当代所面临的问题》,载《法学》1998年第10期。

作为一门学科的名称,在国内外有不同的看法。德国等大陆国家一般称为“法哲学”“法律哲学”(Legal Philosophy, Philosophy of law),英美等国家一般称为“法理学”(Jurisprudence),尽管也有人坚持二者是不同的学科,但二者的含义还是基本趋于一致的。^①对此,当代美国著名法学家波斯纳指出:“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。”“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哲学或哲学在法律中的运用,这显然是恰当的。”^②

中文“法理学”一词源于日文汉字。1881年,日本著名法学家、日本近代法律文化主要奠基人穗积陈重教授为克服“法哲学”一词较重的形而上学色彩,将德语“rechts philosophie”创造性地翻译为“法理学”,之后该词被引入中国。但是,中华人民共和国成立初期,我国法学理论基本照搬苏联时期的《国家与法的理论》,具有很重的政治学色彩。改革开放后,法学界才开始致力于法学独立性的探索。1981年,北京大学出版社发行的法理教科书改称为“法学基础理论”。20世纪80年代中期,法理学学科名称才取得合法地位,相应教科书也改称为“法理学”。

总之,法理学是法学的最一般、最基本的理论,它包括法律本体论、法律价值论、法律方法论以及法律与社会的关系等等,是部门法学的重要理论基石。

二、为什么要学习法理学

为什么要学习法理学?这看似一个简单的问题,但并不是每个学习法律的人都十分清楚的。而对这个问题不清楚,就会影响到法理学的学习和研究,甚至会影响到对整个法律知识(包括部门法)的学习、理解和运用。因此,学习法理学具有重大的意义。

首先,学习法理学是学好部门法学、全面深入掌握法学理论和专业知识的需要。我们说,法理学是“法”之“理”,是对法律的基本规律、基本原理、基本原则的根本认识和总体把握,是贯穿、适用于法学各学科之中的基本理论、基本立场和基本方法,因而,是各部门法学的重要理论基石。法理学关于“法律是什么”“法律为何有效”“如何适用法律”等基本问题的探讨和回答,构成了法学其他学科进行研究和探讨的重要理论前提。如果没有法理学的理论基础,就很难学好部门法学和法学专门知识,甚至可能陷入简单的“法条注释主义”和“法律工具主义”的泥潭,特别是在面临重大疑难法律问题或者法律空白时,就会显得十分尴尬和无奈,很难适应法治国家建设的需要。而部门法学一旦进入较深层面,也

^① 参见付子堂主编:《法理学进阶(第二版)》,法律出版社2006年版,第2页。

^② 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”第1页。

都会直接融入法理学,如刑法哲学、民法哲学、行政法哲学等,都是如此。即使是一些诸如罪刑法定原则、罪刑合理性和科学性、行政合理性与合法性原则、契约自由及其限制、物权公示公信原则等具体的法律问题研究和探讨,也只有立足于法理学的深层基础和理论视野才能获得可靠的解释力和说服力。

其次,学习法理学是培养高水平法律素养和能力的需要。任何高层次人才都须是“将”和“帅”的结合,不仅要具有“将”的处理具体事务的能力,也要具备运筹帷幄、统揽全局的“帅”的决策能力。对法学高层次人才来讲,就是不仅要具有审理个别具体案件的能力,更要具备善于总结、提炼并为疑难案件处理提供基本原则和方法的能力,直至对立法、执法、司法进行分析、研究并施加影响的能力,这样才能成为一个高水平、高素质、高能力的好法官、好检察官、好警察、好律师和好学者。而这恰恰需要有很深厚的法学理论功底、牢固的法律理念、智慧的法律方法、严密的法律思维等才能做到。但是,人们往往对此认识不清,在法学教育中也往往不太关注。为此,德国学者魏德士曾忧心重重地反思:“由于大学教育集中在局部原则领域,学生们看不到法律制度及其基础与作用方法的全貌。今天的法学教育被司法考试牵着鼻子走,它所培养出来的与其说是独立思考并具有批判能力的法学家(Rechtswissenschaftler),毋宁说是熟练使用法律的法律技术匠(Rechtstechniker)。在法学研究以及部门法的实践中,基础问题和方法论问题常常被回避甚至忽视。”^①而事实上,西方很多著名的特别是对司法改革进程产生重大影响的大法官,如霍姆斯、卡多佐、波斯纳等,都是非常著名的法理学家,也正因如此,“法官造法”才是可能的、充满法律智慧的,也才是有公信力和历史贡献的。历史也表明,任何成就大事的高层次、高水平人才,都不能没有宽阔的知识面、深厚的理论功底、别具一格的深刻思想,以及把思想付诸实践并影响现实社会的能力和水平。因此,要培养高层次的法律专门人才,就必须通过法理学的学习来培养必要的“将”“帅”结合的高素质、高能力和高水平,并为深化法学其他学科专业知识的学习、掌握和运用奠定良好基础。

最后,学习法理学是适应司法改革和培养法律共同体的需要。加快法治国家建设进程,就必须建立法律共同体,保障司法机关独立行使司法权力。一方面,法律共同体并不是简单的法律专业人才的集合,而是具有共同的法律专业知识和技术、具有坚定的法律理念和丰富的社会经验、具有很强利益平衡和规则驾驭能力的法律职业队伍。我们过去往往不注重法律理念、法律精神、法律思维、法律方法的培养和法学理论的学习,缺少司法独立精神,因而“法律工具主义”“法律实用主义”色彩十分浓重,这直接影响到司法改革进程和司法效果。事实上,世界上并没有一成不变的法律,但却有相对不变的法律理念和法律精神。因

^① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第20页。

此,法律理念、法律精神的弘扬和培养是推进司法改革和构建法律共同体的关键一环。另一方面,法理学并不能提供直接的、实用的法律操作技术,但却能提供一种必要的法律思维能力和方法;有了这种思维能力和方法也许并不一定会形成相应的操作技术,但若没有这种思维能力和方法,就一定不会形成相应的法律操作技术。可见,建立法律共同体要求“法律人”应善于发现规则和恰当适用规则,而不能做法条的奴隶,就要培养“法律人”的共同法律信仰、法律理念、法律思维和法律方法。而要做到这些,没有对法理学的深入系统学习是不可能的。

三、如何学习法理学

法理学是对法律现象和法律生活的高度提炼、普遍概括和理论升华,因而,与其他法学学科相比,法理学具有很强的理论性、抽象性和思辨性,而且与司法实践问题缺少直接的关联。这就使得法理学的学习较为艰难,如何学好法理学也就成为值得探讨的问题。事实上,任何理论无论多么抽象,都不可能脱离生活现实,法理学更是法律生活现实的反映。因此,只要肯下功夫,找准方法,是能够把法理学学好的,并能将其转化成良好的法律素质和能力。

首先,立足全球化视野,深入学习和解析西方法理学,并进行中西对比学习和研究。西方法理学具有悠久的历史传统,从古希腊的斯多葛学派到今天的后现代法学,汇成了色彩纷呈、奔涌向前的法律思想长河,这些都是人类法律思考的结晶,是人类共同的宝贵财富,指导着人类的社会行为和法律生活,当然也对后发现代化国家的法学研究和法治进程具有重要的借鉴意义。特别是自然法学、分析实证主义法学、社会学法学、经济分析法学、新马克思主义法学、后现代法学、女权主义法学等的法律思想和理论已部分地被吸收、容纳进中国法理学,并对中国法治进程产生了重要影响。因此,不了解西方法理学,不对中西法理学进行对比学习和研究,就很难开阔法理学理论视野,也很难学好法理学。而在当今全球化时代,随着经济全球化趋势不断增强,法律的交融、贯通与合作的趋向日益明显,更需要认真对待和学习西方法理学,并进行深入的中西比较学习和研究。当然,由于政治制度、文化传统、生活习惯等因素的影响,我们对西方法理学应采取批判性的学习和研究态度,否则,照抄照搬、亦步亦趋只能永远是缺少“话语权”的“学生”,而且很多西方理论“移花接木”到中国也会造成“水土不服”的难题。也就是说,批判性地接受西方法理学,不仅是我国的制度性质和国情决定的,也是建立我国在世界上的法理学“话语权”所要求的。

其次,立足本土国情,全面学习和掌握中国法理学,并直面“生活事实”和“中国问题”。虽然中国法理学需要面向西方法理学和全球视野,但是,它毕竟是要首先立足中国本土国情和解决“中国问题”的。因此,在改革开放之初,我们打开国门急需采取“拿来主义”以武装自己,但是,在中国经济逐步崛起、法学

理论研究逐步兴盛之时,特别是很多西方法学理论无法回答和解决“中国问题”时,就亟须建立“中国”的法理学。这样,我们就必须努力全面学习和掌握中国法理学的最新成果和理论发展,尤其是善于从社会转型和法治进程中探寻和挖掘生活中的法理,关注生活现实,面对“中国问题”,从而避免抽象的理论空谈和简单的逻辑推演,也能避免对西方法学理论的照抄照搬。只有这样,才能更好地学好法理学,学活法理学,也才能学以致用,充分发挥法理学指导法律实践、回应法律生活的理论使命。

最后,立足学科兼容,注重法理学与部门法的有机结合,并强化法学理论的应用性分析。法理学固然是法学的最一般、最基本的理论,是探索法学的基本范畴、基本原理、基本原则和基本问题的,从而为其他法学学科提供思想基础和理论指引。但是,法理学并不是必然无疑的、高高在上的“老大”。事实上,只有在确实能为部门法提供理论指导时,法理学才具有基石和“统领”的作用。同时,法理学的很多理论和原理都来源于对部门法学的深入思考和理论升华,是部门法学的实践过程为法理学提供了基本素材和理论源泉。如果脱离了部门法学,法理学就很可能成为一门与司法实践无涉的空洞玄学,法理学也就失去了其价值和意义。此外,为应对数字时代的变革发展需要,教育部最近提出了新文科建设要求,致力于文文交叉和文理交叉,这就要求在学习法理学的过程中,注重加强哲学、政治学、社会学、管理学、历史学以及计算机科学、数据科学、人工智能等学科理论和知识的学习研究,以更好地认识和应对诸多新兴的时代问题和法律挑战。因此,要学好法理学,就必须强化多学科的交叉兼容,包括对部门法学的法理学分析和应用性探讨,只有这样,法理学才会有现实根基和理论活力,法理学原理和知识也才会转化成指导司法实践的精神价值和理论能力。

第一编

本体论



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

第一章 法律的概念



法律故事

1944年,一个德国士兵私下里向他妻子说了一些他对希特勒及纳粹党其他领导人物不满的话。他的妻子在他长期离家服兵役期间“已投向另一个男子的怀抱”,并想除掉该士兵,就把他的言论报告给了当地的纳粹党头目。结果,该士兵遭到军事特别法庭的审讯,被判处死刑。经过短时期的囚禁后,该士兵未被处死,又被送到了前线。纳粹政权倒台后,他的妻子因设法使其丈夫遭到囚禁而被送上法庭。她的抗辩理由是:据当时有效的法律,她丈夫对她所说的关于希特勒及纳粹党的言论已构成犯罪。因此,当她告发她丈夫时并没有任何的“不法”行为,她仅仅是使一个罪犯归案受审。对这个案件,德国法院认为:妻子告发是导致丈夫自由被剥夺的原因,虽然丈夫是被法院以违法的理由宣判的,但是,这种法律“违背所有正常人的健全良知和正义观念”,因此该妻子要受到法律的制裁,而不能以这种“恶法”为由脱罪。后来,许多案件都采用了这种推理方式,如在有些案件中,法院明确宣布“完全否认人格价值和尊严的法律不能够被看作是法”。这就是纽伦堡审判中著名的“军妻谋杀案”。

法律是人类社会最基本的行为规范,人们的生活随时随地都与法律相联系,因为“法是人类生存必不可少的条件,否则混乱就会来临”^①。人们也从古代就开始了対法律の思考和制度设计,试图对法律进行必要的描述和界定。但是,要真正给“法律”下个定义,并揭示法律的本质,却不是个简单的事情。正像西方学者所指出的那样,“鉴于源源不息的法学文墨尽情流淌,致力于提供一个普世接受的法的定义,但却收效甚微”^②。不过,“法律”毕竟是法学领域内最基本、最基础的起始性概念,只有清楚了“法律”的概念,深入理解了“法律”的特征和本质,才能更好地学习法律、认识法律和运用法律。因此,探讨法律的含义、回答法律是什么,自然是十分必要而重要的。

① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第2—3页。

② [英]丹尼斯·劳埃德:《法理学》,许章润译,法律出版社2007年版,第25页。