

法理学与部门法哲学

FALIXUE YU BUMENFA ZHEXUE LILUN YANJIU 理论研究

主 编：孙育玮
齐延平
姚建宗

上海人民出版社

法理学与部门法哲学

FALIXUE YU BUMENFA ZHIXUE LILUN YANJIU

理论研究

主 编：孙育玮
齐延平
姚建宗
执行主编：孙育玮
副 主 编：蒋传光
刘 诚

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法理学与部门法哲学理论研究/孙育玮,齐延平,姚建宗主编. —上海:上海人民出版社,2008
ISBN 978-7-208-07981-6

I. 法... II. ①孙...②齐...③姚... III. ①法理学—理论研究②法哲学—理论研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 101875 号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 董一瑜

法理学与部门法哲学理论研究

孙育玮 齐延平 姚建宗 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海华业装璜印刷厂有限公司印刷

开本 890×1240 1/32 印张 16.75 插页 2 字数 396,000

2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-07981-6/D·1405

定价 30.00 元

序

自1978年党的十一届三中全会召开后,我在开始研究法治、人权、民主等宪政问题的同时,也在一直思考这样一个问题:哲学是人们有关世界观和认识论、方法论的一门学问;哲学的原理应当在自然界、人类社会和人们的思想中普遍存在和适用,当然在各种法律现象,包括法律规则、法律制度、法律行为和法律思想中也应当普遍存在和适用。否则,哲学将不成其为哲学。因此,我始终认为,在“法理学”之外,还应当有一个“法哲学”。法理学是指各种法律现象最普遍、最一般的概念、范畴、原理、原则和规律。现在国内几十种关于法理学的教材,大致就是它的主要内容和体系。法哲学则是各种法律现象中的唯物论和辩证法问题。它是介于哲学与法学之间的交叉学科。但如果是从“法学为体、哲学为用”,或者说内容是法律现象、形式是哲学原理这一视角看,法哲学更应当是属于法的理论中与法理学、法社会学、法伦理学、经济分析法学等并列的一个分支学科。我从来不认为法哲学在层次上高于法理学;两者应当是并列关系,甚至可以说,法理学更具有基础性。人们常对我说,你认为法哲学同法理学是有区别的,那你就得拿出一系列同法理学完全不同的范畴和一个全新的体系来。他们的看法当然有道理。多年来我也逐步形成了一个法哲学框架:它包括唯物论、认识论和辩证法、方法论两个部分。前者包括:法的两重性和基本矛盾、法与社会现象、法与法律意识、法证据的两重性、法规则的两重性、法推理的两重性、法的时空观等章。后者则包括:法的内容与形式、法的本质与现象、法的共性与个性、法的整体与部分、法的

应然与实然、法的秩序与自由、法的权利与义务、法的确定性与不确定性、法的稳定性与变动性、法的继承与扬弃、法的独立性与普遍联系、法的协调发展等章。这些章下均分若干节。人们大概可以看出,这样一些范畴和这样一个体系,同现在法理学界基本认同的、主要在各种教科书里体现出来的法理学的内容是根本不同的。其中权利与义务、秩序与自由等少数章目法理学中也有,但研究视角会有很大不同。快30年了,我只发表了10多篇相关论文,系统的专著也没有出来。这一方面是由于我的战线太长,有点顾不过来;另一方面,也是由于它有相当的难度,因为,它需要有古今中外大量的思想资料和立法例或案例作为它的内容。但我在今后的二三年内是决心要完成这本专著的。

有学者说,在西方,法理学和法哲学是一回事。但是,别人没有,我们就不能有吗?有一点倒是真的,只有当你真正拿出一本像样的专著来,才能为多数人所接受。还有学者说,你这可能是旧瓶装新酒。这个问题提得非常好。我正是因为有这种担心,才迟迟没有赶时间把它搞出来。但话又说回来,如果说辩证唯物论和唯物辩证法这只旧瓶子今天不怎么适用了,那倒不一定。按照我的经验,30多年来许多理论争鸣一些学者之所以失误,根本原因正是他们没有用好唯物论和辩证法。过去长期危害我国法学研究和法制建设的五个主义,即法学教条主义、法律经验主义、法律虚无主义、法律工具主义和法律实用主义,都可以从认识论和方法论上找到它们的错误根源。马克思主义的哲学是发展的,但其基本原理是不会过时的,否则它就不是“哲学”了。我也不认为哲学只能是马列这一派,其他哲学派别都是伪科学。因此,我支持运用其他合理的科学的哲学原理来建构多种多样的“法哲学”。对我来说,我信心不足的倒是担心没有好的“新酒”或勾兑不好。

有一般的“法哲学”,自然会有“部门法哲学”,即哲学世界观在

各部门法中的体现和运用。陈兴良的刑法哲学和徐国栋的民法哲学,在法学界的知名度是相当高的。四年前,我同樊崇义教授深谈时,他也极力主张有诉讼哲学,因而我们俩成了知交。张文显教授组织他的弟子们开展部门法哲学的研究,也已有不少成果问世。过去有文正邦、武步云、林喆、吕世伦等主张有不同于法理学的法哲学,但那时我还是感到有点孤独。而近几年的两次重要会议,却使我很受鼓舞。第一次是前几年教育部有关部门在海南博鳌召开过一次有9个法学重点研究基地主任参加的工作会议,同时举办一天学术研讨。这次学术会议的主题,就是部门法哲学问题。为此,徐显明和樊崇义教授还特意邀请我这个圈外人与会,谈了我的看法。第二次就是这回由上海师范大学召开的“法理学与部门法哲学研讨会”。参加这次研讨会的,不仅有法理学界的诸多名家,还有好几个部门法学方面的高手,盛况颇为难得。孙育玮教授又特意邀请我与会,并在会议结束时作了总结性发言。我在会上说,这两次会议是很有意义的,它们将会载入新中国法学发展史的史册。这次出版的这本书,就是这后一次会议的部分成果。

我坚信,法哲学和部门法哲学一定会慢慢茁壮成长起来,在法学的百花园里越来越鲜艳。

李步云

2008年4月4日

目 录

序	李步云/1
法理学的定位与使命	郭道晖/1
需要广泛深入开展法哲学研究	李步云/16
部门法哲学引论	
——属性和方法	张文显/19
法理学研究的一般特点及其功能	
——兼议法理学的新发展:部门法理学的崛起 ...	刘作翔/36
法理学与部门法学和部门法的发展	王晨光/56
简述法理学和法哲学的关系	
——广狭义法理学论	尤俊意/69
法律生活的哲学观照:法哲学的智慧	姚建宗/80
部门法法哲学的长成逻辑	
——兼论“部门法学”的学理化问题	谢 晖/102
关于我国“部门法哲学”研究的几个问题	孙育玮/121
“部门法哲学”还是“部门法理学”	周永坤/143
法理学的实践面向	
——以如何为部门法学提供知识基础为视角 ...	蒋传光/158
谈法学的研究方法	蒋晓伟/171

简论宪法学与若干相关学科的关系 莫纪宏/174

宪法中民营经济地位变迁与以人为本法理理念

——兼论法理学研究对部门法的价值 李瑜青/193

国家责任

——中国宪法学新的理论支点 石文龙/206

行政法哲学的核心问题:政府存在和运行的正当性

——兼论“政府法治论”的精髓和优势 杨海坤/219

走向社会公正的制度创新

——政府监管制度的法理学分析 马英娟/236

部门法学哲理化及其刑法思考 陈兴良/255

中国刑法哲学的发展方向 赵秉志 魏昌东/262

什么是民法哲学 徐国栋/282

部门法功能界限论略

——关于物权平等保护原则的法哲学探讨

..... 付子堂 李为颖/300

虚拟角度的罗马法人格拟制

——法哲学认识论变革对罗马法的重新诠释 ... 温晓莉/317

司法权的“中国”问题 葛洪义/351

宪政精神与刑事司法 韩 阳/362

论法哲学与司法实践的关系

——兼论司法推理的“哲学模式” 徐继强/384

法理学视野下的被害人补偿制度

——从如何救济被害人谈起 武玉红/404

论劳动者权益的三重保护机制

——社会法哲学视野下的法理思考 刘 诚/419

法人有限责任制度的新突破及其法理思考

——金融法对法学基础理论的发展与挑战 姜立文/436

反腐倡廉的法政治学思考 商红日/453

国际法发展中的人本主义倾向 饶戈平/464

西方马克思主义的一种经典解读

——柯尔施之法哲学思想述评 杨 力/469

附录

“法理学与部门法哲学”理论研讨会综述 齐延平/491

“法理学与部门法哲学理论研讨会”综述 ... 刘 诚 祝爱珍/501

中国法理学:走出抽象的象牙塔..... 徐继强 祝爱珍/507

《中国法学》“中国法学纪事”(节选) /518

后记 /519

法理学的定位与使命

郭道晖*

一、中国独有的问题——法理学、 法哲学与部门法哲学的区分

(一) 法哲学与法理学

在西方法学史上,法学作为独立的学科是从哲学、政治学分化出来的。早在古希腊、罗马时期,关于法的理念、理论,大都出自一些哲学思想家。正如 W·弗里特曼在《法律理论》中所指出的:

“十九世纪以前,法律理论基本上是哲学、宗教、伦理学或政治学家的副产品。大法律思想家主要是哲学家、僧侣、政治学家。从哲学家或政治学家的法律哲学向法学家的法律哲学的根本转变,还是距今不远的事实。这一转变伴随着一个法律研究、技术和专业训练巨大发展的时期。”^①

法哲学(philosophy of law,或 Legal philosophy)一词,也早于法理学,它源自近代德国的哲学,起初只是德国哲学的一个组成部分。最早使用法哲学一词的是德国哲学家莱布尼茨(Leibnitz)。以后黑格尔以《法哲学原理》作为书名的专著出版后,法哲学一词得到广泛使用。到奥斯丁《法理学范围》的出版,法理学才正式成

* 郭道晖,广州大学人权研究中心教授。

① W·弗里特曼:《法律理论》,英国伦敦史蒂文斯公司 1967 年版,第 4 页。

为一门独立的学科。

黑格尔将法哲学的研究对象界定为：“法哲学这一门科学，以法的理念，即法的概念及其现实化为对象。”^①英国牛津大学法理学教授赫伯特·哈特(Herbert L. A. Hart, 1907—)定义法哲学“是关于法律的普遍本质的思考”。他认为，法哲学同其他法学学科的区别是，法哲学是关于法律的思想，研究诸如法律定义和分析、法律推理、法律批评之类的问题；其他法律学科则是属于法律知识范畴。^②

至于法理学，拉丁语是 Jurisprudentia，原意是“法律的知识”。英语为 Jurisprudence。《牛津法律大辞典》对法理学一词列出了三种涵义，其中从边沁和奥斯丁开始得到比较广泛使用的一种是：

法理学是“作为最一般地研究法律的法律科学的一个分支，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。该词的这种涵义常常可与法律理论、法律科学(狭义上的)、法哲学等词相通”^③。

奥斯丁的名著《法理学或实在法哲学讲义》，以及美国法学家博登海默(E. Bodenheim)所著《法理学——法哲学及其方法》，在书名上也已标示法理学与法哲学二者是相通的。

从上引诸家对法理学与法哲学的界定，可以看出它们之间并无大区别。

① [德]黑格尔著，范阳、张企泰译：《法哲学原理》，商务印书馆 1995 年版，第 1 页。

② The Encyclopedia of Philosophy, The Macmillan Publishing Company & The Free Press, 1967, p. 567. 转引自林喆：《黑格尔的法权哲学》，复旦大学出版社 1999 年版，第 2 页。

③ [英]戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社 1988 年版，第 489 页“法理学”条。

我国法理学界现在强调法理学同法哲学的区别,我认为这只是我国独有的问题,它是基于我国通行的法理学教材脱胎于原有的“国家与法的理论”、“法学基础理论”,多是讲法是什么及其与外部现象的关系,限于法律基础知识的述说,大体上属于法学概论,缺乏对法的理念、法本体的机理的哲学思考和对法学思维方式的独特性的论述,而法哲学则侧重于后者。

所以,我认为当今我国法理学者的任务,应当是将驳杂的法学基础理论知识提升为穷究法之义理上来。不只阐述“什么是法、权利”等等,更在于回答“应当是什么”和“为什么”,在于提供认识、解答法学根本问题的思维方法。

当然,也可以存在两种法理学,即法律工作者的法理学和法理学家的法理学。前者注重现行法律、法治的义理;后者侧重阐释法学的“根本难题”,乃至形成学派。

(二) 部门法学与部门法哲学

至于部门法哲学,我认为也只是当今中国法学界特有的问题,其产生的背景也是基于过去我国的部门法学的法理基础较薄弱,才使得有的部门法学家分化出来,去专门研究部门法深层次的法理。其实,部门法学要真正成为一门“学”,就应当具有哲理性,提升其法理层次;否则就只会是培养部门法专业技术匠人的课程。我希望所谓“部门法哲学”及其成果能融入部门法学和法理学(法哲学)之中。

二、法理学对部门法学的互动关系

下文所论法理学与部门法学的关系,是就法理学和法哲学统而言之,即包括法哲学的大法理学,不作细分。不过,可以认为法哲学更具形而上的思辨性。

(一) 法理学与部门法学的差别及其作用的限度

通常,人们认为法理学应当对部门法学起理论指导作用。但由于中国的法理学的起步很低,而部门法学对它却有较高的期待,这是一个难以克服的矛盾。以致不只部门法学、也包括法律实务部门,对我国法理学界有些失望和非议。不过,窃以为,如果我们对法理学的对象范围、特性及其局限性有所共识,同时对改革开放以来我国法理学界披荆斩棘的艰难及其在总体上对推进我国法学与法治的贡献,这个矛盾也不是不可以得到谅解和缓解。

正如德国法哲学家考夫曼(Arthur Kaufmann, 1923—2001)所说,法哲学的对象是:“法律的根本问题、法律的根本难题;对此以哲学方式反思、讨论,且可能的话,加以解答。”“法律哲学并不局限于现行法范围内,而是对现行法采取超越体制的立场。”^①它着重于从宏观上、整体视角上观察和研究法与法律现象,从法学世界观和方法论上追问其本体、本源、本质和理念、价值。而部门法学则多侧重于该部门的微观与法条技术层面。从这个意义上说,法理学或法哲学可以用它高屋建瓴的思想理论,帮助部门法学摆脱技术“匠人”思维习惯的局限,扩大其学术视野与思维方式,提升部门法学的理论基础。近年来部门法学界学者撰写的刑法哲学、民事法律哲学、宪法哲学以及行政法的“平衡论”等等论著,都可以说同法理学、法哲学有源流关系。

法理学可以对部门法学的某些“根本难题”提供一些基本的理论支持,但是,它并不能包医百病,其诊断与解释能力是有限的。法理学特别是五花八门的各法学学派的法哲学思想与理论,像康德、黑格尔那样极其抽象思辨的法哲学,并非为部门法学而生,自

① [德]考夫曼著,刘幸义等译:《法理学》,法律出版社2004年版,第10页。

有其天马行空、孤芳自赏的独家领地。法理学或法哲学也是一个独立的法学部门,是与部门法学并存的,有其不同的学术分工,其思想理论并不都对部门法学有什么直接的指引作用。因此,不当因法哲学中那些形而上的玄妙理论对部门法学无用,就否定其存在的价值。

部门法学也不是全依赖法理学来为它排忧解难。毋宁说,部门法学许多具体问题更多借重于社会学、政治学、经济学、伦理学等等,特别是直接面对社会实际。

所以,法理学不要自命不凡,它不是部门法学之上的法学,倒是应源于其中和超然其外:最初法理学的一些范畴(如权利)就是源于罗马私法。法理学应当多向部门法学习,力图依托并贯注于部门法学之中;并为部门法哲学提供一般理论基础。

一个完全不懂部门法学的法理学家一定是无源之水;一个没有法理学、法哲学知识与思维的人,也不可能成为该部门法学的专家。

如有的学者所言,部门法学也不要对法理学有过分的“实用化期待”,倒应当多从法理学提供的法哲理中汲取营养。如德国法理学家魏德士指出的:“法学和法学家的历史表明:纯粹的法律技术对法律和社会是危险的。只有那些对法的基础和作用方式以及对可能引起法适用的原因和适用方法后果有所了解并对其思考的人,才能在法律职业的领域内尽到职责的要求。”^①曾任美国首席法官的霍尔姆斯在所著《法律的道路》一书中,也指出法理学是一个成功的律师和法官所必备的一项知识。他认为将一个案例归纳出一条规则的任何努力,都是一种法理学的工作。法官应该较高的法理学知识,运用法律基本原理、基本精神来解决现

① 魏德士:《法理学》,中译本德文版序言,第1页。

实中各种复杂问题,因为法律不可能对每一特殊情况作出具体规定。^①

不过,法理学在总体视野上又要超越部门法学之外:部门法学的对象一般是实然法,它们较侧重于在体制内论证,一般不图突破现行体制;反之,法哲学并不局限于现行法范围内,而是对现行法采取超越体制的立场。^②它具有对现行法律和法治以及法学思想进行批判性地反思的使命。“它所探究者不限于现行法(原则上也是超体制地思辨),它也想探究何谓‘正当法’。”^③“法哲学强调对法的理性的再思考,它涉及的是法‘应当如何’”。^④再则,部门法学者较多从某一部门专业知识领域立论,而法理学则从法的整合知识上、真理的整体性上作探究。这样,法理学能为部门法学提供法的最高理念与核心价值体系和价值选择标准。

也可以有两类法理学,即魏德士所谓“法律工作者的法理学与法理学家、法哲学家们的法理学”。前者注重法律制度与法治运行中宏观基础理论的阐释,更多切近国家制度、社会制度与法律制度的互动关系,作为其观察与思考的出发点,属于实用哲学的一部分。这种法理学可原则性地实用成分居多,现今我国的法理学教科书大多属于这一类;后者注重追问和探求法的理念和本质问题,可以归入法哲学范畴,往往因此而形成独立的学派。其对部门法学,只能在抽象思维方式上有启迪意义。

总体上说,法理学和法哲学不要停留在阐释知识性的“是什么”,而要提升到追问哲理性的“为什么”。

① 转引自徐爱国:《霍姆斯〈法律的道路〉论释》,《中外法学》1997年第4期。

②③ [德]考夫曼著,刘幸义等译:《法理学》,法律出版社2004年版,第10页。

④ [德]伯恩·魏德士著,丁小春、吴越译:《法理学》,法律出版社2003年版,第9页。

(二) 我国法理学为部门法学提供了什么?

上面所论是法理学与部门法学的一般关系。至于谈到我国的法理学状况,还有某些特殊性。这主要是基于我国处于无法无天的“文革”之后和社会转型时期,法学特别是法理学所处的政治、社会以及学术环境,导致法理学承担了某些额外任务,也发挥了特殊作用。

1. 披荆斩棘、遮风挡雨

改革开放以来,由于以阶级斗争为纲的极左阴魂还不时飘游于法学的上空,法理学首当其冲,处境维艰。它承担起为法学包括部门法学披荆斩棘、遮风挡雨、扫清法学前进道路障碍的任务。正如魏德士所指出的:“人们对法哲学和法理学深入且全面的思考,是紧跟社会灾难、制度危机和政治变革。因此,法理学也是处理法学、社会制度与政治制度的新的局势的工具。”^①“研究法律和从事法律工作是一种也要承担政治与道德责任的行为。”^②我国法理学界就充当了这样的工具,担当了这方面的使命和政治责任。

改革开放初期,法理学界展开了关于民主与法制、人治与法治、党的政策与国家法律、法的阶级性与共同性、适用法律与立法上人人平等……等问题的大讨论,旨在拨乱反正,廓清建国以来加在法学思想上的迷雾,初步普及了法学的 ABC 常识,确立了法学作为一个独立学科的地位。

不过,随之而来的所谓“清理精神污染”和 89 风波后的所谓“反资产阶级自由化”,法学界又面临劫难。政法界的领导人放言“法学界资产阶级自由化思潮严重泛滥”,其在法学界极个别的随从也应声附和,把法理学批得一无是处。诸如:讲“法有共同性”被

① [德]伯恩·魏德士著,丁小春、吴越译:《法理学》,法律出版社 2003 年版,第 17 页。

② 同上书,第 260 页。

批为“否定阶级性”；主张“无罪推定”，则是“主观唯心论”和“精神污染”；主张“不应把法制当成‘刀把子’”、“社会主义法不应只是统治阶级意志的体现”，被批判为“否定无产阶级专政”；说“法有公私之分”，就是鼓吹“私有化”；提“争民主”就是要“复辟资本主义”；讲“人权”，就斥之为“资产阶级口号”；主张“法应以权利为本位”，就是“宣扬个人主义”，甚至“实际上是为动乱口号提供学术论证”；而倡言法学要现代化也被批为“搞西化阴谋”；主张法学要更新变革，则是“为资产阶级自由化扫清道路”；诸如此类，不一而足。

面对这些横蛮的指责，法理学界一些有识之士奋起抵制：针对所谓“不能低估法学界严重泛滥的自由化思潮”，毅然指出“更不能高估！”他们高举捍卫学术自由、维护双百方针的旗帜，突破我国政法界极左思潮的禁锢，挑战前苏联法学的教条，在《中国法学》和《法学研究》以及上海《法学》、《政治与法律》等期刊上展开上述问题的争鸣和辩驳，使那些重新泛起的极左沉渣和专横的打压未能得逞，为我国法学的继续前进起了遮风挡雨的作用。^①当然，部门法学者也共同参与其中，并非法理学界独打天下。

时至今日，这种作用仍未消失。最近《法学》月刊第7期上发表崔敏教授的《为什么检察制度屡受质疑》一文，就是为护卫学术自由和法学尊严而发。^②

2. 解放思想，法学启蒙

我国的法学曾受讥为“幼稚的法学”，这一评价，以之描述上世

① 详见郭道晖：《几番风雨话办刊》，载郭道晖、李步云、郝铁川主编：《当代中国法学争鸣实录》，湖南人民出版社1998年版，第349—359页，并参阅该书最后部分“曲径通幽——法学争鸣的深化”全部文章。

② 中国公安大学教授崔敏原为著名的法理学家，现为诉讼法学家。他这篇文章是针对《中国法学》2007年第2期发表的《关于中国检察制度的若干问题》一文。该文最后一节专门从政治上追究持不同观点的学者“不端正的动机目的”，崔文认为它有违双百方针与保障学术自由的精神。