



当代理论法学精义系列



比较法学

BIJIAO FAXUE



周世中 著



 中国人民大学出版社

IA_w

当代理论法学精义系列

比较法学

BIJIAO FAXUE

周世中 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法学 / 周世中著.
北京: 中国人民大学出版社, 2010
(当代理论法学精义系列)
ISBN 978-7-300-11710-2

I. ①比…
II. ①周…
III. ①比较法学-研究
IV. ①D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 077365 号

当代理论法学精义系列

比较法学

周世中 著

Bijiao Faxue

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	三河汇鑫印务有限公司		
规 格	185mm×260mm 16 开本	版 次	2010 年 6 月第 1 版
印 张	20 插页 2	印 次	2010 年 6 月第 1 次印刷
字 数	411 000	定 价	29.80 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

当代理论法学精义系列

学术顾问（以姓氏笔画为序）：

吕世伦 孙国华 李 龙 李步云 郭道晖

编审委员会（以姓氏笔画为序）：

文正邦 刘旺洪 刘作翔 张德森 周世中

陈金钊 胡玉鸿 姚建宗 钱弘道

代序

当代理论法学的前提性问题

法学，有理论法学和应用法学之分。无疑，理论法学应当包括法史学；不过，鉴于法史学以“史”为特征，而且外延广阔（中外法律思想史与中外法制史），内容丰盈，所以通常做法是将其作为单独部分而从理论法学中剥离开来，并与理论法学相并列。这样看待法理与法史的学科关系确实不无道理。然而，当前法理学乃至整个理论法学面临着怎样的问题？回答也许是多样的。但我以为在整体上，理论法学的前提性问题包括法学思维范式、法学思潮及相关学科之间的关系问题需要我们格外的重视。

这个“代序”运作的结构逻辑是，从我国理论法学的现状出发，以法学思维范式为核心，结合与此核心紧密相关的法学思潮，最终落脚于理论法学诸学科的建设。其中，法学思维范式是内在主导性的核心要素，而法学思潮与理论法学诸学科是外在形式或载体。毋庸赘言，一种法学思维范式的流行，源自于社会中的法律共同体内，包括法学家个人，对“法律是什么”的观点的思考和接受。但是，一种法学思维范式要形成法学思潮和一门法学学科，则非单个学者个人所能为力的。乍然看来，谈及的这些问题皆为人们耳熟能详、不言而喻的前提性的常识，没有什么值得认真对待的。可是，仔细加以琢磨，却不是这么回事。与持有此种成见者截然相反，越是前提性“常识”，就越需要弄个明白。这样才能够正确和深刻地对面临的理论法学予以思考，进而付诸建设的行动。

一、问题的提出

当代科学发展的大趋势，有两个方面并行不悖的特征：其一是研究的学科愈益走向精细；其二是学科与学科之间的关系愈益因边缘重叠而相互交错，每个学科均不存在绝对的独立性。但这丝毫不意味着，学科之间没有适当的分工。反之，这种分工对于确定科研的对象范围和研究的深入都是有利的。其次，再就科学教育而言，也需要按照受教育者的情况，就相关学科，由浅入深，从基础学科到应用学

科,或者先由应用学科入手再提升到基础学科,这样分步骤地进行。如果忽视科学教育的规律,不顾学科间的区分,就难免造成混乱,难能期望获得良好的效果。

法学作为科学的门类之一,亦无例外。就迄止目前的法学研究和法学教育的总体状况来看,应用法学(部门法学)方面做得较好;相形之下,理论法学就不太令人满意。其集中表现首先在于,除法史学(法律思想史与法制史)以外,整个理论法学大体上尚处于没有严格学科区分的芜杂状态。最刺目的是,“法理学”几乎囊括一切理论法学的各学科,简直成了“理论法学”的替身。这就难免导致孔子所说的那样“名不正,言不顺”了。名不正,“法理学”所讲的内容,大多不属于它所研究的范围;而属于它研究范围的东西却又讲得肤浅。言不顺,缘于“法理学”缺少自己相对确定的内容范围和理论体系,任意性太大。显而易见,这不仅极大地妨碍理论法学诸学科(含法理学)的深化,更影响到普遍当做大学法学理论基础学科的法理学本身的教学效果。一直以来,法理学的教师觉得这门课不好讲,而学生更觉得这门课难以掌握——两个方面都是“言不顺”的。

各理论法学学科间的混淆还表现在:把法理学与法哲学甚至法社会学当成同义语,相互替代。很长时期,先是西方进而国内,法理学与法哲学两者的混用已经成为惯常的现象。美国的一位综合法学代表人物 E. 博登海默撰写、在我国备受关注的《法理学——法哲学及其方法》,在书名中就把法理学与法哲学等同起来。又如,2007 年夏,几个不乏影响力的法学研究单位联合主办的学术会议,叫做“法理学与部门法哲学理论研讨会”。这里的“法理学”显然指法哲学。因为,与“部门法哲学”相对应的当是法哲学(总论),而非法理学;从实证法学的意义上说,与法理学相对应的是部门法学。再者,随着法社会学的兴旺繁荣,在西方(部分在我国)又出现法社会学统摄法哲学和法理学的现象。早在 20 世纪 80 年代,我阅读过一部日文版的《法社会学》著作,该书最后附列的长达百余页的“法社会学文献”中,绝大部分篇目,属于法哲学与法理学,而严格意义上的法社会学的文献则比例甚小。在欧美,类似情况亦到处可见。

为了消除可能的误解,有必要说明,强调理论法学诸学科的特定研究范围,并不否认它们之间的关联性。如同研究生理学不能不涉及生物学、物理学、化学等一样,理论法学的研究者尽管其研究对象具有特定范围,但也常常要对别的学科予以观照,甚至进行交叉研究。这是思维的延展性及学科间的相关性决定的,因而是正常现象。但它与学科之间的混同与替代是两码事。

顺便提一下,近年来国内出版界推出的法学书籍已是琳琅满目。但绝大多数是应用学科方面的,刑法、民商法和行政法领域的,尤为突出。比较一下,除了名为“法理学”的书籍之外,其余理论法学诸学科的著作寥若晨星。绝非夸张地说,现今亟须正其名和顺其言的,不单纯是法理学一个学科,而是涉及整个理论法学科学体系的举足轻重的问题。

二、法学思维范式

那么,建构科学的理论法学体系,应从哪里着手呢?在法学界对此肯定会有不同的思路和回答。但是,无论如何都不应忽略法学思维范式这个核心,特别是不应忽略将法学思维范式转变为法律、法律论据与法律实践的思考和表达方式。

范式是比基本理论更复杂、更特别的概念结构。^①所谓法学思维范式,指基于一定的视角与视阈,考察、理解和研究法现象的各种模型(式)。美国学者 T. 库恩(Kuhn)在《科学革命的结构》(1962)一书中指出:科学界总不免受一种流行的范式(Paradigm)所支配。此范式指导和决定着问题、数据和理论的选择,进而形成一种学科。可是,当科学家们对于既存学科思维范式的正确性产生疑问或动摇时,该范式便会面临危机。在这种情况下,他们就会追求或创造一个新的范式,随之可能逐渐地形成一个新学科。库恩关于科学思维范式的论断,也适用于法学。如果说,在库恩那里,范式通常是指那些公认的科学成就,它们在一段时间里为科学共同体提供典型的问题和解答^②;那么,在法学家看来,法学思维范式就是指一种有特色的、相对确定的法律研究方式,它们在一段时间里,同样要为法律共同体提供典型的问题和解答。美国法学家 H. J. 伯尔曼的《法律与革命——西方法律传统的形成》和美国宪法学家 L. H. 却伯的《弯曲的宪法空间:法律人能够从现代物理学中学到什么》等论著中,都接受并成功地运用库恩的“范式”观点。^③

① 中国法学界给出的“范式”概念之列举可概括为三类:一是苏力所说,“所谓范式,大致可以说是指获得了一批坚定拥护者的‘学术共同体’,同时又为某个领域提供了比较稳定且有待解决的一组核心问题、解决问题的基本进路和共享的研究成果”。二是梁治平所说,“范式概念指历史学家自觉地或不自觉地引以为据的一套不容置疑的理论或信念,这套理论或者信念支配了历史学家的工作,决定了他们提问的方式乃至最后的结论。……范式不仅包含方法,也可能包含意识形态因素;范式可以有层次上的差别,其内容可能部分地重叠,而不同的范式可以并存。”三是张文显等论者所说,“把权利本位概括为法哲学研究范式”,并对其主张的“权利本位范式”与“阶级斗争范式”之间的论争做了论证。在邓正来先生看来,这三种范式概念,不仅信奉某套相同的不容置疑的前设或信念、采用某种相同的视角(或方法),而且,基本上同属一个学派或理论模式的学者共同体。参见邓正来:《中国法学向何处去》,39~46页,北京,商务印书馆,2006。

② 参见[美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,(序)4页,北京,北京大学出版社,2003。

③ 例如,《法律与革命》一书的作者伯尔曼就认为:在西方法律中,像在西方科学中一样,预先假定,材料即“已知的”东西(条件)将发生变化;这些变化将被吸收到现存的制度或范例中去;如果它们不被吸收,则将作为异常之物而被接受,但如果它们中不能被吸收的数量过多,那么该制度本身某些方面便需要巨大的改革。参见[美]哈德罗·J·伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,35~36页,北京,中国大百科全书出版社,1993。却伯教授承认自己“在某种程度上受到托马斯·库恩在其开创性著作中关于范式探讨的启发”,但他更相信对物理学中某些发展的反思能够帮助我们得到法律推理与宪法分析的新范式,从而使这些“变革中的法律范式”能够丰富我们对社会与法律议题的理解。参见[美]却伯等:《哈佛法律评论·宪法学精粹》,张千帆组织编译,439~442页,443页注[11],北京,法律出版社,2005。

对于法学思维范式的功能和作用，我们可以从以下三个方面来加以理解：（1）法学思维范式有助于组织和阐释材料，决定某个观察是否具有适用性。在大多数的情况下，法学思维范式是解释法律行为的一种开始、一种标准、一种态度、一种方法、一种概念性框架。据此，法学思维范式不需要全部排斥其他学说、框架或理论，而是将其他学说、框架或理论的信息针对相关研究者的问题进行筛选，且以相关的格式组织起来。事实上，库恩的“范式”概念正是这样使用的：科学家是通过“范式”产生知识的。因此，法学思维范式是“法律是什么”这一问题得以理解的概念架构，所有的关于“法律是什么”的理解都发生在法学思维范式这一框架之内。（2）法学思维范式有助于深化人们对法律的认识和预期。一般而言，“范式”用之于所发生事情的相关信息和对重要关系事件的确认，会使研究者运用推导方式来预测未来的事件。范式适用于这一方面的能力不等，既可用于高度具体的事物也可适用于相对普遍的事项。法学思维范式意味着要尝试将法律理解为一种表达“实践”或形式，一种人类行动的结果。只有将法律过程理解为一种实践，它处于人类行动中，法学思维范式才能展开它的解释性功能。实际上，在我们的现代生活中，是法律（制定法）首先给了我们有关具体的应然规范（如法律应有的权威、法律应有的效力）的思维。正是这种思维使我们建立起人类生活与法律规范之间的互动联系。因此，如果一种法学思维范式不能提供典型的、应然的法律规范与人类生活的问题和解答，这就意味着我们的法学思维需要一种“变革中的法律范式”，或进行“法律范式的选择”。正如库恩在《科学革命的结构》一书中所说的那样：“范式改变的确使科学家对他们研究所及的世界的看法变了。”^④ 同样的，法学思维范式的改变也的确使法学家对他们研究所及的世界的看法变了。（3）法学思维范式有助于法律理论的创新，提供解决现实法律问题的思维路径和分析模型。“一个完整的法律理论大体是社会理论，但是它将考虑其他法律行为人所主张的社会结构和价值观。”^⑤ 如此说来，法律理论旨在解释法现象。然而，传统的法律理论和批判方法，都未能充分地解释法律背景下的人类行为是如何在社会中建构起来的。法学思维范式并不如此，法学思维范式旨在说明法律关系与可能富有理论成果的研究途径。它是思维范式在法律理论中的一种新的表现形式与存在形式，其认识论意义是为了揭示法律结论与研究途径之间的内在联系。法律理论与法学思维范式之间的最主要的区别就在于，法律理论并不需要说明某一结论得来的思维路径，而法学思维范式却向人们展示了这种思维路径。虽然法律领域中的理论革命的最初发生可能往往只是一种现实性的需要，但它的最终完成却是与思维范式的转换分不开的。正是在此意义上，

④ [美] 托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，101页，北京，北京大学出版社，2003。

⑤ [美] 劳伦斯·M·弗里德曼：《法律制度——从社会科学角度观察》，李琼英、林欣译，189页，北京，中国政法大学出版社，2004。

法学思维范式意味着既要努力超越对法律自身的理解，从而表达在法律实践和制度当中更为丰富的内涵；也要超越对法律理论直接的工具性的后果，揭示法律实践中体现的政治和社会秩序生活中的推断，从而使我们法律思维的想象力得以释放，并且获得我们所面临的情形之内的改革可能性。

法学思维范式的内涵，有三个环节：

1. 法之前见 (preconception)，即法学研究主体已形成的法律观，其中主要是法的本体与价值上的见解，以及由此而对自己选定主题的基本思考。研究主体的法之前见是他或他们进行法学思维的理论基础、出发点和对于法学的创新或倒退，因而有决定性意义。不论何种法学思维范式都不是哪个人凭空地从头脑中冒出来的，而必然是在前人和外域的影响下，经过长年累月、艰苦曲折的努力的结晶。后现代法学派也认为，跨学科的比较带来了对“前见”的更为清晰的认知，而正是对此类潜在知识的挖掘往往创造了选择与知识进步的可能性。就这一点言之，后现代派法哲学家的论证是极具说服力的。当然，这完全不意味着在相同或相类似的社会历史传统和现实社会环境之下，人们的法之前见都相同或相近。恰恰相反，人是能动的。一个或一批法学家，并不因为面临相同或相似的客观时空条件而都怀持同样的想法。实际情况是，每位学者缘于具体处境、机遇及种种偶然因素，在其主观上会形成彼此相异甚至对立的反应和成见。就像我们已知晓的，各法学流派之间，进而各派别内部不同代表人物之间，他们的思想进路常常存在着程度不等的距离。准确些说，这种矛盾的必然，对于法学思维范式非但不是坏事而是好事。因为，它推动着每种范式自身的完善，促使新范式的产生，淘汰过时的旧范式，如此等等。这就是“百花齐放，百家争鸣”的裨益在法学领域中的显现。^⑥

2. 法学方法。根据共识，方法的基本含义即思考和行动的手段或工具。而法学方法是指，为实现法学理论创新的目的，以研究主体的法之前见为起点，所运用的手段或工具——它体现于展开与推进法之前见的过程。现代解释学的理论也证明，任何解释或理解都包含了前见的解释或理解。这个意义上所讲的法学方法，包括能够运用到法学思维过程中的一切方法，而限于法学独有的方法。

按照应用的范围，法学方法有广狭之不同。首先，作为世界观的法学方法，是以基本哲学观点来理解与分析法现象的方法（如唯物辩证法）。因为这种方法适用于看待万事万物，当然也适用于法。例如，探讨法现象究竟是物质还是精神，法与生产力、经济基础、地理环境是何种关系，法与宗教、道德、风俗习惯是何种关系

^⑥ 据邓正来先生的判断，自1978年改革开放始，中国法学基本上是通过“专政与权利”、“逻辑与社会”、“国家与革命”和“移植与本土”这四大彼此纠缠在一起的论争而逐渐展现自身的。在这四大论争中，较有影响力的乃是“权利本位论”、“法条主义”、“本土资源论”和“法律文化论”这几种理论模式，基本上为所谓现代化范式所支配。参见邓正来：《中国法学向何处去》，50～81页，北京，商务印书馆，2006。在作者看来，上述四种“法学”理论模式的概括，并受现代化范式所支配的表达，正是“百花齐放，百家争鸣”裨益在中国法学领域中的显现。

之类问题,就离不开这种方法。这是宏观的法学方法。其次,作为研究法现象的一般方法,比如探讨法的产生、发展及其前景的规律,法的精神,法的基本原则,法的全球化之类的问题。这是中观的法学方法。最后,作为实践性法现象的法学方法。这是指在立法、执法、司法运行中采用的方法,包括法律程序和法定的技术规程,其共同特点是具有操作性。这是微观的法学方法。

对于法学方法的功能和作用,我们可以从以下几方面来认识:(1)按照微观的法学方法论,法学方法应有利于平等对待与法的安定性。法律适用者有义务首先说明其用来评价事实的一般法律规范。如果缺乏法律规范,法官在法律续造的时候就有义务自己采用一个规则。该规则不能只适用于正在经手的案件,而且应当具备一般性和普遍性。如果出现类似案件,原则上法院有义务适用早先所采用的规则。^⑦(2)按照中观的法学方法论,法学方法应有利于权力分立,也就是国家权力的分配及其透明度。这一问题意味着,要防止司法披着“解释”的外衣,篡夺立法的功能。法学方法有利于法治国家属性的实现。美国法学家富勒曾用“法的内在道德性”来强调法的规则特征。这一概念也涉及法治国家原则的要素,其中包括以下法律规定:法律规范是一般性表达的规则,而不只涉及个别案例;国家机关根据这些规则对待任何人;规则为公众所知晓;规则长期而稳定;从理论上,规则自身具有内部的协调性;任何人都只能在规则的范围内尽力而为。对富勒而言,“法的内在道德性”具有自身价值,但是,如果没有法学方法,这种价值就得不到保持。^⑧(3)按照宏观的法学方法论,法学方法对于法学思维范式而言,往往有决定性意义。就是说,研究主体既定的法之前见和确定的主题思想,最终能否创造出理想的产品,关键就在于采用的方法是否得当。当代德国著名的法理学家伯恩·魏德士曾说,“法律工作者在认识了他们在制度转变期间及其后所发挥的作用之后,不得不在法学和司法实践中进行方法上的反省。由于规范体系的复杂性和方法工具的多样性,就有必要通过添加与解释来适应世界观的变化。这表明,非历史和非政治的方法论是不切实际的”^⑨。

^⑦ 在当代德国法学家魏德士看来,法学方法还要求法官公开其法律适用的步骤。这一点是必要的,否则将完全不知道法官为什么对某一事实适用某一法律规范。只有这样才能检验法官是否在事实上对同样的案件也作出了相同的裁判。为了达到这样的目的,法学方法论最终要求在用以判决的前提(法律和规则)与法官的推论之间存在一个可检验的推导关系。此处,法学方法还有利于对法院裁决进行批判性讨论,使议会(立法机关)关于适用于待解决的社会事实的相关规则的讨论在另外层面上继续进行。参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,292~293页,北京,法律出版社,2003。

^⑧ 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,292、294页,北京,法律出版社,2003。

^⑨ 虽然,“大多数关于法理学和方法论的文献都在很大程度上表现出非历史性、非政治性”,然而,这种“危险的”非历史性和非政治性的法律适用的“幻想”,其共同之处在于试图将解释者的主观价值转换为科学确定的客观的法律内容。人们很少以批判的眼光去分析这种在学术研究和实践中根深蒂固的论证模式。因此,不难理解,即使最高级别的联邦法院的司法实践对法学方法的意识也非常有限。参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,290~302页,北京,法律出版社,2003。由于法理学对现实的法学和法律实践具有重要作用,所以,法理学是否有必要,完全取决于法律工作者是否想知道他们要做什么,或者说是否有意无意地迷失方向。这又涉及法律工作者对自身的认识。参见上述魏德士《法理学》一书,24~25页。

由法的性质所决定，法学方法亦有双重性质：一方面是客观性。就是说，任何一种法学方法都不是主体随心所欲杜撰的产物。它或者借鉴前人和外域的成就，或者经过潜心地总结自己实践经验之体悟而形成，总之都有现实的根据。另一方面是主观性。不言而喻，不论创造法学方法或运用法学方法，都离不开主体的思维。从总体上说，将法学方法放在法学思维范式的研究范围内是很妥当的，对法理学和法哲学的一般原理会有所贡献，因为从本质上说它所涉及的是思维模式问题，而不只限于法律专业或法律职业领域中的问题、原则与规则。

3. 独创的成果。法之前见随各研究者而不同，这确定了主题的精神意蕴也不同，相应的研究方法更不能尽然相同。这些不同就决定了，每个人所进行的论证、论据和最后的论点肯定会各有其独具的创意。虽然某些创意并不那么鲜明、充分、完整和有说服力，甚至可能被视为谬误，但终究还是拥有独具特色的见解。在文风上，这同抄袭、模仿和变相的人云亦云的做法相比，总是值得倡导的。这一点对于我们的法学教育和年轻法学家的培养，均不失为一件至关重要的大事。

三、法学思潮与理论法学诸学科的形成

两千多年的法学发展，尤其近现代以来的历史，呈现出一个亟待关注与追索的规律性现象，即法学思潮。在中国古代，对于法的思考范式影响最大者，莫过于法家学派和儒家学派分别代表的两大主流观点。^⑩ 在外域，西方人对法的考察视角主要是由自然法学、分析实证主义法学、社会学法学所代表的主流观点。某一特定时代的法学所应用的技术即方法，一定会给法学的思维风格打上烙印。当然，这种思维风格也会受到很多法的情况和法之外的情况的制约。更为重要的是，某种法学思维范式，一旦唤起较多的法学家的趋向，在或长或短的时期内，经过这些人群内部的相互切磋、整合和加工提炼，外部的批判与订正、认同与补充，以及时间与空间的考验，往往要凝聚成为一股强弱不等的法学思潮。

在这股思潮中，若达到相对稳定状态，主要的理论观点较为一致，并有若干公认的权威性的代表人物，那么就成为一个法学流派。通常，一个理论法学学科，正是某个法学思潮或法学流派的主要理论观点之系统化的产物。

为了具体地印证法学思潮如何创造理论法学诸学科，颇值得耗费点笔墨。话先由现代西方三大法学主流派谈起。

(1) 自然法学思潮。它以价值为法之前见，采取判断或评价的演绎方法，推导和解读法概念和理论体系。概括地说，其主要表现是：古希腊学者认为法是社会化的“自然”；中世纪经院学者认为法是神的意志；17~18世纪启蒙思想家认为法是

^⑩ 参见吕世伦主编：《法的真善美：法美学初探》，1页，北京，法律出版社，2004。

人的先验理性；19 世纪的康德、黑格尔为代表的德国古典法哲学认为法是自由的定在；现代自然法学家认为法是社会理性。到目前为止，这股历史最为悠久而又阵容强大的思潮，先后缔造了法哲学与法伦理学两门学科。

(2) 分析实证主义法学思潮。它以规范（法律）为法之前见，采取规范的实证分析，尤其是形式逻辑的方法，推导和解读法概念和理论体系。此种思潮发展过程亦可追溯至古代：第一阶段，依次有古罗马法学家的注释法学，中世纪波伦亚学派对罗马法的注释和评论，19 世纪初法兰西、比利时等国法学家对拿破仑民法典的注释。第二阶段，以 J. 边沁、A. 奥斯丁为代表的英美分析法学和德国实证主义法学（概念法学）。第三阶段，20 世纪的原有两大派别，即一是奥地利 H. 凯尔森和 A. 维德罗斯，以及 J. 孔兹等德国学者倡导的纯粹法学或规范法学；二是英国的 H. L. A. 哈特及 J. 拉兹等倡导的新分析法学。分析实证主义法学思潮缔造了纯粹意义上的法理学。这最先归功于奥斯丁与凯尔森；哈特以其特有的“规则说”有力地充实着该学科，但他主张的“最低限度的道德”观点却减损法理学的纯粹性；至于近期英国的 N. 麦考密克和奥地利的 A. 魏因伯格，虽然不无道理地把法理学推向制度研究方向（即制度法学），但受到综合法学的影响，过多地吸纳自然法学，特别是社会学法学的成分，使法理学的纯粹性大为淡化。

(3) 社会学法学思潮。它以社会事实为法之前见，采取社会学的归纳方法，推导和解读法概念和理论体系。与前两股思潮相比较，社会学法学思潮非常年轻，是 19 世纪末的产物。但其成长的气势异常迅猛，短短的几十年间便变成实力最大的法学思潮。其矛头所向，是分析实证主义传统。社会学法学思潮，分为欧洲和美国两大部分。首先是欧洲社会学法学思潮。它直接以 A. 孔德的实证主义社会学为理论基础，在其发展过程中，法社会学家的功绩甚为突出。社会学法学思潮的最初形态，是 R. Von. 耶林的目的法学及 O. F. Von. 祁克的学说。后继者有 Ph. 赫克的利益法学，强调社会利益与权利的分配；而 E. 艾利希和 H. 康特洛维奇的自由法学，则转向法官的行为而突出“活法”。最终，杰出的社会学家 M. 韦伯完善了德国社会学法学体系。在法国，社会学家 E. 涂尔干（又译杜尔克姆）与弟子 L. 狄骥，创立社会连带主义法学。20 世纪上半期，在北欧形成的以瑞典 A. 哈格斯特利姆为首的斯堪的那维亚法学派即乌普萨拉法学派，提出现实主义法学，同美国现实主义法学思潮遥相呼应。其次是美国社会学法学思潮。它以联邦法院大法官 O. 霍姆斯的实用主义法学为开端和主导，追随者有 N. 卡多佐、R. 庞德诸人。庞德绕开实用主义的某些片面性，建立了较全面和稳重的社会学法学体系。但不久，以 K. 卢埃林、J. N. 弗兰克等一大批年轻学者，附和罗斯福的“新政”，提倡“法律改革”，轰然呈现一股强大的现实主义法律运动，并且很快在高校法学教育中居于支配地位，成为“官方法学”。他们以霍姆斯的重经验轻逻辑、法律预测说及自由法学上的“活法”说，同时吸取一些非理性的心理学法律观，而强调执法行为，尤其法官行为就

是法。现实主义法律运动的某些方面固然抓住了社会现实，但在很大程度上，却导向了贫乏的经验主义，其法律虚无主义色彩也相当浓厚。从总体上看，这股现实主义思潮对于避免传统法学的某些绝对化的弊病，推进法学与法律实践，起到积极的作用。正是社会学法学强有力的发展，使当代的法社会学这个学科受到普遍的青睐。

讲完三大主流法学思潮之后，还有必要再考察一下当代西方其余一些对于理论法学学科形成攸关的法学思潮。

(1) 经济分析法学思潮。该思潮以经济效益为法之前见，采取投入—产出的经济学分析方法，推导和解读法概念和理论体系。以理查德·A·波斯纳为代表的法律经济分析学说，现已被世界学界广泛采纳。但它根深蒂固的“劫富济贫”的功利主义情结，以及把经济分析模式运用于一系列广泛的法律问题，包括性关系和收养等问题上，也遭到来自各方的指责。经济分析法学思潮直接创建了法经济学。

(2) 法的政治学思潮。该思潮以政治（主要是政策）为法之前见，采取政治与法律互动的分析方法，推导和解读法概念和理论体系。它所形成的学科，便是法政治学。自现代特别是第二次世界大战以来，西方国家逐步转向社会化。这集中表现在，法越来越强化其政治机制，强化国家对社会的普遍福利和公益事业的干预，实现“福利国家”；同时，国家还要促进和保障多元形态的民主及广泛的自由与平等。围绕这样的宗旨，客观上就要求将法与国家政策密切结合。恰是从这种视角上，不少学者把法政治学称之为法政策学。

(3) 法的伦理学思潮。该思潮以人际道德关系为法之前见，采取价值判断或分析方法，推导和解读法的概念与理论体系，它所形成的学科是法伦理学。这股思潮形成的契机，是法学界对第二次世界大战期间法西斯主义灭绝人性、惨无人道的暴行进行刻骨铭心的反思。^①同时，它也与西方的现实，如与战后美国经济高度发达所同步滋生的一系列问题——对外侵略扩张（尤其朝鲜战争与越南战争）、贫富差距拉大、种族歧视、性别不平等、青年造反等——带来的社会道德沉沦、精神失落和良心不安的严重情况，是分不开的。值得注意的，法伦理学形成的过程与自然法的复兴和快速发展有紧密的关系。

(4) 法的文化思潮。该思潮以文化为法之前见，采取历时性与共时性的对比考证方法，推导和解读法概念和理论体系。这里所讲的作为法之前见的文化，是以人文主义理念为底蕴的。历时性，是对不同时期的法文化加以对比考察；共时性，是对同一时期的不同地域、民族或国家的法文化加以对比考察。考察的标准

^① 正如有的德国法学家所指出的那样，“可以断定的：人们对法哲学和法理学深入且全面的思考总是紧跟社会灾难、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（危机）局势的工具。而每当事件刚刚过去的时候，人们总是要思索如何用法律手段来防范恶法制度的出现”。参见〔德〕伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，17页，北京，法律出版社，2003。

是相互差异的文化之间各自具有的特征与一致性，以及其文明进步的程度。只有将特征与进步性两者并重，才会产生意义。法文化思潮所积淀和结晶的学科，是法文化学。

(5) 法的人类学思潮。该思潮以文化人类学为法之前见，采取考古学和社会学田野调查等方法，推导和解读法概念和理论体系。其形成的学科就是法人类学。该学科的基本目标是掌握原始（初民）社会的法生活。它对于揭示法的起源和发展、探讨法运行的历史规律，是不可或缺的。法人类学同法文化学、法社会学，在部分内容和方法上有许多近似之处，但主题和宗旨则有区别。文化人类学开拓出一个与法律知识有关的完整的新世界。在这方面，19世纪末到20世纪初的有关法人类学资料的涌现，发挥了很大的作用。简言之，有许多理由说明法学与人类学应该公开对话，这颇有助于扩大立法者、法学家和法官的眼界和理解力。^⑫

(6) 法的审美思潮。该思潮以法之美为前见，采取源自人之心灵深处的审美方法，推导和解读法概念和理论体系。法美学就是来源于这个思潮的。马克思认为，人不像动物那样简单地纯系依靠本能或摹仿对象世界过生活，而是“按照美的规律来建造”^⑬。相应的，立法者的使命就是“把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中”。这就是立法者“不是在创造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律”的根据。^⑭法美学正是要从崇高的精神层次上探索与鉴赏现实的法是否及如何体现绝好的人性或“人的类本质”。如果说对没有人参与的自然界，人尚可对它加以人化，赋予其生命力、陶冶情操、获得美感的话，那么，直接复现人的类本质的法，就必会给人提供更丰富、更扣动弦的美感。从审美的视角出发，人们（公民）若能够把理性与感情结合起来追求法的真理，鞭挞恶法和弘扬良法，对于一个法治国家而言，这是令人神往和期盼的福音。

其他法学思潮，在这里无法一一列举，但要看到，新的法学思潮和法学思维范式会不断生长出来，而永无穷尽之期。

四、理论法学诸学科的分类

不言而喻，对于范围宽阔、内容浩繁的理论法学如何进行学科分类，学界历来见仁见智。法学本身是个开放的知识领域，而不是一个封闭的知识盒子。它在自己的边缘处渐渐变化而形成一大群其他学科。但对于作为其结构之要素的主要学科，大抵已形成共识，歧见并不多。这里，可以简要地把它们概括为三类。

^⑫ 参见〔澳〕维拉曼特：《法律导引》，张智仁、周伟文译，100～105页，上海，上海人民出版社，2003。

^⑬ 《马克思恩格斯全集》，第42卷，97页，北京，人民出版社，1979。

^⑭ 参见《马克思恩格斯全集》，2版，第1卷，347页，北京，人民出版社，1995。

（一）纯粹法理学

就如已提到的，法理学在形成之初（从奥斯丁到凯尔森），原已赋予它以确定的内涵和外延，只是后人才将其弄得不伦不类、面目全非。兴许事先预测到这种状况，凯尔森才刻意倡导一种“纯粹法理学”^⑮。

本来意义上的法理学就是纯粹以规范或法律本身为对象的学科，而不与以其他内容为对象的学科，特别是不与交叉性学科相混淆。

在各理论法学学科中，法理学是唯一保持此种性质的学科。因此，许多西方学者称之为“法教义学”^⑯，这是十分有道理的。

（二）边缘性的理论法学学科

除纯粹法理学以外，其余理论法学诸学科全是边缘性的，即法学与非法学之间相交叉的学科。^⑰

1. 法哲学，是法学与哲学的交叉。它以哲学的观点和方法，来观察和理解法现象，因而抽象的形而上色彩浓厚。法哲学的进一步划分，有理论法哲学（总论）和应用（部门）法哲学。两者虽存在性质上的共同点，但对象范围不一样，各自有其相对独立性；它们相互提携与促进，并不存在谁“指导”谁的关系。但一定要说明，这里讲的法哲学具有特定的含义，处于许多问题的交汇点上。这些问题涉及法律与道德的关系、法律命题的逻辑属性（描述性的或规定性的）、审判独立于政治的可能性以及有组织的力量（organized force）之间的区别。所有这些，与学界大而化之的“法理学”并不是一回事。

^⑮ 凯尔森的理论在两种意义上是“纯粹”的：一是它被称为脱离了任何意识形态的考虑，对法律体系没有作任何价值判断，“法律规范”的分析不受正义法是什么等任何概念的影响；二是守法的社会学研究 and 法律发展的政治、经济或历史影响等因素的研究，处于纯粹法学的范围之外。

^⑯ 法哲学并非法学，更非法律教义学。据康德的主张，教义学是“对自身能力未先予批判的纯粹理性的独断过程”……在法律教义学的定式里，这种态度完全正确。只是当它把法哲学和法律理论的非教义学（超教义学）思维方式当做不必要、“纯理论”，甚至非科学的东西加以拒绝时，危险便显示出来。此外，如何区分法哲学与法律理论，尚无一个令人满意的答案。在德国法学家阿图尔·考夫曼看来，对在法哲学旁边还存在着法律理论这一现象，只能作历史解释。他认为，法哲学更为关注内容，而法律理论对形式尤为看重。参见〔德〕阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，4、11~12页，北京，法律出版社，2002。

^⑰ 1960年以来，法律与经济学、社会学、文学、政治学、女权主义、种族理论、社会生物学等法律交叉学科研究的兴起，标志着法学研究开始了全面的、革命性的转型。1987年，理查德·A·波斯纳在《哈佛法律评论》上发表文章，正式宣布了《法律作为一个自主学科的式微》。此文经修改后收入了Richard A. Posner, The Problem of Jurisprudence, Harvard University Press, 1990, ch. 14. 中译本：《法理学问题》，苏力译，北京，中国政法大学出版社，2002。虽然法学的这种学术转向是大势所趋，但却并非一帆风顺。在《法律作为一个自主学科的式微》一文发表10年后，即1997年，理查德·A·波斯纳重申了他所倡导的科学主义、交叉学科的法学研究进路。波斯纳的努力在某种程度上正反映了传统法学范式的惯性与惰性，反映了学术变革的艰难。参见沈明：《“世道在变”——法律、社会规范与法学方法论（译者序）》，载〔美〕埃里克·A·波斯纳：《法律与社会规范》，沈明译，5~6页，北京，中国政法大学出版社，2004。

2. 法社会学,是法学与社会学的交叉。当今世界,伴随着国家、政治、经济、文化普遍社会化步骤的加速,法社会学变成最热的学科之一,法理学与法哲学都有向其靠拢的趋势。与此同时,法社会学对更具社会学性的法律理论的兴趣也日益增加,如《无需法律的秩序》一书的作者——美国耶鲁大学法学院教授罗伯特·埃里克森就认为,依社会科学进路来研究法律的规范理论是一种取代了法律经济学的(托马斯·库恩意义上)研究范式的转换。^⑩尽管理查德·A·波斯纳等学者不同意这种说法,但是把习惯、风俗、传统和社会规范纳入法和社会学研究,使得对人类行为的理解更强有力,对法律变革影响的预测更精确,这一点是人们不得不同意的。法社会学在法国、斯堪的那维亚与美国等地拥有极大的优越地位。尽管“更新过的法社会学变成,事实科学式地澄清法律条件之方法的中心,并且可以整合法律史与法比较的结论”^⑪,但每个学科仍应坚持自己对象的特性。

3. 法经济学,是法学与经济学的交叉。在美国,法经济学强调事实结果(表述为经济的事实和实际的成本),而不是强调原则和范畴,所以具有高度影响力的法律经济学运动被说成是法律现实主义的新结果。20世纪六七十年代以来,法经济学的基本模式是把市场作为一个纯粹自由和自愿选择的自治领域。最有影响力的学者是理查德·A·波斯纳,他曾经论证说,在事实上,普通法法庭在历史发展中已经形成了一个模仿市场交换的趋势,尽管在解释司法判决结果时,司法语言仍然是传统的原则范畴而不是经济的范畴。波斯纳并不否定事实结果,而只是坚持不受阻碍的交换仍然表达了自由的要求,即使是对交换中弱势的一方来说,不受阻碍的自由仍然提高了价值。^⑫在法经济学几十年的发展中,它使用相同的基本范式,即理性选择理论、博弈论和公共选择理论都可以看作是这个基本范式的扩展和延伸。

4. 法政治学,是法学与政治学的交叉。现代政治学强调个人权利、多元主义以及自律。就此而言,现代政治学带有明显的法学特征,因为只有法律才能规定和维护个人权利。在政治学中,如果不把诸如国家、国家的目的、政府的最好形式、主权概念和权力分立等问题列入法律范围,那就不能长久地对这些问题进行思考。关于法律、法律职能和目的的思想,乃是政治思想的天然的继续。因此,我们发现,若干最早的关于法律的哲学探讨发生在政治思想领域里。苏格拉底、柏拉图、亚里士多德、霍布斯、洛克、孟德斯鸠,都是考虑到人与国家的关系的政治哲学家,他们把法律作为这种探讨的副产品来加以哲理化。近年来,法政治学这一领域变得十分重要了。法学家正从法官的政治思想背景的角度来分析司法判决。特别是在解释

^⑩ See Robert C. Ellickson, "Law and Economics Discover Social Norms", *Journal of Legal Studies* 27 (June 1998): 537-52.

^⑪ [德] 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》(下),陈爱娥、黄建辉译,548页,上海,上海三联书店,2006。

^⑫ 参见[美]伊丽莎白·曼塞奇:《美国主流法律思想的历史》,载[美]戴维·凯瑞斯编辑:《法律中的政治——一个进步性批评》,信春鹰译,39~40页,北京,中国政法大学出版社,2008。

宪法条款时，法官的政治靠山被认为是重要的。司法界和政界之间的相互关系（当政治问题提到法庭面前时）现已成了必须详细研究的问题。在美国，这类研究已做了很多，做得比较认真，发表的学术文献可谓汗牛充栋。^② 根据以往的经验，需要注意：在法政治学中，政治不是法律的附属品，法律也不是政治的附属品，更不能在它们之间画等号。如同其他学科一样，法政治学自身有一套稳定的法学思维范式。

5. 法伦理学，是法学与伦理学的交叉。在法伦理学中，我们需要通过承认人类生活的道德维度（伦理学）与人类关注的更广泛问题（法学）的联系，寻求人们在关于基本问题的共识上是否有共同尺度，例如，对于道德的合理性、合正义性、符合因果律等共识。假如法伦理学对此有一些共识，那么就开辟了人类共同道德的前景。在法伦理学中，既包含有法学又包含有伦理学，但两者毕竟是互相区别的。从性质上说，法学研究的是人类实践理性的准则，研究以体现个人本位和权利导向为特性的法律，而伦理学则将人类生活的道德维度放在恰当的位置，体现义务本位之特性。再从规则的外延上说，法律是最低限度的道德，而道德调整范围要比法律宽阔得多。在法伦理学中，仔细研究和论证法律与道德的关系，是个重要问题，但要力戒片面地进行法律伦理化和伦理法律化。

6. 法文化学，是法学与文化学的交叉。在我国，法文化学研究的主力是中国法制史的学者，其内容即“中国传统法律文化”。无疑，这是值得重视的，但它并不能替代作为理论法学科目之一的法文化学。两者之间的差别是：其一，在研究范围方面，法文化学的视阈是全世界，而不限于中国；它侧重于今天，而不限于“传统”；它及于整个法现象，而限于法律制度。其二，在研究的方法方面，传统法律文化研究主要关注实证的考察与总结，而法文化学则需要在实证考察与总结的基础上，进行理论的概括与提升，得出关于法文化的一般原理。

7. 法人类学，是法学与人类学的交叉。新中国成立初期，中央人民政府政务院就有计划地组织一大批专家，对国内五十多个少数民族地区的社会生活状况进行普查，留下弥足珍贵的民族学与人类学的新资料，其中包含着丰富的法人类学的素材。可惜，当时我国法学界尚无力量对它们进行系统、及时的研究。大体上可以说，至近二十年来，法人类学才进入学术界的视野。有若干法学家着手撰写一些论文，并有几部探讨少数民族特殊的规范生活的著作问世，还有两个翻译版本的美国 A. 霍贝尔的《原始人的法》（另一版本译为《初民社会的法》）。与此并行的，不少学者对所谓“民间法”或“民间习惯规范”愈来愈表示关注，这对法人类学的研究亦有很大的促进。在此，有必要提及的是，具有独到学术价值的马克思晚年的人

^② 参见 [澳] 维拉曼特：《法律导引》，张智仁、周伟文译，130～131 页，上海，上海人民出版社，2003。