

第一编 绪论

第一章 理论法学及其功能

第一节 法学的研究对象及其体系

一、法学的概念

(一) 法学的词义

按照约定俗成的说法，法学即研究法律的科学，因而法学又有“法律学”、“法律科学”等不同的名称。然而，这个看起来简单的定义，却也蕴含着可以进行无穷尽追问的内容。就以法学所包含的“法律”而言，法律是什么？是由国家所制定的普遍施行于民众的规则，还是包括实际上影响人们行为的社会规范？等等。再以“科学”而言，什么是科学？一门学科，例如研究法律的学科，具有什么样的标准才能当得起“科学”这一称谓？……，以上这些都不是这一简短的定义所能包含的。我们也只能在此后的论述中，逐步地对这一问题进行展开。

西语中有关法学的称谓，最早见于拉丁文中“*Jurisprudencia*”，其原意是指“法律的知识”或“法律的技术”。然而这种意义上的“法学”与法律观念或者法律思想并无多大的区别：“大体上说，凡是法律制度存在的地方，即使没有形成什么法理论，也必然有一定的法思想存在着。”〔1〕由此可见，法学虽然源于法律观念或者法律思想，但却是一种体系化了的知识与技术。真正将法学纳入科学范畴的努力，则开始于古罗马。由查士丁尼所钦定的《法学阶梯》开宗明义即言

〔1〕日本平凡社：《世界大百科事典》第28卷，第127页。转引自潘念之主编：《法学总论》，知识出版社1981年版，第96页。

道：“法学是关于神和人的事物的知识；是关于正义和非正义的科学。”^{〔1〕}在这里，法学之所以定位在“神和人的事物的知识”，主要是在人类的早期，“法律被认为是由神颁布的，而人则是通过神意的启示才得知法律的。”^{〔2〕}至于将法学定位在“正义和非正义的科学”这一层面之上，可以说是承续了古希腊思想家通过法律来实现人类关怀的理念，并力求用一个统一的学科来拟定正义的标准及实施的途径。

与西方不同，古代中国主要是从“器用”的角度来探讨法律的问题，其立足点在于为君王提供治国的手段以及探讨维持社会秩序的技术性规则，因而，在先秦时人们多将有关法律的知识性研究称为“刑名之学”或“刑名法术之学”。商鞅改法为律后，国家法典一律称之为“律”，因而有关法律的学问也就有了“律学”的头衔。特别是汉代以降，私家注律之风不断，客观上促成了人们对法律问题的关注与研究；而官方所设置的律博士以及科举考试中必需的“拟判”，^{〔3〕}尤其是官方正式将法律的注疏作为立法的重要组成部分，^{〔4〕}在一定程度上推动了“律学”的发展。自然，与西方的“法学”不同，中国古代的“律学”更多的是关心法律条文的注释与个案中法律适用的技术，既缺乏法与正义关系的探讨，也较缺少系统的、理论化的知识化体系，因而不少学者认为，中国古代只有律学而无法学，并且，律学本身与法学相距甚远。^{〔5〕}中国现代语言中所使用的“法学”

〔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。我国学者郑戈也认为，“法律科学”是罗马人对西方文明做出的最重要的贡献，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。见郑戈：“法学是一门社会科学吗？”，载《北大法律评论》（第1卷·第1辑）法律出版社1998年版，第5页。

〔2〕（美）E. 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3页。当然，博登海默主要是就古希腊的法律思想作出上述评价，然而对于承继古希腊法律思想的罗马法学家而言，这一定义同样可以运用。

〔3〕这其中亦有不少大文豪参与其中。例如白居易的《甲乙判》即为古代“拟判”的名篇。

〔4〕《唐律疏议·名例》对立法解释的重要性进行了说明：“今之典宪，前圣规模，章程靡失，鸿纤备举。而刑宪之司执行殊异。大理当其死坐，刑部处以流刑；一州断以徒年，一县将为杖罚。不有解释，触途睽误”。在这里，官方的正式解释是统一司法的重要途径。引文见刘俊文：《唐律疏议笺解》（上），中华书局1996年版，第2~3页。

〔5〕梁治平先生曾引证国外学者 H. J. Berman 的观点，认为11世纪末和12世纪出现于西方的新的法律方法论——其逻辑，论题，推理式样，抽象概括之程序，以及它使得具体与普遍、个案与概念彼此发生关联的各种技术——乃是自觉将法律系统化，使之成为一门自主科学的关键所在。因而梁先生认为，“中国古代的律学之所以不是法学，而且注定不能够成为一门科学，首先是因为它完全不具有此种方法上的准备。中国历史上过于强烈的泛道德倾向从根本上取消了这种可能性，就像它使得职业化的法律家阶层自始便无由产生一样。”见梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，中国政法大学出版社1997年版，第318~319页。张中秋先生亦主此说，认为中国的传统法律学术是“律学”而非“法学”。见张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社1999年第2版，第231页以下

一词，是从西语中译介而来。

（二）法学的起源

法学从何时起成为一门独立的学科？这是学习法学的人士所必须关心的问题。恩格斯在这方面有个经典的论述，他认为：“随着立法进一步发展为复杂和广泛的整体，出现了新的社会分工的必要性：一个职业法学家阶层形成起来了，同时也就产生了法学。”〔1〕在这里，恩格斯指出了法学产生的两个必要条件：第一是立法本身的发展。法律调整的事务愈广泛，由此而形成的法律问题也就愈多，由此必须进行系统的研究、分类、诠释。这可以说是法学产生的客观条件；第二是出现了职业法学家阶层。任何学科的建立都必须依赖于研究者的自觉，没有职业法学家，法学作为一个学科就不可能形成。正如我国台湾学者李模所言，“法律学者的任务，也不仅限于在社会现象中作观察，归纳及演绎的工作，以形成理想的规范，更重要的是将业已形成的各种法律规范，适用于一个个日夜不断发生的社会事实。”〔2〕这可以说是法学形成的主观条件。当然，法学由于探讨的是法律的存立基础与运作的合理性问题，因而必然与一个国家的学术环境相关。清末学贯中西的沈家本就曾言道：“法学之盛衰，与政治之治忽，实息息相通。然当学之盛也，不、能必政之皆盛；而当学之衰也，可决其政之必衰。”〔3〕

有关法学起源的具体时代，学界由于本身对“法学”的认识不同，因而也有着不同的说法。庞德认为，现代的法律科学起源于13世纪，当时，“法律科学乃是神学的一个分支或神学的具体应用。它试图用哲学神学来维护由经院讲授的罗马法权威。”16世纪，新教徒法学神学家将法律科学从神学中解放了出来，格老秀斯就是其中突出的代表。“在17和18世纪，法律科学与以共同的哲学基础作为各自的理论根据的政治学和国际法结合在一起。此后，法律科学被相继用于解释政治学的一般原则、法理学的一般原则、以及国际法体系。”只是在19世纪，国际法成为独立的学科，法学也因此与政治学分开，而成为独立的学科。〔4〕显然，庞德在此采取的是比较严格的标准，即法学不仅应当具备实质内容上的科学性，同时还必须是与其他学科完全独立的学科。但是，如果依照恩格斯所言的法学产生的条件，则可以大致断定，在古罗马时期即有了较为成熟的法学形态。

〔1〕 恩格斯：“论住宅问题”，《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1995年第2版，第211页

〔2〕 李模：“法律的解释与适用问题”，载刁荣华主编：《法律之解释与实用》，台湾汉林出版社1984年版，第1页。

〔3〕 沈家本：《寄释文存卷三·法学盛衰说》，载《历代刑法考》（第4卷），中华书局1985年版，第2143页。

〔4〕（美）罗斯科·庞德：《法律史解释》，曹玉堂、杨知译，华夏出版社1989年版，第43页。

（三）法学的科学性

如前所述，“法学”也就是“法律科学”的简称，然而，法学究竟是不是一门科学，在现在来说，并非完全没有疑问。应当承认，任何学科都必然要致力于科学化的努力，因为从自然科学取得辉煌的成就以来，“科学”就不仅是一个学科成熟的标志，更是一种学者的信仰与学科生存的正当基础。那么，法学是否就达到了“科学”的程度呢？

大致说来，将法学排除在“科学”之外的理由主要包括：“科学”以对客体的观察、测量、计算为基础，而“法学”主要在理解语言表达及其规范性意义，但与意义有关的问题，既不能透过实验过程中的观察，也不能藉测量或计算来答复，而法学所要处理的却正好就是这样一些无法量化的问题；“科学”反映的是事物的因果律，而“法学”至多只能反映事物的准因果律；“科学”的方法是通过实验或资料的收集来进行，而“法学”只能应用演绎与归纳的方法进行研究，其结果既无法保证准确性，在理论上也不能证成；“科学”是一种事实判断，而“法学”则为价值判断，对于价值判断不能以科学的方法来审查。^{〔1〕}显然，上述有关“科学”的标准，主要是从自然科学的标准上而言的。实际上，如果以此作为标准，那么可以说，现今大量的社会科学以及人文科学，都难以纳入科学的范围。

然而，科学或者说自然科学是一种对自然物的研究，而包括法学在内的社会科学、人文科学则是一种面向人的研究，在这个方面，社会科学、人文学科的研究可以借助科学的研究方法来形成逻辑上的系统性，^{〔2〕}但是，“人类的行动毕竟不同于物体的运动。人类社会的因果律无法藉由观察人类行动的外部特征而得知，而必须通过对行动之主观意义的理解和阐释来发现。”^{〔3〕}就此而言，社会科学、人文科学中的“科学”，只能采用较为宽泛的科学定义，因为“从最广义上讲，即从词源学和历史的角度来证明，科学只不过是（虽然这里没有简单的事物）‘知识’。从最严格的意义上讲，科学只是某种类型的知识，是根据专门方法

〔1〕（德）Karl Larenz：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司1996年版，第89页以下、第133页以下、引论第1页以下。

〔2〕正如美国学者穆恩就政治学所进行的分析那样：“政治学强调系统性，注重解释政治现象，因而不同于政治事实编纂者的活动。政治学家并非仅仅收集资料，他们旨在首尾一致地说明政治生活。”见J.唐纳德·穆恩：“政治研究的逻辑：对立观点的综合观”，载（美）格林斯坦、波尔斯比编：《政治学手册精选》（上），竺乾威等译，商务印书馆1996年版，第151页。

〔3〕郑戈：“法学是一门社会科学吗？”，载《北大法律评论》（第1卷第1辑），法律出版社1998年版，第25页。

的准则来获得和证明的知识”。〔1〕从这个意义上而言，法学在长久的历史发展中，业已成为一种体系化的知识，具备了“科学”的应有资格：“按照法学的研究对象而言，‘它是对各种法律事件及其相关关系和分类等方面实践的认识；按照法学的应用方法来看，又是十分严谨的论述和仔细的分析，是演绎方法和归纳程序同时兼用（旨在摆脱大量法律条文背后的各种原理原则的影响）；按照法学的实践或教育目的而言，是要起到协调社会生活的作用，或者教育公民们懂得各种法律”；“从以上几方面的意义来说，法学确实是一门科学”。〔2〕

二、法学的研究对象

（一）关于法学研究对象的一般观念

对法学研究对象的探讨，历来是西方法学研究的主题。例如自然法学派强调法的价值，认为法学研究主要是“为公正安排社会关系及解决社会纷争找到合理的交往模式或法律框架”；〔3〕而规范法学派则强调法的形式，否定法学应当去研究正义、公平等不确定的法律价值；社会法学派则重视法在社会中的实际作用，以法律功能、社会利益、法律实效等核心范畴架构法学的研究体系。

与西方关于法学研究对象的争论相比，我国法学界则似乎平静得多，一般而言，均将法学的研究对象定位在“法律现象”及其发展规律方面。而所谓法律现象，是指法律以及由法律引起的相关的各种社会现象。由此，法学的研究对象也可以分为三个层面：一是法律，包括古今中外的各种法律规范和法律制度；二是与法律这一特定社会现象相关的其他社会现象，例如人的法律行为、社会的普遍观念等等；三是法律及法律现象的规律，这既包括法律产生、变化和发展的规律，也包括法律自身运行的规律。〔4〕总起来说，我们现在业已走出了将“法律”仅定位在国家制定法这一层面上的老路，而将法学研究的触角伸向实际法律生活的各个方面。

（二）法学研究对象的“本末”问题

上述有关“法律现象”的定位，在学术界也引起了较大的争议。主要原因是：第一，“法律现象”一词能概括法律生活的全部吗？严格说来，“现象”意味着一种外部的行为表现形态，然而，有关法律问题的研究，还包括人们对法律的信念、态度等等，“现象”一词似乎无法完全能够予以概括；第二，如果将法学

〔1〕（美）德怀特·沃尔多：“政治学：传统、学科、专业、科学、事业”，载（美）格林斯坦、波尔斯比编：《政治学手册精选》（上），竺乾威等译，商务印书馆 1996 年版，第 1 页。

〔2〕法国《拉鲁斯大百科全书》第 11 卷，第 6770 页。转引自潘念之主编：《法学总论》，知识出版社 1981 年版，第 42 页。

〔3〕周永坤：《法理学——全球视野》法律出版社 2000 年版，第 3 页。

〔4〕孙笑侠主编：《法理学》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 1~2 页。

研究的对象定位在“法律现象”，那么意味着法学研究的基本格式就是实验、观察以及对现象加以归纳，然而，法学作为人文社会科学的一个门类，其主要的研究手段是理论上的演绎与思辨，许多法律现象实际上也无从实验；第三，更为主要的，法学是一门涉及到人与法律关系的科学，将法学研究的对象确定为“法律现象”，就不可避免地会遗忘在法律之后的人及其活动，这样就可能造成法学研究方向的“迷失”。

实际上，人和人的活动才构成了活生生的法律现象，没有人的积极参与（极端地说，包括违法），法律永远都只能是一种静止的书面文件。即使“法律现象”这一范畴能够得以成立，那也可以断言，它是由人的活动造成的现象，而不同时期的人的心态及其行为形式不同也就导致了法律现象的千差万别。简单地说，如果只注意对人的行为所引发的外部的法律现象进行分析，而不去研究这种现象是如何得以产生的，显然就是一种本末倒置的研究路径。被称为历史法学派的鼻祖并主张“民族精神”的萨维尼也承认：“法律规则都是为当事人所制定的，当事人的现实利益就是法律的公正目标的实现。因而当事人的利益不应该屈从于法律规则的统一性和一致性。”^{〔1〕}也就是说，法律规则是统一的、普遍的，但生活在法律规则之下的人则是独特的、个别的，因而，法学的研究必须建立在对人的分析基础上，这既是它的出发点，也是它的归结点。我国台湾学者杨奕华在谈到此一问题时即曾言道：“法理学乃是一门以人为本位的法学研究科目。法理之学的研究，必得归结于人理之学的研究，法律的道理，终究离不开人类自身，离不开人间之互动关系，离不开人之求生存的社会场景。”^{〔2〕}简言之，法学是一种人学，法学是“以人为本的学问”。^{〔3〕}总之，人的法律生活是法学研究的出发点，而所谓“法律现象”，也只不过是人在法律的场景中所表现出的各种不同征象而已。两者的关系不能颠倒。

（三）法学研究对象的重新界定

那么，法学的研究对象应如何界定呢？我们试着以这一框架来进行分析：法学是以人为起点，通过“人的模式”建构，提炼出“法律人”这一核心假定，从而就人的行为所引发的法律问题予以研究的学科。这一界定与以往的叙述存在的不同，可以通过以下几个方面体现出来：

第一，“人”是法学研究的逻辑起点。法学研究必须有一个“开端”，而最确

〔1〕（德）弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，法律出版社1999年版，第65页。

〔2〕杨奕华：《法律人本主义——法理学研究论》，台湾汉兴书局有限公司1997年版，第3页以下。相关的论述请参见周永坤：《法理学——全球视野》，法律出版社2000年版，自序第2页。

〔3〕赵震江、付子堂：《现代法理学》，北京大学出版社1999年版，第3页。

切的定位就是人本身。查士丁尼说道：“我们所适用的全部法律，或是关于人的法律，或是关于物的法律，或是关于诉讼的法律。首先要考察人，因为如果不了解作为法律的对象的人，就不可很好地了解法律。”〔1〕人是法律的主体，也是法律的目的。在法学研究中，必须从对人的分析入手，来确定法学研究的路径、范围与陈述格式，也就是说，要通过人的模式的构建，来安排法学研究的基本框架。

第二，在法学研究中，必须以“法律人”作为其核心假定。所谓法律人，简单地说，即在人的模式背景之下，对法律生活中人的形象、类别所作的一种抽象归纳，这样，通过法律人的抽象，法学研究可以把众多的客体群变为具有始基意义的单一原子的基本单位，从而在纷纭复杂的法律现象背后，去寻求人们进行法律行为的驱动力和因果性，由此进行对法律世界的完整架构。

第三，法律是为规整人的行为所制定的，而人的行为的多样性、复杂性也随之带动了立法的广泛性与复杂性。没有人的行为驱动，就不会有法律的发展与变化。正是从这个意义上而言，研究人的实际行为，相对于研究法律的静止性规定更加来得重要。大千世界五彩缤纷的法律现象，都是法律人的行为推动所致自然，法律行为在绝大部分场合中表现为个人的行为，但是，由于人的本性的相对固定性以及个人本身行为前后的一致性，我们又可以通过法律人这样一个综合人的多方面法律特性的核心假定，来提炼社会生活中法律行为的一般类型及其价值取向。

第四，如果说“人”是法学研究的终极目标、“法律人”及其行为的分析成为法学研究中必须予以完成的理论架构的话，那么，“法律问题”则是法学研究的直接对象。也就是说，同其他社会科学、人文科学一样，法学也是围绕着人的问题、人与社会的关系、人与法律的联系等方面来展开的，而其直接的分析视角，则是“法律问题”。

所谓“问题”，按照《现代汉语词典》的释义，主要包括四个方面：（1）要求回答或解释的题目；（2）须要研究讨论并加以解决的矛盾、疑难；（3）关键；重要之点；（4）事故或麻烦。〔2〕科学研究中的“问题”，即第一个释义项中的“要求回答或解释的题目”。波普尔认为，“科学以问题开始，以实践问题或者理论问题开始”。〔3〕一般来说，在人类认识的过程中，首先是实践问题引起了人们

〔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11页。

〔2〕《现代汉语词典》，商务印书馆1996年第3版，第1322页。

〔3〕（英）卡尔·波普尔：《走向进化的知识论》，李本正、范景中译，中国美术学院出版社2001年版第66页

的关注，而在此之后又引发了理论上的探究。当然，一个真正有价值的研究问题，需要符合三个基本原则：一是问题尚未回答或尚未完全回答；二是问题有现实科学意义；三是问题有回答的可能。^{〔1〕}这意味着“问题”并不是人们的奇思冥想而相当地具有现实基础，同对，人们在现有的科学理论水平上，有可能对这一问题加以解答。

以“问题”的一般概念作基础，可以看出，所谓法律问题，也就是在人的法律实践中，具有科学价值而又尚未完全解决的需要解答的题目。例如波斯纳所列“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；法律能否成为一种科学；法律是否会进步；以及法律文本解释上的麻烦”^{〔2〕}等，就可以视为最基本的“法律问题”。

当然，“法律问题”必然以通过某种具体的法律现象体现出来，因而，我们也并不简单否定以往法学教科书中将法学研究的对象定位在“法律”和“法律现象”这一层面的合理性，因为正是它们使得所谓法律问题有所寄托，否则，就会导致与其他社会问题的纠缠不清。但是，以往的定位更多地考虑的是法律的客观性问题而忽视了法律中人的主观性，要使法学研究直接逼近生活的本源以及由此形成与其他学科的共融，就必须在学科中体现以人为本的基本立场。^{〔3〕}因而，严格意义上的法学研究对象的定位只能是“人”这样一个层面，而其表现内容就是“法律问题”。

三、法学的分科

法学的分科，是指依据一定的标准，在法学内部划分出一定的分支学科。显然，这是法学在经历了较长的时期，有了相当的知识积累之后才产生的现象。社会的分工愈加缜密，法律调整的事务也就愈加广泛，因而法学的分科也就成为必然。当然，依据什么样的标准来划分法学学科，不同的学者有着不同的认识。

例如周永坤先生认为，法学可以分为理论法学和应用法学两大类。理论法学包括法理学、法史学；应用法学则涵盖比较法学、国内法学（含宪法学、民法学、刑法学、行政法学、诉讼法学等）、国际法学、外国法学、超国家法学。^{〔4〕}

〔1〕 阎学通、孙学峰：《国际关系研究实用方法》，人民出版社 2001 年版，第 72 页

〔2〕（美）波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 1~2 页。

〔3〕 在学科的研究对象中加入人的因素，实际上也是社会科学的通例。台湾学者魏镛就认为，“社会科学是研究人类行为、人际关系以及人类及其生存环境之间的关系的科学。”参见魏镛：《社会科学的性质及其发展趋势》，黑龙江教育出版社 1989 年版，第 5 页。

〔4〕 周永坤：《法理学——全球视野》，法律出版社 2000 年版，第 7 页。

赵震江、付子堂先生亦同意理论法学和应用法学的两分法，但将理论法学分为法理学、法社会学、比较法学等学科，将应用法学更细分为现实法学（包括国内部门法学和国际法学）、历史法学、边缘法学等类。^{〔1〕}

李步云先生则认为，法学体系通常由七个法学部门组成：一是理论法学，包括法理学、法哲学、法社会学、法伦理学、行为法学、比较法理学等；二是法律史学，包括法律制度史学、法律思想史学；三是部门法学，包括宪法学、行政法学、刑法学、民商法学等；四是国际法学，包括国际公法学、国际私法学、国际经济法学等；五是应用法学，包括立法学、司法学、法律解释学、法律政策学等；六是边缘法学，包括法律心理学、法律教育学等；七是技术法学，包括刑事侦察学、法医学、司法精神病学等。^{〔2〕}

陈兴良先生则认为，法学是一种知识形态，无论是理论法学，还是应用法学，都包含法哲学、法理学和法社会学三个层次。^{〔3〕}按照这种理解，任何部门法学也都相应地具有这三个层次，例如刑法学就可以分为刑法哲学、规范刑法学和刑法社会学。

我们赞同将法学分为理论法学与应用法学两大类。自然，这并非从所谓认识论的层次而言的。认识论的顺序本身就预设了由具体到抽象的理论路径，但是，按照原来人们的理解，似乎理论法学属于抽象的层次，而部门法学则属于具体的层次，由此推断，部门法学的理论成分较低甚至不需要自己特有的理论，这显然是不符合部门法学的研究实际的。实际上，这种划分主要是根据学科所要解决的问题的不同来进行的。英国学者沃克将法律科学分为理论法律科学和应用法律科学两个部分。理论法律科学（也称纯法律科学）“致力于对有关材料的调查研究，以及对调查取得的知识进行吸收和加工”，属于法律学者和法学家的领域；应用法律科学“主要涉及对实际问题的原则和规则的确认，这些原则和规则的运用及其结果”，属于立法者、法官和法律实践者的领域。^{〔4〕}应当说，这较好地对接法学内部的分科进行了科学的说明。

〔1〕 赵震江、付子堂：《现代法理学》，北京大学出版社 1999 年版，第 5 页

〔2〕 李步云主编：《法理学》，经济科学出版社 2000 年版，第 3~4 页。

〔3〕 陈兴良：“法学：作为一种知识形态的考察”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第 7 卷），中国政法大学出版社 2000 年版，第 238 页以下。

〔4〕（英）戴维·M·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 545 页。

第二节 理论法学的形态及其使命

一、法律理论的特质与理论法学的要素

(一) 法律理论的科学特质

理论法学是用来叙述法律理论的学科，这应当是不言自明的；然而，什么样的内容陈述才能构成法律理论本身，这又不是能够随意作答的。在我们的法学研究中，虽然人们非常乐意使用“法律理论”一词，但究竟什么是“法律理论”，似乎反而成为一个多余的问题。

科学哲学有关“理论”的分析，可以为我们发现法律理论的本质提供相应的借鉴。美国学者特纳认为，科学理论发端于这样一个假设：自然界，包括人类活动创造出来的社会世界，具有某些基本和基础的属性和过程，并可以用来解释具体环境下事件的消长。由此，科学最终寻求的目标有两个基本内容：第一是“获得抽象的和陈述规范的理论”。所谓“抽象”，意指理论必须超越具体情形和事件，寻求事物的一般属性和过程。从这个意义上说，“科学理论总是力求超越具体事件和时间的局限。理论是一般的、基本的、永恒的、普遍的。”所谓“规范”，则是指“理论”的陈述必须选择中性的、客观的和明确的术语来表达，这既是理论表达的必需，也是他人理解的前提；第二是“通过经验事实检验其可信程度”。理论的特点在于“可以根据具体情形采用不同的方法对其进行系统的检验。尽管科学理论的表述既抽象又形式化，但它并不远离和脱离经验现象。有用的理论都可以通过经验事实来概括”。〔1〕

以此来观照法学理论，也同样是适合的。法律理论首先必须是“一般的”理论，它“意味着这个理论所追求的是为不论何处发现的法律赋予秩序。它所追求的是能预测法律的经验模式之原则与机制，不管这个模式发生在今天或过去，不管法律实质牵涉的地区与社会为何。”〔2〕简单地说，所谓法律理论，就是能够对古今中外的各种法律制度给予一种普遍的解释，而不是只能适用于某个特定的民族或地区的法律制度。同样，法律理论也必须经受实验的检验。当一种法律理论已被证明为不适合社会的现实时就应当将之逐出学科领域。这在哲学上也称为理论的可检验性，它是保证理论成熟、客观的基本标准。

〔1〕（美）乔特森·特纳：《社会学理论的结构》（上），邱泽奇译，华夏出版社2001年版，第1~2页

〔2〕（美）布雷克：“法律社会学的界说”，载（美）William M. Evan主编：《法律社会学》，关哲民译，巨流图书公司1996年版，第55页

（二）理论法学的构成要素

“一般性”与“可检验性”构成了法律理论的科学特质，然而，“法律理论”本身只是理论法学的构成要素之一，理论法学作为一种统一的学科形式，还必须具备其他相关要素。

一般认为，就学科的研究而言，它必须由七个基本的要素构成，即基本假定、概念、现象范围、特定理论、问题、检验方法和价值观念。^{〔1〕}基本假定是学科研究的逻辑起点，社会研究的通例是：任何一门涉及人的行为的社会科学，无不以假定开始起论证过程的（法学上最著名的例子莫过于“社会契约论”的假设）；^{〔2〕}假定也同时蕴含着研究者的人文立场，它是研究者哲学思想的衍生物；概念是在对事物的外部特征加以列举后所得出的抽象定义，法律中概念的生成及其发展，往往推动着法学研究的纵深发展程度；现象范围涉及到该学科与不同学科的研究领域，领域的界定，则依赖于研究者力图解决问题的广度与深度。例如法学与经济学的区分，代表了追求公正与追求效率的两种不同价值取向，而法学与经济学的渗透，则使经济分析方法在法学与经济学上同时得以使用；特定理论是根据科学方法在概念与概念之间进行推理、归纳，建立因果关系；问题则是指“主体为达到目的需要解决而尚未解决的矛盾。人们确定了认识目标以后，接踵而来需要考虑的就是为达到目标，思维应该如何起步。……任何理性认识的形成，都要从问题开始，并逐步展开其理论。对问题的抽象程度、抽象方式的不同，就会形成不同的学科理论。”^{〔3〕}检验方法主要是通过何种方式来判定理论的可信程度（科学性程度）。法学理论的正确与否同样需要接受经验的和逻辑的检验；价值观念则是融入研究者研究目的的思想观念。

就此一框架而言，可能现行的许多法律理论都无法经受住这样严格的检验，但是，法学要成为一门科学，就必须在这些方面进行努力，否则，法学永远难逃“幼稚”的称谓。同时必须注意的是，以上所言，均是从理论法学的形式要素而言的，还必须注意的是，法学最根本的问题是要研究法律与正义的关系。也就是说，对于法学研究而言，不仅要关注法律实际上是怎样的，更要注意法律应当是怎样的这一问题，从而使法律真正成为人民自由的保障。就此而言，对于上述的

〔1〕 此为张宇燕先生引述国外学者 A. 斯齐曼斯基等著《社会学：阶级、意识和矛盾》一文观点，见张宇燕：《经济发展与制度选择——对制度的经济分析》，中国人民大学出版社 1992 年版，第 30 页。

〔2〕 当代著名法学家哈特关于“自然法的最低限度的内容”实质上也是一种假定。根据哈氏的观念，这些假定的内容包括：（1）人的脆弱性；（2）大体上的平等；（3）有限的利他主义；（4）有限的资源；（5）有限的理解力和意志力。见（英）哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 190 页以下。

〔3〕 王晖主编：《方法论新编》，上海财经大学出版社 1997 年版 第 140 页

形式要素，学习法律的人自然要予以关注，然而，对于法律应当如何实现人类社会的理想，同样是必须注重的问题。

二、理论法学的具体形态

“法学形态，是指法学的具体表现形式，或法学之内部结构的组合形式”。〔1〕就理论法学而言，究竟应当包含哪些学科，存在着较大的争议。例如，法律史学是不是理论法学的内容之一，法律社会学能否纳入理论法学的范围？……等等，都存在着见仁见智的认识。根据大多数学者的意见，我们将理论法学的范围主要定位在三个学科之上，即法哲学、法理学以及法社会学。

（一）法哲学

简单地讲，法哲学即探讨“正义”的学说，或者说，是追问法律与正义之间究竟存在着何种关联的学说。从这个意义上而言，法哲学为哲学的一个分支，而不是法学的一个分支。其与哲学的其他分支学科的区别，根据学者的意见，主要是就“法律的根本问题、法律的根本难题”以“哲学方式反思、讨论，且可能的话，加以解答”。〔2〕正因如此，法哲学的历史往往也就是正义学说的历史。根据德国《布洛克豪斯百科全书》的界定，法哲学的研究范围主要集中在五个问题之上：

一是“效力”问题，主要关注法律为什么有效的哲学问题。比如说，国家要求人们遵守法律的根据是什么？国家立法机关是否拥有权力将自己想要通过的任何一项决定都赋予法律效力？由此一问题加以延伸，那就是要追问，立法机关究竟拥有多大的立法权限，例如，法律能否规定人们饮食的质量与休息的方式？

二是“存在”问题，主要是就国家制定的法律的形成、改变和消失的一般趋势进行分析。国家法律为什么会有效力？国家法律又是以什么方式得以存在的？例如我们通常所言的法律效力、法律渊源问题，就是围绕着上述两个问题来进行分析。这同时也涉及到国家强制人们服从法律的限度与程序问题，也包括国家制定的法律与社会上存在的规则如何协调的问题。

三是“意义”问题，即探讨法律精神上的形式与内容。例如我们通常所说的法律意识、法律观念与法律信仰，就代表着法律作为一种“精神观念”存在于人们的思想之中。更为重要的是，法律的意义涉及到法律的核心价值，即正义的问题，这就要求回答什么样的法律才能够促成正义的实现，从而带来社会民众对法律的尊重与自愿服从。

四是“自由”问题，研究的是个人与社会之间的关系问题。无庸讳言，法律

〔1〕 何勤华：《中国法学史》（第1卷），法律出版社2000年版，第27页。

〔2〕（德）亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，五南图书出版公司2000年版，第7页、第8页。

作为国家制定的规则体系，必然在目的上寄寓着维护秩序的基本愿望，但是，这就可能与个人的自由发生冲突。因而必须探讨个人在何种情形下必须承担违法的责任，也要关注在个人自由与社会秩序之间，究竟以何者为主。

五是“平等”问题。人类社会的成员，由于在智力、能力等各方面存在差异，因而实际上是不平等的，然而现代法律则是以普遍性的规定，来确定人们在法律面前一律平等。因而，法哲学的课题之一，就是要分析法律适用过程中，如何根据不同个人的情况来决定最为平等的法律措施。^{〔1〕}

总之，法哲学所要探讨的问题，本身是超越现行法律体制而存在的，其理论核心，就在于关注什么是“正当法”，以及我们如何认识及实现正当法。^{〔2〕}

（二）法理学

在我国现今的法学教科书中，“法理学”的内容实际上与“法哲学”的内容大多混同在一起。^{〔3〕}然而，也有不少学者建议对此进行明确的区分与界定，他们认为，“法理学是研究法的最一般的概念、范畴、原理、原则和规律”，而法哲学的研究对象则是“法、法律制度和法律思想中的唯物论与辩证法问题”。^{〔4〕}我国台湾学者杨玉宏也指出，法理学与法哲学虽然皆以法律为研究客体，并且都以探讨法律的原则为任务，但两者仍有如下三点区别：（1）法理学是科学，法律哲学是科学的哲学，故独立于法理学而存在，乃是超科学的哲学；（2）法理学所探求的为法律所“共同的”原理原则，法律哲学则是探求法律的“最高与最后的”原理与原则；（3）法理学致力于科学的整合之研究，法律哲学则从事于法的科学准则之探求。^{〔5〕}由此可见，将法理学与法哲学混淆，不仅冲淡了法学的最高价值的追求，同时也使法理学负荷着其本身所不能完成的任务。

那么，作为与“法哲学”相区分的“法理学”，其研究范围究竟应当包括哪些内容呢？我们认为，主要有以下内容：

〔1〕 参见德国（布洛克豪斯百科全书）第15卷，第512～513页。转引自潘念之主编：《法学总论》，知识出版社1981年版，第45～46页。并请参见（德）Karl Larenz：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司1996年版，第83页。

〔2〕（德）亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，五南图书出版公司2000年版，第9页。

〔3〕当然也不独国内学者如此。美国著名法学家波斯纳对“法理学”的定义实质上也就是“法哲学”的定义：“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根据常规的法律文件推理而加以解决，它所运用的视角也无法演绎出法律原理和法律推理。法理学的许多问题是跨越原理、时间和民族的界限的。”参见波斯纳：《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。

〔4〕李步云主编：《法理学》，经济科学出版社2000年版，第10页。

〔5〕转引自杨奕华：《法律人本主义——法理学研究论》，台湾汉兴书局有限公司1997年版，第3页注。

1. 法学学的基本问题。主要是对法学本身的问题进行的理论上的分析。例如法学的性质、特征以及功能问题；法学的起源、发展及其基本规律问题；法学与其他学科的相互关系问题；法学的本土化、国际化与现代化的问题；法学流派及其理论特质问题，等等。

2. 法学方法论。主要是研究在法学研究中，应通过何种哲学预设、前提假定、研究立场、研究态度来分析法律的基本问题。在以往，我们较为忽视法学方法论的理论研究，或者将法学研究的方法简单地等同于法学方法论，然而这种理解是不正确的。法学方法论是对法学方法的哲学说明，或者说，是“方法的方法”。

3. 法律本体论。以哲学的语言来表述，所谓本体论就是运用以“是”为核心的范畴、逻辑地构造出来的哲学原理系统。其基本特征包括：（1）从实质上讲，本体论是与经验世界相分离或先于经验而独立存在的原理系统；（2）从方法论上讲，本体论采用的是逻辑的方法，主要是形式逻辑的方法；（3）从形式上讲，本体论是关于“是”的哲学。^{〔1〕}而所谓“是”，即“关于一切实在的基本性质的理论或研究”。^{〔2〕}因而，就这个意义上所言的“法律本体论”，主要是研究法律的基本原理，诸如法律的概念、法律的形式、法律的结构等法律的基本问题。

4. 法律运行论。主要是研究法律在社会实践中的运行问题。这一部分又可分为两个基本内容：一是法律运行的主体，研究法律机构和法律职业者的正当基础问题；二是研究法律运行的主要阶段，例如通常所言的法律适用、法律解释、法律监督等。有关法律运行的实际效力问题，法理学虽然也有宏观的分析，例如通常所言的法律效率、效益问题，但这些内容主要是在法社会学当中予以解决。

5. 法律技术论。主要是研究法律适用时必须遵循的技术规则，而这一部分内容实质上是法学真正作为“经世致用”之学的基本条件。相关内容我们在本章第三节中将进行专门阐述。

（三）法社会学

法社会学是随着社会学的兴起而出现的一门新兴理论学科，其主旨在于使用社会学的研究方法来解构法律问题，大体说来，有关法社会学研究对象的概括，有两种主要思路：一是认为法社会学应以“社会中的法”为研究对象，研究法的实行、功能和成效，描述法的社会运行机制、法的内在结构及法实施的社会组

〔1〕 俞宣孟：《本体论研究》，上海人民出版社 1999 年版，第 27 页。

〔2〕 英国（不列颠百科全书）（第 15 版）。转引自俞宣孟：《本体论研究》，上海人民出版社 1999 年版，第 23 页。

织；另一种观念则认为，法社会学的研究对象是“法和社会的关系”，即研究社会中的法和涉及法的社会因素。我国学者一般倾向于后一种观点，其主要理由即在于法与社会的关系可以包含“社会中的法”这一内容。^{〔1〕}但也有人主张，法社会学既不是法学也不是社会学所能包含的，^{〔2〕}它是一门独立的学科形式，研究对象也就难以用法学或社会学的语言加以概括。赵震江先生主编的《法律社会学》引述英国法律社会学家柯特莱尔的论述，认为：法律社会学不是社会学的一个专业，也不是法学的一个专业，而是一种或一组对法律和法律研究的阐释，它注重按照法律准则（即法律规则、概念、原则和价值）以及法律组织（法院、法律执行机关、法律职业等）的社会根源和效果，并结合对它们的社会、经济和政治环境的系统研究，来理解法律准则和法律组织，注重设计研究方案，以便促进对社会法律性质的理论分析，更深刻地理解存在于各种社会和社会环境中的一般法和法律组织。因此，柯特莱尔认为，法律社会学的研究领域应该包括：（1）与特定法律条款或法律机关的影响或效果的有关法律影响；（2）法律的发生研究，特别是关于立法发生的研究；（3）法律实施条件的研究，即有关人民情愿或不情愿，有机会或无机会请求法律和法律机构的帮助，以保障他们利益的种种因素的研究；（4）特定机构的研究；（5）特定法律程序的研究；（6）当代西方社会的法律性质的理论分析——一般法的理论和社会理论研究。^{〔3〕}

总的来说，法社会学研究在国内尚未形成较为成熟的理论体系，因而学者在有关法社会学的研究对象、研究范围、研究方法方面，也存在着较大的争议。

三、理论法学的使命

（一）传播和普及法律观念

对于任何国家的法治事业而言，法律观念的传播和普及，都是其基础与先导工程。法治虽然可以通过理性设计的手段在全社会推行，然而法治的效果究竟如何，又必须仰赖人们的法律观念如何而定。不能设想，一个法律观念仅属于少数法学家和法律职业者的社会，能够真正地建成法治的社会。“拥有稳定的、共通的法律体系的社会，都是法律概念普及的社会。”这正如一位法学家所言，“基本的法律概念并非全是法律学家专属的工具，而是任何需要与朋友接触之人的共同财产。在日常生活中，我们在购物、住旅馆或付款时，都会在有意无意间应用法律的概念。我们可以说法律概念为达到实际目的之工具；但是，它更是我们的生

〔1〕 如朱景文，见其所著《现代西方法社会学》，法律出版社 1994 年版，第 1 页；马新福，见其所著《法社会学导论》，吉林人民出版社 1992 年版，第 3 页。

〔2〕 赵震江主编：《法律社会学》，北京大学出版社 1998 年版，第 37 页。

〔3〕 赵震江主编：《法律社会学》，北京大学出版社 1998 年版，第 36~37 页。

存、穷目所见的世界中，重要的成分。……他们更是传达这个世界是怎么一回事的讯息必备的工具。”〔1〕自然，法律观念的研究与普及，并非完全由理论法学所垄断，应用法学同样也负有积极的使命，但是，理论法学本身就是通过观念的分析与陈述来建构其学科内容的，因而只有通过理论法学的学习，接受者才会有系统的、整体的、综合的法律观念体系。同时，它所“确立的法律理想可增进民众的法律信念，从而为法律的安定提供强有力的社会支持”。〔2〕

（二）促进法律制度的改革与完善

法律并非一成不变，法律必须适应社会的需要，这是法律发展史上的一条规律。正如学者所言，“法律为社会生活之规则，既因社会生活之需要而发生，自亦随社会生活之变迁而变迁，任何时代之任何法律，均在时常变动之中，立法者于制定法律之际，虽殚精竭虑，考虑周至，然人智有限，世变无穷，社会生活之变动，极为剧烈，各种法律亦因其社会背景之变迁，而时有变迁。”〔3〕然而，法律制度的修正与完善，都必须在理论的支持、指导下得以进行。任何一部为万世开太平的民法典，都是有着强大的理论作为支撑的。《法国民法典》、《德国民法典》的辉煌，都是当时的法、德两国理论法学高度成熟的产物。例如学者在评价《法国民法典》时指出：“在风格和语言方面《法国民法典》堪称杰作。其表述的生动明确和浅显易懂，司法技术术语和没有交叉引证都颇受称赞，并且因此对法典在法国民众中的普及做出了实质性的贡献。”〔4〕显然，如果没有精深的法学研究与高超的立法技术，要达到这样的成就是不可想像的。正因如此，法学家在民族法律制度的改革与完善方面，厥功甚伟。他们通过周密的理论论证，为立法者合理安排法律的结构、确定法律的内容、并注意与其他法律的协调提供支持。而法学家在国家政治、法律生活中发挥作用的前提，则是其拥有理论法学的精深素养。同样，法律职业者在自己法律实践中所遇到的问题，通过他们的理论总结，也会为国家法律制度的改革与完善提供良好的实证材料。

（三）指导执法与司法实践

对于法律在社会实践中的运作而言，理论法学同样扮演着重要的角色。一方面，法律理论与法律实践本身就密不可分。德沃金言道：“在法理学与判案或法律实践的任何其他方面之间，不能划出一条固定不变的界限。”法律实践必须提供说明性的理由，以支持相关的处理决定，然而，“任何实际的法律论证、不论

〔1〕（美）卡特瑞尔：“法理学与法律社会学”载 William M. Evan：《法律社会学》，巨流图书公司 1996 年版，第 35-36 页。

〔2〕周永坤：《法理学——全球视野》，法律出版社 2000 年版，第 26 页。

〔3〕林纪东：《宪法释论》，“大中国图书公司”1981 年改订第 41 版，第 31 页。

〔4〕（德）K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译贵州人民出版社 1992 年版，第 169 页。

其内容多么具体和有限，都采用法理学所提供的一种抽象基础，……因此，任何法官的意见本身就是法哲学的一个片段。”正是在这个意义上而言，德沃金将法理学称为判决的组成部分，“亦即任何依法判决的无声开场白”。〔1〕因此，行政和司法实践不能脱离理论法学的指导，否则就难以将“个别的现象”归结为“普遍的现象”，从而得出不正确的判断。〔2〕另一方面，“法理”本身就是法律的渊源之一。所谓“法理”，“系指自法律精神演绎而出的一般法律原则，为谋社会生活事物不可不然之理，与所谓条理、自然法、通常法律的原理，殆为同一事物的名称。”在实在法出现空缺、失误，或者出现疑难案件时，“法理”即可直接用作判决的依据。在这样一种场合，“法理的基本功能系在补法律及习惯法的不备，使执法者自立于立法者的地位，寻求就该当案件所应适用的法则，以实现公平与正义，调和与社会生活上相对立的各种利益。”〔3〕正因为“法理”在法律实践中的重要作用，许多国家或地区的法律往往将“法理”作为明定的法律渊源之一，从而使理论法学与法律实践更加紧密地结合起来。

第三节 法律技术在法学教育中的地位

一、法学教育的目标与法律技术训练

（一）能力培养：法学教育的中心任务

英国著名的大法官柯克曾对国王言道：“我很清楚，您的理解力飞快如电，您的才华超群绝伦，但是，要在法律方面成为专家，一个法官需要花 20 年的时光来研究，才能勉强胜任。……法律乃是一门艺术，一个人只有经过长期的学习和实践，才能获得对它的认知。”〔4〕的确如此，法学不仅是理论的学科，更是实

〔1〕（美）德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 83 页。

〔2〕这里是借用革命导师的观点。马克思指出：“有没有一种法律，由于本身具有必然性，在应用于每一个别情况时都必定符合立法者的旨意，同时又绝对排除一切任性呢？要把这种毫无意义的课题叫做哲人之石，需要有莫大的勇气，因为只有极端无知的人才会提出这样的课题。法律是普遍的。应当根据法律来确定的案件是个别的。要把个别的现象归结为普遍的现象，就需要判断。判断是件棘手的事情。要执行法律就需要法官。”参见马克思：“第六届莱茵省议会的辩论”（第一篇论文），《马克思恩格斯全集》第 1 卷（上），人民出版社 1995 年第 2 版，第 180 页。正因为法律不会自行运用，因而必须由法官根据法学的一般原理，来对法律和事实两方面进行解释，从而形成联结案件与法律的桥梁。

〔3〕王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 60 页。

〔4〕强世功、赵晓力：“双重结构化下的法律解释——对八名中国法官的调查”，载梁治平编：《法律解释问题》法律出版社 1998 年版，第 244 页。