



法学讲堂

法理学

周贇 著



清华大学出版社



法学讲堂

法理学

周赞著

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书在充分尊重既有教材知识结构的基础上,体现更多的当前学术研究成果和走向。全书根据法理论与法实践的关系,分为“关于法律的一般理论”和“根据法律的一般理论”两篇,进而分别讨论了“法律的概念”、“法律的基本范畴”与“法律要素”、“法律实施”等内容。

全书注重知识性与思想性、可教授性与启发性、理论性与可实践性相结合,以更严谨的方式全方位呈现法理学的研究方法、篇章体系、问题意识、知识结构,以进一步丰富当下中国的法理学教材。

本书既可作为本科生教材使用,也可作为研究生及其他法学爱好者参考之用。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

法理学 / 周赅著. —北京:清华大学出版社, 2013. 1

(法学讲堂)

ISBN 978-7-302-31099-0

I. ①法… II. ①周… III. ①法理学—教材 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 303479 号

责任编辑:刘 晶

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:何 芊

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市李旗庄少明印装厂

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:22.5 字 数:460千字

版 次:2013年1月第1版 印 次:2013年1月第1次印刷

印 数:1~4000

定 价:38.00元

产品编号:047422-01

作者简介

周贇,山东大学法学博士,厦门大学法学院副教授、厦门大学法学院法理学教研室主任、牛津大学法学院访问学者、《厦门大学法律评论》主编。出版专著:《“应当”一词的法哲学研究》(山东人民出版社2008年版)、《西方法哲学主题思想史论》(法律出版社2008年版)、《立法用规范词研究》(法律出版社2011年版);主编教材:《法理学教程》(对外经贸大学出版社2007年版);在《读书》、《文史哲》、《现代法学》、《政法论坛》、《法律科学》等发表学术论文70余篇;主持国家级课题1项,省部级课题4项,其他课题3项。

目 录

导论	1
一、法学、法理学的概念	1
二、法理学的遭遇及其问题	4
三、法理学的学科定位	6
四、法理学的实践价值	8
五、法理学的当代中国使命	10
六、法理学的学习思路与方法	12

上篇 关于法律的一般理论

第一章 法律的概念	20
第一节 “法”与“法律”的语义分析	21
第二节 法学流派与法律的概念	27
第三节 法律的特征	36
第二章 法律的基本范畴	43
第一节 权利与义务概说	43
第二节 权利与义务的关系	52
第三节 公民权利与国家权力	56
第三章 法律的合法性	65
第一节 合法性概说	66
第二节 合法性的基础	72
第三节 合法性的实现条件	78
第四章 法律的效力	85
第一节 法律的效力概说	86
第二节 法律效力的判断标准	91
第三节 法律效力的冲突	98

IV 法理学

第五章 法律的种类和体系	103
第一节 法律的一般分类	104
第二节 法律体系与法律部门	111
第三节 法律的历史类型	116
第六章 法律的价值与作用	124
第一节 法律的价值	125
第二节 法律的作用	129
第三节 法律的局限	138
第七章 法律的运行环境	144
第一节 法律与宗教	145
第二节 法律与政策	150
第三节 法律与道德	154
第四节 法律与习惯	159
第八章 法治及其构成	163
第一节 法治概说	164
第二节 法治的构成	170
第三节 法治国家基础理论	175

下篇 根据法律的一般理论

第九章 法律要素	182
第一节 法律术语	182
第二节 法律规范与法律标准	187
第三节 法律原则	198
第十章 法律实施	204
第一节 法律实施概说	204
第二节 执法	209
第三节 司法	213
第四节 守法	219
第十一章 法律渊源	224
第一节 立法立场的法律渊源	225
第二节 司法立场的法律渊源	232
第三节 法律渊源与法律发现	240
第十二章 法律先例	246
第一节 先例与遵循先例原则概说	247

第二节	先例识别技术	254
第三节	先例与当下中国的司法实践	261
第十三章	法律方法	266
第一节	法律方法的种类及体系	267
第二节	法律解释	272
第三节	法律论证	279
第四节	法律推理	283
第十四章	法律事实	287
第一节	法律事实概说	288
第二节	法律事实与客观事实	295
第三节	法律事实与法的运行	300
第十五章	法律关系	309
第一节	法律关系概说	310
第二节	法律关系的构成要件	315
第三节	法律关系的运行	321
第十六章	法律责任	325
第一节	法律责任概说	326
第二节	法律责任的认定与归结	332
第三节	法律责任与法律监督	339
	关于教材的个人心路历程(代后记)	345

导 论

法学是关于人类规范生活的一种学问。法学是一个学科大家庭,其中,法理学是法学的基础理论,它研究的是人类规范生活中的一般现象、一般规律等一般性问题,因而又可称之为“法的一般理论”。总体上看,法理学包括“关于法律的一般理论”和“根据法律的一般理论”两大部分。法理学的价值,无论是对于其他法学分支学科,还是对于法律实践而言,总体上可以用两个事物进行类比:“导游”(方法论支撑)和“交流平台”。对于当下中国的法理学而言,当然应当保持一种面对本土实践的姿态,而这种姿态又反过来要求法理学自身必须先按照法理学本来的逻辑进行发展、完善。

一、法学、法理学的概念

先贤荀况曾经这样描述人性、人欲与有秩序的社会生活:

“水火有气而无生,草木有生而无知,禽兽有知而无义;人有气、有生、有知且有义,故最为天下贵也。力不若牛,走不若马,而牛马为用,何也?曰:人能群,彼不能群也。人何以能群?曰:分。分何以能行?曰:义。故义以分则和,和则一,一则多力,多力则强,强则胜物。”

“礼起于何?曰:人生而有欲,欲而不得,则不能无求,求而无度量分界,则不能不争。争则乱,乱则穷。先王恶其乱也,故制礼义以分之,以养人之欲,给人之求。使欲必不穷乎物,物必不屈于欲,两者相持而长,是礼之所起也。”^①

这其中,前一段话大体上说的是,人类之所以必须过群体—社会生活,乃因为不如此则尽管“最为天下贵”,但实际上天赋并不特别突出的人类将根本无法应对大自然发出的各种挑战;后一段话说的则是,人类在过社会生活的过程中,由于需求相通及总是处于一个资源相对匮乏的世界,因而必须过一种有所规范的生活,否则必定陷入“乱”及“穷”的地步。尽管在荀子看来,所谓“规范”指的是“礼”,但如果换作今天的通用术语,则这种用以调节人们社会交往、进而达致一种秩序的规范,也许更贴切、

^① 分别见《荀子·王制》、《荀子·礼论》。

更常见的名称是“法律”。

可以说,只要有人类以及人类交往,就一定伴生有规范、法律,因为古今中外的经验莫不清楚地表明:唯有如此,有秩序的交往才成为可能。在这个意义上可以认为,西方社会的法律谚语“有人类必有法律”实在是精辟地道出了人类生活的一重本质属性。因此,欲对人类社会或人类社会生活进行准确把握,必定少不了“规范—法律”的视角。而所有从规范—法律视角认知人类交往或人类社会生活的学问或者说理论之总和,就可以称为“法学”。

由于社会生活的规范—法律属性可以分别从不同的角度进行揭示,譬如有些研究者侧重于从规范的价值层面来进行;有些研究者则侧重于从规范本身的逻辑结构、语义等层面进行;而另有些研究者则强调根据规范的实际秩序本身进行;还有些学者则结合以上的两个或三个层面进行。因此,尽管都可以统辖在“法学”这一名称之下,但实际上由于关注重心、乃至进一步的研究方法的不同而实际上存有各种颇不相同的法学流派和思潮,如自然法学、规范分析法学和社会实证法学等。但可以肯定的是,所有法学研究都一定以“规范”为核心。在很大程度上也可以说,所有可以被恰切地名之为“法学”的研究、学问、理论不仅仅事实上必定围绕规范展开,也应该围绕规范展开。正是因为这一点,赋予了法学以安身立命之所。

从另一个角度看,由于人类社会生活可以从不同的角度进行分类,譬如作为平等主体参与的日常生活,又如作为公共交往主体参与的政治生活等,对应于这些不同的社会生活,往往需要不同的规范进行调整,因而当不同的研究者分别针对其中的某一类或某一些规范进行研究时,也会形成不同的法学分支。这种法学分支习惯上被称为“部门法学”,如民商法学就仅仅研究平等主体参与的人身财产关系以及相应的社会规范;诉讼法学关注的则是人们在诉讼活动中所产生的各种关系以及相应的社会规范。就现在来看,此种视角意义上的法学分支主要有宪法学、民法学、刑法学、诉讼法学、行政法学、经济法学、劳动与社会保障法学、国际法学等。可以预见,随着人类社会生活的日益复杂和高度分化,部门法学的种类也一定会有相应的变化。

另外,正如社会生活的规范属性不可能与它的其他层面绝对脱离一样,对社会生活的规范属性进行研究的法学有时候也不可避免地需要与其他学科交流。通过这种交流,往往会形成一种交叉学科,如犯罪学就是(刑)法学、物证技术学、心理学、行为学、医学等的交叉产物,而司法统计学则是司法理论与统计学的交叉产物。

以上介绍的诸种法学分支,往往以研究某一种或某一些规范或限于以考察规范的某些层面为使命,但有些法学分支却具有不同的面向,它们关注的是规范以及规范生活过程中的一般现象、一般问题、一般规律、一般特点等,这种对规范以及规范生活进行一般化研究的法学,可以统称为“理论法学”。理论法学包括比较法学、法律史学、法理学等。这其中,法理学是最典型的理论法学分支,因而在所有法学分支中也具有最典型的“一般化”特色。它的研究进路并不局限于某种法学流派,它的研究对

象也不限于某种或某些规范,它甚至也不仅仅关注规范或规范生活的历史,它当然也不仅仅满足于规范或规范生活的比较,它研究的是规范或规范生活中所有具有共性的层面。可能也正因如此,所以又有人称法理学为“法的一般理论”。有西方学者曾从术语学的角度对“法理学”作了这样的说明,“法理学(jurisprudence)这一术语在欧洲大陆并不常用,人们更喜欢用的是法律哲学(the philosophy of law),法律的一般科学(the general science of law),法律大百科全书(legal encyclopedia)或法律的一般理论(the general theory of law)”。^①

当然,必须明确的是,当我们说法理学研究的是规范—法律生活中的一般问题时,并不意味着它不关注、不研究具体的相关问题;相反,它当然也关注、并且必定需要关注具体的相关问题。这是因为一方面,所谓“一般”总是从具体中来;另一方面也因为它对具体问题的关注之出发点与其他法学分支具有明显的不同:其他法学分支对具体问题的研究往往满足于该具体化的问题本身,而法理学的关注则强调透过对具体问题的关注去揭示具有某些共通性的、一般性的内容。如对于某些被社会舆论所关注的“热点案件”,可能刑法学、民法学等部门法学的学者关注的是该案件在刑法或民法上应当如何解决方显妥当,而法理学一方面固然也将关注这些案件的此一层面,但更重要的是它通过这种关注去揭示出这些案例背后的某些共通的问题、规律。^②

还需明确并且往往为部分学者所忽视的是,法理学可根据对规范—法律生活的观察、把握立场之不同划分为两种既相互关联、又相互区别的部分。其中,如果一个研究者站在立法者的角度来看待规范—法律生活,那么,他将一定会更加侧重于诸如法的概念、法的特点、法的合法性、法与政治、法与自由等问题,因为对这些问题的合理回应是创制良法的关键所在。相应地,如果一个研究者站在用法者,如法官的角度观照规范—法律生活,那么,他的关注重心可能就不是上述内容。因为无论他对如上这些问题有多么精辟的把握,都不必然对他当前的法律适用工作有所助益,毋宁说,他首先关注的一定是法律实施过程中产生的各种问题,譬如说法律识别的问题、法律解释的问题、法律关系的问题等。当然,有些问题可能是这两种立场的法理学都相对比较重视的,如法律渊源问题,但很显然,两者对相关问题的具体展开将必定具有明显的不同。^③

为了以示区别,我们不妨分别将如上两种立场的法理学称为“立法立场的法理学”和“用法立场的法理学”。其中,立法立场的法理学基本可以说是在法律之外用一种外部立场来考究法律以及法律世界,也正因为它的这种外部立场,所以它往往需

① Alf Ross, *On Law and Justice*, London: Stevens & Sons Limited, First edition in 1958, p. 1.

② 相关的典型作品,可参见 John Finnis, *The Rights and Wrong of Abortion: A Reply to Judith Thomson*, in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 2, No. 2 (winter 1973), 117-45;周赞:《非典型案例的典型意义》,载《厦门大学学报》,2010(6);等。

③ 详可参见本书第十一章“法律渊源”。

要借助诸如哲学、政治学、伦理学、经济学等其他学科的思路、方法和工具。也许正因为此种法理学需要借用其他学科的研究范式,使得其往往成为法学与其他社会科学展开交流的前沿阵地,进而使得这一部分法理学研究往往与哲学、政治学等无法清楚地界分,甚至不如其他学科的相关研究那么精辟,而这可能也解释了为何当代美国著名学者德沃金(Ronald Dworkin^①)会发出这样的感慨,“实际上,时下法理论中最重要的作品,大多出自那些既在法学院担任教职又在他们自己本来的学科部门任教的政治哲学家和经济学家之手,而不是法律家之手”,他甚至断言,在今天,“没有哪个法理论家比政治哲学家罗尔斯(John Rawls)对现代法哲学所作的贡献更大”^②。

与此不同的是,用法立场的研究进路则明显地以一种内部立场探究法律以及法律世界,也就是说,以面临现实法律问题并意欲寻求法律框架之下的解决方案之立场来展开研究。进而言之,与立法立场的法理学站在法律之前、之外、之上研究法律问题不同的是,它强调的是站在法律之后、之内、之下来研究法律问题。很显然,对于此种研究,其他学科可能就难以置喙,因为它确实过于专业。也正因如此,学界有相当多的人主张,只有这种立场的法理学才是真正的法学,至于前一立场的法理学,也许称之为“法哲学”并且直接归属到哲学阵营才更为合适。

由于这种研究立场、进路乃至内容的不同,我们又可以分别将法理学的如上两个构成部分称之为“关于法律的一般理论”和“根据法律的一般理论”。

二、法理学的遭遇及其问题

上述介绍已经表明,相对其他法学分支而言,法理学也许是法学学科中最具有理论性、也最具抽象性的学科。某种程度上可能也正是这种理论性、抽象性,使得法理学往往给人以脱离实际之感,以至于经常被实务界人士、乃至其他法学分支科研教学人员所鄙夷、质疑:法理学除了具有概念游戏之功用外,有什么用?尤其是,对法律实践,譬如说对于一个律师赢得官司有何帮助?因了这种质疑,当然也因为看上去法理学迄今似乎尚未对这种质疑作出有力的回答,使得法理学在当下中国处境颇为尴尬:它或者被径直讥为“概念游戏”,也即除了给学习者提供一些概念性知识外,充其量只能起到锻炼学习者逻辑思维、语言文字能力之用;或者干脆被讥为“屠龙之术”——看上去固然精妙,但由于世间本没有龙,因而纯然一无是处。必须指出的是,法理学的这种尴尬境遇,绝不是当下中国特有之情形,至少按照波斯纳(Richard Posner)以及伯尔曼(Harold Berman)等人的说法,法理学在美国法学院课堂也颇不受欢迎且选课人数寥寥。^③

① 在本书的行文过程中,如出现外国人人名,仅于每一章第一次出现时随附对应的英文。

② Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 34.

③ See Richard A. Posner, *Law and Legal Theory in England and American*, Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 1; Harold J. Berman, William R. Greiner and Samir N. Saliba, *The Nature and Function of Law*, 5th edition, Westbury, New York: The Foundation Press, Inc., 1996, p. 14.

那么,如上鄙夷、质疑仅仅是某种偏见在作祟,还是法理学真的注定只能满足于扮演概念游戏或屠龙之术的角色?先贤说,“吾日三省吾身”^①。因此,对于法理学的如上遭遇,法理学学科也许首先应当做的是反躬自省:也就是说,即便作出这种鄙夷、质疑的人存有某种偏见,也不妨首先自问这样一个问题,是否法理学自身的某些作为导致或加剧了这种偏见?否则,为何法学大家庭成员如此众多,偏偏大家独独选择鄙夷、质疑法理学?或者换一个角度看,如果法理学意欲摆脱、或仅仅是缓解大家的这种质疑,可以首先从自身角度怎么做?

笔者以为,法理学的如上遭遇很大程度上确实是因为法理学自身的某些不足所造成。这其中,最重要的原因可能在于,既有的法理学过分地重视了“立法立场的法理学”部分,而忽视、甚至可以说无视了“用法立场的法理学”部分。翻开国内通行的一些法理学教材就会发现,其内容框架大体都是以“立法立场的法理学”占据绝对主导地位,并且即便是那一小部分本应属于“用法立场的法理学”之内容,也往往透露出明显的“立法立场”。

目前较为流行的法理学教科书多分为“法学导论”、“法的本体”、“法的起源和发展”、“法的运行”、“法的价值”和“法与社会”等几个部分。无论是仅仅从各编名称、还是从相关实际内容^②来看,应当说都可以较为清楚地判定只有“法的运行”可能可以纳入“根据法律的一般理论”之中,其他内容则肯定地属于“关于法律的一般理论”之范畴。如果我们把自己想象成一位部门法学习者或法律实务工作者,如一位民商法学习者或一位代理律师,当你翻开这样的法理学时,你也许确实很难不产生“法理学没什么用”的感觉,因为对于此时的你来讲,无论你对“法学导论”、“法的本体”、“法的起源和发展”、“法的价值”以及“法与社会”了解得多通透,事实上都不会对你的部门法研究或法律实务提供多少直接且实质性的帮助——更不用说即便你努力学习了相关内容后也不敢肯定会达致“通透”之效果。更“要命”的也许是,这时当你求助于“法的运行”部分时,你本来期望在这一内容中能得到某些帮助,但很遗憾,你发现的却几乎仍然只是一堆概念。

相应地,设想一下如果我们的法理学能够更多地关注“根据法律的一般理论”部分,也即更多地关注根据实在法所产生的问题并尝试揭示其中的内在逻辑进而为妥善解决相应问题提供启示,那么,法理学也许就不会或不容易被质疑为“没用”了。也就是说,法理学之所以遭遇前述质疑,某种程度上确实因了自身结构的偏颇。因此,仅从这一角度看,我们也有充分的理由调整法理学的内容框架以及相应的研究立场。换一角度看,法律的世界本也应当包括两大部分:法的制定与法的实施。因此,如果说法的制定过程中的一般问题应当由法理学进行关注、研究,则当然法的实施部

① 曾子语,见《论语·学而第一》。

② 详可参见张文显主编:《法理学》(第3版),北京,高等教育出版社,2007。

分所产生的一般问题也应当由法理学进行关注、研究。

当然,这并不是说法理学中“根据法律的一般理论”比“关于法律的一般理论”更重要,更不是后者根本不重要,甚至也不意味着法理学的这两个构成部分真的决然分立,而仅仅是说:一方面,为了理论构建、描说的方便,可以对法理学作这种划分;更重要的是,另一方面,无论从实际需要,还是从法理学自身的逻辑架构出发,都应当是“关于法律的一般理论”和“根据法律的一般理论”“两手抓”,并且“两手都要硬”。在这里,应当提及并且令人欣慰的是,尽管目前国内大部分通行的法理学教材都有如上跛脚问题,但毕竟已经开始有论者注意到这个问题并尝试创作出不同样貌的教材。另外,也已有学者开始注意译介国外的相对更加讲究平衡的法理学教材。^①

申言之,至少在笔者看来,较为合理的法理学架构应当是前述两部分内容并驾齐驱。基于这种考虑,本书分为三大部分,即“导论”、“关于法律的一般理论”和“根据法律的一般理论”。其中,导论部分主要讨论的是法学、法理学作为一门学科所涉及的一些问题;关于法律的一般理论部分将讨论“法律的概念”、“法律的基本范畴”、“法律的合法性”、“法律的效力”、“法律的种类和体系”、“法律的价值和作用”、“法律的运行环境”、“法治及其运行”;而根据法律的一般理论部分则将讨论“法律要素”、“法律实施”、“法律渊源”、“法律先例”、“法律方法”、“法律事实”、“法律关系”、“法律责任”等内容。

诚如前述,法理学必须首先从自身角度探析导致法理学遭遇质疑的原因,但这并不是说自身因素是唯一导致法理学被质疑的原因,甚至也不意味着它是唯一主要原因。笔者认为,在所有的质疑者那儿,也许都存在某种程度的对如下两个问题的片面认知:第一,法理学在整个法学体系中处于怎样的地位?换句话说,它与其他法学分支的关系到底应该是怎样的?进而言之,法理学对于其他法学分支到底应该具有怎样的功用?第二,法理学对于法律实践又应该扮演怎样的角色?

接下来,让我们尝试着对如上两个问题作一详细的分析、考察。

三、法理学的学科定位

诚如前述,法理学探析的是规范—法律生活中的一般化现象、问题、规律等,可以肯定,仅这种研究对象的相对独特性就足以使得它具有充分的资格独立存在于整个法学体系之中。当然,欲清楚地把握法理学在法学大家族中的地位,除了需要肯定它的独立主体资格外,还有必要明确它与其他法学分支学科相互之间的关系。

大体上,我们可以从如下两个方面来分析法理学与其他法学分支的关系。

第一,它是所有其他法学学科的基础理论。所谓“基础理论”,可以作两方面理

^① 相关的典型作品有谢晖、陈金钊:《法理学》,北京,高等教育出版社,2005;周贇主编:《法理学教材》,北京,对外经济贸易大学出版社,2007;[德]魏德士:《法理学》,丁晓春等译,北京,法律出版社,2005;等等。

解:其一,所谓法理学是法学“基础理论”是指法理学“只是法学的初步课程,自非欲探索其博大精深之处,而只是大致介绍各种法律的共同原理,藉示研究的津梁……”^①申言之,法理学之为基础理论在于它可以提供一种具有入门性质的知识和理论:通过法理学的熏陶、引导,可以使人登堂入室、进入法学大厦之中。其二,是指它对全部法律现象作一综合的理论说明和理论构造,从而奠定整个法学大厦的基础并构筑其基本框架。举例而言,如果没有法理学对“法律是什么”作一个整体的回答、界定,那么,其他所有法学分支的任何进一步讨论都将变得非常困难。同样地,如果没有法理学对法律问题域的基本限定及廓清,那么,其他法学分支学科也将很难清楚自己的研究界限。

第二,正因为法理学是法学体系的基础理论学科,因此,它可以为其他法学分支学科(如部门法学)提供一种总体性的理论指导,具体说来包括:为其他法学子学科提供基本的概念、范畴、术语;为其他学科提供各种关于法律的认识;为其他学科提供基本的研究方法、研究思路和研究视角。

因此,法理学在整个法学大家庭中实际上扮演着一种类似“导游”+“对话平台”的混合角色:虽然它并不代替“游客”参观;很多时候,它自己也并不直接参与其他法学分支的“表演”,但实际上,任何其他法学分支的研究都必定或多或少体现着法理学的价值,因为如果没有它的引导,学者可能根本不会进行当下的法学研究,这就正如没有导游的介绍、引导,我们甚至无法找到旅游景点或者即便找到了旅游景点也不知道如何欣赏。同样地,如果一种法学研究完全脱离经由法理学构建的对话平台,那么,相关研究者也将肯定无法确认自己所正在进行的研究能否被恰切地称为“法学”,他当然更无法确信自己的研究能否与其他法学研究展开理性的对话、交流。申言之,即便不考虑很多时候其他法学分支总是自觉引用、借助法理学的具体研究成果来解决自身所面对的各类具体问题,只要它们经由法理学的引导进入法学大厦,只要它们还在使用着由法理学设定的各类基本概念、术语,并运用由法理学引入法学大家庭的各种研究方法、研究思路和研究立场,就已经说明法理学不可能“没什么用”。这实际上也就意味着,当部分部门法学或其他法学分支鄙夷或质疑法理学“没什么用”时,很大程度上是因为它忽视了法理学的这种“导游”和“平台”作用,而并不意味着法理学真的百无一用。

有必要予以明确的是,对基础理论的掌握仅仅是展开其他法学研究的一个必要条件而绝非充要条件。因此,如果你很幸运地对法理学有很精到的把握、研究,也并不意味着你就一定可以作出精到的其他法学分支之研究。这就正如数学定理与应用题的关系:意欲完满地解析一道应用题,必定需要准确掌握相关定理,但仅仅掌握定理显然不足以保证完满地解析,它还需要你能够灵活地运用定理。之所以明确这一

^① 韩忠谟:《法学绪论》,11页,北京,中国政法大学出版社,2002。

点,是因为在有些时候,当部分法学分支的研究者质疑法理学“没什么用”时,也许恰恰是因为他自己不知如何使用法理学所已经给出的概念、工具,而非法理学本身真的没有用。若果真如此,则从逻辑上讲,当然不能反过来认定法理学“没什么用”。因为在这种情形中,法理学只可能做到产出、供给基本的研究工具、方法或思路而根本无法支配你如何运用,更无法保证你能够灵活地运用这些工具、方法、思路,正如数学定理的发现者不可能保证你能够灵活地运用数学定理一样。

同时,说法理学可以为其他法学学科提供指导也并不意味着法理学就“高人一等”,恰恰相反,法理学必须注意保持与其他法学学科的高度勾联:它必须时刻注意从其他法学学科中提炼问题意识、甚至直接汲取理论营养。从这个角度来看,我们又实在可以说其他法学科构成了法理学的“基础”或“前提”。

综言之,法理学在整个法学体系中占据一独立而重要的地位——正如理论史所一再表明的,基础学科的发展虽不意味着相关学科体系必然完善,但凡是忽视基础理论研究的学科或学科体系,就必定将影响整个学科体系的健康发展;而凡是忽视基础理论的研究者,则必定影响其理论研究的深度和广度。笔者相信,法学学科也应是如此。

四、法理学的实践价值

在某种程度上,我们必须承认,法理学对于法律实践而言确实“没什么用”,因为在很多时候,它确实很难为法律实践提供什么现成的答案;但必须予以明确的是,这并不是说学院式法理学教育对于法律实践就真的“没一点用”,因为正如它至少可以为其他法学分支提供一个对话平台一样,它至少也可以为法律实践培养一个共通的交往平台,也即为法律实践界、乃至全社会树立某种共通的前见,从而使理性的法律交往成为可能。具体来说包括如下几个方面:

首先,它可以为法律实践提供观察、分析、表述问题的范畴性工具。记得当年休谟(David Hume)曾引用塔西陀(Cornelius Tacitus)的话说,“当你……能够说出你所感觉到的东西的时候,这是非常幸福的时候”^①。在这里,所谓“说出”,其实就是指用概念描述世界、描述现实。试想,如果你脑子一片空白,或者哪怕仅仅是找不到合适的概念来指称你意欲表达的对象时,将是一件多么痛苦的事?从这个意义上讲,此语实可谓精辟地道出了所有理论范畴之于现实、之于人们“说”(认识、表达)世界的必要而有效之工具性价值。这一点当然也同样适用于法律领域:可以说,如果没有各种法律概念、术语,法律实践者将肯定无法言说、交流、实践进而解决法律实务问题。也许有人会说,就法律实践而言,很多概念岂非本就来自实践本身?理论对于许多法律概念的产生及使用哪有什么功劳?此类疑问之前半部分是有道理的,因为的确有许多法律概念源自实践本身而非理论或理论界的创造;但必须明确的是,即便是来自实

^① [英]休谟:《人性论》(上册),关文运译,11~38页,北京,商务印书馆,1980。

践本身的这些概念也只有经过理论加工后方能成为一个通用的概念,否则,由于语词本身意义时空之流变性,这些“粗糙”的语词将很难被恰切地用来服务于追求普适性和标准性的法治工程。更进一步讲,在很多情形当中,正是理论研究赋予了某些语词以特定的含义(所谓“专业术语”),而这些词语本来可以具有其他意思。从这个意义上讲,我们可以说,首先是理论工作者为各种法律术语、概念乃至法律规范或法律原则制定规则,然后由立法者用这些概念、规范或原则进行立法、进而引领法律实践者的运用。很显然,此处所谓的“理论”首先必定是法理学理论,也即法的一般理论。

其次,尽管法理学是一种抽象化的理论体系,但毕竟它首先是“法律”理论,这就是说,它不可能完全脱离法律实践。换言之,它注定多少会关联着法律实践:如以实践案例作为理论展开的对象性依据,又如它的很多问题来自实践本身,再如它在对受教者进行考核时往往也会涉及所谓案例分析之内容等。具体而言可以分述如下:第一,法理学除了可以启发受教者的理论思维能力外,也可与其他法学学科一道,启发受教者解决实际问题的能力,只不过必须承认的是,相关能力的大小并不单纯取决于法理学的启发,很大程度上还取决于其他一些因素。第二,它可以与其他法学学科一道,为法律实践提供合理性说明或给出批判性建议。举例来说,如果你曾阅读《中华人民共和国刑法》(1997年)以及我国司法实践中关于“盗窃罪”的判决书,就一定会有这样的疑问:“为什么‘盗窃’就是指‘秘密窃取他人财物’,我国《刑法》中好像没有这样规定啊?”其实,如果通读各种法典就会发现类似的问题有很多,因为立法者对大多数立法术语或概念都没有进行定义。当然,即便立法者具有对每一个重要概念进行定义的初衷,考虑到每一个定义又总是需要引进新的定义项、也即新概念来定义被定义项,因此,它也必定将被迫放弃这一初衷。这就是说,立法之法中将注定有许多概念无法由立法者进行界定。那么,何以这些术语或概念却在实践中被用为某种基本共通的含义?也就是说,为什么当一个人在经验世界中作出“秘密窃取他人财物”的行为之后被法官判定为“盗窃罪”是可以接受的?这主要地就是因为理论工作的铺垫作用:几乎所有理论工作者、或至少所谓理论通说赋予了某概念以确定的内涵,以至于实践者可以“理所当然”、“不言而喻”且“理直气壮”地如此做。在这个意义上可以认为,没有理论研究、理论教育工作进行某种预先地或事后地说明、证立,相关的法律实践将很难获得完全的合法性(legitimacy)。这就是说,包括法理学在内的理论研究其实很关键而非真的没什么用;同样在这个意义上,我们才能清楚地看到理论法学与法律实践之间的一种互动:实践需要理论进行铺垫以及合法性说明或证立,而理论则借助于实践展示其解释力或论证力。

最后,在某些特定的情形中,法理学也可以为法律实践提供某种可直接运用之参考意见。法学家针对现实法律问题为法律家提供参考意见的现象古已有之,典型者如古罗马五大法学家的答辩、释法工作,又如古中国儒者在“引经决狱”过程中的工作;现代社会此种情形亦不罕见,以当下中国为例,我们已经看到有律师开始以“专

家意见书”(其中当然不限于法理学专家)等形式作为本方主张之重要支撑理由的做法,并且显然也具有较强的“杀伤力”。

美国学者伯尔曼曾这样归纳理论教研对于法律实践的功用,“学术机构与制度实践间存在着复杂的辩证关系,一方面一种学术体系(总是)描述着一种相对应的制度及其实践;另一方面制度又(总是)通过学术作品、理论教研而变得概念化、系统化并因此而得到改造……在这个意义上可以说,法律世界本身包含着一种相应的科学,这种科学既构成对法律的说明,也可视为法律机制的元动力”^①;而法国学者福柯(Michel Foucault)则断定,“需要被采纳的方案、战术和目的对于那些正在进行战斗的人来说是一个问题。知识分子能做的事情是提供分析的工具……对于说‘这正是你必须做的!’这句话来说,他当然什么也没有提供”^②。伯尔曼、福柯针对的虽然不仅仅是法理学与法律实践的一般关系,但当然也包含着法理学与法律实践的关系。据此,并结合前文的分析,可以将法理学之于法律实践的功用及限度具体总结为如下三个方面:首先,它可以设定法律实践中的前提条件,从而为法律职业的理性展开提供一种可理性化的范畴、工具;其次,它可以奠定整个法律实践之某一层面的合法性基础,也就是说,它可以为法律实践的具体做法提供理论层面的说明、证立以及操作平台;最后,尽管有时候法理学可以为法律实践提供直接可用的方案,但从根本上讲它本身却主要地并不具有这一面向的功能。

五、法理学的当代中国使命

在传统中国,曾经存在一种蔚为壮观的法学表现形式,即“律学”。所谓律学,最早是汉儒用解经学的观点、方法对官方法律进行注解、说明和阐释而形成的一种官方学术(后民间也出现类似活动),至魏晋时期达到学术上的高潮,而唐时《唐律疏议》中的“疏”和“议”则可谓其中最辉煌的学术成就。很显然,由于律学关注的是以法规规范为核心的各种社会现象,因而,从这个意义上讲,它属于典型的法学。然而,作为传统中国的一种学术活动,律学与我们现今所谓的、主要源自西土的法学却又有巨大的不同,其要者有二:第一,关注核心不同。律学关注的就是如何更好地使官方法按照统治者意愿、或官方文化属性得到贯彻实施,因而我们可以称其为“权力本位”的;相对而言,现代法学关注的则是如何保障公民权利,因此可谓“权利本位”。第二,研究方法不同,律学采取的是一种典型的解经学方法(即以所研究之文本作为出发点和归宿点,以一种虔诚、尊奉而不是论证、批判的态度对之作解释和说明),而现代法学则呈现出多元的方法局面:既有解经学的,也有思辨的,还有实证的……因此,从这两

^① H. J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition*, Massachusetts: Harvard University Press, 1983, p. 8.

^② Michel Foucault, *Power/Knowledge*, edited and translated by Colin Gordon, New York: Pantheon, 1980, p. 62.