



# 部门法学 哲理化研究

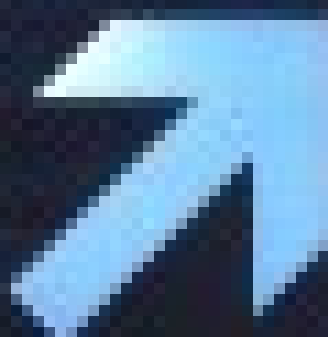
BUMEN FAXUE ZHELIHUA YANJIU

◎ 樊崇义 主 编

◎ 高家伟 吴宏耀 副主编



中国人民公安大学出版社



# 部门法学 哲理化研究

Department Law Theory Philosophical Research

王德臣 著

王德臣 著 王德臣 编

中国政法大学出版社

# 部门法学哲理化研究

樊崇义 主 编  
高家伟 吴宏耀 副主编

中国人民公安大学出版社

·北 京·

**图书在版编目 (CIP) 数据**

部门法学哲理化研究/樊崇义主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007. 9

ISBN 978 - 7 - 81109 - 833 - 4

I. 部… II. ①樊… III. 法哲学—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 139886 号

**部门法学哲理化研究**

BUMEN FAXUE ZHELIHUA YANJIU

樊崇义 主编

高家伟 吴宏耀 副主编

---

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省昌黎县第一印刷厂

---

版 次: 2007 年 9 月第 1 版

印 次: 2007 年 9 月第 1 次

印 张: 18.25

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 492 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

---

ISBN 978 - 7 - 81109 - 833 - 4/D · 783

定 价: 40.00 元

---

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

[www.phcpps.com.cn](http://www.phcpps.com.cn)

[www.poreclub.com.cn](http://www.poreclub.com.cn)

## 部门法学的哲理化走向 （代序言）

2004年12月18日至19日，教育部人文社会科学重点研究基地（法学）主任联席会议暨部门法学哲理化研讨会在博鳌亚洲论坛会场召开。本次会议由中国政法大学诉讼法学研究中心承办，海南大学法学院协办，教育部社政司主管领导和教育部所属八所法学重点研究基地的主任、特邀专家、基地专职研究人员、博士后研究人员、博士研究生等共计40人到会，是一次高规格、高质量的法学界峰会。在研讨中，与会专家对部门法学哲理化的基本问题进行了深入讨论并达成了共识。我们相信，此次会议提出的“部门法学研究哲理化”这一命题，将会对我国法学的发展产生深远的影响。

### 一、部门法学哲理化的意义

与会专家一致认为，部门法学哲理化是我国法学走向理性和成熟的标志，是我国法学研究和法学教育发展的必然走向。

徐显明教授认为，部门法学哲理化的命题是我国法学研究范式从反思式的革命性法学走向建构式的建设性法学的标志，是对我国理论法学和应用法学之间的整合提出的战略性挑战。25年来，我国法学的研究方法主要是反思和批判，而现在是从反思法学走向创新法学的时候了。如果我们将法学研究和社会生活紧密结合，那么，目前中国的政治、经济、社会、文化正在很大程度上改变着我们的法学研究范式，具体表现在法律主体从国家本位转向公民本位、法律体系由权力本位转向权利本位、法律价值观从法律工具本

位转向法治价值本位、国家治理从人治主导到法治主导、国家形态从政治国家走向市民社会、国家管理从统治走向以构建和谐社会为目标的治理以及执政党依法执政等七个方面。因此,部门法学哲理化是社会实践提出的必然要求。在学科建设方面,该命题意味着理论法学和部门法学的两分模式应当走向整合。西方国家法学研究已经表明,法理学和应用法学的结合是法学发达的必然结果,因为部门法学研究深入到一定程度,必然上升到一般的法理。

邓正来教授认为,西方法学家没有提出该部门法学哲理化的命题,而我们为什么提出了呢?该命题实际上预示着对我国法学研究缺陷的检讨和反思,蕴涵着知识生产活动的高度个性化与知识生产制度安排的标准化之间的矛盾。我国法学研究不发达的一个重要表现和原因是学科划分非常细致,而且与教研室、院系的设置相对应。这样的制度安排必然与知识生产的个性和综合性冲突,造成法学研究的肤浅。在这种背景下,部门法学哲理化的命题提出实际上也是对我国法学知识生产的制度安排提出的挑战。

锁正杰博士认为,部门法学哲理化的最大意义是为部门法研究提供规范的、成熟的方法论,从而为不同的部门法学之间交流整合以及同一部门法学内的交流和流派形成提供语境平台。我国法学界的不少研究活动是各行其是、自言自语、缺乏统一方法论的支撑,不仅不同部门法学之间难以沟通,同一部门法学内的不同专家之间也难以相互理解。观点的分歧和争鸣是正常的,但没有统一的方法论和语境平台,则是不科学的。法理学界存在不同的法学流派,部门法学在走向成熟时也必然出现不同的流派,而部门法学哲理化的命题正是我国部门法学出现不同流派的先兆。

## 二、部门法学哲理化的含义

与会专家认为,“哲理化”并非将哲学、法哲学或者法理学的范畴或者原理简单套用到部门法学中,更不是用它们来改造部门法学,以至于消除部门法学的划分。不同的部门法学应当有自己不同

的课题和语境，有自己的哲理化发展路径，从而形成符合部门法特色的范畴、方法和原理。

关于部门法学哲理化的含义，与会专家提出了不同观点。“提升说”认为，哲理化是应用哲学、法哲学的方法论提升部门法学研究层次的结果。“上升说”认为，部门法学针对具体问题的研究最终也需要上升到一般法理的层面。“方法借用说”认为，“哲理化”是部门法学借助哲学、法哲学和法理学的一般方法和原理研究部门法的问题。“中间说”认为，部门法学哲理化是研究位于理论法学和应用法学中间地带的范畴和原理所构成的共有知识体系。

在明确部门法学哲理化的含义时，与会专家提出了如下具体问题：

（1）法理学与法哲学之间的关系。多数专家主张区分这两个概念。李步云教授持包容说，认为法理学的研究对象是法的本体、价值、功能、实施等一般性问题，而法哲学的研究对象是法、法律制度、法律思想中的认识论和方法论。认识论的逻辑起点是法的主观和客观的两面性，法学认识论由此研究法律与社会现象、法律与法律意识之间的矛盾以及法律证据、法律规则、法律推理的两重性等基本问题。法的方法论研究课题是法的内容和形式、法的本质和现象、法的共性和个性、法的整体和部分、法的权利和义务、法的秩序和自由、法的应然和实然、法的确定性和不确定性、法律的稳定性和变动性、法的继承性和扬弃、法的协调发展等之间的矛盾。法哲学并不高于法理学，因为在整个法学理论中，法理学占有主导地位，法理学包括法哲学、法社会学、法律经济分析等分支学科。马克思主义法哲学的特色是唯物辩证法的认识论和方法论。

陈兴良教授持并列说，认为法哲学的研究对象是法的价值内容，因而其主要方法论是一种价值分析，具有批判性与反思性，本质上是对法的形而上的研究，它超越实在法，成为一种对实在法的批判力量。法理学是对法的规范内容的考察，主要采用规范分析的方法，这种方法具有规范性与思辨性，是法学和伦理学等规范学科

所共用的方法。

(2) 理论法学与应用法学之间的关系。进一步加强两者之间的联系是与会专家的共识。王利明教授认为,过去应用法学与理论法学是脱节的,以至于形成了所谓的“饭碗法学”。部门法学哲理化的命题则意味着两者的结合。理论法学要为部门法学研究提供一般法理支持,而部门法研究的也从法理学要找到一些依据,尤其是法学方法论的指导。国外学界能够从很小的部门法案例中总结出高深的一般性法理,而实务界也能够将法理学研究出来的法律方法运用到个案的解决。例如法律经济分析,在我国目前停留在学理研究阶段,实务界很少在案件裁判中应用这个方法,而美国司法实务界已经在合同法、侵权法的判例中应用经济分析的方法裁判案件。

张文显教授认为,应用法学是理论法学研究的基础,理论法学是应用法学研究的一个提升,两者在哲学上是特殊与一般、共性与个性之间的关系。理论法学与应用法学的划分只有分类意义。应用法学研究一旦深入,就会超越部门法的实践,从特殊上升到一般,从而触及理论法学神经。

(3) 部门法哲学。张文显教授提出了“部门法哲学”的概念,认为这是应用法哲学的方法研究部门法问题的中间学科,有人称之为学术隧道、模糊地带。部门法哲学的研究对象是开放的,主要是部门法的基本原则、基本原理、基本范畴、法律方法以及热点问题等;研究方法包括语义分析、价值分析、反思批判、建构整合等。

“部门法哲学”是部门法学哲理化重要方面,但不是全部内容。关于部门法哲学的归属,与会专家的意见大同小异。张文显教授和陈兴良教授持“中间地带说”,认为部门法哲学是理论法学和应用法学之间衔接和结合的一个中间地带;而赵秉志教授持“共有地带说”,部门法哲学既属于理论法学,也属于应用法学。

关于部门法哲学的分化,有专家认为,各个部门法学应当建立研究自己特殊概念、原则和原理的法哲学,例如民法哲学、刑法哲学、行政法哲学、诉讼法哲学等。张保生教授从哲学分化的角度出

发，认为哲学可以分为社会哲学、自然哲学和思维哲学，法哲学属于社会哲学的一个分支，可以进一步分为刑法哲学、行政法哲学等。在这里，关键要把握学科的分化和整合之间的“度”。否则，部门法哲学就没有哲学的味道了。

（4）部门法法理学。部门法法理学是研究特定部门法规范中蕴涵的一般范畴、原理和原则的科学。陈兴良教授以法社会学、法理学和法哲学的内容区分以及价值分析、规范分析和社会实证分析的方法区分为经纬，认为部门法法理学是应用规范分析方法研究部门法规范之内的原理和范畴，而部门法哲学是应用价值分析的方法研究特定部门法之上的价值内容，两者都是部门法学的组成部分。

部门法法理学固然要接受一般法理学理论的指导，但应当主要从部门法学的内部产生。张千帆教授认为，公法和私法未必遵循同一种“理”，各部门法都处理目的问题，因而必然具有不同的特色。我们没有必要过分强调统一。纯粹的、大一统的“法理学”是不存在的，实际上只存在部门法理学。

### 三、部门法学哲理化的方法

关于部门法学如何走向哲理化，与会专家提出了如下观点：

（1）学科结合。这是指哲学和法学、应用法学和部门法学展开跨学科的合作研究。吉林大学理论法学研究中心寻找部门法学和理论法学中间地带的做法具有特色，宋显忠博士将其归纳为“一个中心两个基本点”，即以反思部门法学已经形成的原理或者命题为中心，以实在法的制度分析和热点案例分析为基本点，将一般法理研究与单靠一个部门法难以解决的疑难问题分析结合起来。

（2）针对问题。部门法的哲理化研究必须针对部门法的具体问题，并且以此为出发点。邓正来教授认为，部门法学哲理化不是一个独立的知识体系，而是部门法学研究层次逐步提升的结果，必须针对具体问题，否则，就可能变成玄学。

哲理化研究所针对的具体问题主要是部门法中的前沿性、基础

性和热点性的课题，它们都涉及哲学和法哲学的原理和方法。陈光中教授指出，刑事诉讼法学的前沿问题有保障人权与打击犯罪、实体法与程序法、客观真实与法律真实、形式理性与实质理性、公正与效率、理论与实践等范畴之间的关系；高铭暄教授指出刑法学的前沿问题有社会保护与人权保障之间的关系、功利和报应等价值的之间的权衡及其多元化、减少死刑适用范围以及有关犯罪、刑罚、刑事责任等刑法基本范畴等。

## 目 录

|                       |       |
|-----------------------|-------|
| 部门法学的哲理化走向（代序言） ..... | （ 1 ） |
|-----------------------|-------|

## 上 编

|                        |            |
|------------------------|------------|
| 财产权的合法性基础 .....        | 张文显（ 3 ）   |
| 法律之善优于事实之真 .....       | 郑成良（ 13 ）  |
| 婚姻正当性基础的法哲学追问 .....    | 黄文艺（ 29 ）  |
| 全球化、全球治理与国际法的新视野 ..... | 何志鹏（ 43 ）  |
| 继承制度正当性的法哲学论辩 .....    | 黄文艺（ 80 ）  |
| 法学家视野中的公司 .....        | 蔡立东（ 93 ）  |
| 契约自治理论下的契约法阐释 .....    | 孙学致（ 146 ） |
| 利益·正义·权利 .....         | 彭诚信（ 173 ） |
| 诉讼制度的再认识 .....         | 宋显忠（ 218 ） |
| 罪刑法定：理念及其敌人 .....      | 杜宴林（ 238 ） |
| 经济法基本范畴研究论纲 .....      | 刘红臻（ 268 ） |
| 人格权的伦理分析 .....         | 朱 振（ 297 ） |

## 下 编

---

- 中国刑法哲学研究的回顾与展望 ..... 赵秉志 时延安 (325)
- 刑事证据法学对理性的呼唤 ..... 樊崇义 (336)
- 诉讼本质的文化阐释 ..... 肖建华 (349)
- 行政诉讼本质论 ..... 高家伟 (434)
- 刑事诉讼法研究与法哲学方法 ..... 锁正杰 (457)
- 形式理性与刑事诉讼中的事实裁判 ..... 程德文 (468)
- 司法裁判视野中的事实 ..... 吴宏耀 (482)
- 社会认识论与证据法 ..... 毛立华 (501)
- 论实体公正的困境 ..... 李 静 (518)

## 附 录

---

- “部门法哲理化研讨会”会议记录 ..... 高家伟 整理 (533)

# 上 编



# 财产权的合法性基础

## ——财产法的核心哲学

张文显\*

### 引 言

财产权的合法性基础是财产法律理论的核心，也是建构财产法律体系的理论基石。财产权的合法性是一个非常哲学化的论题，也是一个非常真切的现实问题。这里，我们不妨先举出三个案例。

案例之一：时下，很多航空公司为了吸引乘客，推出里程卡。例如，中国国际航空公司的知音卡、南方航空公司的明珠卡。不少经常因公出差的人办理了里程卡。每次乘坐飞机，都按一定比例计入其内，例如南方航空公司按 20% 计入里程卡。里程卡的持有者可以为自己或其亲属、朋友免费获得机票。这经常引发一个法律问题：谁是里程卡的真正所有人，里面的免费里程应该归谁所有，是归单位所有，还是归个人所有？无论归谁所有，都有一个合法性的基础问题，也都面临敏感的道德问题。当我们拿着里程卡为亲属或朋友兑换免费机票的时候，常常会因为权利合法性模糊不清而产生道德上的不自在。

案例之二：在海滩上，两个小孩（贝蒂和布鲁斯）为争夺一个海螺壳而争吵。贝蒂说：“海螺壳是我的！”布鲁斯则说：“不，是我的，我先拿到的！”贝蒂接着说：“但是我先看到的，我正要

---

\* 吉林大学理论法学研究中心主任，教授，哲学博士。

去拿，就被你抢走了。”<sup>①</sup>这两个小孩的争吵涉及财产的原始取得问题：究竟是发现者还是首先占有者拥有该物的财产权？

案例之三：2003年12月12日，中共中央向全国人大常委会提出修改宪法的建议，2004年2月，全国人大常委会决定将修改宪法列入第十届全国人大第二次会议。中共中央修改宪法建议第5条：建议将宪法第13条“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权。”修改为：“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用，并给予补偿。”<sup>②</sup>这一建议在宪法规范设计上符合现代国家的通行做法。现代国家的财产权保护体系一般包括三大要素：一是财产权不可侵犯的概括式规定；二是对财产权行使的限制性规定；三是对私有财产征用补偿作出明确规定。我们注意到宪法修正案的用语是“合法的私有财产不受侵犯”。对这里的“合法”、“合法的”应如何理解？笔者理解为，既包括已经符合现行法律规定的合法财产，也包括实际上不违背法律、能够被历史延续下来的惯例认可、理应由法律加以确认和保护财产。这些都属于“合法的”范畴，更深层次来说，是一种基于正义论和普适法理的“合法”、“合法性”。

### 一、前提性说明

(1) 这里主要讲私有财产权的合法性基础，而不准备涉及国有财产、集体财产的合法性基础，也不准备谈论其他类型的公有

---

<sup>①</sup> 参见〔美〕贝勒斯著：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第87页。

<sup>②</sup> 中共中央的这一修宪建议已被全国人大常委会采纳，并在第十届全国人民代表大会第二次会议通过。

财产。

(2) 财产权的合法性这一命题主要涉及财产取得的合法性。财产权的内容非常丰富, 诸如财产的形态、财产权的限度、财产权的让渡等, 解决了财产取得的合法性问题, 其他问题便可迎刃而解。

(3) 人们通常说, 财产的取得包括先占、劳动创造、交换赠与、继承等途径。前两项属于原始取得, 后几项属于继受取得。二者比较, 原始取得最为重要, 因为继受取得是以原始取得为前提的。另外, 虽然交换是取得财产的经常方式, 但严格说来, 交换属于他人让渡财产、处分财产。他人的让渡、处分是这种交易的主导方面。所以, 下面的论述不包括通过他人让渡和处分而取得财产的诸种情况。

(4) 一个人拥有财产, 其财产是否合法, 取决于整个财产制度的合法性标准。不同的社会制度有不同的合法性标准。但是, 就人权的普遍性以及就市场经济的一般规律而言, 私有财产的合法性标准有很多一致的地方。作为公民的基本人权形态, 不同社会制度下的私有财产权之间存在许多共通之处, 因而可以借鉴西方成熟的财产权利理论, 并用社会主义初级阶段的财产理论加以丰富。

以上四个前提性说明, 限定了笔者本文的主题和内容。

## 二、财产权的合法性基础

财产取得包括两大合法性基础, 亦即合法性标准。

### (一) 先占原则 (principle of first occupancy)

简言之, 先占原则, 即无主财产之所有权归属于先占者。先占原则是一个古老的财产合法性原则。梅因曾指出, “先占” (Occupatio) 是罗马“法学阶梯”中“取得所有权的自然方式”中的一