

法的澄明

邱本●著

中国社会科学出版社

法的澄明

邱 本 ● 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法的证明 / 邱本著. —北京: 中国社会科学出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5161 - 2924 - 1

I. ①法… II. ①邱… III. ①经济法—研究—中国 IV. ①D922. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 154802 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 张 林
特约编辑 蓝垂华
责任校对 单远举
责任印制 戴 宽

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京君升印刷有限公司
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2013 年 8 月第 1 版
印 次 2013 年 8 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 23. 25
插 页 2
字 数 392 千字
定 价 66. 00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换

电话: 010 - 64009791

版权所有 侵权必究

目 录

什么是法理学	(1)
再论部门法哲学	(17)
法的澄明	(30)
论法律的四重维度	(43)
法学应是一门最讲理的学问	(58)
论法律的使命	(70)
论良法	(78)
形中法学论纲	(94)
规则与自由	(118)
论知识权力	(132)
论法律与社会发展	(144)
从身份到契约	(152)
从契约到人权	(180)
商土中国及其法治建设	(204)
“市场经济就是法治经济”论析	(239)
经济的法律分析	(251)
短缺权利的经济	(275)
论科学发展观与法制建设	(297)
综合法治论	(315)
法学方法新论	(329)
中国法律的发展道路	(341)
后 记	(370)

什么是法理学

提出这个问题似乎很突兀，因为不仅各种法理学书籍阐释过这个问题，而且无数的法理学论文也研究过这个问题，并已作出了种种解说。^①但严肃认真地反思深究这种种学说，仍然觉得言犹未尽、不尽其然，还有继续探讨的必要。

那么，什么是法理学呢？笔者认为，法理学应该是以下各种学问。

一 法理学应该是法律理论之学

这是由法理学的内容和性质所决定的。顾名思义，法理学就是对法律进行理论思考和理论阐述的学问，它寻求法律之为法律的道理，目的是为

① 代表性的论著有：张文显为其主编的《法理学》（法律版）、《法理学》（高教版）、《马克思主义法理学》（高教版）所写的绪论。童之伟：《论法理学的更新》，载《法学研究》1998年第6期。舒国滢：《法理学学科缘起和在当代所面临的问题》，载《法学》1998年第10期。姚建宗：《如何进行法理学思考》，载《湘江法律评论》（第三卷），湖南人民出版社1999年版；《法哲学批判与批判的法哲学》，载《吉林大学社会科学学报》2000年第3期；《法理学》，中国政法大学出版社2006年版。葛洪义：《法律的理论与方法——法理学作为一门科学的条件和界限》，载《中外法学》2001年第2期。严存生：《法理学、法哲学关系辨析》，载《法律科学》2000年第5期。黄文艺：《法学是一门什么样的学问》，载《法制与社会发展》2001年第3期；《法哲学解说》，载《法学研究》2000年第5期，《法理学》（高教2003年版）。蒋立山：《法理学研究什么》，载《法律科学》2003年第4期。江山：《法哲学及其使命》，载中国法法网。苏力：《什么是法理学》，载《波斯纳及其他》，法律出版社2004年版。刘作翔：《法理学的定位》，载《环球法律评论》2008年第4期。孙育玮、齐延平、姚建宗主编：《法理学与部门法哲学理论研究》，上海人民出版社2008年版。

法律提供理论依据和理论指导，法理学应该是法律理论之学，法理学应当具有理论性和理论感。所谓理论性，是指用理论语言、理论思维对法律进行理论阐述，阐明理论依据、阐述理论观点、提出理论命题、形成理论体系；所谓理论感，是指能给人以理论的感觉、理论的品位、理论的形象和理论的境界。法理学是关于法律本身的理论，要就法律整体构建一套理论体系，如法律的本体论、历史论、社会论、价值论、运行论等等，这套理论体系能够解释法律问题，并指导法律实践。许多人质疑法理学对部门法的理论指导意义，讽刺法理学对它们而言是屠龙之技。之所以如此，一方面是因为有些法理学还缺乏理论自觉，没有真正用理论武装起来，没有多少自己的理论，或者已有的理论还不是真正的理论，不是真正有解释力、指导力的理论。如我们的许多法理学，贯穿其中的是一些众所周知的哲学原理，引证着一些国家政策文件和领导人讲话，法理学成了哲学原理在法学中的简单具体运用，成了国家政策文件和领导人讲话的注解贯彻。如今天国家提倡“效率优先、兼顾公平”，法理学就论证“效率优先、兼顾公平”；明天国家提倡“要特别关注公平问题”，法理学就论证“要特别关注公平问题”。这些都说明我们的一些法理学还缺乏理论的自觉性、独立性、自足性和自洽性，还不是法律本身的理论，最多只是关于法律的理论，甚至是法律之外的理论；还没有自己的理论立场、理论主张和理论体系，不能始终如一地坚持法律的内在之理。“打铁还需自身硬”，法理学要对部门法学提供理论指导意义，首先自己要有理论，要有正确、系统的理论，自己都没有正确、系统的理论，拿什么去指导别人？又怎么能指导别人？什么时候法理学真正理论化了、掌握了真正的理论，法理学就大有其用了。另一方面是部门法学对法理学的指导意义理解有误，如急功近利的实用主义。我们不少人把法律理解为就是一条条的规则，追求规则的明确性、具体性和可操作性，似乎只有具有这些性质的规则才是有用的，舍此都是不切实际的无用，把那些理论性的东西视为玄想空谈而拒之千里之外。我们有一种严重的理论虚无主义倾向，没有认识到真正有用、大用的是人的思想理论。对于这种现象，法理学不能漠视迎合而必须进行坚决的批判。一个没有理论热情、缺乏理论修养、毫无理论贡献的民族是没有前途的。法律就其性质来说是一种普遍性、抽象性规范，因而也是一种理论性规范；就其功能来说是用有限的规则把握无限的世界，而用有限的规则把握无限的世界，必须诉诸法律原则和法律理论；就其目的来说是规范人

的行为，而人的行为受人的思想支配，思想要通过理论去说服，这一切都决定了法律必须上升到理论的高度，要具有理论性。法理学是法律的理论之学，不是法律的技术之学，我们要正确地认识法理学对部门法学的理论指导意义，这种指导意义仅仅是为部门法学提供理论指导但并不包办一切，如法理学只是为部门法学指出理论根据基础、阐明法律原理原则、提供理论思维方法。如果部门法学期望法理学有求必应、包办一切，那么法理学永远指导不了部门法学。如果人们认识到法理学为它们提供了理论基础、概念框架、解释工具、思维训练，就可以看到法理学的作用，就不会固执地认为法理学指导不了自己，因而拒绝接受法理学的指导。人是一种有思想、会理论的动物，其思想理论支配其行动，这就决定了人们的行动是受人的理论指导的，人们要从事法律活动必然要受到法律理论的指导，这是根本无法拒绝的，只是这种理论指导作用有时不为人们所知罢了。法理学的指导作用有时是潜移默化、润物无声。

二 法理学应该是法律原理之学

由于法理学研究的对象是法律的基础问题、一般问题，所以法理学也常常被称为“法的基础理论”、“法的一般理论”，它关注的不是个别的法律理论，而是法律原理，法理学应该是法律原理之学。法律原理是法律的原型，指明法律原本是什么样的，是法律的理念，指向法律应该是什么样的；是法律的元理论，即阐释法律的元理论，评判法律的元标准，批判法律的元准则；是法律的至理，应是至高无上、颠扑不破、普遍适用的真理；是法律的原则，是法律的指导思想和实践纲领，能够统率具体的法律规则。这里我们可以举都江堰的例子来说明什么是法律原理。李冰父子发现了都江堰的水利原理——“深淘滩、低作堰”，“乘势利导、因地制宜”，“遇湾截角、逢正抽心”，这一原理从他们开始至今都没有改变，除非发生根本性的地质变化，否则这一原理依然不变，但具体的施工材料、施工技术、施工方式等是可以与时俱进、不断变化的。如过去用木材石头，现在用钢筋水泥，过去是人力手工，现在是机械化作业，等等，但无论什么施工材料、施工技术、施工方式都是依照已有原理进行的。法律也一样，如自古至今的法律最高原理都是公平正义，这一原理从未改变过，

一切部门法都是实现它们的具体规则，具体的实现方式可以变化，但这种变化不能违背公平正义的最高原理，这就是法律原理对法律规则的指导意义。我们的法理学就是要揭示、构建和阐释出类似的原理来。法理学的原理是法律的大道理，是管着法律小道理的大道理，小道理由部门法去解决，这就区分了法理学和部门法哲学的分工。随着部门法研究的深入，也可能是由于部门法学对法理学的不满，既然法理学不能有效地指导自己，不如索性自己搞自己的哲学以指导自己，于是就出现了许多部门法哲学，如刑法哲学、民法哲学、诉讼法哲学、经济法哲学，等等。那么，部门法哲学是否就能够替代法理学呢？法理学是否就多余无用了呢？由于部门法哲学仅以某一部门法为对象，如刑法哲学以刑法为对象，民法哲学以民法为对象，但各部门法都只是法律的某个部分，难观全局，无关宏旨。并且许多部门法哲学喜欢自吹自擂，为自己的伟大寻找哲学根据和哲学理由，号称“某某法学帝国主义”，大有门户之见，这反而进一步妨碍了各法律部门之间的沟通和协调，而且还形成了一种错觉，以为有了自己的哲学，就不再需要更高层次的法理学了。这恰恰违背了部门法哲学的初衷，因为部门法哲学的初衷应是基于部门法而超越部门法，避免就部门法论部门法，而把部门法上升到法律整体的高度，打通部门法之间的阻隔，实现“道通为一”，寻求法律的最高统一性，形成法律的最高统一原理，构筑法律的最完整体系，并在它们的指导下才能大显身手。不要以为身在其中就最有发言权，有时情况恰恰相反，“当局者迷，旁观者清”，“灯下黑”，只有跳出来，站得高、看得远，才能“不畏浮云遮望眼”。如法律责任就是如此。长期以来，人们对经济法的一大责难就是经济法没有自己独立的法律责任形式，经济法学者要想证明经济法是一个独立的法律部门，就必须证明经济法有自己独立的法律责任形式，经济法学者想当然地钻进了别人为自己设计的理论圈套，在那里企图努力地钻研出经济法责任来。但如果我们能从法理学的高度，站得高、看得远、想得深，就会发现，一切法律责任的承担或实现方式主要就是精神自责、财产利益的减损、权力资格的剥夺和自由生命的限制，只不过这四种责任承担方式首先由刑法、民法和行政法先占了，人们又错误地把它们简化为、等同于刑事责任、民事责任和行政责任，并不让别人染指。这样一来，经济法怎么可能想出新的法律责任形式来呢？这一问题如果不从法理学的高度和深度去说明它就无法说明。正是因为部门法哲学达不到法理学的高度和深度才需要法理学。如

果我们能从法理学的高度和深度来理解法律责任，就会发现要求每一个法律部门都有自己独立的法律责任形式不仅是苛求，而且是假命题。这也正是法理学对部门法学指导作用的充分体现。既然法理学站在部门法哲学的基础上，理应要比部门法哲学站得高、看得远、思得深、想得多，它要超越部门法哲学，要高屋建瓴，通观全局，把握方向，抓住根本，关注那些大是大非的原理问题，而不必纠缠枝节问题。不过，要做到这一点，法理学又必须立足部门法哲学，法哲学家要有高深的部门法及其哲学修养。如许多法哲学大家，同时又是某一部门法专家，如萨维尼既是法哲学大家，是历史法学派的奠基人，同时又是罗马法大家、民法学家；边沁既是功利主义法学的创始人，同时又是立法学家、刑法学专家；凯尔森既是纯粹法学派的杰出代表，同时又是国际法大家；哈特既是分析法学派的代表人物，又对刑法有精深的研究；富勒是新自然法学派的代表人物，同时又是著名的民法学大家；等等。尽管见林比见树更重要，但连树都没见过，怎么可能见林呢？同样，不懂一法，怎么可能去通全法呢？不懂一法之理，怎么可能通全法整体之理？所以，法理学首先要基于部门法哲学然后才能超越部门法哲学，否则被人拒斥也就势所必然了。

三 法理学应该是法律思想之学

法理学的原理要真正成为原理，必须达到思想高度、有思想内容，法理学中的“理”应该是“思想”，法理学的重心不是法律知识而是法律思想，法理学应是法律思想之学。因为思想是“至理”，是第一性的知识，是能启发、催生、增长知识的知识，是能激活知识的知识，是能反思知识的知识。人的行为受人的思想支配，有什么样的思想就有什么样的行为，进而就有什么样的风俗习惯、文化传统和法律制度，法律作为规范人的行为的规则制度，法理学作为以法律为对象的理论阐释，不从思想的高度去阐释法律，就没有抓住根本，包括人的根本和行为的根本，脱离思想去推行法治，只是治标不治本。法理学存在的价值就是要为法律提供思想、为法律注入思想、为法律解放思想，使法律成为思想、使法律受思想的指导。如果法律不被注入思想，法律就没有存在的基础，因为真正的法律应

能指导人的思想进而指导人的行为，而且规则是从思想中演绎出来的，是思想的具体化、系统化，“法典背后有强大的思想运动”。^① 人们认识事物一般是先抽象后具体，先有一个整体思想观念后再将其具体化的。如人们首先有了平等的思想观念，这些思想或观念是天赋的，有了这些思想以后，为了实现和保障平等，就要制定具体的系统的规则，这些规则具体体现在宪法、刑法、民法等部门法中。如果没有思想去解放法律，法律就不能发展进化。如我国《宪法》一直就没有规定对私有财产的保护条款，直到2004年宪法修正案第22条才规定：“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。”这应归功于人们的思想解放，打破了在财产权利方面“左”的教条和束缚。法理学应该是思想解放的表率，法学思想应首先在法理学上得到解放以后才能反映贯彻到部门法学当中，如果部门法学的思想解放走在法理学的前面，部门法学再推动法理学思想解放，那不仅是法理学的失职，而且是法理学的耻辱。如果法律不能成为思想，那就只能是有限的僵硬的规则，没有灵活性，不能普遍适用，无法应对无限的复杂情况。如果法律没有思想指导，没有思想理念，未经思想反思，法律的制定可能会离经叛道，法律的实施可能会变形走样。如1999年12月5日发布的《国务院关于加强产品质量工作若干问题的决定》，在这一名义下却建立了一项匪夷所思的制度——免检制度，是几十万婴幼儿因食用问题奶粉患泌尿系统结石后，于2008年9月18日才被废除的。思想是最高层次的学问，也是知行的总闸门，法理学没有思想就不是真正的法理学。

四 法理学应该是法哲学

哲学在智慧方面是最高的，哲学是爱智之学，是智慧的源泉；哲学在知识的阶梯中位于最高层次，是最高的知识，是知识的知识；哲学在思想体系中处于基础地位，是最高的思想，是思想的思想。按照西塞罗的观点，法律是指导人们行为的最高理性，法学并不来自裁判官颁布的法令或

^① [美] 弗里德曼著：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版，第241页。

《十二铜表法》，而是来自最深刻的哲学奥秘。^①这就要求法理学的“理”必须达到哲学的高度，对法律进行哲学思考或者用哲学的观点和方法进行法律理论，把自己的理论提高到哲学的高度。黑格尔甚至认为“法哲学是哲学的一个部门”。^②法哲学的根本使命应该是认清社会现实、把握时代精神、提出思想理论或哲学命题。如“从身份到契约”、“私法公法化”、“法律社会化”、“权利本位论”等等即是如此，有了这样的思想理论或哲学命题并把它们转化成法哲学观点之后，才能为部门法提供指导，部门法也就知道了自己的努力方向，即把它们具体化、系统化为各种法律规则。如果法理学的“理”达不到哲学的高度、成不了哲理，就没有达到最高理论的水准，就难以以理服人。如果连作为法学体系中理论水准最高的法理学都很不哲学，难以以理服人，那么整个法学都难以以理服人，法律的权威性、神圣性、有效性就会大打折扣。但有些人认为法理学与法哲学有许多不同，笔者认为两者是有不同，但这种不同不是因为两者理应有所不同，而是因为我们的许多法理学主观上难以达到、客观上没有达到法哲学的高度，就像许多所谓的哲学难以达到或者没有达到真正的哲学高度一样，很多法哲学或部门法哲学只是贴上了哲学的标签，但并不因此就哲学化了。法哲学是法理学的最高层次，我们的许多法理学还没有达到法哲学的层次，在没有达到之前，我们还是自谦为法理学为好，不要动不动就妄称法哲学，以免给法哲学带来污名。不过，自从有人提出拒斥形而上学以来，哲学的最高地位被人们所诟病，人们对自己的理论是否哲学化不但不感兴趣，反而躲避哲学，好像一旦哲学化了，就等同于无用化了。特别是人们对法学、法理学的实践性和实用性的强调加误解，进一步使法学、法理学远离哲学。但人类有根深蒂固的形上本性和不可遏制的形上追求，这就决定了哲学是拒斥、消解不了的，那些企图拒斥、消解哲学的本身也只能是哲学，哲学只能用哲学去拒斥、消解，其实质是用一种哲学去拒斥、消解另一种哲学，但哲学并没有被拒斥、消解，恰恰在一种哲学拒斥、消解另一种哲学中，哲学得到了不断的发展。哲学拒斥、消解不了，法哲学也就拒斥、消解不了。真正的法理学应是法哲学，理论水平高的法

① 参见〔古罗马〕西塞罗著《国家篇 法律篇》，沈叔平、苏力译，商务印书馆1999年版，第150—151页。

② 〔德〕黑格尔著：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第2页。

理学与法哲学并无二致，法理学不应寻求或保持与法哲学的距离；相反，应向法哲学看齐，力求与其合二为一。可以说，什么时候法理学与法哲学合二为一了，什么时候法理学就是高水平的法理学了。

五 法理学应是讲理之学

在自由民主法治的现代社会，一切强制性的东西都必须有理讲理，并且越是强制性的东西就越要有理讲理。法律是一种强制性的行为规范，人人必须服从，如有人不服从，就要启用国家强制力强制其服从。对此人们不禁要问，有什么理由强制我们服从法律？这就需要给人们讲道理，把其中的道理讲得清清楚楚、明明白白，讲得人们发自内心地信服法律，这就迫切需要法理学。法学是一门讲理的学问，其中的法理学应该是最讲理的学问。因此，法理学应当在讲理上下工夫，它的看家本领就是有理和讲理，法理学应该是讲理之学。这是由法理学中的“理”字所决定的。法理学之所以叫法理学，讲的就是一个“理”字，无“理”不称之为学。如果法理学不讲理、讲不出理或讲不好理，就名不副实，就不配称为法理学。在我们的法学中有许多不讲理的地方，如刑法规定的“犯×罪，判×年”。至今为止，几乎没有人作出过令人信服的理论说明，笔者看只从刑法的角度而不从法理学的高度、广度和深度去说明是说明不了这个问题的。正是因为部门法学对许多问题讲理不清、不深、不透，所以才需要法理学的讲理或者从法理学的高度、广度和深度用讲理予以弥补。可以说，法理学是部门法学最后的理由所在、最后的解释依据所在。如果连法理学都讲不出理、讲不清理、讲不好理，那么部门法就更是无理可讲了，在这种情况下，该法律就没有存在的理由。法理学并不只是纸上谈兵，而是要直接面对现实，面对诉讼当事人，要向他们讲清道理，论证判决的合理性，让当事人心服口服。所以，德沃金说：“任何法官的意见本身就是法哲学的一个片断……法理学是判决的一般组成部分，亦即任何依法判决的无声开场白。”^① 英国女王王室法律顾问路易斯也曾指出：“陈述判决理由是公平之精髓。在现代民主社会中，越来越多的人承认，受到判决的人

^① [美] 德沃金著：《法律帝国》，李青宜译，中国大百科全书出版社1996年版，第83页。

有权知道判决是如何作出的。”^① 俗话说,“有理走遍天下,无理寸步难行”,法理学能否行得通,就看它是否有理、是否讲理、如何讲理以及讲得怎么样。

六 法理学应该是法律概念之学

法理学既然是一门理论学科、一种讲理的学问,而一切理论和讲理都需要一些基本概念,基本概念是认识的结晶、知识的要点、思想的纽结、解释的工具、逻辑的要素、理论的基石,是理论和讲理中的关键词、通用语。如果基本概念都没有、不合理、不可理喻,那就根本无理可言。有人认为:“没有限定的专门概念,我们便不能清楚地和理智地思考法律问题”,“如果我们试图完全摒弃概念,那么整个法律大厦将化为灰烬”。^② 所以,法理学要想言之成理,就必须是法律概念之学。法理学的基本使命就是要精确地提炼、厘定、构建、解释法律概念,如什么是法,什么是权利,什么是义务,等等。霍菲尔德对权利与义务、特权与无权利、权力与责任、豁免与无权力等基本法律概念所作的分析,被认为是“标准思想家的分析”,对后世产生了重大影响。^③ 他寻求到了“法律的最小公分母”,通过这些概念,能够把全部法律因素均归结为最简单的一般概念,从而深味法律在根本上的统一与和谐。^④ 如果法理学为部门法学提供了基本概念、解释工具和理论框架,部门法就可以便当地利用既有成果,这样法理学就为部门法学作出了贡献。为此,法理学要把人类的一些认识成果提炼、凝结、厘定为一系列的法律概念,形成一套法律概念系统。法理学提出了一个新的概念,往往就提出了一个新的认识法律视角和工具,有

① 转引自〔英〕彼德·斯坦、约翰·香德著《西方社会的法律价值》，王献平译，中国法制出版社，第99页。

② 〔美〕博登海默著：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社1987年版，第465页。

③ 参见D.沃克编《牛津法律指南》，转引自沈宗灵《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第145页。

④ 参见〔美〕霍菲尔德著《基本法律概念》，张书友编译，中国法制出版社2009年版，第76页。

些概念的创新，往往是认识的新发展，问题的新突破，规则的新完善，带来一系列的制度创新。如“法人”这个概念和制度就是如此，在最早的《法国民法典》中还没有“法人”这一概念，后来在《德国民法典》中才新增进去。“法人”概念的出现，对于法律的主体资格、组织结构、行为模式、权利内容、责任形式都大大地丰富了、完善了，所以，法人概念是一个伟大的法律拟制。还有“股份有限公司”的概念，马克思说，要是没有股份有限公司制度，也许到现在都没有铁路的修筑和火车的开行。^① 还有“有限责任”的概念，著名法学家伯纳德·施瓦茨认为，它的发明比蒸汽机的发明意义还要大。概念革命往往导致思想解放和理论革命，对法律就可以进行新的解说，甚至可以对整个法学体系进行理论重构。如在我国，法学界取得的一个重大而基本的共识就是认为法律的核心是权利义务，其中又以权利为本位。权利本位学说是过去阶级斗争学说的颠覆，从法律是阶级斗争的工具到法律是权利义务的规定，这是对法律观念和法律理论的重大创新，人们对法律的认识也就焕然一新了。当然，法理学作为一种反思的学问，不能贸然接受既定的概念，而要对法律概念加以评析，对错误的概念予以纠正或否弃。如“经济合同”、“经济债”的概念即是如此，这样的法律概念不但难以成立，而且扰乱了既有的法律概念系统，理应否弃。法理学承担着对法律概念去伪存真、去粗取精的任务。那么，法理学应该提供什么样的法律概念呢？笔者认为，法理学所提供的法律概念应能够反映事物的本质特征，把握事物的内在规律，成为认识的参照体系，构成逻辑思维的起点，处于思想的枢纽地位，支撑整个理论体系，充当价值评判的尺度，赋予方法论的启示。如果法理学能够提供这样的法律概念就为法学，为整个人类认识世界、改造世界提供了工具武器，并作出了自己应有的贡献。

七 法理学应该是法律命题之学

法理学不仅要提供法律概念，而且要提出法律命题，因为概念总是与判断和推理联系在一起，从而形成命题，命题表达思想，没有法律命题就

① 马克思：《资本论》第1卷，人民出版社1972年版，第688页。

没有法律思想,就没有法律理论,就没有法理学。如查士丁尼编纂的《法学总论》,开宗明义就是一系列的命题:“正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望”、“法是关于神和人的事物的知识,是关于正义和非正义的科学”、“法律的基本原则是:为人诚实,不损害他人,给予每个人他应得的部分”。^①其后的内容都是对这些命题的具体展开和条分缕析。包括现在的许多法典也是如此,它们之所以首先规定法律的基本原则,而后规定法律的具体规则,就是为了表达该法律的基本命题。许多人都读过梅因的《古代法》,但记忆最深、启发最多、引证最广的还是“从身份到契约”这句话。就是法官作出判决,也要概括出命题,如厄尔法官在审理埃尔默毒杀其祖父以欲早日获得其遗产继承权一案时,就概括出了如下一个命题:“任何人不得从其错误行为中获得利益”。^②该命题已经成为了法律的一条原则,垂范后世,援引至今。所以霍姆斯认为,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。^③可以说,在人类法律思想史中,能够光芒四射、成为思想标杆、认识坐标和具有普遍意义的还是那些基本而重大的命题。许多命题“一言而为天下法”,获得了人们一致的认同和普遍的信奉,这是法理学的精华所在,法理学就是由一系列这样的命题所构成的,法理学的理论思想也是由这样一些命题所提纲挈领的,没有这样一些命题,法理学就无从“理”起,有理也可能“理不清”或不显眼。据此笔者认为,在评价法理学著作时,一个重要的标准就看它是否提出了、提出了多少这样的命题,如果没有提出这样的命题,可以说它就不是合格的法理学著作。但在我们的学术界,有一种错误的倾向,借口拒绝形而上学、反对大词、反对宏大叙事,认为理由重要于结论,而不敢概括,不敢下结论,不敢提出命题,只是一味地分析,没完没了地分析。笔者认为,这跟人们对哲学的理解有关。笔者认为,哲学之为哲学就在于其“大”——大观、大器,没有大观和大器就没有哲学,这也是哲学之所以称之为世界观和方法论的根本原因。法哲学就是对整个法律的大观,核心是法学观,并提出大器的法律观念、法律思想和法律命

① 参见〔古罗马〕查士丁尼著《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第5页。

② 参见〔美〕德沃金著《法律帝国》,李青宜译,中国大百科全书出版社1996年版,第19页。

③ 转引自徐爱国《霍姆斯〈法律的道路〉论析》,载《中外法学》1997年第4期。

题。借口大而不当，不企图、讽刺甚至抵制法理学提出大命题和大思想，而喜欢微观小器，小题小做，就事论事，笔者认为这是在断送法理学，因为这样的法理学没有明确自己的定位和职责，不能做到以小见大、于事求理，这不但在重复部门法理学，甚至没有超越部门法理学，因而是多余的。这也与分析哲学的影响有关，这种偏好分析的路数似乎有了哲学根据，它在法学中的具体体现就是分析法学派，这一学派借着实证、科学、纯粹的旗号，一时还甚嚣尘上。但笔者认为，哲学的本性是概括而不是分析，哲学分析就会把哲学分析掉，分析哲学的目的就是为了取消哲学，取消哲学的一元性、至上性和普适性。虽然分析哲学有助于补正人类思维的分析方面，使思维缜密、理论周全，但它更多的是“破”而不是“立”，易于破除理论而难以创立理论。况且，分析哲学本身还是哲学，依然具有哲学的种种性质，如许多分析哲学家同样是概括大家。而且，即使分析也不是为了分析而分析，分析的目的是为了概括，概括出思想理论命题来，所以分析重要于概括。法理学看重的就是那“一言以蔽之”的概括能力，追求的就是概括出“一句顶一万句”的命题来，如果法理学缺乏“一言以蔽之”的概括能力，就缺乏理论能力，没有“一句顶一万句”的命题，就没有含金量，就没有哲理，就不是法理学。如果有了“一言以蔽之”的概括能力，有了“一句顶一万句”的命题，那么许多话语就无须分析赘述了。对于某些借分析之名反对概括，不敢或没有概括出命题来的做法和风气，我们要引以为戒，并予以反对。当然，这也与我们的许多概括不好、教条主义地对待命题有关。但概括本身没有错误，这也不是否定概括的充分理由。大致说来，法学研究有两种倾向：一种研究是在已有研究基础上的分析运用，这主要是部门法的任务；一种研究是在已有研究基础上的综合概括，这主要是法理学的任务。如果法理学研究陷入分析研究，就会陷入细小，迷失在细节中，因小失大，这与法理学的性质、旨趣和使命不符。法理学研究应主要是概括研究，对部门法的分析研究成果进行理论概括。概括根源于人性，是人性的需要，人们认识世界有一种追根究底、求本溯源、名言警句、一语道破、一言中的的本能和偏好。况且，要提高我们的概括能力，除了不断地继续概括（包括笨拙地概括、试错地概括）以外没有别的途径，就像要学会游泳，只能从游泳开始一样。法理学重要的不是那些具体而微的分析，而是伟大而正确的概括，概括出那些名言警句、醒世恒言、人生格言式的命题，没有概括出这样的命题就没有法理

学。其实从起源上说，法律就是起源于那些为人处世的人生格言，如古老的罗马格言，刘邦的“约法三章”等等即是如此。

八 法理学应该是法律方法之学

法律，归根结底就是一套解决问题的方法，法理学以法律为对象，同样要示范人们以方法，教（交）给人们以方法，如果法理学不能提供方法就不能有效地解决问题，那就没有自身存在的权利。理论与方法是相互依存的，一种理论，如果不能从方法上检验和发展，则永远是一种没有用处的理论；一种方法，如果离开了决定其富有使用价值的理论，则永远是一种不结果实的方法。^① 法理学要想成为真正有用的理论，就必须是法律方法之学，是法律方法论。法理学的方法大致包括整体的方法、概括的方法、辩证的方法、批判的方法，等等。所谓整体的方法，这是由于法理学研究的不是某个部门法而是整个法律，是法律的整体，它的理论应能够把握整个法律，能够适用于法律整体，这就决定了法理学的方法应该是整体的方法，即法理学看到的是法律的整体、共性，而不是局部、个别，如法理学要从宪法、民法、刑法、诉讼法等部门法中把握整体的法律理论，给人以完整的法律图景。这也是法理学与部门法哲学的分工和区别所在。整体的方法说明，对于法理学来说，见林比见树更重要，能够从理论上把握法律整体的学问就是法理学。所谓概括的方法，这是由法律作为一般性、普遍性规范的性质所决定的，研究法律，就是要从方方面面、纷繁复杂的因素中概括出一般性的法律规则，法律特别是立法的根本任务就是究天人之际，通古今之变，博中外之长，成一套规则，没有概括就没有法律，没有法律也就没有关于法律的理论、法理学。同时，理论来源于概括，没有概括就没有理论，同样没有概括也就没有法理学。如法理学要从众多部门法的权利义务中概括出一般性的权利义务理论来。由于法律是一套解决社会矛盾纠纷的规则，解决社会矛盾纠纷必须做到中立公正，如能中立公正地解决社会矛盾纠纷就是最好地解决了社会矛盾纠纷。为此，法律就必须

^① 参见〔德〕克劳斯·冯·柏伊姆著《当代政治理论》，李黎译，商务印书馆1990年版，第61页。