

JURISPRUDENCE

● 高等院校法学专业系列教材

法理学

谭志福 主编

山东人民出版社



JURISPRUDENCE

● 高等院校法学专业系列教材

法理学

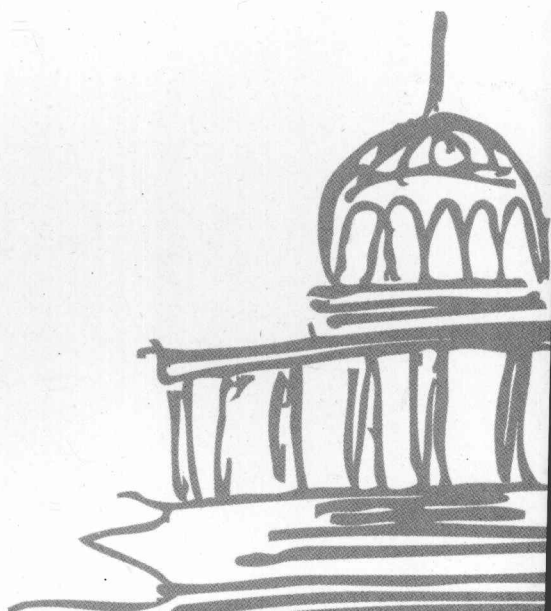
主 编 谭志福

副主编 张进军 王茂庆

赵玉增

江苏工业学院图书馆
藏书章

山东人民出版社



图书在版编目(CIP)数据

法理学/谭志福主编. —济南:山东人民出版社,
2009. 8

ISBN 978-7-209-04995-5

I. 法… II. 谭… III. 法理学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 150372 号

责任编辑:崔 萌

封面设计:张丽娜

法理学

谭志福 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

山东新华印刷厂临沂厂印装

规 格 32 开(169mm×239mm)

印 张 10.375

字 数 360 千字 插 页 2

版 次 2009 年 8 月第 1 版

印 次 2009 年 8 月第 1 次

印 数 1—3000

ISBN 978-7-209-04995-5

定 价 36.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0539)2925659

目 录

第一章 导 论	(1)
第一节 法与法学	(1)
第二节 法理学	(6)
第三节 法理学的意义与方法	(10)
第二章 法的概念	(17)
第一节 法的释义	(17)
第二节 法的特征	(23)
第三节 法的本质	(29)
第三章 法的要素	(38)
第一节 法的要素概述	(38)
第二节 法律规则	(40)
第三节 法律原则	(46)
第四节 法律概念	(52)
第四章 法律体系	(55)
第一节 概 述	(55)
第二节 法律部门	(60)
第三节 当代中国的法律体系	(63)
第五章 法的渊源与效力	(70)
第一节 法的渊源	(70)
第二节 法的效力	(82)
第三节 法的规范化与系统化	(96)
第六章 法律关系	(99)
第一节 法律关系概述	(99)
第二节 法律关系主体	(105)
第三节 法律关系客体	(113)
第四节 法律关系的内容	(118)
第五节 法律关系的运行	(135)
第七章 法律责任	(140)

第一节	法律责任的概述	(140)
第二节	法律责任的分类	(147)
第三节	归责与免责	(151)
第四节	法律责任的实现方式	(156)
第八章	法的功能和作用	(160)
第一节	法律功能的含义和分类	(160)
第二节	法律功能的基本形态	(166)
第三节	法律的功能领域	(178)
第四节	法律功能的实现	(185)
第五节	法的作用及其局限	(191)
第九章	法的价值	(196)
第一节	法的价值的含义	(196)
第二节	法的基本价值	(198)
第三节	法的高阶价值	(203)
第四节	法的价值冲突	(219)
第十章	法治理论	(222)
第一节	法治及其基础	(222)
第二节	中国的法治建设:历史、现状与未来	(231)
第十一章	法律思维与法律方法	(238)
第一节	法律思维概述	(238)
第二节	法律方法概述	(249)
第三节	诸种法律方法	(258)
第十二章	法的制定与实施	(272)
第一节	法的制定	(272)
第二节	法的执行	(281)
第三节	法的适用	(288)
第十三章	法律程序	(296)
第一节	法律程序概述	(296)
第二节	正当法律程序	(300)
第十四章	法的起源与发展	(307)
第一节	法的起源、历史类型与法系	(307)
第二节	法律继承与移植	(315)
第三节	法制现代化	(319)
后记		(327)

第一章 导论

本章作为法理学课程的导论部分,从分析什么是法律以及法律统治的正当性入手,围绕什么是法、什么是法学以及什么是法理学展开。在此基础上介绍法理学在法学学科体系中的地位,法理学的研究对象与范围,学习法学和法理学课程的方法,法理学研究的主要方法,以及学习与研究法理学的意义。

第一节 法与法学

对中国法学专业的学生而言,专业课的学习一般是从法理学这门课程开始的,而教材的编排和课堂的讲授一般又是从法理学或法学的概念入手,得出法理学是什么或者研究什么的定义。在这一部分的内容乃至法理学的全部课程结束之后,这些初学者们常常对此感到懵懵懂懂:法理学是什么呢?我们为什么要学习这一门课程或者这门课程之下的这一部分内容呢?这些不仅仅是那些初学者们的问题,也是常常困扰我们这些教育者的问题。对于教育者而言,缺乏传统学科那样代际的积累和积淀也许是法学这门过于蓬勃发展而又“幼稚”的学科成长中的烦恼吧。而受教育者之所以出现这种困惑,法理学课程的设计者对于建立完整体系的偏好以及逻辑上追求圆满的目标导向是难辞其咎的。这也是大学一年级的法理学课堂上为什么常常出现重读法理学的高年级学生的主要原因。“法理学是什么”这个问题不是不该提出,但是在提出这个问题之前,我们还有两个步骤要做。

法理学是法学的子学科,而法学是研究法律的学问。要回答法理学和法学是什么的问题,应该先从认识法律开始。认识法律可以有两条途径。一条是直观的途径,对大多数初学者而言,直观地感受一下我国的法律法规和国际条约,到法院旁听一次判决是准确锁定你的研究目标和避免误入歧途的最好的做法。另一条途径则是更多需要思维参与的,为了更好地认识法律,我们要把法律放在历史中、放在社会中、甚至放在纯粹的思维中来把握。在这里每一个认识法律的维度都会构成一个甚至多个子学科,比如法

律史、法社会学、法经济学、法哲学、法解释学,等等。每一个学科都提出了自己需要解决的问题,并尝试了和尝试着多种不同的解决方案。在这些个方案中,并没有也不会有一个最终的更不会有一个唯一正确的。所谓真理——如果有真理的话——也许称为真理的片段更确切些,就存在于这些形形色色的解决方案中。法律,作为人类的创造物,并不像物理世界那样对我们呈现和重现,这就使得我们哪怕仅仅对现成方案进行选择也常常无能为力。方案的选择者时常感到自己就像参加进了不会有确定赢家的游戏一样,面临着两难的境地。也许这就是法学这一学科乃至整个社会科学存在的合法性所在吧。

我们为什么需要法律?在所有需要回答的问题中,这也许是最值得我们首先坐下来认真考虑的问题。世界从本质上来说是一种秩序,没有秩序的世界充其量只能被称之为“混沌”。我们所谓的的外部世界其实是以我们心中的内在秩序来界分的。物理世界自有其规律,动物界的秩序我们称之为“丛林法则”,人类社会,无论是处于什么发展阶段的人类社会都是奠基于特定的秩序,而维系这些秩序的规范常常是我们区分这些社会的标志。虽然质疑不断,附和的声音更多一些,但我们根本无须为秩序的合法性进行论证,它的合法性就存在于人类的切实感受当中。人类社会的演进,是一种秩序取代另一种秩序,更是一套规范取代另一套规范,每一个“新社会”都是以自己的“新规范”来论证自己的合法性的,当然并不排除在后的“新秩序”为了批判在前的“旧秩序”,而通过证明“新秩序”是符合更古老的秩序来论证自己的合法性,历史上的这些陈案因而并不仅仅是意识形态宣传的伎俩。就我们理智所能洞察的历史演进的实然的进程而言,确实是人类理智所形成的规范创生并支撑着一个又一个的“新社会”。规范不同则社会不同,改造——这个词语有一些危害,用“影响”或“干预”则更恰当一些——社会则必须改造规范,我们要想有意识地使我们的社会朝向特定的方向发展,必先从改造我们的规范开始入手。到此为止,其实我们已经开始进入我们前面的问题。如上所述,人类自从组成社会就无往不是生活在一定秩序当中。与那些按照良好规则——如果这也能被称之为秩序规则的话——生活的动物相比,人类的天性里似乎掺杂了更多反叛的成分,总是不愿意那么循规蹈矩,而愿意去挑战规范、破坏秩序。当然,这种倾向里面分离出的积极成分——或者将其称之为对自由的偏好和向往——确是人类生存的目的本身,以至于有哲学家曾言“宁做痛苦的人,不做幸福的猪”。言下之意是,我要自由。自由,根植于人的天性,一遇到合适的土壤就会生根发芽,然而不幸的是,人的这种天性常常与人对秩序的需求磕磕碰碰,严重的冲突常常导致一种秩序的解体和另一种秩序的生成。规范产生于每一种秩序自我防护

的需要和过程中。人类另一种可以被称为人性的东西是人保全自身的倾向,保全自身也许就是物种得以延续的部分奥秘所在。在这里,我并不想对此进行善恶评价,经济学家也许是对的,他们用“经济人”这一类不带道德评价色彩的语词来描述这种倾向,在其他领域,人们更多地运用“自私的人性”或“人性的自私”来表达这一含义和宣泄这种情绪。无论我们用什么样的语词来指称这一事物,但有一点是不可否认的,即人类有这种自私自利的倾向和为自己算计的能力,或者称之为理性。在这里,我有必要重申这一立场,亦即我是不带感情色彩来使用这一语词的,我也不打算对它进行道德评价。因为这种自私自利的倾向也许是人类创造力的源泉和人类社会进步——如果人类社会真正在进步的话——的奥妙所在。当然,与人的追求自由的天性一样,这种专为自己算计的天性也就有了挑战秩序、侵犯他人利益的可能性,事实也是如此。人类社会不停地遭遇到其分子的欲望和本能的挑战而没有解体的秘密就在于规范的存在。人类自觉或不自觉地发展出的规范成为驾驭人性的缰绳,除了在极端个别的情况下似乎显得有些力不从心之外,规范还是有效地使人类社会延续下来。当然,这些约束并不都是法律,并且如果按照今天法律的形态给法律下一个定义的话,主要不是法律。在这些规范中,早期社会的禁忌、习惯、道德、宗教与法律是其主要组成部分。而且这几者还是有一个时间序列的。早期的社会,根据人类学家的研究,禁忌与习惯是其要者;较晚的社会,根据记载,道德与宗教曾经一度成为主要规范;较为晚近的社会,包括我们正在经历的时代,法律是其显者。当然,具体到人类社会的某一个阶段,实际情况要复杂得多。并且,时至今日,任何一种规范形态并没有全然消失,它们作为规范本身,或通过其变形而被继承下来,影响着我们的行为。但是有一点可以肯定的是,在社会控制这一复杂而又艰巨的社会工程的“招标”过程中,法律已经战胜其他规范系统而“中标”,并成为社会控制的主要规范。“中标”也许不算十分恰当,因为其他规范系统在各自的领域中仍然起着不可替代的作用。并且,在变动的社会当中,各个领域的界限需要不停地重新界定。在这场竞争中,法律之所以胜出,部分原因是法律的特性,部分原因是人的天性,不要忘了,法律是约束人的。法律具有其他规范系统所不具有的优越性。禁忌和习惯对于一个静止的社会而言也许是最有效的,至少是足够的,但应对人类知识的不断扩大和改造世界能力的一再提升所带来的新问题,它们就有些勉为其难了。对于不再向传统却面向无限可能性的未来寻求合法性的现代社会而言则更是捉襟见肘。至于道德和宗教,在其特定的领域之内,以其对终极价值的关注和较之于“冷酷”的法律的温情脉脉,所以直到今天仍然广有市场,甚至常常完全占据以理性著称的政治家的大脑,以至于“德治”与“人治”的杂音在人类

历史上一次又一次重奏。法律因其专注于对人的外在行为的强制性控制而区别于道德与宗教,后者主要约束的对象是人的良心,因而对人类提出了更高的要求,这些要求往往被浪漫化了。这种更高的要求由于约束的无形而常常被弱化,因而在大多数情况下,道德是无害的。道德约束主要体现为自省、良心的谴责与舆论的软制裁之类。由于权威的分散性,因此一般说来,它不会成为一种普遍的压迫力量;但是,一旦上升到政治的层面,运用公共权威来推动,则常常成为可怕的压迫力量。在历史上,越是标榜道德的政权越容易走向其反面,主要原因在于规范的选择而不是政治领袖的个人善恶。现代社会的政治家如果选择以道德或宗教作为治国的主要规范,如果不是误入歧途,那么其动机是值得人民警惕的。法律之所以在与道德与宗教的竞争中最终胜出,并不仅仅在于法律是一种控制人的外在行为的强制性工具,因为暴君是不吝于使用暴力的,而治国方略主要是统治者的选择,如果统治者能够随心所欲地选择且能有效维持统治的话,我相信没有多少人会选择法律。法律之所以在竞争中胜出,还在于其与道德和宗教相比,还具有其他的优越性:道德仅凭自私的人性来判断谁是谁非,是一种“自律”,而法律则是一种“他律”;宗教除了在特定的历史时期,其调控范围常常十分有限,而法律的调控范围则宽得多。再者,让分散的道德权威来执行“道德法庭”的判决更是不可能。分析到了这里,为什么法律最终成为社会控制的主要手段就不难理解了,“依法治国”或“法治”成为当今时代的主流话语也就毫不奇怪。但是,如果说中国的法制现代化最终选择了“依法治国”路径是一种让人欣慰的选择的话,“依法治省”、“依法治市”则不免有些狗尾续貂,而有些地方推行的“依法治家”更是误入歧途了。这里正好引出了我们这个问题的第二个层面,即我们究竟在什么程度上需要法律干预我们的生活。前面我们已经提到,法律约束的对象是人的外部行为,并且,按照古典自由主义者的理论,这种可受法律约束的行为应具有公共性,亦即关涉第三方的利益。但这是一个相当具有技术性的问题,这种理论上的合逻辑性常常被一个时代的政策所消解。事实上,法律规制的历史并没有按照自由主义者的理论呈现,同性恋在肇始近代文明的欧洲一度被当成犯罪就是对此最好的注解。但是,回到我们刚才提出的问题,引入公共领域和个人生活领域这一对概念是有必要的。当被意识形态的宣传裹挟着的法治理念被放大和普及,“依法治国”由于地方官员需要与上级保持高度一致、宣誓效忠而被层层加码变成“依法治家”时,它就已经完全步入了歧途——因为它混淆了公共领域和个人生活的领域。如果仅仅止于混淆,事情也许不会太糟糕。在一个家国同构的社会里,公共规范向个人领域的侵入和生活规范对公共领域的渗透是双向的。在直到晚近的中国的漫长历史上,法律并不发达,但

是在大部分情况下,生活领域的道德规范曾经构成了对公共领域的政治生活的有效制约。然而,不幸的是,在一个法律规范层出不穷,政府掌握社会主要资源、奉行高度能动主义的当代社会中,混淆两者界限的结果是公共生活压制和吞没个人生活领域。反观在已经生成良好秩序的社会里,法律掌控着公共领域和公共生活,而私人领域和个人生活空间则留给了其他规范。

并非所有约束公共生活的规范都是法律,当今社会,只有那些出自政府权威的规范才能归入广义上的法的范畴。事实上,我们经常在更为狭窄的意义上使用法律这一概念,我们常常赋予出自一定级别以上的代议机关、行政机关,在有些国家有时候还包括法院的规范以法的地位。在最为狭窄的意义上,在有些国家,比如我国,仅仅赋予出自最高立法机关的部分立法文件以法的名称,除非特别声明,一般情况下,我们在第二种意义上来使用法或法律这一概念,并且这两个概念大多数情况下是可以通用的,有时候为了避免歧义,大家习惯上使用法律法规这一概念。除前述范围之外的所有规范,都不能僭越法的名称和地位。所有这些能被称之为法的规范,从效力等级的角度,可以划分为宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治法规以及行政性规章;从调整社会关系的不同领域和不同的调整手段的角度,可以划分为宪法、行政法、民法、刑法、经济法以及诉讼法等多个法律部门。当然,根据需要,我们可以对法的门类进一步细分或者做其他划分。

法学简单地说就是研究法律的学问。根据常识就可以断定,对法律这一现象的研究,应该是法律出现之后的事,但是法律何时出现本身又是一个颇具争议的问题。有人认为,作为人类社会早期阶段的原始社会就有了法,甚至有人认为在结成社会之前的早期人类生活阶段就已经有了法的存在,即法是人类的伴生物。而根据历史唯物主义的观点,法律的产生应该与伴随生产力水平进步产生的阶级分化尤其是国家的产生有着本质的联系。据有人检索,马克思主义的经典作家并没有涉及法律与国家何者出现在先的论述。但是新中国成立以来,我国法学界的主流观点认为,按照马克思主义的观点,法律是国家出现之后作为阶级统治的工具而出现的。对于这个问题的争论,部分原因是受前苏联的影响,对法律和国家做了教条主义的理解,主要原因则在于如何界定法的内涵的问题,因为如果按照今天法的形态给法律下定义的话,法律的出现无疑是国家出现之后的事。有人运用人类学的研究资料来解决这个问题,也是一条不错的出路。撇开这些争论,我们可以肯定的是,作为理论体系出现的法学应该是法律出现并成为一种普遍的社会现象之后的事。而以一门独立学科面貌出现的法学,按照学界的共识,则是分析实证主义法学家奥斯汀的著作《法理学的范围》出版以后的事了。按照与研究对象的关系,在第一个层面上,法学可以分为并不直接服务

于法律实践的理论法学和直接服务于法律实践的应用法学。在第二个层面上,理论法学又可以分为法理学、法律史、比较法学等多个学科,应用法学以研究对象为标准又可以分为宪法学、行政法学、民法学、刑法学、经济法学、诉讼法学等等。与法律部门的划分一样,应用法学学科也可以在此基础上进一步划分或进行其他种类的划分。

第二节 法理学

法理学是法学的基础学科,按照前面的学科划分属于理论法学的范畴。像任何学科一样,虽然从事法理学或法学研究的工作者凭直觉或经验都形成了法理学是什么的模糊概念,但要给法理学下一个内涵恰当、外延准确的定义却并不是一件容易的事。对法理学是什么的解释一般是从法理学的研究对象的角度展开。国内学者对法理学的理解主要有:法理学就是法学基础理论的简称,研究法的一般理论,特别是我国社会主义法的基本理论^①;法理学研究的对象主要是法和法学的一般原理(哲理)、基本的法律原则、基本概念和制度以及这些制度运行的机制^②;法理学是法学的一般理论、基础理论、方法论和意识形态^③。国外学者,由于其研究兴趣和学术立场的不同,对于法理学研究范围的理解也不同。按照美国法学家庞德的理解,法理学(Jurisprudence)所代表的最广泛含义即“法律科学”(science of law),此外,法理学在以英语为母语的学者那里还特指“对业已成型的法律体系的比较分析”,而在法国和美国有时指区别于立法过程及“学理”的法庭判决的产生过程,在有的时候甚至被用做“法”的同义词,庞德指出,即使对“法律科学”一词的理解本身也是存在困难的。^④德国的法学家魏德士则在肯定了给法理学下定义的困难之后,从法理学所承担的功能出发,提出了法理学应该回答的九个问题。^⑤美国的法学家博登海默在他那本在中国广为流行的《法理学:法律哲学与法律方法》中则指出,法理学的对象应该包括法律理论中的哲学成分、社会学成分、历史成分和分析成分,而法律的基本概念也是必不可少的。^⑥此外,有学者还列举了1957年以来40年国际法哲学与社会哲学

① 参见沈宗灵:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第20页。

② 参见葛洪义:《法理学》,中国政法大学出版社2007年修订版,第7页。

③ 参见张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第61页。

④ 参见[美]罗斯科·庞德:《法理学》(第1卷),余履雪译,法律出版社2007年版,第3页。

⑤ 参见[德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第9页。

⑥ 参见[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,1962年版“前言”。

协会(IVR)的世界大会所讨论的主题,对于理解这个问题或许也有帮助。^①

以上简要概括了国内外学者关于法理学是什么的理解,作为学习者探索法理学是什么的资料索引或许有些意义,但对初学者而言意义并不大。为了对初学者有所助益,我们有必要进一步分析这个问题。为了便于分析这个问题,我们需要回到法理学这个语词本身,从语言上进行考察。在我国,学界一般认为法理学的名称来自日本。据考证,日本法学家穗积陈重最早提出和使用了这一概念。戊戌变法失败后旅居日本多年的思想家梁启超则在《法理学大家孟德斯鸠之学说》(1902)中较早地使用了这一概念,并在1904年出版的《中国法理学发达史论》中沿用了这一概念,随后这一名称在中国传播开来。1928年,商务印书馆出版了李达翻译的穗积重远的《法理学大纲》,1929年出版了王传璧编写的《法理学史概论》,1931、1936年则出版了分别由赵琛和沈祥龙编写的《法理学讲义》,此外,还有其他一些以法理学命名的著述出版。1947年出版的李达的《法理学大纲》则被认为是最早的马克思主义法理学专著。中华人民共和国成立以前,国内少数大学开设了法理学课程,但使用“法理学”名称的极少,常用的概念是“法学通论”、“法学绪论”、“法学概论”或“法学总论”等。中华人民共和国成立后,各大学的教育模式和学科设置借鉴了苏联模式。法理学这一名称被扣上“资产阶级法哲学的别称”的帽子而被弃用,取而代之的是“国家与法的理论”、“国家与法权理论”等称呼,本属于政治学与宪法学学科下的内容也被囊括进来。1981年,北京大学法律系最早编著了《法学基础理论》,同时删除了其中有关国家理论的内容。随后“法学基础理论”这一名称逐渐成为这一学科的通称。直到今天,这一专业的标准名称仍然是“法学理论”。20世纪90年代以后,随着国际交流的逐渐增多,出于与国外法学研究接轨的需要和交流的方便,学界逐渐开始使用“法理学”作为课程名称,国内出版的这一内容的教材基本上都被称为“法理学”。其实,国内学界有时候还同时使用“法哲学”这一概念来指称这一学科。据考证,这一名称同样来自日本。^②不过,一般而言,由于哲学这一名称的形而上学意味以及大家已经就“法理学”这一名称达成合意的缘由,“法哲学”概念使用的较少,只是在研究生教育阶段有时候用此一名称做为课程名称,不过这一名称下的内容与我们讨论的法理学的内容已经有所区别了。关于选择“法理学”还是“法哲学”作为这一学科名称在上世纪90年代曾经产生过一些争论,对于法哲学属于哲学还是法学的争论进行得更热烈。其实,这一类争论已经误入歧途。在把哲学作为“万学之学”

① 参见葛洪义:《法理学》,中国政法大学出版社2007年修订版,第7页。

② 参见刘作翔:《法理学》,社会科学文献出版社2005年版,第18页。

的年代,像黑格尔为构建宏大的哲学体系而写就的《法哲学原理》无疑是哲学的一部分;在黑格尔之后,当哲学界放弃构建“囊括一切知识”的庞大、完整的哲学大厦,哲学“碎片化了”之后,这个争论就应该消解了。如果就这个问题的争论还有一些意义的话,就是它从一个侧面反映了法理学在法学乃至整个社会科学中的地位,这一部分内容我们稍后还要介绍。也许更有意义的是,我们应该以此为教训,不要把法理学看做高高在上的囊括一切法学知识的、专司发号施令的“法学之学”。离开了具体的法学学科和法律实践,离开了具体的“中国问题”,而搞一些玄之又玄的理论,走所谓“理论先行”和“逻辑合理性”路线,对建立在外国法律实践之上的法学理论生吞活剥而建立起来的法理学是没有说服力和生命力的。

前面的介绍我们实际上已经实现了从法理学是什么的问题到法理学研究什么的问题的转换,这一转换并没有回避我们提出的问题。国内外学者对于这个问题给出的答案虽然各异,其实还是有规律可循的。国内法理学教科书一般涵盖以下内容:法的基本概念、法的形而上学研究、法的历史研究、法的运行研究、法律方法以及法的关系论。而国外法理学教科书一般还会涵盖我们称为“西方法律思想史”和“现代西方法理学”的内容。其实这也没有本质的不同,我们所谓的“西方法律思想史”和“现代西方法理学”的内容不过是不同时代和同一时代的法学家对于法的基本问题的不同回答而已,而我们在研究生阶段开设的法理学课程或者法哲学课程常常也不外乎讲授这一部分内容。

介绍一下法理学在整个法学学科和社会科学学科中的地位也许更有助于我们形成一个法理学是什么的概念。在我们通常接受的“科学”概念的基础之上,按照研究对象和研究方法的不同,人们把自身对世界的系统化和理论化的认识分为三类:自然科学、人文科学和社会科学。自然科学是研究自然界物质形态、结构、性质和运动规律的科学,是人类生产和自然科学实验的知识概括和总结,它以自然界、自然现象为研究对象,包括数学、天文学、地学、物理学、化学、生物学和其他一些应用学科和技术学科;人文科学是研究人类的信仰、情感、道德和美感等知识的各门学科的总称,主要包括文学、史学、哲学、艺术学、美学、伦理学等学科;社会科学是以社会现象为研究对象的科学,它的任务是研究与阐述各种社会现象及其发展规律。有时候,人们常常把人文科学和社会科学合称人文社会科学或者干脆直接称为社会科学。社会科学所涵盖的学科有政治学、经济学、军事学、法学、社会学等。其实,在这里,我们对科学的划分很难说是“科学的”,因为在人文和社会科学之间向来缺乏一个明确的界限而存在一个模糊地带,甚至在人文社会科学与自然科学之间也是这样。而当今时代社会科学研究方法上的自然科学

化,以及自然科学研究越来越深入到微观世界之后,这种界限越发模糊了。撇开前面对学科划分的质疑不论,法学无疑属于狭义的社会科学的范畴。而法理学作为法学的基础理论学科,就成为法学与其他人文社会科学学科甚至自然科学学科联系的桥梁与纽带,在交叉领域的现象成为独立的学科之前,其所涉及的法律问题,常常是由法理学来回答的。在这些边缘学科和交叉学科形成之后,法理学研究的部分成果被吸收进去,但法理学仍然不会退出对这些问题的研究,这也从一个方面解释了法理学的研究对象之所以如此庞杂的原因。基于法理学所承担的这一功能,法理学教科书不能回避的法学与其他学科的关系问题其实是法理学与其他学科的关系问题。下面择与法理学存较密切关系之学科分析之。

法理学与哲学 在与法理学存在密切关系的学科中,就广度与深度而言,哲学无疑都是最为密切的。在法理学发展史上,由于研究者立场、观点与研究方法的不同,形成了不同的法学流派。无论是人们通常所说的有着广泛影响三大法学流派,即自然法学派、社会法学派与分析实证主义法学派,还是其他一些法学流派,如历史主义法学派、经济分析法学派、批判法学、功利主义法学等,之所以把他们划分为不同的学派,主要标准就是各个学派赖以立论的哲学基础不同。有一些法学派别甚至直接以哲学家的名字命名,如新康德主义法学派、新黑格尔主义法学派;有的法学派别由一次哲学运动催生,并由此得名,如现实主义法学派、实证主义法学派、存在主义法学、行为主义法学等。当然,哲学对法理学的影响不但表现为催生了法学流派的分化和形成,还在于促成了不能称之为法学流派的法学运动的兴起,如在上世纪与本世纪之交曾经喧嚣一时的后现代主义法学运动。可以毫不夸张地说,每一次哲学思想的演进都会对法理学思想产生相应的影响,任何怀疑这一观点的人只要翻开西方哲学史和我们通常称之为西方法律思想史的西方法理学史对照一下就可以得到答案。如果有人质疑说那是一段法学“不独立”发展的历史,那么可以对照一下现代西方哲学和现代西方法理学,并且,不仅在中国如此,国外的法理学教科书也是这样写的。之所以出现这种情况并不奇怪,更不是偶然。因为至少有一点我们可以肯定,作为研究如何更好地通过控制人的行为来控制人自身的法理学,与建立于反思之上的作为最高层面人的思维结晶的哲学有着共同的使命。

法理学与历史学 在所有与法理学关系密切的学科中,历史学无疑也具有重要地位。这是因为,无论是作为历史形态存在的法律制度史还是法律思想史,都是在一定的历史进程中产生,从一定意义上说,法理学是一定历史阶段法律实践的伴生物,它与记录这一时代的历史以及从属于特定历史的历史学有着共同的土壤,面临着共同的问题。有时候,某一历史阶段的

法律实践及其法理学构成了这一时代的显性特征,譬如古罗马的法学,其影响不但定格了那个时代,而且成为人们定义西方文明史的一个关键词项。有时候,对待历史的不同态度甚至会对法理学和法律实践产生决定性的影响,譬如曾广泛流行于德国和英美的、在法学研究中因为聚焦历史而得名的历史法学派,一度成为那个时代的主流法理学,甚至左右了在半个世界产生深刻影响的《德国民法典》的产生。深受达尔文进化论思想影响的英国哲学家和社会学家赫伯特·斯宾塞则创造了独具特色的法律进化理论。按照博登海默的观点,所谓的马克思主义法学理论,如果抽掉了其中的历史因素,显然不能被称为一种独立的理论。^①当然,法理学与历史学的关联不仅仅是因为他们回应了共同的问题,更重要的是这种回应是相互依存的。

法理学与政治学 法理学与政治学存在着十分密切的关系,这主要因为他们研究对象的密切关联。政治学主要研究政治现象,研究国家政权的组织和政府管理。法理学研究法律现象,研究法律对权力与权利的配置和控制。在成为自足的学科独立发展以前,法理学是作为政治学的一个分支而存在的,所以,我们今天耳熟能详的大多数法学家首先是政治学家,譬如亚里士多德、西塞罗、洛克、孟德斯鸠、卢梭,等等。其实直到今天,两个学科的这种密切关联也并没有减弱。因为国家这个特殊对象永远都是法理学思考所关注的焦点。并且,随着法律越来越成为控制国家和社会的主要手段,法治成为时代的主流话语,已经独立发展的法理学与政治学要一起不断回应政治治理过程中提出的新问题。

此外,法理学与经济学、社会学、心理学、语言学也在多个层面上存在着密切的关系,甚至像医学、环境学等属于自然科学领域的学科也会在特定领域与法理学发生关系。这并不是作者的牵强附会,因为科学本身就是人与世界建立的关联。世界是完整的,学科划分是人类为了认识世界的方便而进行的人为的割裂,明白了这一点,读者就不会感到奇怪了。

第三节 法理学的意义与方法

一、我们为什么要学习法理学

当为大学法律专业的新生、短期的或业余的法律课程培训班学员以及

^① 参见[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96页。

非法律专业的学生讲授法律课程时,笔者曾无数次遭遇过学生们赶快进入“实质”内容的“建议”,这种情形在讲授法理学的课堂上尤为突出。如果教师们满足不了这种需求,学员们常常抱怨没有听到“真东西”。当然,之所以出现这种情况,客观分析起来至少包括两个方面的原因:一方面,我们讲授的法理学脱离了法律实践或者中国问题;另一方面的原因则来自于学生,他们可能是太性急了。其实这个问题的两个方面都涉及我们要论述的问题,即我们为什么要安排那么多的课时来学习法理学,亦即学习法理学的意义在哪里呢?

研习法理学首先是学习其他法律课程的需要。作为法律课程的基础课,法理学课程的一个基本功能就是为其他法律课程提供基本概念和基本理论,这是我们学习任何其他法律课程所必须具备的基础。通过法理学课程的学习,我们建立起一种法律是什么和法律应该是什么的初步的、宏观的但极有可能是模糊的观念。这种观念在我们已有的知识结构和将要学习的法律课程之间搭起理解的桥梁,构成我们进一步研习法律课程的基础。进一步的学习过程也是我们不断更新这个基础的过程,每一次的更新都是法律素养的一次提升。法律课程的学习也许可以从具体问题出发,走一条由部门法学到理论法学之路,进而由部门法学升华出自己的法理学,这似乎更符合由实践到理论的教条。具体到法律教学,正像许多对中国的法律教育一知半解的人所建议的那样,在我们的课堂教学中全面引入案例教学,并被说成是世界的通例。其实,这是对中外法律教育的误读。案例教学,作为兴起于美国的法律教育方式,盛行于以判例法为主要法律渊源的英美法系国家,并不是什么值得奇怪的事。因为在这些国家里,法律的主体就是来源于具体案件的判例,学习法律从某种程度上来说就是学习判例。但是,即使在这些国家,法理学和其他理论法学的课程也占有重要的地位。在成文法构成主要法的渊源的国家,譬如我国,课堂教学中尤其是部门法教学中使用案例是必要的,但彻底推行案例教学、忽视系统理论的讲授往往只能收到事倍功半的效果。如果考虑到我们法律教师“从理论到理论”的教育背景和工作经历,情形还要糟糕很多。法理学课程中的基本概念和基本理论正是为满足课堂教学过程中的这种需要而设计的。法理学课程不但提供给我们大学法律教育的入门知识,而且还是我们全面解读法律现象、形成法律思维的必由之路。虽然法律教育应该以法律职业为导向,但大学的法律教育不等同于工匠式的技校教育,部门法学的课程也不仅仅是、并且主要不是法条的解读。法律思维方式的建立、对法律实践与法律文本的反思和批判是大学法律教育的更高层次的目标。这正是真正意义上的法理学的更高的目标和使命。按照我们前面的学科界分,法理学是介于人文科学和社会科学之间而

具有人文科学色彩的一门课程,法理学课程的意义,始于大学的法律教育,及于法律职业,止于人的全面发展。

法理学教育是法律职业和法律实践的需要。法律教育应该面向实践,脱离实践需求的“纯粹法学”的兴盛是法学研究者不自信和法律实践滞后的双重表现。法律不仅仅是或主要不是阶级统治的工具,法律也不仅仅是简单地反映经济基础的上层建筑,法律更不是被动地把人民的需求、统治阶级的利益上升为国家意志的结果。退一步说,即使这些就是法律的目标,而這些“建筑”、“利益”、“意志”的形成和表达的过程本身也是需要法理学来提供方案的。司法的过程,也并不符合那些浪漫主义的政治家的设计,而仅仅是“法律的自动贩卖机”,法院并不是建立在与世无涉的真空之中,法官并不总是法律这一上帝的虔诚的守护人,整个法律的体系向来也没有构成疏而不漏的恢恢天网,而“书本上的法律”在向“现实中的判决”过渡过程中往往会遭遇来自各方面的障碍。法律的执行,如果真是“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”那么简单,那么,在我们的社会治理过程中会减少大半的问题,因为治理治理者本身就倍增了法律的任务。法律执行过程中的利益纠葛由于程序的“不在场”和政出多门,而呈现出了比立法过程和司法过程更为纷繁复杂的局面。这三个环节的衔接更是超出了一般法学的能力所及,离开法理学来回答这些问题更是让人难以想象。我们置身于其中的社会不仅仅是个人的简单联合体,作为我们认识对象的社会,并不是简单地推己及人所能把握的。社会本来作为一个整体存在,我们为了认识的方便人为地把它割裂了,这种认识的高级形态就是一个个的学科,在法学这一“真理”的碎片上,法理学不但承担着维系这个碎片内部完整性的功能,而且在把所有的“碎片”缝合为真理之网时有不可替代的功用,这就是任何一个时代的法理学所要回答的主要问题,如果不是全部问题的话!

研习法理学的意义止于人的全面发展。法律作为人类创造出来约束自己“利己”之心的外在之物,如果不是人类思维的最为完美的结晶的话,也是迄今为止最有效的。当世界上大多数的国家或主动或被动地选择了法律作为主要的控制社会的手段而坐享其利益时,法律已经成为我们生活方式中抹不去的因素。面对仅靠善良、美德和习俗难以化解的纠纷,或者这种“化解”从根本上与人类的美德相背离时,选择法律的解决途径的意义,就超出了纠纷解决本身而成为人类美德的一部分,它表明人类“驯服”了无拘的利己之心,甘愿诉诸第三方的裁判,否弃了“丛林法则”,而行进在文明的路径上。多少人经由法律这条途径来解决纠纷和多少纠纷通过法律得以解决,就显示了我们在文明的道路上已经走了多远。如果法学真有更高使命的话,除了法理学,谁还更有资格来承担这一使命呢?幸运的是,这种更高的