

法理三维

——对社会热点问题的法理透析

强昌文 陈晓峰 主编



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
安徽大学出版社

法理三维

——对社会热点问题的法理透析

强昌文 陈晓峰 主编



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理三维——对社会热点问题的法理透析 / 强昌文 陈晓峰 主编.
—合肥:安徽大学出版社,2012.2
ISBN 978-7-5664-0382-7

I. ①法… II. ①强… ②陈… III. ①社会问题—法理学—研究—中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 027556 号

本书是法理学精品课程建设项目、法学重点学科建设项目、卓越高层次法律人才培养模式建设课题的成果

法理三维——对社会热点问题的法理透析

强昌文
陈晓峰 主编

出版发行: 北京师范大学出版集团
安徽大学出版社
(安徽省合肥市肥西路3号 邮编 230039)
www.bnupg.com.cn
www.ahupress.com.cn

印 刷: 中国科学技术大学印刷厂
经 销: 全国新华书店
开 本: 170mm×230mm
印 张: 13
字 数: 212 千字
版 次: 2012 年 3 月第 1 版
印 次: 2012 年 3 月第 1 次印刷
定 价: 27.00 元
ISBN 978-7-5664-0382-7

责任编辑: 马晓波
特约编辑: 谢 彪

装帧设计: 王莉娟
责任印制: 陈 如

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 0551—5106311

外埠邮购电话: 0551—5107716

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 0551—5106311

法理三维

——兼谈法理学如何回应中国的社会转型

（代序）

法理学是研究什么的？法理学有什么用？

虽然教育部和司法部对法学教育的课程结构和内容作过几次较大的调整，并一直还在调整之中，但法理学（以前曾名为“法学基础理论”）一直到目前仍是法学教育中的一门主干课程和必修课程，它不仅在司法考试中一直占有一席之地，而且作为法学一级学科之下的二级学科，国内现在已有数百个法理学硕士点和数十个博士点。但有个疑问一直困扰着法科学生，包括法理学专业的硕士生或博士生——法理学是研究什么的？法理学有什么用？

一、从法理学现状谈起

其实不光是学生，法学教育界许多人对这个问题也存在很多困惑。有两种不同的倾向：一种倾向是无限拔高法理学，认为法理学不但在法学研究中最重要，是最基础的理论，而且还为所有的部门法学提供指导；不仅能为学习法学学科奠定基础，还能培养人们的法律思维方式；不仅是提高法律理论修养的需要，还是培养实际工作能力的需要。^① 谢晖等法理学者曾说过，法官的判决是写给老百姓看的，部门法学家写文章是给法官看的，法理学家写文章是给部门法学家看的。这个说法即使不被理解为充满了法理学者的知识优越感，至少也让人觉得法理学在知识分工的格局中处于相当重要的位置。但这个说法可能并不为部门法学家所认同，很多从事部门法教学和研究的学

^① 参见张文显主编《法理学》（第3版），高等教育出版社、北京大学出版社2007年版，第70—71页。需要说明的是，该教材一直是国内使用范围最广的教材，自1999年第1版发行以来，一直是“十五”、“十一五”国家级规划教材。国内众多其他版本的法理学教材深受该教材影响，在内容、结构上多与该教材大同小异。

者就对这种说法不以为然。我有一从事刑法学教学与研究的同事就曾对我坦言相告：不知道法理学这个东西究竟有什么用。我注意到，他的口气是一个接近于感叹句的陈述判断，而不是请教或研讨的疑问句。

另一种倾向则恰恰相反，认为法理学空洞无物，不如干脆取消这门课程，因为法理学中所讲的一些基本概念可以分解到各个部门法中去。比如，权利、义务、责任等基础概念，在宪法学、民法学、行政法学、刑法学等科目中都有较系统的内容，法治、人权、平等、立法、执法、司法等概念在宪法学中讲就可以了。比如民法学者徐国栋就认为，法理学根本就没有成为成熟的学科，尤其在中国，法理学只可以用两个词来评价：支离破碎和惨不忍睹。因此，学习法理学没有意义，法学院里最优秀的头脑应该去学习民法。^①

目前，法理学研究呈现出弥散化的状态，有的研究宪政、法治、人权；有的研究法律方法论和法学方法论；有的研究论语、孟子或者新儒学；有的研究柏拉图、黑格尔、卢梭、马克思；有的研究古希腊悲剧；有的研究欧洲宗教史、圣经；有的研究民族志和少数民族地方习惯法；有的研究伽达默尔、海德格尔或福柯，等等，不一而足。而这种研究的风气在有的法学院已经进入课堂，要求学生阅读相关的原著或在课堂内将相关的主题作为讨论的内容。这让学生很疑惑和迷茫——这些内容太杂太乱，和现实中实实在在的法律有什么联系？这个学科的任务是什么？法理学有自己的基本问题或核心问题吗？法理学界已有学者提出批评，比如中国政法大学的舒国滢教授就讽刺说：“现在很多法理学已经不是法学家的法理学，而是哲学家的法理学，法理学已经超脱了实在法的肉身，飘逸而去。”^②

每个部门法学都有自己特定的研究对象和基本问题，这些研究对象和基本问题是可以明确予以概括的。比如，宪法学的研究对象就是国家和公民关系，民法学的研究对象是平等主体之间的人身关系和财产关系，刑法学的研究对象是罪与刑，经济法的对象是市场与政府关系，等等，并且这些学科都有自己的一套规则、概念体系，作为学习和研究的基础。因此，从学科内容的层次上来说，部门法学分为三个层次，即作为法律文本存在的概念、规则体系、作为对文本理解的知识体系及作为思考和反思的思想体系。第一个层次

① 参见徐国栋在中国人民大学法学院“法理论坛”第19讲《困境与出路——对中国法理学的遐想》，中国法理网2006年6月21日。

② 参见舒国滢《在历史丛林里穿行的中国法理学》，《政法论坛》2005年第1期。

即法律,第二、三层次即法学。

法理学没有特定的研究对象,也没有特定的法律文本即规则体系作为学习和研究的载体,因此,法理学在学科上只包括知识体系和思想体系。其知识体系即从所有的法现象中抽象出来的一些共用的概念,如权利、义务、责任、立法、司法、执法等;而其中的思想体系,一般被称为“法哲学”,即对法现象抽象的一般思考。

关于法理学的学科性质及其在法学体系中的地位和作用,我们的法理学教材说“它是法学的一般理论和方法论”,这种说法没有错,但是却失之空泛。一般理论包括哪些问题?多数法理学教材列举:法是什么?法是如何产生的?如何发展的?法有什么价值和作用?我认为这些问题固然是法理学问题,但不是核心问题,或者说这些问题曾经是历史上分析实证法学和自然法学之间争论的主要问题,这些问题带有一种本质主义的色彩。我们如今的法学研究并不围绕这些问题展开,比如学者们研究部门法的时候,关于法的本质是什么,法的作用或功能是什么,法是如何产生的、如何发展的,等等,这些问题根本不在考虑之列。实践中的法律实践活动也不会考虑这些法理学问题,难道在立法、执法和司法的时候,立法者、执法者和司法人员会追问这些问题?当然不会!可见,上述教材所宣称的法学的共同的一般问题并不成立,起码部门法学和法律实务界并不认可,对这些问题的讨论根本不能给法学研究和法律实践提供什么理论支持。

那么,法理学有自己的核心问题吗?从上述法理学研究的高度弥散现状来看,似乎它已经没有自己的基本问题。因此,也就有了学习法理学的迷惑,法理学究竟研究什么?法理学可以用来做什么?

二、法理三维——法理学的三个核心问题

我认为,法理学的核心问题有三个——“法的合法性问题”、“法的确定性”和“法的实效性问题”。概括而言,我认为所有的法理学知识和思考都是围绕这三个核心问题展开的。围绕这三个核心问题,数个世纪的法理学说

和理论之间相互竞争,形成交替演化、交融并存的格局。^①

所谓“法的合法性”,包含形式合法性与实质合法性两种含义,分别对应英语中的 legality 和 legitimacy。^② 法的形式合法性(legality)中的“法”是狭义的法,即国家制定的实在法。因此,它实际有以下几层意思,即指特定机关的立法权取得是否合法,立法权的行使及程序是否合法,或者所立之法在内容上不能与已有的效力位阶高于它的法律相抵触,否则被视为无效。法的实质合法性(正当性)(legitimacy)中的“法”指的是广义的法,除了狭义的法,还包括事物的法则、原理或者人们的精神信仰。当然,这种广义的“法”的观念是历史的和具体的,不同的时代有不同的含义。历史悠久的自然法思想所关注的就是法的实质合法性,从古代朴素的自然法崇尚“自然法则”到中世纪神学自然法崇尚“神的理性”,再到近现代自然法强调的“公平正义”,虽然各个阶段的自然法思想判断“良法”的标准不同,却都无一例外宣称“恶法非法”。在法的合法性问题上,除了自然法学和分析实证法学之间的分歧之外,韦伯与哈贝马斯关于合法性的论述、现当代欧美的现实主义法学、欧洲马克思主义法学、美国的批判法学以及女权主义法学等,都有自己鲜明的观点。此外,以波普尔、阿伦特等为代表的自由主义学者从政治的角度,以哈耶克为代表的新经济自由主义从经济与法律的角度,诺齐克、贝尔等从社会或文化的角度的论著,也间接关涉法的合法性问题。

所谓“法的确定性”,也有两层含义——静态意义上的确定性和动态意义上的确定性。“法的确定性”主要是指法律的可预测性、可计算性。由于法的可预测性与法律规则的一致性、完备性、稳定性、清晰性以及法律适用过程的客观性密不可分,因此,法律一致性、客观性等特性的获得也往往即意味着法

① 一般认为,法理学的核心问题为“法律是什么?(What is law?)”,而回答这个问题的所有理论可以分为两个大的类别,即“法律实际上是什么?(What the law is?)”和“法律应该是什么?(What the law ought to be?)”。从本质上界定“法律是什么”固然是一个认识法律现象的好的思想方法,但显然,这种定于—的本质主义思维方式限制了对纷繁复杂的法律现象的科学认识,反而无助于揭示法真正的“本质”。各种法律思想分野的事实证明,从本质上回答“法律是什么”几乎是不可能的事。并且,现代哲学和法律的现实已经揭示,“应然”和“实然”无法真正剥离。将法的合法性、确定性和有效性作为法理学的核心问题有助于我们较为明确地把握法律的现实性状。

② 参见严存生《法的合法性问题研究》,《中国法理学精粹》(2003年卷),机械工业出版社2004年版,第63页。原文发表于《法律科学》2002年第3期。

的确定性的实现,它们可以在相近的意义上使用。与此同时,“法律的一致性、客观性等优良特性的获得又是法律规则系统化、科学化以及法律制度和适用过程形式化的自然结果,因此法的形式理性与法的确定性具有正的相关性,越是具有形式理性的法律也就越具有确定性”。^① 静态意义上的法的确定性指的是以文字形态存在和表现出来的确定性,这种确定性要求法律在构成内容上完备、文字表达上明确、逻辑上内涵外延严密、体系上下前后一致。动态意义上的法的确定性是指法在实施过程中的高度可预测性,强调逻辑推演的自洽性和客观性,在司法上试图实现法律适用的机械主义和形式主义。近代以来,自然法的高度抽象性和不确定性受到批评,分析实证法学之所以只关注法的形式合法性,根本的目的在于强调法的确定性。法的确定性表现在立法上,强调“通过逻辑手段来进行汇集和理性化,使得具有法律效力的一些规则成为内在一致的抽象法律命题”。^② 追求法的确定性,源于人们对法律“这种精确性会使法律结果的正确预测最大化”^③的需要。按照马克斯·韦伯对法律形式理性的理解,其特征有以下几个方面:(1)任何具体的法律决定都是抽象的法律命题对具体的“事实情势”的适用;(2)在每一个案件中都必须能够通过法律逻辑的方法从抽象的法律命题中推演出具体的裁决;(3)法律必须是“完美无缺”的法律命题体系,或者假设如此;(4)不能从法律上构建的问题,没有法律意义,即法律只处理法律规定的事实;(5)人们的每一种社会行为都只是对法律的“适用”或“执行”或“侵权”。^④ 除了上述思想外,晚近兴起的法律解释学、法律方法论以及法律语言学等也主要关注法律的确定性。

所谓“法的实效性”,也有两层含义——包括法的实效与法律效果。法律实效指人们实际上按照法律规定的行为模式去行为,法律被人们实际遵守、执行或适用的程度。如果某一部法律在现实中被人们普遍遵守,并且绝大多

① 黄金荣:《法的形式理性论——以法之确定性问题为中心》,《比较法研究》2000年第3期。

② 马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第62页。

③ 马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第226页。

④ 马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第62—63页。

数违反该法的行为都被依法制裁,说明该法具有很强的实效性。反之,则说明该法没有什么实效,成为一纸空文。法律效果是指法律的社会目的、价值或社会功能的实现以及实现的程度。^① 法的实效性关乎立法目的能否达到,法律的功能能否实现。“仅仅研究条文是不够的,我们也应注意法律的实效问题。条文的规定是一回事,法律的实施又是一回事。某一法律不一定能执行,成为具文。社会现实与法律条文之间,往往存在着一定的差距。如果只注重条文,而不注意实施情况,只能说是条文的、形式的、表面的研究,而不是活动的、功能的研究。我们应该知道法律在社会上的实施情况,是否有效,推行的程度如何,对人民的生活有什么影响等等。”^② 研究法律的实际运行效果,则必须将视野扩展到社会生活的各个方面,探究法律与特定社会之间千丝万缕的内在联系。于是,法社会学、法文化学以及法经济学等思想流派应运而生。虽然这些学派分别有自己的研究重点和理论主张,但无疑都包含着什么样的法才是运行有效的法这样一个命题。

当我们的法律具有价值上的正当性,获得人们的价值认可,并且体系完备、前后一致、表达明确、逻辑严密,具有很好的可适用性和可预测性,能够成为人们的行为规范和裁判规范,在现实中得到很好的遵守和适用,实现了法的目的和功能,那么这就是我们所期望的“良法”,而我们也就获得了“良法之治”。^③

三、法理学核心问题和知识与方法的分工

从前述的法理学研究所呈现出的高度弥散化状态,可以看出法理学的知识范围是相当广泛的。但有一个问题,即高度的弥散化状态之所以令人不满,主要是因为某些发散出去的法理学研究脱离了法理学核心问题的“万有引力”,忘记了法理学归根到底是实践性很强的法学的基础理论,最终还是要

① 沈宗灵:《法理学》,北京大学出版社2001年版,第318—320页;公丕祥:《法律效益的概念分析》,《南京社会科学》1993年第2期;李晓安、曾敬:《法律效益探悉》,《中国法学》1994年第6期。

② 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第2页。

③ 亚里士多德:《政治学》,转引自颜一、秦华典译《亚里士多德选集——政治学卷》,中国人民大学出版社1999年版,第138—139页。

回到法学自身的领域里来,回到法学应有的社会使命的立场上来。

以法的合法性、确定性和实效性为核心的法理学代表着法律研究的三个维度,分别构成研究法律制度的三种不同的视角。

第一种是平视的视角,也是一种内在的视角。这种视角仅仅将目光限定于法律制度之内,关注法律制度表达的明确性、准确性及其运用的一致性和客观性。在这一视野内,法律制度是一种自洽的客观存在。在静态意义上,按照一定的逻辑关系而组合成一定的概念、规则、原则,以此为材料形成一定的完整文本体系,并进而形成以不同调整对象为分类标准的不同法律构成的横向关系体系(法部门)和以立法权、行政权、司法权层级关系为分类标准的纵向体系(立法体制和执法、司法体制);在动态意义上,这种平视的视角关注法律运行逻辑的形式性和客观性,注重逻辑推演的可预测性。

第二种是仰视的视角,也是一种外在的视角。这种视角将目光从法律制度的文字表达移向一些崇高而神圣的人类社会的理想,关注法律制度是否表达了人类社会普遍的价值追求,是否代表了一种善的正义和权利观念,并以此作为评价法律制度优劣的标准,作出法律规定是否正当的评价。

第三种是俯视的视角,也是一种外在的视角。这种视角将目光从法律制度的文字表述和具体的逻辑推演移向法律和一系列社会因素的关系中,或是关注法律的社会制约及其缘由,或是关注法律的社会效果。

这三种维度因其视角不同、宗旨不同,因此其知识和思想资源也存在差异,而其研究方法也有重要分别。法的实质合法性关注法的正当性,即法的应有价值,而法的价值带有较为强烈的人的主观价值需求的色彩,因而在法的合法性层面,体现的是法律的伦理性,指向的是“法律应该是什么样的”,解决的是“何为良法”的问题。因此,研究法的价值,其方法必然带有强烈的哲学和伦理学的思辨色彩,逻辑实证分析和社会实证分析方法无法从“是”推出“应当”。相比较而言,研究法的确定性问题,强调的是法律概念、规则、原则等一系列要素的确切含义及其解释和运用的一致性,不得不主要依靠逻辑实证的方法,对社会生活中发生的案件的“事实”进行认定。然后对照相应的法律概念、规则等进行推理、类比,在拟制的“封闭的”规则体系内部寻求妥当的解决方案。因此,用较为宏观和主观的价值分析方法往往无助于明确法律文本的确切含义。相反,在价值诉求冲突的场合,价值分析方法往往导致法律解释的分歧扩大。而研究法的实效性则关注法律究竟在何种程度上被实现

以及法律究竟在何种程度上促进或制约了社会的发展,就不得不将研究的目光从“封闭”的规则体系内部转向法律与社会的互动关系中。法律运行一系列结果的“事实”就成为法学研究必然的经验性材料进行法社会学的研究。这种研究只能关注相应的“事实”,通过社会实证的方法,对所取得的“事实”进行分析和概括,以发现法律的实效和社会效果。因此,法社会学研究在方法上既排斥主观的价值分析,也排斥纯粹的逻辑推演,而是通过调查、统计、分析的方法,试图得出法律是否需要改进以更好适应社会发展的需求的结论。这种法学研究视角与方法的转换,恐怕也是19世纪末法社会学兴起并成为主流法学流派之一的主要原因。

关于上述法理学核心问题与相关思想资源及其研究方法之间的关系,可以试概括如下:

核心问题	含 义	对应教材各部分内容	对应法学各流派	视角与方法	相关的理论思想资源
法的合法性	区分形式合法性(legality)和实质合法性(legitimacy)	法的价值(秩序和正义)	自然法学(自然法的各个发展阶段)	外在的视角、形而上的/思辨的、价值分析方法	哲学(宗教)、政治意识形态、伦理学
法的确定性	静态意义上:体系完备、前后一致、表达明确、逻辑严密;动态意义上:形式性与客观性	法的本体(要素、效力、权利义务责任、行为、关系、责任等概念);法的运行(法律解释、推理)	分析实证法学(分析法学、法律解释学、法律语言学、法律方法论)	内在的视角/语义分析、逻辑推理的方法	语义学、解释学、法律方法论
法的实效性	法律实效、法律效果	法与社会(法与政治、法与文化、法与经济等)	法社会学(法社会学、法文化学、法经济学等)	外在的视角、形而下的/经验的、实证分析	社会学、制度经济学、博弈论、文化学、人类学、心理学等

这三种视角各有其存在的意义,不能相互替代,这也是三大法学流派形成较为稳固的并存格局的主要原因。因为,法的合法性代表人类社会的价值理性,凝结着人的价值追求,即人类社会究竟应该拥有什么样的社会秩序,人应该生活在怎样的社会中,人应该被如何对待。自从上帝被从人类认识论中

祛魅以来,人类就开始对“法律帝国”的意义进行追问。法的实效性包含着人类社会的目的理性。作为实现功利追求的工具,法律对社会生活的影响究竟如何才能实现,这是法在实践中获得权威和生命力的保证,也是规范人的行为的法的确定性。

四、法理学三个核心问题的概括对教学和研究的可能意义

为什么要对法理学核心问题进行重新概括和解释,现进一步从以下几个方面阐述我的理由:

1. 这三个核心问题可以很好地整合法理学教材的各部分内容

学习法理学的人往往认为法理学的内容过于分散,各部分互不相关,而通过这三个核心问题,可以把看上去零散的法理学知识整合进一个互有联系的知识体系中。

法理学的这三个核心问题之间并非毫无关联,而只具有相对独立性。法的正当性往往决定着法的有效性。按照哈特的“内在观点”和“外在观点”之分,^①一部合法性广受质疑、不具备价值正当性的法律,在实施的过程中其有效性是不稳定的,不能得到充分保障;而法的确定性和法的有效性之间也是密切关联的,如果法规范的内容粗疏、含糊或者相互抵触,或者欠缺上述富勒的法的“外在道德”的八条标准,法就不可能得到很好的遵守和适用,从而减损其有效性,其正当性评价也会受到影响。有一种说法是“从事实推不出价值”,但事实和价值判断往往又是很难真正分离的。一部法律,无论在道德上多么正确,如果不能取得实际效果,或者引起了更加不利的后果,比如数年来我国推行多年的殡葬改革、政府机关的公车改革以及春运期间的超载管制等,效果总是差强人意,法的正当性评价就会减损。

这三个核心问题相互之间不可替代,而是组合交叉在一起共同构成法理学完整的框架。正如博登海默所言:“法律是一个带有许多大厅、房间、凹角、拐角的大厦,在同一时间里想用一盏探照灯照亮每一间房间、凹角和拐角是极为困难的,尤其当技术知识和经验受到局限的情况下,照明系统不适当或

^① 详见哈特《法律的概念》,张文显、郑成良等译,中国大百科全书出版社1996年版,第90—92页。

至少不完备时,情形就更是如此了……这些学说最为重要的意义在于它们组成了整个法理学大厦的极为珍贵的建筑之石……”^①这也可以解释为什么在众多的法学流派中,自然法学、实证主义法学和法社会学能形成最为核心、最为稳固的“三足鼎立”局面。尽管各自经历了不同的发展阶段,其影响力也存在此消彼长的竞争,但三个学派始终无法实现统一,其内在的原因在于它们分别回答着法学的三个相对独立的核心命题,其功能和使命不同,当然也就无法相互取代。在知识分工上,自然法学始终张扬价值理性,引导着法律扮演人类良知和正义的守护神角色;实证主义法学强调,法律作为一个内在和谐的统一体,为社会生活提供确定的行为规则;而法社会学则强调法律与社会的互动和谐,与特定人类群体的物质生活方式、思维方式、风俗信仰及其变迁之间的契合。法理学正是围绕这三个核心问题解释法的现象,在目的理性和价值理性之间,试图为发现和构建人类社会的规则提供智识支持。法理学作为一种学问,其存在的价值不只是解释既有的法律,更在于促进和完善既有的法律。

理解了这三个基本问题之间的关系,就能为各部分法理学知识在学科知识体系中找到相应的位置,并建立起直接或间接的联系。

2. 这三个核心问题也是法律实践活动的基本问题

法学是一门实践性很强的学科,如果我们坚持“法学家的法理学”而不是“哲学家”或者其他什么家的法理学,我们的法理学研究就应该围绕真实世界中的法律探究法的现象和法的问题,而不是超脱于现实生活和实在法去做哲学思考。而法律实践活动也是围绕这三个基本问题展开的,并且,不同的实践活动围绕这三个基本问题的思维方式是不同的。

就立法实践而言,立法活动总是在一定的价值指导下进行的。为了适应社会的需要,法律应该具备什么样的价值准则?如何配置权利、分配利益在价值上才是正当的?在一定的价值观念指引下,立法者会对法律草案的有效性进行预判,法律草案如果成为法律,实施的社会效果会如何?能不能实现预期的功能?能否得到很好的遵守和执行?在考虑这些问题的基础上,再从立法技术的角度,处理法律文本之间的衔接、和谐,处理法律语言的表达,使

^① [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198页。

之准确、明确、一致等。这个思维过程是从确认法的正当性出发,经过有效性预判,然后到追求法的确定性。

司法裁判活动的思维过程则不同。一般而言,对于生活中大量发生的一般案件,处于良法的覆盖范围之内,法官只需准确认定事实,准确解释法律、适用法律即可,即采取法律的内部视角,根据事实与法律作出判决,判决的正当性、有效性就可以得到保障,即法律论证理论所说的“内部证成”即可。而当法官遇到重大、疑难案件,或者因为法律并没有明确的规定,或者因为社会的发展,适用原有法律已经明显不合时宜的时候,或所谓的“内部证成”已经不能充分满足判决的正当性要求的时候,法官就可能到法律之外寻求判决的依据,向上寻找正当性的理由,比如有时候要考虑党和国家的政策,有时候要考虑普遍的道德标准;向下寻找有效性的支持,有时候要考虑判决能否得到执行,或者考虑判决的社会影响和社会效果。^① 这个思维过程是从追求法的确定性出发,寻求法(司法判决)的正当性或有效性。

3. 有助于我们更好地理解法理学与部门法学之间的关系

如果法理学仍然埋头在法的起源、法的本质等问题上,或者仅仅停留在讨论一些宏大的法治、人权的话题上,我们便无法和其他法学研究有多少可交流的余地。法的正当性、确定性、有效性不仅是法理学的基本问题,也是各个部门法研究无法回避的重要问题。一般而言,法学学者与律师的不同就在于,学者不能总是在一个封闭的法律规则体系内部,用一个条文去注解另一个条文的办法解释法律。相反,学者往往要走出法律规则内部,置身于社会和法律之间,目光往返于人类的社会生活和法律规则之间,研判法律的合法性、确定性和有效性并探究其根源。

因此,我认为法理学之所以是一门基础课程,问题不在于它解释法的本质和起源这样的古老问题,而在于它致力于法学学科共同问题的一般解答。它不具体担负某一部特定法律规则的理解,它关注的是作为总体的法律如何具有正当性、确定性和有效性等基本问题及其方法。从这个意义上说,法理学和部门法学是一般与特殊的关系。它为部门法的研究提供的是研究的基础材料,是服务者,而不是指导者。

^① 关于内部证成与外部证成,参见阿列克西《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第263—274页。

4. 有助于理解法理学知识理论资源之间的关系

从上文的表格可以看出,法理学的知识范围相当广泛,这可能也是法理学研究弥散化的一个原因。但这种弥散化也可能源于没有理解法理学本身与知识理论资源之间的关系。研究哲学、政治学、伦理学、社会学、经济学、语义学、阐释学、心理学、文化学等这些外在于法律的知识对于法学来说,其意义何在?我认为最终还是要用于解释法律现象,解释和评价法的正当性、确定性、实效性。这些知识和思想资源是法学的理论资源,并且是重要的、必要的理论资源(有人说法学是一门“非自治的学科”,这个判断,应该就是这种意思)。但这些理论资源本身不是法学,法学和它们之间的关系是目的和手段的关系。对它们的理解与研究最终要回到法学的立场上来,言说关于法律的问题,实现知识和理论在方向上的回归,而不是挣脱实在的法律的约束和法学的立场,朝着各个方向弥散。也只有这样,法理学才能成为“知识共同体”,也才能和其他法学研究进行比较好的对话和交流。

如今法学的学生处于一个既幸运又不幸的时代。说幸运即我们的文化环境更宽松,学术队伍在壮大,学术资源空前丰富。每年都有很多外国的新译著被翻译和介绍进来,外文原著也有很多影印本可供阅读,不出国就可以读到。然而一些知识上的不幸也来源于此,因为太多的书籍和学派对于学生来说,不光是时间不够用,而且在众多的书籍中可能会迷失自己,找不到这些理论真正的意义所在。刘星教授就发现一个普遍现象:一方面,中国自身法学理论是可解释的,从而也是可以理解的,进而是可展开争论的,中国法学学者在中国自身理论的语境中可以畅通无阻地交流争辩;另一方面,西方的法学理论尽管是可阅读的,然而却是难以解释的,从而也是难以理解的,进而也是无法争论的。在很多情形中,中国读者可以知道西方学者说过什么,但是无法理解西方学者何以这样说。^①为什么会这样?除了西方理论翻译的语言表达、论证风格以及社会背景的原因,我认为还有一个原因,即没有真正理解这些书籍中其他社会科学理论资源的运用和法学研究之间的关系,运用这些理论资源的宗旨是什么,即这些看上去林林总总、纷繁复杂的理论讨论的核心问题是什么?以美国的波斯纳的总结性学术论著《超越法律》为例,读过

^① 刘星:《西方法学理论的“中国表达”——从1980年代以后的“西方评介”看》,《政法论坛》2005年第1期。

该书的人都知道,波斯纳谈了中世纪的卡特尔、希特勒时代的德国法官、同性恋问题、私隐权问题、科斯的方法论、美国宪法理论、文学批评、古希腊的修辞、女权主义,等等,波斯纳为什么要讨论这些问题?其目的何在?并且他本人宣称他的学术思想是实用主义的、经济学的和古典自由主义的,这又是什么意思?^①其实,波斯纳谈论的所有问题,就是在批评那种“整全式的”(comprehensive doctrine)道德理论所主宰的合法性理论,批评那种机械的逻辑推理的法的确定性理论,从而主张自己的实用主义的法的合法性、确定性和有效性理论。所谓“超越法律”,也就是超越先前的关于法律的认识。我认为波斯纳这本书写得很好,不仅在于他的结论很精彩,还在于他作为一个精通法律推理的法官、法学家,对实用主义哲学、自由主义哲学以及经济学等理论资源的合理使用。

5. 有助于学生理解问题与方法之间的关系

法理学三个核心问题是与法学方法紧密联系的。教科书列举了很多法学研究的方法,如阶级分析的方法、价值分析的方法、社会调查的方法、历史考察的方法、比较的方法、逻辑分析的方法、语义分析的方法,等等。对于法学的初学者而言,方法如果不能与问题相联系,则即使知道这些方法,也无从领会和运用。而在学习其他法学知识的时候,如果不能比较清晰地意识到方法与问题的联系,则既不能更好地理解问题,也不能更好地运用方法。通过上述法理学核心问题的概括,可以大致明白各种研究方法相应的适用范围,尽管这些方法与问题之间的联系并不是绝对的(比如现代的跨学科研究中,一些原本通过价值思辨的问题,如道德起源问题,很多经济学家通过博弈论也作了很好的解释,即使如罗尔斯的正义原则,在论证中也采取了很多其他学科的知识。在美国的法社会学思潮中,有法律“非法律化”的现象,即许多疑难判决正当性的论证引入了大量社会学、心理学的内容)。但对于初学者而言,可以使问题清晰化为可理解的内容,而不是书本上一堆罗列的、需要死记硬背的概念。

总之,把法理学的基本问题概括为法的合法性、确定性和有效性,有助于我们更好地把握这门学科的性质和作用。这种概括并非仅仅是我个人的主观臆断,有学者在论及法律的研究方法时已有所涉及,比如,德国学者康托洛维奇

^① 参见波斯纳《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,引论第1—26页。

曾提出,不同学科研究法律的“认识论上的三元论”。他认为,第一是关心何为正确之法,侧重于对法的理念、价值分析;第二,把法看作一套由国家专有的逻辑命题体系,侧重于规范逻辑分析;第三,把法看作实然的法文化现象,具体的社会事实,并非国家所有,侧重于事实性研究。^① 这种“认识论上的三元论”其实可以看成围绕法理学核心问题而形成的认识论和方法论上的分类。

另外,罗伯特·阿列克西(Robert Alexy)认为,有效性具有三种理解维度:伦理学的、社会学的、法律教义学的。其中,伦理学的有效性强调规范内容的正确性,如果一个规范在道德上是公正的,那么它就具有伦理学的有效性,反之就是无效的。社会学有效性又分为行为有效和制裁有效,前者是指法被规范义务人自愿地实际遵守,后者指如果行为违反规范,则法的有效性便通过制裁得以实现。法律教义学的有效性,又称“法的逻辑有效性”,即一个规范只要是由一个合法的权力机关、按照规定的程序创立出来,并且与整个法律体系和谐一致,就是有效的。^② 中国学者郑永流即采取此种有效性概念分析中国民间法、自然法、国家法的有效性。^③ 在我看来,其实阿列克西的“有效性”概念是广义上的,三种有效性区分其实正对应法理学的三个核心问题,即伦理有效性大致对应法的合法性、社会学有效性大致对应着法的实效性、法律教义学有效性大致对应法的确定性。

五、法理学如何回应社会转型的法治建设

法理学界在国家依法治国方略的确定进程中做出过自己的智识贡献,在法治理念的普及和启蒙过程中也做出了自己应有的贡献,应该公允地评价。在市场经济和法治建设的社会转型发轫之际,法理学一直积极参与和推动这一社会转型。^④ 但仅有法治、权利、人权等宏大话语是不够的,法理学在时代

① 转引自王夏昊《中国法理学的研究路径》,《现代法学》2004年第2期。

② 参见张文显《当代西方法学思潮》,辽宁人民出版社1989年版,第393—446页。

③ 参见郑永流《法治四章》,中国政法大学出版社2002年版,第226—256页。

④ 以中国法理学会为代表,众多学者多年来围绕法制与市场经济、法制与民主、法治与人治、权利本位等主题开展了较多的讨论,其成果对法律发展、权利意识和法治观念的形成以及法学学术的转向具有相当的贡献。尤其是1996年前后,以王家福研究员为代表的一批法学家到中海大讲堂为中央高层领导作了一系列的专题讲座,对依法治国、建设法治国家方略的形成具有一定的知识贡献。