

復旦
版

原创学术著作

法学系列



F_{Ali yu Xueshuo Zuowei Fayuan zhi Yanjiu}
法理与学说作为法源之研究

于晓青 著



復旦大學出版社

復旦
版

原创学术著作

法学系列



F Ali yu Xueshuo Zuowei Fayuan zhi Yanjiu
法理与学说作为法源之研究

于晓青 著

图书在版编目(CIP)数据

法理与学说作为法源之研究/于晓青著. —上海: 复旦大学出版社, 2017. 8
ISBN 978-7-309-12998-4

I. 法… II. 于… III. 法学-研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 126149 号

法理与学说作为法源之研究

于晓青 著

责任编辑/张 炼

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编: 200433

网址: fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售: 86-21-65642857 团体订购: 86-21-65118853

外埠邮购: 86-21-65109143 出版部电话: 86-21-65642845

当纳利(上海)信息技术有限公司

开本 787×960 1/16 印张 18.5 字数 344 千

2017 年 8 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-12998-4/D · 893

定价: 45.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社有限公司出版部调换。

版权所有 侵权必究

序 言

理论一般来自实践,终归要超越实践。法学理论一般是从对实践的概括总结出发,通过对实践经验的批判性反思,抽象出一定的判断或学说,最后又反过来作用于司法实践,成为法律实务的理想性引导和智慧源泉。由于近现代我国法制的翻译性移植背景,大量移植法律制度不一定能与我国社会现实相适应;特别由于转型时期我国社会矛盾日益复杂,新情况新问题层出不穷,移植性质的制定法体系更难以完全适应瞬息万变的社会需求,这一情形对我国法理学提出了更加艰巨的任务或使命。在这样的背景下,我们有必要特别探究“法理学说作为法源”这一学术问题,这更是正处于脱胎换骨巨变的中国法制建设必须正视的问题。

在立法中承认法理学说作为法源,在司法中将法理学说据为法源,这是近现代很多国家法制建设的成功经验。将法理学说作为法源,能使刚性的法律得以柔化,能与社会发展需要更相适应的“新东西”纳入裁判依据之中,从而克服法律自身的滞后性、僵硬性,弥补法律的缺漏,使司法真正发挥社会调节器的作用,这是世界各大法系文明发展进步的一般经验,我们不能自外于法制文明进步的规律。即使在今日各国,法理学说仍然是极为重要、极有生命力的法源。

在我国司法实践中,在法官判决书、律师代理词、当事人的起诉状、答辩状等法律文书,以及法庭论辩中,法理学说实际上被广泛运用。在联结个案事实与法律、由事实判断到规范判断、证明裁判结论合理性和正当性方面,法理学说发挥了不可或缺的作用。它们既是推论渊源,又是裁判规范。然而,很多人,包括一些学者和司法实务工作者,由于对法理学说的科学性、规范性、正当性存在一定程度的轻视与误解,甚至将法学理论斥之为“无用”,因而对法理学说在司法裁判中所具有的实践功能往往认识不足。当然,不可否认,各家各派百家争鸣的法理学说让人莫衷一

是,法理学说的探索性使其不可避免存在谬误,要将其直接视同法律规范在司法实践中运用,是有一定困难的。因此,规范法理学说在司法裁判中的运用,探索一套科学的适用方法,显得尤为重要。当法官运用法理学说进行裁判时,法理学说就对个案当事人发生了法律效力,就成为个别规范,与具有普遍适用性的制定法规范一样发生作用。这时的法理学说,同样构成了法治之法的不可或缺的组成部分。

本书拟从方法论角度对法理与学说作为法源这一问题做一个初步探究。一方面,笔者想就法理学说作为法律的非正式渊源——推论渊源和裁判规则——在个案裁判中不可或缺的作用进行探讨;另一方面,笔者想为转型时期的司法裁判适用法理学说的程序、方法和理由做一些探讨。

法理学说作为法源问题的研究,前人众多相关成果为本书写作提供了丰富的资源,奠定了坚实的基础。如果说本书有一点贡献或推进的话,那就是在前人成就的基础上,进一步从司法方法的角度论证了法理学说在司法裁判中具有不可或缺性;并将与法理学说司法应用有关的法官裁判理念和裁判思维,从程序、方法和理由等几个方面或环节,作出了更加具体深入的探讨。笔者认为,这样的探讨,有利于推动方法论研究向司法实务需要方向靠近,使法理学说的司法运用更加具体化、操作化,促使人们就构建中国化的司法方法问题做更深的思考。法理学说作为法源,以及进行司法运用,使正义更能够被看得见,亟待我们进行全方位系统深入的研究,笔者的研究仅仅是做了一点试探而已。书中的观点与结论是否正确,是见仁见智的事,有待学术界同仁批判。本书也不可避免地存在其他各种缺憾,也只好请读者谅解,并期待指正。

于晓青

于杭州·小和山家中

2017年春节

目 录

导论	1
一、研究动机和目的	1
二、法理与学说作为法源的研究现状	3
三、研究上的不足	14
四、本书研究方法	15
五、本书研究内容	16
第一章 法理与学说作为法源的历史沿革	20
第一节 中国法理与学说作为法源的历史沿革	20
一、中国古代法理与学说作为法源	20
二、中国近代法理与学说作为法源	34
三、新中国成立后作为法源的法理与学说	38
第二节 国外法理与学说作为法源的历史沿革	40
一、大陆法系国家法理与学说作为法源的历史沿革	40
二、英美法系国家法理与学说作为法源的历史沿革	48
第二章 法理与学说作为法源的含义及地位	53
第一节 法律渊源的概念及分类	53
一、法律渊源的概念	53
二、法律渊源的分类	72
第二节 法理与学说的含义	75
一、法理的含义	75
二、学说的含义	81
三、法理与学说的关系	85
第三节 法理与学说的法源地位	86
一、法理与学说作为既存的法	86

二、法理的法源地位	99
三、学说的法源地位	102
四、法理学说与其它非正式渊源	104
第三章 法理与学说作为法源的必要性、可行性与合理性	107
第一节 法理与学说作为法源的必要性	107
一、司法实践需要法理与学说	108
二、我国法理学说与司法实践相脱节的现状	110
第二节 法理与学说作为法源的可行性	113
一、理论的实践功能使法理与学说可以成为法源	113
二、法理与学说作为法源具有思维方法上的支持	119
三、法理学说与司法实践具有同一性、互动性	121
第三节 法理与学说作为法源的合理性	124
一、法理与学说作为法源不必然导致司法专横	125
二、法理与学说作为法源不违反三权分立原则	130
三、依据法理与学说创制裁判规范的权力与生俱来	132
四、法理与学说作为法源是法不溯及既往原则的例外	134
第四章 法理与学说作为法源的可接受性	135
第一节 法理与学说具有规范属性	135
一、法理与学说具有规范属性的事实	135
二、法理与学说具有规范属性的内在原因	137
三、法理与学说具有规范属性的外部原因	158
四、法理与学说转化为法规范的方式	161
第二节 法理与学说作为法源的理性论据	165
一、法理与学说是理性表达	165
二、法庭辩论程序体现论辩理性	167
三、可普遍化原则是价值判断的理性依据	170
四、裁判说理程序体现论证理性	170
第三节 法理与学说作为法源能为社会认同与接受	173
一、当事人和律师是运用法理与学说的先行者	173
二、法官等法律职业共同体成员认同与接受法理学说作为法源	178
三、当事人和一般社会公众认同与接受法理学说作为法源	184

第五章 法理与学说作为法源的表现形态	189
第一节 法理作为法源的表现形态	189
一、价值判断和词语技术是裁判规范的构成要素	190
二、依法理指引寻找正确的裁判规范	190
三、依法理指引解释法律	191
四、依法理指引创制裁判规范	193
五、司法裁判依法理说理	194
第二节 学说作为法源的表现形态	196
一、学说参与个案法律性质的认定	196
二、依据学说解释法律和创制裁判规范	200
三、司法裁判依学说说理	204
第三节 司法裁判应依据法理回应民意	208
一、司法裁判中依据法理回应民意的现实考量	208
二、司法裁判中依据法理回应民意的理论根据	210
三、司法裁判中依据法理回应民意的方式	212
四、法理在司法回应民意时的有限性及其弥补	217
第六章 选择运用法理与学说的方法	219
第一节 选择法理与学说的方法	219
一、选择法理的方法	219
二、选择学说的方法	226
第二节 司法裁判运用法理与学说的方法	241
一、案件定性中法理与学说的运用方法	242
二、法律适用中运用法理与学说的方法	243
三、裁判文书中依据法理与学说说理的方法	254
第七章 法理与学说作为法源的规制	258
第一节 运用法理与学说的前提限制	258
一、法律存在模糊性	258
二、法律存在不确定性场景	259
三、法律呈现漏洞	259
四、适用制定法将导致非正义后果	260
第二节 法理与学说适用范围的限制及其差异	261
一、法理与学说可适用于公、私法案件	261

二、法理与学说在公、私法案件适用中的限制	264
第三节 法理与学说作为法源应遵循的原则	269
一、与制定法相一致相协调原则	269
二、可普遍化原则	270
三、情境原则	270
四、惯性原则	271
第四节 法理与学说作为法源的可控性及其补救方法	271
一、法理与学说在司法运用中的缺陷	271
二、法理与学说缺陷之可控性及其利用	272
三、以修辞方法弥补法理与学说在司法运用中的缺陷	273
结语	276
参考文献	278
后记	288

导 论

任何法律都存在缺陷和漏洞。正处于转型期的我国社会,司法裁判尤其需要作为法治之法的法理与学说对法律作出新的调整。本书从方法论角度论述法理与学说作为法源在司法裁判中具有不可或缺的作用,阐述适用法理与学说的各种方法,试图以此寻求法律规则与自由裁量之间的协调与统一,发挥法学理论在司法实践中应有的作用,限制裁判任意性,确保司法裁判在法治框架内运行,使法律适合社会发展的需要,促进我国法学与法治的发展。另一方面,本书力求将法官的裁判思维通过程序、方法和理由的方式表达出来,使正义能够以看得见的方式实现,将方法论研究在现有基础上向司法实务方向推进一步,具体化一步,以期为构建中国化的司法方法作出努力。

一、研究动机和目的

从我国法官判决书、律师代理或辩护词、当事人的起诉状、答辩状等法律文书,以及法庭论辩情况看,法理与学说在个案裁判中发挥着不可或缺的作用。然而,我国目前尚存理论“无用”的抱怨和批判,这种抱怨和批判既来自司法实务者,也来自学者本身。从学者方面来看,他们明知法理与学说在司法裁判中被运用是事实,但对法理与学说作为法源问题意见不一。一些学者担心一旦在司法裁判中倡导用法理与学说裁判案件,很可能发生滥用理论的风险,加剧裁判的主观任意性,导致司法不统一、不公平。当然,学者们也看到我国台湾《民法》第1条关于法理作为法源的规定及其在司法裁判中的运用,但往往认为,法律职业共同体成员的理论素养是否很高,学者们是否有能力提供符合司法裁判需要的法理与学说,当事人和一般社会公众的常理思维是否能够接受专业的法理论和思维方式等等,都是值得考虑的、制约法理与学说作为法源的重要因素,因而对我国目前司法运用法理学说裁判案件持较谨慎的态度,虽然学界不乏主张将法理规定为民法补充渊源的呼声。2017年3月15日公布的《中华人民共和国民法总则》未将法理规定为补充渊源,表明了立法者的立场。从司法实务者方面看,尽管他们在实践中一直运用法理与学说裁判案件,但也总是抱怨:“当实践寻求理论指导的时候,却总是



找不到对症的药方而无以解惑。”^①这样的现状不能不令人担忧。一方面法理与学说在被运用；另一方面法理与学说又被认为不适合在当下用于裁判案件。这种矛盾的状况，很容易使我国司法裁判在面临司法人民性问题时，不讲法律和法理，丧失理性和自我，导致司法地方化和行政化，最终将给裁判公信力和司法权威带来不利影响。

产生这种矛盾状况的症结，主要是因为法学理论的科学性、规范性、正当性在我国受到严重轻视和误解所致。由于对理论的轻视和误解，使得理论在司法裁判中所具有的实践功能被忽略，甚至被斥为“无用”，用还不如不用。事实上，法理与学说创造了立法者所使用的法的词汇与概念，确立了发现法律、解释法律和创制法律的各种方法。博登海默指出：“当正式法源完全不能为案件解决提供审判规则时，依靠非正式法律、法源理所当然地变成强制性的了。”^②法治是规则之治，也是良法之治。法理与学说作为解释法典的权威性理论，在联结个案事实与法律、由事实判断到规范判断、证明裁判结论合理性、正当性过程中具有不可或缺的重要作用，它们在今天仍然是极为重要、极有生命力的法源。其中，法理是法之所以成为法的基本要素。它首先是理性，即法律之根本法则，包括价值法则、政治法则和程序法则；其次是法律的条理、经络、结构；复次是法的技术和操作方法。学说则是学者或实务者等个人对法律、习惯、法理之探求所表达的见解，属于私人法律意见。在司法裁判中，法理与学说作为推论渊源和裁判规则所具有的指引、解释和创制功能是不言而喻的。

凯尔森指出：“法律无疑并不只是由一般规范组成的。法律包括了个别规范(individual norm)，即：它决定一个人在一个不重复发生的状态下的行为并从而只对一个特殊场合才有效而且只可能被服从和适用一次。这样的规范之所以是‘法律’，就因为它们是整个法律秩序的组成部分。正好像借以创造它们的那些一般规范一样的意义。法院判决，至少就其约束力限于当前的特殊案件而论，就是这种特殊规范的例子。……既然法律按其本性来说是规范，那就没有理由为什么只有一般规范才能被认为是法律。如果从其他方面看，个别规范体现了法律的主要特征，这些规范也必须被承认为法律。”^③而且，他认为，个别规范作为法律的组成部分完全不亚于一般规范。^④当法官运用法理与学说进行裁判时，它就对个案当事人发生法律效力，属于个别规范，与具有普遍适用性的制定法规范一样，同样是法治之

① 田文昌：《关于“两个脱节”的反思》，何家弘主编：《法学家茶座》（第1期），山东人民出版社2012年版，第33页。

② [美] E·博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社1987年版，第396页。

③ [奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第40—41页。

④ 同上书，第148—149页。

法不可或缺的组成部分。以法理与学说作为法源,虽然扩大了法律的范围,但仍然是以规范性法律为中心的,是维护法治的表现。其优点是克服了制定法的局限性和僵硬性,使法治呈现出一定的灵活性。

关于法理与学说作为法源问题,我国学者鲜有作专题研究,但关注此问题的前辈学者已做了大量研究,为本书研究打下坚实基础。目前国内涉及法理与学说作为法源的教材、论文、论著不计其数。大陆学者均认为法理与学说是法律的非正式渊源,在司法裁判中发挥着重要作用;中国台湾学者因台湾《民法》第1条明文规定法理作为法源,他们对于法理作为法源问题的研究全面而深刻。然而,学术界至今尚无关于法理与学说作为法源的方法论专著出版。本书对于法理与学说作为法源的司法方法研究,其理论意义和实践价值是显而易见的。首先,本书是谋求理论与实践相结合、总体上提升我国法律方法论研究与司法运用理论研究层次的一大突破口。我国方法论研究与司法运用理论研究经过这些年的发展,成就斐然,但迄今为止方法论理论依然不能与司法运用密切结合,纯理论的方法论构建虽然在理念上、思维方式上能对司法主体产生影响,进而对司法实践发生作用,但司法裁判是讲道理说服人的工作,裁判正义必须能让人看得见、摸得着,而不能仅仅是“务虚”的玄思。只有将法官的裁判理念和思维方式通过一定的程序和方法表达出来,转化为实际的、让人看得见的东西,司法裁判才能令人信服和接受。本书将在这方面做出努力和探索,以此推进我国方法论知识体系的构建和司法运用理论发展,探索理论与实践难题,促进我国法治与法学的建设与发展。其次,本书具有重要的实践价值。研究法理与学说作为法源的方法论,为我国司法运用法理与学说裁判案件提供理论依据,这对于改革传统审判方式,形成我国多元化的纠纷解决机制具有重要意义;对于解决我国司法人民性,确保司法裁判在法治框架内回应民意也具有重要意义。复次,本书凸显法理与学说的实践品格,对于提升法学理论的地位深有意义,对探索我国法学教育改革新路子亦有裨益。一个时期以来,我国法学本科教育在转向职业教育过程中,往往认为理论对实践无用,比较忽略法理与学说的讲授。本书的研究表明,法理与学说对培养学生的实践能力很有意义,这将有助于探索我国法学教育改革新路子。

下面将国内外学术界对法理与学说作为法源的研究情况,择其有代表性的观点,作一概述,以便提出本书的研究思路。

二、法理与学说作为法源的研究现状

经查阅大量资料,我国大陆、台湾学者的论文论著在研究法律渊源时,均有涉及法理与学说作为法源的内容,国外学者论著在这方面有诸多讨论,相关论文仅查到一篇。

（一）国内研究现状

对于国内研究现状,本书将从我国法理学教科书、法学辞(词)典、论文、论著中的有关内容,按时间顺序予以总结。

20世纪80年代,国内法理学教科书在立法立场上讨论法律渊源(即形式意义上的法)时提到法理与学说。如在论及不同类型的法时,提到古罗马奴隶制国家法学家著作被视为法的渊源。^①当时有学者认为法律渊源多指法的效力渊源,并将法理列入法的效力渊源。^②在我国80年代编写的《法学词典》中,认为法理是形成某一国法律或其中某一部门法律的基本精神和学说。在现代资本主义国家中,一般都确认法理为民法的渊源之一,目的在于弥补法律规范的空白,即法律无规定者依习惯;无习惯者依法理。在社会主义法中,法理对于法的制定和适用虽具有重要意义,但不具有法的效力,不是法的渊源。^③由于80年代学术界一般将法律渊源概念理解为法的形式,即形式意义上的法源,因而在这一时期学术期刊发表的论文中,有学者在区分“法律形式”和“法的渊源”的基础上,认为法理学说不是法的形式,但它们是司法机关办理案件的根据。^④

20世纪90年代始,我国法律渊源概念仍主要在立法立场上围绕法的表现形式(形式意义上的法源)展开讨论,但随着法源理论研究的深入,学界普遍不主张将法的形式和法的渊源相等同,^⑤开始对法律渊源含义作多种探讨。除了形式意义上的法源之外,实质意义上的法源,如法的历史渊源、法的本质渊源、法的思想理论渊源、法的效力渊源、法的文件渊源等均被论及。在此过程中,法理与学说作为法源问题有进一步讨论。一般认为法理与学说是法律的非正式渊源。因法源分类上的不同,学者将法理与学说分别列入非正式渊源、间接渊源、推论渊源、有说服力的渊源等,认为法理与学说无法律约束力,但具有说服力,经常在法庭上被引用,特别是在商事仲裁中,对我国司法实践有影响和促进作用。

90年代出版的我国法学辞典中,法理与学说被作为不同概念加以区分。认为法理在弥补法律规范空隙的情况下可以成为法的间接渊源,适用顺位为法无规定者,依习惯;无习惯者,依法理。现代国家往往在民事诉讼案件中确认法理为法的渊源之一,而在刑事诉讼中强调罪刑法定原则,认为不能适用法理。我国一般不把法理作为法的渊源之一。《法学大辞典》中有“法律学说”一词,认为“法

① 参见法学基础理论编辑部:《法学基础理论》(高等学校法学教材),法律出版社1982年版,第250页。

② 参见沈宗灵主编:《法学基础理论》,北京大学出版社1988年版,第54页。

③ 参见《法学词典》编辑委员会编:《法学词典》,上海辞书出版社1984年版,第608页。

④ 参见王勇飞:《试论法的渊源》,《当代法学》1988年第3期。

⑤ 沈宗灵主编:《法学基础理论》,北京大学出版社1994年版,第46页。自翁文刚、卢东凌主编:《法理学论要》,法律出版社2001年版,第64页。沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社1996年版,第281页。

律学说”是关于法律概念、原理、原则的系统理论观点或见解。一般情况下,法律学说只是作为执法或司法人员适用法律时的参考,从这个意义上是法的间接渊源。^①

从90年代的期刊论文看,有学者注意到格雷所讲的法源只是法官法源,^②也有学者对“一般法律原则”作为国际法的渊源问题予以研究。^③民法学界有学者撰文将法理列为仅次于成文法、习惯的法源,认为法理是广义的法学家(包括法律教授和法官等)就民法问题所陈述的观点,包括学说和判例两种形式,前者为学者法,后者为法官法,它们共同在习惯不能补充制定法漏洞的情况下,对制定法漏洞进行补充。法院在不同情况下应分别采通说、新说、权威学者的学说,使案件获得最公正的处理。^④

从90年代的论著看,已有法理学者如孙笑侠教授,在司法立场上将法理作为法律适用中的推论渊源进行研究,指出法官可以借助这些推论渊源来进行法律推论。^⑤民法学者著作中有关于依法理补充法律漏洞的方法,包括类推适用、目的性限缩、反对解释、目的性扩张、一般的法原则、依比较法补充;在依法律解释、法律漏洞补充均不能解决问题时,对制定法外的法发展形成的必要理由和界限有论述;对不确定概念和一般条款进行价值补充的性质及应注意事项有论述。^⑥

2000年以后,一方面,教科书在理论上将法源区分为法律的正式渊源与非正式渊源、直接渊源与间接渊源、主要渊源与次要渊源,将法理与学说写入非正式渊源(或间接渊源、次要渊源)^⑦,指出法理与学说在古罗马历史上曾经是法律渊源,现代各国一般不承认法理与学说是具有直接法律效力的法律渊源,当现行法律对某些司法实践中遇到的问题缺乏规定时,法官可以依据法学家的权威性学说或者自己对于法的基本精神的理解来审理案件。^⑧同时,对理论学说(特别是法律学说)能够成为现代国家法的渊源范围的原因有所阐述,认为这一是因为制定法必然

① 参见曾庆敏主编:《法学大辞典》,上海辞书出版社1998年版,第1110页。

② 参见陈金钊:《论法律渊源》,《法律科学》1991年第4期。

③ 参见王勇亮:《论国际法渊源中“一般法律原则”的法律性质》,《政治与法律》1995年第2期。

④ 参见徐国栋:《论民法的渊源》,《法商研究》1994年第6期。

⑤ 参见孙笑侠:《法的现象与观念》,群众出版社1995年版,第264、269页。

⑥ 参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第272—300页。

⑦ 参见沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社2001年版,第418页。薛佐文、孙启福主编:《法理学》,法律出版社2002年版,第55页。李显冬主编:《法学概论》,首都经济贸易大学出版社2003年版,第26页。徐永康主编:《法理学导论》,北京大学出版社2006年版,第163页。周永坤:《法理学》,法律出版社2004年版,第43页。

⑧ 张曙光主编:《法理学》,中国人民大学出版社2003年版,第142页。张光杰主编:《法理学导论》,复旦大学出版社2006年版,第43页。葛洪义主编:《法理学》,中国政法大学出版社2008年版,第247页。



存在缺漏,需要通过法学理论的科学性、灵活性来疏释成文法的不合理性和僵硬性;二是因为西方法律传统一直将法律和公平、理性、道德联系在一起,视法律的生命为建立在合理、正当基础上的法文化传统,这种观念促成了权威法学理论在司法中重要地位的形成。^①另一方面,对于法理与学说是否为中国法的渊源问题,有的教科书将法理与学说作为当代中国社会主义法的非正式渊源,^②有的则未将法理与学说列入当代中国社会主义法的渊源。^③将法理与学说列为法源的教科书对法理与学说的概念、法理的适用范围、法理与学说的法源地位及其在我国司法中的作用有所探讨。在法理与学说概念界定上,既有将法理与学说作为一个概念界定的,也有将法理与学说分别界定,含义多种多样,未形成统一认识。对于法理的适用范围,一般认为不能作为刑事法的法源,只在民事领域适用,^④但在涉外司法与仲裁活动中是适用的。^⑤对法理与学说作为法律的非正式渊源(或次要渊源)的地位及其在司法中的作用方面,认为法理与学说对司法裁判有指导与参考意义,具有推理作用。^⑥

从期刊论文和论著看,2000年后我国对法理与学说作为法源问题有进一步讨论。论文方面,如2001年胡玉鸿《试论法律社会渊源的理论基础》、2003年庞凌《试论法律渊源的识别》、2004年胡安潮《论我国民事司法的法源》,对权威法学理论、法理与学说作为非正式渊源有所探讨。^⑦一些部门法学者研究部门法法源,如2002年朱新力《论行政法的不成文法源》、2004年杨方泉《刑法法源论纲》、2008年姚辉《论民事法律渊源的扩张》,分别对法理与学说作为我国行政法、刑法、民法的非正式法源(或间接法源)有探讨,涉及了法理与学说的概念、表现形式、适用的前提等。^⑧学术界也出现了一些专门以法理与学说作为法源为研究对象的学术论文。以法理作为法源的论文,如2001年张卫平《说理与裁判的智

① 舒国滢主编:《法理学导论》,北京大学出版社2006年版,第79—80页。

② 葛洪义主编:《法理学》,中国政法大学出版社2008年版,第252页。于群主编:《法理学》,人民出版社2009年版,第139页。

③ 李其瑞主编:《法学原理》,法律出版社2009年版,第17—20页。高其才:《法理学》,清华大学出版社2007年版,第80页。

④ 参见高其才:《法理学》,清华大学出版社2007年版,第80页。

⑤ 周永坤:《法理学》,法律出版社2004年版,第67页。

⑥ 参见卓泽渊主编:《法学导论》,法律出版社2003年版,第29页。

⑦ 胡玉鸿:《试论法律社会渊源的理论基础》,《中国法学》2001年第3期。庞凌:《试论法律渊源的识别》,《江南社会学院学报》2003年第3期。胡安潮:《论我国民事司法的法源》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2004年第3期。

⑧ 参见朱新力:《论行政法的不成文法源》,《行政法学研究》2002年第1期;杨方泉:《刑法法源论纲》,《云南大学学报(法学版)》2004年第1期;姚辉:《论民事法律渊源的扩张》,《北方法学》2008年第1期。

慧》^①、《再谈裁判说理》^②、2001年贺卫方《司法智慧何处寻》^③、2001年张志铭《司法裁判的说理性》^④、2003年陈晨、吴坚《法理和中国的法律渊源体系》^⑤、2008年苏州大学田永硕士论文《法理作为法源之研究》、2010年严存生《论“法学家法”——以埃利希的有关论述为切入点》^⑥等；还有对法理词义考的，如2008年杨建军《“法理”词义考》^⑦。以学说作为法源的论文，如2002年刘想树《学说与判例的法渊源地位研究》^⑧、2004年刘继勇《试析学说在国际私法中的作用》^⑨、2007年王瑞君《法官如何发现法律》^⑩、2009年姜涛《法学通说的文明与法学通说的选择》、2011年《认真对待法学通说》^⑪、2012年黄卉《论法学通说》^⑫等。法学论著方面，1995年、2001年孙笑侠《法的现象与观念》^⑬、2003年陈金钊《法治与法律方法》^⑭、2007年舒国滢等《法学方法论问题研究》^⑮、2008年魏胜强《法律解释导论》^⑯等论著中有关于法理与学说作为非正式渊源或次要渊源、推论渊源的论述。从上述论文、论著讨论的内容看，主要包括：

一是法理与学说的界定。与教科书的情形类似，论文论著对法理与学说概念有多种界定，比较混杂。既有将法理与学说合并起来界定，也有将法理与学说作为不同的概念分别界定，且名称和含义多种多样。

二是法理与学说的法源地位和适用范围的探讨。学界一般认为法理与学说是

① 张卫平：《说理与裁判的智慧》，《人民法院报》，<http://oldfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=28030>，2001年9月7日，访问时间2010年8月8日。

② 张卫平：《再谈裁判说理》，《人民法院报》，<http://oldfyb.chinacourt.org/old/public/detail.php?id=28802>，2001年9月28日，访问时间2010年8月8日。

③ 贺卫方：《司法智慧何处寻》，《人民法院报》，<http://oldfyb.chinacourt.org/old/public/detail.php?id=28308>，2001年9月14日，访问时间2010年8月8日。

④ 张志铭：《司法裁判的说理性》，《人民法院报》，<http://oldfyb.chinacourt.org/old/public/detail.php?id=29432>，2001年10月19日，访问时间2010年8月8日。又载张志铭：《法理思考的印迹》，中国政法大学出版社2003年版，第406页。

⑤ 陈晨、吴坚：《法理和中国的法律渊源体系》，《广西政法管理干部学院学报》2003年第4期。

⑥ 严存生：《论“法学家法”——以埃利希的有关论述为切入点》，《比较法研究》2010年第2期。

⑦ 杨建军：《“法理”词义考》，《宁夏社会科学》2008年11月。

⑧ 刘想树：《学说与判例的法渊源地位研究》，《公安大学学报》2002年第4期。

⑨ 刘继勇：《试析学说在国际私法中的作用》，《辽宁工程技术大学学报》2004年第2期。

⑩ 王瑞君：《法官如何发现法律》，《山东警察学院学报》2007年第4期。

⑪ 姜涛：《法学通说的文明与法学通说的选择》，《法律科学》2009年第3期。姜涛：《认真对待法学通说》，《中外法学》2011年第5期。

⑫ 黄卉：《论法学通说》，《北大法律评论》2011年第2辑。

⑬ 孙笑侠：《法的现象与观念》，群众出版社1995年版，山东人民出版社2001年版。

⑭ 陈金钊：《法治与法律方法》，山东人民出版社2003年版。

⑮ 舒国滢等：《法学方法论问题研究》，中国政法大学出版社2007年版。

⑯ 魏胜强：《法律解释导论》，郑州大学出版社2008年版。

非正式渊源或次要渊源。^①也有学者认为作为非正式渊源的法理实质上是法律的推论渊源,并对法理作为法律的推论渊源及其司法运用、推论渊源的作用和意义、法律推论的意义等予以论述;^②还有学者将法理与学说理解为一种应然的法或可能的法,认为应给予“法律”的名分,但并非将它们与立法法一样对待;^③还有人将法理作为正式渊源加以探讨。^④但有部门法学者认为法理不是法律渊源。^⑤在适用范围方面,认为法理不应适用刑事案件,这是罪刑法定原则的要求;^⑥但认为学说在国际私法中占有重要地位。尽管中国不承认学说作为国际私法的渊源,但国家鼓励、支持学者们对法典作出努力。^⑦

三是讨论法理与学说作为法源的可行性。2001年我国学者对法理裁判可行性问题展开过讨论,主要有两种观点:一种观点主张法理裁判。^⑧有人认为法理作为我国民事司法法源虽具有可行性,但仅能作为参考,其作用通过学说研究表现出来:一是通过学术研究对立法形成影响;二是通过教学和研究活动影响法律工作者。^⑨还有学者认为法理裁判现象是存在的,但依据法理作出裁判除了要受“没有可适用之规定”“公认的学说”等限制外,它并不适合于刑事裁判。^⑩另一种观点认为我国实施法理裁判不可行,无论是学术理论还是现存裁判制度,都不适合将法理作为裁判理由。^⑪2005年有人认为我国裁判文书不能运用法理说理,理由是运用

① 法理学者论文,如陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社2003年版,第303—304页。李龙主编:《良法论》,武汉大学出版社2001年版,第236页。魏胜强:《法律解释导论》,郑州大学出版社2008年版,第56页。部门法学者论文如朱新力:《论行政法的不成文法源》,《行政法学研究》2002年第1期。姚辉:《论民事法律渊源的扩张》,《北方法学》2008年第1期。杨方泉:《刑法法源论纲》,《云南大学学报(法学版)》2004年第1期。王瑞君:《法官如何发现法律》,《山东警察学院学报》2007年第4期。

② 参见孙笑侠:《法的现象与观念》,山东人民出版社2001年版,第257页。此书是孙笑侠教授1995年版《法的现象与观念》一书的再版。

③ 参见严存生:《论“法学家法”——以埃利希的有关论述为切入点》,《比较法研究》2010年第2期。

④ 参见陈晨、吴坚:《法理和中国的法律渊源体系》,《广西政法管理干部学院学报》2003年第4期。

⑤ 如姚辉教授认为法理不具有行为规则和裁判规则的性质和功能,按照多数人观点,它只不过是学者的见解而已,通说并不承认其为法律渊源。姚辉:《论民事法律渊源的扩张》,《北方法学》2008年第1期。

⑥ 参见张志铭:《司法裁判的说理性》,《人民法院报》2001年10月19日。

⑦ 参见刘继勇:《试析学说在国际私法中的作用》,《辽宁工程技术大学学报(社会科学版)》2004年第2期。

⑧ 如张卫平教授认为:“在没有法律、法规或法律、法规规定不明确的情况下,法官可适用法理或以法理为补充作为裁判(暂且将此称为‘法理裁判’)。”张卫平:《再谈裁判说理》,《人民法院报》,http://oldfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=28802,2001年9月28日,访问时间2010年8月8日。

⑨ 参见胡安潮:《论我国民事司法的法源》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2004年第3期。

⑩ 参见张志铭:《司法裁判的说理性》,《人民法院报》,http://oldfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=29432,2001年10月19日,访问时间2010年8月8日。

⑪ 如贺卫方教授认为,我国法学界没有足够成熟到能够在那些法律没有明确答案的问题上给出可供法官选择采纳的丰富理论;在我国目前判决书制作模式中,法官不引用法条而以主流的学说为办案依据,无法立足;由于学理解释在我国没有法律约束力,判决书所引用的学说观点将成为败诉方求之不得的软肋。参见贺卫方:《司法智慧何处寻》,http://oldfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=28308,《人民法院报》,2001年9月14日,访问时间2010年8月8日。