

法理学的定位

——关于法理学学科性质、特点、功能、名称等的思考*

刘作翔

内容提要:法理学是一门独立的法学学科,它有其自身的知识体系和其独立存在的价值。但多少年来,法理学被赋予了同它的学科性质不太相符的学科定位,使它遭到很多误解与责难。本文试从法理学与部门法学、部门法理学、法律实践、法官判案等几层关系来探讨一下法理学的学科性质、特点、功能以及法理学名称等问题,以给法理学这门学科准确定位。

关键词:法理学 部门法学 部门法理学 法律实践

刘作翔,中国社会科学院法学研究所研究员。

法理学是一门独立的法学学科,它有其自己的知识体系及其独立存在的价值。但多少年来,法理学被赋予了同它的学科性质不太相符的学科定位,使它遭到很多误解与责难。本文试从以下几层关系来看看法理学应该如何准确定位。

一 法理学与部门法学的关系

多少年来,在法理学的研究以及法理学教科书中,我们给法理学这门学科赋予了一个不恰当的定位,总是认为法理学与部门法学是指导与被指导的关系。这样的定位使我们陷入了一个认识误区,也是法理学者自己给自己下了一个“套”,使中国的法理学研究一直受到部门法学的责难,成为部门法学经常“攻击”的口实。其中一个最大的且经常性的责难是“法理学无用论”,认为法理学对部门法学乃至法律实践提供不了什么可指导性的理论和学说。其实,这样一种责难根源于对法理学学科性质和学科特点的认识上。

法理学究竟是一个什么性质的学科?它有哪些研究特点?在这些问题上至今仍有争议。在总体上,国家教育部学科目录表上将法学学科定位为“应用学科”,也可叫实践性学科。这样的定位应该是没有问题的。因为法学的研究对象是法律及其法律现象,而法律及其法律现象是实践性极强的社会规范和制度体系。但具体到法学学科体系内部,它又有不同的属性和特点,宏观上可以分为“理论法学”和“应用法学”(当然,也有人不同意这一分类)。法理学则属于“理论法学”中的牵头性学科。理论法学属于思想性、思维性学科,它相对区别于法学中的直接以具体法律制度为研究对象的部门法学。当然,这样讲并不意味着部门法学不需要理论性,而是就其主要特点和功能而言。法理学中的“理”字,本

* 本文是作者在2007年8月24日上海师范大学法政学院召开的“法理学与部门法哲学理论研讨会”发言稿的基础上扩展而成。

身就标明了这门学科是一门理论性学科。这里的“理论性”，主要是指它的“思维性”，说明它是一门思维性学科。正是在这一层意义上，它具有哲学的特点。法理学可能回答的不是法律实践中的具体问题，比如案件如何审理，程序如何进行，引用何种法律，适用何种制裁等等，它所关心的是法律的原理性问题，而对这些原理性问题的分析说明，则必然是理论性的和思维性的。

对于法理学的研究特点，我过去在一篇文章中，提出了“抽象性、概括性、一般性、普遍性，以及概而言之的理论性是这门学科的应有属性和特色”。^{〔1〕}对于法理学的研究特点，国外一些著名的法理学家也有论述，如在美国法学家德沃金教授的法理学观点中，就用十分肯定的语气指出：“法律的一般理论肯定是抽象的，因为它们旨在阐释法律实践的主要特点和基本结构而不是法律实践的某一具体方面或具体部分。”^{〔2〕}抽象性是“法律的一般理论”即法理学的显著特点，这种抽象性是同法律实践的具体性相对而言的。法律实践一般而言是具体的，它或者涉及某一法律制度、法律规范，或者涉及某类具体的案件或某一具体的个案。而法理学所关涉的则是对整个法律现象、法律实践的阐释，这种阐释也可能是对制度本身的抽象思考，也可能是对制度之外、制度背后因素的抽象思考。

对法理学抽象性特点的认识，有助于我们把握法理学这门法学基础学科的一些本质属性或规定性。这些年来，在实用功利主义学术思潮的影响下，加之中国传统文化中的“学以致用”的深厚积淀，一切都追求“有用性”，而将这种“有用性”又具体地阐释为对社会生活和社会实践的具体的实际的功效上面，有时甚至就等同于经济效用。这种思潮不加区别地要求一切学问、学术、学科都要为实践服务，要求产生一种“立竿见影”的直接效用，而忽略了各种学问、学术、学科性质间的差别。比如忽略了自然科学和社会科学之间的差别，在社会科学中又忽略了基础性理论科学和实用性应用科学之间的差别。并且，在“有用性”的追求上，也严重忽略了“直接有用”、“直接效用”和“间接有用”、“间接效用”的区别，用一把尺子来度量所有的学问和学术的价值，自然会导致对理论学科的非难和无端指责。所谓“理论无用论”、“法理学无用论”等正是这种学术思潮影响下的当然产物。似乎一切抽象的、不能为实践带来直接效用的学问、学术和学科都失去了它存在的价值。

法理学就其学科本性而言，是理论思维科学，而这种理论思维科学必定是抽象的而非具体的，是形而上的而非形而下的。它具有较浓厚的哲学色彩。正是在此种意义上，法理学有时也被称之为“法哲学”。但法理学的抽象性并非是空想性，它不是空灵之物，而是有其坚实的基础，这个坚实的基础便是丰富的法律实践；法理学正是在对大量丰富的法律实践和法律现象考察的基础上，抽象出其带有共同性和规律性的理论来。因此，任何对法理学的指责和非难，要么是对法理学抽象性特点的不甚了解，要么是从实用功利主义思潮角度对法理学的苛刻要求，而这种苛刻要求无助于发展这一具抽象性思维性特征的学科，同时也反映了对法理学学科性质认识上的盲区。

而法理学的另一个重要特点是它的概括性。法理学的概括性是指它将许许多多个别的、具体的法律现象作为研究对象，从中概括出一些带有共性的、普遍性的结论，这种结论对那些具体的、个别的法律现象具有普遍性的阐释作用。概括性在法理学学科和研究中处处体现出来。比如，关于权力学说，法律实践中所呈现的是一个具体的、个别的权力形态，如立法权力、司法权力、行政权力、监督权力等等；而法理学则在这种多样性的具体的权力形态基础上，概括出、抽象出具有普遍性特征的一般权力理论，而对许多具体权力形态的研究则分属于具体法学。再比如关于权利学说，法律规范所规定的权利形态有许多种类，仅公民基本权利形态就自成为一个庞大的权利体系，如财产权利，选举权利和被选举权利，言论、出版、集会、结社、游行、示威等自由权利，宗教信仰自由权利，人身自由权利，人格尊严权利，住宅不受侵犯权利，通信自由权利，劳动权利，休息权利，受教育权利，科学研究和创作自由权利，男女平等权利，婚姻家庭自由权利，等等。再比如关于法律关系理论，在法律实践中有宪法法律关系、民法法律关系、刑法法律关系、行政法法律关系等等，而法理学范畴中的法律关系理论，既要建立在这些具体的法律

〔1〕 参见刘作翔：“我们需要什么样的法理学”，《法学》1995年第6期。

〔2〕 [美] 德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第83页。

关系理论基础之上,又要从其中抽象出带有共性的,能够说明、阐释各具体法律关系形态的一般法律关系理论,这才真正称得上是法理学的法律关系理论。

不仅仅上述一些具体的法理学问题具有概括性,法理学所使用的概念、命题均具有概括性。如法律、法律的起源、法律的本质、法律的作用、法律的价值、法律的发展规律等等,这些概念和命题都是一些概括性的概念和命题。比如,法理学在研究“法律的作用”时,并不具体地去阐释刑法的作用、民法的作用、宪法的作用等,而是研究作为整体的法律的作用。法理学在研究法律价值时,也并不研究具体的法律诸如刑法、民法、宪法、商法等法律价值,而是研究作为整体形态的法律价值。

对法理学概括性特点的揭示,有助于我们区分法理学与部门法学的界限及其研究对象,也有助于更深入地认识法理学与其他法学之间的相互关系。它们之间既相互区别,又相互联系。一方面,法理学离不开具体的法律实践,离不开部门法学的研究成果。另一方面,法理学所概括和抽象出的一般法律理论,应该对具体的法律实践和部门法学具有普遍的适用性,只有达到了“普遍适用性”这一标准,法理学才能真正起到“指导”部门法学和法律实践的作用。否则,仅一味地主观地强调法理学的“指导”作用和地位,但其理论本身难以对具体法律实践和部门法学作出有说服力的阐释,则这种“指导”地位和作用势必落空。比如,中国法理学中的“法律关系”理论,就很难概括各种形态的具体法律关系实践,因而常常受到来自部门法学的质疑,原因就在于它不具有概括性。

因此,我认为,法理学应该是一门独立的法学学科,它有其自己的知识体系,有其独立存在的价值。法理学与部门法学都是法学学科中平等的一员。但它们之间有区别,其中最大的区别是:部门法学是以某一个单一的部门法体系为依托和研究对象,而法理学则以所有的法律制度和法律现象为依托和研究对象,视野更开阔、更广泛。因此,我们一方面不可把法理学抬到“云端”的高度,另一方面,在我们把法理学回归到自己应有地位的同时,也不能降低其特有的功能,必须肯定法理学有其独立存在的必要与价值。

二 法理学与部门法理学的关系

法理学与部门法理学之间是有区别的,它们的研究对象不同,但相互之间有很多原理是相通的。只不过部门法理学研究时将法理学的一些原理“下移”而已。这种“下移”不仅仅是研究论题和原理的下移,更重要的是要结合研究对象的下移,部门法理学应该有成套的体系化的理论,并不是仅具有注释性。这涉及对“法理”的理解。可以说,每一个法律里面,都有法理问题。不管是一个制度,一个法令,一条规则,或者法官的一个判决,都有其背后的法理,否则,无法解释它成立和存在的根据和理由。从这个角度讲,任何法律问题中都有法理问题存在。这也可以解释大约十多年前在中国有些部门法学者开始的有关部门法理学的研究以及对部门法理学的理论解说。部门法理学及其理论有其依赖的特定的部门法律制度,比如民法法理学以民事法律制度及其现象为依据,刑法法理学以刑事法律制度及其现象为依据,宪法法理学以宪法制度及其现象为依据,行政法法理学则以行政法律制度及其现象为依据,这些部门法理学的理论都有其相对固定的特定的法律制度为研究对象。而法理学则没有自身固定的特定的法律制度为依据,法理学是建立在所有法律制度及其现象之上的宏观的理论思维。所以,我们可以说,法理学是“超法律”的,这里的“超法律”,即超越具体法律制度。只有超越具体法律制度,法理学才能建立具有普遍性意义的理论形态和范式,才能形成具有抽象思维特征的理论体系。所以,法理学既在法律之中,又在法律之外。说它在法律之中,是因为它以所有法律现象为其研究对象,为其基础,离开法律现象,法理学将不成为法学学科;说它在法律之外,是指它必须超越具体法律现象,去抽象出对所有法律现象具有宏观意义的思维结论。这种思维结论不仅仅只有阐释功能和实证功能,它还应具有预见功能和创造功能,它不仅只对现实法律实践进行总结和概括,还担负着探讨法律发展规律、实现法律价值、创造法律实践、推动法律进步和发展的多重任务。正是从这种意义上,法理学是思维性的,是理论性的,这种思维性和理论性必然包含创造性在内。只有具有创造性,法理学才能起到指导法制实践和推动法制发展的作用。关于法理学的这种对实践的创造功能和指导作用,我国当代著名学者李达先生早在 20 世纪

40年代撰著的《法理学大纲》一书中,就作了精确的说明,李达讲:“法理学的研究,首先要阐明世界法律发展的普遍原理,认识法律的发展与世界发展的关系,认识特定历史阶段上的法律与社会的关系,其次要应用那个普遍原理来认识中国的法律与特殊的中国的关系,由中国社会发展的特殊路线,展开与之相适应而又能促进其发展的法律理论,作为改造法律充实法律的指导。”〔3〕

目前,我国的部门法理学还处于起步阶段,因此,我们不要追求学科性质的部门法理学,应该以部门法理学的问题为视点,从实际问题出发,对具体问题展开研究和拓展,在我们有了一定的问题研究积累之后,水到渠成,自然就能形成一个理论体系。《牛津法律大辞典》的作者将法理学分为“普通法理学”、“特殊法理学”、“比较法理学”三个类型。具体的解释是:普通法理学的任务在于研究法律制度中具有一般性意义的理论。特殊法理学是以某一种法律制度为研究对象。比较法理学则通过分析来自不同法律制度中的材料,研究其相互关系。〔4〕这样的解释可以部分地消除人们的上述疑惑,也使法理学——作为研究法律制度中具有一般性意义的理论的普通法理学——有了存在的理由。对某一种法律制度或某一个法律问题的具体研究属于特殊法理学的研究范围和对象。另外,笔者还曾设想在中国发展出一种案例法理学的来,但目前看来,还是应该以具体案例的问题研究为切入点。

三 法理学与法律实践的关系

法理学和法律实践的关系应该是非常密切的。法理学和法律实践相互渗透,法理学渗透于法律实践之中,而法律实践又离不开法理学。

在当代中国法律实务界,乃至法学界,有一种普遍的认识,认为法理学只是法理学界自身的事情,法律实践、法律实务乃至其他法学不怎么需要法理学。60多年前李达先生曾揭示过这一现象。李达先生讲道:“法理学的研究,在中国这样不发达,据我看来,主要是由于法学家的不予重视,好像认为是一个冷门,教者不感兴趣,学生也勉强听讲。因为应考试、做法官或律师,都不需要法理学。在培养注释法学的师资与司法人才的今日法学教育环境中,这许是法理学的研究所以不发达的原因了。”〔5〕当然,60多年后的中国法理学的命运比起李达先生当年描绘的状况有较大改观。法理学作为法学的一门基础学科,被置于法学的15个二级学科之首;各种法律职业类资格考试(如统一司法考试等资格考试)中,法理学也有了一席之地,等等,但这些仅是一些表面上的变化。问题的实质在于:法理学是否真正的深入到法律实践中,也即法律实践需不需要法理学,这是法理学发挥功能的主要标志之一。

法律实践需不需要法理学?德沃金教授讲道:“在法理学与判案或法律实践的任何其他方面之间,不能划出一条固定不变的界线。……任何实际的法律论证,不论其内容多么具体和有限,都采用法理学所提供的一种抽象基础,而且当这些对立的基础产生矛盾时,法律论证就只能采用其中之一而反对其他。因此,任何法官的意见本身就是法哲学的一个片段,……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。”〔6〕在德沃金教授的这段精辟的论述中,他淋漓尽致地表达了法理学与法律实践的关系以及法理学对法律实践所起的不可替代的功能。

法理学尽管是抽象性的、概括性的、一般性的、普遍性的和理论性的,但法律实践却不能没有法理学。试想,一个立法者,如果他没有对法律的深刻理解力和洞察力,没有对法律的深刻预见和社会关系对法律的需求的精确判断,他如何去创制为社会所需要的法律?一个立法者如果不了解法律规范的科学合理结构,不懂得立法的一些技术性要求,他如何去从事具体的立法工作?一个立法者没有对法律的目的、价值的深刻理解,他又如何创制出蕴含有民主、正义、公平、公正等价值的法律?等等。再比如,一

〔3〕 李达:《法理学大纲》,法律出版社1983年版,第14页。

〔4〕 《牛津法律大辞典》中译本,光明日报出版社1988年版,第489页。

〔5〕 李达:《法理学大纲》,法律出版社1983年版,第12页。

〔6〕 [美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第83页。

个执法者,或者一个司法者,没有对法律精神、价值、理想、原则等的深刻认识,他又如何能保证公正地执法和司法?尤其是在法律出现漏洞、空白、不完善等情况下,他又根据法律的哪些原则、精神、价值等去合理地使用自由裁量权,公正地判决案件?即便对一个守法者而言,如果他没有确立正确的法治意识和观念,以及对法律的信仰,他又如何去遵守法律,使用法律?而所有这些都需具有法理学的基本素养。正是从这些意义上,德沃金讲道,在法理学与判案或法律实践的任何其他方面之间,没有一条固定不变的界限,它们之间相互渗透,法理学渗透于法律实践之中,而法律实践又离不开法理学。德沃金又进一步讲道,任何实际的法律论证,不论其内容多么具体和有限,都采用法理学所提供的抽象基础。而这里所讲的“抽象基础”,即法理学所建立的一套抽象理论。具体的法律论证需要采用法理学所提供的抽象理论。而当这些抽象理论之间产生矛盾时,法律论证就只能采用其中一种理论而反对(排斥)其他理论。《布莱克法律辞典》则从另一个角度论述了法理学对解决案件的功用。该辞典作者讲道:“当针对一个新的或疑难案件的解决,实际被选择的两个法律条文似乎对其有同样的可适用性时,这时或许,而且通常是从法理学的角度,来考虑这些规则适用于该类案件时所产生的最终影响(实效),然后,选择对社会能产生最大效益的那条规则。”^[7]其意是指法理学对于在判案中选择合适的法律规则以解决具体案件有着不可替代的作用。

另一个重要的问题是法官、法律判决需不需要法理学?在中国,恐怕没有多少人会认为法官也需要法理学,认为法官只要熟读法律条文就可判案,而法律判决则主要是法律条文的引用和案件事实的说明,不可能有法理学在其中,法理学只属于学者们研究的问题。德沃金讲道:“任何法官的意见本身就是法哲学的一个片断,甚至哲学被掩盖,人们只能被引证和一系列事实支配,其情况也是如此,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。”有些人也许会认为,德沃金讲的这种情况是判例法制度下的做法,而在以制定法为主的国家,判决重要的是案件事实和法律条文的援引,无需做更多的理由说明。我们中国的现实法律判决,主要是由法院确认的案件事实和适用该案的法律条文两大内容构成,很少有判决理由的说明。近几年虽有所改变,但总体上没有大的改观。我认为,无论是判例法传统,还是制定法国家,一个完整的判决,不能没有判决理由,判决理由集合了法官对案件事实的分析,适用的法律条文,以及为什么作如此裁断而不作其他裁断的理由和根据,全部法律判决的“理”就体现在这个判决理由之中。英国女王王室法律顾问路易斯曾写道:“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,受到判决的人有权知道判决是如何做出的。”^[8]即使在制定法国家,如果我们承认法律不可能设定一切可能发生的情况,法律总是存在着不周全之处,那么,当一个新的案件出现,而又找不到可援引的法律条文依据时,要处理此案,就必须运用法理学中的法律原则、法律推论、正义观念等进行实际处理,并最终要体现在判词的判决理由之中。比如,美国最高法院关于埃尔默杀死其祖父以欲获得其遗产继承权一案,经过美国最高法院大法官的激烈争论,最后以压倒性优势同意了厄尔法官所确立的这样一条法律原则:即任何人不得从其错误行为中获得利益。^[9]这是一个典型的法理学命题,并且也成为此后判案的一个法律原则。这比那种机械地理解并执行遗嘱继承法,无疑是一个更合理的很大的法律进步。这一法理学命题和原则确立了以下一个新的发展:遗嘱法应被理解为否认以杀人来获得遗产的继承权。我们从中可以看出法理学在法律实践、法官判决中所起的无可替代的巨大作用。任何一个法律判决,总得建立在“理”的基础之上,离开“理”,法律判决将有可能背离法律的目的和初衷。近几年有一个可喜的现象是,中国的立法部门以及司法和行政执法部门对法理学的重视程度在增加,其主要表现之一就是法理学者介入这些法律实践机构的活动比过去多了许多。

[7] 《布莱克法律辞典》英文版,西方出版公司1979年版,第767页。

[8] 转引自[英]彼得·斯坦·约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国公安大学出版社1990年版,第99页。

[9] 该案详情参见德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第14-19页。

四 关于法理学、法哲学等名称所引起的“名称之争”

“法理学”这一学科及其名称在中国被使用,大约经历了近 80 多年的“奋斗”历程和发展变化过程。作为一门现代社会科学门类的法理学在中国的出现,约始于 20 世纪初,于 1900 年由日本译介而来。^[10] 1949 年 10 月中华人民共和国成立后,受苏联法学教育及其理论影响,我国的法理学被冠之以“国家与法权理论”或“国家与法的理论”之名称。50 年代由我国学者撰写、翻译、出版的著作大都以这两者命名,这种状况一直延续到 70 年代末。当时正值党的十一届三中全会召开之后,国家重新重视法制,法学院逐渐恢复和重建,作为法学院学生基础必修课之一的法理学,仍是以“国家与法的理论”之名目和内容讲授,一个小小的变化是去掉了 50 年代的“国家与法权理论”之名。依笔者之分析,“法权”概念的被废弃大概同 70 年代国内批判“资产阶级法权”有关。^[11] 大约到了 80 年代初,随着政治学学科的恢复和重建,同时也由于法理学界对法学学科体系、尤其是对其中的“国家与法的理论”学科的探讨和争论,原有的国家理论逐渐地从这门学科中分离出去,归属于政治学学科范畴。这时,与现代法理学意义较为接近的“法学基础理论”得以产生。在起初的几年间,这门学科有以下几种名称:“法学基础理论”、“法学基本理论”、“法的基本理论”等等。1982 年,由孙国华教授主编、法学教材编辑部审订、法律出版社出版的高等学校法学教材将此学科定名为“法学基础理论”,这一名称一直延续到 90 年代。

随着改革开放的逐步深入,对外文化交流的逐步扩大,西方的法理学不断被介绍进来。尽管“法学基础理论”作为一种“官定”的法学学科名称,但法学界已不满足于此。于是,以“法理学”作为学科命名的教材、讲义、著作等已逐渐在我国的部分区域内和院校内施行和使用,原来的以“法学基础理论”作为专业的研究生招生也冠之以“法学理论”或“法理学”专业之名。“法理学”作为一种较为通用的法学学科名称,已逐渐被法理学界人士所接受。1994 年,由国家教委组织、沈宗灵主编、高等教育出版社出版的高等学校法学教材《法理学》,是第一本以“法理学”命名的“官方版本”。^[12] 由此,“法理学”名称得以正式确立。当时,我们都认为,这是同国际接轨的一个重要标志,是因应了法学的发展大趋势,为此而欢欣鼓舞。笔者还曾撰文说:由“国家与法权理论”→“国家与法的理论”→“法学基础理论”→“法理学”的变化看,无不打上了历史时代的烙印和痕迹。由最初的对“法理学”持排斥批判态度,到后来的被接受并使用,其中无不反映了政治上的变化和思想观念上的变化。^[13]

但经过这些年的实践,我发现诸如“法理学”、“法哲学”这些名称本身存在着模糊之意,需要对此进行反思。这些年在我国法学界不断有争论:有一元论和二元论之争(即法理学和法哲学是一回事还是两回事);有大陆法化与英美法化之争(有大陆法系国家学术背景的人一般将法理学和法哲学分隔,而

[10] 得出此一结论,是依据《中国法学图书目录》所介绍的情况,该书由中国法学会编,群众出版社 1986 年出版。已故学者张友渔在为此书所写的题词中称:“这个目录基本上展示了我国法学、法律图书的出版、收藏、分布概貌。”据笔者对《中国法学图书目录》一书介绍的资料统计,20 世纪初至 40 年代末(即新中国成立前),由我国学者撰写、翻译的与“法理学”较接近的法学著作、教材和讲义近 200 部,其名称主要有“法学通论”、“法学大纲”、“法学总论”、“法学绪论”、“法学概论”、“法学概要”、“法学精华”、“法学要义”、“法律学”、“法律原理学”等等,这些著作有些是正式出版,有些则是内部印行。其中最早的一部是清光绪二十六年(1900)由薛莹中翻译、日本学者户水宽人撰著的《法律学纲领》一书;而由我国学者自己撰写较早的著作是杨度于 1905 年出版的《法学通论》一书。从严格意义上讲,上述著作距现代法理学甚远,属目前通用的“法学概论”门类。而在我国出版的最早一部现代意义上的法理学,则是由李鹤鸣(即李达)翻译、日本学者穗积重远撰著,上海商务印书馆 1928 年出版的《法理学大纲》一书。其后还有 1929 年由王传璧编的《法理学史概论》,1931 年、1936 年分别由赵琛、沈祥龙编的《法理学讲义》以及其他几部法理学著作。上述分析资料参见中国法学会编:《中国法学图书目录》,群众出版社 1986 年版,第 20-34 页。

[11] 50 年代末,国内也开展过批判资产阶级法权运动,但冠以“国家与法权理论”之名的教材大都是 50 年代上半叶和中叶出版的。

[12] 在最新出版的《中国审判》2007 年第 2 期上封面人物沈宗灵先生的文字介绍中,还特意提到“法学的理论学科基础课程从‘国家与法的理论’发展到‘法学基础理论’,再发展为‘法理学’,沈先生功不可没”。

[13] 参见刘作翔:《迈向民主与法治的国度》第 19 章第 2 节“法理学在我国的发展简史”,山东人民出版社 1999 年版,第 349-350 页。

有英美法系国家学术背景的人一般将二者合一);有法学和哲学之争(法学家一般认为法理学、法哲学属于法学,而哲学家一般认为法哲学属于哲学),等等。上述争论反映了“法理学”、“法哲学”概念在移入中国后的本土化过程中所面临的困境和遭遇。

既然如此,我们不如将这些从20世纪初由日本传入中国的概念“退”一步,回到它的准确的名称上去,即“法律的一般理论”,这样的“退”并不是一种妥协或权宜之策,也不是为了避免学术争论,而是认为这样的名称最能体现和反映这门学科的性质和内容及其内涵。德沃金教授在论述法理学时就采用过这一概念:“法律的一般理论肯定是抽象的,因为它们旨在阐释法律实践的主要特点和基本结构而不是法律实践的某一具体方面或具体部分。……法哲学家们对任何法律论证所必须具备的一般要素和阐释基础展开争论。……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。”这段话中他用了几个“一般”;另一位美国著名的法学家波斯纳教授在其著作《法理学问题》一书的“序言”中,也对法理学的特点进行了简略而精确的描述。他讲道:“所谓‘法理学’,我指的是关于法律这种社会现象的最基本的、最一般的和最理论化的分析。”法理学的一般性,既指它所研究的是一般法律问题,也指它所得出的结论是一般结论。法理学的一般性是相对于特殊性而言的。它一般不过多涉及那些具特殊性的法律问题。这里的“一般”,即是奥斯汀所讲的“凡论题之为各种法律的共通,而非仅与任何特种法律相关者”。^[14]“一般”即“共通”,凡属法律共通的问题,即为法律的一般问题,凡属法律共通的结论,即为法律的一般结论。因此,在苏联时期,以及一些西方法学家那里,法理学这门学科有时也被称之为“法的一般理论”。

法理学的一般性,并非常人所理解的“不重要性”。这里,“一般”和“重要”不是一对概念,而是和“特殊”构成相对概念。这里的“一般性”,强调的是它关注的是作为社会现象之重要构成的法律现象的整体问题、共通问题。法理学的一般性同其概括性、抽象性特点一样,体现在法理学的概念、命题、结论之中。比如,法理学对法、法律概念的研究,不局限在具体的特殊的刑法、民法、商法、合同法等概念的研究上,而是在诸种种类繁多的特殊具体的法律概念基础上,概括出作为整体的所有法律的共通适用的一般法律概念来。同样是对法律概念的研究,法理学也不能只局限在一个特定的社会历史阶段上,只研究奴隶制法律或封建制、资本主义制度下的法律概念,而应该研究作为人类法律现象的共通的一般的法律概念。正是在此种意义上,波斯纳教授说,“法理学的许多问题是跨越原理、时间和民族的界限的”。^[15]有人也许会指责波斯纳对法理学的这一定性抹杀了法理学的阶级性特征,宣扬的是一种抽象的非意识形态的法理学观。但笔者认为,波斯纳正是从法理学的一般性特征出发,得出此一结论的。它同法理学的阶级性不是同一层面的问题。“跨越原理、时间和民族的界限”强调的是法理学问题的文化性特征、技术性特征,它并未涉及法理学的意识形态问题。因为即使按照我们现有的理论,原始社会解体后的任何社会,都有法律存在,法律现象是人类社会共通的社会现象,那么,就有共通的法律问题之存在,对这些共通的法律问题的研究,就是法理学研究的任务,也是法理学研究的对象和特点。因此,法理学的一般性主要是从共通性上来理解的。

同时,法理学的一般性同法理学的普遍性又是相通的。法理学的普遍性主要体现在三个方面:一是法理学的研究对象具有普遍性,二是法理学的研究论题具有普遍性,三是法理学的研究结论具有普遍性。

首先,从研究对象看,法理学的研究对象是具有普遍性意义的法律现象、法律制度、法律规范等等,比如,法律是如何产生(起源)的,法律具有哪些不同于其他社会规范种类的独特特征,法律是如何发生作用的,法律的运行机制有那些,法律同其他社会现象是如何发生关系的,法律规范的构成要素有哪些,法律责任承担的条件是什么,法律制裁的方式是什么,法律权利和法律义务的规定性是什么?等等,所有这些研究对象,都是具有普遍性意义的法律现象,它并不局限于个别的法律现象。

其次,从研究论题看,法理学的研究论题都是具有普遍性意义的研究论题。比如,关于法律的概念,法律的本质,法律的作用,法律的价值,法律的特征,法律的原则,法律的调整机制,法律的渊源,法律的

[14] 参见《云五社会科学大辞典·法律学》,台湾商务印书馆1971年版,第144页。

[15] 参见[美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,“序言”第1页。

效力,法律的解释,法律关系,等等,这些研究论题,都是具有普遍性意义的研究论题。它涉及所有法律内容,而并不单单局限于回答某一类法律现象和问题。任何一个具体的法律,都离不开上述这些问题,因此,这些问题是所有法律都要回答的普遍性问题,也是不管哪个时代,哪个社会形态都要回答的普遍性问题。正是从这一点出发,《牛津法律大辞典》的作者指出:“尽管对法律哲学问题的回答多种多样,但是,贯穿这几个世纪的法律哲学问题是不会改变的。”^[16]

再次,从研究结论看,法理学的研究结论也是具有普遍性意义的。这里的普遍性,主要是指“普遍适用性”,即法理学从具有普遍性意义的法律现象(研究对象)出发,提炼、抽象出具有普遍性意义的法律问题(研究论题),经过对这些具有普遍性意义的法律问题的研究而得出的结论,应该能够普遍地适用于所有各种具体的法律现象和制度形态。这也是检验法理学作为法理学的一个标尺。如果对象是普遍的,论题也是普遍的,而得出的结论却不能普遍地适用于具体法律现象,那就失去了法理学的自身功能,也无益于完成法理学的任务和使命。这里的所谓“适用”,主要指它的解释或阐释功能,即它的结论能够对具体法律现象作出合理的自圆其说的说明。它的普遍性要体现在对所有法律现象的说明上,而不能局限于只对一部分法律现象的说明上,使之无法解释另一部分法律现象。用德沃金教授的话说:“它们力图充分地说明整个法律实践,同时还力图在探明法律实践和对这种实践的最佳论证之间保持平衡。”比如,中国现有法理学对法律关系的理论,只能部分地解释民事法律关系,而不能充分地说明刑事法律关系、行政法律关系、宪法法律关系,因此,中国现有法理学关于法律关系的理论,常常在法学实践中和法律实践中不具有充分的说服力和阐释力,原因就在于它不具有普遍性。再比如,中国过去法理学中关于法、法律概念的理论,就很难说它具有普遍性意义。原因在于它所选取的是以阶级对立社会为主的法律作为研究对象,以这一研究对象为主而得出的关于法的概念理论,就很难适用于剥削阶级作为一个阶级已被消灭、社会的主要矛盾已不是阶级斗争关系的现时代的中国社会主义法的概念理论。于是乎,我们的法学理论就常常需要作出两个关于法的概念解释,一为法的一般概念(其实并不是真正意义上的“一般”概念,而是阶级对立社会的法的概念),一为社会主义法的概念,唯独缺少的是能够概括和抽象人类所有法律现象的具有普遍性意义的法的一般概念,这种具有普遍性意义的法的一般概念要既能够阐释和说明阶级对立社会的法律,也能够说明阶级对立消失后的社会的法律。这也是中国法理学界关于法的概念争论长久而难以取得共识和统一的主要原因之一。

因此,法理学要真正实现自己的使命,就必须将普遍性特点作为学科的“生命线”,真正的从研究对象、研究论题、研究结论(即理论)上牢牢把握住普遍性这一主线,选取那些具有普遍性意义的研究对象,抽象出那些具有普遍性意义的研究论题(即法理学问题),概括出、总结出一些具有普遍性意义的结论(即理论)。这样,才能真正使法理学起到对部门法学和具体法律实践的“指导”作用。当然,要做到这一点并非易事,需要对原有的理论进行梳理,需要进行大量的艰苦的探索和研究。

[Abstract] Jurisprudence is an independent branch of law science with its own knowledge system and independent values. For many years, however, jurisprudence has been given an orientation not very compatible with its nature as a branch of law science and, as a result, has suffered many misunderstandings and blames. This article discusses the nature, characteristics, functions and the title of this branch of law science from the perspectives of its relationship with other branches of law science, with legal practice and with adjudication of cases by judges, so as to give a correct orientation to jurisprudence.

(责任编辑:支振锋)

[16] 《牛津法律大辞典》中译本,光明日报出版社1988年版,第541页。