

法理论：历史形成、学科属性 及其中国化

雷 磊*

内容提要：要破除部门法学因过度教义化形成的学科壁垒，不能走向要求法学无条件地向其他社会科学全面开放的极端，而应该深化和发展法理论研究。通过历史的梳理可以发现，科学范式的转换、传统法哲学的衰落和部门法学的内在诉求构成了法理论研究形成的背景。它发端于历史法学时期，以19世纪的法学百科全书运动为其先声，而其作为独立的法学分支学科则经历了创始、成熟和多样化三个阶段，从一开始的分析法理论逐渐发展为包括多种进路在内的宽泛领域。法理论是一门从内部观察者的视角出发，通过研究基本法律概念来致力于法律知识的一般化与体系化的关于实在法的规范学科，包括法的理论与法律科学理论两部分。它对部门法学发挥着体系构造、学说批判和知识筛选功能，构成部门法学之知识和方法的法理。当下中国的法理论研究，要在兼容并蓄的基础上与部门法学形成良性互动，提升研究的整体自洽性和一般性，加强分析法理论和社会法理论方法间的分工与合作。

关键词：法理论 一般法学说 基本法律概念 科学化 中国化

引 言

部门法学的教义化是近二十年来中国法学发展的重要趋势。有学者认为，这种趋势及其代表的法律科学化是中国法学摆脱幼稚走向成熟的必由之路。^{〔1〕}然而，过度教义化也可能导致法学的封闭和法学内部分支学科之间的隔阂。在今日之中国法学界，如果没有受过长期的专门训练，不同学科的学者之间基本不可能相互了解“他科”学者们所使用的术语及其学理争议点所在。这一点，在民法学界关于“负担行为/处分行为”的讨论，刑法学界关于“行为无价值论/结果无价值论”的争辩中，表现得十分明显。近年来，一批留学归国的青年教师倡导并逐步在全国各大法学院系推广“鉴定式案例教学法”，在某种意义上也加

* 中国政法大学教授。

本文系中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目的阶段性成果。

〔1〕 参见舒国滢：《求解当代中国法学发展的“戴逸之问”》，《北方法学》2018年第4期，第5页。

剧了这一倾向。^[2]在此背景下，不仅部门法学与法理学相互疏离，不同部门法学者之间也同样难以对话。伴随着专业槽不断深挖的是学科壁垒的不断高筑，而这显然不利于作为整体学科之法学的发展。或许正是因为看到了这一问题，以“社科法学”为旗号的法律与社会科学运动应势而起，意在将其他学科的理论模型应用于各个部门法，形成统一的解释方案，开出自谓更贴近社会现实的“药方”。但它也走向了另一个极端，即这种研究固然可以打开部门法学教义化研究的狭隘视野，但也要求法学无条件地向其他社会科学全面开放，故而有危及法学的独立性之虞。

如何既维系法学的独立性又保持法学的开放性？将教义化的部门法学作为法学之基础，对于维系法学的独立性而言不可或缺；而要避免部门法学走向封闭和僵化，就必须使它与法理学相互贯通。但这不能采取大社会科学的进路，或者说将法理学视为一个容纳各种法律与社会科学研究进路的大框子。这么做不仅会挤压甚至完全取代作为法学之组成部分的法理学的空间，也会危及法学自身的独立性。法理学如何既保有自己的研究领域，又能使得包括部门法学在内的整个法学兼具独立性和开放性？笔者认为，应当重新拾起一度在新中国法理学术史上占主流地位的“法的一般理论”（简称为“法理论”），并将其作为当下法理学的重要组成部分。当然，重拾并不意味着简单继承。只有在原有学说合理内核的基础上，全面梳理和吸纳各种法理论传统，并进行创造性转化和创新性发展，才能为中国法学的成熟奠定更为稳固的根基，使得它的科学化成为可能。而要做到这一点，就要超越以往研究的历史局限性，更为全面地去了解法理论的“原貌”和“全貌”。为此，本文将依次叙介法理论形成的历史背景和过程，阐明它的学科属性及其与部门法学的关系，进而剖析法理论研究的中国化问题。

一、法理论形成的背景

法理论的更古老的称呼是“一般法学说”。^[3]一般法学说作为法学研究的独立分支诞生于19世纪中后叶的德国。科学范式的转换、传统法哲学的衰落和部门法学的内在诉求构成了这种研究形成的背景。

对于一般法学说的形成具有决定性意义的是法学的科学化努力。“科学”的概念古已有之，法律科学的提法也至少在中世纪就已经存在了。但科学的基本范式尤其是它与哲学的关系，在近代发生了根本性的转变。在古希腊，科学被视为哲学的下位概念，即一种自然哲学。直到18世纪末，“科学”一词才开始具有近代意义上的“客观的”内涵。在客观化的过程中，科学的两类要素要区分开来：一类是外部要素，即教学（学说与学科）与体系的概念；另一类是内部要素，即绝对的真理或取向于真理的知识，这类知识服从于特定的标准，只有当它们能够以被证实之命题的形式来表达时才能成为知识。^[4]由此，科学就成为了一个

[2] 笔者并不反对甚至赞成部门法学的“教义化”以及“鉴定式案例教学法”在中国的推广，笔者只是反对将法学仅仅等同于教义化的部门法学。

[3] Vgl. Andreas Funke, Rechtstheorie, in Julian Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2017, S. 46.

[4] Vgl. Alwin Diemer, Die Begründung des Wissenschaftscharakters der Wissenschaft im 19. Jahrhundert, in ders. (Hrsg.), Beiträge zur Entwicklung der Wissenschaftstheorie im 19. Jahrhundert. Studien zur Wissenschaftstheorie, Bd. 1, Meisenheim am Glan: Hain, 1968, S. 11ff., 22ff.

“整体”，也即知识、真理或命题的体系。科学不再被视为哲学的下位概念。

近代意义上的科学具有两个特征：一是基于经验基础上的一般性。科学知识应当是一般而非个别的命题，但它的基础来自于具体的经验。在经验主义的科学论传统中，观察、经验和历史成为科学知识的构成性要素，一般科学命题的有效性也获得了新的意义，即只要它们被经验证实就是真命题。相应地，科学不再是从一般性概念出发进行逻辑演绎的活动，而是从根据经验获得的一般性假说来说明特殊事物的活动。这导致了科学内部基于研究兴趣之多样性的自我分化：不仅法律科学与其他科学被区分开来，法律科学内部也因研究主题不同被区分开来，如民法学、刑法学、行政法学等。由于科学的问题取向于可验证的经验证明，故而其核心就在于通过分析和描述来获得一般化命题。^{〔5〕}二是作为知识整体的体系性。近代以来，体系思维越来越成为科学的核心标准，体系被认为是命题的整体。在17和18世纪，起源于数学的两种思维方式对于普遍的体系构造具有支配性意义：一种是被称为分析法的自然科学方法，另一种是欧几里得几何学的公理演绎法。明确将体系作为科学之标准的是康德。在他那里，科学被理解为客观知识的体系，而体系指的是知识的内在结构，即“各种知识在某种理念之下的统一体”。^{〔6〕}

与近代科学观念兴盛相应的是传统法哲学的式微。根据直至18世纪依然居于支配地位的亚里士多德的科学概念，法律科学的真正对象只可能是从“正当理性”中流出的、永恒有效的法律原则。它们属于自然法或理性法的范畴，相应的研究也被称为理性法学说或法哲学。虽然当时的法学家以数学和自然科学方法为基础，发展出了一种几何学风格的法以及与新的科学理解相吻合的法律科学，但它并非关于现行法的学说，而是一种形而上学的法学说。相反，关于实在法的法学仅仅被视为“对法作正确解释并适用于所出现之案件的实践能力”，它属于手艺活而非科学。到了18世纪末，“法律科学”一词取代了“法律学识”，被用来一般性地指称与实在法打交道的学科。实在法学不再仅是一种实践能力，而成为“法律知识的体系”。体系学最终成为了法律科学的重要标准：法拥有自身的“内在统一性”，法学的科学性依赖于对这种统一性的说明。^{〔7〕}与此同时，从自然或理性中推导出得到科学确保之规范性知识的可能性越来越遭到怀疑。基于经验基础上的新科学观，要求去形而上学和去实质价值化，导致了理性法信念的动摇，进而也就不可能再将实在法建立在超实证的、先验的原则的基础上。法学面临着一个新的难题，即如何去阐明取向于实在法之法理论的科学性。^{〔8〕}如果从今日关于法哲学划分的视角出发，传统法哲学是想从先验的伦理准则中汲取科学性，相当于法伦理学；法理论则更多是要从认识论中获得科学性，属于法认识论。在以经验为基础的科学主义思潮兴起的背景下，取向于实质价值的传统法哲学不可避免面临着衰落的趋势，而更吻合科学认识论的一般法学说的兴起也就水到渠成了。

〔5〕 Vgl. Karlfried Gründer, Diskussion zu: Riedel, Positivismuskritik und Historismus, in: Jürgen Blühdorn und Joachim Ritter, Positivismus im 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M.: V. Klostermann, 1971, S. 92.

〔6〕 Vgl. Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft (1781), hrsg. v. Wilhelm Weischedel, 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1976, S. 695f.

〔7〕 Vgl. Jan Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann, 1979, S. 120.

〔8〕 Vgl. Annett Brockmöller, Die Entstehung der Rechtslehre im 19. Jahrhundert in Deutschland, Baden-Baden: Nomos, 1997, S. 273.

远离先验原则而返归实在法的努力最明显地体现在教义化的部门法学之中。教义性的法学正式诞生于19世纪的历史法学时期。从这一时期起，“法学”的称呼正式由“法的实践智慧（*jurisprudentia*）”转变为“法律科学（*Rechtswissenschaft*）”，开始走向理论化和科学化，成为“大学的法学”。〔9〕从那时起，它也一直被称为“狭义上的法律科学”。尽管这样的部门法学研究可以是一种不断趋向于理性化的事业，但仅凭借自身无法彻底完成科学化的使命。作为一种对现行实在法进行解释、建构与体系化的作业方式，它牢牢受制于特定领域的实在法，至多只能提炼并阐释某个部门法的基本概念，并建构出该部门法内的体系关系。这样构造出的概念只具有有限的一般性，形成的体系也只是“部分体系”。要满足法律科学之一般性和体系性的要求，就要超越特定的部门法知识，建构出适用于整个法律体系的基本概念，甚至超越特定国家法律体系的基本概念。〔10〕这样就形成了一种关于实在法但又超越实在法的理论，这就是法理论。在现实中，法理论或许是关于数个相关之法律体系（尤其是有着共同文化遗产的法律体系）的实在法的基本概念。但有一些基本概念，如法律规范、法的效力、法律关系等，可以说存在于所有现实的和可能的法律体系之中，一切教义性的法学都要指涉这种普遍的法理论。这种理论是“一般的”，因为它是超越个别法律体系及其教义性研究的基础学科；又是一种“法学”理论，因为它有别于法哲学和法社会学等从外部学科视角对法律的研究，属于法学自身的研究。可见，法理论在逻辑上产生于诸部门法学概念被不断一般化和体系化的内在诉求，产生于教义性研究本身无法彻底满足科学性之要求的局限。

综上，科学主义思潮的兴起使得探寻法律科学的本质问题在19世纪成为法学中重大的新问题。由于科学范式的转换，对这一问题的回答既不可能去传统的法哲学中求得，也不可能有着固有局限性的部门法学中找到。这就推动了一门新的分支学科，也就是法理论的诞生。这门学科回应了对于一种关于实在法的哲学学说的需求，它既要摆脱法的偶然性，也要摆脱传统哲学的形而上学。〔11〕

二、法理论形成的过程

19世纪初，法尔克开始从学科意义上理解法理论。他在三种意义上使用“法律科学”：作为法学学科整体的广义法律科学（法学百科全书）、作为教义性法学的狭义法律科学以及“法理论”意义上的法律科学。第三种法律科学的任务在于，认识内在于实在法的普遍和不变的要素，以及被立法预设为前提的法律关系的本质，它们构成了“法的纯科学部分”。〔12〕潘德克顿学者试图从罗马法中寻找这种科学性基础。在他们看来，罗马法构成了对于一切法而言必要的一般性结构、概念和原则的渊源，法律科学（一般法学说）的任务就在于研究罗马法的“精神”，从中获得关于法的基本结构和概念的认识。他们的理论旨趣并非纯历史性的，毋宁更多在于“通过罗马法而超越罗马法”，借由对罗马法的研究揭示出“法”的

〔9〕 参见舒国滢：《法学是一门什么样的学问？——从古罗马时期的*Jurisprudentia*谈起》，《清华法学》2013年第1期，第89页。

〔10〕 See Robert Alexy & Ralf Dreier, *The Concept of Jurisprudence*, 3 *Ratio Juris* 2 (1990).

〔11〕 Vgl. Marietta Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 2018, S. 30.

〔12〕 Vgl. Nikolaus Falck, *Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 6 *Kieler Blätter* 15 - 16 (1819).

一般性原理和结构,从而为实证材料提供法理论基础。这种研究为随之兴起的法学百科全书运动提供了知识论准备。

(一) 19世纪的法学百科全书运动

流行于19世纪中叶之前的法学百科全书运动可以被视为法理论的先声。百科全书的思想滥觞于18世纪。“百科全书”一词指的是对知识的划分和归类,它意指一个完整的知识体系,其中所有的部分都彼此相联、相互指涉。^[13]有学者区分了“形式的”和“实质的”百科全书:前者对相关科学及其方法给出一般性的标识和定义,后者则传授精确的知识。^[14]康德主义者试图提供一种理性的、根植于人类不同认知能力的知识划分,认为应当建立一种脱离了历史偶然性的确定体系。百科全书由此成为一般性和形式性的普遍知识,它不是所有科学中的一种,而是关于其他科学的理论,它要探究它们所固有的认知原则,确定它们在科学大厦中的相互关系。^[15]

17世纪时,莱布尼茨最早区分了法学的四个部分,即“教学式的”“历史的”“注释的”“论辩式的”。^[16]其中,“教学式的”法学提供了一种关于实在法整体内容的概观,并发展出基础性的概念体系。在此基础上,内特尔布拉德出版了第一部完整的法学百科全书《普遍实在法学的要素体系》(1749年)。他将法学区分为理论的和实践的两部分,尤其是区分了分论与总论,即个别的部分和一般的部分。^[17]随后,18世纪中叶到19世纪末出现了大量的法学百科全书作品,这一发展过程大体可分为三个阶段:萌芽阶段(1800年之前)、兴盛阶段(1800年至1840年)和终结阶段(1840年以后)。

萌芽时期的法学百科全书缘于教学的需要。18世纪中叶,德国的大学要求所有的学院都开设一门导论性课程,为的是给具体学科的学习提供一种准备性的认识。法学院的这门课程应当给出关于法律科学“整体”的体系性概观、“所有知识中的第一性原理”。^[18]哥廷根大学教授皮特首先推出了对于法学百科全书后来的发展具有基础性意义的百科全书课程。在他看来,法律学习的开端是作为科学的自然法(主要是一般概念和原则),故而是一切法的基础科学。除教学外,百科全书也有理论上的任务,那就是使法和法律科学的各个具体部分形成一种统一的整体。18—19世纪之交形成了内部的或实质的百科全书与外部的或形式的百科全书的区分:前者展示出法律科学“彼此关联的基本原理”,致力于“通过一种简洁或一般性的,时而历史性时而教义性的概览”来总体把握法律真理,因而要揭示具体法律学科的内容;后者给出法律科学的主要概念和定义,提出一般概念、分类和法律命题。^[19]外部百科全书的重心在于塑造“法律整体”的体系性功能。

[13] Vgl. Ulrich Dierse, Enzyklopädie. Zur Geschichte eines philosophischen und wissenschaftstheoretischen Begriffs, Bonn: Bouvier Verlag Herbert Grundmann, 1977. S. 1ff.

[14] Johann Eschenburg, Lehrbuch der Wissenschaftskunde, 2 Aufl., Berlin u. Stettin: Nicolai, 1800, S. 8ff.

[15] Vgl. Gottlob Jähsche, Idee zu einer neuen systematischen Encyclopädie aller Wissenschaften, in Friedrich Niethammer (Hrsg.), Philosophisches Journal einer Gesellschaft Teuscher Gelehrter, Bd. 1, Hofbuchhandlung, 1975, S. 327.

[16] 参见舒国滢:《论近代自然科学对法学的影响——以17、18世纪理性主义法学作为考察重点》,《法学评论》2014年第5期,第21页。

[17] Vgl. Arno Buschmann, Enzyklopädie und Jurisprudenz, 51 Archiv für Kulturgeschichte 309 (1969).

[18] Vgl. Julius Schnaubert, Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts, Jena: Mauke, 1819, S. 6.

[19] Vgl. Johann Stephan Pütter, Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie, Göttingen: Vandenhoeek & Ruprecht, 1767, S. 7, 66f.

在百科全书的兴盛阶段，主张纷呈、观点各异，但它们通常都有一个“导论”或“总论”部分，来对与教义性法学问题相关之法理论和法哲学问题进行反思。出于科学性的要求，要在处理具体的和内容不同的分论之前，通过一个总论来讨论“一般性概念、分类与命题”，这与形式的百科全书及其体系性功能相对应。从内容看，导论部分通常会涉及：百科全书和方法论的概念，科学和法律科学的概念，制定法和法的定义，自然法与实在法的关系，对法律科学之渊源的讨论，对法律科学各部分的陈述等。^[20] 这些内容被视为属于任何法秩序的一般性内容。其中，对基本法律概念的讨论在19世纪的法律科学中赢得了固定的位置，并最终演化为法理论。百科全书不只是具有对于各具体学科的辅助性功能，也具有独立的意义。法并非因为其认知对象而构成一门科学，而只有通过其方法加工和展示才有可能产生法律科学。法并非固有地就是一种体系，正是形式百科全书促使法和法律科学体系化。在当时的观念中，科学等于知识的体系。百科全书尤其是形式百科全书，经常被称为科学学说，而法律科学学说（形式法律百科全书）也就成为了“法律科学的科学”。^[21]

从19世纪中叶开始，法学百科全书运动进入了全盛阶段。总论部分的篇幅相比于之前更为庞大，标题偶尔也会被直接称为“一般法学说”。它有时会包含一个历史的章节，该章节或者会紧跟总论成为第二部分，接着才是对具体部门法学科知识的讨论。这种百科全书在体例上包含三个部分，即哲学的部分、历史的部分和实践的或体系的部分。历史学派的学者更倾向于通过梳理实在法秩序的历史发展，并由此探究法的一般基本概念和结构来观察法。哲学学派的学者着力阐述一种先验的法学说，观察包括其历史发展在内的实在法秩序，获得实在法的基本概念。至此，百科全书的任务在于阐释法和法律科学的“基本概念和首要真理”。比较有代表性的是奥尔特洛夫对法学百科全书总论的内容的界定，它包含了法的概念、法的根源和形成、客观意义上的法（法的分类、形式或渊源）、主观意义上的法（法律关系和权利）、法的科学。^[22] 在这一时期，百科全书一如既往地被称为“科学的科学”或元科学。百科全书与法律科学（教义性法学）的概念界定在根本点上是一致的，但两者也存在显著差异。法律科学的任务通常在于“掌握在某个国家有效之法律原则的全部范围”，^[23] 即取向于对特定国家实在法的体系化和阐释。而百科全书是在一种普遍的意义主张成为法和法律科学的科学，它应当为特定国家的法律体系指明进行法的续造的引领性原则，还应当揭示出所有法律体系都具备的一般而必要的结构。^[24]

百科全书总论的确立可以被视为法理论形成过程中的一条关键线索。这种总论的任务在于给出并澄清基本法律概念。要注意的是，这些基本概念一开始并非通过分析方法，而是以经验的方式，即通过对历史上流传下来的法源尤其是对罗马法的观察获得的。这些通过经验描述方式获得的概念和结构随后被附加上了规范性。^[25] 随着一般性和分析性的色彩

[20] Vgl. Christian Konopak, Über den Begriff und Zweck einer Encyclopädie im Allgemeinen und der Encyclopädie der Rechtswissenschaft im Besonderen, 2. Aufl., Halle: Mitteldeutscher Verlag, 1806, S. 47.

[21] 参见前引 [18], Schnaubert 书, 第 138 页。

[22] Vgl. Hermann Ortloff, Die Encyclopädie der Rechtswissenschaft in ihrer gegenwärtigen Bedeutung, Jena: Mauke, 1857, S. 146f.

[23] Vgl. Ferdinand Walter, Juristische Encyclopädie, Bonn: Adolph Marcus, 1956, S. 4.

[24] 参见前引 [8], Brockmüller 书, 第 157 页以下。

[25] Vgl. Mathias Reimann, Historische Rechtsschule und Common Law, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, S. 142.

越来越强,百科全书总论离具体经验越来越远,它向作为一般法学说的法理论转变也就成为了必然趋势。

(二) 作为独立分支学科的法理论

从19世纪90年代开始,在大学教育中,“法律科学(一般)导论”课程开始取代百科全书课程的位置。在学术领域,百科全书总论开始作为独立的专著出版,关于法的基本概念和结构的讨论构成了主体内容。这些论著大多可被归为“法理论”的范围。法理论在欧陆的发展大体分为三个阶段:创始阶段(19世纪70年代至20世纪30年代)、成熟阶段(20世纪30年代至60年代)、多样化阶段(20世纪60年代以后)。当然,法理论的观念远早于19世纪70年代就已存在,重要的动力可以在历史法学和潘德克顿学派中被发现。但当时的法理论在内容上通常只涉及特定的法领域(私法领域),它还没有向法理论的典型观念——要将整个法律科学包含在内——过渡。^[26]

1. 创始阶段

法理论研究成长自法律科学本身的需求,而非来自外部(如哲学思潮)的要求。面对法律科学越来越显著的分化趋势,尤其是经典的学科三分法(民法、刑法和公法),德国学者们提出了作为法律科学“总论”的一般法学说,因为某些问题对于整个法律科学来说是共同的。由于有百科全书总论研究的铺垫,法理论研究在创始阶段就呈现出欣欣向荣之势。虽然这一阵营中学者众多,具体观点各不相同,但都试图发展出一门介于教义性法学与传统法哲学之间的法学学科。^[27]

一般认为,默克尔是作为法学独立分支学科之一般法学说的创立者。虽然他并没有在学科意义上严格区分法哲学与一般法学说,但他提出并确立了“一般法学说”的计划,要求在一种具有实质内涵之法理论的意义上来改革法哲学。他将法律科学分为一般法学说和特殊法律科学两部分,认为前者的理论基础在于将教义学引向一般问题和一般概念,研究的是具有普遍法律意义的更高概念,它们超越于各个特殊领域且与法律科学整体相关,因此需要法学各学科的学者们一起合作,以便促使教义学的“理论化”。^[28]他也第一次将百科全书的总论称为“一般法学说”,并将其内容分为“法”(它的结构、分类和形成)、“法律关系”以及“法的适用与法律科学”,^[29]后来又对法、国家、命令、权力、法律规范、公正、法律关系和主观法(权利)等基本概念,进行了更为体系化的研究。^[30]默克尔的研究范式深受历史法学派的影响,但他对法进行发展史观察,是为了从中提取出一般法律原理和原则。一般法学说与传统法哲学的区别在于前者具有鲜明的教义学关联性,但这并不导向一种纯粹的形式法学说,而同样包含实质要素。总体来看,默克尔的法理论融合了三种传统,即哲学传统(尤其是法的体系化)、教义学传统(实在法的结构分析)和分析传统(取向于概念定义),这为后来德国的一般法学说研究奠定了基本风格。

[26] 参见前引[3], Funke文,第46页以下。

[27] Vgl. Andreas Funke, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, S. 18.

[28] Vgl. Adolf Merkel, Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur “positiven” Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben, 1 Zeitschrift für Privat- und Öffentliches Recht der Gegenwart 3f (1874).

[29] Vgl. Adolf Merkel, Juristische Enzyklopädie, 5. Aufl., Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1913, S. 5-8.

[30] Vgl. Adolf Merkel, Elemente der allgemeinen Rechtslehre, in ders., Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, Straßburg: Trübner, 1899, S. 637.

默克尔之后，创始阶段的一般法学说又可以被细分为三个时段。第一个时段是从19世纪70年代至世纪末，这一时段的法理论作品呈现出明显的交杂风格，即法哲学与法理论区分不清、实质内容与形式方法并重。托恩第一次以“一般法学说研究”为副标题撰写了专著，它的诉求在于“揭露法的固有骨架”，“指明法律体系之逻辑构造和关联，即便只是顾及具体组成部分的目的和规定”。^[31] 贝格鲍姆提出，法哲学的新精神在于建立一种哲学性的法学说，它包括实质法哲学与形式法哲学两个部分：实质法哲学处理的是历史上出现的法的内容，它要探寻和说明基于各种动机的规范性法律内涵，核心是寻找法所表达出的实质法理念；形式法哲学（一般法学说）只包含法律认识论、方法论和逻辑学等法的形式，它是法的基础学说。作为“实在法的哲学”，一般法学说的标识在于“从实在法的立场出发对基本法学说的批判性和分析性研究倾向”。贝格鲍姆相信，可以在这门学科中“发现新建这样一种教学大厦的范式，它可以将法律科学所有部分的概念和原则联合起来，并被用来构造从法学专门学科到作为广泛核心科学之哲学的桥梁”。^[32] 他还总结了这门新的法律科学的三种作业方式，即“有限范围内的”哲学化、超越实在法律科学之个别分支的一般化，以及直接致力于法学基本概念的研究。^[33]

第二个时段是从19世纪末到20世纪第一个十年，这一时段法理论的分析色彩和形式化倾向日益明显，与传统法哲学的区分被牢固确立。与以前的作品相比，比尔林第一次全面而前后一致地提出了一种广泛且封闭的一般法学说，展现出鲜明的分析风格。虽然他仍然通过对实在法源的经验观察来确定实在法的本质，但经验证明已不再直接服务于概念规定，实在法的概念特征毋宁要通过对那些“无疑属于或已成为实在法律规范”之规范的“分析”来获得，^[34] 故而对法的概念或结构和本质的讨论清晰地取代了法源理论。比尔林将广义上的法哲学区分为法律原则学说（一般法学说）与狭义法哲学（法理念学说）。狭义法哲学处理的是“是否存在绝对好的伦理观念”，法律原则学说的任务则只在于指明法的形式条件。^[35] 法律原则学说的出发点是“法的一般概念”，它们本身又要通过归纳方法来证明。在比尔林看来，从法的概念出发可以推出一些结论，它们可被用来对具体的基本法律概念，如法律义务、权利、法律主体、法律关系、法律行为等进行批判。^[36] 法律原则学说就是对这些法律概念和原则的系统展示。类似地，匈牙利学者索姆罗严格区分了法律内容学说与法律形式学说。前者包括狭义法学（部门法学和比较法学）、价值性法律科学（法政策学）和法律史学。后者被称为“法律基础学说”，它取向于独立于具体法律内容的法本身（法的形式）。法律基础学说是超越任何法律内容、任何可能之法律科学的前提。即使一门狭义法学的最一般性的部分也可能随着法律内容的改变而改变，但法概念以及与此一起创设的基础概念

[31] Vgl. August Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar: H. Böhlau, 1878, S. VIII.

[32] Vgl. Karl Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. 1, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1892, S. 18, 25, 92, 448, 475.

[33] 参见前引〔8〕，Brockmüller书，第262页以下。

[34] Vgl. Ernst Rudolf Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Teil 1 (Neudruck der Ausgabe Gotha 1878), Aalen: Scientia Verlag, 1965, S. 162.

[35] Vgl. Ernst Rudolf Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1. (Tübingen 1894, 2. Neudruck), Aalen: Scientia Verlag, 1975, S. 13, 14f.

[36] Vgl. Ernst Rudolf Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Teil 2 (Neudruck der Ausgabe Gotha 1883), Aalen: Scientia Verlag, 1965, S. 4.

构成了独立于任何法律内容变迁的狭义法学的基础。^[37]从20世纪初开始,出现了一大批正式以“一般法学说”或近似称呼命名的专著,它们大多聚焦于法律基本概念体系,延续了分析的风格和基本立场。^[38]

第三个时段大体是在20世纪10至20年代。这一时段出现了一些与主流的分析研究范式不同的作品。科恩菲尔德尝试以“社会权力关系”的概念为基础,去建立一套“基于社会学的一般实在法学说”。他虽然也研究了法律基本概念,但他将自己的任务定位于“将实在法在社会学上澄清为事实上有效之社会生活规则的体系,并由此将其他科学知识领域所遵循的逻辑方法引入实在法科学(一般法学说)”。^[39]奥地利法学家斯塔克走上了心理生理学的路子。他从三个“法的基本要素”,即人、需求以及满足需求的手段出发,力图将主观法和客观法的概念、法律科学概念构造的方法,以及公法与私法的区分等建立在心理学或心理生理学的基础上。^[40]任何其他不以纯粹自然科学的方式来进行的观察都被认为是形而上学,都要被拒绝。

从19世纪后半叶开始,一般法学说也逐渐传播到了德语区以外的其他国家和地区。在十月革命之前的俄国,同样涌现出了一大批同主题著作。尤其是科尔库诺夫的《法的一般理论讲义》(1886/1887年)深受德国传统的影响。这部著作经过多次再版,于1909年被译为英文出版,在英语圈产生了重要影响。科尔库诺夫倚重于默克尔的学说,将一般法学说区分于法哲学以及对法律材料进行纯粹堆砌的百科全书,认为它的任务在于“从技术和逻辑的视角去证实无论何处的实在法,说明这一社会有机体的内在联系和本质,并使它们关涉社会和国家中人类活动的一般原则”。^[41]此外,他将规范要素和社会学要素紧密结合起来,并整合了社会科学、发展史以及国家理论的问题。这部作品以及其他类似作品,可被视为世纪之交法理论在俄国的缘起。

法理论虽然一开始作为私法理论出现,但从19世纪后半叶开始,法学的学科性以及法的概念和结构问题持续地从私法转移到了公法领域,并在20世纪初卷入一般国家学的研究之中。这一研究传统被戈贝尔引入,并被拉邦德和耶利内克继承和发展,其目标在于“同时在公共生活领域完全实现法理念”,“同样在此指明法的独立性”。^[42]随之,起源于私法的一般法学说与一般国家学最终合流于“法与国家的一般理论”,并在其特定版本,也即奥地利法学家凯尔森的“纯粹法学说”中达到巅峰。

2. 成熟阶段

法理论成熟阶段的标志是凯尔森的《纯粹法学说》(1934年)和《法与国家的一般理论》(1945年)。纯粹法学说是一种特殊版本的一般法学说,它试图以“规范”的范畴为基

[37] Vgl. Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1917, S. 2-4, 5, 8-10.

[38] Theodor Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*, Leipzig: G. J. Göschen, 1904; Alexander Nicol-Speyer, *Der allgemeinen Rechtslehre erster (morphologischer) Teil*, Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1911; Rudolf Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a. d. S.: Buchhandlung des Waisenhauses, 1911.

[39] Vgl. Ignatz Kornfeld, *Soziale Machtverhältnisse*, Wien: Verlag Manz, 1911, S. 63.

[40] Vgl. Bernhard Stark, *Die Analyse des Rechts*, Wien u. Leipzig: W. Braumüller, 1916, S. 40, 66, 107.

[41] Nikolai Korkunov, *General Theory of Law*, 2d ed., trans. by W. G. Hastings, New York: The Macmillan Company, 1922, p. 37.

[42] Otto von Gierke, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961, S. 5, 7.

础去解释一切法律现象，并对既有法理论进行全面重构。

首先，纯粹法学说持一种规范还原论的立场。它认为，法学研究的是法律规范及其要素和相互关系、作为一个整体的法律秩序及其结构、不同法律秩序之间的关系，以及法在多数实在法律秩序中的统一。^[43] 其他所有的基本法律概念，如制裁、法律义务和责任、主观法（权利和授权）、法律关系、法律主体等最终都可以被还原为规范，从而主观意义上的法最终都可被还原为客观意义上的法。^[44] 同时，法是一个以基础规范为顶点、由众多法律规范依据授权链条组成的动态秩序或体系。由此，一般法学说在研究法律基本概念外，又加入了另一个新的研究领域，即法的结构理论。它的任务在于研究法秩序的构造，并提炼出用以分析一切法律体系的逻辑工具。它包括法律规范的结构学说与法秩序的构造学说。^[45] 所以，一般法学说既是基本法律概念学说，又是关于实在法之结构的规范理论。

其次，纯粹法学说持一种一元论的立场。传统法理论认为，国家是有别于法的实体，国家在法之外也在法之上，国家“创造”了法。纯粹法学说则认为，国家就是由国内的法秩序创造的共同体，就是构成这一共同体的国内法秩序的人格化，^[46] 作为共同体的国家与“国家的”法秩序是一而二、二而一的现象。认为国家是有别于法的实体的观点，其实是一种从法学外的视角出发得出的结论，是政治意识形态的结果。随着国家与法的二元论一起消解的，还有公法与私法的二元论。从阶层构造论的角度看，公私与私法规范的产生并无差别。^[47] 法理论由此也就成为一种真正意义上一般性的法学学说。

最后，纯粹法学说试图发展出一种分析—描述的法学理论。它局限于对实在法的结构分析，而非从心理上或经济上去解释它产生的条件，或从道德上或政治上对它的目的进行评价。只有这样，才能将法律科学与法哲学以及法社会学区分开来。^[48] 纯粹法学说要达致双重纯粹性，将自然（社会学）的方法与道德（伦理学）的方法都排除于法学研究领域之外，从而将一般法学说界定为一种独特的“法学”理论。这种学说的目的在于认识法律而非形成法律，因为科学必须就其对象实际上是什么进行叙述，而非从特定价值判断出发来规定它应该如何或不应该如何。纯粹法学说只描述规范而不创造规范。^[49] 与运用自然科学方法的描述相比，它为描述法律现象提供了更好的视角和方法，因为它刻画出了法不同于物理实体的独特性（规范性）。

此后，一些学者全面继受了这种规范主义进路。如纳维亚斯基，就以规范的概念为基础，分“客观意义上的法”“主观意义上的法”和“法律体系”三部分，对基本法律概念进行了详细讨论。^[50]

[43] 参见 [奥] 汉斯·凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆 2017 年版，第 19 页以下。

[44] Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe der 2. Aufl. 1960), hrsg. v. Matthias Jestaedt, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, S. 208 – 345.

[45] Vgl. Ota Weinberger, *Norm und Institution*, Wien: Manz, 1988, S. 85.

[46] 参见前引 [43]，凯尔森书，第 269 页以下。

[47] 参见前引 [44]，Hans Kelsen 书，第 493 页以下。

[48] 参见前引 [43]，凯尔森书，第 20 页以下。

[49] 同上书，第 246 页。

[50] Vgl. Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2. Aufl., Einsiedeln u. a.: Verlagsanstalt Benziger & Co. AG., 1948.

3. 多样化阶段

19世纪末20世纪初，法理论的另一个分支亦处于发酵和茁长之中。与一般法学说肇始于潘德克顿和百科全书运动（概念法学）不同，这一分支在方法论上恰恰来自于对概念法学的反思与抨击，它的代表是利益法学和自由法运动。无论是社会目的或社会利益，还是自由法或活法，都带有明显的社会学色彩，故而这一分支可以被称为“社会法理论”，而与之相对的一般法学说则是一种“分析法理论”。这两类法理论的区分在于：其一，分析法理论认为，法的实证性体现在拥有权能的外部权威制定法；而社会法理论认为，它体现在法的适用、遵守或它被法官与法的受众所承认。其二，分析法理论认为，法理论的任务在于逻辑分析与语言分析；而社会法理论认为，它的任务在于对法与法学的社会学与心理学研究。^[51]无疑，社会法理论的出现是与当时社会学的兴起，以及法学研究对法社会学的接纳分不开的。

20世纪60年代，法理论迎来了全面的复兴。与传统的法理论不同，20世纪60年代之后的法理论既不是对分析法理论传统的简单延续，也超越了传统的社会法理论，呈现出强烈的多样化色彩。这也反映出法律与其他学科的交叉研究视角日益流行：凡是不属于传统法哲学研究范围的、对一般意义上的法的结构和基本法律概念的研究，大体都可被归入法理论的阵营。据有学者归纳，1965年至1985年之间，法理论的“重要讨论领域”至少有十二个。^[52]其中影响比较大的进路有四种：第一种是分析法理论。与传统的一般法学说相比，这一阶段的分析法理论更注重对语言哲学和逻辑学的运用。它被界定为一种“逻辑化的法理论”，一种关于法律语句之一般结构和形式法概念的学说。^[53]第二种是社会法理论。影响比较大的范式有两个：一个是哈贝马斯的商谈理论。它将商谈性关联纳入法律体系之中，认为积累是法的知识获得确定的方式，经积累产生的法的知识构成了具有法的意义的总体系。^[54]另一个是卢曼的系统论。这种理论基于结构—功能主义进路，将法律体系视为社会的子系统。在其看来，法理论既非规范取向亦非经验取向，它的任务仅在于对“法”的体系及于其中发生之沟通的观察。^[55]社会法理论从社会学的观察视角出发，获得了不同于分析法理论的对法律体系的新理解，与后者形成良好互补，迄今为止产生了较为广泛的影响力。第三种是政治法理论。这一进路反对凯尔森式价值—政治无涉的法律科学立场，主张法的政治性以及法律活动中的政策考量不可避免，倡导法律人的政治参与，倡导政治性的法理论研究。^[56]最后一种是唯物主义法理论（马克思主义法理论）。从性质上讲，这一理论属于社会—政治法理论一脉，但由于其在世界范围内具有广泛影响力，往往被视为独立的分支。这一范式“在卡尔·马克思的批判理论传统中进行论证，并通过资本主义的社会主义化结构原则去分析现实存在的社会”。^[57]它强调特定社会的物质生活条件和

[51] Vgl. Ralf Dreier, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, S. 10, 13.

[52] Vgl. Eric Hilgendorf, Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985, Würzburg: Ergaon Verlag, 2005, S. 35 – 66.

[53] Vgl. Ota Weinberger, Aufgaben und Schwierigkeiten der analytischen Rechtstheorie, 4 Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie 359 (1973).

[54] Vgl. Raffaele de Giorgi, Ein Beitrag zu einer soziologischen Neubegründung der Rechtstheorie, 67 Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 100 (1981).

[55] Vgl. Gerd Roellecke, Das Recht von außen und von innen betrachtet, Juristenzeitung 214 (1999).

[56] Vgl. Rudolf Wiethölter, Recht und Politik, ZRP 155, 158 (1969).

[57] Sonja Buckel, Subjektivierung und Kohäsion, Weilerswist: Velbrueck Gmbh, 2007, S. 14.

经济关系对法和法律关系的重要性，从而影响对基本法律概念的理解。这一理论传统虽然源自德国，但一度在德国法理论阵营中并不居于主要地位。在十月革命后的苏联，由于马克思主义的正统地位，唯物主义法理论成为了法理论研究的主流。受冷战影响，从20世纪50、60年代开始，德国学者们也对马克思主义法理论，尤其是苏联的马克思主义法理论进行了介绍，到了70年代还形成了对这一理论的问题进行集中反思和批评的潮流。^[58]进入21世纪后，德国亦有学者重新倡导对马克思主义法理论的重视，并希望对其进行符合时代需求的重构。^[59]

面对如此纷繁多样的研究领域和研究进路，学者们对法理论的学科性质、法理论与相邻学科的关系进行了系统反思和全面探讨，同时也不断扩大法理论的外延，承认其多样性。^[60]如当代学者罗尔区分了狭义的法理论概念和广义的法理论概念，认为前者聚焦于法的结构和形式要素，包括法学的科学理论、法律逻辑与法律信息学、法律语言理论和规范理论，甚至偶尔也会囊括立法理论和系统论，而广义的法理论则会将法学方法论的全部范围（论证和商谈理论、诠释学、论题学、修辞学）都包含进来。^[61]可见，即便是狭义上的法理论也已经远超出传统的一般法学说。最近，更有青年学者主张，要将法理论作为一门“多学科性之法律科学的哲学理论”来看待。^[62]

三、法理论的学科属性及其与部门法学的关系

（一）法理论的学科属性

尽管存在外延日益扩大的趋势，但纵观法理论的学说史，分析法理论无疑是主流，而社会法理论则是重要分支。基于此，可以归纳出这一理论的基本学科属性。

首先，法理论是一门关于实在法的规范学科。一方面，作为实在法理论，法理论并不关注自然法或正义问题。^[63]正义问题属于传统法哲学或法伦理学的关注领域。作为法理论最初形态的一般法学说只聚焦于实在法的基本原理，继之而起的社会法理论以及其他各种法理论研究同样以法的实证性为前提。这些理论纷纷主张自身与哲学的区别，即便使用“哲学”或“正义”这样的术语，也强调不同于实质价值取向的传统法哲学。另一方面，与部门法学关注个别实在法不同，法理论关注的是一般意义上的实在法，即脱离于任何实在法秩序之内容特殊性的普遍的法律概念。此外，法理论并不研究纯粹的经验事实，研究应然而非实然，所以它又是一门规范学科。当然，这里所说的“规范学科”指的只是它以规范为研究对象，而非指它持规范性的立场。在此有限的意义上，法理论坚持的是一种实证

[58] M. Csizmas, Zur Entwicklung der marxistisch-leninistischen Staats- und Rechtstheorie, 9 Studies in Soviet Thought 27 – 60 (1969); Oskar Negt, Thesen zur marxistischen Rechtstheorie, 6 Kritische Justiz 1 – 19 (1973); John J. Hagen, Probleme der marxistischen Rechtstheorie, 63 Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 129 – 135 (1977).

[59] Felix Hanschmann, Eine Rehabilitierung materialistischer Rechtstheorie, 41 Kritische Justiz 82 – 94 (2008).

[60] 当时的讨论集中见于三本论文集，对此的述评参见 Gerhart Wielinger, Rechtstheorie heute: Kritische Anmerkungen zu drei Sammelbänden, 60 Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 429 – 434 (1974).

[61] Vgl. Klaus F. Röhl und Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008, S. 3.

[62] 参见前引 [11]，Auer 书，第 43 页。

[63] Vgl. Hans Schneider, Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz, in Alexander Hollerbach (Hrsg.), Mensch und Recht, Frankfurt a. M.: Klostermann, 1972, S. 113.

主义—规范主义的路径。^[64]

其次，法理论的主要研究对象是基本法律概念。法理论主要研究法的概念和其他基本法律概念、分类及其一般基础。法理论上的基本概念既要脱离部门法学对特定实在法的依赖性，又不可避免地来源于对部门法学概念的加工。在最开始的时候，这一工作理所当然的是由底蕴最为深厚的民法学来担纲的。基于民法学的概念，或者基于民法学及其迁移和拓展到其他部门法学后的共同概念构造出的基本法律概念，并非对部门法概念的简单照搬，而是经由学者的解剖、抽取、组合，“跃升”为内涵更窄、外延更宽的上位概念。在这一过程中，有时会直接照搬部门法学中已经形成的概念表述，有时则会另择更为宽泛的表述。前者如“法律关系”，后者如“法律行为”。无论是哪种情形，这些概念都已经脱离了特定的部门法学。正是在此意义上，它们才被称为“基本法律概念”。

再次，法理论持一种内部观察者的研究视角。依据观察者视角/参与者视角和内部视角/外部视角的区分，可以形成四种视角及其对应的分支学科：持内在观察立场的法理论、持外在观察立场的法社会学、持内在参与立场的教义性法学、持外在参与立场的法哲学。一般法学说主要运用分析方法，它既是关于法的形式理论，又是关于法的结构理论。作为形式学说，它的任务在于，与基础性的法律思维方法一起辨识和描述法律形式和概念的核心要素。^[65]作为结构理论，它的任务在于研究法秩序的构造，并提炼出用以分析一切法律体系的逻辑工具，包括法律规范的结构学说与法秩序的构造学说。^[66]社会法理论要么采取历史唯物主义和辩证唯物主义方法，要么采取结构功能主义方法，或者对于法的性质或运行进行剖析，或者对于法发展与演变的规律进行预测。无论哪一种法理论，其基本旨趣在于从“内部人”的角度对法律自身进行更透彻和清晰的观察，既不像教义性法学那样从内部也不像法哲学那样从外部直接参与法律实践。法理论可谓内在于法学的描述性学科。

复次，法理论致力于法律知识的一般化与体系化，也即科学化。法理论产生自法律科学的一般化和体系化的要求，致力于创设统一的基本法律概念，而法律科学的出发点在于既有的具体法学分支学科的“总论”。法理论试图从诸多总论中再提炼出更为抽象的上位概念，以适用于一切现实的和可能的法律体系。在此意义上，它试图创造出的是部门法学的“总论的总论”。^[67]以此方式，它促使法律知识成为一个无矛盾和相融贯的整体，提高其稳定性和可预期性，从而促进了法学的普遍科学化。

最后，法理论在外延上包括法的理论与法律科学理论两部分。法的理论研究的是法的概念论和结构论。传统一般法学说专注于发展和提炼法的概念以及其他基本法律概念。相比之下，今日之法理论的任务不再仅限于给法和相关概念下定义，也致力于获得对法的体系性和结构性理解。^[68]法律体系既可以被理解为具有实效的整体，也可以被理解为有效规范的体系。社会法理论侧重从前一维度来研究实在法秩序，分析法理论侧重从后一维度来理解和分析实在法秩序。法律科学理论致力于发展和提炼出一种法律认知理论或者说方法

[64] 参见 [德] 马蒂亚斯·耶施泰特：《法理论有什么用？》，雷磊译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 85 页以下。

[65] 参见前引 [61]，Röhl 等书，第 1 页。

[66] 参见前引 [45]，Weinberger 书，第 85 页。

[67] 参见前引 [61]，Röhl 等书，第 415 页。

[68] Vgl. Elmar Krüger, Die Bedeutung der Rechtstheorie, JuS 873 (2012).

论。与法的理论不同，它聚焦于对作为一种学问形态的教义性法学进行普遍的方法论反思和建构。当然，法理论的这两个部分并非截然可分：构造基本法律概念及法律体系的结构，其本身就是为了向法律科学的目标努力；法理论各个分支也正是基于对“科学”的不同理解，为基本法律概念和法律体系的构造提供不同的观察方法。所以，法理论学者总是将自己对于法律科学的理解融入对法的理论的研究之中。

总之，法理论是一门从内部观察者的视角出发，通过研究基本法律概念来致力于法律知识的一般化与体系化的关于实在法的规范学科，包括法的理论与法律科学理论两部分。

（二）法理论与部门法学的关系

法理论既与部门法学有紧密的联系，又与部门法学保持着一定距离。它基于部门法学又超越部门法学，同时也调控着相邻科学对于部门法学的知识输入。它对于部门法学的意义体现在三个方面，即体系构造功能、学说批判功能和知识筛选功能。

1. 法理论的体系构造功能

法理论致力于打造统一的法律科学，法律科学的统一性构成了法理论研究的核心倾向。作为部门法学的总论，它聚焦于法的核心要素，这些要素以基本法律概念的方式被表达出来，从而确保对法律科学之统一性及其科学性的证立。

首先，统一的基本法律概念为诸部门法学供给通用语。基本法律概念是那些每个人在表达某个法律规范时都必然要运用的，或者他必然要预设为前提的概念。^[69]基本法律概念为教义性法学体系的构造提供了必要的出发点。对特定法秩序之内容的体系化展现，在形式上并不受其规范内容的限制。相反，缺乏对规范特征的精确认识，这种体系化压根就不可能实现。只有当每种实在法体系不仅依照特定实践立场被理解为法条集合之外部秩序，也要被理解为某种鲜活精神之全部的整体表达时，法学才配得上被称为真正的科学。^[70]认识这种规范特征和精神整体，就属于法理论的任务。在此视野下，法律体系并非法条的集合，而是建立在此基础上的概念—命题的体系。由此，部门法学的作业就可以适度独立于法的内容，部门法学说就可以被理解为基于对现行实在法之解释，并受法理论约束之解释结果的体系化。^[71]

其次，统一的法律体系构造为法教义内涵的形成提供规范论基础。一般法学说不仅将法律体系视作概念和命题的体系，也视其为规范的体系。从后一种视角出发，存在着两个相互关联的问题：其一，法律体系的基本组成单位，即法律规范，具有何种结构？它们是单一类型的规范还是不同类型的规范？其二，这些规范以何种方式结合成法律体系？这其实就是法的结构问题。凯尔森的“阶层构造论”为此提供了一种答案：法律体系最终是由单一类型的规范组成的、以授权链条和效力等级联结起来的阶层体系，它调整着自身规范的生产。当代学者阿列克西则提供了另一种答案：法律体系是由法律规则和法律原则这两种具有逻辑差别的规范构成的双重体系，除了以效力为链条的法律规则的阶层体系外，还有其背后以内容蕴含为联结方式的原则体系，后者属于客观价值秩序或柔性价值

[69] 参见前引 [37]，Somló 书，第 274 页。

[70] Vgl. Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. V, Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1917, S. 107.

[71] 参见前引 [27]，Funke 书，第 92 页。

体系。^[72]规则是确定性命令，而原则是最佳化命令。^[73]前者的典型适用方式是涵摄，而后者的典型适用方式是权衡。这种主张不仅仅会产生法理论上的差异，也会影响到基本权利教义学。一旦基本权利条款被理解为具有原则属性的规范，就意味着它们在适用时，必须要与其他规范进行权衡，而在具体情形中权衡的结果必将影响对特定基本权利条款之内容的理解。^[74]

2. 法理论的学说批判功能

法理论不仅致力于部门法学说体系的科学建构，而且要对教义化的部门法学研究加以反思和批评。作为纯粹的观察者，法理论学者并不像部门法学者那样感觉自己有压力对实践发生直接影响，即将自己代入法官的角色去对具体情形作出法律裁判。正因如此，他们会有更加充裕的时间和距离感去对法律问题进行更加彻底、更加长效、更加全局和逻辑严谨的思考。相反，教义化的部门法学由于固守既有的学说，可能会忽略法律实践的复杂性，无法恰当地应对新情形。在某种意义上，法理论往往要对部门法学的学说和命题，甚至对习以为常、被广泛接受的通说进行审视和检验，看其是否符合科学的标准。^[75]

首先，法理论的概念分类可以被用来对部门法学说进行批评性审视。例如，德国民法学说中关于权利的划分，即请求权、支配权、形成权与组织权，是在经典教义法学传统中慢慢发展出来的。它并未经受过严格规范逻辑意义上的法理论剖析。事实上，这四种类型并非依照同一个标准划分所得，它们既不完全相互排斥，合起来也不能穷尽权利的全部情形，所以其说明力有限，无法作为权利的一般理论。相反，被公认为是迄今为止对权利类型所作的完备和最严密法理论分析来自于美国学者霍菲尔德。霍菲尔德将权利划分为四个类型，即请求权、自由、权力、豁免。^[76]其中，请求权和自由是针对行为的一阶概念，权力和豁免是针对行为效果的二阶概念。以此比对德国民法学说中的权利分类理论可以发现：德国传统中的请求权首先对应的是霍菲尔德意义上的请求权，其次是自由；支配权则首先是自由，其次是霍菲尔德意义上的请求权；形成权属于授权规范的领域，相当于霍菲尔德所说的权力或豁免。^[77]至于组织权，其只是行使授权的主体条件，本身可被归为授权的一部分。在德语传统中，阿多迈特也曾从法理论的层面进行过类似的分析。他将形成权解释为制定规范的权能，将支配权视为某个行为规范之受益者的地位。“形成权—支配权”对应于“授权规范—行为规范”的范畴，处于这两个规范领域之间的是动态要素“法律行为”，它是形成权的行使形式，可以证立、改变或废止支配权或其他形成权。^[78]对于教义学传统中发展出来的这些权利，都可以用法理论上的权利类型来分析，前者只是偶然的或与语言习惯和文化传统相关的用法，而后者却是逻辑上必然的。

其次，法理论的概念分析也可以被用来破除部门法学的价值论崇信。“法律行为”的概

[72] 具体阐述参见雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期，第22页以下。

[73] Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986, S. 75, 76.

[74] 例如，德国宪法法院著名的“泰坦尼克案”判决就通过权衡塑造了思想表达自由的新内涵（BVerfGE 86, 1.）。

[75] 参见前引[64]，耶施泰特书，第130页。

[76] 参见[美]霍菲尔德：《基本法律概念》，张书友编译，中国法制出版社2009年版，第28页以下。

[77] Vgl. Klaus Adomeit, *Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik—mit einem Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechte*, in Hans Albert, Niklas Luhmann, Werner Mehofer und Ota Weinberger (Hrsg.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag, 1972, S. 518.

[78] Vgl. Wolfgang Böhm, *Zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, 25 *Juristen Zeitung* 768 (1970).

念首先产生自民法。在民法中，一直以来“私法行为”被与“意思表示”相提并论。民法学者将其视为一种特殊类型的合法行为，即“据以设立、变更或废止法律关系之人的意思表示”。〔79〕由于意思表示及其效果，被认为与民法所崇信的反映私法基本精神的“意思自治”联系紧密，“法律行为”往往被民法学者视为民法所独有的概念，彰显了私法的独特价值。然而，如果从言语行为理论出发，以“权能”（即霍菲尔德说的“权力”）概念为基础，对民法所主张的“法律行为”进行重构，就会发现，它其实是一种并不鲜见的“宣告式言语行为”，在民法领域并不具有结构上的特殊性。即便保留其“意志表达（意思表示）”的特殊性，它也不限于民法领域，在公法领域同样存在。〔80〕这种行为之所以有法律效果，还是因为有法律规范的授权，因为权能本身就是一种规范性权力。所谓“意思自治”，其实是民法学对于私法行为概念的价值论附加，绝非科学分析的结果。

部门法学致力于提供的概念、公式和原理，可能是有语境限制的。它们的对象并不是超越时空的事物，而是特定语境中的实在法。虽然它们往往看起来普适，但由于与特定法律制度的性质相关，也只有从这一语境中才会获得意义，这是部门法学无法逾越的界限。而科学化要求超越实在法和部门法的界限，提供一套更为严密和周延的说明，并反过来审视部门法学的概念和原理，填补其不足。

3. 法理论的知识筛选功能

法理论对于部门法学的功能不仅体现在对内的方面，也体现在对外的方面。后一方面具有两个面向：一是防御的面向，即防止部门法学受到其他学科知识的过度侵蚀，以维系法学的独立性；二是适应的面向，即让部门法学保持吸纳相邻学科知识或作出及时回应的能力，以维系法学的开放性。

知识的流动性和跨学科研究的兴起已是不争的事实。如何在迎接这一潮流的同时维系本学科的固有法则，不让“跨学科”变成“无学科”，不仅涉及学科的自主问题，也涉及它对于人类知识的独特贡献。对于法学而言同样如此。一百多年前，德国哲学家冯特就曾预言这样一个时刻即将来临：“对于从事它的人来说，法律科学不再是最容易的学科，而成为最困难的学科之一，因为它可能要以最渊博的知识为前提。”〔81〕如今这一预言早已变成现实：除了哲学，社会学、经济学、人类学、文学等几乎一切相邻学科都在不断向法学输送知识。这在大大丰富法学的研究视角的同时，也使法学开始迷失方向。法学家似乎已无法再在其领域中被统一到一组固定的命题准则与问题上来。法律科学何以能维系其“法律”科学的性质？部门法学如何确保自己的独立性，防止其他学科无节制的入侵？在此，正是法理论扮演着“法律科学边界上的观察哨”的角色。〔82〕

作为“观察哨学科”，法理论在部门法学与相邻学科之间发挥着过滤器的作用：它的一项主要任务在于信息检测和加工，以及为部门法学提供相关框架，以便决定哪些相邻学科的信息在何种视角下对于狭义法律科学来说是相关的。〔83〕从这个角度看，它也是法律系统

〔79〕 Heinrich Dernburg, *Pandekten*, Bd. I, Berlin: Verlag von H. W. Müller, 1884, S. 207.

〔80〕 参见马驰：《普遍法律行为概念的法理学重构》，《法制与社会发展》2019年第4期，第35页以下。

〔81〕 Wilhelm Wundt, *Allgemeine Methodenlehre*, 2. Aufl., Stuttgart: Enke, 1894, S. 560.

〔82〕 Vgl. Stig Strömholm, *Hauptströmungen der schwedischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in der Nachkriegszeit*, 3 *Rechtstheorie* 35 (1972).

〔83〕 参见前引〔51〕，Dreier书，第22页。

的“防火墙”，要对渗入系统的信息加以筛选和过滤，保护自己免于不可用的尤其是有损于法律科学之固有法则的概念、观念、模型和方法的干扰。这并不意味着它要使部门法学对一切外部知识都关闭门户，或者无差别地对系统外来的知识进行防御。它要做的，只是对想要涌入法学领域的相邻学科知识进行“接口管理”，以特定的标准对它们进行甄别、过滤和筛选。这里的标准就在于，相邻学科知识能否以及在多大范围内可以基于法和法律科学的固有法则被重述。重要的是，这种过滤和筛选是以独白的方式来进行的，选择的标准完全来自于法律科学本身，而非别的学科。^[84]换言之，知识来源可以是跨学科的，但运作方式和视角却必须是法律科学自身的。

在法理论的中介机制下，相邻学科对部门法学发生影响的途径主要有两种：一种是相邻学科知识有限度、有方法地进入部门法学的论证之中，或者说部门法学以特定方式吸纳相邻学科知识。例如，关于死刑之目的和正当性的一般讨论可以为法律论证提供价值论基础，但在司法裁判中就死刑问题进行辩论时，必须以现行的制度、制度背后的意图、判例等为限定条件，必须以进入教义学结构的方式来发挥作用。另一种是相邻学科知识并不直接进入部门法学论证之中，而是引起部门法学说的自我调整以便对外部知识作出回应。最典型的情形体现在对公众关注案件的裁判中。法理论既要求部门法学回应社会效果，又要求这种回应必须以教义学的方式来进行。于此，社会效果的考量相当于是一种对教义学的“激扰”机制，法理论要求部门法学说借此进行自我调整以适应社会。但这只是引起学说调整的原因，并非学说调整的理由。新学说的理由永远只能在教义性法学自身的脉络中去寻求和发展。

法理论的特殊机制使得教义性法学能够克服社会现实的复杂性和偶然性，采取一种既稳定又灵活的方式。这就导致了法律系统的认知开放与运作封闭。^[85]法律系统绝非与生活世界及其他社会系统相互隔绝，而是可以充分学习和吸纳后者的经验、价值与意义；同时，法律系统作为社会系统的一种，其成分和程式在一个循环流转于系统内部的过程中持续运作，获得自我复制和内在的进化。^[86]外部知识要想进入法律系统，就必须以法学的概念与法律场域的游戏规则来进行“编码转化”，参与到部门法学说的论证过程中来。

综上，法理论可谓“教义的法理”。它既是知识的法理，又是方法的法理。它既在知识上为部门法学提供“总论性”的基本概念和原理，从而促进它们的体系严密性和稳固性，也从方法上为部门法学澄清法律人独特的作业方式，从而维系法学的独立性和开放性。它还能对部门法学进行解剖式观察，洞悉其知识和方法上的局限，从而保有反思和修正的可能。这能够使得教义化的部门法学研究成为一种不断趋向于科学化和理性化的事业。如此，法理论就与部门法学合在一起，形成了与哲学、社会学等相对的“法学”固有学科。

四、法理论研究的中国化

（一）中国的法理论研究的特点

法理论在中国的发展有其独特的历程。1949年之前，学界除了对英美分析法学有零星

[84] 参见前引〔64〕，耶施泰特书，第126页以下。

[85] Vgl. Niklas Luhmann, *Soziale System*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1984, S. 60 ff.

[86] 参见〔德〕尼可拉斯·鲁曼：《社会中的法》，李君韬译，台湾五南图书出版有限公司2009年版，第64页以下。

的介绍外，对于西方尤其是德国理论的介绍，基本集中于法哲学领域。1949年之后，中国的法学教育和法学研究全面继受苏联，而这一时期苏联版的法理论是无可置疑的正统。从20世纪50年代直到70年代末，带有苏联印记的“法的一般理论”几乎代表了整个法理学。最典型的表现就是1952年院系调整后，我国高等法律院校的基础理论课程以及教材所采用的名称无一不是“国家和法（权）的理论”。改革开放以后，法理学研究进入了复苏期。虽然从20世纪80年代开始，中国法理学界开始有意将法理学与政治学相脱离，法理学的学科代称也从“国家和法的（一般）理论”变成了“法学基础理论”，但法理论研究在20世纪80年代依然是中国法理学界的主流，它的整体框架也依然是苏联式的。尽管学者们开始有意对既有研究进行深化或修正，以图超越苏联学说，但由于对其他学术传统的陌生和理论资源的匮乏，他们的论述往往带有直觉式的痕迹。从20世纪90年代后期开始，法理学的研究主题和方法日益多元，远远超出“法的一般理论”的范围。法哲学研究重新在法理学中占据了重要位置，其他各种交叉学科的研究，如法社会学、法人类学、法经济学、法律与认知科学等，方兴未艾、层出不穷。与此同时，虽然依然有个别成果诞生，但总体上法理论研究被迅速边缘化。^[87]

从发展历程看，中国的法理论研究在整体上显现出三个特点：其一，中国的法理论研究是外生型的而非内生型的。与德国一般法学说的诞生过程不同，中国的法理论研究并非产生自学科自身的需要，而完全是外来的产物。由于当时所处的特殊历史环境，中国在20世纪50年代才全盘照搬了苏联的法理论研究。当然，这也与当时的现实背景有关：新中国的法制建设刚刚起步，许多法律领域一片空白，根本不可能发展出围绕实在法进行的教义性研究，自然也不可能在此基础上形成自己的法理论。

其二，中国的法理论研究从一开始就带有浓厚的政治—社会法理论色彩。这是由于历史唯物主义和辩证唯物主义成为了贯穿研究的基本方法论。在其影响下，苏联和中国的法理论研究具备两个明显特征：一方面，在法理学教材中关于国家理论的篇幅大幅度增加。国家与法被视为一个整体，国家是阶级斗争的产物，而法是统治阶级意志的体现，两者同时产生、同时消亡。由于国家被首先视为政治现象，所以并不存在独立于政治学之外的法理论。^[88]法理论研究中的政治因素与科学因素纠缠不清，“法的一般理论”也有了新的名称，即“国家与法的（一般）理论”。另一方面，法理论研究的重点不再放在基本法律概念上，而是将国家与法的产生、发展的一般规律，尤其是国家和法的历史类型学说作为重点。维辛斯基及其追随者的作品被大量翻译成中文，在中国广为流传，并产生了持续而深远的影响。可以说，中国的法理论研究从一开始就没有受到过分析法理论（一般法学说）传统的熏陶。

其三，中国的法理论研究迄今为止经历了由盛而衰的过程。在西方法律思想史上，从古希腊时代开始直至19世纪中叶，占统治地位的是一直是以自然法或理性法之名存在的传统法哲学。只是在近代科学主义思潮的影响下，传统法哲学衰落，才出现了推动形成一般法学说的动力。与此相反，新中国法理学研究的开端并不是法哲学，而是苏联式的法理论。

[87] 关于法的一般理论在中国七十年的发展过程，参见雷磊：《法的一般理论及其在中国的发展》，《中国法学》2020年第1期，第12页以下。

[88] 参见〔俄〕马尔琴科：《国家与法的理论》，徐晓晴译，中国政法大学出版社2010年版，第6页。

大约从20世纪90年代开始,法哲学才在法理学研究中慢慢占据主流。西方的各种法哲学流派,包括在一般法学说诞生前的各种法哲学观点,从这一时期开始传入中国并呈加速度发展,而其他各种交叉学科的研究也日益兴盛。这种局面在一定程度上迅速排挤、冷落了法理论研究。以致到了今天,除了教科书还保留了相应篇幅外,法理学者自己花费在基本法律概念方面的精力明显不足。

(二) 在中国复兴法理论研究的意义与可能

中国法理学正面临着新的历史境遇。比之于以往,在当下复兴和赓续一度中断的法理论研究传统显得尤其重要。今天比以往任何时代更需要法理学与部门法学的深度结合。“深挖专业槽”固然会走向专业化,但也造成了部门法学之间的过度隔阂和疏离。要促进诸部门法学的融通和相互理解,首先就要重视与部门法学关联最为紧密且同样采取法学内部视角的法理论研究。正是基本法律概念的存在,才使得各个部门法学能被统合为统一的法律科学。这也说明,法理学者不能再像以前那样,先闭门造好车,再去强行“指导”部门法学。^[89] 两者的互动与合作是大势所趋、时所应当。此外,新时代的科技挑战,如人工智能与大数据时代的到来,也同样要求法理学作出回应,而这势必要对原有的基本法律概念,如法律主体、法律责任等的内涵进行审视和重构。

中国法学并没有像西方法学那样经历过从教义化到多元化的过程,根基并不牢固。在西方尤其是德国,教义性法学经过了确立、成熟、受到冲击,再到呈现出开放和包容趋势的完整过程。^[90] 与之相应,法理学的发展也经历了传统法哲学的衰落、法理论的兴起,再到对法哲学的重新重视和交叉学科的不断涌现。相邻学科知识的冲击并没有消解作为法学之主体的教义性法学,而只是迫使它向着现代转型。但在中国,部门法学的教义化却是十分晚近的事,甚至可以说是由它的反对者催生出来的。法哲学和交叉学科研究的兴起反而要比它早。尤其是作为后发型法制现代化国家,中国的法律制度和理论都面临着复杂的“时空叠合”的格局,各种学科及其研究范式几乎无任何时间差地一齐涌来。面对汹涌而来的外部知识的挤压,稚嫩的教义性法学要既保持认知开放,又维护自身的独立性并提高其科学性,就更需要法理论发挥其辅助学科和中介机制的作用。唯有如此,中国法学才能成长为与其他学问一样的成熟学科。

数年前,有学者提出将“法理”作为法理学的中心主题,发出从法律中国、法治中国迈向法理中国的号召。^[91] 这在某种意义上可被视为发出了法理论研究复兴的先声。“法理中国”的可能性,在很大程度上取决于法理论在中国的研究程度。大体而言,在中国复兴法理论的可能仰赖于以下三个方面:

一是在兼容并蓄的基础上与部门法学形成良性互动。马克思主义是实践和开放的体系,是经过历史和实践检验的基本科学,不能被放弃。苏联传统尽管有其弊病,但也有其合理内核,要在批判性借鉴的大原则下进行继承。西方的法理论研究构成了另一重要的继受资

[89] 关于这种指导机制产生的困境,参见田夫:《法理学“指导”型知识生产机制及其困难》,《北方法学》2014年第6期,第5页以下。

[90] 参见雷磊:《什么是法教义学?——基于19世纪以后德国学说史的简要考察》,《法制与社会发展》2018年第4期,第100页以下。

[91] 参见张文显:《法理:法理学的中心主题和法学的共同关注》,《清华法学》2017年第4期,第32页以下。

源。事实上，从20世纪90年代开始，中国学界已经开始陆续引入西方尤其是英美分析法学的研究成果，并将其运用于部门法学的研究之中。但这种引介尚不系统和全面，中国学者尤其是对德国分析法理论传统的了解还处于一鳞半爪的状态。事实上，德国的许多一般法学说的作品与中国法理学教科书在整体框架上契合度较高，而在论述细节上更为周密且内在的统一性更强，可以作为很好的参照对象。^[92]只有在充分地深入所有这些传统的基础上进行全面吸收和适当转化，才能稳固中国法理论研究的基础。

当然，中国的法理论研究在一定程度上也取决于中国部门法学研究的成熟程度。教义化的部门法学是围绕本国现行实在法展开的活动，必然具有鲜明的本土色彩。中国目前存在的问题并不是部门法学要不要教义化，而是没有真正本土化的部门法学说。由于起步较晚，学者们大量借用西方学者围绕其本国实在法提出的教义学说，并在中国的舞台上展开学术争鸣。虽然这是学习者的必经阶段，但教义学者依然要保有警醒的意识和创新的自觉。如果有一天中国形成了自己的法学教义体系，基于对部门法学概念进一步抽象化而来的基本法律概念体系必然会彰显出中国特色。重要的是，这是符合中国法治实践需要、反映中国法学发展规律的概念体系。其最高成就的标志，就是形成法理论的中国话语体系。当然，中国的法理学者也不可坐等部门法学教义化研究的成熟，而应与部门法学者携手并进，从一般科学理论出发，对发展形成中的教义性法学研究进行审视和补强，在互动中取得创新。

二是提升研究的整体自治性和一般性。除了教科书外，迄今为止中国的法理论研究在对于基本法律概念进行研究时体系性不够，在关注点上呈现出畸轻畸重的现象。例如，学者们的个人研究过度聚焦于个别概念，如权利、法律关系等。即便在对个别概念进行研究时，也过于关注某些方面，忽略了其他方面。例如，近四十年来，中国法理学者对“法律关系”概念的研究就基本集中于法律关系的性质、内容和客体三个方面，对于法律关系的种类、主体、法律事实等方面则论述甚少。除了个人兴趣使然外，恐怕一个重要的原因就在于对法理论的框架缺乏整体规划，而这又是因为缺乏进行整体规划的方法工具。在这方面，康德关于法权论（法学说）的划分提供了很好的范例。^[93]只有设计出逻辑缜密的内在构成体系，才能增强法理论各个部分的自治性，从而在整体上提高科学性。

法理论研究也需要提升一般性。在历史上，一般法学说源自民法学。虽然这一发生学上的事实，并不能说明民法学者所提出的基本法律概念就只能适用于民法领域，但事实上，任何部门法研究者都不可避免地带有特定的理论前见，都会自觉或不自觉地以本领域的理论原型为预设去构筑一般理论。以“法律关系”学说为例。这一学说最早来自于民法学者萨维尼。虽然萨维尼力图提出关于法律关系的一般理论，但无论是他对于法律关系之内容（权利）的界定，还是对于法律关系的分类（家庭法、物法与债法），都带有明显的私法痕迹。^[94]中国学者在20世纪90年代就法律关系的对象提出的四分法（物、人身、精神产品、行为/行为结果）同样如此。^[95]显然，它们只适用于民事法律关系，而不能说明其他

[92] 参见前引[50]，Nawiasky书，“目录”，第V-XII页。

[93] 参见[德]康德：《道德底形上学》，李明辉译，台湾联经出版社2015年版，第53页以下。

[94] 参见[德]萨维尼：《当代罗马法体系I》，朱虎译，中国法制出版社2010年版，第258页以下。

[95] 参见舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社2019年版，第156页以下。

领域的法律关系。虽然亦有其他部门法学者曾试图重构法律关系的特定方面，但基本立足点是本学科的特殊性，并没有得出超越本部门法的一般性主张。这就使得某些部门法学在教科书中根本就不谈法律关系的概念，更谈不上将其作为基础性概念。未来，中国法理学者需要更加积极主动地去研判各个部门法的特性，并借鉴当代语言哲学、分析哲学、科学理论的研究成果进行精耕细作，抽象出价值更圆融、逻辑更严密、适用更普遍的概念体系。

三是加强分析法理论和社会法理论方法间的分工与合作。对法学研究方法的反思和自觉，或许是一门学科走向成熟最显著的标志。研究方法的自省意味着对于特定研究进路本身的二阶观察，意味着在对研究对象作出实质判断之前审视判断对象之方法本身。中国的法理学研究长期以来受苏联法学的影响，习惯于经济基础与上层建筑的教条框架，缺乏足够的方法论自觉，也没有辨清不同的研究进路所可能带来的不同结果及其意义。反映在法理论研究方面，就是对分析法理论传统及其方法的重视不足。所幸的是，近十年来，有部分中青年法学者开始重视“概念分析”的工作。他们不仅将分析方法运用于对诸如法的权威性、规范性、权利、义务、责任等概念的研究，而且对这一方法本身进行了系统探讨。^[96]它的继续和深化，必将给未来中国的法理论研究带来“哥白尼革命”。此外，社会法理论也应当成为中国的法理论研究的另一个重要支柱。尤其是近年来兴起的社会理论法学，就试图运用宏观社会理论，从结构和功能的整体视角出发讨论法律问题。它关注实证法，重视经由教义性法学的中介影响法律系统的实际运作，致力于现代法律的全面理性化。^[97]当然，严格说来，社会理论法学仍旧属于法社会学而非法理论的范围。但实际上，它与作为法理论分支之社会法理论间的界线并不清晰。尤其是当代的系统论研究，引入了社会学的基本观念来认识法的结构，并对基本法律概念进行重构。^[98]社会学的方法完全可以被用于研究法的概念和结构，从而将其研究成果转化为法理论。

社会法理论与分析法理论要加强相互间的沟通、理解和合作，也要进行合理分工。分析法理论的优势体现为，从微观层面对个别基本概念进行精致化的结构和要素研究，提高结论的逻辑严密性；社会法理论的长处在于，从宏观层面揭示法的运行模态和结构，为理解当代法的运作提供更合乎功能性和现实性的理解。只有在合理分工的前提下结合两者的优点，才能在未来产出更加专业也更加适合中国社会需求的成果。

结 语

法理论聚焦于基本法律概念、法的结构和法律科学的方法论反思。它看上去既不像各式各样的交叉学科范式那样时髦，也不像各种直接围绕中国法治实践展开的研究那般有用。但通过对法理论形成的背景及其过程的梳理可以发现，它的形成正是诸教义化的部门法学

[96] 代表性成果参见邱昭继：《法学研究中的概念分析方法》，《法律科学》2008年第6期；刘叶深：《法律概念分析的性质》，《法律科学》2011年第1期；朱振：《什么是分析法学的概念分析》，《法制与社会发展》2016年第1期。

[97] 参见陆宇峰：《社会理论法学：定位、功能与前景》，《清华法学》2017年第2期，第93页以下。

[98] 例如，系统论者就认为，法律体系的基本组成单位不是规范，而是法律事件（参见泮伟江：《法律是由规则组成的体系吗》，《政治与法律》2018年第12期，第114页以下）。

统合为统一的法律科学的关键。这种科学是真正的“法律”科学。法理论使得部门法学说体系更加严密和稳固，又保持了对它们进行反思和批判的可能；使得法学具有独立性，又让它对相邻学科保持智识开放。人们之所以有时会产生法理论“无用”之感，是因为当迄今为止的法律实践及其背后的部门法学运行良好时，它的作用就是隐而不彰的。但这并不能证明法理论就与实践没有任何关联。对此，可以引用比尔林的一个比喻作答：“地球围绕轴心自转，围绕太阳公转，这打眼看上去对于我们的实际生活毫无意义，但它恰恰不仅具有‘很高的理论价值’，而且也要求在未来可能发生的实践任务中被考虑到。”^[99]因此，一旦在法律实践中部门法学暴露其短处，法理论就将成为构筑新学说的出发点，进而间接对法律实践发挥效用。在此意义上，回到法理论研究中去，就成为当下摆在中国法理学者面前的迫切任务。

Abstract: To break the discipline barrier caused by excessively dogmatic branch laws, we should deepen and develop the research on legal theory, rather than demanding the unconditional openness of the legal science to other social sciences. A historical study reveals that, three elements constitute the background of the research on legal theory. They are the shift of scientific paradigm, the decline of traditional legal philosophy and the inner demand of branch laws. Originated from the historical jurisprudence and heralded by the juristic encyclopedia movement in the 19th century, legal theory, as an independent branch of legal science, has gone through three stages of development, namely initiation, maturation and diversification, gradually evolved from the analytical legal theory (general doctrine of law) into a comprehensive domain with various approaches. Legal theory is a normative discipline about positive law, which devotes itself to generalization and systematization of legal knowledge from the viewpoint of an inner observer and through the study on fundamental legal concepts. It consists of the theory of law and the theory of legal science, and has such functions as systematical construction, legal doctrines criticism and knowledge screening in relation to branch laws, thus can be deemed as jurisprudence for branch laws in the sense of both knowledge and method. Nowadays legal theory in China had its unique development history and irreplaceable importance. It should form an interactive relationship with branch laws on the basis of inclusiveness, enhance the integral self-consistency and generality in studies, and strengthen the cooperation and division of labor between methods of analytical legal theory and those of social legal theory.

Key Words: legal theory, general doctrines of law, fundamental legal concepts, scientificization, sinicization

[99] 参见前引 [70], Bierling 书, 第 223 页。