

# “法理”与“法律学说”:混用及其澄清

焦宝乾 李诗瑶

**摘要:**“法理”和“学说”两个概念在当前学界存在明显的混用乱象:或将二者等同看待,或认为法理包含学说等。其实,“法理”与“学说”在基本内涵、表现形式或载体、主客观属性及法源地位等方面都存在根本不同。同时,这两个概念也存在一些联系:从法学史角度看,法理与学说“同根同源”;学说是法理的载体之一,法理往往通过学说来体现;法理较为抽象,往往需要通过学说进行具体化;学说具有确证性,在研究中需要经受法理的鉴别与检验;此外,学说在不断自我超越,无限接近法理。在法学研究及法律实践中,我们应全面认识这两个概念之间的区别与联系,在使用时要严谨,不应似是而非、想当然地笼统对待。

**关键词:**法理;法律学说;法律渊源;法学家

**DOI:** 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2024.04.015

近年来,随着“法理研究行动计划”的推进,法理问题已成为我国法学研究的热点之一。本文着眼于法学研究中的一对常见概念,即“法理”与“学说”,予以比较并澄清相关模糊认识。因为笔者注意到,这两个概念在研究与交流中常被混淆。而且,这种混淆在理解和使用中比较普遍,甚至人们已对此熟视无睹、习以为常,但这种用语上的混乱毕竟给法学研究及交流带来了麻烦与误解。虽然也有少数研究涉及对“法理”与“学说”的区分<sup>①</sup>,但在目前语境下,这种混淆及误解总体上并未得到改变。鉴于此,有必要对“法理”与“学说”这组概念进行辨析。在中国法学研究不断推进且趋于精细化的今天,这种基本概念的辨析不仅必要,而且重要,因为基本法学概念的使用起码要规范、准确,不可似是而非、大差不差,如此才能推进法学研究的进一步发展。

传统上,人们往往从法律渊源意义上谈论“法理”与“学说”,本文不再局限于此,因为近年来我国法理研究毕竟已提供了更为宽广的学术语境。需要说明的是,本文所要研究的法学意义上的“学说”就是“法律学说”,区别于一般意义上的“学说”(因为各学科都有相应的学说);本文是在法学语境下使用“学说”一词,但为了论述的方便,在文中一般采用“学说”这一简称。

## 一、“法理”与“学说”:混用乱象

学界在教学及研究中,既有将“法理”与“学说”视为同一概念合并起来界定的情况,也有将“法理”与“学说”作为不同的概念分别界定<sup>②</sup>的情况。对二者的处理方式有三种:(1)将法理等同于学说;(2)法理包含学说;(3)法理不同于学说<sup>③</sup>。这些研究成果其实已关注到“法理”与“学说”概念使用的乱象。本文在界定“法理”与“学说”的基础上,从以下两个方面来描述学界的混用乱象:

1. 在界定“法理”或“学说”时,将这两个概念简单等同。具体做法有如下几种:

**基金项目:** 国家社科基金重点项目“法律方法论视角下我国法律统一适用之研究”(20AFX004)。

**作者简介:** 焦宝乾,浙江大学光华法学院教授,博士生导师(杭州 310008; jbq58@126.com);李诗瑶,浙江大学光华法学院博士研究生(杭州 310008; lishiyaozju@163.com)。

① 于晓青:《法理与学说作为法源之研究》,上海:复旦大学出版社,2017年,全书各章均在区分意义上论述法理与学说;李敏:《民法法源论》,北京:法律出版社,2020年,第六章:法理与学说:兜底法源与参照资料。

② 于晓青:《法理与学说作为法源之研究》,第81页。

③ 李敏:《论法理与学说的民法法源地位》,《法学》2018年第6期。

(1)在界定“法理”概念时,实际上将其理解为法律上的“学说”,将二者等同看待。当然,这种做法在具体表述上又略有出入。例如,有法国学者认为,“法理一词指的是那些从事法律工作的人,即广义上所称的法学家(法律教授、法官、律师、从事司法或司法以外的法律工作的人员)陈述的观点”<sup>①</sup>。国内法学界通用的法律辞典和权威法理学教科书的一般定义为:法理是指对于法律的理性认识成果,通常表现为法的理论、原理、学理和学说<sup>②</sup>。还有其他教科书对“法理”的界定如:法理“即学者对具体问题的解释”<sup>③</sup>、“法理主要是指法学家对于法的各种学理性说明、解释和理论阐发”<sup>④</sup>,法理即法律学说、学理,是有关法律的学说、原则或精神<sup>⑤</sup>。另有学者认为,“法理是指法律上的道理,是形成某一国家全部法律或某一部门法律的基本精神和学理”,但却又认为法理“本质只是相关学者在法律上的见解”<sup>⑥</sup>。

(2)在界定“学说”时,将其与“法理”混同。如有学者将学说称为法理,认为学说是“权威的法学家在其著述中阐释的法学概念、原理和主张”<sup>⑦</sup>。

(3)有学者将“法理”与“学说”一并界定,并从民法研究的角度入手,认为法理是广义的法学家就民法问题所陈述的观点,而学说则指“法学家对成文法的阐释、对习惯法的认知,以及对法理研究所表示的意见”<sup>⑧</sup>。可见,“法理”与“学说”都是通过研究而形成的“观点”或“意见”,这让人很难看出二者究竟有何区别。

将“法理”与“学说”混淆使用,甚至已成为一种用语习惯。我国学者在界定法理时,将“法理”与“学说”混在一起讨论的现象较为突出。在称谓上,除“法理”(“条理”)外,“法理与学说”“法律学说”“学说”“学理”等词语,均被用来表达法理或者包含法理的含义<sup>⑨</sup>。另外,还有将“法理”与“学说”混合使用(“法理学说”<sup>⑩</sup>)或合并使用(“法理或学说”<sup>⑪</sup>)的其他提法。由此出现诸多语焉不详、似是而非的奇特提法。但在相应语境下,这些用语其实指称的只是法理或学说中的一种。而且,这同样也出现在裁判文书中,有关研究显示,在司法实务中,约有27.9%的裁判文书存在误用或滥用“法理”的情形<sup>⑫</sup>。

2.认为法理包含学说,将法理作为包含学说的一个上位概念。例如,韩忠谟认为,“法理”是一个包含非常广的概念,包括人伦之常理,如正义、衡平等原则,还有法学者的权威著述,就法律所为之诠释、推理<sup>⑬</sup>。可见其认为法理包含了学说。类似观点认为,法理应指现行法内各种原理原则,与足以反映社会上的传统伦理、主流价值与公共政策的学说理论,可能存在于教科书、公报、公听会、下级法院的判决乃至习俗、俚谚等之中<sup>⑭</sup>。还有人在界定“法理”时,似是而非地同时引入一定表示“学说”的

① 亨利·莱维·布律尔:《法律社会学》,许钧译,上海:上海人民出版社,1987年,第78页。不过,这里也不排除存在误译。

② 郭栋:《法理概念的义项、构造与功能:基于120108份裁判文书的分析》,《中国法学》2021年第5期。

③ 孙宪忠主编:《民法总论》,北京:社会科学文献出版社,2010年,第61页。

④ 孙春增主编:《法理学基础》(第二版),北京:北京大学出版社,2014年,第96页。

⑤ 姚小林:《法律的逻辑与方法研究》,北京:中国政法大学出版社,2015年,第200页。

⑥ 张钧涛:《新时期我国民法研究》,北京:中国商务出版社,2018年,第30页。

⑦ 刘想树:《学说与判例的法渊源地位研究》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2002年第4期。

⑧ 姚辉:《论民事法律渊源的扩张》,《北方法学》2008年第1期。

⑨ 于晓青:《法理与学说作为法源之研究》,第80页。

⑩ 刘青峰:《审判解释引论》,北京:法律出版社,2004年,第167页。

⑪ 有学者用“法理或学说”,参见姚辉:《论民事法律渊源的扩张》,《北方法学》2008年第1期;也有人用“权威性学说或法理”,参见张光杰主编:《法理学导论》(第二版),上海:复旦大学出版社,2015年,第43页。他们在“法理”与“学说”之间加上一个“或”字,给人以二者等同之感。

⑫ 李敏:《论法理与学说的民法法源地位》,《法学》2018年第6期。判决书中的例子,参见《刘某赞诉绥宁县寨市苗族侗族乡某村民委员会等侵犯集体经济组织成员权益纠纷案》,(2010)绥民初字第242号。在该判决书中,“意思自治”和“权利自由处分”两项法理法源被笼统地归纳为“法理学说”。

⑬ 韩忠谟:《法学绪论》,北京:中国政法大学出版社,2002年,第26页。

⑭ 苏永钦:《私法自治中的经济理性》,北京:中国人民大学出版社,2004年,第22页。

内容,如有人认为,“法理,是指法律的原理或一致接受的学说,也称关于法律的自然道理”<sup>①</sup>。另外,有人在“法理”项下也涉及学说法源的历史演进和现状描述<sup>②</sup>。这样一来,就出现了一方面认为法理包含了学说,另一方面又在研究中经常将二者并列使用的逻辑矛盾。

综上所述,在教材编写、学理研究及裁判实践中,很多人习惯于将“法理”与“学说”这两个概念简单等同或混合使用,从而给法学研究及交流带来了误解与麻烦。因此,有必要对这种混用乱象予以澄清。

## 二、“法理”如何区别于“学说”?

“法理”与“学说”这两个概念的混用乱象,在一定程度上缘于二者的近似性。在研究方法上,二者都需要法学家创造性的研究去探求。在研究对象和内容上,法理与学说也彼此接近或相互交织,令人难以分辨。“法理”一词所引出的规范性命题常常被理论、原理、学理、学说解释所包裹,在此情况下,“法理”容易被误解为只是法的理论、原理、学理、学说<sup>③</sup>。另外,二者在功能上也有一定的近似性。这些都是造成人们经常混淆二者的原因,但这绝不应是混淆二者的正当理由。那么,二者究竟如何区别?

### 1. 基本内涵不同

民国时期的法学作品中即出现了对“法理”概念的界定,并一直延续到后来的研究中。如有学者认为:“法理系指自法律精神演绎而出的一般法律原则,为谋社会生活事物不可不然之理,与所谓条理、自然法、通常法律的原理,殆为同一事物的名称。”<sup>④</sup>在法学史上,人们对法理的认识有各种不同见解,大体上可归纳为如下几点:(1)法律原理或原则说,认为“法理”就是从法律全体或根本精神而产生的法律原理或原则;(2)自然法说,强调“法理”为一种自然法;(3)事物本质说,认为“法理”是德语中的“事物本质”(Natur der Sache)。此外,还有人认为法理其实包括以上三者在内。黄茂荣教授将法理存在之样态分为:(1)平等原则;(2)立法意旨;(3)法理念;(4)事物之性质:事理<sup>⑤</sup>。近年来,我国学界对法理主题持续予以关注,形成了不少有价值的研究成果。张文显教授在研究中对“法理”的语义作了八种区分<sup>⑥</sup>。胡玉鸿教授认为,法理即法律原理,是在综合各种法律现象的基础上,由学者所抽象并为社会所认同的有关法律基础、法律根据、法律判准、法律渊源的基础性、普遍性原理<sup>⑦</sup>。上述对法理内涵的探求颇具启发性。当然,人们对法理概念的内涵,迄今为止依然未有定论,“没有形成一种简明的、精准的理论概括”,甚至认为“任何关于法理的规定性定义都是封闭式的,将陷入一种‘非此即彼’的本质主义误区”<sup>⑧</sup>。可见,廓清“法理”的概念内涵是个难题,但这里援引学者们对法理的理解依然有助于认识这个概念。

“学说”的内涵则完全不同。学说一般被理解为学者在研究中提出的法律上的主张、见解,是“法学家对于成文法的阐释、习惯法的认知及法理的探求”<sup>⑨</sup>。有瑞士学者认为,“学说是指法科学。它可以被描述为‘法学家表达之观点的整体’,无论该观点的表达是在教科书、评注书、专著、论文、判决评

① 韩松编著:《民法总论》(第三版),北京:法律出版社,2017年,第32页。

② 傅静坤编著:《民法总则》,广州:中山大学出版社,2014年,第16页。

③ 郭栋:《法理概念的义项、构造与功能:基于120108份裁判文书的分析》,《中国法学》2021年第5期。

④ 参见王泽鉴:《民法总则》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第60页。

⑤ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第381页。

⑥ 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。

⑦ 胡玉鸿:《法理即法律原理之解说》,《中国法学》2020年第2期。

⑧ 张文显:《法理泛在:法理主题致辞集》,北京:法律出版社,2020年,第295、303—304页。

⑨ 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第299页。

论抑或其他文献中”<sup>①</sup>。瑞典法学家佩岑尼克指出,“法律学说”这一术语“是指学者们的思想活动,以及该活动的产物”。法律学说具有双重性:它致力于获得一种法律的知识;但同时,在最广泛的意义上,它又是法律的一部分<sup>②</sup>。而且在大陆法系法学传统中,学说的地位与作用更为凸显。

可以说,在基本内涵上,“学说”与“法理”存在根本不同。一谈到“学说”,马上让人联想到的是法学者或法学家的理论研究成果,体现的是学者的思想观点,而“法理”的含义则显然要比学说更加丰富、复杂。虽然对“法理”的概念无法简单地定义,但一般说来,法理是法律及法学背后深层次的,具有本源性、原则性、理据性的普遍性原理,在内容和理念层面体现了法的本质性要求。可以说,法理是一个综合性、抽象性的概念,具有浓厚的法哲学意蕴,同时也包含了诸多美好的价值元素。法理已成为跟法律、法治并列的一个法学基本概念。而学说则缺乏法理这样丰富的含义,它是学者在法学研究及教学中探索形成的、带有个人主观性的智力成果。当然在具体内涵上,“学说”跟“法理”亦非完全无关。按照学界的一般理解,学说包含了“对法理的探求”。可见,虽然“学说”与“法理”在基本内涵上明显不同,但也存在一定联系。

## 2. 表现形式或载体有差异

与“法理”和“学说”在内涵上的根本不同相一致,二者在表现形式或载体上也有很大差异。法理具有极为丰富的内涵,在表现形式或载体上同样极其多样。根据“法”与“理”的关系,可以分为三个层次:一是关于法的“理”(reason of the law),二是法中的“理”(reason in the law),三是法律作为“理”(law as the reason)<sup>③</sup>。而且,法理与实证法之关系有三种样态:(1)存于法律明文;(2)存于法律基础;(3)存于法律上面<sup>④</sup>。虽然理论上可以如此划分,但是,法理毕竟是一个非常抽象的理论范畴,如何对其加以把握,还需要借助特定的方法。其实,早在民国时期,就有不少学者开始有意识地依凭一定载体来识别与发现法理。对此,胡玉鸿教授总括指出,民国时期学者们确定的法理载体为本国判例、学理或者学说、国外立法例<sup>⑤</sup>。而且,从哪去发现和提炼法理呢?纵观学者们的论说,这些材料大致包括法律制度、法律学说以及世道人心等<sup>⑥</sup>。在这里可以看出,“学说”本身也是发现法理的一种载体。

之所以出现对“法理”一词如此错综复杂的使用情况,综合古今中外经验,是因为法理的存在和表现形式主要见于各种法律学说、立法理由、立法沿革资料、司法解释、外国立法例、司法判例,甚至法律格言、法谚等当中。正因如此,法理无处不在、无时不有、无所不能<sup>⑦</sup>。鉴于法理广泛存在于各个领域、各个方面,故被称为“法理泛在”。应注意,法理虽然无处不在,但这只是表明其客观存在,而人们对它的识别与发现则是另一回事。也因如此,在法学研究中,法理是需要被“发现”或被“提炼”的,在司法中,何谓“法理”,应由法院在审理案件时,依具体情况斟酌认定之<sup>⑧</sup>。就此而言,法理的识别与发现是一项专业性很强的活动。

与法理无处不在、无时不有的存在样态不同,学说则往往受制于特定时空条件。学说总是法学家在特定时代语境下研究与探讨得出的成果,同时也具有明显的地域性。“学说的这种地域性并不因为一些跨国的知识漫游而改变……实际上,当前法律的高度复杂性带来的一个结果是法学家们遑论了

① 贝蒂娜·许莉蔓·高朴、耶尔格·施密特:《瑞士民法:基本原则与人法》,纪海龙译,北京:中国政法大学出版社,2015年,第79—80页。

② 亚历山大·佩岑尼克:《法律科学》,桂晓伟译,武汉:武汉大学出版社,2009年,第6、11页。

③ 张文显:《法理泛在:法理主题致辞集》,第305页。

④ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,第377页。

⑤ 胡玉鸿:《民国时期法律学者“法理”观管窥》,《法制与社会发展》2018年第5期。

⑥ 胡玉鸿:《法理的发现及其类型》,《法制与社会发展》2020年第3期。

⑦ 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。

⑧ 施启扬:《民法总则》(修订第八版),北京:中国法制出版社,2010年,第57页。

解外国法,连掌握本国全部法律都力有不逮。”<sup>①</sup>学者或法学家毕竟身处特定研究语境开展工作,这也是其智力成果,即学说不同于法理的原因之一。在特定时空语境下,学说往往需要借助于一定载体才能得以呈现。在大陆法系历史上,学说(尤其是通说)一般具有崇高的地位。比如,德国最权威、最有用的通说载体,一是对已经颁布的法律作逐条解释的“法律评注”(Kommentar)工具书,二是法学教材,三是司法判决<sup>②</sup>。在法国,学说的载体还有为数不少的“口头化的产品,它们的质量比起书面作品也毫不逊色”。另外值得注意的载体还有刊物<sup>③</sup>。在我国,法律学说可能广泛存在于法学著述、教材、学术刊物、法律条文释义、立法沿革资料、案例、司法解释、答复、实务见解、法律百科全书乃至法律辞典等当中。总之,学说依附的载体也是多种多样的,但跟抽象性与综合性更强的法理相比,恐怕还存在程度上的区别。

### 3. 主客观属性不同

法学界已有一些成果揭示了法理(及其思维)的多种特征<sup>④</sup>。可以说,“法理”与“学说”在基本特征上呈现出明显区别。下面,笔者从二者相区分的一种重要属性,即主客观性方面加以对比。

(1) 法理具有客观性。法理是主观的抑或客观的?早在民国时期,就有人认为法理是客观的,并区分了“法理”与“条理”:法理是客观的,体现为表明法律正当性的原理、原则;条理是主观的,是人们对自然规律、自然秩序的主观体悟<sup>⑤</sup>。但也有人认为法理自身的主观性太强,并以此否定了法理的客观性。不过,倘若法理人言人殊,那么相应地,法律的安定性和预测性也就无法保障。因此,一种颇为有力的看法坚持认为,与学说不同,一般情况下法理都具有相对确定性和客观性,在依据法理进行裁判时,法官不能恣意妄为,必须受到一定的约束。这可以说是两者之间最为明显和巨大的差异。从法律渊源视角看,“法理”与“学理”或“学说”有本质不同。“学说千差万别,各有所衷,具有更大的主观性和任意性;而法理应当具有相对的确信性和客观性。这也正是法理是法律渊源的表现形式,而学说则不然的原因。”<sup>⑥</sup>这些见解揭示出法理与学说在客观性与主观性、确定性与不确定性上的明显差异。

法理何以具有客观性?这是因为,与带有明显个人主观见解的学说完全不同,人们在谈法理的时候,往往带有明显的确信性,可见法理本身具有某种公信力。可以说,法理的效力比学说强,往往被理解为某种无可置疑的决策依据。故法理“固有其不确定性,但终究是法治所当追求之至善的原则。所以,犹如公平,必须时时悬为法治所追寻的目标,不但在法律之解释,习惯法之发展,以及法律漏洞之确认及补充皆应取向于法理”<sup>⑦</sup>。法理是一个高度抽象的概念,有时也被称为“事物本质”或“自然法”,具有确定性、客观性。当然,法理的这种客观性亦非如自然科学那种意义上的“客观性”,而是基于其内在价值的“不可不然”之属性。比如,作为法理具体体现的各种法律格言或法谚,像“法无授权不得为、法无禁止即自由”“正义不仅要实现而且要以人们看得见的方式实现”“无救济则无权利”等,均具有这种“不可不然”属性。“昆山反杀案”则让人看到了“法不能向不法让步”这一法理。法理具有客观性,但在现实司法中,也经常会碰到法理需要通过主观运作才能达成的实际境遇。这是因为,法

① 菲利普·热斯塔茨、克里斯托弗·雅曼:《作为一种法律渊源的学说——法国法学的历程》,朱明哲译,北京:中国政法大学出版社,2020年,第202页。

② 黄卉:《论法学通说》,载《北大法律评论》(第12卷·第2辑),北京:北京大学出版社,2011年,第334—382页。

③ 菲利普·热斯塔茨、克里斯托夫·雅曼:《法国学说的主体》,郑力海译,载舒国滢主编:《法理:法哲学、法学方法论与人工智能》(总第4卷),北京:商务印书馆,2018年,第88—89页。

④ 清末学界探讨了法理的几个基本特征:抽象性、普遍性、开放性、正当性。参见胡玉鸿:《清末变法中法理言说的兴起及其内涵——清末变法大潮中的法理言说研究之一》,《法制与社会发展》2020年第2期。还有学者认为,法理具有内在性、原理性、规范性、文化性、高维性五个属性。参见王奇才:《作为法律之内在根据的法理》,《法制与社会发展》2019年第5期。

⑤ 胡玉鸿:《民国时期法律学者“法理”观管窥》,《法制与社会发展》2018年第5期。

⑥ 李永军:《民法典总则论》,北京:中国法制出版社,2022年,第96—97页。

⑦ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第七版),厦门:厦门大学出版社,2024年,第68—69页。

理并不像国家立法那般明确、客观,其能否在司法中得以适用,取决于法官的主观判断。在这里,法理就是法官在裁判案件中,在穷尽了明文规范依据时,根据他对案件的理解来作出公平的裁判。因此,探讨如何使法理的客观性得以呈现,也许更为紧要。

(2)学说具有主观性。学说明显具有主观性,只代表学者个人的意见。确实,学者的见解无法排除其主观意志,而且从学说的具体呈现形式也能看出其主观性。法学上有很多种学说的类型,比如在法律解释目标问题上,有主观说、客观说、折衷说。另外,关于“学说”的提法还有肯定说、否定说、主流学说、法学通说等。其实,从这些名称即可看出,法律学说是法学家在法律问题研究中形成的不同的个人看法。这种主观性体现在:

第一,争议性。法学所关注的不是客观物理现实,而是规范世界。针对各种法律问题或法学问题,人们往往会提出支持或反对、合法与否的意见。因此,法学就成为一门颇具论辩性的学科,法学思维具有批判性、论辩性。在司法实践中,对同一问题上的分歧学说也有可能裁判文书说理时予以探讨,如在全国首例代孕引发的监护权纠纷案中,法院分析了关于代孕所生子女亲子关系认定上的四种学说,择最后一种而从<sup>①</sup>。类似的案例当然还有很多。

第二,说服力。这源于不同法学理论之间的竞争,在此竞争格局下,哪种理论能最终胜出抑或出局,在很大程度上取决于其理论说服力与论证力。学理具有说服的能力,这种能力使得它具备了一种对司法判决作出赞同或反对的评价功能,并最终使其具有了对不同判决结果作出仲裁的功能<sup>②</sup>。说服力大小更是从经验或感知层面印证了学说的主观性。

第三,变动性。学说会随着时代发展而不断变动,不可能一成不变。任何法学理论研究都是在特定学术语境下进行的,“法学知识的成长也是有谱系的。任何意图从事法学知识生产的人都不可能跳脱出这个谱系。法学要想成为真正理想的科学,仍然需要法学家们持续的努力(包括理论和方法的再精细化),通过法学范式的承继与转换而不断取得法律科学上的进步”<sup>③</sup>。由此,在法律学说的推动下,和一代代法学家前赴后继的持续努力下,法律才能不断发展,法学才得以繁荣进步。

#### 4. 法源地位不同

在法学史上,法学家的观点或学说曾拥有规定的约束效力。这种情况甚至直到19世纪都是如此。“而如今的共识则认为,法学学说并不构成法源——即使次级法源也称不上,毋宁说其(仅仅)是一种法认知源。”<sup>④</sup>但也有人认为,法律学说是可以被法学家看作某种权威理由的一种法律渊源<sup>⑤</sup>。当今主流的看法认为学说并非法源,或者极力贬低其法源地位。不过,虽然学说不具有形式上的拘束力,但在实质上则可能拥有很大的影响力。法学上的学说在实践中依然发挥着不可替代的作用。“学说无拘束力,但为法律继续形成 *Rechtsbildung* 之出发点”<sup>⑥</sup>,而且,德国法官经常在判决中引用法学学者的观点<sup>⑦</sup>。与这里讨论的法律学说相关,当代有学者关注法律学术(*Legal Scholarship*)研究,并认为法律学术很可能在现代法律制度中起到法律渊源作用,也就是说,在这种制度下,法官在决断案件时,很可能以特定的方式将这种法律学术作为独立的根据,以此来提供规范<sup>⑧</sup>。所以,无论是否承认法律学说的法源地位,其在当今司法实践中的意义依然不容忽视。归根到底,法律学说的法源意义缘于其权威性。而学说的权威性源于法学家理性的法学研究立场、态度与方法,由此提出的看法才能令人信

① 李宇:《民法总则要义》,北京:法律出版社,2017年,第68页。

② 罗道尔夫·萨科:《比较法导论》,费安玲等译,北京:商务印书馆,2014年,第96页。

③ 舒国滢:《法学的知识谱系》,北京:商务印书馆,2020年,第1632页。

④ 托马斯·M. J. 默勒斯:《法学方法论》,杜志浩译,北京:北京大学出版社,2022年,第172页。

⑤ 亚历山大·佩岑尼克:《法律科学》,第29页。

⑥ 黄立:《民法总则》,北京:中国政法大学出版社,2002年,第58页。

⑦ 托马斯·M. J. 默勒斯:《法学方法论》,第172页。

⑧ Fábio P. S., *Legal Scholarship as a Source of Law*, Heidelberg: Springer, 2013, p. 36.

服。克莱默认为,“因为学理没有规范性的约束力,所以它的权威完全来自其为法的发展提供的论证说服力”<sup>①</sup>。学说的权威性毋宁说是缘于其自身对法律与法理的探求而具有公信力、说服力、表达力。这也可从各国法律学说的具体实践得到证实。

而关于法理的法源定位,有人认为,由于法理为物之道理,所以“法理”属于所有法源之基础,是制定法、习惯法、判例法等法源之最根底之“物”<sup>②</sup>。因此,法理往往是法治所追求的基本原则,作为一种法源具有重要的补充功能,使得法律能够适应社会时势或法律规范的发展与演进。法理不仅是一种法源,而且是一种较为独特的法源:它不仅能够作为其他制定法、判例法、习惯法等法源之根基,对其他法源进行补充、评价、鉴定,而且由此在法源体系中居于一种独特地位。张文显教授认为,法理应当作为一项兜底性法律渊源,在这个意义上,法理是司法裁判的终极性依据<sup>③</sup>。这可谓是对法理之法源地位的准确定位,而且,这一定位也得到了一些国家立法的确认。各国民法典中关于兜底性法源有两大规范模式,其中第一种模式就是以法理为兜底性法源。其所规定的法理形态多样,又可分为两类:其一,引入抽象的法理概念作为法源;其二,规定实质意义上的法理(如自然法和公平原则、法治精神、善意、合理、公正的要求)为法源<sup>④</sup>。在许多复杂、疑难、新类型案件中,往往就需要司法机关以法理作为裁判的兜底法源来解决这些案件。当其他各种法源均已穷尽且无能为力之际,就要诉诸法理法源。

总之,学说作为法律渊源,在司法适用中具有说服力;而法理作为法源,体现出来的则是一种兜底性。学说的存在缘于其说服的权威性,而法理的兜底性则根源于其内在的理性与正当性,二者的区别是显然的。

### 三、“法理”与“学说”之间的内在联系

“法理”与“学说”固然是两个根本不同的概念,不过也应看到二者之间存在千丝万缕的内在联系。其实也正因这种联系,它们才容易被人们混淆与误用。但要强调,这种联系是建立在二者彼此明确区分的前提下的。这种内在联系体现在如下几个方面:

#### 1. 从法学史角度看,法理与学说“同根同源”

现在所说的“法理”“学说”,只是后来随着法学研究的发展而予以界分的。其实在法学史上,二者往往是彼此杂糅而难以界分的。如有学者所论,法理与发轫时期的法教义“同根同源”(具有同质性)<sup>⑤</sup>。简言之,古罗马法学家的法律学说,是法理的雏形。这其实反映了早期法学研究中“法理”与“学说”的真实状态。在当时,“法理”与“学说”并没有像后来那样清楚的界分,而更多是杂糅不分、“同根同源”的,共同存在于早期法学家的研究中。在西方,有不少以拉丁文形式流传后世的法谚(*legal maxim*,即“蕴藏法理,金科玉律,字字珠玑”<sup>⑥</sup>)。从这些法谚中我们可以找到某些原理、原则、规则的最古老的依据。可以说,法理往往具体表现为法谚,而法谚中包含着丰富的法理,如法的效力与既往(“法律为未来作规定,法官为过去作判决”)、法的公开性(“法律不经公布就没有效力”)、法的概括性与普遍性(“法不是针对个别人而是针对一般人而设计的”)。在英国法律中,法谚起到了像法律规范

① 恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,北京:法律出版社,2019年,第221页。

② 刘得宽:《法学入门》,北京:中国政法大学出版社,2006年,第21页。

③ 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。

④ 李敏:《民法法源论》,北京:法律出版社,2020年,第174页。

⑤ 谭婷、王冲:《向法理开放的法教义学——“法理与法教义学”学术研讨会暨“法理研究行动计划”第十二次例会述评》,《法制与社会发展》2020年第1期。

⑥ 郑玉波:《法谚》(一),北京:法律出版社,2007年,自序,第1页。

那样的作用。法谚在英美法系受到与普通法同等的对待<sup>①</sup>。法谚源于学者的研究与概括,后来凝结为饱含法理内涵的知识而流传后世。另外,还有不少法律原则同样源自法学家的研究,后来积淀下来,成为公认的法理。可见,从法史学或发生学上,法理与学说存在密切的共生关系。

## 2. 学说是法理的载体之一,法理往往需要通过学说来体现

法理本身比较抽象,且内涵丰富,往往需要通过多种载体来体现。学说其实就是一种载体之一。学说体现出对法理的探求,并在此过程中,不断促进法律制度与时俱进。比如合同法上的缔约过失责任,一开始就是通过学说的形式出现,后经过法学家不断地法理探求,逐渐演变而成为一些国家的法律制度。法理有多种载体,“惟法理之中,其取自学说者亦多”<sup>②</sup>,因此,二者经常紧密联系在一起。法理丰富的内涵源于法学家对学说的研讨、论争。法理借助法学研究者来发现、提炼、传播,没有法律学说对法律现象进行归纳、描述以揭示隐含于其中的法律原理,则法理不可能被发现和推广<sup>③</sup>。只有通过学者之间就专业问题进行论辩、探讨,真正的法理才能不断得到锤炼和概括。在此过程中,法律学者担负着关键的使命,因为学说毕竟需要通过人去发掘与探索。在法源论上,学说虽不具有法源性,也不具有法律拘束力,但却可能成为法理的具体内容。虽然如此,但实际上,学说从本质而言是法理的某种具体化,是对法理的一种表达或认识。人们之所以容易混淆法理和学说,就是因为把法理的本体和法理的表现载体或形式简单等同了。其实,法理是内容,学说是载体、形式。法理的丰富内涵经常需要通过学说去发掘、表达和体现,而学说所表达的内容往往包含有一定的法理因素。

## 3. 法理较为抽象,往往需要通过学说得以具体化

法理之所以需要具体化,是因为其抽象性。在法源层面,在引用法理补充法律前,必须把法理进一步具体化。该具体化的工作,常由学说或实务在日积月累的努力中逐步完成<sup>④</sup>。可见,抽象的法理需要借助法学家对现实生活中的法律现象进行分析与表达,得出对法理的认识,并由此形成学说。法理的抽象性决定了其需要通过一定媒介来具体化。在此过程中,法学家及其形成的学说无疑扮演着重要角色。同时,法理也为学说指明了研究目标。法理借助学说而具体化,意味着学说为法理的形成提供了必要条件。学说对法理的研究与提炼有着独特的价值和作用。法理通过对学说的研究、探讨、交流而逐渐彰显。

## 4. 学说具有确证性,在研究中需要经受法理的鉴别与检验

在同一问题上,不同法学家经常会有不同见解,因此学说本身不可避免地存在争议性。但问题在于,具有争议性的学说能否得以证成?佩岑尼克认为,为了理解法律学说,理论家必须作出下列主张:尽管其具有规范性,本体论上的晦涩、模糊性,哲学观的碎片化和区域上的地方性等特征,法律学说仍然是可以证成或辩护的。法律学说在理性上是可以证成或辩护的<sup>⑤</sup>。这一论断如何可能?对法律学说最重要的异议是其规范性主张是不可证成或辩护的。但是法律学说产生了一种相对稳定的规范性。这一规范性是基于融贯性<sup>⑥</sup>。其实,学说倘若要具有说服力并得以证成,就需要给出有理有据的论证。这也意味着法学家的学说应当经受其他标准的评估与检验。学说由此不可避免地具有确证性。“确证性指客观上的适当性以及其论据具有说服力:学说的论证需经受住从正义、法安定性和实用性方面的批判性检验。如果各个学说彼此不同(实际的确常如此),法院不得对观点进行简单计数,而

① 孙笑侠编译:《西方法谚精选:法、权利和司法》,北京:法律出版社,2005年,编译前言,第3页。

② 丘汉平:《法学通论》,载程波点校:《法意发凡——清末民国法理学著述九种》,北京:清华大学出版社,2013年,第490页。

③ 胡玉鸿:《清末变法中法理言说的兴起及其内涵——清末变法大潮中的法理言说研究之一》,《法制与社会发展》2020年第2期。

④ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第七版),第112页。

⑤ 亚历山大·佩岑尼克:《法律科学》,第113页。

⑥ 亚历山大·佩岑尼克:《法律科学》,第265页。

必须批判性地探究、评判和考量(‘权衡’)。”<sup>①</sup>这里所讲的正义等检验标准其实就是法理,法理通常表现为公平正义之价值。法理作为法律原理,构成学说的基础或来源,其本身能够作为检验和评价学说的正当性标准。法理既是检验学说的标准,也构成学说孜孜以求的终极目标,因此,“找到客观的‘法理’是……法律科学的一项重要使命”<sup>②</sup>,具有主观性与争议性的学说,会受到具有客观性与确定性的法理的约束与规制。总之,“法理”与“学说”之间存在双向联系:一方面,法理需要借助学说实现具体化;另一方面,学说又要以法理为标准进行检验。

#### 5. 学说在不断自我超越,无限接近法理

由于其局限性,学说所揭示的一般只是部分法理内涵(尤其是就某个法学家的学说而言)。而且从时间上,学说对法理的揭示也不是一蹴而就的,往往需要一个众多专业研究者参与的过程。“由于法理的认识并非一开始即具有‘真理’(义理)的品质,它实际上不能预先排斥任何人(无论是法学专家还是普通人)有关法理认识、就法律事项如何处理(法律问题)发表各自的主观性的主张和意见,而只得承认和尊重人们发表意见的权利,并且暂时把一切人发表的‘意见’视为法理认识(达到法理之真理/义理)的出发点。”<sup>③</sup>可见,对法理的认识是一个集体参与、逐步形成的过程。这也意味着从学说到法理往往也是一个艰辛的探究过程。学说中个人对法理的认知也会逐渐达成对法理的共同认识。学说是法理存在和被揭示、被表达出来的形式,其中极有可能掺杂了法学家的主观判断。有观点认为,“法理一般是指通说或者是学者的权威见解”<sup>④</sup>。这就涉及一个值得探讨的问题:法学通说究竟是不是法理?

在法学研究中,诉诸通说是一种常用的论证方法。通说意味着学者所提出的学说颇具论证说服力,已成为学界公认的学理。但问题在于,“法学通说”就是“法理”吗?虽然法学通说具有强大的影响力,但毕竟还不是“法理”。理由在于:首先从基本用语上,这本身就是两个不同的名词,在语义上具有不同所指,否则人们也不会分别使用这两个概念。而且即使是通说,也无法改变其终究作为学说的属性,跟法理相比终究还是两回事。如王泽鉴教授所说:“通说不是绝对的真理,非恒久不变。对通说固应尊重,但须彻底了解其内容及意义,不能盲目接受。对通说提出质疑,常会导致法学理论的重大突破,促进法律的进步。”<sup>⑤</sup>可以说,即使是通说也不是一成不变的,人们依然可以对其进行批判和发展。因此,法学通说体现出法学家在研究中不断自我超越,其虽然无限接近于法理,但终究又不是法理。

## 四、结语

本文描述了学界对“法理”与“学说”两个概念的普遍混用现象,并从四个方面着力辨析了“法理”与“学说”的区别,接着从五个方面揭示了“法理”与“学说”之间的内在关联,阐释了其中复杂的学理联系,对这一现象背后的成因做了分析。通过这种基础性的辨析研究,希望有助于澄清学界误见。在法学研究及法律实践中,应全面认识这两个法学概念的区别与联系。对这两个概念的使用要严谨,不可似是而非、想当然地笼统对待。从更广泛意义上,本文通过跟“学说”相比较的视角,同时也揭示出“法理”概念的一些特定内涵。因此,本文也可被视为对“法理”概念的一种探索。

① 贝蒂娜·许莉曼-高朴、耶尔格·施密特:《瑞士民法:基本原则与人法》,第81页。

② 舒国滢:《法学的知识谱系》,第1604—1605页。

③ 舒国滢:《法学的知识谱系》,第1607页。

④ 王利明:《民法总论》(第二版),北京:中国人民大学出版社,2015年,第34页。

⑤ 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,第300页。

## ***Ratio juris* and “Legal Doctrine”: Mixed Use and Its Clarification**

Jiao Baoqian Li Shiyao

(School of law, Zhe Jiang University, Hangzhou 310008, P.R.China)

**Abstract:** In previous research, there has been an obvious confusion regarding the use of the concepts *ratio juris* and “legal doctrine.” Firstly, they are often treated as the same, specifically: when defining the concept of *ratio juris*, it is actually understood as legal doctrine, or when defining legal doctrine, it is confused with *ratio juris*. Additionally, when defining both *ratio juris* and legal doctrine together, they are given very similar interpretations. Secondly, some researchers consider *ratio juris* to encompass legal doctrine. Moreover, there are also instances of confusion between the two concepts in judicial decisions. The conflation of *ratio juris* and “legal doctrine” has become a common usage habit in legal research and practices, which is, in fact, abnormal. This terminological confusion has brought unnecessary difficulties to legal research and communication, and its harm is evident.

Although there are many similarities between *ratio juris* and “legal doctrine,” such as both being products of scholarly research and having similar research methods and functions, these similarities do not justify confusing them. In fact, *ratio juris* and “legal doctrine” are fundamentally different from each other in terms of their basic implications, forms of expression or carriers, subjective and objective attributes, and the status of related legal sources. The differences between them are clear. In its basic implication, *ratio juris* is a comprehensive and abstract concept that embodies the deep-level, universal principles with originality, fundamentality, and rationale behind law and legal theory. In contrast, legal doctrine reflects the viewpoints and research results of legal scholars. In terms of forms of expression or carriers, *ratio juris* is extremely diverse, and the carriers of legal doctrine are also varied. However, compared to the more abstract and comprehensive nature of *ratio juris*, there are still differences in degree. *Ratio juris* has objectivity and certainty, while legal doctrine has subjectivity and uncertainty. As a source of law, legal doctrine has persuasiveness in judicial application, while *ratio juris*, as a source of law, originates from its inherent rationality and legitimacy, embodying a kind of ultimate authority. These are two completely different legal concepts.

At the same time, there are some connections between these two concepts: from the perspective of legal history, *ratio juris* and legal doctrine “have the same root and origin.” Legal doctrine is one of the carriers of *ratio juris*, and *ratio juris* is often embodied in legal doctrine. *Ratio juris* is more abstract and often needs to be concretized through legal doctrines. Legal doctrine is confirmatory and need to be identified and tested by *ratio juris* in research. Moreover, legal doctrine is constantly transcending itself, thus infinitely approaching *ratio juris*. Therefore, in legal research and practices, it is necessary to have a comprehensive understanding of the differences and connections between these two legal concepts. They should be used rigorously and not be treated in a generalized manner based on superficial similarities or assumptions.

**Keywords:** *Ratio juris*; Legal doctrine; Legal sources; Jurists

[责任编辑:李春明 孔令奇]