

# 第一章 法 概 念

## 第一节 法的词义

对“什么是法”的直接理解和把握,可从法的词义、法的特征、法的本质三方面进行,即通过讨论法的表述符号、法的形式特征、法的内在特质等内容,来完整地、全面地认识法,掌握法的概念。

### 一、古代汉语中法的词义

社会现象需要用符号、语言来概括和表达,通过梳理法的词义有助于我们从一个侧面认识“什么是法”。

在中国古代社会,“法”一词含义较为广泛。从语源上看,汉字的“法”古体为“灋”。〔1〕我国第一部字典、由东汉文字学家许慎所著的《说文解字》十部上“灋”部释为:“灋,刑也。平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”据此,“灋”大体有三层含义:第一,“法”与“刑”是通用的。古代的“刑”字,含刑戮、罚罪之意,也还有“规范”的意义。第二,法者平之如水,含有“公平”之意。第三,法含有“明断曲直”之意。同时,古代的法具有神明裁判的特点。〔2〕

通常,中国古代的“法”在国法意义、典章制度意义上和在哲理意义、抽象意义上两方面使用。典章制度意义上的“法”与“律”“法律”“法制”等相通解。《管子·七臣七主》中说:“法者,所以兴功惧暴也;律者,所以定分止争也;令者,所以令人知事也。法律政令者,吏民规矩绳墨也。”《唐律疏义·名例篇》曰:“律之与法,文

---

〔1〕 作为一种象形文字,“灋”字由三部分组成:左部在中国文字中代表“水”,象征法的公平;右上部“廌”指獬豸,代表中国古代传说中的一种能辨曲直、断疑案的独角神兽;右下部表示凡被该神兽的独角顶触的当事人均应败诉。另可参见武树臣:《寻找最初的“法”——对古“法”字形成过程的法文化考察》,《学习与探索》,1997(1)。

〔2〕 钱锦宇认为,将蚩尤的“方相”上升为视觉符号“廌”,参与到表示“五虐之刑”的“灋”字的创制过程中,就在表示刑罚的“灋”这一符号中反映出初民视法为灾恶的特定法文化观念。参见钱锦宇:《互渗律之下的门神信仰与蚩尤“方相”——兼谈“灋”字的形构》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》,2006(3)。温慧辉认为,上古洪水的治理直接导致了古代中国法律的产生和早熟。在治水害兴水利的斗争中,先民们衍生出对某种超自然神力的崇拜,“法”字中的“水”则折射出远古神判的色彩,并透漏出流放惩罚的功能,反映了古人要求对违反社会秩序者的审判得到公正解决,以保护整个部族的平安的愿望,这是“法”字含有公平正直之义的体现,亦符合“水”有“平”“准”之意的特征。参见温慧辉:《“水”与“法”之渊源》,《中国海洋大学学报(社会科学版)》,2006(5)。

虽有殊,其义一也。”中国古代秦汉以后的法律文件,采用过许多名称,如律、令、典、格、式、科、比、敕、例等,它们都是典章制度意义上、国法意义上的“法”。在哲理意义上,汉语的“法”,与“理”“常”通用,指“道理”“天理”或常行的范型和标准。《尔雅·释诂》:“法,常也。”具体而言,抽象的“天命”“天志”“礼”“理”“情”“天理”“法度”“道”等,都属于“法”的范畴。如强调“以天之志为法也”;〔1〕“天下有道则礼乐征伐自天子出,天下无道则礼乐征伐自诸侯出”;〔2〕“人法地,地法天,天法道,道法自然”;〔3〕“道常无为而无不为,侯王若能守,万物将自化”;〔4〕“为国以礼”;〔5〕“礼乐不兴,则刑罚不中”;〔6〕“礼者,法之大分(本),类之纲纪也”;〔7〕“礼者所以正身也。……故非礼。是无法也。”〔8〕清末民初,由于受日本的影响,国法意义上的“法”,则逐渐由“法律”一词代替。

在现代汉语中,“法律”一词有广义和狭义两种用法,广义的法律指所有由国家制定的规范性法律文件,包括宪法、狭义的法律、行政法规、地方性法规、规章等以及经国家认可的习惯法。“法律面前人人平等”中的“法律”即为此意。狭义的法律仅指由全国人民代表大会制定的基本法律和全国人民代表大会常务委员会制定的基本法律以外的法律。

## 二、西文中法的词义

在西文中,“法”也在典章制度意义上、国法意义上和哲理意义上使用。在英语国家,法的名称虽然统一以“law”表示,但在具体的场合则要通过单复数或冠词的变化来表达“法”的一般意义和特殊意义。在欧洲大陆国家,同样也有表示哲理意义上的“法”与国法(人定法)意义上的“法”(法律)之不同名词。在拉丁文中,jus 就是一个具有哲理意义的模糊概念,其语义不仅是指“法”,也兼指“权利”“正义”“公平”等。后世衍生的欧洲文字,如德语 Recht,法语 droit,俄语 право,大抵上与 jus 具有相同的用法。在西文中,真正在国法意义上使用的“法”(法律),通常是另一类词,如拉丁文 lex、法文 loi、德文 Gesetz、俄文 закон 等。因此,有学者认为,法指永恒存在的、普遍有效的正义原则和道德公理,即自然法;法律指由国家机关制定和颁布的具体的法律规范,即实在法,这类法律与国家相联系,出自于国家。

本书主要在国法意义上讨论法律,用“法律”表示,唯在涉及哲理意义上时用

〔1〕《墨子·天志下》。

〔2〕《论语·季氏》。

〔3〕《老子》二十五章。

〔4〕《老子》三十七章。

〔5〕《论语·先进》。

〔6〕《论语·子路》。

〔7〕《荀子·礼经》。

〔8〕《荀子·修身》。

“法”表示。

## 第二节 法律特征

法律的特征,是法律区别于其他社会规范的征象和标志。任何事物的特征都是在与其他事物的比较中表现出来的。通过认识法律的特征,把握法律外部的特殊性,有助于我们理解法律的性质、作用,认识法律的自身规律。

对于法律特征的理解,从不同的视角有不同的认识,如美国法人类学家霍贝尔(E.Adamson Hoebel,1906—1993)认为识别法时有三个要素:①特许的强制力;②官方的权威;③常规性。“法是这样一种社会规范,当它被忽视或者违犯时,享有社会公认的特许权的个人或团体,通常会对违犯者威胁使用或事实上使用人身的强制。”〔1〕

美国学者庞德(Roscoe Pound,1870—1964)从社会控制论着手,认为法律是一种社会控制的制度,是依照一批在司法和行政过程中使用的权威性法令来实施的高度专门形式的社会控制。他认为法律一词有三种意义:①法学家们现在所称的法律秩序——即通过有系统、有秩序的使用政治组织社会的强力来调整关系和安排行为的制度;②一批据以作为司法或行政决定的权威性资料、根据或指示,包括各种法令、技术和理想;③司法过程和行政过程——为了维护法律秩序依照权威性的指示以决定各类案件的争端的过程。〔2〕

美国学者伯尔曼(Harold J. Berman,1918—2007)在讨论法律与宗教时,指出仪式、传统、权威、普遍性是法律与宗教的共同要素,这些要素赋予法律价值以神圣性。在他看来,法律不只是一整套规则,它是在进行立法、判决、执法和立约的活生生的人;它是分配权利与义务,并据以解决纷争,创造合作关系的活生生的程序。〔3〕

### 一、马克思主义法学的法律特征观

马克思主义法学认为法律的特征主要表现在规范性、国家意志性、权利义务统一性、国家强制性等几方面。

#### (一) 法律是调整人们行为或社会关系的规范,具有规范性

法律是一种规范,是对人们行为的标准和模式。法律不是通过调整人们的内心观念、思想来调整社会关系的。这是法律区别于其他社会规范的重要特征之一。

〔1〕 [美]E.A.霍贝尔:《初民社会的法律》,周勇译,30页,北京,中国社会科学出版社,1993。

〔2〕 [美]庞德:《通过法律的社会控制 法律的任务》,沈宗灵等译,22页,北京,商务印书馆,1984。

〔3〕 [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,46、39页,北京,三联书店,1991。

法律不是一般的规范,而是一种社会规范。法律调整人与人之间的相互关系,即具有社会意义的行为。马克思(Karl Marx,1818—1883)就说过:对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。我的行为就是法律在处置我时所应依据的唯一东西,因为我的行为就是我为之要求生存权利、要求现实权利的唯一东西,而且因此我才受到现行法的支配。<sup>〔1〕</sup>法律是针对行为而设立的。

作为社会规范,法律具有规范性。法律的规范性,是指为人们的行为提供了一个模式、标准、方向。它表现在:法律规范规定了人们的一般行为模式,从而为人们的相互行为提供一个模型、标准或方向,法律所规定的行为模式包括三种:①人们可以怎样行为(可为模式);②人们不得怎样行为(勿为模式);③人们应当或必须怎样行为(应为模式)。同时,法律具有概括性,法律的规定抽象,它的对象是一般的人,而不是特定的人;它是反复适用的而不是仅仅一次适用的。法律也具有效率性,每个人可以根据法律而行为,不必事先经过任何人核准。

## (二) 法律出自于国家,是由国家制定或认可的,具有国家意志性

法律是一种特殊的社会规范,是因为法律是由国家制定或认可的,体现了国家意志。没有国家,就不可能有法律。国家的存在是法律存在的前提条件。

国家造法的方式主要有两种方式:①制定:制定是立法机关或立法机关授权的机关创制法律的行为。通过这种方式产生的法律,称为制定法,即具有一定文字表现形式的规范性文件,如我国的各种法律(《宪法》《民法典》《刑法》等)就属于此类。②认可:指国家立法机关或立法机关授权的机关赋予的社会上已经有的某种行为规范以法律效力。通过这种方式产生的法律,一般称为习惯法,如经过国家认可的商事惯例、宗规族约、村规民约、行会规范行业规范等。我国1950年《婚姻法》第5条规定:除兄弟姐妹外的其他五代内旁系血亲间禁止结婚的问题,从习惯。《民法典》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”这是典型的通过认可进行造法。

此外,国家与其他国家或国际组织签订条约的行为也是国家造法的方式。通过这种方式产生的法律,为国际法。

有的国家,国家的惯常行为受到社会承认,惯常行为所形成的模式就成为法律,国家在其后的类似行为中有遵守的义务。如英国作为宪法渊源之一的宪法性惯例就是由国家惯常行为所形成的。

法律是由国家制定和认可,具有国家意志性。法律具有国家意志性,这是法律与其他社会规范的区别之一。宗教教规、风俗礼仪、道德规范虽然都具有一定的规

〔1〕《马克思恩格斯全集》,2版,第1卷,121页,北京,人民出版社,1995。

范性,但由于都不是国家或以国家的名义制定或认可的,因而不具有国家意志的属性。这也表明了法律的权威性。从外在形式上看,国家是表现为最有权威的社会组织。

同时,法律具有普遍性。一般认为,普遍性包括普世性和一般性两方面,普世性是指跨越国界适用于不同的民族和文化,一般性是指跨越社会脉络而适用于整个社会。按照马克思主义法学,法律的普遍性更倾向于一般性层面。马克思曾指出:“法律是肯定的、明确的、普遍的规范”,〔1〕法国的卢梭(Jean Jacques Rousseau,1712—1778)也认为“法律的对象永远是普遍性的,我的意思是指法律只考虑臣民的共同体以及抽象的行为,而绝不考虑个别的人及个别的行为”,〔2〕法律从来只对它所调整的社会关系作普遍的规定,它反映社会成员的共同要求,是对个体共性的一般抽象和提炼,不考虑具体的、个别的、特殊的情况。在德国哲学家黑格尔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel,1770—1831)看来,“法对于特殊性始终是漠不关心的。”〔3〕在现代社会,法律在国家主权所及范围内普遍有效,具有普遍约束力。法律的效力对象具有广泛性,在一国范围之内,任何人的合法行为都无一例外地受法律的保护;任何人的违法行为,也都无一例外地受法律的制裁。法律不是为特别保护个别人的利益而制定,也不是为特别约束个别人的行为而设立。

当然,不同性质、级别、类型的法律,其约束力的范围有差异,普通法大于特别法,全国性法律的范围大于地方性法。法律具有普遍性并不等于说法律效力具有绝对性和无限性。

### (三) 法律规定了人们的权利和义务,具有权利义务统一性

法律以法律规范为主要内容,而法律规范中的行为模式是以授权、禁止和命令的形式规定了权利和义务。法律既规定了权利,也规定了义务,法律规定了公民、法人的权利、义务,也规定了国家、国家机构、国家机构工作人员的权利、义务(职权、职责)。法律对人们行为的调整主要是通过权利和义务的设定和运行来实现的,法律的内容主要表现为权利和义务。

法律具有权利义务的一致性,具有“两面性”,权利义务相辅相成、不可分割。法律是社会中最主要规定权利义务的规范,规定了社会主要的权利义务,但不是唯一规定权利义务的规范,其他社会规范如社团章程、企业章程甚至秘密社会团体规范都规定一定的权利义务,因此并不是只有法律才规定人们的权利和义务。

从一般意义上说,权利表征利益,义务表征负担,法律通过规定权利义务对社会资源进行分配,对各种利益关系进行调整,因而具有利导性(利益导向性)。通过

〔1〕《马克思恩格斯全集》,2版,第1卷,176页,北京,人民出版社,1995。

〔2〕[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,50页,北京,商务印书馆,1980。

〔3〕[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬等译,58页,北京,商务印书馆,1961。

法律的规定,影响人们的动机和行为,从而调整社会关系,维持社会秩序,实现社会正义。

#### (四) 法律由国家强制力保证实施,具有国家强制性

一切社会规范都具有强制性,都有其保证实施的社会力量。所谓强制性,就是指各种社会规范所具有的、借助一定的社会力量强迫人们遵守的性质。日本法学家高柳贤三认为法律以“强制可能性”为其本质,他认为法律规范“被破坏之可能性同时,常有外部强制可能性”。〔1〕

法律是以国家强制力为后盾,由国家强制力保证实施的,因而具有国家强制性。由于法律调整利益冲突双方,引起一方的抵制或反对;同时,法律有可能招致人们的妨碍、破坏,违法犯罪现象也就不可避免。法律要对侵犯他人权利方做出否定性反应,必须以强制力为后盾。对违法犯罪行为的制裁,靠任何个人的力量或社会舆论,是不可能有保障的,而必须通过国家强制力才能得以实现。法律具有国家强制性主要是一种威慑,具有间接性和潜在性。国家的强制力是法律的实施的最后的保障手段。国家强制力也不是保证法律的实施的唯一力量。在一定程度上,法律的实施,也还要依靠社会舆论、人们的道德观念和文化修养、思想教育等多种手段来保证。

法律具有国家强制性还意味着法律具有程序性。国家强制力并不等于纯粹的暴力。国家运用强制力保证法律的实施,也必须依法进行,应受法律规范的约束。国家强制力在什么情况下、由哪些机关按照什么样的程序以及如何制裁各种违法行为,也是必须由法律予以规定的。这意味着国家强制力是有一定限度的,而不是无限的,必须根据法定程序进行。近现代法律更对法律的程序标准加以正当化,使法律实施的方式更科学、更富有理性和公正性。英国的丹宁勋爵(Alfred Thompson Denning, 1899—1999)就认为正当程序“系指法律为了保持日常司法工作的纯洁性而认可的各种方法:促使审判和调查公正地进行,逮捕和搜查适当地采用,法律救济顺利地取得,以及消除不必要的延误等”。〔2〕法律程序有助于克服人们行为的恣意。〔3〕

## 二、对法律特征的进一步理解

关于法律特征和特性,我们还应当从下列几方面进行进一步理解。

〔1〕 [日]高柳贤三:《法律哲学原理》,汪翰章译,210页,上海,大东书局,1932。

〔2〕 [英]丹宁勋爵:《法律的正当程序》,李国强等译,1页,北京,群众出版社,1984。

〔3〕 关于法律程序,可参见季卫东:《法律程序的意义》,《中国社会科学》,1993(1);季卫东:《程序比较论》,《比较法研究》,1993(1)。

### （一）法律的主观性与客观性

法是不以人的意志为转移的客观存在的社会现象,受到客观规律的制约,受物质生活条件的决定,具有客观性。法律是一种客观实在,为一种客观存在的社会现象。中国古代的法家管仲(约前 723—前 645 年)就以度量衡来比喻法律,以强调法律的客观性:“尺寸也,绳墨也,规矩也,衡石也,斗斛也,角量也,谓之法。”〔1〕

同时,法律是人们对客观现象的认识和总结,表现了人的智慧,具有主观性。法律体现了人的意志,是人的主观能动性的结果,但这种主观性并不表示任意或者任性。“立法者应该把自己看作一个自然科学家。他不是在创造法律,不是在发明法律,而仅仅是在表述法律,他用有意识的实在法把精神关系的内在规律表现出来。如果一个立法者用自己的臆想来代替事情的本质,那么我们就应该责备他极端任性。”〔2〕

人们试图通过法律来全面、完整、真实地揭示法的本来面目,法律是对法的认识的结果和产物。从某种意义上认识,法律是一种标签、一种符号。本体论意义上的法与认识论意义上的法存在差异。〔3〕

### （二）法律是调整人的行为的规范

现代法律与古代法律的不同之处在于,法律是调整人的行为的规范,不直接调整人的思想,不直接对人的意识、观念发生影响;并且法律也不调整单纯表达思想的行为。西方有法谚云:不能因思想绞死任何人。〔4〕现代社会不存在类似古代社会如中国古代汉朝的“腹非罪”那样的所谓“思想犯”。〔5〕这是法律与道德、宗教

〔1〕《管子·七法》。

〔2〕《马克思恩格斯全集》,第 1 卷,183 页,北京,人民出版社,1956。

〔3〕卡西尔曾指出:“人不再生活在一个单纯的物理宇宙之中,而是生活在一个符号宇宙之中。语言、神话、艺术和宗教则是这个符号宇宙的各部分,它们是织成符号之网的不同丝线,是人类经验的交织之网。人类在思想和经验之中取得的一切进步都使这符号之网更为精巧和牢固。”参见[德]恩斯特·卡西尔:《人论》,甘阳译,33 页,上海,上海人民出版社,1985。格尔茨认为:“我主张的文化概念实质上是一个符号学的概念。马克斯·韦伯提出,人是悬在由自己所编织的意义之网中的动物,我本人也持相同的观点。”参见[美]克利福德·格尔茨:《文化的解释》,韩莉译,5 页,南京,译林出版社,1999。

〔4〕转引自[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,4 页,北京,中国大百科全书出版社,1997。

〔5〕我国的“文化大革命”时期,曾经存在所谓的“思想犯”。2010 年,《徐星:寻找“反革命”者》一书作者徐星发现了一些 40 多年前的“现行反革命”犯人登记表,这些犯人都是农民。这些人所获之罪,如今看来荒诞不经。比如“吹捧刘少奇”的罪名。“都是言论罪,用农民自己的话说就是,我们当时说话不谨慎,被人举报了。”在一个叫山坑村的地方,他找到了一个叫林品新的人。年轻的时候,林品新在周围几个村很有名,因为他的农活干得特别好特别快,在农村,这就是最大的本事。这个村子里有个姑娘也特别有名,因为长得漂亮。这姑娘的爸妈看上了林品新,觉得把闺女嫁给他会过上好日子。漂亮姑娘勉强从了父母之命,但自己不太乐意,结婚不久就偷偷找了情人。“文革”来了之后,农民被要求参加批斗大会。林品新在会上看到那些受罪的人,就想着让离婚的前妻来受这个罪。他写了一封反动的信,署上前妻的名字,寄到北京。没过两个月,公安局把这件事情一查,把林品新给抓了。林品新是这批人里获罪最重的,判了 20 年,因为是“重犯”,第一年还戴着脚镣。脚镣 56 斤,还得天天劳动。周明夫是因为在会计室里拿着生锈的气枪玩耍时,不小心对准了毛主席像而入狱。参见:卫毅、乔莽:《徐星:寻找“反革命”者》,《南方人物周刊》2012-03-19。

的主要区别之所在。孟德斯鸠就强调法律的责任只是惩罚外部的行动,他说:“言语只有在准备犯罪行为、伴随犯罪行为或追从犯罪行为时,才构成犯罪。”〔1〕因为在有的时候,“讽刺的文字能够使一般人的怨愤转为嬉娱,使不满的人得到安慰,减少人们对官职的嫉妒,增加人们对痛苦的忍耐,使他们对所受的痛苦,一笑置之。”〔2〕发生在21世纪的“重庆彭水诗案”就值得深思。

### 重庆彭水诗案

重庆市彭水县教委人事科科长秦中飞因写了《沁园春·彭水》,一夜之间成为当地的“名人”。这首词写道:

马儿跑远,伟哥滋阴,华仔脓包。看今日彭水,满眼瘴气,官民冲突,不可开交。城建打人,公安辱尸,竟向百姓放空炮。更哪堪,痛移民难移,徒增苦恼。官场月黑风高,抓人权财权是绝招。叹白云中学,空中楼阁,生源痛失,老师外跑。虎口宾馆,尽落虎口,留得沙坨彩虹桥。俱往矣,当痛思痛,不要骚搞!

词中提到的“马儿跑远、伟哥滋阴和华仔脓包”被指影射彭水县原县委书记马平、现任县长周伟和县委书记蓝庆华。

有民警报告公安局领导后,局领导又报告县委领导。当时,县委领导认为目前是换届敏感期和抗旱关键时期,为防止事态扩大,同意对此事展开调查。2006年8月31日,秦中飞被彭水县公安局传讯调查。9月1日,秦中飞因涉嫌诽谤罪被刑事拘留。9月11日以涉嫌诽谤罪被逮捕。此外,县公安局还调查了100多名接收并转发这条短信的人,使得“秦中飞短信事件”越闹越大,彭水人“谈词色变”。

2006年9月19日,重庆彭水人李星辰在其博客上发表了署名文章《现代文字狱惊现重庆彭水》,引发了全国网民的关注,秦中飞也迅速成为话题人物。网民们通过各种途径,向重庆市有关部门反映情况,质疑彭水县公安局的行为。在舆论的关注下,这一事件在9月27日发生了戏剧性的变化,秦中飞被“强行保释”,结束了30天的牢狱生活。

2006年10月24日,彭水县公安局以彭公字2006第4号文作出撤销案件决定书,对公安机关办理的秦中飞涉嫌诽谤一案,因发现不应对秦中飞追究刑事责任,根据《刑事诉讼法》第130条之规定,决定撤销此案。彭水县公安局预审科姚科长通知秦中飞,公安局已经撤销了对其“取保候审”的决定,承认了诽谤案属于错案,对给秦造成的伤害表示道歉。彭水县检察院主动提出申请国家赔偿问题。按照国家赔偿法的规定,错羁押一天赔偿上年度全国职工日平均工资(2005年度为73.3元/天),秦中飞被关押了29天,10月25日下午拿到2125.7元的国家赔偿金。〔3〕

〔1〕〔2〕 [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,198~200页,北京,商务印书馆,1961。

〔3〕 参见《孙文祥重庆公务员编短信讽刺腐败被捕 百余人被调查》,《瞭望东方周刊》2006-10-23;王金涛、朱薇:《重庆彭水诗案调查:政法机关滥用公权酿错案》,《瞭望新闻周刊》2006-11-13。



### （三）法律的强制性

法律具有强制性,但强制性不是法律独有的。马克思主义法学认为,法律和其他社会规范都有强制性,只是法律的强制性表现为国家强制性,是由国家强制力保证实施的,其他社会规范一般不具有这一性质。法律的强制性有其独特之处,在强制的形式、程度、程序以及实施强制的主体等方面异于道德等其他社会规范。

### （四）法律的安定性

为了维护社会秩序,发挥法律的作用,法律应具有安定性特性。<sup>〔1〕</sup>我国古代的法家代表人物韩非(约前280—前233)就认为:“法莫如一而固,”<sup>〔2〕</sup>“法禁变易,号令数下者,可亡也。”<sup>〔3〕</sup>“国有常法,虽危不亡。”<sup>〔4〕</sup>唐太宗李世民(599—649)认为:“法令不可数变,数变则烦。”<sup>〔5〕</sup>北宋包拯(999—1062)反对法律朝令夕改,要求追求“经久之制”或“常格”。<sup>〔6〕</sup>明人丘浚(1420—1495)主张“法有定制”,不仅“能施行于一时”,且应“为法于百世”。<sup>〔7〕</sup>德国法学家拉德布鲁赫(Gustav Radbruch, 1878—1949)认为法律的安定性是法律的第一项使命,法律的安定性要求“缘起于它的深层要求(如对自然法则之理念的需求):这种需求渴望将现实既定的纷乱纳入秩序之中,渴望对纷乱有事先的防范,并使之在人的控制之内。”<sup>〔8〕</sup>

为此,法律必须明确,法律不得轻易变更,法律必须确实实行,法律保持相对不变。正如管仲所言:“法立令行,则民之用者众矣。法不立令不行,则民之用者寡矣。”<sup>〔9〕</sup>基于法律安定性的考虑,有时候会将某些事实合法化,以促进社会的和谐,例如民法上的时效制度的设计和安排。法律的安定性须从社会角度进行认识。在转型社会,法律的安定性是在应对法律移植与本土资源、法内空间和法外空间与法上空间等紧张关系中实现的。<sup>〔10〕</sup>

### （五）法律的共同性

法律具有阶级性,这并不意味着法律没有相同或者共同的方面,不同历史阶段的法律、不同性质国家的法律或者不同统治阶级制定的法律存在着相同性或相似

〔1〕 戴建华认为法的安定性包括法律关系或法律状态之安定性和法律所规定的权利义务之安定性两方面。参见戴建华:《论法的安定性原则》,《法学评论》,2020(5)。

〔2〕 《韩非子·五蠹》。

〔3〕 《韩非子·亡征》。

〔4〕 《韩非子·饰邪》。

〔5〕 《资治通鉴》卷一九四。

〔6〕 《包拯集·论诏令数改易》。

〔7〕 《大学衍义补·经制之义》。

〔8〕 [德]拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,16~17页,北京,中国法制出版社,2001。

〔9〕 《管子·法法》。

〔10〕 参见贾唤银:《论法律的安定性》,《云南大学学报(法学版)》,2007(1)。

性,因而法律具有共同性。

法律是一种社会规范,是社会管理的重要手段,执行着重要的社会公共事务职能,并且在近代以来的社会中日益强化;法律的秩序、正义等价值具有超历史性;法律是对客观规律的反映,法律的规律性反映了不同法律的某些共同的内容;法律的一些形式性、技术性、程序性的内容有其内在一致性;随着世界各国交往的更加频繁,法律的交流也日益广泛,各国法律之间的趋同倾向更为明显。这些因素都表明了法律的共同性。

### (六) 法律的社会性

法律是社会的组成部分,是社会关系的反映,表现为一种社会现象;法律是社会生活的产物,是人们共同生产、集体活动的结果,是人们在社会生活中形成的一种共识;法律受社会文化的影响;法律是社会资源分配的主要手段,解决社会由于社会资源有限与人的欲望无限的矛盾而引起的冲突;法律是一种社会规范,对人们的行为进行控制,对社会关系进行调整;法律对维护社会秩序、实现社会正义具有重要意义。

中国古代的慎到(约前 395 年—约前 315 年)就认为要兴“公”去“私”,行“法”弃“私”：“法之功莫大于使私不行”；“有法而行私，谓之不法”；“令立法而行私，是私与法争，其乱甚于无法。”〔1〕强调法律是社会的公器。

西方的社会法学派也强调法律与社会的紧密联系,如庞德强调法律的社会效果和作用,认为法律是一种社会工程,是社会控制工具之一或首要工具,其任务在于调整各种相互冲突的利益;20 世纪的法律是法律社会化的阶段。〔2〕

### (七) 法律的可诉性

法律既是行为规则,又是裁判规则,可以作为裁判的依据。法律作为一种规范人们外部行为的规则,可以被任何人(特别是公民和法人)在法律规定的机构中(特别是法院和仲裁机构中)通过争议解决程序(特别是诉讼程序)加以运用。〔3〕德国法学家坎特罗维其(Hemann Kantorowicz)认为,法律是规范外部行为并可被法院适用于具体程序的社会规则的总和。坎特罗维其在分析了法律与其他社会规范的区别后指出:以内容、国家渊源和强制性来解释法律的特殊性都不甚令人满意,最为明显的区别应是法律的可诉性。〔4〕

法律的可诉性一般包括两个方面含义:①可争讼性,即任何人均可以将法律作

〔1〕《慎子·佚文》。

〔2〕[美]罗斯科·庞德:《法理学(第一卷)》,邓正来译,438~469页,北京,中国政法大学出版社,2004。

〔3〕王晨光:《法律的可诉性:现代法治国家中法律的特征之一》,《法学》,1998(8)。

〔4〕Hemann Kantorowicz: The Definition of Law, Cambridge University Press, 1958, 79

为起诉和辩护的根据；②可裁判性(可适用性)，法律能否用于裁判作为法院适用的标准是判断法律有无生命力、有无存续价值的标志。法律的可诉性与法律规范规定的明细性之间没有必然的联系。<sup>〔1〕</sup>

法律的可诉性来源于法律制度的基础概念即权利与义务。它赋予法律以生命和能动性，是现代法治的标志，也是现代法治形成的基本条件之一。法律的可诉性赋予公民更大的自由和主动性，呈现了法律的双向运行模式。

### 第三节 法的本质

本质是事物的根本性质，是事物内部相对稳定的联系，由事物所具有的特殊矛盾构成。法的本质指法律这一事物自身组成要素之间相对稳定的内在联系，本质掌握着可理解的世界的内容。法的本质是法理学的一个重要的本体论的问题，是法理学的核心问题。<sup>〔2〕</sup>

#### 一、西方关于法的本质的各种学说

人类对法的本质的认识过程相当漫长。英国学者哈特(H. L. A. Hart, 1907—1992)在《法律的概念》中一开始就指出：“在与人类社会有关的问题中，没有几个像‘什么是法律’这个问题一样，如此反反复复地被提出来并且由严肃的思想家们用形形色色的、奇特的甚至反论的方式予以回答。”<sup>〔3〕</sup>

#### 山洞案

富勒(Lon L. Fuller, 1902—1978)曾经讨论过这样一个虚拟的案件：一个由4人组成的探险小组正在一个山洞里考察时，洞口突然崩塌。探险小组通过手机与外面取得了联系，救援队、地质专家和生理专家等迅速赶来。经过测量和研究，地质专家告诉被困在洞内的探险人员，打开洞口需要10天的时间。探险人员问外面的生理专家，说他们没有带任何食物，能够活多少天，生理学家说最多7天；洞里的人又问，如果杀死其中的一个人，其他3个人吃死者的肉，能够活到洞口被打开吗？生理学家极不情愿地作了肯定的回答。这以后，洞里的人就再也没有和外面联系了。第10天，洞口被打开了，有3个人还活着。原来，这4个人在洞内进行了抓阄，3个幸运者将抽到那个死亡之签的人杀死并把他的肉给吃了。这3个人身体

〔1〕 参见舒国滢：《法律原则适用的困境——方法论视角的四个追问》，载戚渊、郑永流等：《法律论证与法学方法》，176～197页，济南，山东人民出版社，2005。

〔2〕 需要注意的是，后现代法学者普遍倾向于认为法无本质，法的本质是虚构的神话，法无本质实际上反映了哲学上的不可知论和怀疑论的倾向。

〔3〕 [英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，1页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

恢复后,被送上了法庭。法官应该如何处理呢?

富勒和萨伯对此提出了尊重法律条文、探究立法精神、法律与道德的两难、维持法治传统、以常识来判断、撇开己见、判案的酌情权、一命换多命、动机与选择、生命的绝对价值、契约与认可、设身处地、判决的道德启示、利益冲突而提出回避等14种判决意见。<sup>〔1〕</sup>这些不同判决的根据来自于对法的本质的不同认识。<sup>〔2〕</sup>

在历史上,哲学家和法学家们曾对法的本质问题进行过认真地思考,从不同的角度进行了探讨,提出过各种各样的法的本质学说。这些学说反映了人类认识法的本质的发展历程,对我们把握法的本质极为重要。

### (一) 神意论

神意论者认为法是由神创造的,是神的理性和意志,将法的本质与神意等同划一起来,这是人类最早的对法的本质的认识。

我国古代夏、商就有“天命”“天罚”观念,如夏启在讨伐有扈氏时以代行天罚的身份声称:“天用剿绝其命,今予惟恭行天之罚。”<sup>〔3〕</sup>“天命玄鸟,降而生商。”<sup>〔4〕</sup>商汤伐夏时,指责“夏氏有罪”,“予畏上帝,不敢不正,……尔尚辅予一人,致天之罚”。<sup>〔5〕</sup>商王每事必卜,无日不卜,刑人杀人都要告之于天,征求天的意见。古印度的《摩奴法典》声称《摩奴法典》是自在神(梵天)之子摩奴制定的。古巴比伦王国

〔1〕 1842年美国费城曾经发生霍姆斯案(U.S.v.Holmes)这一真实的类似案件。一艘由英国利物浦驶往费城的邮轮撞冰山沉没,其中一艘救生艇上爬上了42人,包括船长和水手和乘客。救生艇因为超重,海水不断由舷边渗进来,同时开始出现漏洞;超重情形下,漏洞在不断扩大,需要不停地泼水出去;而且眼看就要沉没,如果那样的话,全部人都会淹死。船长急忙叫水手想办法减轻负重,水手霍姆斯于是先后把8男2女抛出船,最后船得以不沉并漂流几星期,在法国海岸获救。该艇的经历震惊全世界。事件真相暴露后,水手霍姆斯是当时唯一一个住在费城的人,他于是被捕并被告上法庭。大陪审团不愿意指控他谋杀,迫使检察官将起诉减轻为误杀罪(非预谋故意杀人)。霍姆斯的申辩理由为,因为紧急避难,如果杀人对于船上更多人存活是必要的,那在法律上就是正当的。鲍尔温法官告知陪审团,一定数量的水手是大艇航行所必需的,但超过这一数量的其他水手与乘客相比并没有任何特权,这些水手必须与乘客一起经受命运的考验。在这些告知下,陪审团认定非预谋故意杀人成立。最后鲍尔温法官宣布处以霍姆斯六个月监禁和20美元罚金;霍姆斯在被执行监禁刑之后,泰勒(John Taylor)总统赦免了罚金。详情参见[美]萨伯:《洞穴奇案的十四种判决》,陈福勇、张世泰译,序言,香港,商务印书馆(香港)有限公司,2006。进一步可参考雨果·亚当·贝多著的《要命的选择》(常云译,北京大学出版社,2016)、托马斯·卡思卡特著的《电车难题——该不该把胖子推下桥》(朱沉之译,北京大学出版社,2014)、弗朗西丝·卡姆著的《电车难题之谜》(常云译,北京大学出版社,2019)等作品。

〔2〕 国家司法考试、国家统一法律职业资格考试曾考察这方面内容。如国家司法考试2013年卷一第53题为多项选择题:一外国电影故事描写道:五名探险者受困山洞,水尽粮绝,五人中的摩尔提议抽签吃掉一人,救活他人,大家同意。在抽签前摩尔反悔,但其他四人仍执意抽签,恰好抽中摩尔并将其吃掉。获救后,四人被以杀人罪起诉并被判处绞刑。关于上述故事情节,下列哪些说法是不正确的? A. 其他四人侵犯了摩尔的生命权 B. 按照功利主义“最大多数人之福祉”的思想,“一命换多命”是符合法理的 C. 五人之间不存在利益上的冲突 D. 从不同法学派的立场看,本案的判决存在“唯一正确的答案”。参考答案为C、D项。

〔3〕 《尚书·甘誓》。

〔4〕 《诗经·商颂·玄鸟》。

〔5〕 《尚书·汤誓》。

制定的《汉谟拉比法典》(迄今所发现的最早的一部完整保留下来的成文法典)也强调是遵照神的旨意进行的,即“发扬正义于世,消灭不法邪恶之人”,篇首用很长的篇幅强调法典是国王受地神、天神、众神之王、巴比伦守护神之命而发布的。

古罗马的奥古斯丁(Aurelius Augustin, 354—430)是当时最伟大的神学家,他的著作《忏悔录》《上帝之城》《论三位一体》等在整个中世纪对基督教学说和观点产生了深刻的影响。奥古斯丁主张神权政治论,对原罪说予以发挥,区别神国与俗国、神法与人法,提出战争与和平论等。他将法律分成两类:世俗法与永恒法。在奥古斯丁看来,法律产生于上帝,是正义的体现,是上帝统治人类的工具。统治外部的有形之法是世俗法,而统治者内心的法是永恒法,有形来自于无形。这个法等同于上帝的意志和智慧,正是上帝的意志和智慧引导一切事物达到它们各自的目的。

在西欧中世纪,罗马天主教教会占据统治地位,正如恩格斯(Friedrich Engels, 1820—1895)在《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》中所指出的:“中世纪把意识形态的其他一切形式——哲学、政治、法学,都合并到神学中,使它们成为神学中的科目。”〔1〕

作为西欧中世纪最大的神学家、经院主义哲学家,托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas, 约1225—1274)的神学中就包括了当时最为系统的神学法思想。阿奎那将法律分为四种:永恒法即上帝的法律,是最高的法律;自然法是沟通上帝和人的桥梁,其首要原则是“行善避恶”;神法是上帝通过《圣经》所赋予的法律,用以补充比较抽象的自然法;人定法,通常包括世俗统治者制定的法律。在阿奎那看来,法律是种种有关公共幸福事项的合理安排,由任何负有管理社会之责的人予以公布。对“公共幸福”“合理”等,他都做了神学上的解释。在他看来,上帝是万物的创造者,又是智慧的化身。神的智慧本身具有法律性质。这种学说更为系统和完整,有其独有的概念和解释体系,有一定的内在逻辑性,理论形态较为完美。

以后又出现新托马斯主义法学(新经院主义法学)。他们继承和发展中世纪托马斯·阿奎那的学说。如法国的雅克·马里旦(Jacques Maritain, 1882—1973)提倡以基督教教义改造社会为核心的新人道主义或人格主义;主张国家应为人服务,最终为人能参与上帝生活这一目的服务;自然法是对上帝的永恒法的参与,是人权的哲学基础。他认为阿奎那“不是中世纪的一个遗迹……不单纯是研究历史和学问的一个对象。他完完全全是当代使徒的体现”。〔2〕他试图使神学的灵光环绕在体现西方资产阶级民主的政治、法律制度上。

〔1〕《马克思恩格斯选集》2版,第4卷,251页,北京,人民出版社,1995。

〔2〕[法]马里旦:《论圣托马斯·阿奎那》,转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,92页,北京,北京大学出版社,1992。

神意论对法作了多元的理解,区分法与法律,并将法律的力量源泉归结于法律之外的神。这些对以后的法本质观有重要的影响。

## (二) 理性论

理性论为西方自然法学派关于法的本质的学说。这一学说在西方具有很大影响,对资本主义国家法律制度的建立具有奠基意义。理性论把法理解为一种理想、一种价值、一种道德,认为存在着一种高于实在法、并指导实在法的普遍原则,即自然法,宇宙运行不变之自然法则。

这一学说大致经历了三个发展阶段:古代自然法说、古典自然法学、新自然法学。

### 1. 古代自然法说

古希腊是自然法观念的发源地。古希腊较早摆脱了原始宗教神学的束缚,而致力于从自然本原探索法产生的原因。不少人认为,国家法就如同山川河流一样是一种自然现象,因而应当从“自然”着手,把握国家和法的真谛,形成了早期的自然法观念。亚里士多德(Aristotle,前384—前322)提出了自然正义和法律正义(约定正义)或普通的法律和特殊的法律,即自然法和实在法的区分问题。

罗马共和国末期的哲学家、政治家西塞罗(Marcus Tullius Cicero,前106—前43),在西方思想上首先比较系统地提出了自然法的学说。真正的法律是和自然一致的正当理性,它是普遍适用的、不变的和永恒的,它命令人尽本分,禁止人们为非作歹;自然法早在任何成文法或国家产生以前就已存在;它对整个人类,不分国家、不分时期都普遍有效,任何人都不得违反、改变或取消这种法律;所有残暴的法令根本不能称为法律,而只是一群暴徒在集会中通过的规则而已。<sup>[1]</sup>他相信自然理性是宇宙的主宰力量,认为法的本质是正义,但正义不是柏拉图所说的“天然秩序”,而是作为自然界组成部分的人所固有的人性。

在西欧中世纪时,自然法观念也成为神学法律思想的一个工具,阿奎那对法律进行分类时就有自然法。

### 2. 古典自然法说

商品经济和科学技术的发展唤醒了人们的个性意识,人们开始用理性来追寻法的本源。

在近代,自然法观念发展到高峰,17、18世纪的古典自然法学派是新兴资产阶级用以反对封建压迫、民族压迫和教会神学的法律思想。主要代表人物有荷兰的格劳秀斯(Hugo Grotius,1583—1645);英国的霍布斯(Thomas Hobbes,1588—1679)、洛克(John Locke,1632—1704);法国的孟德斯鸠(Charles Louis

[1] [罗马]西塞罗:《法律篇》,转引自法学教材编辑部西方法律思想史编写组编:《西方法律思想史资料选编》,63~64、78、83页,北京,北京大学出版社,1983。

Montesquieu, 1689—1755)、卢梭;德国的普芬道夫(Samuel von Pufendorf, 1632—1694);意大利的贝卡利亚(Cesare Bonesana marquis Beccaria, 1738—1794)等。

他们从人的理性出发,认为存在一个“自然状态”,在这一状态下人们享有由自然法保障的天赋自然权利,但是自然状态具有三大缺陷:缺乏明确与规定性的判断是非的共同尺度;缺乏公认与公正的裁判者;缺乏权力执行判决。人们为了保护自然权利,由理性引导进入政治状态,人们在协商的基础上订立契约,交出部分自然权利,联合成为国家。国家是人们通过社会契约建立的;自然法体现了永恒的正义。他们认为自然法代表人类的理性或本性,是最高的法律。自然法是“真正理性的命令”,连上帝也要受它的支配,是永恒的。法是以普通的人性为基础的,因而凡是全体人民的共同意志而且同样适用于每一个社会成员,因而每个人不论其阶级地位、财富状况、社会地位如何,在法律上都是平等的,都是有同样的自由、权利。如格劳秀斯认为“自然法是正当的理性准则”;〔1〕霍布斯认为“自然法就是公道、正义、感恩,以及根据它们所产生的其他道德”;〔2〕洛克认为“自然法也就是上帝的意志的一种宣告”。〔3〕

古典自然法学为美国《独立宣言》、法国《人权宣言》以及近代资产阶级民主、法治理论提供了理论基础,成为反对封建专制制度、指导资产阶级革命建立资产阶级法制的理论武器。劳特派特在《奥本海国际法》中指出:“如果没有自然法体系和自然法先知者的学说,近代宪法和近代国际法都不会有今天这个样子。在自然法的帮助下,历史教导人类在它走出中世纪的制度而进入近代的制度。”〔4〕

### 3. 新自然法学

自然法学在19世纪中期至20世纪初期衰落后,在20世纪中期又开始复兴。主要代表人物有美国的朗·富勒(Lon L. Fuller, 1902—1978)和约翰·罗尔斯(John Rawls, 1921—2002)、德沃金(Ronald M. Dworkin, 1931—2013)等。富勒的思想是法西斯政权战败在法律思想领域中所引起的冲击的产物,是在反对英国哈特的法律实证主义中形成和发展起来的。他认为法律与道德是不可分的,法律的外在道德是指法律的实体目标,即实体自然法;法律的内在道德是指法律的解释和执行的方式问题,即一种特殊的、扩大意义上的程序问题,即程序自然法,有8个法律原则(法律的普遍性、法律的公布、适用于将来而非溯及既往的法律、法律的明确性、避免法律中的矛盾、法律不应要求不可能实现的事情、法律的稳定性、官方行动

〔1〕 [荷兰]格劳秀斯:《战争与和平法》,转引自法学教材编辑部西方法律思想史编写组编:《西方法律思想史资料选编》,143页,北京,北京大学出版社,1983。

〔2〕 [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复等译,207页,北京,商务印书馆,1985。

〔3〕 [英]洛克:《政府论(下篇)》,叶启芳等译,84页,北京,商务印书馆,1964。

〔4〕 [英]赫希·劳特派特:《奥本海国际法(上卷第一分册)》,石蒂等译,63页,北京,商务印书馆,1971。

和法律的一致性)。<sup>〔1〕</sup>富勒更多的是把自然法看成是提供一种方法的理论,而这种方法是法律程序为达到某种社会组织形式的目的所必须运用的,主要为程序自然法。

罗尔斯、德沃金思想是西方社会动荡的产物。20世纪60—70年代西方社会特别是美国社会出现大动荡,表现为战后最严重的经济危机,社会矛盾激化,黑人运动、学生运动、反战运动蓬勃发展,社会内部矛盾相应加剧。对西方法律制度的“信任危机”需要用新的理论来回答。罗尔斯于是提出一种新的正义论,以代替在道德思想领域中长期占统治地位的功利主义。罗尔斯虽然没有直接使用自然法一词,但认为法律必须基于某种抽象的道德概念,强调实体问题——正义。他的正义论的内容包括正义的至上性、对制度的正义原则与对个人的正义原则、形式正义(对法律和制度的公正和一贯执行)和实质正义(制度本身的正义)等。罗尔斯的正义主要是指社会正义。<sup>〔2〕</sup>

德沃金的学说以“权利论”作为核心。他主张道德哲学的有用性,因此德沃金从他自己的道德哲学出发,提出了权利论,主张通过整体性阐释可发现权利乃是美国宪政的一项基本原则,德沃金尤其强调当法律争议涉及道德权利时,必然要对其有一个立场,而不可能选择回避。他之所以强调规则、政策与原则之分,就是为了强调个人权利,即原则。他又认为,在所有个人权利中,最重要的是平等权利,即“政府必须不仅仅关心和尊重人民,而且必须平等地关心和尊重人民”。<sup>〔3〕</sup>

理性论更关注应然的法,将法律的权威基础归结为道德,法律的效力来自于法律之外的道德。<sup>〔4〕</sup>

### (三) 民族精神论

这一学说为西方历史法学派关于法的本质的观点,首先在19世纪的德国兴起。法国资产阶级革命胜利后,在整个欧洲出现了一股思潮,矛头直接指向法国的

〔1〕 [美]朗·富勒:《法律的道德性》,转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,58~62页,北京,北京大学出版社,1992。详见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,北京,商务印书馆,2005。

〔2〕 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,第一篇理论,北京,中国社会科学出版社,1988。

〔3〕 [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,357页,北京,中国大百科全书出版社,1998。

〔4〕 菲尼斯对自然法学说进行了重述,就以下方面展开叙述:基本的人类的善和实践理性的必要条件、共同体以及“共同的善”;正义;权利话语(rights-talk)的逻辑结构;人权的基础、具体要求和限度;权威以及由非权威人员和程序制定的权威性规则;法律、法治、实践理性原则中推导出法律;法律和道德义务之间的复杂关系;由非正义的法律产生的实践和理论问题。参见[美]约翰·菲尼斯:《自然法与自然权利》,董娇娇等译,北京,中国政法大学出版社,2005。

关于自然法,还可以参阅[美]列奥·施特劳斯:《自然权利与历史》,彭刚译,北京,三联书店,2006;[德]海因里希·罗门:《自然法的观念史和哲学》,姚中秋译,上海,上海三联书店,2007;[意]登特列夫:《自然法:法律哲学导论》,李日章等译,北京,新星出版社,2008;[美]约翰·戈耶特等编:《圣托马斯·阿奎那与自然法传统》,杨天江译,北京,商务印书馆,2015;李猛:《自然社会:自然法与现代道德世界的形成》,北京,三联书店,2015。



启蒙学说,竭力维护在欧洲残存的封建统治,其在法学界的表现就是历史法学派的产生。

当时德国半封建的君主专制在政治上处于分裂状态,资产阶级已经形成,但其力量弱小;法律制度极为混乱,罗马法与日耳曼法同时存在,并经常发生冲突;各邦的法律也相互矛盾。这种政治上的分裂和法律上的混乱,既不利于资产阶级成长,又阻碍经济的发展。为改变这种状况,实现国家和法律的统一,海德堡大学教授蒂堡于1814年提出了制定统一民法典的建议,但遭到了萨维尼(Friedrich Karl von Savigny, 1779—1861)等人的坚决反对。萨维尼发表了题为《论立法与法学的当代使命》的论文;萨维尼还与艾希霍恩创办了《历史法学杂志》,在创刊号上他们指出:历史法学的任务与其说是研究法的历史,不如说首先主要是重新把法学理解为立足在历史基础上的科学。萨维尼在论战中系统地阐述了历史法学派的基本观点。<sup>〔1〕</sup>

萨维尼等认为古典自然法学派所谓体现人类理性的自然法仅仅是一种假设,不能说明法律的渊源和本质,这种观点只能是幻想;法律像语言、风俗、政制一样,具有民族特性,是“民族精神”的体现,它“随着民族的成长而成长,随着民族的壮大而壮大,最后,随着民族对于其民族的丧失而消亡”;<sup>〔2〕</sup>一个民族的法律制度,就像艺术和音乐一样,是其文化的自然体现,在民族内部力量推动下形成的,只有“民族精神”或“民族意识”才是实在法的真正创造者;每个民族的共同信念才是法律的真正渊源。

在他看来,法律主要体现为习惯法,习惯法是法律的真正基础,因为习惯法最能体现“民族精神”,它是最有生命力的,其地位远超过立法;而且德国当时也无能力制定更好的法典。

英国的梅因(Sir Henry Maine, 1822—1888),通过广泛收集整理和研究古代法律史的资料,发展了历史法学派的观点。他比较注重对法律发展规律的研究,甚至直接把法律的本质特征与法律进化的规律等同起来。“所有进步社会的运动在有一点上是一致的。在运动发展的过程中,其特点是家族依附的逐渐消灭以及代之而起的个人义务的增长。”<sup>〔3〕</sup>各国法律制度的历史表明,某些法律制度会在不同社会的相同历史条件下重新出现,法律的发展可以归结为法律形式的发展,即“从身份到契约”,<sup>〔4〕</sup>个人成为社会生活的基本单位。他反对“社会契约论”,但并不否认契约的存在,认为契约是从古就有的,只是表现形式和发展程度不同而已,强调契约在人类社会发 展过程中的重大作用,把社会和法律的发展史等同于契约的发

〔1〕 对此,舒国滢的《德国1814年法典编纂论战与历史法学派的形成》一文(《清华法学》2016年第1期)有较详细的介绍。

〔2〕 [德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,9页,北京,中国法制出版社,2001。

〔3〕〔4〕 [英]梅因:《古代法》,沈景一译,96~97页,北京,商务印书馆,1959。

展史。

通过历史法学派的分析,我们可以了解一个国家的法自始至终的精神、特质、统一、个性化、发展等整体的存在与运作。到19世纪末20世纪初,历史法学派作为一种研究方法,已融化在分析法学或社会法学中。

#### (四) 规范论

中国古代的思想家管仲认为:“法律政令者,吏民规矩绳墨也。”指出了法律的技术规范因素。<sup>〔1〕</sup>

在西方,规范论为分析法学关于法律本质的学说。这一学说曾长期在英国法学界占统治地位,创始人为英国法学家奥斯丁(John Austin,1790—1859)。英国资产阶级革命是以妥协告终的,这种革命的不彻底性在法律方面的直接后果,是旧的诉讼程序被继续运用,许多封建法律被虔诚地保存下来,这使得当时英国的法律显得杂乱无章,重迭牵制,互相矛盾。奥斯丁认为,造成英国法律混乱状态的原因,并不在于法律的历史传统,而是因为混乱而散漫的思想方法,尤其是因为古典自然法学说的传播。因此他给自己规定的任务,是把法律和法学从自然法学说中解放出来,通过对法律的逻辑分析提供一套共同的原则、概念和特征,明确它们彼此之间的逻辑关系,形成有条理的法律体系,以完善资产阶级法制,提高统治效能。

奥斯丁认为,法学的对象仅限于实在法,“实际存在的由人制定的法”,通过对实在法的分析找出它们共同的原则,而这些共同原则实际上都建立在功利的基础之上;法律或严格意义上的法律,是命令,是以制裁作为保证的一种命令,“是政治优势者对政治劣势者制定的法”,<sup>〔2〕</sup>而政治优势者,是指他在社会地位、财富和品德等方面的优越性超过其他人。

他强调,法律和道德是无关的,至少没有必然的联系,一个不道德、不正义的法,只要是合法地制定的,就应该认为具有法律效力,即“恶法亦法”。<sup>〔3〕</sup>在《法理学的范围》中,奥斯丁指出:“法的存在是一回事。法的优劣,则是另外一个问题。法是否存在,是一种需要研究的问题。法是否符合一个假定的标准,则是另外一种需要研究的问题。一个法,只要是实际存在的,就是一个法,即使我们恰恰并不喜欢它,或者,即使它有悖于我们的价值标准。”<sup>〔4〕</sup>

规范论以后为原籍奥地利后入美国籍的凯尔森(Hans Kelsen,1881—1973)的

〔1〕《管子·七臣七主》。

〔2〕[英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,13页,北京,中国法制出版社,2002。

〔3〕法律由于违背正义达到不能容忍的程度,则应被视为“非正确法”“恶法”“非法之法”。这个观点是德国法学家古斯塔夫·拉德布鲁赫提出的,其被后世称为“拉德布鲁赫公式”(Radbruchsche Formel)。见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律的不法与超法律的法》,载拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,170~171页,北京,中国法制出版社,2001。

〔4〕[英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,209页,北京,中国法制出版社,2002。

纯粹法学和哈特的新分析法学等所继承和发展。

凯尔森认为纯粹法理论不能回答“某一个法律是否合乎正义以及什么是正义的基本要素的问题”，〔1〕强调法律与正义不能混为一谈；从“法律纯粹分析”入手，凯尔森通过对法规则（规范）的概念和体系结构分析，对法律的效力根源以及法律作用方式进行了阐明。凯尔森提出了一个法律定义，并创造了自己的法律规范体系。他说，法律的定义有政治定义与科学定义之分，政治定义就是使法律概念服从特定的政治、道德理想（根据个人价值判断来确定）；纯粹法学所追求的是科学定义，它表明法律是“个人行为的一种秩序”，〔2〕“是一种社会组织的特定技术”。〔3〕法律是由规范构成的，“‘规范’是表达某人应当如何行为这一事实的一个规则，而并没有任何人真正‘要’他这样做的含义”。由此，他提出了一个叙述法律问题的基本原则，即区别“应当”和“是”，这就是说，应当发生的事或应当有的行为，如果法律作了规定，它就有约束力。至于实际是不是发生这种事或行为，并不影响法律规范的存在和效力。凯尔森详细地分析了法律规范的等级体系，认为每一个规范效力的理由都来自另一个更高的规范，不能从一个更高规范中得来自己效力的规范则为基础规范。〔4〕

从20世纪50年代中期开始，在西方法学界，以哈特与富勒为中心，开展了分析实证主义法学和新自然法学的长期论战。英国的哈特是在“二战”后“复兴自然法”的条件下提出自己的新分析法学的，因此他的学说中具有向自然法学靠近的特征。他不仅接受了奥斯丁的基本观点，而且吸收了现代西方哲学的一个重要派别——逻辑实证主义的概念和语言分析法，作为其学说的一个思想基础。哈特试图用其“法律的规则说”取代或者弥补奥斯丁的“法律命令说”。哈特的法律规则说，即第一性规则和第二性规则的结合；基本规则或者第一性规则要求人们做一定的行为或者禁止人们去做一定的行为，第二性规则是附属性的，它引入新的规则，以废除、修改旧的规则，决定它们的范围和运作的方式。第一类规则设定义务，第二类规则授予权力。第一类规则涉及物质运动和变化有关的行为，第二类规则此外还引起义务或者责任的产生和变更。哈特指出，“法理学科学的关键”就在于“这两类规则的结合中”。〔5〕在法律与道德关系上，哈特提出了著名的“自然法的最低限度的内容”理论，即“这些以有关人类、他们的自然环境和目的的基本事实为基础的、普遍认可的行为原则，可以被认为是自然法的最低限度的内容”。〔6〕

〔1〕〔2〕〔3〕 [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，1～6页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

〔4〕 参见[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，125～126页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

〔5〕 [英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，83页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

〔6〕 [英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，188～189页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

规范论主张法律的一元论,强调讨论法律本身,排除法律之外因素的影响。

### (五) 社会控制论

社会控制论为西方社会法学派关于法的本质的学说。这一学说以社会学观点和方法研究法律现象,从社会本位角度认识法,注重探讨法律在社会中的实际运作,把法律作为社会控制的工具。社会法学派强调独立于国家利益、个人利益的社会利益的客观存在,法律保障社会利益。它研究法律与其他社会因素的相互作用,特别是要研究法律的社会目的和效果。

在社会变迁、国内外各种矛盾不断加剧的情况下,资产阶级要求充分利用国家权力、社会权威,加强法律对社会生活的统治特别是经济生活的干预,以缓和社会矛盾,并为加强社会控制、适应社会发展提供法律依据,维护资本主义的社会关系和社会秩序。

为说明资产阶级法律的变化,从理论上指导和完善资产阶级法律制度,社会法学派逐步形成。奥地利法学家埃利希(Eugen Ehrlich, 1862—1922)指出法的发展的重心不在立法、法学或判决,而在社会本身。他认为法比国家出现得更早,国家制定和执行的法仅是法中很小的一部分;即使在现代,国家对法所起的作用也是有限的,而大量存在的是“活法”;应当自由地发现法律。<sup>〔1〕</sup>法国的狄骥(Léon Duguit, 1859—1928)通过把法律与“社会连带关系”联系起来,进而说明法律的本质问题。美国的庞德(Roscoe Pound, 1870—1964)主张从社会控制论着手,站到一个更高的层次来理解法律概念,认为法律是一种社会控制的制度,是依照一批在司法和行政过程中使用的权威性法令来实施的高度专门形式的社会控制。在他看来,在人类本性中存在着与人的社会性相对应的自我扩张的本性,尽管个人也往往对它采取摈弃的态度,但不能排除它潜在的存在和以不同方式、不同程度地被激发出来,这就要求在一种强有力的控制工具,在现代社会,只有法律才能完成这个任务。法律通过对人们自我扩张的本性的控制来保证和实现社会利益。<sup>〔2〕</sup>庞德强调法律的社会效果和作用,认为法律是一种社会工程,是社会控制工具之一或首要工具,其任务在于调整各种相互冲突的利益;20世纪的法律是法律社会化的阶段。

社会法学派重视法律与社会关系的探讨,强调法律的根源不在于人类的本性,而在于社会的需要和约束人们的团结精神;法律的目的首先是保障社会的、公共的利益,而不是孤立的个人权利和自由,因为个人不能离开社会而存在。

〔1〕 参见[奥]欧金·埃利希:《法律社会学基本原理》,转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,271~277页,北京,北京大学出版社,1992。详见[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国译,北京,中国大百科全书出版社,2009。

〔2〕 参见[美]庞德:《通过法律的社会控制 法律的任务》,沈宗灵等译,9~10页,北京,商务印书馆,1984。

## 二、中国古代的法观念

中国古代社会以“和谐”为最高追求,法也立基于此,从人伦、天常获得法的权威来源,形成了律法观念、伦理法观念和法自然的自然法观念。<sup>〔1〕</sup>

### (一) 律法观念

“律”为“法规、法则、法令、规章”“约束”“遵循”“格式”“效法”等意。《尔雅·释诂》载:“律,法也。”《说文》也载:“律,均布也。”

中国古人重视律法,对此有不少论述。荀子主张“隆礼重法”。他说:“明礼义以化之,起法正以治之,重刑罚以禁之,使天下皆出于治,合于善也。此圣王之治而礼义之化也。”(《荀子·性恶》)韩非子也说:“故其治国也,正明法,陈严刑,将以救群生之乱,去天下之祸,使强不凌弱,众不暴寡,耆志得遂,幼孤得长,边境不侵,君臣相亲,父子相保,而无死亡杀虏之患,此亦功之至厚者也”。(《韩非子·妃劫弑臣》)<sup>〔2〕</sup>南朝梁朝的刘勰在《文心雕龙·议对》中也指出:“田谷先晓于农,断讼务精于律。”《汉书·高帝纪》载:“天下既定,令萧何次律令。”律法为中国古代社会的主要法律,为官方颁布的具有一定表现形式的规条。

律法以成文的制定法为主,主要有刑、法、律、令、典、式、格、诏、诰、科、比、例、敕等形式,各朝有所不同,较为全面的调整各方面的社会关系。

在夏、商、西周和春秋时期,刑指刑律。法是商鞅变法之前常用的法律形式,如魏国的《法经》(包括《盗法》《贼法》《囚法》(亦作《网法》)、《捕法》《杂法》《具法》等六篇)、晋国的《被庐之法》。律是商鞅变法后中国古代社会主要的法律形式,如秦的《田律》、汉朝《九章律》,魏晋之后有《魏律》《晋律》《北齐律》《隋律》《唐律》《大明律》《大清律》。令是君王就某一具体事务颁布的命令,涉及官府的组织形式、运行程序等,如隋唐时期的《开皇令》和《贞观令》、宋代的《天圣令》。典最早为唐朝的《唐六典》,是一部行政法典,后来的宋元明清都有此类法典。式是朝廷就某一机关工作原则、工作程序而制定、颁布的法律文件。式为官府的公文程式和行政活动的细则,在唐朝还有一定地位,是唐朝律令格式法律体系的重要组成部分,但到了元明清时期,地位下降了很多,不再起主要作用。格也是一种行政法规,规范各机构和官吏的办事行为,最早出现于东魏的《麟趾格》,明清时将格的内容归入了会典和其他形式的法规中,不再独立。诏是古代皇帝发布的命令,又叫诏令;皇帝的诏令具

〔1〕 江山认为中国法形态为礼法、仁法、理法的三重结构,参见江山的《中国法理念(第四版)》(北京,中国政法大学出版社,2005)第五、第六、第七章有关内容。

〔2〕 中国古代的法家认为人在本性上是趋利避害的,决定了人与人之间不免发生利益冲突,因此需要严格的制度进行管理。“法者,宪令著于官府,刑罚必于民心,赏存乎慎法,而罚加乎奸令者也。”(《韩非子·定法篇》)“法者,编著之图籍,设之于官府,而布之于百姓者也。”(《韩非子·难三》)法家的主张在秦国实践中获得了短暂的成功,以后为儒家所部分吸收。

有最高的法律效力,既可以认可、公布律条,也可以改变、废除律条。诰为明太祖朱元璋以判例形式出现,带有特别法性质的重刑法令,包括《大诰》《大诰续编》《大诰三编》《大诰武臣》四部分,统称《御制大诰》。例是以君王命令的形式发布、补充和修订律典的特别法。敕是皇帝诏令的一种,宋代的敕是皇帝对特定人或特定事所作的命令。

中国古代社会的律法可从下面的《明律·脱漏户口》可见一斑。

钦定四库全书

明会典卷一百三十四

刑部九

比科

诸司职掌

律令

户役            田宅            仓库

课程            钱债            市廛

户役

明律

脱漏户口

凡一户全不附籍有赋役者家长杖一百无赋役者杖八十附籍当差 若将他人隐蔽在户不报及相冒合户附籍有赋役者亦杖一百无赋役者亦杖八十若将另居亲属隐蔽在户不报及相冒合户附籍者各减二等所隐之人并与同罪改正立户别籍当差其同宗伯叔弟侄及婿自来不曾分居者不在此限 其见在官役使办事者虽脱户止依漏口法 若隐漏自己成丁人口不附籍及增减年状妄作老幼废疾以免差役者一口至三口家长杖六十每三口加一等罪止杖一百不成丁三口至五口笞四十每五口加一等罪止杖七十入籍当差 若隐蔽他人丁口不附籍者罪亦如之所隐之人与同罪发还本户附籍当差 若里长失于取勘致有脱户者一户至五户笞五十每五户加一等罪止杖一百漏口者一口至十口笞三十每十口加一等罪止笞五十本县提调正官首领官吏脱户者十户笞四十每十户加一等罪止杖八十漏口者十口笞二十每三十口加一等罪止笞四十知情者并与犯人同罪受罪者计赃以枉法从重论若官吏曾经三次立案取勘已责里长文状叮咛省谕者事发罪坐里长

这种律法规范的内容比较具体,权利义务与法律责任较为明确。

## (二) 伦理法观念

中国古代存在以礼为核心的伦理法观念。《礼记·乐记》曰:乐者,通伦理者也。东汉郑玄注:伦,大类也;理,分也。“伦”训为“类”,“类”又可训为“辈”,引申为同类同层次,父辈为一伦,兄弟辈又一伦。“伦”又有“道”意义,“道”即规则、道

理。“伦理”一词,实指古代宗法社会中以血缘关系为基础的人伦尊卑等级秩序,也即“伦常”,即人伦之常道,推而广之,也是宇宙万物的大化规则、人类社会的政治秩序。

关于礼,《礼记·礼运》曰:“夫礼,必本于大一,分而为天地,转而为阴阳,变而为四时,列而为鬼神。”言下之意,人世间的礼乐制度最核心、最根本的问题是起源于“一”,孔颖达解释说,“极大曰大,未分曰一,其气既极大而未分,故曰大一也。礼理既与大一而齐,故制礼者用至善之大理以为教本,是本于一也。”故此,《论语·为政》载:“子曰:道之以政,齐之以刑,民免而无耻;道之以德,齐之以礼,有耻且格。”《论语·学而》载:“有子曰:礼之用,和为贵。先王之道,斯为美;小大由之。有所不行,知和而和,不以礼节之,亦不可行也。”

一般认为,中国古代的伦理法观念、伦理法思想基本含义有两方面:①伦理凌驾于法律之上,宗法人伦道德价值高于法律价值,伦理评价高于法律评价,以“三纲五常”为主要内容的宗法主义伦理为立法、司法的根本原则。②伦理与法律之间没有明确的界限,宗法伦理道德被直接赋予法的性质,具有法的效力,即伦理法律化。

中国古代的立法以礼为指导,执法以教化为首务。法律条款的确立要体现人伦道德的宗旨,统治者从政要先教而后刑。礼法并举、刑教结合的目的在于建造一个“父子有亲,君臣有义,夫妇有别,长幼有序,朋友有信”充满人情味的有序王国。<sup>〔1〕</sup>

伦理法观念植根于古代以宗法家庭和自然经济相结合的农业社会的深厚土壤之中,其伦理是实实在在的活生生的世俗伦理,不同于以超凡出世为特征的宗教伦理,也有别于那种在人类社会之上或之外的以自然主义为基础的理性主义伦理。这种世俗伦理不是一种神秘的信仰,而是安身立命的基础。

中国古代以“祖述尧舜,宪章文武”相标榜,认定尧舜和文武王是将伦理价值和法律价值融为一体的最高典范,是完美的道德、优良的法律的直接体现者,“法先王”是其基本的思维模式,先验的“先王之法”是一切现实法的最高评价标准和价值目标。<sup>〔2〕</sup>

### (三) 法自然的自然法观念

崇拜自然、效法自然是中国古代为政的传统。自然界的博大和谐、万物有所归及变化规律,为中国传统法律提供了最好的模式。礼法并举、恩威并用及执法平等的思想主张,也常常源于自然界的启发。法律的权威基础来自于自然的本源。老

〔1〕《孟子·滕文公》。梁治平由“礼法”一词在古代经籍和史乘中的基本用法入手,进而对古代礼、法观念的渊源和流变,尤其是二者关系的演变,予以系统的梳理和说明,借以展示古代中国人的秩序观、法律观,以及传统的秩序观和法律观在近代经历的挑战和变迁。参见梁治平:《“礼法”探原》,《清华法学》,2015(1)。

〔2〕江山认为,构成传统中国法理念的主要是三大支柱,即礼法、仁法、理法。参见江山:《中国法理念》,165~301页,台北,元照出版有限公司,2008。

子有言：

有物混成，先天地生，寂兮寥兮，独立不改，周行不殆，可以为天下母。吾不知其名，字之曰“道”，强为之名曰“大”。大曰逝，逝曰远，远曰反，故道大，天大，地大，人亦大。域中有四大，而人居其一焉。人法地，地法天，天法道，道法自然。<sup>〔1〕</sup>

……道生之，德畜之，物形之，势成之。是以万物莫不尊道而贵德。道之尊，德之贵，夫莫之命而常自然。故道生之，德畜之；长之育之；成之熟之；养之覆之。<sup>〔2〕</sup>

崇拜自然是人类社会发端伊始的普遍现象。原始社会时，由于生产力的低下，人们对自然界的一些现象无法理解，无论是出于恐惧，还是出于依赖，他们相信自然之中存在着神力无边的主宰，因而对自然便顶礼膜拜。中国先民的智慧之处表现于在崇拜自然的同时，更注重仿效自然，以求用“人事”应“天道”，用“天道”制约“人事”。传说开天辟地的伏羲“仰观象于天，俯察法于地，因夫妇，正五行，始定人道”。<sup>〔3〕</sup>成书于战国秦汉之际的《周礼》，仿效自然，设天、地、春、夏、秋、冬六官，以人事应天道。《汉书·刑法志》开篇便道出法律的诞生是圣人受大自然启发的结果：“圣人既躬明哲之性，必通天地之心，制礼作教，立法设刑，动缘民性，而则天象地。故曰：先王立礼‘则天之明，因地之性’也。刑罚威狱，以类天之震曜杀戮也。温慈惠和，以效天之生殖长育也。《书》云：‘天秩有礼’、‘天讨有罪’。故圣人因天秩而制五礼，因天讨而作五刑。”这段话的意义在于说明礼与法、教与刑都是圣人与大自然沟通的产物，是圣人对沉默不语的大自然底蕴的领悟。因为效法自然，中国传统法律在发展之始便迅速摆脱了几乎所有法系发展都经历过的漫长的神权时代，并从未坠入神权笼罩的深渊。

中国不存在天人分离的二重结构，不存在超自然、超人类纯自然法则，以“天人调谐”“天人合德”为寄托，强调人对自然的参与而不是征服，人与天、地并称“三才”，人可以参天地赞化育，兼天地之才而用之，所谓自然法则原本也同时就是人的法则。<sup>〔4〕</sup>

应当看到，从文化背景、语境到法的体系、特征再到概念、词语等各方面，中国

〔1〕《道德经》二十五章。

〔2〕《道德经》五十一章。龙大轩将“道”与中国法律传统关联论证，认为“道”是世俗世界只能顺应不能违背的总法则，是宇宙的总根源，是万事得以形成的总规律，是万物得以生存的总纲领，更是中国古代法精神的集中表达。参见龙大轩：《道与中国法律传统》，20～229页，济南，山东人民出版社，2004；龙大轩：《道与中国法律传统》，《现代法学》，2004（2），第54-61页。

〔3〕《白虎通·号篇》。

〔4〕在这方面，马小红的《礼与法——法的历史连接》（北京，北京大学出版社，2004）值得我们注意。



古代法与西方法都存在着很大的差异。对中国古代法的认识不能以西方的为标准。<sup>〔1〕</sup> 法国 18 世纪伟大思想家伏尔泰有言：“对中国的礼仪的极大误会，产生于我们以我们的习俗为标准来评判他们的习俗，我们要把我们的偏执的门户之见带到世界各地。”<sup>〔2〕</sup>

对此，主持清末修律的清廷大臣沈家本以为中西法“道理自在天壤，说道真确处，古今中外归于一，不必左右袒也”。中西法的道理是“大抵中说多出于经验，西学多本于学理。不明学理，则经验者无以会其通；不习经验，则学理亦无从证其是。经验与学理，正两相需也”。<sup>〔3〕</sup> 再看程树德作于 1926 年的《九朝律考》对中国古代“律”历代相袭的精辟概括：“九章之律，出于李悝《法经》，而《法经》则本于诸国刑典，其源最古。春秋时齐有管子七法，楚有仆区法、茆门法，晋有刑书刑鼎，郑有刑书竹刑，其见于记载者如此。商君有言，不观时俗，不察国本，则其法立而民乱。自汉以后，沿唐及宋，迄于元明，虽代有增损，而无敢轻议成规者，诚以其适国本，便民俗也。”<sup>〔4〕</sup>

我们需要注意，“在清算旧的传统和制度的时候，我们也要注意随意地斥责古

〔1〕 对中国古代社会的法，我们常常受西方学者的影响而给予消极的评价。如孟德斯鸠这样评价中国法律：“在中国，腐败的统治很快便受到惩罚。这是事物的性质自然的结果。人口这样众多，如果生计困乏便会突然发生纷乱。在别的国家，改革弊政所以那么困难，是因为弊政的影响不那么明显，不像在中国那样，君主受到急遽的显著的警告。”“中国的皇帝所感悟到的和我们的君主不同。我们的君主感到，如果他统治得不好的话，则来世的幸福少，今生的权力和财富也要少。但是中国的皇帝知道，如果他统治得不好的话，就要丧失他的帝国和生命。”“中国虽然有弃婴的事情，但是它的人口却天天在增加，所以需要辛勤的劳动，使土地的生产足以维持人民的生活。这需要有政府的极大注意。政府要时时刻刻关心，使每一个人都能够劳动而不必害怕别人夺取他的劳苦所得。所以这个政府与其说是管理民政，毋宁说是管理家政。”“这就是人们时常谈论的中国的典章制度的由来。人们曾经想使法律和专制并行，但是任何东西和专制主义联系起来，便失掉了自己的力量。中国的专制主义，在祸患无穷的压力之下，虽然曾经愿意给自己带上锁链，但都徒劳无益；它用自己的锁链武装了自己，而变得更为凶暴。”“因此中国是一个专制的国家，它的原则是恐怖。”参见〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神（上册）》，张雁深译，128～129 页，北京，商务印书馆，1961。再如梅因在《古代法》中认为一个国家民事制度的变化和发展是产生“静止的社会”和“进步的社会”的原因。梅因这样评价东方的法律：“世界有物质文明，但不是文明发展法律，而是法律限制着文明。研究现在处在原始状态下的各民族，使我们得到了某些社会所以停止发展的线索。我们可以看到，婆罗门教的印度还没有超过所有人类各民族历史都发生过的阶段，就是法律的统治尚未从宗教的统治中区分出来的那个阶段。在这类社会中的成员，认为违犯了一条宗教命令应该用普通刑罚来处罚，而违背了一个民事义务则要使过失者受到神的惩戒。在中国，这一点是过去了，但进步又似乎就到此为止了，因为在它的民事法律中，同时又包括了这个民族所能想象到的一切观念。”参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，14 页，北京，商务印书馆，1959。

〔2〕 〔法〕伏尔泰：《风俗论（上册）》，梁守锵译，221 页，北京，商务印书馆，1995。18 世纪末至 20 世纪初，欧洲，包括美国的思想家对中国文化基本都持批判和歧视的态度。参见〔德〕夏瑞春编：《德国思想家论中国》，陈爱政等译，南京，江苏人民出版社，1995；〔美〕明恩溥：《中国人的特性》，匡雁鹏译，北京，光明日报出版社，1998；〔美〕何天爵：《真正的中国佬》，鞠方安译，北京，光明日报出版社，1998；周宁：《2000 年西方看中国》，北京，团结出版社，1999。1904 年梁启超在《论中国成文法编制之沿革得失》中以西方法为标准，指出了几千年来一脉相承的中国法的不足：“法律之种类不备”“私法部分全付阙如”“法律固定性太过”“法典之体裁不完备”“法典之文体不适宜”。参见梁启超：《饮冰室合集》，40-53 页，北京，中华书局，1989。

〔3〕 沈家本：《历代刑法考》，第 4 册，2217 页，北京，中华书局，1985。

〔4〕 程树德：《九朝律考》，1 页，北京，中华书局，1963。

人、斥责祖先、斥责他们创造的观念和制度,无视其中所蕴涵的智慧、知识和普遍道德,是20世纪中国人的文化病,即由中西文化冲突所导致的紧张症。”〔1〕我们应当抱有同情理解的态度。

### 三、马克思主义法学的法律本质观

马克思主义法学的本质学说认为,法律的关系既不能从它们本身来理解,也不能从人类精神的一般发展来理解,相反,它们都根源于社会物质的生活关系。

马克思主义认为,“以往的全部历史,除原始状态外,都是阶级斗争的历史;这些互相斗争的社会阶级在任何时候都是生产关系和交换关系的产物,一句话,都是自己时代的经济关系的产物;因而每一时代的社会经济结构形成现实基础,每一个历史时期的由法的设施和政治设施以及宗教的、哲学的和其他的观念形式所构成的全部上层建筑,归根到底都应由这个基础来说明。”〔2〕

马克思主义认为,由于根本利益的不同,在阶级对立的社会里不能形成统一的全社会意志,而只有统治阶级意志才能上升为国家意志。法律是统治阶级或取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的体现。在《德意志意识形态》中,马克思和恩格斯指出,在一定的物质生产中,“占统治地位的个人除了必须以国家的形式组织自己的力量外,他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志即法律的一般表现形式。”“由他们的共同利益所决定的这种意志的表现,就是法律。”〔3〕列宁(Vladimir Ilich Lenin, 1870—1924)指出:“意志如果是国家的,就应该表现为政权机关所制定的法律,否则‘意志’这两个字只是毫无意义的空气震动而已。”〔4〕统治阶级利用掌握国家政权这一政治优势,有必要也有可能将本阶级的意志上升为国家意志,然后体现为国家的法律。然而,法律体现的统治阶级意志具有整体性。法律体现的统治阶级意志不是统治阶级内部成员意志的简单相加,也不是少数人的任性。而是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志。这种共同意志或根本意志是统治阶级作为一个整体在政治、经济上的根本利益的反映。或者说,体现为法律的统治阶级意志是与统治阶级的政治统治、根本经济利益相关联的意志。但就个别意志而言,不仅对立阶级之间的意志是矛盾的,而且即使在统治阶级内部,其各个人、党派、集团之间的意志也可能存在冲突和不一致。在某些情况下,个别意志甚至与统治阶级的整体意志相抵触,危及整个统治阶级的根本利益。此时,统治阶级就会通过惩罚的手段,迫使与整体意志冲突的个别意志符合统

〔1〕 夏勇主编:《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》,21页,北京,中国政法大学出版社,2000。

〔2〕 《马克思恩格斯全集》,2版,第25卷,392~393页,北京,人民出版社,2001。

〔3〕 《马克思恩格斯全集》,第3卷,378页,北京,人民出版社,1960。

〔4〕 《列宁全集》,第25卷,75页,北京,人民出版社,1958。

治阶级的根本利益。因此,法律具有意志性、主观性,是阶级统治的工具。<sup>〔1〕</sup>

马克思主义法学强调,法律体现统治阶级意志,要经历一个复杂的过程。它取决于统治阶级同被统治阶级的阶级斗争状况,也取决于统治阶级内部各阶层、集团或个人的矛盾和斗争。在一定情况下,法律的内容不仅反映统治阶级的意志,而且同时又反映被统治阶级以及统治阶级的同盟者的某些要求和愿望。这包括:①法律的内容规定对全社会都有利,不同程度地反映全社会各阶级、阶层的共同利益(如各种技术法规)。②在阶级斗争激烈对抗的条件下,统治阶级为了缓和与被统治阶级的某些矛盾,把被统治阶级的反抗控制在一定的范围和限度内,而在立法中对被统治阶级作出一定的让步,规定一些符合被统治阶级利益、反映其某些愿望和要求的内容,例如,在资产阶级法律中也往往有一些保护劳动人民利益的条款,诸

〔1〕 1938年7月19日,在莫斯科召开了第一次全苏法律科学工作者会议,当时任苏联检察长的 А.Я.维辛斯基(А.Я.Вышинский, 1883—1954)在会上作了《苏维埃社会主义法律科学的基本任务》的报告,在这个报告中他提到科学院法律研究所讨论和通过了他提出的一个提纲,在这个提纲的第24条,他给法律下了这样一个定义:“法是以立法形式规定的表现统治阶级意志的行为规则和国家政权认可的风俗习惯和公共性规则的总和,国家为了保护、巩固和发展对于统治阶级有利的和惬意的社会关系和秩序,以强制力量保证它的施行。”维辛斯基在分析时又说明:“法是各该社会统治阶级的利益的表现,法的内容是从社会上占统治地位的某种经济条件或生产条件中产生的。归根到底,生产和交换决定着社会关系的整个性质。法是这些社会关系的调节者。”〔苏〕А.Я.维辛斯基:《苏维埃社会主义法律科学的任务》,载《国家和法的理论问题》,郑华译,100~101页,北京,法律出版社,1955。〕维辛斯基的这一定义经过讨论,被一致通过,在很长一段时间占据统治地位,并且对我国法学界有极大影响。如С.С.阿列克谢耶夫认为:“法的定义可表述如下:法是具有普遍约束力的正式确定的规范体系,这些规范反映并应该保证阶级规定的,同责任统一的行为自由,从而是国家政权衡量行为合法和不合法的标准。”〔苏〕С.С.阿列克谢耶夫:《法的一般理论》,丁文琪译,上册,102页,北京,法律出版社,1988。〕苏共二十大展开了对斯大林的批判,同时也展开了对斯大林时代在法律和法学方面担负重要领导责任的 А.Я.维辛斯基的批判。苏联法学界对维辛斯基法的定义的批判主要集中在仅仅强调了法律的阶级意志性而没有指出法律的物质制约性、过分强调国家强制力的作用而忽略了人们自觉遵守法律的意义、夸大了法律是阶级斗争的工具而忽略了法律还是社会关系的调整器等方面。值得注意的观点如“法是在该社会中得到承认的并受到官方保护的平等和正义标准的总和,它们调节自由意志在彼此的相互关系中的对抗和协调”。(参见〔俄〕B.В.拉扎列夫主编:《法与国家的一般理论》,王哲等译,31页,北京,法律出版社,1999。)因此,必须注意到,那时苏联法律文化中有不少和高度集中的计划经济体制、个人崇拜以及大国沙文主义相联系的因素。近年来俄罗斯关于国家与法的理论的论述,可参见〔俄〕M. H.马尔琴科(М. Н. Марченко)的《国家与法的理论》(许晓晴译,北京,中国政法大学出版社,2010)。该书分为24章,内容包括:国家与法律论在其他科学体系中的地位和作用、国家的概念和基本特征、法的概念和基本特征、国家与法的起源、国家与法律体系的类型学、过渡型国家与法、当代世界的法律体系等。作者根据近二十多年俄罗斯及独联体各国在政治、经济和社会领域发生的巨变,结合历史上及当今世界各国有关国家与法的理论、观点和流派,对苏联的国家与法的理论进行了彻底的、根本性的批判和修正,深入地思考和分析了当代俄罗斯的国家法律现象,深刻地论述了在俄罗斯实现法治国家、三权分立、多党制等资产阶级宪政思想的利弊、现状及前景,提出并论证了过渡型国家与法的历史形态的新观点。作者马尔琴科为法学博士、教授,莫斯科大学法律系国家与法及政治学教研室主任、莫斯科大学博士论文答辩委员会主席、俄罗斯法科高校联合会主席,为俄罗斯联邦委员会联邦议会法律委员会成员、莫斯科大学二级罗蒙诺索夫奖金获得者(1985)、《国家与法》《法学》及《莫斯科大学学报·法学类》等杂志编委;曾经担任莫斯科大学副校长(1992—1996)、莫斯科大学学术委员会副主席(1992—1996)、莫斯科大学法律系主任(1982—1992)。

如限制劳动时间、劳动保护、最低工资、失业救济、罢工自由等。这些条款是劳动人民同有产阶级进行长期斗争所取得的成果。从这个意义上,我们可以说法律具有共同性,是社会管理的手段。但从本质上看,这一部分规范或条款仍然是通过统治阶级所掌握的政权机关来制定或认可的,它仅具有局部的意义,并不能改变一国法律的整体性质。

马克思主义法学同时指出,不仅统治阶级意志的内容,而且包括法律本身,都是由统治阶级所处的社会物质生活条件所决定的。1848年马克思和恩格斯在《共产党宣言》中指出,资产阶级法不过是被奉为法律的资产阶级意志,而这种意志的内容是由资产阶级的物质生活条件决定的。<sup>〔1〕</sup>这里的所谓“物质生活条件”,是指人类社会包括地理环境、人口、物质资料的生产方式诸方面,其中主要指统治阶级赖以建立其政治统治的经济基础。从根本上说,法律决定于一定的经济关系(经济基础)。法律的产生、变更和消灭都取决于一定的经济关系(基础)的产生、变更和消灭。马克思主义认为,“以往的全部历史,除原始状态外,都是阶级斗争的历史;这些互相斗争的社会阶级在任何时候都是生产关系和交换关系的产物,一句话,都是自己时代的经济关系的产物;因而每一时代的社会经济结构形成现实基础,每一个历史时期的由法的设施和政治设施以及宗教的、哲学的和其他的观念形式所构成的全部上层建筑,归根到底都应由这个基础来说明。”<sup>〔2〕</sup>这也意味着,法律不是统治阶级任性和专横的表现,它不应当违背客观历史条件,违背客观规律。否则,它就没有生命力,终将被修改、废除或取消,从而失去法律效力。所以,马克思说:“只有毫无历史知识的人才不知道,君主们在任何时候,都不得不服从经济条件,并且从来不能向经济条件发号施令,无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。”<sup>〔3〕</sup>因而,法律具有物质制约性、客观性、规律性。

因此,马克思主义认为法律是国家意志性与物质制约性的统一,两者具有辩证统一的关系。不能把二者割裂开来、截然对立起来。<sup>〔4〕</sup>只有全面理解它们之间的关系,才能正确理解法律的本质。马克思主义法学着重讨论法律与经济、政治的关系,揭示了经济力量对于法律的影响;指出资产阶级的意识形态的手段掩盖了法律

〔1〕 参见《马克思恩格斯全集》第4卷,485页,北京,人民出版社,1958。

〔2〕 《马克思恩格斯全集》,2版,第25卷,392~393页,北京,人民出版社,2001。

〔3〕 《马克思恩格斯全集》,第4卷,121~122页,北京,人民出版社,1958。

〔4〕 孙国华、黄金华提出,按照马克思主义法学观,法是“理”与“力”的结合,“理”是基本的,是法的内容;“力”是必要的,是法的形式,是以国家权力为核心的一系列因素,两者体现着法的内容与形式的辩证关系。参见孙国华、黄金华:《法是“理”与“力”的结合》,《法学》,1996(1)。

不公平的真面目；对资产阶级的法律、压制性的法律的剖析和批判较为清楚。<sup>〔1〕</sup>

认识法的本质需要多角度地进行，许许多多的学者进行了努力、作出了贡献，我们要全面理解其思考方法、进入途径、分析框架、基本结论、局限之处，体会其特点和差异，在此基础上才能全面理解法的本质，并进行适应新时代需要的学术创新。

#### 四、后现代法学

在讨论法的本质时，我们需要关注后现代法学这一学术思潮。

美国研究后现代主义法学的学者李特维茨(Douglas E. Litowitz)认为当今的“后现代主义”可以在三个层面上来理解。<sup>〔2〕</sup> 第一，后现代主义是指近几十年来在绘画、电影、音乐、建筑和文学等艺术生活方面的一个运动，后现代主义艺术强调多维视角，解构现代艺术中的宏大叙事方式，从而瓦解现代艺术的作者身份和中心主题。第二，后现代主义是对西方工业社会的一种描述。后现代社会的两个显著的特点：一是由于信息交流的加快，导致文化多元和文化融合；二是资本的扩张导致了经济的全球化。这样的后现代主义基本上可以和“后工业社会”一词等同起来。第三，后现代主义作为一种批判启蒙、批判现代性的哲学思想。后现代主义哲学认为启蒙以来的近代西方哲学是建立在一些虚构的概念之上的，诸如主体、自我意识、理性、真理等，都是启蒙哲学的意识形态。我们主要从第三种含义上进行讨论。

后现代主义思潮表达了对于人类生存状况的不安和焦虑，以及对一个更为合理的物质和精神世界的渴求。后现代哲学主要表现为对理性主义和科学主义的否定，反对用单一的、固定不变的逻辑和公式来阐释和衡量世界，方法论上则主张多元和差异性。后现代主义的思维方式是以强调否定性、非中心化、破碎性、反正统性、不确定性、非连续性以及多元性为特征，其理论表现为反基础主义、反本质主义、非理性主义、解构主义等。但是以后在回应激进后现代主义过程中，又逐渐产生了建设性后现代主义，即“不仅有摧毁、解构、否定性的一面，而且蕴含着积极的、肯定的、建构性内涵。它的建设性向度主要在于倡导创造性和对世界的关爱、鼓励

〔1〕 林喆认为，马克思主义法学的基本理论渊源于科学社会主义，在当代中国，其支柱和支点理论受到了不同程度的挑战。马克思主义法学的概念、法的本质属性、法功能的局限性、法学研究方法、法的主体和客体、法学的基本问题和基本范畴、法与科学技术的关系、西方法学思想价值的重新评价、中国传统法文化的整理、马克思主义法学在当代中国发展的百年历史的梳理和总结以及国内法与国际法的衔接点和转化系统的系统研究，是马克思主义法学在当代中国发展所面临的十大难题。参见林喆：《马克思主义法学在当代中国的难题》，《北京行政学院学报》，2005（3）。刘星对法的概念，特别是它作为统治阶级意志的命题有过分析。参见刘星：《中国“法”概念与现代法治观念的关系》，《清华法治论衡》第1辑，北京，清华大学出版社，2000。〔奥〕凯尔森的《共产主义的法律理论》（王名扬译，北京，中国法制出版社，2004）也可供参考。

〔2〕 Ian Ward, *Kantianism, Postmodernism and Critical Legal Thought*, Kluwer Academic Publishers, 1997, 117

多元的思维风格。”〔1〕

现代性的哲学话语影响到法学上就产生了天赋人权、正义公平、自由民主等政治法律口号。〔2〕后现代主义的学者则质疑这些现代性的哲学话语,追问它们的合法性,最终解构自我、理性、正义等宏大叙事。后现代哲学的某些主张和方法进入法学,动摇了人们曾经深信不疑的那些作为现代法学基石的理念,如理性、个人权利、社会契约、正当程序等。这些理念互相论证,要证明的核心思想是,法律是现代文明的外壳,它保证人们追求理性的理想和幸福。面对20世纪后半叶以来西方法律传统的危机,后现代法学向现代法学的基本理念发出挑战:否理性个人作为法律主体的存在,否定对于法律发展的乐观描述,否定法律的普遍性意义,否定法律中立的原则。后现代法学是20世纪中叶以来的后现代主义哲学影响法学的发展,从而导致学科交融的结果。

后现代法学比较成型的三个主要流派为批判法学(the critical legal studies movement)、女权主义法学(Feminist Jurisprudence)、法律与文学运动。

批判法学以批判西方的法律制度和法律思想,尤其是美国的法律制度和法律思想为己任。代表人物主要有昂格尔、肯尼迪(D. Kennedy)、楚贝克(D. Trubek)等,其思想主要来源于西方马克思主义和美国的现实主义法学。批判法学认为,启蒙思想家所高扬的诸如正义、自由、人权等只具有相对性而非代表绝对真理,主张法律制度的多元化,自由主义法学构建的所谓法律具有自治性、确定性、统一性、独立性、中立性的法学理论只不过是一种人为的神话;法律具有明显的意识形态色彩,法不是适应社会需要的必然产物,而是阶级统治的偶然产物。批判法学认为,法律推理的大前提和小前提都具有非确定性,某一案件究竟适用什么法律规则,确认哪些事实,都不是客观决定的,而是法官或陪审员选择和认定的,它们是人的选择的产物,因此无客观性可言,判决的结果依司法人员的选择为转移,必然是非确定的。在此基础上,批判法学的支持者进一步提出,法律推理并不像传统的自由主义法学所主张的那样具有不同于政治的特殊模式,它只不过是穿着不同外衣的政治。“法律推理是政治的,”是批判法学的著名口号。〔3〕

女权主义法学内部主要可以分为自由女权主义法学、文化女权主义法学、激进女权主义法学和后现代女权主义法学等不同的流派,代表人物有麦金农(C. Mackinnon)、米诺(Martha Minow)等。女权主义法学认为国家权力不是中立的,

〔1〕 王治河:《后现代主义的建设性向度》,《中国社会科学》,1997(1)。关于后现代主义思潮,可参见王治河:《扑朔迷离的游戏——后现代哲学思潮研究》,北京,社会科学文献出版社,1998;[法]利奥塔:《后现代状况——关于知识的报告》,岛子译,长沙,湖南美术出版社,1996。

〔2〕 关于现代性与后现代性,可参见陈嘉明等:《现代性与后现代性》,北京,人民出版社,2001。

〔3〕 详可参见沈宗灵:《批判法学在美国的兴起》,《比较法研究》,1989(2);吴玉章:《批判法学评析》,《中国社会科学》,1992(2);朱景文主编:《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》,北京,中国检察出版社,1996。

而是男权制在政治上的体现；呼吁以妇女的视角来审视法律，要求法律体现妇女的要求和价值观。女权主义法学主要以社会性别概念为基础，揭露了国家和法对妇女的父权统治功能；批判地指出对妇女的暴力是维护男性统治的主要手段；认为就业中的性别歧视和工作中的性骚扰也是男权压迫的重要表现和延伸；对拥有堕胎权的辩护和对传统法学中的男权性质的批评也构成它的一部分。<sup>〔1〕</sup>

### 法律是有性别的吗？

美国作家苏珊格·拉斯佩尔的小说《她同辈人之陪审团》讲述了一个发生在美国中西部的爱达荷州的故事。有人发现一个农民在自己的卧室中被人勒死了。因为没有暴力闯入杀人或自杀的迹象，因此被害者的妻子就成了怀疑的对象。警长彼德斯会同最初发现尸体的证人希尔前去勘查现场。两人分别带来了自己的妻子，她们待在楼下，而男人们则到楼上的发案现场寻找线索。在厨房里四处查看时，男人们没有想到要仔细搜寻一下，而细心女人们却发现了一只宠物鸟的尸体，它的脖子被人残忍地折断了。希尔太太立即明白了：在这个没有孩子的农民妻子的生活中，这只鸟是唯一的精神寄托，而她的丈夫——一个冷漠、强硬的男人——杀死了这只鸟。他的行为促使她做出了杀人的举动。实际上，女人要比男人对犯罪的全部细节（整体的语境）更为敏感，即她们是以具体的而非抽象的方式来思考法律问题的。可见，从事法律事务的男性常从一个争议情节中抽象出几个显著的事实，然后给它们以法律上的决定力，这就是规则之治。而女人则更愿意把判决基于一个案件的所有情况，不受那些要求主观狭隘见解规则的阻碍，不关心那种让最终判定服从一般的、“中性的”原则的需要。<sup>〔2〕</sup>

法律与文学(Law and Literature)运动指出，理解法律需要超越法律，通过文学等途径进行认识。法律与文学的奠基之作是1973年美国密西根大学詹姆斯·怀特教授的《法律的想象、法律思想与法律表现性质之研究》。法律与文学运动强调法律与文学之间的密切联系和相互影响；他们当中的激进人士更主张，将法律实

〔1〕 详可参见吕世伦、范季海：《美国女权主义法学述论》，《法律科学》，1998(1)；刘小楠：《从二分视角到多元世界——论美国女权主义法学的发展趋势》，《法论坛丛——上海政法学院学报》，2005(1)；刘小楠：《美国女权主义法学：从中心到边缘》，《河北法学》，2005(8)；郭义贵：《美国女权主义法学评介》，《焦作大学学报》，2004(3)。

〔2〕 参见[美]波斯纳：《法律与文学》，李国庆译，导论1~7页、127页，北京，中国政法大学出版社，2002。波斯纳最初专注于“法律的经济分析研究”，专门同提倡研究“法律与文学”关系的人唱对台戏。这场对台戏的结果就是其1988年发表的《法律与文学——一场误会》一书。但数年后，他却在该领域反客为主，鸠占鹊巢，成了法律与文学运动的领军人物之一。也可参见苏力：《法律与文学：以中国传统戏剧为材料》，北京，三联书店，2006，导论《在中国思考法律与文学》尤其值得注意。其他阅读材料包括卡多佐的《法律与文学》（北京，中国法制出版社，2005）、冯象的《木腿正义——关于法律与文学》（广州，中山大学出版社，1999）、徐忠明的《法律与文学之间》（北京，中国政法大学出版社，2000）、余宗其的《法律与文学的交叉地》（沈阳，春风文艺出版社，1995）、《中国文学与中国法律》（北京，中国政法大学出版社，2002）、《外国文学与外国法律》（北京，中国政法大学出版社，2003）等。

践本身当作一种文学活动,将控辩双方活动当作一种叙事或修辞。法律与文学的核心内容是不把法律看作一系列的原则和规则,而是看作人类的故事、解释、表演和语言交流,看作叙述和修辞。把法律看作人类的故事打破了法律的神圣和严谨。法律与文学运动主要表现为使用文学方法来解释法典和宪法、使用虚构文学及其技术来处理那些远离法理学的问题,如法律是怎样产生于复仇的?什么是自然法?什么是对于文本的客观解释?司法意见在什么意义上具有“文学性”或是不是应该具有“文学性”?修辞和正义/司法之间的关系是什么?总体而言,法律与文学运动强调文学中的法律、法律中的文学、应将法律作为文学现象来对待。需要注意的是,法律与文学是一个以研究领域或材料而勉强组合的法理学派,其内部其实一直没有一个统一的理论纲领或核心命题。<sup>[1]</sup>

此外,西方后现代法学思潮中还包括法学诠释学、新实用主义法学、对话论法学等。法学诠释学源于伽达默尔哲学诠释学的影响。伽达默尔认为,传统的法学诠释学之所以脱离整个理解理论,是因为它有一个独断论的目的,即认为法律理解本身是完美无缺的,解释仅仅是适用。事实上,诠释者不可能脱离其身处的传统和当下实际处境而对文本进行理解和诠释,理解和诠释必须在每一个当下、每一个处境重新进行。伽达默尔强调理解和应用(即实践)的统一性,认为理解在任何时候都包含一种旨在过去和现在进行沟通的具体应用。“解释的任务就是使法律具体化于每一种特殊情况(法律制度的具体化产生于法官的判决),这也就是应用的任务。”“法学诠释学成为可能的本质条件是,法律(解释)对于法律共同体的一切成员都具有同样的约束力。”<sup>[2]</sup>

新实用主义法学源于以罗蒂为代表的新实用主义,其主要代表人物是波斯纳。波斯纳认为法学并非一个自给自足的演绎体系,而是一种实践理性活动。这种法学“强调科学的优点(思想开放、实实在在的探讨),重视研究的过程而不是研究的结果,偏好活动性而讨厌停滞,不喜欢‘形而上学’——对在任何研究领域里发现的‘客观真理都表示怀疑,缺乏为其思想行动建立一个充分哲学基础的兴趣,喜好实验,讨厌装腔作势吓唬人。”<sup>[3]</sup>总之,新实用主义法学强调的是必须从经验、学习和反思中,从生活本身中获得对法律的认识和理解。

对话论法学的主要代表是哈贝马斯。哈贝马斯主张应对现代的理性加以理性的批判,提出交往沟通理论,主张建构一种人与人可以沟通、信赖的价值标准,通过对话沟通人类理性,在沟通上建立理性的共识。哈贝马斯认为,他的对话论“是为政治、道德和法律辩论提供正当理由,用以代替老的自然法”;“法律或司法判决都

[1] 详见波斯纳:《法律与文学》,李国庆译,北京,中国政法大学出版社,2002。

[2] [德]伽达默尔:《真理与方法》洪汉鼎译,上卷423页,上海,上海译文出版社,1999。

[3] [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,38页,北京,中国政法大学出版社,1994。



不能是武断的,都可以在对话论的框架内加以批评和评价”。〔1〕能够证明法的正当性和有效性的唯一基础,就是理性的、符合对话理论要求的民主立法程序。同时,法律所设定的权利体系的内容不是不证自明、一成不变的,而需要通过公开讨论和对话来阐释和塑造。〔2〕

后现代法学无论从整个运动来看或者从它的一些代表人的代表作来看,都难说是深入、系统的。不过,后现代法学挑战了研究法律的传统模式,挑战了传统的法律概念,挑战了现代法治模式,给我们提出了许多建设性的启发,例如它从外部的视角重新审视传统法学,使得一些法学概念和观点问题化,从而导致研究者反思传统法学的一些假设的、不证自明的前提;它摧毁了法律规则的形而上学的基础,把规则奠定在具体的游戏参与者的沟通和交流之上;它使人们认识到传统法学话语和概念具有的压制性和权力性特点,从而提醒我们如何以更民主的方式来制定和实施法律。〔3〕后现代法学突出解构也值得注意。耶鲁大学法学院的巴尔金(Jack M. Balkin)教授曾经指出:“法律人应因至少三个原因而对解构技术感兴趣:第一,解构为批判现有诸多法律教条提供了一种方法,特别地,一个解构性的解读能够表明观点怎样提供了支持一个破坏其自身的独特规则,并且改为支持了一个相反的规则;第二,解构技术能够表明学说上的论辩怎样被意识形态的思想所渗透并且怎样伪装成意识形态的思想,这不但对于试图改革现存诸多制度的法律人而且对于法律哲学家和法律史家都是有价值的;第三,解构技术既提供了一种新的解释策略,也提供了一种有关法律文本惯常解释的批评。”〔4〕

后现代法学作为对西方现代法学之反动,最主要的是提醒我们,不要以西方现代理论作为全人类的普适准则,而忽视了西方法律霸权主义意识形态和文化的的影响。我们研究中国,需要寻找符合中国实际的概念和理论来分析解决中国社会的法律问题,而不能盲目地抄袭西方的概念和理论。〔5〕我们有必要不断反省,努力打破具体的知识模式,去了解和发现其他的认识法本质的途径;通过和外界的交流,使自己对法现象的认识更加全面,从而更加接近真理。

〔1〕 转引自沈宗灵:《赫格特著〈当代德国法律哲学〉的摘要》,《中外法学》,2000(1)。

〔2〕 侯猛:《中国的后现代法学研究及其前景》,《法商研究》,2001(2)。

〔3〕 苏拉图:《后现代法学的知识谱系》,载 <http://www.studa.net/2003/4-23/2003423134056-14.html>,最后访问时间 2007-01-07。

〔4〕 转引自朱振:《哲学的方法与后现代法理学》,《现代法学》,2005(4)。另可参见刘星:《西方法学中的“解构”运动》,载《中外法学》,2001(5)。

〔5〕 进一步阅读可参见信春鹰:《后现代法学:为法治探索未来》,《中国社会科学》,2000(5);陈金全、王薇:《后现代法学的批判价值与局限》,《现代法学》,2005(2);朱苏力:《后现代思潮与中国法学和法制》,载《法学》,1996(4);高中:《后现代法学思潮》,北京,法律出版社,2005;朱景文:《当代西方后现代法学》,北京,法律出版社,2002;李粟燕:《后现代法学思潮评析》,北京,气象出版社,2010。