

A READER IN  
JURISPRUDENCE



法理学手册

高鸿钧 • 主编

白中林 马剑银 泮伟江 鲁楠 余盛峰 陆宇峰 • 副主编



更多法律电子书尽在 [docsriver.com](http://docsriver.com) 商家巨力书店

A READER IN  
JURISPRUDENCE



法理学手册

高鸿钧 • 主编

白中林 马剑银 泮伟江 鲁楠 余盛峰 陆宇峰 • 副主编



# 目 录

导言 法与法理 .....	高鸿钧 ( 1 )
---------------	-----------

## 第一编 法的历史与文化

导读 .....	高鸿钧 ( 28 )
宗教、巫术和法 .....	E. 霍贝尔 ( 34 )
传统中国法的精神及其哲学 .....	张中秋 ( 48 )
法律与宗教	
——宗教法在传统印度法中的核心地位 .....	高鸿钧 ( 66 )
西方法律传统的主要特征 .....	H. J. 伯尔曼 ( 83 )
伊斯兰法的性质 .....	约瑟夫·夏赫 ( 87 )
文明转型与世界法律变革 .....	张恒山 ( 98 )
中日法律文化近代化之若干比较 .....	陈鹏生 何勤华 ( 125 )
论现代法律文化 .....	劳伦斯·M. 弗里德曼 ( 135 )
扩展阅读文献 .....	( 169 )

## 第二编 法的概念与渊源

导读 .....	泮伟江 ( 172 )
对霍菲尔德法律概念学说的比较研究 .....	沈宗灵 ( 176 )
马克思科学的法的概念的形成与发展 .....	孙国华 ( 189 )
全国人大常委会新法能否优于全国人大旧法 .....	韩大元 ( 200 )
存在做错事的权利吗? .....	陈景辉 ( 221 )
习惯作为法源?	
——以《民法总则》第 10 条为出发点 .....	雷 磊 ( 246 )

什么是分析法学的概念分析? .....	朱 振 (266)
法律是由规则组成的体系吗? .....	泮伟江 (295)
“自创生”系统论法学	
——一种理解现代法律的新思路 .....	陆宇峰 (314)
扩展阅读文献 .....	(347)

### 第三编 法的规范与价值

导读 .....	马剑银 (350)
“权利本位”法及其中国面向 .....	张文显 (357)
“原则法庭”与“权利王牌”	
——德沃金视域中法的价值之维 .....	高鸿钧 (370)
哈贝马斯的基本权利观	
——商谈论视角的基本权利体系重构 .....	马剑银 (400)
罗尔斯的正义理论 .....	何怀宏 (422)
法律平等的宪法规范内涵 .....	焦洪昌 (442)
程序正义论	
——从刑事审判的角度分析 .....	陈瑞华 (447)
通往社会科学的合法性概念 .....	大卫·边沁 (461)
扩展阅读文献 .....	(491)

### 第四编 法的运行与实施

导读 .....	陆宇峰 (494)
通过公共领域的立法民主	
——商谈论视角下的立法过程模型 .....	马剑银 (500)
论我国立法程序的完善 .....	孙 潮 徐向华 (524)
伽达默尔的解释学与中国法律解释 .....	高鸿钧 (542)
论类似案件的判断 .....	张 骐 (587)

卢曼的司法中心论 .....	陆宇峰 (607)
追寻法律意识 .....	苏珊·S.西尔贝 (626)
扩展阅读文献 .....	(657)

## 第五编 法与科技：规制和范式转变

导读 .....	余盛峰 (660)
智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障 .....	马长山 (667)
算法社会与人的秉性 .....	於兴中 (692)
论赛博空间的架构及其法律意蕴 .....	胡 凌 (706)
个人信息私法保护的困境与出路 .....	丁晓东 (729)
法律的“死亡”	
——人工智能时代的法律功能危机 .....	余盛峰 (750)
区块链与未来法治 .....	郑 戈 (774)
规范如何“落地”	
——法律实施的未来与互联网平台治理的现实 .....	戴 昕 申欣旺 (794)
科技革命、法哲学与后人类境况 .....	鲁 楠 (820)
非人类的权利?	
——作为政治和法律新行动者的电子代理和动物 .....	贡塔·托依布纳 (837)
扩展阅读文献 .....	(862)

## 第六编 法律全球化

导读 .....	鲁 楠 (864)
全球化与法学思维方式的革命 .....	周永坤 (873)
法律全球化	
——法理基础和社会内容 .....	朱景文 (884)
法律与法律思想的三次全球化:1850—2000 .....	邓肯·肯尼迪 (896)

## “全球的布科维纳”

- 世界社会的法律多元主义…………… 贡塔·托依布纳 (924)
- 全球正义…………… 阿玛蒂亚·森 (952)
- 全球化时代比较法的优势与缺陷…………… 鲁楠 (970)
- 全球信息化秩序下的法律革命…………… 余盛峰 (987)
- 全球化与中国法制现代化…………… 公丕祥 (1006)
- 扩展阅读文献…………… (1020)

## 第七编 法治：过去与未来

- 导读…………… 白中林 (1024)
- 国家与社会
- 论中国现今法律观念之变化…………… 江平 (1033)
- 依法治国基本理念论纲
- 关于依法治国的若干理论问题…………… 李步云 (1042)
- 论法治社会及其与法治国家的关系…………… 郭道晖 (1061)
- 法治是什么
- 渊源、规诫与价值…………… 夏勇 (1075)
- 二十世纪中国的现代化和法治…………… 苏力 (1106)
- 法治的危机
- 危险与机遇…………… G. 德·Q. 沃克 (1125)
- 法治的诱惑…………… 托马斯·卡罗特斯 (1159)
- 扩展阅读文献…………… (1170)

# 导言 法与法理\*

法理者,顾名思义,法之原理也。要知晓何为法理,我们首先就要明确何为法。

## 一、法之辨识

在中文语境中,“法”是个总体概念,意指一种社会现象或社会的一个侧面。法在社会之中,与道德、政治和经济等其他社会现象相并列。本文使用的“法”概念,既包括法的理念和价值等抽象含义,也包括称作“法律”的具体制度和规则。

什么是法?每个法学派,甚至每个法学家都有自己的法定义。然而,至今没有一个定义能够得到普遍接受。这其中原因很多:一是语言自身有其局限,人们对于要表述的事物往往言不尽意,即所谓“道可道,非常道;名可名,非常名”;二是法现象纷纭繁杂,任何观察者都只能从特定视角进行观察,难以“全景环视”,只能捕捉到法的某个侧面;三是法与其他社会现象相互纠缠,往往界限不清,难以辨识。尽管如此,我们在观察、描述和分析法现象时,还是尝试把这种现象与其他社会现象区分开来。我们不妨认为,称作“法”的社会现象具有一些特征,这些特征从不同维度反映了法的性质。我们把这些特征综合起来,就可以捕捉到法的整体形象,从而将法与其他社会现象区分开来。

### (一) 法具有规范性

《管子》有言,“法者,天下之仪也”,“所以决疑而明是非也,百姓所悬命也”。

---

\* 本文在写作过程中和初稿完成后,得到了本手册编者同仁白中林、马剑银、泮伟江、鲁楠、余盛峰和陆宇峰诸君的惠助。他们的意见和建议对于改进本文助益颇多,但本文存在的舛误则由本人负责。为了避免繁琐引证,本文省略了脚注。

该书复云：“尺寸也，绳墨也，规矩也，衡石也，斗斛也，角量也，谓之法。”《管子》对法的理解具有以下几层意思。其一，法可以类比为度量衡仪器，引申为判断事物的标准与衡量行为的尺度。其二，将法比作度量衡仪器，隐喻法具有公平性，《说文解字》关于“灋”字的释义，就认为“水”字边喻指“平之如水”。在古希腊神话中，正义女神手执天平也象征公平。这表明法在中西文化中具有相通之义。其三，法之标准和尺度不同于一般度量衡仪器，乃是用来决疑和明是非。换言之，法确定了人们行为的准则，明确了哪些行为得到允许，哪些行为受到禁止；人们一旦发生疑问和争执，根据法就可以判断是非曲直。其四，法具有规范性。法不是私人之器，而是天下之仪；不是一家之法，而是天下公器。

应该指出，法的尺度之喻，揭示了法的规范性，“规”和“范”在汉语中也有尺度和衡器之义。法的规范性由两个维度构成。第一，指法的规范性在内在效力上具有恒定性，即法的效力不因人们违反法律而受到影响，换言之，无论人们有意还是由于认知错误违法，无论违法行为受到处罚还是侥幸逃脱制裁，无论人们认为法是否符合自己的正当性标准，只要法的内容没有改变，都不影响法的规范效力。第二，法规范的外在通常采用规则形式，而规则内涵则采用“若一则”逻辑结构。“若”表示一种事态，“则”表示事态的结果。“杀人偿命”或“欠债还钱”就是法规则的简略表述。法的规则属性及其逻辑结构，使得法具有规范性。借助规范性，法不仅便于操作，而且具有精确性。法中虽然包括原则和政策，但它们在适用过程中必须规则化，即变成可操作的规则。因此，我们可以认为，规范性是法的第一个特征。根据这个特征，我们可以把法区别于宗教义理、道德说教和政治口号。

## （二）法具有可诉性

梅因在《古代法》中注意到，在古希腊英雄时代，万王之中最伟大的国王被称作“地美士”（ $\theta\acute{\epsilon}\mu\iota\varsigma$ ），而他的判决被称作“地美士第”（ $\theta\acute{\epsilon}\mu\iota\sigma\tau\epsilon\varsigma$ ）。宙斯作为诸神之王有权对神界和世间的争端作出判决。后来，奥林匹斯山中由“正义女神”代表宙斯负责司法。古希腊各个部落首领都通过神话拟称为神的后代，并以神的权威在司法集会上主持审判，宣布裁决。梅因认为，“地美士第”仍是个别判决，一系列类似的案件，可能采取相近的判决，由此习惯获得雏形。因此，梅因认为不是习惯先于判决，而是判决先于习惯。实际上，判决与习惯孰先孰后是一个复杂的问题。邦纳（Robert J. Bonner）和史密斯（Gertrude Smith）在《从荷马到亚里士多德时代的

司法裁判》一书中就引述格洛茨(Glotz)的观点指出,古希腊英雄时代的判决分为两种,一种是源自神启的判决,另一种是基于习惯的判决。换言之,以神启名义作出的判决可能先于习惯,但基于习惯的判决则意味着判决可能后于习惯。我们讨论的重点不在于此,而在于指出以下几点。首先,在古希腊历史上,主神行使审判权,他的判决具有神圣性。其次,主神把司法权委诸“正义女神”象征着最初的司法专业化。再次,古希腊人很早就把法与正义关联起来,通过法来实现正义,使正义与司法具有相同的意蕴。古罗马继承了古希腊的这种传统,例如塞尔苏斯(Celsus)就认为“法是善良公正之术”。东罗马帝国皇帝查士丁尼在《法学总论》中也宣称,“法学是关于正义和非正义的科学”。正义女神成为司法之神,隐含着正义、法和审判密切关联。最后,通过血统拟制,神界的神圣审判权降到人间,部落首领获得了司法权。在史诗《伊利亚特》第18卷中,荷马描述了阿基里斯盾牌上绘制的审判图案。该图案描述的场景是,许多公民聚集到城市广场,观看纠纷解决:两个人为一起命案争执赔偿,一方要求全部赔偿,另一方拒绝一切赔偿,双方同意把争执交给公断人裁决。古希腊早期法史揭示了法的一个突出特征,即法作为一种规范秩序,需要第三方存在。

这种第三方作为争端的裁决者,可以是部落首领、占卜者、祭司、仲裁人或国王,后来才出现法院。法要能够运行,必须具有可诉性,即发生纠纷的当事人能够将案件诉至作为第三方的司法者,由司法者依据法作出裁决。为了确保裁决得到认可,司法者必须具有权威;为了防止裁决不公,司法者在审判中必须保持中立。这样一来,可诉性便成为法的第二个特征。许多纠纷可能由当事人私了,没有诉诸司法。但正是在可能诉诸司法的压力下,他们出于节省诉讼成本等考量,才通过协商解决纠纷。因此,规则是否具有可诉性和是否具有中立的第三方作为纠纷裁决者,乃是判断法与非法的重要标准之一,也是法与道德和伦理等规范的重要区别之一。

### (三) 法律具有强制性

在古代印度,表示法的概念是“达摩”(धर्म)。达摩有不同层面的含义。在神学宇宙论层面,达摩最初与古老的“利塔”观念相关联。“利塔”的意思是“法则”“规律”,转指“秩序”。在最古老的文献《梨俱吠陀》中,地、空、天三界所构成的宇宙秩序,主要由众神来维持。天神伐楼拿主要负责监督和惩罚破坏秩序的行为。

“他洞察一切,规制天界四方”,“他维系生灵的世界”,“他用绳索缠捆辖域,他注视着诸神的领地及凡人的所有作业”,对破坏秩序的行为予以惩罚。诗中“绳索缠捆辖域”的隐喻,让我们联想起中国古代“绳之以法”的说法。在“吠陀时代”后期,伐楼拿和达摩都与因陀罗联系起来。因陀罗是战神,象征部落首领,权力越来越大,并通过与伐楼拿的联系获得司法权。后来,国王接替了部落首领的司法权,负责施行达摩。这表明,法需要强制机制保障施行。否则,法的规则和司法判决会形同具文。古希腊正义女神一手执天平,一手执利剑,利剑就象征着法的强制性;《说文解字》明言,“灋,刑也”。法刑一体昭示了法的强制性。

法的强制性具有多种表现形式,如司法者的神圣权威、转世报应、社会舆论压力以及稳固的关系等。当然,受到国家暴力支持之法,强制性最为突出,也最为有效。由此,我们可以辨识出法的第三个特征,即法与宗教教义和道德劝诫不同,具有强制性。警察、监狱、刑具等法之器物便折射出法的强制性。历史上,许多宗教信条或道德说教为了得到有效实行,都不得不转化为法的形式,中国古代“出于礼而入于刑”就是道德法律化的明显例证。

#### (四) 法具有常规性

在英国,普通法自12世纪开始形成,并逐渐发展壮大,以至于后来发展成一个具有世界影响的法系。广义普通法是指普通法、衡平法和制定法,但主体是判例法。狭义普通法是指由普通法法院发展起来的判例法。柯克认为,普通法源自历史悠久的习惯,大多数规则可以追溯到撒克逊人、罗马人和前罗马时代。布莱克斯通认为,普通法主要来源有二:一是“确定的习惯”,二是“确定的规则和法格言”。实际上,“确定的规则和法格言”在成为法之前,都属于习惯范畴。普通法不仅起源古老,而且存续到今天。英国在16世纪就确立了一个原则,只有古老的习惯才能成为法源,即从1189年9月查理一世加冕之日起就存在的习惯。时间铸法的说法暗示时间悠久使习惯变成法,因为“时间总比法更聪明”,在长期实践中得到反复适用的习惯,经过法律人技艺理性的铸炼,就成为凝聚着法律人心智的普通法。在普通法遵循先例的实践中,那些得到法官反复援引的先例,获得了更强健的生命力。

这里,我们无意讨论英国普通法的产生和发展过程,而是从普通法与习惯的联系中,并从判例法遵循先例的发展机制中,引申出法的第四个特征,即法具有常

规性。法的常规性赋予法以稳定性,从而使法区别于频繁变化的政策和捉摸不定的行政命令。

综上所述,我们可以概括如下。第一,规范性、可诉性、强制性和常规性构成法的四个主要特征。第二,借助这些特征,我们可以从纷纭复杂的社会现象中识别出法现象,从而把法现象与其他社会现象区分开来。第三,法的上述特征出现在人类早期法中,并在现代法中表现更为突出。第四,法的规范性决定了规则的逻辑结构,法的可诉性预设了司法机构和人员,法的强制性要求法具有强有力的执行机制,法的常规性表明法具有稳定性。我们如果把法的上述四个特征综合起来,就会发现法不仅是规则或规范体系,而且是包含和涉及多种元素的复合体,实际上是一个系统。

## 二、法理辨思

### (一) 法的源与流

人们试图把握法的本质,并做出许多努力。然而,这种本质主义的追寻,如“命令说”“利益论”或“意志说”,要么显得简单,要么失之偏颇,要么既简单又偏颇。相比之下,从多维视角探究法的原理,可能更富有成效。

考察法的源与流是法理学的一个重要维度。在中国古代,“灋”字中之“水”象形“平之如水”,会意“公平”。公平既是法所追求的理想,也是法的本源。法的本源称为法源,源远流始能流长。无独有偶,在伊斯兰法中,表示“法”的“沙里亚”(الشريعة)一词,原意是“通向水泉之路”,引申为“真主指引之路”。在伊斯兰法中,真主命令是法的本源,《古兰经》和圣训是最重要的法源,而“公议”和“类比”则是次要法源。从主要法源衍生出次要法源,从所有法源中流淌出伊斯兰法各条支流。

许多人注意到,在西方语言中,通常用两个词表示“法”的含义,例如拉丁文的“jus”与“lex”,法语中的“droit”与“loi”,德语中的“recht”与“gesetz”。在两个词语中,前者是法的总称,后者特指法令、法规等具体之法。前者除了包含“正义”“公平”和“权利”之义,也包括具体之法。在中文里,我们也有“法”与“法律”之分。前者是一个总体性概念,除了包括具体法律,也含有“公平”之义。实际上,这些总

体性法的概念中都隐含着法源。

在西方语言中,英语“law”似乎是一个特例。这个词语没有“正义”“公平”和“权利”的含义。“law”这个词语最初由丹麦语的“lage”/“lagu”转化而来,原来是指当地习惯法。英国普通法(Common Law)产生前,“law”也指习惯法,后来才意指在习惯法基础上发展起来的普通法。但早期的普通法仍然缺乏“公平”和“正义”的意蕴。当衡平法(Equity)出现之后,情况发生了变化。衡平法把“公平”“正义”和“良心”作为基本原则,并在普通法拒绝救济的场合给以补救,对普通法法院显失公平的判决予以矫正。后来,狭义的“law”指英格兰普通法,而广义的“law”是指全部通行于英格兰王国之法,包括普通法、衡平法和制定法,成为一个法的总体性概念。“rule of law”(法治)中的“law”就是这样的总体性法概念。在古代英国法的发展中,衡平法成为法源之一,并且在地位上高于普通法,表明公平和正义成为英国法的重要法源。

法源不仅是指法产生之源,而且意指法的正当性基础。每种法秩序或法文明都形成了法律制度和规则体系,并为法律制度和规则体系提供一套前提性原理,作为正当性基础。在通常情况下,法源就为法律制度和规则提供了前提性原理,并成为法律制度和规则的正当性基础。在古代印度,印度教是支配性宗教,表示法含义的“达摩”概念也源于印度教。“达摩”原意是“维持”“守护”,后来转指“适当的行为”“正确的规则”以及“必须履行的义务”等。达摩的主要法源是神启经和圣传经,前者被奉为从诸神那里听到的神音,后者被视为古代圣贤传述的神意。因此,神启经和圣传经不仅是达摩之源,而且是达摩具体制度和规则的正当性基础。在伊斯兰法中,最重要的法源《古兰经》也是具体法律制度和规则的正当性基础。在中世纪西方天主教的教会法中,《圣经》是权威最高的法源,也是教会法制度和规则的正当性基础。在古代中国的“天理—国法—人情”法源体系中,天理是终极法源,也是法律制度和规则的终极正当性基础。从《尚书》中的“天秩有礼”和“天讨有罪”,到后来的“替天行道”,都反映出天理在传统中国法中的重要地位。另外,古代中国“灋”字所含的“廌”,寓意“触不直者而去之”,从一个侧面反映出中国早期曾把神灵权威作为判决的正当性基础。在法家理论的影响下,从春秋末期开始,一些君王纷纷开始立法,“法自君出”成为常态。相比之下,“法是主权者的命令”在中国的实践,比奥斯丁法实证主义的命题要早两千多年。自汉武帝“独尊儒术”之后,儒家的权威经典及其道德和伦理学说成为法的主要渊源,同时成为

法家色彩的法律制度和规则的正当性基础。在现代法治国家,宪法成为权威法源,也是全部法的正当性基础。

## (二) 法的神与形

法的神与形不同于法的内容和形式,因为法之神是指法的精神、价值和意义,法之形是指法的技术或形式特征,法律形式主义是法之形的极致。

孟德斯鸠和萨维尼都主张法是民族精神的体现。他们重视法的神,意义不言而喻。但法的精神囿于特定的民族,则反映出他们的时代局限性。民族即便不是一个“想象共同体”,体现不同民族精神的各国或各族之法也存在冲突。德沃金指出,法不仅包含规则,还包含政策和原则,并主张规则应服从政策,而政策应服从原则。哈贝马斯认为法具有三个向度,即实用向度、伦理向度和道德向度。他主张实用向度之法服从伦理向度之法,而这两者都服从道德向度之法。德沃金与哈贝马斯的理论尽管论证基础不同,使用的概念也不同,但他们的基本结论却有颇多不谋而合之处。德沃金的“原则”和哈贝马斯的“道德”都意指正义价值,都主张正义包括公平、公正、自由和民主等要素。他们都主张,这些体现正义的基本人权体现了法的基本精神,应予以宪法化,作为宪法的基本原则。然后,通过违宪审查制度等机制,确保全部法符合这些宪法原则。在他们看来,法律制度和规则一旦成为合宪之法,就同时成为保障人权之法和正义之法。由此,法律制度和规则不仅具有了精神的统一性,而且获得了价值的正当性。

在中国古代,法家所主张之法特别注重法之形,甚至走向了法条主义。例如秦王朝兵刑同构和法刑一体之法,就剔除了道德和伦理价值,以严刑峻法推行法律恐怖主义。鉴于暴秦恶法之治的惨重教训,在汉武帝之后,中国开始把儒家的道德和伦理植入法中,作为法的基本价值和精神指南。

在英国,普通法在发展中,为了抵制宗教和大众情感的干预,形成了一个自治系统。但普通法却逐渐深陷以令状为基础的诉讼形式之中,在许多案件中,法院的判决显失公平。为了矫正法律形式主义的弊端,衡平法开始出场,以公平、正义和良心原则进行补救。衡平法的出现和发展,为英国法提供了基本价值,弥补了普通法的精神和价值缺失。

美国在19世纪后期,法律形式主义开始流行,并与社会达尔文主义相呼应,为

经济领域的自由放任推波助澜。这种法律形式主义以“正当程序”的宪法条款作为武器,反对保护工人和其他弱势群体利益的立法,助长了社会领域的弱肉强食。19世纪末20世纪初在美国兴起的法律实用主义以及20世纪30年代兴起的法律现实主义,开始批判法律形式主义的弊端。“法的生命不在于逻辑,而在于经验”,霍姆斯这句名言就在很大程度上针对法律形式主义。

在19世纪末和20世纪初,韦伯认为道德和伦理等实质理性因素进入法中,会导致法的专断,从而使法律丧失稳定性和可预期性。他主张现代法应“价值无涉”,成为形式理性之法。但他也敏感地意识到“祛魅”世界所造成的“意义丧失”,并对形式理性之法可能铸就法律“铁笼”,导致个人自由的丧失,深怀忧虑。在纳粹统治时期,德国法西斯政权制定了许多新形式主义的恶法,剥夺人民的基本权利和自由,进行种族歧视和迫害。“二战”之后,整个西方法学界开始反思法律实证主义的弊端,重视法的精神和价值。于是,自然法理论开始复兴,人权得到了空前重视,许多基本人权得以宪法化和司法化,为此司法制度也进行了重要改革。所有这些努力都旨在重铸法的精神,填补法的价值真空,锚定法的方向,避免有形无神之法,防止恶法之治。

上文提到,历史上中国和西方的法概念中,都含有公平和正义的内在价值。但这并不意味着古代法已然实现了公平和正义。例如,古希腊雅典城邦的立法程序虽然体现民主精神,但在公民权上却歧视妇女,在立法与司法上排斥和压迫奴隶。这种歧视和压迫显然违背公平与正义精神。古罗马法在发展中虽然出现了梅因所谓“从身份到契约”的进步,但这种进步对于奴隶来说意义不大。在古代中国,“三纲”伦理和“八议”特权使得“灋”中“平之如水”的内在精神成为水月镜花。在立法不公平的情况下,司法公平的意义十分有限。在立法和司法中都存在特权的情况下,公平就更无法保障。但是,我们并不由此认为,传统法概念中潜含的公平和正义价值毫无意义。实际上,公平和正义是一种理想,需要长期努力才能变成现实。现代法治国家确立了法面前人人平等的原则,标志着人类在法的公平和正义之路上迈出了一大步。

### (三) 法的体与用

在中文里,“体”是指事物的本体和根基,“用”是指事物的附属和枝叶部分。本文在两层意思上使用“体”和“用”。第一,“体”是指法的历史和文化基础,“用”

是指法在社会中发挥的功能;第二,“体”是指法律内部具有价值属性之法,“用”是指技术性之法。法的历史和文化背景是法的意义源泉,法的内部具有价值属性之法承载和体现法的意义。因此,法的“体”可以称作法的意义,法的“用”可以称为法的功能。

孟德斯鸠认为,法是特定文化和民族的产物,从而具有独特的意义,只有生活在其中的人们才能体会并理解其意义。萨维尼认为,不同民族在历史发展中形成了独特的民族精神。法是民族精神的体现。换言之,民族精神赋予法以意义,不同民族之法体现不同的民族精神,因而具有不同的意义。法国学者勒格朗(Pierre Legrand)认为,任何文化都是一个独特的整体,法是文化不可分割的组成部分,因而法律不能与文化剥离。文化构成法律规则的语境,规则由词语形式和内在意义两个要素构成;规则的内在意义是特定文化的产物,去掉意义,规则就只剩下空洞的形式,不成其为规则。不同文化对于同样规则会赋予不同的含义,在规则的适用中也会做出不同解释,因此规则一旦移植到异质文化中,含义就会发生变化,就成为—个不同的规则。

在宗教研究和人类学领域,西方早期流行功能主义方法。马林诺夫斯基(Bronislaw Malinowski)的人类学虽然强调文化的整体性,但仍然运用功能主义方法研究“原始社会的犯罪与习俗”。伊利亚德(Mircea Eliade)和埃文斯-普里查德(Evans-Pritchard)在“二战”之后的著作开始转向,尝试从参与者的视角理解不同宗教和文化的意义。其后,格尔茨(Clifford Geertz)文化阐释进路的研究特别强调法的文化意义。他认为,不同文化情境中的某些法律感、法律概念和裁决机制,乃是一种“地方知识”。这种地方知识承载不同民族或族群的心路历程和意义体验,因而人们不应从功能角度进行化约;只有采取同情的态度“移情潜入”法的语境,才能正确理解法在特定语境中的意义,并通过深描呈现其所蕴含的意义。

法的意义涉及的是法的神圣性、超越性和理想性,而法的功能涉及的是法的实用性。西方近代以来,法理学中也盛行功能主义方法。马克思认为,法律是统治阶级意志的体现,其功能是进行阶级统治和压迫。涂尔干认为,法是社会整合的重要机制。在传统社会,法强调集体主义价值,通过刑法等压制性法维持社会的机械团结;在现代社会,法体现个人主义价值,通过民法等恢复性法维系有机团结。

在20世纪后期的比较法学领域,功能主义的方法十分流行。德国比较法学者

茨威格特(Konrad Zweigert)和克茨(Hein Kötz)的《比较法总论》就运用了功能比较的方法,尝试在不同法系中寻找“功能等同物”。英国比较法学者沃森(Alan Watson)的《法律移植论》从功能视角认为,不同文化中的法律规则具有独立性,可以移植到具有不同文化背景的社会。美国从事法律社会学研究的弗里德曼(Lawrence Friedman)也从功能主义立场出发,认为法律可以脱离语境,从另一个国家移植法律如同从衣架上摘下合体衣服那样容易。

韦伯的社会学以人的行动作为基点,认为行动中包含意义,意义乃是行动的动因。他还认为,现代社会由于价值多元化,法律必须保持中立,必然成为“价值无涉”的形式理性之法。这种法律在剔除价值时也丧失了意义。当这种丧失意义的客观法反噬个人的主观权利时,个人目的理性行为中所包含的主观意义也随之丧失,因而出现了“专家没有精神”和“纵欲者没有心肝”的现象。

卢曼认为,法律系统的功能是稳定全社会的规范性期望。意义是法律系统的沟通媒介,作用在于引导法律系统持续运作。换言之,在卢曼的法律系统中,结构服从功能需要,意义被置于系统之中并被功能化。

晚近新科技的发展,无论是卢曼法律系统中的代码,还是区块链的代码,都具有技术性功能特征,强烈排斥价值之类的意义。晚近生命和信息科学成果揭示,人脑智力与机器智能在本质上都是算法。围棋高手败给智能机器“阿尔法狗”的事例暗示,人脑一旦植入智能芯片,记忆和计算的功能会显著增强。算法显然只有功能而不含意义。计算法学在许多法学院的迅速发展,便从一个侧面反映出算法功能主义在法学中的显赫地位。

在人类改造自然的过程中,打上人类烙印的自然界具有了人化的特征,其中蕴含着人心智的机器便是自然界人化的重要产物。一方面,一般机器升级成智能机器人,标志着自然界人化的最新成就;另一方面,随着心脏起搏器等各种机器部件植入人体,人机互联打破了人与物的传统界限。当大脑植入智能芯片,人的物化则会达到一个新阶段。马克思当年抨击商品拜物教,嘲讽人制造之物反过来统治人的异化现象。卢卡奇(Szegedi Lukács)把异化直接称作“物化”,继承和发展了马克思的批判理论。今天,新科技所造成的自然界的人化和人的物化,无论形式还是影响都远远不同于马克思和卢卡奇的时代。人的物化对法的意义所带来的影响尚有待观察。我们是否应改变对法的意义的传统理解?这一问题也值得重新思考。

在强调法的功能的法学理论中,法被赋予各种功能,如解决纠纷,缓和冲突,通过法的规范确认既定事实,借助法的概念建构社会事实,社会控制,社会整合,阶级统治,稳定人们的规范性期望,以及推行政治意志或实现经济目标等。

法学理论的不同流派在法的意义与功能问题上出现了分歧,形成了上述两种截然对立的观点。在这两种观点之间,还有一些折中观点。例如,帕森斯虽然也重视法的功能,认为法是社会控制的一般机制,发挥着社会整合的功能,但他认为法律系统与其他系统存在输入/输出关系。这意味着,包括文化系统的法外要素可以直接进入法律系统之中。他还主张,在各个系统中,文化系统是影响法律系统的基础结构,法律常常源于文化共识。这样一来,在帕森斯结构功能主义的法学理论中,法的功能就会受到文化结构的制约和影响,因而他的法学理论兼顾了法的意义和功能。

哈贝马斯把现代社会在结构上分为生活世界和系统。它们同时承担社会整合的任务。生活世界是意义生成的“基地”,通过非建制化公共领域与建制化公共领域的互动,来自生活世界的意义可以传输到立法之中。这样一来,发挥整合功能的法律系统也承载着源于生活世界的意义。由此可见,哈贝马斯的法学理论也兼顾了法的意义和功能。

一般来说,法律实证主义者和各种版本的法律工具论者都强调法的功能,贬抑法的意义。但某些法律实证主义理论在剔除法的意义上仍留有余地。例如凯尔森的“基础规范”概念和哈特的“最低限度自然法”概念,就为法的意义留有一个缺口。

我们无意系统论述法的意义和功能,这里只想指出,法的意义和功能是法的两个维度。强调法的意义而忽视功能,会导致文化相对主义,丧失对法的反思和批判意识,用寻求法的意义代替探索法的规律。同样,强调法的功能而忽视意义,会在认知上以偏概全,把不同历史和文化中具有不同意义之法加以化约,以法的实然代替应然,忽略法的正当性。实际上,法的意义与功能之争,有时是由于人们的视角不同。对于同一法现象,采取参与者视角就会感到其中的意义,采取观察者视角就会看到其所发挥的功能。

#### (四) 法的变与常

《易纬乾凿度》云:《易经》之“易者,易也,变易也,不易也”。郑玄在《易赞》中

亦云：“易之为名也，一言而函三义，简易一也，变易二也，不易三也。”其实，法亦含上述三义，即简易、变易和不易。法之简易是指从复杂的社会现象中抽象出规则，并通过事实与法律之区分和时间化等机制，降低司法判决的复杂性。卢曼认为，社会在演化过程中不断分化，复杂性随之增加，法律系统涌现出来，以便降低决定的复杂性，使本来不可决定之事变得可以决定。法之变易容易理解，万事万物都处在变易中，诸行无常，不变的只有变化。

历史上，法的变易显而易见。我们可把法的变化分为渐进和突变两种类型。法的概念被赋予新的意蕴和法律制度、规则之修改，都属于法的渐进式变化。法的渐变通常不会引起人们的注意。法在变化缓慢时期，给人的印象是没有变化，司法不过是把既定规则对号入座，整个法律系统类似韦伯意义上的结构稳定的法律“自动售货机”。但实际上，法的环境一直处于变化中，法如果保持不变，就会滞后于社会环境的变化，无法回应社会需要，从而会出现梅因所谓“法律限制文明”的困局。相比之下，法的突变则是指法的精神价值和整个体系的重大变化。在中国，古代商鞅变法和王安石变法以及近代的变法，都属于法的突变。在西方，古希腊的梭伦改革和克利斯提尼改革以及近代法之转型，都属于法的突变。法的突变常常伴随着社会转型，这种社会转型或者源自社会内部冲突，或者由于外部压力。

法始终处在变化中，但法的变化不定会使人们无所适从，无法稳定人们的规范性期望。因此，法需要稳定。为了使法具有稳定性，人们必须拟构出某些不变机制，作为法的根基。这种法的不变机制赋予法不易之特性，不易即常。在古代，传统印度法中的神意，伊斯兰法中的神命，传统中国法中的天理，以及西方法中的自然法都属于不变之常。这些法之常，或者基于超自然权威，或者等同自然法则，因而被认为行之万世而不易。

法之常实际上是一种拟构。通过这种拟构，法不仅获得稳定性，还获得终极权威基础，从而具有了不可置疑的正当性。除了借助上述不变机制获得稳定性，人们还运用其他机制确保法之常。一是把宪法作为高级法，并使宪法保持稳定，避免频繁修改，从而使整个法体系具有稳定的基础。二是颁布体系化法典，从而使该领域的法具有稳定性，1804年的《法国民法典》和1900年的《德国民法典》都具备这种稳定性质。三是在施行判例法的国家，通过确立遵循先例的原则，实现同案同判，并宣称法官在司法中不是创制法，而是发现法。从法理上，我们很容易理解法之变，但不容易理解法之常。实质上，法之变乃是真相，而法之常是拟构的