

# 法学关于法律是什么的分歧

李琦\*

---

内容提要:法律有诸种不同的面相。作为规则的特定形态、作为一种人类活动、作为生命意识的表达等等,都是法学家们所观察到的法律的面相。对不同面相的侧重,形成了不同的法律理论,也产生了法学的分歧。

关键词:规则形态 人类活动 生命意识 法学流派

---

## 一、引言

法学家对于“法学是什么”存在着分歧。自然法学、分析法学、社会学法学的鼎足而立以及另一些法学家试图加以“统一”的努力,是这种分歧的显著表现。也有从客观性出发质疑甚至否认法学的科学品格的:“法学经常受到一种责难,认为它根本不是真正的科学。这种责难大多是将法学与精确的自然科学加以比较后,予以论证的……Kirchmann 并单纯强调法学的整体悲惨性:法学以偶然性为研究客体,自己却成了偶然性;立法者修正三个字,整个图书馆都变成了废纸堆”;“法学因为实证法的不变性与恣意性而没有合乎科学研究的客体,这种批评在 1670 年就已经提出过了”。〔1〕

对法学的歧见,表达了并决定于对法律是什么这一问题的歧见。法学家是因为研究方法的不同而对法律产生不同的解读,还是因为对法律已经有所“前见”而相应地选择不同的研究方法从而形成不同的法理论?本文认为,作为沟通主客体关系的中介因素的方法本身并没有独立的意义,人类智识活动对它的取舍是以对对象的前见为前提的。拉伦兹有言:“事实上,每种法学方法论都取决于其对法的理解”。〔2〕哈特在梳理和甄别他与德沃金之间的差异时隐含着这样的判断:德沃金的阐释性——评价性法理论是以正当之法为预设对象的,而他的描述性-涵括性法理论则以“不受任何法律体系和法律文化之绳缚”的普遍意义的并且“在道德上是中立的”法为对象。〔3〕因此,“法律是什么”就成为回答“法学是什么”并就人类智识活动关于法学充满歧见这一事实给予恰当理解和把握的前提。

然而,康德早就曾断言,要法学家回答什么是法律/权利,就如同要哲学家回答什么是真理一样是不可能的。〔4〕如果试图以定义的方式回答法律是什么和法学/法理学是什么,康德式的判断就自然是正确的。本文认为,法律有着诸种面相,借助于对法律之诸种面相的描述与分析,“法律是什么”这

---

\* 厦门大学法学院教授。

〔1〕 [德]考夫曼:《法律哲学》,郑幸义等译,法律出版社 2004 年版,第 86 页、第 87 页。

〔2〕 [德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法律哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社 2002 年版,第 271 页。

〔3〕 [英]哈特:《法律的概念“附文”》,支振锋译,载许章润主编:《清华法学》第 5 辑,清华大学出版社 2005 年版。

〔4〕 [德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆 1997 年版,第 39 页。

一问题至少在某种程度上是能够得到回答的;并且,经由对法律之诸面相的揭示,有可能探寻法学/法理学之诸面相、解释何以人类的智识活动就法学/法理学所存在的分歧是合理的。

## 二、作为规则的特定形态的法律

法律首先和主要地经由规则得到表达,离开规则来讨论法律几乎不可能。这一点在今天已是毋庸置疑了。现在的问题并不是人类在经由规则解读法律时的不充分、不周详,而是人类迄今看来是过于仰仗规则来解读法律了,以致对法律的描述或许是遗漏了某些不该遗漏的内容。如果换一个角度表达法律和规则之间如此密切的、逻辑的关联,将法律看作是规则的一种特定形态,也许有助于摆脱这样的境况。

任何一个单一的、具体的规则都不可能构成一种我们乐意称之为法律的存在。法律乃是规则的集合(体)——这是指,当众多的规则呈现出关联性、得以作为集合体存在时,它才有可能被作为法律来看待。所以,麦考密克和魏因贝格尔“把法律体系分析为一套套相互联系的规则”,并将制度与规则的关系表述为:“制度概念是用规则或通过规则表述的,规则的任何出现、发展或进化的过程都可能是制度的出现、发展或进化的过程”。<sup>[5]</sup>柯武刚、史漫飞认为,对于制度,“不同学派和时代的社会科学家们赋予这个词以如此之多可供选择的含义,以致于除了将它笼统地与行为规则性联系在一起外,已不可能给出一个普适性的定义来”。<sup>[6]</sup>准确地说,规则是以其关联性而不是彼此的孤立存在,构成了制度:“种种内在联系着的社会规则给人们的相互作用以一定的方向性并使之定型化”。<sup>[7]</sup>法律正是在不同的领域并以不同的规模被作为制度,如:关于配偶之间财产上的权利义务的规则构成了夫妻财产制,夫妻财产制与关于配偶之间人身上的权利义务规则、与结婚离婚的一套规则等构成了婚姻制度,婚姻制度与继承制度、物权制度、债权制度等等构成了民事法律制度,民事法律制度与行政法律制度、诉讼法律制度等等构成了完整的实在法体系。<sup>[8]</sup>

既有的智识史对规则做了不同的分类,这样的分类关联着对法律的理解。哈特区分“主要规则”和“次要规则”,并认为主要规则并不足以构成为法律,那只是“前法律世界”,主要规则和次要规则的结合才构成法律。哈耶克对法律的理解则与此相异。哈耶克将规则区分为“正当行为规则”或“内部规则”和“组织规则”或“外部规则”,认为前者是“自生自发”的规则,是真正关涉人之自由的规则。哈耶克因而更为强调法律与前者的关联性。这一点,不仅从《法律、立法与自由》全书,还可以具体地从这样的一句话中得到表达:“这些规则是否需要加以实施,或者它们是如何得到实施的,只是一个次要问题”。<sup>[9]</sup>换言之,哈耶克是在两个尽管密切相关却又应该加以明显区别的意义上使用法律这一概念的:“法律人的法律”或“实质意义的法律”和“被确定的法律”或“纯粹形式意义的法律”。哈耶克甚至认为,为实施正当行为规则而产生和存在的组织规则是不配至多是勉强可以称为法律的:“需要指

[5] [英]麦考密克、[奥]魏因贝格尔:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社1994年版,第63页、第19页。凯尔森在《法与国家的一般理论》中更是着力于阐述法律作为规范体系这一立场。

[6] [德]柯武刚、史漫飞:《制度经济学——社会秩序与公共政策》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第32页以下。

[7] [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第4页。

[8] 就“法律制度”所共享的一套语词,如公法与私法、实体法与程序法以及用以描述“法律部门”的民事法、刑事法、诉讼法等术语,实际上可以看作是对“法律制度”的构成的一种阐述。本文认为对法律制度的构成还应当这样来理解:主体制度、行为制度和救济制度是实在法制度在宏观层面的“逻辑结构”(区别于实在法在微观层面的“法律规范的逻辑结构”),并且每一“部门法”都呈现出这样的“逻辑结构”。例如,民事法律制度中关于自然人、法人等的一套规则构成民事主体制度,物权法、合同法、婚姻法、继承法等构成民事行为制度,关于违约责任和侵权责任的一套规则以及民事诉讼法则构成民事救济制度;行政法由行政主体制度(行政组织法即是)、行政行为制度和行政救济制度构成。宪法虽被认为是“根本法”,也并不例外于这样的逻辑。

[9] [英]哈耶克:《法律、立法与自由》第1卷,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第154页以下。这一立场似乎是回答了哈特使用“次要规则”一词的适宜性问题。

出的是,由于实施法律被认为是政府的首要任务,所以支配政府活动的所有的规则也就渐渐地自然而然地被冠以了同样的称谓——‘法律’。上述‘合二为一’的发展趋势很可能得到了政府的推波助澜,因为政府也往往欲求把法律所必须获得的尊严和尊重同样地赋予它的组织规则”。<sup>[10]</sup>哈特和哈耶克都认为构成法律的规则包括两个部分。但是,在哈特,承认规则、改变规则和审判规则虽然被称为是次要规则,对于法律的成立却具有关键性的意义;在哈耶克,经由立法而产生的规则相对于自生自发的规则即正当行为规则却只具有次要的和辅助的意义。这样的差别,显然在于哈耶克对规则的关注是从他的自由主义这一核心立场出发的。<sup>[11]</sup>

本文试图以是否采取物化形态来区别规则。一种类型的规则,就其基本的和总体的情形而言是口耳相传的、并相应地总是较为模糊的。道德、交易惯例、日常交往的习俗等即是。“入乡问俗”所表达的人类生活的样态,即与规范人之交往的规则仅仅以口耳相传的形式存在相关联。另一类规则以物化形态存在。哈耶克将规则区分为以默会的方式为人们所遵循的“未阐明的规则”和以明文规定的方式存在的“阐明的规则”,即可以看作是从规则的存在形态加以分别的。作为规则的法律,就其基本的和总体的情形而言,以物化的形态存在。法典和判例即是法律所采取的物化形态。法学家们乐意将法典和判例之外具有补充/补救功能的习惯、法理等称为非正式渊源、辅助渊源,也正是从另一面佐证了本文的立场。人类在法律史的早期就表现出了对将法律物化的重视:中国的铸刑鼎、古巴比伦的石柱法、罗马的十二表法即是。尤其值得注意的是,在冶金术尚不高明的时代,古人竟以金石之物为法律的载体,足见是郑重、神圣地物化其规则体系,从而使之获得仪式化。若考虑到鼎在中国的青铜时代乃是礼器,本文的判断则更能得到支持。<sup>[12]</sup>物化形态还使法律作为规则极大地获得了客观性,而客观性是规则提供可预期的互动的必然要求。当作为知识的规则采取法典或判例这样的物化形态时,需要经由理性而习得,故而法官必须受专门的职业训练以具备技术理性;而当作为知识的规则不具备物化形态时,可经由经验并且也只可经由经验而习得,故而以常识即可把握。<sup>[13]</sup>

就其与权力的关系,规则可以被区分为两种形态。其一为权力无涉的规则,或者更准确地称为纯粹的规则;其二为获得权力支撑的规则。今天依然大量地存在并对人类交往发挥重大作用的道德、交易惯例、日常交往的习俗,以及存在于文明初始的禁忌——人类学家称之为“神圣的敬畏”,<sup>[14]</sup>都是权力无涉的。纯粹的规则中的一部分随文明的演进而获得了权力的支撑:其最初的和最基本的形态是由权力对违规行为实施强制性惩罚,继而规则得到权力的宣告并因此采取了物化形态。规则呈现出与权力的两种关系是文明演进的结果,并表达着规则的演化。我们愿意称之为法律的,只是规则与权力相关联的形态。

对规则的任何违反都必定导致行为人遭受相应的惩罚,<sup>[15]</sup>但是惩罚存在明显的不同。柯武刚和史漫飞使用“正式惩罚”和“非正式惩罚”这一组概念加以区别并进而区别正式制度和非正式制度:“制度的非正式性和正式性的区分则与实施惩罚的方式有关,即与惩罚究竟是自发地发生的还是有组

[10] 同上引,哈耶克书,第200页。哈耶克还同意Carter 1907年在*Law, Its Origin, Growth, and Function*中认为议会制定的“并不是真正意义上的法律”的说法。见第225页。

[11] 关于哈特与哈耶克的区别,另可见高全喜:《法律秩序与自由主义——哈耶克的法律与宪政思想》,北京大学出版社2003年版,第一章第一节。

[12] 当然,十二表法之“表”,有铜表说、木表说、石表说和象牙表说。除木表说对本文的判断能产生质疑外,其他三说均可有力地支持本文的判断。

[13] “从经验中学习,在人类中就象在动物中一样,主要不是一个推理的过程,而是一个遵循、传播、传递和发展那些因成功而胜出并盛行的惯例的过程”。前引[9],哈耶克书,第16页。在哈耶克看来,规则从未经阐明(其实也是难以阐明)到能够用文字加以陈述,乃是文明演化的成果。见第114页。

[14] 朱荻:《原始文化研究》,三联书店1988年版,第91页。

[15] 哈特指出,“只要存在着一些要求某种行为的规则,即使它们像作礼拜必须脱帽一样不属于法律规则,对它的偏离也同样可能产生某种类似于惩罚或谴责的后果”。前引[3],哈特书,第11页。另可参见前引[5],麦考密克等书,第52页以下。

织地发生有关”。<sup>[16]</sup>与纯粹的规则相联结的是非正式惩罚,与法律相联结的则是正式惩罚。有组织地发生的正式惩罚实际上就是依赖于权力机制而实施的惩罚,自发地发生的非正式惩罚则是与权力无涉的惩罚。可以说,从惩罚的角度区别正式制度与非正式制度,是在直观和外显的层面,其深层则关联着权力。<sup>[17]</sup>哈贝马斯使用过“强制性规范”这一概念:“这并不排除强制性规范的必要性,因为今天还没有人知道,究竟在多大程度上能够遏止人们的侵略性,对话语论证原则的自愿认可能达到什么程度”。<sup>[18]</sup>依此,可以相对应地提出“劝导性规范”概念,并以这一组概念来置换“获得权力支撑的规则”和“权力无涉的规则”。

人类以三种形态的作用力构建交互关系:物质力、影响力和权力。由纯粹的规则所规范的人之交往是以影响力为中介的交互关系,因为这时候规则或是由于被认同而起作用,或是由于按照规则行事已成为习惯(因而成为自然——所谓“习惯是第二种自然”、“习惯成自然”)而起作用;而获得权力支撑的规则所规范的人之交往则常常是以权力为中介(并因此最终往往以物质力为中介)的交互关系——行为入因不欲法律之惩罚而以合法行为构建交互关系时即是。

依照制度经济学将制度区分为正式制度与非正式制度的逻辑,法律当属正式制度,道德、交易惯例、日常交往的习俗等则属于非正式制度。此处的问题是:区分正式制度与非正式制度的标准何在?多数的制度经济学作品似乎不太关心对正式制度与非正式制度的区别的阐述——至少并不集中和专门地进行这项工作。上述由是否采取物化形态和是否获得权力的支撑所表明的正式制度与非正式制度的划分实际上是在区分规则的不同形态,从而这一探究就和本文所关注的问题之一“何种形态的规则可被称为法律”相通联了。

### 三、作为一种人类活动的法律

如果停留于对法律作为规则的一种特定形态的描述与揭示,那么也就是把法律仅仅作为静态的和纸上的存在来看待;如果法律仅仅是静态的和纸上的存在,它就不可能是现行的和实在的。因此,承认现行法或实在法存在的立场,在本文看来就已经逻辑地隐含着以法律为人类的实践、将法律作为一种人类活动的立场。这可以做两方面的理解:其一,法律是一系列关于规则的人类活动;其二,这一系列人类活动根源于特定的人类需要,即法律是人类为满足特定需要而采取的活动。

哈特认为只存在主要规则时并不存在法律,只有当存在次要规则对主要规则的承认、改变、审判的时候,法律才是存在的。这实际上是揭示了一系列关于规则的人类活动。正是这特定的人类活动,人类生活才得以从“前法律世界”向“法律世界”演进。戈尔丁在论述“法律体系诸要素”时表达了几乎与哈特一样的立场:“到目前为止所提出的各种问题,集中围绕着从事特殊活动(即解决争端)的特殊机关的存在。我们将把这种机关叫做法律机关,把这种活动叫做法律活动”,“当发生违法行为时,这一机关就连同一种裁决技术来发挥作用。这就引出了另外一系列有关裁决违法行为的法律活动及其适当机关的问题”。此外,“我们可把注意力引向另一种非常重要的法律活动”,即“制定和改变法律的法律活动在许多社会都确定无疑”。<sup>[19]</sup>哈耶克也清楚地阐述了本文所谓的“关于规则的一系列人类活动”。他认为,“规则要达到它们的目标,就还需要有一种附加的规则做支援”。<sup>[20]</sup>其中的具体情形也有三:其一,“把业已确立的惯例或习俗明确表达为一项成文的规则,其目的乃在于求得人们对该项

[16] 前引[6],柯武刚等书,第126页以下。

[17] 因为从组织学的角度,权力是组织的本质。参见张尚仁:《组织学》,福建人民出版社1987年版,第三章“组织本质论”。

[18] [德]哈贝马斯:《合法化危机》,刘北成、曹卫东译,上海人民出版社2000年版,第111页。

[19] [美]戈尔丁:《法律哲学》,齐海滨译,三联书店1987年版,第15页以下。

[20] 前引[9],哈耶克书,第123页。

规则之存在的同意,而不在于制定一项新的规则”。<sup>[21]</sup>这类似于哈特所说的对规则的“承认”。其二,“用文字来表达规则所具有的这种必要性,还可能会在需要酋长或头领去解决纠纷的情况下产生”。<sup>[22]</sup>这类似于哈特所说的审判规则。第三,演化生成的法律“并不能证明它将永远是善法,甚或也无法证明它的某些规则就可能不是非常恶的规则;进而,这也就意味着我们并不能够完全否弃立法。我们之所以不能完全否弃立法,还有一些其他的原因。其中的一个原因是,法律发展的司法过程必定是渐进的,而且也可能被证明为发展得太慢,以至于不可能使法律对全新的情势做出可欲的且迅疾的调整。然而,最为重要的原因则可能是,由司法判决来扭转那个业已发生且在后来被认为具有不可欲之后果或者被认为是根本错误的发展趋势,不仅是困难的,而且也是不可欲的”。<sup>[23]</sup>这类似于哈特所说的改变规则。“自生自发的法律”由于某些原因而需要立法加以纠正,因此运用权力的人类活动即立法也就被包含于法律所意指的范围中了。这一立场是在“变化中的法律概念”这一论题中得到阐述的。这里或许显示出哈特和哈耶克的某种逻辑同构。可见,规则只有当关联着一系列特定的人类活动时,法律才是存在的。

人类有着多样的、复杂的乃至相互矛盾的需要,并在谋求需要的满足中构建起交互关系即利益关系。需要必须也只有在相应的人类活动中得到满足,而利益关系也不过是利益主体相互间在行为上的关系。不同的人类活动满足的是不同的需要,择其要者是:艺术满足审美需要,以在现实世界寻求理想生活;宗教满足善的需要,构建一个关于理想生活的彼岸世界;科学满足人类求知的需要,以摆脱心智的黑暗;经济是基于资源的稀缺这一人类生活的基本情形谋求有用物的效用最大化的人类活动;政治则是通过对公共权力的占有、支配、行使、竞逐和影响而谋求特定利益的人类活动。<sup>[24]</sup>法律也注定摆脱不了这样的宿命,从而成为人类用以满足他对秩序和正义的需要的特定活动。舍此,法律是不可能存在的,也是没有意义的。

资源的稀缺既使得同一主体的不同需要无法同时得到满足从而产生“鱼与熊掌”式的困窘,也决定了不同主体的需要无法同时得到满足从而在人类的交互关系中必须存在行为边界。但是人不可避免的理性有限会导致边界无知,德性的不足又使得即使边界清晰也难免存在恶意的越界。正是人的需要、满足需要的资源的稀缺、理性的有限和德性的不足这些人类生活中的原始事实/自然事实,决定了范围不一、程度不同、形态各异的冲突的存在并伴随人类生活的始终,并因此产生两种再自然不过的人类需要——秩序和正义。秩序和正义这一组相互区别又密切关联的概念,既描述着一种人类生活的状态,也表达着一种人类需要。也可以说,作为人类生活之状态的秩序和正义与作为人类需要的秩序和正义,本就是同一的。因为,当对秩序和正义的人类需要得到满足时,人类生活也就达致秩序和正义状态了。

如果说人类以政治和经济这两种形式的活动谋求资源的增益,以道德、宗教和教育试图实现德性的提升,那么人类还显然必须以制度实现对冲突的防范和对实际发生的冲突的矫治。正是以他对秩序和正义的企求为根源,人类在其漫长的文明进程中生成了规则也生成了关于规则的一系列活动。更准确地说,这关于规则的一系列人类活动,是围绕规则的适用、宣布/认可、改变而行使公共权力的

[21] 同上书,第121页以下。哈耶克随即指出:“这种做法只能够对人们在实践中明确知道的东西做一种不充分的且只是部分的表达”。

[22][23] 同上书,第121页,第136页。

[24] 加藤节认为:“被称为‘政治’的现象,其内容既是人类的活动本身,同时又因为它具有某种外在于人的力量,从而潜藏着对人类的命运或者生活方式加以主宰的危险倾向”。“从根本上说,所谓的政治便可以归结为从范畴上把政治社会与其他社会区分开来,并提供上述两方面条件的人类行为”。[日]加藤节:《政治与人》,唐士其译,北京大学出版社2003年版,第4页,第33页。欧克肖特强调了“政治首先可被认作一种实践活动”,并认为“政治活动的两个要素是:某种形势和被认为有权对它作出回应的某人对它的回应”。[英]欧克肖特:《政治中的理性主义》,张汝伦译,上海译文出版社2003年版,第61页。欧克肖特认为政治活动的第三个要素是思考或反思。这种把政治作为人类活动的立场,提供了将法律作为人类活动的参照和佐证。

人类活动。因此,一种将规则和权力相统合、以秩序和正义为取向的人类活动,即我们所谓的法律。

将法律视为规则与关于规则的一系列人类活动,这只是就法律的外显的、可经验的层面而言的;陈述法律作为根源于特定的人类需要的人类活动,已就法律做了较为深入的阐述。这为探寻法律的另一面提供了基础。

#### 四、作为生命形态的法律

在韩忠谟看来,法律是关联着人类生活的,“法不但是共同生活秩序的原理,并且是生活组织的原理”。<sup>[25]</sup>大木雅夫以另一些语词表达着同样的观点:“一国的法乃是民族财富的组成部分,是市民的共同财富、传统的成果和祖先的遗产,也是适用该法的社会的表达方式”。<sup>[26]</sup>就此而言,将法律理解为人类的某种生存状态,即人类通过法律的生存,也是合乎逻辑的。

汤因比认为,文明是在对挑战的回应中生成的,文明的差异决定于挑战的不同和对挑战的回应不同。作为人类生活的基本事实的冲突,显然应该被认为是人类所不得不面对的挑战,乃至可以认为是(来自于人类自身的)最大的挑战。法律的生成及其演化,就是人类对冲突加以回应的结果。因此,作为对挑战加以回应的法律,自然可以认为是对人类生存状态的表达了。由于对挑战的回应不同,法律也就有了地域性差异从而在这一立场上可被认为是“地方性知识”。德人 Bernhard Rehfeld 在 1951 年是这么描述立法和人类生活的关联的:“立法现象的出现,意味着人类历史上一种艺术的发明,即规定合法与不合法的艺术。在此之前,人们认为,法律是不能制定的,而法律只能作为某种本来就存在的东西来加以适用。根据这种观念,立法作为一种发明,就可能产生某种严重的后果,与火的发现或火药的发明所具有的那种严重后果一样。这是因为,越加强立法,人类的命运就会越依赖于法律”。哈耶克在引述了这段话之后写道:“立法这种发明赋予了人类以一种威力无比的工具——它是人类为了实现某种善所需要的工具,但是人类却还没有学会控制它,并确使它不产生大恶。立法向人类开放出了诸多全新的可能性,并赋予了人类以一种支配自己命运的新的力量观或权力观。”<sup>[27]</sup>当代,法的世界化即世界法就可以看作是对人类的生存状态的一种表达。马蒂从二十世纪尤其是近五十年来的经济的全球化和人权的普遍性两个因素,论述了法的世界化这一随之而来的状态。<sup>[28]</sup>与法的世界化这一状态相关联的是,生命个体不仅以民族国家的公民的身份出现,而且呈现出康德早就曾预示过的“世界公民”这一面相。

对法律史的一种解读显示出法律的演进与人类生活的变化之间的联结:“可以尝试着从历史空间角度研究世界范围内的法律演进,由此得出一种着眼于全球的法律发展的历史分期理论。概括地说,着眼于世界范围内法律演进的地理空间变化,可以把法律发展的历史划分为四个阶段:第一个是‘民族法时代’,指的是各民族早期在各自地域独立发展的时期;第二个是‘古典法系时代’,指的是古代农业社会各地域相邻民族相互影响,形成诸如中华法系、伊斯兰法系、古罗马法系和英国普通法法系等法律文明圈;第三个是‘西方法的扩张时代’,指的是近代史阶段西方法律从地域性法律向世界其他地区扩散的时代;第四个是‘法律全球化时代’,指的是 20 世纪 70 年代以来由经济全球化导致的法律变化。”<sup>[29]</sup>如果说对法律史的这一解读因仅仅针对人类自身的内部关系而不能不存在局限性,那么将

[25] 韩忠谟:《法学绪论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 8 页。关于这一主题,还可参见范·卡内冈:《欧洲法:过去与未来——两千年来的统一性与多样性》,史大晓译,清华大学出版社 2005 年版。

[26] [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社 1999 年版,第 14 页。

[27] 前引[9],哈耶克书,第 113 页。

[28] [法]马蒂:《世界法的三个挑战》,罗结珍等译,法律出版社 2001 年版。关于“世界法”,另见伯尔曼:《一种世界秩序发展中的法律与宗教》,载伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社 2003 年版。

[29] 蒋立山:《法理学研究什么》,《法律科学》2003 年第 5 期。

人类生活解读为由人类自身的内部关系、人与自然的关系、人与工具的关系这三大关系构成或许能够获得解读法律史的较为宽阔的视野。在前近代时期,法律调整的范围基本上局限于人与人的关系。这一时期的法律表现为民事法和刑事法,纠纷的解决呈现为民事诉讼和刑事诉讼。近代以来,关于公共权力的法律调整和关于知识与技术的法律调整表明法律调整的对象扩展至人与工具的关系。近半个世纪来,随着环境问题的日益严重,被称为环境法或生态法的一套制度设计关联着人与自然的关系。显然可以预知,在21世纪将得以长足发展的必定是环境法。这样一种对法律史的再简要不过的勾勒,即可见法律与人类的生存状态之间的内在关联。部门法学也呈现出同样的观察角度。例如杉原泰雄基于对宪法史的考察,认为“特别是近代以来,人类以国家为单位的各个历史阶段,每走过一个艰难困苦的里程,都要通过宪法来制定为克服困难所需要的新规则,以此来继续人类的发展;每经历一段困难深重的生活,都要通过宪法来确定为消除苦难所需要的新的政治及社会的基本形态,从而进入新的历史阶段”,并相应地把宪法问题区分为“作为规则问题的宪法问题”和“作为生活问题的宪法问题”。<sup>[30]</sup>

当把法律理解为人类的某种生存状态时,其中涉及的问题是:人类生活是否通过法律而可能?人类生活通过什么样的法律而可能?人类生活如何通过法律而可能?

可以更进一步地说,法律总是关联着生命形态,是对特定的生命立场、生命态度、生命意识的表达,从而作为生命的规则形态——此处所指,不仅是法律应该作为生命的规则形态,而且是法律事实上作为生命的规则形态。因为,尽管价值可以在规则之外,规则却必定包含着价值:“在目的的、精神的、存在的价值领域内,规则难有容身之地……然而,在工具的、社会的、伦理的价值领域内,价值体现为规范不仅是一个事实,而且几乎是不可避免的”。<sup>[31]</sup>从德语 *Geltung* (有效性) 不仅涉及 *norm* (规范) 而且涉及 *value* (价值), 也可见规则关联着价值、与价值的密不可分。哈耶克因对人的自由的关注而在他的学术活动的后期极大地关注法律,从而在这一方面为人类提供了卓越的智识,也正证明了法律作为生命的规则形态而存在。伯尔曼在法律与宗教已明确地两分之后,敏锐地揭示了法律与宗教所共享的四大要素。如果我们承认宗教是生命意识的表达,那么能够与宗教共享传统、权威、普遍性和仪式的法律,也必定是对生命意识的表达。

以人的尊严为核心价值的宪政体制固然为本文这一论断提供了最好的和最具有共识性的论证,<sup>[32]</sup>实在法体系的其他成分也有力地支持着这一点。在刑事法中,死刑的存或废很直观地表达着一个社会、一个特定的文明时代所特有的生命立场和态度。一个废除了死刑的社会,毋宁说是在鲜明地声称,人的实存生命在任何时候都不以任何理由被人为地以制度化/组织化的暴力所剥夺,从而对“敬畏生命”这一生命态度提供了制度化的表达。<sup>[33]</sup>死刑的执行方式,从被公认野蛮、残酷的车裂、腰斩逐渐演变为枪决、电椅及至更为晚近的静脉注射,实际上也就是生命形态的演化。“责任自负”这样的归责原则不仅意味着一个行为人既不能指望他人替代他承当法律上的责任也不必担心他必须为他人的行为承当法律上的责任,更意味着对个体意志的独立性的制度化承认和尊重。

[30] [日]杉原泰雄:《宪法的历史——比较宪法学新论》,吕昶、渠涛译,社会科学文献出版社2000年版,第1页、第3页以下。

[31] 周国平:《伦理学和价值层次》,载赵汀阳、贺照田主编:《学术思想评论》第一辑,辽宁大学出版社1997年版,第79页。

[32] 伯尔曼认为应该“重点强调的是,人权公约里隐含的是这样一种承认,即虽然具有种种多样性,整个世界或者全人类不仅分享着有关人类尊严的共同信仰,而且还有着借一种立于单个国家法律之上的法来保护人类尊严的共同关切”。[美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第138页。

[33] 法国医生史怀特因其在非洲长达半个世纪的义务行医而荣获诺贝尔和平奖。“敬畏生命”是他出版的散文集的书名。[法]阿尔伯特·史怀特:《敬畏生命》,陈泽环译,上海社会科学院出版社1992版。在本文看来,“敬畏生命”应当是人类的生命态度的最恰切的表达。这一点,应当能够成为关于死刑存废的激烈争论中主张废除死刑的最有力的理由。

著名的“从身份到契约”这一梅因命题,<sup>[34]</sup>所表达的同样是生命形态的变化——生命形态经由规则所呈现出来的变化。在身份制度中,生命形态呈现为一个个体依附、从属于一个血缘团体或另一个个体;在契约制度中,生命则呈现出个体之间的相互独立和平等。一项田野考察形象而生动地揭示了婚姻制度所展现的生命形态:“在四川的甘孜州,除汉族人为主的泸定县外,其他17个县都有‘一妻多夫’的现象。可以说我们环行的大香格里拉地区,也即川、滇、藏相接的大三角地区,正是‘一妻多夫’这种文化的分布区。”“‘一妻多夫’制似乎是为大香格里拉地区专门创造的一种婚姻制度,这种婚姻极好地适应了横断山区的地理环境决定的生产方式。”这是因为,“在大峡谷中生存,大家庭的重要性,并不仅仅在于人多力量大,产生合力,这是表面的;问题的实质在于:大峡谷中适于农耕和定居的土地十分有限,并且早已各有归属,即土地是定量的,不会增长。一个家庭的成员若想通过分家、分土地、盖新房,一代又一代走一条几何级数似的无限扩展的道路,是不可能的。这里的生存只能选择一种周而复始的内循环、自平衡的模式,他们通过走婚、一妻多夫这样的婚姻模式,维持了一个大家庭,避免了建新房、分土地等占用土地之举,更重要的是降低了人口的增长率。”所以,“‘在这大峡谷中,只有大家庭,才能富起来’。这是在鲜水河大峡谷中,走婚人白马罗布对我说的一句话。我觉得把其中的‘富起来’换成‘生存’更符合他们的本义。他的话表达了大峡谷中人们的生存信念。”<sup>[35]</sup>

就诉讼制度而言,回避制度常常被理解为为保证裁判公正而采取的技术,它的另一种至少同样意义重大的解读被忽略了。可以假设,在没有回避制度的实在法机制中,一个法官可能面临宣告他的儿子犯杀人罪并应判处死刑的境况。法官的职责固然要求他“大义灭亲”,可人的天性——尤其一个非神非圣的常人的天性却必使他陷于人性的尴尬、困窘甚至煎熬中。回避制度则可以使一个必定具备常人的天性的法官从这样的人性煎熬中摆脱出来,从而体现了对生命及其尊严的关爱与呵护、表达着一种特定的生命意识。证据法的变迁也呈现出生命不同形态。在神示证据制度下,生命显示出受偶然性和神秘性的支配和摆布;刑讯对神判的替代表明了人在冲突解决中摆脱了对神的依附,生命显示出对自主、自决的追求;<sup>[36]</sup>对刑讯的否定则表明有组织的、制度化的暴力对个体生命的节制,表明个体生命得以在更充分的范围和程度上免于暴力打击,从而生命尊严得到捍卫。要求刑事被告人和民事诉讼当事人“承当讲真话并因此损害其自我利益的义务被认为是不人道的,类似于一种道德折磨”。<sup>[37]</sup>可见免证规则和相应的免责权亦关联着生命意识。

在另一方面,生命常常呈现出需要的自我矛盾性,生命个体和类也正因为处于选择的两难甚至导向悲剧。这一情形对法律有着深刻的影响,例如人类对确定性和不确定性的需要的并存决定了法律制度的某种弹性、因冲突解决中的诸需要之间的矛盾性使得司法制度必定是不完美的。<sup>[38]</sup>可见,

[34] 霍贝尔强烈反对“从身份到契约”这一梅因命题:“在原始法的发展过程中,真正重大的转变并不是在人与人之间的关系中实体法上的从身份到契约——尽管这是欧洲法在其后来发展过程中的一个显著的特征,而是在程序法上所发生的重心的重大转移,维护法律规范的责任和权利从个人及其亲属团体的手中转由作为一个社会整体的政治机构的代表所掌管”。[美]霍贝尔:《初民的法律》,周勇译,中国社会科学出版社1993年版,第369页。戈尔丁也持有同样的立场。见前引[19],戈尔丁书。可以这样认为:霍贝尔和梅因之间其实并不存在分歧,换句话说,霍贝尔误读了梅因。霍贝尔讨论的是文明所发生的从“前法律世界”(借哈特的表达)到“法律世界”的转换,梅因讨论的则是“法律世界”中所发生的变化。所论各不相同。霍贝尔或许自相矛盾了:他以对犯规行为的强制性惩罚的存在为法律存在的标志,却又认为“原始法”经历了从私人实施惩罚到由公共团体实施惩罚的演变。然而,在非由公共团体实施惩罚的时候,对犯规的强制性惩罚是不存在的。

[35] 单之蔷:《这里的婚姻真精彩》,《中国国家地理》2004年第7期。

[36] 瞿同祖认为,神判是在人类对自己的智力查明事实和收集证据存在困难的情况下,求助于万能和公正无私的神明的技术措施。瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第五章“巫术与宗教”第一节“神判”。可见神判包含了人的无奈以及因无奈而生的依附。

[37] [美]达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,第195页。

[38] 详见李琦:《法的确定性及其相对性——从人类生活的基本事实出发》,《法学研究》2002年第5期;李琦:《冲突解决的理想性状和目标——对司法正义的一种理解》,《法律科学》2005年第1期。



法律不能不表达着生命因需要的自我矛盾性伴随而来的状态。

## 五、结语：法律的面相与法学的分歧

法律呈现出诸种面相这一事实,可以部分地解释法学的分歧:分析法学的侧重于法律作为规则的特定形态这一面相,<sup>[39]</sup>社会学法学强调法律作为人类活动,<sup>[40]</sup>自然法学突出法律作为生命的规则形态这一面相,而综合法学则试图以诸面相的统合为其论说对象。可见,法理学的鼎足而三以及另一种研究路径所表现出的统一或综合的情形,实在可以说是取决于并表现了法律以诸面相存在这一逻辑。以法学为人文科学或“狭义的精神科学”的立场<sup>[41]</sup>应当是与法律表达生命意识这一面相相关联的,而否认法学为社会科学、声称它只是一种实践技艺的立场则显然取决于法律作为人类活动的面相。华勒斯坦等否认法学具有社会科学的品格,认为“它似乎过于规范化了,太缺乏经验研究的根基了。它的各种法则不是科学的法则,它的背景似乎也太过个别化了。政治学彻底脱离了对这些法则及其历史的分析工作,以便去分析制约着政治行为的各种抽象规则,从中完全有可能恰当地引申出一些理性的法律系统”。<sup>[42]</sup>这似乎隐含着法学被包括在政治学之中,或者作为政治学的补充性/延伸性智识活动的判断。如果这样的判断存在某种程度的合理性,那么其依据就可能在于权力因素乃解读法律所必需。

“盲人摸象”这则寓言,意在表现并嘲讽人在认识事物时的以偏概全、自以为是。如果我们愿意审慎地看待人的认识活动,那么“盲人摸象”与其说是在嘲讽某些人,毋宁说是对人类以及每一个体的认识的有限性的承认,并表达着因这一有限性而产生的无奈和困境。面对自然、社会和自身,某种形式和程度的“盲”对于人类而言是必然的。

法律如象,而以获取对法律的理解为己任的法学家便是那“摸象之盲人”。不仅每一个法学家,而且每一法学流派,注定只能为人类提供关于法律的有限智识。这一点,也恰好验证了哈耶克所坚定地秉持的知识的分散化状态的立场。我们甚至可能得谦卑地认定,即便历千百年而积累起来的人类关于法律的总体智识,也依然只是关于法律的有限智识。

---

**Abstract:** The law could be expressed from many aspects, such as the specific conformation as rules, a kind of human activities, an expression of life consciousness, and so on. All of these are respective sides of the law observed by jurists. Emphasizing particularly on different aspects, different legal theories gradually come into being, which also results in the divergence of jurisprudence.

**Key words:** conformation of rules, human activities, life consciousness, legal schools

---

[39] 拉兹对分析法学的任务的甄别提供了依据:“分析法哲学解决三个领域的问题。一,审判程序和审判推理的特征;二,对法律概念(如权利、责任、所有权、法人)和各种类型的法律标准(规则和原则、施加义务的标准和授予权力的标准)的讨论;三,法律体系的观点及其特征,这些特征使此种法律体系区别于其他规范体系”。[英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威——法律与道德论文集》,朱峰译,法律出版社2005年版,第90页。

[40] 参见邓正来:《社会学法理学中的“社会神”——庞德法律理论的研究和批判》,《中外法学》2003年第3期。

[41] 参见[德]N·霍恩:《法律科学与法哲学导论》,罗莉译,法律出版社2005年版,第39页以下。

[42] [美]华勒斯坦等:《开放社会科学——重建社会科学报告书》,刘锋译,三联书店、牛津大学出版社1997年版,第30页。