

李旭东 著

法理文库

法律话语论

——
法律本位之研究

山东人民出版社

李旭东 著

法律话语论

法律本位之研究

图书在版编目(CIP)数据

法律话语论:法律本位之研究/李旭东著. — 济南:
山东人民出版社, 2009. 12

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 978-7-209-05106-4

I. 法... II. 李... III. ①法理学-研究②法律语言学-研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 215092 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

法律话语论

——法律本位之研究

李旭东 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 11.625

字 数 260 千字 插页 4

版 次 2009 年 12 月第 1 版

印 次 2009 年 12 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05106-4

定 价 25.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0633)8221365



前 言

我在博士论文选题时，就有意进行本书的研究，由于博士论文形式的特殊要求和当时学力所限，未能如愿。但是，对于“法律本位”进行一个较为系统化和理论化的表达，则是我的一个心愿。

众所周知，当代中国的法理学在较长时期一直体现为“经典作家语录+党的政策讲义”的政法型理论，这使其理论的解释力和思辨水平都受到较严重影响，深为法理学者所不满。许多学者也进行了个性化的尝试，但终因经典的教材体系和知识模式仍然具有其存在空间，新的探索者中目前尚未出现公认的成功者。法理学也因此更受本学科和部门法学人的严厉批评。我相信这是许多法理学人的一个心结，本书的写作就尝试为此作一些努力。

经过30年来法学理论界的不懈努力，对当代中国法理学作出一种新解释的时机已经到来，尽管此种“新”解释在西方法学界是个“老”传统。改革开放以来的30年，法理学的

主流是价值研究，在理论方面，有“权利本位”的研究成果；在实践方面，有“法治国家”的建设进程，都可以代表该类型研究的突出成就。改革开放30年后，法律对当代中国发展的影响日益深入，法理学研究的主流也势将回归规范研究。那么，作为法学各学科中理论色彩最突出的法理学，应当为此时代提供较有力量的理论工具和思想范式。我认为，对法律进行一个以规范为本位的研究，或曰法律本体的研究，是有其重要价值的。

在此，对全书内容作一个简要介绍：

“导论”对本书研究的宗旨作了说明，指出从话语角度对法律本身进行研究的意义，选择法律话语的角度在本书中完成了法律本位的研究之后，也希望今后能够把这一研究继续推进。

“第一章 法律话语的形式构造”，主要希望展示法律话语作为一种理论思维的实体存在。经验论者认为根本无所谓“本体”，理想主义者则视思想实体为更真实的存在，在哲学上和现代科学理论中都有截然相反的理论观点。本书持一种温和的实在论观点，接受康德的主张，认为对象是人之理性思维的建构。法律话语作为一种实体对象因此具有相应的特征。

“第二章 法律话语的概念体系”，主要希望将众多的法律概念进行一种理论化的组织，使之体现出一种系统化的内在逻辑关系。这种关系当然只有在统一的思想基础上才可以无矛盾地得到呈现。笔者对从人格角度来理解法律主体概念比较重视；霍菲尔德的理论在概念的理论化方面有重要贡献，本书也尝试使它的优点让人能够相对方便地体会和接受。

“第三章 法律话语的理念系统”，在某种程度上超出了法律实证主义的传统范围，但事实上法律实证主义并不排斥价

值，而仅仅是反对如下态度，即：任由各人的主观观念将接近客观化实体的法律对象被相对主义化，进而失去其明确的存在性质。本章仅仅简要地表达出与法律话语相关的理念系统。价值理念事实上需要更为深入的论述方式，其具体内容在本书中则不可能充分展开。

“第四章 法律话语的规范属性”，试图对法律的规范性作集中论述，我基本上受凯尔森思路的影响，但这一问题仍然未能合理解决，没有能提供出一种清晰的答案。但该问题的重要性使得以法律本位研究为目标的本书必须对它进行论述，这就是第四章中的一些内容。

“尾论：法律话语的内涵”，主要是对法律话语之丰富内涵的强调，它事实上成文较早，有的观点超出了前面的论域。

对读者来说，我觉得，通过阅读第一章和第二章第一节，可以对本书要表达的观念有一个较清楚的认识；对于那些在阅读法理学教材时对价值之类的论述感到茫然的读者，阅读第三章第一节中对于理念和价值的一些讨论也许有所帮助。第四章是我感到目前法理学研究的一些有意义的知识增长点，也是本书觉得有所遗憾的部分；对于法律与道德的讨论虽或无甚高论，但这一问题对于理解法律话语的定位非常关键。

最后再说一下书名。本书希望完成的是一种对于法律本位的研究，但写作之初则是因对法律话语问题的兴趣引起的。“话语”本身就是一个新词，它进入法理学的研究中本身就需要论证和说明，我基本上是在福柯思想的影响下使用和理解这一词汇的，早期的思路并未在本书中继续下去。鉴于目前书稿的面貌，书名兼顾到前后期的想法：《法律话语论——法律本位之研究》。以后如有机会我希望能对法律“话语”现象作更多的探讨。

业师公丕祥教授对我学业进步的殷切希望，念兹在兹，永不敢忘。这本书，是在忙碌的两年多偶有余暇，顾此失彼之中写出来的，与想象中的模样差距不小，尤其是几处难点仍未能合理地解决，甚感遗憾。本书就只能作引玉之砖了。希望本书的思考能够为法理学的初学者和有理论需要的部门法学习者提供一些助益，也希望得到法理学界方家识者的教正，使我在今后能够改进相关的研究。

李旭东

2009年10月15日于广州


目 录

前 言	(1)
导 论	(1)
一、法律话语研究的意义	(2)
二、法律话语的论述范围	(7)
三、法律话语与法治国家	(17)
第一章 法律话语的形式构造	(25)
导言	(25)
第一节 法律话语的形式化特点	(27)
一、法律的形式化特点分析	(27)
二、法律话语形式化的意义	(32)
三、法律话语形式化的限度	(36)
第二节 法律实体概念	(47)
一、作为形式理念的法律实体概念	(47)
二、法律实体的形式要求	(52)
三、法律实体的构成要素	(57)
四、法律实体理念的认识功能	(60)
第三节 法律规范概念	(64)
一、法律规范概念目前的困难	(64)

二、法律概念和法律分类理论	(66)
三、对前人理论的一个综合	(71)
四、对法律规范概念的认识	(74)
第四节 法律体系概念	(81)
一、法律体系的知识现状	(81)
二、法律体系的一般讨论	(83)
三、法律体系理念的实践意义	(92)
第二章 法律话语的概念体系	(101)
导言	(101)
第一节 法律概念的逻辑体系	(103)
一、法律概念的划分方式概述	(103)
二、规范法学概念是共识性的概念体系	(106)
三、规范法学概念体系之逻辑展开	(108)
第二节 法律主体:现代法律人格概念	(117)
一、法律人格概念的演进	(119)
二、法律人格概念的内涵	(128)
三、法律主体的混淆因素:法律主体与道德 主体之竞合	(137)
第三节 法律权利概念的分析	(150)
一、法律权利的研究现状	(150)
二、“权利本位论”与“义务重心论”的意义	(158)
三、霍菲尔德理论中的法律权利	(164)
四、霍菲尔德理论中的法律义务	(177)

第三章 法律话语的理念系统	(185)
导言	(185)
第一节 法律话语的理念概述	(187)
一、关于理念的经典认识	(188)
二、法律话语的价值理念	(197)
第二节 个人本位的价值理念:自由	(209)
一、自由理念的理论传统	(210)
二、自由理念的内涵解读	(222)
第三节 群体本位的价值理念:正义	(232)
一、正义理念的传统认识	(233)
二、形式正义与实质正义	(240)
三、自由与秩序	(247)
第四章 法律话语的规范属性	(258)
导言	(258)
第一节 法学中的“是”与“应当”问题	(260)
一、法学中的“是”与“应当”的众多概念表述	(260)
二、法律同时是“是”与“应当”	(267)
三、法律的规范性与法学的“是”与“应当”	(270)
第二节 法律上的“应当”	(279)
一、法律上的“应当”与道德上的“应当”	(279)
二、法律“应当”的特点	(287)
三、法律“应当”与法学“应当”	(293)
第三节 法律话语与道德话语	(295)

一、现象与问题:法学和伦理学使用相同词汇的提示	(295)
二、法律话语和道德话语之界限	(297)
三、法律话语、道德话语在法治国家中的定位	(311)
第四节 法律规范与法律规则	(320)
一、规范与法律规范	(320)
二、规则与法律规则	(323)
三、法律规范与法律规则	(325)
四、法律规范性的内涵	(330)
尾论:法律话语的内涵	(340)
一、法律话语的指向:话语与语言	(340)
二、法律话语的属性:“科学”与“学科”	(344)
三、法律话语的构造:理念与常识	(347)
四、法律话语的限度:话语与世界	(351)
后 记	(356)



导 论

什么是法律科学，法学之为法学有什么特点？如何展开对于法律的思维？本书希望提供一些个人的考虑。当代中国法学理论的知识谱系更多地受到前苏联法学的影响，即使在当代中国不断出现马克思主义中国化之最新理论的新时期，这一知识谱系的基础性和本质性影响仍然挥之不去。本研究试图回归法学理论的核心传统，即讨论法律之为法律的法律实证主义知识传统，以期能够为当代中国的法学理论的自我认识和学理建设提供一些思考。

本书认为：法律思维须承认或设定一个逻辑性的法律实体，这一实体性存在主要体现为一种话语方式，可以称之为法律话语。导论部分对法律话语的概念、内涵和理论意义及其相关论域作了若干初步说明，提示了本书所要论述的对象。“法律话语”在当代中国法学理论中是尚未得到认真对待的概念，它是为表达人们关于法律思维本体的认识而引入的。不过，这一思想并不是全新的，在英美法系的法理学中，法律实证主义传统非常悠久和强大，许多著名法学家在传统的滋养下作出了

适应各自时代的理论贡献。在这个意义上，本书的论述是对那些优秀作品的模仿。

一、法律话语研究的意义

（一）法律话语的含义

“法律话语”概念可以有两方面的意义。

其一，它意味着一个整体性法律话语系统。

一般地，提到“法律话语”时，我们主要是在强调法律话语与其他话语类型或思维方式的不同，我们关注的是作为一个与其他话语类型或思维方式，比如与政治思维、道德思维相区别的法律话语的本体性存在。这时，法律作为一个整体性的话语系统受到关注。这种意义上的法律话语，是为了明确地体现法律话语本身的特点而使用的。它事实上即是法学研究的对象：一个法律世界，即法律本体。

自康德以来，“本体”作为一个哲学名词具有复杂的含义，本体与现象被黑格尔改造为本质与现象这一对范畴，而中国长期流行的马克思主义哲学所使用的现象与本质的范畴正是源自黑格尔的思想。因此，本体论在法律哲学中的使用并不是在一个较严格的哲理意义上使用的，因此，为避免混淆，这里直接使用一个更明白的词汇：法律话语。在此，所希望表达的也正是法律思维的本体。^①可以预期，在法理学的知识体系建立在一个系统化的哲学基础之后，直接使用这些术语讨论相关问题将是更为方便的选择。

^① 关于康德哲学的本体概念，参见[德]康德著：《纯粹理性批判》，邓晓芒译，人民出版社2004年版；关于黑格尔哲学的本质概念，参见[德]黑格尔著：《小逻辑》，贺麟译，商务印书馆1980年第2版。

其二，它意味着法律话语表达的个性特征。

当我们强调同属法律话语类型的甲种法律话语与乙种法律话语之间的差异时，我们关注话语表达过程中的不同分支和具体类型之间的差异。例如，以价值法学为基础的法律话语与以规范法学为基础的法律话语显然不属于同一类型，虽然当它们共同与道德话语相比较时能够体现出其同属于法律话语的共性。这种意义上的法律话语意在体现各个具体类型的法律话语之间的特点。规则论的法律话语与原则论的法律话语之间的不同，也只有引进了话语概念之后才能较好地理解：这两种几乎使用着同样的法律概念、都属于法律的表述方式，为什么其间存在着巨大的观念对立和内在冲突？在关注到法律话语内部的差异性时，呈现在人们头脑中的对象则成为另一种，即对于法律内部的研究：一个法律思维的世界。

显然，法学是以法律为对象的，法学研究的主体是法学家，法律对象或法律世界对于法学家来说，是一个法律本体世界。法学家对自己的研究和行动的反思，自成为一种学问，它即是法律世界。对法律世界进行的考察，就成为法律的思维。

哈特教授对法律区分出两种态度：内在观点和外在观点。“就规则来说，有关的可能是：或者仅仅作为一个本人并不接受这些规则的观察者，或者作为接受这些规则并以此作为指导的一个群体成员。我们可将这些主张分别称为‘外在观点’和‘内在观点’。”^① 葛洪义教授也对法律思维作出过一种区

^① [英] 哈特著：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第90页。

分：对于法律的思维和根据法律的思维，^① 这实际上区分了法律思维的两种不同类型。这都启示我们：法律思维，是有着不同的类型和内在的区别的。根据葛洪义教授的提法，我们尝试将法律思维分为两种：对于法律（本身）的思维，即法律话语理论；根据法律的思维，即法律方法理论。显然，前者属于法学家思维的领域和思维的方式；后者则属于法律家思维的领域和思维的方式。

本书就是在前者的意义上对于法律本身所作的一个系统性的阐述工作。

总之，法律话语指向一个由各种构成要素所构成的意义世界，它是一种整体性的言说方式，它的特点并不在于其使用的词汇、概念，更主要地在于它的基本态度和理念，而这些东西并不容易在词汇的表面直接辨认出来。因而，这需要对法律话语的整体构造进行具体探究。

（二）法律话语研究的意义

法律话语研究是在什么意义上进行的呢？

如前所述，鉴于我国目前法学理论发展的现状，本书主要进行第一种意义的法律话语研究：把法律话语作为一个独立的、整体性的观念世界明确地描绘出来，并有选择地将它与其他诸种话语类型或思维方式进行若干必要的比较，从而使我们获得一个准确的法律话语概念，甚至可以使我们对法律话语有更为全面和深入的理解。^② 在此意义上，法律话语就是法律人

^① 葛洪义著：《法律与理性——法的现代性问题解读》，法律出版社2001年版，第33~34页。

^② 已有的一些相关著作如，李桂林、徐爱国著：《分析实证主义法学》，武汉大学出版社2000年版。陈景辉著：《法律的界限》，中国政法大学出版社2007年版。

所拥有的共同的认识架构，是法律人极力关注的法律意义世界，也是法律人在现代多元社会中从事着的内在的职业精神。

如果说，任何人都可以鹦鹉学舌地从嘴里说出一些法律词汇和法律概念，甚至也会运用一些法律语言；那么，能够体会到一种法律话语的整体性存在，并能够对此法律话语世界保持一种信念或者信仰，则此种境界只有专业的法律人才可以达到。卡多佐法官曾说：

“你们所获得的东西，不仅是一些纯粹有关原则、规则和先例的知识。……你们学到的更为重要的东西，是以法律方式思考问题的能力——对司法过程借以运行的方法和技术的理解力。事实上，它是一个令人着迷的过程，扑朔迷离，变幻莫测，它的外表千变万化、类别繁多，而且它对胸怀宽广、雄心勃勃的年轻人的心灵、意识和精神的吸引力，也是千差万别。一代又一代新人给他们自己带来新问题，新的问题呼唤着新的规则，需要按过去的规则把它们模式化，但又要适应彼时彼刻的社会需要和正义。你们的任务就是把这些规则表述得条理清晰”。^①

可见，所谓法律的精神和意义，只有经法律话语整体性的意义浸润和滋养，才能够保持永远新鲜的生命力。作为社会现实领域之一的法律，虽然在表面上表现为一些经常使用的语言形式和特定词汇，然而，这些语言外壳事实上构成为一种具有整体的精神世界、一个清晰的观念系统，从而也就是一个法律话语的世界。

那么，我们又如何区别第一种和第二种这两种不同意义上

^① [美] 卡多佐著：《法律的生长》，刘培峰、刘晓军译，贵州人民出版社2003年版，第155页。

的法律话语呢？本书相关地方也需要论及不同类型法律话语之间的差异，但本书的目标较为有限，重点在于强调法学作为一种思维方式的独立性和特殊性，因而对于法律话语不同类型之间差异的相关论述是次要的、弱化的；后一种意义上的法律话语对于当代中国的法学理论来说尚是一个更具有未来性和前瞻性的研究领域，还需要等待法律和法学实践的继续发展。因而，本书就主要地限于对第一种意义上的法律话语展开论述。皮亚杰对于认识曾提出过一个看法：

“在所有认识水平上，都存在着一个在不同程度上知道自己的能力（即使这些能力被归结为只是对客体的知觉）的主体；存在着对主体而言是作为客体而存在的客体（即使这些客体被归结为‘现象’）；而首先是存在着主体到客体、客体到主体之间起着中介作用的一些中介物（知觉或概念）。”^①

主体的认识与主体的实践是在相互促进中共同发展的，作为既体现主体的认识水平又介入主体的实践活动的法律话语，也是在发展之中的。然而，无论它处于何种水平，它的存在本身是无可置疑的。

可以说，法律话语，就是指法律人独特的意义世界，是存在于法律专业人士头脑中的生动的法律科学，是一种虽然在社会现实中经常与其他话语混同存在但却能够抽象为一个独立的、清晰的思维实体。当然，一般情况下并不必要将法律话语从日常话语和其他专业话语中清晰地分割出来，但作为一种科学的学科认识论，这种认识方法就有其必要性和特殊的科学价

^① [瑞士]皮亚杰著：《发生认识论原理》，王宪钊等译，商务印书馆1981年版，第21页。