



如法所是

社会—政治视阈中的法

申伟 著

中国社会科学出版社



如法所是

社会—政治视阈中的法

申伟 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

如法所是：社会—政治视阈中的法 / 申伟著. —北京：
中国社会科学出版社，2014.3
ISBN 978 - 7 - 5161 - 3962 - 2

I. ①如… II. ①申… III. ①法理学—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 035350 号



出 版	中国社会科学出版社
社 址	北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址	http://www.csspw.cn 中文域名:中国社科网 010 - 64070619
发 行 部	010 - 84083685
门 市 部	010 - 84029450
经 销	新华书店及其他书店

印刷装订	北京市兴怀印刷厂
版 次	2014 年 3 月第 1 版
印 次	2014 年 3 月第 1 次印刷

开 本	880 × 1230 1/32
印 张	7
插 页	2
字 数	150 千字
定 价	25.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社联系调换
电话：010 - 64009791
版权所有 侵权必究

本书系2012年度国家社科基金项目“中国司法的社会建设功能研究”（批准号：12CFX009）的阶段性研究成果。

何为中国现代的“法”？

——为《如法所是——社会—政治视阈中的法》序

蒋志如

“法”是法学学科的基本概念。对此，法学家众说纷纭，却不能定纷止争，而且不是不愿而是不能，因而他们只能根据自己的思考和理解对“法”作出自己的界定或解读。我的好友申伟，他即将出版的这本著作——《如法所是——社会—政治视阈中的法》，其深层的问题意识正是“法是什么”，其思考过程与思考结论则又一次丰富了我们对于“法”的理解与想象。不过，在我看来，该书对法景象的描绘或许还应该加上一个限制词。因此，如果换一个方式——根据笔者对此的“重构”——来表述贯穿本书各篇章的核心问题，即：中国现代的法是什么？

首先，作为“法”的背景来说。

法律与道德、宗教等一起作为治理社会的工具。在西方，虽然作为社会治理工具之一的法律自希腊、罗马以来均以权利为中心，并与理性相伴随，而且随着现代社会的

到来，这一权利、理性意识更浓厚，而中国自古不是，相反其常常以义务性规则形式出现。^① 因此，作为现代（中国）法并没有从传统里萌芽，而是移植自西方，而移植需要前提，即国人对被移植法律的理解和思考，而这一思考主要是通过书籍和法学教育的传播。翻译和引用的域外法学书籍的情况描绘了国人理解法律的背景性知识，而且在该背景下理解的法律又以法律教育的方式传递给了未来的法律人；如果学者们的引介和传播有倾向性，如果既有的法学教育有不顺畅或者扭曲的地方，则我们理解和思考的法律距离真正的现代法律可能更远，甚至还可能南辕北辙；这就是作者在第一、二篇文章中描绘的中国人所理解的现代法的一些背景性因素。

其次，作为组成现代“法”的因素。

作者以合同法为例分析了“何为法”的构成因素：

其一，普通民众对（合同）法的影响。虽然“法律的社会—政治功能——从合同法角度观察”之主旨不在于描绘合同自由、私法自治，但仍然从知识考古角度描绘了合同法的精髓在于合同自由、私法自治；进而言之，作者在该文仍然暗示当事人是法律规则（合同法作为私法、法律规则之一）的决定性因素之一。

其二，国家因素对（合同）法的作用。正如作者所言，“……合同无往不在枷锁之中……”，而这枷锁则来源

^① 中国的法起源于刑，刑与兵相联系（请参见杨鸿烈《中国法律思想史》，中国政法大学出版社2004年版），即中国传统社会的法常常以禁止性规范、义务性规范为中心。

于国家，特别是现代民族国家的干预，正如作者阐述的观点，现代民族国家通过法律、合同法实现对法的规制，更确切地说，国家通过法律、合同法实现对社会的治理，亦即国家是合同法的形成和发展的重要因素。

其三，司法的意义。在作者看来，不管是普通民众还是国家，其对法律规则之意义均需要作为国家之部分的司法保障其实现。申言之，虽然司法作为国家之组成部分，如果与行政、立法相比较而言，则更体现自己的独立意志，而且对当事人、社会的影响更直接，其对法律更具有决定性影响，虽然立法和行政机关可以制定法律规则约束法官，但法官可以通过一定的解释方法（正如作者列举的合目的解释、体系性解释等方法）体现和反映自己的意志。

再次，现代“法”或法治的难度与限度。

现代“法”或法治的限度表现在两个方面：其一，作者从哲学诠释学角度分析了（现代）法本身客观性和法官对法解释的客观性的虚幻性，即作为治理社会的重要工具的法律有不确定性特征，进而法治的实现有一定难度，更表现出其受到的限制。现代“法”这一特征不可避免，特别是在司法视野下的观察更是明显。其二，更是由于知识的欠缺，中国法学教育的扭曲，（中国现代）法的不确定性特征进一步突出并体现出“中国特色”，进而中国法治的限度更明显，而且其并没有体现在司法领域，而主要体现在政治领域，正如作者在“普法的社会—政治意蕴”中的分析，其体现了（中国现代）法中国特色之界定。

总而言之，在作者看来，中国现代“法”的内容不仅仅受制于国家和普通民众，更受制于中国人（特别是法学家）获得的域外法学知识，因为以权利为中心的现代法不是中国本土产生的，而是移植而来，已有的知识在某种程度上决定了对法的想象力——这的确是一种自政治和社会视阈而展开的对法的观察，非常契合该书的主题。

当然，这一观察（中国现代）法的基本框架和进路符合我所了解和熟悉的申伟：

申伟是我本科同学。1999年考入兰州大学法律系（现已为法学院）时我们是同宿舍室友，宿舍搬迁后为邻居。作为室友却交往不多，只知道是一位好学的同学，在作为邻居后逐渐熟络起来，经常一起到图书馆借书，一起在宿舍走廊上谈理想、品评天下，即使在寒冬腊月也不例外。最后，我们不仅成为最好的同学，更是思想上切磋的挚友。但现在想来：本科的我只读历史书、文学书，而专业课则基本上局限于教材而已；而申伟已很不一样，他阅读范围远远超出我当时的想象，什么尼采、福柯、波斯纳、滕尼斯、卢曼、斯特劳斯、费孝通、梁漱溟、苏力、梁治平、邓正来、刘小枫、甘阳、王铭铭等中外大家、学者均已被纳入其阅读范围^①。后来攻读诉

^① 当时我并不知道这些作者所属学科和派别，基本上没有听说过，也对之不感兴趣。从读书和思考的角度看，他的确比我先知先觉。有一件事让我现在想来都还有点汗颜：有一天看到申伟书桌上放着一本阅读了近一半的苏力的著作《送法下乡》。这家伙怎么读一本普法读物，而且我们还是法律专业出身？真不知当时脸上表现出鄙夷的神情没有；但不管有没有，在硕士阶段阅读了该书时，对当时的无知感到汗颜和难受（更确切地说，每阅读该书一次，这种感觉就涌上心头一次）！

讼法硕士期间，我阅读了大量相关著作，对上述人物的思想及其流派有所了解；现在想来，当年的神聊，我的认识和思考更多只是感慨而已，而他已是对所聊问题理性思考和深层品味。

2010年他到四川大学攻读法学博士学位（据我所知，其间他的攻读方向名为“中国司法理论与实务”，但他用力最深的实则是围绕司法理论与实务主题的法哲学、法社会学思考），我们又有机会在斗室之空间谈天说地，特别是对彼此关注的学术问题展开讨论。在讨论中，他展现了非常系统的政治学、社会学和哲学诠释学知识（根据笔者的了解，其实还包括人类学、宗教学等相关知识），令我不仅认识了一个比本科更深刻的申伟（不仅仅是知识，更是人格、思想的丰富和深刻），更为我自己知识结构的完善提供了一个很好的参考物^①。

当然，这更是作者撰写该书的知识 and 思想基础。

因此，该书是一本知识逐渐积累并经认真思考后的著作，可以说也丰富了中国学者对中国现代法的理解，值得认真对待。而且读者必须注意的是，这本书也仅仅是他对此等主题思考的一小部分，将来我们可以读到他更体系性的解读和分析（据笔者所知，他至少还有一本

^① 2010年笔者着手撰写博士学位论文《法律职业与法学教育之张力问题研究——以美国为参照物的思考》。其间，我遇到几次思考和写作困境。在他进入川大后，我们无数次一起边吃饭、逛书店边聊天，聊天时他所提供的系统性政治学、社会学知识令我获得了思考灵感和对某些观点进一步完善的意见。

对“中国司法”进行集中探讨的著作正在校订、付印中)，我们在此翘首以待！

是为序！

谨识于四川绵阳

2013 年 11 月 25 日

“法律”何为？（代自序）



早在初入“法门”之际，某日接到一个谈“法律是什么”的命题作业。不知当年自己是否曾滔滔不绝地就此言述过一二三与子丑寅？不过，可确知的是，习法日久，我却愈发认识到这是篇无法完成的作业。所以，此时此刻，重提“法律是什么”，决不是明知答案的设问，而只是笔者怯生生地向自己提问。

这也值得一问？“法律人”抛来不屑的眼光。

也是，翻翻国内大学通行的法理学教材，不管是“张版”、“沈版”还是其他什么版本，谁没清楚地告诉我们：

“法是由国家制定、认可并依靠国家强制力保证实施的，以权利义务为调整机制，以人的行为及行为关系为调整对象，反映特定物质生活条件所决定的统治阶级意志（在阶级对立社会）或人民（在社会主义社会）意志，以确认、保护和发展统治阶级（或人民）所期望的社会关系

和价值目标为目的的行为规范体系。”^①

认同上面的说法我们还会发现，如果置于我们这样的制定法背景下，法律就更好辨认了：包括全国人大及其常委会、地方人大及其常委会、国务院及各部委等有立法权的机构制定、颁布的名为“×××法”、“×××条例”、“×××规定”等正式的文本中所记载的规范就是法律最直观的表征，具体包括：宪法、法律、行政法规、地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件、特别行政区的法律、规章以及国际条约、国际惯例；此外，有法律解释权的机构就前述法律所作的解释，也是一类活跃的法律渊源——尤其是在司法实践中。

看起来，所谓的问题根本就不成其为问题——从正统的法学教科书到无数的法学文章，不是早就在前述正确的意见上达成了共识吗？

不。

如果我们暂时放下“正确答案”造成的负累，对非主流的意见保持一些宽容、对真实的生活保留一些关怀，将不难发现认清法律之“脸”是何等的困难。

首先，法律是白纸黑字的规则吗？

我们不能否认前述“×××法”、“×××条例”、“×××规定”是法律的存在形态之一，然而进一步的分析就难免犯难：它们都是以文字表述的规则集合（白纸黑字的规则），我们看到的是那些叫做“法律规范”的东西吗？

^① 类似定义，可参见张文显《法理学》（第2版），高等教育出版社2004年版；沈宗灵：《法理学》（第二版），高等教育出版社2004年版。

不是。我们看到的不过是表述规范的文字（串）罢了。文字（串）何以成了“法律规范”？显然离不了读者（立法者、法官、法学专业人士以及你、我等芸芸众生）对文字（串）的理解这一中介（详见本书“‘法律解释’补记”部分）。然而问题是，“文本一旦产生而作者就死了”^①、作者产生文本而读者产生意义，加之“有理解就会有不同”^②，当人们对以文字来表述“法律规范”的法律文本理解不一致时，该如何是好？

以文字原本的意思为准？然，文字原本的意思纵然有也不能自显于外，恰是读者的理解揭示了文字的意义。所以，以文字原本意思为准仍不过是以读者对文字的理解为准的变相说法。

以立法者的意思为准？可问题是，我们面对的法律文本总是产生于过去某一时刻的，那么作为标准的究竟是立法者制定法律之时的意思还是当下的意思？若采前者，我们莫非该去一一询问参与该法律制定过程的所有“代表”？更进一步的问题是，如果询问的结果显示出“代表们”意思也不同时，怎么办？若采后者，姑不论时间久远而当时的立法者早已西去、今人无法得知其意思的困难，仍然无法走出上一个困境。况且无论“标准时间”是立法当时还是眼下，我们都不得不问：果真如此，那究竟是“法治”

① [德] 伽达默尔：《真理与方法：哲学诠释学的基本特征》，洪汉鼎译，上海译文出版社2004年版，第383页。

② [德] 伽达默尔：《真理与方法》（第二卷），洪汉鼎译，上海译文出版社1999年版，“译者序”。

还是“立法者之治”？

以有“理解权”的人的理解为准，怎么样？当然，如果——仅仅只是如果——“理解权”可以正当地被特定机构、特定人垄断，那么我们面对的困难就是上述种种。况且，谁应该没有“理解权”呢？

以法学家们的理解为准？问题是：哪些法学家？凭什么（正当性何在）？

以法官的理解为准呢？就个案裁判这一法律显露“牙齿”的最重要环节看，是也只能是本案承审法官以其对法律的理解“置换”了原本的“白纸黑字”并最终形成了认定个案当事人权利义务的“法律根据”。当然，这一“置换”本身也不能当然地免于种种诘难，比如，司法与立法的界限何在？合议庭成员的内部争议如何处理？等等。然而，在制定法的适用上，我们是否还有更好的——不仅可以逃避前述种种诘难并且可操作的——选择呢？于是，当重温“……卑意所谓法律者，即此法庭实际上将会做出什么之预言也，而绝非什么矫饰浮夸之辞”，“职是之故，吾人研究之旨，乃在预测，即对公共权力经由法庭而作出何种反应之预测”^①这一经典命题时，我想个中或许也有几许世事看透的无奈吧。

其次，法律的背后必须有“国家强制力”的支撑吗？

在统一的民族国家背景下，制定法固然都有“国家强制力”的支撑，立法法确定的立法权限及相应的立法机

^① [美] 霍姆斯：《法律之道》，许章润译，载《环球法律评论》2001年（秋），第322—323页。

构、严密的执法部门体系以及专司法律适用之职的司法部门等即是明证。换言之，我们肯定制定法通常都具备这一“支撑”。然，习见的看法则更进一步认为：这一“支撑”的有无是并且应该是法律与其他规则的区分标志。无疑，以前述关于“法（法律）是什么的”正统界定出发，“支撑”是任何规则有资格叫做“法律”的必备的关键要素之一。但问题在于：第一，前述对法律的界定为什么是唯一正确的并因而足以确立区分法律与其他规则的正确标准？第二，为什么在众多的特征中唯以“支撑”而不以其他比如说规则的内容（权利义务）、规则的效力（有效的约束力）、规则体现的人民意志为重？毕竟，除却“支撑”外，就规则之内容、规则的效力、规则对人民意志的反映等各项特征看，某些“地方性知识”^①比如习惯法、乡规民约等地方性规则体系与那些有资格叫做“法律”的规则真本质（很抱歉，一个具有“本质主义”嫌疑的表达）的区别吗？^②尤其是，如果规则对域内民众的现实约束力、民众对规则的认同强度之于“法律”是如此重要的话。

由此可见，对法律背后之“国家强制力支撑”要素的强调，其理由不在于“法律”的本质如此，而应在近现代

① [美] 克利福德·吉尔兹：《地方性知识——阐释人类学论文集》，王海龙、张家宣译，中央编译出版社 2004 年版。

② [美] 埃德蒙斯·霍贝尔：《原始人的法：法律的动态比较研究》（修订译本），严存生译，法律出版社 2012 年版；高其才：《中国习惯法论》（修订版），中国法制出版社 2008 年版；费孝通：《乡土中国》，人民出版社 2008 年版；吴双全：《少数民族习惯法界定问题刍议》，载《青海社会科学》2009 年第 6 期。

以来制定法垄断合法化根据、“法律治理化”^①的背景中找寻。前述本质主义的理解进路，如果不是有意的遮蔽，便是错置了时空、迷失了方位。

若继续深究，我们还可以就“法律是什么”这一问题展开更多的讨论。当然，讨论的结果不会是得到一个“法律是什么”的确定答案，只能是继续发现围绕这一话题的种种疑难问题。

为什么“现有的种种对于‘法律’的定义不能概括法律的本质”，以至于“要建构一个法律的概念，是一项不可能完成的任务”^②？其根源，是“我们提出以及回答‘法律是什么’这个问题的方式可能存在一些缺陷”^③。

二

既然“法律是什么”如此难回答，那么，面对“法律是什么”这个问题，我们还能做些什么呢？在笔者看来，显然不应是继续尝试寻找一个关于“法律”的“更正确一些”的概念或定义。

但是，这并不意味着“法律是什么”这个问题不重

① 强世功：《权力的组织网络与法律的治理化——马锡五审判方式与中国法律的新传统》，载《北大法律评论》2000年第3卷第6辑；强世功：《法制与治理：国家转型中的法律》，中国政法大学出版社2003年版。

② [美]布赖恩·Z.塔玛纳哈：《一般法理学：以法律与社会的关系为视角》，郑海平译，中国政法大学出版社2012年版，第238页。

③ 同上。

要，也不意味着法理思考可以摆脱这个问题的纠缠。

是的，正是“法律是什么”这个迷人又烦人的问题，构成了本书深层的问题背景。在这个问题背景下，本书尝试的是将法律置于与社会、政治等其他诸社会系统的沟通、关联^①中，以求获得关于“法律”的更为丰富的认识和更为鲜活的感验。

在本书中，从与社会、政治等其他诸社会系统的沟通、关联中观察“法律”，既包括对用以言述“法律”的种种话语的观察，也包括对法律运作实践的观察。

所谓观察言述“法律是什么”的话语，主要是指对关于“法律”的知识的跨语际传播与流变现象的观察，具体包括：第一，近三十年中我国知识理论界如何引进、运用域外法学知识（《法学知识的引进与流变》）；第二，大学法科学堂如何将“法律”的知识与理念传播给法科学生（“法律教育：激励的扭曲及其隐忧”）。

所谓对法律运作实践的观察，核心是考察现代法治社会语境下法律及其运作过程的社会—政治意涵。一方面，鉴于法治社会中法律的实践几乎都以“法治”之名展开，故本书首先从诠释学的视角就“法治”进行了诠释，目的在于从一个侧面揭示“法治”得以延展的依赖因素。（“治的难度与限度——诠释学视野中的现代法治”）。另一方面，无论与社会—政治无涉的自主的“法律帝国”曾多么

① 关于法律与社会—政治之间的结构性联系，德国学者卢曼曾有经典的论证。参见〔德〕卢曼《社会的法律》，郑伊倩译，人民出版社2009年版，第九章、第十二章。