

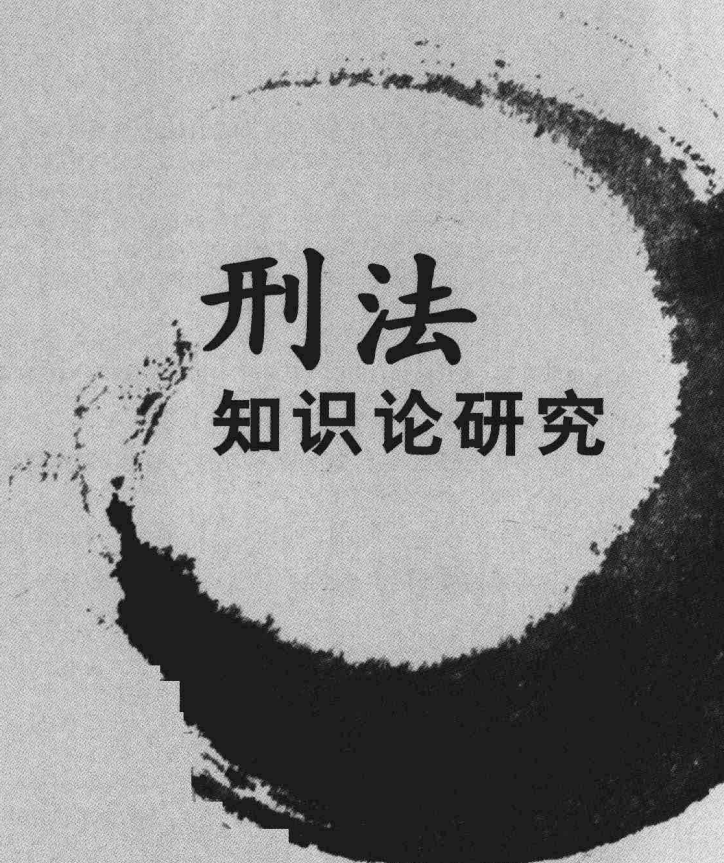
■ 陈兴良 主编

刑法

知识论研究

清华大学出版社

■ 陈兴良 主编



刑法

知识论研究

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书以知识论的视角重新审视了我国刑法学的发展历程和现状,并对我国刑法学的知识论体系以及刑事一体化思想等进行了整体性反思。同时,本书还重点分析了我国刑法知识生产机制中的若干环节及其所存在的问题,例如刑法教科书的知识选择、刑法学博士论文的选题范围、《法学研究》中所发表的刑法论文的类型分布、《刑事法评论》前20卷的知识生产、新中国成立以来刑事裁判文书的内容变迁等。

本书适合于大专院校和科研机构从事法学研究、学习的教师和学生,以及其他有兴趣的人士阅读。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

刑法知识论研究/陈兴良主编. —北京:清华大学出版社,2009.3
ISBN 978-7-302-19183-4

I. 刑… II. 陈… III. 刑法—法的理论—研究—中国 IV. D924.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第212580号

责任编辑:方一洁

责任校对:宋玉莲

责任印制:王秀菊

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:北京四季青印刷厂

装 订 者:北京市密云县京文制本装订厂

经 销:全国新华书店

开 本:155×230 印 张:28.5 插页:2 字 数:466千字

版 次:2009年3月第1版

印 次:2009年3月第1次印刷

印 数:1~3200

定 价:48.00元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:010-62770175 转3103 产品编号:028768-01

前 言

刑法知识形态是近年来我所关注的一个主题,尤其是在我国刑法知识面临转型的历史条件下,刑法知识形态的研究具有价值论与方法论的双重蕴涵。从价值论角度来说,刑法知识论的考察是一种批判性的、反思性的考察,它对现存的刑法知识进行系统梳理,揭示刑法知识生产的一般规律,对于刑法学理论的发展具有重大意义。从方法论角度来说,刑法知识论的考察所采取的实证性的、描述性的研究方法与叙述方法,对于丰富与拓展刑法学研究路径与范围,引入社会学的研究方法,同样具有重大意义。作为刑法知识形态研究的探路者,我在2000年撰写了“法学:作为一种知识形态的考察”一文,刊载在我所主编的《刑事法评论》第7卷(中国政法大学出版社2000年版)。在2006年,我又撰写了“转型与变革:刑法学的一种知识论考察”(载《华东政法学院学报》2006年第3期)一文。及至2007年,我结集出版了《刑法知识论》(中国人民大学出版社2007年版)一书,对这一课题的研究暂告一个段落。与此同时,我布置北京大学法学院2005级刑法学专业博士生共同对刑法知识形态进行研究。因为我的研究侧重于刑法知识形态的一般理论,而刑法知识形态的展开,涉及各种具体的刑法知识领域及规律的考察。这些论题涉及范围较为广泛,需要采取实证研究方法,工作量较大,非我个人能力所能完成。在刑法知识形态的具体考察方面,我布置了博士论文选题、刑法学年会及其内容、外国刑法学译著的传播、法学刊物(包括集刊)的刑法学知识生产、刑事裁判文书中的刑法知识运用等题目,对此进行刑法知识论考察。现在基本上完成了写作,只是刑法学年会与外国刑法学译著这两个题目未能完成,这是十分遗憾的。本书尽管是个体化的写作,但还是呈现出学术取向上的一致性。作为主编,我只是布置写作任务而已。这些题目都是各位撰稿人独立完成的,具有较高的学术水准与较深的思想水平,这也是令我欣慰的。

本书写作分工如下:陈兴良:第一章;宋建强:第二章;孙运梁:第

三章；王海涛：第四章；何庆仁：第五章；焦旭鹏：第六章；申柳华：第七章；邓子滨：第八章；蔡桂生：第九章；李瑞生：第十章。在上述作者中，只有焦旭鹏、邓子滨、蔡桂生不是2005级博士生，这里需要特别介绍。焦旭鹏是河南大学法学院教师，写作期间正好在北大法学院访学，因而参与了本书的写作，他已于今年考上了北大法学院刑法专业博士生（2008级）。焦旭鹏对我国刑法的苏俄化过程作了描述，并辅之以实证资料，其结论自在其中。邓子滨系北大法学院2000级刑法专业博士生，现为中国社会科学院法学研究所研究员，并且兼任《环球法律评论》的编辑。邓子滨对《法学研究》三十年所发表的刑法学论文所作的知识论考察，其线索梳理之清楚、评论之深刻，给人留下了深刻印象。论文的缩略版“《法学研究》三十年：刑法学”一文在《法学研究》2008年第1期发表以后，受到刑法学界的瞩目，收入本书的是未加删改的全版。蔡桂生系北京大学法学院2006级刑法专业硕士研究生，今年推免成为博士生（2008级），其对《刑事法评论》前20卷所作的梳理与分析也是十分到位的。最后应当指出，本书各章是在我的布置下，由各位作者独立撰写完成的。各章反映的是撰写者的观点，并不必然代表我的观点。尤其是各章对刑法知识形态的分析，涉及我的相关部分，为研究需要而予以保留，敬请读者留意。

《犯罪论体系研究》（2005年）、《刑法方法论研究》（2006年）和《刑法知识论研究》（2008年）是三本系列性的研究著作，集中展示了北京大学法学院刑法专业2003级、2004级、2005级博士生的学术状态。随着本书的出版，这一系列研究可告一个段落。本书在编辑过程中，何庆仁同学帮我催稿和联系出版事务，出力颇大。上述三本著作的出版，得到了清华大学出版社方洁女士的鼎力支持，再次深表谢意。

是为前言。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年5月30日

目 录

第一章 法学知识形态	1
一、法的形态：价值、规范与事实	1
二、法学的形态：法哲学、法理学与法社会学	11
三、以刑法学为视角的考察	20
四、余论	27
第二章 刑法知识形态的整合考察	29
一、锁定论题：含义界定	31
二、事实—规范—价值区分说的评述	37
三、若干回应：呼应与质疑	46
第三章 权力—学科规训下刑事法学科的考察	58
一、权力—学科规训下的知识生产	58
二、权力—学科规训下刑事法学科知识的产生	74
三、权力—学科规训下刑事法学科知识的分立、整合 及其路径	84
四、结语	105
第四章 知识形态视野下的刑事一体化	108
一、刑事一体化理念的考察及问题	108
二、刑法学与犯罪学在知识类型上的差异及影响	111
三、刑事一体化的中外语境	120
四、刑事一体化的现状和对相关学科发展的影响	128
五、刑事一体化前景的展望	132
第五章 刑法教科书中知识的去犯罪学化	135
一、问题及参照物的选定	135

二、犯罪概说部分	136
三、犯罪构成部分	145
四、犯罪形态部分	155
五、结语	163
第六章 苏俄刑法知识引进及其反思	165
一、苏俄刑法知识引进的过程	166
二、苏俄刑法知识引进的原因	178
三、苏俄刑法知识引进的反思	192
第七章 刑法学博士论文选题的知识论研究	208
一、研究样本的解说	210
二、论文选题事实学的描述与知识形态的分类	213
三、继续追问——刑法学博士论文选题研究后的思考	234
四、结语	240
第八章 《法学研究》30 年刑法学论文之研究	242
一、《法学研究》1978 年至 1987 年的刑法学	243
二、《法学研究》1988 年至 1997 年的刑法学	255
三、《法学研究》1998 年至 2007 年的刑法学	265
四、结语：体例、篇幅、敬意	276
第九章 《刑事法评论》前 20 卷之研究	278
一、缘起：集刊宗旨和话语进路	280
二、底蕴：现实社会关心和终极人文关怀	286
三、提升：若干学科建设主线	325
四、群体：刑事一体化学派	335
五、结语	356

第十章 刑事裁判文书刑法知识的考察·····	358
一、司法权是什么：1979 年刑法实施前的刑事裁判文书·····	359
二、援法而治：1979 年刑法实施后的刑事裁判文书·····	373
三、司法职业化：1997 年刑法实施后的刑事裁判文书·····	395
四、结语·····	448

第一章 法学知识形态

对于法理学向何处去这个问题的追问,可以从不同视角进行应答。^①笔者所感兴趣的是,法学作为一种知识形态,其存在的方式是什么。这个问题关涉法学作为一门学科的性质界定,^②它的解决能够在一定程度上指明法学研究的进路。本章将以反思的形式,尤其以刑法学为视角,对法学作为一种知识形态进行学理上的考察。

一、法的形态:价值、规范与事实

法学,是以法为研究对象的一门学科,这似乎是一种共识。如果我们进一步追问:法又是什么?换言之,法是一种价值,还是一种规范,抑或是一种事实?这个问题的解决关系到法学作为一门学科,在其知识形态上的层次区分,值得认真对待。

(一) 事实、价值、规范:伦理学的启示

自从休谟提出事实与价值的区分以来,这种二元的范式得以滥觞。休谟认为,“是”与“不是”是一种事实判断,而“应该”与“不应该”是一种价值判断,由此区分事物的规律与道德的规律:前者是实然律,后者是应然

① 法理学向何处去这个问题的提出表明对法理学现状的不满,因此这种应答意味着对法理学走向的期待。当下讨论的传统与现代、本土化与国际化等,都是一种应答方式。

② 关于知识形态及其学科的研究,随着知识社会学的兴起一再得以关注。古典知识社会学可以参见以下书籍:[法]迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,北京,商务印书馆,1995;[德]韦伯:《社会科学方法论》,杨富斌译,北京,华夏出版社,1999。后现代语境中的知识社会学可以参见以下书籍:[法]福柯:《知识考古学》,谢强、马月译,北京,三联书店,1998;[美]华勒斯坦等:《开放社会科学》,刘锋等译,北京,三联书店,1997;[美]华勒斯坦等:《学科·知识·权力》,刘健芝等译,北京,三联书店,1999;[美]利奥塔:《后现代知识》,北京,三联书店,1997。

律。从“是”与“不是”的关系中不能推论出“应该”与“不应该”的关系。在休谟看来,道德上的善恶性质表明的不是事物本身固有的本质属性,而是事物本性满足人的需要的肯定或否定的意义,是评价主体根据人类的一定利益的需要对行为和品质的一种价值认知,并在这种价值态势的支配下所流露出的一种情感。^①因此,道德上的善恶不同于以事物本身固有的本质属性为标准的科学上的真假。科学判断的联系词是“是”与“不是”,道德命题的联系词是“应该”或“不应该”。^②而“应该”与“不应该”的判断,归根到底有赖于一个确实可行的道德规范体系的建立。由此可见,休谟将伦理学归结为一种价值判断,又将价值判断落脚在伦理规范上。在伦理学上,休谟关于事实与价值的二元论即所谓的休谟法则产生了重大影响,被视为与牛顿在物理学中的发现即所谓的牛顿定理一样重要。

康德的道德哲学,尽管在理论构造上完全不同于休谟,^③但在方法论上却深深地打上了休谟的烙印。^④休谟这一区分事实与价值、“是”与“应当”的观点,为康德所接受,并且将事实科学的方法归结为建构性的,将道德学的法则归结为范导性的。康德并且还接受了休谟的这一观点,即不可能从“是”中推论出“应当”来,这后来成为康德论证道德法则的先天性的重要论据。事实科学与规范科学在对象、性质方面的不同,以及它们在共同的先验思维方式下所具有的区别,构成康德哲学方法论的根本

① 休谟主张一种情感主义的伦理学,认为道德必须来自情感,情感是道德的基础。情感之所以能够成为道德上善恶的源泉,就在于它能借着反对或赞成任何行为,来直接阻止或引生那种行为。休谟的情感主义首先是描述性的:道德判断是描述在某种情况下由某个行为性质所引起的道德情感。休谟的情感主义又是规范性的:通过对行为做出道德上善恶的判断,就是在命令做它或者避免做它。参见周辅成主编:《西方著名伦理学家评传》,361页以下,上海,上海人民出版社,1987。

② 参见[英]休谟:《人性论》(下册),吴文运译,509~510页,北京,商务印书馆,1980。

③ 休谟是经验主义伦理学的代表人物,将道德归结为一种情感,即所谓道德感。参见[英]休谟:《道德原理探究》,王淑芹译,4页以下,北京,中国社会科学出版社,1999。康德是理性主义伦理学的代表人物,将道德归结为一种先验的理性法则。参见[德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,15页以下,北京,商务印书馆,1991。

④ 从康德的道德哲学中,乃至从康德的整个哲学体系中,我们都可以看到休谟的二元范式的影响。例如,在本体论上,现象与物自体的二元区分。尤其是在道德哲学上,承袭了休谟的事实与价值的二元论。

问题。^① 在康德看来,自然法则与道德法则虽然同为法则,但相互之间存在着严格区别。自然法则是知性的法则,它是一切经验现象的先天条件,亦即规定存在的事物的普遍必然的客观规律。与此相反,道德法则是理性的法则,它是人之自由本性品格的表现,是规定应该存在的事物的定言命令。^② 由此可见,康德从理论上进一步厘清了作为事实之存在形态的自然法则与作为价值之存在形态的道德法则的本质区别。

如果说休谟和康德在事实与价值区分的基础上将伦理学归结为一种价值判断,从而将伦理学与事实科学加以区别,使伦理学的学科性质获得正确的界定,那么英国伦理学家摩尔提出的“自然主义谬误”的命题则进一步澄清了伦理学的学科内容。摩尔认为,怎样给“善”下定义是全部伦理学中最根本的问题。^③ 而恰恰在这个问题上,存在以下两种自然主义的谬误:一种是把善性质混同于某种自然物或某种具有善性质的东西,从“存在”(is)中求“应当”(ought),使“实然”(what it is)与“应然”(what ought to be)混为一谈。例如,休谟的情感主义伦理学从道德中推论出善恶的规范命令,混淆了“可欲的”(desirable)与“被欲的”(desired)。简单地把经验事实(“实际欲求的”)与伦理价值(“值得欲求的”)等同起来,结果混淆了手段善(工具价值)与目的善(内在价值)。另一种是把善性质混同于某种超自然、超感觉的实在(reality),从“应然”(ought to be)、“应当”(ought)中求“实在”(to be),进而把“应当”的愿望当作超然的实体。例如康德把善良意志当作实践哲学的源泉,把应该存在的东西和自由意志或纯粹意志所必须遵循的法则,即跟它可能采取的仅仅一种行为,视为同一。其结果是把这种道德法则变成了法律原则,即把“应当做的”变成了“必须做的”,甚至是“被命令去做的”。在此基础上,摩尔把全部伦理学问题分为三类:一是研究“什么是善”的伦理学本质问题,这就是元伦理学;二是研究哪些事物就其本身为善(即作为目的善)的伦理学理论问题;三是研究如何达到善的行为(即作为手段善)的伦理学实践问题。这样,摩尔就区分了元伦理学与规范伦理学。元伦理学研究道德的本原问题,即

① 参见陈嘉明:《建构与范导——康德哲学的方法论》,5页,北京,社会科学文献出版社,1992。

② 参见张志伟:《康德的道德世界观》,119页,北京,中国人民大学出版社,1995。

③ 参见[英]摩尔:《伦理学原理》,11页,北京,商务印书馆,1983。

什么是善,这是一个价值问题。规范伦理学研究道德的存在问题,这是一个规范问题。^①由此,可以进一步将价值与规范加以区分。

经过上述对伦理学史的考察,我们确立了伦理学中的事实与价值、价值与规范的二元论。法学与伦理学具有知识形态上的可比性,这是因为道德与法这两种社会现象具有相关性。因此,在法学中同样存在是作为一种价值的知识形态还是作为一种规范的知识形态,抑或是作为一种事实的知识形态的问题。

(二) 自然法、实在法与行动中的法: 法学史的回顾

在法学中,虽然没有像伦理学那样明确提出事实与价值的区分问题。但在法学的漫长发展历史中,始终存在着自然法学与实在法学两条演进线索。自然法与实在法的二元区分,对于法学研究同样具有方法论的意义。更为重要的是,法社会学提出的行动中的法的命题,进一步突破了理念的法与规范的法的二元格局,从而形成三足鼎立的局面。

在法学史上历来存在自然法的传统,自然法的思想起源于古希腊斯多葛学派。斯多葛学派把自然的概念置于他们哲学体系的核心位置。所谓自然,是指支配性原则(ruling principle),它遍及整个宇宙,并被他们按泛神论的方式视之为神。这种支配性原则在本质上具有一种理性的品格。同时,自然法就是理性法(law of reason)。^②如果说在古希腊自然法思想更大程度上是一种哲学理论,那么在古罗马自然法思想开始导入法学领域,并且出现了自然法与实在法的二元论。在罗马法中,存在市民法与万民法的区分。盖尤斯指出:所有受法律和习俗调整的民众共同体都一方面使用自己的法,一方面使用一切人所共有的法。每个共同体为自

① 是否存在一种不含规范的伦理学,这仍然是一个讨论中的问题。我国学者赵汀阳提出一种不含规范的伦理学的命题,对于这种不含规范的道德是否可能的讨论,参见赵汀阳、贺照田主编:《学术思想评论》(第一辑),52页以下,沈阳,辽宁大学出版社,1997。赵汀阳指出,伦理学问题通常被认为要么是一个“ought to be”的问题,要么是一个“to be”的问题。凭什么要局限于这两种选择呢? To be 和 ought to be 这种断裂性的区分实际上离间了生活事实。因此,赵汀阳认为伦理学以生活的根本问题为主题,并提出了“可能生活”的命题。参见赵汀阳:《论可能生活》,20页以下,北京,三联书店,1994。

② 参见[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,13页,北京,中国政法大学出版社,1999。

己制定的法是它们自己的法,并且称为市民法,即市民自己的法。根据自然原因在一切人当中制定的法为万民法,就像是一切民族所使用的法。因而罗马人民一方面使用它自己的法,一方面使用一切人所共有的法。^①在此,盖尤斯未专门列出自然法,而是把万民法等同于自然法。^②但在查士丁尼编著的法学教科书中,自然法是有别于市民法与万民法的,指自然界教给一切动物的法律。因为这种法律不是人类所特有的,而是一切动物都具有的,不问是天空、地上或海里的动物。^③在古罗马法中,自然法与实在法的二元观念已经形成,但两者的紧张关系并未凸现。致力于解决实际问题的罗马法学家只对实在法(市民法与万民法)感兴趣,自然法只是一个哲学辞藻而已。

乃至近代古典自然法的兴起,作为一种实在法的批判力量,自然法与实在法的对立性更被关注。美国学者博登海默将古典自然法哲学的发展分为三个时期。^④第一阶段是文艺复兴和宗教改革以后发生的从中世纪神学和封建主义中求解放的过程。格老秀斯、霍布斯、斯宾诺莎等是这个时期古典自然法哲学的代表人物,这些学者的理论有一个共通点,就是他们都认为自然法得以实施的最终保障应当主要从统治者的智慧和自律中去发现。第二阶段约始于1649年英国的清教改革。该阶段以经济中的自由资本主义、政治及哲学中的自由主义为其标志;而洛克和孟德斯鸠的观点则是这一时期的代表性观点。他们都试图用一种权力分立的方法来保护个人的天赋权利,并反对政府对这些权利的不正当侵犯。第三阶段的标志乃是人民主权和民主的坚决信奉。自然法因此取决于人民的“公意”和多数的决定。这一阶段最杰出的代表人物是法国政治思想家卢梭。在上述三个阶段中,第二阶段是古典自然法的典型形态,其中孟德斯鸠的

① 参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,2页,北京,中国政法大学出版社,1996。

② 英国学者梅因认为,所谓“自然法”(Jus Naturale)只是从一个特别理论的角度来看的“万民法”或“国际法”。在梅因看来,万民法与自然法之间确切的接触之点是“衡平”(Equitas)。参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,30~31、33页,北京,商务印书馆,1959。

③ 参见[罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,6页,北京,商务印书馆,1989。

④ 参见[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,41页以下,北京,中国政法大学出版社,1999。

自然法思想又最具有代表性。孟德斯鸠指出：从最广泛的意义来说，法是由事物的性质产生出来的必然关系。法是根本理性和各种存在物之间的关系，同时也是存在物彼此之间的关系。孟德斯鸠认为自然法单纯渊源于我们生命的本质，是在所有规律之先存在着的。^① 因此，在孟德斯鸠看来，法，首先是一种自然法，它与法律是不同的。孟德斯鸠明确地宣称，我讨论的不是法律，而是法的精神，而且这个精神存在于法律和各种事物所可能有的种种关系之中，所以我应尽量遵循这些关系和这些事物的秩序，而少遵循法律的自然秩序。^② 这里的法与法律的区分，实际上就是自然法与实在法的区分。而孟德斯鸠所谓法的精神，就是自然法的思想，它高于法律，并且可以成为考察各种法律优劣的基本原则。笔者认为，孟德斯鸠关于法与法律区分的思想是极为重要的。^③ 由此形成的二元范式具有伦理学上的价值与规范相区分的二元范式同等的方法论意义。

在德国古典哲学中，自然法思想以更为哲理的形式表述出来。康德将法理学称为权利的科学，将伦理学称为道德的科学，认为其间的区别并不太着重于它们的不同义务，而更多的是它们的立法不同。^④ 在康德看来，伦理的立法是那些不可能是外在的立法，法律的立法也可能是外在的立法。这里的外在与动机有关，伦理立法之所以不可能是外在的立法，是因为伦理设定的义务同时又是动机。而法律立法之所以可能是外在的立法，是因为法律设定的义务不包括动机。因此，康德认为，道德是内在的、主观的；而法是外在的、客观的。在区分了道德与法的基础上，康德进一步区分自然法与实在法，指出：那些使外在立法成为可能的强制性法律，通常称为外在的法律。那些外在的法律即使没有外在立法，如果其强制

① 参见[法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，1、4页，北京，商务印书馆，1961。

② 参见[法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，7页，北京，商务印书馆，1961。

③ 我国法学理论往往把法分为广义上的法与狭义上的法，广义上的法包括法和法律，而狭义上的法指法律，因而不太注重法与法律在性质上的区分。对此，我国学者谢晖进行了深刻的批评，指出：中外法学思想史的演进表明：法不同于法律。法是事物的本质的规定性，法律应当是对法的不断地适应，是人类对事物本质的规定性的回应；法是法律价值的全部宗旨，舍此，法律便无价值；法律对法的回应程度越高，法律价值也越高，反之，则越低；人类的有组织的进化史，就是法律对法的不断适应史。参见谢晖：《法律信仰的理念与基础》，481页，济南，山东人民出版社，1997。

④ 参见[德]康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，21页，北京，商务印书馆，1991。

性可以为先验理性所认识的话,那么都可以称之为自然法。此外,那些法律,若无真正的外在立法则无强制性时,就叫做实在法。^①由此可见,康德将自然法的内容理解为一种先验理性。而实在法,作为一种实践法则,只不过是这种先验理性的外在显现而已。黑格尔从其思辨哲学出发,建构了法哲学体系,这一体系是以法的理念为研究对象的。黑格尔同样区分了自然法与实在法,实在法是法的体系,它具有实定性。^②而自然法是法的理念,即法的概念及其现实化。化为理念的法,是自然存在的精神和它通过人的意志所体现出来的精神世界之间的统一。在黑格尔看来,自然法是法的实体和规定性,其内容是意志自由;而实在法是法的体系,其内容是实现了的自由的王国,是从精神自身产生出来的、作为第二天性的那精神的世界。^③因此,自然法是主观精神,是第一性的,实在法是客观精神,是第二性的,它来自于前者。实在法学是关于实在法的知识,即实在法学的指导原理;而自然法学,即黑格尔所谓的法哲学,是关于法的理性的一般原理。

在法学史上一脉相承的自然法思想传统,对法学产生了重大影响,并形成与实在法学相区分的法学知识形态。如果说在实证主义法学产生之前,在法学中自然法学与实在法学尚相安无事,^④那么实证主义法学的出现则打破了这种平静的态势,它咄咄逼人地欲将法学统一于实在法学,将自然法学从法学领域中驱逐出去。法律实证主义反对形而上学的思辨方式和寻求终极原理的作法,反对法理学家试图辨识和阐释超越现行法律制度之经验现实的法律观的任何企图。法律实证主义试图将价值考虑排除在法理学科学研究的范围之外,并把法理学的任务限定在分析和剖析

① 参见[德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,27页,北京,商务印书馆,1991。

② 黑格尔认为,实在法的实在性表现在以下两个方面:从形式上说,它必须采取在某个国家有效的形式。从内容上说,实在法具有以下三个实定要素:(1)民族性;(2)适用上的必然性;(3)实际裁判所需要的各种最后规定。参见[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬等译,15页,北京,商务印书馆,1961。

③ 参见[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬等译,10页,北京,商务印书馆,1961。

④ 关注自然法的往往是思想家和哲学家,因而自然法思想需要从哲学体系中去寻找。在这个意义上,自然法学更大程度上是法哲学。而关注实在法的往往是法学家,他们并不十分关心法的哲理。因而,实在法学更大程度上是法理学。

实在法律制度的范围之内。法律实证主义者认为,只有实在法才是法律,而所谓实在法,就是国家确立的法律规范。^① 法律实证主义在奥斯丁分析法理学,尤其是凯尔森的纯粹法学中表现得淋漓尽致。凯尔森明确地将法界定为人的行为的一种秩序(order)。一种“秩序”是许多规则的一个体系(system)。由此,凯尔森将自然法排除在法的概念之外。凯尔森认为,自然法学说的实质就是假定某类最终目的,因而人类行为的某类固定规则,来自事物的本性或人的本性,来自人的理性或上帝的意志。凯尔森对自然法学作了以下批评:在众多自然法学说中,迄今还没有一个能以较正确与客观的方式来成功地界定正义秩序的内容,能像自然科学决定自然律的内容、法律科学决定实在法律秩序的内容一样。迄今为止,被认为是自然法的,或者说等于正义的事物,大都是一些空洞的公式,例如 *suum cuique*(各人应得的归于各人)或者是一些没有意义的同义反复,例如绝对命令(categorical imperative)即康德的公式。^② 凯尔森的批评不能说没有一定道理,但如果把法理学完全局限在对法律规范的考察上,这种法律规范的价值内容又由谁来关心呢? 如此的纯粹法学,失落了法理学的人文关怀,沦落为一种纯技术的分析,难怪被指责为一种工具主义法学。

在自然法学与实在法学的交锋中,异军突起的是法社会学。^③ 法社会学引入社会学的研究方法,关注点从法的价值与规范转移到行动中的法,即活法。如果说凯尔森的纯粹法学也注意到了法律效力与法律实效之间的差别,^④但更关心的是法律效力,那么法社会学则将法律实效纳入法学的研究视野,从而将其与法律实证主义加以区别。例如德国学者韦

① 参见[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,116页,北京,中国政法大学出版社,1999。

② 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,9~10页,北京,中国大百科全书出版社,1996。

③ 法社会学(sociology of law)这一法哲学思潮包含了各种不同的法学流派,例如欧洲大陆的自由法学、利益法学、活法论;美国的社会学法学、现实主义法学等。

④ 凯尔森认为:效力(validity)是法律规范的特征,表明它对人的约束力。而实效(efficacy)是法律规范的效力在其条件具备时实际上是否实现。法理学讨论的不是法律的实效,而是法律的效力问题。参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,31页,北京,中国大百科全书出版社,1996。

伯在论及法律的社会学概念时指出：在说到法律、法律秩序或法律命题时，我们必须注意法学与社会学的不同看法。前者设问：什么是法律内在具有的效力？即在具有法律命题形式的动词形式中，应该以正确的逻辑赋予它什么意义；或者说，什么规范意义？但从后者的观点来看，我们设定：在充满许多人参与共同体活动的可能性这一共同体里，实际上发生了什么，尤其是那些对社会行动行使社会性权力的人，主观上如何考虑某些有效力的规范以及怎样根据规范实际行动的。换言之，怎样使自己的行为符合规范？^① 根据韦伯的观点，作为规范的法律说明的是社会行为“应当”如何；而法社会学关注的是在现实生活中，社会行为“是”什么。因此，法社会学穿越法律规范的屏蔽，直指社会行为。这种社会行为可能是合法行为也可能是违法行为，可能是立法行为也可能是司法行为。总之，法不再是单纯的规范，而是社会事实。在法社会学中，更有学者完全摆脱了法的规范概念，信奉所谓的活法(living law)。例如埃利希的活法论将活法界定为非国家制定的法，它不具有法律命题的形式，因而不同于那些由法院和其他审理机构强制实施的法，而是支配生活本身的法。^② 应当说，法社会学使法的概念多元化，从而拓展了法学的理论视界。

自然法学、实在法学与社会法学分别从不同的视角界定法，展开其法的理论体系。那么，这些法学流派是互不相容的吗？博登海默提出的综合法理学，试图加以统一。博登海默指出：法律是一个带有许多大厅、房间、凹角、拐角的大厦，在同一时间里想用一盏探照灯照亮每一间房间、凹角和拐角是极为困难的，尤其当技术知识和经验受到局限的情况下，照明系统不适当或至少不完备时，情形就更是如此了。我们似乎可以更为恰当地指出，这些学说最为重要的意义乃在于它们组成了整个法理学大厦的极为珍贵的建筑之石，尽管这些理论中的每一种理论只具有部分和有限的真理。随着我们知识范围的扩大，我们必须建构一种能够充分利用人们过去所做的一切知识贡献的综合法理学(synthetic jurisprudence)。^③

① 参见[德]韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，13页，北京，中国大百科全书出版社，1998。

② 参见张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社1993年版，第229页。这种所谓支配生活的法，在外在特征上与自然法相似，但自然法的内容具有理性与应然性，而活法的内容具有经验性与实然性。正是在这一点上，活法之法区别于自然法。

③ 参见[美]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，198页，北京，中国政法大学出版社，1999。