



高等学校法学系列教材

法理学专论

徐永康 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法理学专论

LAW

主 编 徐永康

副主编 苏晓宏

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

徐永康 李桂林 顾亚潞

苏晓宏



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法理学专论/徐永康主编. —北京:北京大学出版社,2008.8
(高等学校法学系列教材)

ISBN 978-7-301-14012-3

I. 法… II. 徐… III. 法理学-研究生-教材 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 097807 号

书 名: 法理学专论

著作责任者: 徐永康 主编

责任编辑: 朱梅全 丁传斌 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-14012-3/D·2087

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 20 印张 381 千字

2008 年 8 月第 1 版 2008 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

目 录

绪 论	(1)
第一章 法律本体论	(9)
第一节 法律的定义	(9)
第二节 法的本质	(16)
第三节 法律的基本特征	(28)
第二章 法律价值论	(35)
第一节 法律价值的概念	(35)
第二节 法律的正义价值	(44)
第三节 法律的秩序价值	(50)
第四节 法律的效率价值	(55)
第三章 法律效力论	(61)
第一节 法律效力的概念	(61)
第二节 法律效力的理由	(67)
第三节 法律位阶	(72)
第四章 法律要素论	(79)
第一节 法律要素概述	(79)
第二节 法律原则	(86)
第三节 法律规则	(93)
第四节 法律概念	(100)
第五章 法律行为论	(110)
第一节 法律行为概述	(110)
第二节 法律行为的结构	(115)
第三节 法律行为的分类	(117)
第四节 合法行为	(119)
第五节 违法行为	(123)
第六章 法律内容论	(132)
第一节 法律内容概述	(132)
第二节 权利和义务分类	(137)

第三节	权利和义务的关系及意义	(140)
第四节	权力	(143)
第五节	权利本位和义务本位	(148)
第七章	法律语言论	(153)
第一节	法律与语言	(153)
第二节	法律与文学	(159)
第八章	法律推理论	(167)
第一节	法律推理概述	(167)
第二节	法律推理的种类	(174)
第三节	法律推理学说	(183)
第九章	法律解释论	(190)
第一节	法律解释概述	(190)
第二节	法律解释的主体	(196)
第三节	法律解释的对象	(199)
第四节	法律解释的范围	(201)
第五节	法律解释的原则和目标	(205)
第六节	法律解释的方法	(210)
第七节	我国的法律解释体制评述	(217)
第十章	法律注释论	(222)
第一节	法律注释概述	(222)
第二节	法律注释的范围与对象	(228)
第三节	法律注释的技术规则	(231)
第十一章	法律续造论	(237)
第一节	法律续造概述	(237)
第二节	法律漏洞及其补充	(238)
第三节	利益衡量	(250)
第四节	不确定概念的价值补充	(252)
第十二章	法律的历史演化论	(256)
第一节	法的起源	(256)
第二节	法的历史类型和法系	(264)
第十三章	法律的现代转型论	(278)
第一节	法律的现代转型概述	(278)
第二节	法律的现代转型的目标、模式和道路	(283)

第三节	法律的现代转型中之法律全球化问题	(287)
第四节	法律的现代转型之人权法问题	(294)
第五节	法的现代转型中的其他重要问题	(301)
后 记		(314)

绪 论

一、法理学学科名称的演变

法理学是关于法和法律现象及其发展规律的一门理论法学学科,它是将古今中外各种类型与形式的法律及有关的法律现象进行哲学的、经验的和综合的研究,从中抽象或概括出法的一般概念、共同原理、基本范畴、主要功能、价值取向、内在结构、外部联系和普遍规律等,由此形成最高层次的法学理论形态。因此,它在整个法学学科中占有重要位置。

在旧中国,与此相关的学科叫做“法学通论”或“法理学”。当时的“法学通论”主要介绍西方法学家关于法的一般理论问题的观点,同时还简单地论述宪法、民法、刑法和诉讼法的基本内容,而“法理学”则主要介绍一些西方法学流派尤其是社会法学派的学说。我国现代最早的“法理学”名称和内容直接来自日本法学家穗积陈重等人的研究成果,而我国最早在法学论著中使用“法理学”名称的则是梁启超,他在分别写于1902年和1904年的《法理学大家孟德斯鸠之学说》和《中国法理学发达史论》的文章中都使用了这一名称。其后又有几本法理学著作问世,我国早期马克思主义法学家李达所著《法理学大纲》是这一时期该学科具有代表性的著作。

从20世纪50年代开始,我国法学界仿照斯大林时期形成的苏联理论模式,将国家和法两个现象结合起来研究,把这一学科称做“国家和法的理论”,有时候也称做“国家和法权理论”或“国家和法律理论”,使这一学科带有强烈的意识形态色彩。从内容上看,它们都既研究法的一般理论,也研究国家的一般理论,而且主要是研究国家的一般理论。这种状况一直持续到“文化大革命”结束后的几年里,其原因在于当时人们还未充分认识到在社会主义国家加强法制建设的重要性,仍然是单纯地把法律看成是维护国家权威、实现国家职能的工具。

随着认识的转变,在中共十一届三中全会前后,我国法学界展开了对法学研究对象问题的讨论。在讨论中,绝大多数人认为:法律是由国家制定或认可的,并由国家强制力保证实施的,因此,研究法律现象固然要联系国家制度进行考察,而不能孤立地进行,但联系考察的因素哪怕是最直接联系的内容,也并非就是研究对象本身,所以,国家制度并不适宜列为法学的研究对象。“国家和法的理论”这一门学科从名称到体系和内容都应该改变。随后,一些高校编写出版了名为《法学基础理论》的教材,“法学基础理论”作为学科名称,也逐渐得到了

法学界的认同。在改变名称的同时,该学科的体系和内容也发生了很大变化,这突出表现在关于国家的一般理论问题的论述从该学科中消失了。至此,该学科实现了与政治学的脱离,而成为一门独立的法学学科。应该说,这是新中国法学研究取得的显著成就之一。这一成就的取得主要是由两个客观条件促成的:一是党中央做出了加强社会主义民主和法制建设的重大决策,为加强法学基础理论研究提供了必要性和可能性;二是我国社会科学领域中恢复了政治学的地位,从而明确了国家问题主要属于政治学的研究范围。

使用“法学基础理论”这一名称大体上是可行的,但这一名称也有一些缺陷。首先,与我们对法学各分支学科的习惯称谓如宪法学、民法学等相比,这一名称过于冗长。因此,在实际使用时,不少人已经习惯性地把它简称为“法理学”或“法理”。其次,这一名称容易引起人们对该学科性质的误解。不熟悉法学的人往往会以为“法学基础理论”是介绍法律的基本常识的,容易将其与“法学概论”这门课程相混淆。再次,这一名称与各国法学界所使用的通用名称也不一致,继续使用这一名称不利于我国法理学界和外国法理学界的交流和对话。基于以上考虑,近年内,我国出版的这方面的教材和专著大多采用了“法理学”这一称谓。

而在西方国家,这一学科通常被称为“法哲学”或“法理学”。在英语中,其对应的词分别为“Legal Philosophy”和“Jurisprudence”。特别是“Jurisprudence”一词,现在通常都是和中文的“法理学”互译的。

二、法理学的发展历史

产生法理学的前提是有了法学。从法学的出现看,当人类社会开始出现法律现象时就有了法律思想的萌芽,但这并不意味着法学是和法同时产生的。法学作为一门独立的学科是法发展到一定阶段的产物。根据一般的看法,我国大约在春秋战国时期已经形成了比较系统的有关法律的学说,而西方社会则至迟在罗马帝国时期已产生了法学。

随着法学的形成,法理学也在悄悄地萌芽。因为在法学产生的同时,甚至在法学产生之前,就出现了从总体上观察法律现象的法律思想。西方的法理学思想最早可以追溯到古希腊和古罗马的法律思想,如古希腊曾经孕育出苏格拉底、柏拉图和亚里士多德等著名的法律思想家,他们有关伦理、正义、法治等学说成了后世许多法律思想和理论的渊源。在古罗马出现了有关法与法律适用的实用性知识,一些思想家还在古希腊自然法理论的基础上进一步发展了国家和法律的学说。中国先秦思想家也有许多关于法的概念和作用的论断,对此后两千多年法律的发展产生了重要影响。不过,上述这些思想在当时主要还是掺和在哲学、政治学和整个法学之中,并没有形成一门系统而独立的法学学科。

作为一门独立的法学学科的法理学,是人类社会发展到近代的产物。近代以来,先后产生了两种不同类型的法理学,即资产阶级法理学和马克思主义法理学,它们的产生是法学自身的发展需要和社会革命的需要共同促成的。当法学发展到一定的程度,原先作为一个整体的法学必然要分化出多门、多级的法学学科。在近代社会,生产力和科学技术的突飞猛进,引起社会面貌和社会结构发生巨大的变化,社会生产和社会生活日益复杂化,用以调整社会关系、管理社会的法律自然迅速向前发展,其突出表现就是法律开始分化为若干个相对独立的法律部门。随着法律分化为各个具体的法律部门,法学也分化为各个具体的部门法学,而完整的法律体系的形成客观上又要求各部门法学相互协调,构成统一的法学体系。这样,就需要有法理学这种基础性、指导性的法学理论学科来对各具体法学学科加以指导,贯穿于各个法学学科。同时,法理学又是适应社会革命的需要而产生的,在 17—18 世纪,适应西方资产阶级革命的需要,资产阶级法理学应运而生;在 19 世纪中叶,适应世界无产阶级革命的需要,马克思主义法理学应运而生。

资产阶级法理学的产生有其特定的历史背景。在西欧封建社会中后期商品经济关系发展的过程中,出现了一个作为后来资产阶级前身的独立的市民阶层,它迫切需要获得自由权和平等权。在其发展壮大并以一个新兴阶级的面貌登上历史舞台之后,它发动了资产阶级革命,并在意识形态领域把矛头直指原来一统天下的神学世界观。当时,资产阶级思想家所能找到的思想武器,一是古希腊人创造的自然理性法思想,二是欧洲文艺复兴运动中产生的人文主义思想,它们都蕴含着自由、平等的思想素材。于是,资产阶级思想家就用人文主义思想“嫁接”自然理性法观念,创造出古典自然法学,它标志着资产阶级法理学的产生。而把法理学作为体系性的一般理论法学予以确立的,是英国分析实证主义法学的代表人物约翰·奥斯丁(John Austin, 1790—1859)。在《法理学的范围》一书中,他这样表示:“法理学的对象,是实际存在的由人制定的法,亦即我们径直而且严格地使用‘法’一词所指称的规则,或者,是政治优势者对政治劣势者制定的法。”^①界定法理学的范围,就是区别实际存在的由人制定的法和其他各种各样的社会现象的关系。必须将“应当存在的法”从法理学的范围剔除出去,而只研究实际存在的法律。只有这样,法律科学的存在才能有稳固的根基,也只有这样,人们才能实证地、客观地、中立地观察社会中的法律现象。

西方法理学的发展往往是和不同的法学流派的兴衰联系在一起的。在每一特定的历史时期,总有某一个或某几个法理学流派占据着主导地位,透过这些流派的兴衰过程,我们可以发现西方法理学的发展轨迹。

^① [英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社 2002 年版,第 13 页。

大致而言,西方法理学的发展经历了以下阶段:(1) 17—18 世纪资产阶级革命时期,占主导地位的是古典自然法学派。该学派的代表人物早期有荷兰的格劳秀斯和英国的霍布斯,之后有荷兰的斯宾诺莎、英国的洛克和德国的普芬道夫,再后在法国有孟德斯鸠和卢梭,而在美国则有杰斐逊、潘恩和汉密尔顿等。古典自然法学派顺应了处于上升期的资产阶级发展商品经济和夺取国家政权的需要,成为资产阶级反对封建主义、神学世界观的强大思想武器,同时也为资本主义国家初期的民主和法制建设提供了理论指导。(2) 19 世纪自由资本主义时期,占主导地位的是功利主义法学派和分析主义法学派。进入 19 世纪后,激进的自然法学思想开始不再适应资本主义的需要,取而代之的是以英国的边沁为代表的功利主义法学和以英国的奥斯丁为代表的分析主义法学,它们都把批判的矛头指向古典自然法学派,否定自然法,只承认实在法。(3) 19 世纪末 20 世纪初至第二次世界大战时期,占主导地位的是社会法学派。社会法学派注重运用社会学的观点和方法研究法律,注重研究法律与其他社会因素的相互作用,特别是法律在社会生活中的作用、法律的社会目的和社会效果,认为法律必须适应社会的需要,并根据满足这种需要的程度判断法律的好坏。在社会法学派的各个支派中,以美国著名法理学教授庞德为代表的实用主义法学的理论成就最高,其法律思想的核心内容是主张把法律作为社会控制的工具,通过法律实现社会控制。(4) 第二次世界大战以来,占主导地位的是社会法学派、新分析法学派和新自然法学派。这三大法学流派呈现出三足鼎立的局面,各自从不同角度适应了当代西方社会的发展需要,于是得以共存。

马克思主义法理学是马克思和恩格斯在领导和参加无产阶级革命斗争的过程中创造的。19 世纪 40 年代以后,马克思和恩格斯奠定了马克思主义法理学的理论和方法论基础。1845—1846 年,他们共同撰写了《德意志意识形态》一书。在该书中,他们对黑格尔的唯心主义法哲学思想进行了彻底清算,第一次完整系统地论述了自己的历史唯物主义法学思想,深刻揭露了资产阶级法律的虚伪性和不合理性,科学地回答了法的本质、法的价值、法的历史发展过程等有关法的基本理论问题。他们指出:法是统治阶级以国家的形式组织自己力量的一种重要手段,它是以国家意志表现出来的统治阶级意志,而统治阶级意志的内容则是由统治阶级的物质生活条件所决定的。随后他们在《共产党宣言》、《哥达纲领批判》、《家庭、私有制和国家的起源》、《反杜林论》和《法学家的社会主义》等著作中,又进一步丰富和发展了他们的法律思想。马克思和恩格斯虽然不是职业的法学家,也很少有纯粹的法学著作,但他们对新法学的创立所作的贡献却是极其巨大的。

三、我国法理学的研究状况

新中国成立后,由于长期使用苏联的法学教科书,受苏联法学理论影响很大,我国法理学的发展并不快。在经过了一个时期断断续续的探索后,我国的法理学研究在1978年“文革”彻底结束、中国社会进入了以经济建设为中心和改革开放的历史时期以后也开始走上了正常发展的道路。根据一些学者的研究,进入新时期以来,我国法理学的发展又可以分为三个阶段:一是从1978年到1991年第一次思想解放高潮的拨乱反正阶段,这一阶段主要是以教材形式体现出来的对法学理论和法制建设基本问题、基础问题的研究。二是从1992年到2000年第二次思想解放高潮的理论变革阶段。这一阶段法学家们围绕建立和发展社会主义市场经济体制、建设社会主义法治国家的时代主题,从法理学自身的变革和创新,法制观念和法律精神的转换,适应市场经济的法律体系的构建和法律制度创新,到依法治国、建设社会主义法治国家的理论与实践,都作了深入细致的研究与论证。三是从2001年至今第三次思想解放高潮的全面创新阶段,在这一阶段法理学研究的深度和广度都有很大拓宽,理论的创新程度也有很大提高。^①

纵观近年来我国的法理学研究,已在众多的领域取得了明显的成果。随着建立社会主义市场经济体制和加强社会主义民主政治建设的大政方针的确立,现实社会实践给法学理论提出了许多具有重大实践意义和理论价值的新课题,学者们以强烈的社会责任感和参与热情,投身于这些课题的研究,提出了一系列既有理论含量又具有实践操作意义的观点、主张和理论,为国家的立法、执法和司法活动提供了坚实的理论基础。研究者的视野进一步扩大,吸纳其他学科最新成果的态度也更加积极开放,法理学的观念、思维方式、研究手段均得到更新。在对一些现实问题的研究过程中,法理学界解放思想、更新观念的趋势更加明显,一些存在多年的思想理论禁区被打破,一些重大而持久的学术争鸣主题成了法理学研究的重点和热点,从而既拓展了法理学的研究范围、活跃了法理学的理论研究,也带动了各部门法学的发展,又为改革开放的实践提供了较为充分的理论指导。这一时期受到法理学界普遍关注并富有成就的主题主要涉及以下一些方面:

关于依法治国,建设社会主义法治国家的理论与实践问题研究。法理学界研究的相关理论和实践问题包括:建设社会主义法治国家的理论基础和指导思想;依法治国,建设社会主义法治国家的历史意义和综合价值;法治国家的目标

^① 参见张文显主编:《马克思主义法理学——理论、方法和前沿》,高等教育出版社2003年版,第23—26页。

模式;依法治国的主体、对象、客体和标准;依法治国与以人为本的协调统一问题;法治国家的生态环境;建设社会主义法治国家与法制改革;法律调整机制对于和谐社会建设的重要性;坚持以人为本的科学发展观和以立法统筹经济社会发展的关系问题等。

关于建立社会主义市场经济体制中的法律问题。我国社会主义市场经济体制的逐步建立,涉及一系列的法律问题,也引起了我国法律从观念、规范、制度到体系的重大转变和根本性重构。在对市场经济的法律内涵的全面理解基础上,法理学界对市场经济实质上就是在法制基础上的“法治经济”的命题基本上达成了共识,并进而对社会主义市场经济建设所涉及的一系列重大法律问题展开了研究,其中包括市场经济法律体系的构成及基本内容、市场经济条件下的法与利益的相互关系以及公平与效益(率)的关系问题、市场经济条件下的契约自由问题,以及市场经济条件下的法律移植与法制现代化问题等。

社会主义民主政治建设中的法律问题的研究。法理学界在对民主与法制(法治)作一般意义探讨的基础上,围绕着对中国社会主义民主政治建设和政治体制改革具有重大理论与实践意义的主题,研究了如何通过建立有效的法律制度肃清政治领域的腐败现象,加强廉政建设;如何通过理性的法制建构对权力实施有效的制约和监督;如何理解人权、健全人权和公民权利保障机制等。

对法理学基本理论问题的深入研究。这种研究涉及一系列法的基本理论问题,特别是对权利义务的关系问题,即有关权利义务的基础、来源、价值、重心等,有关法律观念、法律文化与法的精神,法制、法治等基本概念的解析,进行了持久、系统的研究,对我国法治的发展产生了较大影响,同时也使法理学自身的科学性得到了加强。

四、法理学的研究方法

如同其他学科一样,法理学作为一门重要的法学学科,研究方法是极为重要的,没有科学的研究方法,便难以取得良好的研究效果。从中外学者研究法理学的情况看,法理学的研究方法也不是简单划一,而是多种多样的。

在我国,马克思主义哲学即辩证唯物主义和历史唯物主义是包括法理学在内的一切科学的方法论基础。除了马克思主义哲学这一法理学方法论的核心和基础外,法理学还有其自身的研究方法。

常见的法理学的研究方法主要有:

(1) 社会调查的方法。一切从实际出发是唯物主义的一条根本原则,也是法理学研究经常使用的一种方法。法理学研究必须着眼于实际,脱离实际的法理学是毫无价值的。为此,法学工作者应经常深入社会,进行广泛的社会调查,全面掌握社会经济、政治、文化、教育、科技等方面的发展情况,了解国家立法、执

法、司法、守法和法律监督的现状,在全面占有各种统计资料的基础上,有的放矢地进行研究。

(2) 历史考查的方法。对各种法律思想和法律制度都必须进行历史考察,分析它们产生、发展的历史状况。在评价任何一种法律思想和法律制度的优劣时,都不能孤立地就其本身进行讨论,而必须联系它们产生、发展的社会历史条件,研究它们是在何种社会条件下产生的,在特定的历史条件下其实际作用如何。在此基础上,进一步研究这种法律思想和法律制度对当前的法制建设有无借鉴意义。

(3) 分析和比较法律的方法。对法律进行分析和比较,是两种重要的法理学研究方法。分析法律,就是注释和解释法律,就是对法律的内容、法律条文的含义和深层次的立法意图进行分析论证。西方法学界 19 世纪兴起的分析主义法学和二战后复兴的新分析法学都以注重分析法律规则或法律规范而得名。比较法律,就是对不同国家或地区的法律或者同一国家或地区不同历史时期的法律进行比较研究,弄清其各自的特点和功能。它既是法学的一个分科即比较法学,也是一种重要的法学研究方法。无论是分析法律还是比较法律,都必须联系其产生和存在的社会条件,而不能单纯就法律本身进行分析或比较。

近年来,在法学的研究方法上,我国法理学学者还开始引入一些新的分析方法和概念工具研究法理学论题,如经济分析方法和案例分析方法、社会学的实证分析方法,使法理学研究更显生机与活力。

有的学者认为法理学的研究方法主要可分为哲学的方法、经验主义的方法和综合研究的方法。关于哲学的方法,我国法理学者主要是使用马克思主义哲学即辩证唯物主义和历史唯物主义的方法研究法理学,而西方国家学者有使用新康德主义哲学的,也有使用实用主义哲学的,或者其他。关于经验主义方法,主要是从某一个具体的法律制度、法律事件、司法判例或案例入手,通过细致的透视研究,从中提炼出有关法的普遍性概念、原理和规则的认识成果,或是以具有经验性基础的一般性法学理论作为评价和指导的原则,分析各种法律现象,引导解决具体的法律问题。我国学者使用较多的有案例研究和归纳方法。关于综合研究的方法,则有社会调查的方法、历史考察的方法、经济分析的方法、比较分析的方法、语义解释的方法等。^①

还有学者认为,像唯物辩证法、历史考察方法、社会调查方法、分析方法等等,并不是法学的特殊研究方法,因为它适用于一切社会科学、哲学的研究。这些方法主要是对法律整体的认识方法,而不是“法律方法”,最多对法律方法存在指导意义或“方法论”意义,或仅对法学中的认识论成分有意义,或对建构合

^① 参见刘作翔主编:《法理学》,社会科学文献出版社 2005 年版,第 23—27 页。

理规则体系的“经验”有意义。之所以高扬这些方法,与我们习惯于将法学定位为“规律学”有关。而法学作为以“规则学”为主体的学问体系,其最终落脚点应该在于应然规则体系的预设,或是一种“事后的合理化”——对社会规范的理性建构,在于法律运作体系的组建以及法律运作的技术,这才是“法律方法”的核心。换句话说,法律方法的核心不是“认识的”,而是陈述的方法或规定的方法。具体来说,它包括规则预设与合理化的方法、法律解释方法、法律漏洞之弥补的方法、法律推理方法、法律利益分析方法、法律适用的逻辑模式等等。当然,对法律整体的认识方法也可涉及。无论如何,“法律方法”应成为法理学的重要内容。^① 仔细思考这些观点,对我们理解和运用法理学的研究方法无疑是大有帮助的。

【思考题】

1. 法理学这一学科的名称是如何变化的?
2. 简述资产阶级法理学的发展轨迹。
3. 简述马克思主义法理学产生的意义。
4. 法理学自身的研究方法主要有哪些?

^① 参见周永坤:《理论创新与结构重组——法理学的青春危机及其消解》,载《法学》2000年第3期。

第一章 法律本体论

【本章提要】

法律是法理学的研究对象,弄清法律的外在特征和内在规定性是法理学的重要研究课题。法律本体论所涉及的问题包括法律的定义、法律本质以及法律的基本特征。法律具有其不同于其他社会规范系统的内在规定性,这就是法律的本质。法律的本质包括国家意志性、物质生活条件制约、经济以外因素的影响这三个层次。法律的本质决定了法律的外部特征,即法律与其他社会规范系统相比在外部表现上的特殊性。

第一节 法律的定义

一、法和法律的词源和词义

我国学者在研究法律的含义,寻求法律的定义时,通常都是从“法”和“法律”的词源以及语言意义来进行考察的。

汉字“法”的古体为“灋”。据我国第一部字书《说文解字》解释:“灋,刑也。平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”据此可以考察中国古代的法观念:“刑”的含义是制裁、惩罚;廌为神话传说中的一种独角神兽,据说其性中正,能辨是非曲直,审判时,它能用角去触理曲的人,被触者即败诉或有罪。根据许慎的这种解释,古代的“法”包括以下几层意思:首先,法即是刑,是一种惩罚;其次,因为能辨别曲直的神兽与平之如水的寓意,法具有公平、公正、正直的含义。

对于古体“灋”字是否有公平、公正、正义的含义,有论者持怀疑态度。蔡枢衡认为上述观点中所含“平之如水”是“后世浅人所妄增”,因为水的含义是指把有罪者置于水上,随流漂去,即今之驱逐。朱苏力也认为,古体“灋”字有水的偏旁,但这并不意味着公平。他认为,水的特征之一是“水往低处流”。在先秦文献中,没有发现强调水“平”这一特征的文字,相反,强调水流动、自高向下流动之特性的文字很多。因此,他认为,水旁意味着古人强调法自上而下颁布。这两种解释都有其合理之处,但其权威性尚比不上许慎的上述解释,还没有得到学术界的公认。在许慎提出其对法的字义的解释之后,人们之所以愿意接受其说法,是因为在近代中国特定的历史条件下,人们希望将中国古代的法比附西方的法,可以借此进行托古改制,赋予法以公平正义的含义,从而使变法运动具有其正当性。

虽然就古体的“灋”是否有“公正正义”之义存有争议,但有一种观点在现今中国学界已成为共识,即中国古代法即是刑、刑即律,刑与法、与律可以通用。这无论是从上述词源上的考据还是从其他途径都可以得以佐证。例如,《盐铁论·诏圣》载:“法者,刑罚也。所以禁强暴也。”《大戴礼记》载:“礼者禁于将然之前,而法者禁于已然之后”。据《尔雅·释诂》记载,秦汉时,“法”、“律”二字已经同义,意为常规、均布、划一。《唐律疏议·名例》明确解释道:“法,亦律也”,“律之与法,文虽有殊,其义一也”。又称战国李悝“集诸国刑典,造《法经》六篇……商鞅传授,改法为律”^①。

“法”在词义上除了刑罚、整齐划一的意思之外,还与王权相联。《韩非子·定法》说:“法者,宪令着于官府,赏罚必于民心;赏存乎慎法,而罚加乎奸令者也,此臣之所师也。”而且法、刑同礼一样,只不过是统治者治理国家的一种手段,且由于“德主刑辅”的观念已成中国古代治国思想的正统,所以,刑律与德、礼相比,虽然地位不及后者,但它们一起构成了统治者实施其统治的重要手段。法自君出,法出自于国家政权,与王权紧密相联,构成了中国法律文化中“王法”的典型表述。

虽然汉字“法”、“律”已有两千年以上的历史,但作为独立合成词“法律”却是在清末民初由日本传入我国的。

在西方语言中,“法”、“法律”的含义比汉语更加丰富。除了英语中与汉语的“法律”相对应的“law”这个词语之外,西方法观点集中体现在两组词语之中:Jus 以及与 Jus 同义的希腊语 *Tosikalov*、法语 *Droit*、德语 *Recht* 和 *Lex*; *Lex* 以及与之同义的希腊语 *Youos*、法语 *Loi*、德语 *Gesetz*。其中, *Jus* 的基本含义有两种:一是法,一是权利。罗马法学家塞尔苏斯的著名定义“法乃善与正义科学”所采用的就是第一种含义;拉丁格言“错误不得产生权利”所采用的就是第二种含义。*Lex* 的含义相对简单,其原意是指罗马主政时期国王制定的法律和共和国各立法机构通过的法律。一般说来, *Lex* 具体而确定,可指任何一项立法,而 *Jus* 则除具有法、权利的意思之外,同时又有正义、衡平、道德的意思。这种语言现象在希腊、罗马、日耳曼等语族具有相当普遍的意义。上述两组词,在汉语中尚没有直接的对应语。为了表达 *Jus* 和 *Lex* 这两个词语的意思,我国有的法学家主张用“法”和“法律”这两个词语,表达法与法律的二元论思想:法是客观存在的,不以人的意志为转移的普遍正义原则;法律则是由国家机关制定和颁布的具体行为规则。而在英语中,与前者对应的有自然法、客观法等词,与后者相对应的则有人定法、实在法和主观法。

^① 《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局 1983 年版,第 2 页。

二、法律的定义

我们这里所指的“法律”取实在法的意义。在我国现行法理学教科书中,“法律”有广义与狭义之分,狭义上的法律特指全国人大及其常委会制定的法,如《刑法》、《民法通则》、《劳动法》等,至于其他有权机关制定的规范性文件则称为法规、规章、条例等,不属于狭义上的法律的范畴;广义上的法律,则是指法律的全体,包括一切有权机关制定的规范性文件。

对于法律的定义,存在着西方非马克思主义的和以马克思主义为指导的两种定义方法。

(一) 西方非马克思主义的法律定义

1. 实证的定义方法

这种定义方法界定的是“实然法”,即实际存在的法是什么。这种方法在西方法律思想史上由来已久,不仅实证主义法学者(包括分析法学和法律社会学)从此角度切入,而且自然法学家提出的“实在法”(人为法或人定法)的定义也属此类。

(1) 命令说。英国近代思想家霍布斯认为:法律“对于每一个臣民说来就是国家以语言、文字或其他充分的意志表示命令他用来区别是非的法规;也就是用来区别哪些事情与法规相合、哪些事情与法规相违的法规”^①。霍布斯将国家的命令作为法律的核心要素,表明了他对于法律的国家强制性的强调。

(2) 规则说。中世纪神学家托马斯·阿奎那认为:“法是人们赖以导致某些行动和不做其他一些行动的行为准则或尺度。”^②霍布斯的定义强调法律在判断“是非”、“违法或合法”之中的作用,更多的是站在国家的角度认识法律的功能,而阿奎那则强调法律对于人们行为的指引作用。作为一种理性的标准,法律指引人们以适当的行为达成自己适当的目的,这也是规则说的可取之处。

(3) 判决说。如美国法学家格雷认为:法只是指法院在其判决中所规定的东西,法规、判例、专家意见、习惯和道德只是法的渊源。而大法官霍姆斯曾说:“我所谓的法律,不过是关于法院事实上将做什么的预测而已,而不是别的什么。”^③

(4) 意志说。这种定义方法把法律归结为一定主体的意志。意志说,既可适用于专制条件下,也可适用于民主条件下。在中世纪,法律被认为是神的意志。法律也被认为是君主个人的意志。在专制社会里,“朕即国家”,法律自然

① [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复译,商务印书馆1985年版,第206页。

② [意]托马斯·阿奎那:《阿奎那政治著作选》,马清槐译,商务印书馆1963年版,第104页。

③ Oliver Wendell Holmes, The Path of Law, 10 Harvard Law Review 457(1897), p. 469.