

法学非固化教条 观点必有据
理论乃协洽整体 立场须道贯



Legal Theory
Dimensions & Integration

法学理论

多维与整合

张青波 著

法律出版社

LAW PRESS·CHINA

Legal Theory

Dimensions & Integration

法学理论

多维与整合

张青波 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法学理论:多维与整合 / 张青波著. —北京:法律出版社, 2016.5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9331 - 4

I. ①法… II. ①张… III. ①法学—理论研究 IV.
①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 071124 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/三河市兴达印务有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/15.375 字数/395 千

版本/2016 年 6 月第 1 版

印次/2016 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9331 - 4

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

Meinem verehrten Lehrer
Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Ulfrid Neumann
In Dankbarkeit gewidmet

献给恩师
德国法兰克福大学法学院教授
诺伊曼博士、荣誉博士

自序

每一代人都在寻求伴随我们所产生的,但从未得到答案的法。(魏德士,2003:3)本书也是一个这样的尝试。对于什么是法,每个人都会根据他的价值观念,选择他所认定的最重要特征展开回答。因而,对什么是法的回答,其实往往是对什么应该是法的回答。只不过我们必须考量,这种回答有无理由。“什么(应该)是法”,正是法哲学的中心问题,本书在第三部分加以集中讨论。

作为一本法学的基础理论著作,在从法哲学的视角探寻法(应该)是什么之前,还先要回答法哲学在法学中的地位,尤其是它与法学的其他分支学科有何种关系。因而,本书的第二部分将要努力说明:法学是什么。

古罗马法学家乌尔比安曾说:“法是善良与公平的艺术。”在明了法(应该)是什么之后,也要澄清它如何能够被适用于个案,合乎善良与公平地解决我们所面临的各种纷争与冲突。这就是本书第四部分——法的适用——所要完成的任务。这里我们会看到许多例证。因为只有借助司法裁判及法教义学中的许多例子,才能充分理解、审查,并在实务上应用

法学方法论的陈述。(拉伦茨,2003:引论21)

关于什么是法学、什么(应该)是法、法如何适用这三个问题的讨论,构成了本书的主体部分。不过,在展开主体讨论之前,本书的第一部分将介绍一些基本的概念,以奠定讨论的基础。而在本书的最后,将会花些篇幅讨论法学的定位,算作全书的总结。

在说明本书的结构安排之后,有必要提请读者朋友留意本书在内容上的特点。

首先,本书将不断地明确提出要去回答的问题。提问是一个非常重要的环节。在科学研究中,问题的提出往往比问题的回答更加艰难。(魏德士,2003:15)提问将决定我们讨论的方向,如果提出的问题不是真问题,讨论将会失去意义。因而,所提出的问题必须审慎思考,费心设计。即使如此,我们也需要意识到,法律不是不变的现象,而是在不同语境下建构的不同经验现象,不仅不同的提问产生不同的答案,而且视角的多样性也可能是调查资料的内在差异和多样性的结果。因此,关于法律是什么的多样答案,不足以证明某些学者对而另一些学者错,而恰恰证明了考察法律时可供参考的大量问题和视角。(莫里森,2003:2-5)既然任何提问也总是会受到提问者视野的制约,那么保持对各种视野的开放性就非常重要,这意味着读者朋友对本书试图回答的问题也要有批判性的省思。而且,我们必须时时去考虑,某一特定的学说原先应该是回答什么样问题的——对此的意识可能往往由于该学说传统经历很长时间而丧失。(科殷,2002:3)进一步说:若不能明了讨论所试图解答的问题,我们不仅不能理解讨论中提到的各种学说,而且也根本无法真正参与思考和讨论。所以,如果本书不是无病呻吟地堆砌观点,而是要有的放矢地回答问题,那么明确相关论述所要回答的问题,就显得非常重要。

其次,本书也刻意凸显历史的纵深。近代德国民法学的创始人萨维尼说过:每一个时代不是为了自己和任意地创造其世界,而是密不可分地关联着整个过去去创造。如果一个科学领域,通过许多时代不间

断的努力而形成,那么,就给当代的我辈提供了丰饶的遗产来享受。与此同时,又应当对整个流传下来的东西进行重新审查,给予怀疑。(萨维尼,2009:18,24-25)可见,今人在思考如何建法立制时,必须既要努力认识到历史带来的限定条件,又要充分汲取历史留给我们的馈赠。当然,这并非要泥古不化,否定对历史的省思和创新的必要。但是惟有如此,方能实现真正有价值的、真正回应社会需要的理论创新和制度进步。

这一方面是要展开对相关思想发展的梳理。如果说哲学家们总是青睐那种把最多的物质统一在最简单的原理之下的优雅理论,因为就像一神教一样,一个定律比一大批相互争吵的定律更强大、更有说服力。(所罗门,2004:156)那么,法学家们也都试图用某一个命题或原理去概括他们所认为的法的实在或本质,就不让人惊奇了。但是,正所谓兼听则明,偏听则暗,法却很难以一个命题或一种视角来把握。把法完全归于某一因素的理论——尽管往往有一定的准确性——无一例外地忽视其他重要的方面。(齐佩利乌斯,2013:1)如学者所言,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个房间、凹角和拐角是极为困难的。(博登海默,2004:217)因而,我们必须让众多思想家所点亮的多盏明灯帮助我们认识法律的各种侧面和维度,由此才能夯实我们自己观点的基础。当然,仅仅了解对问题的各种答案还不够,最终我们必须思考各种答案的利弊得失,从而对问题得出我们自己的见解。

历史纵深的另一个方面是介绍西方和中国法律制度演变的梗概。法学理论或者说哲学不能脱离法的历史。《法国民法典》的纲要在被呈交国务会议时,国务会议的成员波塔里(Jean Potalis)曾说:“永远要借鉴历史来研究法律,历史乃是立法科学有形的实验室。”(泰格、利维,1996:223)德国当代的法史学家、法哲学家科殷也说过:“法哲学要求一种更加包罗广泛的立场;它要求我们普遍地把法作为人类文化的现象来观察。为了获得这样一种观念,人们除了仍然无法取代的、自己的经

验外,还必须汲取人种学和法学史的研究成果。”(科殷,2002:110)西方的法学理论和西方的历史密切相关。这些理论既产生在西方特定的时空条件下,同时又影响和塑造了西方的法制和社会。因而,不了解制度的历史,就难以理解有关理论。相比之下,同样有必要对中国传统法律的历史和特征做一简介。如果说我国法治建设需要汲取西方的经验,我们就必须思考其理由何在。只有大致确定传统中国法的功过,我们才有可能意识到它为何难以用于当今社会,它有无可能带给我们有价值的东西,以及我们为什么需要借重西方的资源。而且,通过分析西方法治形成的历史因素,并与中国法的发展过程相互对照,我们也才能认识到,西方产生法治,有其特定的时空前提,而中国历史上却缺乏这些得天独厚的条件,形格势禁,法治的发展所经历的种种曲折在一定程度上可谓是情理之中的事情。由此,我们才能在看待中国法治时多一分历史的厚重感。

再次,本书也花了一些篇幅讨论哲学。这是因为法学和哲学紧密相关。当年在德国留学时,我曾在法哲学课堂上听吕克特(Joachim Rueckert)教授说过一句话:法哲学不过是傀儡,操纵它的是哲学。这些年来的学习使我愈发感觉到诚哉斯言。事实上,法学家们各种法学观点之间的分歧,归根结底是他们哲学观念上的分歧。因而,如果要理解法学的不同阵营和流派,就应该说明其所依据的哲学前提和背景。通过显示哲学如何影响了人们看待法的方式,我们也能更好地反思我们所秉持的法学立场。

复次,本书非常关注各种命题、观点、理论的实践价值。法本身其实就是对各种问题的解答:所有实质性的法都是通过对生活向法学家们所提出的具体问题的解决而产生的,并通过对具体问题的解决进一步发展。(齐佩利乌斯,2013:151)法学的各种理论当然不能失去对实际问题的关切。法律实践必须支撑着理论的努力,且在理论的努力迷失方向时,使之回到正确的轨道上来。(萨维尼,2009:32)在我十多年前攻读硕士学位时,业师郑永流教授就常常告诫我,要注意自己提出的

主张是为了解决何种问题,能够发挥何种实际作用。因而,在写作本书的过程中,我试图避免与现实无关的空泛说教,努力引用各种现实例证。如果说法学家的思维方式和方法首先是由判决个别的法的问题决定的(科殷,2002:196),那么法学理论就不仅要显示对现实具有解释力,而且要能为解决案件提供具体的指引。

18世纪德国哲学家康德曾说过:“有两样东西,越是经常和持续地思索,它们就越给心灵灌注了时时翻新、有加无已的赞叹和敬畏——我头顶的星空和我心中的道德法则。”(Kant,1827:236)头顶的星空属于康德所谓理论理性的认知范围,以回答世界是什么的问题。而心中的道德法则则由实践理性来探讨,它要解决人应该做什么的问题。法的命令和禁令表达的不是认识的理论语句,而是通过要求某种作为或不作为,致力于行为的秩序,涉及的是实践。(Zippelius,1997:16)由此,法学属于实践理性的范畴,它必须指引人类的行为,告诉人们如何正确选择他们的行为,对于选择能够给出什么样的理由。概念是为了生活的缘故而存在的,只能借着实际运用,才有办法真正认识法学这样一门实践科学。(耶林,2008b:154-155)如果说部门法学要在某个领域发展实际行为的准则,那么法学理论则应当提炼出对行为的各个领域共通的准则。部门法学者常常批评法学理论过于空洞、抽象,对法律实践不具有指导作用。我希望,这本书多少能消解人们对法学理论所怀有的成见。

最后,本书还努力采取一种整合的思路。我的硕士和博士阶段都是围绕着法律方法论、法律论证理论展开学习的。近年来的思考使我渐渐意识到,对什么是法或者应当是法的法哲学问题采取的立场,与对如何用法解决个案提出的问题,有着须臾不可分离的联系。正如20世纪德国哲学家雅斯贝尔斯说过的:“作为科学的哲学指向整体,但其实现却总是在个体当中。”(Kaufmann,2004a:4)因而,对法哲学的整体理解,必将塑造我们对个案裁判的见解。又如学者所言,方法论与法哲学的所有这些问题,其彼此间有不可分离的关系存在。即使方法论本身

没有意识到,每种方法论都取决于其对法的理解,都有相应适切的法哲学。不考虑法哲学,就根本无法研究方法论。(拉伦茨,2003:引论21,11,120)合适的法律推理理论事实上需要并被合适的法律理论所满足。(MacCormick,1978:258)反过来说,不考虑正确的法之方法,也根本不能谈及正确的法。(Kaufmann,2004b:27)为此本书主要是根据引起众多学者关切的原则理论,试图打通法哲学领域中对法在概念上的界定,与法的适用理论所专注的法在个案中的运用这两个问题域的隔阂。

推而广之,整合的思路更体现在本书试图引介历史、哲学等各方面的知识,以拓宽和深化我们对法学理论的认识。作为我多年来阅读的一个整理,虽很难说本书有多大贡献,但它或许多少具有些新意:如果说法学就是对一定时空下需要解决的实践问题做出的回应,并且反映了那个时空下的历史条件和社会思潮的话,那么,本书就是尝试在关照历史、哲学、实践等多维视角的基础之上,对法学问题给出有根据和理由的整合性答案。故此,我将其命为《法学理论:多维与整合》。

是为序。

目 录

第一部分 基 础

1. 基本概念	003
1.1 法规范	003
1.1.1 法规范的结构	003
1.1.2 规范语句和其他语句	004
1.2 法的效力	006
1.2.1 法与法律	006
1.2.2 法效力的标准	007
1.2.2.1 社会(学)效力	007
1.2.2.2 道德效力或伦理效力	008
1.2.2.3 形式效力	009
1.2.2.4 综合讨论	010
1.2.3 法效力的内涵	011
1.2.3.1 属时效力	012
1.2.3.2 属地效力	013
1.2.3.3 属人效力	013
1.2.3.4 属事效力	014
1.3 法的渊源	014
1.3.1 概论	014

1.3.2 成文法	015
1.3.2.1 宪法	015
1.3.2.2 法律	015
1.3.2.3 行政法规	015
1.3.2.4 地方性法规	016
1.3.2.5 自治条例和单行条例	016
1.3.2.6 规章	017
1.3.2.7 国际法	018
1.3.2.8 法律解释	018
1.3.2.9 其他规范性文件	019
1.3.3 不成文法	022
1.3.3.1 习惯法	023
1.3.3.2 不成文原则	024
1.4 权利和义务	026
1.4.1 权利义务与法律关系	026
1.4.2 权利与义务的含义	027
1.4.3 人权及其类型	028
1.4.4 自由的类型	029
1.5 法的分类	031
1.5.1 法律部门	031
1.5.1.1 宪法	031
1.5.1.2 行政法	031
1.5.1.3 民商法	032
1.5.1.4 经济法	032
1.5.1.5 刑法	033
1.5.1.6 诉讼法与非诉讼程序法	033
1.5.2 实体法与程序法	033
1.5.3 公法和私法	034

1.5.3.1 区分的意义	034
1.5.3.2 区分的标准	036

第二部分 法 学

2. 法教义学	041
2.1 法教义学的立场	041
2.2 法教义学的任务	047
2.3 法教义学的价值	049
3. 法史学	052
3.1 法史学的价值	052
3.2 中国法史梗概	054
3.2.1 从起源到封建时代	054
3.2.2 从成文法的产生到法律的儒家化	057
3.2.3 中国法的正统	060
3.2.4 近代法制变革	064
3.3 借鉴西方法制的必要性	066
3.4 传统法制与文化的现代意义	071
4. 比较法学	073
4.1 比较法学的价值与方法	073
4.2 欧陆法系	076
4.2.1 欧陆法系的源头:罗马法	077
4.2.2 罗马法的复兴与中世纪的法治传统	080
4.2.3 罗马法的继受	083

4.2.4	法典化运动	085
4.2.5	私法的社会化	089
4.3	法系的分布	090
4.4	英美法系	091
4.4.1	英格兰普通法的兴起	091
4.4.2	衡平法、立法与改革	093
4.4.3	普通法在美国的传播与发展	095
4.4.4	美国法的变迁	096
4.5	欧陆法系与英美法系的比较	097
4.5.1	欧陆法系与英美法系的差异	097
4.5.1.1	法律渊源	097
4.5.1.2	法律分类、部门和法律术语、具体制度	098
4.5.1.3	法律适用和操作技术	099
4.5.1.4	诉讼程序:纠问制和对抗制	100
4.5.1.5	其他法律观念上的差异	101
4.5.2	欧陆法系与英美法系的共性	103
5.	法社会学	107
5.1	概论	107
5.2	法的实施:法社会学角度的观察	110
5.3	法与经济	114
5.3.1	经济对法的作用	114
5.3.2	法对经济的影响	117
5.3.2.1	韦伯的观点	117
5.3.2.2	中国的例证	119
5.4	法与政治	125
5.4.1	立法与政治	125
5.4.2	执法与政治	129

6. 法哲学与法理论	134
6.1 法哲学	134
6.2 法理论	136

第三部分 法 哲 学

7. 法学的哲学前提	141
7.1 法哲学与哲学	141
7.2 本体论与法哲学	142
7.2.1 反思本体论	142
7.2.2 自由意志的预设	146
7.2.3 人的本性的预设	148
7.3 认识论与法哲学	152
7.3.1 各种认识论的立场	152
7.3.2 认识论对法哲学立场的塑造	153
8. 法的存在与功能	158
8.1 提问	158
8.2 传统立场	158
8.3 证立优选	160
8.3.1 保护弱者	160
8.3.2 小规模社群规则的弱点	161
8.3.3 可容忍的缺陷	164
8.4 法的功能	165
8.4.1 维持社会的和平	165
8.4.2 建立人际互动的框架	168

8.4.3 以规范化的方式解决纠纷	171
8.4.4 证成并限制强制	172
8.5 政府存在的正当性	175
9. 法与其他规范	181
9.1 法与道德	182
9.1.1 法与道德的联系	182
9.1.2 法与道德的区别	185
9.2 法与宗教	188
9.2.1 宗教与法的联系	188
9.2.2 宗教与法的区别	191
10. 自然法	193
10.1 提问	193
10.2 传统立场	194
10.2.1 古代的自然法理论	195
10.2.2 中世纪的自然法理论	197
10.2.3 近代(古典)自然法理论	198
10.2.3.1 霍布斯	200
10.2.3.2 洛克	202
10.2.3.3 卢梭	203
10.2.3.4 古典自然法的历史意义	207
10.2.4 自然法的衰落	210
10.2.4.1 认识论上的原因	210
10.2.4.2 社会形势的原因	213
10.2.5 自然法的复兴	214
10.3 拒绝自然法的理由	218
10.3.1 推论方式上的问题	218

10.3.2	多样化和形式化的两难	219
10.3.3	对法安定性和社会秩序的威胁	220
10.3.4	对自由的风险	220
10.3.5	必要性的降低	221
10.4	对自然法的有限认可	221
11.	法律实证主义	227
11.1	提问	227
11.2	传统立场	228
11.2.1	奥斯丁	228
11.2.2	凯尔森	229
11.2.3	哈特	232
11.2.4	德沃金的挑战	235
11.2.4.1	原则	235
11.2.4.2	惯习规则与协同规则	237
11.2.5	实证主义的回应	238
11.2.5.1	包容性实证主义	238
11.2.5.2	排他性实证主义	240
11.2.5.3	进一步的讨论	242
11.2.6	对承认规则的分歧与道德信念	245
11.2.6.1	德沃金的再次攻击	245
11.2.6.2	实证主义的再次回应	247
11.3	对法律实证主义的评价	249
11.3.1	法律实证主义的贡献	249
11.3.2	法律实证主义的缺陷	250
11.3.3	惯习与正当	254
11.3.4	寻找法的规范性根源	258