

盲之孔见

# 实在法原理

——第一法哲学沉思录

方孔 著



商務印書館

第二版

# 实在法原理

——第一法律学院院训

王德政



法律出版社

D90/285

2007

盲之孔见

# 实在法原理

第一法哲学沉思录

方孔 著

商务印书馆

2007年·北京

**图书在版编目(CIP)数据**

实在法原理:第一法哲学沉思录/方孔著. —北京:商务印书馆, 2007

ISBN 978 - 7 - 100 - 05523 - 9

I. 实… II. 方… III. 法哲学—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007) 第 091478 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

SHÍ ZÀI Fǎ YUÁN Lǐ

实 在 法 原 理

第一法哲学沉思录

方 孔 著

---

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978 - 7 - 100 - 05523 - 9

---

2007 年 11 月第 1 版

开本 880 × 1230 1/32

2007 年 12 月北京第 1 次印刷

印张 11%

印数 4 000 册

定价: 21.00 元

鱼在水下自在地游荡，  
嘴里吐着泡泡。

泡泡慢慢浮到水面上。

孩子站在水边，  
看见泡泡在阳光下缭乱的色彩，  
十分美丽。

孩子很高兴，  
便把泡泡叫做鱼。

# 目 录

## 一般原理篇

引子 一个法盲的狡辩	3
第一章 定律与法律	10
问题的提出	10
问题的思考	14
确定性问题	18
问题的症结	28
问题的启示	33
第二章 物化与法律	38
物化的概念	38
物化的偶然性	44
实在法的相对性	48
结论	62
第三章 物化偶然性一:传统中国法律与现代西方法律	64
认知方式的作用:勾股定理/毕达格拉斯定理	64

## 2 目 录

认知方式的作用:传统中国法律/现代西方法律 .....	68
西方之自恋 .....	81
中国之自卑 .....	99
第四章 物化偶然性二:判例法与制定法 .....	105
判例法与制定法 .....	105
英美普通法系与欧洲民法法系 .....	119
法律概念的普遍性与西方法律的特殊性 .....	128
第五章 语言与法律 .....	134
实在法的开始 .....	134
语言之于法律的不确定性 .....	139
法律之于语言的非决定性 .....	150
结尾的故事 .....	161
第六章 规则的本质 .....	163
认知能力的有限与社会关系的复杂 .....	163
规则的先天不足 .....	167
规则的后天价值 .....	186
再论哈特 .....	191
第七章 概念的概念 .....	195
概念的概念 .....	195
进一步的辨析 .....	197
责任和债 .....	209

第八章 原则和体系 .....	222
原则 .....	222
体系 .....	230
小结 .....	239
第九章 法律机构与法律推理 .....	241
法律机构 .....	241
实在法的相对独立性 .....	246
法律推理 .....	250
法律推理的多样性 .....	262
第十章 法律移植 .....	269
法律移植与自然法 .....	269
艾伦·沃森与皮埃尔·勒沉 .....	275
争论的无聊与概念的不清 .....	285
引子 法律的概念 .....	292
敬请期待 .....	296

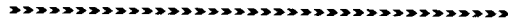
### 具体体现篇

序言 为什么法哲学研究更为必要? .....	299
论刑法的不合理性 .....	301
基本不合理性 .....	302

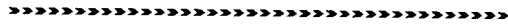


## 4 目 录

一、逻辑上的不合理性 .....	302
二、基础的不合“理性” .....	313
三、手段的不合“理性” .....	331
导出不合理性 .....	336
一、法律上的不合理性 .....	336
二、现实中的不合理性 .....	338
综合不合理性 .....	340
一、基本分析 .....	340
二、法人能否成为犯罪主体的问题 .....	348
三、法人的刑罚问题 .....	349
四、关于“两罚制”原则 .....	352
结    论 .....	355
一、刑法的早夭 .....	355
二、法学的革命 .....	356
参考文献 .....	357



# 一 般 原 理 篇





## 引子 一个法盲的狡辩

法学院新来了一个法盲老师。“某某老师是个法盲”是法学院里不时会听到的议论，而被评价为法盲的老师通常有两种情况：

一种是最初的专业并不是法律，却半路出家改学法律的。这种人通常被他所教的学生称为法盲。例如一位本科学医，后到法学院教授医事法学的方老师，常被他的学生尊为法盲，尽管同学们对他教授的课程也由衷地喜爱。

一种是教授法理、法律思想史、法律社会学之类课程的。这种人通常被教授具体部门法的同事们称为法盲。例如一位教授公司法的孔老师评价道：“法律应该是一门实用的手艺和工具，是你可以具体拿来用的东西。法理？法社会学？这算什么？这不是法律，这些人也不懂法律！”

法学院新来的这位法盲名叫方孔（又名鸿渐），据说曾获得了英国爱丁堡（又名克莱登）大学的法学博士学位。爱丁堡大学是苏格兰最高学府，而苏格兰古称克莱登尼亚（Caledonia），就像四川古称蜀、山东古称鲁、湖北古称楚、中国古称华夏一样。因此，克莱登大学的名字最能体现爱丁堡大学的本色，也最能体现方先生的古雅与渊博。

可遗憾的是，方先生本是学习机械工程出身，后来才转读法律。他博士攻读的方向偏偏又是法理，或者更具体点说，是法社会

学。所以,无论从哪个方面,无论对他的学生还是他的同事,他都是一个不折不扣、彻头彻尾的法盲,即便他毕业于古雅的克莱登,即便他有着法学的博士学位。

方先生觉得很冤枉,他急了,要为自己辩白,却又不去提起“名誉权”之类的诉讼。这其实也是因为,对于这些具体诉讼程序,他的确不比普通人更精通多少。于是他只能用自己的方式来为自己辩护。“谁说我是法盲?你们才是法盲呢!你们知道什么是法律吗?”他嚷道,“只有知道什么是法律的人才不是法盲,而你们是不可能知道什么是法律的!因为目前世界上只有我一个人知道什么是法律。”

方先生似乎一点没有感觉到自己话语中无边的狂妄,却继续说下去,说出了下面的道理。

“首先,从方法论上,你们就极端的无知。你们排斥其他学科转学法律的人,你们以为只有自始至终只钻在法律里面,而对其他学科一无所知的人才算真的懂法律。你们难道没有听说过‘不识庐山真面目,只缘身在此山中’的古训吗?你们难道没有意识到这种狭隘的排外,使得你们丧失了真正认识法律唯一可能的方法吗?

“人人都知道,法律上有一个最基本的原则,就是任何人都不能成为自己的法官。每当有了纠纷,我们总要找一中立的第三方来进行裁判。这是因为‘当局者迷,旁观者清’。相对于深深卷入纠纷的当事人来说,置身事外的第三方对纠纷往往有着更公允、更客观的认识。

“那些称我为法盲的人,恰恰就违反了这条最基本的法律原则。这条原则的实质,就是外部视角。所谓外部视角,意味着从一个事物的外部进行观察,对获得关于该事物的正确认识是必不可少的。就像人在云中,只能看到雾蒙蒙一片,并不能知道这片云到

底是什么样的。只有当飞机飞出云层,从远处回头再看,才能对刚才那片云有更全面、更清楚的认识。

“那些只学过法律的人,自始至终钻在法律内部,对法律的认识只能是内部视角。他们的谈话只能这样进行:法律是这样这样规定的,所以我们必须这样这样;法律是那样那样说的,所以你不能那样那样。如果问他们为什么法律这样这样那样那样,他们就茫然了。因为这一问题对他们来说,已经‘不是法律’了。没有法律以外的知识,他们便没有能力进行外部视角的观察,以获得关于法律更全面的认识。

“我们学过其他学科又中途改学法律的人,对法律同样有着内部视角的认识,同时又有着他们所没有的外部视角的认识。法律的实际规定对我们来说从来都不是终极的,而可以轻易地被超越。我们的谈话将这样进行:因为这样这样那样那样,所以法律便规定这样这样那样那样,于是人们的行为就这样这样那样那样。对于一个行为规范,我们不仅了解实在法律规则,更了解为什么有这样的实在法律规则。因为我们有能力站在法律之外,从外部视角俯视着它,所以更清楚它的来龙去脉。因为我们看法律的时候,把它放在一个更广阔的视野中:学社会学的把它放在整个人类社会中,当做一个普通的社会现象来研究;学自然科学的甚至可以把它放在整个自然界中,当做一个普通的自然现象来研究。人类本身就是自然界的产物,人类的法律当然可以看做自然现象了。总而言之,每多学一个学科,就多一个对法律的认识角度,而这一切都是只学法律的人所不能有的。

“苹果里面的虫子不知道什么是苹果。当然站在苹果外面的人,也并不一定知道什么是苹果。但是,如果苹果外面的人也咬一口苹果尝尝,他肯定比只待在苹果里面的虫子更知道什么是苹果。

所以，只学过法律的人怎么好意思说我是法盲呢？”

说到这里，方先生突然顿了一下，舌头舔了舔嘴唇，或许他口渴了，也想吃一口苹果，但终于没有吃，继续说了下去。或许他想起了苹果里面的那个虫子，觉得怪恶心的。

“还有，你们那些实用主义者，以为只要会用法律就是懂法律，不会用就是法盲。还以为抽象法理的研究竟然不算是法律研究的一部分。这实质上是认为法律的一切就是可以实际使用的实在法，法律的最大价值就是它的实用价值。照这种逻辑，会吃饭的人个个都是一级大厨，会炒菜的个个都是种田能手了。

“会用法的确是懂法的一种，但不是懂法的全部。当然，只有懂法的人才不是法盲，可怎么才算是懂法呢？真正的懂法应该是对法律有着全面和透彻的了解，既要知道具体的法律规则，又要知道为什么会有这样的法律规则；既要知道实在法，也要知道抽象法；既要知其然，更要知其所以然。

“实用主义者们往往只知其然，而不知其所以然。因为你们所谓的法律的实用价值，都局限在具体的法律规则之内。知其然是很简单的：法条在那里摆着，看看就能知道；程序么，走几次也能熟悉。相比之下，知其所以然，即抽象的法学理论研究就没有那么容易，因为它研究的是具体的实在法之上、之前的东西。它需要更深刻的思维、更辛苦的工作，还距离实际生活更远，不能很快地带来现实的效益。就像做饭远不如吃饭那么容易和实惠。或许正是由于它太难了，而且没有什么实惠，实用主义者们懒得去做，却污蔑说它‘不是法律’。

“我们学法理的，愿意也能够了解具体的实在法。而嘲笑我们是法盲的实用主义者，不愿也不能了解抽象的法理。在这种情况下，法理作为法律的一部分，便成了确定一个人是不是法盲更重要

的一个标准，一个比具体实在法重要得多的标准。实用主义者们对抽象法知识的拒绝，正好说明了他们才是无可救药的法盲。

“我有一个学计算机的朋友，在联想或微软这些公司做了多年的工程师。在我眼里他是个计算机专家，我想在多数人眼里他也是。我还有一个朋友在办公室做文员，一个非常可爱的小女孩。她对于常用的办公软件，如 WORD、POWERPOINT 之类，非常娴熟。有一次，我遇到 WORD 的一些功能不会用，我的工程师朋友也不知道，而我的文员朋友却轻松地帮我解决了。我是不是应该因此认为我的工程师朋友是个计算机盲，而我的文员朋友是个计算机专家呢？”

方先生越说越气愤，想到自己作为一个男人，竟然被比做办公室的小女孩，就更气愤了。

“中国现在的法律那么不尽如人意，从立法到司法，从执法到守法，都那么令人失望。其中一个重要的原因，就是很多所谓懂法律的人，要么是办公室的小女孩，要么是苹果里的小虫子。一个明显的例子就是中国对西方法律的移植中遭遇的众多失败。一个很好的法律规则，经常借到中国就走样了，不管用了。每碰到这种情况，中国的法律人从不怪自己工作没做好或者自己的产品质量差，却一味责怪中国民众缺乏现代法律意识。这种行为就是不怪自己写错了挽联，反怪人家死错了人。一个具体的法律规则跟产生它的社会环境有着血肉相连的关系。一个规则移植到不合适的社会土壤上死了，是该责怪土壤不合适呢？还是责怪移植者的失职呢？”

“然而实用主义者却不在意这些，只要能实实在在的具体的规则让他们“用”就够了。哪怕这些规则在实际运作中半死不活、模棱两可，他们照样可以为之作注而成为专家；他们照样可以因此来谋生或显示权威；他们照样可以靠它收取诉讼费和律师费。至于



规则为什么死,又怎么才能活,都‘不是法律’,跟他们没有关系。我也无须跟他们谈这些,因为这个话题太沉重,也太抽象,他们不感兴趣。

“这样,我说点有趣的吧。”方先生突然来了兴致,“我让你们猜个字谜,一个英语字谜。注意!我要说英语了,你们听好啊!”看来方先生是个很有心计的人,猜英语字谜也并非单纯的兴致,依然是为洗脱他法盲的名声,因为他了解当今很多人已失去理智的崇洋心理。只要嘴里冒出几句外语,即使他真的是法盲,也会有一群人立即不认为他是法盲了。有些人的这点德行他还是很清楚。

“What is specially made for people to break?”他说出了自己的字谜,“明白么?这个字谜是说:什么东西制造出来是专门供人们打破的?猜出来了么?不是玻璃,也不是碗。对,答案就是法律!

“经常听人说,法律是让人们来遵守的。凡说这话的人,对法律的认识必然极其浅薄,也可以说是个法盲。实用主义者应该明白这一点,因为他们觉得法律是拿来用的。但法律的“用”是怎么样的呢?就是有人违反了它,然后我们按照法律的规定让他负责任。所以法律的用处只能体现在被违反上,从来不被违反的法律是无用的、废物的法律,也就不成其为法律。例如古代的法律曾禁止用巫术杀人,但现代恐怕已经没有这法律了。因为古代的人们相信并使用巫术杀人,从而违反古代的法律。现代的人不相信也不使用巫术杀人,这类法律就没有存在的理由了。因此,制定法律不是为了让人们遵守,而是为了让人们违反。

“这个字谜实际上体现了法律本质概念。局限于纯粹法学领域内的人和法律实用主义者们猜不出这个字谜,说明他们不能获得对法律本质概念的理解,因为这一理解需要实在法和抽象法的