

孙笑侠 著

法理文库

法的现象与观念

山东人民出版社

孙笑侠 著

法的现象与观念

图书在版编目(CIP)数据

法的现象与观念 / 孙笑侠著. — 济南: 山东人民出版社, 2001. 4

(法理文库 / 徐显明, 谢晖主编)

ISBN 7-209-02745-9

I. 法... II. 孙... III. 法理学-范畴-研究
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 17526 号

法的现象与观念

孙笑侠 著

*

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

新华书店经销 日照日报社印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 11.875 印张 4 插页 300 千字

2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷

印数 1-3000

ISBN 7-209-02745-9

D·679 定价: 21.00 元

自序

再版说明

1995年初,我把当时花了10年左右的时间所写的书以《法的现象与观念》为题交群众出版社出版。此次再版,除增加了第十三章、第十四章和第十五章外,还删去原第八章,并以近作《决定与交涉——程序正当观》来补上。这四章内容基本上是我近年来的新成果。除了感谢原版责任编辑、群众出版社张忠华女士之外,还应当感谢山东大学法学院谢晖教授和山东人民出版社李怀德先生。

作者

2001年2月10日于杭州

自序

应当从法的社会实践中 去认识法现象、确立法观念

法是社会现象,因而是运动中的法,而不是纸面上的法。法社会学创始人、奥地利法学家埃利希首先提出并使用了“活法”(living law)的概念,它是指法律以外在现实生活中实际上起法律作用的那些现象。他认为“法律发展的重心不在立法、不在法学,也不在司法判决,而在社会本身”。社会运动决定了法律领域的各种现象也是运动的。我们如果进一步仔细观察就会发现,法的此现象与彼现象之间存在着诸多复杂的关系,它们互相关联、互相作用,形成一对对矛盾对立统一关系。比如立法中的规律与意志的关系,权利与义务关系,法律发展中的民族化与国际化的关系,法律体系中的公法与私法关系,法律上的个体利益与社会利益,等等,这正印证了马克思主义唯物辩证法的矛盾规律理论。

在我们进入社会主义市场经济建设之后,法学理论界非常关注法律观念的问题。我们知道法观念并不是凭空产生的,我们也明白法观念来源于法的社会实践。但是法观念本身是怎样产生和存在的?法观念与社会关系运动的关系如何?这些问题并未引起

我们重视。法观念实际上存在于对法现象的认识以及存在于如何处理各种法现象关系的过程中。法观念实际上意味着:它是处理法现象中的矛盾对立统一关系的一种思维方法。培养一种法观念离不开正确认识和处理各种法现象之间的关系。而要正确认识法现象,就必须到法的社会实践中去。法学如果不结合法的社会实践,那么,它将不能获得真正的研究成果,也不能为法律的社会实践提供有用的理论。

同样,法理学应当把法现象与法观念问题放到法律的社会实践中去研究。但是,不难断言,我国法理学对什么是真正的社会实践,还缺乏认识。这与我国法学的政治功利性、法学的实践观念分不开。我国法理学政治功利的实践观,其实是违背历史唯物论的,它把实践主体单一化为执政者。正是它导致法理学附和政治局势随波逐流,因而法理学形成不了:相对稳定的核心理论范畴与范畴体系;适宜而多样的理论方法;批判性地服务于实践的观念和思想。作为法理学成熟的这三个标志,它们都与法理学者的实践观直接相关,因为实践是产生法理学核心问题和提炼法理学范畴的生活渊源,是选择法理学研究方法的客观标准,是构成法理学理论思想的社会基础。撇开经济繁荣与政治开明的背景因素,决定法理学成熟的无疑是法理学者的指导思想和价值取向。联想西方众多法理学名家的实践经历以及中国传统知识分子人格的两种极端——御用务实型和孤傲厌世型,我们不能不深究,从事法理学这一具有鲜明实践性研究的人们,该如何甄别真假“实践”?在今天,理论与实践关系的真理要求我们在改变实践主体观的同时,还要改变实践的时空观、运动观和理性观。

实践的时空不该被缩小,法制实践不仅包括中国与外国的法制实践,也包括历史的与现实的法制实践。法理学既要结合法制实践的个性与共性进行考察,又要结合当前的法制实践与预期范

国内的未来实践进行研究。过分拘泥国情会限制理论视野,囿于眼前效果会阻碍理论深度。法制实践是动态发展的,法理学只局限于眼前中国法制实践问题的应急性解答,势必陷入刻舟求剑式的滑稽局面。并非一切实践都是理性的。实践的价值曾被人为地夸大拔高,似乎一切实践都是正确或理性的。准确地说应当是“实践出经验”,而经验取代不了理论。权利和权力关系之实践经验最多只能告诉我们权力与权利关系的客观规律,但不能为我们设计出权利与权力关系的理想模式。倘若没有理性智慧的评判、总结和构想,谈何设计法治模式对规律实现法律纠正和控制?所以法理学相对于法制实践需要一定的超然性和批判性精神。法理学容易沦为闭门造车式的空洞,但法理学也极容易流于急功近利式的琐碎。因为法制实践中的现象成分很复杂,偶然现象、暂时现象、表面现象甚至虚假现象并存,追求眼前适应政策与形势需要的效果,往往导致法理学没有沉淀也缺乏理性,比如我们尚未来得及深入思考市场的本质就喊出“市场经济是法治经济”的口号。实践火热与理论冷静,实践急需与理论超前本来就是不矛盾的,这种实践精神不能被等同于回避现实脱离实践的那种“清高”。仔细琢磨理论“禁区”,其实一半是由研究者自己因缺乏实践而设置的,因为有益的理论批判来源于切身的实践体验。法理学者基于责任感和良心对实践提出超现实的、批判性的意见是法理学具备建设性价值的前提。法理学没有批判性也就不具有实践性。所以法理学者应当更多地注重从实践中带批判性地寻找问题、提炼学科范畴,形成多样的理论方法和系统化流派化的理论思想。

这本书每一章都包含一对基本的法现象关系,同时,又在这对法现象关系中存在相应的法观念。我们的法制实践中存在千千万万的法现象,因而也存在许许多多的法观念。可以说,法现象与法观念的问题十分复杂,显然是这本书所无法穷尽的。这本书中所

包括的只是所有法现象和法观念中的一些基本的现象和观念,只是作者已经作过初步思考的那么一点有限的体会。

孙笑侠

1995年3月于杭州

目 录

再版说明	(1)
自序 应当从法的社会实践中去认识 法现象、确立法观念	(1)
第一章 规律与意志——立法科学观	(1)
一、法律的物质制约性	(2)
二、经济惯例与经济性规范	(9)
三、政治经验与政治性规范	(12)
四、立法能动性 with 法律理由	(17)
第二章 差异与共性——发展开放观	(22)
一、法律的民族化与国际化	(23)
二、法律国际化与民族化的关系	(26)
三、比较法中的有关问题	(30)
四、法律发展的开放观念	(39)
第三章 强制与自治——法律权威观	(44)
一、应当重新理解法律的强制性	(45)
二、法律权威的结构	(49)

一、法律的习惯性 · · · · ·	(52)
四、法律的利导性 · · · · ·	(57)
五、法律的程序性 · · · · ·	(60)
第四章 社会与个体——利益公平观 ·····	(64)
一、社会公共利益辨 · · · · ·	(65)
二、中国法律的社会公共利益政策评析 ·····	(70)
三、法律使社会利益与个人利益协调的 可能性 ·····	(77)
四、公共利益观念:公平观念的新内涵·····	(81)
第五章 公法与私法——功能平衡观 ·····	(86)
一、社会关系与法律体系结构 ·····	(86)
二、结构要素及其变迁 ·····	(91)
三、自行性调节、强制性干预和政策性平衡·····	(99)
四、三大结构要素的配合·····	(103)
第六章 俗成与法定——权利本位观 ·····	(109)
一、权利的社会事实·····	(110)
二、权利立法·····	(113)
三、权利本位是社会客观要求·····	(120)
四、体现在法律适用中的“权利本位”·····	(124)
第七章 干预与自由——权力中立观 ·····	(130)
一、市场、国家与法律 ·····	(131)

一、“宽容的干预”之必要性·····	(134)
二、社会利益与权力中立·····	(139)
四、法律与权力的中立·····	(145)
第八章 决定与交涉——程序正当观 ·····	(148)
一、法律程序概述·····	(148)
二、程序的正当性及其最低标准·····	(151)
三、现代程序的特征·····	(157)
四、现代程序的要素·····	(162)
第九章 权力与程序——行政法治观 ·····	(167)
一、近代行政法的两种功能模式·····	(168)
二、严格规则模式的危机与革新·····	(176)
三、现代行政法制度的基石——程序抗辩·····	(183)
第十章 惩罚与补偿——责任功利观 ·····	(193)
一、责任关系与责任方式·····	(193)
二、两种责任关系与责任方式·····	(197)
三、功利性补偿与道义性惩罚划分之意义·····	(203)
四、归责基础与归责要素·····	(207)
第十一章 字义与目的——解释合理观 ·····	(216)
一、法律解释的必要性与原则·····	(217)
二、从概念主义解释到自由主义解释·····	(222)
三、法律解释方法·····	(229)

四、司法解释与理性价值·····	(234)
第十二章 规则与推论——适用理性观 ·····	(242)
一、法律适用与主观性因素·····	(243)
二、法律推论的性质与意义·····	(249)
三、关于实质推论·····	(256)
四、规则与目的：法律推论的论据·····	(260)
第十三章 技能与伦理——法律职业观 ·····	(265)
一、引言：法治与“法律家之治”·····	(265)
二、法律家共同体形成的标志·····	(268)
三、威信的基础——以法官为例·····	(275)
四、法律家的思维方式·····	(279)
五、法律家职业伦理的意义·····	(287)
第十四章 形式与内容——程序矛盾观 ·····	(295)
一、法律程序的内在矛盾·····	(295)
二、内容与形式·····	(299)
三、程序目标(产出)与程序手段(成本)·····	(306)
四、大众生活逻辑与职业专门逻辑·····	(309)
五、职权主义与当事者主义·····	(315)
六、实体倾向与形式倾向·····	(319)
第十五章 理想与代价——法治政治观 ·····	(323)
一、法治与“依法治国”·····	(323)
二、法治与形式合理性·····	(328)

三、法治与政治性代价·····	(338)
四、法治国家的实践模式比较·····	(343)
五、法治国家的基础、条件与标志·····	(348)
 主要参考书目·····	 (360)

第一章

规律与意志——立法科学观

怎样的法律才是科学合理的？完全如实地反映客观规律的法律是否就是科学合理的？法律不能不反映客观规律，但是，法律不能纯粹简单地去“复印”客观规律，法律决不能等同于客观规律。法律的合理性应当表现为既反映客观规律，又体现人的需要和意志。所以合理的“理”不仅仅是规律。违背人的利益和意志的规律也是常见的，比如市场经济的竞争规律也具有不利于人的因素。立法者不应该是规律的奴隶，他们应该具有主观能动性。人定的法律之合理性问题实际上就是如何既符合规律又符合人的意志，这是法律学非常重要的问题。法律价值问题就是研究法律之于人的利益和意志的关系问题。“合理”作为一种价值范畴，它是以人的利益和意志作为评判标准的。

一、法律的物质制约性

(一) 法律的意志性与规律性

法学史上对于法律的本质问题进行过相当多的探讨,人们都论述过法律是一种意志,即法律具有意志性。曾经存在过神意论、理性论等法学思想。神意论即是把法律归结为神的意志的法学学说,其典型代表是中世纪经院主义神学家、法学家托马斯·阿奎那。理性论即是把法律解释为人的理性、人性的法学学说,其中也往往将法律作为人的意志的体现来阐述。比如法国思想家、法学家卢梭认为“法律乃公意的行为”,即后来法国《人权宣言》所谓“法律是公共意志的体现”。马克思主义创史人们也认为法律是人的意志的体现,只是马克思主义法律思想认为这种意志是统治阶级的意志。法律由人来制定,它不能不表现人的意志。它作为人类创造的一种行为规则,必然渗透着人的意志和智慧。法律的意志性表现在法律对社会关系有一定的需要、理想和价值。比如需要社会关系有秩序、安全,那么这种秩序与安全就是人对法律所寄予的希望,也就是一种意志内容。法律的意志性是不可否认的事实,但是法律的这种意志内容决不是任意或者任性。

马克思主义认为法律的内容是由物质生活条件决定的,是受客观规律制约的。马克思说:“只有毫无历史知识的人才不知道:君主们在任何时候都不得不服从经济条件,并且从来不能向经济条件发号施令。无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和

记载经济关系的要求而已”^①。恩格斯在谈到民法的时候说：“如果说民法准则只是以法律形式表现了社会的经济生活条件，那么这种准则就可以依情况的不同而把这些条件有时表现得‘好’，有时表现得‘坏’”^②。所以我们说，“马克思主义法学最主要的贡献并不在于揭示了法的阶级意志性，而在于指明了体现在法中的阶级意志与一定物质生活条件的关系，指明了法的发展不依人的意志为转移的客观性质”^③。

客观规律中最重要的是客观存在的经济生活，即一定的经济关系。而这种经济关系首先是通过社会一般规则或习惯来表现的，法律对客观规律的反映或表现是通过对社会一般规则或习惯的认可来实现的。所以法律具有规律性，它是在对客观规律的认识和把握的基础上制定的。

但是我们也不能把法律与规律等同起来。规律是客观的，而法律不完全是客观的。尊重规律和反映规律，不等于把客观规律完全照搬到法律里面。立法者根据一定的意志，除了客观地规定一些规律之外，也可能有意识地为克服规律而规定一些内容。比如人总是难以详尽地把握和认识案件的所有证据，为克服这一规律，法律规定在某些情况下允许不必考虑行为人有无过错的证据而认定其法律责任。有些法律规定是由人的主观能动性和创造性所决定的，比如在“自然资源有限”的规律下，人类能够规定“充分利用自然资源”义务。

传统法学把法律归结为“统治阶级意志的体现”，进而突出意

① 马克思：《哲学的贫困》，《马克思恩格斯全集》第4卷，第121～122页。

② 恩格斯：《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》，《马克思恩格斯选集》第4卷，第248～249页。

③ 王勇飞等编：《中国法理学研究综述与评价》，中国政法大学出版社1992年版，第65页。

志性,淡化规律性甚至抹灭规律性。这种理论势必造成立法的随意性。尽管我们也不否认法律是意志与规律的结合。但是问题在于,法律的主观与客观两方面是如何结合的?我们认为,法律对社会规律的反映,表现为立法对社会一般规则的认可。

(二)法律制定中的认可方式

认可、创制、解释和适用是法律制定的四种主要方式。以往中国法理学认为法律是由国家制定或认可,并且“制定”是主要方式,“认可”是次要方式。其实法律创制的主要方式是“认可”,即对既存的行为规则的认可。法律是以一定的社会事实为前提的,在法律的背后存在一种社会渊源。在此,“认可”是指对既存的行为规则的确认,通常有三种情况:赋予社会上早已存在的某些一般社会规则,如习惯、经验、道德、宗教、习俗、礼仪,使之具有法律效力;通过加入国际组织、承认或签订国际条约等方式,认可国际法规范;特定国家机关对具体案件的裁决作出概括产生规则或原则,并赋予这种规则或原则以法律效力。其中最常见的是第一种情况。法律既是客观规律的反映又是主观意志的体现,具有意志与规律的两重性。法学史上的“自然法”观念、“理性法”观念都以不同的表述区分了“法”与“法律”,“法律”应当反映“法”的要求。这里的“法”,依笔者的理解,主要是指在一定生产方式条件下人与人在生产、交换、分配等关系中所必然产生的社会共同规则,表现为习惯、风俗、经验等等。而这种社会一般规则是客观社会规律的反映。应当指出的是,这种社会一般规则又同时具有人的意志、观念因素。

认识这一点对于理解法律的阶级性与社会性的关系 also 具有重要意义。法律的阶级性主要是指法律是统治阶级意志的体现,法律的社会性主要是指法律具有非阶级性的一面,即法律的共同性。