

张文显法学文选

卷二

法的概念

张文显 著

The Concept of Law

法律出版社

张文显法学文选 卷二

法的概念

张文显 著

The Concept of Law

出版说明

张文显是我国著名法学家、教育家，吉林大学哲学社会科学资深教授，国家二级大法官，中国法学会副会长。1977年毕业于吉林大学法律系，之后在职攻读研究生，先后获得法学硕士和哲学博士学位，并留学美国哥伦比亚大学。三十四年来，他一直活跃在我国法学研究与法治实践的舞台上，致力于中国特色社会主义法学理论体系的建构、法学教育的改革与创新、中国特色社会主义法治建设理论的探索，在法学界和法律界形成了广泛的影响力。早在1994年，司法部有关部门的统计数据显示，他是法学界论著被引用率最高的三十六位学者之一，并排序在第四位。根据南京大学中国社会科学研究评价中心“中文社会科学引文索引(CSSCI)”的统计，他的论著被引用率一直位居法学界前十位。另据“中国人文社会科学学术影响力报告(2000—2004)”统计，在2000年至2004年法学论文被引用次数最多的前十位作者中，他位列第六名。2008年，改革开放三十年之际，他的论文《从义务本位到权利本位是法的发展规律》入选由王仲方等主编的《走向法治——30篇影响中国法治进程的法学论文》。2009年，在中华人民共和国六十华诞之际，《中国法律》评选出建国六十周年对新中国法学和法治建设最有贡献的六十位法律人，并在该刊《新中国60年法律人群英谱》中逐人介绍，他

是其中之一。三十四年来,他撰写了大量文稿,在国内外做过近百场讲演和报告,这些文稿和讲演从不同方面反映了改革开放新时期我国法学研究、法学教育、法治建设的进程,具有很高的学术价值。适逢张文显甲子新开之际,应学界同仁盛情相邀,获法律出版社鼎力支持,遂成立编辑小组,编辑出版《张文显法学文选》。

《张文显法学文选》按照“十卷成集,单卷为著”的原则处理文稿的归类分卷问题。全书分为十卷。其中,《法学的理论与方法》、《法的概念》、《权利与人权》、《西方法哲学》、《部门法哲学》、《法治与法治国家》、《司法理念与司法改革》和《法学教育》,相应收录了著者主要研究方向的相关文稿;《学术讲演集》和《学术评论集》则分别收录了著者的部分学术讲演文稿和学术评论文稿。

《张文显法学文选》共精选各类文稿 351 篇,其中 67 篇系首次公开发表。所选文稿或万言长篇,或百字短文,均具有思想性、学术性和标志性,反映了著者的法学理论和研究范式,同时也展现了著者的学术历程。

《张文显法学文选》所收的文稿包括:著者在报刊或论文集上公开发表过的论文、文章和访谈,参与撰稿的著作、教材、文献中某些重要的章节,未公开发表的论文、文章、讲演文稿,为他人的著作、教材、学术思想、学术人生所撰写的序言或评论,为自己的专著和主编的丛书、教材、文集所撰写的序或后记,以及著者的硕士学位论文和博士学位论文。另外,为更好地体现学术讨论和争鸣的原貌,本文选还收录了其他学者对以上文稿的部分评论文章。

《张文显法学文选》收录文稿时采用以下技术方法:文稿在发表后被转载、收录的,按同一文稿对待,只收录首次发表的文

稿；文稿同时在报刊和论文集上发表的，只收录报刊上发表的文稿；未公开发表的同名文稿在多个会议、讲座上宣读过的，只收录最优版本的文稿；个别题目相同或接近但内容有实质性不同的文稿，按不同成果对待，同时收录。

《张文显法学文选》所收文稿，大部分保持原貌，只校正文稿中的错字、漏字、衍字以及明显有误的标点符号，订正错误的引注。少量改动的文稿主要存在于以下情形中：有些文稿原来的文本比较长，发表时报刊杂志社限于篇幅进行了删减，本次按照原文本收入；有些文稿之间论题相同或接近，因而内容难免重复，本次在不影响原文整体性的前提下做了适当删节；有些文稿（主要是一些从著作和教材中选取出来的）采用了节选的方式；有些文稿最初是以讲演文本（或讲演录音稿）的形式出现，本次收入时适当进行了编辑加工；有些文稿发表时有“提要”、“关键词”等，本次予以全部删除。

《张文显法学文选》为每篇文稿标有题注。题注内容包括：对文稿发表时所使用的笔名做出说明，合著文稿的合作作者的姓名及排序，文稿首次发表的报刊或其他出版物的名称、时间，文稿被权威性文摘刊物转载或摘录情况，文稿再次发表或收入学术文集或其他出版物的情况，文稿以其他语言文字版本出版的情况，文稿在会议或讲座上的宣读情况，以及编辑小组认为应当做出说明的其他情况。

在编辑本文选时，著者逐篇审定了全部文稿。

《张文显法学文选》编辑小组
2011年6月20日

著者序

学术是我生命中的永恒追求*

尊敬的老师们、同事们、同学们：

此时是我生命中最激动的时刻！作为一名法学教师，受聘担任吉林大学哲学社会科学资深教授，我深感这是崇高的荣誉、崇高的职务、崇高的使命。吉林大学是一所著名高等学府，有着深厚而优秀的哲学社会科学学术传统。吉林大学哲学社会科学资深教授在某种意义上代表着我国哲学社会科学领域的最高学术声望，对于以学术至上为永恒追求的我来说，没有比受聘担任这一职务更加让我满怀激情和感动的事情了。此时也是我生命中最感恩的时刻。我感谢吉林大学在那个特殊的年代接纳了我，并一直重点培养我，我所值得自豪的一切都是学校给予的；感谢法学院和理论法学研究中心，是这个优秀团队成就了我的学术事业；感谢学校党政领导和各级学术委员会对我学术工作的肯定和信任，聘我为哲学社会科学资深教授。

* 本文是2009年6月18日张文显在吉林大学哲学社会科学资深教授聘任仪式上的致辞。谨以此作为本文选的著者序。

2 著者序

1977年,我从吉林大学法律系毕业并留校任教,从此以后,我以学术为生命,将学术与生命等价。三十多年来,唯有学术能够记载我的人生轨迹,诠释我的人生价值;也唯有学术能够映射我的青春,延伸我人生的意义。即使在担任吉林省高级人民法院院长和国家大法官以后,学术仍然是我重要的活动领域。这不仅体现在我的时间、精力和资源配置上,更体现在我对法学理论的拓展和深化上。在履行维护公平正义、维护人民利益、促进社会和谐和司法职责的同时,我也把司法活动作为实践、检验和创新法学理论的平台,作为发展法学这门实践科学的基地,作为获得法律经验和法学研究第一手资料的一次“留学”。我在践行追求真理、追求公正、追求和谐的法官职业精神的同时,也在深切地体验着法哲学的至理名言。例如,古罗马法学家塞尔苏斯说过:法律是善良与公正的艺术。我体验到法官就是实现公正与善良的艺术师,法官以自己的良知和智慧维系着法律公正和社会良善。美国最著名的大法官之一霍姆斯说过:法律的生命不在于逻辑而在于经验。我体验到法官就像富有经验的“中医”,他不是照抄法学教科书上的处方给病人开药治病,而是要凭借深厚的专业知识和丰富的实践经验分辨是非、判断利弊、合理推论、做出裁判。我国古代思想家孟子说过:徒善不足以为政,徒法不足以自行。我体验到法律与道德相结合的治国真谛,更深感培养大批高素质法律人才的重要性和紧迫性。诸如此类的经历和体验对于提高法学研究水平和法律人才培养质量是十分宝贵的。我的司法经历和体验正在不断地以理论形态和学术规范加以阐述和传播。

2008年初,在我工作变动前后,教育部部长与其他副部长和我谈话,谈话中他们都说:“文显,你永远都是教育界的人。”这句话让我深深感动,这句话也牢牢锁定了我毕生的学术和教

育责任。教育部除了让我继续担任教育部学科发展与专业设置专家委员会副主任委员、教育部高等学校法学学科教学指导委员会主任委员之外,新任命我担任了教育部社会科学委员会法学学部召集人、第六届国务院学位委员会学科评议组成员。另外,我还担任着全国博士后管理委员会法学学科召集人、国家社科基金法学评审组副组长、中国法学会副会长、东亚法哲学学会理事长等重要学术职务。这些职务都注定了我的学术使命、学术情结和学术责任不可改变。

受聘担任吉林大学哲学社会科学资深教授,更使得学术成为我终生的事业。为此,我将致力于弘扬现代学术精神,营造解放思想、勇于创新、海纳百川、有容乃大的学术氛围;致力于学术传统的演进和学术范式的变革,坚持并创新以权利本位论为标志的学术传统和研究范式,继续推进中国法学进步和法治文明;致力于学术规范化和学风道德化建设,推动学术自由、学术民主、学术廉洁等方面的制度建设和风气建设;致力于优秀学术团队的培养和发展,引领团队成员心往一处想、劲儿往一处使,将每个人的学术潜力发挥到极致状态,继续保持我校法学理论专业在国内的优势地位和在国际上的影响力;致力于组织重大学术研究和学术活动,在即将完成中央马克思主义理论研究和建设工程法理学教材编写任务之际,我已着手中国特色社会主义法学理论体系研究重大课题的前期策划,并正在组织一系列高端学术会议和论坛;致力于学术研究成果的实践转化,使之充分体现哲学社会科学认识世界、传承文明、创新理论、资政育人、服务社会的核心价值。

同志们、同学们,今天的聘任仪式是我学术道路上新的里程碑,也是我更高学术使命的起点。路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。我将始终坚持我所信奉的“自强不息”、“止于至善”的人

4 著者序

格精神,艰苦奋斗、追求卓越、无私奉献,用自己的学问、学识和学品来证明:我无愧于今天的聘任仪式,无愧于前来参加仪式的每位嘉宾,无愧于学校党政领导和师生员工的重托!

我永远与我深爱的吉林大学在一起!永远奋进在中国法学前行的道路上!

目 录

出版说明

著者序 学术是我生命中的永恒追求

1. 法的概念	/1
2. 马克思主义法律观的几个问题	/26
3. 法律社会学的法概念	/38
4. 论法的质和法的本质	/46
5. 论法律价值	/62
6. 论法的作用	/101
7. 论法在建设有中国特色社会主义中的作用	/115
8. 法的起源与历史类型	/126
9. 法律发展的概念	/142
10. 继承·移植·改革:法律发展的必由之路	/148
11. 市场经济与现代法的精神论略	/165
12. 法的渊源与效力	/178
13. 法律体系与分类	/192
14. 社会主义法律体系的“中国特色”和“中国经验”	/205
15. 关于法律法规清理的几个问题	/213
16. 论法的要素	/221

2 目 录

17. 法律行为的概念及其特征	/235
18. 法律行为的结构分析	/244
19. 法律关系论纲	
——法律关系若干基本问题的反思	/254
20. 法律责任论纲	/270
21. 论法的运行	/286
22. 略论法律解释及其原则	/304
23. 论法律解释与立法解释	/311
24. 论社会主义法制和共产主义道德	/344
后 记	/392

法的概念^{*}

任何研究的出发点都是研究对象的本体的性质。所以,法学一开始就要提问“什么是法律”,即法的概念问题,并把对这一问题的回答和解读作为法的本体论,进而作为整个法学知识体系和理论体系的基石。

一、法的词义和语义分析

在汉语中,“法”成字的年代难以确定。据我国历史上第一部字书《说文解字》考证,“法”的古体是“灋”。“灋,刑也,平之如水,从水;灋,所以触不直者去也,从去。”¹这一解释有三点值得注意:第一,在商周时代,法和刑是通用的。《尚书》中亦有类似的记载。第二,“水”不仅有“公平的”象征性含义,而且有“裁判的”功能性的含义,把罪者置于水上,随流漂去,有驱逐的意思。第三,“灋”据说是一种独角神兽,性中正,辨是非,在审判时被触者即被认为败诉

* 张文显自 20 世纪 80 年代以来致力于法的概念研究,并多次以“法的语义分析以及中国法学界关于法的本质的论战”为主题进行学术报告,本文以张文显《法学基本范畴研究》(中国政法大学出版社 1993 年版)的相关内容为主,同时综合了作者其他研究成果。

或有罪,所以“去之,从去”。我国现代著名法史学家蔡枢衡对“灋”字有新解。他认为:“灋”古音为“废”,“废”等于“禁止”,法是以有禁止之义。蔡先生的这一解释,从法律文化的角度有一定的道理,但从词源学的角度,难以认证。

在古代文献中,“法”除与“刑”通用外,也往往与“律”通用。据我国《尔雅·释诂》记载,在秦汉时期,“法”与“律”二字已同义,都有常规、均布、划一的语义。《唐律疏议》更明确指出:“法亦律也,故谓之为律”,并称战国李悝“集诸国刑典,造《法经》六篇……商鞅传授,改法为律”。²

“法”与“律”复合,作为“法律”独立合成词,在古代文献中偶尔出现过,但主要是近现代的用法。清末以来,“法”与“法律”是并用的。但由于“法律”有广义和狭义之分,广义的“法律”泛指法的整体,狭义的“法律”特指拥有立法权的国家机关依照立法程序制定的规范性文件,为了避免造成混乱,学者们有时把广义的“法律”称为“法”。

在西文中,含有“法”、“法律”语义的词更为复杂。除英语中的 Law 同汉语中的“法律”对应外,在欧洲大陆各主要民族语言中,广义的法律(法)与狭义的法律分别用两个不同的词来表达,如拉丁文的 jus 和 lex,法文中的 droit 和 loi,德文中的 recht 和 gesetz,俄文中的 право 和 закон,等等。特别值得注意的是,jus、droit、recht、право 等词语不仅有“法”的语义,而且都兼有权利、公平、正义等内涵。西方学者为了区别起见,不得不在这些词语的前边加上“客观的”或“主观的”的定语,于是有“客观法”和“主观法”的称谓。所谓“客观法”指抽象的、不依个人的主观意志和行为而客观存在的法律规范;所谓“主观法”则指属于主体的并需通过主体的活动而实现的合法权利。有的学者用“法律是客观的权利,权利是主观的法律”来解释客观法与主观法。还有的学者把“法”和“法律”二元化,使之成为对立的范畴。在他们看来,法指的是永恒的、普遍有

效的正义原则和道德公理,而法律则指由国家机关制定和颁布的具体行为规则。法律是法的真实或虚假的表现形式。这种二元结构是西方法律文化传统中特有的,是“自然法”(理想法、正义法、应然法)与“实在法”(现实法、国家法、实然法)对立观念的法哲学概括。这种源于古希腊和古罗马的法律文化传统,使西方法学在方法论上呈现出对实在法的审视意识和批判精神。现代自由主义经济学、政治学和法学大师哈耶克认为,法比立法历史更久远。立法仅是人类手中的创造物,而法不是。在人类的手中,立法既可以用来创造善,也可以用来极端作恶。立法可以由立法者肆意改变,而谁也改变不了法的最高原则。法律实证主义者将法从法律的概念中排除掉,这必将给人类带来厄运。只有在法的监督下而形成的法律秩序中,人才可能获得自由。³

以上对“法”的词源和词义的考证和比较,只是简要说明了“法”作为一个符号的演化过程,要揭示它所标识的事物及其本质和特征,则是十分重要又颇为困难的理论工作。

二、法的定义

英国法学家哈特曾经引用圣·奥古斯丁关于时间的著名说法来说明给法下定义的困难。圣·奥古斯丁说:“什么是时间?若无人问我,我便知道;若要我向询问者解释,我便不知道。”⁴正是在这方面,即使最有经验的法学家也会感到,虽然他们知道很多法律,但却难以给法下个适当的定义。正像一个人,他能在一群动物中认出大象,却不能给大象下个准确的定义。

不过,由于法学不能没有法的定义,自古以来,无数思想家、法学家呕心沥血、绞尽脑汁,提供了琳琅满目的释义。这些释义大致可以分为两大类:一类是非马克思主义的,一类是马克思主义的。

非马克思主义的学者主要是从以下三个不同的角度给法下定义的:

(一)从法的本体下定义,说明法是什么
在这方面比较有代表性的定义有:

1. 规则说

法即规则。例如,我国古代著名思想家和政治活动家管仲说:“法律政令者,吏民规矩绳墨也。”⁵清末著名法学家沈家本说:“法者,天下之程式,万事之仪表。”⁶西方中世纪神学家托马斯·阿奎那说:“法是人们赖以导致某些行动和不作其他一些行动的行为准则或尺度。”⁷现代西方法学中的法律实证主义者更明确地把法定义为一个社会为决定什么行动应受公共权力加以惩罚或强制执行而直接或间接地使用的一批特殊规则。

2. 命令说

法即命令。例如,英国哲学家、分析法学的先驱人物霍布斯说:“法是国家对人民的命令,用口头说明,或用书面文字,或用其他方法所表示的规则或意志,用以辨别是非,指示从违。”⁸分析法学的另一位鼻祖边沁说,法是国家行使权力处罚犯罪的威吓性命令,分析法学理论的集大成者奥斯丁也说过法是无限主权者的命令。

3. 判决说

法即判决。例如,美国法学家格雷说:“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。当法院做出判决时,真正的法才被创造出来。”⁹美国法学家卢埃林说:法不是本本上的官方律令,法存在于官员或平民的实际活动中,特别是存在于法官的审判活动中。官员们关于争端所做的就是法律。¹⁰美国现实主义法学家弗兰克说:“就任何具体情况而言,法或者是(1)实际的法,即关于这一情况的一个过去的判决;或者是(2)大概的法,即关于一个未来判决的预测。”¹¹

4. 行为说

法即行为。例如:美国后现代主义法学家、法律行为主义论者

布莱克认为：“法存在于可以观察到的行为中，而非存在于规则中。”¹²

(二)从法的本源下定义，着重说明法的基础或法自何出在这方面，比较有代表性的定义有：

1. 神意说

法即神意。古代社会的“君权神授”理论包含的法观念几乎都主张法自神出，是神(上帝、先知等)为人类规定的行为标准。甚至连亚里士多德也说过：“法律恰恰正是免受一切情欲影响的神祇和理智的体现。”¹³现在，神学的自然法学家仍然主张法是上帝的意志的体现。

2. 理性说

法即理性。例如，古罗马思想家西塞罗说：“理性一存在就成了法律；它是与神的心灵同时出现的。因此，运用于指令和禁令的真正且首要的法律就是至高无上的朱庇特的正确理性。”¹⁴我国宋代哲学家朱熹说：“法者，天下之理。”¹⁵

3. 意志论

法即意志或意志的反映。例如，卢梭说：法不过是“意志的记录”，“公意的宣告”，就是说法所体现的意志是普遍的或共同的意志，“一个人，不论他是谁，擅自发号施令就绝不能成为法律。”¹⁶罗伯斯比尔说：“法是什么？这是按照它与理智、正义和自然界的永恒法则所具有相同程度，自然表达或多或少符合民族权利和权益的共同意志。每个公民在这种共同意志中都有自己一份，都和自己有利害关系；从而他甚至应当运用自己的全部知识和精力来阐明、改变和改善这种意志。”他还说：“法律是人民意志的自由而庄严的表现。”¹⁷黑格尔也认为法即意志的表现。他说：“法的基地一般说来是精神的东西，它的确定的地位和出发点是意志。意志是自由的，所以自由就构成法的实体和规定性。至于法的体系则是

实现了的自由的王国。”又说：“任何定在，只要是自由意志的定在，就叫做法。所以一般说来，法就是作为理念的自由。”¹⁸

4. 权力论

法即权力的表现或派生物。例如，中国古代法家代表人物商鞅说：“法者，宪令著于官府，刑罚必于民心，赏存乎慎法，而罚加乎奸令者也。”¹⁹韩非说：“法者，编著于图籍，设之于官府，而布之于百姓也。”²⁰美国法律人类学家霍贝尔说：“这样的社会规范就是法律规范，即如果对它置之不理或违反，按例就会遇到拥有社会承认的，可以这样行为的权力的人或集团，以运用物质武力相威胁或事实上加以运用。”²¹

5. 必然论(规律论)

法即某种必然关系或规律。例如，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。在这个意义上，一切存在物都有它们的法。”²²孟德斯鸠意识到法是有规律的，因而要研究法的规律，但他把法律等同于规律，是不可取的。

(三)从法的作用或功能下定义，着重说明法的工具性在这方面比较有代表性的定义有：

1. 正义工具论

例如，亚里士多德说：“要使事物合于正义(公平)，须有毫无偏私的权衡；法律恰恰正是这样一个中道的权衡。”²³我国清末资产阶级启蒙思想家梁启超也说过：“法者，天下之公器也。”²⁴

2. 社会控制论

法是社会控制的手段。例如，我国汉代思想家桓宽说：“法者，刑法也，所以禁强御暴也。”²⁵美国法学家庞德说：“我把法理解为发达的政治上组织起来的社会高度专门化的社会控制形式——一种通过有系统有秩序地适用社会强力的社会控制。在这种意义上，它是一种统治方式，我称之为法律程序的统治方式。”²⁶