

THE JOURNAL OF MARXISM AND LAW

总2017年第一卷

马克思主义与法律学刊

西北政法大学马克思主义法学研究所◎主办

李其瑞 主编

THE JOURNAL OF MARXISM AND LAW | 总2017年第一卷

马克思主义与法律学刊

西北政法大学马克思主义法学研究所 © 主办

李其瑞 主编

中国民主法制出版社

2017年·北京

图书在版编目(CIP)数据

马克思主义与法律学刊. 总 2017 年第一卷/李其瑞主编. —
北京:中国民主法制出版社,2017. 10
ISBN 978-7-5162-1658-3

I. ①马… II. ①李… III. ①马克思主义—法学—文
集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 243277 号

图书出品人:刘海涛

出版统筹:乔先彪

责任编辑:庞从容 程王刚

书名/ 马克思主义与法律学刊(总 2017 年第一卷)

作者/ 李其瑞 主编

出版·发行/ 中国民主法制出版社

地址/ 北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/(010) 63292534 63057714(发行部) 63055259(总编室)

传真/(010) 63056975 63292520

http://www.npcpub.com

E-mail:flxs2011@163.com

经销/ 新华书店

开本/ 16 710 毫米×1000 毫米

印张/ 11 字数/ 180 千字

版本/ 2017 年 11 月第 1 版 2017 年 11 月第 1 次印刷

印刷/ 北京天宇万达印刷有限公司

书号/ ISBN 978-7-5162-1658-3

定价/ 36.00 元

出版声明/ 版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

马克思主义与法律学刊

The Journal of Marxism and Law

总 2017 年第一卷

主管单位:西北政法大学

主办机构:西北政法大学马克思主义法学研究所

编委会委员(按姓氏拼音排序):

付子堂 葛洪义 龚廷泰 胡玉鸿 林进平 刘作翔
刘进田 李德顺 李其瑞 漆 思 谢 晖 薛晓源
严存生 杨宗科 於兴中 周 凡 朱景文

主 编:李其瑞

执行主编:邱昭继

责任编辑:李其瑞 邱昭继 高 杨 杨静哲 李 朝 王 进
王金霞 刘熊擎天

编辑部地址:陕西省西安市长安南路 300 号西北政法大学《马克思主义与法律学刊》编辑部,邮编 710063,联系电话 029-85385168、029-85385194

投稿邮箱:marxistjuris@126.com

刊物网站:<http://www.marxistjuris.com/>

目 录

— 卡尔·伦纳专题 —

003 卡尔·伦纳的法哲学及其对转型中国的意义(刘熊擎天)

016 走向分析实证的马克思主义法学

——卡尔·伦纳法律思想述评(王家国)

032 现代英国法中财产的功能

——评卡尔·伦纳《私法的制度及其社会功能》(W. 弗里德曼)

— 论文 —

053 论法律在社会结构中的定位

——一种分析马克思主义的讨论(王金霞)

094 马克思实践观对法治中国建设的启示

——兼及中国法治实践学派的使命(康兰平)

109 法律的商品交换理论

——帕舒卡尼斯法律思想研究(李金龙)

— 评论 —

139 尤金·卡门卡论法律和正义(於兴中)

150 E. P. 汤普森的法治思想(周亚玲)

163 英文标题、摘要及关键词

卡尔·伦纳专题

卡尔·伦纳的法哲学及其对转型中国的意义

刘熊擎天*

摘 要:卡尔·伦纳在新康德主义理论的影响下,借助财产权的实证分析提出了自己的法哲学——“不变的法及其变化的功能”。其实是强调“法的不变”与“法律功能的变化”之间的二元互动关系。对我们而言,将其法哲学置入转型中国的视野加以分析并予以借鉴,可以为构建中国特色社会主义法治理论体系提供一种新的理论资源。

关键词:卡尔·伦纳 转型中国 法治建设

一、引言:卡尔·伦纳法哲学的肇启——新康德主义

卡尔·伦纳,一名传奇般的马克思主义者,却在当今的马克思主义法学研究中名不见经传。这主要归因于其所开创的独特视角的马克思主义法学研究进路——分析实证的马克思主义。在一度神话马克思的年代中,卡尔·伦纳却秉持马克思式的批判精神,形成了对马克思主义学说的独到见解,其借助分析实证主义的进路重塑马克思主义的法哲学,并开创了西方马克思主义法学的先河。

自文艺复兴和启蒙运动以降,欧陆出现了“科学”精神的滥觞。对于传统

* 刘熊擎天(1989—),湖北天门人,中南财经政法大学宪法学与行政法学专业2016级博士研究生,主要研究方向为宪法学基础理论。本文在行文过程中,吸收了美国康奈尔大学於兴中教授,西北政法大学李其瑞教授、宋海彬副教授以及张书友副教授的建议,特此感谢。但文责自负。

哲学思维方式的批判成为这一时期的主流,其间出现了马克思的唯物辩证法,还有奥古斯特·孔德的实证哲学等诸多具有批判性的理论。其中比较突出的当属孔德的实证哲学。较于传统哲学的虚幻、无用、犹疑、模糊以及形而上学,实证哲学使人类思维方式脱离了神学与形而上学,更加强调真实、有用、肯定、精确和相对而非绝对的必然倾向。^[1] 实证主义摒弃了自然哲学在具体学科运用中的抽象问题,成为人们认识世界、从事科学研究活动的新的理论方法。

随着实证哲学的发展,实证研究方法逐渐传播到德国、奥地利等欧陆国家,并产生了深远的影响。虽然卡尔·伦纳的法哲学肇启于该时期,但其并非依赖于实证主义法学的发展。^[2] 相反,其主要受到了新康德主义思潮的影响。虽然新康德主义兴起时间稍晚于实证主义,但在德国国内具有深远的影响力。在 1871 年巴黎公社失败后,欧洲各国的工人运动进入了一个相对平稳的时期。此时,资产阶级希望利用工人们的斗争精神,将其引向改良的道路。而新康德主义成为了它们的首选,借助新康德主义中的现象主义和信仰主义伦理来代替马克思的阶级斗争学说。而且新康德主义契合了 19 世纪下半叶自然科学的发展所要求的哲学认识论和方法论的创新。可以说,以复活和解释康德哲学为特征的新康德主义将欧陆流行开来的实证主义同德国传统哲学相结合,并逐渐成为当时德国资产阶级哲学的主流。

在 1891 年退伍并考入了维也纳大学法律系之后,卡尔·伦纳就开始钻研马克思主义的政治哲学、经济学和社会学。大学毕业后其结识了新康德主义马克思主义者马克斯·阿德勒,并在他影响下开始了长达 43 年的政治生涯。基于这种情况,加之深受阿德勒的新康德主义马克思主义的影响,卡尔·伦纳于 1904 年出版了《私法的制度及其社会功能》一书,并发表了一系列马克思主义的文章。从这些文献可以看出,欧陆实证主义思潮的影响以及新康德主义的理论特质促使卡尔·伦纳欣然接受了这一用注重眼前利益和“事实”的现象主义理论,并通过经验实证的进路来阐释自己的法哲学。

[1] 在孔德看来,实证精神具有建构的性质,一方面它“包括了到处由相对代替绝对的必然倾向”,另一方面“它的使命主要是组织,而不是破坏”。参见[法]奥古斯特·孔德:《论实证精神》,黄建华译,商务印书馆 2001 年版,第 29—31 页。

[2] 对实证主义哲学与实证主义法学关系的看法,学界现在普遍认为两者基本出现于同一时期,并不存在谁先谁后的问题,两者在发展过程中相互影响,相互促进。具体可参见江怡:《什么是实证主义:对它的一种史前史考察》,《云南大学学报(社会科学版)》2003 年第 5 期,以及陈锐:《论分析哲学与分析法学之间的内在关联》,《比较法研究》2010 年第 2 期。

二、卡尔·伦纳的法哲学：“不变的法及其变化的功能”

卡尔·伦纳注意到法律,尤其是奥地利民法理论中缺乏“严格的理论假设、精密的测试设备、精确的语言、对实证研究和规范性研究的明确分辨、资料的数量化、可信的受控实验、严格的统计推论、有用的技术副产品、可测定结果的显著干预等”^{〔1〕},而且传统自然法中的“正义”和“天赋人权”等概念无法通过经验加以证实^{〔2〕}。因此,在研究过程中,他倾向于“法律是人类外在行为的一般规则,它是由一个主权政治的权威所施行”^{〔3〕}的观点,并借用实证分析的方式来研究财产法律规则与其社会功能之间的关系,提出了“不变的法及其变化的功能”的法哲学。

论述伊始,卡尔·伦纳就摆明了自己实证主义的立场——无论是法典、成文法、指令、权威机构、法官的判决、契约及私人间的其他法律,只要是白纸黑字写明的都是现代意义上的法律。^{〔4〕}他先从法律语言方面入手,研究立法语言中表述禁止性规范和义务性规范时所使用祈使句的现象,并提出了同霍菲尔德类似的结论。^{〔5〕}不过,即便以全体民众的名义由国家制定出来的法律(制定法)是法学理论的元问题,但他却认为法学家最应该关注的问题是法律规则的社会效果,而非法律结构或者立法本身。因此,他的研究不仅使用了分析的方法,而且大量借鉴了经济学和社会学的方法。

在法律演进过程中,法律规则(制度)及其社会功能之间存在这样的“规律”:法律制度是法律演进过程的终点,同时又是法律社会效果的起点。^{〔6〕}虽

〔1〕 [美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第89页。

〔2〕 [美]唐纳德·J.布莱克:《法律的运作行为》,唐越、苏力译,中国政法大学出版社2004年版,第2页。

〔3〕 Thomas Erskine Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 13th ed., New York: Oxford University Press, 1924, p. 42.

〔4〕 参见[奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第42页。

〔5〕 霍菲尔德曾于1913年和1917年在《耶鲁法学季刊》上面发表两篇同名文章,即《司法推理中应用的若干基本法律概念》和《司法推理中应用的基本法律概念》(编者为了以示区分而翻译为两个不同的名称)。他认为对概念定义的随意性和目的性使得概念意义的混乱造成法学界内部的矛盾,而具有多义或不确定含义的术语也会造成司法推理中的混乱。因此,他形象地把这些术语称为变色龙般的(chameleon-hued)词语。参见[美]霍菲尔德:《基本法律概念》,张书友编译,中国法制出版社2009年版,第26—27页。与此不谋而合,卡尔·伦纳认为,在实践中,同一个法律术语用于不同法律制度和经济制度的事时常发生,而且这可能导致混乱。参见[奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第47页。

〔6〕 参见[奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第51—52页。

然这个理论性的概念仍有待实证分析,但卡尔·伦纳认为这就是法律学者的任务——证明法律制度的社会功能产生的超出其本身的变化将会导致法律规范的转变。^[1]为此,他以财产权^[2]为例,选取财产权的组织功能、经济功能和社会功能指标^[3],进行正反论证来说明持续不变的法律和流变的经济条件之间的关系以及经济条件的变化和新规范、新法律之间的关系^[4]:一方面,法律范围之外的经济变革会剥夺法律原有的社会功能,并使其无用武之地,最终退出历史舞台;另一方面,尽管法律制度建构的规范改变了,但法律制度依旧会保有其社会功能和经济影响。^[5]正是法律制度及其社会功能之间的张力增加了卡尔·伦纳研究的实践性意义。

首先,卡尔·伦纳从财产法律制度的演变入手,梳理了财产法律制度在资本主义发展过程中的新变化——雇佣合同、买卖合同、偿还合同的出现以及劳动力和土地制度的新发展。财产规范的初始目的在于满足人追求快乐的自然本性以及功利属性。^[6]而随着资本主义的发展,雇佣合同带来了劳动力的新发展并为其注入了新的属性,这就把人强制性地划分为了资本家和工

[1] 参见[奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第49页。

[2] 卡尔·伦纳出于两方面的考量选取了财产权作为研究对象:第一,财产权这一概念是大陆法系传统罗马法中严格的个体主义概念;第二,由于经济学家对于财产权概念的滥用,使得法学和经济学这两门学科的研究方法和研究领域有了更大范围的交叉。参见[奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第15—23页。但其却没有按照分析法学的进路来辨析财产权的具体概念,而是以欧陆通说为主。这使得其法哲学对于英国法的实践意义并不明显。究其原因在于:英国法中财产权(property)通常指某人的全部财产(assets),而与其性质无关,而德国法用资产(Vermögen)来表示,其不仅含有个人的财产(estate)的含义,还包括了责任(liabilities)的含义。而且将物的分类与法律关系本身的分类区分开来的典型就是德国民法典,但是物的分类与任何物的法律关系的分类构成了英国财产法的组成部分。参见[英]F.H.劳森、[英]B.拉登:《财产法》(第2版),施天涛、梅慎实、孔祥俊译,中国大百科全书出版社1998年版,第4页。

[3] 就组织功能而言,霍布斯、洛克、卢梭等学者在“自然状态”下建构的社会并没带来平等,反而带来了“自然状态”的反自然。而卡尔·伦纳坚持马克思的观点,认为财产权意味着个人意志对于公共意志的服从。就经济功能而言,在人类利用自然和改造自然的过程中,劳动不仅成为中间的关键纽带而且还把人的社会性的一面充分展现。在劳动生产创造价值后,分配就成为由生产转向消费的主要环节,而在这样一个人类社会的一般活动中,法律就成为分配的依据。而社会功能是指脱离表象的存在,并且社会功能的多样性相互融合使得社会正常运转。

[4] 参见[奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第52—57页。

[5] 参见[奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第71—73页。

[6] 约翰·穆勒(密尔)认为,人类对于财产的追求是为实现个人最大的快乐,这是人的自然本性的体现。因此,其强调“从伊壁鸠鲁到边沁,每位倡导功利主义的思想家都认为功利主义并非是用来区别于快乐的东西,而就是快乐的本身,同样是为了避免痛苦”。参见[英]约翰·斯图亚特·穆勒:《功利主义》,叶建新译,中国社会科学出版社2009年版,第9—10页。

人阶级。较于传统社会中仅指从事小农生产和手工业的个体概念,资本主义阶段的劳动力变成了“商品”或被控制的团体概念,并受制于资本家提供的工资水准和工作环境。这带来了传统商品交易模式的变革:随着雇佣关系的进一步强化,原本表达转让含义的资本主义加工承揽合同逐渐转变为买卖合同,并把劳动力变成了可以买卖的“东西”。但这却弱化了传统农耕文明中个体对于土地的依附关系,加深了资本家和工人之间的阶级对立。而资本主义发展带来的城市化又挤压了农民的生存空间,致使其开始变卖土地和劳力,造成了城市中工人阶级比重的上升。对于资本主义财产法律制度的变迁,卡尔·伦纳秉持了马克思主义“法律的演化是受经济关系决定”^[1]的立场,认为“不变的法”的命题是存在的。

其次,卡尔·伦纳从资本家和工人两个维度来分析财产法律制度变化带来的其具体功能的变化。原初的财产权仅意味着对于财物的占有。囿于商品交换的匮乏,对于财产的使用也局限在了自然孳息的产出之上。在简单的商品交换时期,使用范围扩大为买卖与交换,因而财产权的社会功能由占有变为了占用。随着商品经济的井喷式发展,财产权也出现了专门化的功能:一方面,它成为个人自由与权利的象征;另一方面,它成为所有者手中相应的权利要素(title)^[2]、利润要素、收益要素、盈利要素以及租赁要素。与此同时,财产本身的属性也发生了分歧:一类财产依旧保持着自然属性,仍象征着个人自由与权利;另一类财产则发生了属性上的转向——转化为资本,成为资本家获得工人剩余价值的工具。这种分歧根源于资本主义发展带来的财产法律制度“独立性和自足性”的丧失。^[3]随着资本家和工人之间阶级对立的日益尖锐,财产对于两个阶级产生了不同的功能:对资本家而言,资本意味着财产法律制度经济(分配)功能的实现,将会带来财富的聚集、积累,进而发展成剥削和压迫工人阶级的工具。这时的财产权的社会功能在于对工人阶级的控制权力;对工人阶级而言,资本家的剥削与压榨并不能消灭工人阶级的自由意志和契约精神,反而让意思自治和契约精神基础上的结社权随着商品经济的发展而更加兴盛。这一方面适度减轻了资本家的剥削与压榨,另一

[1] [奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第85页。

[2] 原文中使用的title一词,其原意虽然为标题、头衔,但是在西方法律语境中,title的含义并非具有唯一性。在大多数情况下,其主要指所有权的证据和基础,是构成所有权的全部要素的集合。参见薛波主编:《元照英美法词典》(缩印版),北京大学出版社2013年版,第1345页。

[3] [奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第185页。

方面使得表达新型劳动关系的财产功能得以彰显。可见,从简单的商品生产到资本主义,财产权的社会功能一直处于流变状态。因而,“法律功能变化”的命题是成立的。

卡尔·伦纳“不变的法及其变化的功能”的法哲学虽然与马克思的观点在某些方面大相径庭,但“就任何一组思想在它的创始人神话继续存在而言,这组思想不再局限于最初的意图和内容”^[1]。这主要归因于其研究的前提:首先,欧陆法律以其自以为合理的制度形式存在着,即使法律本身不是目的。^[2] 因此,其具备马克斯·韦伯所谓的逻辑性的形式合理性。其次,欧陆的私法规范,一方面与“结构之间微妙的关系……抑制着变革……决定着变革的方向”^[3];另一方面其“作用是多种多样的,法律的目的则或许是一致的,也或许是背离的”^[4]。即使许多法律规则的功能逐渐流变,但该规则的形式却保持着“原样”。这既反映出卡尔·伦纳对马克思主义阶级分析立场的坚持,也表现出其对这一立场批判地接受。^[5] 其秉持马克思的法文化的继承性观点^[6],借助对财产权的分析,证立法的形式不变与法的功能变化之间二元互动:一方面,虽然财产法律制度在变化,但是继承性却致使其形式并未出现大幅度的变化;另一方面,财产法律制度对于过去的和域外的法律的吸收与继承并非是显而易见的,即法律规范的表面可能并无太大变化,但其表达的含义早已南辕北辙。因此,卡尔·伦纳“不变的法及其变化的功能”的法哲学证明了“如果物种的存续是每个社会秩序必需的自然法则,那么每个经济

[1] [英]埃里克·霍布斯鲍姆:《如何改变世界:马克思和马克思主义的传奇》,吕增奎译,中央编译出版社 2014 年版,第 322 页。

[2] [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社 1997 年版,第 33 页。

[3] [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社 1997 年版,第 260 页。

[4] [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社 1997 年版,第 33 页。

[5] 马克思所强调的“下层基础”和“上层建筑”的概念仅仅笼统地表达出二者之间存在某种关系,但却并未将其细化。而卡尔·伦纳通过实证研究捋顺了二者之间的关系:从某种意义上讲,法律并非马克思一味强调的“上层建筑”,而是一种“下层基础”的经济制度。因此,其得出了“经济基础搅乱甚至颠倒了规范的功能,但是规范本身却依旧完好无损”的结论。参见[奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社 2013 年版,第 276—277 页。

[6] 马克思强调的法的继承性不仅体现在某一种社会经济类型内部,还体现在不同社会经济类型间的继承性,而且继承性还主要通过两个维度表现,即时间维度和空间维度。在时间上,新的法律制度吸收了旧的法律制度的成分;在空间维度上,本国法律制度吸收了外国法律制度的成分。参见《马克思恩格斯全集》第 3 卷,人民出版社 1956 年版,第 379 页。

制度以及由之生发的法律制度也都因此必须践履这项功能”^{〔1〕}的论点,其实质是在延续马克思主义法律文化继承性理念的基础上,结合了大陆法系特有的法律逻辑性的形式合理性的特征而演变出的新理论,并“不是消解法律和政治,而是彻底地重构法律和政治体制”^{〔2〕}。

三、转型中国视野下卡尔·伦纳的法哲学的意义

卡尔·伦纳“不变的法及其变化的功能”的法哲学揭示了财产法律制度在不同历史时期、不同的社会经济类型以及不同的政治政权模式中的规律,而对这一规律的揭示和重新认识有助于推动转型时期中国的法治建设。法治建设的前提是需要有完备的法制和对立法的重视。现阶段,法制发展的同时也带来了法律冗杂、立法的政治倾向等问题。大范围的立法加快了法制现代化的步伐,但大量立法却并没有妥善解决法律条文之间的冲突。因此,如何进行有效的法律清理才应当成为衡量立法工作的新标尺。此外,在立法政治的影响下,法律规范的实效性(功能)被立法者所忽视,这致使法制发展并没能有效地转化为法治发展。可见,法制的完备性的要求、立法政治的影响以及对法律功能认识的不足都成为我国转型时期法治国家建设的掣肘。而我们有必要借助卡尔·伦纳的法哲学在转型中国视野下认真反思上述三方面问题。

1. 法制发展与法治建设的平衡

法制的概念具有丰富的含义:一方面,这意味着国家对于法律这一制度性规则的承认,认可法律制度的内容与结构,也强调法律秩序对于社会秩序稳定的意义;另一方面,法制不仅仅只具有静态的形式,其也是一个动态的过程——涵盖了从规划到立法再到法制的完整过程。其中,规划直接体现经济基础和政治结构对于法律功能的要求,立法说明统治阶级对于国家意志表达的现实化,而法律秩序“是法律规范和法制实际实现的结果”^{〔3〕}。而法治,即依靠法律(法律精神)进行社会治理,代表着是一种与人治相对立的治理国家的方法或方略。贯彻法治就意味着维护法律至上的权威,并在此基础上建构

〔1〕 [奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第66页。

〔2〕 Chirstine Sypnowich, *The Concept of Socialist Law*, New York: Oxford University Press, 1990, p. vii.

〔3〕 [苏联]Л. С. 雅维茨:《法的一般理论——哲学和社会问题》,朱景文译,辽宁人民出版社1986年版,第203页。

起一套崇法、信法的法律理念和精神。因此,无论是把法治看作一种理念精神(价值目标)还是看作一种治国方略(原则),其最重要的标志和体现都是对法律至上权威的关注与肯定。

自改革开放以降至世纪之交之前,国内的法学界对于法制与法治的概念进行了长达二十年的争论。官方对于法治的首肯出现于 1997 年中国共产党第十五次全国代表大会,法治取代法制成为建设中国特色社会主义、实现社会治理效果的必然选择。而在 1999 年,“依法治国”的原则正式出现于宪法修正案之中,至此法治的作用盖棺定论。到十八届四中全会时,中国共产党提出了全面推行依法治国,力图实现法律效果与社会效果的统一性。虽然法治成为建设中国特色社会主义的基本方略,但是在实践中仍存在不符合法治精神的问题:随着中国特色社会主义法律体系形成,我国在立法数量上取得了跨越式飞跃,而这仅意味着法制的相对完备,并非法治治理模式和秩序的形成。正因如此,中国共产党自十八大以来重申“依法治国”的现实意义,试图在相对完备的法制基础上全面地推进法治进程。一般来讲,法制的缺陷会导致法治秩序的缺失,但频繁修律和纷繁冗杂的规则体系同样会削弱法律的权威性,不利于法治精神的弘扬和法治国家的建构。美国和欧盟近年来出现的造法过头和法律增生问题,或许也是值得我们警惕的一个问题。卡尔·伦纳法哲学中“不变的法”的概念正是要求法律规则的形式(结构)和内容可以在不同历史时期内保持一定的稳定性和连续性,从而使法治进步和法制发展形成一种平衡状态。“不变的法及其变化的功能”作为卡尔·伦纳法哲学的思想精髓,启发我们思考在经济关系不断变化的情势下,法律却不需要大规模的修订或再造,注重其功能的转化才是适应社会发展的可行之道。

2. 立法政治与法律功能的张力

目前,中国特色社会主义法律体系已经形成。这虽然解决了有法可依的问题,但却将如何处理在执法层面上的问题推到了学界关注的焦点位置。不过,我们是否真的可以如此轻率地判定有法可依的问题已经解决?改革开放以来,尤其是 1999 年依法治国原则被宪法确认以来,法制现代化的程度说明了我们在立法领域内取得的成就,但所立之法是否符合良法、可依之法仍无法盖棺定论。在极力呼吁将纸面法律规则实践于现实生活层面之前,立法者必须认真审视现有法律规则及其功能之间的张力。如果轻易忽视这种内在的张力,势必会弱化中国特色社会主义法律体系的完整性,使其形同虚设,而

最终也将带来法律权威性的降低,不利于法治建设。

中华人民共和国成立之初,立法活动中充斥着鲜明的政治色彩:各级立法机关把意识形态问题或政治正确性放在立法活动的首位,在大量参考政治性话语的基础上将政策性规定直接照搬进法律规则之中。在立法活动这一特殊的场域下,立法的政治正确性就成为了一种低成本的运作方式。不过,这种情况可以被视为“场域的病态状况”^[1]。因此,立法政治更像是一种“循规蹈矩”的立法模式,并具有天然的正确性。晚近,我国的立法权力享有主体逐渐多元化:除了最高人民法院、最高人民检察院通过司法解释等方式实际上行使着诸多立法性质的权力外,还有众多的社会力量甚至个人参与、影响立法过程。不过,就国家机器层面而言,立法权仍旧集中于顶层(全国人大及其常委会、国务院及其部委)。换言之,即立法政治的影响虽然在逐渐衰退,但其并没完全退出历史舞台,仍然是当下中国立法活动中的主流模式。

立法政治根源于党政不分、以党代政的历史遗留问题以及党执政合法性与有效性的现实需要。^[2]其所带来的后果不仅是法律权威性的丧失以及法律公信力的下降,还进一步加深了对于(立法)权力的崇拜——表现在了对法律规则的盲目崇拜上。而这一问题在卡尔·伦纳的法哲学中也得到了很好的阐释:对于法律规则的盲目崇拜就是法律“无效功能”的反映。^[3]因为,法律规则的崇拜者并不关注法律规则所带来的社会功能的影响和转变,仅仅关注法律规则背后表现出的权力与权威关系,当然也就不关心某一法律规则的内容是否会随着时代发展而产生与社会制度不相适的情况。法制的完备性离不开对重复或冲突的法律规则进行的分类梳理以及清理工作,但在法律规

[1] 在一定的历史条件下,一个场域可能会以一种“机器”的方式开始运作。当支配者成功地压制、平定了被支配者的反抗和敌对时,当所有的社会运动都完全以一种自上而下的方式进行时,支配的效果就会加强,以至于构成场域的各种争夺关系和辩证关系都会停止发挥作用。……因此,“机器”代表一种极端情况,我们可以视之为场域的病态状况。如果说立法活动是场域的话,立法的政治正确性问题就成为“机器”,并直接导致了该场域病态状况的发生。参见[法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德:《实践与反思——反思社会学导引》,李猛、李康译,中央编译出版社2004年版,第140—141页。

[2] 李普塞特曾专门区分了政治的有效性与合法性问题,他提出影响政治稳定性的两个因素——有效性与合法性,其实也是两种评价政治运作和发展的不同进路,它们之间的区分大致相当于政治证成性与正当性的理论区分。参见[美]西蒙·马丁·李普塞特:《政治人:政治的社会基础》,张绍宗译,上海人民出版社2011年版,第47—51页。而有关政治证成性与正当性之间的区分,可参见周濂:《现代政治的正当性基础》,生活·读书·新知三联书店2008年版。

[3] 参见[奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第241—243页。

则崇拜者眼中那些其所崇拜的法律规则并没有被废止的可能性。因此,有必要借助卡尔·伦纳的法哲学打破这种崇拜,在法律规则的存废问题上依其社会功能而定。随着社会的发展,法律规则社会功能的单一性逐渐分为“技术用途”和“法律用途”。^[1]其中,“技术用途”是满足时代发展带来的功能转变的需要;而“法律用途”继续维护法律规则原本之意。当法律规则仅具备“法律用途”之时,它就处于一种“功能绝对缺失”^[2]的状态——可有可无,对社会生活并无实质影响,因而可以对其进行废止和清理。可见,对于法律规则的废止问题而言,应该从卡尔·伦纳所强调的“技术用途”和“法律用途”两个维度予以考量。

立法政治与法律功能之间的张力并不会很快消失,处于转型时期的中国应该摒弃传统立法政治模式下对于法律规则和权力的盲目崇拜。此外,在立法过程中,法律的起草者必须注意,法律的形式与法律清楚性、明确性和一致性要相适应。^[3]如果法律规则的意思不清楚、明确,且无法保证前后意思的一致性,就不具备可预测性。而且立法的起草者应该使副词修饰语尽可能地靠近所要修饰的动词,以此避免出现修饰不明的现象。这样才能保证法律规则不具有歧义且通俗易懂。

3. 法律的功能与社会转型的互动

自帕森斯的“结构-功能主义”出现后^[4],关于现代化的理论变得更加丰富多元。随之而来的是,社会学理论中“社会转型”概念应运而生。可以说,社会转型概念的出现与现代化的理论相伴相生,社会转型是现代化过程中的必然结果,而现代化则是社会转型的抽象概括。而汉语世界中“社会转型”这

[1] 参见[奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第249—251页。

[2] [奥]卡尔·伦纳:《私法的制度及其社会功能》,王家国译,法律出版社2013年版,第240页。

[3] [美]安·塞德曼、[美]罗伯特·鲍勃·塞德曼、[美]那林·阿比斯卡:《立法学:理论与实践》,刘国福等译,中国经济出版社2008年版,第330页。

[4] 帕森斯的“结构—功能主义”,即“AGIL”分析模型。他认为任何行动系统都必须满足四个最基本的功能要求(模式):适应(adaptation)、目标达成(goal attainment)、整合(integration)和潜在模式维持(latent pattern maintenance)。其中,“适应”是指从事经济生产来获取外部环境中的资源的手段;“目标达成”是指设置行政领导机制来有秩序、协调地达成目标;“整合”是指需要有调解冲突的环节来保证各个部分的协调一致;“潜在模式维持”是指存在维持基本价值和行为准则的组织或活动来保证系统中断后能够照常恢复。因此,每个系统都可以相应地划分为四个子系统——行为有机体、人格系统、社会系统和文化系统。而各个相对独立的子系统本身也可以看作一个独立系统,因而也面临着同样四项必须满足的功能要求。参见[美]塔尔科特·帕森斯:《社会行动的结构》,张明德、夏遇南、彭刚译,译林出版社2003年版。