

第十卷

珞珈法学论坛



LUO JIA JURISTS' FORUM

武汉大学法学院

本刊顾问：马克昌 李 龙

Wuhan University Press

武汉大学出版社

珞珈法学论坛

第十卷

LUO JIA JURISTS' FORUM

武汉大学法学院主办



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

目 录

· 法学专论 ·

论法律解释过程中的“作者意图”	徐亚文 (1)
缺失的“权利”：中国古代固有法中的私益话语	张 烁 (10)
横向合并和非横向合并反垄断法规制之比较	孙 晋 (31)
乙肝病毒携带者就业歧视问题及其法律对策研究	喻术红 杨少凯 (44)
我国毒品犯罪的刑事政策及反思	何荣功 莫洪宪 (65)
反思与重构诉讼时效效力之理论及实践	杨 巍 (74)
农村集体建设用地使用权流转法律问题	张素华 (95)
替代性纠纷解决机制与基层民事纠纷的化解研究	乔雄兵 (110)
后哥本哈根时代中美能源与气候变化合作：现状、挑战及前景	杨泽伟 (138)
论海上货物运输中货方诉权主体的确定	张 辉 (148)
中国-东盟自由贸易区投资协议析评	肖 军 (157)

· 海外法学前沿 ·

新自由主义监管路径的失败	冯 果 柴瑞娟 (168)
国际金融法若干晚近发展	张庆麟 (182)

· 公益诉讼论坛 ·

日本公益诉讼考察报告	秦天宝 (212)
菲律宾公益诉讼考察报告	张万洪 (228)
马来西亚公益诉讼考察报告	项 焱 (242)
印度尼西亚公益诉讼考察报告	黄启辉 (257)

法学专论

论法律解释过程中的“作者意图”

——兼评德沃金《作为解释的法律》一文中的法律解释观点

■ 徐亚文*

目 录

- 一、西方法理学研究的解释学转向与法律解释中的“作者意图”问题
- 二、法理学围绕法律解释中的“作者意图”的争论
- 三、对法律解释中的“作者意图论”的批判

一、西方法理学研究的解释学转向与法律解释中的“作者意图”问题

康德在《纯粹理性批判》中谈到法理学的纷争时说道：“学者们还在为法下定义。”法律是什么？对于这个困扰法理学领域的问题，西方法学家有过长期争论。在早期，法学家将社会正义观念作为法的定义依据。乌尔比安就说过，“法学是神事人事，公正非公正之智术”；^①格劳秀斯说得更明确：法学是“从正义而生活之学”。^②古老的法谚——“法律乃善良及公平之艺术”、“公平与善良乃法律之法律”作为一般法理流传至今。在19世纪初，英国人约翰·奥斯丁着力倡导法律与道德的分离，用政治权力界定法律概念，使法学研究从自然法转向人定法。“法理学研究实在法或严格称谓的法，而不考虑其好坏”、“法是无限主权者的命令”。^③而在富勒看来，法又变成了使人们的行为服从规则治理的事业。法理学关于法的本质至今绝无一致答案的原因是十分复杂的。一般认为，原因

* 徐亚文，武汉大学法学院教授、博士研究生导师，法学博士。

① 引自郑永流：《安身立命，法学赖何？》，载刘士国主编《法解释基本问题》，山东人民出版社2003年版，第366页。

② 转引自王勇飞编：《法学基础理论参考资料》第一册，北京大学出版社1980年版，第42页。

③ 转引自张文显著：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社1996年版，第85页。

之一在于，与现代汉语中的“法”、“法律”所不同的是，在西方语境里，“法”与“法律”存在二元表述，如拉丁语的 *jus* 和 *lex*，法文的 *droit* 和 *loi*，德文的 *recht* 和 *gesetz*，其中 *jus*、*droit*、*recht* 除指法律之外，还兼具权利、公平、正义之义。为了区别法、法律，学者们用“客观法”来指称那些客观存在、具体的现行法律规范；用“主观法”来指称属于主体的并需要通过主体活动实现的合法权利。但对主观的法理解，很难取得一致的立场。原因之二在于，法律文本的意义确立于不同的主体。这类主体在法律职业共同体里一般有两类，一是法学家，二是像法官、检察官、律师这样的职业法律人。法学家对法的研究因其方法独特、视角差异构建了风格万千的法学流派；职业法律人对法律的解释，因其法律方法的不同形成了观点迥异的判决。

对法的理解存在的差异乃至对立，使法学流派和司法过程成为法理学的重要研究领域，并形成了法学方法与法律方法的差异。为了梳理西方法理学的观点，学术界依据哲学基础、方法论、基本范畴、兴起的地域（通常是学校、研究所、地区或国家）、领军人物确立若干标准，形成了自然法学派、分析实证主义法学派、社会学法学派等经典分类，国内介绍西方法学思潮和流派的论著也按照这种模式、体系展开。然而，这种法学流派的叙述方法是值得怀疑的。一是法学流派划分缺乏统一标准，使得把各“流派”并列介绍在逻辑上说不通。按照“应然”、“实然”的区分，学术界形成了自然法学派与实证法学派的区分。在实证法学派里，又把法规范和法行为作为法的“事实”对待，形成了研究法规范的分析实证主义法学和研究法行为的社会学法学。一旦我们把这三种流派并列时，就形成了逻辑谬误。二是很多流派的存在具有学理意义，划分标准依赖于研究者的个人目的。例如，关于比较法，它究竟是一门学科还是一种方法？这种争论始终没有结局。比较法学的泰斗达维德断言比较法只能是对各种法进行比较的方法，而比较法学的权威茨威格特和克茨认为比较法的历史本质上是一部学说史。^① 三是一个学派往往有几个名称。如对凯尔森的法学，按照地域、基本范畴、方法论、哲学基础、创设人的分野，就同时可以有维也纳学派、规范法学派、纯粹法学派、新康德主义法学派、凯尔森学派等称谓。^② 四是法学的日益开放使得传统的学派分野失去了基础，法学成为任何一门学科都可以轻易介入的领地。最近几十年以“法律与××”为名称的新兴研究，如“法律的经济分析”、“法律与文学”、“法律与社会”、“法律与语言”、“法律与人文”、“法律与性别”、“法律与种族”等后学的兴起，更难以将他们归为某一学派。这些法学研究的领军人物也宣称自己不属于任何学派，研究者也不轻易按照学派进行分类。这一法学发展史上的奇特景观本身就值得研究。对“法律是什么”的回答并不能成为法学流派的划分依据。如果套用奥斯丁的“法的存在是一个问题。法的优劣，则是另一个问题”来描述法理学研究的这种困境，那么我们可以说：“法的存在是一个问题。法的定义，则是另一个问题。”

法学研究的解释学转向，似乎可以为我们学习西方法理学找到一种新的视角。在西方，解释学的发展大致经历了三个阶段。最初，解释学（*Hermeneutik*）源于希腊文词根赫尔墨斯（*Hermes*）。赫尔墨斯是古希腊神话中神的信使，他有着带翼的双足，他的职责就是来往于奥林匹亚与凡间，通过解释向人们传递神的信息和指示。“赫尔墨斯是神的信

① 参见〔日〕大木雅夫著，《比较法》，范愉译，法律出版社2006年版，第18页。

② 参见张文显著：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社1996年版，第33页。

使，他把诸神的旨意传达给凡人——在荷马的描述里，他通常是从字面上转达诸神告诉他的消息。然而，特别在世俗的使用中，Hermēneus（诠释）的任务却恰好在于把一种陌生的或不可理解的表达的东西翻译成可理解的语言……‘诠释学’的工作就总是这样从一个世界到另一个世界的转换，从神的世界转换到人的世界，从一个陌生的语言世界转换到另一个自己的语言世界。”^① 诠释就是一种翻译。基督教的神父们视自己为神意的传递者，为了获得对《圣经》的一致理解，他们发展出了神学解释学——一门正确理解和解释《圣经》的技术学。西欧中世纪的法学家们运用神父发明的这套学问解释法律，形成了“注释法学”，这也是法学解释学的最早形态。就诠释学本身而言，按照德国理论家 G. 艾伯林（Ebeling）的理解，在希腊语里包含三层意义：一是说或陈述，二是分析意义，三是转换语言。^② 无论如何，诠释总是包含了解、解释和翻译，诠释学是理解和解释的技艺学。解释学发展的第二阶段是作为一般哲学的解释学。德国哲学家施莱尔马赫在 1839 年出版《解释学与批判》，狄尔泰将各种具体形态的解释学如神学解释学、法学解释学等上升为一种关于理解和解释的一般哲学。此时的理解和解释仍旧属于方法论和认识论的范畴。解释学发展的第三阶段是哲学解释学。20 世纪德国哲学家海德格尔把解释学提升到哲学的中心位置，伽达默尔在 1960 年出版《真理与方法——哲学解释学的基本特征》这一“解释学的圣经”，使解释学由方法论上升为本体论。“哲学解释学把理解作为人的存在方式来把握，试图通过探究和分析一切理解现象发现人的经验方式，在人类有限的历史性的存在方式中发现人与世界的根本关系。”^③ 按照我国学者洪汉鼎的说法，诠释学可以分为两类，一是独断型的，一是探究型的。前者是把文本中的为人所共知的意义应用到我们要解决的问题上，如宗教研讨圣经教义，回答宗教信仰和良心问题；研讨法律条文，按照法律条文断案。在这种情形下，经文和律法的意义是固定的、有效的，解释的意义就在于应用，通过阐明把个别纳入一般，是实践型的。后者以研究、探讨文本的真正意义为根本任务，重点在于为了获得真正的意义，必须要有哪些方法论准备。因为重构作品的意义和作者的原初设想，可能是正确的，也可能是谬误的。这种诠释是理论型的。在现代社会，这种分野发展成了两种对文本意义不同理解的诠释学观点：“独断型诠释学代表一种认为作品的意义是永远固定不变的和唯一的所谓客观主义的诠释学态度，按照这种态度，作品的意义只是作者的意图，我们解释作品的意义，只是发现作者的意图。”“我们不断对作品进行解释，就是不断趋近作者的唯一意图。”施莱尔马赫是这种诠释学的代表，理解和解释就在于重现或复制作者的意图，故理解和解释的本质是“更好理解”。探究型诠释学的态度认为“作品的意义并不是作者的意图，而是作品所说的事情本身，即它的真理内容，而这种真理内容随着不同时代和不同人的理解而不断变化。作品的真正意义并不存在于作品本身之中，而是存在于他的不断再现和解释中”。“对作品意义的理解，或者说，作品的意义构成物，永远具有一种不断向未来开放的结构”。伽达默尔是这种诠释学

① [德] 伽达默尔著：《真理与方法》第 2 卷，台湾时报出版社 1995 年版，第 103 页。转引自洪汉鼎主编：《理解与解释 诠释学经典文选》，东方出版社 2001 年版，第 2 页。

② [德] 伽达默尔著：《真理与方法》第 2 卷，台湾时报出版社 1995 年版，第 103 页。转引自洪汉鼎主编：《理解与解释 诠释学经典文选》，东方出版社 2001 年版，第 4 页。

③ 黄文艺：《比较法：批判与重构》，载《法制与社会发展》2002 年第 1 期。

的代表，理解的本质不是更好的理解，不是一种复制行动，而是创造性活动，是“不同理解”，^① 受此影响，法解释学逐渐成为法理学研究的重要领域。^②

其实，解释学对法学的影响由来已久，但作为独立学科的法理学毕竟是近代的产物，所以，解释学对法理学的影响主要表现在近现代。历史法学派的代表人物萨维尼揭示了法律解释的要素和结构，提出了对后世影响甚大的法律解释方法，如扩张解释、限制解释、立法解释和学理解释等。社会学法学的代表庞德在撰写他的法律史著作时就将书名定为《法律史的解释》，并把法学家们对法律历史的观点用解释（interpretation）而不用学派（school）来予以概括，其目的就在于“探究以一种清晰明确的方式向我们展示了思想家们所遵循的各种知识进路以及这个论题发展到今天的状况。我们据此可以比较不同思想家所采取的方法以及这些方法各自达致的成果。人们越是深刻理解他们自己的思辨立场，也就越能清楚地熟知其他对这一主题所持的种种观点”。^③ 庞德按照法律的伦理解释和宗教解释、政治解释、人种学解释和生物学解释、经济学解释、著名法律人的解释的体例对以往的法律史进行了梳理，把各自学派的思想模式作为当今法律科学中的一个要素进行思考，提出了他的社会工程理论——法的“社会工程解释”。

但是，西方法理学研究解释学转向的代表人物被公认为是美国法理学家德沃金。德沃金在20世纪60、70年代发表系列论文，并在1977年集结出版了《认真对待权利》。跟以往的西方法理学先贤一样，他一开始也集中论述了“法是什么”之类的本质主义问题，通过批判法律实证主义，试图在道德共识基础上寻找法律问题的正确答案。但是，他认识到，法理学的基本问题不是“什么是法”，对这个问题的纠缠只会导致毫无结果和毫无意义的争论。在他看来，法理学的基本问题是“什么是对我们的法律实践的最好的解释”？在《法律帝国》一书里，他鲜明地提出：“法律是一种阐释性概念。对我们来说，法律的一般理论就是对我们自己司法实践的一般阐释。”^④ 这样，德沃金的法理学完成了从“寻找法律问题的正确答案”到“寻找法律问题的最好解释”的转变，继续主导了西方法理学的发展方向。

然而，法理学研究的解释转向究竟应属于方法论意义上的还是本体论上的？是法学方法还是法律方法？或者发展出来的法解释学是一种独断型的还是探究型的？通过法律解释，解释者是要弄清“作者（立法者或法官）的意图”，还是在法律规则之外包含的利益、权力、文化或者政治？人们对此一直存在争议。也正如德国哲学家奥多·马克瓦德所言“解释学是一门艺术，即从文本中得出其中没有的东西。问题在于：既然有了文本，还要解释干什么？”^⑤

① 洪汉鼎主编：《理解与解释 诠释学经典文选》，东方出版社2001年版，第18、19页。

② 关于这种转变，有的学者称为“语言学转向”，有的称为“解释学转向”，有的称为“解构主义转向”，有的称为“视角转向”。参见朱景文主编：《当代西方后现代法学》，法律出版社2002年版，第1页。

③ [英] 哈洛德·德克斯·特黑兹尔坦：《〈剑桥英国法律史研究丛书〉总序——法理学家对英国和其他地方法律发展的解释》。转引自[美] 罗斯科·庞德著：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社2002年版，第IX～X页。

④ [美] 德沃金著：《法律帝国》，徐常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第364页。

⑤ 转引自[德] 魏德士著：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2003年版，第303页。

二、法理学围绕法律解释中的“作者意图”的争论

法律解释的真正目的是什么？英美法系和大陆法系均有过长期的争论，并形成了针锋相对的观点和诸多实践模式。

在英美法系的美国，法律解释的主要领域集中在宪法。以美国宪法修正案第5、14条“正当程序”条款为例，美国宪法修正案规定：“不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”但是，具有挑战性的问题还是程序的“正当性”本身。“判断程序保障到什么程度才算正当，已成为正当法律程序最重要的问题。而判断标准的确立，也成了对法院的重大挑战。”^①从美国联邦最高法院的判例来看，根据制宪者的意图进行解释是首选的。美国各法院历来宣称：确定和尊重制宪者的意图是宪法解释的首要原则。在1874年，斯特朗法官代表最高法院宣称：“每一个宪法条文的解释都必须表达制宪者的意图。”1905年，布鲁尔法官又强调：“宪法是成文法，其意义不可变更。制宪时的含义亦即今天的含义。”宪法解释的全部目标就在于揭示字义、确定和贯彻制宪者的意图。^②而寻找立法者意图的途径，在于详细考证制宪会议记录、代表和议员发言、导致宪法修正条款出台的事件、当时广为流行的出版物、制宪时的历史环境等因素。宪法的序言也是推测制宪意图的重要依据。宪法序言表明，制宪者的目的是“建立一个完美的合众国”、“树立正义”、“增进全民福利”等。因此，在涉及保护诸如生命、自由和财产这类基本权利的正当法律程序条款的解释时，法院一般会对其含义作出扩充解释，因为“拘泥于字面的解释……会导致权利贬值”。^③这已成为美国联邦最高法院的一般解释规则。但是，依据社会利益的平衡进行解释被越来越多地采用。20世纪初的美国是受社会学法学影响至深的时代。霍姆斯、庞德和卡多佐等社会学法学的代表人物均视法律社会学为宪法解释的正统依据。庞德1943年在《哈佛法学评论》上发表文章，提出宪法解释的任务之一就是权衡和平衡部分吻合或业已冲突的各种利益，并合理地协调或解决这些利益。利益平衡的解释方法在当今美国法院运用正当法律程序条款时居于主导地位。美国联邦最高法院在1976年马修诉杰德瑞案中，将这种方法概括为：法院和法官在对法律程序正当与否的判断过程中，需要同时衡量政府利益、私人利益的重要性以及程序本身的有效性三个因素，以确定正当程序要求什么样的程序保障。^④在巴伦布拉特诉合众国案中，布莱克法官就告诫同事不仅要在判决中涉及被告的个人利益，而且要“考虑构成社会整体的人民的利益”。^⑤在这一理论指导下，法律程序中的“正当性”因个案而有差异，并无绝对标准。显而易见的是，由于法官在审判中需要均衡各个不同的客观利益，难免会使法官参照当时

① 叶俊荣：《美国最高法院与正当法律程序：双阶结构与利益衡量理论的演变与检讨》，载焦兴恺主编《美国最高法院重要判例之研究：1990—1992》，“中央研究院欧美研究所”1995年版，第69页。

② 参见〔美〕詹姆斯·安修著：《美国宪法判例与解释》，黎建飞译，中国政法大学出版社1999年版，第67页。

③ 参见〔美〕詹姆斯·安修著：《美国宪法判例与解释》，黎建飞译，中国政法大学出版社1999年版，第42页。

④ Mathews v. Eldridge, 424 U. S. 319 (1976)

⑤ Barenblatt v. United States 360 U. S. 109 (1959)

社会所普遍接受的道德和伦理观念、社会舆论上作出判决,判决未免具有太多的任意性。^①

在大陆法系的德国,存在着法的决断主义与法的决定论的分歧。自由法学强调法官的造法功能,法官的评价就是法,并不受法律规定的约束。“法取决于法官的决断。”^②概念法学坚持法律对法官的决定作用,强调成文法的决定作用,否认法官的造法功能,被称为“法的决定论”。无论是哪种理论,都没有对法律解释进行深入探究。受德国法理学的影响,日本学者提出了利益衡量论,又通过对法的利益衡量论的批评,发展出法的议论理论。法的利益衡量理论认为:“在解决纠纷时,可以先不考虑法律的规定,而依对当事人及当事人与社会利益的衡量或考量得出如何处理的结论,然后再找出可适用的具体法律依据。”^③这种实用主义的路径,受到法的议论理论的批判。法的议论理论指出:法律解释必须区分发现的过程与正当化的过程,认为法律解释是正当化的过程。但是,无论是法的利益衡量论,还是法的议论理论,都主张立法者意思说,认为法的发现需要研究条文中的立法者意图。

在我国,法律解释主要是作为一种法律方法存在的,是同司法过程的法律发现、法律推理和法律论证联系在一起的。“法律方法是指法律职业者(或称法律人)认识、判断、处理和解决法律问题的专门方法,或者说,是指法律人寻求法律问题的正确答案的专门方法。”^④法律解释主要是对法律的内容和含义所作的说明,方法主要有一般解释方法(语法解释、逻辑解释、系统解释、历史解释、目的解释)和特殊解释方法(如字面解释、扩充解释和缩小解释等),其目的在于法律发现。我国台湾地区的学者也持这种观点。“法学又称为法解释学或规范法学,乃以法规范为其研究对象,以确定其法意,良以法律用语多取诸日常生活,须加阐明;不确定之法律概念,须加具体化;法规之冲突,更须加以调和也。”^⑤这里的法解释学是指法律方法。而法学方法,在中国大陆地区主要是指阶级分析方法、价值分析方法、实证研究方法等,从解释学的角度把法学看做解释的艺术,尚不多见。

三、对法律解释中的“作者意图论”的批判

法律解释者究竟能否发现“作者意图”呢?德沃金的理论也许能够给我们不少启发。受德国哲学家狄尔泰、伽达默尔和哈贝马斯等的影响,在20世纪80年代,德沃金在发表他的《法律帝国》之前撰写了《作为解释的法律》(*Law as Interpretation*)一文来表达自己的法解释学立场。其中对于法律与文学的区别和政治在法律解释中充当的角色的论述,对法律解释中的“作者意图”的批判性论证,至今读来,依然余味无穷。

在德沃金看来,法律实践是一种对解释的运用。这种运用不仅体现于律师对特定法律

① 参见徐亚文:《程序正义论》,山东人民出版社2004年版,第69~74页。

② 刘士国:《法的议论的理论及其借鉴意义》,载刘士国主编《法的基本问题》,山东人民出版社2003年版,第2页。

③ 刘士国:《法的议论的理论及其借鉴意义》,载刘士国主编《法的基本问题》,山东人民出版社2003年版,第4页。

④ 张文显主编:《法理学》(第三版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第272页。

⑤ 杨仁寿著:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第92页。

文本或条文的解释，它具有更广泛的意义。法律的构想深刻并彻底地带有政治性。人们可以通过比较法律解释与其他领域或知识（尤其是文学领域）的解释，改善对法律的理解。“大多数法学家想当然的认为，解释一段特定的文本就是通过使用文本的措辞发现作者（立法者或者宪法委员会的代表成员）的意图。但是律师们发现在许多问题上无论怎样作者都没有意图，或者他的意图不可能被探知。许多律师站在更加怀疑的立场：法官假装他们发现了立法背后的意图，但这只是一层烟雾，在烟雾背后它实际上是法官强加的其个人认为法律应该是什么的观点。”^① 为了论证法律解释中的“作者意图”的不可知性，德沃金将法律与文学进行了比较。

首先，文学或美学中的解释理论大多数内容被称为“探索文本的含义”，它一方面要探索“在何种意义下作者才会选择特定的词组和句子”，另一方面，要解释整体戏剧中的重点、主题、含义、意义、语气，例如，《哈姆雷特》是否一部关于死亡、世代或者政治的戏剧？德沃金认为，好的解释理论需要关注作者的意图，究竟是因为读者体会了作者意之所想时，解释才算成功呢；还是艺术只有在它有能力激发出有相同经历的读者产生共鸣的时候它才是好的呢？如果是后者，解释就必须把读者（或听众、观众）放在首位。通过这种方式，才能通过阅读作品的行为使作品拥有最好的价值。显然，在文学或美学中的解释理论中，德沃金对作者意图理论是持消极态度的。

其次，法律中的链条与文学中的链条是截然不同的。文学或美学作品的作者通常都是单一的，如莎士比亚写就了《哈姆雷特》、雨果创作了《悲惨世界》。“但现在假如一些小说家参加了一个特定的项目，他们抽签决定写作的章节，抽中最小的号码的作家写开头章节，然后传给抽中下一个号码的作者由他来续写小说而不是重新写，然后把作品传给抽中下一个号码的人……由此往下传接。现在除了第一章作者的所有小说家都有了解释和创造的责任，因为为了能够确认小说在解释的意义上是怎样的，每个人在都必须阅读所有以前的文字。作家们为了小说朝着一个方向长远地发展，必须判断小说的角色真正是怎样的，是什么样的动机指引着他们，小说发展的主题和关键点在哪里，小说有意或无意地使用了什么样的文学技巧，小说是否应该被扩展、强调、修剪、删节。这就是一种没有意图约束的解释，因为至少对于第二个之后的所有作家而言，根据这个项目的规则，没有一个作家的意图可以被解释者视为决定性的。有些小说事实上是通过这种方式写的。尽管为了揭示真相，下雨的周末在英国乡村小屋里玩的室内游戏有着与之相同的结构。但是在我想象中的实践里，作家应该认真地承担他们的责任，并尽可能意识到创作一篇前后一致的的小说的责任，而不是写一系列各自独立的短小的故事，故事里只有角色的名字相同。也许这是不可能完成的任务，也许这个项目注定会制造出坏小说或者甚至不能创作出小说。因为最好的艺术理论认为写作需要一个单一的作者，或者在多个作者中需要一个完整性的操控。我不需要把问题继续深入讲了，因为我只对项目中的任务的有效性感兴趣，无论对作品的价值和特性有着什么样的疑虑，在这个链条中的每个小说家都应该对自己的任务有一个

^① See Ronald Dworkin, "Law as Interpretation" in W. J. T. Mitchell ed, *The Politics of Interpretation*, Chicago Press 1983, p. 381.

想法。”^①

在他看来，判断法律案件也类似于这种奇怪的文学实践。这种类似性在法官判决普通法案件时表现得尤为明显。就是说，当在一个法律问题没有法律条文的规定，争论就变为何种法律惯例或法律原则是过去的法官在相关判决中的基础。于是，每个法官就变为上述链条中的小说家，他们必须读完过去法官所写的判词，从而发掘前人的言语和他们在书写时候的心理状态以及理解之前法官的共同所为，就如同每个小说家都必须对目前所写的小说的整体性有一个认识。任何一个将要对法律诉讼作出判决的法官都会发现，如果他查阅一本可靠的书籍，书籍中记载了几十年来甚至几百年来许多可以认为是相似的案例，这些案例由有着不同司法规约和法律程序的正统学说所统治，并由不同风格的，和有着不同司法哲学思想和政治哲学思想的法官所判决。在对新的案件作出判决时，每个法官的工作是通过今天的活动延续历史。他必须解释之前的情形，通过自己的判断决定，早先的判决是什么样的，在整体上过去的要点和实践是什么样的。

法律中的链条与文学中的链条的不同之处在于，法律是政治的，文学是审美的。法官判决时的内心动机包含着经济的、心理的、政治的或社会的解释。一个认为作者意图很重要的法官，可能会通过选择过去的一个特定的法官或一小群法官（比如最近作出相似判决的法官），推测这一小群法官中的某一法官想要给未来的法官制定什么样的规则。这样就会把一些特定的法官当做立法者，同时不得不假设自己有权发掘一个先前的特定法官或他所选择的法官的意图。而这种假设是没有法律上的依据的。关于这一点，美国的鲍威尔在《原始主义者的规则》中也有过类似的批判。他指出了“意图主义者”的荒谬，并提出了十四条“规则”来要求“意图主义者”以理智、负责的态度利用历史。在他看来，从立法者的沉默中推导出的论点是不可靠的；想要与立法者对话，你需要一名翻译；历史最多只能引出可能性，而不是确定性；等等。^②

德沃金否认了法律解释中“作者意图”的关键性，把特定时代的整体的法理作为法律解释的基础。他的理论在以下两种意义上都是解释的：第一，法理学的目的在于发展一种使法能够得到最好说明的阐释。“法是什么”本身就是一个解释问题。而按照解释学的观点，“没有最好的解释，只有不同的解释”，“法是什么”也就不可能有最好的答案，只有不同的答案。第二，判决行为也是一种解释的实践。决定、支配特定法官判决的，其实不是立法者的“作者意图”，而是法理学对法的解释，它构成了法官判决的前理解。成功的阐释不仅要恰当、适合，而且必须为其阐释的实践提供正当理由。正如法理学是充满争议的一样，司法判决也是充满争议的。并且，“不论哪个时代，如果在法庭上和在教室里进行的各种阐释理论所产生的意见分歧太大，那么法律就会失去力量”^③。

从解释的视角理解西方法理学，视西方法理学史为一部法解释学的历史，对于构建中国当代法理学体系应当具有启蒙意义。解释既可以是一种进路、理路、透视、角度、视

^① See Ronald Dworkin, "Law as Interpretation" in W. J. T. Mitchell ed, *The Politics of Interpretation*, Chicago Press 1983, p. 383.

^② 参见[美]H. 杰斐逊·鲍威尔著：《原始主义者的规则》，戚渊译，载刘士国主编《法的基本问题》，山东人民出版社2003年版，第111、112、119页。

^③ [美]德沃金著：《法律帝国》，徐常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第81页。

角、观点，也可以是解释、说明、诠释。以往的西方法理学教科书往往按照时间的顺序，从古希腊、古罗马、中世纪、文艺复兴和宗教改革、17世纪资产阶级革命、18世纪等时间发展过程来安排叙述结构，或者按照标准不一的派别如“自然法学派”、“法律解释学派”、“法律经济法学派”、“法律文学学派”等作为叙述策略。我们其实可以按照解释者所处的立场，重新发掘法理学中的解释因素。比如，英国学者阿伦·布洛克在《西方人文主义传统》一书中将西方思想分为三种不同的模式看待人和宇宙：“第一种模式是超自然的，即超越宇宙的模式，集焦点在于上帝，把人看成是神的创造的一部分。第二种模式是自然的，即科学的模式，集焦点于自然，把人看成是自然秩序的一部分，像其他有机体一样。第三种模式是人文主义的模式，集焦点于人，以人的经验作为人对自己，对上帝，对自然了解的出发点。”^① 借鉴这种路径，超自然的解释主要是法的宗教解释；科学的解释主要是法的社会解释、法的利益解释、法的规范解释、法的效益解释、法的系统解释、法的制度解释；人文的解释主要是法的理性解释、法的人文解释、法的文化解释、法的历史解释、法的权力解释、法的文学解释、法的语言解释、法的沟通解释、法的身份解释等。这种视角将会发展出新的学术认知。不仅如此，按照德沃金的说法，法律的帝国并非由疆界、权力或程序来界定，而是由态度界定。这种态度就是阐释。规则确立之后，每一个人都对这些规则产生一种复杂的“阐释”态度，人们据此态度去理解、应用、引申、修正、限制或规定这些规则。“这种阐释性的态度一经确立，礼节的制度便不再是机械的东西，人们也不再会不加研究地盲从古法了。人们于是试图对这种制度赋予一种意义，亦即按其最佳含义去理解它，然后据此对它进行调整。”^② 这一点，对于理解当下我国司法界流行的“能动司法”的提法，主张依法而又不拘泥于法，实现司法过程的“政治效果、法律效果与社会效果的有机统一”，也极具启发。

① [英] 阿伦·布洛克：《西方人文主义传统》，董乐山译，三联书店1997年版，第12页。

② [美] 德沃金著：《法律帝国》，徐常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第44页。

缺失的“权利”： 中国古代固有法中的私益话语^{*}

■ 张 烁^{**}

目 录

引言

- 一、古字中的“权利”及类似词汇
- 二、义利之辨：中国人的私益观
- 三、“权利”的缺失：独特的财产法规则
- 四、“权利”的缺失：无讼取向的司法体系

引 言

地球上每个文明圈的人类都面临着独特环境下所形成的生存问题，但从根本上而言，其所要解决的生存问题是一致的，即作为个体的人的生存，以及作为独特种群（共同体、集团）中的人与他人之间形成的共存问题。这也就意味着，人必须在群体生活中取得资源，解决生存与发展的问題。资源的生产与配置，取决于一种秩序生活的出现。当人群扩张导致资源与需求发生紧张，社会关系随之趋向复杂时，必要的政治统治现象就出现了：人们必须利用一种公共力量对既有资源进行强行分配，组织和管理人们的行为，调适人们利益需求与资源之间的紧张关系，以维持个体与群体必要生存条件的延续。为了使人的欲望追求控制在这个群体生存条件所能满足的可能性之内，每个文化系统中都会产生出指导个人意识选择的“正当理由”^①。个人依赖社会生存，就必须得用社会通行的“正当理由”去认识和决定自己行为选择的标准。而只有当个人行为具备了较充分的“正当理

^{*} 本文系武汉大学人文社科自主科研项目“固有法文化与权利话语在本体语境中的生长”的阶段成果（项目批准号：09ZZKY069）。

^{**} 张烁，武汉大学法学院讲师，法学博士。

^① 陈晓枫：《中国法律文化研究》，河南人民出版社1993年版，第7页。有些文化学者称之为“意义系统”。

由”，才可能成为社会所允许的一种行为^①，其行为指向的欲望、利益才可能被正当化从而得到满足。我们通常所说的“正义”、“自由”、“平等”等观念，实际上是特定社会关于“正当理由”的构成内容。

从另一个层面讲，群体对个体的管理行为也需要“正当理由”，因为正当理由中本身就包含着这个社会群体生存的必要条件。为了说服人们服从公共机关及其权力的管理，每个文化系统也会提供用以解释权威正当性的知识/价值体系。西方学术界将之称为“合法性”，就政治法律领域而言，合法性问题主要与治权有关。它是指，国家统治者通过“一种政治统治或政治权力能够让被统治者认为是正当的、合乎道义的，从而自愿服从或认可的能力与属性”^②，获得被统治者对治权的认可，形成不单纯依靠暴力而维持的持久稳定的政治生活。在这个意义上，“任何政治制度的关键问题都是制度的合法性问题”^③，是一个关于制度正义的问题。

西方人在海商文明导致的文化语境中，形成了法律正义论的秩序认识。在他们看来，理想的（正义的）社会秩序是在满足每一个个体的正当利益要求的基础上形成的，个体利益要求是社会正义的逻辑起点。当然，并不是所有的个体利益主张都能获得满足，它必须在既定的制度法律中被确定为权利，才能得到共同意志的认同，产生法律效力，并受到共同体强制力的支持。^④ 社会秩序的实现在于使每个个体利益主张都能取得某种法律形式，从而在法律体系内部获得正义性的判断与安排。因为西方人认为法律体系构造内的正义具有确定性、一般性、可预测性，它比人对正义的判断更符合理性。由此可见，西方人所形成的法律正义观，其实就是韦伯所说的“法理型”^⑤ 统治。随着近代资本主义的发展，人义论的彰显以及启蒙思想家对正义问题的深入思考，以前在私法领域中发挥作用的权利话语，推动了公法理论上的更新。“权利”成为一个审视政府合法性，规范政治权力来源与界限，判断制度正义性的重要词汇，而具有宪政品格的“权利”话语成为西方现代性的重要标志之一。

尽管从古至今西方权利话语的内涵一直处于流变之中，但是我们仍能看到其内涵中的稳定部分，即在法治模式的秩序中实现个人利益的正当化。肯定个人追求利益的自然需求，肯定个人天生的各种欲望，并以此作为法治秩序展开的起点和归宿，是西方解决资源

① 社会学家把这个过程称为“社会化”。

② 参见〔美〕杰克·普拉诺等：《政治学分析词典》“合法性”条，胡杰译，中国社会科学出版社1986年版。

③ 〔美〕丹尼尔·贝尔：《资本主义文化矛盾》，赵一凡等译，三联书店1989年版，第232页。

④ 大陆法系的学者往往把它表达为“主观权利——客观权利——客观法”的逻辑过程。

⑤ 韦伯把政治统治分为神圣魅力的统治、传统的统治和法理型统治三种理想类型。所谓“神圣魅力的统治”，是被统治者信奉某个圣人、英雄和不同寻常的个人以及那个人的“使命”。合法性建立在某个超凡魅力人物的英雄气质、非凡品质和超凡神圣性之上；所谓传统的统治，是指服从基于传统型的惯例权威。合法性建立在对于习惯和古老传统的神圣不可侵犯性的要求之上，如统治者可凭其世袭地位享有令他人服从的权威；所谓法理型统治，是现代类型的统治，被统治者相信“法治”以及按照法律规范得到适当授权的人的权力。合法性建立在对于正式指定的规则和法律的正当行为的要求之上，人们服从依照法规而占据某个职位并行使权力的统治者。当然，在他看来，现实的政治秩序总是杂糅着三种典型而完成治理的。参见〔德〕马克思·韦伯：《经济与社会》，林荣远译，商务印书馆1997年版。

在人群中的配置问题的起点。因此，西方文化语境中的“权利”是与一种法律正义论相关联的话语概念，它反映着西方人对正义秩序及其实现问题的理解，支配着西方政治传统的形成以及法律制度体系的构建。

若以此权利话语作为参照系，我们认为，中国传统社会的固有法中不具备西方文化语境的权力概念及相应的法律制度。著名美国汉学家本杰明·史华慈在《论对待中国法律的态度》一文中指出，儒家的概念系统中也有个人利益的位置，但是像西方那样“给这些利益加上神圣的气氛并把它们称做‘权利’，把维护这些个人利益提高到道德品质的水平，‘坚持自己的权利’，那就完全违反了礼的精神。对待个人利益的正确的处理态度是放弃而不是坚持的态度”。^①

中国人在漫长的历史语境中形成了自己独特的关于利益问题的认识，这种认识在古代政治核心话语——圣王德性正义论中，往往被表达成为民生或民本话语。它支配了中国人理解和解决资源与人欲矛盾问题的基本思路，并以独特的面目表现在中国古代固有法传统中。当然，这种古代中国的“权利”观在历史中被传习下来，成为人们头脑中的先前理解，制约了近代中国人对西方权利话语的移植和重构。

要分析古代中国在解决利益问题的基本态度和价值取向，必须结合上述话语形态来具体分析。因为从根本上讲，所谓权利问题就是要探讨人群在秩序生活（政治）中如何对待资源利益分配的价值观念，在一种利益观的支配下组织资源生产、分配和使用等活动，以及如何解决人群间的利益纠纷等问题。权利话语必然与一种政治话语相联系，正如西方人的权利概念孕育在他们所秉持的法律正义论的秩序话语中那样。我们认为，古代中国的历史语境，使得中国人的政治思维一直浸淫于圣王正义论的话语之中，这样的政治思维也造就了我们对于私益问题的看法，影响了我国古代法律制度在相关问题上的设计特征。

本文重点解决的问题是，在中国古代语境中，到底有没有类似于西方人那样的权利思考。如果没有，那我们是如何思考私益问题的呢？这种思考如何表现在人们的观念之中以及对法律制度的影响。我们认为，古代中国人对私益认识的最显著特征是，人们往往在“义利之辨”的论说中，把利益问题看做是道德伦理问题，而不是像西方人那样把私益问题主要看成是一个制度正义问题。由于古代中国的道德话语在圣王正义论的支配下，表现出明显的国家本位和家族本位的特色，因此，中国传统社会中的私益话语带有显著的权力性，受到权力者的支配。作为私益主体的个人在这种话语中往往没有独立的话语权，他必须将自己的利益追求隐藏在与权力话语相一致的言说中，利用权力话语中的词汇和语句来表达。这种特征既影响着中国人在国家基本法层面上，只能用圣王正义论中的民生、民本话语来间接地主张国家对一般民众的生存底线的保障，又支配着古代法律中关于财产分配、流转等问题的规则特征以及解决利益纠纷的诉讼文化。

一、古字中的“权利”及类似词汇

从古代文献来看，古代汉语中的“权利”是一个合成词。“权”的基本字义为秤、秤锤，由此能引申出“权衡”、“衡量”之义，亦有“标准”之意味，进而生成出“权柄”、

^① 转引自赵明：《近代中国的自然权利观》，山东人民出版社2003年版，第128页。

“权势”、“权力”、“权威”等相关词语。“权”和“利”二字的合成使用,在先秦文献中就已显见。据学者考证,那时“权利”含义基本上比较固定,大体有两种用法:一是指权势、威势和货财;二是指权衡利害。^①

“权势财货”之义可参看荀子的一些言说。如《荀子·君道》中有云:“接之以声色、权利、忿怒、患险,而观其能无离守也。”而《劝学》篇中也有“权利不能倾”的语句。结合上下文,荀子主张的是君主对权势、财货等资源的绝对控制,与儒家传统的“溥天之下,莫非王土,率土之滨,莫非王臣”^②之言说,意思基本相当。在《商君书》中,我们则能看到“权利”的动词用法:“夫民之情,朴则生劳而易力,穷则生知而权利。易力则轻死而乐用,权利则畏法而易苦。”^③在这里,该词义取秤锤之象,用以说明个人对利害轻重的权衡,字义中包含着趋利避害的人性论认识。必须注意的是,思想家仅仅是把趋利避害的民情,作为推行以奖惩为内容的法制手段的论说理由。话语中并不含有将这种民情、人之本性正当化的意蕴;在商鞅看来,民情并无天然的正当性,将它纳入考虑范围的主要目的在于说明君主可以利用对这种民情的认识,实现仁义和天道。这与西方思想中功利性的自然人性说的论说思维是迥异的。

秦汉以来,“权利”一词的使用就比较常见了。比如在《史记》、《盐铁论》等汉代文献中,文本作者就多次使用了这个词。但是,其基本含义仍然沿袭先秦的用法。如太史公笔下的灌夫,“家累数千万,食客日数十百人。陂池田园,宗族宾客为权利,横于颍川”。^④这里的“权利”主要就是指权势和利益。而在《盐铁论》中,作者集中论述了儒家对国家权力、私人利益以及道德伦理关系的看法。这些看法对古代中国人理解和使用“权利”一词产生较大的影响。^⑤据学者考证,该书使用“权利”一词共计11处^⑥,但几乎都是在与儒家道德伦理相对立的语境中使用这个词的:“权利”作为“仁义”、“王道”的对立面,往往与“贪”、“邪”、“私”等具有贬义的价值范畴联系起来,而追权逐利的行为则受到儒者有力的道德批判。因此,我们看到,在中国古代文化中的“权利”强调的只是财产和利益,而且往往与权威和权势相连,内涵中没有道德上正当的要求或者是受法律保护的利益的意思。

有论者指出,“古代‘权利’虽然没有近代‘权利’的含意。但是模糊地表达近代‘权利’,特别是‘所有权’含意的字还是有的,这个字就是‘分’”。^⑦古字“分”有多

① 李贵连:《话说“权利”》,载于《北大法律评论》第1卷第1辑,法律出版社1998年版,第115~129页。

② 《诗经·北山》。

③ 《商君书·算地》。

④ 《史记·魏其武安侯列传》。

⑤ 参见金涛涛、刘青峰:《近代中国“权利”观念的意义演变:从晚清到“新青年”》,载于《中央研究院近代史研究所集刊》第32期。

⑥ 这11处的详细表述可参见赵明:《近代中国的自然权利观》,山东人民出版社2003年版,第124页下的注释④。

⑦ 李贵连:《话说“权利”》,载于《北大法律评论》第1卷第1辑,法律出版社1998年版,第118页。

种含义，如儒家经典所云的“男有分，女有归”^①，根据郑玄的“分犹职也”的注释可知，此处“分”类似于“职业”的意思。而学者往往引《荀子》的话来说明“分”的权利意蕴，如“人生而有欲，欲而不得，则不能无求，求而无度量分界，则不能不争。争则乱，乱则穷。先王恶其乱也，故制礼仪以分之，以养人之欲，给人之求”。^②又如“人之生不能无群，而无分则争。争则乱；乱则穷。故无分者，人之大害也，有分者，天下之本利也”。^③但是，我们认为这一结论有点草率，它忽视了词语的使用语境。荀子处于一个各国竞雄的动荡年代，作出如上论说的目的在于向君主推销“定分止争”的法治政策。从语句中可见，个人利益并未获得充分的、独立的正当性论说。人欲的有限满足，是为了社会秩序的不争、不乱、不穷，是“天下之本利”所在。因此，荀子对利益的思考，没有摆脱先秦思想家继受的“君——民”思维框架，其话语本质是民生话语的法家形态表达。若结合荀子的其他主张，我们便能看到，他期待的仍是儒家式的由先王据道德之明开创出来的仁义秩序。

从文献上看，法家确实常使用“分”这个字。如法家人物都爱使用的兔子比喻：“一兔走街，而人追之，贪人具存，人莫非之，以兔为未定分也。积兔满市，过而不顾，非不欲兔也，分定之后，虽鄙不争。”^④这种譬喻表达的是，法家人物希图用制度界定的方式来解决有限物质资源与人的无限欲望之间的冲突问题。但是，在这些关于“分”的话语言说中，我们看不到私欲的道德正当性地位。思想家只是在强调君主“正名审分”的权力，说明法律、礼仪、道德上的“分”对于“治”的重要性。《吕氏春秋》中的“凡入主必审分，然后治可以至，奸伪邪辟之途可以息……有道之主其所以使群臣者亦有譬，其譬何如？正名审分是治之譬已”^⑤，就可充分地表达出法家的心思。因此，我们认为，“分”并不具有西方文化中的“权利”内涵，而是指出人们安分守己的必要性和义务性。

二、义利之辨：中国人的私益观

在以上对古字的分析中，我们看到“权利”、“分”等字都不具有西方文化中的“权利”内涵。那么，古代中国中有无私益问题呢？这个问题用什么样的范畴来表达的呢？研究伊始，我们便提到了研究立论的一个前提基点，即私欲是人性的常态，不同的是各个族群在不同的文化语境中所形成的对私欲问题的观念体系和价值态度。

西方人提供的是“正义——权利”方案，即将私欲正当化，并尽可能地在制度秩序中满足人的私欲，解决因资源短缺带来的私欲纠纷；而中国人贡献的是另一种智慧：通过一套“义利之辨”的伦理哲学表达出对私欲的价值否定，认为人在欲望面前可以有“一种主观情感强烈的社会选择”，“虽然它不可能真正去除私利、私欲，并且不能不作些妥协、让步，它仍然是以无私为理想作着不懈的努力——通过反复的宣传、灌输、教化、劝

① 《礼记·大同篇》。

② 《荀子·礼论》。

③ 《荀子·富国》。

④ 《慎子逸文》。

⑤ 《吕氏春秋·审分》。