

谌远知 著

经营管理中的

法律分析

——从法理的视角



中国水利水电出版社

www.waterpub.com.cn

谌远知 著

经营管理中的 法律分析 ——从法理的视角



中国水利水电出版社
www.waterpub.com.cn

内 容 提 要

本书选取与经营管理密切相关的法律知识进行编撰,涉及法学一般理论,研究经营管理中关注的核心问题,以期给经营管理者带来较全面的理解,为经营管理者提供法律思想去解决面临的问题,思考和寻找未来的对策。

本书主要内容有:经营管理中法律的基本认识;经营管理中法律研究的基点;经营管理中法律上“人”的研究;经营管理中理解法律是什么;经营管理中法律的外在特征和内在本质;经营管理中法律的要素;经营管理中的法律行为;经营管理中的法律关系;经营管理中的法律内容;经营管理中的法律责任;法律程序;法律推理;法律解释;法律与经济;利益与法律。

本书采用分叙的方法逐章进行阐述,层层推进,从法理的视角来看待经营管理中的法律问题。

本书主要以经营管理活动有关的专业学员为对象,含财经类相关专业、管理类相关专业、行政类相关专业、外贸类相关专业、公共事业类等相关专业,本书可供以上专业作为辅助阅读材料和基础读物,也可作为公司提升法律知识的培训蓝本。

图书在版编目(CIP)数据

经营管理中的法律分析:从法理的视角/谔远知著.

北京:中国水利水电出版社,2006

ISBN 7-5084-3708-X

I. 经... II. 谔... III. 经济管理—法律—研究—

中国 IV. D922.290.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第029781号

书 名	经营管理中的法律分析——从法理的视角
作 者	谔远知 著
出版 发行	中国水利水电出版社(北京市三里河路6号 100044) 网址: www.waterpub.com.cn E-mail: sales@waterpub.com.cn 电话: (010) 63202266 (总机)、68331835 (营销中心)
经 售	全国各地新华书店和相关出版物销售网点
排 版	中国水利水电出版社微机排版中心
印 刷	北京市兴怀印刷厂
规 格	787mm×1092mm 16开本 14.5印张 361千字
版 次	2006年5月第1版 2006年5月第1次印刷
印 数	0001—4000册
定 价	29.50元

凡购买我社图书,如有缺页、倒页、脱页的,本社营销中心负责调换

版权所有·侵权必究

一般而言，书籍可分为入门书、基本书、专题研究书。按照这样的标准，本书可归入基本书之列，同时又带有一些研究书的气质。本书的目标读者是大学生以及正在从事经营管理者或将来打算从事经营管理工作的的人。

在自己多年从事法学教育与科研中，法理学是我偏爱和关注的一门学科，这门学科对于研究者来说不算新鲜，然而，对很多正在从事经营管理者或将来要从事经营管理的人来说，它还是值得接受、了解和学习的。

人们对学问常有各种说法，如“浅入浅出、浅入深出、深入深出、深入浅出”；再如清末民初我国著名学者王国维先生在《人间词话》里谈到，凡做大学问、成就大事业者，必须经历三种不同境界：“昨夜西风凋碧树，独上高楼，望尽天涯路；衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴；众里寻他千百度，蓦然回首，那人却在灯火阑珊处。”

这“独上高楼，望尽天涯路”，实际上是看清方向、明确目标。如果方向目标没有了，我们只有“为伊消得人憔悴”的份，也无力“蓦然回首”，不可能发现“那人却在灯火阑珊处”。选择法理的视角是不是“独上高楼，望尽天涯路”，我没有把握，但是对此我心向往之，因此，本书以深入浅出的方式，总结法理学的基本学理，分析法理学在经营管理中的运用与实践，以实例、个案来探讨问题。

本书写作的目的之一是希望能对经营管理中的法理进行必要的分析和介绍，促进我们在经营管理中对法理的思考，让我们学着从多元的角度审视法律，甚至打破我们曾经坚信的法律基本知识，从中增加一些对法律的思考，培养提出问题和挑战问题的能力与素质。

当然这些都是“自以为是”，可以说是把“法理的视角”视为一种“时尚风雅”的说法而已。这本小书可以理解为收获，却肯定算不上是什么成就。在这个学者多如毛、著作涌如潮的时代，我的这本小书可能很快加入泥牛入海的行列，但是不管怎样它刻着我成长的轨迹和成长中一些深浅不一的脚印。

前言

本书参考和参阅的资料尽可能地列出出处，本人在此一一致谢，如有出入和错误或遗漏，责任全在作者，在此先抱歉了！本书如果能给研习过程的读者提供一些帮助，实属幸甚，法学理论博大精深，本来也是作者不断的学习过程，书中的观点或有错误，或可商榷，敬请学界前辈及各界贤达批评指正。

最后，我要感谢我已于去年仙逝的祖母，她一句有意无意的话改变了我的成长轨迹和对生活方式的选择。感谢我的父亲母亲育我成人，这些年他们一直在农村过着极为简朴的生活，身教多于言传，他们使我懂得了书本以外的很多东西；感谢我的岳母岳父，他们经常帮助我和妻子，操持家务，照顾孩子，为我们提供温馨的环境，祝四位老人健康长寿晚年安康！我的妻子艳辉，儿子亦为，给了我家庭的温暖，特别是因为我编撰本书而没有过好两个春节，他们毫无怨言，让我每每想起此事，时时不安！他们是我的精神支柱，我深深地感谢他们！

作者

2006年3月于杭州

题 记

你站在桥上看风景，
看风景的人在楼上看你。
明月装饰了你的窗子，
你装饰了别人的梦。

——卞之琳《断章》

卞之琳先生，中国诗家中的一道亮丽风景线。上面的诗句有人把它作为言情诗来读，但我很喜欢把它看作是一首意蕴深远的哲理诗。生活中，人们往往不知道自己的角色，不知道自己是看风景的人，还是本身就是风景的一部分。我自己从事法律教学研究和实践已有多多年，看了卞之琳先生的诗后，对号入座，重新来审视自己从事的法律研究，看看自己究竟是法律的看客，还是法律这道风景已经把我融入其中？比照起来，一时间我很难分辨。

在生活中的许多问题，换一种思维和视角，得出的结论往往不一样。法律已经成为我们的一部分，有时是风景，有时是风景的一部分，有时成为风景的看客。

借用美国著名经济学家诺贝尔经济奖得主萨缪尔森的话，对经济学一样来描述法律：法律也在讨论我们身边真实的生活，在我们的一生中——从摇篮到坟墓——我们到处会碰到无情的法律学真理。法律和经营管理已经是密不可分的，这是事实，关键在于我们如何解读。

目 录

前言

题记

第一编 导 论

第一章 对经营管理中法律的初步认识	1
第一节 无所不至和迥然不同的法律	1
第二节 中西方人们心目中的“法律”	4
第三节 中国传统“法律”的观念和西方的法学派	8
第四节 对法律的基本认识	16
案例 1	21
案例 2	22
案例 3	25
第二章 经营管理中法律研究的基点	27
第一节 从“熟人”的社会到“陌生人”的社会	27
第二节 我们的变化	30
案例	44
第三章 经营管理中法律上“人”的研究	46
第一节 人的发展历程	46
第二节 人性的假设	53

第二编 本 论

第四章 经营管理中理解法律是什么	63
第一节 法律上的“哥德巴赫猜想”	63
第二节 对“法律是什么”的观点的考察	65
第三节 “法律是什么”的另一种解读	71
案例	73
第五章 经营管理中法律的外在特征和内在本质	76
第一节 经营管理中法律的外在特征	76
第二节 经营管理中法律的内在本质	85
案例	89
第六章 经营管理中法律的要素	91

目 录

第一节 法律规则	92
第二节 法律原则	102
第三节 法律概念	103
案例 1	104
案例 2	106
案例 3	106
案例 4	107
案例 5	107
第七章 经营管理中的法律行为	109
第一节 法律行为概述	109
第二节 法律行为的研究	110
案例	115
第八章 经营管理中的法律关系	117
第一节 法律关系主要的特征	118
第二节 法律关系主体与客体	120
第三节 法律关系的形成、变更与消灭	124
案例	125
第九章 经营管理中的法律内容：权利和义务	128
第一节 权利和义务	129
第二节 权利和义务的研究	132
案例 1	136
案例 2	136
第十章 经营管理中的法律责任	137
第一节 法律责任	138
第二节 归责与免责	141
第三节 法律责任的实现方式	144
案例 1	148
案例 2	151
案例 3	153

第三编 运 行 编

第十一章 法律程序	154
第一节 法律程序概述	154

第二节 法律程序的功能与意义	159
第三节 法律程序的分类和诉讼程序	166
案例	169
第十二章 法律推理	171
第一节 法律推理概述	171
第二节 法律推理的种类	173
案例	182
第十三章 法律解释	186
第一节 法律解释概述	186
第二节 法律解释的原则与方法	192
案例	195
第十四章 法律与经济	198
第一节 法律与经济的一般关系	198
第二节 法律与市场经济	200
案例	206
第十五章 利益与法律	211
第一节 利益与法律	211
第二节 法律与利益的关系	215
参考文献	220

第一编 导 论

第一章 对经营管理中 法律的初步认识

第一节 无所不至和迥然不同的法律

一、法律的基本概貌

“法律”这个词几乎对所有具有普通常识的人来说都不陌生，法律是一个关乎人类社会生活大局的极为重要的现象，也是一个调整范围非常广阔、涉及问题甚为复杂的事物。人类自进入文明时代以来，就同法律结下了不解之缘。在人治社会，人们从生到死，一般都是在法和人的双重管辖之下生活的；在法治社会，人们从生到死，一般都是在法律的保护同时也是在法律的约束之下生活的。法律与每个人的生活息息相关，从出生我们就穿上法律的“外衣”，直到临近死亡脱下法律的“外衣”并通过遗嘱加以处置，它陪伴我们从摇篮到坟墓。对于这样一个极为重要的现象和甚为复杂的事物，人们需要有正确的认识和较为清晰的理解。

法学家德沃金认为：我们是法律的产物，我们的领域是法律帝国，我们是历史旅程的产物，在这个历史旅程中，支撑我们社会交往的法律结构是一座由权利和原则构成的摩天大楼，法律确定我们的身份；法律是一把利剑，是保护人们的盾牌，同时又具有威慑力，法律无所不在。曾经有一位诗人说过，法律的过去隐藏在原始的岩石里，是漫长的岁月一点一滴将它造就，伴随着火的发明、语言的产生和家庭的出现，产生了人类社会最初的制度和习俗。在漫长的岁月里财产的概念发生着变化，最初的部落财产概念逐步、依次被宗族财产、家庭财产、个人财产的概念所取代，于是形成私有财产制度和所有权制度，在此基础上产生家庭婚姻继承制度。为解决争斗、伤害和杀人，社会群体创造了解决争端的习俗，于是产生了伤害赔偿制度。

生活中的事实林林总总，人生的遭遇悲欢离合。大到广袤宇宙与我们人类的关系，小到日常生活中的家长里短，这些都是我们法律调解的对象。我们中国现在的法律，一大部分是由东、西洋输入的舶来品。假若教员先生故神其说，罗列些专门名词，讲解一个法律问题，真可以使学生侧耳静听，莫测高深。其实，法律调节的都是人的行为问题，都是关于人所做的事情的问题——买油、盐、酱、醋的问题，抽烟、吃饭、饮酒的问题，住房耕田的问题，买卖借贷的问题，结婚生小孩子的问题，死亡分配财产的问题，铜元钞票的问题；骂人、打人、杀伤人的问题，偷鸡摸鸭子的问题，大到国家大事，小到孩童的争吵，都是人所做的事情。从这些事情里边所发生的





法律问题，我们若从浅处看，从易处看，法律并不是什么艰深而难了解的东西。^①法学是一种人学，是一种以人为本的学问，它关注的是人类的实际法律生活以及人在社会中所面临的法律问题。

对不同的人来说，法律是不同的事物或现象，从人与法律的关联的角度看，与法律发生关联的人大体有三种，每一种人眼里都有他们印象中或观念上的具体的法律。

第一种是普通公民或老百姓，在他们眼里，法律就是身着制服的户籍民警，交通警察，派出所所长，公安局和法院的大门，枪毙人的告示，拆迁房屋的通知，买卖房屋的证书，结婚证，护照和签证等。

第二种是从事法律职业以外的各种职业的人员，在他们看来，法律就是与自己职业相关的事物或现象。比如，在企业有关职员的视野里，法律就是合同，董事会章程，法人事务，工商税务人员的大盖帽等；在学校学生、工会会员、妇联成员和国家公务员那里，法律视同毕业证书，学位证书，职工和妇女的社会保障，国家公务员的职权、职责和升迁奖惩制度等联系在一起。

第三种是专门从事法律职业的人员，这些人与前两者不同，他们眼里的法律是复杂的，即使在直觉上也把法律看作颇为复杂的事物或现象。但他们观念里的法律，首先也是与自己职业或专业相关的那些具体现象。比如，从事法律职业的议员、法官、检察官、律师的潜意识中，法律首先就是审议和通过法律、法规，审理案件和宣读判决书，侦查和提起公诉，在法庭陈述法律和事实为当事人辩护等；而法学研究人员的潜意识中，法律首先是或更多的是法治和法学、宪法和宪法学、民法和民法学、刑法和刑法学这些较为具体的事物或现象。所有这些事物或现象，在一定程度上都体现着法律，抑或都可以指称法律……^②

在我们今天提出“法治”、“依法治国”，在经营管理中“法律”这个词出现频率要属最高的行列，可是倘若要给它下定义，那即便是最博学的法理学家也会感到困难重重。迄今为止，法学要为“法律”下定义时常常不得使用暗含或直接表达的法律的概念作为定义的一部分。人们公认这词暗含一整套总的原则和一整套特定规则。我们所说的“正确”是建立在法律的基础上的，根据法律，“错误”是被禁止的。然而要是我们问一问“正确”和“错误”这两个术语的含义，得到的回答往往是：“正确”是在法律上得到承认的正确，“错误”是法律定义的错误，如此一来我们只不过是在绕圈子，最后我们又回到了原来的起始点。^③人类迄今为止在解答“法是什么”这个问题的过程中，所产生的有影响的观点至少有数十个，其中具有代表性的有：①法是社会规范或规则；②法是一种规范体系；③法是社会利益冲突所产生的强制规范；④法是契约的产物；⑤法是国家或政治社会中行使最高权力者制定的规则；⑥法是社会生活条件的总和；⑦法是实现社会控制的社会工程；⑧法是一种强制秩序；⑨法以制裁的威胁作后盾；⑩法是由掌握主权的最高政治权威强制实施的人们外部行为的一般规则；⑪法是被普遍遵守的规则；⑫法是对人们共同生活的强制调整；⑬法是一方面赋予另一方面限制人们在相互关系中的外部自由的规范的总和；⑭法是司法规则的总和；⑮法是由法院确认并由法院执行的规则；⑯法是规定人们外部行为并由法院适用的社会规则的总和；⑰法是对法庭实际上将要做些什么的预测；⑱法是法官和其他

① 孙晓楼等著，王健编：《法律教育》，中国政法大学出版社1997年版，第153-155页。

② 周旺生：《法理学》，人民法院出版社2002年版，第29-30页。

③ [美]约翰·梅西·赞恩著：《法律的故事》，孙运申译，中国盲文出版社2002年版，第1页。

官员处理争端的依据；⑮法是公开发布的规范；⑯法是神意的体现；⑰法是正义、公平、平等和政治的体现；⑱法是理性的体现；㉑法是公益或公共意志的体现；㉒法是自由意志的体现；㉓法是民族精神的体现；㉔法是统治阶级意志的体现，而这种意志的内容是由统治阶级的物质生活条件所决定的；㉕法是国家最高权力机关按统治阶级意志制定的规范性文件；㉖法是国家按统治阶级利益和意志制定或认可、并由国家强制力保证实施的行为规范的总和；㉗法包括由法院所运用和国家权力机构所实施的一切原则、规定及法规；㉘法一般是通过社会有组织集团的强力来调整社会关系和规范人们行为的一种机制。^①这就是“法”、“法律”，让人一眼看不透，一句话说不清。

让我们来读一读《西方社会的法律价值》中的一段有趣的描述，作者这样写道：“大部分英国人想象中的法律，呈现出千奇百怪的形象：头戴蓝盔的警察管理公共交通和处理公共场合的纠纷；议员们对某些立法文件进行争论，直到擦得光亮的大笨钟宣告休会的时间已到；头戴假发、身着长袍、面无表情的法官刻板无味地宣布某个被告做了不应该做的事情；或一副猫头鹰架势的律师透过厚厚的眼镜片，从四面镶着黑色珐琅质护板的桌子上四下张望。所有这些，在某种程度上‘体现着法律’……”

二、经营管理中的“法”和“法律”

有学者认为“法”和“法律”是不同的概念，有不同的内涵，应该区别对待。目前，在我国“法”和“法律”两词基本是通用的。^{②③}但是，也有学者将这两词进行区分，并进行分析，指出两词的差别。认为“法”和“法律”是有区别的东西，因而必须分别地予以定义。法是人们在社会生产、交换、分配过程中长期地习惯地形成的，反映统治阶级普遍意志的，具有正当性的权利义务关系的社会共同规范。法律是由国家制定或认可的，并由国家强制力保证实施的，体现统治阶级的利益要求和意志为主导的，具有明确的权利与义务、权力与职责关系的普遍行为规则体系。^④“法和法律是两个不同的概念。作为意志关系的法权要求的法，必须通过国家立法的形式而成为法律。从法到法律的过程是一个政治过程，而法律使法获得了政治意义。”^⑤有学者对法和法律这两个概念进行了系统的比较，认为法和法律的区别在于：

(1) 两者的内在属性不同。法是一种权利要求，是反应一定社会经济生活要求的权利体系。而法律则是一种国家意志，是体现国家意志要求的实在法律规范和秩序体系。

(2) 两者与国家权力的联系程度也不相同。一般说来，法与国家权利并无直接的必然联系，不能把权力看作是法的实在基础。法律则与国家权力有着直接的必然的联

① 周旺生：《法的概念界说》，载《北京大学学报》（哲学社会科学版），1994年第二期，第103页。

② 宋原放主编：《简明社会科学词典》，上海辞书出版社，1984年版，第677页。

③ 在现代汉语中，法、法律两词基本上可以当作同义词。但也有区别，都可以进行广义和狭义的区别。广义的法是指所有的法律、法律现象，既包括实在法（现实法、制定法、国家法、实然法），又包括自然法（理想法、正义法、应然法、超法律原理），既可以用在规范的意义方面，作为专门的法学范畴和法律用语，也可以作为团体组织中所有的规矩，如党纪、厂法、帮规，这种用法具有一定的比喻性。狭义的法，区别于法律，特指自然法，即社会中的价值观念，永恒的、普遍有效的正义原则和道德公理。广义的法律是指法律的整体，包括由国家制定的宪法、法律、法令、条例、决议、指示、规章等规范性法律文件和国家认可的惯例、习惯、判例、法理等。在中国，包括作为根本法的宪法，全国人大及其常务委员会制定的法律，国务院制定的行政法规，地方国家权力机关制定的地方性法规，国务院各部委制定的行政规章，省级人民政府制定的地方性规章等等。狭义的法律是指拥有立法权的国家机关根据法定权限，依照法定程序所制定的规范性文件。在中国仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律。这种种区别和含义既有界限，又有交叉。

④ 吕世伦、文正邦主编：《法哲学论》，中国人民大学出版社1999年版，第201-203页。

⑤ 杨心宇主编：《法理学研究：基础与前沿》，复旦大学出版社2002年版，第7页。





系，法律所具有的普遍性、规范性和国家强制性、国家意志性等特征，正是以国家权力为后盾的。

(3) 两者与社会经济关系的联系的性质和程度是不同的。一般来说，法对一定社会经济条件的反映是直接的，是社会主体在社会经济活动中形成的权利要求及其法的愿望、倾向和态度，它与社会经济条件的联系具有客观必然性的性质。而法律则是占统治地位的那个阶级意志的集中表现，虽然法律也要反应一定社会的物质生活条件，但这种反应通常需要以掌握国家政权的统治阶级作为中介环节，因而这种反映是间接的，具有偶然性的性质。

(4) 从内容与形式的关系的角度来看，在法哲学的内容与形式关系问题上，法和法律都是一定社会物质生活条件的意志化形式，他们的内容都来源于一定的社会经济关系。然而，在形式方面，法和法律之间也存在着差别。在唯物辩证法看来，任何客观事物的内容总存在着一定的内在结构形式和外部表现形式，这两种形式之间具有一定的区别，并且它们和内容之间也有着不同的关系。一般来说，由于法与社会经济条件的联系具有客观必然性的性质，因而它是社会经济生活关系的法权意义的内在结构形式；由于法律与社会经济条件之间的联系，常常具有偶然性的特征，因之它是社会经济关系的外在结构形式。

法和法律存在着差异性，那么我们在表述时也应区别地使用，在不同的场合，分别使用法和法律这两个概念。^①

但是笔者认为，在经营管理中我们理解和心目中的“法”和“法律”其实不管从它们的外延和内涵上来讲是基本同一的，很多情况下可以通用，一般的情形下是作为同义语来使用，“法”就等于“法律”；区别“法”和“法律”只是在学者的研究的视角中被强调。但是区别“法”和“法律”在也有一定的积极意义，用法学大师哈耶克的观点可以说明这一点：法比立法历史久远。立法仅是人类手中的创造物，而法不是。在人类手中，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。^②

为了研究方便，本文对“法”和“法律”也不作不同的理解。

第二节 中西方人们心目中的“法律”

在经营管理中，我们不断用舶来的西方法学理论诠释、衡量中国法。有时经过一个阶段后，我们会突然发现我们所讲的“法”与西方的“法”的范畴不太一致，因此，我们有必要进一步研究。

一、西方心目中“法律”

在西方古罗马时期“法”用 ius，意为得到国家权威或强力支配的正确的东西，法同时指权利，法即正义。中世纪用 Lex 一词，意为“规则”，公正的选择，更多地指制定法以区别于客观的、自然的 ius。至 11 世纪，国家权威被理性战胜，ius 又被大量使用，作为一般法的代名词，以区别于法律规则 Lex。ius 是法和权利的

① 公丕祥主编：《法理学》，复旦大学出版社 2002 年版，第 44-45 页。

② 张文显著：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2003 年修订版，第 25 页。



总和。

如还有学者研究认为：在西文中，除英语中 law 同汉语中的“法律”对应外，欧洲大陆的各民族语言中都用两个词把“法”和“法律”分别加以表达。比如拉丁文的 Jus 和 Lex，法文中的 droit 和 Loi，德文中的 recht 和 gesetz，意大利语的 diritto 和 legge，西班牙语中的 derecho 和 ley，等等。值得注意和思考的是：第一，西文中的 Jus、droit、recht 等词既表示“法”，又兼有“权利”、“公平”、“正义”等富有道德意味的抽象含义；第二，lex 等词通常指具体规则，其词义明确、具体、技术性强；第三，有学者认为，法指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的法律规则，法律是法的真实或虚假的表现形式。这也就是“自然法”与“实在法”对立的法哲学概括。^①

因此，西方国家把具有权利、公平、正义等含义时，称为“法”（Jus、Droit、Recht），“法”是永恒的正义和公理，是自然法；若仅指具体规则时，则称为“法律”（Lex、Loi、Gesetz），法律为国家创制的具体规范，是实在法。法律真实地表达了法的要求时，它是正义的；法律虚假地表达法的要求时，它是不正义的，在使用时也区别对待，如德国《基本法》第 20 条第 3 款规定，行政与司法必须严格遵守“法律与法”（Gesetz and Recht）^{②③}。

二、中国所指的“法”、“律”与西方的“法”具有不同的含义

汉字“法”的古体为“灋”，意象丰富的象形字。^④ 据我国第一部字书《说文解字》考证并解释：“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”^⑤ “灋”是由三个部分组成：① 氵，表示水。② 廌，一种动物。《说文解字》对“廌”注解：“廌，解廌，兽也，似山牛，一角，古者决讼，令触不直。象形从”；③ 去，动作。依“灋”字的结构。“灋”表示的意义是：具有判别能力的神兽“解廌”，以其角顶触理亏者，使审判像水一样公平，从而“去”除罪恶。《异物志》说：“东北荒中，有兽名獬豸，一角，性忠，见人斗，则触不直者；闻人论，则咋不正者。”汉代王充《论衡·是应》说：“鹿者，一角之羊也，情知有罪，皋陶治狱，其罪疑者，令羊触之。有罪则触，无罪则不触，斯盖天生一角神兽，助狱为验。”^⑥ 此兽似羊非羊，似牛非牛，似鹿非鹿，也有人说它同麒麟相像。它的头上长着一支独角，锋利无比，故又俗称独角兽。獬豸有分别罪与非罪的本能，有罪则触，无罪则不触。见人争斗时，用它的一只角向无理、有罪的一方触去，是非曲直，立见分晓。《后汉书·舆服志》说：“獬豸神羊，能别曲直。”廌为图腾动物，一角之神兽，代表正直、正义、公正，

① 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 2003 年版，第 55 页。

② [德] 伯恩·魏德士著：《法理学》，法律出版社 2003 年版，第 30 页。

③ 英语有 law、norm、rule、act 等词，其中 law 有规则、规律双重含义，加定冠词又有不同含义，A law 指单个法律，The law 指整体法。另外指法律规范用 norm 和指法律规则用 rule。总的来说，西方法的词意的核心是正义（公平、公正），是正义的化身，其次是权利，再次是规则，人的权利之规则。法律既保护人们正当权利，同时也惩治人的不正当行为。法律及其行使与暴力有关，但很显然，暴力本身不是法，暴力必须受制于法。

④ 中国古代“法”字的含义经过了一个转变过程：最初的义项是作为器物的“模子”或“范式”或“判决”；其后扩充到社会意义的规范、风俗；随着制定法的兴起，到东汉时，法的“刑”的含义突出出来了，前几种含义被逐渐淡化。另外，中国古代“法”字还可作动词用，意为“效法”、“用法处置”。

⑤ 《说文解字》：中华书局 1963 年影印本，第 202 页。

⑥ 这之中蕴涵着古代曾有的神兽决狱的传说：相传在很久很久以前，有一个部落联盟生息在黄河流域。该部落联盟首领舜委任皋陶为司法官。皋陶正直无私，执法公正，非常受人爱戴。他在处理案件时，若有疑难，就令人牵出一头神兽，该神兽名廌，又名獬豸。



或说是正义之神（性直恶曲），具有审判功能、职能，能为人分清是非曲直、对错，助狱为验。去，“人相违也”。去即对不公正行为的惩罚。一说判决把人驱逐出去，从原来的部落、氏族中驱逐出去，于水上漂去（古代之流刑），或交由神明判决，由神兽“触不直者去之。”

从上面可知，中国的“法”是：①法是一种判断是非曲直、惩治邪恶的（行为）规范，是正义的、公平的。②法律是一种活动，是当人们相互间发生争执无法解决时，由廌公平裁判的一种审判活动；是当人们的行为不端、不公正时，由神兽行使处罚的惩罚活动。③法律的产生、实施离不开廌这一神兽，它是社会权威力量的代名词，是社会强制力的代表，没有神兽作为切实保障机制，法律没有神圣性，无法发挥出它的功能、威力。

因此，中文词源中的“灋（法）”字用今天人的眼光来看至少包括了①公平：平之如水，故从水；②正义：所以触不直者去之，故从去，直即正义，蕴涵了现代意义上“法律”的两个方面：公平和正义。^①我国现代法理学者对“灋”解释说明：^②第一，在商周时代，法和刑是通用的。核心是“刑”，所谓“法者，刑也”，就是此义。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，随流飘去，有驱逐的意思。第三，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或有罪，所以“击之，从去”。^③

值得注意的是，“法”字本源意义的语境今天已不复存在，但是，它却以强大的惯性仍然遗留于人们的观念之中，并进而体现在行为里面。这成为今天官方和民间无法对法律形成正确认识的文化根源之一。^④

“律”字在《易经》中有“师出以律”记载，“律”在当时是指乐律，如后世鸣金、击鼓之类，是号令的代名词。汉字“律”，据《说文解字》解释，“律，均布也”。^⑤“均布”是古代乐器中调音律的工具，把“律”解释为“均布”，表征法律的规范和谐功能。按照清代段玉裁著《说文解字注》说：“律者，所以范天下之不一而归于一，故曰均布也”。“律”是要求人们普遍遵守的行为规范，使行为协调一致，把

① 公平是形式的正义，正义是实质的公平。参见亚里士多德：《政治学》中译本，商务印书馆1981年版，第169页，“要使事物合于正义，须有毫无偏私的权衡，法恰恰是这样一个中道的权衡。”

② 古代汉语中的法的含义是复杂的多样的，其中最为主要的意义是：（1）法象征着公正、正直、普遍、统一，是一种规范、规则、常规、模范、秩序。（2）法具有公平的意义，是公平断讼的标准和基础。（3）法是刑，是惩罚性的，是以刑罚为后盾的。

③ 张文显著：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1993年版，第28-29页。

④ 我们已经无法亲历或重现远古时期的法律生活，但是，独特的汉字却将那时的场景凝结在21个笔画所组成的“灋”字内。在我们人类文明的童年时期，由于科学的不发达，人类认识事务本质的能力极弱，但是，纠纷的真相必须查明，官司必须了断，在世界各地、各民族均出现了“神明裁判”制度。“灋”字再现的正是中国远古时期以动物等断案的法律文明场景，以今天人的眼光来判断，我们不会把这种找出真相的裁判方式称之为“文明”，但是我们已经可以推断我们的祖先已经想到“第三方”居中裁判的方法，采取一个纯粹客观的方法来定纷止争，把纠纷终诉诸中立的第三方神兽“解廌”来裁判，用神兽“解廌”来查明案件事实，这相对于纠纷双方以同态复仇等方式所进行的私力解决而言，显然为当时的人们所接受，毕竟将纠纷委诸与案件争讼双方都无关系的第三方判断裁决，至少使司法具有了形式上的公平意味。

⑤ 中国古代法本有规范含义，但是在发展过程中暴力、惩罚的含义日益突出。起码在秦汉大一统的社会形成以后，法的词意首要的是“暴力”、“惩罚”，其次方为规范，而此规范主要指执行惩罚的规范。法律应有的灵魂——正义被淹没在暴力的喧嚣声中了。另外，古代之“礼”，许多为真正的法律。礼最早为宗教祭祀规范。由于礼具有神圣性，人们将重要的习惯归入礼。制定法诞生以后，许多制定法的规范也被摄入礼。例如君臣之下关系的规范均为礼。作为礼的法，重在“规范”本身，而不是像作为“刑”的法那样重于“罚”。

⑥ 律字的含义较接近于“规范”。薛允升说：“律之为言整齐划一之谓，也轻重得平之谓也，其名始于汉而其书已散佚。”



“律”视为是规范人们行为的工具，是人们普遍遵守的规范。●

在我国的历史文献中“法”●与“律”基本是同义词，有时可以通用。战国时，商鞅相秦，改法为律，律就作为法律的基本形式存在。●根据《唐律疏义》的记述：“法亦律也，故谓之律”。●“法”与“律”“文虽有殊，其义一也”（《唐律疏义》）。把“法”和“律”连用作为独立合成词，作为一种法律形式，一般认为是近世的事情，在清末民初由日本输入。●

三、用外国的“尺子”量中国的“布”●

现实生活中和经营管理中，我们不断用舶来的西方理论诠释、衡量中国传统法。有时经过一个阶段后，我们会突然发现我们所讲的“法”与西方的“法”的范畴不太一致，在某些方面甚至是南辕北辙的。比如，我们常常将先秦法家的“法”与西方的法相提并论或将道家的“道法自然”说成是“自然法”。更不贴切的是对“礼”的诠释，时而为“自然法”、时而为“民法”、时而为“民间法”……翻译家在翻译“法”这些不同文化具有不同特征的抽象的无形事物时，远比翻译桌椅板凳等这些具体的有形的物质困难。更何况，即使在同一文化体系中，不同的人、不同的时代，关于法、关于礼的观念也并非一致。

就西方社会普遍意义上的“法”而言，一直到20世纪初，人们在中文中都很难找到恰当的表述方法。我认为近代的中国首先是以固有的“律”对应西方的“法”的，在对应中，律自身的内容得以扩展。据《清史稿·刑法志》记，清末主持修律工作的法律馆仿照西方法的体系，于光绪三十二年（1906年）“撰上《刑民诉讼律》”；光绪三十三年（1907年）“先后奏上《新刑律草案》，《总则》十七章，……《分则》三十六章”；宣统元年（1909年）“复奏进《修正草案》”；“余如《民律》、《商律》、《刑事訴訟律》、《民事訴訟律》、《國籍法》俱編纂告竣，未經核議。惟《法院編制法》、《違警律》、《禁烟條例》均經宣統二年頒布。”直到南京国民政府时期，法律、法规的名称才逐渐多用“法”，而“律”的使用范围逐渐缩小。如1928年公布的《中华民国刑法》、1931年全部完成并颁布的《中华民国民法》等。这种主干法律名称由“律”到“法”的转变，一方面固然是受到日本的影响，另外，中文中“律”的涵容量与西方“法”相比实在是太不相称也是其中重要原因。

●管子说：“律也，定分止争也。”律原为音乐之音律，音乐只有遵守音律，才能和谐，否则杂乱无章。均布是古代调整音律的工具，以正六音，木制，长七尺。律后来引申为规则、有序，范天下之不一而一，成为规范所有人及其行为的准则，即规范天下千差万别的所有人所有事而趋于整齐划一（统一、协调）。《史记·律书》说：“王者制事立法，物度有轨，查于六律，六律为万事之根本焉。”丘浚说：“臣按律之名……凡度之长短、衡之轻重、量之多寡，莫不于此取止，律以着法，所以裁判群情，断定诸罪。”

●在古代文献中，称法为刑，法与刑通用。如夏朝之禹刑、商朝之汤刑、周朝之吕刑，春秋战国时期有刑书、刑鼎、竹刑。魏相李悝集诸国刑典，造《法经》六篇，改刑为法。“刑，常也，法也。”“法，刑也。”这里的刑，出于井田，含有模范、秩序之意。因此，以刑释法，表明模范遵守法律（秩序）。刑，又指刑罚。《盐铁论》：“法者，刑罚也，所以禁暴止奸也。”

●例如，秦律、汉律、一直到清律。“律”均作为法律的形式。改法为律后，“律”字广泛使用，其频率高于法，我国古代法典大都称为律，如秦律、汉律、魏律、晋律、隋律、唐律、明律、清律，只有宋代称刑统，元朝称典章。

●《唐律疏义》，中华书局1983年版，第2页。

●最早把“法”、“律”二字联在一起使用的是春秋时期的管仲，他说：“法律政令者，吏民规矩绳墨也。”又据《史记》记载，秦始皇灭六国，“法令由一统”，二世用赵高，早法令，“更为法律”。（始皇本记）后来汉代晁错曾说：“今法律贱商人，商人已富贵矣；尊农夫，农夫已贫贱矣。”《后汉书》有“皋陶造法律”等说法。但总的说来，“法”、“律”两字是分开使用的，直到清末民初才被广泛使用。

●马小红：《中国传统法研究札记》，载中国法学网。



随着人们对西方法了解的加深，“律”便逐渐为“法”所取代。其实，从律到法的转换，表示人们对西方的法有了一个新的、更广阔视野。近代的改律为法正好与战国著名法家商鞅“改法为律”走了一条相反的路。这也恰好反映了中国历史上这两个变动时代的“法”的不同发展趋势。

近代中文中的“法”，早已不是古代社会中的“法”。古代社会中“法”字的法律意义主要是指有形的制度，而这个制度所体现的理念，所要达到的目的则体现于“礼”中。这就是既精通中学又精通西学的启蒙思想家严复反复强调的“西人所谓‘法’者，实兼中国之礼典”的原因。严复同时也注意到西文的“法”字融“制”（法的制度条文）与“理”（法的制度条文所体现的学说与精神）为一体的特征，认为“西方‘法’字，于中文有理、礼、法、制四者之异译。”而时至今日，我们已经很难体会到严复所感受到的中西文“法”字所存在的那么巨大差异，因为百余年来以西“法”为标准的改革，使中文“法”字的内容大大扩展。

第三节 中国传统“法律”的观念和西方的法学派

在中国历史上对法律的理解较有影响的有儒家和法家，他们的思想一直影响到我们现在的现实生活和经营管理，因此，我们有必要研究他们。^①

一、传统中国的“法律”的观念

（一）发展脉络

在古代中国，早在西周时期，便有人论述过法的问题。周公姬旦就主张“明德慎刑”，反对族刑连坐、滥杀无辜，要求注意区分犯罪的故意与过失、偶犯与累犯，还提倡先教后罚、以教代罚。这些刑法思想，体现出周公的刑事法理观念。到了诸子蜂起、百家异说的春秋战国时代，萌发了中国法思想史上第一个辉煌的时期。当时的各家各派，诸如道家、墨家、儒家、法家，对于法的问题都曾议论纷纷。

道家重视尊重法律的地位，以法律为治，不会导致混乱同时对德治和法治采用调和态度，认为教化和强制手段不可偏废，应该先德后刑，主张法自君出，但更重视顺应天道，道家从“小国寡民”的理想国设想出发，反对制定各种礼法制度，主张一切顺其自然，认为自然法则就是办事的根本原则，“无为而治”一切顺其自然。

墨家认为天意是法。墨家主张以天为法，循法而行，主张重视生产、节约、利民，刑罚上主张“赏当贤，罚当暴，不杀无辜，不失有罪”；墨家主张用法来“壹同天下之义”。他们提出“尚同”说，认为在法产生之前，人们各有各的是非标准，即所谓人各有“义”，大家意见分歧而不可避免地发生争斗，后来选出天下贤人确立为天子，“发宪布令于天下之众”，这样就终于实现了“壹同天下之义”，就终于有了法。还提倡“兼爱”说，劝说互爱互利，主张“赏贤罚暴”、“不党父兄”不偏富贵，反对亲亲原则。

儒家认为法律是一种能力。儒家强调以德治国，追求“无讼”重视人的作用，主张贤人治国，“其身正，不令而行”（《论语·子路》），法律处于从属的地位，强调通达权变，讲究因地制宜，儒家从人性善的哲学出发，重视道德礼教的作用，主张礼主

① 我们还应该从历史发展的角度进行去认识，相比较西方国家的对法律的认识而言，我国虽然形成了完整的体系完备的中华法系，但对法律的认识的完整性、连续性和广度性而言，相对较薄弱，影响当今社会的法学理论一般来源于西方对法律的认识，深深影响我国的法律。