

【文章编号】1002—6274(2014)02—031—09

# 对“法的目的”传统理论之批判与反思\*

付子堂<sup>1</sup> 宋云博<sup>2</sup>

(1. 西南政法大学行政法学院, 重庆 401120; 2. 重庆警察学院, 重庆 401331)

【内容摘要】“法的目的”研究与争论虽绵延几千年,但缘于对法治的渴求、理性的推崇等原因,始终徘徊在传统的主观论与客观论之间。这不但有悖客观常理和法学科学性原则,而且终将会动摇公共秩序和危及市民社会建构。鉴于此,有必要在归结传统理论中法的目的基础上,对其进行批判与反思,进而从马克思主义法律思想的视角出发,在法解释学语境中重新考察法的目的,并申明加强“法的目的”研究有利于增强中国法律自信、扩大中国法律话语权。

【关键词】法的目的 主观论 客观论 释法者 法解释学

【中图分类号】DF07 【文献标识码】A

对“法的目的”的思考,缘法而起,其困惑与争论亦由此而生。古今中外的法律发达史上,留下了无数智者哲人目的论说的印记:如亚里斯多德的内在目的论,西塞罗的内在道德精神论,康德的自足目的论,耶林的目的法学;法律正义论;法律目的的主观论与客观论之争;庞德的社会统制论;更有立法精神和法律自身的使命之分等。对法的目的的理解,因人而异,即使是同一个人也可能会因时而异,如拉德布鲁赫的法律观。诚如卡尔·拉伦茨所言,“每种法学方法论都取决于其对法的理解”<sup>[1]2</sup>,每种法律解释观也都取决于对其法律的理解。故此,不同的历史时期和民族,法学家们对法的目的的认识不尽相同,且至今尚无定论。在加强理念自信、法律自信的当代中国,以马克思主义法律思想为指导,批判和反思“法的目的”传统理论,有利于推进中国法律理论发展,强化中国法律理论的国际话语权。

## 一、“法的目的”从何而来:主观论与客观论

由于认识的主客体以及认识的角度不同,对于法的目的的理解自然千差万别<sup>①</sup>;但无论如何,作为一

种统制社会的规范、一个平衡利益的工具和一架追求正义的天平,法律自身不可能自发产生目的,而只能被赋予目的。柏拉图认为,法律是一切人类智慧聪明的结晶,包括一切社会思想和道德。康德也承认,世界上唯有两样东西能让我们的内心受到深深的震撼,一是我们头顶上灿烂的星空,一是我们内心崇高的道德法则。对此,无论是从“应然”着手的自然法学还是从“规范”入理的实证法学或是从交叉学科的视角(如社会学、经济学等)而生的法学流派均不应否认。那么,现在的问题是:究竟谁赋予了法律以目的?无疑,对法的目的不断追问与修正,本身就是无数个主客体相互转化的集合,是无限主体客体化和客体主体化的过程。所谓主体客体化,是指人的主观意图通过法的制定和实施而转化为法律的过程,主要发生在法产生以前;而所谓客体主体化,系指法律通过人的思维而被研习、理解、阐释和应用的过程,主要发生在法产生以后。

尽如前述,法的目的理论纷繁复杂,但归结在传统法律解释学语境中,则主要可以分为两类主张:

一类主张认为法的目的即是“立法者的原意”,

\* 基金项目:国家社会科学基金重点项目、教育部人文社科重点研究基地吉林大学理论法学中心重大项目“马克思主义法律思想中国化、时代化、大众化问题研究”(10AFX001)、重庆市2013年度高等教育教学改革研究项目“法科学生知识技能与道德人格立体化培养研究——以公安本科院校法学教育培训改革为中心视角”(133204)、重庆市教育委员会人文社会科学研究项目“公安机关侦查人员合法取证指引”(13SKS01)的阶段性研究成果。

作者简介:付子堂(1965-),男,河南南阳人,法学博士,西南政法大学教授、博士生导师,中国法理学研究会副会长,研究方向为现代法理学、法社会学及法律与科技问题;宋云博(1979-),男,江西九江人,法学博士,西南政法大学博士后,重庆警察学院副教授,研究方向为法律理论、比较民商法及公安法研究与实践。

为“主观论”。进言之,探求法的目的就是要探求立法者的目的。人们依据一定时空条件下的主客观因素的综合作用(或博弈)创造出了法律,因而它被赋予特殊的期待(立法精神或立法者之意思)。法律作为一种行为规则,是立法机关制定的,立法机关代表人民行使立法权,制定各种法律,每一个法律规则都有其目的。<sup>[2]P149</sup>人们制定法律的目的是以公平、正义的规范去指引人们的生产和生活,解决人们遇到的纠纷和争端。<sup>[3]P377</sup>这一命题可谓是当前法的目的理论中的主流观点,以致每当阐释法之目的时,法律解释者定求立法者之原意。德国古典法学的集大成者温德夏特(Windscheid)认为,法官之职责,乃在根据法律所建立的概念,用逻辑推演;遇有疑义时,则以探求立法者当时所“存在”之意思,予以解决,即为已足。<sup>[4]P78-79</sup>德儒 Oertmann 氏谓“立法目的之探求,启开疑义之钥匙也。”<sup>②[5]P12[6]P242</sup>

另一类主张认为法的目的应是法律条文表现出来的客观精神(法律肩负的正义使命),为“客观论”。人们创制并实施法律是为了实现一定的目的。而这些目的又以某些基本的价值为基础。这些目的和价值就是法律解释所要探求的法律旨意。<sup>[3]P378</sup>

以上两种理论主张各有偏颇,均不足以客观真实地反映出“法的目的”的真正赋予者。虽已有学者撰文指出它们的不足之处,但我国法学界对法的目的的现有探求与阐述基本至此而已,且持主观论者居多,未能突破传统理论的藩篱而深入细致地思索目的的真正源头。本杰明·侯德里主教曾谓“无论是谁,只要他有解释任何成文法或成言法的绝对权威,那么,就是他而非先写先说之人,才是真正表达所有意图和目的的立法者。”为此,我们须从对二者,尤其是主观论进行批判与反思。

## 二、对“法的目的”主观论与客观论的批判与反思

诚如前述,无论是“主观论”还是“客观论”,实质上均是主体客体化与客体主体化的交相融合的过程。法的目的只能源自于人,故以自然法的价值诉求为依托的客观论仍取决于一定时期内人们普遍存在的主观愿景。<sup>③</sup>法所肩负的使命正是人们对法之为良的普遍期待,而每一位习法者、立法者、适法者等释法者追问法的目的,就是要秉持公正之心以探求世人共同的

价值理念。归根结底,这种以“公道”为基础,糅合了解法者的价值判断、利益衡量等因素而得出的法的目的,仍然无法游离释法者的主观评判。这一不争的事实,此处就不加赘述,下文将集中笔墨探讨主观论。较之“客观论”而言,尽管“主观论”能更多地维护立法权威,似也可能增强法的目的的客观性等,但它的确也给我们留下了一系列无法自圆其说的理论难点,使我们不得不对主观论的合理性产生怀疑,而有批判与反思之必要。

(一)“主观论”无法解释立法者本身存在的困境

### 1. 立法者主体的多元性及其目的多元性间的冲突

通观世界各主要国家的法律制度和民族习惯可知,广义而言,立法主体应包含立法机关、行政机关、司法机关、社会法人、民间团体、学者等。譬如,早在德国学习借鉴罗马法初期,德国的法律学者就充分认识到“德国究非意大利,自难将罗马法全盘移植,原封不动适用于德国各邦。因之,德国学者纷作“换骨”工夫,对罗马法加以解释、修正,使能适合德国之需要。此种罗马法即系德国学者所创之学者法。”<sup>[4]P75</sup>当代中国法学泰斗李双元先生也一再(包括就如何制定我国涉外民事关系法律适用法的学术讨论会上的发言)强调,国际私法目前仍主要具有学说法属性。可见,社会生活中真正起作用的法律并非只有立法机构颁行的法律,还有更多的法律在维系社会正义,如英美法的判例(法官造法)、民间法(学者造法)等。这就意味着,立法主体具有多元性。这无疑会给我们探求真实的法的目的加上一道天锁,而且可能导致立法目的的多元性、甚至互相冲突的结果。例如,在此起彼伏的城市拆迁浪潮中,许多法学专家和律师(释法者)早已发现,旧的《城市房屋拆迁管理条例》与《宪法》、《立法法》、《物权法》和《城市房地产管理法》等法律法规都存在相抵触的地方。然而,现实生活中,我们经常见到的是“手捧《物权法》的公民挡不住拆迁人‘依法拆迁’的铲车”的事实。许多地方政府依托《拆迁条例》,“依法拆迁”与民争利,致使《宪法》、《立法法》、《物权法》等上位法被下位法架空,新的拆迁条例迟迟不能出台。此等行为和事实,又是否与法治精神和人本理念相符?

### 2. 立法者主体的不可确定性

由于立法主体多元性、立法体制与程序及技术的

差异性与复杂性、立法史料难以获取或立法秘密等原因,几乎对所有的法律而言,绝大多数人都无从知道法律背后的真正立法者及其意图。它们可能属于某些甚至某个议员或官员,也可能是某些甚至某个学者或其他人的意图综合博弈的结果。关于此点,理解了我国(一元多层次的)立法体制和立法程序之后,便可深知。即便明确了立法机构,也不能就此断定该法就是该机构的真实和全部的意思表示,因为一部法律的出台须经立法准备、法的确立、法的审议、法的表决和法的公布等阶段和参与各方反复建议、草拟、研讨、论证、修缮等过程。最终颁行的法律,必取决于局内人的综合博弈。德国持意思论(Willensargument)的学者也认为,一个具有意思能力的立法者,并不存在,法律的草拟,历经各单位机关,何人为立法者,殊难断定。意思不一致时,应以何人为准,实有疑问。<sup>[6]P217[7]P114</sup>更何况,实际立法操作中还存在立法的技术问题:如为使某部法律得以顺利出台,对某些无法在起草、讨论、审议期间达成一致的条款或规定暂不写明,留待最后表决时或颁布之前写入。因此,当面对某一法律或者条款时,适法者和释法者均无从考证其背后的真实立法者及其真实意图(立法者之精神)。如同我们手捧《圣经》时一样,“探求上帝的旨意”只能是良好的主观期待。

### 3. 立法者的思维的有限性和意思表示的滞后性

从古至今,对立法者赋予过高期望的情形不断涌现,人们总是希望立法者富有远见卓识,能够在制定法律时就考虑到了以后可能发生的一切情况。殊不知,立法者的思维有限且意思表示也常有滞后性,即法律是特定历史条件下的产物,时过境迁之后,有些法律可能须作违背立法者初衷的阐释,方能顺应时代需求。譬如,《法国民法典》第4条规定:法官不得以法无明文为理由,拒绝裁判。其意原指法典万能,任何问题,均可于法典内觅及答案,无须考虑其他法源而言,其后竟被解释为法无明文规定时,法官可于法典之外,另觅根据,加以裁判,以致最后演成“判例”为法国民法典主要内容之一,自由法论思想萌芽之契机,岂系当时法学者所企及者也。<sup>[4]P73</sup>德国持补充论(Erganzungsargument)的学者主张,倘受缚于此(立法者意思),则法律的发展将受制于“古老的意思”,不能适应新的社会需要(不能较好达成补充或创造法律的功能)。<sup>[6]P217[7]P67</sup>事实对法律的影响是立法者不

能完全预料到的,我们不应以立法者目的去解释案件事实,因为案件事实远比立法者的意图要丰富的多。

### 4. “立法者之意思”实质是对法意的一种构造

台湾学者杨仁寿先生在论述法律解释的指导理念时指出,“惟法律是一种理性、客观公正而合乎目的的规范”,“解释法律必须兼维法律之安定与理想,而后法律的功能始能充分发挥。”故吾人依据法律文字以逻辑推论的方式阐释法律时,务必顾及一般的妥当性,此种指导理念每每涉及“立法精神”或“立法者之意思”(系指立法者处于今日所应有之意思,而为阐释)。<sup>[4]P125-127</sup>在法律解释学语境中,所谓“立法精神或立法者之意思”,实际上就是法律解释者秉持公平、正义、客观和理性,综合各种主客观因素而对法意或法律精神进行的一种构造。亦即,我们无法判定这一构造究竟是否符合立法者本意,但它的确符合现实正义和时代需要,故而被社会认同。所以,芝加哥大学教授森斯坦认为“对立法目的的认证,与其说是发现立法目的,不如说是创造立法目的。”<sup>[8]P117</sup>苏力先生也在其“解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问”一文中指出,目的解释可以基于对原意的考察,也可以是今天读者的构建,而一般说来,法意解释(历史解释)拒绝构建的说法(尽管事实上法意解释必然也是构建的)。<sup>[9]</sup>

(二)“主观论”无法克服法律客体的“间主观性”品格和局限性

#### 1. 法律客体具有“间主观性”品格

首先必须承认的事实是,无论如何描绘,法律科学的研究客体——法律规范条文和法学文本等着实不具有自然科学之“客观性”。社会科学研究,尤其是法学研究,研究的对象主要是法律、法学著作、判例等文本,属于文本研究(即对各种法律文本、法学文本的研究)。即使所谓法社会学研究,进行问卷调查和统计、分析,最终也要归结为文本研究。<sup>[4]P5-6</sup>法通过文字表述思想或意志,但文字并不能表达人的全部思想,而且文字表达的思想往往独立于本人。是故,法律的“间主观性”就体现于此。“尽管制定法的目的可以通过制定法的语言表述出来,但也可能出现这样的情况,即制定法语言的普通含义或专门含义不足以实现其目的,或者超出实现其目的的需要。”<sup>[10]P167-168</sup>而且,制定法体现出来的目的本身也是各方妥协和交易的结果。即便立法者能直言立法目

的,其真实性又绝对可靠吗?正如我们即使看见立法会上满是高举的双手,也不能就此得出结论:该部法律即是其所有成员的本意表达,何况民意乎?

在发现其他更能增强法学客观性和科学性的手段或路径之前,逻辑成为主观与主观之间沟通的主要标准,使得这一“间主观性”品格具有了理解、讨论和批判的可能性。然而,美国社会法学派代表罗斯科·庞德(Roscoe Pound)认为:法律的生命不是逻辑,而是经验。法学者须兼具“智慧的大脑”、“博大的心胸”和“广阔视野”,从法律之外去发现“活生生的法律”,使法合符国情民俗,始能经世济民。与其依靠呆板的逻辑以探求“立法精神”,不如驾驭理性的经验从生活中去寻求问题的答案。

## 2. 法律自身存在一定的局限性

对于法律自身局限性的认识,学界恒有探讨,主要表现在:法律要保持相对稳定性,就必显滞后性;法律语言的概括性、抽象性等,必造成理解障碍;法律存在一些漏洞,使得事实上无法可依而须解释等等。法律的这些局限,使准确探求立法者之意思(立法精神)变得更加成为单纯的心理期待。以我国2007年《物权法》为例,其第六条规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让,应当依照法律规定交付。”那么,对“应当依照法律规定登记”和“应当依照法律规定交付”之中的“法律规定”应如何理解?是依照哪些法律规定,法律未规定者作何处理(如用不用交付以及如何交付)?其第九条还规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生效力,但法律另有规定的除外。”那么,依法继承的不动产若未经登记(农村尤为普遍),是否就不发生物权效力或者说继承人享有该不动产之所有权?诸如此类的疑问,都要依靠释法者加以解决。再如,近年来,国内房屋拆迁事故及纠纷频频发生,社会矛盾日益加深。我们还能否继续依据自1991年起施行的《城市房屋拆迁管理条例》去探求立法者的意旨,去寻求正义?若果真能,那么急于出台新的拆迁条例(目前已拟定《国有土地上房屋征收与拆迁补偿条例(草案)》)便是浪费国家资源。再如前述许霆案,两次判决理由基本不变而判决结果却天壤之别,这能说是立法者意志使然?顺乎民意,释法者(适法者)意志决然,因为推动变法的,往往是释法者(如新

的拆迁条例草案的出台)。

## (三) 主观论者强调探究“立法者目的”的主要原因

学者们之所以会一再坚持,解释法律的目的就是要探求法律背后隐藏着的立法者的意图,主要基于以下三方面的原因:

### 1. 具有“强调法治,维护立法权威”之主观预期

以我国为例,我国主流理论认为,创造法律的任务(权力)属于立法者,法官在判案时不能杂合个人之“价值判断”、“利益衡量”或“目的考量”,仅得纯为逻辑的机械操作。换言之,法律解释的基本原理,不外在于探究立法者明示或可得知之意思,并依严格的逻辑方法加以操作,如此而已。学界主流仍坚持上述观念,显然颇受“概念法学”和“法典万能主义”的影响。此外,与根据立法者目的进行解释接近的还有制定法目的说。这一学说在20世纪五六十年代的注释法学派中尤为流行,这些评论家贬视某些途径——如单纯依靠文本,主张用更具功能性、目的性的探究来代替机械的规则。他们寻求制定法的目的,在于维持法院作为代理人的角色,并同时承认文本论的不充分性。<sup>[8]P177</sup>

对此,萨维尼(Savigny)早就指出,法律是发现的,并非制定的,成文法与习惯法相较,实居于次要地位,立法只是整个过程的最后阶段,法律人显比立法者重要。<sup>[4]P77</sup>所以,饱含这一主观期望的理论,实乃有文过饰非之嫌。

### 2. 以“立法者目的”为语境,会使法律解释更具客观性和说服力

一般认为,这里强调的立法者目的具有法定性,法官可以凭借贯穿于整部法律的指导思想来解释法律的真意。同时,此种目的也使解释具有了相对的客观性,解释者所表达的法律不是任意的,而是“客观的”存在于立法者已表述的目的条款中。例如,美国也有学者认为“就说明制定法的目的而言,没有什么能比立法者用来表达其意愿的词语更有说明力了。制定法词语本身常常就足以确立立法目的。”<sup>[10]P189</sup>但殊不知,从前文已述之理由看,这也只是持此论者一厢情愿而已。反观其理,这恰好折射出此论更具主观性。

### 3. 强调“立法者目的”,可能为释法者有效逃避责任提供依据

若承认所探求之立法者目的是真,则但凡有事,

适法者便可藉此逃避或减轻自己的主观罪过。于是乎,法官可以堂而皇之地在判决书上写道:依立法之精神,判决如下……如此云云颇显立法之权威,实则隐退自身之责。此目的设计虽是精巧,但“有目的的法律思维限制了官员退隐于规则之后和逃避责任的倾向”<sup>[11]P92-93</sup>,令其不能达成所愿。

边沁指出,要理解法律,特别是要理解法律的缺陷。所谓“立法者的真实目的”,对于所有法律人而言,只是推知而已,两者之间永远存在一层隔阂。加之,法本身也存在诸多局限,这是立法者无法克服和弥补的,需要释法者加以阐释和补充。因此,倘若我们正视现实并大胆地承认,法的目的就是推知者自己主观意愿的表达,在法解释学语境中重新建构“法的目的”,则比传统主观论归结“立法者之目的”的作法更具客观性和科学性。这也是法学作为科学应负有的使命。此处所谓推知者,即是文中的释法者。

### 三、法律解释学语境中重新思考“法的目的”

对于主观论,诚如美国某些福利经济学者所述,寻求立法目的来帮助解释法律是困难的,因为“立法目的是利益团体之间的一系列争斗……制定法反映出无原则的‘妥协’以及集体‘目的’是不可辨识的”。<sup>[8]P201</sup>法之使命,更由释法者内心公正评判,实非客观。既然法的目的的主观论和客观论所持理论均不可取,那么谁才是法的目的真正赋予者?康德认为,“解释者较诸作者本人,更能认识自己。”<sup>[12]P322[6]P218</sup>也就是说,立法者高居庙堂,对现实生活中的诸多事实可能失察,而相比之下,释法者更贴近于生活、更能理解并解读现实。事实上,在准备论证法的目的之前,这一思维选择过程(如确立论点)就已经涵摄进了释法者自身的主观意志;其后,在论证自己提出的法的目的时,还会介入个人的价值的判断、利益的衡量和目的考量等主观因素。因此,释法者提出和论证法的目的必然是直接或间接地外化自我意志,其向外界传达什么、如何传达、何时何地传达等行为均必然凝合个人意愿。那么,我们的疑问是:法的目的为什么属于释法者?

此处,所谓释法者,从广义上讲,是指在法的实践过程中参与法的主体客体化与客体主体化的所有人,包括法的研究者、法的创制者、法的适用者、法的解释者等;从狭义上说,则系指法的适用者和解释者,主要包括传统法律解释理论中的司法者和执法者等。<sup>⑤</sup>法的目的缘何应属释法者,主要基于以下理由:

#### (一) 法律须经释法者的解释方能适用

法律的解释,乃成为法律适用的基本问题。法律必须经由解释,始能适用。法律用语的意涵,须加阐明。不确定的法律概念或概括条款,须加具体化。法规的冲突,更须加以调和。德国法儒萨维尼(Savigny)曾谓“解释法律,系法理学的开端,并为其基础,系一项科学性的工作,但又为一种艺术。”<sup>[13]P206[6]P212</sup>海德格尔也从哲学的高度指出,“人”作为存在物(being),其基本状态是“存在”(being)。只有“人”才能作为理解的出发点,而其他“存在物”只有通过“人”才能呈现出来。<sup>[14]P61</sup>所以,在适用法律的过程中,若涉及对法的目的的阐发,则必然体现释法者的意思,勿论措辞如何。在对法律进行解释的过程中,必然包括两个转化——客体主体化和主体客体化的过程。例如,对于“劳动合同”和“劳务合同”,释法者先须知晓二者,这是一个客体主体化(理解、判断)的过程;其后,释法者阐释法律分别规定二者及其本身的目的,这是一个主体客体化(阐发、论证、应用)的过程。再以民法为例,王泽鉴先生认为,民法每一个规定均须解释,概无例外。论者有谓“某项规定,文义明确,毋待解释。”系经由解释而获得的结论。所谓“当然解释”,实乃解释的结果。<sup>[6]P213</sup>足见,探求法的目的,其实是释法者的思维加工、制造与应用的过程。

#### (二) 法律解释是释法者有目的性的思维活动

前已述及,“凡法律均须解释”,而法律解释却是一个以主体意旨为主导的思维过程。法律正是在各种价值、规范与事实之间及其各自内部的相互冲突中,凭借法律解释而逐渐达成妥协,进而整合相容的。传统主观论以立法者的意旨为法的目的,显然与现实生活中的法律实践不符,若继续呆板守旧,必定陷入主观臆想的泥潭和社会危险的境地。如当前热议的新的拆迁条例(草案),也透析出当释法者目的与立法者目的不一致,探求立法者之意旨已经不能真正解释生活、维护正义、建构社会时,必然要求立法者变法的道理。

#### (三) 释法者拥有法的目的更具客观性和科学性

国家法只是国家建构社会的一种媒介,也是一种“真实性”极为有限的文化命题,强调的是以立法者的价值观去统领其他人的价值观(而二者可能恰恰有别),尤为危险的是抹杀了民间法——建构社会的另一利器。就国家法与民间法的关系而言,亚里士多

德认为“积习所成的不成文法比成文法实际上更有权威,所涉及的事情也更为重要。”<sup>[15]P169-170</sup>美国历史法学派代表人物卡特曾指出,法律的发展主要是习惯的演进,习惯和惯例提供了调整人们行为的规则,所有的法律都是习惯。<sup>[16]P58-66</sup>传统主观论就体现了人们尤其立法者对国家立法、以“秩序”规定法治的依赖,朱苏力先生认为,“这种对立法之重视,不仅是由于当年中国知识界的急于求成和天真,过分相信现有的科学知识及其解释力,因而常常以愿望的逻辑完全代替了对具体问题的细致分析,更重要的是,在20世纪中国,它具有相当程度的语境化的合理性。”<sup>[17]</sup>在他看来,过分强调立法的危险“不仅在于近代以来立法一直是同国家的合法暴力相联系,更重要的是一种对于立法者或法学家的理性的过分迷信,将法律等同于立法,同时将那些社会自生的习惯、惯例、规则完全排除在外,视其为封建的、落后的、应当废除和消灭的,这种做法实际上是不利于社会秩序的内部生成和自发调整,社会变成一个仅仅可以按照理性,按照所谓现代化的目标、原则而随意塑造的东西。”<sup>[17]</sup>以我国《物权法》为例,其第15条规定“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”对此,我们的疑问是:一个房屋为标的物的未办登记的不动产买卖合同即使有效,又有什么实际意义(因其不产生物权效力)?该条体现了一个立法妥协,即契约自由与不动产登记的妥协。立法者既不愿损害契约自由,更不愿放弃不动产登记将带来的好处(巨额税收及其他管理费用),故依此意旨塑造法条和社会。

因此,倘若仍然偏执地而片面地坚持将法的目的作为立法者的意旨,则明显违背客观常理和科学性原则。立法者既然按自己的意图为社会制定了规则(国家法),那么释法者理应保有按自己的目的解释规则的权利,只要这种解释根本上为社会认同(民间法)(如前述被迫出台新的拆迁条例(草案))。卢梭也指出,“它形成了国家的真正宪法;它每天都在获得新的力量;当其他的法律衰老或消亡的时候,它可以复活那些法律或代替那些法律,它可以保持一个民族的创制精神,却可以不知不觉的以习惯的力量代替权威的力量。”<sup>[18]P73</sup>美国人类学家萨姆纳则认为“法律起源于或者应该起源于民德,民德可以渐渐演化为

法律,立法必然在原有的民德中寻找立足点,立法是为了自强必须与民德相一致。”<sup>[19]P56</sup>如前述许霆案便是如此情形。

#### 四、释法者阐释“法的目的”应遵循的基本规则

在理清法的目的应属释法者之后,随之而来的问题是:释法者又应如何表达法的目的?当然,释法者也不能随意地阐释法的目的,这一阐释过程至少必须受以下几方面因素的制约:

##### (一) 社会生活中真实存在的“内面的秩序”

在人类社会生活中,隐隐之间,有一规范性质存在,以使人类营社会生活之生成发展,有其潜在的“内面的秩序”,苟称此为“第一次规范”(民间法),则所谓成文法云者,不啻即系第二次规范(国家法)。第一次规范活生生地存在社会之中,吾人苟加探求,均可于实际社会中“感觉”其存在,其对于第二次规范居于指导的地位。吾人营社会生活,不能过着毫无秩序的社会生活,故须制定成文法,以维持最低的秩序,而成文法也者,无非择“社会的惯行”中,必须遵守者,垂为明文而已。法学的任务,实不应仅研究成文法为已足,而应研究、探寻居于指导地位之活生生的法律,据以论断成文法之善恶臧否。<sup>[4]P122-123</sup>是故,国家法不能与民间法相悖,释法者解释国家法和民间法时自然必须遵从这一社会生活中真实存在的“内面的秩序”。

##### (二) 人类共同的基本价值诉求

人赋予法以生命,自然也使它承载了价值。尽管价值观因人而异,但毕竟人类社会存在价值共核,否则便不会有经济全球化和法律的趋同化等现象的产生。人类普遍而共同的价值诉求主要包括正义、自由、平等、秩序等,这自然也是法的价值诉求,释法者当然不可逸离其外。台湾王泽鉴先生曾强调,法律之目的,终极言之,系在实现正义,法律解释的各种方法乃实践正义的手段或途径。<sup>[6]P242</sup>但此处,王先生并未申明正义从何而来和由谁评判,是立法者抑或释法者?显然,正义来自释法者内心公正的评判。格梅林也认为:正义和一般效用,这将是指导我们进程(法律解释)的两个目标。<sup>[20]P153</sup>

##### (三) 社会现实以及法律的社会效用

法源自社会,又调控社会。美国大法官卡多佐说“规则的含义体现在它们的渊源中,这就是说,体现在社会生活的迫切需要之中。这里有发现法律含

义的最强可能性。同样,当需要填补法律空白之际,我们应当向它寻求解决办法的对象并不是逻辑演绎,而更多是社会需求。<sup>[21]P76</sup>然而,法与社会之间的沟通,便依赖于法律解释尤其是法的目的解释,这正是释法者的使命。

#### (四) 法解释应遵循的逻辑论证规则

法解释是一个以法的目的为主导的思维过程。法解释的规则并不必然保障结论的正确,但确可减少释法者因个人的主观性带来的失误。释法者在阐释法的目的时,也必须遵循逻辑论证规则和思维的规则。即便有人反对形式逻辑和抽象的理性,但不得不承认,这些是寻求到可替代性规则之前规制人的思维的基本规则。“目的权威在什么程度上能够取代规则的权威,有待于认真的探究”。<sup>[11]P92</sup>而且,每一种解释方法各具功能,但亦受限制,并非绝对;每一种解释方法的分量,虽有不同,但须相互补足,共同协力,始能获致合理结果,而在个案中妥当调和当事人利益,贯彻正义的理念。<sup>[6]P240-241</sup>有学者指出,“法官如果对制定法目的或各种实体价值采取任意的态度,无限制地依靠司法直觉和司法能动主义,就会在法律解释适用中陷入对目的——评价解释论点的误用,这也必然严重破坏法治。”<sup>[10]P196</sup>

故此,释法者切勿任意以法的目的作为法律论证的唯一依据,而应遵循社会内在秩序与逻辑论证规则,兼顾其他解释方法,以实现正义等价值和社会效用为指标,作通盘思考与检讨。

#### 五、余思:为什么中国法学应重视“法的目的”研究

结合中国学界对法的目的的研究现状,在探讨法的目的之余,有必要谈一谈中国法学应重视“法的目的研究”的重要性和必要性。综观有关法的目的的论说,以外国理论居绝对主导地位,而中国法学界对法的目的的重视和投入似有不足,尚处于移植外国理论阶段,少有自己的建树和国际话语权。<sup>⑥</sup>有学者持“法的目的虚无主义”,甚至主张“目的说具有……理论上的脆弱性,真正的目的往往是不可知的,即使法律文本中存在立法目的,这个目的也往往过于宽泛而不可适用。”<sup>[8]P275</sup>当然,中国学界须重视和加强对法的目的的研究,主要还在于以下三方面的原因:

#### (一) 法的目的对于法之产生与发展极其重要<sup>⑦</sup>

“法者,天下之程式也,万事之仪表也。”(《管子·明法解》)“天下从事者,不可以无法仪,无法仪而其事能成者无有也。”(《墨子·法仪》)然,“目的”之于法,犹若龙之“目”。法若无目的或目的错误等均会导致法的失灵、法的有效性质疑甚至危害民生。德国法学家耶林说“目的是全部法律的创造者,每一条法律规则的产生都源于一种目的,即一种事实上的动机。”<sup>[22]P115-116</sup>为明确目的之重要,他还形象地将法律目的,比喻为在茫茫大海上指引航船方向的“导引之星”(北极星)。人们学习法律、解释法律和适用法律,犹如在茫茫大海上驾驶船舶,只要掌握了法的目的,即不知迷失航向。<sup>[6]P149</sup>澳大利亚《法律解释法》第15条明确规定“在对某部法律的某条文进行解释的过程中,一个能有助实现法律之内在目的、目标(无论此种目的、目标是否在该条文中明确说明了)的解释,应优先于那些不利于促进法律目的实现的解释。”<sup>[8]P258</sup>因此,“法学家必须从目的论的角度出发研究法律”。<sup>[23]P8[24]P364</sup>

#### (二) 法的目的研究有利于引导法学理论的正确前进

“法理学中最主要者,厥为法学方法论及法目的学二者”<sup>[4]P119</sup>,法目的学尤其对应用法学的发展具有极为重要的指引价值。台湾杨仁寿先生在其《法学方法论》中指出,“法学之终极目的,固在穷究法之目的。”<sup>[4]P120</sup>“吾人于此不能不指出,法学之主要任务,厥为透过法律的适用,以实现法律目的或社会统制目的,倘过分强调法律之逻辑一贯性,以追求法律解释的客观性,无视法律目的或社会统制目的,将此项主要任务置之脑后,必将重蹈十九世纪法学之覆辙,变成一‘机械法学’。概念法学著重于法律逻辑的一贯性,有助于法律的安定,有其不可磨灭的功劳,固无可争议,惟此亦正其致命伤之所在。盖为维持法律秩序之体系性,而不顾事实,牺牲社会统制目的或法律目的,诚至短视也。夫法律逻辑仅系手段,而非目的,为手段而牺牲目的,或将手段视为目的,均属舍本逐末之举。”<sup>[4]P48</sup>此处值得反思的一例是,在近期研习商法的过程中,我发现,国内的主流商法教科书与著作对“商法特征”的界说似有不妥,如不少学者在书中论述了“商法具有‘营利性’特征”、“商法具有‘技术性’特征”等观点。其实,作为一大部门法之商法必

不能逸出法律的本质与目的范畴,因而商法学切不可游离于法学之目的,而采“直觉定义”的思维模式,一想到“商行为”就想到了“营利”,继而想到了“商法具有营利性特征”。特征乃系本质与目的之外化,亦必受制于后者。法的目的不在“营利”,因而商法不可具有营利之目的,也就无“营利性”特征可言了。

### (三) 法的目的研究有利于正确指导法的实践

通观中外法律发展史和为法治秩序建构所走过的历程,一般而言,“法的实践”至少应包括法的制定、法的实施(守法、司法、执法)和法的监督等方面的内容及步骤。当前,尽管法学界探讨最为广泛的还是司法过程中如何阐释“法的目的”的问题,但毋庸置疑的一点是,“法的目的”话语及其意义必定贯穿于“法的实践”的全过程。如果说历经风雨而艰难前行的“法的实践”犹如行驶在茫茫大海的船只,那么法的目的就好比航行罗盘。倘若没有罗盘来指明前进的方向,那么法的实践就极有可能发生偏差甚至造成恶果,形成“恶法”乃至“恶法之治”。这样就必然会导致人类长期处于专权暴政、暗无天日的社会生存状态。由此可见,“良法”的产生与实施固然离不开良好的“法的目的”,“恶法”也必然因存在良好的“法的目的”而无从生根和长久存续。这一点早已被中外法律文明发达史所证明,即便法学理论中对“良法”与“恶法”二者尚存一定的争论和辩驳。

总之,我们学习和应用法律时,不仅要理解其概念、体系与效果等,还要以马克思主义法律思想为指导,准确把握这一规则、制度的目的。概念法学往往只顾在形式逻辑中玩概念游戏,却忘了法的目的(为“人”而存在)。殊不知,理解和把握“法的目的”才是正确习法、释法和用法的关键所在。传统法的目的理论(主观论与客观论)基于法治的需要,片面强调所谓理性、立法者的意旨与法的使命,抹杀法的实践过程中释法者(绝大多数人)应有的地位和作用,这实质上正是非理性、非客观与非科学的。拉德布鲁赫先生曾指出,“对于一个法律时代的风格而言,重要的莫过于对人的看法,它决定着法律的方向”。而就法的目的而言,突破传统狭隘观念的紧锁,以马克思主义法律思想为指导,正视客观现实并顺应社会发展规律,才是实现良法之治和构建“人的社会”的正确路径。这也是马克思主义法学研究在方法论上的目的回归。达尔文曾言,人类最有价值的知识就是关于方法的知识。对传统目的论进行反思和批判,并在解释学语境中重新建构法的目的,其意义不仅在于方法论,还在于法学作为科学本身。当前,我国法学研究发展尚处在由“吸收移植外国理论”向“自主创新法学理论”转变的关键时期,我国法学界更应在应用法学研究的同时,加强对方法论和法的目的研究。

### 注释:

① 概而言之,可能存在的情形有:1.从认识客体角度的看,法具有基本目的和具体目的;不同的法律部门(如宪法、民法、刑法),其目的不同;一部法律规范、一个法律条文包含一个甚至多个目的;法产生之前已存在的立法目的(立法预期)和法产生之后而有的目的(法的效果预期)。2.从认识主体角度的看,不同的认识主体对法的目的的理解可能不一致;在不同时期或语境中,同一主体对法的目的的认识可能不同。3.从目的是否彰显的角度看,有显明的目的和隐含的目的之分。例如在我国,法律一般都在第一条中阐述立法目的,但这只是该法的基本目的,各法律条款中还会隐含具体目的。有些法律只有单一的目的,而有的则可能具有多个目的(有时可能互相冲突)。当然,尽管这里的目的涵盖很广,包括立法者的目的、司法者的目的、制定法形成时的目的、后代人的目的等,但最终能成为法律解释依据的目的,则是以法律文本为依托,经释法者论证后提出的且能被民众(至少是职业法律群体)所接受的目的。

② 王泽鉴先生也持赞同观点,认为这实属至理名言。参阅王泽鉴《法律思维与民法实例:请求权基础理论体系》[M].北京:中国政法大学出版社,2001年,第242页。

③ 例如,在我国颇有影响的许霆涉嫌盗窃金融机构案中,许霆被广州市中院以盗窃罪一审判处无期徒刑(国内曾现一片反对呼声),后上诉至广东省高级人民法院,该案被裁定发回重审。广州中院于2008年3月31日作出重审判决,判处许霆有期徒刑5年并处罚金2万元(尽管仍有人持异议,但此一法上的宽容无疑使反对声平息了许多)。许霆仍对判决不服并再次提起上诉。2008年5月22日,广东高院对该案进行二审开庭审理并当庭作出裁定,驳回上诉,维持原判。因此,许霆仍得获刑五年并处罚金2万元(人们也慢慢接受了这一判决)。仅从此案的两个判决看,这一转变无疑更主要体现了法的目的客观论,反映出当立法存在漏洞时法律尊重民意(一定时期内人们普遍的价值诉求)的取向。

④ 当然除了法律文本之外,法律解释的对象还应包括事实以及事实与法律文本之间可能存在的客体主体化与主体客体化的关系等。但法学研究主要应是属于文本研究。

⑤ 本文虽欲在解释学语境中重构法的目的,但释法者一般基于广义而言,除非特别指出。

⑥ 笔者于2013年9月5日最后登录中国知网(CNKI)中国期刊全文数据库,时间跨度为1999年至2009年,以“法的目的”为主题精确检索发现,文章标题涉及“目的”者共159篇,但直接或包含以“法的目的”为题者共3篇。再以“法律目的”精确检索,共有126篇涉及,但直接或涵括以其为题者仅10篇。虽然这些数据可能不够全面,但一定程度上的确表明了我国学界关于法的目的研究的现状。至于著作,主要有人民大学、吉林大学、山东大学等科研机构的学者及学生的一些较为系统的成果,除此之外鲜有。



⑦ 此处,需要明确的是,“法的目的解释”与“法的目的的解释目的”虽联系紧密,但二者有别。本文所探讨的是前者中法的目的。

#### 参考文献:

- [1] [德]卡尔·拉伦兹.法学方法论[M].陈爱娥译.北京:商务印书馆,2005.
- [2] 梁慧星.法学学位论文写作方法[M].北京:法律出版社,2006.
- [3] 沈宗灵主编.法理学[M].北京:北京大学出版社,2003.
- [4] 杨仁寿.法学方法论[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [5] Oertmann, Interesse, und Begriff in der Rechtswissenschaft, 1931.
- [6] 王泽鉴.法律思维与民法实例:请求权基础理论体系[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [7] Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997, S. 114f; Heck, Gesetzauslegung und Interesse – njurisprudenz, 1914.
- [8] 管金伦.法官的法解释[A].法律方法(第2卷)[C].济南:山东人民出版社,2003.
- [9] 苏力.解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问[J].中国社会科学,1997,4.
- [10] 张志铭.法律解释的操作分析[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [11] [美]诺内特·塞尔兹尼克.转变中的法律与社会[M].张志铭译.北京:中国政法大学出版社,1994.
- [12] Kant, Kritik der reinen Vernunft, Werkausgabe, Bd. III – IV, hg. v. Weischedel, 10. Aufl. 1988.
- [13] Savigny, System des römischen Rechts, I, 1841.
- [14] [德]海德格尔.存在与时间(中译本)[M].北京:生活·读书·新知三联书店,1999.
- [15] 亚里士多德.政治学[M].北京:商务印书馆,1965.
- [16] 谢晖,陈金钊.民间法(第三卷)[M].济南:山东人民出版社,2004.
- [17] 苏力.二十世纪中国的现代化和法治[J].法学研究,1998,1.
- [18] 卢梭.社会契约论[M].北京:商务印书馆,1980.
- [19] 许章润.说法、活法、立法[M].北京:清华大学出版社,2004.
- [20] [英]哈特.法律的概念(中译本)[M].北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [21] [美]卡多佐.司法过程的性质(中译本)[M].北京:商务印书馆,1998.
- [22] [美]E.博登海默.法理学——法哲学与法律方法[M].邓正来译.北京:中国政法大学出版社,2004.
- [23] Kohler, Introduction to Rogge's Methodologische Vorstudien zu einer Kritik des Rechts, 1911.
- [24] [美]罗斯科·庞德.法理学(第一卷)[M].邓正来译.北京:中国政法大学出版社,2004.

## Criticism and Reflection on Traditional Theories for “Purpose of Law”

*Fu Zi-tang<sup>1</sup> Song Yun-bo<sup>2</sup>*

(1. Administrative Law School of Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120;

2. Chongqing Police College, Chongqing 401331)

**【Abstract】**The research and debate on “purpose of Law” has been stretching for thousands of years, but because of thirst for rule of law and reason esteem, always wandering between the traditional theory of subjective and objective. This not only goes against the objective rules and scientific principles of law, and will shake public order and endanger civil society construction. In view of this, it is necessary to rethink and criticize traditional theories for purpose of law on the base of concluding, and to start from the perspective of marxist legal thoughts to review the purpose of law in the context of legal hermeneutics. And this will enhance self-confidence of China Law and expand the rights of Chinese legal science on the international stage.

**【Key words】**purpose of law; theory of subjectivism; theory of objectivism; interpreters on laws; legal hermeneutics

(责任编辑:唐艳秋)