

第一部分
法理思維

第一章

法學思維方法的主導性與多元性

* 本章是作者在「全國法學方法論論壇」第一次會議上的論文，2006年6月10日，北京。後發表於《東方法學》，2007年第1期。

最近讀到一篇討論儒家學問的文章，把儒學分為三類：思想儒學，學術儒學，還有大眾儒學。思想儒學是在原有儒家學術思想基礎上致力於推陳出新，提出革新的思想和政治主張；學術儒學是對原汁原味的儒學進行梳理、考證、詮釋；大眾儒學則是搞普及。

我想，法學也可以這樣分類，不過還應當加上一個應用法學或實務法學（如司法、律師等職業法學）。此外，四種法學都要以多元的法學思維方法來指引，總體上可稱為思維法學。

思維方法是建構一門學科、一種理論體系的核心。法學中的不同學派，也往往是基於不同視角、不同思維方法而形成的。恩格斯在《德法年鑒》中指出：「方法就是新的觀點體系的靈魂。」^[1] 這個體系即指馬克思主義的理論體系。19世紀俄國馬克思主義者普列漢諾夫（Georgi Plekhanov）也指出：「一般說來，馬克思、恩格斯在唯物主義方面最偉大的功績之一，就是他們制定了正確的方法。」他還說：「現在馬克思主義知識產生了許多無知識的人。自然這一點應該受責備的不是馬克思，而是那些假借馬克思的名字胡說八道的人。但是要避免這類胡說，就必須了解歷史唯物主義的方法論的意義。」^[2]

基於此，我想就我秉持的法學的主導思維方法和我贊同的多元思維方法，略述管見，不論及具體的技術性的方法。

-
- 1.〔俄〕普列漢諾夫，張仲實譯：《馬克思主義的基本問題》，（北京：人民出版社，1957），頁21-22。
 - 2.〔俄〕普列漢諾夫，張仲實譯：《馬克思主義的基本問題》，（北京：人民出版社，1957），頁21-22。

一、從審視一個命題談法學的主導思維方法 ——法學唯物史觀

在法理學研究會 2005 年年會上，某位學者提出一個命題，說今後應當「轉變階級鬥爭觀念為社會和諧觀念」。他是呼應中央關於建立和諧社會的決定和年會關於「法治建設與和諧社會」的主題而立論的，而且大概也是對過去「以階級鬥爭為綱」所造成的災難痛心疾首而發，用意無可指責。對此，當時我還是禁不住發言，認為這個提法需要商榷。因為它忽視了現今中國已不同於「文革」及以前的情勢，階級或階層結構已有重大變化：「以階級鬥爭為綱」時期，國內敵對的階級作為階級早已消滅了，社會主要矛盾不是對立階級之間的矛盾，而是黨的領袖提出的極左路線，主觀地在人民內部和黨內搜索、製造階級鬥爭對象。那時如果提出「轉變階級鬥爭觀念為社會和諧觀念」，則是正確的（當然也會因此被打成「右派」「反革命修正主義」）。而現在，特別是近年來，隨着經濟的非平衡發展和政治改革的滯後出現了兩極分化，1% 的人佔有民間社會財富的 60%，擁有數以千百億元計的暴發戶和權貴資產者事實上已形成一個群體或集團、階層乃至階級，他們壟斷經濟，殘酷剝削、掠奪和壓迫被邊緣化的工農大眾。他們是社會不和諧的主要因素之一，導致社會矛盾日益尖銳，群體性抗爭事件頻繁發生。在農民因失去土地而上訪，受盡基層官僚的壓迫而抗爭的時候，在農民工為索要長期不發的工資而請願的時候，如果官僚主義者還藉口誰「鬧事」就是破壞「和諧」，藉口「穩定壓倒一切」，以壓制老百姓的訴求，他是站在哪一邊？如果我們作為法學家，在面對這些社會矛盾與鬥爭時，卻去大講要「轉變階級鬥爭觀念為社會和諧觀念」，將起什麼作用？

在不存在敵對階級和階級鬥爭時，搞「以階級鬥爭為綱」，是錯誤的，危害極大的；在確實存在社會矛盾與社會鬥爭的時候，否定事實上存在的社會矛盾與鬥爭乃至階級鬥爭（或「帶有階級性的鬥爭」），也是有害的。

由此可以引出一個重要的思維方法問題，即任何命題都要放到一定歷史條件範圍去審視，真理是相對於一定的時空條件的。

類似的問題在其他法學命題中也多少存在。如改革開放以來，我們已糾正了過去絕對否定人性，把階級性當做法的唯一屬性的謬誤；可

是，在否定了階級性以後，一個時期以來，一些法學論文卻把人性作為解釋和處理法和法治的唯一基準。一些法律實務部門如監獄則將「以人為本」低級化為照顧囚犯的親情乃至性生活等「人性」需要，而對更大地違反人性的酷刑和侵犯人權的冤案無動於衷。

對人權，有些學者只強調其超階級的人的自然性需要的一面，而忽視人的社會需要性，以及人性本身也是隨社會的發展而有所變化的，從而也忽視保障政治人權的重要性。在闡述法的正義性與公平性、「應有」權利時，追求基於人性的永恆正義的「應有」，而沒有把它放到一定的歷史條件下，從當時的生產力發展狀況和其他社會條件去審視其歷史的必然性與合理性。如認為人大代表選舉名額，城市與農村按人口比例的不平等（1:4）；^[3] 對外地人「准入」城市（如北京）的限制不公平；高考招生要按各省人口平均分配名額；……等等。如果都要求絕對的公平，則人大會成為「農大」，北京會人口爆炸，特殊考生群體（如少數民族、邊遠地區）就得不到照顧。^[4]

當然，藉口國情、條件的差異而排斥對人性、基本人權的尊重和保障，是錯誤的；不考慮歷史、經濟文化以及人口、地理等條件，而籠統要求一切人都有事實上的平等和公平，也是不可能、不合理的。

再如有些學者批評物權法草案的一個重要理由是，它沒有強調國有制為主體，反而對私有經濟也平等保護。這種觀點一方面是用不同經濟成分的所有制在政治經濟地位上的差別，去反對不同所有權主體在法律上的平等；另一方面，也多少隱含着從道德評價上認為「私有」是為私的、消極的，「國有」則是為公的，而無視合法的私有經濟在現階段對發展國民經濟的巨大作用，有其存在和發展的合理性、進步性。何況馬克思所講的公有制並非指國有制，而是指社會所有制，即「聯合起來的社會個人的所有制」，「非孤立的單個人的所有制」。^[5] 這種所有制是

3. 2013年起已改為農村與城市人大代表按人口比例為1:1。

4. 如電影《冰山上的來客》中所描述的塔什庫爾幹才1,000人口，如按人口分配名額，則他們一個名額也分配不到，反而造成不公平。

5. 〔德〕馬克思：《經濟學手稿（1861-1863年）》第1篇第5章；〔德〕馬克思、恩格斯，中國共產黨·中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局：《馬克思恩格斯全集》（第48卷）（北京：人民出版社，1956），頁22。

要求為人人所有，即能具體落實到每一個人所有，而不是抽象的所謂「全民公有」或國家壟斷（後者往往很容易蜕化為「官有」或權貴資產者所有）。

從超歷史的人性或倫理道德要求出發的「正義」觀「公平」觀，也許同某些西方學者考慮問題的思維方法的影響有關。如羅爾斯（John Rawls）在其《正義論》一書中，雖然承認不處死戰俘而將他們變為奴隸，從而「排除了更壞的不正義」；但又認為「交換俘虜是一種更理想的安排」，因而認為不能用「歷史的限制來證明世襲的奴隸制或農奴制是正當的」。⁽⁶⁾這還是對待「應有權利」的超歷史的史觀。且不說當時之所以要殺俘虜，主要是因為生產力極低，沒有剩餘生產品來養活俘虜；而從社會發展來評價，如恩格斯所指出的，正是奴隸社會「才使農業和工業之間更大規模的分工成為可能，從而為古代文化的繁榮，即為希臘文化創造了條件」，「沒有古代的奴隸制，就沒有希臘的文明，也沒有現代社會主義」。人們對奴隸的悲慘處境可以生出「高尚的義憤」，但「在科學上絲毫不能把我們向前推進」。「馬克思了解古代奴隸主、中世紀封建主等的歷史必然性，因而了解他們的歷史正當性，承認他們在一定限度的歷史時期是人類發展的杠杆。」⁽⁷⁾

如果按羅爾斯的「理想」來安排「交換俘虜」，雖則更「人性」，但歷史上就不可能產生奴隸制及因而導致的人類文明的大進步。羅爾斯的「理想」只是使歷史倒退或永遠停留在原始社會的空想。如果在奴隸制上升時期要求奴隸同奴隸主的權利平等，那麼就會阻礙、破壞社會生產力的發展，而且如恩格斯所說，在奴隸社會時代的人們看來，這種要求會被認為「一定是發了瘋」。應當承認奴隸制上升時期對奴隸的剝削，也可以說是奴隸主的「應有權利」。即使對奴隸階級來說，不再被作為俘虜總體地被殺掉，也是一種進步。

拿人權中最基本的生存權或生命權來說，其作為「應有權利」，在原始社會也只限於氏族內部的一般成員。對俘虜和喪失勞力的老人來

6.〔美〕羅爾斯，何懷宏等譯：《正義論》（北京：中國社會科學出版社，1988），頁238-239。

7.〔德〕馬克思、恩格斯，中國共產黨，中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局：《馬克思恩格斯選集》（第3卷）（北京：人民出版社，1972），頁139-221。

說，就是不應有的權利。將他們殺掉或吃掉，倒是維持氏族內部絕大多數人的生存權的必要，因而是合乎當時的正義的。^[8]

對於專制政治與民主政治，也要放到一定條件下去衡量其歷史是非得失。專制政治並非任何時代都是絕對的壞。秦始皇的專制統治，焚書坑儒，暴戾鎮壓人民，應予徹底否定；不過在他那個歷史時期，消滅了諸侯割據的封建制度，統一了中國，客觀上有利於生產力的發展，因而就具有歷史的必要性和正當性。李世民貞觀之治的開明專制，也是適應那時的生產關係和中國封建社會的其他人文因素，他不可能搞現代的民主。即使是皇位的家族世襲制，在一定歷史時期和一定程度上對抑制統治階級內部的爭權奪利所導致的內亂，也起一定作用。

正如恩格斯指出的，17至18世紀的西歐，資產階級擁護皇權，是因為當時處於封建領主的分裂混亂狀態，「皇權在混亂中代表秩序，代表着正在形成的民族，而與分裂成叛亂的各種附庸國的狀態對抗」。因此，「在這種普遍的混亂狀態中，皇權是進步的因素」。^[9]

這裏可以舉出由於思維方法轉換導致認識和評價法律文化轉變的一個例證：鄧正來教授在其新著《中國法學向何處去》中發現梁治平教授現今對中國歷史上法律文化的「同情的理解」，同他以前「對中國法律文化的徹底批判」有矛盾。我認為，梁教授這種由「批判」到「同情」的「矛盾」，恐怕不限於他自己所說的對法律文化的「文化闡釋」而產生的文化認同感來解釋，而更可能是基於思維視角的轉換：即過去對中國法律文化的批判否定，可能是「以現在審視過去」，或為了清除舊的法制觀對當前法制改革的消極影響，而以現代的民主法治觀去衡量古代法制的是非，因而要加以「徹底批判」；而後來則是自己走進古代法律文化的歷史情境，注重其產生的歷史背景和當時的得失，而客觀地衡量

-
8. 據《達爾文日記》中記載，最使達爾文感到恐懼的是當年澳洲野蠻人的生活習慣，即「殺嬰制」和「驅嫗制」。前者是指在饑餓時便殺嬰兒吃，後者是當老婦人喪失勞動力時，族人就將她趕走。達爾文在第一次到澳洲時，將當地一個10歲男孩帶回英國去「文明化」，若干年後送歸原地，大有「撒下文明種子」之意。過了幾年他再去該地考察時，想看看他怎樣了，不料被告知說：「我們已經把他吃了，原因是他沒有像樣的體力，很多事都不會做。」（轉引自《今晚報》，2000年3月20日）
 9. 〔德〕馬克思、恩格斯，中國共產黨·中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局：《馬克思恩格斯全集》（第21卷）（北京：人民出版社，1958），頁453。

其歷史必然性和合理性、正當性，即多少是以歷史唯物主義的態度和思維方法，來體認古代法律文化的是非得失，從而認同在一定的歷史條件下（包括經濟、文化以及地理條件等）所形成的君主專制的政治與法律制度，是適合當時、當地的社會進步要求的，這樣就不能不對之產生「同情的理解」。專制政治並不是超時空的絕對的「壞」。如恩格斯所說，歷史上形成的階級統治，並不能只用人類的「惡意」來解釋，而「只是因為在人類發展以前的一切階段上，生產還是如此不發達，以致歷史的發展只能在這種對抗中進行」。^[10]

對人權與主權關係的評價，也不能脫離其歷史狀況作誰高誰低的判斷。人權本身沒有階級性，但不能忘了主權的階級性。當主權是掌握在君主或獨裁的統治者手裏時，說主權高於人權，就會為他們以主權鎮壓人權客觀上提供理論支持。

總之法學、法治上的這些關係、命題，都需要用唯物史觀的方法去辨析，才能有合乎歷史真理的判斷。

我認為馬克思恩格斯所創立的唯物史觀思維方法是觀察、衡量、評價社會現象包括法學和法律現象的科學方法，在總體上比之其他形形色色的法學思維方法更有高屋建瓴和整合性、基礎性。在我是以之作為主導的法學思維方法的。雖然它不能取代其他多元化的具體方法，也不應像過去那樣，把它變成唯一的精神教條或排斥一切異己的「國教」。至少單從法哲學視角來看，馬克思作為法學中的一派的地位，特別是他的歷史唯物論思維方法，總還是不應抹殺的。須知 2000 年英國廣播公司的網上投票結果，馬克思是被評選為全世界第二個千年「第一偉大思想家」的。可惜現在由於馬克思的理論和方法，已經被某些號稱他的追隨者誤釋、曲解和在實踐中糟蹋得不成樣子，人們包括法學界的許多學者已不大相信它，而淡出了法學領域。這是十分可歎的。

10. 恩格斯：《卡爾·馬克思》，〔德〕馬克思、恩格斯，中國共產黨·中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局：《馬克思恩格斯全集》（第 19 卷）（北京：人民出版社，1958），頁 121-123。

二、從對一個學派的思維方法的解讀，看多元 思維方法產生多種學派

以歷史唯物主義的思維方法作為主導的法學思維方法，並不意味着它是唯一的方法。這種思維方法是開放的體系，並不排斥而是吸納了這之前的古今中外其他派別的正确思維方法，今後也應是如此。所以我主張在運用馬克思的方法時，要重視和運用其他各派的思維方法。

思維方法問題，不只是一個技術、方略問題，而是關涉世界觀和認識事物的獨特視角和立腳點，可以導引出對同一客體的不同認知。社會科學領域對相同範疇的社會現象的解釋，「主義」叢生，學派林立，很大程度上是基於方法論上的差別。可以說，不同思維方法和不同視角，可以形成不同學派。

這是基於唯物辯證法的認識論：在客觀方面，正如馬克思說的，任何事物都是「一個具有許多規定和關係的豐富的總體」，「是許多規定的綜合，因而是多樣性的統一」。⁽¹¹⁾ 在主觀方面，人們的視角不同，方法不同，也會得出不同結論。

基於這主客觀兩方面的原因，可以說真理不只一個，而是一個多層次的多面體。對同一法律現象或法學概念，基於認識方法不同或視角不同，可能有多樣性的解釋。如英國法學家莫里森（Wayne Morrison）所說，答案的多樣性「不足以證明某些學者是對的，而另一些學者是錯的」。⁽¹²⁾ 這就是所謂見仁見智。它表明，雖然「真理只有一個」，但這一個卻是一個多面體。有人見到這一面，有人着重研究另一面，雖則片面，綜合起來也就全面了。對同一種疾病，中醫採「望聞問切」的整體性的「辨證論治」，可以「頭痛醫腳」；西醫用實驗檢測，對症開方，多採「頭痛醫頭」的實證分析。兩種思維方式與方法，各有千秋，都能治病。

11. 〔德〕馬克思、恩格斯，中國共產黨·中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局：《馬克思恩格斯選集》（第2卷）（北京：人民出版社，1972），頁102-103。

12. 〔英〕韋恩·莫里森，李桂林等譯：《法理學——從古代希臘到後現代》（武昌：武漢大學出版社，2003），頁5。