

关于法律实证与社会实证的双重立场分析 ——以我国农村土地立法为例

汪 安 亚

[摘 要] 法律实证(分析法学派)和社会实证(法社会学派)是西方法学界倡导的分析法学问题的两大基本路径。我国法学者对诸多法学问题的分析,往往只择其一而用之,其结果因研究路径的缺漏,导致法学理论研究或立法的不完善。我国农村土地立法应采用法律实证和社会实证相结合,使二者相辅相成、相得益彰,方能既参考国外成功的立法和理论,又照顾中国农村的实际情况。

[关键词] 法律实证主义;社会实证主义;双重立场

[中图分类号] DF611 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2008)03-0340-05

一、对立法例与法学理论的法律实证分析

法律实证主义的哲学前提是现代西方哲学中的科学主义,即实证主义,其公认的创立者是法国人奥古斯特·孔德(Auguste Comte 1798—1857)。他首次在《论实证精神》一书中讨论了人类思辨发展的三个阶段:神学、形而上学以及实证阶段。他认为,所谓实证包括以下几个方面:一是与虚幻对立的真实,二是与无用相对的有用,三是与犹疑对立的肯定,四是与模糊相对的精确^[1](第 1 页),并指出哲学的任务在于获得实在、有用、确定、精确的知识。孔德主张用一把新的“奥卡姆剃刀”把一切形而上学的非实证的概念和原则统统剃掉^[2](第 59 页)。现代西方科学主义哲学的基本立场是价值无涉、道德中立。以实证主义哲学为基础发展起来的法律实证主义,又吸收了新康德主义和逻辑实证主义的立场和方法论,成为了西方法学世界中三大流派之一。20 世纪法律实证主义的两大分支及其杰出代表分别是凯尔森(H. Kelsen 1881-1973)及其纯粹法学派和哈特(H. L. A. Hart 1907—1994)及其新分析实证主义法学派。

凯尔森认为,他所倡导的法学研究之所以被称为“纯粹”法理论,“是因为它旨在集中认识法律本身,并从这种认识中清除一切不属于被恰当确定为法律认知的对象的东西。这就是说,纯粹理论旨在将法律从所有外在因素中解脱出来。这是基本的方法论原则”^[3](第 7 页)。从这一基本原则的立场中可以看出其实证主义的特征,即它立足于排除法的外在因素,集中研究实在法本身的结构和一般理论。凯尔森力图将法学理论与传统的政治、法律、伦理思想和意识形态划清界限,特别是伪装成正义的形而上学理论或自然法学说。为此,凯尔森否定了法社会学的研究进路。在他看来,法社会学是因果科学,研究的是人们实际如何行为和将来如何行为的因果关系,其研究对象是自然事实,因而属于自然科学。凯尔森批评一些法学家把研究法律规范即规定人们应当如何行为的理论与人们实际上如何行为的理论相混淆,从而把事实和价值、实际如何和应当如何相混淆。因此,纯粹法学否认把社会学引入法学研究的可

能性,认为法学家必须放弃研究自然法的社会观念,应摆脱自然科学的束缚,抛弃一切社会学的因素^[2](第62页)。

哈特继承了其前辈了奥斯丁的分析法学,并以维特根斯坦的语言哲学为基础,主张对法律的具体概念进行逻辑分析,并坚持认为法学理论是普遍和描述的。之所以是普遍的,是因为它不与任何特定的法律制度或法律文化相联系,而是试图对作为一种复杂的社会和政治体制的法律从规则支配的方面进行解释和澄清性说明。之所以是描述性的,是由于它是道德中立的,并无辩护的目的;它并不企图在道德或其他基础上为出现于这种普遍的法学理论中的形式和结果作辩护或褒奖^[4](第239-240页)。在总结英美法学界关于法律实证主义的界定后,哈特认为:“对法律概念之含意的分析或研究,是一项重要的研究,应与历史考察、社会学的调查方法以及按照道德、社会目的、作用等对法律进行批评性评价的方法区别开来(然而决非是敌对的)^[5](第269页)。”有学者总结出哈特的分析实证主义法学研究包括以下四方面:第一,法律本身的概念分析;第二,基本术语的定义;第三,基本法律术语之间的相互关系,即所谓法律上的关系;第四,其他非法律的概念以及这些概念与法律概念的区别分析^[6](第234页)。由此可见,哈特坚持了法律实证主义的基本观点,即实证主义应该抛开法律制度和法律文化的具体内容,对法律形式做逻辑分析,强调实在法与理想法、法律与道德及国家法与民间法的实质区别,认为法学作为一门科学应仅研究实在法,只有先验的形而上学才研究理想法或正义法。

法律实证主义是一种立场或者倾向,它代表了法学对于“科学”的渴望,也是对实在科学与进步思辨的确信。凯尔森的纯粹法学和哈特的新分析实证主义法学体现了实证主义哲学家鲜明的科学主义倾向和使法律纯粹化、科学化的有益尝试,这对于农村土地立法研究有重要指导意义。比如,在考察农村土地承包经营权是否可以转让这个问题上,从实证法的角度考察,各国立法例上对于类似的权利都有规定,如《日本民法典》第272条规定:永佃权人可以将其权利让与他人,或于其权利存续期间,为耕作或畜牧而出租土地。但是,以设定行为加以禁止时,不在此限。我国《承包法》第32条规定:通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。农业部《农村土地承包经营权流转管理办法》(2005年3月1日生效)第15条规定:承包方依法取得的农村土地承包经营权可以采取转包、出租、互换、转让或者其他符合有关法律和国家政策规定的方式流转。这说明,作为一种客体性质的权利,这种“类土地承包经营权”或土地承包经营权可以转让当属无疑,这就为分析农村土地承包经营权是否可以转让提供了实证法上的基础。

二、对习惯法、民间法的社会实证分析

法律实证主义的“实证”是一种对实在知识的向往,但怎样达致实在知识,法律实证主义者在这里就出现了分歧,一些人认为应该从“法律是什么”的角度切入,另一些人则赞成从“法律实际上是什么”来研究。而对“法律实际上是什么”的考察,其实就是一种社会实证的研究进路。社会实证的基本特征是重视经验事实,企图通过对作为客体的素材分析像自然科学那样作出精准的预测。采取社会实证路径的法社会学运用了大量社会学的方法,比如现场试验、问卷调查、归类访谈、档案研究、统计分析等等。

社会实证的路径其实就是法社会学的研究方法。法社会学是在1913年前后诞生的20世纪的新兴学问,是一门颇年轻的研究科目,其开山鼻祖是埃利希(Eugen Ehrlich, 1862—1922)和马克思·韦伯(Max Weber, 1864—1920)。关于法社会学的核心思想,埃利希有一个基本的判断:法律发展的重心不在立法,不在法学,也不在司法判决,而在社会本身。他同时强调对“活的法律”的研究。所谓活的法律,就是指支配生活本身的法律,尽管这种法律并不曾被制定为法律条文,而活的法律的科学意义,不限于对法院所适用的供判决用的规范,或对成文法的内容有影响,活的法律知识还具有一种法律秩序的基础,尽管它不同于国家制定的法律^[7](第390页)。而韦伯则指出:“从社会学的角度看,习惯、惯例和法律之间的演变界线是非常模糊的”^[8](第25页)。

法社会学是以国家与社会之间的区隔和相互作用为前提、以社会科学(social sciences)的方法来考

察法律现象的客观规律以及制定和执行法律规范的实际状态或功能效果等的各种理论和经验性研究(empirical studies)的一门学问。法社会学认为一切知识都是地方性的,法学家创造的只是法律理论而不是法律本身,一切法律都是由现实成长而来。法社会学主张从社会发掘习惯法、民间法,尊重民间自生秩序,强调制定法与民间法的沟通、对话与对接。

对于此种方法的具体说明,还是举前面土地承包经营权是否可以转让的例子来说明。从法社会学的角度分析,在实践中,转让承包经营权的情形不多,主要原因有二:一是承包人往往将土地交还给作为发包方的集体,以保留自己下一轮土地承包的资格;二是在土地延包 30 年不变的情况下,一次转让就意味着十几年或者几十年不能再拥有土地承包经营权,而土地在我国绝大部分的农村地区仍然是农民生存最后的保障,因此农民采用转让的形式来变更土地承包经营权的可能性不大^[9](第 27 页)。因此,从这一角度看,对于农村土地承包经营权的转让是须慎重考虑的,因为在中国现实的国情之下,农村土地承包经营权不仅仅是农民的一项财产权利,而且还担负着农村社会保障的功能,进而言之,事关整个社会的稳定与发展。如果允许该项权利自由转让或者是抵押,将有可能使部分农民丧失土地,这将与土地私有化带来的后果无异。中国历史上历次的大规模农民起义无不是因为土地的兼并与集中,尤其是当遇上天灾人祸的时候,这种情况更容易发生。我们的法律应该杜绝这种现象的发生,而不是为这种现象的发生留下可操作的空间。对此,梁慧星教授在其民法草案中的做法颇值赞同,该草案 455 条规定:农地使用权人不得将其农地使用权转让给他人。但国有或集体所有荒山、荒地等以拍卖方式设立的农地使用权除外。农地使用权转让时,受让人限于从事农业生产者^[10](第 263-264 页)。这表明,原则上该项权利不得转让,但是,对于国有或集体所有荒山、荒地等以拍卖方式设立的土地承包经营权则不在此限了,因为基于这类土地而设立的土地承包经营权与普通百姓的生活并非息息相关,因此,法律更应该将其完全的财产化,使其发挥其他的诸如融资等功效,为农民其他的事业提供支持。

三、两条进路相反相成、殊途同归的法律效果

作为两种不同的研究进路,法律实证主义和社会实证主义在诸多方面皆有其不同甚至相反之处,但如将两者统一到农村土地的立法研究中来,二者又是相反相成、相得益彰的。因为在作为一个整体研究对象的农村土地立法问题中,存在前文所述的两种不同性质的研究对象,而这两种研究对象本身的意义脉络又表明,在对其进行研究的时候必须分别采用法律实证主义和社会实证主义的研究进路。申言之,两种不同的研究进路分别对应两种不同的研究对象,而这两种不同的研究对象又是统一于作为一个整体的农村土地立法研究中的,所以这两种不同的研究进路也就具有了同一性的基础。因此,在对农村土地立法问题进行研究的时候,这两种研究进路对我们的研究都是必须的和有意义的。

(一)法律实证方法与社会实证方法的研究脉络差异

这里所说的“差异”,是指法律实证主义和社会实证主义的区别,大致可以做以下归纳:(1)研究对象相异:法律实证主义的研究对象为法律规范,法社会学的研究对象为人的与法律有关的行为^[11](第 196 页)。(2)研究方法不同:法律实证主义的研究方法为形式逻辑中的演绎法,强调从法律规范到规律规范的逻辑推导,法社会学研究政治、经济、哲学、宗教、习俗、传统等诸多因素与法律的相互作用和影响,社会实证主要是立足于对调查数据的收集和访谈所得意见的整理,其运用的主要是归纳法。(3)理论出发点相左:法律实证主义的理论出发点是,认为法律规范构成的法律制度是一个自给自足的体系;法社会学的理论出发点是,认为法律与社会存在互动和彼此渗透的关系。(4)表述方式存在应然与实然的差别:法律实证主义采用的是“应当”的陈述,即法律规范告诉人们“应当”做什么;法社会学采用的是“是”的陈述,即它关心的是人们与法律有关的行为事实上“是”怎么样的。

进言之,法律实证主义者认为“立法”即法律,致使人们不可能正视人们在行动中普遍遵循但却尚未阐明的规则在社会演化过程中的功用和意义,也不可能对立法行动本身所应遵循的社会秩序规则的性质以及这种行动所产生的实在法的性质进行追问。而法社会学的理论焦点和认识兴趣在于法的实际运

行、实际效力、实际作用和实际效果,这就填补了传统法学的一个盲点,即法社会学研究的是法律运行的实然性^[12](第71页)。

与社会实证对比,法律实证主义就好像“玩弄”的是概念间的逻辑转换游戏,仍然是某种意义上的理想化模式,并且不排除为了陈述理论的需要而提出假设,甚至是难以最终证明的假设。他们不可避免出现这样的情形,最终的作为论证基点的东西往往具有形而上的特点,无法为经验所证实。所以相对于法社会学,分析法处在于“应然”位置。由此可见,法律实证主义和社会实证主义是两种不同的研究进路,并且其突出表现在于二者研究对象存在巨大分野。其实,在中国,法律实证主义和法社会学的理论争鸣,就是有关法律现代化与法律本土化的争论^[12](第72页)。

(二)法律实证方法和社会实证方法研究绩效的殊途同归

这里所说的“殊途同归”,是指法律实证主义和法社会学的研究方法是相辅相成的,只有两者相互作用才能产生既具有科学精神又立足于实践的农村土地法律制度规则群。因为正式的制定法并不因为它们的原生环境具有进步性而必然具有合理性,反过来中国普通百姓(尤其是农民)所拥有的非规范性知识并不因为它是传统的就必然是落后的和不合理的。从制度创新和制度变迁的角度来看,当代中国农村的经济改革以及家庭联产承包责任制的发展,不是由于正式制度自上而下的安排,而是出自农民的创举,出自非正式制度对于正式制度的抵抗和挑战。这表明民间自发的经济活动是怎样一步步突破正式制度的禁限,以及非正式制度如何逐步获得合法性,最终转化为正式制度的部分^[13](第16页)。

20世纪丹麦杰出的法学家斯蒂格·乔根森敏锐地意识到这个问题,创立了“多元论法学”。其核心思想在于:“法不仅仅是一种规范体系,一种法官或当局的行为的表示,一种基本的法律意识或一种特殊的法官思想意识,为人们实际遵从的行为规范和强制命令,一种具有规范正义性的内容,法律习惯或文化模式。法同时是这一切,就上述每一个其中单一概念而言,都离开了法的基本范畴,它们代表了法功能的一方面或几方面,都是从一个有限的角度去看待法,这样,法的其他方面被抛弃了。”他在1986年对法的内涵作了进一步阐述:“法不仅是一种像自来水工程或救护车的事业,其目的是弥补社会的缺陷、应付社会的突发事件,而且是社会组织得以存在并发挥功能的一种条件”^[14](第326页)。罗伯特·昂格尔从一个不同的角度反思了现代西方法律的内生性,也认为有三种类型的法律,即法律秩序(西方法治)、习惯法和官僚法^[15](第48-52页)。因此,这这一角度也可以断言,在农村土地的立法研究中,法律实证主义与法社会学的研究方法应结合使用,而不能顾此失彼,否则就难免挂一漏万。

而且,中国农村蕴藏了很丰富的农村土地立法研究的资源。王铭铭教授的社会调查表明,自1979年以来地方性制度在某些地方得到复兴,其中有民间合作与互动的地方性制度(如借贷、劳力帮助等),传统仪式的复兴,民间权威的形象,家族社区的出现^[16](第20页)。这意味着民间自生秩序和民间法正在中国社会顽强地生长,而这些又都将毫无疑问地影响中国农村土地的立法。对此,费孝通先生提出的“乡土社会”理论也可资解释。费孝通先生指出:从基层上看,中国社会是乡土性的,那些被称为土头土脑的乡下人,他们才是中国社会的基层,(乡土社会)这是一个“熟悉”的社会,没有陌生人的社会,陌生人所组成的现代社会是无法用乡土社会的习俗来应付的^[17](第6页)。从法社会学角度来看,在今天的中国市场经济条件下,“乡土社会”仍是一个我们认识和了解中国乡村社会及其法律制度变迁的有力分析工具。因此,在运用法律实证主义的方法考察各国农村土地法律制度的同时,我们切不可忘却中国的“乡土社会”中已经存在的相关制度规范,虽然这种规范有时候表面上看起来并非正式。

在进行农村土地立法问题的研究中,借鉴国外成功的立法例是必不可少的,但我们更应该关注这些所谓的成功的立法例将如何适用于中国广阔的乡村社会,以及在这个广阔的乡村社会中已经存在的自己的系列规则群。

[参 考 文 献]

- [1] [法] 奥古斯特·孔德:《论实证精神》, 黄建华译, 北京: 商务印书馆 1996 年版。
- [2] 顾 肃、[日] 小田桐 忍:《法律实证主义的哲学基础与方法论特色》, 载《南京大学学报》1995 年第 2 期。
- [3] Kelsen. 1941. "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Review of Law* 55.
- [4] Hart, H. L. A. 1941. *The Concept of Law*, 2nd ed, Oxford: Clarendon Press.
- [5] [英] 哈特:《法律的概念》, 张文显等译, 北京: 中国大百科全书出版社 1996 年版。
- [6] [英] 韦恩·莫里森:《法理学——从古希腊到后现代》, 李桂林等译, 武汉: 武汉大学出版社 2003 年版。
- [7] 张宏生、谷德春:《西方法律思想史》, 北京: 北京大学出版社 1990 年版。
- [8] [德] 马克斯·韦伯:《论经济和社会中的法律》, 张乃根译, 北京: 中国大百科全书出版社 1998 年版。
- [9] 陈小君:《农村土地法律制度研究——田野调查解读》, 北京: 中国政法大学出版社 2004 年版。
- [10] 梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由之物权编》, 北京: 法律出版社 2005 年版。
- [11] [奥地利] 凯尔森:《法与国家的一般理论》, 沈宗灵译, 北京: 中国大百科全书出版社 1996 年版。
- [12] 谭岳奇:《法律本土化: 一种法社会学的视角》, 载《现代法学》2001 年第 1 期。
- [13] 苏 力:《法治及其本土资源》, 北京: 中国政法大学出版社 1996 年版。
- [14] 吕世伦:《西方法律思想源流论》, 北京: 中国公安大学出版社 1993 年版。
- [15] Unger, Roberto Mangabeira. 1976. *Law in Modern Society-Toward a Criticism of Social Theory*. New York: New York Free Press, 1976.
- [16] 王铭铭、王斯福:《乡土社会的秩序、公正与权威》, 北京: 中国政法大学出版社 1997 年版。
- [17] 费孝通:《乡土社会生育制度》, 北京: 北京大学出版社 1998 年版。

(责任编辑 车 英)

On Dual-approach of Legal Positivism and Social Positivism in Jurisprudence

Wang Anya

(Law School, Zhongnan University of Finance & Law, Wuhan 430073, Hubei, China)

Abstract: Legal Positivism (by school of Analytical Jurisprudence) and Social Positivism (by school of Pragmatic Jurisprudence) are two basic approaches into jurisprudence in western legal academy. Meanwhile only one of these two approaches is often seen in use in China's legal study. As a result, deficiency of study approaches like this leads to the incompleteness of China's jurisprudence research, as well as the flaw of the consequent legislation. In this thesis, the author implies both approaches of legal positivism and social positivism in the study of China's rural land legislation so as to refer to the valuable theory and legislation in the corresponding area in foreign countries on the one hand, and to concern China's rural practice on the other hand.

Key words: legal positivism; social positivism; dual-approach