

黎四奇：什么是应有的法学理论态度观 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E9\\_BB\\_8E\\_E5\\_9B\\_9B\\_E5\\_A5\\_87\\_EF\\_c122\\_486094.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E9_BB_8E_E5_9B_9B_E5_A5_87_EF_c122_486094.htm)

【摘要】法律理论演进的历史表明，文人相攻的天性及对自我理论的偏爱决定了法学理论之间的相互搏杀。虽然这种理论的对垒确实促进了人们对法律真知认识深度的深化，但是这种理论阵地上的排斥异己现象却非一种正确的法学真理探求观，因为复杂的社会决定了任何法律的命题并不能提供法律全部的图像。与此同理，中国的法治理论观不应是一种搏杀观，而应是一种博采众长的兼收并蓄观。 The evolving history of legal doctrines shows that intellectual 's propensity of mutual attack and pampering about their own theories decide this infighting. Though it has deepened people 's understanding towards legal truth, yet this isn 't a correct academic attitude because the complex society has determined that none of the legal definition can provide the whole picture of law. 【关键词】法学理论；排异现象；正确认识观 legal doctrine. rejecting phenomenon. due 在唯物主义哲学中有一个基本的命题，即事物的发展是一个否定之否定的螺旋式演进过程。这种螺旋型的轨迹表明新事物的出现并非无中生有的，而是以旧事物为基础的延伸与递进。从这个角度来考察，新旧事物之间的关系就是一种继承与被继承、发展与被发展的关系，而非一种实质性的相互否定关系。然而，理论创新的现实说明新理论似乎总是在对旧理论的遗忘中诞生与确立自己的阵地的，或者说是欲彻底推倒旧理论而在一片废墟中全新立起的。法律文明绵延至今，人类的智慧闪烁出了无

数的对法律真知探求的理论与流派。可是，若我们客观地纵览下，不难发现每一种新理论都是意欲踩着旧理论或其它同期存在的理论而推出与巩固自我的。笔者认为，虽然这种法律理论相攻的结果使论战的敌我双方暴露出了各自观点的优劣，使潜在的法律不足问题显山露水，但是我们不能因此而否认这种相攻的学术情怀并非一种理性的学术情怀与态度。作为不能像自然科学那样在实验室中被证伪的法律研究需要的是学人之间对学术理论的一种相互宽容与理解。因而，从法学理论相攻的现实来探索应有的法学学术态度具有重要的现实意义。

### 一、法学理论的相攻??以法学理论的变迁为视角

在法律文明变迁的历史长河中，出于时代变化的要求及人类对自身对社会对自然等认识程度的加深，理性的法律人借助智慧的力量在法律的丛林中演绎出了形形色色的法学观点及派系，尽管利益多元化的社会决定了一个时代产出的思想具有“百家争鸣与百花齐放”的必然性，但是我们必须注意到在人类进化的每一个特别的时段，法学理论的舞台上总是存在一个理论的主导者或团体在牵引着、支配着与压制着其它异质性的法学理论与派别。实际上，至今为止，整个人类法律文明的推进在理论主宰的更迭上具有丝丝缕缕打倒与被打倒的动态关系。对此，笔者作以下客观的分析。古典自然法学派凭借法律面前人人平等、天赋人权、社会契约论及主权在民等极富感染力的法学理念促成了近代资产阶级革命的胜利，从而使世俗之人从神权、王权的压抑与奴役及自我混沌的状态中解救出来，而在法律上享有了生而为人之基本权利。尽管这种抽象性的权利观、平等观、及具有拟制性的国家与公民之间的契约关系具有一定的虚伪性与欲盖弥彰性，但

是在法治的观念下及宪政制度下人们至少顺着这股东权利意识觉醒的春风呼吸到了权利的气息。然而，随着资本主义民族国家的巩固与强大，这种标志着人类文明的篇章被重写的自然法与人定法两分的法学理论在实证法学派的强劲攻击下也最终没有逃脱“兔死狗烹，鸟尽弓藏”的悲剧命运。在阶级资产革命时期被喻为最高标准的自然法受到后来者无情的贬低及剿杀，如1776年边沁在其名著《政府片论》中这样谈到：“说起自然法，若即使我相信它出现过，它也只不过是空洞无物的术语罢了。”[1]为了佐证本法学理论的正宗性与科学性，作为古典实证法学派沿续的纯粹法学流派认为，该流派的唯一目的就是认识和描述研究的客体，它意图回答法律是什么及如何构成的，而不是法律应该是什么。它既不回答现有的实证法正义与否，也不研究正义是由什么构成这样更基本的问题，因为作为一门科学，纯粹法学不能对这些问题进行解答，且这些问题也根本无法被科学地回答。后期以哈特为主的分析法学派更是与代表新自然法学派的富勒展开了一场长达数十年的非此即彼的口水战。尽管如此，随着社会学的触角日益向法学领域的伸展及气候化，以涂尔干、埃利希及韦伯为主导的古典法社会学派也并没有对实证法学派手下留情，而是对其书斋式法学研究的弱点痛下杀手，否认其正确性与科学性，并试图取而代之。如针实证法学埃利希创造了与国家法针锋相对的“活法”概念，他认为：“无论是现在或是其他任何时候，法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；活法是支配生活本身的法，即使它并不具有法律命题的形式。”[2]与此类似，韦伯则认为法律不仅是指由国家垄断的国家法，还包括由宗教规

则与风俗习惯等组成的超国家法。当历史演进到19世纪中叶时，在法律理论的天空中升起了“历史法学派”这颗明星，它不仅牵引与主导了当时德国法学的理论阵地，而且也辐射性地影响了整个欧洲。以萨维尼为主流的历史法学派提出了法民族精神论的观点，与自然法学派与实证法学派等进行了决裂，公开否认法律的普适性及绝对真理性，他认为法律只能是土生土长和几乎是盲目地发展，不能通过正式理性的立法手段来创建，而是世代的“民族精神”之再现，只有“民族精神”与“民族共同意识”，才是实在法的真正缔造者。因此，法律的发展程式表现为习惯法 学术法 法典编纂的动态流程。虽然历史法学派使人们转变了对法律的认识观，拓宽了人类对法源的探索，且通过对罗马法的梳理建构了现代民法学理论，并促成了《德国民法典》的形成，但是随着其史命的完成及时代之发展，该学派也未能幸免于其它学者们的口诛笔伐，如耶林批驳了萨维尼所认为的“法的形成同语言的形成一样，是在无意识之中，自发自然形成的，既无任何角逐，亦无任何斗争”这一观点，他提醒人们不要安稳地沉湎于“所谓的自生自发演进秩序”的幻景之中，而要去靠斗争去争取权利，去呼唤法律。历史法学派致力于罗马法的研讨加速了概念法学的成熟化与系统化，概念法学不仅改变了人们对法律的思维方法，而且也对大陆法系近代民法的形成及民法法典化产生了根本性的影响。对于其作用，我们可以这样说，若在人类法律文明的演进中没有概念法学高度的抽象思维性，则现在的我们就不会有今天清晰的物权概念与物权法规范体系；若没有物权与债权在理论体系上的严密区分，《德国民法典》也不会有今天的模样，整个人类法律

制度的法典化及法律实践就会因为这种逻辑形式的理性缺失而黯然失色。正因为如此，马克思曾说“法典是人民自由的圣经”。然而，就是这种曾经对人类法律文明作出极大奉献的法律观也未能躲过其它法律学人的批判与抨击。崇尚实用主义的美国人霍姆斯便率先对其进行了发难，在《普通法》一书中，他这样说道：“本书旨在阐明普通法的基本观点。为此，除了逻辑，还需要其他工具。某些事物表明制度的一致性需要某种特定的结果，但这不是事物的全部。法的生命不在于逻辑，而在于经验。”[3]他旗帜鲜明地表明，虽然法律推理是判例法的精髓，但是这种推理并非形式逻辑的“法律是什么、事实是什么、结论是什么”的三段论式的推理，而是法官根据经验的推理。社会学法学大师庞德更是用判决的自动售货机及机械主义来勾勒概念法学，在《机械主义法学》一书中，他作了如下的阐述：“这种法哲学置法律的实用效果于不顾，只企图通过一系列人为的推理过程，使概念合乎逻辑地产生和发展。”[4]对于法律的研究，庞德宣称，对于20世纪来说，问题似乎首先不在于什么是法律，而在于法律实际是什么，它是如何被实施的，它可以和如何被利用。在对概念法学的围堵方面，作为实用主义法学一衣带水产物的现实法学思潮在这一问题上则走得更远，如卢埃林就在对概念法学的进攻中构筑了他对现实怀疑的法律观，他认为法律的核心不是规则，而是官方解决争端的行为。杰罗姆·弗兰克更是一脚踏到了另一个极端，他的结论是：“法律的许多不确定性并非不幸的偶然性的事件，不确定性本身具有重大的社会价值……，若法官的个性是司法中的关键因素，法律就可能因审理任何案件的法官个性之差异而有所不同。”[5]

客观来说，无论是过去，还是现在，或不久的将来，法学理论的推陈出新在事实上都表现为异质性的理论之间殊死般的相互博弈。无论你承认与否，学者们都对自己思维的产物具有一些天然的“王婆卖瓜自卖自夸”之心态，自认为自己的理论是最好的，天衣无缝的，最能从法律的层面来解构目前的社会现实。若从这一现实出发，从理论阵地的建立与巩固来看，学者之间都可能或多或少地具有一种“既生瑜，何生亮”的矛盾感慨。实际上，笔者只是从法律文明演进的历史中随意地捕捉了上述法律学人相攻相否定的片断，现实是：在法律真知追寻的旅途中，只要作为反映客观存在的主观思想不能雷同，这种“一山不容二虎”的论战式争斗就会无休无止地在法学理论的前沿上演绎不止，直至人类走向自我的终结。诚如笔者所言，理论是越辩越明的，异质性的法学理论“你方唱罢，我方登场”式的对演确实使人类越来越接近了法律的真理，洞明了作为规则系的法律与动态性的社会关系之间的辩证关联，但是我们必须注意到无论人类如何将纯思维产物的社会思想烙上科学、客观与反应规律的标签，它们都逃不过相对虚伪的悲剧命运，因为社会是复杂多元化的，这种多元的易变性决定了法律学人的思维在寻找对法律认知的突破口时只能从社会的某一个侧面或某一点或某一价值来理解社会，并进而衍生自己的法学理论。显然，这并不能成为法律人理论相攻相克的正当理由。

## 二、对法学理论相攻的辩证反思

法学像其他社会科学一样是一门对社会现象进行理解和解释的学问。此正如埃利希所言的一样：法律的发展并不在于立法等法律实践的环节，而在于社会本身。尽管人类理性的思维能使社会中的每个人都戴上法律规则的无形枷

锁，从而使人与人之间相争的利益得到平衡，并借借助规则的这种调协功能而造就一种社会的和谐剂，但是我们必须清楚各种法律的命题并不能给法律提供一个完整的图像。人类法律文明演进的历史说明，法律制度与学理的发展是历史的与螺旋型递进发展的。每一种法律理论的学说都只是从其一个侧面解释了法律在某一个时代所具有的本性与特征。法律学派林立是法理学界的幸事，因为它表明了一种理论的兴旺发达、人类对法律真知追寻的挚爱与对真理的靠近。然而，在这种理论的发展中，我们正确的认识观并非是一种理论否定另一理论的搏杀观。其实，每一个后起勃发的法学理论都是踩着前一法学理论的肩膀前进的，没有前者也就没有后者，从这一点来看，法学理论之间是一种以时间先后所表现出的产生与被产生、吸收与被吸收的辩证关系。当自然法学派完成了其权利意识启蒙与资产阶级革命胜利的史命后，随着民族主权国家的强大，其怀着实证法学派羞辱性的攻击与诘难渐渐地成为时代的隐者，在国家法一统江湖后它也几乎像垃圾一样被扫进了历史的角落。尽管这种自然法与人定法的两分观具有强烈的道德相混色彩，自然法的理论具一定的空洞性与不可证实性，但是这并不能成为后期法学理论对之进行全盘否定的理由。我们必须注意到在法律制度的变迁中，当人定法丧失了自然法对其的批判与监督作用时，现实的法律也可能就会慢慢地偏离应有的轨道，法律之树就可能结出一枚枚“恶法亦法”的毒果。二次世界大战的惨痛事实已给我们上了悲剧的一课。波斯纳曾这样评判过自然法，他说：“自然法的重要性也许不在于解决一个文明制度中出现的正常问题，而在于它有助于决定什么才是一个文明的法律制度

。” [6]笔者认为，这种表述是非常到位的，因为它形象地描绘出了自然法与实证法之间应有的逻辑关系。事实也证明，无论某个国家是如何地践踏人权、专制与暴政，但是在立法时它还是不得不屈尊地考虑道德对立法可能产生的影响。只不过，在以实证主义为指导的法学思想在取得胜利后，道德对法律的作用方式已发生与自然法思想迥然不同的转变，即道德法必须是国家实证法之内的道德法，只有如此，作为道德法的自然法才具有了社会与法律的语意。因此，我们可以说，在古典自然法的思想体系下，国家法应是自然法的奴隶，然而在实证主义旗帜下的法学实践中，自然法却成了实定法的奴仆。尽管我们可以说，这是法律与法律人自身在独立性与职业性上的脱胎换骨与功成名就，但是我们必须注意到规范性的法律体系并没有，也不能忽视道德对正统性的国家秩序构建之潜在影响，诚如法谚云“善良的心是最好的法律。”因此最后的妥协是达成一种双赢性的实定法对道德法一定限度的收编与容忍。另外，就概念法学与实用主义法学及其亚说学（如社会学法学与现实主义法学）的关系辩证来看，若没有概念法学已为人类的文明创造了成文且系统的法律体系，实用主义法学能从理论与现实的废墟中闪亮登场吗？且这种实用主义法学过分地钟情于法官的司法行为是借助于大肆渲染法律的模糊性与不确定性实现的，那我们从反面想过没有，当国家的主权形成了向法官集中的事实时，就必将导致法官可能的腐败及“立法”的专横。若如此，这就等同于抽空了现代国家法治的基础，而使人类复古至远古时期的专制与暴政时代。同时，我们也可以说当实证法学派（包括古典实证法学派、规范法学派及新分析法学派）从实定法的

角度来攻击，试图从纯规范等角度来切割法律与道德的联系时，它们也同时深陷于了一个矛盾的怪圈中而不能自拔，即当法律失去了应有的正当性时，这样的法律是否依然有效？若无效，其理论根据又何在？实际上，从具有终极价值追求倾向的人类开始借用规则来构建和谐社会的起，尽管最初法律只是作为道德的附属被讨论与解读的，但是现实与人类的价值渴求决定了法律与道德之间永远是一种难分难解的关系，正所谓“法律是显性的道德，道德是隐性的法律”；在实用主义法学等派别借用抽象的法律观或法典非万能论来驳斥与排挤概念法学时，那么他们又何尝不是在走向另一个令人们更感可怕的极端呢？理论的争斗实际上向我们昭示出这样一个法学的主题：法律是如此重要的社会现象，因而人们不能离开社会的其他方面而孤立地分析法律。如果孤立地研究法律，就不可能理解法律的特征，法律与其他社会现象关系的复杂性；也不可能理解法律是生活的一部分，而不只是专业性业务的一门技术的这种实在性。这说明，要认识法律这样一种复杂的社会现象，单从一个角度看或者只从一个学科、运用一种方法来研究，显然是“心有余而力不足”的。事实是法学的研究方法应是多侧面多视角多维度的。客观来说，任何理论都只含有相对真理的成份，社会科学中的每一种理论自其思想者的脑海迸出的那一刹时起就已被烙上了“该观点具有瑕疵或先天发育不全，并有必要随着社会的演变进一步修补”的印记。这是因为社会科学的理论大都是由学者们颠倒黑白地坐于书斋中苦思冥想的产儿，为一种纯思想的具有一定虚构性的产物，它并非如同物理学、化学等自然科学的理论是在实验室中经过千次或万次被证明真伪一样。法

律是对社会现象的一种规则意识的解构，尽管职业的法律学人将这种对社会现象的解释自诩为一种客观的认识，如马克思也认为：“立法者应该把自己看作一个自然科学家。他不是制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律，他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。如果一个立法者用自己的臆想来代替事物的本质，那么就应该责备他极端任性。”[7]然而，现实的认知是，这只是人类一种自我抬举的自欺欺人的臆想。事实上，再高深的职业法律学者也不可能像自然科学家一样来认识、理解与建构法律，法律在客观上只是政治利益团体构建社会秩序的工具，无论你承认与否，这都是一个不证自明的事实。如果我们说其具有自然科学一样的品性，那么我们就可以得出这样一个结论，即当具有普适性价值的法律在世界各国生根发芽结果时，其结出的果实应该是一样的，而不会产生南桔北枳的现象，但是事实告诉我们每个国家的法律价值取向及缔造的秩序是不同的，即使这枚果实是从同一棵法学理论之树结出的。这就说明，当我们在理解法律的图景时，我们的视角不应是自然科学性的，应有的视角是一种多元性的，即不要轻易地以一种法学理论来否定或打压另一种法学理论，不要企图将某一法学理论的新品种硬塞给你的听众与读者，要知道社会科学的品性是互补性与互证型的。大家试想下，在实证法学派大肆排挤自然法学派时，若没有自然法学派促成了资本主义民族国家的形成，能有实证法学派在其后“翻脸不认人”地进行评头论足的机会吗？事实说明，这两种学派之间具有一定的“母子”血缘关系。即使人类的文明发展到了今天，法学的流派也是琳琅满目，但是法学的论坛上真正出现过某种理

论“一统江湖”的局面吗？现实的答案是没有！尽管实证法学派通过冗长的论战最终逃脱了政治学、哲学、伦理学与宗教的“魔爪”，而自立了学术门户，但是在拟对战争罪犯进行惩罚而出现的法律失语症恰好说明，法学理论的发展并非是踏着前一理论的“尸体”迈进的。理性的法律观是法律作为对社会进行解构的一门学科，由于社会的复杂性与多维性，所以与之相配的法律理论也应是多维的与互补的。思想的价值并不会随着时间的流逝而褪色。事实上，在人类历史的长河中思想的光芒总是随着人类文字的记忆、理解及时代发展的需要而一层层沉积式地被保留下来，并随时准备放射出其强劲的光束。如当我们在谈到立法与执法的关系时，我们的思维中总是闪现出“徒法不足以自行”之类的古训；谈到法律时，我们会不时地陶醉于“法律是没有欲望的理智”的思想回味之中。因此，法学理论的学术观并不是一种理论攻击、扼杀、掩埋、与诋毁另一种理论的搏杀观，而是一种相互的以学术批判、检讨与反思为基础的补正观。然而，“文人相攻”的对自我理论的“偏爱与溺爱”心态又决定了不同理论搏杀的或然性。

三、什么是应有的中国法治理论观？由于法学理论推出的主观性强，客观性相对弱，所以法学理论的研究观从一开始时起就并非一种排斥观，而是一种相融相济的共存共生观。在依法治国的时代，中国本土的法律学人也正苦苦地在法律之旅的棘林中寻求中国法治的捷径，目前在理论上我们面临两种可供选择的路径，即“本土资源为体、西学为用”的法治观及“西学为体、本土资源有用则用”的法治观。目前，在法学理论界围绕中国法治何处去的问题，这两种理论的追随者与布道者们在理论的阵地上展开了激

烈的搏杀，但是我们发现在这两种理论中，无论是哪一种理论都不可能独自解决中国法治速成的命题。如离弃我们的传统，我们就会面临国家法效力失灵或弱化的风险，因为文化传统是指现实中的文化，是一个动态的流向。文化传统不会像抽刀断水一样一刀两断，而总是自觉或不自觉地在我们每个中国人的血脉里流淌；人们总是借助于一套确定的风俗习惯、各种制度和思维方式来观察这个世界，即便在哲学探索中，人们也不可能超越这些俗套，因为其真假观念与传统习惯有关，……每一个人从他诞生的那一刻起，他所面临的风俗便已塑造了他的思维模式、经验与行为。而且，一个民族的历史对于其个体来说也并非点缀的饰物，而是实用的、不可或缺的生活基础。它内化为我们的日常观念、行为习惯和无意识的选择，因此是根深蒂固的。也正是因为这样，朱苏力教授认为：“民间法与国家制定法都是不同的法律元。与民间法相比，国家制定法并非天然合理，应当寻求国家制度法和民间法的相互妥协与合作，国家制定法作出妥协也许更为重要。”[8]那么，这是否真的意味着为了秩序而不破坏和谐，我们就必须墨守成规地让活人守着先父们所留下的类似于“打官司即打关系”传统的呢？若如此，这就是中国法治理论探讨的倒退或病变，因为这种以国家法为退让所沿续与保留的秩序是以公民权利意识的昏睡与权利丧失为代价。很早以前，耶林曾言：“人在权利中方具有精神的生存条件，并依靠权利保护人类的生存条件。”他在《为权利而斗争》一书中还这样论及19世纪的中国：只要中国还保留着对成年孩子加以管束的戒尺，纵然拥有几亿民众，其赢得的国际法上令人尊敬的地位还不若小国寡民的瑞士。纵然在时下的中

国，管束成年孩子的“戒尺”已经没有了封建礼教的色彩，但在更为一般和广泛的领域，我们的权利仅停留于法律的账册之中，而没有从文本上的权利演变为行动中的权利，我们仍是权利的贫困者，我们的民众仍封存着传统的“顺民”与“良民”意识。实际上，权利不只是一个公民步向自由的通行证，权利更是一个公民更好地向社会向民族国家承担应有责任的前置条件，也是一个有责任的国家应向公民承担的义务。因此，纵使传统左右着我们的思维，但这并非我们否认法律文明可继受性与可共享性而滑向“纯民族国土法学”的理由。在另一方面，固然独立自主地在中国的大地上另起炉灶搭建我们的法治框架是最有骨气的选择，但在决定之前我们就必须像一个精打细算的商人一样先来盘算一下我们法治的资本是什么，我们自己拥有或先祖们给我们留下了哪些可资利用的法治遗产。扳指一算，我们并没有积累多少法治的资本，我们手头更多的是与法治精神相左的传统人治文化与权利昏睡意识。这说明经济快速发展的时代，中国的法治不应是，也不能是自己拥有全部“知识产权”的法治，而必须是一种适时适度盗版西法式的法治。然而，若我们意图将传统与盗版法治进行割裂，从而期望在中国法治文化沙漠中创造出一片法治的绿洲，则会陷入一种文化排异所触发的悖论之中，而使我们必须痛苦地直面“法律必须信仰，否则形同虚设”的法律效果之尴尬。正所谓“从制度变迁的角度看，国家制定法与民间法的相互沟通、理解以及在此基础上妥协和合作将是制度创新的一个重要途径。否则，结果只能是强化国家制定法和民间法之间的阻隔，造成两败俱伤。”[ ]

由此，我们就可以推断出下面这个结论：中国的法治理论观

并非是一种理论排斥、对抗、与压制另一种理论的搏杀观，相反，应是理论之间的互补观与相融观。当然，笔者在此处并不是倡导什么“折取两端而取其中用”的中庸观，只是认为法学的理论应在和平共处中取长补短，理论阵地的对垒之目的仅在于明事理辨是非，而不是一种“有你无我”的真正生死搏杀。

四、一个理性的结论 法律的真理知识的获取在于学术的相互理解、宽容与兼容并包。这一结论不仅源于法是一种如此纷繁复杂的贴近社会而反映社会的现象，是将具有离心力的社会紧密凝聚起一团的粘合剂，而且也源于法律学本身就是一门相对的伪科学。尽管借助于实证法学派对法与政治、宗教、伦理与哲学关系的历史清算，法从备受以上学科压抑的境地中走了出来，并成功地自立门户而跻身于科学一簇，虽说这是“法律科学”的胜利与法律人之幸事，但是我们必须注意到如同其它社会科学的理论一样，它们并没有在实验室里被反复地演证，其只能被个体主观地抽象感知，且这些理论并不具有必然的社会检验性，一种法学理论的影响是潜移默化型的。这样的理论品性就说明无论法律学人自认为其理论是如何历经了精雕细刻，但是由于其与实践的脱节及从规则出发分析社会的视角一般是一个维度的，所以没有一种法学理论是能够包打天下的，所以任何法律的命题都只能揭示只鳞片爪的因时而异的法学真理，都只是抽象思维的产物。社会是多种利益主体的集合，利益平衡与调整就时刻决定着法律价值及其规则的变迁。因此，正确的法学理论观就必须是反应这种利益动态变化的价值识别观。尽管社会最终会通过法律实践的形式使某种法学理论倡导的学说价值变为现实，但是我们必须注意到这样的一种选择也并不是否

定了其它法学理论存在的价值，它也并没有（也不可能）界定法律的全部命题，真正的法学命题在于多异质性的法学理论之间的共生共存状态中的批判与被批判中，从而共同地展示法与社会应有的动态关系。【注释】[ ]尽管这种观点阐明了国家法与所谓“民间法”的关系，但是笔者在此并不主张什么国家法向民间法的妥协与低头。事实上，中国国家法的法展与贯彻确实应该考虑到风俗习惯等规范对其可能带来的消极或积极作用，但是这并不意味着代表先进观念的国家法向落后与保守的民间法无原则的退让。事实上，过于强调民间法而贬低国家法的作用并非出于一种理性的学术情怀，而是出于学者非理性的对本土资源的偏爱。尽管如此，但是这种理论揭示了本土性的视角分析是中国法治文明进口中所必须关注的问题。上述引用见苏力著：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第60 - 71页。【出处】本文由法律思想网整理。【参考文献】[1]J.Bentham, A fragment on Government (1776) Lloyd ' s Introduction to Jurisprudence, Stevens & Sons 1985, Fifth Edition, p 272. [2]Ehrlich, Fundamental Principles of the Sociology of Law, Harvard University Press (1936), Foreword and p.493. [3]Oliver Wendell Holmes, The Common Law, Harvard University Press (1963),p5. [4]Roscoe Pound, Mechanical Jurisprudence, 8 Column. L. Rev. (1908). P605. [5]Jerome Frank, Law and the Modern Mind 1930, Anchor Books edition 1963, p 6 and p120. [6][美]波斯纳著、苏力译.法理学问题[M].北京:中国政法大学出版社,2001,p303. [7][德]马克思恩格斯全集：（第1卷）[C].北京：人民出版社,1958,p183. [8]苏力.法治及其本土资源[M].北京:中国政法大学出版

社,1996,p60-66. 100Test 下载频道开通, 各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)