

厦门大学法学学术文库



西方法哲学主题思想史论：

一种系列剧式的叙述

The Thematic History of Western Legal Philosophy: A Series-narrative

周赞 著

School of Law



Xiamen University



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



西方统治学主题思想史论

（作者姓名）

（作者单位）

厦门大学法学学术文库



周赞 著

A Thematic History of Western Legal Philosophy: A Series-narrative

西方法哲学主题思想史论： 一种系列剧式的叙述

School of Law

Xiamen University



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

西方法哲学主题思想史论:一种系列剧式的叙述/周贇著. —北京:法律出版社, 2008.5

ISBN 978-7-5036-8458-6

I. 西… II. 周… III. 法律—思想史—西方国家 IV. D909.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 058707 号

© 法律出版社·中国

厦门大学法学
学术文库

西方法哲学主题思想史论:
一种系列剧式的叙述

周贇 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 孙 杨

开本 A5

版本 2008 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11 字数 285 千

印次 2008 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8458-6

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

厦门大学法学学术文库编委会

编委会主任

廖益新

编委会成员

(以姓氏笔画为序)

卢炯星 齐树洁 朱福惠 宋方青 陈晓明
李兰英 徐国栋 徐崇利 曾华群 蒋 月

总 序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学改科为院。1934年6月,法学院与商

学院合并为法商学院。1937年底,法商学院中的法科停办。1940年复办法律学系。1950年,厦门大学文学院、法学院合并为文法学院。1953年全国院系调整,法律学系再次停办。1979年法律学系再次复办。1984年12月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998年9月政法学院正式更名为法学院。直至2003年11月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自1979年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。

或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执着,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信她能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上的厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎力推助文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

目 录

绪论：思想史的写法及其使命 /1

一、从思想史的典型写法说起 /1

二、“系列剧式”的思想史 /5

三、本书线索及研究方法 /9

四、思想史的使命 /11

法律应该是什么 /13

引言 /13

一、经验式：以事实的名义界定法律 /16

二、先验式：形上但同样“实在”的法律 /65

三、综合式：在事实与理念之间的法律 /93

四、定义法律的倾向：西方综合化与中国

流派化 /103

法律的合法性 /106

引言 /106

- 一、义务：古典合法性理论的起证点 /111
- 二、权利：启蒙时代以来合法性理论的关键词 /132
- 三、程序论：后现代语境中合法性的生成依据 /145
- 四、苏格兰传统：演进式的合法性理论 /164
- 五、一种独特的合法性论证：系统性批判的理路 /185
- 六、结语：认真对待合法性问题 /197

社会契约理论基本问题 /204

引言 /204

- 一、关键词：自然状态与社会契约 /206
- 二、社会契约（理论）的缘起：同意战胜智慧 /222
- 三、社会契约的结果：立约者的所得与所失 /235
- 四、社会契约理论的价值及问题 /242
- 五、一个相关命题：公民抵抗权 /257

法官与法律的关系 /268

引言 /268

- 一、一个极端：从法典崇拜情结说起 /271
- 二、另一个极端：法官就是穿着法袍的立法者 /285
- 三、法官在法律面前的能动性 /296
- 四、从法律与法官的关系看法典的未来——本课题对当前法治实践的意义 /304

主要参考文献 /320

后记 /338

绪论：思想史的写法及其使命

一、从思想史的典型写法说起

记得黑格尔(F. Hegel)当年曾在他煌煌四卷(德文原版为三卷)本《哲学史讲演录》的开篇中说：“如果哲学史只是一些意见的展览——即使是关于上帝或关于自然事物和精神事物的本质的意见——它也仍将是一种多余的无聊的学问……还有什么东西能够比学习一系列的单纯意见更为无用吗？”^①应当承认，若站在旁观者的角度看，黑格尔的这个断语虽则略显偏激，却也击中了那种资料堆砌式之思想史的要害。那么，何谓“意见展览”式，也即资料堆砌式的思想史？以笔者所见，这种思想史的特点是，按照思想史上各论者理论之影响力的大小分别对之进行卡片摘要式的介绍。我们不妨把它称之为“光荣榜”式的思想史，因为它与光荣榜

^① [德]黑格尔：《哲学史讲演录》（第1卷），贺麟、王太庆译；商务印书馆1959年版，第17页。

是如此地形似。

光荣榜是我们这一代以及我们上一代人比较熟悉的一个事物，它主要用作精神奖励，其特点是按被上榜人物光荣事迹之大小分别用不同的篇幅、位置予以公示：譬若你是省“三八红旗手”，那么，你就可能占据榜单的显要位置，并且你的照片、事迹介绍也必定占据较大篇幅；譬若你是一个市“劳动模范”，则你的位置、篇幅又将相对应地“降低规格”……直至你可能仅仅是个村“五好家庭”代表，则你很可能只是以一个名字的篇幅占据榜单最底端的某个位置。较遗憾的是，就笔者所见，现今大部分思想史采用的似乎都是这种光荣榜式的写法，典型的如罗素（B. Russell）的《西方哲学史》、凯利（J. M. Kelly）的《西方法律思想简史》，又如蔡元培的《中国伦理学史》、胡适的《中国哲学史大纲》等。

应当指出的是，这种思想史的写法除了形式上的光荣榜特点外，还具有如下几个值得注意的属性：其一，它比较讲求资料的全面性，并且在作相关介绍时往往尽量避免将作者自己的意见杂入；其二，它比较讲求个别地处理各思想者之思想而不或基本不关注他们相互之间的关联。这种思想史写法的可取与不可取之处也正蕴涵于这些特征之中。首先，它资料比较翔实，^①因而往往能够为读者提供很多知识性的东西。必须肯定的是，无论哪种形式的思想史，都无法规避这一部分工作。这一方面当然是它的可取之处，但问题也恰恰在于因它过多地关注资料的翔实性而忽视了对作者自身观点的交代——这在信息技术不甚发达的昨天也许并非什么缺点，但如果考虑到现今诸如 google、baidu 等搜索引擎的强大功能，也许我们就不能不说这种没有作者观点而只有资料堆砌的思想史实在是“无用”：因为你只要 baidu 或 google 一下可能就会发现，现代网络可以提供比这种思想史所能提供的多得多的材料！论及此处，笔者不禁想起这样一个问题，若黑格尔氏今日尚能饭，不知其对后人今日仍

① 当然，所谓“资料比较翔实”往往会因作者个人偏好（黑格尔《哲学史讲演录》是典型）或能力（尤其是掌握资料的能力）等原因，只能达到作者个人所能达到之翔实程度，并非真正的“全面而翔实”。

坚持这种思想史的写法又将作何感慨？

记得有学者在谈及思想史的写作问题时曾指出，“是让‘他者’的思想符合‘我’的整体性论述，还是让‘我’在‘他者’弥漫的言谈中去努力梳理其零散的思想，成为一个很难处理的‘问题’”。^①这一论断虽则以提出问题的方式作出，但其实也点出了思想史的两种写法：“我注六经”式（即以历史资料为主，作为作者的“我”基本不涉入，即便偶有涉入也仅仅是为了使读者更好地理解而进行必要的说明）与“六经注我”式（即以“我”所设定的某一线索为依据来组织资料，这意味着历史资料其实就是自己所设定之线索的论据，从这个意义上讲，这种思想史其实也可以看作是理论论文）。^②按照这种划分，如果说光荣榜式的思想史写法因过多地尊重材料本身因而处于“我注六经”一极的话，那么，另一种我们可称之为“独幕剧剧本”的思想史写法则处于“六经注我”一极。

何谓“独幕剧剧本”式的思想史？独幕剧剧本具有如下特点：整部作品只依据一条线索展开，相关的所有元素也完全服务于这条线索。相对应地，所谓独幕剧剧本的思想史写法，说的是作者先确定一条线索，如所谓“真理或某种理念的发现过程”（黑格尔语，这也正是黑格尔《哲学史讲演录》的线索），然后，再以这条线索为根据对思想史材料进行甄别、取

① 王岳川：《后现代后殖民主义在中国》（序言），首都师范大学出版社2002年版，第3页。

② 对“六经注我”及“我注六经”两词的理解可能会有一定的分歧。这里采纳的是如下文字中的观点：“中国传统文人的治学路数主要有两种，一种是‘我注六经’，一种是‘六经注我’。所谓‘我注六经’，就是根据其他典籍提供的知识来注经书，力求追寻经书的原始意义，所谓‘无证不言，孤证不立’，意在强调言必有出处，不可望文生义，牵强穿凿。……所谓‘六经注我’，就是在‘我注六经’的基础上，做更深入的研究，融会其他领域的知识，打通经文与经文之间的思想壁垒与价值壁垒，对原有的经文加以引申、发挥，提出建设性的学术观点，建立新的思想体系。这一点我们从20世纪初王国维对《红楼梦》的研究路数，可以看出‘六经注我’带给王国维的‘学术便利’。20世纪胡适曾提出个有名的口号，名之曰‘整理国故，输入学理，再造文明’。我们可以形象（当然亦有失准确）地把‘整理国故’的工作理解为‘我注六经’的‘打基础’、‘见功底’的工作，把‘再造文明’的工作理解为‘六经注我’、‘容纳古今’、‘会通创新’的创造性工作。”参见鲍凤：“从‘我注六经’到‘六经注我’”，载《长江日报》2006年11月8日。

舍和组织。

让我们来看看独幕剧剧本式的思想史之特点及其局限。按照前文的描述,我们可以看出,它讲求各种材料之间的相互关联,并始终有一条或明或暗的、由作者设定的线索,因此,它相对光荣榜式的思想史而言具有如下特点:它可读性更强,并且史料展开的过程也即作者思想、观点的“验证”过程,因此它在思想的启发、问题的开放等方面具有明显的优势。当然,也正因为它的展开完全依赖于作者所设定的那条线索,所以,在资料的取舍上往往就会出现一些问题:削足适履地运用,有时甚至是歪曲地运用思想史料;忽略一些具有重要影响力的思想者,或相对应地,不恰当地抬高一些思想者的地位,有时候甚至还会对一整派的思想,尤其是与自己所设定的线索相左的思想流派视而不见。这种思想史写法的最致命之处也许是:第一,由于其强烈的“独幕”特点,因而将必定只能关注到思想史的某一个或某几个面向;第二,它有一种将思想“拔高”到现实之上、之前的倾向。至此,笔者不禁想起伯尔曼(H. J. Berman)的一段名言:“所有西方法律思想学派都有许多差异,但每一种理论本身都仅仅注意到真理的某一个方面。它们中任何一个都不能单独地为理解西方的法律理论提供一个基础。……它们并不解释历史,而是历史解释它们。”^①

孔夫子曾讲“和为贵”,^②亚里士多德(Aristotle)亦说“适中才是至善”。^③笔者以为,光荣榜式及独幕剧剧本式的思想史写法之所以分别具有如上不可取之处,恰恰就在于它们都过于极端,而没有讲究“和”、

① [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第14页。

② 这里有必要作一简要说明:常有论者顾名思义地将夫子的这句话解释为现代汉语中的“以和为贵”。然而,如果稍微关心一下这句话的语境就会很容易地发现,“和”字在这里的意思为“中庸、适中”——这句话的前后句是:“礼之用,和为贵,先王之道,斯为美,小大由之”(《论语·学而第一》)。

③ *The Nicomachean Ethics of Aristotle*, Translated by D. P. Chase, E. P. Dutton & Co., 1934. 36.

“适中”的原则。那么,怎样的写法才能较大幅度地符合这个原则,进而避免如上不足呢?

二、“系列剧式”的思想史

文德尔班(Wilhelm Windelband)曾对哲学和哲学史作了这样的界定,“所谓哲学,按照现在习惯的理解,是对于宇宙观和人生观一般问题的科学论述”,而“哲学史是一个发展过程,在这个过程中欧洲人用科学的概念具体表现了他们对宇宙的观点和对人生的判断”。^①文德尔班的如上判断表明,哲学史应该是某些特定但一般问题之论述的发展史,也即它应由某些贯穿始终的问题所牵引。这意味着思想史其实并不像“光荣榜”那样没有联系,当然它也并非像“独幕剧”那样为一个问题或单一线索所贯穿,毋宁说它更多地像一部“系列剧”。

相信读者朋友一定都看过系列小说或看过系列剧。这种文艺作品的特点是,它的主人公是大致不变的,并且整体而言也具有某些特定的主题(如都是警察扬善或除恶的故事),但是在每一部(或集)中,又都相对独立成篇——当然,它也并不决然排斥各个故事之间存在某种情节关联。笔者以为,处于光荣榜与独幕剧剧本之间的思想史就是具有“系列小说”特征的思想史。具体说来,它具有如下独特属性:

首先,它具有一个明显的缺点,即按照这种写法梳理后的思想史可能会出现某种程度的交叉。以法律思想史的写作为例,在讨论“法律是什么”与“法律的合法性”的关系时就至少可能出现如下两个层次的交叉:其一是两个主题本来就有交叉,其二是有些论者的理论可能同时讨论或涉及如上两个主题。在这里,作为“系列小说”写法的支持者,笔者

^① [德]文德尔班:《哲学史教程》(上卷),罗达仁译,商务印书馆1987年版,第1、18页。

有必要对此缺点作一必要的“辩护”性说明：关于第一点，笔者的看法是，由于“系列小说”式的思想史主要目的在于“求因”基础上的“明变”，而非单纯交代某些史实性的知识，因此为了更好地满足这一目的，似乎忍受一定的交叉是值得的；至于第二点，笔者想说的则是，正因为思想史上有许多百科全书式的思想者，将他们的思想条分缕析地进行讨论可能才更有意义，尤其是对当前这个专业分工日益细化的时代而言。与此缺点相关的另一面是，在材料的择取上又必定会导致那些与已选定之主题无关却具有“思想火花”属性的言论往往被割爱。^①也就是说，它必将使读者看不到思想史的全貌。当然，正如前述，另两种思想史似乎也很难做到这一点。

其次，它的核心要旨是明确而统一的，即对思想史进行梳理。这就正如系列小说整体上具有一个确定的主题一样。当然，这种梳理由于带有明显的“六经注我”之特点，因此不容易流于资料的堆砌。

再次，随着资料的收集，它还可以通过设置新的线索来尽可能地涵括思想史上的各种有影响力的观点、理论。

由于系列小说式的思想史之写法本身就是针对光荣榜以及独幕剧剧本式的写法而设计的，所以相对来说，具有如上特点的系列小说式的思想史在如下方面呈现出更为可取的特点——其中，第一、二、三、六个针对的是光荣榜式的思想史，而第四、五个则针对独幕剧剧本式的思想史而言：

第一，由于它具有一定的线索，并且这个线索往往由作者自己设定，考虑到这些线索实即作者展开思想史梳理工作时所具有的理论前见，而前见又往往决定了作者对思想史资料的理解，所以，在写作这种思想史时作者往往会“情不自禁”地花费较大篇幅进行相关评论。相应地，它

① 与此相对的是，当某位思想者被称为某种流派的“集大成者”时，可能又会被特别用来叙事，因为所谓集大成者实际上意味着如果能够把他的思想理路耙梳清楚就基本可以达到耙梳其所属流派理路之目的。在这种情况下，“系列小说”式的思想史可能也会用很大（甚至超过“光荣榜”）的篇幅去述及一位或几位思想者。

也就可能可以激发读者的思维能力而不仅仅是记忆能力，进而命令（command）读者作进一步的思考、回应。

第二，由于所有的材料都是按主题分别归于不同的系列之中，所以，作者也往往会比较容易或比较自觉地突出相关认识、理论的前后承接关系，进而可以使读者就各思想者的有关观点展开互证、互评。

第三，也正因为这种思想史讲求理论的承接关系，所以它必然地会去关注（尽管这种关注在篇幅上并不一定很长）某种思想之所以发生、成熟的社会、历史背景，这意味着它将一定程度上避免某些思想史给人的如下感觉：为什么某思想者会在某个阶段“突然”产生这样或那样的想法？笔者相信，这种对思想史展开之背景的关注，必定可以促进读者更能同情，进而理解西方——一种异文化——的法律思想史。^①

第四，由于它是多线索的，可以较好地照顾到各个流派的思想，并且能较大幅度地涵括各个思想家。

第五，同样由于它是多线索的，它亦可以使作者不需要对材料进行过多地“加工”，当然也就能在较大程度地避免曲解的前提下择取、组织它们。

第六，这种写法对作者而言可能还具有如下一个“好处”，即他并不必然地被要求去收集、整理思想史上的所有论者的观点或理论。换言之，如果某一论者的相关思想已经完全或主要被另一思想者之理论所涵括，那么作者即便没有能够收集到该论者的有关材料，也并不会降低作品的严肃性及学术价值；相对应地，对读者而言，这也意味着在阅读这种

① 笔者个人就有这样的经验。记得尚在读书时，笔者经常会有这样的疑问：为什么康德突然会提出三大批判（一说四大）？为什么霍布斯“突然”提出“主权者的命令”学说？萨维尼的“民族精神”学说本意为何？为什么西方盛行的“社会契约”理论在中国居然不见踪影？等等。后来读到 Iris Murdoch 的如下一段话才恍然大悟，她说，“哲学家必须在他出现时的哲学形势下从事活动。他们必须对一系列已经确立的学说作出反应，必须同过去进行范围相当窄的对话”（[英]B. 麦基：《思想家：与十五位大哲学家的对话》，周穗明等译，三联书店 2004 年版，第 334 页）——默多克的这段话表明的其实正是这样一个意思，即欲理解思想者的思想就必须了解其思想之背景。