

郑永流 著

LAW

IS A KIND OF PHRONESIS

法 是一种实践智慧

法哲学和法律方法论文选

法律出版社

D90-53
90

郑永流 著

LAW

IS A KIND OF PHRONESIS

法 是一种实践智慧

法哲学和法律方法论文选

图书在版编目(CIP)数据

法是一种实践智慧:法哲学和法律方法论文选 / 郑永流著. —北京:法律出版社,2010.3
ISBN 978-7-5118-0569-0

I. ①法… II. ①郑… III. ①法哲学—文集②法律—方法论—文集 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 042047 号

法是一种实践智慧

郑永流 著

责任编辑 高山
装帧设计 段非

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.25 字数 243 千

版本 2010 年 6 月第 1 版

印次 2010 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0569-0

定价:33.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一编

法 哲 学

- 003 法哲学是什么
- 050 法哲学名词的产生及传播考略
- 064 自然法,一个绝代佳人
- 072 人格、人格的权利化和人格权的制定法设置
- 113 实践法律观要义——以转型中的中国为出发点
- 142 《德意志意识形态》中的法律思想初探
- 151 亚当·斯密的法律思想述评
- 163 再议中国法律思想发展的基本线索
- 171 商品经济与计划经济中主要法律价值的对比

第二编

法 律 方 法

- 181 安身立命,法学赖何——法学的“科学性”及自主性散论
- 187 出释入造——法律诠释学何为及与法律解释学的关系

216	法学方法抑或法律方法
228	法律判断形成的模式——在事实与规范之间顾盼
250	法律判断的大小前提建构及其方法
282	义理大道,与人怎说——法律方法问答录
297	道德立场与法律技术——中德情妇遗嘱案之比较和评析
320	后记

第一编

法 哲 学

法哲学是什么

“我们提出的这个问题,涉及一个范围非常广泛的话题。由于这个话题太大,它就始终未得到确定。由于它未被确定,我们就可以从许多完全不同的角度去处理它。”四十多年前海德格尔(Heidegger)的这段在其题为“哲学是什么”的演讲中的开场白,^①何尝又不是对法哲学是什么,这个颇具希腊式设问形式^②的问题的经验解说。法哲学,自其思想萌动以来,就被人们不尽相同甚至完全不同地处理,其间误带真知杂陈,流派学说分分合合,不无玩味之处。本文复设此希腊式问题,主要是想经验地展示法哲学在过去实际是什么,人们接近它或获得它的方法、视角和途径,并试图从中归纳出什么能利于人理解法哲学问题

① Heidegger, Was ist das—die philosophie, Flingen, 1956. 这是他 1955 年 8 月在法国罗曼底的演讲。中译本载湖北大学哲学研究所《德国哲学论丛》编委会编:《德国哲学论丛》(1995 年),中国人民大学出版社 1996 年版,第 55 页。

② 据海德格尔考证,这种发问形式是由苏格拉底、柏拉图和亚里士多德创造和发展的,它所要揭示的是事物的本质,这正是哲学的终极使命,而哲学在西方起源于希腊。参见湖北大学哲学研究所《德国哲学论丛》编委会编:《德国哲学论丛》(1995 年),中国人民大学出版社 1996 年版,第 58 页。

的东西。^③

一、自然法,普通哲学的一支

对法哲学在其存在的绝大部分时间内的学科地位,德莱尔(Ralf Dreier)做了恰如其分的评价:“从柏拉图、亚里士多德到康德、黑格尔的传统法哲学是普通哲学的基本组成部分,在根本上是一个非法学科学。”^④基于这种判断,如果奥斯丁(John Austin)1832年出版的《法理学的范围》为断代标志,^⑤自主的法哲学至今已不过短短165年的历史。

那么,历史上的法学家们在这十余倍于法哲学的独立史的漫长时间里,在处于普通哲学体系之中的法哲学这个题目下,思考的是什么呢?这就是与当时普通哲学集中关注的本体论相一致的自然法(natural law)。

“自然法无历史,只有自然法的理论史。自然法无历史档案来证明,它不能对人们精神的失败或人们实行的暴力负责”,著名的自然法哲学家菲尼斯(John Finnis)如是说。^⑥自然法的存在形式是思想与观念,不是条文的法律文件,研究自然法只能从历史上的各种学说,不能也无法从法律文件入手,尽管在各个时期存在着一些被认为是最符合自然法的法律,如美国《独立宣言》、法国《人权宣言》。

^③ 本着此目的,本文涉及的限于成熟形态的西方法哲学,尤其是英美和德国的法哲学。我以为,要将东西方的法哲学统一起来分析,其前提是对东西方,尤其是中西法哲学的深入比较,而这有赖于对东方及中国法哲学的系统研究。

^④ Ralf Dreier, Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, in: Volkmar Schöneburg (Hrsg.), Philosophie des Rechts und das Recht der Philosophie, Frankfurt a. M. 1992, S. 17.

^⑤ 黑格尔的1821年出版的《法哲学原理》虽是一本在法哲学领域影响较大的著作,但它并未开启法哲学的自主时代。体现在此书中的黑格尔的法哲学思想,“只不过是逻辑学的补充”(马克思:黑格尔法哲学批判,见《马克思恩格斯全集》第1卷,第312页),是其整个哲学体系中的一个环节,即哲学的第三个组成部分——精神哲学的第二个部门:客观精神。

^⑥ John Finnis, Natural law and Natural rights, Oxford University Press 1980, pp. 24 - 25.

(一)古代自然法

自然法原初也是最一贯的思想之一是将世界两分,即在实然世界旁边还存在一个应然世界,相应地有一个规范实然世界的实在法和一个规范应然世界的自然法,且后者高于前者,是前者的渊源。

第一个思考区分两者的,是对万物的本原做出自然的解释的古希腊米利都学派的第二位哲学家——阿列克斯曼达(Anaximandros,前6世纪),他当时将应然作秩序解。其哲学根据是,有限者(世间的万物)是由无限者(没有固定形态、性质的原始物)决定、产生的。宇宙万物在不断的变化,命运(必然性)使其然。仅此一分,即被誉为“西方最古老的法律思想”。^⑦

阿列克斯曼达首先“自然”地思索人类秩序问题,但他却未曾点破那层窗纸,让自然法露出真相。这个功劳,由于一句“人类的一切法律都因那唯一的神的法律而存在。神的法律随心所欲地支配着,满足一切,也超过一切”的名言,^⑧而归于百年之后的赫拉克利特(Heraklit,约前5世纪)。他在这里所说的“神的法律”就是Logos或自然法。而在他看来,Logos是万物的本原——火的变化了的客观规律,也是火与其他物质相互转化的根据。Logos不仅支配客观世界,而且也统治主观世界。后来者高度评价了赫拉克利特的自然法学说,称为“中世纪上帝法与世俗法对立,近代理性秩序与强权对立之源”。^⑨

古希腊真正的哲学始于雅典。前苏格拉底学者们偏居一隅,智者

^⑦ A. Kaufmann und W. Hassemer(Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Auflage, Heidelberg, 1994, S. 34.

^⑧ 北京大学哲学系外国哲学史教研室编译:《西方古典哲学原著选辑:古希腊罗马哲学》,商务印书馆1982年版,第29页。

^⑨ 同注^⑦, S. 35.

派主要关心的是政治意识形态。^⑩ 雅典哲学的第一个重要人物是重实践甚于理论的苏格拉底(Sokrates, 前469~前399年), 他一方面反对向客观自然世界寻求真理, 另一方面力图超越智者派的主观主义与相对主义, 他的口号是: 深入内心, 认识你自己。客观真理即自然法则存在人的胸中。^⑪ 这就是说, 要关心自己的灵魂或理智, 这样才能明辨是非, 知晓善恶; 美德就是知识, 不道德便是无知; 灵魂给人以道德标准, 当外部权威动摇时, 这个内在标准还屹立着。因此, 是苏格拉底首创了天赋自然法理论, 这为后来的思想家, 如西塞罗、保罗斯、奥古斯丁所继承。^⑫

柏拉图(Platon, 前428~前347年)比苏格拉底更加深入到观念中, 但他不是在人心中去发掘, 而是把这种观念(理念)看成是一个绝对的、客观的、永恒不变的实在, 所有的理念构成了一个客观独立存在的理念世界, 人所感知的个别事物是理念的摹本或影子。同样, 法的理念也是居常不变的, 是法的真正的存在(实在)。而对世俗的法律, 他认为, 它从属于国王, 立法是国王的艺术; 最好是国王拥有权力, 而不是法律, 法律没有能力担负一切, 体现公正和发布好的命令。显然, 他不信赖法律(实在法), 而寄希望于通过国王体现出来的理念中的自然法。^⑬ 因为在他眼中的国王是智慧的哲学王, 是理念的理性的现实对应物。

柏拉图自然法思想的核心是与国家、政体紧密相连的正义。“正义与非正义的性质, 首先体现于国家, 然后表现在个人身上。”^⑭ 而正义的要义是在国家中每个人各行其是, 各司其职。“当商人、辅助者和监护

^⑩ Johannes Hirschberger, *Kleine Philosophiegeschichte*, 4. Auflage, Freiburg, 1992, S. 23.

^⑪ [古希腊]色诺芬:《回忆苏格拉底》, 吴永泉译, 商务印书馆1984年版, 第149~150页。

^⑫ 同注⑦, S. 38.

^⑬ Platon, *Politikos* 294. 转引自注⑦著作, 第40页。另外, 流行的观点认为, 柏拉图早期推崇哲学王的统治, 因而是主张人治的。但从上述论述来看, 它实际推崇的是理念的自然法, 国王只不过是这种理念的现实践言人。

^⑭ Plato, *The Republic and Other Works*, p. 52. 转引自张乃根著:《西方法哲学史纲》, 中国政法大学出版社1993年版, 第12页。

者这三个阶级在国家里各做各的事而不互相干扰的时候,便是有了正义的国家了。”^⑮

古代哲学只是在亚里士多德(Aristoteles,前384~前322年)那里才显现全盛的景象,自然法学也就是在这个时候达到了第一个历史高峰。亚里士多德对自然法的贡献突出地表现在以下三个方面:

第一,它将柏拉图的理念与自然概念真正地联系起来。在柏拉图的学说中,理念只具超验性,不具现实性、物质性,而亚里士多德把其理念与前苏格拉底学者们关于世界本原是物质性的观点结合在一起,使得他自己的世界本原说更加科学可靠。加上他创立的所有存在都是形式与质料的统一的学说,使人们确信自然就是事物最好的状态,以此为基础的自然法,自然具有更实在、最完善的特征。因此,亚里士多德是“真正的理念自然法学说的创立者”。^⑯

第二,他第一次提出了较为明确的自然法和实证法的定义:“波利斯的法分为自然的和法律的(实证的),自然的具有普遍的效力不取于对人来说是好是坏;法律的是其内容在起源上具有偶然性,但一旦经过立法确定,便有着确切地内容。”^⑰依据“人在本性上是一个政治动物”这种判断,亚里士多德对国家寄予厚望,认为只有国家才是自给自足的,是人与人的共同体的目的。因而他又称波利斯的法为自然法、政治法和非偶然法,足见他对国家这种人类共同体的赞美。

第三,在政治法律领域,一提到正义的理论,人们无不追溯到亚里士多德所做的系统研究,这便构成了他对自然法最重要的贡献。他笔

^⑮ 同注⑨,第229页。

^⑯ 同注⑦,S.40。

^⑰ Aristoteles Nikomachische Ethik 1134b. 转引自⑦著作,第41页。“波利斯”指国家;为拉丁文 polis 在荷马史诗中指城堡或卫城,与乡郊(demos)相对。后从中衍生出 politcs,城邦的人,公民;politeia,公民与城邦的关系,政治生活、宪法;politics 政治学等词。参见亚里士多德著:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1983年版,第110页注[1]。

下的正义是善的具体表现,是一种品质。具体来看,正义是指实施正当的行为,以正当的方式行事。他将正义分为一般的和特别的,在特别的正义中,又存在调整国家与公民关系的分配正义和规范个人之间关系的补偿正义。这种分类的意义还表现为:其一,构成了西方公私法划分的法哲学基础;其二,为法哲学介入部门法开辟了通道。^⑭他还认为,可能存在不好的、非正义的法律,对此,必须通过公道对不公正的法律加以纠正,这就将自然正义置于法律正义之上。

雅典哲学之后,斯多葛派架起了古代自然法通向中世纪自然法的桥梁。该派的自然法思想被包含在其伦理学中,是自然哲学果树上结出的果实。^⑮他们认为,伦理生活中最高的准则是:自然地生活。在外部世界存在一个统治着万物的自然法,但它要通过人的体验才能反映出来。他们进而主张,自然法适于所有的人,这样,就使自然法从亚里士多德的城邦国中走出,进入普遍的人类世界,自然法也就多了一层世界理性。^⑯

西塞罗(Cicero,前106~前43年)虽在哲学上无甚独创,但他对斯多葛派无所不包的天然法思想做了当时最为精彩的完整表达:真正的法律,乃是与大自然相符合的正理;它是普遍适用的,不变而永存的;它以它的命令召唤人们负责尽职,以它的禁制防止人们为非作歹……在罗马和雅典不会有不同的两套法律,在现在与未来亦复如是,一种永恒不变的法律将适用于一切民族与一切时代,在我们之上也将有一位主人与统治者,那就是上帝,因为它乃是这法律的创造者、颁布者和执行

^⑭ 著名德国法哲学家、民法学家齐普路斯(Reinhold Zippelius)正是依据这种分类对国家法、刑法、民法、诉讼法等领域的法哲学问题做了极详尽的分析,一改法哲学深奥艰涩、高高在上的传统面目。详见其著作,Rechtsphilosophie, 3. Auflage, 1994, Kap. VII。

^⑮ 许多斯多葛派学者曾把哲学比作肥沃的田地,逻辑学是环绕田地的篱笆,伦理学是果实,自然哲学则是土壤或果实。参见注⑥著作,第178~179页。

^⑯ [美]E. 博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第14页。

者的法官。^②更重要的是,他的这个解释对罗马现实法律生活产生了巨大的影响,如当时的万民法(jus gentium)是适用于每个人——不论他是罗马公民还是外来民,是自由人还是奴隶——的自然法。西塞罗还借自然法来反对当时的奴隶制,自然法作为一种学论,第一次被如此实在地用来评判现实的政治生活。^③

(二)中世纪自然法

中世纪是神性的世纪。基督教哲学家们不再像古代的先哲那样,尽量在自然法中寻找万物的本原,他们竭力要告诉人们的不外乎是存在一个只能信仰而不能捉摸的上帝,它构成了世界的本质、本原。依据这种思维逻辑,他们很自然地继承了同样具有超越性、永恒性的古代自然思想,但做出了前所未有的神性的解释。

基督教哲学的粗俗形式——教父哲学的第一人奥古斯丁(Augustinus, 354 ~ 430 年)从柏拉图那里搬来理念论,他留下其超物质性,而将其难以名状的客观精神替换成似乎具象一点的上帝精神。由于人对上帝的创造力不能理解,因而对上帝除了信仰别无选择。上帝的存在,使世界一分为二,上帝之城与世俗之城二元对立。以此为理论出发点,在承袭斯多葛派学说的基础上,奥古斯丁提出了法律的三分说:永恒法、自然法和世俗法。所谓永恒法是上帝精神的体现,至高无上;自然法是永恒法在人的意识中的复现(自然之光),如同蜡印是对印章的复现^④(而斯多葛派将自然法解释成永恒的,因而等同于永恒法)。在尘世间,则是由以永恒法为支撑、经立法者确定的世俗法统治着。世

^② Cicero, De Republic, III, XX II, 33, 中译文转引自恩特维斯(A. P. d' Entreves)著:《自然法——法律哲学导论》,1984年版,第15页。

^③ 但类似这种看法也遭到质疑,见注①著作第18页。著名罗马法学家乌尔比安甚至还将斯多葛自然法概念延及动物世界,见注⑦, S. 46。

^④ Augustinus, De trinitate 14, No. 27. 转引自注⑦著作,第48页。

俗法不能与永恒法冲突,否则便是不公正、无效的法律,或干脆不是法律,就像缺乏正义的国家,只不过是一个强盗结成的团体而已。^{②④}

在教父哲学的地基上,后耸立起一座精致的神学理论大厦——经院哲学。它概括了差不多一千年的基督教的哲学活动成就。^{②⑤} 它的集大成者阿奎那(Thomas von Aquinas, 1225 ~ 1274 年)运用亚里士多德的唯实论,证明了上帝是唯一的自在实体,具有原创性,其余世界的一切都是非自在的存在,为上帝所创造。如同自然界有规律一样,人的社会也要有法。他接受了奥古斯丁的三分说,只不过将自然法从后者的“灵魂主观法律”变成了“客观第一戒规”,^{②⑥}使自然法重新落入客观的范畴。另外,他还在这三种法之外加上了一个神法即圣经,它同样适用于人类,以弥补世俗法的不足。^{②⑦}

然而,他对自然法学说的真正贡献在于,他非常清楚地区分了抽象的一般法律和具体的个别权利。法律以一般规范形式表现出来,最高的自然法律甚至只包括行善避恶、理性地行为这两项适于所有人的最一般的基本规范,而个别的权利或自然权利产生于此时此刻的法律的具体规定,这意味着,自然权利是一种历史范畴的权利,是当时的行为,而非超越时空的。(新托马斯主义者称为次级的自然法,相对于一般的自然法^{②⑧})这就为后来的可变的自然法、历史的自然法主张埋下伏笔。

(三)近代自然法

从 14 世纪起,欧洲经历了一系列重大事件:宗教改革、人文主义兴起,文艺复兴、资本主义萌芽、近代自然科学形成,这有力地推动了哲学

^{②④} Augustinus, De Civitate Dei Liber IV, Caput IV. 转引自注⑦著作,第 49 页。

^{②⑤} [德]黑格尔:《哲学史演讲录》(第 3 卷),商务印书馆 1960 年版,第 277 页。

^{②⑥} 同注⑦, S. 50。

^{②⑦} 《阿奎那政治著作选》,商务印书馆 1982 年版,第 103 ~ 104 页。

^{②⑧} 同注⑦, S. 52。

精神的彻底转变。但自然法思想并未因此而一同消失,相反再度被请出来为新生活布道,并继续作为法哲学的主旋律。这是因为自然法理论,无论其形式多么不同,都始终如一地带着追求永恒、公理的精神,正是这一点满足了新一代政治法律思想家们为设计新的政治法律制度的需要。^{②⑨}

然而,自然法的源泉、根据完全变了,上帝、权威、传统乃至先在的观念不再决定着什么是正确的法,自然法的规则被认为是可以直接从人的理性中推导出来,或者说,人凭借其理性认识能力能发现那个正确的法。这种转变的直接影响就是,法哲学挣脱了神学,自然法世俗化了。

由于此时的法哲学仍处于普通哲法之中,因而我们不能不稍视一下哲学与自然法的关系。此时在哲学上,人们的目光不是对准物,而是思维的主体,代替本体论,认识论成为第一哲学。正如雅斯贝尔斯(Jaspers)所说,怀疑代替了惊异作为新的哲学来源。^{③⑩} 自然法一直在追求公理化、法的本原上与本体论有着紧密的逻辑联系,而成为以本体论为第一哲学的古代哲学不可分割的一部分,但此时哲学转向认识论,尽管自然法也相应地强调起人的理性认识能力,但它与哲学认识论的关联程度远非昔日与哲学本体论可比。鉴于当时的社会历史任务,自然法思想遂部分成为政治社会思潮的内容。^{③⑪}

格劳秀斯(Hugo Grotius, 1583 ~ 1645 年)是近代使自然法世俗化的

^{②⑨} 参见注⑦著作,第35页。

^{③⑩} Jaspers, Einführung in die Philosophie, 25. Auflage, 1986. S. 16. 关于这个观点的详述,见本文第五部分。

^{③⑪} 这种关系从近代自然法的著名代表的身份中可以看出。他们中的一些人,如霍布斯、洛克、斯宾诺莎是著名的哲学家,而另外一些人,如格劳秀斯、普芬道夫、孟德斯鸠、卢梭对哲学的建树不大,而对政治社会思想贡献不小。

第一位学者,因之成为近代自然法的创始人。^② 他给自然法下了这样一个定义:“自然法是正当的理性准则,它指示任何与我们的理性和社会性相一致的行为就是道义上的公正的行为,反之,就是道义上罪恶的行为。”^③ 他遵从理性主义的方法,以数学做类比,说上帝也不能使二加二不等于四,不能使恶的变为善,显然这是对自然法自古以来不证自明的特征的固守。依次,他从理性中推导出自然法的五个最高信条:遵守契约、不侵占他人财产、损害要做赔偿、不对他人施暴和犯罪要受惩罚,^④ 并认为人的基本特性是社会性。

相反,霍布斯(Thomas Hobbes, 1588 ~ 1679 年)笔下的人不是一个社会存在,而是一个孤独的自私之徒。在放任的自然状态下,每个人拥有无限的自由,到处都充满着人与人的争斗,每个人对他来说都是一只狼,人人感到自危,为不致使人类在这种冲突中走向毁灭,人们需要和平,他认为这既是人的欲望本能,也是理性的命令。于是便有了自然法的第1条:寻求和平,信守和平。为了和平,人们必须放弃某些自然权利,这就是自然法的第2条。第3条是遵守契约,这样才有正义可言。他拟定的自然法达十四条之多。^⑤

然而契约的履行及至自然法的实现,需有国家的保障。国家依人们的协定成立,国家建立后,自然法就成为实际的法律(国家)的一部分,同时国家还颁布新的法律,所谓法律,即“是一种命令,而命令则是

^② 然而一直有人对此持有异议。这些人认为,格劳秀斯的《战争与和平法》既无新颖之处,也无甚独创。尽管基督教因改革而分裂,但自然法传统还在。他只不过从经院哲学中借来这一名词。他的名言“即使上帝不存在,自然法也仍然不失其效力”可以在更早的人那里找到。但正如恩特维斯正确指出的:我们不可以根据文句来论断一个学说,而应根据它的精神来论断它。均见其《自然法——法律哲学导论》,第48页,注②。另劳特派特说:“格劳秀斯采取了使自然法世俗化并把它从纯粹神学学说里解救出来的决定性步骤。”参见劳特派特编:《奥本海国际法》(上卷,第一分册),商务印书馆1971年版,第63页。

^③ [荷]格劳秀斯:《战争与和平法》,载法学教材编辑部等编:《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第143页。

^④ 同注③,第138页。

^⑤ [美]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第97~122页。