

中国法学精萃系列丛书

中国法理学精萃

(~~第四~~年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社

本书精选 2009 年度全国主要报刊上公开发表的有代表性的优秀法理学论文编辑而成。主要包括：“当代中国法哲学研究范式的转换”、“法学是一门什么样的科学”等。涵盖法理学总论、法学认识论、法治论、法律职业论、法理学新视野几个方面。这些论文代表了 2009 年度我国法理学的发展水平，可供法律专业高年级本科生、法律硕士研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考，也可作为年鉴由图书馆资料室收藏。

图书在版编目(CIP)数据

中国法理学精萃 2009 年卷 法苑精萃编辑委员会编 北京：机械工业出版社，2009.12
(中国法学精萃系列丛书)

陈彤 陈彤 陈彤 陈彤

I 中... II 法... III 法理学 原中国 原文集
IV 法理学 原

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 123456 号

机械工业出版社(北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)
责任编辑：梁代军 版式设计：张世琴 责任校对：李临庆
封面设计：耿金云 饶 薇 责任印制：付方敏
北京铭成印刷有限公司印刷·新华书店北京发行所发行
2009 年 12 月第 1 版·第 1 次印刷
开本：16 开 印张：10 插页：1 字数：200 千字
源 1000 册
定价：30.00 元

凡购本书，如有缺页、倒页、脱页，由本社发行部调换
本社购书热线电话(010)68995196 邮购地址：北京 100037
封面无防伪标志均为盗版

法苑精萃编辑委员会

编委会人员组成：(以下按姓氏笔划排序)

- 王保树** 清华大学法学院院长、教授、博导
- 王家福** 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 王利明** 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
- 公丕祥** 江苏省高级人民法院常务副院长，南京师范大学教授、博导
- 石少侠** 国家检察官学院副院长，吉林大学法学院教授、博导
- 付子堂** 西南政法大学副校长、教授
- 龙宗智** 西南政法大学校长、教授、博导
- 田平安** 西南政法大学教授、博导
- 石泰峰** 中共中央党校副校长、教授、博导
- 江平** 中国政法大学终身教授、博导
- 李龙** 浙江大学法学院院长、教授、博导
- 李昌道** 复旦大学法学院院长、教授
- 朱景文** 中国人民大学法学院教授、博导
- 孙宪忠** 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 张文显** 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导
- 张晋藩** 中国政法大学终身教授、博导
- 陈卫东** 中国人民大学法学院教授、博导



- 陈光中** 中国政法大学终身教授、博导
- 陈兴良** 北京大学法学院副院长、教授、博导
- 陈明华** 西北政法学院院长、教授、博导
- 吴汉东** 中南财经政法大学校长、教授、博导
- 吴志攀** 北京大学副校长、教授、博导
- 何勤华** 华东政法学院院长、教授、博导
- 郑成良** 国家法官学院常务副院长、教授、博导
- 郑成思** 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 郝铁川** 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博导
- 赵秉志** 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
- 胡建森** 浙江大学副校长、教授、博导
- 徐显明** 中国政法大学校长、教授、博导
- 高鸿钧** 清华大学法学院副院长、教授、博导
- 梁慧星** 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 黄 进** 武汉大学教务长、教授、博导
- 崔建远** 清华大学法学院教授、博导
- 曹建明** 最高人民法院副院长、教授、博导
- 曾宪义** 中国人民大学法学院院长、教授、博导
- 曾令良** 武汉大学法学院院长、教授、博导
- 霍存福** 吉林大学法学院院长、教授、博导
- 总 主 编**
- 张文显** 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导

总策划 法苑精萃创作中心



法苑精萃编辑部

主任 刘保文
委员 (按姓氏拼音排序)
常淑茶 梁代军
孙森林 肖振生



序

当今是知识爆炸的时代，又是时间四分五裂的时代，这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾，求知的本性与短促的人生的矛盾。这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约，加上人生必要时间的支付，即使再充分利用时间，每人每天也只有 8 小时，因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种，即对爆炸的知识进行甄别、挑选，取其精华，弃其糟粕。众所周知，著作虽多，但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从，是人生的原则，自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华，读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华，读经典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”。可以说，不读经典著作就谈不上真正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是，是全球大势和时代主题，也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国，法学日益成为一门显



学，每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华，只有精华才配称为法学，只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选“中国法学精萃”系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准：

一是思路新奇。学术的生命在于创新，学术的发展新新不已，学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的，学术是承先启后和不断推陈出新的。对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作，而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真，追求真理。但真理作为规律是内在的、深入的，这就决定了学术思想必须深刻，不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在，也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中，最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华，而且是时代精神的超越，是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然，上述标准是很高的，也许身不能至，但心向往之。我们把它们作为行动的旗帜和追求的目标，并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、精典性的文章，铭记法学各学科每年的发展状况和学



术进展，以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握研究动态是为教为研之始，本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多，每个考生在复习过程中，都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、精典性的文章仔细研读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置，但我们没有火眼金睛，或许有时还有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时，也虔诚地希望公众热情参与，把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许，我们也会敬请有关专家、学者进行评选，以求名至实归、不负众望。

总主编 张文显



目 录

序	VI
第一部分 法理学总论	员
张文显 于 宁 当代中国法哲学研究范式的转换 ——从阶级斗争范式到权利本位范式	猿
葛洪义 法律的理论与方法 ——法理学作为一门科学的条件和界限	圆
(英)约翰·哈特 著 翟小波 译 强世功 校 实证主义和法律与道德的分离	源
(美)奥利弗·温德尔·霍姆斯 著 张千帆 杨春福 黄 斌 译 法律的道路	猿
江 山 再说正义	愿
第二部分 法学认识论	愿
葛洪义 法学研究中的认识论问题	猿



第一部分 法理学总论

当代中国法哲学研究范式的转换

——从阶级斗争范式到权利本位范式

张文显 于 宁

一、导 语

20世纪 80年代末，一位颇有眼力的历史学家用“法学幼稚”一语评论法学研究的状况。的确，那时的法学很幼稚，表现在：法学讨论的几乎都是法学和法律实践的 粤说问题，相对于法学和法治发达国家来说，我国法学尚处于补课阶段；法学还没有形成自己独立的概念、范畴体系，因而也就不可能建构起自己的理论大厦；法学与其他学科的对话能力很差，以致许多涉及中国改革开放和现代化建设重大问题的讨论很少有法学界的声音。1990多年过去了，法学幼稚的状况有了显著改变，法学正在成长起来。但是，实事求是地说，法学还不成熟，还不发达，法学之不成熟和不发达的主要表现在于它还没有形成或建构起具有共识性的研究范式。不过，令人振奋的是，关于法学研究范式的意识已经在法学界形成并不断强化，有关法学研究范式的探索正在进行，法学研究、特别是法哲学研究领域学术范式的转换已初见端倪。权利本位范式就是其中一种较有影响的学术范式。本文试就当代中国法哲学研究中从“阶级斗争范式”到“权利本位范式”的转换，发表若干浅见，与学术界同行交流。

二、“范式”的诠释

（一）“范式”的语义与要义

“范式”（~~范型~~）概念是美国科学哲学家托马斯·库恩最早提出来的，是库恩历史主义科学哲学的核心。库恩认为科学界是由一个流行的范式所控制的，那



个范式代表科学界的世界观，它指导和决定问题、数据和理论的选择——直到另一个范式将其取代。库恩的科学哲学是在反对归纳主义和证伪主义的过程中产生的，他试图将“范式”与科学共同体结合起来，把科学史、科学社会学、科学心理学结合起来，把科学的内史和外史结合起来，对科学发展规律做综合考察，这无疑是有意义的探索。库恩的范式理论是现代科学中整体性观点和整体性方法在哲学上的反映。20世纪60年代以来，由于边缘学科、横断学科和综合性学科的出现和发展，学科之间的冲突与交融日渐增多，越来越呈现出一体化和整体化趋势，“范式”概念的提出体现了这种趋势。正因为如此，库恩的“范式”概念和理论不仅在自然科学家中间引起热烈的讨论和认同，而且也受到社会科学家的高度重视和广泛采纳。

库恩的“范式”概念提出来以后，追新的人们像得到及时雨一样，纷纷把它套用到任何一个自己想用的地方，如“产业范式”、“管理范式”、“社会范式”、“学术范式”，致使颇有新意的“范式”面目全非。这促使我们不得不“回到库恩”，回到库恩“范式”的原意和要义上。但由于库恩从未对其“范式”概念做过明确、清晰的表述，以至于人们只好在他的半文半白的字里行间归纳和领悟其“范式”概念及其理论内涵。

英国语言哲学家玛格丽特·玛斯特曼做过一个统计，库恩在其《科学革命的结构》一书中在14种意义上使用“范式”，诸如把范式说成是在一段时间里为科学共同体提供典型问题和解答的“普遍承认的科学成就”，被迷信的科学“神话”，“一幅可以从两种角度观看的‘格式塔’图形”，科学上的“完整的传统”，启迪智慧的“哲学”，“一本教科书或经典著作”，形而上学思辨，“可以指引知觉本身的有条理的原理”，“一个普遍的认识论观点”，“一种新的观察方式”，等等。

除此之外，库恩还在《必要的张力》中指出：“‘范式’一词无论实际上还是逻辑上，都很接近于‘科学共同体’这个词。一个范式是、也仅仅是一个科学共同体成员所共有的东西。反过来说，也正由于他们掌握了共有的范式才组成了这个科学共同体，尽管这些成员在其他方面并无任何共同之处”^①。

概括库恩的以上用法和论述，可以看出：“范式”是包括规律、理论、标准、方法等在内的一整套信念，是某一学科领域的世界观，它决定着某一时期的科学家观察世界、研究世界的方式。范式为一个时期的科学家集团所共有，持同一范

① 库恩：《必要的张力》（中译本），福建人民出版社1981年版，第100页。



式的科学家因其有着共同的信念、价值标准、理论背景和研究方法技术而组成了一个“科学共同体”^① 具体而言，库恩的“范式”的要义大概包括：

(鼠) 范式是一种全新的理解系统，即有关对象的本体论、本质与规律的解释系统；

(圆) 范式是一种全新的理论框架，即构成该学术群体的研究基础及范围、概念系统、基石范畴和核心理论；

(猿) 范式提供的是一种全新的理论背景，即范式是一个学术共同体学术活动的大平台、论坛或舞台；

(源) 范式是一种方法论和一套新颖的基本方法；

(缘) 范式表征一种学术传统和学术品格(学术形象)，标志着一门学科成为独立学科的“必要条件”或“成熟标志”。

上述这五个方面均体现为对科学研究中各种信念、认知成果、研究方法的整合与升华。所以，亦可以在一定意义上说范式的实质是科学活动中的整合与升华，范式的转变实质就是提出一套全新的发现问题和解决问题的方法。

今天，这一概念早已超出了库恩赋予给范式的原义，被广泛地用来表征或描述一种理论模型、一种框架、一种思维方式、一种理解现实的体系、科学共同体的共识。

“范式”概念及其理论应用越来越呈现出以下特点：①范式的多域性，即范式理论既被用于理论研究领域，也被用于实践领域；②范式的多层次性，即范式广泛运用于宏观领域、中观领域、微观领域，例如在法学研究领域，就有以一般法现象为对象的法哲学的研究范式(阶级斗争论范式、权利本位范式)，在各个部门法制研究中存在的学术范式(如行政法研究中的“管理论范式”、“控权论范式”、“公共利益论范式”、“平衡论范式”)，在法学或法律实践中某一问题研究上的范式(如法制现代化研究中的国际化与本土化范式、建构论与进化论范式)；③范式的多元性，在科学研究中，尤其是社会科学研究中，范式不是单一的、惟一的，有多少流派(学术群体)就会有多少种研究范式。例如，在当代西方法哲学中，就出现了以新自由主义经济学为理论和方法论为依据的经济分析范式，以“制度性事实”为基石范畴和分析单元的制度分析范式，以批判西方正统法理念和法理论为

^① “科学共同体”是指一门学科的从业者形成的一个封闭的专家集团，产生科学知识的单位，它类似于一个学派。



宗旨的后现代主义范式，等等。

（二）范式的学术功能

由于范式的上述性质和结构，在科学研究和科学发展中，范式具有科学常规化、革命化、群体化的功能。

科学的常规化，标志着科学活动是自觉的，而不是盲目的；科学研究和学术评判遵循着一定的学术规范，而不是杂乱无章、混乱无序；科学研究有自己的基点，即范式先定，而不是到处游荡、六神无主。正如库恩所言，前科学和常规科学的区别是该学科是否形成了从事该门学科研究的科学家共同接受的“范式”。“范式”在常规科学中的巨大作用就在于：它规定常规科学的本质，是形成科学共同体的内聚力，同时，它能在科学活动中判定重大事实，使理论同事实相配，说明理论；最后，它还是发现问题，解决问题，指出问题的手段。所谓“常规科学”就是“常规研究”的科学，而常规研究就是根据范式而研究，这个时期的特征是知识的积累和继承。

科学革命化的实质是新范式代替旧范式的过程，或者说是科学共同体重新概念化的过程，科学理论的变革通过范式的替换最终实现。之所以把旧范式的消失、新范式的形成看作科学的革命，乃是因为范式的更替意味着基石范畴、理论体系、理论背景、研究方法的全方位更新或跨越时空的创新。

科学的群体化，即科学共同体的形成，范式把一批研究者吸引过来，这使得科学研究不再是孤立的、私人性质的、单干的。对于整个科学共同体来说，在一个明确规定的根深蒂固的学术传统范围内进行研究，比那种没有这种收敛标准的研究更能产生打破传统的新事物。科学的群体化和科学共同体的形成构筑了学术合力，消解了科学研究中的私人化色彩，增强了对话交流的共同语境，从而使科学研究的人力资源得以最有效的组合和配置。

（三）范式的确立

库恩建立了一个科学发展的动态模式，他认为，整个科学史就是遵循着从前科学时期→常规科学时期→反常和危机时期→科学革命时期→新的常规科学时期的周期运动规律而向前推进和发展的。按照库恩的理论，在新的研究范式产生并最终确立其主导地位之前一般都有一个专业显著不稳定时期，若干方法或学派相互竞争，现实的重大变化往往需要概念上的创新与之相适应。一门学科当其出现同一的或相对统一的“范式”之后，就进入了常规科学时期。在常规科学时期，科学共同体对共同范式坚信不移，犹如宗教信仰徒对其教义坚信不移一样。拥有共



同信念的共同体成员基于这种信念走到一起，同时，这种共同信念也规定了他们拥有共同的基本理论、基本观点、基本方法，为他们提供了共同的理论研究模型和解决问题的框架，从而形成了一种共同的学术传统、共同的学术品格，规定了共同的发展方向，也限制了共同的研究范围，即该领域的学术研究是在一定的“范式”制约下进行的认识活动，是在过去承继下来的知识背景和学术传统的限制下进行的创造。

如同在自然科学和社会科学的其他领域一样，在法学研究领域，法学家们越来越意识到范式的意义，呼唤法学、首先是法哲学研究范式的转换。法哲学新范式的确立必将引发中国法学研究的革命，推进新的法学思维方式、新的理论体系和新的法理念的确立，进而指导和促进中国法治现代化的进程，有利于我国实行依法治国和建立社会主义法治国家。

三、阶级斗争范式

（一）阶级斗争论作为法学研究范式的形成

列宁指出：“马克思主义给我们指出了一条指导性的线索，使我们能在这种看来迷离混沌的状态中发现规律性。这条线索就是阶级斗争的理论”^①。把阶级斗争理论运用于社会现象研究，就是阶级分析方法。阶级分析方法是辩证唯物主义和历史唯物主义方法论在阶级社会条件下的具体运用，是马克思主义法学的基本方法。在一定意义上说，马克思主义创始人正是运用阶级分析方法，实现了法学领域的革命性变革。在今天也只有继续运用阶级分析方法，才能坚持和发展马克思主义法学。然而，如果歪曲马克思主义的阶级斗争理论，把阶级斗争理论和阶级分析方法绝对化，把它们不适当地运用于非阶级性的问题上，或者把适用于一般阶级社会的阶级斗争理论和阶级分析方法运用于阶级作为整体已经消灭的社会主义社会，那就会犯致命的错误。这种错误是从前苏联法学家开始的，20世纪30年代维辛斯基这一斯大林时代的官方法学家适应政治斗争的需要，在全苏第一次法学工作者大会上提出一个“标准的”、“官方的”法的定义：“法是以立法形式规定的表现统治阶级意志的行为规则和为国家政权认可的风俗习惯和公共生活规则的总和，国家为保护、巩固和发展对于统治阶级有利的和惬意的社会关

^① 《列宁选集》（第4卷），第327页。



系和社会秩序，以强制力量保证它的实施。”这个后来以维辛斯基命名的定义构成了苏联法学关于法的本体论的核心观点，整个前苏联法学理论就建立在这个定义之上。新中国建立之初，我们全盘照搬苏联法学，维辛斯基的法学理论自然成为占主导地位的法学意识形态。20世纪50年代中期以后，由于我们党背离“八大”确立的正确的政治路线，过分强调阶级矛盾和阶级斗争，甚至提出以阶级斗争为纲、无产阶级专政下继续革命，这为维辛斯基法学意识形态提供了进一步的政治支持和理论支持，维辛斯基的阶级斗争法学进一步垄断、支配着中国法学界思维方法和理论建构，成为法学研究的基本范式与惟一范式。我们可以把它描述和概括为“阶级斗争范式”。

（二）阶级斗争范式的基本特征

以阶级斗争为纲的法哲学范式具有这样一些特征：

（1）阶级—阶级矛盾—阶级斗争的公式成为法学的思维定势。马克思主义关于阶级、阶级矛盾、阶级斗争的科学观点被严重歪曲，被曲解的阶级斗争理论又被极不适当地贯彻到法的一切方面和全部过程，贯彻到法学的各个领域，阶级斗争范式不仅不加具体分析地把法说成是“阶级矛盾不可调和的产物”，“法的本质是统治阶级意志的表现”，而且把法界定为“阶级斗争的工具”或“阶级斗争的刀把子”。于是“阶级性”成为法的惟一属性，“阶级斗争”、“阶级统治”成为法的首要功能甚至惟一功能。“阶级性”成为法学的核心范畴，几乎成为人们观察、认识、评价法律现象的惟一视角和超稳定的思维定势。法学的立论、推论、结论，法学理论的结构、体系，对法律资料和法学文献的收集、分析、使用，以至行文方式和语言，无不围绕着“阶级性”这个基调展开。例如，那时候对法治史资料的取舍完全决定于是否有助于说明和证明法的阶级性，凡是能够证实法有阶级性的资料被法学家视为珍宝而大海捞针，而有可能对阶级性证伪的资料则被掩盖起来。

（2）国家理论主导和代替法学理论。与阶级—阶级矛盾—阶级斗争的公式相适应，法的理论与国家理论合而为一，称作“国家和法的理论”。“国家和法的理论”有两个根本性缺陷或错误，一是片面强调法离不开国家，没有国家就没有法，而不讲国家离不开法，没有法国家就不成其为国家的另一面，所以在这种理论结构中根本不可能存在“法治”、“法治国家”、“依法治国”等概念。二是国家理论对法的理论的统帅、主导实际上成了代替或取消，国家学说代替了法学理论，使法学失去了作为独立学科资格、地位和价值。