

漂泊的思：

现代性视野下的法学与教育

过程中的一个环节：对法理学精神的解释也就是对我们自我精神的解释。

费希特认为：任何一个似乎微不足道的、针对个人的不公正行为都必然会酿成对一切人的不公正行为，如果每个人的每个行动都确实提供了一项普遍有效的法律，那么，法律就一定始终会是行动。在这样一种结合中，任何公正的行为都必然涉及所有的人；任何违法的行为都是公众的不幸。从这时起，我有可能遇

曹义孙
著

漂泊的思：

现代性视野下的法学与教育

曹义孙 著

过程中的一个环节；对法理学精神的解释也就是对我们自我精神的解释。

费希特认为：任何一个似乎微不足道的、针对个人的不公正行为都必然会酿成对一切人的不公正行为。如果每个人的每个行动都确实是普遍有效的法律，那么，法律就一定始终会是行动。在这样一种结合中，任何不公正的行为都必然涉及所有的人；任何违法的行为都是公众的不幸。从这时起，我有可能遇

责任编辑：罗洁琪

图书在版编目（CIP）数据

漂泊的思：现代性视野下的法学与教育/曹义孙著.
北京：中国法制出版社，2006.9
ISBN 7-80226-529-0

I. 漂... II. 曹... III. 法学教育-研究-中国
IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2006）第 114247 号

漂泊的思：现代性视野下的法学与教育

PIAOBO DE SI ; XIANDAI XING SHIYE XIA DE FAXUE YU JIAOYU

著者/曹义孙

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230 毫米 32

版次/2006 年 10 月第 1 版

印张/9.125 字数/173 千

2006 年 10 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-529-0

定价：20.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：66033393

传真：66031119

编辑部电话：66022958

邮购部电话：66033288

作者简介：

曹义孙，名端怡，字欣华，号义孙。成长于景德镇；求学于厦门大学；教书于中南政法学院和中国政法大学。现任法学教授、法学教育发展研究与评估中心主任、《中国法学教育研究》执行主编、《比较法研究》杂志编委会委员、全国西方法律思想史学会副会长、民盟中国政法大学支部主任委员、民盟北京市法制工作委员会副主任委员、民盟中央法律工作委员会委员、民盟中央委员会委员、北京市地税局特约监察员、国土部国土资源监察专员。





1. 法律现代化－中国法治道路问题研究
蒋立山 著
2. 漂泊的思：现代性视野下的法学与教育
曹义孙 著
3. 合同法基本原则的博弈分析
柯华庆 著
4. 话语、实践与制度变迁：当代中国司法
的关键词分析（1949－2002）
滕彪 著
5. 语言法导论
刘红婴 著
6. 民国时期婚姻法近代化研究
王新宇 著
7. 中国社会转型与法律治理
刘金国 蒋立山 主编
8. 依法治理评价理论与实践研究
王称心 主编

责任编辑 ■ 罗洁琪 装帧设计 ■ 李 宁

谨以此书献给我的母亲

序

曹君端怡兄与我相交二十余年，时常推掌论学，谈笑无拘，不知不觉中年在身，令人感慨。近日，曹君自集数年论作，勒名《漂泊的思：现代性视野下的法学与教育》，命我为之序，于情于理，只得惶恐应命。

谓之惶恐，实在此乃新媳妇上轿，头一遭，破身之举，岂不惶恐！更有甚者，以鄙人之功力、名望、地位，断不敢为此事，入之耳，一种打杀感，岂不由心而来！然，二十余年的交情与砥砺，却是不可逃避的，既有所命，也只好尽力卖丑了。

曹君原学于厦门大学哲学系，长于西方哲学，尤对希腊哲学、德国哲学、西方现代性思潮谈兴丰厚。常能激昂犀利，语竞四座。言辞之余，手舞相辅；手舞之余，身踊相与。当其时，眼神、口相、面垂、鼻翼，无不投入其中，其嚣张冲涌之势，令人感染。彼时年轻气盛，三几好友常会以此通宵达旦，日积月累

中，见识高涨，文通理纳，一种学人的快意哺育我们共同走过了人生的青壮时代。至今，每有回味，无不令人贪娱窃乐。

上世纪八十年代末，曹君以研治哲学的雄厚基础，转兴法理学，并最终成为法理学、法哲学的教师和研究者。一般言，哲学与法理学并无别致，无非广狭之分而已。然，以法理而为法理，与以哲学而为法理却有天壤之别，个中，学理涵养、思辨能力、阅说境界以及方法模型，均会大异其情。是以，东西方法思想史的研究中，仍然被名为哲学家、思想家的人所主打，如柏拉图、亚里士多德、康德、黑格尔、孔子、孟子、朱熹诸人。曹君的强项在他的研究中很快获利，本集中收录的几篇法理学论文是其证。

上世纪九十年代中叶稍早，一个偶然的机会，曹君又不幸卷入了法学教育的研究中，先后做过课题，出版过著作，并成为《中国法学教育研究》杂志的副主编、执行主编。因此之故，他对法学教育又有诸多心德，如通识教育的设想、本科后法律专才的训练与培养，等等。本集中亦有相关文章收录。

感二十余年来，曹君思维敏捷，才气逼人，读书论事，语意贯深。加之他阅读广泛，阅读量大，常既可抢人话锋，又能捧贬古今，成为话场中的中心人物。然而，其不利之处亦是明显：知多不屑手动，思丰难于根定，如其标题所示：漂泊的思。这当是曹君若干年来著述临世不多的主要原因。

近闻曹君一改故辙，开始研读中国古代经典，实在可喜可贺。料想不久以后，曹君中西会通，定然宏论可期。是为序。

足无谨识

2006年7月26日

目 录

序	1
1. 关于元法学基本问题的思考	1
2. 论哲学化的法理学	16
3. 法律结构模式及其意义和问题	
——《民法基本原则解释》述评	38
4. 当代中国法治整体意识论纲	46
5. 洛克财产权及其起源理论评析	62
6. 康德的法哲学观念初探	
——对康德“法的形而上学”一词的诠释	74
7. 费希特法哲学中的民法精神解释	86
8. 试析黑格尔关于法的本质的思想	131
9. 试论法律教育学的性质、对象和体系	143
10. 关于教育本质问题的种种观念及其悖论	155
11. 论教育目的的性质和层次	164
12. 论教学管理的特性和概念	172
13. 柏拉图论治国人才的教育	182
14. 亚里士多德论公民教育	198

15. 康德论自由人的教育	228
16. 费希特论大学学者的使命	255
后 记	281

关于元法学基本问题的思考

对法学整体进行系统地思考与研究，属法学学的任务。所谓法学学就是元法学。它是从理论法学解析出来的一门新兴学科，即把法学作为研究对象来进行研究的学问。^①它主要研究和解释法学的概念、法学的研究对象和范围、法学的性质和特征、法学的功能和作用、法学的体系和结构、法学的思潮流派和研究方法、法学形成和发展的历史及其客观规律等问题。

① 参见吕世伦、文正邦主编：《法哲学论》“序”，中国人民大学出版社1999年版；何勤华、徐永康《法学新学科手册》“法学学”条，浙江人民出版社1988年版。

一、法学反思的意义

法学应对自身进行反思。^① 这种反思既显现了人区别于动物的特有的社会意识的本质特征，又展示了人的智力活动的自觉状态。人的一切智力活动不仅指向对象，而且与此同时反思着自己在认识什么，如何认识和认识的原因及意义，这就是自我意识。法学作为人类高级智力活动，自然具有意识与自我意识的特征，而且后者不是法学发展中的某个阶段的事情，实际上，它贯穿法学发展的全过程。

我们说，法学反思贯穿于法学存在和发展的各个阶段，并不排斥它可能在法学演进过程的某一阶段中显得特别突出和重要。目前中国法学就置身于这种时期。中国法学要重新思考自身存在的根据和意义、研究对象和范围、方法和途径；思考自身的要素和结构、性质和特征以及功能和作用等等问题。^② 这说明法学一方面在某种常规研究纲要基础上走向完善和成熟，另一方面需要突破和发展，获得与时代发展相一致的法学研究纲领。从后者来看，法学反思预示着法学的革命，法学研究范式的变换。由此可见，法学反思是法学的发展、质的跃进、渐

① 黑格尔认为，要获得普遍性的知识必须通过反思。他说：“要获得对象的真实性质，我们必须对它进行反思。惟有通过反思才能达到这种知识”；“感性的东西是个别的，是变灭的；而对于其中永久性东西，我们必须通过反思才能认识”，《小逻辑》，商务出版社1980年版，第74、75页。

② 参见何勤华、徐永康：《法学新学科手册》“法学学”条，浙江人民出版社1988年版。

进性的中断之契机和必要中介。倘若没有法学反思，法学范式的转替，法学真正意义上的发展和进步，似乎是不可能的，尽管法学发展的根本原动力不在于法学反思。

法学反思不仅对法学的存在与发展具有意义，而且它构成法学研究的一个领域，属法学的认识论。法学，特别是元法学，应该而且必须进行法学反思，研究它的意义与作用，它的时机和条件，它的方式与特点等等。法学若不自我反思，想处于自觉状态并取得长足进展是不可能的；若不以法学反思为思考对象，并达到一定程度的理性认识，那么法学反思便是没有理论根基的，只处于一种盲目的或经验的自发状态。

总之，法学反思是法学自我意识的最高表现。它不仅思考法学，而且思考自身。所以，其意义不仅表现在法学存在和发展方面，而且更为主要地表现在法学反思自身为自身存在的内在根据。

二、法学的研究对象和范围

法学应该自我反思，同时法学反思应该列入法学的研究对象或内容。但是，法学决不仅是作为反思状态而存在的，也不仅是研究法学反思的。因为法学作为意识形态要研究现实的法。

如果把法学说成是研究法律现象的学问，法是法学的研究对象。这话一点也没有错。就如说历史学研究历史，社会学研究社会，美学研究美。但是，这样的陈述没有给我们提供更好更深的认识。实际上，它似乎是同义反复，并没有指明研究

的对象究竟是什么。它至多只是指出了一个研究工作的努力方向。因为“法”本身至今仍没有一个世界公认的概念，法学发展史中的形形色色的法学理论和学说的存在就是明证。

关于法的概念，由于参照系和研究目标的不同，可以有种种不同的界说。对各种界说的具体分析属法理学的任务，我们在这里不加以详细探讨，而仅是指出法一方面不等于法律，另一方面表现为客观法、主观法和实在法即法律三种存在方式。同时着重讨论法的三种存在形态之间的关系。^①

我们不主张法即法律的观念，^② 而主张法不等于法律。我们可以说法律就是法，但不能说法就是法律。之所以不能说法是法律，是因为法和法律的外延不同。法包含着法律，而法律仅仅是法的部分或表现。法，在我们看来，它是由客观法、主观法和实在法（法律）及其内在联系所构成的有机统一体。只有这样的有机整体才是法学所研究的对象。如果把法与法律等量齐观，并认为法学研究的仅仅是法律，不仅不能深化法学研究，而且反而会使之狭隘。因为，按照这种观点，法律思想以及贯穿于法律思想之中的法律精神即主观法就不是法学研究的对象了，从而研究法律思想与法律精神的学科便不属于法学体系的内容了。进而言之，作为法律以及法律思想和法律精神的

① 参见江山：《中国法理念》“绪论”，从法的结构角度界说“法”的性质的有关论述，中国地质出版社1989年版。

② 这里采用把法律理解为法律规范的通说，实际上，有不少法学家把法律理解为法权利、法规范和法行为的统一。

客观依据的客观法自然也不是法学的研究对象了。^①

我们要着重讨论法的三种存在形态及其内在关系。无论是法律还是主观法都是意识形态的东西，依据物质与意识的关系的唯物论原理，它不能独立存在。它必须依赖于它自身之外的某种客观的东西而存在。这种客观的东西，我们称之为客观法。对于客观法，既可以把它理解为必然规律，也可以把它说成是人的本质与自由，还可以把它解释为阶级的利益和意志。事实上，人们确有如此多的理解和看法，因为人们认识的参照系、自身的世界观和需要不同。但是，无论如何，这种种解释的客观法毕竟存在着。而且，主观法和实在法是客观法的体现。就本文的任务而言，只承认这一点，也就够了。至于法的客观形态究竟是什么或应该是什么，这是法本体论和法价值论所要研究的问题。

有一点可以确定，如果现实世界是以运动形式而存在着，那么客观法深藏于现实世界的运动中。当然，这个现实世界可以是整个物质世界，也可以是指人类社会，或仅仅指人类社会历史发展的一定阶段即阶级社会。我们认为，这个现实世界便是人的世界，人的世界的现实存在形态就是人的实践活动。具体说来，它包括人与自然、人与人以及人与自身的相互作用。这种相互作用不是混乱无序的，也不是像自然界那样仅仅是合规律的，而是一个合规律与合目的相统一的过程，更简明地

① 我国许多作者和有些外国学者在论述“法学”内容时，都把主观法和客观法的研究及相关学科排除在外，如我国学者陈光中主编的《法学概论》，中国政法大学出版社1998年版；德国学者拉德布鲁赫的《法学导论》，中国大百科全书出版社1997年版。

说,就是遵循着以人的和谐生存和全面而自由发展为价值指向的必然和秩序。这种必然和秩序就是我们所理解的客观法。因而我们不应把客观法理解为自然界的规律,更不赞成理解为上帝的命令,同时也不同意把它仅仅视为人的利益的观念。

由于客观法不是显露于人的世界之外,而是深藏于人的各种实践活动之中,所以,对其认识仅靠感官是无法把握的,只有借助于思维才可能完成。然而,客观法又不是理论思维的对象,而是实践思维的对象。因为思维有理论思维与实践思维之分,理论思维追求普遍性的真理,实践思维则追求合理性的个别化。^①人们在理论思维的基础上,依靠实践思维通过人类实践活动去把握对客观法的正确认识,我们称之为实践精神。由于实践精神包括道德的实践精神、政治的实践精神和法的实践精神等,所以人们习惯于把这种反映客观法的法的实践精神称之为法的精神或法的理念。在法的精神基础上解释和认识客观法的具体表现,形成众多的法的思想或法的观念。这种对客观法及其表现的认识而形成的法的精神和法的观念,我们称之为主观的法,由于客观法是合目的的必然和秩序,所以反映客观法的主观法就不是杂乱无章的,而是以具有一定价值指向的体系形式而存在的。

由于客观法、认识主体和历史条件的复杂性和变化性,因而在任何时代,主观法体系都不是单一的,而是多种多样的。在众多的主观法体系中,并非所有体系都能转化为实在的法

① 参见黑格尔:《法哲学原理》“导论”中有关思维与意志关系的论述,商务印书馆1962年版,第14~25页。

律。实际上，只有真正符合客观法的主观法体系才具有实现为法律的必然性质。在一定条件下，它成为法律的必然就变成现实。实在法的形式是主观的，内容却是客观的。它是主客观的统一。就其实质而言，实在法律是客观法的反映，属于思想的关系，上层建筑的领域。从形式上看，它是一定主观法的体现。在阶级社会中，它是一定阶级的法的精神和种种法的观念的体现，即阶级意志的体现，同时采取普遍性和强制性的规范形式。简言之，实在法是以规范的形式在法的精神指导下对客观法之具体表现的反映。如果实在法准确地体现了主观法和有效地维护了客观法，那么它们就能很好地调整人们在生存和发展中的权利和义务，保障和平、自由与公正的秩序。当人的世界及其实践方式发生了根本性的变化，就要求精神和实在法或早或迟地随之而改变。如果实在法固步自封，那就歪曲地反映客观法并反作用于它。在阶级社会中，剥削阶级的法律通过否认社会中绝大多数人的本质进而否认人的类本质。这种实在法即是恶法，即是非法，失去其存在的根据和意义，其所体现的法精神实际上是失去其合理性的死亡观念。当然，它们还有可能依其习惯和其他条件而存在和运转，并束缚人们的创造力。但这终究要被与客观法相一致的法精神和实在法所取代。

因此，一般说来，法学的研究对象是法而不仅仅是法律。法学当然要研究法律，但也要研究法的精神和丰富的法的观念，更要研究客观法及其种种表现形式。而且，研究客观法及其形式是法学研究的根本内容，主要的立足之地，也是提高法