

2006 | 总第1卷

Yearbook of Western Legal Philosophers Study

西方法律哲学家 研究年刊

邓正来 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



2006

总第1卷

D90
217
:2006
2006

Yearbook of Western Legal Philosophers Study

西方法律哲学家 研究年刊

邓正来 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

西方法律哲学家研究年刊(2006年总第1卷)/邓正来主编. —北京:北京大学出版社,
2006.12

ISBN 978-7-301-11513-8

I. 西… II. 邓… III. 法哲学-研究-西方国家-年刊 IV. D90-54

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第162023号

书 名: 西方法律哲学家研究年刊(2006年总第1卷)

著作责任者: 邓正来 主编

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978-7-301-11513-8/D·1667

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 30.5印张 581千字

2006年12月第1版 2006年12月第1次印刷

定 价: 48.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

《西方法律哲学家研究年刊》

学术委员会

主 编 邓正来

学术委员	邓正来	季卫东	陈弘毅
	於兴中	刘小平	郑 戈
	姚建宗	赵 明	杨纯福
	黄文艺	汪习根	程志敏
	凌 斌	朱 振	柯 岚
	邹立君	蔡宏伟	资 琳
	张 琪	周红阳	张书友
学术助理	邹益民	毕竞悦	陈 昉

回归经典 个别阅读

——《西方法律哲学家研究年刊》总序

《西方法律哲学家研究年刊》，顾名思义，是一套专门研究西方法律哲学家理论的长期的大型学术辑刊。创办这套辑刊，不仅是为了否弃与批判中国学术界在当下盛行的那种“知识消费主义”的取向，而且也是为了倡导与弘扬一种回归经典、进行研究性阅读与批判的新的学术取向，亦即知识生产和再生产过程中的一种“个殊化”取向或“个殊化”思潮。我愿意把它称之为中国学术研究向纵深发展的一种转向。

然而，这种转向何以必要呢？简言之，在我看来，中国学术在后冷战时代之世界结构中所担负的使命，乃是实现这样一种根本性的转换：即从“思想中国”向对“思想中国的根据”进行思想层面的转换。作为这个时代的学术人，我们必须根据我们对这种世界结构中的中国本身的分析和解释，对中国的“身份”和未来命运予以智识性的关注和思考，而这需要我们以一种认真且平实的态度去面对任何理论资源。

但是，我们必须坦率地承认，中国法学界甚或整个中国人文社会科学界，在一定的程度上乃是在违背知识场域之逻辑的情形下对待我们必须直面的各种理论资源的。仅就西方理论资源而言，在中国的学术界，尽管当下已有蔚为大观的西方学术思想的译介与“研究”，尽管已有相当规模的西方知识生产和生产者，但是我们却不得不承认，在一般意义上讲，除了国人对自己在不反思和不批判的前提下大量移植西方观点的做法仍处于“集体性”不思的状

况这一点以外,我们的研究还流于这样两个层面:一是对不同的西方论者就某个问题的相关观点做“非语境化”的处理,误以为不同西方论者的思想可以不受特定时空以及各种物理性或主观性因素的影响;二是即使对个别西方论者极为繁复的理论而言,我们所知道的也不过是他的姓名、某些论著的名称、某些关键词和一些“大而化之”的说法而已。显而易见,这种把知识误作为消费品,对理论做“脸谱化”和平面化处理的做法以及对不同论者的思想做“非语境化”处理的做法,已经导致了一个我们无从回避的结果:我们至今还没有切实地、比较深刻地把握绝大多数西方论者的理论——而这些论者的理论乃是我们进行学术研究所必不可缺的思想资源之一;我们至今还没有能力就我们关心的问题与西方学术论者进行实质性的学术对话,更是没有能力建构起我们自己的关于人类未来“美好生活”的理想图景——而这一理想图景的缺失则导致了我们的定义自身“身份”能力的丧失。

正是为了回应这样一种知识生产的现状,我们创办了《西方法律哲学家研究年刊》,其目的就在于以一种平实的态度去实践一种阅读经典与批判经典的方式。当然,在践履一种研究性阅读与研究性批判的同时,这也是在试图建构一种进入大师思想和开放出问题束的方式或者方法,亦即那种语境化的“个殊化”研究方式。其中,依凭每个西方论者的文本,关注其知识生产的特定时空,尤其是严格遵循其知识增量的具体的内在逻辑或理论脉络,乃是这种方式或者方法的关键所在。

具体而言,我所主张的这样一种对每个西方论者的思想进行“个殊化”研究的学术取向,在根本上讲,乃是以明确反对如下几项既有的或流行的误识为其前提的:第一,明确反对那种要求在阅读或研究西方论著的时候以西方自身所“固有”的问题脉络为前提甚或为判准的观点。因为这种观点误设了这样一个前设,即西方有着一个本质主义的问题脉络,由于它是客观存在的,因而是可以被复制或还原的,而且是能够被我们完全认识的。需要强调指出的是,这种试图以西方“固有”的问题脉络为依据的“还原式”阅读设想或努力,乃是以阅读主体可以完全不带前见地进行研读这一更深层的误识为其基本假定的。第二,明确反对大而化之的“印象式”言说西方思想。因为我们知道,这种整体的西方思想并不存在,所存在的只是以各自特定时空为背景而出发的每个个体西方论者的思想。第三,与之紧密相关的是,明确反对以笼而统之的方式谈论所谓的一般“问题”,因为不同的西方论者在不同时代和不同空间中对于“相同”的理论问题可能持有极为不同的、甚至相互紧张的观点,更是因为这些所谓“相同”的一般问题在不同时空的论者那里实际上已然变成了不同的问题。第四,明确反对那种所谓人有能力不带前见、进而可以不以中国作为思想根据的阅读西方的方式。由此可见,我在这里所主张的乃是一种明确承认

以“中国”作为思想根据的“个殊化”研究方式,亦即一种以研究者对于“中国”当下情势的“问题化”处理为根据而对西方法律哲学家的思想进行逐个分析与批判的研究路径——尽管这种思想根据在绝大多数情况下是以一种隐微的方式发挥作用的。

中国学术发展进程中这项新的“知识拓深”事业,在学界同仁的共同努力下,已然发展为今日之三绪:一是《法律科学》杂志设立的“西方法律哲学书评”之专栏,复为《河北法学》“西方法律哲学论著书评”之专栏的建立,三是北京大学出版社《西方法律哲学家研究年刊》的出版。基于此,我们有理由期待,这种以中国作为思想根据的“个殊化”西学研究之成果将汇流成为一种新的结构性的研究思潮,一种能使中国学术真正意识到自身之存在、认清自身之存在、并自觉建构自身之存在的重要路径。

无论如何,《西方法律哲学家研究年刊》这套学术辑刊,毕竟还只是一种探索性的和试验性的学术实践。因此,一方面,我们真诚地邀请读者能够从这样一些基本问题的思考及思考方式出发进入“真实”的知识场域;另一方面,我们也真诚地邀请学术界同仁以一种批判性的方式参与到我们的这一实践当中来,为中国法学或中国学术的发展作出我们的贡献。

邓正来

二〇〇六年中秋

北京北郊未名斋

《西方法律哲学家研究年刊》(2006 年总第 1 卷)

目 录

邓正来 回归经典 个别阅读

——《西方法律哲学家研究年刊》总序

1

研究专论

(一) 国外论文

[英]哈特 耶林的概念天国与现代分析法学/陈林林译

3

[英]拉兹 法治及其美德

——评哈耶克的法治观/朱振译

13

[荷]爱默伦、格鲁腾多斯特 佩雷尔曼与谬误/杨贝译

28

[美]赖特 超越哈特/德沃金之争:法学中的方法论问题/王家国 张红梅译

38

[美]庞德 罗斯科·庞德论奥斯丁的法律哲学理论/邓正来译

69

(二) 国内论文

张书友 法律科学及其对象如何可能?

——对凯尔森纯粹法理论的初步解读

90

张翠梅 诺齐克之获得财产权利的“限制性条款”

105

姜 峰 自由与权力:普布利乌斯的思想世界

116

肖厚国	人,自然平等?抑或自然差异? ——柏拉图与霍布斯对勘	138
葛四友	莱昂斯论法律与道德的关系	153
柯 岚	霍姆斯的司法哲学及其影响	168
曹卫东	法的历史性与有机性 ——萨维尼的法学理论及其思想史意义	180

书评与评论

陈弘毅	西方古今法治思想之梳理 ——读《法治:历史、政治与理论》	193
焦宝乾	“发现的脉络”与“证立的脉络” ——读弗特瑞斯《法律论证之基础》	207
王 恒	刘晨光 托克维尔的自由幻梦 ——评傅勒对《旧制度与大革命》的解释	212
刘 晗	霍布斯《利维坦》中的自然法与上帝	222

大师纪念

曹 明	亚里士多德:政治生活方式的教导者 ——纪念亚里士多德诞辰 2390 周年	243
周红阳	谁与斯人归? ——纪念穆勒诞辰 200 周年	249
樊 安	美国法理学中的兰代尔 ——纪念兰代尔教授诞辰 180 周年	254
李 娟	用法律承载理想的渡者 ——纪念施塔姆勒诞辰 150 周年	263
朱 振	公共性的复兴:从极权主义到公民共和主义 ——纪念阿伦特诞辰 100 周年	275
杨晓畅	功能现实主义的法人类学观 ——纪念霍贝尔诞辰 100 周年	285

韩 平 拒绝“讹诈”

——纪念米歇尔·福柯诞辰 80 周年

292

名著序跋

〔美〕弗兰克 《法与现代心智》第六次印刷序言/于晓艺译

307

〔美〕诺齐克 《理性的性质》导言/邓正来 陈昉译

322

学术简评

刘 剑 追求一种现实的法律确定性

——简评卡尔·卢埃林《美国判例法体系》

331

於兴中 关于普芬道夫的《普遍法理学原理两书》

336

邹立君 法律分析的向度

——简评朗·富勒《探求自我的法律》

341

崔 灿 目的性与自然意义

——简评朗·富勒《人之目的与自然法》

346

沈映涵 法律应当如何被确认？

——简评德沃金《哈特的后记与政治哲学的特征》

351

苗 炎 哈特与博登海默之间的论战

——简评《二十世纪中期的分析法学：回博登海默教授》

356

侯瑞雪 美国法社会学的两条进路

——读布莱克评《法律、社会和工业正义》

361

资 琳 作为法哲学家的罗尔斯

——简评德沃金《罗尔斯和法律》

365

邹益民 替代性论辩是否可信？

——简评科恩《对哈贝马斯论民主的反思》

371

孙国东 如何回归康德？

——简评麦考锡《康德式的建构主义与重构主义：

对话中的罗尔斯与哈贝马斯》

377

张 琪 “理论”之争

——简评德沃金《赞美理论》

381

毕竞悦 规范式的法律经济分析

——简评卡拉布雷西《事故的成本——一个法律的和经济的分析》 386

王虹霞 谁看见了“皇帝的新装”？

——简评弗兰克《卡多佐和上级法院神话》 391

旧文重刊

邓正来 知与无知的知识观

——哈耶克社会理论的再研究 399

研究文献

西方法律哲学家研究文献(2005 年)/4W 小组编辑 437

《西方法律哲学家研究年刊》稿约 479

Yearbook of Western Legal Philosophers Study

西方法律哲学家
研究年刊



[1 — 190]

研 究 专 论

耶林的概念天国与 现代分析法学*

[英]哈特 著 陈林林** 译

I

耶林(Rudolph von Jhering)的杰出著作很少被翻译成英文,对此我表示遗憾。这是一出知识悲剧,即便是一流的《罗马法的精神》(*Geist des Römischen Rechts*)和《法学中的戏谑与认真》(*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*)[¹]都没有英译本。我在此将讨论的《法学的概念天国》(*Im Juristischen Begriffshimmel*)一文也莫能例外——虽然1951年美国的一本法理学和法哲学文集中收有此文的若干英译片段。[²]我希望有朝一日,我们能够对这些著作在翻译方面的缺憾予以弥补。

* H. L. A. Hart, *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*, in H. L. A. Hart (ed.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1983, pp. 265—278.

** 陈林林,浙江财经学院法律系副教授、中国人民大学法学院博士后研究人员。本文初译于2001年,浙江大学外国语学院王兰女士和姜希颖女士对文中德文和法文字句的翻译作了指教,此次若干修订亦参考了支振锋先生的译文,一并申谢。

[1] 所有引文均出自该书第八版,参见 Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1900.

[2] Cohen and Cohen (ed.), *Readings in Jurisprudence and Philosophy of Law*, New York, 1951.

对法哲学感兴趣的英国法律人在阅读耶林这篇才华横溢的短论时,会产生两种反差极大的感受。一方面,他会感到诧异,或对或错地是因为他没想到一位 19 世纪德国法学家的作品具有如此的才气和情趣。可能除了早期的边沁以外,没有哪位法律领域的英国作家像耶林那样兼具这般轻快的文笔和深刻的见解。在另一方面,耶林此文的英国读者会产生一种似曾相识、甚至是曾经拜读过的感觉。对此我将在后面予以解释,而我首先要做的是将耶林所讥讽的智识缺陷进行概括。我认为从中可以概括出五点不同而又关联的法律思想偏差。它们是:

1. 过度关注抽象的法律概念,忽视了这些概念在现实生活中的适用条件^[3];

2. 对应该考虑在内的社会利益与个人利益,以及在使用和发展法律概念过程中所碰到的其他实际问题视若无睹^[4];

3. 确信能够区分某一法律规则或概念的本质(*das Wesen*)和法律后果(*die Folgen*),因此我们可以像普赫塔(*Puchta*)在分析“占有”时那样,“全盘脱离实际效用”,对概念进行抽象的思考。^[5]这导致处理问题时的不着边际——我们据此可以说,占有之类的概念,“在事实上,其本质结果就如同法律”。^[6]所以,“(概念)事实与法律是同一的”。^[7]

4. 无视法律的目的与宗旨,并拒绝“法律为什么是这样”的设问。在概念天国中,“没有人问为什么”^[8],那些因受实用性考虑而被“扭曲”的概念,则被逐入了“解剖病理学概念手册”。^[9]

5. 法律科学在方法和概念上对数学进行错误的模仿,以致全部的法律推理成了纯数学计算,并于其中通过逻辑演绎获取法律概念的内涵。^[10]

我认为这些就是耶林所想批评的那类法律思考的主要特征。几乎所有的这些法律思考的特征也受到了一位伟大的普通法大师的批评,并且所用的措词常常极其相似。英国的法律人从他那儿学到了对自己法律体系的批判手段,但他并不是英国人,而是美国

[3] “Die Frage der Anwendung und des Beweises kommt für ihn gar nicht in Betracht”, Jhering, *supra* note [1], p. 273.

[4] “Badet sich hier in dem reinen Gedankenäther, unbekümmert über die reale Welt”, *Ibid.*, p. 274.

[5] *Ibid.*, p. 296.

[6] *Ibid.*, p. 283 n. 8 (引自萨维尼).

[7] *Ibid.* (引自萨维尼).

[8] *Ibid.*, p. 287.

[9] *Ibid.*, p. 297. Cf. “thörichte Frage nach seinem praktischen Warum”, *Ibid.*, p. 314.

[10] *Ibid.*, pp. 287—288. Cf. “Der Jurist rechnet mit seinen Begriffen, wie der Mathematiker mit seinen Grössen”, *Ibid.*, p. 274.

最高法院一位伟大的法官兼法学家:奥利弗·温德尔·霍姆斯。霍姆斯和耶林的思想有许多惊人的相似之处,不过这位美国法学家的批判立场显然是独立获致的。的确,最近的、最权威和最详细的霍姆斯传记明确记述道,虽然霍姆斯确实在1879年阅读了四卷《罗马法的精神》,但并没有迹象表明他认为耶林对德国法律思想中的“逻辑至福”,表达了类似自己的抗议。^[11]

这里是霍姆斯的一些名言片句:“普通法并非是出没于天空中的幽灵”^[12],以及“法律的生命不是逻辑,而是经验”^[13];“认为法律系统能像数学那样依据一些一般公理进行运作,是一个谬误”^[14],再有“谬误就是认为促成法律发展的唯一力量就是逻辑”^[15];再如“一般命题不解决具体案件”^[16],以及“当遇到问题时,单一的逻辑工具是不够的”^[17]。

美国哲学家皮尔斯(C. S. Peirce)的实用主义和操作主义批评文献,对霍姆斯启发良多,霍姆斯称其为对“逻辑形式之谬误”的批评。^[18]一如耶林对“法之目的”的倾心,霍姆斯对实用主义深信不疑,他认为法律人在解释和适用法律时必须时时留意“社会利益”。

霍姆斯是美国怀疑主义法学家阵营的精神教父,那些被称为“法律现实主义者”的松散联合,迎来了这一阵营最全盛的时期,他们的主要作品发表在20世纪30年代。罗斯科·庞德的主要作品在时间上出现在霍姆斯和现实主义法学家之间,庞德坦承他读了霍姆斯和耶林的所有著作,而在以“现实法学”(Wirklichkeitsjurisprudenz)取代“概念法学”(Begriffsjurisprudenz)的运动中,此二人是地位相当的开拓者。庞德的名著《法律史解释》^[19]和《机械法理学》^[20]很明显受了耶林的影响,在其中他用自己的话传达了耶林的思想,并批评法律发展仰仗于“对既有的、无视事实真相并常常与事实相抵触的法律概念进行严密的逻辑推演”这一信念,是完全错误的。庞德使用了许多贬抑性的字眼形容这种错误的方法,如“机械的”、“自动售货机”、“形式的”和“概念主义”。

除了这些显著的相似点以外,美国人对概念法学或曰“概念主义”的抨击和耶林的批评在方式上存有下列差异。人们记得耶林所攻击的对象,显然不是法律实务者,而是学

[11] Howe, *Justice Oliver Wendell Holmes: The Proving Years*, ii. 152.

[12] *Southern Pacific Co. v. Jensen*, (1917) 244 U.S. 205, 222.

[13] O. W. Holmes, *The Common Law*, Boston, 1881, p. 1.

[14] O. W. Holmes, *Path of the Law*, in *Collected Legal Papers*, London, 1920, p. 180.

[15] *Ibid.*

[16] *Lochner v. New York* (1940) 198 U.S. 45, 74.

[17] O. W. Holmes, *Law in Science and Science in Law*, in *Collected legal Papers*, p. 239.

[18] O. W. Holmes, *supra* note [14], 184 *ubi. Rep.*

[19] Roscoe Pound, *Interpretations of Legal History*, Cambridge: The University Press, 1922.

[20] Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Columbia Law Review* (1909).

术界权威的法律阐释者(理论家, Theoretiker)。只有这些人才准许进入法学的概念天国,并且在记忆中他们几乎全都是德国人。萨维尼(Frederick Charles von Savigny)差点被挡在门外,但凭着一本论占有的书还是得以进入,因为此书对实用性表示了彻底的藐视。这些理论家对法律的实际操作不屑一顾,法官的任何实际决定,如果与他们探求法律概念之内涵的逻辑计算相抵触,他们就一概不予接受。实务在他们眼里“败坏了法律”,所以是坏的,就像有人诅咒战争是因为战争败坏了战士的形象。^[21] 因此有资格进入概念天国的理论家,都准备好了以逻辑的不可能性批驳法律实务者的决定。^[22] 至于罗马法学家,则将他们的衰落归因于在实用性考虑的邪恶影响下背离了严密逻辑的思想。^[23]

霍姆斯及其追随者、庞德和现实主义者对概念主义的批评,与耶林的批评之间最大的反差是:前者将他们主要的非难加诸于法官和法律实务者身上,而不是法学家。对他们来说,这种法律思维的恶习体现在律师和法官身上,后者在决定案子时对“逻辑”过分依赖,认为一般规则和概念在法律决定中的适用是一个简单的三段论运作。美国法学家向英国法律人宣扬这一学说,可视为是对司法技术的批判。

耶林和他的美国同仁之间的批评差别,无疑反映了法官在德国和英美法律体系中的不同地位。当然,耶林的后继者在后来也将矛头指向了法官,这些法官相信凭借纯粹的逻辑演算,能够准确无误地得出立法者预先对一个具体案件的指定决定。^[24] 同样地,霍姆斯的训示被庞德及其后继者扩展,其批评对象不但包括法官,也包括法学著作。

尽管存在上述差别,但我相信耶林最初指出的有关法律和法律概念之性质的智识谬误,和霍姆斯及其追随者所抨击的谬误是同一回事。而且,我拟以一种极其简洁的方式,尝试指出这种智识谬误的根源是什么。这种智识谬误,其基本的错误在于相信法律概念是“不变的”或“封闭的”,理由是人们能够在一系列必要和充分的条件下对其作出完善的规定。因此,对任何一个现实的或假想的案件,都能确定地指出它是否归于某一法律概念;概念要么适用,要么不适用;概念在逻辑上是封闭的(受限定的, begrenzt)。这意味着在具体案件中适用一个概念是一个简单的逻辑运作,犹如对早已存在的事物进行展示。^[25] 并且,在更简单的英美式阐述中,它导致了这样一种信念,即所有的法律规则在因适用而产生任何问题之前,它们的意思都是预定的和不变的。

[21] Jhering, supra note [1], p. 289 n. 2.

[22] Ibid., p. 300.

[23] Ibid., p. 297.

[24] Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1907, p. 7.

[25] “Die Fülle des Inhalts, der in ihnen beschlossen liegt, für die Erkenntnis zu Tage zu fördern”, Jhering, supra note [1], p. 287.