

於兴中◎著

法理学前沿

Frontiers of Jurisprudence

第三卷

法理学前沿

丁立群 主编

上海三联书店

法理学前沿

Frontiers of Jurisprudence

於兴中 著

中国民主法制出版社

2015年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法理学前沿 / 於兴中著. — 北京 : 中国民主法制出版社, 2014. 12

ISBN 978-7-5162-0526-6

I. ①法… II. ①於… III. ①法理学 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 101111 号

图书出品人: 肖启明

出版统筹: 赵卜慧

责任编辑: 庞从容 唐仲江

书名/法理学前沿

作者/於兴中 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里7号(100069)

电话/(010) 63292534 63057714(发行部) 63055259(总编室)

传真/(010)63056975 63292520

<http://www.npcpub.com>

E-mail: flxs2011@163.com

经销/新华书店

开本/16开 710毫米×1000毫米

印张/13 字数/210千字

版本/2015年1月第1版 2015年1月第1次印刷

印刷/北京画中画印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-0526-6

定价/36.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

| 前 言 |

如何能在较短的时间内让研究生打下扎实的学术基础是每一位导师应该思考的问题。我在过去十几年的教书生涯中悟出了一点心得。我觉得从教材的角度来看,一个研究生至少应该读与他专业有关的四本书:第一本是该专业的基础理论;第二本是该专业基础理论学说发展史;第三本是有关该领域的研究方法的著作;第四本是该领域中的前沿问题的简述。基础理论可以给学者提供该领域的基本面貌、基本轮廓和主要问题;学说史告诉学者基本理论的来龙去脉;方法论有助于学者准确地理解该领域研究的特点;而前沿问题则使学者了解该领域中现阶段人们关心的最重要的问题。读了这四方面的书之后,一个研究生对他所研究的专业不仅有了比较全面的认识和基本把握,而且更重要的是他的研究事业的起点是和世界上其他国家研究者同步的。

就法理学而言,关于法学基础理论的书虽然谈不上汗牛充栋,但也确实比比皆是。学说史方面的书也不在少数。关于法理学研究方法的书虽然没有前两种丰富,但近年来陆续也有不少出版。然而,关于前沿问题研究的书却至今尚未问世。我的这本小册子旨在填补这一空缺。本书共有十五章,内容主要涉及一些新兴的法理学和法理学中的热点问题。这些内容大体上基于我近年来在国内法学院校讲座或参加会议提交的论文,有些内容曾在不同的地方发表。收在本书是因为我认为这些内容仍然属于法理学的前沿,比如社会理论与法的研究和人工智能与法的研究;也有一些是首次进入国内的学术界,比如愈疗法理学;还有一部分是我以前曾经多次提到过的,比如

大地法理学。这本书并不是对法理学前沿问题系统而全面的论述。我把它发表出来算是一个开端,希望引起学生、学者们的注意。各章后面附有精选过的参考书目,有兴趣的学生可以就自己喜欢的问题和学说作进一步研究。

本书主要是写给法理学研究生的,但我相信它对部门法学的研究生来说也不无参考价值。它也有可能是教授法理学的老师的参考书。对于优秀的本科生来说,本书也是值得一读的辅助读物。本书想要集中呈现的不是某一法学流派的观念,或某一法学思想家的完整理论,而是全球化之后法理学界的现状。在这里既有传统主流法学的痕迹,又有标新立异的理论探究。它是指向未来的,而不是对成熟理论的复述。职是之故,各章之间可能并没有直接的逻辑关系,但合而观之,本书是一部探讨当代法理学前沿的专著。

一如既往,我非常感谢邀请我参加会议或讲座的朋友和主持相关工作的学者,尤其是张文显、徐显明、舒国滢、梁治平、朱景文、冯玉军、许章润、高鸿钧、张骥、陈金钊、谢晖、公丕祥、方乐、葛洪义、李其瑞、杨宗科、宋海彬、邱昭继、范忠信、罗思荣、李安诸君。我要特别感谢中国民主法制出版社的庞从容女士对本书编辑出版予以的高度热情和所付出的辛勤努力,还要感谢该出版社唐仲江、程王刚等编校人员付出的劳动。另外,林翡翠在校对、翻译、录音、整理以及汉语输入上提供了帮助,我的两位兄长於建中和於治中通读了全书的文稿并在文字上加工润色,在此一并表示诚恳的谢意。

• 第一章 二十世纪初法理学研究大势撮要	1
哈特-德沃金之后的主流法学	1
英美法理学:从经验到身份	4
戴着镣铐的舞者:系统概念话语	6
步入正统殿堂的律的经济分析	8
法理学中“北强南弱”的现象分析	9
法律的文化生命	10
法律与社会研究:走向政策研究的致用之学	12
法律与推理、人工智能、新技术、互联网等系列研究	13
走向平庸的共识:法律实用主义	14
利益时代的自然法学:人类向善的永恒追求	16
批判法学的力量	17
• 第二章 全球化、全球法与世界政府	19
全球化概述	19
全球法与一般法理学	21
世界政府与世界法	26

• 第三章 反阿基米德-笛卡尔点-线思维的认识论	29
法理学界“无王期”的到来	29
从西伐利亚二重奏到法律多元	31
从点-线思维到多元认知方式	32
从抽象到具体的研究方法	34
普遍主义和文化相对主义	36
• 第四章 英美法理学与经验主义	40
英美法理学简介	40
经验主义:英美法理学的特点	42
实证主义与经验主义	43
实用主义与经验主义	46
现实主义、批判法学与经验主义	47
• 第五章 具体正义	49
正义的观念	49
在个例中实现正义	52

• 第六章 社会理论与法学研究	59
社会理论的若干特点	59
社会理论与法学研究的基本路径与范围	63
研究现状及值得注意的重要议题	67
话语理论与法律的沟通之维	71
面临的困难	73
欧美中心主义	74
宏观社会理论的式微	75
• 第七章 批判法学的解放精神	76
批判法学	76
批判法学与身份法学	79
批判法学的最新发展	84
威廉·推宁对西方法学的反思与批判	85

• 第八章 科学方法今昔	89
格劳秀斯:普遍命题	91
培根:归纳推理	92
普芬道夫:几何方法的运用	94
莱布尼茨:几何、公理、自然法	95
“世界一、二、三”、系统论和格式塔	97
• 第九章 人工智能与法学研究	100
引 言	100
人工智能与法律研究简介	102
人工智能与法律研究的若干目标	104
人工智能与法律推理研究的几个重要里程碑	105
• 第十章 法律进化论、法律移植与模因学	113
法律进化论	113
法律移植	118
模因学	121

• 第十一章 新自然法学	124
新自然法学概述	124
对新自然法学的批判	129
• 第十二章 大地法理学:王者归来?	131
引子:土狼的故事	131
大地法理学的起源	132
什么是大地法理学?	133
大地法理学的核心原则	136
权利径路与关系径路	139
关于大地法理学的几点思考	141
• 第十三章 法律地理学:法的空间维度	144
法律地理学简介	144
法律与空间的研究历史	145
当下研究困境以及研究存在的问题	148
空间中的法律	149
法律下的空间	150
法律与空间	152

• 第十四章 愈疗法理学	155
愈疗法理学的历史	155
愈疗法理学的特点	157
在整个法学研究领域的拓展	159
愈疗法理学面临的问题	160
关于愈疗法理学的几点反思	163
• 第十五章 身份、德性及协商性民主:发展中的法理学	167
身份法理学	167
德性法理学	167
民主的非政治化	168
法本体论问题	169
立法法理学	171
• 代结语 走向法治 超越法治	175
引 言	175
什么是法治?	175
走向法治	178
超越法治	180
• 附录一 延伸阅读	183
• 附录二 法理学研究生参考书目	191

第一章 二十一世纪初法理学研究大势撮要

哈特-德沃金之后的主流法学

哈特在1961年出版了《法律的概念》以后,整个法理学界基本就是以他为主,后来德沃金就他提出的观点进行商榷、质疑、批判,开始有了不同声音。承袭他俩之间的论战,他们的学生纷纷进行对话、交锋,在英美掀起了一股哈特-德沃金法律思想的风潮。该风潮统治这个学界达五六十年,这使得英美法理学界五十多年都消耗在这场论战里,影响了英美法理学的发展。这场争论在21世纪初的时候基本画上了休止符,但严格意义上来讲,直到现在这场争论也并没有完全结束。人们可以在牛津大学研究法理学的学者所发表的文章里看到这些持续的争论。比如哈特在写完《法律的概念》之后,很多人对他有诸多意见,他当时没有回答,后来他把这些争论总结起来在此书第二版中予以集中回复。但这引起了更大的争论,很多人甚至出版专著来评论。

更重要的是,后来所谓的“排他性实证主义”和“包容性实证主义”之间还在争论法律中到底要不要道德?很多人认为实证主义者强调规则体系并不是不重视道德,实证主义者从来没有否定过道德在法律中的作用,但另一部分人不这样认为。有一个学者认为实证主义者之所以被误解,更主要的在于实证主义者自身没有出来辩解。这个争论目前仍在继续。

后来,布赖恩·莱特(Brain Leiter)说,看你们讨论了这么多年,整个学界的注意力都被你们吸引到这里。他说,这俩人的辩论对法学界起了一种误导,我们应该“超越哈特和德沃金”。其实这场论战就像皇帝的新装,莱特像那个诚实的小孩,指出了皇帝新装的真实面目。后来有其他学者,如斯蒂芬·史密斯(Stephen Smith)也持类似的见解。他说,虽然德沃金是新自

然法学的代表,但是你仔细观察德沃金写的文章、发表的著作,你会发现实际上他是一个实用主义者,并非自然法学家。这个观点笔者也赞同。于是很多学者开始怀疑这俩人的辩论。这就引发了下面的问题:这两位学者的辩论到底有何意义?他们讨论的焦点是什么?

我们知道,分析法学的哈特之前,比较兴盛的就是奥斯丁关于“主权”的学说:主权就是命令,必须执行。奥斯丁曾经服过兵役,对他来说执行命令天经地义,再自然不过,因此,他把法律和主权者的命令结合到一起是自然而然的事情。这恰好和马克思主义法学的某些观点相类似。我们所熟知的维辛斯基(Vyshinsky)就认为法律是统治阶级用来维护自己利益的工具。哈特对奥斯丁的观点要进行批判,也要应对来自共产主义国家的马克思主义法学的挑战。所以他写了《法律的概念》,认为法律是由规则体系构成的。他提出了一个焦点问题:法官在判案的时候,具有一定的个人裁量权。法官在判案时,除规则之外,还有一些强势的自由裁量权,这个观点出来后,让人耳目一新。这与法律是主权者的命令、统治阶级的意志,显然有很大的不同。尤其是二战后,如果根据主权者的命令、统治阶级的意志,就完全可以论述希特勒政权的合法性,可以为大屠杀辩护,这是很难想象的。因此,寻求一个新的途径来论证法律是什么,便成为当时法学研究者们的主要任务。哈特就在这一关键时刻写出了这部名著。如果说20世纪法理学界有一本书非看不可的话,那就是哈特的《法律的概念》。当然也有其他相关的著述值得关注,但这本书无疑是最关键的。

后来德沃金升任牛津大学法理学讲座教授。牛津大学是西方法理学的领导中心,在那个地方发出的信息很快就会影响到世界各地的法理学研究,但它也并非整体一块,而是有很多派别,有研究自然法学的,也有研究实证法学的。实证主义这一块显然比较强;在自然法方面,约翰·菲尼斯(John Finnis)也曾驻足牛津大学,后来离开了,现在牛津大学在自然法方面比较弱,唯一比较强的人物是蒂莫西·恩迪科特(Timothy Endicott),即现任牛津大学法学院院长。

牛津大学一直是研究法理学的重镇,现在开始衰落,法理学研究的重心逐渐向美国转移。比较有希望取而代之的是纽约大学的法理学,其法理学研究现在逐渐成为龙头。牛津大学法理学讲座教授是一个非常重要的位置,在这个位置上就意味着你成为了权威,获得了广泛的认可。德沃金就借

此打出了他的旗帜来。他除了意志论、命令说、规则论之外,还有一个要面临的问题,就是自然法学的复兴。自然法学是一个亘古常新的命题,生命力极为旺盛。二战后自然法学复兴,有很强的宗教意味。马里旦是神学自然法的代表,富勒则是世俗自然法的主要倡导者。德沃金要从中走出第三条路来。他认为,哈特的法律是由规则体系构成的观点是不正确的,法律不光是由规则构成的,除规则之外,还有别的标准。在此他采用了庞德的“非规则标准”观点,即原则、目的、政策。德沃金认为恐怕没有足够规则供法官使用。社会生活随时在发生变化,法律规则制定得再完美无缺,都有可能成为僵化的东西,解决不了现实问题。法官必然是具有自由裁量权的,但不像哈特说的那样,法官具有强势的自由裁量权。法官使用自由裁量权时,还要依赖非规则标准,如政策、原则等各种因素。法官要经过反复考虑之后,才能作出一个恰当的判断。德沃金说的自由裁量权是受到很大限制的,绝非强势的。

在此我们可以考虑以下问题:法官到底是在为谁负责,法官主持正义,一个判决里面是否有正确答案等等。我们现在经常说“司法为民”,这是一个毫无意义的说法。司法不为民,为谁?所有司法都应为民,没有不为民的司法。但这个“民”,是所有的“民”,还是案件中的“民”?显然是案件中的当事人。只有案件中的当事人才是“司法为民”里面的“民”。在这种情况下,法官要对当事人负责,对法律负责。对法律负责并不就是严格执法,严格执法往往会导致很大一部分司法不公正。法官必须对他的同僚、同事负责。案子判完,得出的结论如何你是无法判断的,法官会说这是经过科学调查、分析得出的结论。这只是他呈现出来的解释报告。而法官到底如何判案我们无从知道,因为这是他们的内心活动。法律现实主义和批判法学的著作里有这样的观点,即法官吃的早餐、个人情绪、信仰都会影响他的司法判决。但有一点法官必须要做到:作出的判决上面都有理由。他的同僚一看,根据法律规定,他该做的事情都做了,那就算一个比较好的判决。至于判决结果如何,对当事人是否公正,这是事情的另外一面。在判决中,两造必有一输一赢。败诉一方会满意吗?不公正的判决是绝对可能的,而公正则是相对的。所以要当个让人民都满意的法官是不可能的。我们现在做的有些事情是乌托邦的理想,无法实现。

再回到德沃金的见解上。德沃金认为,除了规则之外,还有原则、政策、

道德等。对于任何一个纠纷、疑难问题来说,都有一个正确的答案,法官必须按照规则办事,努力去寻找这个正确答案。他举了一个著名的例子:孙子为继承遗产杀害祖父,孙子能否继承祖父的遗产?依据法律,有遗嘱,则按遗嘱办事;没有遗嘱呢?不管怎样,财产都可以继承。但德沃金说,这有悖于自然原则和道德原则,他认为法官不能判孙子可以继承祖父遗产。他指出,在这里比规则更重要的是原则,即任何人都不得从自己的错误行为中获利。在他的前期创作中,他认为任何一个法律纠纷都有一个正确的答案。这个观点引起了其他人的不满。很多学者都认为不一定每个法律的疑难问题都有答案,重要的是怎样在具体情况下作出一个对双方都有利的选择,而这个选择并不就是正确的答案。德沃金后来进一步提出他的“作为整体性(德性)的法”(law as integrity)的观点,就是法律的整体性、整合性或道德性。但仔细阅读之后,你会发现德沃金在批判哈特之后,他想要表达自己的见解,又没有适当的概念来表达,所以他用了一个模糊的词——整体性。整体性(德性)就像一个篮子,把所有内容都包括进去,但没有确切定义。

1992年哈特过世了,德沃金2013年也驾鹤西去。从法理学界来谈,他们统治的王朝就结束了。现在的法理学正处在所谓的“后哈特-德沃金时代”。但是他们两个人的辩论,对法理学到底有没有贡献?这是值得研究的。他们是否推动了法理学的发展?当然,至少他们回应了当时法理学界所必须解决的难题,虽然那并不是绝对的争议。他们也没有一劳永逸地解决法理学研究的终极问题,比如什么是法的最终权威等。这些问题还有待于进一步的研究。

英美法理学:从经验到身份

哈特和德沃金是英美法理学界的两位杰出代表人物,是法理学研究的重要一环。但他们已经是过去式了。英美法理学是怎样一种状态?它是从经验开始的。从认识论的角度看,经验不能系统化、概念化,不能当作规律来推广,它是一种个人体验的总结,不能逻辑化,难以照搬。它只能是一些能够观察、行之有效和惯用的东西。经验所具有的基本特点,首先就是不完整性。即经验是不可靠、不能科学证明、亦不可完整概括为某一方面的规律和内容。其次是不可转移性。比如,让我们去学某一个地方的经验,这可以

提倡,但是不可能完全学到。再如,某一种病有一种药可以治疗,但这种药只对某些人适用,对另外一些人则可能不起作用,或者功效甚微。这就是经验。经验的具体性特征决定了它很难普遍化、概念化,而且经验必然会走向分化。我们注意到,英美法理学的基础是从普通法开始的。

国内有这样一个观点,认为中国现在没有法理学,其隐含的观点就是,我们现在基本上不具备研究法理学的条件。法理学的研究要有对象,它的核心对象是司法制度。法官如何判案、法官如何作出决定,是法理学研究的题中之义。当司法审判不独立、不公开,法理学研究是无法进行的。这是制度性难题。我们得不到法理学研究的材料。而英美法理学从普通法开始,其特色就是由下往上,人民实践中形成的习惯逐渐制度化,慢慢得到所谓皇室、国家的认可。所以普通法一开始就是经验。后来才有人把这些案例汇编,让法官判案时参考。如此,案件才能够审理,法理学才能够前进,因为法理学的研究,必然是以法律制度、法律实践作为研究对象。而司法审判不公开是我们中国存在的最大困难。

英美法理学的研究就是以经验为其主要内容。盎格鲁-撒克逊民族是一个非常注重经验的民族。他们的祖先使用过的行之有效的方法,他们就会承袭下来。这就是为什么当年罗马法复兴后席卷全球,从意大利的城市博洛尼亚逐步扩张,遍及欧洲,为欧洲大陆许多国家所接纳,唯独英国拒绝接受以成文法为主的罗马法。因为在英国人的思维逻辑中,他们的祖先就是这样做的,他们有判例、有习惯,没有必要接受成文法。所以普通法中的一个重要概念就是遵循先例。经验主义的思维方式是这个民族的一个特点。

从哲学角度考虑,在17—19世纪,统治欧陆哲学界的有两大流派:一是以笛卡尔为主的理性主义,一个就是英国的经验主义。经验主义的鼻祖是培根,培根之后是他的秘书霍布斯,再后来就是休谟、洛克等这一批人,他们的主张就是经验主义。经验主义是科学的方法、科学的概念。你要去看,去观察,根据经验整理才能发展。培根的归纳推理出来之后,才使科学有了长足进步。无论如何,英国的这种思维方式,是经验主义的,但是扎实的。经验主义产生之后,影响了法学的发展。功利主义法学、分析实证主义法学都是经验主义的。实用主义法学也依赖于经验主义。到后来发展到一个阶段,就由某一个人的经验,转变为各种各样人的经验,也就产生了我们后来