

苗金春 著

法理文库

语境与工具

解读实用主义法学的进路

山东人民出版社

苗金春
著

语境与工具

解读实用主义法学的进路

图书在版编目(CIP)数据

语境与工具:解读实用主义法学的进路/苗金春
著. — 济南:山东人民出版社, 2004. 3

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 7-209-03394-7

I. 语... II. 苗... III. 实用主义法学派—研究
—美国 IV. D909.712

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 007173 号

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 10.5 印张 4 插页 240 千字

2004 年 3 月第 1 版 2004 年 3 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价:20.00 元

法理文库

主编：徐显明
谢 晖
王人博

山东人民出版社

弘扬法治精神 真诚支持学术

法理文库

- | | |
|-----------------------------|-----------|
| 1. 法治论 | 王人博 程燎原 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 王人博 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | 谢 晖 著 |
| 4. 价值重建与规范选择
——中国法制现代化沉思 | 谢 晖 著 |
| 5. 权利的法哲学
——黑格尔法权哲学研究 | 林 喆 著 |
| 6. 法律对行政的控制
——现代行政法的法律解释 | 孙笑侠 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | 刘作翔 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | 谢 晖 著 |
| 9. 法律解释的哲学 | 陈金钊 著 |
| 10. 义务先定论 | 张恒山 著 |
| 11. 基本法律价值 | 谢鹏程 著 |
| 12. 中国法理念(增订版) | 江 山 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论 | 葛洪义 著 |

- | | |
|---------------------|-------|
| 14. 法律思维学导论 | 林 喆 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | 范忠信 著 |
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | 陈新民 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版) | 孙笑侠 著 |
| 18. 法权与宪政 | 童之伟 著 |
| 19. 法的应然与实然 | 李道军 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | 周汉华 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | 公丕祥 著 |
| 22. 法学方法论导论 | 胡玉鸿 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | 王人博 著 |
| 24. 法治的生态环境 | 姚建宗 著 |
| 25. 人权与法治 | 齐延平 著 |
| 26. 法律推理与法律制度 | 张 骐 著 |
| 27. 权利政治论 | |
| ——一种宪政民主理论的阐释 | 范进学 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落 | 肖厚国 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观 | 赵 明 著 |
| 30. 发展中国家的政治与法治 | 夏立安 著 |
| 31. 法律的社会学分析 | 魏 宏 著 |
| 32. 司法权威论 | 季金华 著 |
| 33. 程序正义论 | 徐亚文 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力 | 喻 中 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构 | 范进学 著 |

- | | |
|---------------|-------|
| 36. 法的合理性研究 | 周世中 著 |
| 37. 道与中国法律传统 | 龙大轩 著 |
| 38. 语境与工具 | |
| ——解读实用主义法学的进路 | 苗金春 著 |
| 39. 法律人的法理阐释 | 胡玉鸿 著 |

法 学 论 丛

- | | |
|----------------|------------|
| 人权研究(第一、二、三卷) | 徐显明 主编 |
| 民 间 法(第一、二、三卷) | 谢 晖 陈金钊 主编 |
| 法律方法(第一、二、三卷) | 陈金钊 谢 晖 主编 |
| 中国诠释学(第一辑) | 洪汉鼎 主编 |
| 法治社会之形成与发展(上下) | 徐显明 刘 瀚 主编 |
| 法解释的基本问题 | 刘士国 主编 |

公 法 研 究

- | | |
|----------------|-------|
| 法治与法律方法 | 陈金钊 著 |
| 欧洲:从民族国家到法的共同体 | 李道刚 著 |
| 行政法的私权文化与潜能 | 关保英 著 |
| 现代行政法的基本理念 | 陈贵民 著 |
| 从宪法到宪政 | 谢维雁 著 |
| 西方宪政思想史略 | 黄基泉 著 |

选举及其相关权利研究

——美国选举个案分析

王雅琴 著

宪法的国家结构问题

童之伟 著

私 法 研 究

中国民法典制定问题研究

刘士国 著

企业并购与并购法

吴国萍 周世中 著

商标权及其私益之扩张

崔立红 著

继承法律制度研究

安宗林 著

目 录

导论	(1)
一、引言	(1)
二、实用主义法理学的进路	(15)
三、本书的思路和基本内容	(27)

上篇 早期实用主义法学

第一章 实用主义法学的产生	(31)
一、实用主义思潮	(31)
二、霍姆斯的法律实用主义理论	(44)
第二章 法律实用主义的影响	(67)
一、法律实用主义与司法过程	(67)
二、法律实用主义对美国法理学的影响	(88)

中篇 后现代思潮与新实用主义法学

第三章 后现代法理学	(100)
------------------	-------

一、后现代思潮	(100)
二、后现代思潮对法学的影响	(117)
三、后现代法理学	(128)

第四章 罗蒂后现代实用主义法理学

一、罗蒂与实用主义的复兴	(153)
二、罗蒂后现代实用主义法理学	(166)

下篇 波斯纳实用主义法学

第五章 波斯纳法律实用主义

一、波斯纳实用主义的含义	(194)
二、怀疑论的法理学	(205)
三、实用主义法理学的宣言	(223)

第六章 道德理论与司法裁判

一、实用主义道德怀疑论	(232)
二、对强式道德理论的批判	(238)
三、对弱式道德理论的批评	(243)
四、实用主义审判方式	(251)

第七章 法律经济学与实用主义

一、概述	(264)
二、法律经济分析方法	(276)

三、法律经济学与实用主义的进路	(287)
结语	(297)
一、实用主义法理学的启示	(297)
二、对实用主义法理学的评价	(311)
参考文献	(316)
后记	(327)

导 论

一、引 言

1. 法理学的定义及性质

法理学是法学院校的一门主要的必修课程。现在对法学界而言,尽管对法理学中还存在一些争议问题,但法理学作为法学中一门主要的理论学科已经是不言而喻的了。

法理学作为法学中的一门学科是近代以后的事。按照学者舒国滢的观点,一个学科的存在,须具备以下条件或因素:(1)以本学科名称开设专门的课程;(2)标志本学科存在的权威教科书的出版;(3)确立本学科地位的学术人物的产生。^①更确切地说,从学科发展的历史来看,法理学的出现是在其研究对象和范围得以确

^① 舒国滢:《法理学学科缘起和在当代所面临的问题》,载《法学》1998年第10期。

定以后的事情。这个贡献无可争议地应该主要归功于约翰·奥斯丁(John Austin),在承袭杰里米·边沁(Jeremy Bentham)法学思想的基础上,他正式提出了法理学的概念,其代表作是《法理学的范围》(1832年)。^①在该书中,奥斯丁非常明确地指出,“法理学的对象,是实际存在的由人制定的法,亦即我们径直而且严格地使用‘法’一词所指称的规则,或者由政治优势者对政治劣势者制定的法。”他还说,“法理学科学(或者简略地说‘法理学’),与实际存在的由人制定的法有关,或者,与我们所说的严格意义上的法有关。”^②奥斯丁强调法理学的研究对象是“事实上是什么样的法律”(实然法),不是“应当是什么样的法律”(应然法),而应然法是立法科学的研究对象。他力图将道德、功利、伦理和正义等模糊观念排除于法理学的领域以外,创立了一个逻辑自足的法律概念体系。基于此,后世许多法学家称奥斯丁为“分析法理学之父”。虽然,奥斯丁对法律的这种分析式的、体系性的认识存在局限性,他的贡献是作为一门学科的法理学的诞生奠定了基础。^③除此以外,我们更应该注意的是,奥斯丁之所以在当时作出这样的贡献有更深一层的原因。申言之,法理学学科的产生是18世纪末、19世纪初期的特定社会背景、时代精神的产物。尤其受到了以孔德(Auguste

^① 虽然边沁在1782年撰写了《法理学限定的界限》(The Limits of Jurisprudence Defined),但该书稿直到1945年才被发现和出版。故对法理学学科产生重大影响的是奥斯丁。

^② [英]奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第13、147页。

^③ 当然,古典自然法学也对法理学的有关问题进行了阐述,提出了影响至深的理论,但是他们的法理学理论还是与政治理论、国家学说以及哲学理论紧密结合在一起的,至多是一种宽泛的非严格意义上的法律理论。当然,现在看来,奥斯丁的定义是有局限性的,但是他的贡献在于为法理学划定了一个大致的范围,其后法学派都在一定程度上,增进了对这个问题的认识。

Comte)为首的哲学实证主义的影响,人们赋予包括法学在内的社会科学一种类似于自然科学的“科学性”特点。^①在这种背景下,职业法学家推动了作为一门学科的法理学(Jurisprudence)的形成。正如学者所言,这一方面折射出19世纪的人文——社会精神处境的变化,另一方面也反映了法学家试图通过自己的努力,来完成法理学(实在法哲学)与普通哲学“分手”的雄心。^②汉译“法理学”一词源自日语,1881年,日本法学家穗积陈重在讲授“法论”(理论法学)时,认为当时流行日本的德国风味的“法哲学”(Rechtsphilosophie)一词的形而上学味道太重,他创造性地提出了近似于英文Jurisprudence的“法理学”的术语。民国期间,我国学者受到日本法学界的影响,采用过“法理学”的一词,新中国成立后,几经曲折,20世纪90年代法学界终于采用了“法理学”的概念。^③

法理学与法哲学的关系密切,因此,界定法理学定义的同时,一般伴随着对法理学和法哲学关系的阐述,法学界主要有两种不

① 18世纪末、19世纪初,人们在改造和认识自然界的过程中,逐渐意识到实验性的自然科学应该从自然哲学中分离出来。适应时代的呼唤,以孔德为首的哲学实证主义提出以实证哲学来代替传统的形而上学(包括自然哲学),将哲学建立在实证的自然科学之上。孔德在《实证哲学教程》中把科学依次分为数学、天文学、物理学、化学、生物学(生理学)、社会学(社会物理学)六类。其中天文学、物理学、化学属于无机的自然现象领域,生物学和社会学属于有机现象领域,而数学则是人心用来探索自然规律的最有力的工具,是最普遍的科学。

② 舒国滢:《走出概念的泥潭》,载《学术界》2001年第1期。

③ 民国期间,学者王传璧在1929年编著了《法理学史概论》;学者赵琛、沈祥龙先后在1931年、1936年编著了《法理学讲义》。我国马克思主义者李鹤鸣(李达)于1947年撰写了《法理学大纲》。新中国成立后,受苏联法学的影响,我们将法理学冠之以“国家与法的理论”或“国家与法权理论”的名称,80年代开始冠名为“法学基础理论”。关于我国法理学发展史的详细论述,请参见刘作翔:《迈向民主与法治的国度》第19章,山东人民出版社1999年版。

同看法。^①一种观点认为法理学等同于或基本等同于法哲学;另一种观点认为法理学不同于法哲学,法哲学是哲学的一个分科。

① 其一,认为法理学等同于或基本等同于法哲学。《大不列颠百科全书》对“法理学”(Jurisprudence)一词的解释大体上相当于“法律哲学”。它将法理学解释为“此词在英语中较通常的意义以及本文所指的意义,大体上相当于法律哲学。法理学是关于法律的性质、目的、为实现那些目的所必要的(组织上的和概念上的)手段、法律实效的限度,法律对正义和道德的关系,以及法律在历史上改变和成长的方式。”《大不列颠百科全书》对“西方法律哲学”条目的解释是:“法律哲学就是系统阐述法律的概念和理论,以帮助理解法律的性质、法律权利的渊源及其在社会中的作用。在英语国家里, Jurisprudence(法理学)一词常被用作法律哲学的同义词,并且总是用以概括法学领域的分支学科的。”(转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第2、5页。)《牛津法律大辞典》认为,法理学一词包含多种涵义,其中第二种涵义是,法理学“作为最一般地研究法律的法律科学的一个分支,有别于某一特定法律制度的制定、阐述、解释、评价和应用,是对法律的一般性研究,着重于考察法律中最普遍、最抽象、最基本的理论和问题,该词的这种含义常常可与法律理论、法律科学(狭义上的)、法哲学等词相通。”([英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第489页。)波斯纳也认为,通常,我们把对根本问题的分析称之为“哲学”;因此,传统上将法理学界定为法律哲学,或界定为哲学在法律中的运用,这显然很恰当。([美]波斯纳:《法理学问题》原文序1,苏力译,中国政法大学出版社2002年版。)我国的法理学教科书针对这个问题也进行了阐述:(1)“法理学,即法学基础理论的简称,是当代中国法学中的主要理论学科,即法律教育的基础课程。它所研究的是法的一般理论,特别是我国社会主义法的基本理论。具体地说,它要研究有关一般的法,特别是我国社会主义法的产生、本质、特征、作用、形式、发展以及法的制定和实施的基本概念、规律和原理。在西方各国,相应学科或课程一般称为《法律哲学》或《法理学》(英语中 jurisprudence 一词作较狭义解时的汉译名称),也有的称为《法学理论》。”(2)“法理学,即法学基础理论,与西方的法哲学同义,它是以整个法律现象的共同发展规律和共同性问题为研究对象的学科。因而法理学的研究对象不同于只研究特定领域内的法律现象及其特有规律的部门法学。法理学不仅研究法的本体论、发展论、运行论、价值论、范畴论等问题,而且还要探索如何研究和认识法理学对象的认识论、方法论等问题,还要考察历史上和当今世界存在的各种各样的法理学等等。”(分别参见沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第20页。卢云主编:《法学基础理论》,中国政法大学出版社1994年版,第5页。)由此学者认为,在英语国家,“法理学”和“法律哲学”两个词是通用的,而且法律基本理论的著作和课程一般以“法理学”命名;也有少数的称法律哲学,或两个词并用。

作者赞成前一种观点,我们很难区分法理学和法哲学,特别是当今学科间交叉现象的出现使我们更加难以区分。一般说来,法理学

(上接页注释)其二,法理学不同于法哲学,法哲学是哲学的一个分科。这种观点的持有者主要是德国学者,究其原因受到了德国传统的思辨哲学以及黑格尔法哲学思想的影响,他们将法哲学归属于哲学的一个部门,而并不视之为法学的分支学科。黑格尔认为,法学是哲学的一个部门,因此它必须根据概念来发展理念——理念是任何一门学问的理性,——或者这样说也是一样,必须观察事物本身所固有的内在发展。〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 1961 年版,第 1~2 页。)德国新康德主义著名法学家拉德勃鲁赫(Gustav Radbruch)认为,“法律哲学是哲学的一部分,所以首先必不可少的是阐明法律哲学的总的哲学设想”,“法律哲学”的特征是研究法律文化的价值。“法律科学”的特征是研究法律文化的事实。意大利新黑格尔主义法学家德尔韦基奥(Giorio Del Vecchio)认为:“法律哲学是哲学的一部分,或准确地说,是实践哲学的一部分。对法律的普遍意义的研究构成法律哲学的对象;然而也应注意,对法律也可就其特殊性来研究,在这种情况下,就成了法律科学或狭义的法学对象。”(转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社 1992 年版,第 10 页。)德国《布洛克斯豪斯百科全书》将“法律哲学”解释为:“法律哲学是哲学的一个分科,它以一定的方式,有系统地从事研究法律和法学的一般原理(意义和目的、起源和效力)。法哲学是在伦理学、逻辑学、认识论、心理遗传学、社会人类学、理智理性的观点之下和在历史观点之下研究法律。”(转引自刘作翔:《迈向民主与法治的国度》,山东人民出版社 1999 年版,第 343 页。)美国哈佛大学法学教授弗里德里克(Carl Joachim Friedrich)指出:“任何法哲学都是一定哲学理论的一部分,因为它提供了各种建立在一般法基础上的哲学思考。这种思考要么直接来源于现有的哲学观点,要么或许倾向于这种哲学观点。哲学家的思考是第一种类型,法学家则是第二种类型,这就是法哲学史的特点。”(Carl Joachim Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, The University of Chicago Press, p.3(1963).)我国法学界也有一些学者倾向于认为法哲学不同于法理学,如学者吕世伦、文正邦认为,法哲学是“关于一切社会人们的法学世界观的理论体系”,“法哲学是从哲学的角度和用哲学的方法来研究法的理论和实践问题的一门学科,它以法学世界观和方法论为研究对象,是介于哲学和法学之间并兼有二者属性的一种综合性、交叉性和边缘性学科。”(吕世伦、文正邦:《法哲学论》,中国人民大学出版社 1999 年版,第 40 页。)

是单独或综合运用哲学、经济学、社会学、政治学、法学等学科的方法,一方面研究法律最一般的、最基本的理论,另一方面从宏观方面探究法学世界观和方法论的一门法学分支学科。

由此,法理学的研究对象分为两方面,一是法学各分支学科的共通原理、原则,包括法律的基本概念、术语、法律基本原理、原则、制度、技术等;二是研究法学世界观和方法论,主要在宏观方面或者法律的外在方面探讨法律问题。诸如,通过研究法律与其它社会现象的关系来探寻法律是什么?如何认识法律?这是法律理论的升华,这必然涉及到创建学说以及对法律学的研究。当前我国法理学教学与教材改革的实践就是一个佐证。过去,法学院一般将法理学课程作为大学一年级的课程,学生们普遍的感觉是过于抽象与枯燥;而且法理学教材从内容到体系都大同小异,给人以陈旧过时的感觉。为改变这种困境,有些法学院校(浙江大学、北京大学已开始实施)对法理学的教学和教材进行了改革:一分为二。其做法就是将法理学的授课分为两个阶段,低年级(第一学年)讲授一部分,主要内容是法学各分支学科的共通概念、原理、原则、制度、技术等,类似于法学绪论、法学通论或法学导论;高年级(通常在第三学年)讲授一部分,主要是法理学专题讲座。

当代法理学已经超越了奥斯丁法理学定义的局限,即法理学的对象不限于实在法,它应该更多地以理论探索为主,从中获得反思现实法律问题的启示,目的是建构和探索法律的理论问题。它实现了一个从单纯传播知识的角色(此功能更多地应由部门法、部门法理学^①承

^① 《牛津法律大辞典》在“法理学”的辞条解释中,提出“普通法理学”、“特殊法理学”和“比较法理学”三个层次,普通法理学的任务在于研究法律制度中具有一般性意义的理论;特殊法理学是以某一种法律制度为研究对象。比较法理学则通过分析来自不同法律制度中的材料,研究其相互关系。参见[英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第489页。