

西南民商學人文庫

私权沉思录

张 耕 著

法律出版社

西南民商學人文庫

私权沉思录

张 耕 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

私权沉思录/张耕著. —北京:法律出版社, 2009. 5

(西南民商学人文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9589 - 6

I. 私… II. 张… III. 民法—文集 IV. D913.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 079224 号

私权沉思录

张 耕 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11.5 字数 326 千

印次 2009 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

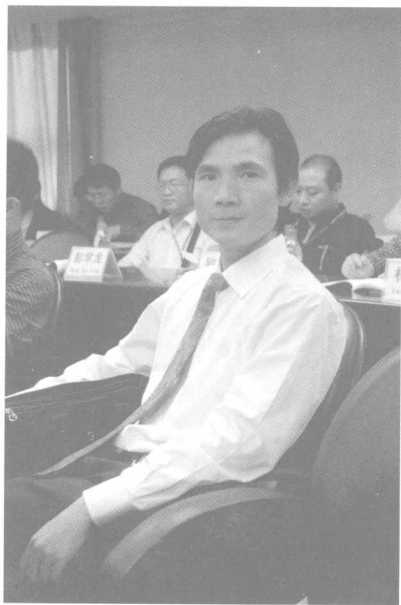
上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9589 - 6

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



张 耕 汉族,法学教授,博士。现为西南政法大学民商法学院副院长,司法部国家司法考试命题委员会委员,国家知识产权局国家知识产权战略专家库成员,国家知识产权局“百千万知识产权人才工程”第

一层次人才,重庆市人大常委会内务司法委员会咨询专家,重庆市律师专业高级职称评审委员会委员,重庆市知识产权研究会常务理事。获得过国家级优秀教学成果二等奖、四川省优秀教学成果一等奖、重庆市优秀教学成果二等奖、重庆市优秀科研成果三等奖、重庆市中青年骨干教师等奖励或荣誉称号。主要从事知识产权法、债权法的教学和研究任务,在《中国法学》、《现代法学》、《比较法研究》、《法学》等刊物上公开发表学术论文近 50 篇,出版《知识产权民事诉讼研究》、《民间文学艺术知识产权保护研究》个人专著 2 部,合作出版专著、译著、教材近十余部。

让我们一起见证辉煌

西南政法大学民商法学科发展至今已经历了接近 56 个年头,几乎与新中国的法学教育事业同步。西政民商法学科的前身可以追溯到 1953 年 9 月 7 日成立的西南政法学院教务处教研室民法组。1956 年 2 月 15 日在原民法组的基础上成立了西南政法学院民法、民诉法教研室。1977 年 5 月西南政法学院恢复招生后民法教研室成为学校复办后首批成立的教研室,除了将因学校停办而未来得及遣散的教师如金平教授、杨怀英教授、张序九教授等重新聚集起来之外,先后从最高人民法院和北京、四川、贵州等地调回邓大榜、黄名述、聂天颢、李开国等老师,从而初步奠定了民商法学科基本的教师队伍。在金平、杨怀英等学界前辈的不懈努力下,民商法学科的师资队伍不断壮大,从教研室成立初期时的 4 个人,发展到 80 年代末 32 个人,师资结构也有了明显改善,一大批硕士研究生先后充实到教师队伍。并在长期的教学实践中创造出了求真务实的良好学风。1988 年成立法律系时,民法教研室隶属于法律系。1999 年学校在对校内法律教学资源进行调整和整合组建法一系时,民商法学科成为该系的中坚力量,无论是师资队伍还是组织建构都得到进一步充实和完善,民商法学科也被析分民法和商法两个教研室。2003 年 6 月以民商法学科为基础组建了全国第一个民商法学院。在内部机构设置上,在保留原民法教研室和商法教研室的基础上,分别从民法教研室中分出婚姻家庭法与妇女理论教研室,从商法教研室中分出知识产权法教研室,并从民法教研室和商法教研室中各抽掉一部分教师成立了房地产与劳动法教研室,从而奠定了我校民商法学科的现有基本结构布局。

五十多年的风雨兼程,半个多世纪的沧桑更迭,在民商法学科的曲折发展历史中,学科经历了草创——被撤销——复建——积极开拓——

创新发展等几个不同的发展阶段。改革开放之初,本学科在金平教授、杨怀英教授等前辈大德的带领下筚路蓝缕、艰苦创业,创造了我校民商法学科的第一次辉煌。1981年,经国务院批准,本学科获得了全国第一批法学硕士学位授权点,1983年3月至6月承办了首届全国法学专业民法学师资班,佟柔、江平、赵中孚、谢邦宇、林诚毅、关怀、金平、杨怀英等国内知名学者亲执教鞭、传经布道,为全国培养出了改革开放后第一批民法学基本教学科研骨干。在以后的发展过程中,后继者李开国、黄名述、王卫国、尹田、张玉敏、赵万一、陈苇、刘俊等一批中青年骨干殚精竭虑、绍继前贤,继续巩固了本学科在全国的优势地位。1995年,本学科成为四川省首批省级重点学科,重庆直辖后,又被确定为首批市级重点学科。1998年经国家批准,本学科获得博士学位授予权,2004年经国家批准设立民商法博士后流动站。本学科迄今为止已为我国培养了三千余名硕士研究生以上的高级民商法专门人才,其学子遍布神州,延及海外,他们在各自的工作岗位上为我国的法制建设和社会发展做出了卓越贡献。

本学科现有专职教师(不含行政管理和学生管理人员)76名,其中教授16名,副教授28名。拥有1个重庆市人文社会科学重点研究基地,7个校级科研机构,1个国家级人才培养模式创新实验区(复合型知识产权应用人才培养模式创新实验区),4门重庆市精品课程。本学科长期专注于民法、商法、知识产权法、婚姻家庭法、劳动与社会保障法、房地产法、金融法、医事法等8大方向的教学与研究,先后组织出版了《中国不动产法研究》、《家事法研究》2份学术刊物以及“民商法学博士文库”、“西南知识产权博士文库”2个博士文库。为了弘扬民商法精神,本学科在继续组织出版原有出版物系列的基础上,又推出了这套“西南民商学人文库”、“西南民商法学阶梯”、《民法哲学研究》、《西政民商教授讲演录》等四个学术系列。其中“西南民商学人文库”收录了本学科16名教授和部分副教授的前沿性研究成果,既是对我校民商法学科近几年学术成就的一次集中展示,也是与其他学校同行专家进行切磋和交流的良好平台,相信会对我国民商法学的研究事业和本学科的进步起到巨大推动作用。

II

值得说明的是,本文库的出版得到学校领导和法律出版社的大力支持,特别是法律出版社学术分社编辑刘文科先生和钱小红女士亲临重庆,现场办公,为本文库的编辑出版付出了大量心血,他们的高度敬业精神令人十分钦佩。本文库的出版还得到金平老师、黄名述老师、聂天凯老师、邓宏碧老师、赵勇山老师等诸多离退休前辈和王卫国、尹田等部分外地校友及本学科诸多博士研究生和硕士研究生的大力支持。没有他们的努力和帮助要想出版这样一套较大规模的丛书是完全不可能的。在此我谨代表西政民商法学全体同仁,向为本丛书的出版提供了各种形式帮助的老师、领导、校友和同学表示衷心的感谢。同时也向长期以来关心、支持本学科发展的各位同行专家和各位领导表示诚挚的谢意。我相信在各位专家学者的继续支持下,经过西政同仁坚持不懈的努力,西政民商法学科的明天一定会更加灿烂辉煌!

是为序。

赵万一

2009年5月18日于西南政法大学

自序

人之所以悲哀,是因为我们留不住岁月;而人之所以快乐,是因为我们随岁月的流逝在不断进步,思想也在不断成熟。之所以不害羞地肯将我从1995年至今所发表的一些文稿成集出书,无非只有一个目的——这本《私权沉思录》代表了一名民商法学人的成长和思考过程,表明了一位私权捍卫者和其他学界同仁一道,在为私权特别是知识产权制度的完善而呐喊。

我出生在上个世纪的60年代,站在“文革”的废墟上,感受了一个时代的荒谬,感受了80年代的理想与激情,也感受了商业来袭的汹涌与尘世的浮华。一路走来,失去了很多,也收获了很多;忘记了很多,也记住了很多。1981年是我人生的重要轨迹点。那时刚从璧山县来风中学高中毕业,虽然现在看来当时简直像是一个白痴——追求每一个年轻人自己也说不出到底是在追求什么的那份情怀,不懂生活,不懂人情世故,更不懂法律,甚至没有听说过法律这个术语,但当年凭着一股傻劲和一点天赋,考上了西南政法大学法律系,从此改变了命运,并与法律结下了不解之缘。坦率地说,大学四年里自己几乎也是半个白痴。生活上和感情上算是白痴,但专业上接受的是被认为当时中国大陆最正规的法律本科教育,为我毕业以后长期在母校的法学教育和研究工作打下了坚实的基础。本科毕业前夕,我经历了一生中极其重要的两个选择。现在看来,当时的第一个选择是错的,第二个选择是对的。第一个选择是毕业后是否继续攻读硕士学位。我当时是全班唯一符合免试推荐攻读硕士学位研究生条件的学生,然而,家境的贫寒、顽固的失眠这两个因素让我稀里糊涂地选择了弃权,辅导员和同学们都感到惊讶和惋惜。第二个选择是毕业后留校任教还是到法律实务部门工作。一方面,我想到自己更感兴趣的法律实务部门工作,另一方面却是来自家庭的压力。最后的选择是

我听从了身为教师的母亲的劝告,留校执教,从此开始了做学问之路。

从做学问那天起,我有时觉得自己进了沼泽地,越陷越深;有时像被抛进大海,总想看见陆地;有时又像厌学的顽童,总想逃离。后来,阅读和思考不再是一时的兴趣,渐渐成了一种嗜好。19世纪德国著名哲学家亚瑟·叔本华曾说:“一个具有理智的人在完全孤独的时候沉浸于自己的思想与遐想中,其乐也无穷。”^①我在教学和研究中体验到了做学问的乐趣,感觉到自己活在自己的心灵世界中。亚里士多德将人生的幸福分成三类,那就是自外界得来的幸福,自心灵得来的幸福和自肉体得来的幸福。做学问需要的沉思和宁静给我带来了来自心灵的幸福。

我最初的研究领域是环境保护法,基本无建树,仅发表了近十篇论文,并合著了相关教材和专著各一部,其中关于环境污染赔偿问题的论文因涉及债权属于私权范畴而被辑录于本书之中,其他与私权无关的则未被收录。后来,我的研究方向转向了民法特别是知识产权法和债权法。郑成思先生认为,我国的知识产权研究热产生了三次。第一次开始于1979年中国和美国签订《中美高能物理协定》以及《中美贸易协定》。当时美国代表坚持必须在两个协定中订入知识产权保护条款,否则拒绝签署。作为中方而言,我们不可能贸然订一个包含我们还没有完全弄懂其条款含义的条约。因此,我们不得不开始认真研究起知识产权了。第二次知识产权研究热产生于1991~1992年的中美知识产权谈判。而1995~1996年期间发生的中美知识产权谈判则推动了第三次知识产权热的兴起。本书中《对假冒注册商标不正当竞争行为的认定》、《试论“第二含义”商标》等论文就是在第三次知识产权研究热的时代背景下创作并发表的。事实上,我国的知识产权研究热还有第四次,那就是发生在2001年我国加入世界贸易组织前后,我的主要研究成果则是发生在第四次热之后。

“人生存在不仅需要粮食,需要安全,需要真理,还需要安慰与梦想,需要理解与狂欢,需要终极关怀,需要精神家园。”^②民间文学艺术具有永

① [德]叔本华:《叔本华人生哲学》,李成铭译,九州出版社2003年版,第5页。

② 张小元:《艺术论》,四川大学出版社2000年版,第38页。

恒魅力的质朴和天真,可以祝福孤立无援的生命,可以唤起酒神使生命狂欢,可以深度切入悲情与欢乐人生,承担着宣泄压力、净化心灵、神话存在、解释生命的功能,使生命个体真正懂得“身在何处”和“为何而生”。然而,在全球化背景下,西方文化通过理性扩张,正在利用一整套文化话语,全方位地消解和吞噬着非西方民族的文化个性和历史传统,使文化多样性陷入危机。保护民间文学艺术,守护精神家园,已逐渐形成世界范围内的共识。但是否提供知识产权保护,以及何种模式的知识产权保护,涉及变革现行的利益分配机制,成为国际上长期争论不休的话题。在漫长的拉锯式的论战中,有的民间文学艺术悄然逝去,有的群体麻木不仁地丢到了成功时给它喜悦、失败时给它慰藉的原生态文化。作为一名知识产权法学者,深深感受到在全球化背景下深入研究民间文学艺术知识产权保护问题不应只是一种兴趣,更应是一种迫在眉睫的历史使命。因而在我近几年的研究论文中,基本上都聚焦于民间文学艺术知识产权保护正当性和保护模式。由于是最新成果,本书将这些论文辑录于前。根据论文涉及的主题,本书大致按民间文学艺术知识产权、著作权、商标权、商业秘密权、知识产权纠纷处理、债权的逻辑顺序排列。

本书所讨论的私权问题绝对是沧海一粟。它也许在创作技法上不成熟,在思想观点上流于肤浅。但它的确是我独立思考的点点滴滴。正是这些遗憾和缺陷的存在,能鞭策我在私权学术研究领域不断进取,不断完善。不管怎样,本书只要能够传达我对私权的深情关注和殷切期望,就是我最大的愿望,因为这至少表明了一位普通民商法学人对私权法律制度和法律文化的总体认同和追随,至于道理分析是否透彻,所提建议是否可行,由实践最终检验,也诚请读者批评。

张 耕

2009年5月16日于歌乐山麓

目 录

1. 民间文学艺术知识产权正义论	1
2. 民间文学艺术知识产权保护的正当性——以人权保护为视角	16
3. 契合与冲突:民间文学艺术与地理标志保护	27
4. 论民间文学艺术版权主体制度之构建	39
5. 论民间文学艺术的国际保护	57
6. 略论版权的技术保护措施	66
7. 论版权管理电子信息的立法保护	79
8. 完善网络服务商间接责任制度的思考	86
9. 论我国著作权质押制度的立法完善	92
10. 论汇编作品的版权保护	98
11. 数据库的法律保护探讨	108
12. 法国著作权法的最新修改与评论	120
13. 论作品标题的法律保护	135
14. 论剽窃	144
15. 试论商业标志的智力成果属性	155
16. 试论“第二含义”商标	169
17. 对假冒注册商标不正当竞争行为的认定	177
18. 新《商标法》与 TRIPS 的比较研究——兼评《商标法》的最新修改	184
19. 论自行改变注册商标形式行为之效力——兼论对《商标法》第 14 条 和第 30 条之修改	216
20. 论原产地名称的法律保护	223
21. 人才流动中的商业秘密保护研究	235
22. 特许经营中的两个法律问题	249
23. 地方科技立法初探	257
24. 知识产权无效程序的反思与重构——以诉讼效益为视野	262
25. TRIPS 与中国知识产权民事诉讼证据制度改革——兼与欧盟主要成	

员国相关制度比较	270
26. 试论知识产权被许可人的诉讼地位	293
27. 论法学理论对知识产权审判工作的指导作用	300
28. 论我国知识产权纠纷的行政处理制度	309
29. 脐带血的相关法律问题思考	320
30. 知识产权无权处分行为的法律效力——兼论《合同法》第 329 条规定之不足	329
31. 质疑无效合同性质的绝对化	336
32. 限制性损害赔偿制度初探	343
33. 污染赔偿纠纷处理制度的完善	354

民间文学艺术知识产权正义论*

一、引言

民间文学艺术从远古走来,以滚雪球的方式吸纳了不同时代、不同阶层、不同地域、不同文化素养的创作主体和传承主体的世界观和价值观,体现了特定民族积淀在人们深层心理结构之中的文化形态和文化个性,构成了民族亲和力的源泉和民族认同感的依据。不同群体的民间文学艺术是民族传统文化的重要内容,是非物质文化遗产的核心部分。在全球化语境中,西方文化通过理性扩张,正在利用一整套文化话语,全方位地消解和吞噬着非西方民族的文化个性和历史传统,使文化多样性和国家文化安全陷入危机。

保护民间文学艺术,守护精神家园,成为全球化语境中引起广泛共鸣的话题。然而民间文学艺术的知识产权保护议题神秘而复杂,不同的利益需求、不同的保护目标、不同的政策选择、不同的研究视角和不同的研究方法,都会使国际与国内、政府与民间、理论界与实务界对几乎所有民间文学艺术知识产权保护的相关问题发出不同的声音,以至于民间文学艺术知识产权保护的正当性这一最基本的理论问题受到质疑。在一次世界知识产权组织举办的会议上,当被问及美国是否已经采取措施保护民间文学艺术等传统知识时,一位美国发言人回答到,美国“没有为‘传统知识’提供保护的知识产权法,并且美国也不认为传统知识需要特别的知识产权保护。”在 WIPO-IGC^[1]第十次会议上,日本代表也明

* 原文发表于《现代法学》2008年第1期。

[1] 2000年9月,在日内瓦举行的世界知识产权组织(WIPO)第26届大会上,成立了“知识产权与遗传资源、传统知识及民间文学艺术政府间委员会”(WIPO-IGC)。该委员会成立后,已经召开了十次会议,成为国际范围内研究和讨论民间文学艺术保护的主要政府间论坛。它主要的工作是帮助建立民间文学艺术知识产权保护有效的国家和地区制度,形成了许多具有重要指导意义的法律文件。

确反对建立民间文学艺术的知识产权法律机制,认为“创设新型知识产权保护民间文学艺术的手段过于严厉,限制了能促进文化发展的文化遗产的自由利用。”^[2]有的西方学者也认为民间文学艺术的知识产权保护是一场妨碍文化交流的非正义运动:“任何试图在知识产权模式下同化诸如传统知识、民间文学艺术、基因资源等概念的努力都是不合逻辑的、不正义的。”^[3]

“正义”(justice)一词的使用由来已久,并与法具有密切相关性。古希腊思想家柏拉图认为,法是正义与公正的体现。古罗马法学家凯尔苏斯认为,法是“善和公平、正义”的艺术。^[4]近代法国经济学家巴斯夏则认为,“法律的本质就在于使正义获胜。”^[5]在古希腊思想家亚里士多德那里,正义主要用于人的行为。然而,在近现代的西方思想家那里,“正义”的概念被越来越多地专门用作评价社会制度的道德标准。正如美国著名哲学家、伦理学家哈佛大学哲学系教授约翰·罗尔斯指出的那样:“正义是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样。一种理论,不管它多么精致和简洁,只要它不真实,就必须加以拒绝和修正;同样,某种法律或制度,不管它们如何有效益和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造或废除。”^[6]对旧法律制度的改革或新法律制度的创设,如果没有站在正义的道德至高点上,必然要遭受道义上的责难和普遍的抵制。

“人们寻求公平和正义。自远古以来公平和正义就一直是人类追求的终极目标。”^[7]公正地实现和正义地伸张,是法的最高理想价值目标,

[2] WIPO. Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore[EB/OL]. (2007-1-26) [2007-4-5].

[3] Johanna Gibson. Community Resources: intellectual Property, International Trade and Protection of Traditional Knowledge[M]. Ashgate, 2005, p. 13.

[4] 转引自赵震江、付子堂:《现代法理学》,北京大学出版社1999年版,第114页。

[5] [法]弗雷德里克·巴斯夏:《财产、法律与政府》,秋风译,贵州人民出版社2003年版,第75页。

[6] [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第3页。

[7] [日]谷口安平:《程序公正》,董鹤莉译,载宋冰编:《程序、正义与现代化》,中国政法大学出版社1998年版,第356页。

追求和探索的过程似乎难有尽头。众多杰出的思想家和法学家,都绞尽了脑汁为正义定义,并设计了实现正义的种种途径和方式。然而,“正义有着一张普罗透斯似的脸(a Protean face),变幻无常、随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时,我们往往会深感迷惑”〔8〕 这表明正义具有流变性。不同的时代背景,不同的立场,不同的理论基础,衍生出不同的正义观。这些不同的正义理念,从不同的角度为民间文学艺术知识产权保护提供了宏观理论支持。

二、正义理念的嬗变

追溯法的精神家园,源头便在希腊。在近代欧洲人,尤其是德国人心中,“希腊”一词常会“引起一种家园之感”〔9〕 精神生活中一切有价值、有光泽的东西,如宗教、艺术、科学、法律,几乎都来源于希腊。〔10〕 当古希腊哲学家第一次开始在物理世界之外反思人类景况的时候,他们发现自身以及邻人生活在城邦之中。这些城邦大多历史悠久,乃至建立的历程已不可考。柏拉图在其早期著作《普罗泰戈拉》对城邦起源的哲学思考中便开始涉及正义理念。他认为,最终是宇宙赐予了人类共享的正义观念和对正义的一致尊重,才使人得城邦之存在成为可能。〔11〕 柏拉图在其《共和国》一书提出:正义存在于社会有机体各个部分间的和谐关系之中。每个公民必须在其所属的地位上尽自己的义务,做与其本性最相适合的事情。

柏拉图的弟子亚里士多德将柏拉图的正义观念发展到一个新的高度,提出了著名的“分配正义”和“矫正正义”的正义两分法,并将正义与公平或平等联系在一起。“分配正义”意味着对共同体中荣誉、财富和其他可分配资源的分配,可以是均等的,也可以是不均等的。这种定义

〔8〕 [美]E. 博登海默:《法理学:法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第261页。普罗透斯是古希腊神话中善变的海神。

〔9〕 [德]黑格尔:《哲学史讲演录》(第1卷),北京大学哲学系外国教研室译,生活·读书·新知三联书店1956年版,第157页。

〔10〕 林喆:《权利的法学——黑格尔法权哲学研究》,山东人民出版社1999年版,第47~48页。

〔11〕 [爱尔兰]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2003年版,第11~12页。

与“立法正义”对应,预期制定法和其他政府设施能够按照我们主观上视为公平、合理的方式和比例分配利益、施加负担。用从美国传入爱尔兰宪法法理学的术语来说,这种正义不是“有失公平的歧视”(invidious discrimination)。亚里士多德衍生出一些基本的主张,例如,相同情况予以相同对待,不同情况予以不同对待;正义就是合乎比例,不正义就是比例失调。^[12] 根据分配正义原则,财产和权利的分配应当实行平等原则、贡献原则、需求原则、既得权利原则等。^[13] “矫正正义”不是立法正义,它的含义接近我们所称的“司法正义”,法庭中的正义。矫正正义就是让已经错的转变为正确的,恢复业已被扰动的平衡。^[14] 亚里士多德对分配正义的阐释是以公平或平等为核心的,以至于其后有关正义理论的各种流变中几乎都离不开公平或平等的注解。

古罗马时期主要是主观主义正义观,但其精神实质也包含了分配正义的公平理念。古罗马法学家乌庇安(Ulpian)首创了主观主义正义观,在查士丁尼的《民法大全》中具体表述为:“正义乃是使每个人获得其应得的东西的永恒不变的意志。”在罗马历史的早期,西塞罗也曾经把正义描述为“使每个人获得其应得东西的人类精神取向”。这两种定义都着重强调了正义的主观向度。正义被认为是人类精神上的某种态度、一种公平的意愿和一种承认他人的要求和想法的意向。然而很明显,仅仅培养一种公正待人和关心他人的精神状态,其本身并不足以使正义处于支配地位。推行正义的善意,还必须通过旨在实现正义社会的目标的实际措施和制度性手段来加以实施。圣·托马斯·阿奎那把正义描述为“一种习惯,依据这种习惯,一个人以一种永恒不变的意志使每个人获得其应得的东西”。他明确指出,正义不仅含有某种精神上的先入为主倾向,而且还预设了一种行为模式,进而对查士丁尼《民法大全》中的正义定义作了改进。^[15] 阿奎那的正义观是中世纪公平理念的典型形态。

[12] [爱尔兰]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2003年版,第25~26页。

[13] [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第164页。

[14] [爱尔兰]J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2003年版,第25~26页。

[15] [美]E. 博登海默:《法理学:法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第277~278页。

英国哲学家和社会法学家斯宾塞认为,同正义观念联系的最高价值不是平等,而是将自由与正义联系在一起。康德所持的立场与斯宾塞类似,将正义定义为“一些条件的总和,在那些条件下,一个人的意志能够按照普遍的自由法则同另一个人的意志结合起来”。^[16] 现代分析实证主义法学^[17]的代表人物凯尔森关于正义的学说,在西方政治法律思想史中,被通称为相对主义的正义论。凯尔森认为,正义是一种政治意识形态,是主观的价值判断,“自己不能够回答某一法律是否合乎正义以及正义究竟包括什么要素。纯粹法学作为一门科学之所以不能回答这一问题,是因为这问题是根本不能科学地回答的”。^[18] 相对主义的正义论也包含了自由的理念。“正义,对我来说就是一种社会秩序,在它的保护下,对真理的追求得到加强。因而,‘我的’正义就是自由的正义,和平的正义,民主的正义——容忍的正义。”^[19]

美国法学家昂格尔认为:“公平,即特定情况下直觉的正义。”^[20] 罗尔斯提出了一种著名的社会正义论,将正义限定为“作为公平的正义”,^[21] 并认为所有社会价值——自由的机会、收入和财富、自尊的基础——都要平等地分配,除非对其中的一种价值和所有价值的一种不平等分配合乎每一个人的利益。^[22] 德国现代著名法哲学家考夫曼教授甚

[16] [美]E. 博登海默:《法理学:法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第264~265页。

[17] 西方法学中所讲的实证主义法学或法律实证主义一般认为并不是一个独立的法学派别,而是泛指以实证主义作为哲学基础的各种法学。实证主义由法国哲学家孔德(A. Comte)首创。他将唯物主义和唯心主义都称为形而上学,认为自己的哲学超越形而上学之上,以实证的事实作为根据。这种哲学以主观感觉为基础,认为人们只能认识事物的现象而不能及于本质,从而否认客观世界和客观规律的存在。这种哲学的主要来源是英国哲学家休谟的不可知论。分析实证主义法学的基本思想是:严格区分“实际上是这样的法律”和“应当是这样的法律”;强调对法律概念的分析;依靠逻辑推理来确定可适用的法律;以及否认法律和道德之间的必然联系。其主要代表人物是霍菲尔德、凯尔森、哈特、拉兹和麦考密克。参阅沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第143~144页。

[18] 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第159页。

[19] 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第163页。

[20] [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,中国政法大学出版社1994年版,第191页。

[21] [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第3页。

[22] [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第60~62页。