

人大法律评论

2001年卷 第一辑

Renmin University Law Review

中国人民大学法学院《人大法律评论》编辑委员会 编



人大法律评论

2001 年卷第一辑

中国人民大学法学院《人大法律评论》

编辑委员会 编

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

人大法律评论 2001 年卷第一辑/中国人民大学法学院
《人大法律评论》编辑委员会编
北京:中国人民大学出版社,2001

ISBN 7-300-03887-5/D·573

I. 人…

II. 中…

III. 法律-研究-文集

IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 062973 号

人大法律评论

2001 年卷第一辑

中国人民大学法学院《人大法律评论》
编辑委员会 编

出版发行:中国人民大学出版社

(北京中关村大街 31 号 邮编 100080)

邮购部:62515351 门市部:62514148

总编室:62511242 出版部:62511239

E-mail:rendafx@public3.bta.net.cn

经 销:新华书店

印 刷:三河市新世纪印刷厂

开本:850×1168 毫米 1/32 印张:13.5

2001 年 10 月第 1 版 2001 年 10 月第 1 次印刷

字数:322 000

定价:20.00 元

(图书出现印装问题,本社负责调换)

编辑委员会

执行编辑 赵秀举 时延安

编 辑 (以姓氏笔画为序)

王莉君 王 爽 李 颖 时延安

吴泽勇 杨 煦 周 静 赵秀举

康 伟 蒋桂芝 程 啸 熊渭龙

目 录

[主题研讨：现代、后现代与中国法制建设]

- 中国法制现代化的历史哲学反思…………… 陈弘毅 (1)
- 法学中的现代与后现代…………… 洪 川 (15)
- 宪政与法治行政的课题
- 宪法与行政法学领域的“现代性”问题研究…………… 杨建顺 (28)
- 关于后现代法学研究中的若干理论问题
- “后现代法学与中国法制现代化”研讨会论文与发言摘要…………… 朱景文整理 (96)

[论文]

- 法律解释的客观性与主体间性…………… 凌 云 (155)
- 民事财产法在新世纪面临的挑战…………… 苏永钦 (189)
- 当代财产权的公法与私法定位分析…………… 梅夏英 (215)
- 地权的困境：明代史个案研究…………… 王 钧 (246)
- 论环境物权…………… 吕忠梅 (264)
- 论电子商务中的知识产权问题暨解决之道…………… 郭懿美 (297)
- 论国际刑事审判权…………… [日] 西原春夫著 冯军译 (351)

[判解研究]

- 关于人格权的两个日本判例 姚 辉 (367)
- 德国民法典之父亲最终决定权规定违宪
案 胡锦涛 林来梵译 (382)
- “IKEA” 域名侵权案中的法律推理问题 赵 玲 (391)

[评论]

- 非专业主义与刑法学的发展 卢建平 (406)
- 编者后记 (420)

Contents

Symposium upon Modernism, Post-modernism & Legal Construction in China

A Historical Philosophical Reflection on the
Modernization of China Legal System **Chen Hongyi (1)**
Modernism and Post-modernism in Jurisprudence

Hong Chuan (15)

A Task of Constitutionalism and Administration
by the Rule of Law

——Research on Problems of Modernism of
Constitutional Law and Administrative
Law

Yang Jianshun (28)

On Several Theoretical Aspects in the Post-
modernism Jurisprudence Research

——A Summary of Articles and Speeches
in the Seminar of “the Post-modernism
Jurisprudence and the Moderniza tion of
China Legal System”

Zhu Jingwen ed. (96)

Articles

Objectivity and Inter-Subjectivity in the Statutory

Interpretation	Ling Yun (155)
Challenges for Property Law in the New Century	Su Yongqin (189)
The Orientation and Analysis of Modern Property Rights in the Public Law and the Private law	Mei Xiaying (215)
Dilemma of Land Ownership: Study on Individual Cases of the Ming Dynasty	Wang Jun (246)
On the Relationship between Property and Environments	lv Zhongmei (264)
The Problems and Resolutions of Intellectual Property in Electronic Commerce	Guo Yimei (297)
On the International Criminal Jurisdiction	
[Japan] Nishihara Haruo (Translated by Feng Jun)	(351)

Case Study

Two Japanese Cases on the Right of Personality	Yao Hui (367)
Unconstitutionality of the Paternal Privilege to Male Final Decision under the German Civil Code (BGB)	
Translated by Hu Jinguang & Lin Laifan	(382)
Legal Reasoning in <i>IKEA v. GuoWang Info Corp</i>	
	Zhao Ling (391)

Review

Non-specialism and the Development of

Criminal Jurisprudence

Lu Jianping(406)

From the Editors

(420)

主题研讨：现代、后现代与中国法制建设

中国法制现代化的历史哲学反思

陈弘毅*

——

司马迁作《史记》，“欲以究天人之际，通古今之变”。究竟历史的意义何在？除了是个别人物和事件的记载外，历史还是什么？历史是否不外是无数历史现象的偶然的、杂乱无章的结合？还是历史背后有其规律、逻辑或隐藏着的目的？历史中充满苦难，也有光明，然而，我们过去的历史，是否可以作为我们对未来的希望的凭借？人类在其历史中有没有进步？这些都是历史哲学的中心课题。

上述的问题，不但可就一般的历史而提出，也可就法制史提出。法制史与历史的其他方面有共通性，也有其特殊性。例如就“历史中是否有进步”这个问题来说，如果我们把焦点放在人类的物质和科技文明方面，答案是十分明显的：综观过去数千年的物质和科技文明史，人类的确取得了巨大的进步，尤其是17世纪科学革命以来，科技的发展更是一日千里。但是，如果我们关

* 香港大学法律学院教授，院长。

注的是法制史，并提出同类型的问题：在法制史中我们是否可以看到进步？这便带出了在法制史中如何量度“进步”的标准问题。在物质和科技文明的范畴，“进步”的标准是较为容易确立的，例如我们可注意人类通过科技去实现自己的意愿的能力的提升：以前人类不能飞上天空，现在不但飞翔于天空，更能飞上月球。那么，在法制史的范畴，“进步”的标准是怎样的呢？

“法制现代化”的问题也是与法制史中的“进步”问题息息相关的。当我们谈到中国法制的现代化，通常我们已经假定法制现代化是一件好事、是应该争取实现的一个目标或理想。这样，我们其实已经预设了这样的一个命题：从尚未完全现代化的法制过渡到一个现代化的法制，这是一种进步，亦即是说，追求法制现代化便是追求法制的进步。于是，我们回到上面的问题：法制史中的进步是可能的吗？进步的标准何在？

二

在近现代思想界大师之中，对于人类历史中的“进步”以至法制史中的“进步”思考比较深刻和对今天的我们仍有启发性的，便是康德。^① 康德认为，在充满苦难、斗争、牺牲和罪恶的人类历史的背后，其实可以发现一个由大自然或天意所设定的目的。对康德来说，这个历史的自然目的论并不是从史实中可以论证的（况且人类至今的历史还短，未足以验证此目的论），而是

① 关于康德的历史哲学，可参见[德]康德：《历史理性批判文集》，北京，商务印书馆，1991；何兆武：《历史理性批判散论》，41～104页，长沙，湖南教育出版社，1994；何兆武：《历史与历史学》，17～36页，香港，牛津大学出版社，1995；李泽厚：《批判哲学的批判——康德述评》，361～376页，台北，三民书局，1996。

一个先验的、规范性的观念，我们可透过这个观念去理解历史（就如近视的人要戴眼镜才能看清东西一样），而没有这样的观念，便难于理解历史。

康德的这个观念的基本前提是：“一个被创造物的全部自然秉赋都注定了终究是要充分地并且合目的地发展出来的”^①，因为“大自然决不做徒劳而无功的事，并且决不会浪费自己的手段以达到自己的目的”^②。把这个观点应用到人类和人类历史时，推论便是人类历史是人类的天赋秉性逐步得以充分发挥和实现的历程。

康德说：“人类的历史大体上可以看做是大自然的一项隐蔽的计划的实现。”^③ 这个“隐蔽的计划”，便是演化一种政治和法律制度，在这种制度里，人的天赋秉性能得以最大程度的发挥和实现。对于康德来说，人的天赋秉性的最重要特点，便是人的自由意志、理性和道德实践的能力——大自然“把理性和以理性为基础的意志自由赋给了人类”^④，这便是人的最可贵的天赋秉性。而最能促进人性的实现的政治和法律制度，便是法治的、保障公民权利的立宪共和政体。这只是就每个国家的国内而言；对于国与国的关系来说，康德则主张维持世界和平的国际秩序：

要奠定一种对内的、并且为此目的同时也是对外的完美的国家宪法，作为大自然得以在人类的身上充分发展其全部秉赋的惟一状态。^⑤

从理性范围之内来看，建立普遍的和持久的和平，是构

① [德] 康德：《历史理性批判文集》，3页。

② 同上书，5页。

③ 同上书，15页。

④ 同上书，5页。

⑤ 同上书，15页。

成权利科学的整个的（不仅仅是一部分）最终的意图和目的。^①

由一个民族全部合法的立法所必须依据的原始契约的观念而得出的惟一体制就是共和制。这首先是根据一个社会的成员（作为人）的自由原则，其次是根据所有的人（作为臣民）对于惟一共同的立法的依赖原则，第三是根据他们（作为国家公民）的平等法则而奠定的。因此它本身就权利而论便是构成各种公民宪法的原始基础的体制。^②

由此可见，康德心目中的共和制，便是一个尊重和保障社会各成员的自由和平等的法治国。在康德的理论里，共和制和专制是对立的，他反对任何形式的专制，包括柏拉图提倡的“哲人王”^③和任何以统治者的仁慈为基础的家长式统治，因为它们都和公民的自由互不兼容。康德认为，共和制在各国的建立，不但能造福其本国的人民，使他们的理性得以充分发展，而且能促进一个能够维持世界和平的国际秩序的最终实现，因为理性的充分发展就是人类永久和平的最佳保证。

康德的历史哲学、政治哲学和他的道德哲学是一脉相承、相辅相成的。在他的道德哲学里，他指出合乎道德（即“实践理性”）的行为，是可普遍化为一普遍法则的行为（类似孔子说的“己所不欲，勿施于人”，或耶稣说的“向他人作出你希望他人向你作出的行为”），每个人都有平等的尊严、价值和自主性，每个人均应被视为“目的”，而不应被利用作为达致他人追求其目的

① [德] 康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，192页，北京，商务印书馆，1991。

② [德] 康德：《历史理性批判文集》，105～106页。

③ 同上书，129页。

的“工具”或“手段”。在康德那里，共和政体便是最能 在社会政治制度的层次体现这个道德原则的政体。这种政体的建立，便是历史和法制史中的进步，而促进这种进步，则为人的道德上的责任：“人类的天职在整体上就是永久不中止的进步”^①；人类历史的“过程并不是由善开始而走向恶，而是从坏逐步地发展到好；对于这一进步，每个人都受到大自然本身的召唤来尽自己最大的努力作出自己的一份贡献”^②。

由此可见，康德不但相信人类历史中的进步是可能的，更相信进步会真正发生。可是，他没有忽视，在历史中进步的道路是崎岖的、迂回曲折的、充满困难险阻的，在这条漫漫长路中，有时为了向前走一步，便要付出沉重的代价。这条道路上，人的劣根性（康德称为“非社会的本性”或“非社会的社会性”^③）将表露无遗，包括他们的自私、贪欲、损人利己的行为，对财富、权力和名位的追逐，也包括无情的竞争、恶性的斗争以至残酷的战争。康德说：“大自然的历史是由善而开始的，因为它是上帝的创作；自由的历史则是由恶而开始的，因为它是人的创作。”^④

然而，吊诡的是，人类的性恶，却是推动历史向前迈进、促进社会体制进步的动力，这便是康德看到的“理性的狡猾”。^⑤这样，人便不自觉地体现了天意，参与了历史的进步工程（这有点类似亚当·斯密说的“无形之手”：在市场体制里，不同个别人士追逐私利的行为的总效果是对公众利益的促进）：

个别的人，甚至于整个的民族，很少想得到：当每一个

① [德] 康德：《历史理性批判文集》，58 页。

② 同上书，78 页。

③ 同上书，6 页。

④ 同上书，68 页。

⑤ 参见何兆武：《历史与历史学》，30 页。

人都根据自己的心意并且往往是彼此互相冲突地在追求着自己的目标时，他们却不知不觉地是朝着他们自己所不认识的自然目标作为一个引导而在前进着，是为了推进它而在努力着；而且这个自然的目标即使是为他们所认识，也对他们会是无足轻重的。^①

这个目标的其中一个重要部分，便是法治制度和公民社会的建立。康德说：“大自然迫使人类去加以解决的最大问题，就是建立起一个普遍法治的公民社会”^②，这是人类社会共同体的理性要求。康德指出，法治国的建立并不假定其成员为好人或天使，“即使是一群魔鬼，只要是有‘保存自己’的理性，必然也会‘在一起要求普遍的法律’，建立起一个普遍法制的社会。天使和魔鬼在理性面前是等值的；……大自然给予人类的最高任务就是在法律之下的自由与不可抗拒的权力这两者能够最大限度地结合在一起，那也就是一个完全正义的公民宪法（体制）”^③。

历史既然有这样的崇高目标，人类既然有这样的伟大使命，所以人类历史并非一场荒谬的闹剧，尽管每个人的一生仍然可能是悲惨的：

历史学却能使人希望：当它考察人类意志自由的作用的整体时，它可以揭示出它们有一种合乎规律的进程，并且就以这种方式而把从个别主体上看来显得是杂乱无章的东西，在全体的物种上却能够认为是人类原始的禀赋之不断前进的、虽则是漫长的发展。^④

① [德] 康德：《历史理性批判文集》，2 页。

② 同上书，8 页。

③ 转引自何兆武：《历史与历史学》，27 页。

④ [德] 康德：《历史理性批判文集》，1 页。

康德是18世纪欧洲启蒙运动的健将，他的历史哲学与后来的黑格尔和马克思有相似之处，也有截然不同的地方。在21世纪的今天，康德的历史哲学能对我们有什么启发？

首先，必须承认，康德关于“自然”和“天意”的论述，包括自然为人类历史所预设的目的、历史是天意设定的隐蔽的计划的展现等说法，在今天是难以获得普遍接受的。对于很多人来说，像“上帝”一样，“自然”和“天意”是过于形而上的概念，难以捉摸。在后现代思潮的影响下，关于历史的大型论述或以英文大写起头的“历史”（History）概念，其可信性已大打折扣。

但是，第二点应当指出的是，放弃了历史中存在着由大自然所预定的目的这个信念，并不一定导致历史变成毫无意义的荒谬剧。即使正如存在主义所说的，人是被投掷到这个世界的，人仍可以运用他的自由，去积极生活和创造。从这个角度看，历史的意义是由人所赋予的，人可以选择怎样理解他自己的历史，人可以从发掘其意义。人无须停留于担当历史故事中的受害者的角色，人还可以成为创造历史故事的主人。于是康德的历史目的论便可从一个由大自然设定目的的目的论，转换为一个由人类自己设定目的的的目的论，如果人类愿意认同康德所说的自然目的的话。

这便带我们进入第三点。康德提出历史的自然方向是趋向进步，而人有道德上的责任去为求这种进步而努力。我们是否认同“进步”的概念？我们是否接受我们有责任参与推动进步？对于这两个问题，我们直觉上都会给予正面的回答。明天可以更美好，我们应该为美好的明天而奋斗。相信对于绝大多数人来说，这是不证自明的。

第四，什么才是“进步”？“进步”的标准在哪里？我们在这

里谈的当然不只是科技的进步，而主要是文明整体的进步，尤其是社会、道德、政治和法律的进步。在这方面，康德给我们的启示是，衡量进步的标准在于人类的天赋秉性——尤其是人的理性——是否得以更充分地发挥和实现出来。人有异于禽兽，乃在于人有理性，正因为人有理性，所以人便会运用他的自由意志，去追求真、善、美。其实康德对于人性的这个理解，与中国传统思想——尤其是儒家思想——是不谋而合的，反映着一个历久常新的真理。

第五，康德指出，就政治和法律制度的历史演化来说，实行法治、保障公民权利、崇尚自由与平等的立宪共和政体和国与国之间的永久和平，是最能体现人的理性的制度性安排。在康德的政治和法律哲学里，他为这些观点提供了详细的论证。他的历史哲学则指出，这种制度性的安排在人类历史中出现，是人类进步的标志。相信人类在经历了 20 世纪的各大浩劫后的今天，对康德在二百多年前提出的这个观点是能心领神会的。

最后，康德提醒我们，历史中的进步绝非是轻而易举、一蹴而就的，人必须在困境中进行反思，从苦难中吸取教训，并为进步付出昂贵的代价。正如屈原所说：“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。”在这个过程中，善与恶是并存的，恶的存在和活动甚至是善的发扬光大的必要条件，正如学者何兆武在评述康德的历史哲学时指出：

人类历史并不能简单地划分为好和坏、精华与糟粕两个截然对立的方面；双方对于历史都是不可或缺的。有利就有弊，有弊就有利；好坏、利弊总是结合在一起的。^①

^① 何兆武：《历史理性批判散论》，77 页。