

西方法律哲学文选

邓正来 译/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Selected Essays of Western Jurisprudence

西方法律哲学文选

(下)

邓正来 译/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

西方法律哲学文选. 下 / 邓正来译编. — 北京: 法律出版社, 2008. 7

ISBN 978-7-5036-8177-6

I. 西… II. 邓… III. 法哲学—西方国家—选集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 012505 号

©法律出版社

责任编辑 / 易明群

装帧设计 / 乔智炜

出版 / 法律出版社

编辑统筹 / 对外合作出版分社

总发行 / 中国法律图书有限公司

经销 / 新华书店

印刷 / 永恒印刷有限公司

责任印制 / 吕亚莉

开本 / A5

印张 / 8.625 字数 / 223 千

版本 / 2008 年 7 月第 1 版

印次 / 2008 年 7 月第 1 次印刷

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

销售热线 / 010-63939792/9779

网址 / www.lawpress.com.cn

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 西安分公司 / 029-85388843 重庆公司 / 023-65382816/2908

上海公司 / 021-62071010/1636 北京分公司 / 010-62534456 深圳公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5036-8177-6 定价: 25.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

研究性翻译与个殊化研究

——《西方法律哲学文选》译/编序

○ 邓正来*

作为一种知识类型，社会科学在中国的发展不仅是相当晚近的事情，而且还在发展的过程中蒙遭了各种阻碍或打击，而其间最为重要的则是这种知识类型的发展在中国没有传统上的知识资源可以支撑。相比较而言，社会科学在西方社会的发展却已然有了数百年的历史。不过在我看来，知识本身是不存在国界的。而中国社会科学欲取得真正的发展，就必须对西方社会发展起来的社会科学这类知识进行翻译和研究，因为唯有这样的努力，我们

* 邓正来：复旦大学特聘教授、社会科学高等研究院院长；吉林大学兼职博导。

2 西方法律哲学文选（下）

才能够了解到社会科学这类知识在人类社会的发展过程中所存在的各种问题以及相应的理论发展。如果我们不做这样的努力，那么我们就有可能重复前人的知识工作而不自知，而这实际上是在根本上无视前辈先哲为人类做出的知识贡献。正是基于上述的认识，我在日常的学术研究中也就自然而然地把翻译西学论著作为自己的一项重要学术工作；而收入本文集的 17 篇有关西方法律哲学和政治哲学的论文，便是我已完成的数百万字的翻译作品中的一部分。

学术论著的翻译过程实际上是一个与大师对话的过程。但是，我更愿意称自己的翻译是一种“研究性翻译”。其原因主要有二：第一，翻译西学论著乃是我学术研究的一个重要组成部分。我认为，在中国人文社会科学尚缺乏名师指导的情况下，学术翻译不失为一种独特的“精读”原典的方式，而且是一种极其有效的阅读方式。因为在这个过程中，我们可以切实地认识到各种理论问题、理论问题赖以凭据的假设、理论问题的建构方式、理论问题的解决路径、达致结论的过程以及对结论的证真或证伪等问题。第二，也是更重要的，“研究性翻译”关涉到了我关于如何阅读西学原典的主张，亦即我所谓的知识生产和再生产过程中的一种“个殊化”取向。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理路或理论脉络，乃是这种取向的关键所在。我愿意把这种取向称为中国学术研究向纵深发展的一种转向，而这种转向是与中国学术在后冷战时代之世界结构中所担负的历史使命紧密相关的，因为它旨在实现这样一种根本性的转换，亦即从“思想中国”向对“思想中国这个根据本身”进行思想这个层面进行转换。作为这

个时代的中国学术人，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开放的态度去面对任何有关这个问题的理论资源。

当然，我所提出的这种“个殊化”取向，乃是针对当下中国法学界甚或整个中国人文社会科学界违背知识场域之逻辑的研究状况而言的。仅就西方的理论资源而言，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；二是即使就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，这种把理论知识误作为消费品，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：在西学东渐一百多年后的今天，我们一方面还没有切实地、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不可或缺的思想资源之一；另一方面，我们还没有能力就我们关心的理论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“善生活”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。

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，在根本上讲实是以明确反对如下几项既有的或流行的误识为基本前提的：第一，它明确反对那种要

4 西方法律哲学文选(下)

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,它明确反对那种大而化之的“印象式”言说西方思想的趋势。因为我们知道,所谓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对每个具体论题的具体思想。第三,与之紧密相关的是,它明确反对那种以笼而统之的方式谈论所谓的一般“问题”的倾向。因为不同的西方论者在不同时代和不同空间中对于“相同”的理论问题完全有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“称谓”相同而实质不同的问题。第四,它明确反对那种所谓人有能力不带前见或文化传统,进而可以不以中国作为思想根据的阅读西方论著的方式。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论者的哲学或法律哲学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而非显白的方式发挥作用的。

“研究性翻译”确实重要,但更为重要的是,我们应当在认真译介、研读西学论著的基础上努力建构和发展中国自己的学术

知识体系和学术传统。因此，在这个意义上讲，我所从事的“研究性翻译”工作（包括本文集所辑录的论文）的最终目的乃是为了建构中国自己的学术传统或法律哲学。我要强调这个问题，实在是因为这在根本上关涉到了中国本身于思想上的主体性问题，而其核心则在于在此研究的基础上形成一种根据中国的中国观和世界观（亦即一种二者不分的世界结构下的中国观），并根据这种中国观以一种主动的姿态参与世界结构的重构进程。与之紧密相关的是，无论是西方的法律哲学还是中国的法律哲学，其根本问题同一切文化性质的“身份”问题和政治性质的“认同”问题一样，都来自活生生的具体的世界空间的体验；而就中国法律哲学的根本问题而言，它来自中国法律制度于当下的具体有限的时间性，同时也来自中国法律制度所负载的历史经验和文化记忆。这一切在根本上意味着，中国人要为人类提供我们这个时代的有关中国的法律哲学，更为重要的是，以一种“主体性的中国”出现在整个世界的对话或对抗中，而其前提便是我们对世界对话框架或知识论辩场域的了解和洞见。

于是，在我看来，“研究性翻译”工作的展开，并不是“为了翻译而翻译”，而是对这样一种法律哲学或中国的法律哲学的期待。第一，它所关注的并不只是发现或解读那些对中国社会、政治和经济发展起了或起着作用的有序的“语法规则”，而更为重要的是对那些“语法规则”之于当下中国的可欲性或正当性进行追究。第二，这样的法律哲学，所关注的并不只是重新展现、感受和理解中国社会转型背景下法治的复杂性、艰巨性、特殊性以及与此相伴的长期性，而更为重要的是反思既有的法治道路和探寻一条从当下的中国角度来看更为可欲和正当的道路或者一种

6 西方法律哲学文选(下)

更可知和正当的社会秩序。第三,这样的法律哲学,所关注的并不只是把法律视为一种中立的技术或实践,而更为重要的是努力把法律从中立技术的观念之中解放出来,并且努力阐明法律是一种政治工具,进而要求法律人就如何使用这种政治工具的问题进行选择、做出决断,使法律为中国人共享一种更有德性、更有品格和更令人满意的生活服务。第四,这样的法律哲学,所关注的并不只是用法律制度或法律所承诺的价值目标来评价这些法律制度或法律,不只是用法律制度或法律之实施的具体的社会效果来评价这些法律制度或法律,也不是用先在于或超然于法律制度或法律的终极性图景来评价这些法律制度或法律,而更为重要的是根据我们对法律制度或法律的实施与中国在特定时空下整个社会秩序的性质或走向间关系的认知来评价这些法律制度或法律。第五,这样的法律哲学,所关注的并不只是捍卫或保障“发展主义”意识形态下的各种物质性状态,而更为重要的是探寻那些能够使中国人共享一种更有德性、更有品格和更令人满意的生活的理想图景。第六,这样的法律哲学,所关注的并不只是从所谓法律的内部视角得以关注的那些法律逻辑性问题或法律技术性问题,而更为重要的是努力根据中国整全性社会政治体系的基础性特征而将中国的法律制度或法治乃至这种选择本身置于反思和审查的地位,并且重新审视道德或伦理建构之于中国独特现代性的塑造、之于中国“德性法治”的建设所具有的最为重要的意义。

2007年10月于北京北郊三一斋

目 录

研究性翻译与个殊化研究

——《西方法律哲学文选》译/编序/邓正来 (1)

柏拉图：《理想国》/萨拜因 (1)

柏拉图：《政治家》和《法律篇》/萨拜因 (40)

西塞罗和罗马法律人/萨拜因 (67)

地方性知识

——事实与法律的比较透视/吉尔兹 (87)

诺齐克与《无政府、国家与乌托邦》/Richard A. Epstein (177)

罗伯特·诺齐克的、我的和你的未竞事业/Clive Crook (183)

论宪法/艾德勒 编 (189)

论正义/艾德勒 编 (208)

论法律/艾德勒 编 (227)

美国法律哲学的新走向/埃德加·博登海默 (246)

柏拉图：《理想国》*

○ 萨拜因

雅典的帝国雄心因其在伯罗奔尼撒战争中的失败而宣告破灭，然而，虽说它的角色改变了，但是它对希腊的影响以及最终对整个古代世界的影响却毫未减损。雅典在失去帝国之后日益成为地中海地区的教育中心，而它的这种地位一直延续到了其政治独立消失之后，并且实际上更是延续到了公元开始后的年代。雅典所具有的那些讲授哲学、讲授科学以及讲授修辞学的学府乃是欧洲最早的大学府，因为它们专门从事高等教育并从事与先进教育必然相伴随的研究工作；此外，这些学府的学生来自罗马和古代世界各地。柏拉图

* 本文译自萨拜因《政治学说史》第四章（A History of Political Theory, fourth edition, Dryden Press, 1973）。

2 西方法律哲学文选（下）

学园是第一所讲授哲学的学园，虽然伊索克拉底（Isocrates）开办学校的时间很可能要早几年，但是他主要是讲授修辞学和雄辩术的。亚里士多德在吕克昂（Lyceum）创办的学园大约要晚五十年，而另外两座伟大的学园——伊壁鸠鲁和斯多噶派的学园——又是在亚里士多德之后约三十年才开办的。

在伯里克利时代（the Periclean Age），那些在生活和艺术两方面都善于运用本能天赋的人，不可避免地会把这种对雅典的天才进行学院式专门化训练的做法视做一种没落现象。的确，如果雅典的生活一直是幸福和繁荣的，一如伯里克利的《阵亡将士国葬典礼上的演说词》（Funeral Oration）使人明确感到的那般，那么希腊人就很可能不会转而研究哲学，至少不会以他们所采取的那种方式去研究哲学。然而，任何人都不会怀疑，雅典那些学园的教学活动与公元前5世纪的艺术一样，都对欧洲文明产生了巨大的影响。因为这些学园标志着欧洲哲学（尤其是关系到政治学和其他社会研究方面的哲学）的萌芽。在这个领域中，柏拉图和亚里士多德的论著是欧洲知识界中最早的具有开拓作用的经典之作。开始时，他们处于草创阶段，根本没有什么可以被恰当地称为一整套的科学门类——以现在看来显见通行的方式予以区别和类分的科学门类。各种学科以及它们之间的相互关系都还处在创建的过程之中。但是，到了亚里士多德论著的《全集》（the corpus）于公元前323年完成的时候，关于知识的总的轮廓——分为哲学、自然科学、人之行为的诸学科以及文学批评——便已经具有了一种能够为此后欧洲思想所分辨得出来的固定形式了。颇为肯定的是，任何学者都不敢轻视这些学园所发展起来的先进的专业化和高度的职业精确性，即使它也养成了某种学院式的和脱离公民活动的研究方式。

政治科学的必要性

柏拉图大约在公元前 427 年出生于一个雅典的名门世族。许多评论家都把他对民主政体的批判态度归因于他的贵族血统，而且他也确实有个亲戚非常积极地参与了公元前 404 年的寡头反叛（the oligarchic revolt）。但是，这一事实完全可以做另一种解释；他对民主政体的不相信并不大于亚里士多德，而亚里士多德既非出身高贵之门，甚至也不是雅典人。柏拉图智性发展方面一个极为显著的事实便是他在青年时期与苏格拉底的交往；他从苏格拉底那里习得了在其政治哲学中始终起支配作用的那个思想——有关美德即知识的那个理念。换言之，这意味着这样一种信念，即无论是对个人还是对国家来说，客观上都可能存在着一种善的生活（a good life）；这样一种善的生活可以作为研究的对象，可以通过有条理的认知过程而得到定义，因而也可以运用明智的方法加以探究。这一信念本身便解释了为什么柏拉图在某种程度上必定是一个贵族政治论者，因为学术造诣的标准绝不能委于多数人或大众的舆论。柏拉图在伯罗奔尼撒战争结束时已经成年，因此这时已很难再指望他对民主生活的“美好的多才多艺”抱有像伯里克利的那种热情了。《理想国》一书中所记载的他最早的政治思想，恰恰是在雅典人极可能对斯巴达的纪律留下深刻印象的时候以及在这种纪律的不可靠性还没有为斯巴达帝国蒙遭灾难的历史所明确揭示出来之前形成的。

在附于《第七封信》^{〔1〕}的自传中，柏拉图谈到他在青年时代时是多么盼望在政治上干一番事业，甚至还指望“三十人”的贵族反

〔1〕 有关柏拉图在西西里从事政治改革冒险的记述，可以推断第三、第七和第八封信即使不具有真实性，也具有历史上的可靠性。现在已有充分的证据证实这一点。

4 西方法律哲学文选（下）

叛（公元前404年）会引发诸多他有可能参与其间的重大改革。然而，人们对寡头政治的经验却很快使得他们把民主政治的时代当作一个黄金时代来看待，尽管那种刚被恢复的民主政治即刻就因为判处苏格拉底死刑而被证明是不适当的。

结果是：我最初曾满怀热忱，渴望担任公职，但是当我看到政治生活中的滚滚旋涡并洞见到其间汹涌且奔腾不息的激流以后，我最后感到的是头晕目眩……而且终于清楚地看到，就现存的一切国家而言，它们的政体毫无例外都是不好的。它们的结构几乎无从改善了，除非是通过某种奇迹般的规划并外加一点好运。因此，我不得不去颂扬那种正确的哲学：它使我们处于一种高瞻远瞩的地位，进而能够在一切情形中都辨识出那些对社会和对个人都是正义的事情；由此可见，人类只有在下述两种条件下才能实现盛世：或者是那些以恰当的方式并真正理解哲学的人获得政治权力，或者是那些握有政治控制权的人在上天所做的某种安排的引导下成为真正的哲学家。^{〔2〕}

令人格外感兴趣的是，我们可以在这段文字中读出柏拉图创建其学园的一个重要理由，虽然颇为奇怪的是他在那封信中居然没有提到这所学园。创建学园的年代一定是在柏拉图结束了他那次相当广泛的旅行并于公元前388年回到雅典之后的几年之内。毋庸置疑，柏拉图学园并不是专为任何单一目的而创建的，因此如果说柏拉图的目的就是要创建一所以科学方式研究政治并训练政治家的学院，

〔2〕 Letter VII, 325d-326b; L. A. Post's trans. 柏拉图写于公元前353年。最后一句重复了《理想国》(473d)中关于由哲学家当国王那个著名段落的文字。

那就言过其实了。在当时，知识的专业化还没有达到这样的程度，而柏拉图也几乎没有把掌控政治的哲学家（the philosopher in politics）的必要性视做人们从事行政和立法工作必须接受的专门培训。他认为必须存在这样一批人：在接受充分的知识训练以后，他们能够在根本上养成一种对善生活的深刻认知，进而随时准备对真善和伪善以及达致真善的适当手段与不适当手段进行辨识或界分。这是一个从界分“自然与约定”中衍生出来的问题，而“自然与约定”这个问题在公元前5世纪下半叶一直是善于思考的希腊人特别关注的问题。因此，按柏拉图的思想，这个问题乃是把真知识同表象、意见和彻头彻尾的幻觉区别开来这个一般性问题中的一个重要部分；而且任何一门高深的学科分支，诸如逻辑学或数学，都无不与这个问题有关。与此同时，既然柏拉图确信这种知识以及统治者习得这种知识是拯救国家的唯一法门，那么我们便很难相信他怎么会不希望和期待自己的学园去传播真知识和哲学，而去传播诸如修辞或辩术那类具有欺骗性的技艺（spurious arts）。当然，他后来深信，政治家的才能才是最高的学问或学问之“王”（kingly science）。

柏拉图于公元前367年和前361年两次前往叙拉古（Syracuse），而这便是他著名的“叙拉古之行”。他去那里是为了帮助他的朋友戴昂（Dion）教育和指导年轻的国王戴奥尼西厄斯（Dionysius）；他认为戴奥尼西厄斯的登基乃是他所希望的推行根本政治改革的有利时机，因为他是如此的一位年轻统治者，既有着无限的权力，又愿意从一位学者和一位富有经验的政治家联合提供的建议中获取教益。关于这件事的前后经过，在《第七封信》中有着极为生动的描述。但是，柏拉图很快发现，他完全被那种有关戴奥尼西厄斯愿意听取建议并醉心于研究和事业的传说给误导了。这项计划是一次彻底的失败，然而，柏拉图的那些目的在根本上讲却似乎不存在任何

虚幻的地方。在他写给戴昂的追随者的信件中所包含的建议是合理且温和的,而且显而易见的是,戴昂的计划蒙遭挫败,实是因为他自己未能用一项安抚性的政策去满足叙拉古人的要求。柏拉图的《第七封信》中的部分文字含有这样的意思,即他认为对整个希腊世界来说极为重要的是在西西里有一个能与迦太基人抗衡的强大的希腊城邦,^[3]这当然是一项政治家似的设想;而且如果说他深信不实行君主政体就不可能建构起一个足够强大的城邦的话,那么亚历山大使东方希腊化的努力便极有助于证明上述设想是一个正当的结论。就这次西西里冒险对柏拉图个人来说,他显然认为,任何一个用数十年时间去教诲人们有关政治需要以哲学为条件这种学说的严肃学者,都不可能拒绝给予戴昂所请求的帮助。

我害怕自己最终成为一个完全只会说空话的人,也就是说成为一个根本不愿意做任何具体工作的人。^[4]

在柏拉图的《对话录》(*Dialogues*)中有很多篇目都论及了一些或多或少与政治哲学相关的问题,但其中有三篇是主要讨论政治哲学的,因此我们也必须主要根据这三篇文字来统合他的理论。这三篇文字是《理想国》、《政治家》(*Statesman*)和《法律篇》(*Laws*)。《理想国》是柏拉图达到成熟阶段但却是其成年期中较早的时候写成的,很可能是在其学园创办后的十年之内写成的。虽然这篇文字肯定是作为他的理论的一个部分而写的,并且也给一些杰出的评论家留下了极其深刻的印象,但是它的撰写却很可能

[3] 332e-333a.

[4] Letter VII, 328c.

延续了好多年，而且其文体也可以很好地证明《卷一》中有关正义问题的讨论是早些时候写的。然而《法律篇》则是柏拉图晚年的作品，而且据传他直到公元前 347 年去世时仍在撰写这部论著。因此，从写作《理想国》到撰写《法律篇》，其间经历了三十年时间（甚或可能更长一些时间）。在《理想国》中，我们似乎可以洞见柏拉图在达到成熟阶段之初亦即他创办学园时的那种热忱，而在《法律篇》中，我们则可以读出他也许因叙拉古冒险的失败而凸显出来的那种饱经沧桑后的醒悟。《政治家》写于上述两篇对话录之间，但很可能比较接近《法律篇》的写作时间，而距《理想国》的撰写时间较远一些。

美德即知识

《理想国》是一部无法归入任何一门学科的论著。它既不适合被归入现代社会研究（modern social studies）的范畴，也不适合被纳入现代科学的范畴。这部论著实际上论及了或发挥了柏拉图哲学的每一个方面，而且它的题域之广，可以说涉及了人类生活的各个方面。它所关注的是善人（the good man）和善生活（the good life）的问题，而这在柏拉图看来意味着在一个善国家（a good state）中的生活；此外，它所关注的还包括如何知道善人和善生活的手段以及如何达致善人和善生活的手段的问题。对于一个如此一般的问题，当然会涉及有关个人活动或社会活动的各个方面。因此，《理想国》既不是什么专著，也不属于政治学、伦理学、经济学或心理学，尽管它包括了所有这些学科乃至更多学科的知识，因为艺术和教育学以及哲学都未排除在外。《理想国》一书所具有的如此宽泛的论题，会使那些以学院方式训练出来的读者在阅读的时候感到一点困难，而它之所以如此宽泛，实是由下述几个事实造成的。柏拉图所使用