【浙江大学法律评论】2002专刊

返回法的形而下

FROM LEGAL THEORY TO LEGAL REALITY

孙笑侠等　主编

法律出版社

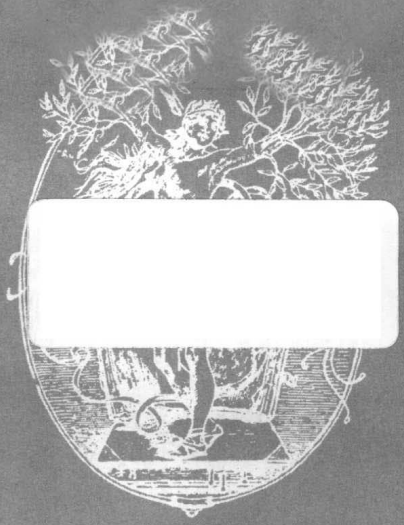
逻辑法的形而下

【浙江大学法律评论】2002专刊

返回法的形而下

FROM LEGAL THEORY
TO LEGAL REALITY

孙笑侠等 主编



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

返回法的形而下/孙笑侠等主编.—北京:法律出版社,2003.2

ISBN 7-5036-4166-5

Ⅰ.返… Ⅱ.孙… Ⅲ.法理学-研究 Ⅳ.D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 009236 号

法律出版社·中国

出版/法律出版社 **编辑**/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司 **经销**/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司

开本/A5 **印张**/15.625 **字数**/387 千
版本/2003 年 2 月第 1 版 **印次**/2003 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn **电话**/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn **传真**/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939685 63939689 **传真**/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777 **销售热线**/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com 010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4166-5/D·3884 **定价**:32.00 元

我们的“返回”之路

——写在本书的前面

18 位学者的一个学术宣言：
我们踏上“返回”之路，
——返回法的形而下，
返回实践性的问题思考。

——题记

大凡法治在一个国家推行伊始，活生生的法律实践总是要提出许多诘难性的问题，直教人“捻断三根须”。譬如：针对特定疑案，可以适用的法规范本身处于阙失或不备的状况，那么如何在“当下”就去解决这个疑案？在此种情形下，如果根据 G·拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)有关“法的安定性”的要求，最可靠的解决出路当然是创制相应的规范。然而，在规范创制的场合，围绕其最终依据或准则的合理性和正当性的问题则可能纷争四起，极端的表现之一便是所谓的“恶法争议”；而在完成了规范创制、并假设上述的一切争议暂时尘埃落定之后，对特定规范内涵的解释以及应适用于某个个案的法规范的选择，也同样可能聚讼纷纷。凡此种种，均会超出实定法学（即法律学）的思考界限，超出自觉地拘束于权威而被强行中断思考的法律教义学的思维模式，而有必要从法学理论（包括法理学——法哲学、法社会学、比较法学甚至法史学等）的层面上给出答案。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

为此，理论法学在法治初期殊为重要，甚至不亚于法治完备的国家或时代。这也是之所以在当今西方各个成熟的法治国家，法理学研究一度走向颓势，惟在如我国这样的国家里则可独领风骚的一个潜因。

近二十几年来，我国法学理论的研究也不辱使命并取得长足的进展，尽管其间尚未形成各种具有明晰的方法论意识的流派，但也在一定程度上衍生出诸种值得关注的学术取向。然而，内中的荦荦大端者常常显露着如下的倾向，即：面对纷繁复杂的法律现象的困扰，企图追问这些法律问题背后的形而上的本原，以期通过终极的探幽和思辨，实现“从根本上解决问题”的目标。当然，晚近也有若干学者不满于这种倾向，转而欣赏或实际上开始尝试诉诸那种所谓“不尚空谈、不装腔作势”的、注重实际分析的具体研究，但他们有时从多少带有猎奇性色彩的个案透析中所获取的重大结论，往往也没有成功地避开形而上的磁场。

在我国传统的文化里，原本就不缺乏那样追求玄虚的形而上学精神，故而时至近代，便有许多仁人志士痛斥空疏无物的义理心性之学，极言发展“实学”的好处。但百年的积弱，却使得“从根本上解决问题”之类的思维遂成定势，乃至寄托了一种可能触发“革命”行动、并且实际上也曾触发过革命行动的颠覆性动机。待到一切推倒重来、今日再行法治，追逐法的形而上之意涵，对于确认或确立法的一般原则和理念，完成宏大理论的建构，在今天的法学理论中似乎仍然被视为情有可原。

在这种历史的宿命里，我们的理论自然难以觉醒性地走入实证的境界。众所周知，A·孔德（Auguste Comte）曾把人类思想的进化过程划分为神学、形而上学和实证主义三个阶段。这个著名的观点虽曾受到偏激的反对，但诚如E·博登海默（Edgar Bodenheimer）所言，它作为思想史的一个认知坐标也不无意义。推及我国法学理论的状况而言，根据前面的描述，其似乎就仍滞留于形而上学的阶段，

而未完整地走入或走过实证主义的里程。而另一个问题在于，在这个时代里，活生生的法律实践所提出的那些诘难性的问题，也总是具体的东西，需要经验性的考察。更有甚者，在大规模的立法时代将告终结之后，在司法国家的时代必然到来之时，我们更没有足够的理由，把自己的法学理论禁闭在形而上的空中楼阁之中，禁闭在纯粹思辨的象牙塔之内。

当然，所谓的实证主义阶段，也并未像孔德在19世纪上半叶所预告的那样真的成为人类思想发展的最后阶段。纵观近代以降人类知性发展的历程，我们会发现大致如下的流脉：M·韦伯所谓的那个“世界的解咒”(disenchantment)在近代完成之后，事实与价值被分隔开来，宇宙不再充满了预定的目的和意义，为此执著于形而上思辩的哲学，不得不承受着自己所探究的“最终规范或价值”的多神主义（polytheism）的纷扰。而从洛克把哲学的角色界定为“科学手下的辅助工”（under-laborer to the science）开始，至如今哲学问题日益被转化为科学问题为止（例如“什么是时间？”这样一个传统的哲学问题，已成为诸如霍金在《时间简史》中所解答的高级物理学的问题），这实际上是一个科学与哲学对峙的历程，而且是前者蓬勃发展和后者渐趋式微的历程。诚然，在这一历程中，哲学内部中的实证主义与其外部的经验科学“共谋”，颠覆了哲学在传统上的尊崇地位，使之不得不屈从于近代的科学，而实证主义则在哲学领域内部中确立了主流地位。这一格局自然对近代以降的西方法学产生了重大的影响。诚如日本当代法理学家田中成明所言，在实证主义思想的支配下，为了确立法律思维的合理性，近代法律学的主流遂不断以科学思维的模式为标准，踏上经验科学化、形式逻辑化的道路，即通过法律思维的经验科学化、形式逻辑化，极力排除价值判断混入自己的体系。

然而，人类的思想总是像桀骜不驯的妖女那样突破历史的臂腕。大致在20世纪50年代，欧美各国的法学领域中就开始出现了

一种新的动态，即力图改变向来从法学外部的逻辑学、科学中来寻求法律思维合理性标准的立场，转而从法律实践的内部去重新拓展和捕捉“法之固有合理性”的“知性地平线”。最早倡言这种视角坐标转换的学者之一，可推在长年从事法官实务之后而转入学术生涯的德国法哲学家T·菲韦格(Theodor Viehweg)。在其1953年初版发行的《类观点学与法理学》(*Topik und Jurisprudenz*)一书中，菲韦格指出：法律思维的基本性课题乃是不断探求具体性问题在当下的正确解决，为此它不应依靠演绎公理的“体系思考”，而应通过“问题思考”的技术。值得注意的是，西方法学界内部的这种动向，与当代实践哲学的复兴趋势实际上具有互动的关系，后者的主要目标就是通过重新认识实践理性，克服近代知性体系的内在局限。

上述西方法哲学思想的发展脉络表明，即使可以证明当今我国的法学理论已经进入甚至完整走过实证主义阶段，又或有能力凭藉“后发性的机遇”去超越实证主义阶段而直接汇入当代西方的思想洪流，也不意味着可以完全离开具体的法律制度、法律实践的实在形态而去探究法的形而上内容，尽管我们的理论研究在其某个特定的认识程序中仍有必要与繁杂的世俗实践保持适度的距离。

有鉴于以上的认识，我们浙江大学法学院“法学理论学科点”的18位成员，作为一个已经整合为颇具规模并拥有一定内在互补优势和合理梯队结构的学科团队，在近十五年的注重实践性的法学理论研究特色基础上，通过近年来在教学和科研中的相互配合或共同切磋，在如下一点上达成了比较一致的学术共识，即：包括法理学——法哲学在内的法学理论，纵然不是一门“实用性的学问”，但是，在为部门法学、法律实践的各运作环节提供原理性的指针以及理论基础这一意义上，仍是而且也应该是一门“实践性的学问”。而作为这样一门学问，其所提供的一切抽象的原理并非先验给定的、单纯通过思辨就可以捕捉的东西，而是本来得自于对具体生动的法律实践以及法的形而下现象的反复体认。基于这种立场，我们提出了“返回

法的形而下”的学科建设理念，主张确立和运用具有开放结构的“实践性的问题思考”模式。具体而言，这一理念至少包括以下三个方面具有内在关联的内容：

第一，关注实定法，并把法学理论研究奠立在部门法学以及其他相临学科的坚实基础之上。在这一点上，欧美的法学理论学者（甚至法理学——法哲学研究者）往往同时从事某一或某些部门法乃至其他相临学科的研究和教学，如德国萨维尼、拉德布鲁赫、拉伦兹（Karl Larenz）、考夫曼、克里勒(Martin Kriele)，日本的渡边洋三、川岛武宜，美国的德沃金、波斯纳等著名学者，均为我们确立了模样。而在我们目前的学术团队中，许多人（包括其中的学科带头人和核心成员们）本身也具有这样的专业训练背景或教学科研经验。

第二，以问题为中心和起点，而不以宏大理论构造或创新为出发点。一切理论都以来自现实的问题为背景的，法学理论也不例外。没有现实的问题就不会有理论的生命力，也就不会有理论创新。我们需要理论创新，但不是在假想的问题上作理论创新，这是因为它没有现实依据和载体，也不能在纯粹思辨的思想海洋中遨游，这不仅是因为我们支付不了这样做的成本，还因为中国现实与时代需求限定了我们工作的本土意义。法学理论的创新，绝不是在国际上争法学水平的雌雄高低，理论创新只有在解释或解决现实的中国问题过程中展开的。

第三，注重对具体的法律现象的研究。例如：以某一个具体的法律制度、法律事件乃至司法判例或案例为契入点，通过深入的探微透析，从中相应地抽取出对有关法的一般性概念、原理和规则的认识成果；或以具有经验性基础的一般性法学理论作为评价和指导的原理，分析各种法的形而下现象，引导解决具体的法律问题。申言之，我们力图在方法论上实现的是个别与一般之间研究视角的相互转换，或某种意义上的“目光的流转往复”。

当然，我们上述共识并不等于排斥思想个性、学术个性，恰恰相

反，在这样的共识中我们能够更好地容忍差异、发展个性。我们认识到，对于学术活动来说，容忍差异的精神和自由批判的精神同样可贵。当我们确立了上述的学术理念之后，并不准备排斥外部其他法学同仁不同的学术立场和观点，甚至也允许内部各位成员自由发展自己的学术个性和风格。同时，正如前面所表明的那样，我们的“返回”行动并不等于滞留于法的形而下，从而在任何情形下均不再凝神观照法的形而上内涵。

本书正体现了我们上述的基本立场。它结集了我们学科点全体18位成员的各自新论（另外还收集了一篇本单位其他学科点成员的同类新作），尽管其中的部分成品还在一定程度上带着先天的胎记或昔日的疤痕，带着在方法论上刚刚觉醒后的惺忪神态，但毕竟以一种“萃编”的形式和规模，并基本按照全体成员各自的研究方向进行了体例上的编排分类，展现出我们“返回”的群体态势。也许本书只是记录了我们行吟过程的开始，但足以宣告：我们已经踏实地走在“返回”的路上——返回法的形而下，返回实践性的问题思考。

为了诚挚地获取法学界各位同仁和大方之家对我们上述学术立场的理解和支持，以及对我们这个学术团队本身的了解和厚爱，本书还藉此机会，以各种图文资料的形式附带介绍了我们学科点的学科建设情况及其目前的发展动向。这里有必要附言的是，对于我们的成长和发展，法学界中的不少同仁以及大方之家也正在寄予或曾已寄予乃至仍在继续寄予真诚的关爱。同时，作为这样一部不太“寻常”的出版物，本书的付梓承蒙了法律出版社的快诺，在此一并志铭，以表谢忱。

浙江大学法学院
法学理论学科点

2002年10月

返回法的形而下

18位学者的一个学术宣言：

我们踏上“返回”之路，

——返回法的形而下，

返回实践性的问题思考。

——题记

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

返回法的形而下

本书体现了我们的基本立场。
尽管其中的部分成品
还在一定程度上
带着先天的胎记
或昔日的疤痕；
带着在方法论上
刚刚觉醒后的惺忪神态，
但毕竟以一种
“萃编”的形式和规模，
展现了我们
“返回”的群体态势。

目录

我们的“返回”之路
——写在本书的前面
……浙江大学法学院法学理论学科点 \1

一【求索篇】 法理学的新视野

论法学的品格……李　龙 \ 003
当事人角度的程序公正论……孙笑侠 \ 026
作为社会生活方式的法治……陈信勇 \ 065
法理学的发展和发展法理学……夏立安 \ 088
论法律发展的本质要求……聂　原 \ 111
论自然法、法实证主义与极权统治……陈林林 \ 123

二【借鉴篇】 比较法学的视角

针对国家享有的财产权
——从比较法角度的一个考察……林来梵 \ 147
同等重视对国际社会中行为规范与权力结构的研究
——《无政府状态与世界秩序》评介……余逊达 \ 172
论陪审制改革的基本路径……方立新 \ 187
国际人权法与中国的“政治入世”……黄金荣 \ 208

三【纵横篇】 法学与经济学的互动

法律经济学评述……史晋川 \ 233

财产征用及其宪法约束
——理论阐释与制度比较……赵世义 \ 255
“法与经济学”与成文法体系
——对波斯纳的“效率性”原理展开的讨论……王为农 \ 270

四【回顾篇】 法律史的再诠释

西方法理思想的历史演变规律……万 斌 陈柳裕 刘鹏飞 \ 287
为罗马共和国辩护
——论西塞罗的混合政体观……金 敏 \ 306
近代中国新自由主义人权观探析……石毕凡 \ 344

五【反思篇】 方法与理念的交融

研究法理学的六个范式及其对中国法学研究方法论的启示……张国清 \ 379
作为“偏见”的正义
——解读罗尔斯的“无知之幕”……季 涛 \ 406
法律解释与规范变动
——日本宪法第9条的解释变迁……管 颖 \ 437

附录

浙江大学法学理论学科概要……465
浙江大学法学院法理学科点教师简介……468
浙江大学法学理论学科硕士点硕士研究生和毕业生名单及成果目录……479
2000年5月—2002年11月国内外学者在浙江大学法学理论学科点演讲目录……484
浙江大学法学院法学理论学科点剪影……488

Contents

Part I New Perspectives on Jurisprudence

On the Character of Jurisprudence ····· Lilong \ 003
On the Procedural Justice in the Perspectives of Litigants
····· Sun Xiaoxia \ 026
Rule of Law: Being a Way of Life ····· Chen Xinyong \ 065
The Development of Jurisprudence and Development Jurisprudence
····· Xia Li-an \ 088
The Essence of Law Development ····· Nieyuan \ 111
On Natural Law, Legal Positivism and Authoritarian Rule
····· Chen Linlin \ 123

Part II Approaches of Comparative Law

On the Property Right Claiming from the State
—— A Study in the Perspective of Comparative Law
····· Lin Laifan \ 147
Paying the Same Attention to the Study on the Norms of
Conduct and the Structure of power in the International society
····· Yu Xunda \ 172
On the Re-establishment of Chinese Jury System
····· Fang Lixin \ 187

International Human Rights Law and China's Entry into the "Political WTO" ····· Huang Jinrong \ 208

Part III Interaction Between Jurisprudence and Economics

A Brief Review on Economics of Law·····Shi Jinchuang \ 233

Requisition for Property and its Constitutional Constraint ·····Zhao Shiyi \ 255

On Economics of Law and Code Law System
——A Discussion on Posner's Principle of "Efficiency" ····· Wang Weinong \ 270

Part IV Reflections on Legal History

The Law of the Historical Evolution of the Western Legal Thoughts ····· Wanin, Chen Liuyu, Liu Pengfei \ 287

In Defence of Roman Republic: On the Ideal of Cicero's Mixed Regime····· Jinmin \ 306

The Liberalistic Conception of Human Rights in Modern China ····· Shi Bifan \ 344

Part V Combination of Ideal and Method

The Six Paradigms in Law Study and Their Inspiration for Chinese Legal Methodology Study····· Zhang Guoqing \ 379

Justice Being a Form of "Prejudice": An Interpretation of Rawls's "Veil of Ignorance" ……Jitao \ 406
Legal Interpretation and Changes of Norms: The Transformation of the Political Interpretation on Article 9 of the Constitution of Japan……Guanying \ 437

Appendixes

The Summary of the Jurisprudence Research Center in Zhejiang University…… 465
The Professional Profile on the Researchers of Jurisprudence Research Center in Zhejiang University…… 468
List of Lectures Given by Invited Scholars on Jurisprudence in Zhejiang University(2000/5-2002/11)…… 479
List of Postgraduates and Their Achievements on Jurisprudence in Zhejiang University…… 484
Photographs of the Jurisprudecle Research Center in Zhejiang University…… 488

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com