

部门法哲学讲座

(第一辑)

宋显忠 主编



高等教育出版社



最近20年,无论是在国外,还是在国内,部门法哲学的研究和教学活动日渐活跃,正在成为法学领域的亮点。部门法哲学已经成为现代法哲学体系的重要组成部分,对法学领域经典的、重大的、前沿的、疑难的问题的研究正在成为推动法学理论创新和发展的巨大动力。

本书涉及了各部门法及部门法学最重要的、最根本的原则、原理和方法问题,既是学术研究最新成果的展现,也是部门法哲学研究范式和方法的示例。同时,各章内容以讲座的形式展开,因而清新、自然、可读性强。

ISBN 7-04-018133-9



9 787040 181333 >

定价 23.40 元

部门法哲学讲座

(第一辑)

宋显忠 主编



内容提要

本书是吉林大学理论法学研究中心和吉林大学法学院举办的部门法哲学讲座成果的第一辑。本辑的选题涵盖了民商法、刑法、经济法、国际法和诉讼法等基本法律部门,各讲通过对财产、婚姻、合同、公司、人格、诉讼等基本概念、范畴的理论检讨,通过对罪刑法定、契约自由等部门法的基本原则、理念的重新解读,通过对法律事实、法律和诉讼的功能、全球治理等部门法的基本问题、前沿问题、基本命题的深刻剖析,开启对现有立法及其指导思想的理论反思,推动对现有法学理论体系的批判与重构。在此基础上,陈兴良教授的报告以及张文显教授为本书撰写的序言进一步回应了部门法哲学的属性和研究方法问题。

本书适合法学专业本科高年级学生和研究生使用。

图书在版编目(CIP)数据

部门法哲学讲座(第一辑)/宋显忠主编. —北京:高等教育出版社,2005.6

ISBN 7-04-018133-9

I. 部... II. 宋... III. 法哲学-研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 102579 号

策划编辑 王卫权 责任编辑 王卫权 封面设计 杨立新
版式设计 王莹 责任校对 王雨 责任印制 宋克学

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100011
总 机 010-58581000
经 销 北京蓝色畅想图书发行有限公司
印 刷 北京中科印刷有限公司

购书热线 010-58581118
免费咨询 800-810-0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landaco.com>
<http://www.landaco.com.cn>

开 本 787×960 1/16
印 张 13.75
字 数 250 000

版 次 2005 年 6 月第 1 版
印 次 2005 年 6 月第 1 次印刷
定 价 23.40 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 18133-00

撰稿人(以撰写章节先后为序)

张文显	彭诚信	朱 振
杜宴林	孙学致	黄文艺
蔡立东	何志鹏	刘红臻
宋显忠	郑成良	陈兴良



出版说明

这是部门法哲学讲座系列出版物的第一辑,之所以定名为“部门法哲学讲座”,是因为其中的文稿均来自教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心(以下简称中心)和吉林大学法学院联手开设的部门法哲学系列讲座。她是在讲稿和录音整理稿的基础上,编者又做了相应的修订。文稿中,大多数从未以出版物方式发表过,而是通过教学方式发表的最新研究成果。因此,该系列文集展现的首先是部门法哲学系列讲座的教学成果,同时体现了中心和法学院在部门法哲学研究领域的探索以及所取得的成就。

部门法哲学系列讲座是中心和法学院开设的一门研究型课程。授课对象是已经具有一定部门法学理论基础的高年级本科生和硕士研究生,参与讲座的教师大都是优秀的中青年学者。整个课程按照专业方向分成多个讲席,每位教师主持一个讲席,每一学期组织一轮讲座,每位主讲人做一次专题讲座。循序渐进,在教学和科研之间形成良性互动,以教学拉动科研,把科研成果及时转化为教学内容,提升高年级本科生和硕士研究生教学的理论含量,培养学生的理论思维能力和科研的动手能力,同步带动青年学者的科研工作,变重复性的教学为富于挑战性和沟通性的科研创新工作,实现教学和科研的同步增长。

开设部门法哲学讲座源自中心长期的学术积累和特殊的历史机缘。从20世纪80年代中期开始,中心的主要研究人员便关注和参与部门法和部门法学基本问题的讨论。在宪政、人权和财产权等部门法领域,都有来自吉林大学法理学专业的声音,中心提出的一些重要的学术主张也得到了部门法学界的大力支持。1998年起,中心开始招收法学理论专业的博士研究生,研究方向之一就是部门法哲学。特殊的历史机缘使法学院一批优秀的部门法学青年学者和部门法专业的硕士毕业生进入中心攻读法学理论专业的博士学位,从而突破法哲学与部门法学学科之间的人为界限,展开跨学科的法学理论研究,进一步拓宽部门法哲学这一交叉领域,理论法学研究中心因而成为法哲学与部门法学跨学科交叉研究的一个理论平台。2004年,中心在此基础上又组建了部门法哲学研究所,谋求通过团队协作和吸收国内外知名专家广泛参与的方式,把吉林大学理论法学研究中心打造成综合性、高水平法学理论研究的学术论坛,在推动高校法学理论课程教学改革的同时,实现法哲学与部门法学的体系性创新。

整理、出版“部门法哲学讲座”的主要目的是为选修这门课程的学生准备一

套学习部门法哲学的参考资料。由于每期讲座是不重复的,因而这套资料可以帮助学生跟踪每一个方向所有讲座的讲授情况,系统掌握部门法哲学的总体结构和相关部门法的法哲学研究的基本问题、前沿问题、研究方法以及相关成果。另外我们也希望以出版的方式给所有感兴趣的学术同仁提供一个了解讲座的窗口,使我们的研究超越一时一地和口头表述的局限而进入学界的视野,接受严谨的学术批评,促使讲座健康成长。我们相信学界存在着有关部门法哲学的不同见解,我们相信我们的工作并非完美。然而,纵使我们的努力不过是为大家竖起了一块批判的标靶,我们也由衷地希望她成为我们走向未来的一个起点,希望凝聚起来的这份关注能够推动中国的部门法哲学研究走向成熟!

在此,由衷地感谢我们团队的每一位成员、每一位讲授人,他们不辞劳苦,接受这样一项极具挑战性的工作,把部门法哲学讲座排进紧张的个人日程,之后,又被每学期一轮的讲座赶得马不停蹄。

学术不是一个人的事业,众人拾柴火焰高,没有来自众多个人的付出,便不可能有昨天、今天和明天的学术进步。为了中国法学的明天,请为这种真实的付出鼓与呼!

编者

2005年3月15日

法学研究
PDG

部门法哲学的属性和方法

(代序言)

张文显*

最近 20 年,无论是在国外,还是在国内,部门法哲学(或如西方学者所称的“应用法哲学”,“applied legal philosophy”)的研究和教学活动日渐活跃,正在成为法学领域的亮点。部门法哲学已经成为现代法哲学体系的重要组成部分,对法学领域经典的、重大的、前沿的、疑难的问题的研究正在成为推动法学理论创新和发展的巨大动力。

在开展部门法哲学研究和教学的过程中,无论是法理学者,还是部门法律学者,均遇到很多认识论、方法论或研究路径方面的困惑,其中关于部门法哲学的属性和研究方法是经常被提起、却从未系统回答的问题。这里,仅就这两个问题发表一些观点,以期与广大读者交流,并共同推动部门法哲学的繁荣与发展。

一、部门法哲学的属性

大约 10 年前,我在为美国哲学家、法学家迈克尔·D. 贝勒斯的部门法哲学专著《法律的原则——一个规范的分析》中文版所作的评介中指出:“在当代西方法学研究中,法哲学(法理学)研究逐步扩大和深入至具体法律领域,出现了一批从法哲学(法理学)的层面、用法哲学的方法探讨部门法中的一般原则和原理的论著。这些论著提供了对部门法的伦理基础、价值基础、社会基础及其发展规律的哲学反思,构成把法哲学与民法、刑法、宪法、程序法等部门法学连接起来的中间学科。”^①这本译著对我国学者开展部门法哲学研究产生了一定推动作用。它出版后,我国部门法哲学研究异军突起、方兴未艾,除了法理学者关注部门法哲学之外,刑法学者陈兴良教授出版了《刑法哲学》,民法学者李锡鹤出版了《民法哲学论稿》,行政法学者宋功德出版了《行政法哲学》,等等。还有更多学者出版了未冠以“法哲学”词语、但着实属于部门法哲学的论著。我本人也积极倡导开展部门法哲学研究和教学,我所就职的吉林大学理论法学研究中心在法学理论、

* 吉林大学理论法学研究中心主任,教授,哲学博士。

① [美]迈克尔·D. 贝勒斯著,张文显等译,中国大百科全书出版社 1996 年版,封底。

法律经济学等学科点设置了部门法哲学研究方向,成立了部门法哲学研究机构,为研究生和高年级本科生开设了部门法哲学讲座课程(这门课程被学生们称为“高水平研究型课程”)。2004年我们与中国政法大学诉讼法研究中心共同策划、举办了“部门法学哲理化”学术研讨会,其宗旨是推动部门法哲学研究和教学。这些新的发展使得我们去认真思考部门法哲学的属性问题。经过与学术界同仁的交流、对话与论辩,我倾向于把部门法哲学界定为法哲学的分支学科,或法哲学的一种特殊形态,就是说部门法哲学与部门法律学对应,属于法哲学的范畴。

把部门法哲学定位于法哲学范畴,其主要理由在于:

第一,法哲学与法律学是对应的学科范畴。以我的理解,法哲学是法的一般理论、法学的基础理论、法学的方法论、法学的价值论(法学的意识形态),当我们将一种研究称为“法哲学”的时候,它必须符合法哲学的这些质的规定性。而我所说的“法律学”则是在三重意义上讲的。(1) 法律学是法律科学。科学与哲学对应。就一般意义来说,科学是以世界的某一领域、某一方面、某一层、某一问题为对象,哲学则是以整个世界为对象;科学提供关于世界的某一领域或方面的“特殊规律”,哲学则提供关于整个世界的“普遍规律”;科学研究的方法带有“工具性”、“技术性”,哲学的方法则是方法论,即关于方法的哲学基础。科学与哲学的这些区别也是法哲学与由民法学、商法学、经济法学、刑法学、诉讼法学、宪法学等法学部门构成的法律学的区别所在。(2) 法律学是“律学”。这里借用了中国古代的“律学”概念。“律学”亦称为“刑名律学”、“注释律学”等,是根据儒家学说对以律为主的成文法进行讲习、注释的法学。尽管它也涉及立法原理和法律适用问题,如关于礼与法的关系、释法与尊经的界限、条文与法意的联系、律例之间的关系、定罪与量刑、刑罚的宽与严、肉刑的存与废、刑名的变迁以及诉讼和狱理等,但其聚焦点是从文字上、逻辑上对律文进行阐释。传承成文法传统的当今中国的部门法学就其基本特征来说,仍可归结于“律学”或“注释律学”的范畴。(3) 西方近代法学分化为理论法学和应用法学(部门法学)以来,法学中的民法学、商法学、刑法学、诉讼法学、宪法学等法学部门通常都把法律看作一套规范体系,并采用经验实证或逻辑实证的方法去注解、分析、解释法律规范的含义及其适用范围,一般被称为“实证法学”。实证法学是关于法实际上是什么的知识,实证法学最基本的观念是:法律科学是一种依赖于经验的认知形式,其对象是实在之物,即由立法机关制定或由司法机关认可的实在法;法律规范的效力并不依赖于它的内容是否符合某种正义标准、道德标准或其他任何先验标准,而且它从根本上反对关于法律正确性的种种形而上学。^①

^① N. MacCormick and O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law—New Approaches to Legal Positivism*, P. D. Reidel Publishing Company, 1986, pp. 116~117.

第二,部门法哲学研究,无论是法理学者进行的研究,还是法律学家进行的研究,其理论资源、研究方法、研究范式和理论关怀,主要是法哲学的或来自法哲学。正如澳大利亚法哲学家在由其总主编、由 Ashgate Publishing Company 出版的应用法哲学(Applied Legal Philosophy)丛书的序言中所说,应用法哲学是这样一些著作:它们采用理论方法(theoretical approach)去研究法律的特殊领域或特殊方面,或者以聚焦法律环境中的道德关怀或政治关怀的方式来处理法的一般理论问题。应用法哲学在研究方法上具有哲学属性,同时又以法律知识为基础,致力于对现实法律和法律制度的批判和改革。^① 部门法哲学固然可以划分为宪法哲学、行政法哲学、刑法哲学、民法哲学、商法哲学、环境法哲学(生态法哲学)、诉讼法哲学、国际法哲学等,在这个称谓上,似乎可以说它们分别属于各个部门法律学,是某个部门法律学的组成部分。但是,作为一个统一的、共同的称谓,部门法哲学是法哲学的延伸。可以说,部门法哲学的反思性研究必须运用法哲学的理论框架,采用法哲学的研究范式和方法。

当下,困扰部门法哲学发展的因素之一,是一些部门法律学者把部门法哲学作为部门法律学研究的一部分,试图用部门法律学自身的理论资源实现对部门法律学的基本范畴、基本原理、基本命题的批判与重构,因而其研究成果带有太多的部门法律学的痕迹,缺乏理论升华和突破。毋庸置疑,部门法律学的理论空间对于其自身的反思是十分有限的。应当清楚地看到,在涉及某一或某些法律存在的合法性或价值基础、各个部门法的基本原则、部门法律学基本命题的反思及前提批判这样一些根本问题上,部门法律学难以为提供反思及前提批判所需的参照系。部门法律学自身的理论空间不足以容纳对其自身的批判的展开。因而,部门法哲学的研究必须跨越各个法律部门和部门法律学的樊篱,寻找更加开阔的理论空间。这个理论空间就是法哲学。

把部门法哲学定位于法哲学的组成部分,并非否定法律学者从事法哲学研究,更不是否定他们既有的部门法哲学研究成果,而仅仅是强调部门法哲学研究主要以一般法哲学的理论为其学术资源,以法哲学的研究方法和范式作为其方法和范式,部门法哲学应当采用法哲学的理论框架和话语系统。部门法哲学是从事理论法学研究和教学与从事部门法律学研究和教学的人们共同的学术空间,共同的学术平台,是把两部分人在知识上团结起来的学术桥梁或学术隧道。需要指出的是,从事法律学研究和教学的学者一旦对自己面对的问题采用法哲学的方法加以反思和追问,他就是超越了常规的部门法律学而进入法哲学领域。正如哲学家孙正聿在论述“构成思想”与“反思思想”的关系时所说:“问题在于:当着人们在各种不同的活动领域中自觉地提出上述的‘前提’问题,并试图对这

① T. D. Campell, *Series Preface*, Ashgate Publishing Company, 2002.

些‘前提’问题进行理论反思和给予理论的解释时,就超越了自己的特定的研究对象和研究领域,而进入到了哲学的问题领域,进行了哲学的‘反思思想’的活动。”^①

尽管法哲学与法律学相对,部门法哲学与部门法律学相对,但是必须明确,法哲学与法律学、部门法哲学与部门法律学水乳交融,将法学划分为法哲学与法律学只有分类学的意义,在部门法哲学领域实际上它们之间的界限已经相当模糊。法哲学的论题一展开,就马上辐射到法律的制度层面和实践领域,而法律学研究深入一步就会触及到法哲学的神经。我们深知,法哲学的学术功能在于概括各种类型的法律制度、各个部门法及其运行的共同规律、基本范畴、共同理论,从而为法律学的教学和研究提供理论依据和指导;我们也深知离开了法律实践和法律学,法哲学将会变成无源之水,无本之木,失却安身立命之地。为此,法哲学必须一方面以法律实践和法律学为基础,总结法律实践的经验和法律学的研究成果并用来深化法哲学基本问题的思考,另一方面必须高于实践、超越法律学,从特殊上升到一般、从感性上升到知性,在从知性上升到理性。同样,法律学如果不关注法律与社会的重大理论问题,忽视法哲学研究及其学术资源,其理论研究和发 展将事倍功半(理论的作用就在于让人们少走弯路),其应用价值亦将大打折扣。^②开展部门法哲学研究,开设部门法哲学讲座课程,就是为了消解法哲学与法律学的人为障碍,消除法哲学与法律学互相脱节的现象,推动法哲学与法律学的密切结合。

二、部门法哲学研究方法

任何科学研究都离不开一定的方法。用于研究工作的方法是否正确和有效,对于科学研究是至关重要的。因为研究方法在很大程度上影响着主体的认知兴趣、课题设计、资料的识别与取舍、逻辑推理的方法以及评价的标准,以至决定着能否完成或顺利地 完成其研究任务。所谓研究方法,就是主体在认识作为客体的客观世界和事物,揭示其本质并阐明其一般规律的实践活动中所遵循的一套原则、程序和技巧。心理学家赫根汉曾经做过一个形象的比喻:研究对象就像是漆黑房间里一件不能直接触摸到的物体,研究方法则是从各个角度投向该物体的光束。对于部门法哲学研究来说,最基本的方法包括语义分析方法,价值分析方法,反思方法。

(一) 语义分析方法

语义分析,亦称语言分析,是通过分析语言的要素、结构、语源、语境,而澄清

① 孙正聿:《哲学通论》,辽宁人民出版社1998年版,第149页。

② 参见张文显:《新时代新阶段的中国理论法学》,载《法制与社会发展》2004年第1期。

语义混乱、求得真知的一种逻辑实证方法。这种方法来源于语言学哲学,即语义分析哲学。

语言学哲学是现代西方分析哲学中的一个颇具魅力的流派。语言学哲学重视语言对哲学的影响,把哲学问题归结于语言问题,认为哲学上的混乱、争论、错误产生于语言的含糊不清或者对语言的误用、滥用,因而哲学的任务是对语言进行语义分析,揭示语言的确切涵义和意义,指明语言的正确用法和规则,以消除哲学上的混乱,以至消除这些哲学难题本身,或者说是“恢复哲学语言的健康”。对语言的这种语义分析即使不是哲学研究的总目标,至少也是哲学研究的出发点。用其主要创始人和代表人物维特根斯坦的话说,就是“不弄清语言的意义,就没有资格讨论哲学”。

语言学哲学创立的语义分析方法不仅对于解决哲学问题具有一定的意义,而且对于其他知识领域解决自身的问题也具有不可忽视的意义,因为要富有成效地进行科学研究,就不能不首先了解我们使用的语言工具。语言是人类描述事物、表达感情、交流思想的工具,是人类思维的直接现实和思想的物质外壳。任何思想理论的形成与传播,如果离开了语言这个工具,就无法实现。语言不仅表达思想,它还调整、塑造、限制思想。因而对任何一种思想理论而言,它的概念是否清楚,内涵是否明确,语言表达是否遵守约定俗成的规则和结构,是否符合时代精神和民族文化,直接影响乃至决定着理论的科学性和实用性。因此,思想家、理论家应十分注意对概念(特别是基本概念)的提炼、阐释,并善于在概念的语源(linguistic origin)、语境(linguistic background)、语脉(linguistic context)中寻求合理的、能够使人们形成共识或可以接受的含义和意义。

语义分析方法格外受到法学家的欣赏和重视。20世纪50年代初,语言学哲学盛行不久,英国牛津大学法理学教授 H. L. A. 哈特(他本人就是语义分析哲学中的“牛津学派”的核心成员之一)就把它引入法学研究,并创立了语义分析法。1953年,哈特就任牛津大学法理学教授时,选择了《法学中的定义和理论》作为他的就职演说的题目。在这篇演说中,哈特指出,几乎每一个法律、法学的词语都没有确定的、一成不变的意义,而是依其被使用的语境(环境、条件和方式)有着多重意义,只有弄清这些语境,才能确定它们的意义。哈特严厉地批评法学中传统的定义方法,指出人们不要抽象地回答“什么是权利?”、“什么是法人?”之类问题,而应当通过弄清这些概念被使用的背景和条件去阐释它们。哈特还引用语言学哲学家 J. L. 奥斯丁的话说:在寻找法律定义时,我们“不是仅仅盯住词……而是也看到这些词所言及的实际对象。我们正在用对词的加深认识来深化我们对现象的理解”。^①他指出法学家不应在定义的脊背上建立法学理

^① H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, p. 14.

论,而应致力于分析法律、法学语言在实际生活中是怎样被使用的。他强调要把语义分析方法移植到法学中,以改善法学的研究方法,解决法学领域的混乱和难题。哈特的就职演说标志着语义分析哲学正式进入法学领域。

在部门法哲学研究中,语义分析方法有其独特的作用和优点:首先,语义分析方法是分析语言的要素、结构,考察词语、概念的语源和语境,来确认、选择或者给定语义和意义,而不是直接采用定义的方法或从定义出发。这有助于克服部门法学当中的“定义偏好”现象。近代以来,特别是欧洲法典化运动以来,部门法学家们习惯于通过定义方法来解决法学的问题,以至出现了“定义偏好”。他们接受知识时通过定义,传播知识时亦通过定义,对所探索的问题,也试图通过提出“毋庸置疑”的定义来解决,用定义代替对活生生的法律现实的研究,致使法学思维表现出严重的封闭性、武断性、保守性和教条性。要知道,定义不过是用简明的语言揭示概念内涵的初级方法。对于仅想对被定义的词语(对象)有一个大致的、概括性了解的人来说,定义可能是个方便的工具。而对于科学研究和法律职业来说,定义是远远不够的,何况有许多定义拘泥于形式主义或固定的模块,全然没有考虑到概念(现象)的本质内容。马克思主义经典作家早就告诫人们,“在科学上,一切定义都只有微小的价值”。^①“所有定义都只有有条件的、相对的意义,永远也不能包括充分发展的现象一切方面的联系。”^②对概念、范畴,“不能把它们限定在僵硬的定义中,而是要在它们的历史和逻辑的形成过程中来加以阐明。”^③由理论和技术构成的语义分析方法正可以克服法学研究中的定义方法的局限性,消除“定义偏好”所导致的不受语境限制,对概念语言、命题采取的随心所欲态度以及学术讨论中的武断作风,减少学术精力的浪费。

其次,在法学研究中,在很多意见对立的场合,在很多沸沸扬扬的论战中,争论的原因和焦点往往是由概念、范畴的歧义引起的。我们常常发现,参与争论的双方虽然使用同一词语,其负载的意义和包容的信息却很不相同,甚至代表截然相反的观念;人们还时常把一些类似的或同一的词语使用于不同的事例。如在关于“公法”与“私法”、“客观真实”与“法律真实”等重大的学术争论中,都伴有语义混乱的问题,致使概念之争旷日持久、莫衷一是。如果参与讨论的双方善于运用语义分析方法,找出同一词语、概念、命题的语义差度,即人们用同一词语所表达的实际思想内容的差别,确认要回答的是什么问题,不是什么问题以及这个(些)问题是否真的存在,有些争论是可以避免或得到澄清与消解的。

复次,由于作为历史文化产物的语言的多义性、法律语言与日常语言的分

① 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1995年版,第423页。

② 《列宁全集》第27卷,人民出版社1990年版,第401页。

③ 《马克思恩格斯全集》第25卷,人民出版社1974年版,第17页。

离、大量法律术语来自西方法学和法律、法律语言在翻译过程中无法实现的架构两个法律世界之意义的困难,我们的法律和法学中有众多法律词语、概念本身就是模糊不清的,大量法律问题是由“语言造成的”。语义分析方法为克服理解上的障碍、弥补立法的缺失提供了现成的工具。这里,我们以“法律行为”概念为例,展示语义分析方法是厘清由于误用语言而造成的困惑。

中文有“法律行为”一词始于日本学者的造词。日本学者借用汉字中的“法律”和“行为”两个词,把德语 Rechtsgeschäft (由“Rechts”和“Geschäft”组成)译为“法律行为”。由于德语中 Rechts 兼有“公平”、“合法”、“权利”等意思,所以法律行为的原初语义是合法的表意行为。在民法学中,“民事法律行为”大都是在这种意义上,即作为“合法表意行为”的等值概念使用的。但是,从 20 世纪 50 年代开始,我国的法学家、尤其是法理学家都是在广义上使用“法律行为”词语的,即把法律行为看作“有法律意义和法律属性的行为”,认为“法律行为按其是否符合法律规范的要求是否一致可以分为合法行为与不合法行为。”^①法理学上法律行为作为合法行为与违法行为的统语由此与民法学上的法律行为概念出现了冲突,这种冲突由于我国《民法通则》规定“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为”而加剧。为了消除这些冲突,有些学者主张用“涉法行为”(指与法律有关和具有法律意义的行为)作为广义法律行为的替换词,还有的学者试图用“法律行为”(狭义)和“法律上的行为”(广义)两个概念来分别表示具有法律意义的行为,就如同民法学界把民法上的行为分为“民事法律行为”和“民事行为”一样。究竟是取消或替换法律行为这一概念,还是用其科学内涵去修正其他的容易引起误解的概念,那就要看谁经得起语义分析。

我们不妨作一语义分析,分析的过程如下:(1)在汉语中,法律行为中的“法律”是用来修饰“行为”的中性定语,指“具有法律意义的”或“能够引起一定法律后果的”,而不是像德语中的“Rechts”指“公平的”、“合法的”、“(主张)权利的”。因此,“法律行为”指称具有法律意义的或能够引起一定法律效果的行为。(2)在法律行为的前面加上“民事”二字,不应改变也不会改变它的语义,因为“民事”(civil)的语义不过是“有关私人权利的”,“民法的”或“民事法律范围内的”。(3)在逻辑上,“法律行为”的对应概念应是“非法律行为”,而不是“无效行为”、“违法行为”,正如伦理学中,道德行为(伦理行为)是与非道德行为(非伦理行为)相对应的。道德行为是指“人们在一定道德意识支配下,表现为有利或有害于社会或他人的行为”,非道德行为指“既不是由一定的道德意识引起,也不涉及自觉有益或有害社会或他人,既无道德意义,也不可能和应当进行善恶评价的

① 孙国华主编:《法学基础理论》,中国人民大学出版社 1987 年版,第 460 页。

行为。”^①(4) 不能因为《民法通则》把“民事法律行为”界定为合法行为,同时用“民事行为”概念与之并行,就要改变一个学理概念的内涵以及采用了这一内涵的其他法律文件。要知道,立法是不能为任何概念“合法化”的。(5) 更何况,《民法通则》关于民事法律行为与民事行为的划分也经不起逻辑推理。按照《民法通则》的文本和民法学家的解释,“民事行为”是包容民事法律行为的属概念,“民事法律行为”是“民事行为”的种概念。对此,王利明等教授解释道:“民事行为是合法的和非法的行为的结合,合法的民事行为即为民事法律行为,而非法的民事行为是无效民事行为。”^②但从《民法通则》第四章“民事法律行为和代理”及其第一节“民事法律行为”的立题和表达方式看,它们的包容关系却完全倒置了,竟把“民事行为”作为“民事法律行为”的下位概念。这是不应该发生的立法技术错误。造成上述错误和混乱的原因在于,当我们通过日本学者移植“法律行为”概念时未能准确地解读德语中的“Rechts”。经过上述分析,消解困惑的出路已经十分清楚,剩下的问题就是是否服从逻辑了。

(二) 价值分析方法

马克思主义哲学是一种实践哲学,因为它强调:哲学家们只是用不同的方式解释世界,而问题在于改变世界。那么,人类为什么要改变世界又应当如何改变世界呢?这样的问题一旦被提出,我们就来到了价值领域。“价值”这一概念之所以重要,就在于它揭示了实践活动的动机和目的。在人类的实践活动中,外界事物与人不仅仅是存在与感知的关系。外界事物作为人类所改造的对象,与人类建立了新的关系即价值关系。在法哲学文献中,价值经常被定义为值得希求的或美好的事物。例如,安全、福利、知识、声誉、德行、人权等都是普通人所希望得到的,因而,它们便被视为价值的存在形态。广义的价值概念还包括人们心目中关于美好事物和理想状态的观念以及关于什么是“正当”的评价标准,即价值准则。运用一定的价值准则去评判、衡量某种事物或状态就形成了价值判断。从价值关系的角度来看,任何一个法律规范都是一种价值准则,因为它作为一种规范必然会要求人们做出某种行为或禁止做出某种行为。在这里,前一种行为被认为是正当的,是有价值的,后一种行为则被认为是非正当的,是无价值的或负价值的。法作为调整社会生活的规范体系,它的存在本身并不是目的,而是实现一定价值的手段。也就是说,社会中所有的立法、执法和司法活动都是一种进行价值选择的活动。当立法者们为人们确定权利义务及其界限的时候,他们实际上就是力图通过保护、奖励和制裁等法律手段来肯定、支持或反对一定的行为,从而使社会处于一种在立法者看来是正当或理想的状态。当一个法官在解决法

① 罗国杰等:《伦理学教程》,中国人民大学出版社1985年版,第350页。

② 王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》上册,中国政法大学出版社1988年版,第383页。

律纠纷时,他实际上就是适用法律所提供的价值准则在冲突的利益中做出权威性的选择,因此,他可以用减少或剥夺某些人的财产、自由、安全和生命的办法来增加或保护另一些人的财产、自由、安全和生命。正因为法与价值之间有着这种不可分割的联系,所以,价值分析就不能不成为部门法哲学研究的重要方法。事实上,任何一个法学家在提出或回答部门法哲学问题的时候,都渗透着某种价值理念,都表现出某种价值取向。

在部门法哲学研究中强调价值分析方法,首要的目的在于克服部门法哲学研究中比较流行的工具主义、技术主义和教条主义及其造成的弊端。其次在于校正被扭曲的或滞后社会发展的价值标准。

将价值分析方法运用于部门法哲学研究时,我们注意到价值分析方法包括价值认知和价值评判两个方面或两个阶段。价值认知是以法律原则所蕴含的价值属性或法律学说所代表的价值取向为对象的,直接目的是力图揭示出法律原则或法律学说的价值面貌。价值评判则是按照一定的价值观念对法律原则的价值意义或法律学说的价值取向进行的评价和挑战。

作为统一的价值分析的两个方面或两个阶段,价值认知与价值评价是互相联系的:价值认知是价值评判的前提和基础,价值评判则是价值认知的动因和归结。如果我们要对某一法律原则或法律学说内含的价值属性做出评判,一个不言而喻的前提就是首先要知晓该原则或学说所内含的价值因素是什么。否则,价值评判就会因为失去其对象而变得毫无意义。而我们之所以要对法律原则或学说具有的价值因素和属性进行认知,又在于我们要通过这种认知,对该原则或学说是否体现我们的利益、以及能在多大程度上满足我们的利益做出评判,进而做出相应的调整。

(三) 反思方法

部门法哲学秉承哲学的“反思”方法,以反思的思维方法不断地更新法学的思维,深化对法律的认识,引导人们的法律实践。

反思,顾名思义,就是复而思之,反过来而思之。用哲学家的专业语言来说,就是“思想以自身为对象反过来而思之”。^①作为一种思维方法,一种哲学方法,反思的特点在于它把既定的思想和认识作为再思想、再认识的对象,特别是在于通过对思想和认识据以形成的那些“前提”(无论是感性的前提,知性的前提,还是价值的前提)的批判而提升或变革人们的思想和认识。如果说,法律学的直接思想对象是具体的法律条文、法律制度、法律运行等法律现实,那么,法哲学的反思对象(直接的研究对象)则是法律学的思想,即法学家的认知活动及其成果(概念、理论、法律化的法学原理等)。这就是反思的法哲学与实证的法律学的区

^① 孙正聿:《哲学修养十五讲》,北京大学出版社2004年版,第237页。

别与分工。

将反思方法运用于部门法哲学研究,首先引导人们在肯定部门法律学认知成果的同时,对部门法律学的概念、理论和原理等认知成果保持怀疑态度和质疑意识。这些概念、理论和原理是否体现与法律存在和发展的同一性,尤其是引导人们对部门法学的认识“前提”,即规范法律学家思想内容、思想方式、思想热点的那些“逻辑支撑点”(思想的根据和原则),做出大胆的怀疑和质疑。部门法律学当中有许多这样的“根据”和“原则”实际上并非不证自明,更不是天经地义的,而是可疑的、可批判的。

与怀疑和质疑这种“消极性的”反思相比较,批判则是更具积极性,是一种更为“积极的”反思。所以,哲学家们往往用批判来修饰和表征“反思”,将反思叫做“批判的反思”。马克思提出,辩证法总是“在对现存事物的肯定的理解中同时包含对现存事物的否定的理解”,“对每一种既成的形式都是从不断的运动中,因而也是从它的暂时性方面去理解”,“辩证法不崇拜任何东西,按其本性来说,它是批判的和革命的”。^① 法哲学研究中的反思方法更是决定了它的批判本质和批判精神,它要求法学家用批判的眼光揭示和对待人类已经形成的全部法律思想,对待每一种法律观点,每一种法学理论体系,每一个研究范式和学术流派,试图通过敏锐的批判达到深刻的理解。作为辩证法的批判,其目的不是去否定一切,不是任意放纵,而是使人们的认识更加接近实际;实践更加符合客观规律。

当前,我们正处于社会转型期,正面临以政法体制改革、法律体系重构、法律精神转换、法律国际化(全球化)为主要内容的新一轮法制变革,社会转型和法制变革都要求法学家更加关注和自如地发挥法哲学的批判功能,即法哲学解放思想、推动法学和法制与时俱进的功能。

反思方法也是一种追问方法,在某种意义上,反思就是追问。无论是对于现行的法律原则、规则,还是对于既有的理论判断和结论,都应当追问。通过追问,发现更深层次的东西,一种我们还没有认识到的、处于朦胧状态的因素;通过追问,发现既有概念和理论的内在矛盾,并加以修正。这里,以宪法第22条修正案为例。它规定“公民的合法的私有财产不受侵犯”,“国家依照法律规定保护公民的私有财产权”。对此,我们可以做出如下追问:(1)什么是私有财产?首先是“财产”的概念。财产意味着“被占有的物”(Something owned)还是“拥有法律所有权的物”(Something to which its owner has legal title)?是“实际的占有、拥有”的物,还是“虚拟的占有、拥有”的物?“物”仅指“有形物”,还是包括了“无形物”(copyrights and trademarks等);如果包括“无形物”,那么对无形物的占有与对有形物的占有在性质、方式、价值等方面的差别何在?(2)这里的“法”与

^① 《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第218页。