

法律与中国

—法学理论前沿论坛

(第四卷)

邓正来 主编

中国政法大学出版社

D90-53
27
:4

法律与中国

—法学理论前沿论坛

(第四卷)

邓正来

主编

蔡宏伟

刘雪斌

副主编

中国政法大学出版社

北方工业大学图书馆



00575075

图书在版编目(CIP)数据

法律与中国:法学理论前沿论坛/邓正来主编. —北京:中国政法大学出版社,
2004. 12

ISBN 7-5620-1039-0

I. 法... II. 邓... III. 法律-研究-中国-文集 IV. D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 137819 号

书 名 法律与中国

—法学理论前沿论坛(第四卷)

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

开 本 787×960 1/16

印 张 38.5

字 数 570 千字

版 本 2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-1039-0/D·989

定 价 44.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)

电子信箱 z5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

法学理论前沿与中国法学的发展

——序《法律与中国：法学理论前沿论坛》（第四卷）

◎ 邓正来*

“法学理论前沿博士论坛”到今年已经是第四届了，张文显是这个“论坛”的创始人。当然，它也是由吉林大学理论法学研究中心主办、法学理论专业博士生导师及特邀专家共同主持、每届博士生轮流组织的一项制度化的重大学术活动。“论坛”的宗旨主要是为法学理论专业的博士研究生们创造一个自由、开放、严谨的学术环境，以培养出具有高水平的法学理论人才。

就“法学理论前沿博士论坛”的实践而言，我个人认为，我们至少必须直面这样几个重要的问题：

第一，什么是法学理论的“前沿论题”。对这个问题的回答，可以说在很大的程度上决定了“法学理论前沿博士论坛”在中国法学发展中所可

* 吉林大学理论法学研究中心教授；《中国社会科学评论》、《中国书评》主编。

能具有的意义。因此,我认为我们有必要在讨论这个问题的时候首先征引这个“论坛”的创始人文显兄对这个问题提出的看法:(1)“法学理论的前沿问题一般来说就是法律的实践前沿在理论上的反映或表现,归根结底,是当代中国及世界经济、政治、科技、文化、社会生活的理论反映或表现。”(2)“法学理论的前沿问题一般来说是法学研究和学术争鸣中的热点问题,而热点问题必然被法学界普遍关注、广泛讨论、持续争鸣。”(3)“法学理论的前沿论题一般来说具有解放思想、更新观念、开拓创新的意義,因而代表或预示法学的发展方向、发展趋势。”(4)“法学理论的前沿论题一般都包含(明示或隐含)着更具涵盖性、启智性的概念,或体现时代特征和时代精神的新话语、新命题。”(5)“法学理论前沿论题一般来说具有全局性、复合性、多边性。”(6)“对前沿问题的研究一般来说需要研究者有新的视野、新的境界,采取新的思维、新的参照、新的方法,以形成新的概念、新的观念、新的理论或理论体系。”〔1〕

显而易见,文显兄的上述观点从整体上来看是相当全面的,而且每一要点都具有它的意义。但是,考虑到“法学理论前沿博士论坛”所面对的成员绝大多数将成为中国法学的新鲜血液,考虑到中国法学在当下的发展境况,我本人更愿意强调文显兄所指出的上述第一要点,并对它做出一些更为详尽的讨论。

首先,法学理论的前沿问题虽说是当代中国及世界经济、政治、科技、文化、社会生活的理论反映或表现,但是值得我们注意的是,中国法学理论的前沿问题却未必就是西方或其他法域的前沿问题,因为法学前沿问题在不同的特定文明时空中是不尽相同的,或者说不同的特定文明时空中的法律人所面对的前沿问题乃是不尽相同的。对这个问题的强调,实际上是在一个较为基本的层面上要求参与“法学理论前沿博士论坛”的博士生尽可能以中国法学的前沿问题作为自己的研究对象,并通过这样的研究去提升中国法学的水平,进而为世界的法学做出中国法律人的贡献。

〔1〕 张文显:“序《法学理论前沿论坛》(第一卷)”,载《法学理论前沿论坛》(第一卷),中国科学出版社2003年版。

其次,有关法学理论的前沿问题是当代中国及世界经济、政治、科技、文化、社会生活的理论反映或表现这个观点,实是以“理论前沿和实践前沿这两个前沿是一致的、同步的,互为折射的”观点^{〔1〕}为其基础的。考虑到这个问题关涉到我们对法学理论前沿论题的辩识和界定,因此我们有必要对它做进一步的追问。毋庸置疑,上述观点乃是以理论问题的建构是社会生活的理论反映为其基本预设的。在我看来,从知识类型的角度讲,这项预设是可以成立的,因为描述或解释社会生活的理论甚或源于社会生活的理想型理论都可以被归属为这项预设所指向的那类理论或理论论题。但是,正是在这个意义上讲,这种类型的理论或理论论题并不能够含括其他各种类型的理论或理论问题,至少无法含括那种依循于理论脉络而产生的且与实践前沿问题不涉的理论或理论论题。我们并不只是关注社会生活中的各种问题,而毋宁是在努力达致某种理想的图景或目标的过程中关注这些问题的,而要做到这一点,就必须有我所谓的那种依循于理论脉络而产生的且与实践前沿问题不涉的理论或理论前沿论题作为我们的思想支援。一如卡多佐所说:

“我不想夸张地说,法哲学或者其他哲学是探索文化价值或思辨旨趣的。……我关注的是哲学与生活的关系。一个法律学生在开始入门时,我们就应当让他深切地体会到这一关系的重要性。你们可能认为,哲学玄而又玄,高在云端。我却希望你们明白,她也可以入乡随俗,亲切可人。你们可能认为,停止前进、向她求爱,是不务正业,是浪费宝贵的时间,而应埋头赶路。我却希望你们和我一样坚信:你们正在通往目标的路上。在此,你们将找到开启门闩与暗码的钥匙,而粗制滥造的工具则永远不可能要图打开它们。你们可能认为,追求终极观念的理论与实践完全搭不上边。你在刚刚开始职业生涯时,这或许是真的。碰上更重要的问题时,你却可能最终发现,不是研究基

〔1〕 张文显:“序《法学理论前沿论坛》(第一卷)”,载《法学理论前沿论坛》(第一卷),中国科学出版社2003年版。

基础知识徒劳无益，而是除了研究基础知识，几乎不可能获得任何有益的东西。”〔1〕

需要指出的是，对这个问题进行探究的目的实是在一个较深的层面上要求参与“法学理论前沿博士论坛”的博士生也尽可能地去关注一些与实践前沿问题不涉但却依循于理论脉络而产生的前沿问题，并经由这样的努力去促进中国法学的发展，进而为人们回答实践前沿问题提供更具助益的理论工具。

第二，也是最为关键和棘手的，“如何发现和建构”我们所说的法学理论前沿论题。这个问题之所以关键，乃是因为这个问题解决的好坏会在根本上影响我们是否能够达到“法学理论前沿博士论坛”所旨在达到的目的。这个问题之所以棘手，实是因为它在本质上是一个实践性问题，因此，我们就这个问题所做的任何关于“前瞻性、独创性、批判性、反权威性以及建设性”的言说都极容易变成“纸上谈兵”的说教；但是，这个事实的存在并不意味着我们毋需对这个问题做出严肃的思考。

我个人认为，就认识和解释“如何发现和建构法学理论前沿论题”这个问题而言，比较妥切的方式是关注学术研究最基本的要求，因为发现和建构法学理论前沿论题本身就是学术研究的一个部分。从中国法学研究的角度来看，我以为，最急需的也是最基本的要求便是我所谓的“回到经典”。当然，我们之所以必须努力“回到经典”，乃是因为我曾经指出的两项“知识铁律”所致。〔2〕

第一项“知识铁律”乃是有关知识传统与知识增量的关系的铁律。我认为，人类在学术方面的知识都是从我们既有的学术传统中生长和发展起来的，离开了既有的学术传统，知识增量的问题也就不存在了。诺齐克的理论在一定意义上可以被视作是对洛克理论的增量，哈耶克的理论基本上

〔1〕 卡多佐：《法律的成长、法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第15-16页。

〔2〕 参见拙文：“中国法学的重建：建构与批判”，《吉林大学社会科学学报》2003年第5期。

可以被视作是对苏格兰启蒙运动及休谟等人理论的增量，罗尔斯的理论主要可以被认为是对康德理论的增量，而今天的社群主义则在很大程度上可以被视作是对柏拉图和黑格尔理论的增量。离开了先哲们经由个人智性努力汇合而成的学术传统，有什么理据可以使我们宣称我们自己关于所谓前沿论题的观点不是先哲们已然详尽阐释过的论题呢？我们除了实际效用以外又可能从何处去获致我们对我们的观点的评判标准呢——而我们知道实际效用绝非惟一也绝非最重要的知识评判标准。我们又如何能够知道我们的先哲们已经讨论了什么论题，或者说我们又如何能够知道我们应当从哪里出发呢？我们又根据什么宣称我们对我们的所认为的前沿论题所做的思考和研究是对中国法学或世界法学的一种贡献呢？因此，我认为，有关知识传统与增量的关系的“知识铁律”，要求我们的博士研究生在进入“法学理论前沿博士论坛”之前必须努力回到经典，并通过这一努力而知道我们自己知识工作的性质和方向。

我所谓的第二项“知识铁律”是有关知识限度与批判的关系的铁律。我认为，我们围绕着“法学理论前沿博士论坛”所从事的工作乃是一种知识生产的工作，而不是宣扬或捍卫真理。众所周知，知识一定是有其限度的，而知识的限度主要是由我们人的理性所具有的构成性限度所决定的。正是对知识限度的承认，内在地建构起了知识与批判之间的关系。我们当今所拥有的所有的理论知识都是对人与社会之间的各种关系以及它们赖以存在和扩展的正当性的认识，因此知识所具有的那种构成性限度就为我们对此前的任何知识进行批判提供了可能性。更为重要的是，只要我们还试图通过“法学理论前沿博士论坛”去更深刻且更适当地理解和解释人类社会生活现象，那么知识所具有的那种构成性限度就还为我们对此前的任何知识进行批判提供了必要性。据此我们可以说，我们必须“回到经典”并对各种经典构成的各种学术传统进行批判，而且惟有在这种“内在批判”的过程当中我们才有可能比较确当地发现和建构起我们当下生活世界中的各种法学理论前沿论题。

显而易见，上述有关“什么是法学理论的前沿论题”和“如何发现和建构法学理论前沿论题”这两个问题的探究，似乎给“法学理论前沿博士

论坛”提出了很高的要求。按照我个人的理解,“法学理论前沿博士论坛”设立本身就已然确立了如此高的要求:一方面,将“法学理论”与“前沿”勾连起来,其目的就是要鼓励博士生在法学研究方面追比圣贤或为天下先,或者就是要促使博士生在他们的学习和研究过程当中养成一种追比圣贤或为天下先的意识和品格;实际上,中国法学在当下所特别需要的也正是这样一种追比圣贤或为天下先的意识和品格。另一方面,“法学理论前沿博士论坛”虽是一种要求颇高的知识增量的努力,但是它却并不是一次性终结的作业,而是一种开放性的、严肃而艰苦的过程;换言之,“法学理论前沿博士论坛”实际上是一个需要无数届博士生和导师们用共同的智性努力去支撑和实现的渐进过程。

正是在上述意义上讲,本书所汇集的2003级博士生的文字只是这个过程中的一次努力,而且是在此前三届博士生努力的基础上做出的一次努力。希望“法学理论前沿博士论坛”或这个开放且严肃的努力过程能够把更多的法律人带进法学理论的前沿,能够推动法学界内部以及法学界与其他学科之间的交流与对话,甚至能够领中国法学发展的风气之先。这既是我应允主编《法律与中国》这套文集的初衷,也是我对“法学理论前沿博士论坛”的期待。

2004年10月
于北京北郊未名斋

目 录

法学理论前沿与中国法学的发展

- 序《法律与中国：法学理论前沿论坛》(第四卷)\ 邓正来…………… (1)

分工与秩序的关键展开

- 哈耶克思想的可能路数 …………… 周红阳 (1)

对两种“内在理路”解读方式的比较研究

- 评《分工与秩序的关键展开——哈耶克思想的可能路数》
…………… 张 琪 (22)

自由社会的宪政模式：哈耶克的自由立宪主义理路初探…… 刘小平 (34)

研究哈耶克宪政模式的几点关键性指出

- 评《自由社会的宪政模式》…………… 汤善鹏 (59)

当代西方后现代法理学的理论与方法论

——评《关于法律文化概念的再思考》……………朱 振 (75)

有益的启示：后现代主义的建设性向度与法理学

——兼评《当代西方后现代法理学的理论与方法论》……………刘雪斌 (104)

对“活法”理论的初步研究……………邹立君 (131)

也谈“活法”理论

——评《对“活法”理论的初步研究》……………袁 雪 (162)

关于法律文化概念的再思考……………李 强 (169)

一项尚未完成的研究工作

——评《关于法律文化概念的再思考》……………蔡宏伟 (190)

社会团体法治功能的一般理论分析……………庞 正 (198)

市民社会理论框架中的社会团体及社会团体的法治功能

——评《社会团体法治功能的一般理论分析》……………武红羽 (240)

二元体系中契约概念的互动……………资 琳 (251)

对契约概念的再思考

——评《二元体系中契约概念的互动》……………李 剑 (272)

公共财政模式的法哲学解读……………唐清荣 (282)

公共权力运行法治化的困境与出路

——兼评《公共财政模式的法哲学解读》……………刘景辉 (316)

现代立法程序的作用及其局限

——一种基于法理学上的探讨……………汤善鹏 (329)

搁置实质正义，解读立法程序中“皇帝的新装”

——评《现代立法程序的作用及其局限》	牛艳滨 (351)
权力的权利化	
——建构高校与学生法律关系的一种视角	王立峰 (362)
高校权力的法律规制	
——兼评《权力的权利化——建构高校与学生法律关系的一种视角》	冯 娜 (391)
兼容论：包容性实证主义法学视野中法律与道德的一种可能关系	
——评《关于法律文化概念的再思考》	曾 莉 (406)
必也正名乎！——包容性实证主义法学的“正名”意识	
——评《兼容论：包容性实证主义法学视野中法律与道德的一种 可能关系》	淳于闻 (430)
权利：作为一种叙事	
——对权利之客观性的一种反思	金 星 (443)
法律实证主义传统中的批判理路	
——兼评《权利：作为一种叙事——对权利之客观性的一种反思》	郭 欣 (466)
论作为民事诉讼法基本原则的调解与民事诉讼调解的原则 ...	
价值·目的·制度：对诉讼调解原则的法理分析	李全文 (476)
——评《作为民事诉讼法基本原则的调解与民事诉讼调解的原则》	庞 正 (498)
知识、人文性与知识产权	
——知识产权人文性的一个初步考察	饶明辉 (511)

反思当代中国法律渊源

——以实证法为分析对象 刘 剑 (528)

土地制度与农村社会保障

——基于制度变迁和制度选择的法理学思考 王佳慧 (549)

对证据法学理论基础的再思考 杨 波 (583)

分工与秩序的关键展开

——哈耶克思想的可能路数

◎ 周红阳*

也许一开始就要提问的是，假如哈耶克的思想十分单纯，在并非漫长的学术生涯中一以贯之的关切只是为了一个单一的目标，那么哈耶克的学术思想是否就只应、也只能在一个相同的学术路径上来解读？或者说，哈耶克的核心问题是否就关闭了其学术论说的张力？哈耶克学术思想的开放性是被其自身，还是被作为哈耶克论著解释者的研究者捆绑住的呢？在这里，无需引述现代西方解释学的论调来辩驳什么，只是以为，就哈耶克作为西方自由主义或政治哲学领域中的一位极为重要的人物而言，其理论确实可以放入、事实上也已经被放入这一题域经受众多论者的捍卫和批判，但是这样的辨析不等于一条解释的应然之路的确立，也不意味着已经锁定了哈耶克学术思想的内在繁复性所引发和决定的可能路数。当然，这里并不是也无意要重述，或重新设定（以本文写作之中关涉到的哈耶克学术思想之中所可能隐藏的问题为依据）哈耶克学术思想中的整体贯穿性问题或

* 2003 级法学理论博士研究生

“终身问题”，虽然“终身问题”的是否存在总是要引起疑问的；而只是在一个不同的学术路数上来彰显，比照出哈耶克学术思想中的一个学术面相，甚或仅是一种可能的误读的学术面相。之所以要作出如此限定，这本身是由于知识总是需要在众多殊异的不同方向尝试的积累中推进。因此可以说，本文的写作旨意只是一种有意识进行的尝试，即主要在于揭示哈耶克学术思想之中所可能隐藏的问题在某一特定的学术系谱中的脉络，或其归属，而这一问题的具体内在构建则只略加分梳。

—

在当今中国对于哈耶克学说的论读中，如果说以邓正来先生的研究来划界，则之前的哈耶克思想的解释正有如邓正来先生在其论著之中所行批判的，在其之前的中国论者常常是采用“意识形态”方式来处理哈耶克思想，基本上旨归于“意识形态”题域内或论述方式上的宣战。经常性的论述是将哈耶克送入到一个很大的场景内，即资本主义与社会主义的意识形态大论战内来加以规范和型构。当然，之所以在解读哈耶克的研究性文字当中出现了这样的情况，这与哈耶克自身的思考论著具有根本性的关联。哈耶克终其一生的学术研究，似乎都是在不停地与其对手们论战，晚年的综合性论著《致命的自负》的副标题就是“社会主义的谬误”，更是足以标识出其学术思想的中心和重要指向所在。但是，就在这种文字之下，或者哈耶克有意识地进行论述的文字之下，研习者固然可以捕捉到哈耶克论著或学术思想中所针对的“现时性问题”（如果将上述问题称作“现时性问题”的话）之所在。然而，也正是哈耶克所着意表明“现时性问题”和其文字，才颇具迷惑性地将阅读哈耶克学术论说的研究者带进了“现时性问题”之中，使得跟随者的思考重心自然而然地基本上只是落在了“现时性问题”之间，以至于忽略了哈耶克学术思想之中可能隐含的，对于其学术理路上所依循的历史脉络之中某个或某些“历时性问题”（以此与“现时性问题”相比照）或经典性问题的回答或再行思考，也即是说，忽略了哈耶克在新的“语境”下，对于隐蔽了某个或某些先前的“历时性问

题”或经典性问题的“现时性问题”的回答。

如果说对于这种类型的哈耶克思想解释，此处无意也无须多加关涉，那么对于邓正来先生的哈耶克思想研究，就其与本文言述相关联之点，则需略予申述。不得不提醒的是，这样的申述并非评论，因此没有去作细致的“文本”分析，而只是一种极为粗略的宏观式勾勒，尽管这种申述似乎多少得带有一点评论的味道，且甚至很可能是作为一种“误读”性的结果而展露出来。

也许任何学术上的真正思考都必须依托于一定的学术背景。就邓正来先生的哈耶克思想研究来论，背对着的是哈耶克思想解读的“意识形态”方式图景内的由现代性的延续和后现代论述的质疑所构成的“复合性”时代这样一种极为繁复的境况，这一点也是先生在哈耶克思想研究的文字之中所明言了的。有了如此一来的必定性铺垫，先生的论述在有意识或无意识之中行进所夹带的目的就是要展示出一个真正的或者学术性的哈耶克思想“镜像”。但这样就难以避免地使得先生的研究存有了一种限定性，即处在与设定的目标相关联之中的带有辩驳性的路径上进行研究。虽然作为一位相当优秀的研究者，邓正来先生的哈耶克思想研究未曾围绕着先前的“伪”哈耶克思想解释展开研究视野或未曾被后者牵引和锁定，然而先生的研究性文字之中还是有一部分落在了相似地，或许是学术“路径依赖”意义上的论述框架之中，即“现时性问题”的构架内。其实，对于这样的一种危险，邓正来先生并非没有意识到。紧紧相系于哈耶克自由主义理论的研究，先生有一个研究计划的“交待”，不但要疏理从休谟到哈耶克的自由主义理论进路，也要疏理从康德到罗尔斯的自由主义理论脉络，而后者也是对哈耶克思想研究的继续和深化。正是在这里，邓正来先生即已经表明了其研究性“视域”的宽广性，“现时性问题”方向上的研究只是一种暂时性的策略。而在此不能忽略的是，以上所述的缘由实质上也是嵌合在当今中国的哈耶克思想研究的开创性阶段这一具体“语境”之中的。邓正来先生的当前哈耶克思想研究基本上是“研究性”翻译道路上的开拓性引介、研究与批判。

因缘于此处所述之数端，邓正来先生的哈耶克思想研究就主要着力于

对“哈耶克自由主义及其建构过程中的各种问题进行厘定和分析”^{〔1〕}，甚至可以说是“为了对哈耶克这一脉理论中所存在的一些基本问题或开放出来的问题进行检讨和批判而做的前提性准备”^{〔2〕}作业。于是在邓正来先生的哈耶克思想研究的文字中，最为常见的是将哈耶克陈述和论析问题的脉络摆放在“建构论唯理主义”与“进化论理性主义”的对照中凸显的，即在哈耶克的学术内在理路的阐述上，由两个方向来展开，一是表明他对“法国启蒙运动传统”所表现出来的“建构论唯理主义”框架的批判，一是标示哈耶克对那种由一些苏格兰道德哲学家所明确阐明的“进化论理性主义”解读的继承。这样的两分框架在先生的研究性文字之中，总时隐时现的贯穿于哈耶克学术思想解读的字里行间，或者说基本上支配了对于哈耶克的研究性文字，即使是将哈耶克的学术思想放置在奥地利经济学派的论述脉络中也同样没有躲避开上述两分框架的纠缠，这即标示着先生的哈耶克学术思想研究是要对其中可能隐含的，对于其学术理路上所依循的历史脉络之中某个或某些“历时性问题”或经典性问题的捕捉或思考。但正是有鉴于上述的缘由，先生并没有对这一两分框架中的问题脉络进行过多的深入细致分析。由此再进呈一步，在与上述既单纯又复杂的思想追求相联系的路向上，有时甚至为了与采用“意识形态”方式来处理哈耶克思想的中国论者相针对，先生的论述往往将对于哈耶克思想的阐释放置在哈耶克思想与各种敌手论战的图谱中来进行。所以在先生的哈耶克思想研究的暂时性策略的文字之中，有一部分是没有躲过“现时性问题”的纠缠。

这样的一种研究进路也正如邓正来先生自身所自觉的只是开创性研究阶段的暂时性而已，尽管是绝对必要的。显然，哈耶克思想的研究性阅读和解释不应该就这样打住。

如果认为，在历史上所有颇具贯穿性特征的经典性问题或者重大性问题都一而再，再而三的出现过，且都已经被人程度不同地，由各种特定“语境”出发来思考过，那么若仅限于学术进程之内，则对于现今，其实也可以追溯至历史上的相当一部分时期，学者的思想或许可以认为只是从经典性或重大性问题而来的，根据新的“语境”下或特定的新时空场景之下的一系列条件，基于问题本身的解释张力进行重新演绎或设定的结果。