

消极自由与积极自由

——柏林法价值理论及其发展研究

邓春梅 著

湘潭大学出版社

消极自由与积极自由

——柏林著作管见及其方法论研究

王 康 著

清华大学出版社

消极自由与积极自由

——伯林法价值理论及其发展研究

邓春梅 著

湘潭大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

消极自由与积极自由：伯林法价值理论及其发展研究 / 邓春梅著. — 湘潭：湘潭大学出版社，2014.11
ISBN 978-7-81128-775-2

I. ①消… II. ①邓… III. ①伯林, I. (1909 ~ 1997) — 自由主义 — 思想评论 IV. ①D095.61

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第255413 号

责任编辑：刘文情

封面设计：张 波

出版发行：湘潭大学出版社

社 址：湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真)：0731-58298966 0731-58298960

邮 编：411105

网 址：<http://press.xtu.edu.cn/>

印 刷：国防科技大学印刷厂

经 销：湖南省新华书店

开 本：880×1230 1/32

印 张：6

字 数：151 千字

版 次：2014 年 11 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 978-7-81128-775-2

定 价：28.00 元

(版权所有 严禁翻印)

本书系湘潭大学法学院·知识产权学院出版资助项目
法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心平台建设阶段性成果

目 录

1 绪 论	(1)
1. 1 研究的缘起	(1)
1. 2 文献综述	(6)
1. 2. 1 国内伯林研究的“初始期”	(6)
1. 2. 2 国内伯林研究的“全面展开”	(9)
1. 3 本书的思路、方法和结构	(13)
2 伯林与两种自由概念	(18)
2. 1 西方文化中的自由思想	(18)
2. 2 伯林和自由主义复兴运动	(22)
2. 3 对积极自由的剖析	(27)
2. 4 消极自由的特征	(37)
2. 5 伯林与贡斯当、密尔	(40)
3 伯林自由概念的哲学基础	(47)
3. 1 自由、宽容与一元论	(47)
3. 2 客观的价值多元主义	(55)
3. 3 自由主义与多元主义	(61)

4	伯林自由理论之“外部”论争	(67)
4. 1	重返积极自由?	(68)
4. 2	另一种消极自由?	(79)
5	伯林自由理论之“内部”论争	(94)
5. 1	为消极自由而辩	(94)
5. 2	自由概念的“扬弃”	(108)
6	消极自由与法治主义	(128)
6. 1	消极自由概念的“家族相似性”	(129)
6. 2	消极自由: 自然法学的基本目标	(132)
6. 3	消极自由: 分析法学的真实意图	(138)
6. 4	结语	(145)
	后 记	(148)
	参考文献	(149)

1 绪 论

为了得到自由，我们才是法律的臣仆。

——西塞罗

法典是人民自由的圣经。

——马克思

不管会引起人们怎样的误解，法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由。

——洛 克

1. 1 研究的缘起

在西方法学史上，以法律的目的与意义为主要内容的法价值研究伴随着法的诞生，并贯穿于其整个发展过程之中。从希腊哲人有关城邦制度的理性思考，到罗马法学家对私法体系的细致阐释，再到中世纪神学家对上帝律令的“神圣”信仰，对于“法的价值与意义”的追问始终是历史上法学家们经典论辩的核心问题之一。近代以来，古典自然法学家（如霍布斯、洛克、孟

德斯鸠等)将法的价值研究推向一个高峰,以平等、秩序、正义尤其是以自由为主题的探讨几乎成为所有古典自然法学家重点论述的法哲学问题。之后,在分析法学的强烈冲击下,对法的价值的研究大大回落了,代之而起的是对“实在法”作“价值中立”的经验考察及对法律术语的精致的语言分析。20世纪以来,特别是第二次世界大战以后,法的价值研究获得了新的发展契机。自然法思想和价值取向法理学(value-oriented jurisprudence)的强势复兴,社会学法学中某些理想主义情怀的应运而生^[1],当代新分析法学派对法的价值研究之合理性^①的重新承认及其相关理论借鉴,使西方法哲学越来越依赖于法价值研究的种种洞见。

西方法哲学素来被视之为“哲学的分支”^[3],其价值研究的相当部分浸润于哲学与政治上的自由主义思想传统之中。广义上的“自由主义”一词用来指称一种生活方式与生活态度,一种政治运动,一个政党^[4],一种统治艺术,一种国家组织形式及一种法律制度理论等不同的意涵^[5],涉及了“关于个人、国家、社会的基本理论”,这些理论“构成哲学自由主义(philosophical liberalism)的基本内容”^[6]。而所谓的“自由主义者”,几乎“囊括了所有信奉立宪民主体制的理想与制度的人”^[7]。大致而言,所有的自然法学家都是自由主义者:古典自然法学家洛克被誉为“自由主义的创始人”,其他的古典自然法学家如霍布斯、孟德斯鸠、托克维尔及当代的新自然法学家罗尔斯、诺齐克

① “一场新分析法学运动(a neo-analytic movement)于20世纪下半叶兴起了……特点是,否弃早期分析法学家试图把法理学的任务限制在对基本的法律观念和概念进行注释的那种单一的做法。他们承认其他研究法律现象的方法——如社会学的解释方法和自然法哲学的方法——也是合理的。”^[2]

等同时也是著名的自由主义学者。这些自然法学家的自由主义思想为其法学理论提供了深层的哲学基础和超越性的价值理想,而其法学理论为其自由主义梦想的具体实现提供了规范性理念与精致的法律支撑。即便是极力主张“法学是独立于哲学、伦理学、政治学等学科的自治的封闭体系”的分析实证主义法学家(如奥斯丁、凯尔森、哈特^①),其思想渊源与自由主义理论也有着“剪不断、理还乱”的复杂联系。如奥斯丁虽然主张法律分析与价值无涉,但他是边沁学说的忠实追随者,认为法律的制定应符合功利主义原则^[10]。而边沁开创的功利主义哲学是自由主义

① 分析实证主义法学创始人奥斯丁毕其一生的追求是分割“应当存在的法”与“实际存在的法”。通过把“应当存在的法”排除出“法理学的范围”,他力图建立一个与哲学、政治学、伦理学等无涉的“科学的”、“封闭的”法律自治体系。^[8]其卓绝的后继者凯尔森不仅要消除法律科学中政治的和意识形态的价值判断,而且希望使法律理论摆脱一切外部的因素和非法律的因素,以进一步实现法律“纯粹”之目标。当然,凯尔森并不否认可以对法进行传统意义上的价值探讨(如探讨法的正义与否),但在他看来,对“法学是正义之说”之命题的传统研究仅仅表达了人们的主观偏好或不同的利益主张,这种研究不能为客观所验证,不成其为真正的法律科学,故而仅仅是价值不大的“典型幻想”。凯尔森所探讨的法律的价值是“以客观上可验证的事实为条件的”。“法律规范之可被适用,不仅在于它由机关所执行或由国民所服从,而且还在于它构成一个特定的价值判断的基础。这种判断使机关或国民的行为成为合法的(根据法律的、正当的)或非法的(不根据法律的、错误的)行为。”^[9]这样,有关“正义”的探讨成为了意识形态问题,“法学即正义之说”也成为毫无意义的同义反复:在凯尔森看来,合法的即为正当,不合法的即为不正当。实证主义法学的哲学预设之一在于事实与价值的二元划分,但在凯尔森这里,法律成为评判法律自身是否正义的标准,事实与价值终归又被搅和在一起。实证主义法学创生于“事实与价值的二分”,而“事实与价值无法完全区分”的现实注定了分析实证主义法学的“悲剧性”命运。试图摆脱这种命运的新分析实证主义法学家(典型代表是哈特与拉兹等)必然要折回到传统的注重价值研究的法哲学思想里汲取合理的能量与养分。

“理论家族”中当然的一支^①。因此，从奥斯丁法律理论深层的哲学渊源及其预设的价值理念来说，它无疑应被纳入自由主义法学的范畴之内。此外，作为当代新分析法学的典型代表，哈特、拉兹同时也是现代自由主义的坚定拥护者，其法学理论的哲学根源都在于以消极自由为其核心理念的自由主义理论。

自由主义是近代以来西方最具代表性的、也是最重要的政治与法律哲学理论，正如昂格尔所言：“法律秩序的产生是与现代欧洲自由主义社会的形成联系在一起的。”^[13]实际上，西方现代法哲学试图回答的核心问题就是如何为一种自由/权利社会的实现提供一种相对合理的生活信念及其保障性的制度理论。尤其重要的是，作为“西方文明的世俗形式”^[14]，现代自由主义为西方法哲学提供了基本的价值认同，体现在这种认同中的价值序列构成了西方法哲学有关法律（或法律秩序）的目的、意义等法律价值问题的重要共识。进而言之，自由主义最为核心的价值理念——消极自由构成了现代西方法治理论的基本精神。

近代以来，这种以消极自由理念为其价值目标的法律文明不仅主导着西方社会的法学研究，而且，随着西方社会的殖民扩张席卷了几乎所有的亚非拉国家。西方法治理论及其司法实践也深刻影响了东方国家的法制进程。清末民初以来中国学人就以“强国富民，重振中华”为鹄的拉开了泱泱中华古国法制现代化的转型大幕。我国现行的法律制度主要是西方尤其是欧洲大陆国家的“舶来品”，其法学研究亦深受西方法学尤其是自由主义法学的种种影响。具体到法的价值理论，“自由是当代法的时代精

① “在许多方面，边沁是且始终是一个古典自由主义者。”^[11]“边沁的功利主义原则可以被视为自由主义政治哲学发展中的革命。”^[12]

神”^[15]、“自由是法律的基本价值”……诸如此类的判断已然成为国内学界的基本共识^[16]。

诚然,“‘自由’,无论是作为哲学中的概念,还是作为政治(政治学)和法律(法学)中的概念,都源自西方文化”^[17]。因此,解读西方文明中的自由理论,尤其是西方自由主义学说中的消极自由理论不仅有助于准确理解西方法学的基本精神与整体目标,而且将有力地促进中国自身的法学认知与法制改革。

以赛亚·伯林爵士是现代自由主义与后现代自由主义理论过渡时期的重要代表人物^[18]。他是“消极自由”理念最著名的阐释者和捍卫者,同时,也是与“消极自由”相对的“积极自由”概念最尖锐的批驳者。他对两种自由概念的区分与思考开启并引领着当下西方政治理论界、法学理论界等广泛领域有关自由理论的一系列核心思考与争论。在他之后,“如果要在自由理论上取得深入的进展,无论如何都必须以伯林的工作为背景”^[19],因此,当下西方学界有关自由概念的种种不同考量都可视之为是对伯林自由理论的修正、发展和完善。故此,本文拟以以赛亚·伯林的自由理论为基本线索,重点阐述伯林的自由思想,在此基础上介绍这种理论在当代的主要发展情况,并集中论述消极自由概念之于当代法治主义的价值与意义,以期相对准确地把握现代法学理论的这种核心价值,从而有助于我们对西方法律理论的准确理解与合理借鉴。

1. 2 文献综述

以塞亚·伯林是西方战后自由主义复兴运动的四大家之一^①。研究以塞亚·伯林“复杂的慧见”^[20]已经成为当代西方的显学之一,这方面的有关文献^②如汗牛充栋。几乎所有对“自由”这一法学核心价值的有关论述都不能不提及伯林的名字。与之相比,国内^③有关研究起步较晚、涉入较浅。这些研究主要探讨伯林爵士著名的自由理论、多元论思想、自由民族主义理论,同时也有涉及其不那么有名的悲剧观及其对乌托邦、科学主义、历史决定论等的批判性理论,这些研究涵括了哲学、文学、法学、政治学、历史学等广泛领域。

如果以文献出版时间为序,以论述主题作为主要标准,兼顾其理论深度与阐释视角的不同,国内已有的相关研究可粗略地分为两个阶段,即伯林研究的“初始”阶段及其“全面展开”阶段。

1. 2. 1 国内伯林研究的“初始期”(1989-1998年)

鉴于1980年代末社会政治、思想文化诸领域甚嚣尘上的“新权威主义”^[21],与之论争、抗衡的自由主义思潮也随之兴

① 另外三位是哈耶克、波普尔与塔尔蒙,详见后文“2. 2 伯林与自由主义复兴运动”。

② 对国外相关研究代表性文献及其典型观点的细致论述详见后文“4 伯林自由理论之‘外部’论争”与“5 伯林自由理论之‘内部’论争”两章。

③ 本文所谓的“国内”主要指称中国大陆。

起。其中,作为“当代西方自由主义复兴运动”“主将”之一的以赛亚·伯林的思想也由此被引入中国。其标志性文献是1989年甘阳在《读书》杂志第5期上发表的《自由的理念:五·四传统之阙失面》一文。该文指出五·四运动倡导的“自由”理念并非真正的“个人自由”,而是一种整体主义的自由观,即“积极自由”;这种积极自由观的哲学基础在于“价值一元论”,它与极权主义有着深刻的逻辑关联。甘文强调真正的个人自由应该是“消极的自由”,它是社会的“最低原则”、“最起码的要求”,其在哲学上的根源在于主张“宽容”的“价值多元论”。

当然,此文并未直接提及伯林之名,更未引用伯林的任何著作,而是以俄国思想家赫尔岑的思想为题引及主要线索以展开论述。但显而易见的是,此文从概念运用到论述思路再到思想倾向全然是伯林(而非赫尔岑)式的^①;再者,“赫尔岑是伯林发现的”,“没有伯林,赫尔岑不会重新回到二十世纪学院教授们的视野”^[23];由此可见,伯林才是文章真正的“主角”。

如果说,《自由的理念》一文在国内率先介绍了伯林的自由思想;那么,甘阳在其随后发表的《自由的敌人:真善美统一说》^[24]一文中首次正面介绍了伯林其人其自由理论,并简单提及了与两种自由概念直接相关的——伯林对“刺猬”、“狐狸”这两种“智力类型”的区分。由此,伯林其人及其思想得以进入国内学界的公共视域。

1997年11月5日,伯林去世,国内一些重要的报刊杂志(如《读书》、《万象》、《东方》、《天涯》、《南方周末》、《公共

① 在其名文《两种自由概念》中,伯林正当化“消极自由”和“价值多元论”的主要策略即为剖析“积极自由”及其哲学基础“价值一元论”与各种“非宽容”、“反自由”的心理、行为之间密切的逻辑联系。^[22]

论丛》等)随即组织专题纪念活动。因此,以追思、缅怀伯林为主题的纪念文章一时间纷至沓来,其探讨的主题基本上集中于伯林的自由理论,阐释视角主要是结合当时的国内思想纷争(新左派与自由主义之争)对伯林其人及其思想作出“盖棺定论”式的评价。细查之下,这些文献大致可分为两种类型:一种是为“追思、缅怀伯林”而作的人物思想杂评、短论,如钱永祥的《纪念伯林之死》^[25]、朱学勤的《伯林去矣》等^[26];一种是以“纪念伯林”为契机解读伯林(某种)理论言说的学术论文,如顾昕的《伯林和自由民族主义》、甘阳的《伯林和“后自由主义”》等文。

前一类文章直接标明是为“纪念伯林之死”而作,一般在简单回顾伯林生平经历、主要思想主张后,对伯林的学术思想作一整体性评价。如钱、朱的文章都在勾勒伯林生平、思想的基础上明确伯林最主要的学术贡献在于其思想史研究及其对自由概念的区分与厘定。

后一类文献发表在以“纪念伯林”为主题的辑刊或学术期刊中^①,文章通常不直接写明是为“纪念伯林”而作的,而是在阐释、评价伯林(某种)学术思想的字里行间流露出对伯林的敬意与追思,这些文章具有更强的学术色彩。总体看来,这些文献的研究主题、阐释视角及思想深度未能超出《自由的理念》及《自由的敌人》两文的范围和层次;其中,《伯林和自由民族主义》及《伯林和“后自由主义”》两文则属于例外。前文探讨的伯林的民族主义理论虽然仍属于对其自由理论的研究,但它超

① 如收入顾昕《伯林和自由民族主义》一文的《公共论丛》之《直接民族和间接民主》一辑就是以“纪念伯林”为其研讨主题的。甘阳1998年发表于《读书》杂志第4期的《伯林和“后自由主义”》一文也属于“追忆伯林”类的主题性论文。

出了从两种自由概念出发对伯林自由思想进行阐释的传统路数。文章针对“民族主义在中国一时彪兴”的思想现实,阐释了伯林对“进攻性民族主义”和“非进攻性民族主义”(即“非自由的民族主义”与“自由民族主义”)的理论区分,论述了“自由民族主义”理论与伯林“多元论自由主义”思想间内在的逻辑联系,肯定了其对于中国建构民族国家的借鉴价值:文章指出伯林民族主义思想非系统性、非建构性的理论特征虽然未能提出据之行动的具体制度方案,但它为我国民族问题的理论研究和制度完善提供了方向性的启发和引导。而《伯林和“后自由主义”》一文率先将伯林的自由理论纳入西方自由主义家谱——准确地说是从“现代”自由主义到“后现代”自由主义的理论转换中来宏观地把握伯林思想的地位和作用。此文突显了“伯林问题”(即价值多元主义与自由主义的关系问题)于当代西方自由主义理论纵深发展之不容忽视的意义和价值。

总的来看,初始时期国内伯林研究基本上是一种介绍性、肯认性的解读,即肯定、认同于伯林的论证思路及其思想结论,很少有怀疑、反思、批判的研究视角。这种“一边倒”的研究取向体现了其时的相关研究还不够深入。

1. 2. 2 国内伯林研究的“全面展开”(1999年—至今)

当代中国思想界“自由主义”与“新左派”之争^[27]在1998年初浮出水面^[28]。在这一思想背景下伯林研究开始进入如火如荼的“全面展开”时期,学界对伯林(思想)的评价也呈多元化趋势:有论者继续认同伯林的主张(如从“后自由主义”视角立论的多数论者),有论者对之进行了尖锐的批判(如持马克

思主义立场的),也有在赞同伯林时批评其不足之处的中间立场(如国内“自由左派”的有关论断)。这个阶段的研究广泛探讨了伯林的各种学说主张,如伯林的悲剧观理论、浪漫主义思想、思想史研究^[29]等,甚至涵盖了伯林对音乐^[30]、文学^[31]的鉴赏力及其个人的感情生活(如伯林和俄国女诗人阿赫玛托娃独特的情感纠葛^[32])等方面的内容。

当然,这个时期探讨的重点仍然是伯林的自由概念,但与初始时期相比,这一阶段的相关研究从总体上看已经超越了前段的阐释广度与深度。如自由主义学者石元康的《伯林论自由》一文^①深入、细致地重述了伯林的自由概念,并对伯林自由概念的不足之处进行了初步的检审,他认为既然伯林将体现国家意志的法律制度视之为对“自由的限制”,就没有理由将同样与国家意志密切相关的经济制度单纯地视之为“自由的条件”,而非“自由的限制”。对伯林思想更为尖锐的批判性论断大体可区分为以下三种类型:其一是以中国马克思主义的自由理论为“武器”批驳伯林的自由主义理念,否定后者对自由概念区分的合理性^[34]。这种“批判”沿袭了中国学界反对西方自由主义理论的传统思路,在片面理解经典马克思主义有关论述的同时完全否定自由主义的理论价值。“批判性研究”中更有说服力的论述体现为以大陆理性主义的自由理论对抗伯林经验主义的自由主张^[35],这种批判性解读引起了国内少数自由主义学者的回应和反驳。^[36]此外,有论者^[37]在对伯林和斯特劳斯的比较性解读中,借斯氏的绝对主义、基础主义理论批驳了伯林的自由主义主张。这种批

① 石文于1990年首次发表于香港《法言》杂志,笔者以其能为大陆读者广泛获知的时间——2000年,即其在大陆公开出版的时间——为准将之归入“全面展开”阶段的研究文献。^[33]