



中国法学学术丛书

中国法律发展的 法哲学反思

黄文艺 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学学术丛书

中国法律发展的 法哲学反思

黄文艺 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国法律发展的法哲学反思 / 黄文艺著. —北京:
法律出版社, 2010. 9
(中国法学学术丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1154 - 7

I. ①中… II. ①黄… III. ①法哲学—中国—文集
IV. ①D920. 0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 168739 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/董 飞	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社	编辑统筹/学术·对外出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/12 字数/282 千
版本/2010 年 10 月第 1 版	印次/2010 年 10 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 - 5118 - 1154 - 7	定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。故2008年起我社将其汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

前言

如果要回顾和总结一下我自己在过去十年的学术研究历程,当代中国法律发展问题无疑是我一直密切关注和持续研究的课题。《中国法律发展的法哲学反思》一书收录了我在这一时期围绕当代中国法律发展问题所发表或出版的主要学术论文。不过,由于我并非是按照某种事先设计好的研究纲领或规划开展研究,而是为了完成各种不同的学术任务(如参加学术研讨会、学术刊物的约稿等),因而这些论文很难构成一种体系化的研究成果。但作为一个法哲学学者,我始终努力按照法哲学的思维方式,至少是按照我所理解的法哲学的思维方式,理解、思考、分析各种法律理论与实践问题。本书就是我从法哲学的理论视角和思维方式观察、思考和研究当代中国法律发展问题的理论成果,因此我把本书的题目定为《中国法律发展的法哲学反思》。

本书由三编加导论、附录构成。为了向读者清晰地交待我所理解的法哲学,导论部分对“法哲学是什么”进行了学术解读。在这一部分,我把历史上的法哲学概括为思辨型法哲学、实证型法哲学、语言学法哲学、批判型法哲学四种,并基于对法哲学研究模式的历史考察,把法哲学的基本属性解析为总体性、求实性、批判性、分析性、思想性五个方面,试图以此展现出法哲学的思想魅力和学术优势之所在。

第一编为法律发展理论的法哲学反思。本编的五章分别反思性或批判性地考察了全球化所可能引起的法律理论的变革与更新、改革开放以来中国法律发展研究的两大范式、以民族国家为参照系的法律

体系理论形象的建构与解构、形式法治理论相对于实质法治理论的合理性、与优越性、现代法律话语体系下的三种法律职业话语等理论问题。其中,第一章分析了全球化所可能引起的法律本体论、法律价值观、法律人格观、法律发展观、法治观等方面的理论变革和更新。第二章把中国法学界在法律发展问题上纷繁复杂的学术观点梳理和概括为现代化与本土化两大理论范式,并从法律的定义、法律的功能、法律发展的历史观、法律发展的途径、法律的知识论、法律发展的主体、法律发展的资源论等七个方面阐释了两大范式的内在分歧。第三章分析了各种法律体系理论所共同支持或认可的法律体系理想形象,提出这一理想形象是人们所建构起来的现代民族国家的政治法律形象的一部分,并指出这种理想形象在全球化时代必然要被颠覆和解构。第四章针对中国实质法治论者对形式法治理论的常见批评和误解,阐述了形式法治理论的基本思想、理论脉络以及在理论和实践上的优势,并论证中国更需要形式法治理论。第五章把形形色色的法律职业话语归纳为职业主义、精英主义、民粹主义三种话语系统和意识形态,并认为三种话语系统和意识形态之间的良性互动是法律职业健康发展的有效保证。

第二编为中国法律发展道路的法哲学反思。本编的五章分别讨论了中国法律自治的可能性前景、中国人法律信仰的形成之道、法律家与中国法治之路、新时期中国法制现代化的路径、信息不充分条件下的中国立法策略等问题。第六章总结了西方法律自治的经验和模式,以此为参照分析了中国法律自治的可能性前景。第七章反思和批判了以往法律信仰研究的种种缺陷,并以韦伯的行为类型理论为框架重新探讨了中国法律信仰形成的可能之道。第八章通过对法律家与法律兴衰、法律家与法律自治、法律家与法律权威、法律家与法治政府等问题的比较研究,揭示出职业法律家阶层是法治的内在基础,中国法治之路要靠中国职业法律家阶层开创。第九章把改革开放新时

期中国法制现代化的径路概括为供给主义、权威主义、精英主义等三个基本特征,并认为这些特征既构成了中国法制现代化在目前阶段上取得相当大成功的基本经验,同时也是中国法制现代化进程已展现出来的种种困难和将来所面临的诸多风险的症结之所在。第十章从信息约束角度重新解释了为法学界所广泛批评的全国人大常委会的立法哲学及诸多立法政策的实践合理性,并认为这些立法政策是中国立法者在各种现实的约束条件下所做出的理性的或近乎理性的选择。

第三编为中国部门法发展的法哲学反思。第十一章在梳理人类历史上几种有关婚姻正当性基础的理论的基础上,对我国现行婚姻法的理论基础进行了批判性的反思,并试图为婚姻法的变革探寻新的理论基础。第十二章评析了家庭(家族)共同体说、死后抚养说、自由意志说等五种论证继承制度正当性的学说以及分配正义、起点平等、经济效率等三种揭示继承制度非正当性的学说,在此基础上对我国财产继承制度的改革提出了若干设想。

附录部分简要地回顾了中国法理学 30 年学术发展历程,概括了中国法理学 30 年重大学术进展,总结了我国法理学 30 年发展的历史经验,分析了中国法理学发展面临的问题。本部分虽不是直接讨论中国法律发展问题,但为读者理解中国法律发展研究提供了学术背景和资料。

本书所收录的各部分内容都曾在学术期刊、连续出版物、会议学术文集等学术出版物上公开发表或出版过,包括《法学研究》、《中国法学》、《法学》、《政法论坛》、《法律科学》、《法制与社会发展》、《南京社会科学》、《法哲学与法社会学论丛》、《安徽大学法律评论》、《部门法哲学讲座》等。在此,再一次对各位为我的成果发表或出版付出过智慧辛劳的出版物编辑们表示诚挚的谢意!当然,本书能够得以顺利出版,必须感谢法律出版社学术分社朱宁社长和董飞编辑。特别是朱宁社长,从本书的选题策划、书名确定到装帧设计,都提出了宝贵的建议。

目 录

前言	1
导论 什么是法哲学	1
一、法哲学研究模式的历史评说	2
二、法哲学基本属性的逻辑解析	14
第一编 法律发展理论的法哲学反思	29
第一章 全球化与法律理论的变革和更新	31
一、全球化与法律本体论的更新	31
二、全球化与法律价值观的更新	37
三、全球化与法律人格观的更新	42
四、全球化与法律发展观的更新	46
五、全球化与法治观的更新	50
第二章 中国法律发展研究的两大范式	57
一、法律的定义：一元论—多元论	58
二、法律的功能：积极论—消极论	62
三、法律发展的历史观：现代化—平面化	64
四、法律发展的途径：建构论—进化论	70

五、法律的知识论:普适性知识—地方性知识	73
六、法律发展的主体:政府推进论—民众主导论	74
七、法律发展的资源:外来资源论—本土资源论	77
八、结语	81
第三章 法律体系理想形象之解构	85
一、法律体系的理想形象	85
二、法律体系理想形象的前提性反思	90
三、法律体系理想形象的解构	94
第四章 为形式法治理论辩护	100
一、纳粹德国、中国秦朝是否存在形式法治?	101
二、形式法治论是价值无涉的吗?	110
三、西方现代法治理论是由形式法治向实质法治转变吗?	113
四、中国为什么更需要形式法治论?	120
第五章 法律职业话语解析	127
一、职业主义话语	127
二、精英主义话语	139
三、民粹主义话语	146
四、三种话语的良性共存	153
第二编 中国法律发展道路的法哲学反思	155
第六章 中国法律自治的可能性前景	157
一、西方法律自治的经验与模式	157
二、中国法律自治的可能性前景	170
第七章 中国人的法律信仰养成之道	180
一、对法律信仰研究的反思	180

二、新的分析框架	182
三、传统型法律信仰	184
四、合法型法律信仰	186
五、工具合理型法律信仰	187
六、价值合理型法律信仰	188
第八章 法律家与中国法治之路	192
一、评法治研究的一种基本思路	192
二、忽视职业法律家的原因	195
三、法律家与法律兴衰	199
四、法律家与法律自治	203
五、法律家与法律权威	208
六、法律家与法治政府	211
七、结语	215
第九章 新时期中国法制现代化路径研究	217
一、供给主义	217
二、权威主义	227
三、精英主义	234
第十章 信息不充分条件下的中国立法策略	240
一、立法具有高度的信息依赖性	241
二、改革开放事业所面临的知识、经验、信息的匮乏对立法 政策的影响	247
三、社会大变革对立法政策的影响	254
四、国家幅员辽阔对立法政策的影响	258
五、知识和信息的分散性对立法政策的影响	264

第三编 中国部门法发展的法哲学反思	271
第十一章 婚姻正当性基础的法哲学追问	273
一、关于婚姻正当性基础的若干理论的评述	275
二、对中国婚姻法的理论基础的批判和重构	284
第十二章 继承制度正当性的法哲学论辩	290
一、继承制度正当性论证的五种学说	291
二、继承制度非正当性的三种论辩	298
三、我国财产继承制度的改革	303
附录	305
中国法理学 30 年学术史的梳理与反思	307
一、中国法理学 30 年学术发展历程	307
二、中国法理学 30 年重大学术进展	322
三、中国法理学 30 年发展的历史经验	354
四、中国法理学发展面临的问题	364

导论

什么是法哲学*

什么是法哲学,这无疑法哲学的前提性、原点性问题。这个问题不是法哲学的“一个问题”,而是法哲学的全局性、根本性问题。人们总是从一定的法哲学观出发理解和解释法哲学中的各种问题。因此,人们对其他所有法哲学问题的理解和解释,往往都取决于对“什么是法哲学”这个法哲学观问题的回答。这个问题也是法哲学中最引人入胜而又最令人困惑的问题。每一个真正的法哲学家,都会自觉把“法哲学观”作为自己的法哲学思考的首要问题,并以自己的法哲学观去创建自己的法哲学理论。另一方面,这也是法哲学中分歧最大的问题。不同的法哲学家对于这个问题有着各不相同的看法。甚至于可以这么说,有多少位法哲学家,就有多少种法哲学观,也就有多少种法哲学体系。这正应了黑格尔曾经说过的一句话:“哲学有一个显著的特点,与别的科学比较起来,也可说是一个缺点,就是我们对于它的本质,对于它应该完成和能

* 在本书中,法哲学与法理学被视作等值概念使用。普通法系国家的学者习惯于使用法理学一词,而欧洲大陆法系国家的学者习惯于使用法哲学一词。大多数学者认为这两者之间没有严格区别,往往作同义词使用。

够完成的任务,有许多大不相同的看法。”^{〔1〕}

追问和回答“什么是法哲学”,不是自我封闭地冥思苦想,也不是固执己见地自我认同,而是从法哲学的历史与现实出发,通过对各种法哲学观和研究模式进行比较鉴别,从而对法哲学作出合乎历史和逻辑的合理界定。基于这种思路,我首先对迄今为止的各种法哲学研究模式予以历史评说,然后对法哲学的基本属性作一逻辑解析。

一、法哲学研究模式的历史评说

只有真正读懂法哲学史,方能真正了解法哲学本身。^{〔2〕}因此,在回答法哲学是什么之前,首先要分析历史上的种种法哲学观和研究模式。虽然就具体和细节的方面而言,法哲学家们各有其特定的法哲学观和研究模式,但若从总体上予以概括,迄今为止的法哲学研究模式主要有四种,即思辨型法哲学、实证型法哲学、语言学法哲学和批判型法哲学。每一种法哲学研究模式对于法哲学的研究对象、研究方法、学科任务、社会功能等问题都有不同的理解,并各有其特色、贡献和缺陷。

(一)思辨型法哲学

从柏拉图到黑格尔,思辨哲学一直是西方哲学的主流。思辨哲学的根本特征就是,哲学家总是力图获得一种绝对的、确定的、终极的真理性认识,即关于支配人类的全部行为和思想的最终性的普遍原则;哲学家主要依靠个人头脑中的思辨活动去把握和解

〔1〕 [德]黑格尔:《哲学史讲演录》(第1卷),贺麟、王太庆译,商务印书馆1997年版,第5页。

〔2〕 黑格尔曾深刻指出:“哲学史的过程并不昭示给我们外在于我们的事物的生成,而乃是昭示我们自身的生成和我们的知识或科学的生成”,“通过哲学史的研究以便引导我们了解哲学的本身”。前引〔1〕,黑格尔书,第9~10页。

释世界,获得关于世界的统一性原理。思辨哲学家认为,哲学就是形而上学,是一种追求和论证超验存在的理论,是一门“寻求最高原因的基本原理”的学术。美国哲学家瓦托夫斯基曾对思辨哲学作过精辟的描述:“不管是古典形式或现代形式的形而上学思想的推动力都是企图把各种事物综合成一个整体,提供出一种统一的图景或框架,在其中我们经验中的各式各样的事物能够在某些普遍原理的基础上得到解释,或可以被解释为某种普遍本质或过程的各种表现。”^{〔3〕}思辨哲学不仅在黑格尔及前黑格尔时代深刻地影响着法哲学研究,在后黑格尔时代仍然对法哲学研究有着相当大的影响。

思辨型法哲学认为,法哲学就是法的思辨,法的形而上学。法哲学的研究对象不是人的感官和经验所能把握的各种法的现象,而是通过人的理性才能把握的法的理念或本质。在研究方法上,它强调抽象思辨,而非实证研究。思辨型法哲学家主张通过对法的追本溯源、刨根问底式的思考,把握法的深层本质、根本价值和终极理想。柏拉图、康德、黑格尔的法哲学及自然法学等都是典型的思辨型法哲学。黑格尔在《法哲学原理》的导论部分就开宗明义地指出:“法哲学这一门科学以法的理念,即法的概念及其现实化为对象。”^{〔4〕}自然法学试图发现一套区别于各个国家的实在法的、能够放之四海而皆准的普遍原则和规则,即自然法。博登海默甚至把马克思的法哲学也归入思辨型法哲学。他指出:“古典自然法的理论以及萨维尼、黑格尔、马克思所倡导的法律发展哲学都具有某些形而上学的因素。这些理论试图用某些被认为是在事物的

〔3〕〔美〕瓦托夫斯基:《科学思想的概念基础——科学哲学导论》,范货年译,求实出版社1982年版,第14页。

〔4〕〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1996年版,导论第1页。

经验表面之下起作用的观念或终极原则来解释法律的性质。无论是自然法哲学家的永恒理性、萨维尼有关形成法律的‘民族精神’和‘默默起作用的力量’、黑格尔有关把发展的火炬从一个民族传到下一个民族的‘世界精神’，还是有关在共产主义社会‘法律消亡’的理论，都是无法用经验的方法来判断和衡量的。从广义上讲，所有上述理论都是‘形而上学’的，因为它们都超出了事物的物质表现，并且都是以这样一种设想为出发点的，即应当从可以直接观察到的事实背后去探寻无形的力量与终极的原因。”〔5〕

思辨型法哲学也是当今中国法学界诸多对法哲学研究感兴趣的学者所偏好的一种研究模式。胡旭晟先生明确指出：“法哲学就是法的形而上学”，“作为形而上学，法哲学要求透过有形的法律事实去把握其无形的内在本质和深层根源”，“法哲学主要不是有关法律事实的现象研究，而是对事实存在（‘法律’）的根源追究和意义探求”，“法哲学是终极关怀”〔6〕。姚建宗先生认为，“法哲学所研究的并不是现实中的法律及其现象，而是现实中的法律思想和观念；也不是现实中的普通的思想和观念，而是有关法的终极性的思想和观念”〔7〕。谢晖先生认为，“法思辨是法哲学的本质精神”，而“法思辨是以法的经验为基础、以法现象为对象、并以揭示其本质为目的、以超验的推理为方法的一种法学世界观和法学方法论”〔8〕。严存生先生认为，法哲学“要透过现象寻求其最深层次的存在根据和终极目的，而这就是法的理念，就是关于法的绝对真

〔5〕 [美]博登海默：《法理学——法的哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第107页。

〔6〕 胡旭晟：《法学：理想与批判》，湖南人民出版社1999年版，第100～101页。

〔7〕 姚建宗：“为法哲学申辩：法哲学研究提纲”，载《法律科学》1998年第1期。

〔8〕 谢晖：“法思辨：法哲学的本质精神”，载《法哲学与法社会学论丛（一）》，中国政法大学出版社1998年版。

理。所以法哲学的研究对象只能是法的理念”。〔9〕

在黑格尔之后,思辨哲学受到几乎各派哲学家一致的猛烈攻击和批判。这些攻击和批判在某种程度上揭示了思辨哲学,包括思辨法哲学的问题。首先,正如恩格斯所指出的那样,思辨哲学试图为人类提供一种永恒的终极真理,而这“无非就是要求一个哲学家完成那只有全人类在其前进的发展中才能完成的事”。〔10〕因此,现代西方科学主义思潮视思辨哲学是一种“狂妄的理性”或“理性的狂妄”。其次,思辨哲学所提倡的抽象思辨易变成毫无意义的,甚或唯心主义的玄想。费尔巴哈在批评以黑格尔为代表的思辨哲学时说,“所谓思辨的哲学家不过是这样一些哲学家,他们不是拿自己的概念去符合事物,而是相反地拿事物去附会自己的概念”。〔11〕科学主义思潮则认为,思辨哲学所提供的是无法由经验所证实或证伪的命题,因而是毫无意义的假命题,思辨哲学“给予知识的幻相而实际上并不给予任何知识”。〔12〕在法哲学领域,分析法学的先驱边沁曾讥讽自然法理论为“高烧时的胡说八道”。最后,思辨哲学制造了哲学的“学科帝国主义”。思辨哲学往往把自己视为凌驾于一切科学之上的智慧之王,把自己当做裁判一切知识的合理性的最终标准。但实际上,哲学和其他科学一样都是思想共和国的平等公民,它们之间并没有高下等级之分,只有分工的不同。

思辨哲学虽然受到现代众多哲学流派的攻击和批判,但并没有销声匿迹。特别是在法哲学领域中,虽然思辨法哲学遭到了分

〔9〕 严存生:“论法的理念”,载《法哲学与法社会学论丛(二)》,中国政法大学出版社1999年版。

〔10〕 《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1966年版,第215页。

〔11〕 《费尔巴哈哲学著作选集》(下卷),人民出版社1962年版,第526页。

〔12〕 [美]怀特:《分析的时代》,杜任之译,商务印书馆1981年版,第223页。

析法学、社会实证法学、实用主义法学等的批判,但依然有其魅力与活力。20 世纪的新康德主义法学、新黑格尔主义法学、新自然法学都属于典型的思辨法哲学。思辨哲学不灭的根本原因在于人的思维本性中存在着“形而上学”的冲动与追求。首先,这种形而上学的追求表现为,人类在面对纷繁复杂的世界时,并不满足于仅仅描述千差万别、千变万化的现象,而总是试图把握内在的、稳定不变的“统一性原理”。尽管现代西方哲学的各种流派抨击思辨哲学对统一性原理的寻求,但是他们所做的一切努力不过是以一种新的统一性原理去取代他们所抨击的旧的统一性原理。同样,在法哲学中,批判思辨法哲学的其他法哲学流派不过是以各种对法的新的统一解释去替代思辨法哲学的解释。其次,这种形而上学的追求还表现为,人类并不满足于当下的、实然的此岸世界,而总是试图发现和追求应然的、理想的彼岸世界。在法律领域,人们往往通过对“自然法”的探讨,来描绘人类理想的法律图景,或表达对现实法律秩序的变革要求。这正是自然法学能够长盛不衰并且推陈出新的秘密之所在。

(二) 实证型法哲学

从 19 世纪 30 年代开始,西方思想界兴起了一股反对思辨哲学的思想运动,这就是以孔德为代表的实证主义思潮。孔德认为,哲学只能研究实在的、确定的、有用的经验事实,一切知识都应当建立在可观察的经验事实的基础上。哲学不能研究像世界的本质或本原这样一些虚妄的、不确定的、无用的超验问题。他把探讨世界的本质或本原等问题的哲学统统称作“形而上学”加以批判,而把自己的哲学称为实证主义或实证哲学。“19 世纪上半叶自然科学领域取得的巨大成就为实证主义准备了基础。这方面的成就使人们产生了一种把自然科学的方法应用于社会科学领域的强大的吸引力。仔细观察经验事实和感性材料是自然科学中所采用的主