

二十世纪 西方法哲学 思潮研究

张文显 著



法学家书坊

JURISTS SERIES



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法学家书坊

JURISTS SERIES

二十世纪
西方法哲学
思潮研究

张文显 著

图书在版编目(CIP)数据

二十世纪西方法哲学思潮研究/张文显著. —北京:法律出版社, 2006. 1

ISBN 7-5036-5920-3

I. 二… II. 张… III. 法哲学—研究—西方国家—20世纪 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第126229号

© 法律出版社·中国

法学家书坊

二十世纪西方法哲学
思潮研究

张文显著 著

责任编辑 李 熙

刘伟俊

刘彦洋

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 18.375 字数 468千

印次 2006年1月第1次印刷

编辑 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-5920-3/D·5637

定价:37.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版者语

吾国固有法学。而今日意义之法学，大率于二十世纪开初始之。其始也，有四标志为证：一者为西学中法律与法学之引进，二者为法律制度之建立与法律实践之与展开，三者为法学作为一门学科之独立化，四者为法学家作为一种职业之独立化。

其后数十年，此四者皆得其进。法学家则层出不穷，如众鱼跃潭。英德日美“海归”之士，东吴朝阳本土之生，议场争，法庭辩，学府研，著作出，其情状，吾人思之不能不喜。

同时，吾人亦见：法学之发展，并非常存和平与有秩序之环境。二十世纪，吾国历沧海桑田，自城市而乡村，多逢遭战火动荡，政经局势往往不数年一变。当其之时也，法学家固徒为浩叹，学不能致用者有之，学不得独立者有之，甚或无基本书可读，若文革，则法学院关，法学家放，其情状，吾人思之又不能不悲，亦知法学家之艰难与坚韧也。

二十世纪八〇年代以来，国族经改乃起，法学亦初兴，前述四者，正备历“后发学术”之优势劣势：

眼光开处,有得世界前沿之学,通本国实践者;视野狭时,亦有闭门造车而自满,浮躁于学术废品之制造者。

百年而还,视吾国法学,吾人一则以喜,一则以忧。忧也者,法学命运多舛,感叹唏嘘;喜也者,百年法学固有不足,然沉潜与坚毅之法学人,所在亦多矣。喜忧而后,应读者之召唤,传学术之薪火,则亦为出版人之天职也。名山旧卷,大家新著,誉而版之,不亦乐乎,不亦已任乎?

此“法学家书坊”,正取意为二:面朝既往,录百年之佳作;面朝未来,求新生之巨篇。“法学家”,职业也,亦桂冠也。愿吾人以为学术负责之敬畏心,记录法学,书写过去与未来之法学史。

法律出版社·法学学术出版分社 谨识

二〇〇六年一月

序 言

人类即将告别 20 世纪,步入 21 世纪。在世纪之交,对作为西方社会法律文化继续和发展的 20 世纪西方法哲学的主要流派、重大理论作一总体研究,有着多方面的理论意义和实践意义。

首先,这是坚持和发展马克思主义法学的需要。法学作为一种科学活动和知识体系,在西方于古希腊、古罗马时代就已有之,并随着法律实践的发展而不断丰富。但是,法学作为一门独立的学科则是近代逐渐形成的,而成为一门真正的科学则是马克思主义法学产生之后的事情。马克思主义法学产生于 19 世纪 40 年代。马克思主义法学的出现使法学领域发生了根本变革。马克思主义法学是由马克思和恩格斯这两位无产阶级革命的伟大导师和人类最杰出的思想家创立的,在全世界无产阶级革命斗争中产生和发展,在社会主义国家法制建设实践中不断得到检验、丰富,并经过马克思主义理论工作者逐步深化或拓展的科学理论体系。马克思主义创始人以辩证唯物主义和历史唯物主义

为理论和方法论基础,深刻地分析了复杂的社会现象,揭露了剥削阶级及其思想家和法学家的偏见,科学地阐述了法的根源、法的本质、法的发展规律以及其他重大的法学理论问题,使法学成为一门真正的科学。但是,有的人却怀疑、否定马克思主义法学的存在,否定马克思主义在法学中的指导地位和作用,宣扬马克思主义法学原理已经过时,不起作用了。这是完全错误的。马克思主义法学与资产阶级法学是当代法学理论的两极,是对立的意识形态。马克思主义法学果真“过时了”、“不起作用了”,资产阶级法学真的涵括了人类法学认识的全部真理,非由它来代替马克思主义法学不可?通过研究西方法哲学,对马克思主义法学与资产阶级法学进行比较分析,这些困惑和问题是能够得到比较清楚解答的——西方各个历史时期占主导地位的法学的本质上都是剥削阶级的法学,当代西方法哲学总体上也不例外。当代西方法哲学尽管包含着对法律现象的某些方面、某些过程的真理性认识,特别是有关法律的技术问题、形式问题和法律的运作问题的认识甚至达到了相当完善的程度,但是由于受到阶级的、世界观的和方法论的多重局限,它们没有揭示出甚至有意掩盖法的根源、法的本质和法的发展规律,因而总体上来说是不科学的。

同时,也应明确:马克思主义法学不能故步自封,必须不断创新和发展。只有不断创新和发展,它才能充满活力。这就决定了马克思主义法学必须是开放的,必须善于汲取人类认识史和思想史上的一切成果。开放和交流是人类思想和文明发展的动力和途径。马克思和恩格斯在《共产党宣言》中精辟的指出:“资产阶级由于开拓了世界市场,使一切国家的生产和消费都成为世界性的了,不管反动派怎样惋惜,资产阶级还是挖掉了工业脚下的民族基础。……过去那种地方的和民族的自给自足和闭关自守状态,被各民族的各方面的互相往来和各方面相互依赖所代替。物质的生产是如此,精神的生产也是如此。各民族的精神产品成了公共的财产。民族的片面性和局限性日益成为不可能。”^①列宁反复告

^① 《马克思恩格斯选集》第1卷,第254~255页。

诉人们：“马克思主义就是共产主义从全部人类知识中产生出来的典范。”“如果你们要问，为什么马克思的学说能够掌握最革命阶级的千百万人的心灵，那你们只能得到一个回答：这是因为马克思依赖了人类在资本主义制度下所获得的那些知识的坚实基础；马克思研究了人类社会发展的规律，了解到资本主义的发展必然会走向共产主义，更主要的是他完全依据对资本主义社会所作的最确切、最缜密和最深刻的研究，借助于充分领会以往的科学所提供的全部知识而证实了这个结论。凡是人类所创造的一切，他都用批判的态度加以审查，任何一点也没有忽略过去。凡是人类思想所建树的一切，他都重新探讨过，批判过，在工人运动中检验过，于是就得出那些被资产阶级狭隘性所限制或被资产阶级偏见束缚住的人所不能得出的结论。”^①当年马克思和恩格斯在创立共产主义理论（包括法学理论在内）的过程中博览群书，从资产阶级学者甚至奴隶思想家的著作中发掘出很多合理内核和闪光的思想，而今我们要发展马克思主义法学，建设有中国特色的社会主义法学，同样需要借鉴和汇纳各种学说包括资产阶级学说中的科学因素。有人说，马克思、恩格斯早就对资产阶级的理论作了处理，该汲取的汲取了，该排污的排污了，我们再去研究西方的理论实无必要。我们不同意这种看法。马克思、恩格斯确实对他们以前和同时代的各种学说作了深刻的、系统的批判研究，特别是对资产阶级学说作了科学的处理，但同样不可否认的是，马克思和恩格斯并没有完全预见到他们之后人类社会的发展和科学的进步，更不可能对他们之后新出现的学说进行预先处理。这项工作要靠马克思主义的继承人——一代又一代的共产党人和科学工作者完成。我们应当承担起这项历史任务。

其次，这是建设有中国特色的社会主义法制国家的需要。资本主义经过几百年的发展，建立了与其市场经济、民主政治和社会文化相适应的法律制度。资本主义法律制度，一方面，作为资产阶级意志的体现，本

^① 《列宁选集》第4卷，第347～348页。

质上是对资产阶级的阶级利益和有利于资产阶级的社会关系的确认和保护;另一方面,作为社会调整或控制的技术,它是人类对社会经济、政治、文化以及其他社会关系及其客观规律的科学认识的结晶。例如,资本主义法中有关资源配置、生产管理、市场调节、国内市场与国际市场的联系、社会保障、社会保险等经济社会性法律规范,就是人类对自然规律、经济规律和社会问题认识的反映;有关选举、代表会议、权利对权力的制约、权力对权力的制衡、行权程序、反贪倡廉等政治性法律规范则是对政治关系、政治权力运行规律的科学认识,有关教育、科技、资源开发、人口控制、兴修水利、城市规划和建设、婚姻关系、财产继承、惩治犯罪、维和行动等的法律规定则是管理公共事务、社会事务和国际事务的经验总结。它们作为人类认识的成果和人类文明的标识,具有某种超越时空的长久而普遍的科学性、真理性和社会价值。对于这些反映客观规律的法律规则和技术应当继承或移植。几十年前,还在人民民主主义革命时期,毛泽东同志就强调指出:“我们绝不可拒绝继承和借鉴古人和外国人,哪怕是封建阶级和资产阶级的东西。”^①在邓小平建设有中国特色社会主义理论的指导下制定的《中共中央关于社会主义精神文明建设指导方针的决议》更坚定地指出:“必须下大决心用大力气,把当代世界各国包括资本主义发达国家的先进科学技术、具有普遍适用性的经济行政管理和其他有益文化学到手,并在实践中加以检验和发展。不这样做就是愚昧,就不能实现现代化。对外开放作为一项不可动摇的基本国策,不仅适用于物质文明建设,而且适用于精神文明建设。”^②1992年初邓小平同志在巡视南方期间也明确指出:“社会主义要赢得与资本主义相比较的优势,就必须大胆吸收和借鉴人类社会创造的一切文明成果,吸收和借鉴当今世界各国包括资本主义发达国家的一切反映现代化社会生产规律的先进经营方式、管理方法。”^③这种指导方针和指导思想不仅从根

① 《毛泽东选集》第3卷,第817页。

② 《中共中央文件选编》,中共中央党校出版社1992年版,第346页。

③ 《邓小平文选》第3卷,第373页。

本上回答了对外开放政策能否适用于精神文明建设的问题,清除了在这一问题上的左倾思潮,而且对我国的法制建设也有着极其重要的指导意义。文明本来就是借鉴、积累、交流和升华的产物。任何一个国家的法律制度绝不可能是在世界法律文明发展的大道之外产生的,相反却是人类法律思想、法律技术和法治经验的继续和发展。

要继承或移植资本主义发达国家的法律,一个重要的前提是对西方发达国家的法律开展比较研究,对被继承和移植的法律有充分了解和深刻理解,有科学的鉴别和真实的评价,有在此基础上的能动设定、理性选择和批判扬弃。而要做到这一点,必须重视西方法哲学研究。因为,第一,西方法哲学是西方资本主义法律制度的思想理论基础,是它的精神内核。在西方,无论是整个法律制度,还是它的根本原则、具体原则、规则和程序,无不以法哲学为指导思想,从法哲学得到证明和证成。在法哲学的层面上,可以透视出不同法律制度之间价值理念的差异和本质区别。第二,借鉴或移植离不开分析、研究和批判。对西方资本主义法律制度的借鉴和移植不是全盘照搬,而是扬弃。“扬弃”这个源自德国古典哲学的词语含有否定和肯定的双重意义,在否定的意义上指取消或舍弃,在肯定的意义上指保持或保存。恩格斯在借用这一概念时,明确地把它解说为“既被克服又被保存”。在我国社会主义法制建设过程中,社会主义新法对于资本主义旧法来说是一种否定,但又不是—种单纯的否定或完全抛弃,而是否定中包含着肯定,从而使法制建设的过程呈现出对旧法既有抛弃又有保存的性质。这是从法律发展的客观过程讲的,如果从处理法律继承或移植问题的主体,即从立法者和立法机关的角度,法律继承或移植实际是一种批判的、区别性的、有选择的继承,即在否定旧法固有的反动的阶级本质和整体效力的前提下,经过反思、选择、改造,吸收旧法中某些依然可用的因素,赋予它新的阶级内容和社会功能,使之成为新法体系的有机组成部分。如此的法律继承有两个对立面,一是不加分析,抄袭或复制旧法的拿来主义,一是否定新法与旧法之间的历史联系和继承关系的虚无主义。通过以马克思主义为指导的法哲学

研究,可以甄别出哪些是能够与科学、理性、民主、自由、公平、人权、法治、和平、秩序、效率为内容的时代精神融为一体的富有生命力或再生能力的积极因素,哪些是完全反映资本主义本质的反动的、落后的消极因素,从而实现扬弃。

复次,是法学学科建设的需要。众所周知,由于我国历史上缺乏民主和法治传统,建国后一个相当长时期又极不重视法制,致使同人文社会科学的其他学科比较,我国法学还是一个非常年轻的学科。我国法学起步较晚,起点较低,基础较差。法学工作者面临着法学体系的建构、法学基础理论的探索、中外法律思想和法律制度的比较等学科建设的艰巨任务。尤其是法哲学(法理学)研究,虽然我们有马克思主义基本理论和方法论的明显优势,但在研究的范围和深度上,在为亿万人民的法律实践服务方面,同国外差距较大。现阶段,我们还没有建成国内外公认的有中国特色的社会主义法哲学(法理学)理论体系和范畴体系。开展西方法哲学研究,了解西方法哲学在法的本体论、法学范畴论、法律价值论、法律运行论、法律社会论等法学和法律根本问题上的观点以及他们的研究方法,实事求是地进行分析、评价和借鉴,对于繁荣我国法学理论,建构有中国特色的社会主义法学体系,是十分必要的。

由于长期封闭,我国法学界对西方法学缺乏最基本的了解,与之没有共同论题,缺乏共同语言,致使我国法学参与国际对话的能力极其有限,在国际法学舞台上远没有确立平等对话的主体资格。长期封闭造成的法学信息不足,既使得我们不少学者对外国法学盲目排斥,也使得外国学者对我国法学和法律制度缺乏公正的评价。为摆脱这种局面,我们必须加强与国外法学的交流,而开展西方法哲学研究,比较系统地了解他们的研究方法、研究范围、理论热点和社会作用,就是交流的基础。

正是基于上述认识和责任感,从20世纪80年代初,我先后在北京大学沈宗灵教授、美国拉特格斯大学柯恩(Julius Cohen)教授、哥伦比亚大学格里纳沃特(Kent Greenawalt)教授、艾克曼(Bruce Ackerman)教授等著名法学家的指导下,研究西方法哲学(特别是当代西方法哲学),曾

发表了一些论文,出版过两本著作。1991年,经由国家哲学社会科学法学评审组专家的评审、规划办公室的批准,我承担了国家哲学社会科学“八五”规划重点课题——当代西方法学思潮总评判。本书就是这一课题的最终成果。

在课题进行的全部过程中,本人自觉地坚持以马克思主义为指导来处理西方法哲学这一法学理论资源,用马克思主义法学原理和方法论作为评价西方法学的基本标准。在此前提下,我坚持以下研究态度和研究方法:第一,科学的态度,即尽可能地占有充分的第一手资料,实事求是地确定西方法哲学流派的“本真”意义,不随意取舍和解释资料;既不“六经注我”,也不“我注六经”,反对实用主义;不简单地肯定一切,也不简单地否定一切。第二,审视、反思和批判的态度,即不盲目认同和被动接受;坚持用批判的眼光对待每一种观点,每一个法学家,每一个法哲学流派,试图通过敏锐的批判达到深刻的理解。第三,比较的方法,即对西方法哲学流派之间进行比较分析,并注意把理论观点和理论体系的比较与对它们的政治意识形态和社会影响的比较结合起来。第四,历史的方法,即既历史地再现又历史地评价西方法哲学的理论和方法。第五,宏观综合与微观分析结合,宏观综合研究主要针对各种法哲学思潮的历史、社会、文化和实践背景,政治立场,理论走向,一般特征等。微观分析主要针对具体范畴和观点。第六,采用首先将西方法哲学思潮分解为流派和理论热点或基本理论,然后逐一研究的分析结构。

目 录

序言 /1

绪论——西方法哲学总论 /1

一、法哲学解析 /1

二、西方法哲学的研究对象和范围 /6

三、西方法哲学与其他学科的关系 /8

四、西方法哲学的历史 /15

上篇 二十世纪西方法哲学主要流派

引 论 /25

第一章 新自然法学派 /31

一、古代自然法思想传统 /33

二、古典自然法 /37

三、自然法学的复兴 /41

四、新托马斯主义法学 /45

五、世俗的新自然法学 /52

第二章 新分析实证主义法学派 /65

一、分析实证主义法学传统 /68

二、纯粹法学 /73

三、新分析法学 /77

第三章 社会法学派 /90

一、社会法学派的形成和发展 /92

二、社会连带法学 /99

三、社会工程法学 /102

四、利益法学 /108

五、自由法学 /110

六、现实主义法学 /113

七、伯克利学派 /119

第四章 社会哲理法学派 /125

一、古典哲理法学 /125

二、新康德主义法学 /132

三、新黑格尔主义法学 /145

第五章 新马克思主义法学派 /148

一、新马克思主义法学的本质特征 /150

二、法在社会结构中的定位 /152

三、法与意识形态 /156

四、法的阶级性和相对自主性 /161

第六章 经济分析法学派 /167

一、经济分析法学的产生和发展 /169

二、经济分析法学的基本概念 /174

三、科斯定理及其应用 /177

四、波斯纳经济分析举要 /183

五、波兰斯基经济分析案例 /190

六、对经济分析法学的评价 /197

第七章 新自由主义法学派 /202

一、自由主义传统和新自由主义的生成 /202

二、哈耶克的新自由主义法哲学 /207

三、诺锡克的自由主义法哲学 /222

第八章 制度法理学 /240

一、制度法学的理论宗旨和目标 /243

二、制度法学的认识论和方法论 /247

三、制度法学的本体论 /256

第九章 其他法学流派 /268

一、存在主义法学 /268

二、行为主义法学 /278

三、批判法学 /288

四、统一法学 /295

下篇 二十世纪西方法哲学重大理论热点

引 论 /309

第十章 法的模式(要素) /311

一、律令—技术—理想模式论 /312

二、规则模式论 /315

三、规则—政策—原则模式论 /320

第十一章 法律与道德 /332

一、法律与道德的关系 /334

二、法与道德有无必然联系 /342

三、法与道德的难题 /346

四、道德的法律强制 /353

第十二章 法的效力 /365

一、逻辑的效力观 /366

二、伦理的效力观 /369

三、事实的效力观 /371

四、心理的效力观 /374

第十三章 守法与违法 /377

一、公民守法的道德义务 /377

二、公民反抗法律的问题 /385

第十四章 责任与惩罚 /392

一、法律责任的本质 /393

二、哈特的法律责任论 /396

三、惩罚的目的、理由、对象和限度 /404

第十五章 权利和人权 /412

一、法学史上的权利观念 /412

二、选择论和利益论 /418

三、权利与义务的关系 /422

四、人权概念和人权理论 /428

第十六章 自由、平等与法律 /440

一、自由的概念 /441

二、自由与平等的冲突 /452

三、公平的机会均等论 /456

四、自由与平等的相对论 /458

五、法律限制自由之证成 /460

第十七章 表达自由 /468

一、表达自由的结构和功能 /468

二、明显的当前危险论 /475

三、自主主体论 /478

第十八章 正义 /482

一、正义之作用 /483

二、相对正义论 /484

三、形式正义论 /489

四、社会正义论 /497

五、资格正义论 /501

六、公平与效益 /508

第十九章 法治 /511

一、西方历史上的法治思想和理论 /512

二、现代法治的含义和意义 /516

三、法治理论模式和法治理想 /518

四、法治与自由裁量 /527

附录一：外文参考书目 /533

附录二：中文参考书目 /538

附录三：西方法哲学研究论文和

中文译文索引 /542

后 记 /557