

胡旭晟 著

法的道德历程

——法律史的伦理解释（论纲）

6

中国法律哲学临界丛书

邓正来 主编


法律出版社
LAW PRESS CHINA



中国法律哲学临界丛书

邓正来 主编

法的道德历程

——法律史的伦理解释（论纲）

胡旭晟 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法的道德历程——法律史的伦理解释(论纲)/胡旭晟著. —北京:法律出版社,2005.12

(中国法律哲学临界丛书)

ISBN 7-5036-6060-0

I. 法… II. 胡… III. 法律—历史—研究 IV. D90-053

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第152726号

© 法律出版社·中国

**中国法律哲学
临界丛书**

法的道德历程——法
律史的伦理解释(论
纲)

胡旭晟 著

责任编辑 陈 怡
肖逢伟
装帧设计 于 佳

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 6.75 字数 117千

印次 2006年1月第1次印刷

编辑 法学学术出版分社

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 7-5036-6060-0/D·5777

定价:15.20元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



中国法律哲学临界丛书

邓正来 主编

黄文艺 全球结构与法律发展

郑戈 法律与现代人的命运：
 马克斯·韦伯法律思想研究导论

胡旭晟 法的道德历程——法律史的伦理解释（论纲）

强世功 法律的现代性剧场：哈特与富勒论战

姚建宗 美国法律与发展研究运动述评

本书上架建议：法学学术·法理学



EX LIBRIS

达利达博物馆
DALÍ MUSEUM



《中国法律哲学临界丛书》学术委员会

学术顾问：邓正来 张文显 季卫东 徐显明

主 编：邓正来

学术编委：付子堂 黄文艺 郑 戈 章永和
赵晓力 胡旭晟 刘小平 强世功
赵 明 蔡宏伟 柯 岚 邹立君
徐亚文 王 恒 陈林林 朱 振

临界：中国青年学者的使命与担当

——《中国法律哲学临界丛书》总序

邓正来*

这是一套旨在建构中国法学未来的丛书。

一如我在“中国法学向何处去”一文中所指出的：1978至2004年的中国法学，为中国突破此前法学或法律虚无主义的时代做出了极大的贡献，而且无数学人引进西方法律知识和研究法律的努力为中国法学的未来发展起到了铺平道路的重要作用。这是一个在中国法学发展史上极为重要的时代。但是，我们也必须承认，这个时代的中国法学在总体上却未能为评价、批判和指引中国法制发展提供作为理论判准和方向的“中国法律理想图景”。因此，我认为，这也是一个没有中国自己法律理想图景的时代。在这个时代，我们没有属于自己时代的哲学，也缺乏一整套有关当下中国秩序之性质的基本问题意识的法律哲学。因此，我们需要在此前学人努力的基础上开启一个新的时代，一个建构中国法律理想图景的时代，一个开始追究我们根据什么进行思想的时代，一个开始追究我们自己的关

* 吉林大学理论法学研究中心教授、博导，《中国书评》主编、《中国社会科学评论》主编。

于美好生活的理想图景的时代。

在我对中国法学进行批判和重构的基本设想背后,是我关于中国社会科学自主性问题的一贯思考。这种思考从两个向度展开。在国内向度上,我们必须思考和确立学术研究的场域与经济活动的场域、政治活动的场域和日常生活的场域之间的区别,由此建构和捍卫学术研究场域的自主性;在国际向度上,我们必须摆脱在接受西方社会科学过程及其价值标准时的我所谓的“前反思”状态,打破“西方文化霸权”对我们的支配。仅就国内向度而言,在我看来,作为知识分子的我们对中国知识生产和再生产活动所具有的那种“集体性”和“宰制性”仍处于一种不意识的状态之中。所谓“集体性”和“宰制性”的知识生产和再生产活动,亦就是我所说的中国在当下深陷于其间的那种由“自上而下”的“知识规划”与“自下而上”的“知识对策”构成的活动。我们可以发现,在这种活动中,中国社会科学场域中主要存在着两大知识生产趋势以及与其相应的两大“知识类型”:第一,存在着一种并不是以理论脉络和知识发展范式为依凭而是以某种“自上而下”的规划为根据的知识生产方式以及与之相应的“类型知识”。我把它称之为“规划的知识”。第二,存在着一种也不是以理论脉络和知识发展范式为依凭而是以其他各种需要(比如说社会需要、经济需要和政治需要)为根据的知识生产方式以及与之相应的“类型知识”,亦即违背知识场域逻辑的那种知识。在这个意义上,我认为,中国社会科学自主性的建构,在根本上取决于作为知识分子的我们对自身参与其中的

知识生产活动保持深刻的反思和批判。而这就不仅要求我们对知识研究本身的问题予以关注，而且还要求我们对中国既有的“知识生产机器”进行反思和批判。

毋庸置疑，正是在对中国法学乃至中国社会科学所处的这个时代进行整体性批判和努力建构一个学术自主性的新时代的诉求中，自然隐含了我对一种我称之为“临界”时刻的憧憬和预示。所谓“临界”时刻，在这里大体上是指中国法学在知识层面和知识生产制度层面上努力突破既有时代并可能进入一个新时代的时刻。这种“临界”时刻，与其说是一个事实性判断，不如说是一种源出于不同思想根据的主观建构或想象。这种“临界”时刻的达致，主要是通过知识分子从此前的状态中解放出来，进入一种我所谓的知识分子的“集体性反思”状态。坦率地讲，对这种“临界”时刻的追寻和想象，我本人也经历了学术认识和实践方式上的转换。我最早是通过与学术界的同仁创办并主编学术刊物的方式来践履自己提升中国社会科学和建构中国学术传统及批判体系的构想的，但是后来我发现仅此不够，因为这种重要的努力很难在提升学者个人学术水平方面有所作为。于是，我决意回到书斋专注于自己的学术研究。然而历经了对哈耶克自由主义理论的长达五年闭关的学术研究和批判以后，我发现，这些研究虽然具有很重要的基础性意义，但是面对建构中国学术传统这一整体性任务，个人学术研究再重要也不能构成中国社会科学的学术传统——尽管这种学术传统是由无数个人的研究汇合而成的。最终，我意识到，要建构起中国社会科学的学

术传统,期待中国法学“临界”时刻的到来,不仅需要每个人的学术努力,而且还需要有良好的学术制度和评价体系的保障,更需要有学界同仁的集体性努力——这意味着,上述努力必须以一个庞大的旨在提升中国法学乃至中国社会科学之水平的学术梯队为支撑。

于是,达致这种“临界”时刻的关键便是年轻一代的知识分子。梁启超曾在“少年中国说”中对照以老年人的衰朽而热情讴歌了少年人的激情和锐气,而我除了反对自然进步观这一点以外,也极赞同任公的观点。在我看来,无论是在物理上还是在精神上,年轻学者都代表着一种可能的学术新力量,一种可能承继并突破既有时代的新力量。他们是中国学术的未来和方向,甚至有可能是中国的未来和方向。这是我的一个基本判断。这一判断正是我历经十八年独立研究、五年闭关而一朝进入学术体制成为吉林大学教授的重要原因,正是我直陈研究生教育四大弊端并主张博士生招生制度改革的重要原因,也正是这套以青年法学博士为主体的“中国法律哲学临界丛书”得以面世的重要原因。

然而,必须指出的是,我关于年轻学者是中国学术未来时代建构者的判断,并不能被简单地视作是一种当然的定论。众所周知,年轻学者与既有的学术体制和学术时代有着千丝万缕的联系。在我看来,年轻学者,一如任何学者一样,都没有能力使自己完全摆脱生成他们、成就他们的这种学术体制和这个时代,正如理性不可能完全脱离其生成的条件而对这些条件进行彻底的反思和批判一般。

我在分析知识分子与既有学术体制和学术时代之间存在着一种深层的“合谋”关系的时候,实际上也曾指出过年轻学者与这个体制和时代的内在“合谋”关系。虽然在指出这种“合谋”关系的时候,我所依凭的乃是一种理性有限的知识论根据,甚或还在很大程度上保有着一种“同情性理解”的态度,但是需要指出的是,我对这个问题的强调,并不是要为年轻学者与这个体制和这个时代的“合谋”关系提供理据,而是旨在指出这个时代的学术体制和教育体制的影响也已深深地嵌在了年轻学者的身体之中。在这个意义上,《中国法律哲学临界丛书》在某种程度上就不只是年轻学者学术努力和学术成就的展示,而且也是经由展示他们的知识产品为人们认识这个时代建构起一个历史性的标本,据此人们可以洞见到他们的知识努力以及这种努力本身所深刻记载的既有教育体制和学术制度在这个“临界”阶段对他们所具有的隐而不显的影响。透过这个历史性的标本,人们会发现,对现时代的真正脱离乃是在严格限定的意义上而言的,因为在不意识知识分子与既有学术体制之“合谋”关系的情形下展开的批判,极有可能转换成一种与这种学术体制更深且更牢固的“合谋”:我们可能会通过我们自己的各种“改革努力”而把现有的这台知识生产机器粉饰得更加美丽,使其在生产和再生产那种规划的知识的时候更有效,进而使其生产和再生产出来的知识也具有更大的正当性。因此,这个历史性标本的确立,在一定程度上意味着一种深刻的对既有学术体制的关系性反思以及对作为建构者与被建构者的同一性位置的自觉意识。

当然,透过这个历史性的标本,我们也同样可能发现其间所隐含着的未来中国法学建构的可能方向。在这一点上,我们的学术起点始终植根于既有的时代之中,因此我们所建构的并不是一个彻底空无的学术乌托邦。但是值得我们注意的是,在对既有时代的批判中隐含着未来学术的各种可能方向,而这些方向则蕴涵在批判得以展开的理据当中,蕴涵在批判既有时代的反向运动当中。因而,这些青年博士的研究成果,是我们建构学术新时代的曙光。实际上,关注这些法学博士的知识努力,本身就表现为一种对学术未来的期盼,因为他们就是学术未来;与此同时,这也是一种对某种学术批判的期待,因为他们的学术的合法性存在,本身就意味着学术批判的成就。

据此,我们可以说,《中国法律哲学临界丛书》既是对“临界”时刻的把握,也是对这一时刻的主动创造。现在,这种对中国学术未来进行建构的可能性就摆在青年法学学者的面前。这是一种责任,一份承诺,一种对中国学术未来的担当,也是中国青年学者特有的学术使命。当然,任何一个中国知识分子都不会把这项责任完全推卸给这些年轻的博士,我们将共同努力,因为我们知道,作为一种前后相继的学术传统的一部分,我们的智性努力也早已深深地嵌在了中国学术的未来之中。

是为序。

北京北郊未名斋

二〇〇五年十二月

法与道德的关系，既是自古以来哲学家和法学家研究的重大理论课题，也是各国法制建设和道德建设面临的重大现实问题，本书由人类不同类型法律史的演进过程透视这一主题，从而避免了纯抽象研究的空洞，并充分展示出法与道德关系的历史多样性与丰富性，可谓独辟蹊径。

作者从类型学角度设计出“混沌法”、“道德法”、“独立法”三大类型，再从比较法学角度论述不同文化类型的共性与差异，并运用法学、哲学、伦理学、宗教学、历史学、人类学、政治学等等多门学科的知识 and 原理论证其核心观点，充分显现出思辨的气质、理论的锋芒和创新的尝试。其中所提出的“一切法律在根本上不可能与道德无涉；理论上如此，实践上同样如此”、“法律有效性的大小程度取决于它所获道德支持的广泛程度”等观点及其论证方式对法学和伦理学关于法与道德关系的研究，具有较大启示。

在研究范式与风格上，作者通过定义关键词、划分理想类型、厘定逻辑工具以及明确价值判断的立场等等，建立了独特的研究体系和分析框架。全书选题宏大，论域广阔，但结构严谨，层次分明。作者将历史与逻辑、宏观与微观、法理与伦理、经验与思辨、描述与解释结合一体，颇具开拓性。

我期望本书的出版能有益于我国的法学研究、特别是法史学和法伦理学的发展，同时也有益于现实的法制建设和道德建设。

——曾宪义（中国人民大学法学院名誉院长、教授）

我们不能保证对于陌生的和新的事物不会产生误解,但是这样的误解变得具有创造性和启发性却总是可能的。

——[德]根特·弗兰肯伯格

法律要有活力,则必须反映社会的灵魂。

——[英]诺·库尔森

一切法律在根本上都不可能与伦理道德无涉;理论上如此,实践上同样如此。

历史证明,法律有效性的大小程度取决于它所获道德支持的广泛程度。

——本书作者自语

法律起源的轨迹是:(原始)习惯→不成文的习惯法→成文的习惯法→国家法;这一规律的内在实质是从**道德**到法律;因而,法律是**伦理**的造詣,法律也由此成为伦理的**实体化**机制。自从诞生以后,法律的独立化运动已经历**混沌法、道德法和独立法**三个**逻辑**形态。混沌法的基本特征是**道德、法律、宗教**三位一体,但宗教构成法律与道德的存在形式和权威依据;其初级表现形态是神权法,其高级的表现形态是**东方宗教法**,而东方宗教法又经历了印度法、希伯来法、伊斯兰法这三个从肯定到否定再到否定之否定的逻辑环节。道德法的基本特征是法律已摆脱宗教的束缚,但仍与道德浑然一体;其最成熟、最典型的代表是**中国古代法**,后者经历了先秦的理论预制、汉唐的现实建构、唐(中叶)清的深化与危机、近代的转型与困境四个大的阶段。独立法的基本特征是法律已分别扬弃宗教与道德而获得**形式化**存在和发展,伦理原则虽然仍是法律的最高准则,但大多以“法”(理想法)的面目出现。迄今为止,独立法的典型代表是**西方法**,它经历了古代的肯定(包括希腊的精神预制与罗马的制度建构)、中世纪的否定、近代的否定之否定三个逻辑环节。而从宏观的**历史**趋势来看,法律的归宿将是道德。从法律源于道德到法律的独立化运动再到法律趋于道德,这是一个从肯定到否定再到否定之否定的无限漫长的历史过程。

目 录

前言 关于理论预设的若干说明	/ 1
第一章 法的起源	/ 17
第二章 混沌法——东方宗教法(一):印度法·肯定环节	/ 35
第三章 混沌法——东方宗教法(二):希伯来法·否定环节	/ 46
第四章 混沌法——东方宗教法(三):伊斯兰法·否定之否定环节	/ 58
第五章 道德法——中国法(一):先秦·理论预制	/ 71
第六章 道德法——中国法(二):汉唐·现实建构	/ 88
第七章 道德法——中国法(三):唐(中叶)清·深化与危机	/ 96
第八章 道德法——中国法(四):近代·转型与困境	/ 111
第九章 独立法——西方法(一):古希腊·精	