



西方法学思潮与流派

The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

后现代法学思潮

Postmodern Jurisprudence



高中著

2



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



西方法学思潮与流派
The Thought & Genre of
the Western Law

吕世伦 主编

后现代法学思潮

高 中 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

后现代法学思潮/高中著. —北京:法律出版社,
2004.9

(西方法学思潮与流派/吕世伦主编)

ISBN 7-5036-5084-2

I. 后… II. 高… III. 后现代主义—法学流派
—西方国家 IV. D909.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 086512 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 王旭坤

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/陶松

开本/850×1168 1/32

印张/7.75 字数/152 千

版本/2005 年 10 月第 1 版

印次/2005 年 11 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

重庆分公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5084-2/D·4802 定价:16.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《西方法学思潮与流派》

丛书序言



源远流长的西方法学,是人类文明史的一颗璀璨明珠。从古希腊、古罗马开始,它迄今已有两千五百余年而愈盛,成为西方社会文化的一个极为重要的组成部分。在这一充满理性思辨的领域,贤杰辈出,学派纵横,卷帙浩繁,闪烁着耀眼的智慧光芒;亦如大江之涛,前赴后继,滚滚推进,不断地扩展和深化。当然,与任何事物的发展一样,有光明就有黑暗,有进取就有曲折。西方法学发展的历程,也间或泛起些许糟屑和污秽,但总体上顺应了社会发展与人类思想演进之规律。西方法学的积淀与变迁,提供了诸多有益于民主与法治建设的知识成果,是人类应当汲取的财富;而那些喧嚣一时、昙花偶现的沉渣,亦不失其反思和警戒之意义。正是鉴于这些反复的考虑与权衡,我们才决定编辑这样一套《西方法学思潮与流派》丛书,力求使其尽可能较广泛和全面地体现西方法律思想发展的多样性特征。

该丛书定位为普及性知识读物,其对象主要是高等学校法学本科学生或具备相当知识水平的人士,同时亦包括那些对西方法学感兴趣或需从中查找有关资料的研究人

员。因此,该丛书具有两个特点:第一,语言通俗、明了,文字简练,脉络清晰。第二,侧重于客观性资料的概括与介绍,不含过多的分析与评论。必须指出的是,西方法学中的一些学派或思潮的代表性著作包含着许多极富哲理思辨的、艰深难懂的论说。要将这些表述刻意加以“通俗化”,不仅困难重重,而且可能扭曲原意、伤其精髓。逢此情形,我们只能力求做到恰如其分,相信读者能予以谅解。

本丛书的主题是“西方法学思潮与流派”。依学界通说,“法学思潮”和“法学流派”二者,完全可视为同义语。但仔细揣摩,它们之间还是能够区分,并且在某种特定情形下应当予以区分。“法学思潮”亦称“法律思潮”,指在一定时期、一定区域(如欧洲、北美)或国家里,带有普遍性,且常常起伏不定的,对法现象进行理解和论说的趋向。而“法学流派”则是指,在法学思潮中逐渐凝结而成、相对稳定的派别或支派。其中,不仅存在着核心人物及其论著,更重要的是还有为法学界公认的、相对确定的主导精神和主义。不过,无论“法学思潮”或者“法学流派”,它们均有大小和强弱不等的时空影响力。

《西方法学思潮与流派》丛书,是法律出版社的张波先生和赵浩女士首先动意,继而与我们共同策划的。之后,我们又陆续得到了法律出版社法学学术出版分社、张波先生及各位责任编辑的鼎力襄助。今日,在此拙作得以付梓之际,我谨代表二十多位作者,向颇具声望的法律出版社的朋友们致以深深的谢意。同时,我们也由衷地期盼专家学者和广大读者不吝赐教。

吕世伦

2005年6月于中国人民大学

目 录



绪 论	1
第一章 后现代法学异军突起	5
第一节 什么是后现代主义	6
一、现代与后现代	6
二、后现代主义思潮的现实渊源	8
第二节 后现代法学的概貌	10
一、对现代性法学的考察	10
二、法学的后现代转型	14
本章小结	29
第二章 后现代法学的哲理渊源	31
第一节 福柯的知识考古学与权力系谱学	31
一、权力与知识的密切联系	32
二、警惕“真理恐怖主义”	34
三、福柯对后现代主义的影响	36

四、福柯的法律观:法律帝国崩塌了	37
第二节 利奥塔的“后现代状况”论	39
一、对“后现代状况”的考察	40
二、为“异类知识”寻求一席之地	41
三、激活差异,向总体挑战	44
四、利奥塔的法律观:后现代游戏中的多元正义	45
第三节 德里达的解构主义观	46
一、破除西方传统语音中心主义和逻各斯中心主义迷信	47
二、永无止尽的解构	49
三、德里达的法律观:解构就是正义	51
第四节 罗蒂的新实用主义观	53
一、空洞无物的“真理主义”文化传统	54
二、后哲学时代的图景	59
三、罗蒂的法律观:取消理论、试着做吧	60
本章小结	64
 第三章 法史学与法律解释学的后现代转型	 67
第一节 对“西方法律中心论”的批判	67
一、西方的“根”是刻意制造出来的	69
二、罗马神话就是这样产生的	70
三、对罗马神话的挑战:西方法律并不“西方”	71
四、罗马法的脱魅	73
第二节 对主流法律解释学的批判	76
一、后现代法律解释观的性质	77

二、后现代法律解释观与解构主义思潮的	
关系	86
本章小结	96
第四章 三大后现代法学流派	98
第一节 后现代法学流派兴起的历史背景	98
一、前途未卜的纠正歧视性行动	98
二、堕胎引起的社会价值观念的冲突	105
三、左派与右派之争	108
四、美国的同性恋问题对社会共识的冲击	110
第二节 种族批判法学	116
一、种族批判法学的概貌	116
二、种族批判法学的后现代主义特征	120
三、方法论特征：讲述种族自己的故事	125
第三节 激进女权主义法学	129
一、女权主义法学的概貌：三足鼎立，激进为主	129
二、激进女权主义法学的后现代主义特征	131
三、激进女权主义法学对待“色情作品”的立场	137
四、激进女权主义法学的权力话语观	141
第四节 法律与文学运动	149
一、法律与文学运动的概貌	149
二、法律与文学运动的后现代主义特征	152
三、“文学中的法律”研究范式	154
四、“作为文学的法律”研究范式	157

五、“从文学到伦理”法律研究范式:法律与文学运动的新动向?	166
六、波斯纳对法律与文学运动的态度	176
本章小结	187
第五章 后现代法学思潮的得与失	190
第一节 后现代法学的“平庸”之见	191
一、法律发展的偶然性历史观	191
二、边缘者的权利	194
三、揭露现代性法学中形而上学的神话	198
四、打破主流法律话语霸权	201
第二节 后现代法学“失之何在”	203
结 语	206

附 录

主要代表人物与代表著作一览表	211
后现代主义思潮术语集粹	217
主要名词术语与代表人物索引	224
参考文献	228

绪 论



现代主义与后现代主义之间存在着交叉地带,就如同一个正在被解构着的灵魂。〔1〕

——〔美〕斯蒂芬·菲尔德曼

当人类迈入现代社会特别是西方文明高度发达的时期,诸多社会、政治、经济问题接踵而至:20世纪初的两次世界大战以及由此给人们带来的精神创伤;冷战时期,两大敌对阵营对异类的镇压和排挤;经过长期的斗争在政治领域取得初步胜利的少数种族和弱势群体仍然面对着歧视和冷眼;南北贫富差距日益悬殊;战火仍在地球上的许多地方燃烧着……

对上述现实的亲身体验和理论反思,必然会体现到以关注人类生存与发展为核心的20世纪人文、社科领域。如果说“哲学是时代精神在思想中的把握”,那么后现代主义哲学正是用另类视角对这一系列现象进行深层思考、解剖和总结的结晶。

通常认为,这些“异类”思潮的先驱可追溯至尼采、海德格尔,而风云人物则包括法国的利奥塔、福柯、德里达以

〔1〕 Stephen M. Feldman, *The Politics of Postmodern Jurisprudence*, Michigan Law Review, Oct. 1996, p. 202.

及美国的罗蒂等学者。福柯对现代社会中权力与知识关系的揭露、利奥塔的科学、语言游戏观、罗蒂的新实用主义后果论、德里达的解构主义范式,无不展示了与现代性思维迥然有异的风格。

在现代法学理论中,法律是以保守、中立、普适的面目出现的。法律在维持社会秩序与安定、促进社会发展与人权进步等方面,的确起着不可磨灭的贡献。然而在新的时期,现代法律以及作为其理论、价值支撑的人文、社会科学中的最后一个堡垒——现代法学,亦面临着自身的合法性危机。后现代主义思想家们在质疑、挑战现代性世界观和方法论的同时,也将反思、批判的矛头直指现代法学所弘扬的基本原则、法治理念,揭露诸多规则和制度在维护强者的利益时,对弱势群体的漠视和排斥。他们试图运用各种新的方法,采用不同于现代主流法学的认识论进路,颠覆体现于现代法学领域的形形色色的流派中那种一脉相承的形而上学的本质,从而打破其话语霸权,化解“语词的化石”,使非主流的、边缘性话语获得一席存在的空间。

如果说后现代法学的基本思想和方法主要源于欧洲大陆,那么美国就是一块试验田。激进女权主义法学、种族批判法学、法律与文学运动等后现代法学的兴起,正是美国独特的社会、政治、文化传统的体现。

处于社会主义初级阶段的中国,传统与现代、封建与进步、理想与现实、工业化与环境保护、对外开放与民族自强、民主的多元化与政治制度的一体化、公平与效益等悖论与冲突,在理论与实践日益呈现出来,可谓错综复杂、扑朔迷离。中国的法学研究和社会主义法制建设正面临着改革与创新、传统与转型等重大课题。可以说,西方资本主义社会在过去 200 余年中陆续出现的问题,正在被现

代化征途中仅仅走了 20 多个年头的中国所面对。

基于此,后现代主义哲学对西方现代文明的反思和批判以及西方法学中出现的后现代主义批判倾向,或许对我国的法制建设和法学研究的蓬勃发展具有启迪和借鉴意义。

本书的主旨不在于为后现代法学思潮辩护,而是期盼较为客观、全面地介绍西方学界已有的后现代色彩鲜明的法学思想、后现代法学思潮内部此起彼伏的争鸣以及体现于西方法学著述中的“现代”与“后现代”的激烈交锋。因为欲批驳一个对手,首先得了解它、琢磨它;欲指责一种新思潮哗众取宠、浅薄无知,抑或褒之为富含启迪的智识洞见,也得先了解它、接近它。否则,将会出现堂吉诃德拿着长矛与风车作战的滑稽局面。

*

*

*

本书第一章首先简要介绍“后现代主义”一词的含义,它与现代、现代性、现代精神等词的区别以及后现代主义哲学思潮产生的社会历史背景。在概述后现代法学之前,先将“现代性法学”推至前台,目的在于突出后现代法学之“异”。

欲真正了解后现代法学的源与流,后现代主义哲学领域中几位思想家的后哲学观及其法律思想是不可回避的。因而,第二章着重介绍法国思想家福柯、利奥塔、德里达以及美国新实用主义代表人物罗蒂的后现代法哲学理论。在本书附录二增加了“后现代主义术语集萃”,以期读者能更加了解这股“异类”思潮。

在第三章中,第一节主要介绍西方法史学的后现代转型。这一内容的素材主要源自朱景文教授主编的《当代西方后现代法学》中的相关译文。该章第二节的素材,直接

取自西方法学界原文资料。它涉及 20 世纪末,在美国学术界发生的,关于“法律解释的现代与后现代”之论争。这场论战涉及德国著名学者伽达默尔的解释学、德里达的解构理论、费希(Stanley Fish)以及怀特等人的后现代法学理论。

第四章中介绍的激进女权主义法学、种族批判法学、法律与文学运动等法学思潮,则是将理论与现实相结合的后现代法学思潮中的实践者。大量的背景介绍目的在于,使读者初步了解这三大后现代法学流派在美国兴起的深刻的社会根源。

第五章主要结合西方后现代法学的研究者对后现代法学的总体态度,谈谈笔者的点滴体会。^{〔2〕}

〔2〕 如果将前三章视为后现代法学思潮的理论篇,那么第四章则可被视为该思潮在种族、女权以及法律研究方法等问题上的实践篇。

第一章

后现代法学异军突起



在 20 世纪的后 25 年中,西方学术界最为有学术影响力的浪潮,无疑应首推后现代主义的兴起。〔3〕

——〔英〕道格拉斯·E. 利托维茨

法律、法律制度和法学理论是与社会、政治、经济联系最为密切的领域。作为以追求秩序与安定、公平与正义为核心理念的现代法学,在人类文明发展史上曾留下了光辉的印迹。然而,扑朔迷离的后现代法学的异军突起,将其熠熠生辉的历史光环蒙上了一层阴影。现代法学所秉持的价值理念以及承载这些原则的现代法律,在后现代法学思潮的无情解构和嘲讽下,面临着自身的合法性危机。

作为一种学术思潮的后现代法学,并非从天而降、“无中生有”。其产生既受到了后现代主义哲学思潮的深刻影响,又体现了西方社会思想发展的必然性倾向。

〔3〕 Douglas E. Litowitz, *Postmodern Philosophy & Law*; Rorty, Nietzsche, Lyotard, Derrida, Foucault, University Press of Kansas, 1997, p. 1.

第一节 什么是后现代主义

一、现代与后现代

后现代主义思潮从文学、艺术、建筑领域起步,蔓延到哲学、社会理论、法学等诸多领域,对统治着这些领域长达200余年的现代主义思潮发起了全面的攻击。人们惊奇地发现,在现代主义阵地上,五花八门的“主义”似乎一刹那间,从潘多拉魔盒中窜了出来。反普适主义、批判真理主义、非理性主义、视角主义、反合法主义等思潮,竞相争夺着话语的权利。

针对“后现代主义”一词本身,众说纷纭、难以定义。要了解“后现代主义”的含义依赖于如何给“现代主义”下定义的问题。因此,首先必须了解“现代主义”、“现代性”以及“现代”的含义。

“现代主义”在源头上属于一种文学、艺术运动。现代主义者发起的这场运动,在20世纪初的第二个十年中达到了高峰,涌现出乔伊斯(Joyce)、卡夫卡(Kafka)和普劳斯特(Proust)等伟大作家以及马提赛(Matisse)和毕加索等绘图大师。著名作曲家和音乐理论家斯特拉文斯基(Stravinsky)、伯奇(Berge)和斯肯伯格(Schoenberg)亦是这个时代的佼佼者。

“现代”指西方历史上含19世纪及20世纪的这样一段时期。也可以说,它起于1789年法国大革命时期。在这场革命中,封建色彩浓厚的旧政府形式被推翻了,新的社会实验开始了。而另有学者认为,“现代”与工业资本主义的巩固和全球化扩张联系在一起。

“现代精神”是一种以科学和理性主义思想为支撑的智识动力。“现代精神”一直鼓励和推动着西方思想家长达 350 余年,鞭策着康德、笛卡尔、马克思、牛顿、洛克、潘恩、杰斐逊等思想家为实现人类理性的力量而摇旗呐喊。他们坚信,理性可以使人类实现一切——从探索人类的奥秘到创造能保障人权和扩展人类自由空间的各种新的政府形式。

许多后现代主义研究者认为,后现代主义是在现代主义之后的思潮,体现了对现代主义的反思、解构和超越。而有的学者则反对望文生义,认为所谓后现代主义思潮不过继承和发扬了人类思想文化长河中所固有的批判精神、怀疑精神和创新精神,并非体现为一种时空上的断裂。而怀疑、反对这种思潮的学者,更是用尖锐的语言予以回击,斥之为自恋主义、虚无主义,纯属以学术形式体现出来的“非学术”代表。

平心而论,后现代主义思潮的确体现了鲜明的个性和时代特征。从语用学和构词学来看,“后现代”(Postmodern)之“后”(Post)具有一语双关的意味。它体现了对待“现代性”的两种不同态度。在某种意义上,“后现代”是指“非现代”(Non-modern),它要与现代的理论和文化实践、与现代的意识形态和艺术风格彻底决裂。“后”(Post)可以肯定地理解为积极主动地与先前的东西决裂,从旧的限制和压迫状态中解放出来,进入到一个新的领域;也可以否定地理解为可悲的倒退,传统价值、确定性和稳定性的丧失。〔4〕

〔4〕 冯俊等:《后现代主义哲学讲演录》,商务印书馆 2003 年版,第 3 页。

在另一种意义上,“后现代”被理解为“高度现代”(Hyper-modern),它依赖于现代,是对现代的继续和强化,后现代主义不过是现代主义的一种新面孔和一种新发展。事实上,鲜有学者将自己的理论自许为后现代主义,即使是后现代色彩鲜明的理论也并未对现代性的一切全盘加以否定。

二、后现代主义思潮的现实渊源

如同任何思想的萌芽和发展历程一样,后现代主义思潮亦孕育于社会现实之中。19世纪初资本主义的飞速发展和壮大、科学技术的日新月异及由此带来的物质文明的进步,使启蒙运动以来的现代主义思潮得到了一定程度上的确证。理性、进步的话语遍及社会、人文科学的各个领域。

然而,资产阶级文明在创造出巨大的、前人所不可想象的物质、文化财富的同时,也把人放在了自然的对立面。在通过知识、技术和人类团体力量来征服自然、掠夺自然的过程中,资本主义社会进一步把人变成了资本、生产、商品和消费的奴隶。这就像人创造出上帝这个偶像,继而对它顶礼膜拜;现代人创造出商品,随之让自己臣伏于它的神秘魔力之下。

与此同时,资产阶级为自己的阶级地位和生活方式构造出一整套价值的、意识形态的和历史观的理论体系。通过“主体与客体”、“历史与自然”、“进步与落后”、“意识与无意识”等价值的二元对立,人为地把理性同理性赖以存在的物质和社会基础割裂开来,把工业文明时代的社会生产方式和生活方式同大自然的内在平衡割裂开来,把意识