

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 130

## 主体性理论与西方法学的演变

和育东

内容提要: 在西方法学发展史上, 主体性理论起了决定性作用。正是受主体性理论的影响, 西方法学以文艺复兴为转折点, 从神学转入形而上学, 成为以自然法学为主、以抽象的理性人为主体的"理性主体性"法学。随着法学研究的科学化, 19世纪中期出现了以法官发现、适用法律为研究对象的"法官主体性"法学。到了20世纪晚期, 随着后现代主义对主体性理论的批判, 法学开始了对"个人主体性"的探索, 与此同时, 经济分析法学提供了一种颇具解释力的主体分析理论, 这种理论可以称为"有限理性主体性"。

关键词: 西方法学/理性主体性/法官主体性/个性主体性/有限理性主体性

西方文艺复兴运动是西方近代思想史的界标, 它带来人性、理性和法治的精神, 从此, 个人不再依赖神的指引, 成为具有理性的自由人, 人成为私法自治的权利主体, 人类思想的进化从神学阶段转入理性的主体阶段。直到20世纪80年代后现代主义思想对主体性理论进行解构, 标志着另一个转折的出现。以主体性理论为向度, 上述进程可以表述为"主体性理论出现之前的神学时代--主体性理论时代--后现代主义的反主体性理论时代", 当然, 即使在进入第三个阶段的今天, 主体性理论仍占据主流的思想意识形态。如果把主体性理论出现之前的神学时代看作是"神主体论", 则人类思想史可表述为"神主体性--理性主体性--个体主体性", 个性主体性阶段是后现代主义思想对理性的主体性理论的批判。用简明的哲学表述, 这两个转换的标志分别是"上帝死了"、"人死了"。

受主体性理论的影响, 法学以文艺复兴为转折点, 从神学阶段转入形而上学阶段(法哲学), 这一阶段以自然法学为主, 以抽象的理性人为主体性, 即"理性主体性"的法学, 但这时的自然法学与文艺复兴前的自然法学不同。随着法学研究的科学化, 19世纪中期出现了以法官发现、适用法律为研究对象的法理学, 本文称之为"法官主体性"的法学。到20世纪晚期, 随着后现代主义对主体性理论的批判, 法学出现了以"个人主体性"为研究范式的萌芽, 主要以批判法学派为主。而经济分析法学则提供了一种具有建构意义的颇具解释力的主体分析理论。

### 一、理性主体性的法学--以自然法学为主线

西方主体性哲学肇始于笛卡尔提出"我思故我在"这一二元论的哲学命题。此后, 笛卡尔式的"我思"在哲学史上以不同形式出现, 诸如洛克的"心灵白板", 莱布尼茨的"单子", 康德的"先验主体"、黑格尔的"自我意识"等等都是主体性哲学的表达方式。主体性哲学思维也直接或间接地反映在法律人格的塑造上。近代的法学把人看作是整齐划一的法律关系的主体, 把人都当作自由平等的"理性主体"。洛克在"论自然状态"时这样描述理性:"理性, 也就是自然法教育求助于理性的全人类, 所有人都是平等的、独立的, 任何人都不能侵犯别人的生命、健康、自由和财产。"正因为人是有理性的, 因而是自由的。自由主义理论论证的基础就是理性。

自然法的历史源远流长, 从古希腊、古罗马到中世纪, 再到17、18世纪古典时代的自然法, 都是以理性作为人类行为的标准。亚里士多德在论述法律统治优于人治时说, "应由法律实行其统治, 这就有如说, 惟独神和理性应当行使统治; 让一个人来统治, 这就在政治中混入了兽性的因素, 因为人的欲望中就有那样的特性。热忱也往往会使拥有职权者滥用其权力, 尽管他们是芸芸众生之中的最优秀者。因此, 法律.....可以被定义为'不受任何感情因素影响的理性。"中世纪神法法学也离不开理性这一范畴去解释法律, 但认为人的本性是没有理性的, 因此不得不运用理性去设计各种可行的方法和制度, 来对付堕落的人类, 因此体现理性的法律是神用来对付罪恶的产物。可见, 文艺复兴前的自然法学与文艺复兴后的自然法

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

学不同，文艺复兴前的自然法学否认人具有理性，认为法的理性来源于上帝。

文艺复兴以后，理性虽走下神坛，却被启蒙哲学家抽象化，成为脱离经验世界的超验的绝对命令。康德认为，法律和道德不应当像以前的自然法哲学家所说的那样，建立在经验人性（the empirical nature of man）的基础上，而应当建立在理性命令基础上的先验的“应然”世界。黑格尔认为，一个自由的人是一个能够使其自然的情绪、非理性的欲望、纯粹的物质利益服从于理性的、精神的自我所提出的更高要求的人，理性的基本要求是尊重他人的人格和权利。

法律上的人正是按照这样一种抽象的理性标准来塑造的。法律鼓励人们的利益最大化的行动，因而契约自由是理性的。在法律责任的问题上，把自由意志作为承担责任的根据，这是因为既然人的行动是受自己自由意志支配的，他就必须为自己的行为后果负责。犯罪和侵权的行为人要为由自己的主观过错导致的损害后果负责，契约的当事人要为由自己自愿签订的契约负责。

继承罗马法传统的大陆法在17、18世纪基本上受理性主体性思想支配，但一个波澜壮阔的支流不容忽视，这就是德国的历史学派。以萨维尼为代表的历史学派并不认为法律是不能更改的理性的产物，而是复杂的经验环境的结果。他们反对把法律主体塑造成抽象的理性的主体，提出法律是植根于民族精神而自然长成的，法律的主体应当是民族，本文称之为“民族主体性”。萨维尼在《论当代立法和法理学的使命》中写道：“……有文字记载的历史初期，法律如同一个民族所特有的语言、生活方式和素质一样，就具有一种固定的性质。这些现象不是分离地存在着，而是一个民族特有的机能和习性，在本质上不可分割地联系在一起，具有我们看到的明显的属性。这些属性之所以能融为一体是由于民族的共同信念，一种民族内部所必须的同族意识所致。任何偶然或任意原因的说法都是错误的。”“法律随着民族的发展而发展，随着民族力量的加强而加强，最后也同是一个民族失去它的民族性一样而消亡。”萨氏认为每个民族有不同的民族精神，因此有不同的法律原则，他反对在民族历史、民族精神得到彻底研究之前，根据自然法编纂民法典。

应该说，萨氏的“民族主体性”仍然是理性主体性的分支，其特点在于用民族理性代替一般的抽象的理性，强调了不同民族之间的差异对法律的影响。这种思想对我国法学发展亦有重要影响。邓正来先生曾撰文提出“中国法律理想图景”概念，作为对盲目追求和接受西方法律价值的批判，实际上也是一种在后现代话语包装下的民族主体性的翻版。

萨维尼之后，他的“民族主体性”理论被其弟子演化成为概念法学。萨氏认为既然法律是植根于民族精神而自然长成的，那么，对于人们、特别是法律家（尤其指法官）而言，并不存在创造法律的问题，而只存在如何发现法律的问题。到了以温德夏特为代表的概念法学那里，法律规范具有其肯定的、不变的和确定的内容，“法律是一个包罗万象、完整无缺的规则体系，每项规则便是一个一般性的命题。只需运用逻辑上的演绎法，把它适用至个别具体案件之中，便能得出正确的判决。”这种法律形式主义的极端发展，窒息了主体性的发挥，为新分析法学、社会法学所批判，即本文所称“法官主体性”所代替。

## 二、法官主体性的法学--以法律的不确定性为主线

同概念法学一样，分析法学也认为法律是自给自足的体系，认为法律是主权者的命令，恶法亦法，我们暂且称之为“主权者主体性”理论。后来哈特发展了分析法学，将最低限度的自然法理论引入分析法学，形成所谓新分析法学。哈特认为，法律具有空缺或开放的结构，法律规则分为第一性规则与第二性规则，法院在处理处于边缘地带的疑难案件时，必然发挥法官的主体性，进行法官造法。这种边缘的模糊地带，实质上是法律的不确定性。对于如何解决这种不确定性的问题，被许多学者划归权利法学派的德沃金教授提出另外的方案，他将法律中的规则和原则、准则相分离，规则以“全有或全无”的方式适用，而多个原则、准则可以适用于同一案件，法官对同时适用的不同原则进行权衡，从而得到案件的“唯一正确”解。这是德沃金为消除法律的不确定性所提出的法律解释理论。

在法官的主体性上，新分析法学认为，法律是确定的，因此法官的作用只限于解释法律。但这种局面很快被打破。20世纪初德国产生了自由法运动，强调审判过程中法官的直觉因素和情感因素，强调法官的自由裁定权，要求法官根据正义和衡平去发现法律。社会学法学的兴起，进一步贬抑了演绎逻辑推理在法律推理中的地位，强调“法律的生命始终不是逻辑，而是经验”（霍姆斯语）。美国的法律现实主义则把法律的不确定性强调到新的高度。卢埃林提出，法律研究的重点应当从规则的研究转向对司法人员的实际行为特别是法官的行为进行研究。他论证说，法律规则并不是美国法官判决的基础，因为司法判决是由情绪、直觉的预感、偏见、脾气以及其他非理性因素决定的。

法官主体性法学主要反映了普通法的特点和规律。这与普通法的预设前提是有关系的，即法官是理性的代表，这个预设被认为是普通法的精神。1612年11月10日，英格兰大法官爱德华·柯克与詹姆士一世国王就国王收回部分案件的审判权一事发生争执，国王说：“朕以为法律以理性为本，朕和其他人与法官一样有理性。”柯克回答：“上帝恩赐陛下以丰富的知识和非凡的天资，但微臣认为陛下对英王国的法律并不熟悉，而这些涉及臣民的生命、继承权、财产等的案件并不是按天赋理性（natural reason）来决断的，而是按人为理性（the artificial reason）和法律判决的。法律是一门艺术，它需经长期的学习和实践才能掌握，在未达到这一水平前，任何人都不能从事案件的审判工作。”这里的人为理性，显然与自然法中整齐划一的抽象的理性概念是不一样的，而是法官在长期的司法实践中养成的理性直感。这正是本文将“法官主体性”独立于理性主体性的依据之一。

### 三、个体主体性的法学--以后现代主义思想为主线

后现代主义是一种批判启蒙、批判现代性的哲学思想。它认为启蒙以来的近代西方哲学是建立在一些虚构的概念之上的,诸如主体、自我意识、理性、真理等等。后现代思想家从各个方面攻击了启蒙运动发明的"理性主体"。在结构主义看来,没有先于环境存在的主体,主体是被各种关系和结构建构出来的,孤独的个体其实并不存在,人就是某种结构或者关系所编织的一个巨大的网状物中的一个小小的网节,人永远都是被决定的,自由意志的主体从来没有实现过。福柯继尼采提出"上帝死了"之后,又提出了"人之死"的说法。可以说,近代主体性哲学中笛卡尔的"我思"式的主体以及个体的在先性地位在后现代主义话语中遭到了毁灭性的打击。

反主体性思想在具体的法学研究上也有很多反映。批判法学学者邓肯·肯尼迪分析了古典私法的结构,并指出个人主义是古典私法的意识形态基础。肯尼迪认为私法并不是只能从个人主义的角度来认识的,而且从"利他主义"的角度也解释得通。例如侵权行为法要求行为人对他人造成的损害给予赔偿,契约法也要求对不履行契约给相对人造成的损害进行赔偿,这些都可以理解为对当事人课以利他主义的义务。所以,一切制度都可以从个人主义和利他主义两个视角加以说明,个人主义并不是唯一正确的认识论。美国有学者利用结构主义的方法研究了纽约法院关于产品生产者对无合同关系的第三人的产品责任的判决,研究表明:纽约法院最早把生产者对第三人的责任建立在产品的内在质量问题上,认为生产者对无合同关系的第三人的责任是由于产品的危险性导致的。这反映了一种"主体与环境"二元分立的思维方式。法院后来的判决推翻了先前的理论,认为生产者对无合同关系的第三人的责任基础是生产者对有可能给他人带来的危害是具有可预见性的。从而把责任的立论根据从"主体-客体"转换为"主体-他人"。这些都可以被视为一种反主体性的后现代法学思维模式。

后现代主义着重于消解,而不注重建构。但理性主体性被消解后,处于后现代话语下的哲学家不自觉地法律活动设定了一种新的主体性理论,即"个体主体性",认为法律不是由抽象的理性主宰,也不是由司法精英主宰,而是通过参与其中的所有个体间的对话、商谈、沟通而形成的决定或共识。

哈贝马斯创立了人们交往行为中的"对话理论",成为继分析法学派的逻辑方法、新修辞学派(以佩雷尔曼为代表)的说服方法之后的第三种基本的法学方法。这种对话理论认为,对话是人类行动、特别是思想沟通的基本的、重要的方式,不仅在精英文化中如此,在大众文化中也如此。在文化多元、价值多元的现实社会中,特别需要一套具有价值性的对话沟通机制。但对话机制无法实现传统意义上的统一理性,只能实现有限度的理性的统一:理性的统一性只是在对话和交涉的过程中的一种偶然的理解和暂时的合意,也只有在此中情形下,理性的统一性才有可能,因此,它是一个永恒的命题,是一张未给人们提供终点站的长途车票。这种有限的统一理性是哈贝马斯不愿意把自己混同于后现代主义思想的原因。

费希是直接提出"个体主体性"的法学家。他激烈批判自由主义理性观,认为几百年来人们被告知理性和信仰是不同的,理性是中立和客观的,是符合社会发展规律的,而信仰则是盲目的。在二者发生冲突时,放弃你的信仰,服从理性,这是最基本的公民责任。而法律是人类理性的集中表现,因此服从理性表现为服从法律。那么,理性又是从哪里来的?自由主义的回答是,理性不是从哪里来的,而是自然规律和人类本性的体现。然而,费氏则持相反的立场:"理性总是从某一地方来的,经常是从国家的正式主张,从党派的宣言,从法律的文本中表现出来。'自由主义并不依赖于对理性的探索,而是依赖于对理性的假设,根据这样的假设,理性与信仰之间的对立就被制造出来了。'"显然,建立在这种自由主义理性观基础上的法治是教人们、甚至迫使人们放弃自己的具体的个体生命体验和丰富多彩的人类生活,而接受齐一性的法律规则和定于一律的行为模式。这是违背主体性要求的。因此,他强调解构并放弃自由主义传统的基于假设的"理性的主体性",而站在更为实用的立场上,强调"个体主体性",以恢复人的本来的主体面目。

### 四、有限理性主体性--一种经济分析力学的图式

经济分析法学派反对自然法的理性,反对分析力学的逻辑理性,也反对对话理论中的商谈理性,在对待法律的客观性问题上,颇具有后现代主义的解构特征。波斯纳认为,哈贝马斯的对话沟通无法达到对法律的共同的客观性的理解,只有通过人们共同的生活体验、共同的文化传统、共同的生活方式、共同的价值观念和共同的思想信仰等等才有可能达成对法律的客观性理解,然而,在各不同主体间达成这种共同性,几乎是一个人们可欲而不可即的境域。但是,经济分析法学引入一种自认为是普适于人们的共同性因素,即人们对成本和效益关系的算计。他们认为,对于绝大多数法律而言,特别是对于和财产相关的法律,如侵权法、契约法等等而言,在法律中引入某种能够最大限度地造福于民众的经济学理论是可能的和必要的。也就是说,以成本和效益关系为核心的经济学方法,对于达致对法律的客观性解释是有效的。

经济学提出的"成本和效益关系的算计"在人性论上的普适性,是否会成为一种新的"理性主体性",即"经济人理性"主体性呢?经济学上的理性人是一个整齐划一的概念从而变为人类的另一个牢笼呢?"理性人是指有一个很好定义的偏好,在面临约束条件下最大化自己的偏好。"经济学上的理性人,在一定意义上说,也是一个整齐划一的抽象的人的画像,那么是否可以说,经济分析法学表面上反对"理性主体性",实质上又回到了"理性主体性"的窠臼呢?

确实,经济学中的理性假设,与自然法学中的理性人本无二致。这只要回顾一下启蒙时代经济学上的个人主义与法学上的个人主义的对应就可看出来,比如资源的稀缺性、排他性与物权客体的稀缺性和物权的排他性之间的对应关系。但是,经济学自19世纪80年代由古典经济学进入新古典经济学时代,引入了效用概念及边际效用的原理,使经济学上理性人假设的"画像"更为丰富,利他主义行为被解释为由助人带来

的心理满足感成为主体效用收益，特别是行为经济学从认识论上提出“有限理性”，对“经济人”假说进行批判，从而实现了人性论和认识论的贯通。

经济学对“理性人假设”的批判，早期是从伦理人性论角度进行的，比如经济历史学派的瓦格纳，将经济动机二分；马歇尔也提出人的利他主义动机在家庭中的存在。20世纪以后，学者开始从认识论角度批判经济人假说。经济人对利益最大化的追求以对利益的认识为前提，因此经济人的表达中蕴含着绝对主义认识论的前提，就是说经济人这一伦理人性论问题隐含着认识论问题，通过研究认识论可解决伦理人性论问题，行为经济学则依此将伦理人性论与认识论贯通，将人性论变为一个认识论问题。美国经济学家凡勃伦最早质疑完全理性；赫伯特·西蒙根据经济决策者本身信息的不完全性，提出了“有限理性”的假定，将经济人假定从一个伦理问题转化为一个认识论问题。此后，行为经济学继续西蒙的理论路线，并将之与“经济人”假说研究的传统伦理方面结合，通过人们内心的认识偏见与扭曲批驳完全理性，通过影响人自治的因素批驳完全意志力，通过制度人批驳完全自利，对“经济人假说”进行全面的批判。因此可以说，经济分析法学还原了主体行为的复杂性，从而摆脱了包括自然法学在内的传统法学上“理性主体性”的伦理人性论方法，实现了从方法论上的认识主体性，从而不再具有形而上意义。

注释:

[1] [美] E·博登海默，著·邓正来，译·法理学：法哲学与法律方法[M].北京：中国政法大学出版社，2004.

[2] [美] 艾伦·沃森，著·李静冰，姚新华，译·民法法系的演变及形成[M].北京：中国政法大学出版社，1992.

[3] [美] 罗斯科·庞德，著·唐前宏，廖湘文，高雪原，译·普通法的精神[M].北京：法律出版社，2001.

[4] 张维迎·博弈论与信息经济学[M].上海：上海三联书店，上海人民出版社，2004.

来源:中国民商法律网(原载于《理论探索》2006年第5期)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720

[RSS](#)