

清华大学法学系列教材

法理学 阅读文献

高鸿钧 马剑银 鲁楠 陆宇峰 编

清华大学出版社

高鸿钧 马剑银 鲁楠 陆宇峰 编

法理学 阅读文献

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书是通过选编法理学的前沿成果,力图反映法理学的学术脉络与重大问题,与传统的法理学教材和参考文献集相较,在体例上与内容上均有较大突破。本书的体例分为“法的规范:概念、体系与范式”;“法的演进:起源、发展与现代化”、“法的精神:价值、文化与理想”、“法的运行:制度、过程与观念”、“法的环境:经济、政治与文化”与“法的未来:全球化、后现代与科技发展”六编,在内容上涵括了大量古老问题和全新领域,从多元视角涉及各法学流派的研究立场与方法,是一本厚重和丰富的法学理论阅读文献集。

本书适合法理学和其他法学学科的教研人员及相关专业的法科学生使用,对法学有兴趣的其他领域的人士也有系统而又独特的参考价值。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

法理学阅读文献/高鸿钧,马剑银,鲁楠,陆宇峰编. - 北京:清华大学出版社,2010.6
(清华大学法学系列教材)
ISBN 978-7-302-22291-0

I. ①法… II. ①高… ②马… ③鲁… ④陆… III. ①法理学—高等学校—教学参考资料 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 054951 号

责任编辑:方 洁

责任校对:王凤芝

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:北京四季青印刷厂

装 订 者:北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185×230

印 张:46.25

字 数:931 千字

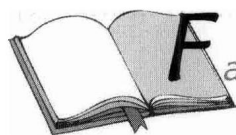
版 次:2010 年 6 月第 1 版

印 次:2010 年 6 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:65.00 元

产品编号:036013-01



alixueyueduwenxian

目 录

法理学研究：法律的多棱镜	1
--------------	---

第一编 法的规范：概念、体系与范式

导 读	鲁 楠	29
什么是法？	[美]霍贝尔 著 严存生 译	34
中国传统法的结构与基本概念辨正		
——兼论古代礼与法的关系	曾宪义 马小红	41
马克思科学的法的概念的形成与发展	孙国华	57
伊斯兰法的性质	[德]约瑟夫·莎赫 著 高鸿钧 译	67
试论农村习惯法与国家制定法的关系	高其才	75
规则、原则和政策	[美]德沃金 著 信春鹰 译	87
法的三种类型	[美]诺内特 塞尔兹尼克 著 张志铭 译	95
扩展阅读文献		111

第二编 法的演进：起源、发展与现代化

导 读	马剑银	115
西方古今法律起源学说梗概	周长龄	119
神话思维与中国古代法律起源若干问题释证	徐忠明	155
关于中国法律起源的传说与事实再阐释	范忠信	164
古代法的起源与演化	[英]梅因 著 沈景一 译	172
法律发展的历史趋势	[美]霍贝尔 著 严存生 译	183
法律成长的精神向度	高鸿钧	212
二十世纪中国的现代化和法治	苏 力	245
现代西方法治的形成	高鸿钧	261



扩展阅读文献	281
--------------	-----

第三编 法的精神：价值、文化与理想

导读	鲁楠 马剑银	285
论合法性与法治	[美] 罗纳德·德沃金 著 郭琛 译	290
正义的原则	[美] 罗尔斯 著 何怀宏等译	299
正义、自由与平等	[美] E. 博登海默 著 邓正来 译	307
法律价值：正义、自由与效率	张文显	319
论人权的合法性	[德] 哈贝马斯 著 曹卫东 译	333
法律文化的语义、语境和中国问题	高鸿钧	344
法律意识的第一公理	[俄] 伊·亚·伊林 著 徐晓晴 译	366
扩展阅读文献		376

第四编 法的运行：制度、过程与观念

导读	马剑银	381
法治是什么——渊源、规诫与价值	夏勇	385
现代西方法治的冲突与整合	高鸿钧	409
立法权：概念、性质与特征	李林	440
商谈论视角的双轨式民主——通过公共领域的立法过程模型	马剑银	454
司法权的基本特征	陈瑞华	471
法官的性质	贺卫方	486
法院在法律系统中的地位	[德] 尼可拉斯·卢曼 著 陆宇峰 译	493
法律解释中的大众话语与精英话语 ——法律现代性引出的一个问题	刘星	515
扩展阅读文献		535

第五编 法的环境：经济、政治与文化

导读	马剑银	539
法律与经济发展：我们知道什么？我们不知道什么？	[美] 汤姆·金斯伯格 汤姆·尤伦 著 李增刚 译	544
政治与法	[德] 迪特·格林 著 杨登杰 译	560
法治与政治权威的几个基本问题	程燎原 江山	569
大众文化中的法律	[美] 理查德·K. 舍温 著 赖骏楠 译	577



综观法律与宗教的互动模式	戴耀廷	596
法律不能被信仰的理由	张永和	614
扩展阅读文献		627

第六编 法的未来：全球化、后现代与科技发展

导读	鲁楠 高鸿钧	631
法律全球化：法理基础和社会内容	朱景文	635
“全球的布科维纳”：世界社会的法律多元主义 [德]贡特尔·托依布纳 著 高鸿钧 译		645
后现代法学：为法治探索未来	信春鹰	668
身份的构成：性别、女权主义法律理论及法律与 社会运动	[美]尼克拉·莱西 著 秦士君 译	683
环境法的伦理基础：可持续发展观——兼论“人与自然和谐共处”的思想 蔡守秋 万劲波 刘澄		699
网络空间的四道难题	[美]莱斯格 著 李旭 沈伟伟 译	707
“网络独立宣言”	[美]约翰·P.巴洛 著 李小武 译	724
网络共和国	[美]桑斯坦 著 黄维明 译	726
扩展阅读文献		731
编后记		732

法理学研究：法律的多棱镜^①

如同宗教、道德、艺术一样，法律是一种社会现象。这种现象因不同类型的文化和秩序而异，因社会的演进和发展阶段而别。因此，人类任何时段的“法律地图”都呈现出多姿多彩的样态。如果加上时间变量，情形就更加复杂。在这个方面，我们可以提及孟德斯鸠对于不同民族法律多样性的展示，^②霍贝尔对于初民社会不同法律类型的描述，^③以及晚近推宁关于全球化时代不同法律体系并存的描述。^④为此，推宁用卡尔维诺的《看不见的城市》^⑤来隐喻世界不同的法律体系，以及同一国家或民族实际法律渊源的多元性，显得既生动又恰当。^⑥

孟德斯鸠在《法律的精神》一书中，广泛考察了不同国家或民族的法律，得出的研究结论是，“为某一国人民而制定的法律，应该是非常适合于该国的人民的；所以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话，那只是非常凑巧的事”。^⑦他还尝试探索不同民族内在气质和外部环境如何塑造了法律的精神。霍贝尔在《原始人的法》一书中，描述了五种不同类型初民社会的法律，它们是爱斯基摩人（自称因纽特人）社会中法律的萌芽，伊富高人社会中的私法，平原印第安人社会中的法律发展，美拉尼西亚人的犯罪与刑罚，以及阿散蒂人社会中的公法。通过这种描述，霍贝尔展示了初民社会的法律多样形态。但是，他并没有满足于对初民社会法律“风景画”的描摹，而是致力于从功能角度穿

① 在搜集与核实一些材料的过程中，马剑银博士提供了惠助，特致谢意。

② [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，张雁深译，北京，商务印书馆，1982。

③ 参见[美]E. 霍贝尔：《原始人的法》，严存生译，北京，贵州人民出版社，1992。

④ 根据推宁的考察，当代法律可以分为不同层级：（1）全球法和空间法，（2）国际法，（3）区域法，（4）跨国法，（5）基督教教会或不同种族团体的共同体法，（6）领土国家法（包括民族国家之法和魁北克之类的地区法），（7）次国家的或官方承认的宗教法，（8）非国家法（如北美的原住民法、新西兰的毛利人法或吉卜赛人法等）。参见 W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 139。关于全球化时代的法律体系多元，也参见[英]博温托·迪·苏萨·桑托斯：《迈向新法律常识——法律、全球化和解放》，刘坤轮、叶传星译，第3章，北京，中国人民大学出版社，2009。

⑤ 指[意]伊塔洛·卡尔维诺：《看不见的城市》，张宓译，南京，译林出版社，2006。

⑥ 参见 W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*。

⑦ [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，张雁深译，6页。

越法律“内容或形态”上的“差异”，探讨“各种法律制度”的“相同的要素”。^① 推宁在运用《看不见的城市》来隐喻当代世界法律的多元时，并没有忘记“一般法理学”^②的重要性，并旨在使“全球的思维”与“地方的关注”^③并行不悖。面对多姿多彩的法律样态，无论是孟德斯鸠尝试发掘“法律的精神”，还是霍贝尔致力于探寻“共同的基本因素”，抑或是推宁努力建构包容不同法律体系的“一般法理学”，都可以看作是法理学寻求法律共性的重要努力。

卡尔维诺说：城市就像一块海绵，吸汲着不断涌流的记忆潮水，并且随之膨胀。法理学就像记忆之城，述说着法律的曲折历程和自身的历史。

正如神学的命运与宗教的兴衰密不可分，法理学的命运也与法律的兴衰息息相关。从历史上看，法律的地位因不同的社会类型而异。例如，在古代世界，与古代印度相比，古罗马更重视运用法律治理社会；在古代中国的先秦时期，秦国等一些奉行法家路线的国家更重视运用法律管理国家；在现代社会，与苏联模式的社会主义国家相比，西方发达国家更重视运用法律调整政治、经济和其他关系。一般说来，在法律地位较高的地方和时代，法理学就会得到发展和繁荣，反之，法理学就难以独立发展，兴旺发达。

在初民社会，法律没有形成独立的“领地”，与宗教、道德和习俗几乎融为一体。当时，法律现象具有自发的特征，还没有成为人们反思和构想的对象，因而即使具有类似“法理”之类的隐喻或格言，也不会产生独立的法律知识和系统的法学理论。

在传统社会（本文意指国家产生后至现代前阶段），各个国家和族群虽然选择了不同的治道，例如有些社会偏重“神治”，有些社会偏重德治，有些社会偏重人治，有些社会偏重法治。不过，那些即使并非倚重法律来治理的社会，也都在某种程度存在法律和运用法律。在这个阶段，法律虽然与其他社会现象不再是浑然一体，而是从社会中逐渐分化出来，具有了相对独立或半独立的地位。这使得人们有可能较为独立地观察和思考法律的现象，并从理论或实践的角度探讨法律的特性与原理。

在西方，古希腊的柏拉图对于正义秩序的思考，亚里士多德对于政体的分析，以及斯多葛学派所阐发的自然法学说，都包含着法理学的思考。在古罗马，法理主要表现为两种形态，一是形而上导向的法理，如西塞罗等人对于古希腊自然法理论的诠释和发挥，乌尔比安对于 *jurisprudentia*（法理学）含义的界定；二是实践导向的法理，如罗马法学家针

① 参见[美]霍贝尔：《原始人的法》，5页。

② W. Twining, *Globalisation and Legal Theorg*, pp. 254-255.

③ 同上，p. 323.

对实践问题所进行的具体解答和学理阐释。jurisprudentia 是西方最初表达“法理学”含义的词语,乌尔比安把它的含义界定为“人和神的事务的概念,正义与非正义之学”。这个概念的出现及其界定,表明了抽象意义的法理学在西方正式诞生,就如拼音字母的出现标志了西方文字的正式诞生。进入了中世纪之后,西方法理学的存在和发展主要表现为四种形式,一是阿奎那等神学家的神学法理,二是 11 世纪后期欧洲一些大学(尤其是意大利波伦亚大学)对罗马法的学术研究和对“欧洲普通法”(jus commune)的探讨,三是英格兰法律职业者所发展起来的判例法法理,四是马基雅维里和布丹所倡导的政治哲学意义的君主权和国家主权法理。

在中国,夏、商、周三代基本上是礼治类型的秩序。进入春秋战国时期,由于礼崩乐坏,天下大乱,诸家蜂起,许多有识之士开始探讨治道。在各家学说中,道家反对人为秩序,主张道法自然,其所倡导的无为而治和天人合一思想,无疑包含着关于秩序形态的法理思考。墨家提倡的“兼爱”和“尚同”理念,体现了和平和博爱的法理追求。儒家虽然主张德治,但认为在必要时应以法律作为补充,这种“德主刑辅”的法理对中国后世产生了久远的影响。在百家争鸣中,法家独树一帜,坚决主张实行法治,希望借助于严刑峻法,达到奖励耕战和富国强兵之目的。上述各家关于秩序的构想和关于法律的思考,各有特色,其中都闪烁着许多真知灼见,成为中国法理的珍贵历史遗产。

从总体上看,无论是西方还是中国,传统社会中法理通常都有两个特点,形而上的法理常常附属于宗教学、伦理学或政治学,没有形成独立的学科;形而下的法理过于务实和具有解决具体问题的导向,缺乏理论提升、价值建构和理想追求。

进入现代社会之后,法律从宗教、道德、政治和习俗中挣脱出来,开始自成一体,形成了自治畛域。韦伯认为,这种自治得益于理性的“祛魅”(disenchantment),形式理性法律对于实质理性法律的胜利,以及法理型权威成功取代了传统型权威和“克里斯玛”型权威,由此现代社会主要倚赖形式理性的法律,法律的正当性(合法性)不再诉诸宗教和道德等外在价值。^① 根据昂格尔的考察,现代社会的法律自治包括四个维度,即内容区别于宗教、道德及政治的法律实体自治(substantive autonomy),以司法独立为特征的法律机构自治(institutional autonomy),兼具独特推理与论证方式的法律方法自治(methodological autonomy),以及自律性律师职业所代表的法律职业自治(occupational autonomy)。^② 伴随着法律成为一个独立的领域,作为一个独立学科的法理学也发展起来。随着法理学研究的系统化和体系化,不同的法理学学派开始形成并不断增多,而学派的涌现和发展通常是一个学科走向繁荣的重要标志之一。在世界范围内,西方现代法理学起步较早,成果卓著,在批判继承的基础上,形成了许多具有世界性影响的法理学派

① 参见[德]韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,台北,远流出版事业股份有限公司,2003。

② [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,47页,北京,中国政法大学出版社,1994。

法学思潮。

二

什么是法律？这是一个古老的问题。对于这个问题，人们见仁见智，至今仍然争论不休。

有人认为法律是规则，这虽然捕捉到了法律的形式特征，但是法律不仅由规则构成，还包括原则和学理等，例如中世纪基督教教会法就包含神学教义，而中国古代法律不仅包括作为国法的规则，还包括天理和人情。神学教义和天理以及人情显然不能简单归于规则的范畴。还有，道德、习俗和纪律也常常表现为规则，把法律界定为规则，显然无法把法律与道德、习俗或纪律区分开来。有人主张法律是作为政治权威的国家意志。这种主张虽然把握了法律与政治之间的密切关联，但是除了国家法之外，还有习惯法和社团法等民间法，例如，在中世纪欧洲各国，主要的法律不是国家法，而是教会法、商人法和庄园法等非国家法。另外，随着欧盟法等跨国法和以人权为核心的全球法的出现，这种观点更显得过于狭隘。有人认为，只有在司法上具有可诉性的规则才是法律。这种主张虽然注意到了法律与司法的关系，但在古代，许多法律只在于宣示某些价值，发挥教化或劝诫的功能，并不具有可诉性，如宗教劝诫和道德规训等就是如此。在现代，许多国家的宪法规定都不具有可诉性，但我们不能由此就断定它们不是法律。在关于“什么是法律”的问题上，中国古代贤哲也许更明智，不直接给出法律的定义，而是采取隐喻的方式传达法律的意蕴，例如管子就说，法者，“尺寸也、绳墨也、规矩也、衡石也、斗斛也、角量也”^①。西方人也用天平或正义女神之类的隐喻来形容法律。这类隐喻虽然避免了明确界定法律含义的困境，并可以赋予法律以具体形象，但是如同任何隐喻一样，这类隐喻带来的模糊也难免使人们对法律产生不同的理解。

这在一定程度上表明，人们试图赋予法律一个完美的定义，几乎是一种徒劳之举。因为在不同社会中，法律具有不同的气质和面相；在许多社会中，法律与非法律的因素交织在一起，难以确定法律的边界。与此同时，法律本身具有多面的特征，人们在任何一个定义中都无法同时展现它的多元特征和不同维度。因此，一些学者退而求其次，不再界定法律的含义，而是尝试对于法律进行类型化，例如韦伯就把法律分为形式非理性的法律、实质非理性的法律、实质理性的法律和形式理性的法律。这种划分潜在地关照了人类法律演进的历史脉络和法律发展的主要顺序：如第一种类型的典型是氏族社会的神明裁判，最后一种类型的原型是资本主义社会的法律，中间两种类型的法律流行于氏族社

^① 《管子·七法》。

会之后和资本主义社会之前的各种社会。^① 另一个例子是美国学者诺内特和塞尔兹尼克从法律与社会的互动关系出发,以动态的类型划分研究了法律的历史类型,首先按照历史顺序,把社会组织分为三种类型,即前官僚型、官僚型、后官僚型,然后相应地把法律分为三种类型,即压制型法(repressive law)、自治型法(autonomous law)和回应型法(responsive law)。^② 这些法律类型化的努力取得了部分成功,为相关的法律研究提供了穿越历史或跨越文化的重要分析工具,但是一旦把它们推广运用于人类不同时空的法律秩序,就会产生各种问题,引起诸多争议。

因此,就法理学的研究而言,与其煞费苦心地思考法律的标准答案或提炼法律的理想类型,不如展示法律的多样形态和多维面相,既关注法律的书本之维,又关注法律的行动之维和观念之维;既关注法律的官方之维,也关注法律的民间之维;既关注法律的国家之维,也关注法律的国际、跨国和全球之维;既关注法律的现实之维,也关注法律的历史之维和未来之维。

我们发现,对于法律的固有复杂性,不但任何定义或类型的表述都显得过于简单,而且任何一个学派的视角也都显得简单和片面。在自然法学的视野中,法律的背后处处潜伏着“自然权利”;在历史法学派的眼睛里,法律秩序中时时跳动着“民族精神”;在法律实证主义者那里,法律规则中要么等同于“主权者的命令”,要么是“初级规则”与“次级规则”的封闭循环;在马克思主义法学家看来,法权与法益的遮羞布上沾满了经济剥削的铜臭和政治压迫的血污;在社会法学学者的透视镜中,白纸黑字法条的灵魂中隐含着各种社会因素的符码;在经济分析法学学者的计算器里,法律的字里行间游动着成本效益的算术;在后现代主义法学学者的冷峻一瞥中,法言法语不过是权力规制和话语规训……

这样一来法律就如卡尔维诺笔下的城市,明智的做法也许是描述和展示不同的“城市”,而不是提供一个“样板城市”。然而,人们一旦习惯于某个城市,就会把这个城市作为“标准城市”,来批评其他城市的“异常”和“弊端”。同样,人们一旦进入了某个法学派的语境,就可能被其说服和“俘获”,而排斥其他法学派的视点。对于一位作家来说,最初所阅读的作品往往会影响自己一生的视角和方法。同样,法学学者最初阅读什么作品以及师承哪位导师,往往会决定其一生的理论立场和学术路径。任何法学派都有独到之处,也都有其盲点。各家对于法律的观察有些类似盲人摸象,只见法律的局部而难以把握全貌。问题在于,任何对于法律的观察和描述都无法同时做到“全景敞视”,一次只能看到并展示法律的一个侧面或维度,而其他侧面或维度则成为盲点。因此,法理学研究者应该保持警醒,认识到任何立场或视角的局限,从而尽量秉持开放的心态和包容的胸怀。

① 参见[德]韦伯:《法律社会学》。

② [美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,18、23、25页,北京,中国政法大学出版社,1994。

三

在《看不见的城市》中,卡尔维诺借助马可·波罗之口描述了55个异彩纷呈的城市。然而,这些城市之间并非没有共性,例如它们分别被归入“轻盈的城市”、“连绵的城市”以及“隐蔽的城市”等11个类别。不同社会中法律的历史演进,如同他笔下的各种城市,在不同的时空中,呈现出各种各样的形态。然而,在纷繁复杂“乱象”的背后不同样态的法律也存在一些共同的意象和气质。从时间之维,城市可以分为部落城市、传统城市和现代城市。与此类似,我们不妨把人类法律的历史发展分为与此相对应的三个主要阶段。在每个阶段,我们可在不同的法律样态中发现某些共性。

关于初民社会,西方一些学者借鉴了人类学和法人类学的晚近成果,认为在那个阶段也存在现代意义上的法律和刑罚,质疑了“原始社会”没有法律的结论。^① 根据这种研究,初民社会有不同的秩序类型,法律的表现形态也有很大差别,这里我们无法进行具体叙述,仅仅尝试指出它们的以下四点共性。第一,在初民社会,法律与宗教、道德和习俗交叠在一起,它们之间的界限难以明确区分。法律即使在某些地方出现了分化的趋势,分化的程度也很低,因此,只有从功能的视角,才可以把解决纠纷的某些权威、规则或程序视为“法律”。第二,初民社会的法律主要是自发的规则,这些规则是本氏族或部落的习惯行为模式,全体成员对于它们心照不宣,心知肚明,如同口语沟通基础是“不成文的共识语法”,法律源于自发秩序的“俗成规则”。第三,在初民社会,通常都缺乏凌驾社会之上的政治权威,因而一旦发生纠纷,不得不诉诸神灵的权威,采取神明裁判的方式,而这不仅导致了法律与宗教之间的密切关联,而且导致了司法成为了法律的中心,即被赋予神灵权威的司法者通过“发现”和“宣示”法律,成为了实际的立法者。这种传统在当今英美法传统仍然具有明显的表现。第四,神明裁判的效力在于神灵的超自然权威,而裁判结果的可接受性,很大程度上取决于仪式和程序的适当性和正确性,因此,在初民社会,程序法先于并优于实体法。当然,这样的一般概括仍不排除存在许多例外情形和样态。

自从国家产生之后,地域关系取代了血缘关系,政治权力取代了社会权力,属地关系取代了属人关系,国家获得了立法权,并以暴力作为后盾,强制推行自己所制定的法律。在国家产生后至现代社会前这个漫长的时期,各个国家、民族或族群的法律呈现出千差万别的形态,但是透过表面的差异,我们通常可以发现以下几个特征。第一,法律主要出自政治权威,即所谓“宪令著于官府”^②,至少要得到政治权威的认可。这一点在自公元前

① 参见[美]霍贝尔:《原始人的法》。

② 《韩非子·定法》。



5 世纪后的中国、古希腊和古罗马都表现得都十分明显。第二,法律公开确认等级特权,统治者享有更多的权利,而被统治者被施加了更多的义务。应该指出的是,过去一些人过分强调传统社会法律的阶级之维,忽视法律的文化属性,固然失之偏颇,但近年来一些人过分强调传统社会法律的文化之维,忽视了法律所体现的等级性或阶级性,则从一种偏颇滑向了另一种偏颇。第三,法律与宗教或道德等实现了联姻,法律给予宗教或道德以有力保护,而宗教或道德作为“高级法”,为法律提供了正当性基础。第四,在政治权力较弱的社会或其统治的边缘地带,族群、团体法和地区习惯法相对发达,这种现象在古代印度和中世纪的西方尤为突出。

进入现代社会之后,法律经历了世俗化和理性化的洗礼,成为了治理社会的主要机制。与传统法律相比,现代法律取得了以下几个进步。第一,法律体现了平等精神,确立了人人平等的公民身份,赋予了公民以平等的权利和义务。第二,法律体现了自由精神。对于公民来说,凡是法律未禁止者皆为允许,为公民享有自由提供了广阔的空间。第三,法律体现了限制政府权力的旨向。在现代法治国家,不仅实行政府权力法定,而且还通过法律的机制,设定和维持政府权力部门之间的制衡,防止任何政府部门滥用权力,侵害公共利益和公民权利。第四,法律体现了保护公民权利的意向。在现代法治国家,公民的财产权、政治权、人身权以及诉讼权等都受到法律的保护。随着人权的发展,法律对公民各种权利的保障日益加强。当然,现代法律也有许多局限,例如它过于关注形式平等,而对于事实的不平等关注不足;它过分追求国家法的统一性,忽视了不同境况的差异性;它脱离了宗教和道德基础之后,失去了正当性的形而上根基,难以成为信仰的价值体系;它过分强调功能或工具之维,意义和价值之维显得苍白乏力;等等。

卢曼把人类社会分为三个阶段:分割的社会、分层的社会 and 分化的社会。借鉴卢曼对于社会阶段的划分,我们似乎也可以把不同历史时代的城市大体分为分割的城市、分层的城市 and 分化的城市,它们分别对应于初民社会、传统社会和现代社会。初民社会的城市是土木结构,传统社会的城市是砖瓦结构,现代社会的城市是钢铁结构。初民社会的纽带是血脉结构,传统社会的纽带是权力结构,现代社会的纽带是契约结构。初民社会的法律是人-神结构,传统社会的法律是家-国结构,现代社会的法律是国-国结构,所谓国-国结构,是指法律主要由国家法和国际法构成,至少理论上是如此。与这些不同社会相对应的法律大体上是血缘身份法、特权身份法和契约身份法。当然,不同历史阶段的城

市之间会包含着许多共同因素,相同历史阶段的城

市之间会存有巨大的差异。同样,不同阶段的法律也会存有

许多共同要素,而相同阶段的法律则会存有巨大的差异。上述对法律历史发展脉络的勾勒,如同卡尔维诺对 55 个不同城市的归类,只是提供了一个类型化视角的宏观图景。

四

法律要能够得到遵守,仅仅依靠强制或威胁是远远不够的。只有人们出于对法律的信服而遵守法律,守法才会变成公民的自觉行动。因此,在现代法治社会,法律要想得到人们遵守,就必须让人们感到它值得遵守。这就引出了法律的正当性问题。人们通常认为,法律只有具备正当性,才值得遵守。那么,什么样的法律才是具备正当性的法律?这是个古老的问题。在中国古代,儒家强调法律的正当性在于符合仁与礼等道德价值,而法家认为法律的正当性在于君主权威和法律的功效。在古代西方,古希腊和古罗马把法律的正当性主要归于自然法,而在中世纪的“基督教王国”,法律的正当性则主要归于“上帝的意志”。

自进入现代社会,西方的法学发展尽管学派众多,但自然法学派和实证法学派的影响最大。十分有意思的是,这两个学派之间关于法律正当性的争论,针对的仍然是儒、法两家所争论的那个古老的问题,即法律的正当性基于道德还是源自政治权威或法律的功效。

自然法理论认为,根据体现人类基本道德的自然法,人之为人享有与生俱来的自然权利,只有体现和保障自然法权利的法律才是正当之法。换言之,人世之法应是自然之法的体现和升华,正如公民权利是自然权利的映现,政治权利是自然权利的延伸。据此,符合自然法精神的法律就是良法,反之就是恶法,而恶法本身不是法律。因此立法者的主要使命就在于发现和表述自然法中所隐含的自然权利。然而问题在于,是否存在某种自然法?即便回答是肯定的,随之而来的问题则是,如何发现真正的自然法,并使自然权利的价值得到可靠保障和不断“升值”?在此问题上,近代自然法理论的倡导者选择了不同的路径。霍布斯主张,为了避免自然状态的无序,人们必须把自然权利转让给政治社会的“利维坦”;洛克主张,为了防止政府施暴,个人应保留生命、自由和财产这几项“不可转让的”自然权利;卢梭则主张,在实行大众民主的共和制下,作为“主权者”的民众可以通过自我立法来实现权利自赋,无需保留自然权利,而应完全转让给公民社会。显然,无论是霍布斯的国家进路,还是洛克的个人进路,抑或是卢梭的大众立法进路,在确保政治社会中法律的正当性方面,都存在某些缺陷。实际上,自然法理论作为现代启蒙过程中的一种革命学说,自然法作为对“上帝意志”的替代,自然权利对专制义务的取代,都取得了巨大成功。但是,“自然法”本身具有难以证实的虚构性,“自然权利”则具有认知的模糊性,在现代国家建立之后,继续坚持自然法理论则不利于确保现代法律的确定性和稳定性,因此,至19世纪中期开始,这种理论开始让位于法律实证主义,而这背后的现实则是民族国家法律的实证化。

在实证主义法学中,奥斯汀认为,法律是“主权者的命令”。这实际上等于宣布法律

的正当性基础在于政治权威,反过来,政治权威又可以从法律那里获得正当性基础,这样一来,法律与政治就实现了正当性的“内部交易”和循环构成,可以相互赋予正当性。换言之,政治权威既可以制定自己所需要的法律,又可以通过法律赋予自己所需要的政治权威。如果“主权者命令”具有充分的民主基础,那么,这种“交换”和“循环”也许无可厚非,但令人遗憾的是,所有法律实证主义者在涉及政治权威问题时,或者对民主避而不谈,或者对民主的机制轻描淡写。哈特和卢曼被认为是“升级版”的法律实证主义大师。他们强调法律作为一个系统的独立性,认为这种独立性可以赋予法律自身以正当性。在论及法律的生成过程时,如果说哈特还象征性诉诸“初级规则”的第一推动力,然后法律再进入类似“鸡生蛋和蛋生鸡”的循环,^①那么,卢曼所建构的法律系统则具有了自创生的特性,即法律的生成不需要任何外力,而是一个法律的自我繁衍、自我复制和创生的过程;^②如果说哈特在涉及法律的正当性时还虑及“最低限度的自然法内容”,那么,卢曼则去掉了罩在法律之上的一切道德或伦理面纱,直言不讳地宣布法律的正当性源于法律自身。总之,无论何种版本的法律实证主义,都在不同程度上主张,法律的正当性不在于它的道德性和规范性,而在于它的事实性和形式性或程序性。在他们看来,这样一来,法律就具有了确定性,就可以更具体地界定公民的权利和义务,更准确地指导公民的行为和活动,更可靠地保护公民的自由和权益。法律实证主义的分析无论如何精致,逻辑无论如何缜密,理论无论如何具有“科学”的外表,都不能令人满意,因为它掏空了法律的道德基础和抽空了法律的民主价值,把法律命运或者交给了技术官僚所行使的政治权威,或者交给了法律精英所操作的法律系统,或者交给了逻辑化的形式和仪式化的程序。

鉴于“二战”时期法西斯推行的暴政和恶法,人们开始反思法律实证主义的弊端和教训,于是,自然法理论在西方开始复兴,尝试重新确立法律的正当性基础。在这个问题上,德沃金寄望于睿智的法官和法律原则,^③富勒则把目光投向了程序性自然法,^④而马里旦则向中世纪的神学自然法中寻求灵感。^⑤在法学之外,罗尔斯从伦理学的角度通过“思想实验”而重构正义原则,^⑥也包含着重构法律正当性的重要努力。上述努力推动了西方宪政的发展,使宪法权利成为超越私法之上的可诉权利;推动了人权理论和实践的发展,使基本人权成为法律正当性的基本尺度;推动了司法机构对立法合宪性的审查和监控,

① 参见[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,北京,中国大百科全书出版社,1996。

② [德]卢曼:《法律自我复制及其限制》,韩旭译,《北大法律评论》,1999,2(2),466~469页;鲁楠、陆宇峰:《卢曼社会系统论视野中的法律自治》,《清华法学》,2008(2),54~73页。

③ [美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,北京,中国大百科全书出版社,1998;[美]德沃金:《原则问题》,张国清译,南京,江苏人民出版社,2005。

④ [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,北京,商务印书馆,2005。

⑤ [法]雅克·马里旦:《自然法理论与实践的反思》,鞠成伟译,北京,中国法制出版社,2009。

⑥ [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,北京,中国社会科学出版社,1988。

欧洲大量宪法法院的成立和运作就是明证。不过,这些重构法律正当性的努力都存在一些缺陷,例如,德沃金过分希望法官的“神谕”,富勒的程序自然法缺乏实体内容,而罗尔斯通过“无知之幕”的一群人一次人类设定了超越时空的正义的两项基本原则,都未免简单、武断。

如上所言,放任法律的事实性而不顾法律的价值根基,其弊端不言而喻。但是,在法律失去传统的形而上基础之后,任何重建形而上价值大厦的努力都会面临种种困难。因而,在哈贝马斯看来,现代社会法律的正当性基础只能诉诸民主,换言之,只有公民既是守法者又是立法者时,法律对他们来说才具有正当性,因为这时公民所遵守的是自己制定或真实同意的法律。为了确保法律具有正当性,公民首先应以交往理性相互赋予基本权利,然后在法治国家的建构过程中,把这些基本人权予以宪法化,使之成为宪法的基本原则。在此基础上,法治国家再通过民主商谈来制定和修改法律。在这个过程中,重大法律问题应先由公民在一般公共领域进行充分讨论。作为民意代表的立法机关应聆听来自公共领域的意见,在慎思明辨的基础上,根据宪法的精神和原则,把主流民意予以提炼并加工成法律。这样的法律生效之后,仍须接受司法机关的合宪性审查,从而对法律正当性予以补救性审核。总之,哈贝马斯认为,在现代法治国家,法律的正当性源于民意,这种民意来自民主过程的商谈,而这种商谈是公共领域中普通民众和民意代表的双重沟通。这种从民主过程中产生的民意共识要具有法律效力,法律产生程序就应具备合理性,法律适用的结果就应具备可接受性。^①显然,这种关于法律正当性的构思,在大多数社会还只能是一种理想。

需要指出的是,近30年来,西方各家法学理论蜂拥进入中国,其中影响最大的是自然法学说和法律实证主义。在中国改革开放之初,自然法理论的传播有助于当时民主和法治的启蒙,有助于推动中国法学从义务法范式转向权利法范式,也有助于思考和建构法律正当性的基础。但随着时间的推移,它对于中国法治的发展开始显得后劲不足,软弱无力。这一方面是由于中国没有自然法的观念传统,普通公民对于这个观念感到陌生;另一方面是由于自然法理论自身存在上文所提及的一些缺陷。实证主义法学进入中国之后,其正面效应是有助于人们把法律当作一种严谨的科学和独立的知识,有助于中国法理学摆脱泛政治话语和泛道德说教,推动了中国法律人专业法律思维的形成。但如上所述,这种理论的负面效应也十分明显。不幸的是,一些学者过分迷恋哈特分析法学的缜密逻辑和严谨体系,被所谓的“语义学之刺”刺中;还有一些学者陶醉于法西斯御用法学家施米特的箴言和隽语之中,沉潜于“政治正确”的民族主义。他们不再体怀普通民众的法律情感和正义吁求,不再从理想的角度批判法律的事实性和重构法律价值的正当

① 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,3、4、7、8章,北京,生活·读书·新知三联书店,2003。

性。我们认为,当代中国的法律传统,既具有法家强权实证主义的历史根基,又具有苏联政治实证主义的法学阴影,法理学研究如果过于张扬法律实证主义,只会助长国家主义和工具主义的法律观,使法律脱离正义基础和道德价值。

当此之际,我们高兴地看到,越来越多的法理学研究开始关注哈贝马斯等人所倡导的商谈法学理论。这种理论重视通过程序获得实体,通过沟通达成共识,即通过公共自主和私人自主的互动实现自我立法,通过公共领域的沟通之网和交往之流的良性循环,确保法律的正当性,使法律既具有事实的有效性,又具备不可随意支配的正当性。与其他法律理论不同的是,哈贝马斯没有直接设定法律的正当性价值,而是描述了如何获得法律正当性的路径,把希望托付给自主的公民和公民的自主。换言之,哈贝马斯所描述的既不是想象的法律,也不是实存的法律,而是“看不见的法律”,就如卡尔维诺所展示的既不是理想的城市,也不是现实的城市,而是“看不见的城市”。如果说“看不见的城市”在每个人的心中,那么“看不见的法律”则在人们通过沟通达成的理解之中,以及在理解的基础上达成的共识之中。

五

法律不仅具有功能之维,还具有意义之维。作为意义之维的法律与人类的基本价值密切关联。首先,法律是正义的体现,在西方,表示“法”含义的拉丁文“jus”、法语“droit”以及德语“recht”,都有“公平”和“正义”的意蕴;在中国,按照《说文解字》的说法,古“灋”的构型取意于“平之如水”,“触不直者去之”,也有公平、正义之义。那么,什么是正义呢?在古希腊的柏拉图看来,脱离正义的秩序,社会成员的个人正义无从谈起,因而他设计了“理想国”作为正义城邦,并认为人们在那里只要各守职责,各尽本分,正义才能得以实现。亚里士多德从抽象的角度研究了正义问题并进行了分类,其中一种分类是分配正义与矫正正义之分,前者主要是从立法上考量人们的不同情况,区别对待,后者则是从司法视角强调法律适用上一视同仁。在中国古代,无论是天道观、天理观和“天下之法”的观念,还是“兼爱”、“尚同”的和平世界观,都包含着贤哲们对正义问题的思考。古代西方和中国贤哲尽管面对的环境和具体问题不同,但是他们都敏锐地察觉,个体的生命质量与秩序如何安排密切关联,在一个不正义的秩序下,个人正义无法实现。同时,他们中的大多数人认识到,正义的运送和实现虽然不仅仅凭靠法律,但往往离不开法律。

近代西方的自然法理论和各种乌托邦构想中,都包含着建构正义秩序的理想。在当代西方,关于正义理论影响最大的是罗尔斯的正义论。罗尔斯借助于“无知之幕”之下一群“理性人”的博弈和“反思平衡”,推导出了正义的两个基本原则及其优先顺序。^① 但问

^① 参见[美]罗尔斯:《正义论》。