



吉林大学理论法学研究中心学术文库

法律内在逻辑的基调演变

郑智航/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



吉林大学理论法学研究中心学术文库

法律内在逻辑的基调演变

郑智航/著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律内在逻辑的基调演变 / 郑智航著. —北京:
法律出版社, 2012. 11
(吉林大学理论法学研究中心学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4141 - 4

I. ①法… II. ①郑… III. ①法律逻辑学—研究
IV. ①D90 - 051

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 247198 号

吉林大学理论法学
研究中心学术文库

法律内在逻辑的基调演变

郑智航 著

责任编辑 董 飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8 25 字数 207 千

版本 2012 年 11 月第 1 版

印次 2012 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

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

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/010-63939792/9779

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62634456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4141 - 4

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

张文显

时代的伟大实践需要与之相适应的理论,而真正适合时代需求的理论又的确将会引导时代的社会实践。可以说,自1978年党的十一届三中全会以来,拥有较为悠久历史的吉林大学法学理论学科,始终是在跟随着中国改革开放和社会主义现代化建设的伟大实践而不断发展成熟的;可以说,在改革开放的三十年间,吉林大学的法学理论学科积极地发起、推动和参与了一系列对于我国整个法学的基础理论发展和社会主义法治建设实践都具有非常重大指导意义和实践价值的法学的观念变革、方法更新和理论进步的重大活动;可以说,吉林大学法学理论学科的发展本身就是我国改革开放和社会主义现代化建设理论需求和理论发展的一个缩影,也是理论关注实践、参与实践、推动实践、指导实践的一个例证。

在历史进入 21 世纪初始的 2000 年,以吉林大学法学理论学科为核心所组建的吉林大学理论法学研究中心经过严格的评审被教育部批准为教育部人文社会科学重点研究基地。随后,吉林大学法学理论学科于 2001 年经教育部批准成为国家重点学科,被纳入“211 工程”重点学科建设计划。在 2004 年,以法学理论学科为依托,吉林大学理论法学研究中心在整合了政治学、国际政治学、国际经济学等学科的基础上组成的吉林大学法律与经济全球化研究所被批准为国家 985 哲学社会科学创新基地。2007 年,在这样的三大平台基础上以吉林大学法学理论学科的教师为主体的教学团队被教育部确定为首批国家级教学团队。所有这一切都是我们的党和国家以及我国法学理论界和法学教育界对于吉林大学法学理论学科在我国新时期的理论创新和对于我国社会主义法治建设所做出的重大贡献的高度认可的体现。

经过进入新世纪以来的近 10 年建设,吉林大学法学理论学科在科学研究、学科队伍建设、人才培养、国际和国内学术交流、信息与咨询服务、学科发展等方面,均取得了长足进展。在这期间和在这之前,吉林大学法学理论学科专著型学术研究成果展示的基本渠道都是各个老师和研究人员自行联系出版。此种方式当然也可以反映吉林大学法学理论学科科学研究的状况,但无疑只是片段性或片面性的,无法全面而整体性地展示吉林大学法学理论学科科学研究的全貌。随着吉林大学法学理论学科作为国家重点学科、教育部重点研究基地、国家创新基地、国家级教学团队的研究成果的积累,吉林大学法学理论学科的学科建设及其学术研究,都需要一个具有持续能力的成果展示平台,以不断总结和展示本学科在博士研究生培养方面的成就,激励理论法学研究中心年轻教师积极从事科学研究并使其成果得到有学术影响力地集中展示。为此,吉林大学理论法学研究中心决定把多年来一直在设想之中的出版中心学术文库的工作付诸实施。

吉林大学理论法学研究中心学术文库为连续性的系列出版物。首先以吉林大学法学理论专业通过答辩的优秀博士学位论文为主要选题来源,其次是吉林大学理论法学研究中心各位教师和研究人员的专著及学术文集,此外就是在条件成熟的时候逐步吸收全国法学理论领域年轻学者的学术专著或者各个高校法学理论专业的博士研究生的优秀博士学位论文。

法律出版社给予了我们吉林大学理论法学研究中心法学文库的出版以极大的支持。吉林大学理论法学研究中心将与法律出版社建立长期的合作关系共同推进中心学术文库的出版工作。这套学术文库的出版会以每年5~10本学术著作的规模推进。

借此,我们衷心地感谢我国各个高校和科研机构的法学理论学科对于吉林大学法学理论学科工作的大力支持!我们也希望吉林大学理论法学研究中心学术文库的出版,将为推进我国法学理论学科的学科建设、科学研究、人才培养、学术交流等做出重大贡献!

目 录

导言	1
第一章 前现代社会法律的内在逻辑	
分析	10
一、罗马法的尘封与前现代社会的法律	11
二、前现代社会法律内在逻辑的简单揭示	14
(一)前现代社会法律的独语特性	14
(二)世俗法中的初级互惠	20
(三)纠纷解决机制中的斗争崇拜	24
三、前现代社会法律内在逻辑的缺陷	27
(一)神性对人性的压制	27
(二)法律人道主义精神的缺失	31
(三)法律独立性的缺乏	33

第二章 前现代社会法律内在逻辑的现代转型	36
一、前现代社会法律的内在逻辑与现代法律的开启	37
(一)前现代社会法律的内在逻辑与近代国家的兴起	37
(二)前现代社会法律的内在逻辑与权利话语的发展	40
(三)前现代社会法律的内在逻辑与现代适格主体的 塑造	43
二、现代社会主体性的张扬及其对法律的基本要求	45
(一)主体性支撑的现代社会的本质特质	46
(二)主体性支撑的现代社会对法律的基本要求	56
第三章 主体性支撑的现代社会法律的内在逻辑	62
一、权利话语的内在逻辑	62
(一)权利话语中的竞争因素	63
(二)权利话语中的独白因素	67
(三)权利话语中的“非平等”因素	71
二、法律责任的内在逻辑	76
(一)从结果责任到过错责任	76
(二)过错责任、互惠与法律责任的泄愤性	78
三、纠纷解决机制的内在逻辑	83
(一)职权主义诉讼模式中主客二元的对立思维	84
(二)当事人主义诉讼模式中的对抗思维	86
(三)纠纷解决机制中的过去式思维	89
四、主体性支撑的现代社会法律中的宽容	91
五、主体性支撑的现代社会法律中的组织化	95
第四章 主体性支撑的现代社会法律内在逻辑的缺陷及其主体间性转向	101
一、主体性支撑的现代社会法律内在逻辑的理论 局限	102
二、主体性支撑的现代社会法律内在逻辑的制度	

困境	106
(一) 主体性支撑的现代社会权利制度的困境	107
(二) 主体性支撑的现代社会法律责任的困境	112
(三) 主体性支撑的现代社会纠纷解决机制的困境	114
三、主体间性与主体性支撑的现代社会法律内在逻辑的 转变	119
(一) 从主体性到主体间性	120
(二) 主体间性与主体性重建	130
(三) 主体间性对主体性支撑的现代社会法律内在逻辑 缺陷的弥补	133
第五章 主体性重建及其法律的内在逻辑	141
一、主体性重建与权利话语的内在逻辑	141
(一) 权利话语中国家与个人的合作	142
(二) 权利话语中人与人的合作	145
(三) 权利话语中的宽容	150
二、主体性重建与法律责任的内在逻辑	152
(一) 法律责任对主观过错的宽容	152
(二) 法律责任泄愤性的隐退	153
(三) 法律责任中合作的社会化	156
三、主体性重建与纠纷解决机制的内在逻辑	157
(一) 主体性重建过程中纠纷解决机制的概况	157
(二) 主体性重建与纠纷解决机制中的合作	164
四、现代社会法律内在逻辑的演变与法律现代化	171
第六章 现代社会法律的内在逻辑与转型中国的法律 现代化	179
一、现代社会法律内在逻辑的演变对转型中国法律现代 化的影响	180
二、转型中国法律的主体性缺失	184

(一) 权利观念的虚无与滥觞	184
(二) 转型中国公民参与意识的欠缺	187
三、转型中国法律的主体间性缺失	189
(一) 中国法律现代化图景中的形式主义诉求	190
(二) 缺失沟通的中国法律	191
(三) 主体间性缺席下的法院调解	194
四、转型中国法律的内在逻辑	196
(一) 转型中国权利话语的内在逻辑	197
(二) 转型中国法律责任的内在逻辑	199
(三) 转型中国纠纷解决机制的内在逻辑	200
结语	202
附录: 宽容意识与权利话语的逻辑转向	204
参考文献	237
后记	253

导 言

转型中国正在实现法律^①现代化。然而,中国的法律现代化有别于西方法律现代化的地方在于西方在经历了以主体性为支撑的现代社会法律发展阶段后,再进入以重建的主体性为支撑的现代社会法律发展阶段。在前一阶段,西方法律承担着解除封建因素对人主体性的束缚,并在此基础上把人的权利意识、竞争意识、创造意识以及自己责任意识激发出来的历史使命。在正在进行的主体性重建过程中,西方法律首先要解决主体性意识自身存在的缺陷以及主体性意识成长起来后可能带来的一系列的问题。因此,西方法律现代化是一个历时性的进程。从中国法律现代化的时代背景来看,它是在法律全球化的背景下进行的。这也就意味着中国一方面要从

^① 本书所称的“法律”是一种较为宽泛意义上的法律,它主要包括我们通常意义上的法律制度、法律观念、法律意识、法律精神、法律原则等。

西方法律现代化的进程中充分吸取经验与教训；另一方面也不得不与外国法律制度以及法律理念进行接轨。这两个方面都决定了转型中国的法律现代化既不是朝向西方在主体性支撑的现代社会完成的那种现代化，也不是朝向一种正在经历的重建主体性的现代社会的法律现代化，而是一种兼具主体性支撑的现代社会完成的法律现代化和正在进入重建主体性的现代社会所将要完成的法律现代化双重使命的共时性意义上的法律现代化。从人的认识能力上讲，我们只有在分别弄清主体性支撑的现代社会法律的内在逻辑和进入主体性重建的现代社会正在形成的法律内在逻辑的前提下，才能够对中国法律现代化的进程作一种共时性的理解。基于这样的考虑，笔者将本书的问题主要设定为西方现代社会法律内在逻辑在历史长河中是怎样演进的以及这种演进给转型中国的法律现代化带来了何种启示和影响。

从西方法律发展的过程来看，它大致经历了罗马法阶段、前现代社会阶段、主体性支撑的现代社会阶段以及正在进行的主体性重建的现代社会阶段。其间，主体性支撑的现代社会阶段和正在进行的主体性重建的现代社会阶段同属于现代社会，正在进行的主体性重建的现代社会是在现代社会内部对主体性支撑的现代社会阶段的一些基本价值给予弘扬的同时，重新发现主体性支撑的现代社会应当具有的其他一些基本价值，并对这些价值给予强调。笔者这样划分的依据是以理性主义、个人主义和人道主义三位为一体的主体性发展的历史过程。由于罗马帝国的灭亡和罗马法的尘封，西方法律进入了一个以习俗法为主导的前现代时期。在前现代，神权的独语支配着整个法律系统，神权与王权的斗争充斥着整个法律发展过程，法律完全丧失了自身的独立性而沦为政治和神权的附庸。但是，前现代社会特别是中世纪也并不像有的学者所指的那样一无是处，它对西方法律传统的现代转型以及主体性支撑的现代社会法律的发展具有重要的意义。例如，神权与王权的分离深入人心、初级

互惠观念催生了权利话语、为荣誉而战的争讼理念刺激了个人敢于说“不”的勇气等。这也为主体性支撑的现代社会的开启及其法律所遵循的那套内在逻辑提供了基础。

在主体性支撑的现代社会,由于受主体性哲学的影响,人们愈来愈强调个人自由的解放,愈来愈强调运用理性来张扬自身的主体性。这种对于主体性的诉求也渗透到了人们对于法律的认识之中,并对法律提出了特殊的要求。它强调法律不再是由神的意志所决定,法律的合法性也不再是单纯靠人的信仰来保证。法律是人的理性自由运用的产物,法律的合法性更多地来自于理性的自我确证。这种主体性的张扬推动了法律的全面发展。它要求在权利领域、法律责任领域以及纠纷解决领域全面地贯彻主体性原则。这种主体性原则在法律中具体体现为在权利话语中更为强调竞争、独白、非平等、去组织化等因素,在法律责任领域更为强调过错、互惠以及泄愤,在纠纷解决中更为强调二元对立思维、对抗思维以及过去式思维。尽管主体性支撑的现代社会的法律也强调宽容与合作、共存与共生等因素,但是占主导地位的还是前者。因此,笔者将主体性支撑的现代社会法律流露出的对这种作为支撑性的、理念性的东西的强调称为主体性支撑的现代社会法律的内在逻辑。主体性支撑的现代社会法律的这套内在逻辑对于培养公民意识、创新意识、自己责任意识,从而实现个人自由具有重要意义。

但是,在主体性支撑的现代社会,法律的那套内在逻辑无论是在理论上还是在实践上都存在诸多问题,并且在20世纪逐步暴露出来。特别是20世纪中叶之后,法律愈来愈成为规则统治的工具、泄愤的工具,法律所具有的温情的那一面被它所具有的冷酷的那一面所掩盖。这样一种现实愈来愈受到了人们前所未有的诟病。重建主体性以及重建主体性支撑的现代社会的法律成为时代赋予的历史使命。在这场正在进行的主体性重建过程中,主体间性思想占有举足轻重的地位。通过对主体间性思想的强调,人们试图重新发现主

体性中所具有的宽容、合作、共存、共生等基本概念,并将这些理念凸显出来。相应地,主体性重建阶段的法律也愈来愈强调宽容与妥协、理解与让步、沟通与合意、共存与共生等基本因素,而对法律中的竞争、独白、非平等、去组织化,过错、互惠以及泄愤,二元对立思维、对抗思维以及过去式思维等给予适当地弱化。因此,笔者将主体性重建的现代社会的法律制度作为支撑的对宽容、合作、共存、共生等基本理念的强调以及对主体性支撑的现代社会法律中强调的一些因素而现在给予适当弱化,称为主体性重建的现代社会法律的内在逻辑。

在此,笔者必须强调的是,在主体性支撑的现代社会,法律虽然强调竞争、独白、非平等、过错、互惠、泄愤、二元对立等,但是它们也存在主体性重建阶段法律内在逻辑中的一些因素,如宽容、合作等。然而,从整体上讲,前者是主流,在法律内在逻辑发展过程中居于主导地位。在正在进行的主体性重建的现代社会,情况与此相反,尽管法律内在逻辑中强调宽容与妥协、理解与让步、沟通与合意、共存与共生等,但是它也存在主体性支撑的现代社会的竞争、独白、非平等、过错、互惠、泄愤、二元对立等因素。然而,从整体上讲,宽容与妥协、理解与让步、沟通与合意、共存与共生等在法律内在逻辑中愈来愈得到强调,愈来愈成为一个主导因素。竞争、独白、非平等、过错、互惠、泄愤、二元对立等是法律内在逻辑的一个方面,而宽容与妥协、理解与让步、沟通与合意、共存与共生等是法律内在逻辑的另一个方面。因此,我们绝对不能将这两个面相作一种绝对对立的处理。

通过对西方现代法律内在逻辑演进的一种历史把握,笔者发现西方法律现代化经历了从前现代社会到主体性支撑的现代社会的过渡这样一个阶段,并正在经历从主体性支撑的现代社会到主体性重建的现代社会发展这样一个阶段。这两个阶段并不是后一个阶段对前一个阶段的简单取代关系,而是后一个阶段对前一个阶段的

有所继续、有所发展的一种扬弃关系,甚至可以说后一阶段是前一阶段的继续。转型中国的法律现代化应当将这两个阶段结合起来考虑,切不可注重一个阶段而忽视另一个阶段。因为从西方法律现代化的过程来看,主体性支撑阶段更有利于树立人的权利意识、竞争意识、创造意识以及自己责任意识,而主体性重建阶段更有利于树立人的宽容意识、沟通意识和共生意识。只有既具有权利意识、竞争意识、创造意识以及自己责任意识,又具有宽容意识、沟通意识和共生意识,才能塑造人完整的主体性。西方法律现代化是历时性完成这两个过程的,但是,中国法律现代化则不可能再采取西方那种历时性方式,而只能采取共时性方式来完成。这也就在客观上要求转型中国的法律奉行一种共时性的内在逻辑:法律在强调通过独白、竞争、互惠、过错等塑造权利意识、竞争意识、创造意识以及自己责任意识的同时,又要通过对宽容、合作、沟通、共生的强调来消解这种权利意识、竞争意识、创造意识以及自己责任意识可能带来的缺陷与不足。这种共时性的要求决定了转型中国的法律现代化以及法律制度创设的复杂性。

众所周知,自20世纪以来,以主体性为支撑的现代社会受到了国际学术界的广泛批评。特别是第二次世界大战以后,随着各种新思想的出现,以主体性为支撑的现代社会受到了前所未有的质疑。后现代主义者更是对以主体性为支撑的现代社会进行了解构。在他们看来,现代社会正在步入“主体性的黄昏”^①,主体性正在现代社会进行“主体的退隐”^②。尽管这些论断有些武断,但是,它们充分地暴露了主体性支撑的现代社会所存在的诸多问题。尽管国际学术

① [美]弗莱德·R. 多尔迈:《主体性的黄昏》,万俊人等译,上海人民出版社1992年版。

② [德]彼得·毕尔格:《主体性的退隐》,陈良梅、夏清译,南京大学出版社2004年版。

界反对后现代主义的一些基本观点,但是在主体性支撑的现代社会存在问题这一点上得到了共识。在大多数学者看来,现代社会的基本价值取向是应当坚持的,主体性原则也是应当坚持的,但是,人们需要在现代社会内部重建主体性、发展主体性。人们愈来愈倾向于用主体间性思想来重建主体性支撑的现代社会。其中,哈贝马斯就借助于“主体间性”这个范畴建构了一种法律的商谈理论。这种商谈理论的实质就是要在法律中突出以交往与沟通为核心的合作。哈贝马斯的这一思想得到了比利时法学家马克·范·胡克(Mark Van Hoecke)的进一步发展,并提出了一种“沟通主义的法律观”。^①

从哈贝马斯、胡克等人的研究来看,他们还是在一种较为抽象的层面思考现代社会法律内在逻辑的发展,而美国哈佛大学资深法学教授安·格伦顿则是从具体制度的层面思考这一主题。她曾在《权利话语:穷途末路的政治言辞》一书中有专门的论述。格伦顿主张整个社会是被嵌入一个均衡的生态环境之中,人们无时不在发生着有关权利与责任、个人与共同体、法律与道德、当前需求与远景规划的对话。一旦发生争执,宽容与节制便会告诉人们,最好的方法就是“当我们面对他人的合理要求时,克制自己的主张,去权衡,并且至少撇开一些分歧”^②。因此,在她看来,权利话语是在人与人之间的相互合作中发生了关联,权利话语的核心不应当再只是强调人与人之间的斗争,也应当强调人与人之间的合作。

就国内的研究情况来看,从“阶级斗争范式”到“权利本位范式”的研究范式转换以来,法学界充分认识到建立一个主体性支撑的现代社会的重要意义,并对主体性支撑的现代社会法律的内在逻辑进行了一定分析。例如,近年来彭诚信教授出版的《主体性与私权制

① Mark Van Hoecke, *Law as Communication*, Oxford: Hart Publishing, 2002.

② [美]安·格伦顿:《权利话语:穷途末路的政治言辞》,周威译,北京大学出版社2006年版,第7页。

度研究——以财产、契约的历史考察为基础》^①，周清林博士出版的《主体性的缺失与重构》^②，易军博士发表的《个人主义方法论与私权》^③等。随着西方主体间性思想的引进，法学界也开始关注主体间性对法律的影响，并发表了《现代法治的困境与出路》^④、《权利源于主体间商谈》^⑤、《从主体间性论被追诉人主体性特质》^⑥等论文。这些文章对主体性支撑的现代社会的法律内在逻辑存在的缺陷进行了分析，并强调了主体间性对重建主体性支撑的现代社会的法律内在逻辑所具有的重要意义。但是，这些文章要么缺乏历史性维度，要么过于局限于某个具体制度的具体分析。它们没有完全勾勒出现代社会法律内在逻辑的演变过程，也没有完全回答法律内部是如何重建主体性这一重要问题的。

为了推进法学界对这一主题的研究，笔者主要从“权利话语”、“法律责任”、“纠纷解决机制”三个方面勾画了不同社会形态中法律所具有的内在逻辑，并在此基础上探讨了现代社会法律内在逻辑的演变与法律现代化之间的关系。之所以要从“权利话语”、“法律责任”、“纠纷解决机制”来着手分析，主要是因为现代社会的法律话语主要围绕权利来展开，权利是现代社会法律结构的核心与基点。^⑦法律责任“是由特定法律事实所引起的对损害予以赔偿、补偿或接

① 彭诚信：《主体性与私权制度研究——以财产、契约的历史考察为基础》，中国人民大学出版社2005年版。

② 周清林：《主体性的缺失与重构》，法律出版社2009年版。

③ 易军：“个人主义方法论与私权”，载《法学研究》2006年第4期。

④ 高鸿均：“现代法治的困境与出路”，载《法学研究》2003年第2期。

⑤ 高鸿均：“权利源于主体间商谈”，载《清华法学》2008年第2期。

⑥ 林林：“从主体间性论被追诉人主体性特质”，载《比较法研究》2006年第3期。

⑦ 张文显教授从法律的价值、法律的主体性以及法律影响社会生活的方式等方面充分论述了权利话语在现代社会中的根基地位。张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第341~345页。