

法治的中国道路

—— 在广西民族学院的演讲

魏敦友

各位朋友：

大家晚上好！今晚很高兴能来到美丽的相思湖边，在广西民族学院作一个学术演讲。我首先要对杨凤宁女士表示由衷的感谢！因为正是凤宁女士促成了这一次演讲。当然，我还要对今晚来听我演讲的诸位朋友表示深深的谢意！

我今晚的讲题是“法治的中国道路”。这个题目的选择是我与凤宁女士共同协商的结果。之所以选择这样一个看起来十分宏大的题目，有多方面的原因，当然主要原因当然来自于我自己，来自于我自己的学术背景。我不是学法学出身的，我从学士、硕士、博士及博士后，所接触的都是哲学，读的是哲学书，思维方式是哲学的。哲学的思维方式与法学的思维方式有一个很大的区别，在我看来，也许是哲学非常强调反思性与批判性，即是说，哲学要求人们不能承认现实的东西，而是要不断地追求事物的根据。法学相比较起来，则比较强调在既有的制度之下进行分析，它不具有像哲学那样打破砂锅问到底的精神。当然法学与哲学也有交叉的地方，在西方的学术体制里面，法学本来是哲学的一个部分，只是近代以后才开始脱离哲学。如我们从黑格尔的百科全书体系里面所看到的，法学实际上只是哲学的一个部分，确切地说，是精神哲学的一个部分。我们知道他有一部名著叫《法哲学原理》。他的《法哲学原理》就是要考察法律制度演化的内在逻辑。可惜的是，近代以来法学从哲学里面分化出来之后，似乎与

哲学渐行渐远，一个明显的事实是黑格尔以前讲哲学史从柏拉图以降直至黑格尔与法学史基本上是同一些人物但是从黑格尔以后情况发生了重大的变化，哲学史就是哲学史，与法学史几乎不搭界了。在中国也是如是，哲学不了解法学，法学也不了解哲学，各自干着自己的营生。可喜的是，近来中国学界有一些重大的变化，我发现有一批法学学子开始对哲学产生兴趣，我可以举出长春吉林大学和重庆西南政法大学这两所高校，一所在东北，一所在西南，这两所高校的法学学子，尤其是理论法学的学子们对哲学似乎产生了执着的兴趣，他们有可能对未来中国的法学思维方式的转向产生深远的影响。法学子对哲学产生兴趣，我想原因是多方面的，其中一个重要原因我想是法学需要深化自己，特别是法学试图对我们这个处于转型时代的思考，如何没有哲学，几乎是不可想像的。比如我们今晚所讲的这个题目“法治的中国道路”实际上就是一个法学与哲学相交的题目，这意味着，单是法学或是哲学都无力对它进行深入的思考，而这样一个题目，在我看来，又是当代中国法治转型的一个基本问题，不对这个问题进行深入的思考，当代中国的法治转型既无法从理论上展示其深广的内涵，也无法在实践上获得真正的推动。另一方面，我在复旦大学做博士后时，我的联系导师、著名哲学家俞吾金教授对我从事法哲学的研究很是赞许，并反复对我说“法哲学是当代哲学的本质”，这意味着，哲学如果脱离开法学，也是无法想像的。正是基于这样的考虑，所以我与凤宁女士讨论后就选了这个题目来讲，应该说，我自己对这个问题考虑也有七八年的时间了，自己认为有一些自己的想法，算是一得之见吧，而且正好利用这个机会将自己的零零碎碎的想法整理一下，我也希望朋友们给我提出一些问题来校正、丰富与深化我的理解。

一、我的基本思路

先讲讲我自己的基本思路。当然我的思路也不是一下子明朗起

来的 实际上是经过了一个漫长的过程的。而且 我不得不承认 就我自己而言,我实际上对这个问题还处在探索之中。在这个过程中 我也受着国内一些优秀学者的影响 比如说中国政法大学王人博教授的《宪政的中国之道》就明确地标明了这样的主题 当然 我认为近二十多年最重要的著作要数吉林大学理论法学中心邓正来教授的著作《中国法学向何处去》。正来教授对二十多年来中国法学的批判性反思应该说对我们探讨当代中国法学的发展方向意义重大,而在我看来,正来教授的这部著作在本质上其实就是在探讨法治的中国之道。

现在看起来 法治的中国之道 这样一个主题在我的视域里面实际上经过了一个发展过程。这个过程大致上或可区分为三个阶段。它可以看成是我接触法学并运用我自己的学术背景思考法学的过程。

第一个阶段是我最早接触法学并开始思考的阶段。这一个阶段是我批判“法律信仰”的阶段。我之进入法学,带有很大的偶然性。大约 1998 年 我从武汉大学获得哲学博士学位后 湖北大学成立法学系 我稀里糊涂地被任命为副主任 教授外国法制史 于是就有了我后来反复说的从哲学的鱼塘跑到了法学的鱼塘。那时候三十出头 年轻气盛 不知道天高地厚 因为湖北大学在沙湖边上 我第一次主持法学系的学术探讨,竟扬言我们要创建法学中的“沙湖学派”! 初以为法学不过一小水杯而已 但是我很快发现法学如哲学一样 也是一汪洋大海 如不深加钻研 不可能有得。武汉朋友特别多 我的性格又比较外向, O 型血 跟白求恩一样 万能输血者 又喜欢交朋友 所以在武汉难得读书 当时心想如有一僻静所在 潜心读书十年,或有所得。正巧位于南宁的广西大学至武汉招人,于是竟于 1999 年 8 月到了从来就没有想到过的广西来了。到南宁后,我尽量少交朋友 比如我从来不去参加别人的打牌等活动 几乎所有的时间都是在教研室度过的。因为没有师承 法学界于我也是一抹黑 所以就胡乱读书。在武汉的时候 已读到山东大学法学院谢晖教授的大著《法律

信仰的理念与基础》。这是一本很好的书 从其内容上看 完全是理性之言论，但著者却持法律信仰之论。当时是伯尔曼的《法律与宗教》风靡中国之时 像“法律必须被信仰 否则它将形同虚设”之类的“名言”在中国学界被奉为圣旨似的毫不加以反思地四处引用。因为我是弄哲学的 自然秉持理性之说 对法律信仰之说很不以为然 所以不揣冒昧 写出一篇批评谢晖教授的文章《法理论述的三重话语》，寄给《法制日报》很快就发表出来了。非常荣幸的是 我很快看到了谢晖教授的反批评文章 也登在《法制日报》上。有意思的是 我的文章没有谢晖教授的大名 因为编辑秦平女士认为不宜点名 但她后来跟我说可能直呼其名是好的），但谢晖教授的大作里面却是有我的“大名”的。我很快又写出一篇反反批评的文章 登在《广西大学学报》上。如此两个回合 没想到谢晖教授竟邀请我去烟台参加一个全国性的法律教育的研讨会 而且还是“特邀代表”弄得我受宠若惊，因为那个会特邀代表全国只有十人，其中就有当时早已在全国大名鼎鼎的北京大学法学院院长苏力教授及中国社会科学院的刘作翔教授。《法理论述的三重话语》其实是一篇很小的文章 大意是当代中国的法理论述可以区分为三个类型 分别是法理论述的神圣话语、法理论述的独断话语及法理论述的理性话语。我自己持最后一种观点。我通过批判法律信仰而发展出我们只能在理性的交往中坚持法律的生存样式。谢晖教授对我的反批评是认为我的理性是冷酷的，我觉得很好。昨晚我在网上读到清华大学法学院许章润教授的一篇文章《法律、法学与法学家的中国语境》（见学术批评网）许先生在该文的最后一部分这样说：“法律信仰”这一命题不是什么“神圣论述”，其所赖以立基的也不是什么“独断论述”而恰恰是法律理性。这其实就是对我的批评 只是许先生没有点我的名。如果这样讲 那么我们在本质上就没有什么分歧。不过我还是觉得我们可能存在着深刻的分歧。但到底许先生没有接受我的观点，我所认为的法律信仰其实是汉语法学的毒素他并没有接受。当然 这也没有什么 从吾所好吧。从具体论述上看 我更加认同谢晖教授。

我自己称我的上述小文《法理论述的三重话语》是我的“研究纲领”。的确，我往后的思考都是建基其上的。当然这里可能有“路径信赖”的必然性。在上述小文中，我获得了这样的“洞见”：即在当代中国，我们对法律只能采取理性的态度而绝不能采取神圣的与独断的态度。有了这样的认识之后，我就必须要到中国历史与文化中去求证它。我当时应谢晖教授之邀到烟台开会提供的论文是《上帝、皇帝与人格平等——法治的文化心理初探》。这实际上是我深入中国历史的一个开端。在中国历史中，我们面临着一系列的问题，这些问题实际上对于我们试图建成一个法治国家是相当不利的，甚至于可以说，它们的存在，将使一个法治国家的建设不可能。当然我的意思很明显，认为唯理性可以化解之。这些问题我都加以了标识，人或不以为然，我却以为这种标识非常重要。它们是“黄炎培难题”、“费孝通困境”、“梁漱溟-谢遐龄诅咒”、“季卫东陷阱”、“孙中山-章太炎悖论”。我以人名作出标识出于两个考虑，其一是出于显目的需要，其二是出于我对这些学者或政治家的敬仰。我将在下一节仔细来分疏它们。这是我思考的第二个阶段。

我思考的第三阶段是来自于谢晖教授与正来教授的刺激。谢晖教授在他所主编的“公法研究”丛书的“总序”中呼吁各地士子努力学习，藉以克服京沪可能的文化专制主义。正来教授在他的一系列著作尤其是《中国法学向何处去》之中强烈主张中国学术的自主性。我深有同感，以为当代中国法治之建设从知识学的角度看，其一，一国之内之文化必须多元，不能一地独大；其二，一国之文化不独以他人马首是瞻。我写出一系列文章申言之，其中最重要的或是应吉林大学理论法学中心之邀而写出的《当代中国法哲学的使命》一文。我在此文中提出了“当代中国文化建设的两个律令”，即邓晓芒律令与邓正来律令，既要走出“恋母情绪”，也要走出“慕父情结”，从而开出当代中国文化的新生命。于是我认为，中国的法治建设在本质上实际上是中国人在当代之成为人的历史进程，因而是一个前无古人的伟大事业。这就是我目前达到的思想境界。

二、中国历史表象之五大面相

下面我主要讲讲我自己在思想发展的第二个阶段所碰到的一些问题。这些问题我将它们看成是历史的表象。经过我自己的研究，我认为有五大表象值得我们深入探究。我认为正视这些问题非常重要，它们对于我们深入地理解中国社会并完成法治转折具有至关重要的意义。我在相关的文章里面对这些问题进行了分析说明。现在我想在一个系统的层面进行说明。

中国历史最令人迷惑不解的一个现象 也许是《三国演义》开头所讲的‘分久必合 合久必分’的所谓‘天下大势’几千年如此 人们习惯了 竟视之为当然 所谓‘反者道之动’。在上个世纪 40年代 著名的民主人士黄炎培先生在延安专门向毛泽东请教过这个问题，黄炎培先生以一个历史哲人的忧虑表达了他对中国历史之一治一乱循环的理解。也正因此 我将这种中国历史上独有的现象命名为‘黄炎培难题’我甚至于认为 这个难题对当代中国人的智慧来说 简直就像‘司芬克斯之谜’一样 解决不了这个难题 当代中国人就没有完成自己的历史使命。当然 最重要的 我觉得首先是如何深入地去解析这个难题的内在机理。鉴于这个问题的深刻性，我将它称为中国历史表象的第一个面相。

第二个面相我称之为‘费孝通困境’。费孝通先生在研究中国社会的变化时 发现了这样一个现象 即 当西方的法律制度输入中国的时候 出现了一个乖谬的现象 一些在传统社会看来是恶人的人却 能有效地利用西方法律保护自己 于是 中国社会不仅没有从西方法制这里得到好处 反倒是坏处先来了。应该说 近代中国以来 直到今天，这个问题依然在深处困扰着当代中国人。

第三个面相我称之为‘梁漱溟 - 谢遐龄诅咒’这是就人与规则的关系而言的。梁漱溟先生乃一代大儒 最喜欢与毛泽东唱反调 如毛要制宪 他认为行不通 苟能制宪 也不能行。这位梁先生好生了

得 据说他行走在咱们漓江边上 头上飞机嗡嗡叫 别人都卧倒躲避，只有梁先生昂首阔步 众人不解。梁先生这样说 我断不会死 我若死，则中华文化后继无人矣！这种处变不惊的态度真值得我们学习！应该说 中国的历史在一定程度上证明了梁先生的睿智 梁先生的有生之年所看到的，的确是一个有法而不行的实际。梁先生的思想里面隐含着这样一个思想，即当下中国实行法治与宪政的时机尚未到来。当然梁先生并不是说不要实行法治与宪政，只是说与其挂羊头，卖狗肉，不如直接挂狗头卖狗肉。这种思想被在复旦大学哲学系与社会学系任教授的谢遐龄先生所发挥，不过他认为中国根本就不可能实行法治，中国只能是人治社会。谢先生以非常独断的口吻这样说：“中国文化不会有‘圣经’ 任谁想树也树不起来 中国社会也不会成为法治社会 只会是人治社会”。谢先生的前一句我非常赞同 但后一句却不敢苟同。其实我自己的许多学术工作就是在论证如何在没有“圣经”的情况下法治社会也是可能的。记得大约在 2002 年前后 我在复旦大学哲学系做博士后研究的时候 专门请教过谢遐龄先生何以这般认为。他的论证很简单。他对我说，你只要在十字路口看看人们对交通规则遵守，你就知道中国不可能实现法治。因为法治说到底是规则之治，可是中国人就是不会遵守规则！中国人对待规则的态度确实像谢先生所说 采取的是一种‘权’的姿态 并不将它很当一回事的。这难道不是法治中国的讖语吗？所以我称之为当代中国法治的‘梁漱溟 - 谢遐龄诅咒’。我觉得今天的许多法治研究者还没有认真地对待这个问题，即法治在当代中国的可能性正当性问题 或者 这个问题被深深地遮蔽着。

为什么中国人对规则采取权宜之计？这就涉及到我命名的中国历史表象的第四个面相 即‘季卫东陷阱’。季卫东氏在他的《宪政新论》一书中这样对我们说 中国传统社会的最大问题是通过‘交涉’的媒介“，很容易流于力量对比关系决定一切的事态 使原则和规范名

存实亡 失去意义。”〔1〕这意味着，规则甚至原则并不是最后的东西 因为在规则与原则背后还有决定性的东西 那就是实力 毛泽东有一句名言“枪杆子里面出政权”。就是对这种历史现象的充分表达。但是从学者的立场对这种历史现象进行反思，季卫东氏是不是第一人 我不知道。但是我阅读季氏书 深感其好学深思 敏于时政，故将此种历史现象命名为“季卫东陷阱”。的确 中国人不走出这种陷阱 则法治焉能成功？！

我所说的第五个面相是关于中国人到底自由与否的问题。在这个问题上，孙中山的观点与章太炎相左。孙中山认为中国人太自由了 因此必须加以限制。而章太炎则相反 他认为中国人根本就没有自由 因此必须给中国人以自由 孙、章都是大政治家、大学者 何以他俩对中国人有无自由的认识针尖对麦芒？我觉得很难说谁对谁错 因此我将此种认识命名为“孙中山 - 章太炎悖论”。我认为 只有深入地考察中国历史与社会的内在机理，我们才能给出恰当的回答，而不能想当然耳。

三、在历史的表象背后

上述我所谓的中国历史表象之五大面相 在我看来 它们实际上构成了“中国经验”，它与“西方经验”是不同的。下面我们来研究其中的根据。我也试图通过对其中之内在根据的揭示，显示出中国经验要求中国理论 西方理论是根据西方经验而来的 西方理论只能作为一个参照 而不能成为一个标准的。

上述五大面相实际上是内在地缠绕在一起的，但可以将它们作出一个简单的分类。一、二可以划为一类，可以看成是制度方面。三、四、五可以划为一类，可以看成是属于人性方面。制度结构与人

〔1〕 参见季卫东：《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》，北京大学出版社 2005 年版，第 95 页。

性结构两方面可以说是事物的一体两面 从本质上看 是一回事。

我们要透过历史的表象看到事物发生的内在机理。为什么中国历史周期性地在一治一乱的循环中？要寻找其中的根据，首先需要到制度中去探究。须加以简单地界定，一治一乱的循环主要是秦汉以来迄至晚清的历史现象。那么，在这样一个历史时期，人们活动的制度框架可以用《诗经·北山》里面的一句话来加以概括：“溥天之下，莫非王土。率土之滨，莫非王臣。”这十六个字我认为蕴含着整个中国历史的内在密码。前面八个字说的是天下的财产归王 统治者 所有 后面八个字说的是人身也受到王 统治者 的控制。也就是说 在中国 无论是物质生活还是精神生活 都要受到深深的控制。所以人们试图将中国历史作为西方人所谓“普遍的历史观”的例证的时候，人们忘了，中国历史恰恰相反，与西方的历史是不一样的。在西方，尤其是经过基督教革命之后 形成了一个“恺撒的归恺撒 上帝的归上帝”这样一个格局 而在中国历史上 无论是现实生活 还是精神生活，无一例外地都处在统治者的控制之中。如果说秦汉以前的中国历史在分封建制的基础之上，社会内部还有着一种相互制约的张力结构的话 那么 秦汉以后社会内部的相互制衡要素则呈一个逐步丧失的过程。皇权的逐步集中，往往是通过一个周期性的治乱循环而实现的。这就意味着 治乱循环既是高度集中的皇权的一个结果 同时也是它的一个条件。这也同时意味着，如果不走出权力过于集中的泥潭 那么治乱循环则将一仍其旧。

在这里，我要对一种观点进行批评。这种观点深受西方国家与社会二分论的影响，认为在中国，也存在着国家与社会二分的情况。但是这种观点是十分错误的。著名学者钱穆先生在他的一系列论著中反复表明 在传统中国 国家与社会是不分的 其格局是 国家控制人民 政治领导社会。还有一种观点认为 中国是一个城乡二元结构的国家，“国权不下县”乡村是一个自治的单元。但秦晖先生雄辩地证明 没有这回事。秦以下的中国社会是一个编户齐民的社会 或者

说是一个“吏民社会”。〔2〕所以中国秦汉以降的社会大致上可以说是类似于法国哲学家科耶夫所说的“同质的社会”。那么，在这样一个同质的、均匀化的社会里面，个人直接面对国家权力，国家权力直接面对个人。这会产生两个方面的结果，一个国家强大无比，成一巨无霸，个人孱弱无力，软弱可欺。但是另一方面，由于国家在周期性的治乱循环中早已丧失掉了自己神圣性，那么就会造成这样一种状态，即个人及个人的组合，有可能以种种理由进入国家权力的核心。又可以分为两种情况，或者在一个相对稳定的秩序里面通过自己的努力，参加科举考试是其中一种，达到高位，如宰相，“朝为田舍郎，暮登天子堂”；或者在一个乱世通过谋略与运气登上极位，即皇帝位，“皇帝轮流做，今天到我家”。

好，这里已经从制度结构转而涉及到人性结构了。分析秦汉以降的人性结构，我认为司马迁的《史记》就是一个很好的标本。我想举出三个人物的事例稍加分析就可知中国人的人性结构了。第一个人物是刘邦。《史记》中记载刘邦有一次到咸阳，正好看到秦始皇出游，刘邦的感觉是无限的羡慕，并这样说：“嗟乎，大丈夫当如此也！”〔3〕第二个人物是项羽。《史记》中记载秦始皇游会稽，项羽与他叔叔项梁一起观看。小小年纪的项羽猛然说了一句令叔叔颇感震惊又暗自高兴的一句话：“彼可取而代之。”〔4〕第三个人物是陈胜。这位千古留名的大泽乡英雄因为天下大雨而无法按期到达渔阳，失期，法皆斩。面对人生绝境，这位准备举事的英雄的理由是“王侯将相宁有种乎！”〔5〕我认为这三位的发言将中国人内在的人性结构袒露无遗了。刘邦说的是人生在世就是要追求最高的享受，而人生最高的享受就是做皇帝。项羽的发言提供的是这没有什么，完全可能

〔2〕 参见秦晖：《传统十论》，复旦大学出版社 2003～2004 年版，第 39 页。

〔3〕（《史记·高祖本纪第八》）第二个人物是项羽。

〔4〕（《史记·项羽本纪第七》）第三位人物是陈胜。

〔5〕（《史记·陈涉世家第十八》）

做得到 取代它不就得得了。最后 陈胜提供了这里面的根据 因为人生下来都是一样的，并不是那些王侯将相有什么天生的好血统。只不过成王败寇罢了。王与寇有区别吗 有的 但只限于表面而已 或因为实力不够，或因为运气不好。所以中国人在内心深处是不服气的；“君子报仇，十年不晚”。因此 在我看来 中国人的人性完全是机会主义的。也正是因为这种机会主义的人性结构，他们自然视规则与原则如无物 自然崇拜实力 自然既是完全自由的 也是完全不自由的了。我认为 从历史的视野来观察 当下中国社会在本质上其实处在秦汉以来的社会发展进程之中，我希望当下中国处在这一进程的最后阶段。

四、法治的中国道路

法治的中国道路，实际上就是在中国传统制度结构与人性结构的背景之下 完成一个法治秩序的建构。或者 用这样的哲学话语表达：一个宪政民主制国家或民主宪政制国家在当代中国是否可能？及如何可能？

许多论者对这个问题的把握多半是以西方理论为指归。然而，西方的理论是西方历史经验的一个理论表达，这样的理论能够适合于中国吗 我认为基本上是不适合的。比如说 在西方 由于基督教的成功 使得西方人即使在现实社会中臣服于统治者 但他们在精神上却服从上帝，上帝死则服从自己，所以由此培养出独立自由的人格。这种独立自由的人格通过对封建制度的革命而成为现实。但在中国传统社会，我们既没有神圣之维，也缺乏封建制度对个人的保护 国家的权力渗透到每个角落 在这种背景之下 我们如何完成一个宪政民主制国家的建构呢？这的确是一个大问题。这同时也意味着 中国必然有自己的道路。

我想在这里简要介绍一下清华大学秦晖教授的观点。秦晖教授是一位历史学家 他通过对中西方的历史对比研究指出 中国的现代

化道路与西方的不同 如果说西方在现代化的过程中走的是‘公民与王权联盟’的道路的话 那么中国的现代化可能要以‘公民与小共同体的联盟’为特色。这种研究对探讨中国的法治道路颇有启示。但是问题在于，作为小共同体的载体的形式有可能存在吗？按照秦晖先生的观点 为了个人的自由 唯有加入到小共同体之中才能与作为大共同体的国家抗衡。但是我认为我们找不到这样的力量。秦晖教授认为家庭、社团就是这样的小共同体 我认为不然。因为即使是家庭，也深深地受到国家权力的侵蚀。国家的权力是无孔不入的。这是我们必须面对的现实。所以我认为对当代中国来说，秦晖教授的这种设计，就很可能是一个现代化，从而也是一个法治的乌托邦设计。

我的观点是要诉诸人的理性，并根据情势的发展顺势而为。法治的中国道路，我们将会发现，它实际上意味着中国人世界观的转变 意味着我们当代中国必然从对古典中国的迷恋中解脱出来 当然也必须从对西方的盲信中解脱出来，这也就是我在自己思想的第三个阶段所感受到的‘两个律令’这两个律令的本质是要求我们从‘恋母情结’（对古典中国）与‘慕父情结’（对当代西方）的双重情结中解脱出来 而真正成为能够思考问题的人 即我反复强调的‘长大了的人’。从人性结构的角度看 法治的中国道路实际上又意味着当代中国人真正长成人。

所以我认为，与西方法治的道路所走的是社会本位的路子不同，中国的法治道路必然是国家本位的。所以我很不赞同那些醉心于所谓市民社会理论建构的人们。市民社会在中国根本就没有存身立足之地。但是国家本位并不必然是国家专制的。如前所述，国家非一人一姓之国家，这意味着国家乃是人人之国家。所以完全可以扬弃传统的民本主义过渡到民主主义，但这还是不够的。有民主并不必然有宪政。宪政与民主是完全不同的价值 宪政简单地说 是对国家权力的限制与规范 而民主说的是人民当家作主 两者的结合构成宪政民主制。然而 当代学者没有深入理解这两者的本质区别 竟多将

两者混为一谈，对当代中国的法治建设带来了许多的困难。而且我认为 根据传统中国的制度结构与人性结构 我觉得在中国 行民主易 而行宪政实难 往往是 民主得到过分强调 造成的结果是 民主之利未得，而多收民主之害。这种沉痛的教训我们应该努力吸取。但是我今日不无遗憾地发现，人们对民主的反思十分粗陋，而在中国 民主往往是被操纵的 如此，与其行民主，不如行宪政。正因此，我提出在当前的情势下“宪政先导 民主缓行”的主张 实际上就是针对传统中国的历史经验而提出来的 但是当代中国的多数学者 自然包括政治家们 似乎存在着一种深厚的民主崇拜的心理 我认为这对当代中国的法治建设是非常有害的。我的总的观点是，先进行宪政建设 比如说像《行政许可法》之类的踏实的法制建构就是非常重要的步骤 待国家公权力得到限制与规范后 再来推行民主 最后将民主与宪政结合起来，形成宪政民主制。这就是我所悟出的当代中国法治建设的三步走的策略。在我看来，这也就是法治的中国道路。而这样的法治道路显然是不同于西方的。

今天就讲到这里 各位能耐心地听完我的演讲 非常感谢！

二元视域下的法律安定性

贾焕银

“法律必须稳定 但又不能静止不变。”^{〔1〕} E.博登海默认为庞德这句话揭示了“一个永恒且无可辩驳的真理”。^{〔2〕}事实的确如此 每个时代 当然也包括我们这个具有高度复杂性的转型社会 法律都在应对稳定与变化及其二者关系的协调这一巨大的悖论中成长。如同法律静止不变一样,法律变动不居也同样会对法律产生破坏力。以宪法为例 现行宪法 1982 年颁布 到现在为止 在短短 20 余年的时间里 已经进行了四次修改。宪法权威性不高有诸多的正当理由 但却不能不承认这种短时间内的频繁修改对其权威性的减损。因此,特定时空条件下的法律应该是“变动不居”与“静止不变”间谐和的产物。拉德布鲁赫和阿图尔·考夫曼将此称为“法律的安定性”。这种安定性不仅是法律的“第一大任务”而且也是“普适的法律理念的基本成分”^{〔3〕}之一。法律因应时代而变。法律安定性必须是一个恰当的契合点 以表征法律的稳定与变化因应时代的特殊性 保证法律生命力和社会的秩序与安宁。

〔1〕 [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》 邓正来译 中国法制出版社 2002年版 第2页。

〔2〕 [美]E.博登海默:《法理学 法律哲学与法律方法》 邓正来译 中国政法大学出版社 1999年版 第325页。

〔3〕 [德]拉德布鲁赫:《法哲学》 王朴译 法律出版社 2005年版 第74页。

一、法律安定性概念辨析

阿图尔·考夫曼认为法律安定性有两种意义：一是“透过法律达成的安定性”这种安定性是外部视角的、功能角度的安定性，可以把它视为法律作用于社会后所达致的秩序与安宁；二是“法律本身的安定性”这种安定性是内部视角的、结构角度的安定性，其认知以“认知可能性、操作可能性和实践可能性”为标准。^{〔4〕}另有观点认为法律的安定性必须区分为“合理的”和“伪劣的”两种，前者是“符合与普通法一样博大、与正义原理一样精深的真理与原则”，而后者则是法律与特定时空条件下司法经验的一致性。^{〔5〕}“合理的”法律安定性是一种“连续、一往无前的发展整体”，可以称之为整体意义上的法律安定性；“伪劣的”法律安定性则支离破碎的看待法律，从而是一种局部意义上的法律安定性。

上述两位学者的界定无疑都在一定程度上揭示了法律安定性的真理性。阿图尔·考夫曼从功能—结构视角显现了法律安定性之于达致社会秩序的意义，而卡多佐法官则从整体—局部视角预示整体上的法律安定性之于法律成长的意义。但问题是此二者都没有昭示我们法律安定性的本位依据何在，“皮之不存，毛将焉附”，揭示此本位依据将是我们界定法律安定性的要义所在。

我们通常所说的法律安定性是指法律在一定时期的不变动性。这种认识源于对法律形式上严格的制定、修改程序这一特征的逻辑推论，此种意义的法律安定性表现为不对或者尽量少对法律条文进

〔4〕〔德〕阿图尔·考夫曼：《法律哲学》刘幸义等译，法律出版社2004年版，第274页。我们认为，“透过法律达成的安定性”更多的是指法律的安定性作用于社会的一种效果，而不是法律的安定性本身，因此在本文的语境中，是在第二种意义上来使用法律的安定性的，亦即“真正的”或者“狭义的”法律的安定性。

〔5〕参见〔美〕本杰明·N.卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》董炯等译，中国法制出版社2002年版，第12页。

行改动。同时 法律作为一种行动指南 必须具有逻辑的自恰性和连续性 从而形成一个以宪法为核心 上位法的效力优于下位法 能够防止内部矛盾和冲突的有机统一的法律体系。这种意义上的安定性 我们可以称为形式或者规范逻辑的法律安定性。毋庸讳言 这种法律安定性的本位依据乃是法律自身。其并非源自于法律之外的经验事实 而是随法律而先验地必然产生。它处理的是法律规范、法律渊源、法律关系、法律事实等原本的或者类型化的法律概念之间和谐性及其一体化问题。

但是，法律是源于经验因应时代的。在法律概念之中大量存在着用日常用语表达的法律概念 诸如占有、杀伤、诚信、时间等等。这些日常用语表达的法律概念，虽然如阿图尔·考夫曼套用维特根斯坦那句名言所说其意义“取决于法关系所需要的内涵”〔6〕而具有规范的意义 但是这些概念毕竟不是先验的 而是源于经验的 它们虽与法律有关 但却是非本原的法律概念。另外 从系统论角度来看 法律作为社会大系统的一个子系统和一种“社会工程”其发展与变化，虽然有时超前 有时滞后 但大体上因应着时代的变迁和趋势。这一点已为法制史所无数次证明。因此，适应于法律自身的形式或者规范逻辑意义上的法律安定性无法完全表征法律源于经验、适应社会生活的特性。从而这种形式或者规范逻辑意义上的法律安定性仅具有相对性 不能展现法律安定性的全部内涵。霍姆斯早就指出“在法律发展中唯一起作用的力量就是逻辑”是一种谬误。〔7〕因此 从相对的意义来说，法律安定性应该具有一种实质意义的内涵。

拉德布鲁赫认为 法律的安定性需要法律的实证性 法律必须被明确规定，且在一个部门中能够贯彻这种规定。在此基础上，阿图尔·考夫曼在他的《法律哲学》中明确提出 法律安定性应当包括三个

〔6〕〔德〕阿图尔·考夫曼：《法律哲学》刘幸义等译 法律出版社 2004 年版 第 149 页。

〔7〕〔美〕霍姆斯：《法律的道路》张千帆等译 载《南京大学法律评论》2000 秋季号。

要素 实证性、实用性和不变性。^{〔8〕} 实证性作为法律安定性的首要条件 要求法律必须尽可能精确地予以规定 尽可能少地使用不确定的法律概念、概括条款 否则容易导致歧义和争执。尽量使法律规范对现实社会关系和生活的抽象程度维持在一个适当的、合理的、大体可以界定的水平上。就实用性来说,法律作为建构社会秩序的规则,必须在行动中建构法律事实 剔除其中的不确定性 克服规范逻辑的僵化性,以求法律的目的和意义与法律事实的切实对接。法律的不变性是法律形式主义不变的话语,用阿图尔·考夫曼的话来说就是“法律是什么就必须持续保持”。与法律相较 社会关系和生活总是处于变动之中 正义虽然要求法律适其而变 但是 正义同样不能容忍变动不居的法律,因为这会导致实质的不正义。在对法律目的修改之前任何的对法律改变和拒绝都会由于对法律未来的不可预期性而影响法律的安定性。通过以上对阿图尔·考夫曼法律安定性三要素说的解读可以看出,法律安定性是在法律规范与社会关系和生活的两厢适应中实现的,我们把这种意义上的法律安定性称为实质意义上的法律安定性。

维特根斯坦认为“一个命题有无意义 有两条标准:一是符合逻辑规则;二是可证实的”。^{〔9〕} 因此 法律安定性应该是形式意义和实质意义的同一 实质意义上的法律安定性具有根本性 它是法律之安身立命所在,一个无法与社会生活相适应的法律是不具有安定性的。在《法律之路》中 霍姆斯写道:“逻辑形式的背后是针对相互冲突的立法理由的相对价值与轻重程度作出的判断。”^{〔10〕} 形式意义的法律安定性则是法律适应和作用于社会生活的基本表现形式和条件 是法律安定性的基本内涵和实质意义的法律安定性的前提条件,一个连形式的安定

〔8〕 [德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》 刘幸义等译 法律出版社 2004年版 第 274 页。

〔9〕 陈修斋主编:《欧洲哲学史上的经验主义和理性主义》 人民出版社 1986 年版 第 389 页。

〔10〕 [美]霍姆斯:《法律的道路》 张千帆等译 载《南京大学法律评论》2000 秋季号。