

主 编：周国均
执行主编：李小明

COLLECTED WORKS OF CHINA LEGAL SCIENCE

中国法学文丛

COLLECTED WORKS OF CHINA LEGAL SCIENCE

法理宪法卷

JURISPRUDENCE & CONSTITUTION VOLUME

中国人民公安大学出版社

中国法学文丛

Collected Works of China Legal Science

法理宪法卷

Jurisprudence & Constitution Volume

主 编 周国均

执行主编 李小明

策 划 白岫云

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目(CIP)数据

中国法学文丛·法理宪法卷/周国均主编.—北京:中国人民公安大学出版社,2004.4

ISBN 7-81087-697-X

I.中... II.周... III.①法理学—文集②宪法—中国—文集
IV.D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 020947 号

中国法学文丛·法理宪法卷

Collected Works of China Legal Science ·
Jurisprudence & Constitution Volume

主编 周国均

出版发行:中国人民公安大学出版社

地 址:北京市西城区木樨地南里

邮政编码:100038

经 销:新华书店

印 刷:北京蓝空印刷厂

版 次:2004 年 4 月第 1 版

印 次:2004 年 4 月第 1 次

印 张:10.375

开 本:850 毫米×1168 毫米 1/32

字 数:260 千字

印 数:0001~3000 册

ISBN 7-81087-697-X/D·524

定 价:25.00 元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83903254

版权所有 侵权必究

E-mail:cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

目 录

现代法治的困境及其出路·····	高鸿钧(1)
论法治的整体性·····	卓泽渊(56)
法律的实质理性	
——兼论法律从业者的职业伦理·····	许章润(78)
法律现代化的三个层面	
——从法律“西化”概念说起·····	蒋立山(104)
法律现代化与意识形态化色彩	
——我国法律变革研究历程中的一个现象	
分析·····	陶广峰(129)
东亚法治秩序的局限与超越维度·····	马长山(149)
中国宪法改革的几个基本理论问题·····	夏 勇(168)
论我国宪政模式的走向·····	郑贤君(195)
宪政基因概论	
——英美宪政生成路径的启示·····	钱福臣(216)
论公民启动违宪审查程序的原则·····	胡锦涛(247)
论我国宪法司法适用的空间·····	焦洪昌(270)
针对国家享有的财产权	
——从比较法角度的一个考察·····	林来梵(283)
论消极法治和积极法治的互动与平衡	
·····	殷啸虎 朱应平(302)

现代法治的困境及其出路^①

高鸿钧*

一、代性与现代法治的价值取向

(一) 现代社会及其重大转变

为了便于进行历时性观察和分析,追踪历史演进的轨迹,探究社会发展的规律,人们需要对历史这张“无缝之网”^②进行人为“分割”。由于任何历史分期都是基于特定角度的人为划分,因而便不存在绝对“正确”、“客观”的历史分期。但是,严肃的历史分期至少应考虑以下因素:第一,应使分期尽量符合实际的历史演进过程;第二,在确定历史分期标准时,考量的要素应尽量具有普遍性;第三,历史分期应反映人类社会发展过程中的重大转变。笔者认为,可作为分期标准的要素是基本社会结构、社会关系和社会价值,因为它们是衡量一个社会是否发生了重大转变的主要标志。换言之,只有基本的社会结构、社会关系和社会价值发生了重大转变,社会演进过程才呈现出前后“断裂”的状态,而处于“断裂”之间的过程便是一个独立的历史阶段。就已知全部人类历史而言,迄今为止发生过两次整体性断裂:一次是

① 原载于《法学研究》2003年第2期。

* 清华大学法学院教授。

② 此为英国历史学家梅特兰语,转见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,“序言”第2页。

血缘身份制社会向特权身份制社会的转变；另一次是特权身份制社会向契约身份制社会的转变。^① 依循这种思路，笔者按时间顺序把人类社会的历史分为三种形态，即血缘身份制社会、特权身份制社会及契约身份制社会。前两个形态可统称为传统社会或前现代社会，后一个形态可称为现代社会。

人们虽然对氏族社会进行了各种研究和描述，但由于当时大都无文字记载，时过境迁，多已无信史可考。存续下来的少数氏族社会，虽可作为氏族社会的“现代标本”予以实际观察，但其代表性毕竟有限。因此，无论对氏族社会作何种描述，都难以令人信服地重现其原貌。不过，尽管氏族社会的原生形态十分歧异复杂，有一点却可以断定，即所有氏族社会的社会结构、关系和价值都以血缘关系为基础。在家庭中，尽管家长通常享有较高权威，但成员之间的地位基本是平等的。在氏族或部落中，尽管氏族或部落首领可能基于德行、经验或战功而享有某些特权，但氏族或部落成员的地位基本也是平等的。这种平等关系并非意味着所有的人在社会地位上毫无差别。人们通常依照血缘关系的远近判定社会关系的亲疏，从而享有不同的社会地位。此外，氏族社会还以血缘关系为界限，明确界分“自己人”与“外人”。“外人”不可能获得本氏族成员的身份。在国家产生以后相当长的时间内仍然保存着这种血缘身份制的排外遗迹。古罗马市民法早期排斥和歧视外邦人的规定，便是这种遗迹的典型体现。

① 英国学者梅因通过考察法律的历史发展指出，“所有进步社会的运动……是一个‘从身份到契约’的运动”。（参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1984年版，第97页）这一论断着眼于社会关系联结的基础。如果身份意指个人在特定社会关系中所处的地位，那么，身份制与人类社会同时产生，且至今仍然存在，其中变化的不过是身份形成的基础与联结的纽带罢了。

伴随氏族社会的内部分化,阶级冲突不断激化,氏族社会秩序难以维持。社会结构、社会关系与社会价值由此发生了重要转变:从以血缘关系为基础的身份制,转为以权力关系为基础的身份制;从简单的消融于社会之中的权力结构,转为复杂的凌驾于社会之上的等级制权力结构;从歧视、排斥外族人的狭隘氏族意识,转为以地域为标志的各族杂居共处的国家意识;从共有制基础之上的对平等价值的拥戴,转为私有制基础之上的对特权的维护;从恪守个人与群体一体化的群合^①价值,转为承认个人与群体的相对分离以及人际之间的独立界限。伴随上述转变,法律也发生了重要转变:从与道德一体化的习俗规则,转为由专门司法机构负责实施的习惯法或制定法;从只约束本族成员的属人法,转向通用于国家领土中不同族群的属地法;司法权从祭司、占卜者或氏族首领手中,转到作为公共权威重要组成部分的法官手中;法律的效力从主要借助舆论的压力及道德谴责的力量,转向主要依赖公共权力的暴力强制。上述转变以国家产生为重要标志。此后,社会便步入特权身份制阶段。在这个阶段,尽管各社会在许多方面存有重要差异,但却存有某些共同特征:社会结构主要成为一种以特权存在为主要标志的等级制权力结构;在社会关系中,以君权、贵族权力、父权和夫权为核心的权力关系成为支配性关系。通过制度化和相应意识形态的驯化,等级制的权力结构与权力关系得到了充分强化。

特权身份制社会公开确认了各种等级特权,社会成员的身份完全取决于所处的等级地位,在实行种姓制度的印度和等级森严的中世纪西欧,基于特权的身份等级几乎是固定不变的。在古印度,作为等级底层的首陀罗被认为天生低贱,因此世代为奴,甚

^① “群合”是笔者使用的一个特定词,指群体合作,旨在表达与个人“自由”相对的含义。

至是來世也毫無轉生人類希望的“非再生人”。在中世紀西歐，不僅君王“萬世一系”，臣民無緣問津王位，而且封建等級中的領主與封臣關係也是一種以效忠為基礎的人身依附關係，各自的身份難以改變。至於處在等級金字塔最底層的農奴，其社會地位之低和改變身份之難就更不难想象了。^① 戰國以後的中國古代社會和伊斯蘭教產生以後的阿拉伯古代社會，雖然等級制沒有古代印度或中世紀西歐那樣嚴格，但是，標示尊卑貴賤的特權等級制也是公開的，甚至被認為是天經地義的。特權身份制的公開不平等不僅嚴重壓抑了臣民的個人自由，而且導致社會財富分配極端不公平。人們的社會地位越低，自由度就越小，作為等級金字塔底層的農奴或奴隸，無自由可言。同時，人們的社會地位越低，獲得勞動產品的份額就越小，作為社會底層的奴隸則完全被剝奪了財產權。在這種特權身份制社會中，強者壓迫弱者，富人剝削窮人。這導致了激烈的階級衝突，社會關係處於十分緊張的狀態，最終發生了重大社會變革，即傳統社會開始向現代社會轉變。這種轉變發軔於西方：始於文藝復興，途徑宗教改革與啟蒙運動，定型於民主制憲政體制的确立。在西方列強的影響與干預下，非西方世界的大部分國家或地區也相繼被卷入這種現代化歷程。儘管不同社會的現代化歷程呈現不同形態，但它們仍然具有某些共同特徵。傳統的特權身份制社會轉向現代社會的主要標誌是：以法律上人人平等的權利結構，取代了不平等的等級權力結構；以個人自治為基礎的契約關係，取代了傳統的人身依附關係；以效率導向的形式合理性價值追求，取代了非理性或實質合

① 美國學者杜蘭列舉了 17 項農奴對領主的義務，其中“初夜權”（*ius primaenocit*）可通過支付金錢“贖回”。在德國的巴伐利亞，這種領主特權一直存在到 19 世紀。詳見〔美〕威爾·杜蘭：《世界文明史》第 4 卷，幼獅文化公司譯，東方出版社 1998 年版，第 437 頁以下。

理性的价值追求；以非人格化的科层制管理，取代了传统社会人格化的个案裁量；以外求的旨在满足感官欲望的世俗追求，取代了内信的、以获得心灵安宁为依归的性灵追求；以相互冲突的多元文化，取代了整齐划一的意识形态。然而，法律上的平等不等于实际的平等，社会仍然存在等级身份；契约自由背后常常包含某种被迫的情势，通过契约连缀的群合在很多情况下仍然不是真正的自愿群合。与特权身份制社会不同的是，现代社会的等级身份变得更加隐蔽，群合也大多具有了非强制的外观。正基于此，笔者才把现代社会称为契约身份制社会。毫无疑问，与特权身份制社会相比，在实行法治的契约身份制社会，社会冲突在很大程度上得到了缓解。因此，相比之下，奉行民主型法治的现代社会，其秩序的正当性更充足一些。

（二）法治在现代社会中的地位

历史上，不同社会曾经奉行不同的治道，而这是特定社会中的人们在特定情境下进行选择的结果。无论是神权国家奉行的神治，还是“道德王国”奉行的德治；无论是强权政治体制下“霸道”的人治，还是法治社会中依法而治的法治，尽管其基本价值取向存有差异，但都各有其存续的正当性。然而，自步入现代社会以来，由于社会结构、社会关系和社会价值发生了重大转变，传统社会所奉行的神治、德治和人治难以继续成为支配的治道，逐渐被法治所取代。

当现代的科学主义将一切真理置于实证的天平之上，建立在信仰基础之上的神圣权威及其教义、学理便受到了空前挑战。在理性主义的王国，诉诸宗教情感的绝对信仰已无存身之地。韦伯称之为“除魔”（disenchantment）的世俗化运动放逐了神圣，“上帝”在能够进行“末日审判”之前，就被理性的法庭判处“死刑”。一旦人开始从自身而不再是向神圣权威寻求秩序存续的根据与理由，一旦人的理性权威压倒了神圣权威，一旦人们追求的

目标不再是来世进入“天国”而是尽情享受现世生活，一旦生命的重心从诉诸内在信仰转向倚重外求利益，神治秩序就很难继续存在了。

在现代社会，人们的功利外求压倒了德性内修；社会的多元化导致道德的多元化；温情脉脉的道德情感受到了理性的无情挑战；个人主义的利己欲求吞没了超功利的利他善德；频繁的社会流动导致传统的“熟人社会”趋于解体，把人们抛入一个“陌生人的社会”。在“陌生人的社会”，其效力诉诸舆论压力和良知自律的道德约束顿显乏力，骤然失灵。在文化多元的现代社会，试图重建道德体系的一统天下，虽然情怀高尚，精神可贵，但往往曲高和寡，收效甚微；如果国家试图继续扮演民众家长式道德监护人的角色，可能因其所隐伏的专制危险而颇受质疑。于是，无论德治的理想多么崇高，无论其在历史上发挥过何种作用，在现代社会，这种治道已不再灵验。

至于寄望人治，其利弊早已被实践证明。实际上，主张人治者，自古至今大有人在。在中国，儒家的贤人政治思想不仅是一种理论主张，而且被长期付诸实践。在西方，从古希腊柏拉图的“哲学王”主张，到中世纪后期马基亚雅维里的“强权君主论”；从尼采的“权力意志论”，到门肯的“天才论”，^①都是精英统治论的不同变种，都是人治思想的不同表达。不过，历史上实行人治的种种教训甚至灾难表明，社会或国家的命运系于一人或少数精英的人治实不可靠：一是“人存政举，人亡政息”；二是即便贤君明王也难保一世英明，永无谬误。

总之，在传统社会，神治、德治和人治都是具有某种正当性的秩序，但进入现代社会以来，社会结构、关系及价值观念的重

^① [美] 爱·麦·伯恩斯：《当代世界政治理论》，曾炳钧译，商务印书馆1990年版，第47页以下。

大转变，致使这些秩序失去了存续的条件与基础：神治失据，德治失灵，人治失信。于是我们发现，尽管神治、德治、人治的遗迹尤在，但在现代社会，法治逐渐取代了其他治道成为支配性治道。伴随传统社会转向现代社会，法律的旨向和内容也发生了重要转变：从维护少数人利益的特权法转向形式上平等的平权法；从强迫民众服从统治的压制型法转向维护民众自由权利的契约型法；从受制于宗教、道德及政治等因素的他治法转向独立自成一体的自治法；^①从受超自然因素或情感因素支配的非理性法转向经过理性过滤与陶冶的理性法。

（三）现代法治对现代社会的回应

现代法治主要表现为民主型法治。以西方国家为代表的现代社会尽管各国情况不同，但大体可分为两个发展阶段，一是从17世纪中叶到19世纪中叶的自由竞争阶段，二是19世纪后期以来的政府干预阶段。在第一个阶段，其价值主要偏重效率和自由，与之相关联的是自由放任的市场经济、依循规则的科层制管理体制、形式合理性的价值取向以及“小政府、大社会”定位的“政治国家”与“市民社会”的二元结构。形式法治通过以下方式回应这个阶段的需要：以对所有入平等适用的普遍规则，为市场主体的平等竞争提供了形式公正的起点；以公开、确定的法律规则，为理性“经济人”在变幻难测的市场中实现利益最大化提供了可计算的尺度；以公法与私法的明确界分，照应“政治国家”与“市民社会”的二元结构，在限定并压缩公域即政府活动畛域的同时，为私域即市民社会的自由活动留下了广阔的空间；以独立的、职业化的司法机构以及注重程序的司法活动，确保解

^① 昂格尔认为法律自治包括实体内容自治、机构自治、职业自治和方法自治四个方面。参见 R M Unger, *Law in Modern Society: Towards a Criticism of Social Theory*, The Free Press, 1976, pp. 53 ~ 54.

决纠纷的形式合理性；以形式合理性的价值为基本导向，维护市场效率和消极自由。

由于形式法治在价值选择上偏重效率与自由，维护形式公平，因此它容忍并在一定程度放纵了实际不公平。^①以契约为纽带连缀起来的群合，虽然有自愿的外表，但在许多情况下仍然不是真正自愿的群合。这样，效率与公平、自由与群合之间仍然存在紧张关系。为缓解这种紧张关系，避免秩序危机，以西方发达国家为代表的现代社会开始转向第二阶段，即政府干预阶段或称福利国家阶段。在这个阶段，实质法治开始登场：试图通过对绝对财产权的限制和对弱势群体的特殊关照，抑制功利主义效率所导致的实际不公平后果；通过对绝对的契约自由原则加以限制和干预，防止强者利用形式自由的契约压迫甚至变相奴役弱者；通过对特殊情况给予特殊关照，避免适用普遍、一般规则可能造成的具体不公正结果；通过对市场以及市民社会的私域进行适度干预，维护公平的竞争秩序和遏止消极自由所生产的种种弊端；通过对影响法律存在与发展的政治、经济、道德等要素的重新考量，纠正恪守法条的法律实证主义过分封闭的倾向；通过对非正式解决纠纷机制的再度重视，补救过分拘泥于形式与程序所带来的实质不合理性。所有这些转变，已经引起许多人士的关注与担忧，其中一些人发出“契约死亡”的警句，^②另一些人宣称现代法治已经解体。^③实际上，这些结论未免过于匆忙。在笔者看来，形式法治仍然是现代法治的主导形式，实质法治是一种辅助形

① 关于现代西方形式法治的具体论述，参见拙文《现代西方法治的冲突与整合》，载《清华法治论衡》第1辑，清华大学出版社2000年版。

② G Gilmore, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, 1974.

③ R M Unger, *Law in Modern Society: Towards a Criticism of Social Theory*, The Free Press, 1976, pp. 193 ~ 200.

式，是对前者的矫正与补充，远未达到取代前者的程度。

在现代社会，实质法治对形式法治的矫正与补救，反映出形式法治所体现的基本价值关系处于紧张状态。实质法治的出场确实在一定程度上缓解了形式法治所造成的价值冲突，但这却带来了新的问题，如它在追求实质公平的同时却影响了效率；在对市场和市民社会进行干预的同时，却限制了自由；在对特殊情况给予特殊关照的同时，却破坏了法的一般性与普适性；在纠正法律形式主义后果的同时，却破坏了法律自治，增加了司法专断之险。这一切表明，现代法治仍然没有摆脱困境。

二、现代法治的内在冲突

现代法治在一定程度上缓解了秩序正当性的压力。但是，它仍然存有以下内在冲突。

（一）封闭与开放

法治的确定性要求法律成为自给体系、自足系统与自治畛域。这要求法律排斥超自然观念与直觉情感等非理性因素；剔除政治与道德的影响；^①恪守实在法规则所构筑的“法律帝国”；严守法律职业的“入伙”标准；精制仅仅作为“此中人语”的法界“黑话”；^②演绎仪式化的充满神秘色彩的审判程序^③……所

① 法律实证主义和法律现实主义都有这种倾向。例如：“作为一个哲学家和律师，霍姆斯紧紧掌握着他的社会达尔文主义概念，极力从法律中消除道德上和感情上的一切理想主义痕迹。他认为，如果能剔除法律中有道德意义的每一个字，把对立法、先例和宪法规定是外在的东西清除净尽，这将是有一个进展。”转见〔美〕爱·麦·伯恩斯：《当代世界政治理论》，曾炳钧译，商务印书馆1990年版，第115页。

② 例如，语言抽象、表述晦涩的《德国民法典》和充斥着专业行话的英美普通法。

③ 在这方面，英美对抗制诉讼程序颇具代表性。

有这一切，构成现代形式法治的主要图景。这种图景背后的理念是，只要通过民选代议机构，将民意上升为具有普遍约束力的法律，就能够确保法律的正当性，因为法律被认为是民意的体现与表达。然后，根据分权原则，通过行政机构的忠实执法与专门司法机构的严格司法，就能够确保依据正当的法律治理社会、管理国家。

然而，如何确保代议制下的民选机构能够忠实表达民意？如何防止并清除法律形式主义可能导致的恶法之治？如何调和封闭的理性规则与开放的社会情感之间的冲突？如何弥合法律的专业行话与大众话语之间的鸿沟？如何避免形式公正背后所隐含着的实质不公正结果？所有这一切都表明，形式法治的封闭性存有难以摆脱的困境。为了摆脱上述困境，封闭的法律不得不重新开放。于是，我们看到：被视为现代民主重要成果之一的议会独享立法权的原则，已经被多如牛毛的“行政立法”所冲破，所谓“授权”或“委托”不过是掩人耳目的借口罢了；职业化司法机构垄断的司法王国，日渐受到了“行政司法权”的分割，被奉为法治重要原则之一的司法独立受到了来自行政机构的严厉竞争和挑战；政治及其政策对法律的发展导向产生了重要影响，法律与政治的严格界限再度被打破；^①一些基本人权原则开始成为考量法律是否具有合法性或正当性的价值尺度，某些“道德权利”重新进入“法律的帝国”。^②此外，守“典”如玉的欧陆国家，不得不通过一般条款以及对法律的解释打开规则自治的门户；奉行“程序中心主义”并以高度职业化引以自豪的英美法系国家，不

① [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，中国政法大学出版社1994年版，第87页。

② [美] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第198页以下。

得不简化程序并参酌规则之外的某些实质性准则。在西方，20世纪以来，新自然法学派对法律道德基础的重新强调，经济分析法学派对法律背后社会成本、收益的分析，现实主义法学派对法律自治神话的破解，社会学法学派对影响法律各种社会因素的考量，以及批判法学派对西方现代形式法治已经崩溃的断言，除了其中的某些偏颇，都在一定程度上反映出现代法律难以维持封闭，形式法治难以自足，必保持适度的开放。有人将这种开放性的法律称为“回应型法”。^①然而，法律一旦开放，形式法治便面临危机，而实质法治的某些缺陷便会暴露出来。

（二）内信与外迫

从理想的角度讲，一种正当的秩序应基于生活于其中的人们自主形成和自愿认受。人们所以形成或认受这种秩序，是因为它体现了人们的基本价值需要。当秩序的价值取向与人们的信仰相一致，生活在该秩序中的人们就不会感到外加的强制。这种秩序便不存在内信与外迫的冲突，因为禁则与制裁为每个人所同意和认受。在小型自发秩序中可发现这种理想秩序的影像。例如，在古希腊雅典城邦的直接民主制中，所有城邦自由人都参与公共事务管理，直接参与立法和司法活动，禁则与制裁为每个人所同意和认受，遵守强制规则与自己的信仰相一致。如果一种秩序对人们的强制完全脱离人们的信仰基础，或者与人们的信仰严重冲突，这种外迫的体制与规则就会受到人们信仰的排斥与抵制。这种强制群合必然与个人自由严重冲突，致使秩序处于紧张状态。

伴随国家权力的强化，秩序的“人为”色彩不断加重，公共权力凌驾于社会之上，发号施令；等级制的官僚权力凌驾于民众之上，作威作福；外部强加的法律规则凌驾于人心之上，颐指气

^① [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，中国政法大学出版社1994年版，第87页以下。

使。毫无疑问，所有非民主型法治，都带有强烈的外迫气质。为缓解由此导致的秩序内信与外迫的对立、人心与人身的冲突，传统社会均采取一些整合措施，其中典型做法是通过信仰强化、道德教化或政治训化等方式，将外迫规则纳入信仰体系，以整合外迫与内信的冲突、缓解人心与人身的紧张。这类整合或调和确实收到了某种成效，在一定程度上缓解了秩序中内信与外迫之间的紧张关系。然而，无论是信仰强化，抑或是道德教化，还是政治训化，它们一旦成为官方意识形态，本身又都兼具明显的外迫气质。

现代社会消除了等级特权，代之以法律上的人人平等；驱除了超越的信仰，代之以外求功利的世俗理性；打破了道德的一统天下，代之以利益导向的工具理性。然而，在科学主义与理性主义高奏凯歌伊始，现代法治的种种缺陷就已初露端倪了：法律上的平等远非实际平等，甚至遮掩、放纵了实际不平等；人本主义的“除魔”结局，却导致了伯尔曼称为现代法律“危机”的那种法律与信仰的分离；^①将道德价值剥离于法律，虽然维持了法律自治，增强了法律的确定性，但却助长了法律形式主义的逻辑偏执，放纵了法律实证主义的道德冷漠。

我们看到，在现代社会的间接民主制下，无论是形式法治，还是实质法治，法律都成为科层制权力自上而下施加的社会控制工具，而不是自下而上的民意真实表达；是政治官僚与技术官僚精心操纵的“理性魔法”，而不是基层大众生活实践的自然体现；是法界精英谋求行业利益的“霸权话语”和“神秘技巧”，而不是外行百姓心知肚明的理性常识；是“暴力机器”居高临下强加的“主权者命令”，而不是民间经平等协商而形成的自我约束机制。现代法治内信与外迫的冲突还有种种具体表现：“不得以对

^① [美] 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社 1993 年版。

法律无知作为违法辩解”，无异于“不教而诛”；对“效益违约理论”的承认，为轻诺爽约提供了合法的理由；诉讼程序的高度技巧性，为强者特别是权贵通过“正当程序”以强凌弱披上了合法外衣……凡此种种，都表明现代社会的法律已经成为脱离信仰的外迫工具。形式法治对形式合理性的执着与对内在信仰的拒斥，显示出鲜明的外迫气质。实质法治通过对道德信仰的重视和对实质正义的关注，输入了某种信仰要素，从而多少缓和了现代法治外迫与内信之间的冲突。但是，这种法治的信仰不是自下而上产生的，而是官僚精英自上而下强加的，其本身带有明显的武断与外迫性质。因而，实质法治的出场，并未从根本上消除现代法治秩序中人身与人心的分离。

（三）确定与无常^①

远古时代，人类认知和利用自然的能力低下，对于变化多端的自然与人事难以正确理解，便生发出一种“无常”的感觉。不过，人们往往把“无常”归因于神灵的操纵和命运的捉弄，因而或希望通过讨好神灵而避免“无常”，或完全听凭命运的摆布。

随着理性的萌发以及人类认知自然能力的提高，人们便开始总结规律，探寻终极的确定性：哲学上的本体论，神学上的神本论，以及科学上的客观真理论等，都可视为这种努力的产物。

现代自然科学的迅速发展以及理性主义的胜利，不仅改变了以往人们对自然的理解，而且也对人们有关社会秩序的思考产生了深远影响。19世纪以前自然科学的研究成果，向人们展现了一个万物有源、诸象有因的客观世界，并认为人的理性可以把握、认知甚至控制客观世界。当时的经典科学理论认为，“自然

^① “常”在汉语中可指常态，如《诗·唐风·鸛羽》：“悠悠苍天，曷其有常”；也指规律，如《荀子·天论》：“天行有常，不为尧存，不为桀亡……”。本文以“无常”概念来表达不确定性。