

清华

法治论衡

法律与正义

高鸿钧 於兴中 主编
鲁 楠 副主编

第23辑



清华大学出版社

第23辑

法律与正义

高鸿钧 於兴中 主编
鲁楠 副主编

法治论衡



清华大学出版社 北京

内 容 简 介

本辑专号为“法律与正义”，围绕当今世界各主要文明就法律与正义问题所做的重要探索进行了理论探讨和专题研究，其内容包括对重要理论家，如罗尔斯、阿玛蒂亚·森的正义思想进行的研究，也涉及一些重要思想流派，如西方自然法思想对法律与正义问题的影响。此外本专号还围绕法律与正义的具体问题，如既判力问题、转型正义、代际正义、公民不服从，以及刑法、商法、国际法等部门法中的正义问题进行了深入探索。

本书适合大专院校与研究机构关心法律与正义理论和实践问题的专家、学者和学生参考，也适合关注中国法律与正义具体实践的法律职业人士和社会公众阅读。

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

清华法治论衡. 第23辑, 法律与正义 / 高鸿钧, 於兴中主编. —北京: 清华大学出版社, 2016

ISBN 978-7-302-43267-8

I. ①清… II. ①高… ②於… III. ①法治—文集 IV. ①D902-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 044181 号

责任编辑: 方 洁

封面设计: 傅瑞学

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

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址: 北京清华大学学研大厦 A 座 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 装 者: 三河市金元印装有限公司

经 销: 全国新华书店

开 本: 155mm×230mm 印 张: 27.5 插 页: 1 字 数: 343 千字

版 次: 2016 年 3 月第 1 版

印 次: 2016 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 60.00 元

产品编号: 061255-01

本书得到了“清华大学郑裕彤法学发展基金”的资助,特致谢忱。

目 录

卷首语

正义难题	鲁楠	(1)
------------	----	-----

主题文章

正义：从抽象到具体	於兴中	(5)
-----------------	-----	-----

既判力：司法之必需

..... [美]凯文·M. 克莱蒙特著 袁开宇译	(19)
---------------------------	------

社会选择、可行能力与具体正义——阿马蒂亚·森的正义

理念及其启示	邱昭继 王进	(93)
--------------	--------	------

《薄伽梵歌》的正义观——兼评《正义的理念》

.....	高鸿钧	(113)
-------	-----	-------

个人自主与社会联合之间：罗尔斯正义理论述评

.....	吕亚萍	(143)
-------	-----	-------

三十五年来自然法讨论发展路向	朱明哲	(167)
----------------------	-----	-------

自然法的现代重构

——霍布斯、洛克与杰斐逊的新立法	丁晓东	(199)
------------------------	-----	-------

转型正义的迷思与破局：一种基于价值多元主义的规范性

法政哲学建构	王进文	(215)
--------------	-----	-------

刑法的道德属性：以美国刑法中耻辱刑为视角的批判

与反思	李立丰	(248)
-----------	-----	-------

海洋法中的正义观	丁 玮	(271)
人权实现的司法原则——“镜像原则”的存废之争及欧洲人权法院判例对英国司法的影响	张玮麟	(286)
权利外观理论视角下的现代商法价值	朱芸阳	(303)
法律的确定性与不确定性 ——庞德与卢埃林论战解读	王 婧	(321)

法治纵论

“青年比较法沙龙”年度会议(2015·北京)会议综述	蒋 龔	(339)
国际法治评估的种类、原理与方法	孟涛	(342)

读书品茗

不容然后见君子 ——读苏亦工教授的《天下归仁：儒家文化与法》	屠凯	(368)
以何种方式谈论正义 ——《正义的慈悲：美国司法中的苦难与救赎》 ...	于霄	(376)
铁笼中的救赎 ——评《正义的慈悲：美国司法的苦难与救赎》	曹勉之	(385)

域外法音

公民不服从：民主宪政国家的试金石 [德]尤尔根·哈贝马斯 著 李鹿野 译	(402)
论吾辈对后代所负义务之基础与内容 [荷]塞尔维·罗瑞奥克斯 著 陈西西 译	(423)

编后记	(428)
-----------	-------

CONTENTS

FOREWORD

Hard Problems of Justice	Lu Nan	(1)
--------------------------------	--------	-----

MAIN TOPIC

Justice: From Abstract to Concrete	Yu Xingzhong	(5)
Res Judicata as Requisite for Justice Kevin M. Clermont trans. Yuan Kaiyu		(19)
Social Choice, Capability and Realized Justice— <i>The Idea of Justice of Amartya Sen and Its Inspirations</i> Qiu Zhaoji, Wang jin		(93)
The Conceptions of Justice in Bhagavad Gītā—A Comment on <i>The Idea of Justice</i>	Gao Hongjun	(113)
A Commentary on Rawls' Theory of Justice: Between Individual Autonomy and Social Union	Lu Yaping	(143)
Thirty-five Years on: A review of Recent Developments of Natural Law Theories	Zhu Mingzhe	(167)
Modern Reconstruction of Natural Law: Hobbes, Locke and Jefferson's New Legislation	Ding Xiaodong	(199)
Towards A Theory of the Value Pluralistic Transitional Justice:		

A Normative Approach of the Legal and Political Philosophy	Wang Jinwen (215)
The Moral Nature of Criminal Law; Critical Analysis and Reflection in the Perspective of Shame Penalty in America Criminal Law	Li Lifeng (248)
The Idea of Justice in The Law of the Sea	Ding Wei (271)
The Judicial Principle of Realizing Human Rights—The Controversy over Whether to Keep “the Mirror Principle” and the Influence of ECtHR to the UK Judiciary	Zhang Weilin (286)
The Values of Modern Commercial Law in the Perspective of Exterior Right Theory	Zhu Yunyang (303)
Certainty and Uncertainty of Law—Review on the Debate between R. Pound and K. Lewelyn	Wang Jing (321)

ARTICLES

The Summary of the Annual Meeting of the Young People's Comparative Law Meeting (2015 • Beijing)	Jiang Yan (339)
The Development, Principles and Methods of International Rule of Law Accessment	Meng Tao (342)

BOOK REVIEW

Whither the Philosophical Confucianism; Review on Prof. Su Yigong's Book <i>All will Ascribe Perfect Virtue: The Culture and Law of Confucianism</i>	Tu Kai (368)
How to Talk about Justice; Review on <i>Just Mercy: A Story of Justice and Redemption</i>	Yu Xiao (376)
Redemption in Iron Cage—Review on <i>Just Mercy: A Story of Justice and Redemption</i>	Cao Mianzhi (385)

FOREIGN INFORMATION

Civil Disobedience: Litmus Test for the Democratic Constitu-	
tional State 	Jürgen Habermas, trans. Li Luye (402)
On the Ground and Content of Our Obligations to Future	
Generations 	Sylvie Loriaux, trans. Chen Xixi (423)
Editor's Notes	(428)



卷首语

正义难题

鲁楠

从前有三个孩子：安妮、鲍勃与卡拉，为一只笛子而争来抢去。安妮说，她应该得到笛子，因为三个人中只有她会吹奏；鲍勃却认为，自己是三人中最贫穷者，没有玩具，故应得到笛子；卡拉争辩道，自己辛苦制作笛子，理应取得所有权。问题在于，将笛子分配给谁符合正义？这并非一个能够简单回答的问题。古往今来，在正义问题上苦苦探寻的思想家们给出了不同答案。

亚里士多德也许会主张，应将笛子分配给会吹笛子的安妮。因为天下万物都有存在的“目的”，之所以制造笛子，要让它发挥“乐器”的本质，正如应将武器交给战士，船桨交给水手，算盘交给商人，让物尽其用，人尽其才。对此，鲍勃无法认同，因为何为笛子的本质或“目的”，难以说清。乐器是笛子的本质，为何玩具就不能是本质？将笛子分配给鲍勃，如何就不能物尽其用？

功利主义者认为，财富分配的根本目的应考虑分配方案的后果。边沁说，分配应实现“最大多数人的最大幸福”。因此，三人应重新提出理由，说明谁获得笛子能让群体生活更好。安妮说，她可以用悠扬的笛声让鲍勃忘记缺衣少食的苦楚，让卡拉忘记辛苦劳作的疲惫，将笛子分配给她，能够实现最大多数人的最大幸福。而鲍勃却摇头反

对：“我是群体中境遇最差者，我获得笛子，正是补足群体中的‘短板’，这将增进群体的平均幸福。”卡拉对二人的说辞愤愤不平，假如一个社会丝毫不尊重制造者的权利，必将陷入百人逐兔的困境，而所谓最大幸福、整体效用都无从谈起。分配方案应当“效率优先，兼顾公平”，将笛子分配给卡拉，将使她充满干劲儿，生产更多的笛子。

洛克听到卡拉的意见，决定站在她这一边。他说，上帝虽然创造了万物，将它归属全人类，但当有人用劳动来改造自然物时，便拥有对该物的财产权。财产权是人与生俱来的自由，人们有权拥有自己制造的东西。大卫·李嘉图和马克思对洛克的说法欣然同意，的确，劳动是财富的源泉，是分配的判准，是正义的尺度。然而，鲍勃阴郁的眼神让马克思不禁产生了犹疑。

此时，经济平等主义者出场。他们宣布，毫无疑问，应将笛子分配给贫穷的鲍勃！虽然安妮擅吹笛，卡拉有手艺，但皆非弱者，唯有鲍勃身无长物，两手空空。人生天地间，都是圆颅方趾，都有双目四肢，差异原本不大，凭什么有的人富可敌国，有的人穷无立锥？弱肉强食，优胜劣汰绝非人类所应接受的法则。《礼记》云：“大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦。故人不独亲其亲，不独子其子，使老有所终，壮有所用，幼有所长，矜、寡、孤、独、废疾者皆有所养”，佛教也说“众生平等”，岂可眼看贫富不均，人分九等？将笛子交给鲍勃，天经地义。但是，安妮不敢苟同，卡拉也无法同意。安妮说，贫者固然可悯，弱者理应补偿，但正义岂可削高就短，惩罚能人？难道补偿鳏寡，就应发给伴侣？救济孤独，就应分配子女？照顾废疾，就应提供四肢？绝对平等，纯属空想，人有差等，才是正理。卡拉则说，贫富分化，固然可议，但奖懒罚勤，更加可恨。若“正义”一味偏袒弱者，谁还会制造笛子？谁还愿苦练吹笛？君不见太平天国，“无处不均匀”，实属镜花水月；君不见人民公社，“一大二公”，更是穷且平等，由此可见，经济平等主义，陈意甚高，可行性甚低。

一时之间，安妮、鲍勃与卡拉吵作一团，不可分解。

正吵闹间，三位贤人飘然而至，他们是罗尔斯、森与德沃金。

罗尔斯慨言：“我困守书斋，十年搁笔，苦读冥想，反思平衡，得一

正义理论,首倡公平,愿为此纷争提供一解。”设想原初状态,有无知之幕,三位净身而入,将能与不能,富与不富,乃至先天禀赋,等等分别,一概过滤。此时讨论正义,必能得到共识。其共识有二:人人自由,相互平等,鱼跃鸟飞,并行不悖,此其一也;机会均等,容许差异,着眼最弱,以图改善,此其二也。两大原则,暗含自由、平等与博爱,恰是启蒙成果、现代精神、正义精髓。

要言分笛之事,宗旨有二。第一,须承认,三人都有基本自由,相互平等,主持正义者不可因安妮的性别、鲍勃的贫困或卡拉的肤色而有所歧视,更不能因所谓“集体福利”,牺牲任何人的基本自由,此乃作为公平的正义理论区别于功利主义者。在此事中,卡拉首造笛子,应拥有所有权,但不等于制度不能进行二次分配;第二,对笛子的分配应着眼于机会平等,照顾弱者利益。例如,可建立一种制度,允许卡拉将笛子交易给安妮,让安妮获得笛子,以发挥其才能,卡拉也能从中获取收入。但从这份交易中收取部分税费,并用税费“补偿”给鲍勃。如此便可皆大欢喜。

印度贤人阿玛蒂亚·森对罗尔斯的方案深表赞同,但对立论基础不无怀疑。森言道:“从印度文化来看,鱼塘正义(*matsyanyaya*)不足为训,整体正义值得深思。”此案的争议并非只是三种既得利益之争执,而是分配原则的分歧。事实上,三种主张各有道理,而且也许,并不存在所有人都认为中立且赞同的正义标准。在正义的诸多安排之间,并无先验的最佳,只有比较的更佳。比较的标准在于,何种安排能提升人们获得实质自由的能力。

我们应详察三人的真正需求:安妮所欲获得者,是施展才华的自由,而非仅仅一支笛子;鲍勃所欲得到者,是摆脱贫困的机会,而非仅仅一个玩具;而卡拉所重视者,是对劳动成果的承认,也非只一个制品。因此,正义的制度应给予卡拉所有权,给予安妮购买权,赋予鲍勃改善境遇的机会。罗尔斯的方案美则美矣,但制度对鲍勃给予“补偿”,不能仅着眼于“帕累托改进”,而应着眼于使其获得实质性的自由。

德沃金对罗尔斯深表赞同,但对“原初状态”、“无知之幕”无法同意。“原初状态”渺渺难寻,“无知之幕”无处可觅,形而上学推理应予

否定，先验预设难以证立。自古及今，人而能群，对正义问题的思索从未断绝，但“正义”却是诠释性概念，取决于共同体在不同情境下对它的理解和提出的诠释方案。安妮、鲍勃和卡拉若同属一共同体，则政府负有同等关怀和尊重他们的义务，在分配中不可有所偏私。平心而论，赋予卡拉以笛子的所有权，似更符合共同体的道德原则，但政府同样应着眼于资源的平等，拉近鲍勃与安妮和卡拉的距离。这种平等，既非经济平等主义者所说的物质平等，也不是森所向往的福利平等，而不顾弱者的老自由主义和新保守主义也显得过于残酷。符合正义的分配方案，应着眼于使鲍勃、安妮和卡拉在机会上平等，对鲍勃的补偿应使他有实现自己的生命价值为宜。当然，对鲍勃的关怀不应突破界限，剥夺他为自己生命承担的责任，使他懒惰、挥霍、浪费人生，要知道天下没有免费的午餐，救济应着眼于“救急不救穷”，授人以渔才是真正有效的帮助。

三位贤人唇枪舌剑，一时让安妮、鲍勃和卡拉看得目瞪口呆。

突然之间，天倾西北，地陷东南，三位争笛者和三位贤人刹那间消失，空留我从梦中惊醒，恍然若失。枕边尚有罗尔斯的《正义论》、森的《正义的理念》与德沃金的《刺猬的正义》堆在一起。

笔者细思梦境，如幻如真，颇堪回味，窗外却是雾霾遮天，一片混沌。半醒之间，突然想起，某著名法学家演讲，提到雾霾引发的正义问题，恰如梦中三人争笛故事：城市白领认为，雾霾主因并非汽车尾气，不应让汽车限号限行；郊区农民主张，雾霾主因不是焚烧麦秆，不应禁止烧荒；而工厂工人却说，若为了阻止雾霾，让工厂停产，会让他们失去工作，流离失所。究竟孰是孰非，莫衷一是。

法学家认为，利益纷争涉及阶层分化，往往沟通无效，无理可言，只有依赖超凡精英，才能定分止争。笔者不知，三位贤人会如何看待这一观点。超凡精英是否存在，无私英主是否可期，我不敢言，唯有期待博学深思者，为我解疑。

正义：从抽象到具体

於兴中*

一、简介

“正义”这个词在中国古代的文献中偶尔也曾出现，但它始终不是中国文化中的关键词。例如，《荀子》一书中就出现过“正义”这两个字，所谓“不学问，无正义，以富利为隆，是俗人者也”^①。但在中国文化传统中，主要的概念范畴并不包括这个概念。比较相近的是“义”，但“义”与“正义”不完全相同。“正义”的内涵似乎更为丰富。

事实上，我们今天所讨论的正义这个概念是从西文翻译来的。英文是 Justice（拉丁语为 Justitia，法语为 Justice，意大利语为 Giustizia，荷兰语为 Justitie，西班牙语为 Justicia，葡萄牙语为 Justiça，俄语为 юстиция）。这些词的词根都是 Jus，一个多义词，泛指抽象意义上的法律、权利与正义，与法语的 droit 和德语的 recht 相当。比如，Jus civile（民法），Jus gentium（万国法），Jus gladii（世界法）。谚语也说，*Jus est ars boni et aequi*（法律是善良和公正的艺术）。

* 於兴中，哈佛大学法学博士；康奈尔大学法学院王氏中国法讲座教授，杭州师范大学沈钧儒法学院、西北政法大学特聘教授。

① 《荀子·儒效》。

在西方的文化传统中,Justice 是一个主要概念,它的含义非常丰富。Justice 一词在汉语中经常被翻译成不同的说法:公正、正义、司法、正直、甚至公平正义。英国的 Justice of the Peace 被翻成太平绅士。美国的最高法院大法官,叫 Justice,首席大法官叫 Chief Justice,香港终审法院的法官也叫做 Justice。这个词在清末被介绍进来时,译为“直”。当初“Administration of Justice”被译成“司直”,后来才改成了“司法”。当语言的隔阂真正成为我们理解某一个概念的障碍,我们才会发现语言学家所说的文化的不可通约性并不是空穴来风。为了避免引起误解,本文以下只用正义一词,作为和 Justice 相对应的汉译。

正义这个词的含义很多,是道德哲学和政治哲学概念,也是法学的概念,需要具体场合具体对待。从词源学的角度来看,正义与法律有关,同时又与道德有关。形式正义、实质正义、法治等概念,所表达的也离不开与道德相关的内容。

正义是主观的还是客观的,是一种德性还是实践?如果说正义是一种德性,那么它是个人的德性还是社会制度的德性?人们对这些问题的回答很不一样。在某种意义上,符合道德要求,遵从法律,保障了个人的权利就获得了某种正义。然而,由于这个概念内涵丰富,极难厘清,大概没有人同意我们有一个既定的正义概念。古往今来,思想家们对正义的思考和定义非常丰富,从不同的立场出发,对正义做了不同的解释。

如果我们采取亚里士多德的观点,正义就是根据法律去做什么。也有一些学者有不同的看法:认为正义是跟着人的自然本性去做什么,正义就是坚持自己的权利去做什么,正义就是分配的正义,即可分享的资源与机会的分配要公平。还有人认为正义就是个人在最大的限度上得到满足。如此等等,不一而足。柏拉图认为金银铜各色人等“各尽其职就是正义”;西塞罗认为法律、理性和正义是相通的,让每个人得到其所应得到的权益,才是真正的最终正义(*suum cuique tribuere, ea demum summa justitia est.*)。《查士丁尼法典》

里也提到,正义是一种永恒而持久的愿望。莱布尼茨则认为,正义就是“智者的慈善”,这在一般人的政治法律观里是包容不下的。一个智者高高在上,怎么由你来主持正义?但事实上,仔细想想,我们之所以对法官那样尊敬,是我们寄希望于这些智者,希望他们心地善良,悲天悯人。这样的情怀会促进一些良善结果的发生。一个人犯了罪,就成了要受到抛弃、惩罚的人。在这种情况下,文明人一定要对罪犯抱有怜悯之心。所以,正义是智者的慈善并不是很难理解的命题。当然,这也就给凯尔森以口实,认为正义完全是一种主观的价值判断,必欲斩断它与法律的联系而后快。

汤姆·坎贝尔(Tom Campbell)在1988年出了一本名为“正义”的书,分别于2001年和2010年再版。^①在该书中他对现有的有关正义的主要理论做了比较系统的梳理。书中论及的正义理论,除了人们非常熟悉的罗尔斯的公平正义论、诺齐克的资格正义论、德沃金的权利正义论及传统的功利主义正义论之外,还包括女性主义正义论、社会主义正义论、政治正义论及全球正义论。该书是系统论述正义理论的一本好书。更值得一提的是,作者站在批判的立场,以中肯的态度回顾并赏析这些正义理论,而不囿于某一既定的观念和学说。

本文不可能对有关正义的各种说法和理论进行一一梳理。但20世纪60年代以来的正义理论似乎走了一条从抽象到具体,从理论到实践,从普遍到相对的道路。本文兹略作陈述。当然,正义这个概念是当代自由主义的核心概念。这一点可能也没有太多人反对。一种理论一定要有建造该理论基本结构的要素,这种要素就是核心概念。故而发展一种理论先要从概念入手。当代自由主义的概念,最重要的有正义、自由、平等、权利、法治等,这些概念就相当于中国文化中的“仁义礼智信”,它们是“根概念”(Root Metaphor)。故此,下文将先从概念入手,把正义作为一个根概念来探讨,然后再陈述正义的抽象与具体。

① Tom Campbell, *Justice*, 3rd edition, Basingstoke: Palgrav Macmillan, 2010.

二、概念问题

从根概念出发,会产生一些与它相关的次级概念,大致有三类。第一类叫做“基础概念”(primary concepts)。这一类概念就是所谓的根概念,最原初的概念。在此基础上,进一步产生出次要概念(secondary concepts)。比如司法独立、法律面前人人平等、无罪推定这样一些概念,是根据法治等根概念推广、衍生出来的。比如中国传统的“仁义礼智信”,礼肯定有不同的礼,仁有不同的仁。这是第二位的概念,在第一位的基础上发展出来的。第三类是执行性概念(implementing concepts)。这类概念的作用就是进一步贯彻、实践第一种概念。光有跟概念和次要概念还不够,概念必须要能够制度化。制度化的任务就落在第三类概念身上。

中国古代之所以未能形成一种永久的制度和传统,并不是因为缺乏根概念,而是因为这些概念缺乏进一步贯彻、制度化的内容。在任何成熟的思想体系里,必然存在三种类型的概念,即根概念、次级基础概念、贯彻根概念的工具性概念。这是发展一种成型的文化传统的最基本的要求。仁义礼智信这些根概念到现在还没有发展出能将其制度化的第三类概念,所以儒学在某种程度上是非常失败的。

虽然考古说明中国文化有六七千年的历史,但是人类文化的发展并没有走太远的路。在文化体系里起关键作用的,仍然是第一批产生的根概念。所以,像正义、自由、权利等概念在西方历史上由古希腊、古罗马的思想家提出来,进一步发展并一直演化到现在。中国至少在西周就产生了根概念。周公“以德配天”使得“德”这个概念趋于成熟,而“天”的概念早在商代就有了。

为什么西方文化里面没有“仁义礼智信”这些概念?如果有,为什么没有成为主要的概念?我们的文化讲究博大精深,经过几千年漫长时光的演化,文化的内容非常丰富,但我们始终没有产生出正义、权利、自由、法治这样一些概念。为什么?