

法律与中国

——法学理论前沿论坛

(第六卷)

邓正来

主编

中国政法大学出版社

D90-53/23

:6

2007

法律与中国

—法学理论前沿论坛（第六卷）

邓正来

主编

杨清望

甘德怀

张天上

副主编

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律与中国：法学理论前沿论坛. 第6卷 / 邓正来主编. —北京：

中国政法大学出版社，2007. 9

ISBN 978-7-5620-3115-4

I. 法... II. 邓... III. 法学 - 中国 - 文集 IV. D920.0-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2007) 第153690号

-
- | | |
|-------|---|
| 书 名 | 法律与中国：法学理论前沿论坛. 第6卷 |
| 出 版 人 | 李传敢 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 787×960 16开本 25.25印张 370千字 |
| 版 本 | 2007年10月第1版 2007年10月第1次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3115-4/D·3075 |
| 定 价 | 42.00元 |
-

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由本社发行科负责退换。
- 本社法律顾问 北京地平线律师事务所

法学理论前沿与中国法学的发展

——序《法律与中国：法学理论前沿论坛》

◎ 邓正来*

“法学理论前沿博士论坛”到今年已经是第六届了，而张文显是这个“论坛”的创始人。当然，它也是由吉林大学理论法学研究中心主办、法学理论专业博士生导师及特邀专家共同主持、每届博士生轮流组织的一项制度化的重大学术活动。“论坛”的宗旨主要是为法学理论专业的博士研究生们创造一个自由、开放、严谨的学术环境，以培养出具有高水平的法学理论专业人才。

就“法学理论前沿博士论坛”的实践而言，我个人认为，我们至少必须直面这样几个重要的问题：

* 邓正来，吉林大学理论法学研究中心教授，《中国社会科学评论》主编。

第一，什么是法学理论的“前沿论题”。对这个问题的回答，可以说在很大的程度上决定了“法学理论前沿博士论坛”在中国法学发展中所可能具有的意义。因此，我认为我们有必要在讨论这个问题的时候首先征引这个“论坛”的创始人文显兄对这个问题提出的看法：①“法学理论的前沿问题一般来说就是法律的实践前沿在理论上的反映或表现，归根结底，是当代中国及世界经济、政治、科技、文化、社会生活的理论反映或表现。”②“法学理论的前沿问题一般来说是法学研究和学术争鸣中的热点问题，而热点问题必然被法学界普遍关注、广泛讨论、持续争鸣。”③“法学理论的前沿论题一般来说具有解放思想、更新观念、开拓创新的意义，因而代表或预示法学的发展方向、发展趋势。”④“法学理论的前沿论题一般都包含（明示或隐含）着更具涵盖性、启智性的概念，或体现时代特征和时代精神的新话语、新命题。”⑤“法学理论前沿论题一般来说具有全局性、复合性、多边性。”⑥“对前沿问题的研究一般来说需要研究者有新的视野、新的境界，采取新的思维、新的参照、新的方法，以形成新的概念、新的观念、新的理论或理论体系。”^{〔1〕}

显而易见，文显兄的上述观点从整体上来看是相当全面的，而且每一要点都具有它的意义。但是，考虑到“法学理论前沿博士论坛”所面对的成员绝大多数将成为中国法学的新鲜血液，考虑到中国法学在当下的发展境况，我本人更愿意强调文显兄所指出的上述第一要点，并对它做出一些更为详尽的讨论。

首先，法学理论的前沿问题虽说是当代中国及世界经济、政治、科技、文化、社会生活的理论反映或表现，但是值得我们注意的是，中国法学理论的前沿问题却未必就是西方或其他法域的前沿问题，因为法学前沿问题在不同的特定文明时空中是不尽相同的，或者说不同的特定文明时空中的法律人所面对的前沿问题乃是不尽相同的。对这个问题的强调，实际上是在一个较为基本的层面上要求参与“法学理论前沿博士论坛”的博士生尽可能以中国法学的前沿问题作为自己的研究对象，并通过这样的研究去提升中国法学的水平，进而为世界的法学做出中国法律人的贡献。

其次，有关法学理论的前沿问题是当代中国及世界经济、政治、科

技、文化、社会生活的理论反映或表现这个观点，实是以“理论前沿和实践前沿这两个前沿是一致的、同步的，互为折射的”观点^[2]为其基础的。考虑到这个问题关涉到我们对法学理论前沿论题的辨识和界定，因此我们有必要对它做进一步的追问。毋庸置疑，上述观点乃是以理论问题的建构是社会生活的理论反映为其基本预设的。在我看来，从知识类型的角度讲，这项预设是可以成立的，因为描述或解释社会生活的理论甚或源出于社会生活的理想型理论都可以被归属为这项预设所指向的那类理论或理论论题。但是，正是在这个意义上讲，这种类型的理论或理论论题并不能够涵括其他各种类型的理论或理论问题，至少无法涵括那种依循于理论脉络而产生的且与实践前沿问题不涉的理论或理论论题。我们并不只是关注社会生活中的各种问题，而毋宁是在努力达致某种理想的图景或目标的过程中关注这些问题的，而要做到这一点，就必须有我所谓的那种依循于理论脉络而产生的且与实践前沿问题不涉的理论或理论前沿论题作为我们的思想支援。一如卡多佐所说：

“我不想夸张地说，法哲学或者其他哲学是探索文化价值或思辨旨趣的……我关注的是哲学与生活的关系。一个法律学生在开始入门时，我们就应当让他深切地体会到这一关系的重要性。你们可能认为，哲学玄而又玄，高在云端。我却希望你们明白，她也可以入乡随俗，亲切可人。你们可能认为，停止前进、向她求爱，是不务正业，是浪费宝贵的时间，而应埋头赶路。我却希望你们和我一样坚信：你们正在通往目标的路上。在此，你们将找到开启门闩与暗码的钥匙，粗制滥造的工具永远不可能妄图打开它们。你们可能认为，追求终极观念的理论与实践完全搭不上边。你在刚刚开始职业生涯时，这或许是真的。碰上更重要的问题时，你却可能最终发现，不是研究基础知识徒劳无益，而是除了研究基础知识，几乎不可能获得任何有益的东西。”^[3]

需要指出的是，对这个问题进行探究的目的实是在一个较深的层面上要求参与“法学理论前沿博士论坛”的博士生也尽可能地去关注一些与实践前沿问题不涉但却依循于理论脉络而产生的前沿问题，并经由这样的努力去促进中国法学的发展，进而为人们回答实践前沿问题提供更具助益的

理论工具。

第二，也是最为关键和棘手的，“如何发现和建构”我们所说的法学理论前沿论题。这个问题之所以关键，乃是因为这个问题解决的好坏会在根本上影响我们是否能够达到“法学理论前沿博士论坛”所旨在达致的目的。这个问题之所以棘手，实是因为它在本质上是一个实践的问题，因此我们就这个问题所做的任何关于“前瞻性、独创性、批判性、反权威性以及建设性”的言说都极容易变成“纸上谈兵”的说教；但是，这个事实的存在并不意味着我们无须对这个问题做出严肃的思考。

我个人认为，就认识和解释“如何发现和建构法学理论前沿论题”这个问题而言，比较妥切的方式是关注学术研究最基本的要求，因为发现和建构法学理论前沿论题本身就是学术研究的一个部分。从中国法学研究的角度来看，我以为，最急需的也是最基本的要求便是我所谓的“回到经典”。当然，我们之所以必须努力“回到经典”，乃是因为我曾经指出的两项“知识铁律”所致。^[4]

第一项“知识铁律”乃是有关知识传统与知识增量的关系的铁律。我认为，人类在学术方面的知识都是从我们既有的学术传统中生长和发展起来的，离开了既有的学术传统，知识增量的问题也就不存在了。诺齐克的理论在一定意义上可以被视为是对洛克理论的增量，哈耶克的理论基本上可以被视为是对苏格兰启蒙运动及休谟等人理论的增量，罗尔斯的理论主要可以被视为是对康德理论的增量，而今天的社群主义则在很大程度上可以被视为是对柏拉图和黑格尔理论的增量。离开了先哲们经由个人智性努力汇合而成的学术传统，有什么理据可以使我们宣称我们自己关于所谓前沿论题的观点不是先哲们已然详尽阐释过的论题呢？我们除了实际效用以外又可能从何处去获致我们对我们自己的观点的评价判准呢——而我们知道实际效用绝非唯一也绝非最重要的知识评价判准。我们又如何能够知道我们的先哲们已经讨论了什么论题，或者说我们又如何能够知道我们应当从哪里出发呢？我们又根据什么宣称我们对我们所认为的前沿论题所做的思考和研究是对中国法学或世界法学的一种贡献呢？因此，我认为，有关知识传统与增量的关系的“知识铁律”，要求我们的博士研究生在进入

“法学理论前沿博士论坛”之前必须努力回到经典，并通过这一努力而知道我们自己知识工作的性质和方向。

我所谓的第二项“知识铁律”是有关知识限度与批判的关系的铁律。我认为，我们围绕着“法学理论前沿博士论坛”所从事的工作乃是一种知识生产的工作，而不是宣扬或捍卫真理。众所周知，知识一定是有其限度的，而知识的限度主要是由我们人的理性所具有的构成性限度所决定的。正是对知识限度的承认，内在地建构起了知识与批判之间的关系。我们当今所拥有的所有的理论知识都是对人与社会之间的各种关系以及它们所赖以存在和扩展的正当性的认识，因此知识所具有的那种构成性限度就为我们对此前的任何知识进行批判提供了可能性。更为重要的是，只要我们还试图通过“法学理论前沿博士论坛”去更深刻且更适当地理解和解释人类的社会生活现象，那么知识所具有的那种构成性限度就还为我们对此前的任何知识进行批判提供了必要性。据此我们可以说，我们必须“回到经典”并对各种经典构成的学术传统进行批判，而且惟有在这种“内在批判”的过程当中，我们才有可能比较确当地发现和建构起我们当下生活世界中的各种法学理论前沿论题。

显而易见，上述有关“什么是法学理论的前沿论题”和“如何发现和建构法学理论前沿论题”这两个问题的探究，似乎给“法学理论前沿博士论坛”提出了很高的要求。按照我个人的理解，“法学理论前沿博士论坛”设立本身就已然确立了如此高的要求：一方面，将“法学理论”与“前沿”勾连起来，其目的就是要鼓励博士生在法学研究方面追比圣贤或为天下先，或者就是要促使博士生在他们的学习和研究过程当中养成一种追比圣贤或为天下先的意识和品格；实际上，中国法学在当下所特别需要的也正是这样一种追比圣贤或为天下先的意识和品格；另一方面，“法学理论前沿博士论坛”虽是一种要求颇高的知识增量的努力，但是它却并不是一次性终结的作业，而是一种开放性的、严肃而艰苦的过程；换言之，“法学理论前沿博士论坛”实际上是一个需要无数届博士生和导师们用共同的智性努力去支撑和实现的渐进过程。

正是在上述意义上讲，本书所汇集的 2005 级博士生的文字只是这个

过程中的一次努力，而且是在此前五届博士生努力的基础上做出的一次努力。希望“法学理论前沿博士论坛”或这个开放且严肃的努力过程能够把更多的法律人带进法学理论的前沿，能够推动法学界内部以及法学界与其他学科之间的交流与对话，甚至能够领中国法学发展的风气之先。这既是我应允主编这套文集的初衷，也是我对“法学理论前沿博士论坛”的期待。

注 释

- [1] 张文显：《序〈法学理论前沿论坛〉（第1卷）》，载《法学理论前沿论坛》（第1卷），北京：科学出版社2003年版。
- [2] 张文显：《序〈法学理论前沿论坛〉（第1卷）》，载《法学理论前沿论坛》（第1卷），北京：科学出版社2003年版。
- [3] [美]卡多佐：《法律的成长、法律科学的悖论》，董炯等译，北京：中国法制出版社2002年版，第15~16页。
- [4] 参见邓正来：《中国法学的重建：批判与建构》，载《吉林大学社会科学学报》2003年第5期。

目 录

法学理论前沿与中国法学的发展

——序《法律与中国：法学理论前沿论坛》 邓正来（1）

全球化概念辨思

——一种脉络化解读 徐清飞（1）

贝克的风险社会理论

——全球结构中环境法的困境和景象 王小钢（19）

对环境法的“风险”改造

——评《贝克的风险社会理论——全球结构中环境法的困境和景象》
..... 刘 洋（36）

赫尔德世界主义民主理论评析 王晶宇 (45)

民主的新走向?

——评《赫尔德世界主义民主理论评析》 韩 平 (60)

追寻“法律全球化”

——一种法律多元主义的视角 朱凤义 (76)

法律多元主义视角下的法律全球化：理论上的可能还是其他

——兼评《追寻“法律全球化”——一种法律多元主义的视角》

..... 韦洪发 (88)

全球化背景下的法律文化冲突 王晓广 (100)

法律全球结构中法律文化的冲突与消解

——兼评《全球化背景下的法律文化冲突》 郝耀武 (124)

法律权威的来源 杨清望 (142)

在历史与社会变迁中诠释法律权威的来源

——评杨清望《法律权威的来源》 张 亮 (170)

寻找主权者

——奥斯丁主权定义中的几个关键概念分析 甘德怀 (183)

主权的寻找：问题及出路

——评《寻找主权者——奥斯丁主权定义中的几个关键概念分析》

..... 徐清飞 (196)

论共和主义	卢 刚 (209)
走向善治的共和	
——评《论共和主义》	杨清望 (227)
论新兴权利的司法生成	张天上 (237)
权利司法生成研究的法理学思考	
——评《论新兴权利的司法生成》	王岩云 (252)
安乐死之权利基础	温静芳 (269)
安乐死的权利论证	
——评《安乐死之权利基础》	贾少学 (291)
司法的悖论	
——司法的民主化与司法的精英化之矛盾探究	孙丽君 (307)
司法公正的路径探寻	
——兼评《司法的悖论》	霍宏霞 (323)
清代自理案件中法官的思维特点	章 燕 (335)
古代法官的实质性思维模式探讨	
——兼评《清代自理案件中法官的思维特点》	郑素一 (357)
中韩法学教育比较研究	[韩国] 韩有亨 (376)

全球化概念辨思^{*}

——一种脉络化解读

◎ 徐清飞

引 言

鉴于本文所研究的是在全球化下的一种全球的法律对话，因此，可以说本文已经预设了一种本文所认为的当然的全球化的存在，固然反全球化的浪潮与声势伴着全球不正义的扩大有形成运动之势，出于本文的研究目的与篇幅所限对其只能另文讨论。同时本文所讨论的全球化，出于本文的研究旨趣与问题的关涉，仅仅试图解决全球化的概念问题，至于全球法律对话中的实质性的价值诸如人权、全球正义也不在讨论之列。还需要作出

* 本文系作者为“吉林大学 2005 级法学理论博士生前沿论坛”提交的报告。在此，感谢导师邓正来的悉心点评与朱凤仪的评论，感谢全球化读书小组给我思考的灵感与启迪以及论坛期间提出宝贵意见的诸君。

说明的是本文所使用的脉络化是一种广义的使用，一定意义上它已经突破了知识社会学观念上的社会情景性的脉络。它既是一种情景性的概念，在特定语境下也可以与特殊性互换，一切取决于它在语境中的意义。同时本文的全球化概念是在一种整体意义上使用的而不是人为地割裂为政治、经济、法律、文化等。因此，本着对全球化本身的问题化理路，笔者试图对全球化概念本身进行追问，即我们究竟是在什么意义上使用全球化的？尤其是全球化本身就是一个舶来品，我们在未加反思的前提下使用这一概念应该考虑的问题是其内涵与外延是否一致。基于这种思路，限定于全球化概念这一问题，在对西方的有关全球化概念进行梳理与批判的前提下，笔者试图在对西方的脉络化的全球化概念的文本解读的基础上给出笔者对当下中国情境中的全球化概念的脉络化解读，以期在全球法律对话中能够真正理解他者，形成良性对话。

一、反思与追问

当下的时代可谓是一个全球化的时代，不分学科与地域，全球化已成为我们时代的主流话语，在法学研究中尤甚，以至于有学者惊呼“从最初讨论全球化的概念、全球化的范围（仅仅限于经济全球化还是包括其他领域）、法律全球化的提法是否成立，发展为广泛讨论全球化对中国立法、行政执法、司法、部门法和法学理论的影响，并逐步形成了以全球化范式反思与重建中国法学等理论主张”。^[1]同时全球化的研究成果可谓汗牛充栋，^[2]但是在这期间有一个前提性问题被我们遮蔽了，那就是我们把全球化视为天然正当之物，对此未加以任何的批判与反思。这种无视是一种相当危险的倾向，它不但可能化约了极为繁复的有关全球化的争论，更重要的是消解掉了全球化的真正蕴涵之所在，以至于在全球法律对话中会出现不知所云的现象，更谈不上理解与沟通。我们知道，随着全球联系的不断加强，全球之间的对话与交流对于促成一个稳定与和谐的全​​球新秩序具有不可或缺的作用。全球化是一个相当繁复的概念，作为一个舶来品，在其发源地的概念亦是模糊不清的，贝克认为，“在 80 年代，后现代的理论

家们告别了所有大叙事——利奥塔一到 90 年代末，争论集中到全球化这个无论如何也避不开的咒语上。现在的问题在于，这种争论究竟是一种政治论辩，还是一种新的跨国大叙事的蜕变了初始思想？”^[3]关于全球化的概念问题，新自由主义有他们一套基于市场至上论的概念与话语系统；变革论者的论调又与之迥然不同。由此可看出，在西方，全球化本身就是一个复数概念，各式的相殊主体以各种不同的形式参与其中。从形式上说，全球化不是一个单一叙事，深入一步，全球化本身代表的是不同立场、观点的多元参与而非一种线性的历史观。从内容上说，经过抽象化的这种普遍性学说当其宣称具有普遍性特征时，它必须回到各种不同的地方环境来证明、检验与修正其话语。因此，当我们把西方的全球化概念拿来使用时，我们不但要认清全球化在其发源地都是多元的，更重要的是要有一种前提性的批判，“把全球化问题本身问题化”。^[4]但如何问题化呢？邓正来教授认为，“不仅意味着绝不停留在全球化的现象描述层面，而且也意味着绝不将全球化视作是一种黑白分明的非此即彼的问题——不是假设全球化趋于善就是认为它体现着法律不公平。还意味着我们必须努力去辨析和反思那些隐含在全球化问题背后、支撑着即有制度或规则的可争辩的价值”。^[5]这的确为我们开掘出一条有意义的全球化反思之路，但这种问题化思路亦没有对最基本的前提性问题即“什么是全球化”进行追问。诚如苏力所言，全球化为何物，众说纷纭，美国人、中国人、欧洲人、非洲人，城里人和乡下人，富人和穷人就有很不同的看法。如前所述，全球化概念本身就是一个充满问题的概念，在没有对全球化本身问题化的前提下，如何对全球化问题本身问题化呢？因为如果不对全球化概念的正当性进行批判与反思，一方面我们就可能是在错误的前提下将全球化问题化而使整个的问题化工作成为无用之功；另一方面，可能遮蔽掉在这种问题化过程中所存在的问题，例如可能问题化本身就是一个伪问题，一个明显的例子就是法律全球化的提法，这个判断性命题就可能是一个伪命题，带有明显的化约论倾向，因之刘作翔提出“法律现象太复杂了，用这样一个命题容易把非常复杂的现象简单化”。对这样一个问题问题化本身就把全球化下有关法律的问题简单化处理掉了，而事实上在不同的全球化概念使用下的法律问

题的样态丰富而多彩。例如，有法律一元与法律多元等表现形式，而法律多元本身又是极其繁复的，特维宁与托依布纳以及桑托斯各自的法律多元主义下的法律多元都有各自的内在运转机制，这种机制背后又是其各自有关全球化这一概念的不同认识。

因此，首要的，笔者试图对全球化概念的使用进行一种前提性的批判，原因就在于这种概念是根植于西方的脉络之中的，尤其是有一系列西方式的前提性问题如国家与社会的二分、现代性等问题，更主要的是一种深植其中的西方文化在那里。反观中国，我们的社会到底在哪儿？西方的现代性问题在我们这还有没有市场？现代性到底是一元还是多元的？更要害的是，跳出根植于其中的脉络尤其是文化脉络，我们的分析与使用是否还有其可行性？从根本上来讲，即我们在不加反思的前提下将西方用来分析的方法与路径拿到中国来使用是否具有正当性？因为中西方运用的是两套不同的话语系统与思维模式，将西方的内在运作理路与发展脉络拿来支撑这种分析究竟是不是天然合理的，这都需要一种前提性交代。全球化概念作为一个西语概念有其特定的内涵与指称，当它从一个脉络移入另一脉络时是否会南桔北枳？在没有任何前提性准备的情况下盲目使用，难以想象在使用时，全球化到底是一个什么概念，其指称的对象与作者要分析说明的事物能否内在一致？同时，即使全球化一词已被广泛接受运用，概念移植复制也不保证感知结构对世界的重新认识，既有的分析框架依旧主导了对全球化的研究，并同时反映出特定学术规范中的既定立场与世界观，许多论辩中的冲突亦随之而生。^[6]在这里，我们必须体认到，如叶启政所言，科学知识只是一种带有特定前提的意见形式。因此任何一种全球化概念都是特定文化脉络的产物，不存在一种全球化的普遍论述。

二、全球化概念梳理：从普遍主义与特殊主义切入

如前所述，有关全球化的叙事从来就不曾定于一尊，不论是基于本体立场的殊异、研究出发点的差异还是最实际的生活经验本身，发展出各种迥异的全球化观点是完全可能的，而任何一种关于全球化研究的学派，在

不同的地区为不同的知识社群所引用时又往往发生程度不同、有意无意的转化,使得有关全球化的论述更显繁复庞杂。^[7]同时,如前所述,全球化概念本身又是一个复数概念,形成大量的多元文本。因此,最基本的工作就是一种文本的阅读与文献的比较分析。有学者认为有关全球化理论的文献,大体上可以被界分为两大脉络。一脉是左派的研究,这些论者把全球化时代推到马克思时代,因为马克思早在其讨论全球革命和共产主义问题的时候便论及了全球化的问题。另一脉是右派,这些论者则基本上认为全球化论题乃是贝尔所谓的“后工业时代”以后(即20世纪70年代以后)的话语。^[8]但文献的分析绝非简单的文本罗列与排序。麦克戴尔早就指出,一切言说和书写都是社会的,文本不是孤立存在的而是镶嵌于诸多社会活动之中形成的,那么只有将文本得以生产再制的脉络部分同列入考虑,文本本身才能成为一个有意义的问题。就全球化而言,东西方都是如此。

如前所说,全球化是一个源起于西方的概念,有其要解决的特定问题与存在的文化与知识脉络。在进行具体的个例分析前,对存在于西方的主流的全球化话语与其存在的特定脉络的梳理是必要的。因此本文的梳理是本着一种脉络化的路径进行的。本着这种路径,有关全球化的文献可以分为普遍主义论述、特殊主义论述以及脉络化解读。本文以下将先谈一下普遍主义论述与特殊主义论述及其存在的问题,再来重点进行一种脉络化解读。

普遍主义论述的全球化理论缘起于马克思的世界历史观,在新自由主义的福山的历史终结论那里达致巅峰。它还包括了哈贝马斯的主权终结论、布罗代尔的长时段理论、斯塔夫里阿诺斯的全球历史观以及沃勒斯坦的世界体系理论。马克思的世界历史理论开启了全球化研究中普遍主义叙述的先河。随着人的实践活动的范围与广度的不断扩大,各个相互影响的活动范围在这个发展进程愈来愈扩大,各民族的原始闭关自守状态则由于日益完善的生产方式、交往以及因此自发地发展起来的各民族之间的分工而消灭得愈来愈彻底,历史也就在愈来愈大的程度上成为世界历史而不断前进,经过许多阶段才把陈旧的生活形式送进坟墓。进而,世界历史形式的最后一个阶段就是喜剧。在那个最后阶段就是人与人的自由联合的共产