

法律正当性观念的转变

The Transition of the Conception of Legitimacy of Law

以近代西方两大法学派为中心的研究

刘 杨 著

对法律正当性这一可能引发“无涯之思”的大课题，本书在有限的探讨中力求使思考深入些、清楚些，我始终记得法律实证主义的名言：“错也要错得清楚”，果能如此，我想离“正确”也就不远了。但谬误、不当之处终究在所难免，因此，本书对“正当性”进行的法理学研究，也期待着自由的学术批评。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



法律正当性观念的转变

The Transition of the Conception of Legitimacy of Law

以近代西方两大法学派为中心的研究

刘 杨 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律正当性观念的转变:以近代西方两大法学派为中心的研究/刘杨著. —北京:北京大学出版社,2008.4

ISBN 978-7-301-13760-4

I. 法… II. 刘… III. 法学流派—研究—西方国家—近代
IV. D909.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 063763 号

书 名: 法律正当性观念的转变——以近代西方两大法学派为中心的研究

著作责任者: 刘 杨 著

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978-7-301-13760-4/D · 2057

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 16 印张 223 千字

2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究。

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

行有制 思无涯

序

小时候看电影乃至生活中,总是情不自禁地把其中的人物分成“好人”、“坏人”。这种“贴标签”式的做法曾经受到批评,有“阶级斗争”的痕迹,有“名教幻觉”之嫌疑。可是,矫枉不必过正。尽管是非对错常常会复杂到难以简单辨认,但这不是取消是非对错观念的理由。罗尔斯曾云,真理是思想体系的首要价值,正义是社会制度的首要价值。小到个人行为,大至国家制度,凡事人们都可能习惯性地问个是非对错,这其实就是日常生活中所体现的“正当性”观念。它太普遍、太常见、太基本了,以至于很难再去追问它的来源或本质。如同人有生理本能一样,正当性观念堪称人的一种理性本能。

在哲学或政治哲学领域,正当性是一个基础而核心的概念,不仅艰深复杂,而且它所要求的思维方式是反思性的或曰哲学性的。越是基本的东西越可能被忽视;越是基本的东西,我们对它往往越难有太多可说的。因此基础理论研究总是艰难并且无立竿见影的效果。但是,正如哲学家赵汀阳所说:“社会科学的各种基本假设却只能是哲学性的,回避哲学思考等于在基本假设的层面上积累思想的隐患,这些隐患非但会导致盲目可疑的知识,而且假装不需要哲学实际上等于承诺了一些没有经过思考的哲学,闭上眼睛不等于危险消失了。”^①因此我们有理由相信,正当性问题是不可回避的。同时,越是基本的东西,也越具有历史的永恒性。康德早就说:“人类理智多少世纪以来已经用各种方式思考过了数不尽的东西,而任何一种新东西都几乎没有不和旧东西相似的。”^②这意味着,我们应当并且能够把关于“正当性”

① 赵汀阳:《知识论之后》,载《读书》1999年第8期。

② [德]康德:《任何一种能够作为科学出现的未来形而上学导论》,庞景仁译,商务印书馆1978年版,第3页。

2 法律正当性观念的转变

的思考融入既有的思想传统、理论脉络和学术资源中。在此意义上, 本研究首先是“我注六经”的。离开思想传统而言“创新”只能是天方夜谭。当然, “旧有的真理若要保有对人之心智的支配, 就必须根据当下的语言和概念予以重述。”^①重述则必定渗透作者当下的问题意识、价值取向、概念框架、思路结构。在此意义上, 任何一项研究也必定是“六经注我”的。思想性的问题从逻辑上说总是共时性的, 尽管常常以历时性的形态表现出来。本书试图在法哲学的“史”与“论”之间找到某种连接点, 实际上是以“横向问题纵向化”的方式展开论述的。但愿本书的“重述”不是“复述”。

鉴于正当性问题的浩大, 本书的研究限定于自然法学派和法律实证主义特别是二者的关系问题中。所幸的是, 这两大法学派恰处于近代以来西方法哲学思想画面的中心部位。人们通常以“恶法非法”代表自然法学派, 以“恶法亦法”代表法律实证主义, 并由此在二者间形成简单的对立。在阅读和思考中, 我越来越感到这种理解是肤浅而片面的。但究竟怎样全面而准确地概括两大法学派的关系, 一直困扰着我。忽然有一天, 我在看美国总统大选的节目时受到启发。美国两党的所谓“驴象之争”, 立场、观点、主张往往标新立异、互不相让, 在辩论时可谓唇枪舌剑、针锋相对; 然而, 双方在那些基本的价值观念(如自由、平等、民主、法治、宪政、人权)上却高度一致。所谓的差异, 竞选策略而已。两大法学派的关系何尝不是如此。分歧、争执只发生在如何更好地实现“法治”的手段、方法、策略上。从统一性的方面理解西方法哲学史上两大学派的关系, 构成了本书最基本的观点。为此, 本书在对正当性概念进行必要的梳理和辨析的基础上, 从休谟问题出发, 阐发了康德哲学对理解两大法学派关系的重要意义, 说明了正当性与有效性(合法性)之间的关系, 揭示了两大法学派基本观点与守法义务理论的内在联系, 提出了“分离命题Ⅱ”, 并将其理解为法律实证主义经典的“分离命题”的扩展和应用。

^① [英]哈耶克:《自由秩序原理》, 邓正来译, 生活·读书·新知三联书店1997年版, 导论, 第1页。

行有制,思无涯。^①“行有制”是说行为要有所限制、行动要遵循制度,这是“法”的要求;“思无涯”是说思想是自由的、应当永远敞开反思和批判的空间,这是“理”的本性。二者合起来正是对“法理”的精彩概括。法律实证主义的始祖边沁曾言“严格地遵守,自由地批评”,“行有制,思无涯”与此如出一辙,在法治社会实可作为每个公民应持守的座右铭。对法律正当性这一可能引发“无涯之思”的大课题,本书在有限的探讨中力求使思考深入些、清楚些,我始终记得法律实证主义的名言:“错也要错得清楚”,果能如此,我想离“正确”也就不远了。但谬误、不当之处终究在所难免,因此,本书对“正当性”进行的法理学研究,也期待着自由的学术批评。

刘 杨

2008年3月7日于沈阳国奥新居

^① 秦晖教授曾言“思无涯,行有制”,参见秦晖:《思无涯,行有制》,天津人民出版社2002年版。这里逆其序而用之,并从法学角度赋予新解。

目 录

导论 问题、意义和方法 1

- 一、问题 2
- 二、正当性的法哲学意义 22
- 三、思路与方法 37

第一章 正当性概念考辨 43

- 一、正当性及其相关概念 45
- 二、正当性概念的主题和类型 63
- 三、正当性概念的性质、结构和功能 67
- 四、法治正当性成为“问题”的条件 69

第二章 正当性问题的由来 78

- 一、传统自然法的基本观念 78
- 二、休谟问题及其意义 91
- 三、休谟问题与法的正当性 114

第三章 正当性的理性基础 125

- 一、康德法哲学的基础——批判哲学 126
- 二、道德、自由与纯粹理性 138
- 三、康德哲学与正当性观念的转变 150

第四章 从正当性到有效性 158

- 一、重心的位移与“分离命题” 158
- 二、法的效力、承认规则与社会事实命题 169
- 三、法律实证主义的问题意识 178

2 法律正当性观念的转变

第五章 正当性与守法义务 196

一、守法义务的肯定论及其困境 197

二、守法义务理论的复杂化 212

三、正当性观念的转变与“分离命题”的扩展 221

结语 本书的“逻辑地图”及其解释 227

参考文献 232

后记 243

导论 问题、意义和方法

本书以“正当性”概念诠释法律的“哲学之维”，力图从正当性观念的转变这一视角说明法治的哲学基础。以此为题的一个显见理由是，在我们当下的语境中，法治似乎成了“正当性”的标签，一切只要以“法治”为名，就可以顺理成章、畅行无阻。在我看来这是一种未经正当化的正当性承担，是对“法治”的误读，任其发展下去，将导致整个法治进程失去方向感。法治不应赋予自身以正当性反思的豁免权，相反，这个通常看来是不言而喻、不证自明的正当性标签，最需要正当性的反思、批判和论证。我们不得不思考：究竟什么是“法治”？中国传统文化中究竟有没有“法治”？以西方法治为底本的现代法治究竟适合不适合中国？或者说中国传统文化与西方法治精神是相融合还是相冲突？最终，如果“法治”是全球化时代各种古老文明必然的走向和目标，那么中国究竟应当走怎样一条“法治之路”？这些巨大、艰难而根本的问题，是任何对法治的探讨都不可能回避的问题。本书只是通过对“正当性”问题的探讨，从某个角度触碰到上述问题的一些侧面，而不可能给出这些重大问题的完整回答。

正当性是根植于人性深处的一种理性本能，“人生来就具有关于正当和不正当的观念，法律就其本质而言，其依据不是某个统治者专断的意志，也不是多数人的命令，而是自然，也即以先天的理念为基础的。”^①不管正当性的标准在古今中外有多大的变化和差异，一种抽象、形式的“正当性”总是人和人类社会挥之不去的潜意识和根深蒂固的观念。凡事人们总会以对或错加以划分或评判，这种几乎不可避免

① [德]海因里希·罗门：《自然法的观念史和哲学》，姚中秋译，上海三联书店 2007 年版，第 21 页。

的“对错”观念,其实就是正当性意识的体现。因此我说它是一种“理性本能”。作为理性本能的正当性反思,本质上是哲学性的反思。哲学家赵汀阳曾说:“哲学使人类有着保持清醒思想的最后机会”,“回避哲学思考等于在基本假设的层面上积累思想的隐患”^①。正当性论证则与作为标准的正当性观念密不可分——基于不同的正当性观念会有不同的正当性论证。在此意义上,正当性观念在正当性论证中最具有基础意义。正当性观念的复杂之处在于,这一观念在漫长的历史中经历了重要的变化。不了解这一转变的关键环节,我们就难以形成对正当性概念的深刻理解,从而正当性反思或论证就都缺乏坚实的基础。在现代社会,“正当性”作为一个汇合众多含义和功能诉求的概念的重要性日益凸显出来。说到底,正当性问题或正当性危机是现代性的核心难题之一。本书并不奢望对这一极其重大的问题作出全面的探讨和解决,只是希望透过“正当性观念的转变”这一视角,对相关的理论资源加以梳理和重述,力求对“正当性”这一基础概念形成某种系统甚至独到的理解。以下就本书的问题、意义和方法加以说明。

一、问题

(一) 缘起——一个阅读经验触发的思考

在我们的日常生活中,“法治”作为一个时髦词汇几乎在不假思索的言说中变成无需思索的了,似乎它本身已经携带着“正当性”的护身符。在习以为常的法治话语中,这样的文字不能不让人猛然一惊:法治往往以“人性恶”为预设^②,法治的人生态度“以悲观主义为基调”、“以保守主义为鲜明色彩”、“以现实主义为基本立场”、“以个人主义

① 赵汀阳:《论可能生活——一种关于幸福和公正的理论》,中国人民大学出版社2004年第2版,第44页;赵汀阳:《知识论之后》,载《读书》1999年第8期。

② 在汉语学界,我国台湾地区学者张灏教授较早以“幽暗意识”为题揭示了人性恶与法治的关系,参见《幽暗意识与民主传统》(1982年),该文最新收于同名著作,新星出版社2006年版,第23—44页。江山教授也指出:法治的本质不是一种崇善的治道,相反,它是一种“以恶治恶”的生活定则;另见江山:《制度文明》,中国政法大学出版社2005年版,第357页。

为根基”^①(姑且不论这些概念的确切含义)。这样的“法治”好像与我们潜意识中的“法治”差距很大。在儒家思想文化的长期熏陶下,我们耳熟能详的是“人之初,性本善”、“人皆可以为舜尧”,即使是以主张“性恶论”著称的荀子也相信“涂之人可以为禹”。总的来说,相信人性可以通过“修齐治平”等一整套的教化、训练达到完美,作为一种近乎本能式的基本信念,这已经积淀为传统中国人(至少是文化人)人格结构的一部分。法治预设的“性恶论”与中国传统的“性善论”形成鲜明对照。再看20世纪中国革命所倡导和塑造的基本精神信念,每一个当代中国人都会不约而同地把乐观主义、激进主义、理想主义、集体主义当作正确的选项^②,在我们的词典里,悲观主义、保守主义、实用主义、个人主义都毫不含糊地是贬义词,这从一个侧面说明,“革命”范式与法治精神有明显的抵牾。正因为如此,当代中国的政治领袖们早就深刻指出“改革是一场革命”。然而,就一般人来说,还远未体验到这场“革命”所蕴含的巨大震撼力。法治与我们的传统观念隔膜甚至冲突之处,不仅出乎中国语境下多数法治的支持者的意料,而且是那些“法治”的发动者们始料不及的。^③这种巨大的反差,说明我们的“法治”是无根的——缺少相应的价值观念、文化心理、历史传统的支

① 姚建宗:《法治的生态环境》,山东人民出版社2003年版,第125—129页。此外关于法治与悲观主义、不信任(嫉妒)的关联性的论述见张文显:《二十世纪法哲学思潮研究》,法律出版社2006版,第520页。

② 其实集体主义、乐观主义等与其说是属于“革命”范式,不如说是“革命”范式恰到好处地迎合了传统文化的某种特质。孙莉教授曾指出:那些被视为代表东亚国家特征的国家威权主义、集体主义、等级和家长式统治,还有所谓的“亚洲价值”(个人自由服从国家需要),均可表明传统是一种深刻的力量。见孙莉:《德治与法治正当性分析——兼及中国与东亚法文化传统之检视》,载《中国社会科学》2002年第6期,第95页。

③ 由此才有季卫东等学者说的法治在中国“假戏真唱”等说法,参见季卫东:《论法治与民主的关系》,载《当代中国研究》1998年第1期,转引自法律思想网。另,20世纪40年代萧公权先生论道:“严格之法治于君主颇有不便。贤君尚可见容,非可以责诸中人以下之主。”另见《中国政治思想史参考资料绪论》,载萧公权:《中国政治思想史》,新星出版社2005年版,第599页。

撑。“无根性”本来就是现代性的一个特征^①,而对中国法治来说,这种无根性可以说是双倍于西方的。因为,现代西方的“无根性”不论经历了怎样的“断裂”,毕竟是自身文化传统发展、演变的结果;现代中国法律则是移植而来,法律/法治往往被当作工具使用,而“工具”是不需要追问“正当性”的,因为作为“工具理性”的法律很容易从政治统治的“价值理性”中得到论证和理解。由此看来,“法治”这一表面上最容易取得共识、也最可能取得共识的观念,背后却蕴藏着巨大的哲学上的差异。这不能不引人深思。

首先想到的是当代中国法治进程启动的历史背景。毋庸讳言,当代中国法治启动的契机与动力首先来自于20世纪80年代对“文化大革命”的反思。从法学的角度,如果用一句话概括“文革”,最显著的特点大概便是人治当道、法治无存,由此给国家、民族造成的巨大损失和伤害,可谓有目共睹、世人皆知。痛定思痛,“让国家和社会制度不因领导人的改变而改变、不因领导人的意志的改变而改变”这一具有历史针对性的要求,被以“法治”之名严肃而郑重地提出。要法治,不要人治,历史地成为“文革”后时代的强音。其主要含义仅限于“依法治国”、“依法办事”,或者通常所说的“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”这个层面。就此来说,如下概括至少适用于法治启动初期的情况:“当代中国对法治的呼唤,可以说就是对秩序的呼唤”^②。国人对“法治”的共识,在且仅仅在反对人治的无法无天这一点上毋庸置疑。但法治概念极其丰富的理论和实践渊源在各种意义上对法治的诉求和理解提供了可能。历史再一次见证了其“不以人的意志为转移”的铁律。可以说,“法治”既偶然又必然、既不幸又幸运地发生在

^① “无根性”可理解为正当性解释思路的断裂,传统世界观以“自然法”解释正当性,即实践哲学是依赖于本体论哲学的,或者说前者是从后者推导出来的。现代世界观(由“休谟问题”开始,见本书第二章)则认为此种“推导”是不能成立的。在切断了人类行为、社会建制的本体论、形而上学根基之后,“正当性”始成难题。尼采将此一状态表述为“上帝死了”;依哈贝马斯的表述,就是:正当性信念是否同真理有内在联系?或者说正当性是否依赖于真理性?参见〔德〕哈贝马斯:《合法化危机》,刘北成译,桂冠图书股份有限公司1994年版,第129页。

^② 苏力:《道路通向城市——转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第5页。

当代中国特定的历史氛围中。言其幸运与必然,是说“法治”以其蕴含的巨大潜力登上当代中国的历史舞台,必然为中国未来的发展与改革提示或提供重要的启发或路径;言其不幸与偶然,是说“法治”在特定历史契机下的出台和登场完全缺乏充分的理论准备,其功能主要或基本是“否定性”的,即主要是对十年“文革”人治状态的否定。历史的发展就是这样充满偶然,也蕴含必然。在改革开放二十多年中,法治的角色和功能也发生了微妙而重要的变化,其中最重要的是把法治与市场经济结合在一起,以历史的实践重申了“市场经济就是法治经济”的命题。其深刻意义在于,它把当代中国法治最初具有的“否定”功能,提升、转化为建设性的“肯定”功能,把单纯的“秩序”诉求扩展到为“自由”、“平等”奠基,于是法治与“市场经济”这一改革开放时代根本性的“范式”变革联系、绑定在一起。这一变革是深刻的,也是艰难的。言其深刻,是因为有了市场经济的深厚土壤,自由、平等等一系列现代法治要求的价值观念,第一次在古老的中国大地上找到了制度依托,这是对长期占统治地位的传统自然经济和改革开放之前几十年实行的产品经济、计划经济的超越,以此为基础,自由、平等就不再仅仅是漂亮的口号和词句,而是获得了充实的生命力。言其艰难,是因为在自由、平等这些现代价值观念得到倡导的同时,中国文化传统所包含的“伦理秩序”、“关系社会”、“人情社会”,仍然在相当大程度上构成了法治进程的障碍因素。

当思考的跨度延伸到大约一百年前清末的法律改革运动时,我们看到中国的法律制度发生了一次重大的、根本性的变革,原来依附于儒家思想的所谓“中华法系”突然(实际上也是必然)中断了。从那时起,中国经日本学习德国,开始大规模地移植大陆法系的法律制度。为什么在这个时候(而不是在别的时候)移植大陆法系(而不是英美法系),可以从历史与现实、必然与偶然等角度作出许多分析,在此不详述。但有一点是确凿无疑的:在中国传统文化没有根本性的断裂或改变的情况下,法律制度却率先通过移植而开始现代化了(至于其“化”的程度如何可另当别论,但至少在法律体系的架构和法律类型上是追随大陆法系的,此点当无疑问),诚如信春鹰教授所说:“从法哲学的角度来看,清末的这次移植没有把它的理论和哲学一起引

进来。”^①这就发生了法律和文化的脱节、隔膜甚至冲突、对立。没有文化的基础作为支持,再好的法律制度也是无源之水、无本之木,即使移植也不能保证生根、成活。实际上,直到一百多年后的今天,我们还在为“有法律无法治”而发愁。法治乃法律的灵魂、生命。当没有法治而只有大量立法,或者说当我们把大规模立法当作“法治”的时候,一旦稍稍接触到源自西方的“法治”的哲学底蕴,开头提到的那种“猛然一惊”的震撼就是势所必然的了。在某种意义上可以说,中国法治进程的艰难和曲折是由法律与文化的脱节和疏离造成的。

在法治现代化的求索中,我们的前辈已经认识到,西方的强盛之方,政教法度是本,器物技艺是末。当然,我们今天探讨法治现代化问题,不应囿于任何单一要素的决定论,政教法度、器物技艺、价值观念,缺一不可。法治绝不是一件孤立和简单的事,我们需要“复杂”地看待“复杂”的法治及其“生态环境”。选择法治也就意味着准备面对它所连带的一系列价值观念。但不可否认,比起政教法度、器物技艺,人的价值观念更具有内在性。而实质性的价值(道德、正义等)在当代社会的尴尬处境就在于,它既是“无根”的,人又不能放弃“寻根”的希望和努力。“无根”使法治流于口号式、宣传式、标签式话语,使法治进程难以深入。既然法律制度移植于现代西方的蓝本,“法治”就再也不能仅仅援引中国传统法家的“法治”,而必须与之配套地理解西方语境下的“法治”。法律/法治是文明、文化整体的一部分,任何把它从中分离出来的理解,都会使其失去根基,从而变成不可理喻的东西。既然当代中国的法律制度在相当大程度上移植于现代西方的蓝本,我们就必

① 参见《福柯,罗尔斯及其他——哈贝马斯“读书座谈会”纪要》,载《读书》2001年第9期。在该纪要中,信春鹰教授还具体指出:“中国在努力建设现代化法律制度的同时,思想上仍然是以儒家学说为主。而儒家学说认为法律不是什么好东西。所以西方哲学中最基本的概念‘权利’,在中国的传统里是没有的,中国人讲求的是和谐。如果要概括中国传统法哲学的话,那就是:第一没有分权概念,中国过去是‘诸法一体’,所有的法律都是混合在一起的;第二就是没有公共领域和市民社会的分化;第三就是不鼓励个人去伸张权利,而是主张社会和谐。这是中国传统的法哲学。到了中华人民共和国,也就是1949年以后,中国的法哲学有了一些新的特点:第一是苏联的法哲学的影响,比如认为法律是工具;到了近二十年,西方经典的自由主义法学思想在中国的法律哲学和法律制度中有许多的表现。最后一点就是,世界上还没有一个国家的宪法把马克思主义放在意识形态和法哲学的地位上。”

须深入研究、领会甚至借鉴西方法治连带的一系列价值观念。这里仅以两例作简要说明:

1. 重置“个人”与“集体”的价值位阶顺序

一方面,法治的真谛在于保护权利而限制权力。而权利是附着于个人这一主体上的。即使是集体权利、社会权利,归根到底也要还原为、落实为个人权利。“从价值位阶来看,法治奉行的不是社会优位观更不是国家(政府)优位观而是真实的个人优位观念……只有在作为‘我’的真正的‘个人’基础上,才会有法治对‘他’、对‘社会’、对‘国家(政府)’的规范性制度安排……对个人及其权利的保护正是法治的根本宗旨,也是法治之下的一切社会政治制度、组织与机构设置的正当根据与充分理由。”^①在中国以儒家思想为支撑的伦理秩序、关系社会中,个人并非具有突出地位的实体和主体。与这一文化传统一脉相承,在改革开放之前,我们的价值观中,“个人”是不受到重视的,“个人主义”是一个不折不扣的贬义词。在这样的观念体系中,保护个人权利和限制公权力都将理出无据。

另一方面,忽视“个人”的“法治”不仅是无的放矢、而且极有可能沦为背离法治的根本目的的虚假法治,直至以法治之名行人治之实状态。因此,对待个人及其权利的态度是区分法治与非法治的关键:在法治之下,尊重私人权利并为此而限制公权力是必须加以法律化、制度化的价值观念,自由只有为了自由本身的原因才能被限制。

因此,为切实推进法治,应当为“个人主义”正名。“个人主义”本非贬义词,只是个中性词,仅仅表明个人是承载一切价值、利益的最终实体,是法律权利义务的享有者和履行者,人性包括利己性和利他性都应当得到正视而不是无视,个人是最终极意义上的主体。个人并非与集体对立的概念,集体、社会、组织、团体等在终极意义上不过是为个人服务的。一切形式的团体利益最终目的都是为了个人权利的最大化。在中国的文化传统中,“个人主义”之所以被理解为一个贬义词,是我们在潜意识里把“个人主义”与“利己主义”等同起来造成的。事实上,个人主义一方面反对利己主义,另一方面更反对一切以集体或社会的名义对个人权利的肆意剥夺。后一点正是历史上无数悲剧

① 姚建宗:《法治的生态环境》,山东人民出版社2003年版,第129页。

的根源所在。

2. 认真对待“人性恶”的理论预设

正视人性恶的一面,是西方法治传统的一个重要思想层面。人类社会之所以需要法治,就在于其与人治相比具有优越性。之所以会有这种比较优势,有一个不可忽视的理论预设:人性是不可靠的。三权分立、权力制衡、代议制民主等,莫不以对人性、政府、掌权者的不信任为基础。孟德斯鸠曾不无深意地告诫世人:一切有权力的人都容易滥用权力,并且容易将其权力用于极限,这是一条万古不易的真理。阿克顿更有一句名言:权力趋于腐败,而绝对的权力趋于绝对的腐败。其实这样一种对人性阴暗面的警惕早在古希腊时代就已出现,柏拉图曾断言“人类的本性将永远倾向于自私,逃避痛苦,追求快乐而无任何理性。”^①对人性的罪感意识最突出的体现,见于对西方历史有深刻影响的基督教文化中。基督教的“原罪”说,深刻洞察、揭示了人性中的罪恶性和堕落性的一面。我国台湾地区的张灏先生以“幽暗意识”对法治的这一理论预设加以概括:“所谓幽暗意识是发自对人性中或宇宙中与生俱来的种种黑暗的势力正视和醒悟;因为这些黑暗势力根深蒂固,这个世界才有缺陷,才不能圆满,而人的生命才有种种丑恶,种种的遗憾。”并评论道:“这种把对人类的希望和幽暗意识结合起来的自由主义,并不代表西方自由主义的全貌,但从今天看来,却是最有意义,最经得起历史考验的一面。”^②

如果说“性恶论”始终伴随着西方法治的历史,那么“性善论”则始终与中国的伦理秩序、人治传统结为一体。人治状态其实是一种充满理想主义的状态,特别是儒家思想倾向于“性善论”,相信经过“修齐治平”的历练,人是可以“完美的”,孟子言“人皆可以为舜尧”,“万物皆备于我”,皆充满乐观主义、理想主义色彩。我国在改革开放之前实行的计划经济其实也是“理想主义”的一种典型体现。但经验证明,把人性设想得尽善尽美,始于良好的愿望,往往终于糟糕的结果。哈耶克早已洞察到此中的危险:“正是形形色色的至善论,不时摧毁着

① [古希腊]柏拉图:《法律篇》,载《西方法律思想资料选编》,北京大学出版社1983年版,第27页。

② 张灏:《幽暗意识与民主传统》,新星出版社2006年版,第23—44页。