

公共法哲學

轉型中國的法治與正義

孙国东◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

公共法哲學

轉型中國的法治與正義

孫國東◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

公共法哲学：转型中国的法治与正义 / 孙国东著 .

—北京：中国法制出版社，2018. 11

ISBN 978-7-5093-9852-4

I . ①公… II . ①孙… III . ①法哲学—研究—中国 IV . ① D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 249340 号

策划编辑 马 颖

责任编辑 马 颖 王雯汀

封面设计 李 宁

公共法哲学：转型中国的法治与正义

GONGGONG FAZHEXUE: ZHUANXING ZHONGGUO DE FAZHI YU ZHENGYI

著者 / 孙国东

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2018 年 11 月第 1 版

印张 / 34.75 字数 / 445 千

2018 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9852-4

定价：119.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码：100031

传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：010-66034242

市场营销部电话：010-66033393

邮购部电话：010-66033288

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926)

献 给 晓 畅

代序：迈向作为“转型法哲学”的“公共法哲学”	001
导言：公共法哲学与法哲学的“公共转向”	045

目 录

Contents

跋：关于“公共法哲学”的虚拟对话	477
致 谢	533
推荐者说	539

上篇 从“邓正来问题”到“转型法哲学”

第一章“知识—法学”取经的社会—历史限度	
——以福柯话语理论为参照	083
第二章 现代转型与文化认同的重建	
——“邓正来问题”出场的社会—历史条件	100
第三章“转型法哲学”	
——政治哲学建构与社会—历史分析相结合	127

中篇 功能主义法治观与法治的“中国结”

第四章 功能主义法治观	
——基于法治中国政治理想与实践约束条件的探析	196
第五章 城市化背景下法治中国的社会基础	
——差序格局与法治中国的可能性	252

下篇 正义的中国情境与情境化的正义观

第六章 从“反正义的公平”到“底线正义”	
——基于转型中国一种典型社会正义观念的政治哲学分析	304
第七章 关联性正义	
——基于转型中国正义问题之整体性的政治哲学分析	386
第八章 共同政治文化范导下的国家中立性	
——转型中国文化认同建构的正当法则	432

代序：迈向作为“转型法哲学”的“公共法哲学”

“夫道公而我独私之，不仁也。风尚所趋，循环往复，不可力胜，乃我不能持道之平，亦入循环往复之中，而思以力胜，不智也。不仁不智，不足以言学也。不足言学，而器器言学者乃纷纷也。”

—— 章学诚 *

* 章学诚：《文史通义·卷四·内篇四》

呈现在读者面前的这本书，是我继《合法律性与合道德性之间：哈贝马斯商谈合法化理论研究》（复旦大学出版社2012年版）之后，出版的第二本学术专著。借用冯友兰和张立文的说法，如果说第一本是“照着讲”的著作，那么眼前的这本则是力图“接着讲”乃至“自己讲”的著作。激励我坚定这种研究旨趣转向的，其实是我在第一本专著“后记”中曾援引过的康德的一段名言。这段话记录了康德何以依循卢梭的教诲和示范，从自己曾念兹在兹的纯粹形而上学迷梦中惊醒的缘由。请允许我再次援引如下：

“我的本性是研究者。我感到一种对知识的贪婪渴求，醉心于推动知识的进展，并对它的每个进步感到满足。我一度认为，这一切知识足以给人类带来荣光，由此我鄙夷那班一无所知的芸芸众

生。卢梭纠正了我，盲目的偏见消失了；我学会了尊重人，而且如若我不能相信这种见解助益于确立人类之权利，我便应把自己看得比普通劳工还不如。”^[1]

诚哉斯言！作为实践哲学的从业者，身处也许是人类现代史上社会最迺变、文化最激荡、政治最复杂的现时中国，若不能为社会的自我反思、文化的自我超越和政治的自我转圜，做出自己的思想贡献，我们确应“把自己看得比普通劳工还不如”。

初看起来，“照着讲”的评判标准是准确性，即对研究对象之思想的把握是否准确；“接着讲”和“自己讲”的评判标准则是解释力，即所建构之概念框架、理论模式甚或研究范式，是否对研究对象具有更充分的解释力。然而，无论是“照着讲”之准确性，还是“接着讲”和“自己讲”之解释力，其实均凭赖于研究者独一无二的洞察力——无论是对于研究对象本身的洞察力，还是对于问题意识（研究对象之选择）的洞察力。正如章实斋先生所言，“学问文章，聪明才辩，不足以持世，所以持世者，存乎识也”^[2]。我不敢妄言自己有多么别具一格的洞察力和识见，但为了便于读者的了解，把我的问题意识和研究取向略作介绍却是必要的。

[1] 康德的德文原文是：Ich bin selbst aus Neigung ein Forscher. Ich fühle den gantzen Durst nach Erkenntnis u. die begierige Unruhe darin weiter zu kommen oder auch die Zufriedenheit bey jedem Erwerb. Es war eine Zeit da ich glaubte dieses allein könnte die Ehre der Menschheit machen u. ich verachtete den Pöbel der von nichts weis. Rousseau hat mich zurecht gebracht. Dieser verblendende Vözug verschwindet, ich lerne die Menschen ehren u. ich würde mich unnützer finden wie den gemeinen Arbeiter wenn ich nicht glaubete daß die Betrachtung allen übrigen einen Werth ertheilen könne, die rechte der Menschheit herzustellen。见 Kant, *Gesammelte Schriften*, Vol. XX, (Berlin: Walter de Gruyter, 1942), p.44。此处译文，综合参考了如下文献：[德] 恩斯特·卡希尔：《卢梭·康德·歌德》，刘东译，生活·读书·新知三联书店 1992 年版，第 2 页；Dieter Henrich, *Between Kant and Hegel: Lectures on German Idealism*, (Cambridge, MA.: Harvard University Press, 2009), p.55。

[2] 章学诚：《文史通义·卷四·内篇四》。

简言之，我要追问的根本问题是：在全球化和现代转型的背景下，如何基于中国情境推进现代法律秩序的建构？换言之，中国现代法律秩序的建构应遵循怎样切己的法哲学原理？很多人或许会认为，这个问题固然重要，但却是空悬到几乎无法把握的问题。或者说，它是任何关心中国法律实践的论者均会直接或间接触及的问题，只不过他们采用了更为既有学科体系乃至学术评价体系接纳的方式。我个人充分尊重各种专科化和技术化的学术努力，但我却不愿采取这种学术视角和研究取径（approach）。事实上，正是为了超越各种专科化的视野，恢复中国现代法律秩序之建构的公共属性，同时又具备相对厚实的学理基础，我在本书中试图阐发并呈现一种有别于“专业法哲学”及“政策法哲学”“批判法哲学”的“公共法哲学”，并力图以“转型法哲学”的理论模式承载“公共法哲学”的思想立场——我称其为“作为转型法哲学的公共法哲学”（public philosophy of law as a legal philosophy on transitional China）。

一、“公共法哲学”是什么？^{〔1〕}

所谓“公共法哲学”，即一种以“公共哲学”的思想立场看待法律问题的视角。更确切地说，它是一种以公共法哲学为思想立场、以转型法哲学为理论模式的法哲学主张，也即是一种以中国的“现代转型”为基本问题意识和理论担当、旨在恢复现代法律秩序作为公共治理秩序之面目的法哲学主张。它认为，现代法律秩序作为一种公共治理秩序，应

〔1〕此处的阐述，仅是为了便于读者整体了解“公共法哲学”的学术主张，更为系统的阐述见本书正文。

是依循康德特别是哈贝马斯（Jürgen Habermas）意义上的“理性之公共运用”（public use of reason）原则而获得“公共证成”（public justification）的秩序；同时，它主张法哲学研究者应当为这种“公共证成”的规范性依据提供认知前提和学理基础。

从总体上看，本书对“作为转型法哲学的公共法哲学”的阐发，建立在如下四个核心理论主张基础之上：

第一，由于现代社会的社会政治秩序以法律秩序为基础，法哲学堪称中国现代转型的“第一哲学”——这意味着关于“中国现代性”的理论知识应以“法哲学”为核心呈现出来（至少法哲学应是其重要组成部分）；

第二，鉴于中国现代法律秩序的建构（中国的现代转型）仍是“进行时”，我们更应关注“前司法”（pre-judicatory）甚或“前法律”（pre-legal）的立国，特别是立宪、立教、立法和立人等发展议程——这意味着“转型法哲学”必然导向综合运用法哲学、政治哲学、社会理论、法律社会学和法律文化等理论知识的“跨学科”视野；

第三，考虑到中国的现代转型历程对兼具现代性和“中国性”（Chineseness）的“另类现代性”（alternative modernity）道路的历史蕴含和前景承诺，同时顺应现代政治作为“公意政治”（遵循“同意”模式）的合法化逻辑，我们应当把公共参与和公共证成纳入中国现代法律秩序的建构中——这意味着：我们应优先秉持一种程序主义的人民主权观，以回应中国现代转型事业的艰巨性和复杂性；

第四，为了建设性地探讨中国现代法律秩序的建构，我们必须把“政治/法律价值”（政治/法治文明）与“政治/法律价值观”（政治/法治文化）区分开来，即要把属于普适性政治文明范畴的现代性之价值形态（自由、平等、民主、法治、正义等现代性价值）与特定政治文化关于现代性价值的观点（即关于自由、平等、民主、法治、正义等

现代性价值之规范性要求的观点及与之相适应的制度和实践模式)区分开来——这意味着：我们须否弃各种形式的文化本质主义，并代之以在促进现代政治文明所承诺的政治理想（价值理想）与中国政治文化所依托的实践约束条件之间“反思性平衡”（reflective equilibrium）的基础上，围绕“中国的现代价值观”（特别是关于自由、平等、民主、法治、正义等现代性价值之规范性要求的观点），推进介入性学理分析和实体性理论建构。^{〔1〕}

为深入探究中国现代法律秩序的建构，本书主张把它置于晚清（乃至宋明）以来中国现代转型的历史视野中进行把握。

（一）历史视野与问题意识

从实践哲学与历史社会学相结合的视角出发，我们可以把中国自晚清（乃至宋明）以来现代转型的历史逻辑，解读为一种世界观的转型，即从“天理世界观”转向“法理世界观”。其要义有二：其一，指向了法治的观念，即实在法具有“不可随意支配性”（*unverfügbaren, indisponibility*；借自于哈贝马斯的一个术语）的观念，也即是要确认“规则之治”（the rule of rules）在国家与社会治理中的正当性（rightness）；其二，指向了民主的观念，即形成一种“后习俗的道德意识”（post-conventional moral consciousness），即基于原则的、普遍主义的道德意识，并以最低限的公共参与、公共证成确保社会规范（法律规范和道德规范）的正当性与社会政治秩序及法律秩序的合法性

〔1〕事实上，本书“上篇”在很大程度上就是把邓正来意义上的“中国（法律）理想图景”从学理上阐发为“中国的现代价值观”，“中篇”和“下篇”则分别力图对作为“中国现代价值观”（构成要素）的法治与正义之具体规范性要求及相应的制度和实践模式进行介入性学理分析或实体性理论建构。

(legitimacy)。这种世界观的根本转向，实乃哲学界或史学界所谓“中国文化的近代转型”之命题的实践哲学性质之所在。借用魏敦友的话来说，这种现代转型指向了中国文化继“子学”“经学”“理学”之后有待实现的新的“哲学突破”。^[1]事实上，它亦确立了法哲学作为中国现代转型之“第一哲学”的核心地位。可为此提供理据的，是现代社会政治秩序历史转型的逻辑：基于“公意”的法律已取代超越人世的“上帝”或“天”，成为人间秩序（社会政治秩序）的主宰和枢机。

从历史视角来看，中国的现代转型蕴含着一大根本的历史使命，即形成现代条件下的“永续国家”(eternal state)。换言之，建构永续国家，是中国现代转型的根本政治理想。所谓“永续国家”，是指不存在政体危机（政权统治危机）、只存在政府危机（政府治理危机）的国家，即通过法律保障的公民权利和民主制度（政体架构）将政府更迭限制在和平的框架内，从而有效避免通过暴力革命、政变等实现“王朝更替”之命运的“后传统国家”。无论是历史学家唐德刚所谓的“历史三峡”（即从帝制到民治的“政治社会制度大转型”），还是毛泽东以民主超越“兴亡周期率”的政治构想，抑或邓小平“使民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变”的政治理想，均在实质上指涉永续国家之建构。如果说，确保“人民的出场”是现代社会政治秩序（现代法律秩序）合法性的根本，那么“永续国家”就是通过以选举民主确保人民的“周期性出场”、以商谈民主（discursive democracy）或审议民主（deliberative democracy）确保人民的“常态性出场”，从而制度化地避免传统的“自然国家”（natural state）——因欠缺“人民出场”的制度化机制而陷入

[1] 参见魏敦友：《当代中国法哲学的基本问题：新道统论及其语境》，法律出版社2014年版，第8—14页。

由人民的“历史性出场”所导致的——治乱循环的国家形态。从根本上看，所谓国家治理体系和治理能力的现代化，其实就是建构中国式的永续国家。

从运行机理上看，永续国家包括四大实质性要素：国家能力、法治、民主问责制政府和社会正义。一个具有强大国家能力的国家，只要全面厉行法治，并在法治框架内实现政府更迭的民主化及社会正义，即可建成远离政治统治危机的永续国家。中国式永续国家所蕴含的政治统一（对应于国家能力）、法治、民主、正义及自由、平等、政治/法律价值，即构成了中国现代转型所承诺的价值理想。在这个意义上，邓正来所谓“中国（法律）理想图景”，即是基于现代中国文化认同，对这些价值理想进行学理上的“格义”而形成的相互兼容、互为倚重的价值结构。如何结合中国现代转型的价值理想与转型中国的实践约束条件，对这些价值在转型中国的具体规范性要求进行学理阐释，并形成学理融贯的规范性体系，即是中国法哲学和政治哲学研究者的使命之所在。

相应地，中国现代转型包括“立国”“立宪”“立教”“立人”“立法”五位一体的历史使命和发展议程。所谓“立国”，即建立主权独立、政治统一的现代民族国家（此一任务已于1949年完成）；所谓“立宪”，即形成遵循现代政治文明运行逻辑的民主立宪政体和民主问责制政府；所谓“立教”，即形成现代中国的文化认同（及相应的核心价值体系）；所谓“立人”，即培育具有公共精神和规则意识的公职人员（政治家、公务员、法官和检察官等）、培育具有公民美德且积极参与社会合作的公民；所谓“立法”，即建构功能完善、结构合理、运行良好的现代法律系统。在这五位一体的发展议程中，“立法”是一个全局性的基础工作：它集建构性（变革性）与保障性（保守性）于一身，既可以以自身的建构性、生成性作用（主动）推进“立国”“立宪”“立

教”“立人”事业的进行，亦可以为已经取得的“立国”“立宪”“立教”“立人”成果提供（被动的）法律保障。就其保障性角色而言，“立国”“立宪”“立教”“立人”分别构成了“立法”的国家前提、宪制基础、文化依托和社会基础。在成文法国家，“立国”所确立的国家性质、“立宪”所确立的政体架构和国家形式、“立教”所确立的文化认同，乃至“立人”所形成的政治风气和国民素质，常常以法律的形式表现出来，亦会直接影响着法律秩序的运行，譬如，立宪所确立的司法制度便会直接影响司法的运行、“立人”的成效会直接影响法律的现实有效性等。

基于上述历史视野，我们很容易判定：中国的现代转型仍是“进行时”，远未臻至“完成时”。所谓“公共法哲学”，即是要关注“前司法”甚或“前法律”的公共要素，并把中国现代法律秩序的建构置于立国特别是立宪、立教、立人、立法之视野中，探究其法哲学原理。正是源于现代转型的问题意识和理论担当，本书主张的公共法哲学以“转型法哲学”的理论模式呈现出来。

（二）“结构化情境”与转型中国（法律）问题的性质

本书主张的“公共法哲学”，以“转型法哲学”的形态表现出来。它旨在恢复中国现代转型的历史使命，并主张把它置于现时中国由历史凝结而成的实践约束条件（政治与社会—历史情境）中进行把握。关于这些实践约束条件，本书尤为关切其中的“结构化情境”（structural-contexts），即经由历史的积淀、社会的演化和政治的博弈而形成的某些相对固化的情境。

这种“结构化情境”，大致可分为两个层次：

第一，“元结构化情境”（meta-structural-contexts），即对中国现代

转型构成整全性制约的“结构化情境”。“元结构化情境”，又可区分出两种不同类型：（1）历时性的“元结构化情境”，即依循历时性脉络形成的“元结构化情境”。此类“元结构化情境”，概有三端：“文明型国家”（civilization-state）的文化 / 历史遗产、超大规模型国家的社会结构及政党—国家（party-state）的政治架构。它们在性质上均属具有不同时间性和属性的“传统”，可以比较具象地呈现在研究者面前，并直接制约着所有（特别是西方）既有法哲学和政治哲学理论模式之于中国问题的可适用性和解释力。（2）共时性的“元结构化情境”，即依循共时性逻辑形成的“元结构化情境”。此种类型的“元结构化情境”，大致体现为互相关联的两个方面：中国现代性问题的共时性与整体性。其“共时性”，一方面是指西方在不同历史时期面对和回应的现代性问题，在当下中国是共时性地存在的；另一方面是指前述不同时间性和性质的“传统”，在现时中国也是共存互嵌而产生影响的。与之相适应，中国现代性问题亦具有整体性：一方面，由现代性问题的共时性存在所带来的现代性问题的整体性；另一方面，由不同时间性和性质的“传统”之共存互嵌所带来的现代性问题的整体性；更为重要的是，这两种不同渊源的整体性又是相互交缠在一起的，由此为我们带来了中国现代性问题的复杂性——在很大程度上可以说，中国现代性问题这种相互交缠的整体性，既是其真正的特质和复杂性之所在，亦是其面临的最大挑战。相比而言，这种共时性的“元结构化情境”更为抽象，亦更难以把握。惟有保有高度的理论自觉和情境自觉，并兼具历史感和比较视野，始能洞察到这种“元结构化情境”。

上述“元结构化情境”的存在，其实决定着中国的现代转型只能走一条兼具现代性和“中国性”（Chineseness）的“另类现代性”（alternative modernity）道路；而20世纪中国以社会主义政党—国家推进中国现代转型的道路，正是这样一条“另类现代性”道路：它既顺应了上

述“元结构化情境”（特别是超大规模国家、文明型国家及现代性问题的共时性和整体性），而且政党—国家的政治架构本身已成为现时中国新的结构化情境。

第二，具体的结构化情境，即受上述两个层次的“元结构化情境”制约，对具体法律（社会、政治）问题的认识和把握产生直接影响的结构化情境。譬如，本书第五章中探讨的“差序格局”，就与前述三个历时性的结构化情境有关，但却是法治中国必须回应的实践困境；第六章中探讨的“反正义的公平观”，则是我识别和建构的一种结构化情境，它严重制约着转型中国社会正义的实现。如何把握具体的结构化情境，常常直接影响着中国情境中法哲学和政治哲学建构的解释力。

由于前述结构化情境特别是“元结构化情境”的制约，转型中国（法律）问题常常具有如下性质：“合理但不正当或善”（*rational but not right or good*），即既有制度安排虽具有（相对于政治统一、政治稳定、社会和谐等的）目的合理性，但却既不符合我们对法律秩序（社会政治秩序）正当性的道德期许，亦不符合我们对（共享）伦理生活的本真性想象。这种性质，使得论者极易形成直觉主义（*intuitionistic*）的论说模式或研究取向，形成立场先行、“主义表态”式的政治理想主义、政治现实主义或政治温情主义——自由主义基于“正当性”道德直觉的政治理想主义，新左派基于“目的合理性”政治直觉的政治现实主义，新儒家基于“可欲性（*desirability*）/ 本真性（*authenticity*）”伦理直觉的政治温情主义。然而，这种直觉主义的论说模式或研究取向，要么放弃了中国现代转型的政治理想（政治现实主义），要么遮蔽了中国现代转型的结构化情境（政治理想主义），要么忽视了中国现代转型所赖以基的社会政治秩序机理（政治温情主义）。

（三）反思性的情境主义：政治理想与结构化情境的“反思性平衡”

本书对待这些结构化情境的基本态度，是借鉴于艾森斯塔特、吉登斯等阐发的“反思性现代性”（reflective modernity）立场，即从“反思性”这一现代性的内在精神出发，把现代性视为一种能动且反思性地创造未来理想社会政治秩序的谋划。基于此，本书形成了一种“反思性的情境主义”（reflective contextualism）立场：那些具有不同时间性和属性的“传统”，既是我们反思特定现代性模式（特别是西方现代性模式）的凭借，其本身亦是反思的对象。

为此，本书主张通过结构化情境（实践约束条件）与现代转型所承诺的政治理想或价值理想（中国式永续国家及其承诺的价值理想）之间的交互比勘，推进转型法哲学的“介入性学理分析”和“实体性理论建构”，从而为廓清实现这种政治理想或价值理想的制度依托和发展路径提供学理依据。这种交互比勘的方法，可借鉴罗尔斯所谓的“反思性平衡”法，力图在政治理想或价值理想与结构化情境之间达致某种“反思性平衡”，即把自由、平等、民主、法治、正义等现代性价值的核心内涵作为“暂时的定点”，然后再以相应的结构化情境与之交互比勘达到“学理格义”的效果，从而拓清这些现代性价值在转型中国情境中的独特规范性要求及相应的制度和实践模式乃至发展路径。

（四）理论依据、研究对象与研究取径

转型法哲学的基本理论依据，是法律秩序建构的非自主性（heteronomy）——更准确地说，对中国这样现代法律秩序正在建构的国家来