

论

法律

的现代性

ON THE LEGAL MODERNITY

马英 / 著

 吉林大学出版社

的现代性

吉林大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

论法律的现代性/马英著. —长春: 吉林大学出版社, 2009. 11

ISBN 978 - 7 - 5601 - 5048 - 2

I. ①论… II. ①马… III. ①法律 - 思想史 - 研究 - 世界 IV. ①D909. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 198337 号

书 名: 论法律的现代性

作 者: 马 英 著

责任编辑、责任校对: 李国宏 (sheira@163.com)

吉林大学出版社出版、发行

开本: 787×960 毫米 1/16

印张: 12.625 字数: 135 千字

ISBN 978 - 7 - 5601 - 5048 - 2

封面设计: 创意广告

长春市泽成印刷厂 印刷

2009 年 11 月 第 1 版

2009 年 11 月 第 1 次印刷

定价: 28.80 元

版权所有 翻印必究

社址: 长春市明德路 421 号 邮编: 130021

发行部电话: 0431 - 88499826

网址: <http://www.jlup.com.cn>

E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

序 言

这本小册子是我的博士论文,其目的如同标题所示,是为了推进对法律的现代性的理解。对于法律现代性问题的思考,不但贯穿了我整个的硕士与博士研究生时代,而且还将指引我未来的学术研究方向。

本书的撰写受韦恩·莫里斯先生的《法理学——从古希腊到后现代》一书的影响甚大。在书中,他对在现代性背景下法哲学和法律社会学问题的精确阐释,深深地感染了我,使我对法律现代性问题产生了浓厚的兴趣。早在撰写我的硕士学位论文《理解凯尔森——对纯粹法学的解读》的过程中,我就试图在现代性的大背景下对凯尔森的纯粹法学理论进行阐释,但由于那时学术功底的薄弱,并没有很好地达成这一目的。在攻读博士学位期间,我有意识地收集了大量关于现代性理论的学术著作。通过阅读和思考,我初步摸清了法律现代性的理论脉络,坚定了创作本文的信心。

这本书所表述的核心理论思想可以说是对流行理论学说的一种反

动。自后现代理论在西方兴起,其巨大的影响力也冲击了中国的学术圈,一部分中国学者借用它对西方的启蒙现代主义意识形态提出的质疑,来批判 20 世纪 80 年代以来的全盘西化潮流。在法学界,一些学者借此来否定简单的法律移植论,有的更借以强调中国自己的“本土资源”,以及中国传统的所谓“习惯法”,将之比喻为英美的普通法传统。一时间,批判现代法律的理论体系成为一种时髦,“后现代法学”成为了一种流行的理论话语。但我在深入地考察了这股学术思潮之后,却产生了一系列疑惑:与法律的“后现代性”相对应的法律的“现代性”究竟是什么?在没有对“法律的现代性”作出清晰的界定时,后现代理论是否有普遍的说服力?对于法律而言,“现代性”究竟是一个实体性的问题还是一个程序性的问题?带着这一系列的疑问,我开始了本书的创作。

本书主要是在思想史的脉络中,从知识传统的断裂入手,考察法律现代性作为一种有别于传统知识的知识形态是如何自我确证、自我展现并呈现出其对现实的批判力的。在书中,我探讨了法律现代性问题域中的一个重要问题,即现代法律主体与现代法律文本之间的理性互动,这也是本书的一大理论创新。通过对现代法律文本的建构过程和现代法律主体自我身份型塑过程的考察,我发现“理性”是贯穿现代法律始终的核心价值要素。“理性”不但建构了现代社会的支配性价值原则即“主体性”原则,还成为现代形式法范式的灵魂所在。通过考察自宗教改革以来现代知识形态、政治哲学和法律的发展过程,我们可以看到一幅形式理性改造世界的世俗化的社会图景。当我回顾了作为现代法律价值基础的“理性”与“自由”是如何从抽象的理念现实化为具体的制度形态时,也同时体会到了“理性化”的法律是如何同“合理化”的社会生

活展开互动的。现代形式化的法律与日益理性化的社会生活之间的反复磨合和互动,为我们展现了法律现代化的历史过程。但事实证明,任何一种理论形态在发展到高度成熟的时候都会暴露出这样那样的问题,作为法律现代性重要表现形态的现代法治在“工具理性”不断扩张的社会背景下,逐渐浮现出各种各样的内在矛盾和冲突。理性的展现不断地压缩社会主体个人自由的空间,合理化的过程使形式合理性压制实质合理性,导致价值和规范无法通过获得理性证明而存在,现代法律正当性的根据也因为理性的内在缺陷而变得可疑了。为了重新塑造现代政治和法律的规范性基础,对现有的理性模式进行批判并寻找替代性的理性模式就成为一种必然的选择了。最后,本书考察了在当代影响广泛的“交往行为理论”。作为这一理论的建构者,哈贝马斯用“主体间性”的“沟通理性”替代了日益“工具化”的“主体理性”,为现代性的法律提供了一种新的规范性基础,也为现代法律的发展提供了一条新的路径。

在撰写论文的过程中,我深刻地体会到,没有一种理论思维是可以脱离实际的生命情感的,思维并不是只发生在某个孤立的主体意识之中。没有生活激情的思想是死板的,不同他人的文本进行反复交往的思索是贫乏的。如同生活本身一样,在法哲学的思考中,理性、意识、情感、意志、欲望以及无意识等复杂因素,甚至包括一些无法说出、难于确定、不可预测的神秘力量,都混合在一起,而且也紧密地同思考者本身的生命律动及其生活世界相交错。真正的法哲学也只有在同其它学科的比较、交往和对话中才能存在。法哲学所追求的思想自由,使它本身永无止境地进行自我超越和超越一切。这一点在已成经典的西方大家的著作和仍在求索的中国学人的文本中都有所体现。只有在“存在”的层面

上进入法哲学,才可能真正体会到理论问题的真实与切近;只有在历史和时代的激流中做出自己的选择,才可能形成真正的学术立场和自我意识。在这个意义上,我愿意把这本书看做我个人学术生活中一段边走边唱的眉批和回评,一份尚未完成的答卷。

在博士论文的撰写过程中,我的导师姚建宗教授给予了我极大的支持,提出了大量宝贵的修改意见。对于老师七年如一日的关注和鞭策,我感到幸运而惭愧,希望这本书不要辜负他的希望。张文显老师在西方法哲学课上深入浅出的讲解,开阔了我的学术视野,为我提供了宝贵的学术资源。还有马新福老师、黄文艺老师、杜宴林老师、宋显忠老师等等——我在吉大的全部学术记忆,是和这些名字分不开的。师长们的言传身教,是我取之不尽、用之不竭的宝库,没有他们的谆谆教诲与默默帮助,就不会有这本小册子的诞生。

在人生的长河中,七年时间也许并不算长。但于我而言,吉大的七年却永远是生命中一次珍贵的驻足,一部水晶的老片。这里的一草一木,都见证着我的成长与奋斗,欣慰与遗憾。忘不了西门外那个麻雀虽小却五脏俱全的法律书店,那是我每日散步的必到之处;忘不了新大食堂的酸菜馅水饺;忘不了夜色蒸腾的夏季校园和人迹罕至的冬季操场;忘不了吉大的每个黎明和黄昏。在这里,我找到了自己的人生伴侣,结识了志同道合的旧雨新知。今天,这一切依然近在眼前,但却已化作记忆中翻动的一页。这本小册子,也是对那段时光的纪念。

作者

二〇〇九年11月

目 录

导 言	1
第一章 法律现代性的内涵与特征	6
一、法律现代性的概念辨析与问题域的确定	6
(一)“现代性”概念的起源与界定	6
(二)“法律的现代性”的问题域的确定	11
二、文本的确定性——法律现代性的核心诉求	14
(一)文本范围的界定	14
(二)精确认识文本的途径	15
三、现代法律主体的塑造——法律现代性的核心要素	20
四、形式法范式——法律现代性的表现形态	29
第二章 法律现代性的缘起	36
一、知识传统的断裂——法律现代性的起源	36
(一)传统社会的知识传统	36
(二)宗教改革与现代思想的肇端	44
二、法律现代性思想的知识基础	48
(一)霍布斯的法哲学理论——从神学权威到世俗权威	48
(二)启蒙时代与现代理性知识形态的确立	52

三、法律现代性理论的政治理论基础——社会契约理论	70
(一)洛克的社会契约理论	70
(二)卢梭的社会契约理论	73
四、现代实证法理论体系的确立	76
(一)现代法律的功利主义基础	76
(二)实证法理论中的现代性命题	86
第三章 法律现代性的价值基础	90
一、世俗化的现代社会需要新的价值基础	90
二、理性——现代制度体系合法性论证的基础	92
三、自由——法律现代性的核心价值	97
第四章 法律现代性与法律现代化	106
一、法律现代性与法律现代化的概念辨析	106
二、法律现代化的判定标准	107
(一)现代化标准概览	107
(二)法律现代化标准的型构	109
三、法律现代性是现代法律自我确证的话语体系	120
第五章 法律现代性的内在矛盾	124
一、主体性哲学的内在缺陷	124
(一)主体性哲学的内涵	125
(二)主体性哲学内在缺陷的展现	127
二、法律现代性的理性展开与终极意义的丧失	132
(一)形式合理性与实质合理性的冲突	132
(二)终极意义的缺失与自由的异化	137

三、现代法治的内在矛盾	142
(一)制度体系的封闭与价值理念体系的开放之间 的矛盾	142
(二)普遍性的法律规则与特殊性的法律事实之间 的矛盾	145
(三)外在秩序与内在信仰的矛盾	147
第六章 法律现代性的内在矛盾的解决途径	150
一、理性模式的转换	150
二、西方现代法律范式批判	155
三、程序主义法范式的确立	158
四、哈贝马斯的法律现代性理论的意义与缺陷	162
(一)哈贝马斯的法律现代性理论的意义	162
(二)哈贝马斯的法律现代性理论的缺陷	164
结 论	166
参考文献	168
中文摘要	182
Abstract	187

导言

现代性问题一直是哲学、政治学、社会学、法学以及文学、艺术等领域所探讨的核心问题之一,每年世界上针对现代性的学术作品可以说是汗牛充栋。对于这一问题,中国不同研究领域的学者从自己的专业出发,都给出了自己的见解,但很多学者都把现代性问题当作一个自明性的问题来看待,直接把现代性问题作为自己理论的支撑或批判的靶子,缺乏对现代性问题的前提性的追问。在法学领域和政治领域,近些年来随着我国法制现代化和政治改革的展开,法律现代性的问题同政治现代性的问题交织在一起,成为政法理论研究的核心命题。对于这一命题,不同的学者从不同的知识背景和学术资源出发提出了彼此迥异的见解,通过仔细分析可以看出每个人往往是在不同的语境下来谈论法律现代性问题,并且许多学者的理论缺乏对法律现代性的正当性进行前提性论证,都把法律现代性当作一个想当然的默会前提。因此,对法律现代性

理论的历史进行梳理,对法律现代性的内涵和特征进行界定甚为必要。

笔者通过对有关现代性理论的哲学、社会学、政治学、历史学、经济史学等著作的阅读,发现大量的学者都是在各自的知识领域内把法律问题同自己的专业问题勾连起来进行探讨,法律论题或作为分析过程的过渡性论题;或作为一个分析对象,用以说明其更核心的论题。尽管这些著作不以法律论题为讨论重点,但是却不乏对法律问题在现代性的背景下的深刻洞见。通过对这些零散的思想闪光点进行整理,并结合对现代法律理论的规范性研究,笔者力图对法律现代性理论作出系统的说明。本文以法律现代性作为核心论题,通过对法律现代性的自我展现过程的描述,揭示出法律现代性的批判力背后的理论基础,同时也揭示了法律现代性自身所蕴含的矛盾并探索法律现代性的未来出路。

自现代性问题成为一个热点问题之后,国内外的学者围绕着法律现代性的问题从多个角度阐释自己的观点,每年都有大量的学术专著和论文面世。由于学术界有意识地把现代性问题作为一个核心命题研究的时代恰恰是现代性理论的内在矛盾充分体现的时代,所以大量的学者都跳过现代性,直接接受后现代的理论,以现代性为靶子,展开批判。近年来西方的后现代主义,和西方许多其它理论一样,对现代性的理解同样地主要集中于理论表述而非历史实践。它对18世纪启蒙时代以来的现代主义的批评主要集中于其认识论,反对其在认识上的唯我独尊的意识形态——即以为通过理性,通过科学方法,可以得出绝对的、普适的、永恒的、超历史的真理。以吉尔兹为例:他强调一切认识的主观性,把认识比喻为法庭上各执一词的双方,各为其雇主作说词,其实并无超然的绝对真理和真实可言,借此攻击启蒙现代主义在认识论上的绝对性。他自

己则特别强调一切知识的地方性(local knowledge),或者说是特殊性或相对性。

这股潮流在国内有一定的影响,其原因不难理解。首先是因为它对西方的启蒙现代主义意识形态提出的质疑,带有一定的非西方中心化的内涵。对许多中国学者来说,面对1980年以来的全盘西化潮流,这是具有一定吸引力的。后现代主义的贡献主要在于其对19世纪以来影响极大的实证主义(Positivism)思想潮流的质疑,否定所谓“客观”存在和认识,否定迷信所谓的科学归纳方法。它在知识界的攻击目标主要是各门社会科学中流行的实证主义。此外,它也是对马克思主义唯物主义的反动,强调主观性。一些国内学者借此来否定简单的法律移植论,有的更借以强调中国自己的“本土资源”,以及中国传统的所谓“习惯法”,将之比喻为英美的普通法传统。

针对法律现代性的内涵,国内的研究也刚刚开始,只有少数学者对此作出了界定:例如,葛洪义教授将它归纳为八点:公开性、自治性、普遍性、层次性或道德性、确定性、可诉性、合理性、权威性。而周永坤教授则认为这八点只是集中在法的形式方面,对法的精神的现代性关注不够。他认为:“如果我们将法的现代化看作是一个广义的合理化运动,那么,法的现代性问题就是一个法的合理性或(现代语境下的)正当性问题。如果我们将现代的法律理解为正义,则依据罗尔斯关于正义的理论,法的现代性问题可以分为实质现代性、形式现代性与程序现代性;如果按照自然法的思维,法的现代性问题其实是一个理想的法律图景,那么,法的现代性就可以沿用富勒的实体自然法与程序自然法的分析理路,将法的现代性分为实体的现代性与程序的现代性,或法的外在现代性和内在

现代性。我们也可以仿效韦伯的方法将法的现代性归纳为三个大的方面:价值合理性、目的合理性、工具合理性。这里的价值合理性是指法律本身承载的价值是合理的,例如自由、平等、人权等等;目的合理性是指法律所要达致的目的本身是合理的,例如,法律可以为统治服务,可以为经济发展服务,也可以为人的发展服务,当这些目的本身发生冲突的时候,选择何种目的;工具合理性是指法律作为手段本身是合理的,例如,什么样的法律能够有效地达致和谐的目标,大量的死刑是不是合适的达致巩固统治的目的等等。在这些方面,现代法律与古代的法律都有一些不同的要求。”在此论证的基础上,针对中国的现实,周教授提出了中国法律现代性的十大困境,即(1)老师打学生的尴尬;(2)普适性原则与地方性知识何去何从;(3)国家主权与法律全球化的消长;(4)平等与身份的对峙;(5)社会至上与保障权利的对抗;(6)单位金字塔与公共交往理性的不谐;(7)政治权威与法律权威的抗衡;(8)法律工具性主张和规范性需求的紧张;(9)刀把子定位和司法独立难协;(10)法律统一与地方利益的冲突。^①在笔者看来,周教授这十个困境是对全球化背景下的中国法治现实的一个基本判断,力图探索中国法治的未来发展方向。

法律现代性与法律现代化的关系问题也是中国学者的核心关注点,公丕祥教授从法律现代化的角度来探讨法律现代性的问题,并把法律的形式合理性、法律的价值合理性、法律的效益化原则作为判定法律现代化程度的标准。^②他的研究工作推进了学术界对法律现代化的认识,但他在著作中缺乏对法律现代化和法律现代性之间关系的探讨,这不能不

① 周永坤:《论中国法的现代性的十大困境》,《法学》2006年第6期。

② 公丕祥:《法制现代化与建设现代法制国家》,《江海学刊》1998年第1期。

说是一个遗憾。多位学者的研究成果,则为法律现代性的研究奠定了坚实的基础,张文显教授的现代权利体系研究,邓正来教授的中国法律的未来理想图景的研究,都是在试图为中国的法律现代性的规范性研究探索一条新的途径。笔者则在诸位前辈的研究成果的基础上,着力探讨以法律现代性的内涵和特征为核心的法律现代性的本体论问题,期待能为法律现代性的研究作出微薄的贡献。

第一章 导 言

导言是本书的序言,也是本书的总论。导言的主要任务是:第一,阐明本书的研究对象、研究范围、研究方法和研究意义;第二,阐明本书的研究思路、研究框架和研究重点;第三,阐明本书的研究方法和研究手段;第四,阐明本书的研究成果和研究结论。导言是本书的总论,也是本书的序言。导言的主要任务是:第一,阐明本书的研究对象、研究范围、研究方法和研究意义;第二,阐明本书的研究思路、研究框架和研究重点;第三,阐明本书的研究方法和研究手段;第四,阐明本书的研究成果和研究结论。

导言是本书的序言,也是本书的总论。

导言是本书的序言,也是本书的总论。

导言是本书的序言,也是本书的总论。

导言是本书的序言,也是本书的总论。导言的主要任务是:第一,阐明本书的研究对象、研究范围、研究方法和研究意义;第二,阐明本书的研究思路、研究框架和研究重点;第三,阐明本书的研究方法和研究手段;第四,阐明本书的研究成果和研究结论。

第一章 法律现代性的内涵与特征

“法律是什么”，这个问题曾被数不清的学者追问。但当人们提出这个问题的时候，总是隐含着一种当下的思考，体现着一种时代性的理论关切，于是，这个问题也就自然地转换为“现代的法律是什么？”的问题。对这一问题的任何回答，无疑关涉到现代法律的本体论问题，即关系到对法律的现代性给以界定和描述的问题。笔者的目的即在于进入法律现代性问题的内部，通过对法律现代性内涵的探讨，使法律现代性的理论图像变得更加清晰起来。

一、法律现代性的概念辨析与问题域的确定

（一）“现代性”概念的起源与界定

黑格尔曾经说过，概念构成了认识之网上的一个网结。如果要对“法律现代性”的概念进行分析考察，那么首先就要对这一概念的中心

词,即“现代性”这一概念的起源进行考察,并对其内涵进行界定,在此基础上才能有一个对“法律现代性”客观全面地认识。

“现代性”的概念从诞生之初就是一个容易在理论界引起争论的话题,学者对这一概念怀有复杂的情感,困惑与激情交织在一起。从概念所涵括的范围来说,它包括了哲学、政治学、法学、社会学、文学、艺术学、建筑学等多个领域;从时间的跨度上来说,按照哈贝马斯的说法,就现代性的话语而言,从18世纪后期开始,它“就已成为‘哲学’讨论的主题”;^①再从空间的广度而言,对现代性问题的关注与争论,也超出了孕育现代性问题本身的西方世界,扩散到全球领域。

针对“现代性”这一语词的起源,学界一直存在着争论。美国学者马泰·卡林内斯库曾经对它的语源专门进行了考察。他指出,这个术语至少在17世纪就在英国流行了,比如说,《牛津英语辞典》记录了“现代性”一词在1672年首次出现。卡林内斯库还提到,在法语中相应的“现代”一词,其出现比英语要迟得多,人们曾找到它在19世纪中期时的三处使用。利特雷辞典在泰奥菲尔·戈蒂埃发表于1867年的一篇文章中找到了它;罗贝尔辞典发现它首次出现于夏多布里昂出版于1849年的《墓中回忆录》;不过,这两本辞典都没有提及美学家波德莱尔在他写于1859年、发表于1863年的论康斯坦丁·盖伊德文章中也曾使用过“现代性”一词。^②在波德莱尔的《现代生活的画家》(1863)这篇文章中,他写出了有关美学现代性的一句名言:“现代性是短暂的、易逝的、偶然的,

① 【德】哈贝马斯:《现代性的哲学话语》,曹卫东等译,译林出版社2004年版,第1页。

② 【美】马泰·卡林内斯库:《现代性的五副面孔》,顾爱彬、李瑞华译,商务印书馆2003年版,第49页。