

正义思考的轨迹

季卫东 著

季卫东法学系列

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

正义思考的轨迹

季卫东 著

季卫东法学系列



法律出版社

始创于1954年

图书在版编目(CIP)数据

正义思考的轨迹/季卫东著. —北京:法律出版社, 2007. 2

(季卫东法学系列)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7042 - 8

I. 正… II. 季… III. 法学—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 005049 号

© 法律出版社·中国

季卫东法学系列

正义思考的轨迹

季卫东 著

责任编辑 刘彦洋

刘 辉

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 7.75 字数 185 千

印次 2007 年 3 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7042 - 8

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

在1982年,法兰西科学院院士、巴黎第一大学哲学教授米歇尔·塞瑞斯(Michel Serres)出版了诗集《生成》。其中有一段写道:

“此处,现在,有一条纽带。

还有迷茫的大海……

波与涛的起伏、分歧以及反复,

节奏或韵律,乱流漩涡的动态。……

纽带突然中断,于任何所到之处,……

脆弱的,不稳定的——那纽带,

特色也显现出来。”

这样的意境,似乎暗示了世界即将陷入宏伟叙事终结、意识形态分崩离析的混沌。

就在同一年,中国颁布了“改革开放宪法”,启动了一次声势浩大的远航。没有详细的海图,有着“四项基本原则”的罗盘以及振兴经济的共识。政府增强了对试错过程的宽容以及立足于实践的反思理性。从而也使制度化、立法以及政策思考的话

语纽带逐渐呈现出就像塞瑞斯描绘的那种无规则性碎片的景观。从中能够看到解构后的堆积,或者解释性旋回的余地,或者创造性破坏,或者在混乱中重组的秩序。

从那时开始算起,四分之一世纪的光阴已经逐浪而去。人们开始追问:究竟“生成”了什么样的新文明?在激湍中还应该怎样促进和引导“生成”?

不得不承认,政府以及法律人也一直在致力于对奇妙的偶然进行非随机化处理和技术加工,使之转写到制度设计方案之中,但是,崭新的结构尚未成形。实际上,亿万张蛛网般的人际关系纵横交错,使许多创造性举措纠缠其中,最后像被粘住的蜻蜓,飞不了,走不动,最后只留下被抽空精髓、分享营养之后的残骸。凡此种种都不断地引起制度的功能障碍,并且导致某种“网络浑沌”。

尽管如此,历史毕竟在逶迤地向前延伸——从计划经济到市场经济,从义务本位到权利本位,从自由裁量到程序正义,从专断支配到民主法治,等等。这就是1982年中国宪法体制变迁的主要轨迹。而我个人的学术生涯以及思考的轨迹,基本上与之同步。为经济、政治、社会以及文化的发展而欣喜,也为短暂的倒退或停滞而忧愤——诸如此类的现实关怀都在研究和写作中留下了鲜明的烙印。

一般而言,在意识形态的向心力弱化之后,结构的维持、演化以及调整不得不更多地依赖国家的权力和规范,因而很容易落入彻底法律实证主义的陷阱。为了防止这种偏颇,同时也避免反过来滑向极端民粹主义的泥潭,有必要从相互的本质直观(例如阿尔夫勒德·舒茨 Alfred Schutz 关于日常生活多元化分析的现象学)、正当性说明(例如卡尔·曼海穆 Karl Mannheim 关于意识形态和时代解释的知识社会学)、人类道德(例如埃麦纽尔·勒维那斯 Emmanuel Lévinas 关于个人对他者责任的道德论)、社会正义(例如约翰·罗尔斯 John Rawls 关于分配公平和政治自由的正义论)等视角来观察现象,不断思索和讨论法学理论上的一些基本问题,并发展出一种以沟通、相互理解以及重叠性共识为基础的新的程

序民主主义的制度安排。

正是基于逐渐清晰化的上述认识和宗旨,我始终关注法治秩序的建构与对异议、抗议的处理这两个相反相成的方面,并试图在有关张力中寻求制度创新的基点以及中国法学研究的适当定位。可以说,从1992年起发表的学术论文、笔记、时评、散文、访谈等,基本上都采取了同样的立场,具有显著的一贯性。因此,在盘点和重组新旧稿件并汇编成系列化文集的时候,我决定把在1980年代发表的带有思想杂质、不太成熟的部分作品都摒弃在收录范围之外,虽然其中有的论述也曾经产生过某些反响、具有一定的参考价值。

但是,要对这十五年来在不同场合先后写出的文章进行严格的分门别类和体系化,仍然存在一些困难。现在,这套系列作品大致整理成五卷,各自形成松散的、包涵多样性的统合。第一卷的标题是《宪政的理念》,分为“宪政的结构与功能”、“走向宪政之路”、“围绕宪政的互动与参照”三辑,主要考察宪法秩序的结构、功能以及价值涵意,探讨政治改革“软着陆”的可能性和具体方式。第二卷《法治构图》也分为三辑,包括“法治国家的主轴和框架”、“推行法治的前提条件”以及“法治与反思理性”,勾勒出了在中国形成和发展法律秩序的主要设计图以及作业的关键性内容。第三卷《正义思考的轨迹》分别从“人物与学说”以及“法学前沿的景观”这两个角度来处理如下问题:何谓法律家的独特思维模型?应该怎样确定实质性价值?当代法学思潮的流向变化如何?等等。第四卷《制度、规范以及实践》由“制度设计的主要着眼点”、“在网络结构中的规范效力”以及“法学教育与专业化水准”等不同方面组成,把重心从理想型转向现实可行的操作,根据社会需要来转动制度的万花筒。第五卷《秩序与浑沌的临界》以关于法律现象和典型实例的随笔或评论为主,整理成“解构、不确定性以及法的生成”、“透过个案看机制”以及“围绕秩序转型的对话和沟通”等三个部分。

与专业性很强的著作相比较,这些风格相异、长短不齐的文章也许更能体现一个海外游子对祖国的热爱、牵挂以及深沉的忧患意识。特别

是从1993年起,我经常回国,或进行田园调查,或参加学术研讨会、应邀讲演,也不断接到采访和约稿的函件,这一切都迫使本人更加关注在这片广袤的土地上发生的各种法律现象以及制度化的得失成败。当然,自己是没有资格判断这些观感和主张是否对法与社会发展构成贡献、是否具有真知灼见的。但有一点可以问心无愧,这就是笔者一直信守和实践着当年在北京大学毕业纪念簿上留下的那句诺言:“说真话,做实事”。这五本册子正好构成了真实的交代。

值此作品系列出版之际,我向曾经慷慨地提供信息、资料、对话平台以及各种支持和帮助的朋友们再次表示谢忱,也感激有关学术机构、报刊编辑部、出版社为拙稿提供发表的机会并允许我另行结集出版。最后我要特别向法律出版社的编辑致意,他们的开明作风和敬业精神给我留下了深刻的印象,在文集的构成等技术处理方面的建议也很有助益。

季卫东

于2006年霜叶红透时节

目 录

第一辑 人物与学说

施米特宪法学说的睿智与偏见 /3

哈耶克的法治悖论:有机体与自由

——兼与邓正来教授商榷对自生秩序观的学术
评价界定法 /18

法律体系的多元与整合

——与德沃金教授商榷解释方法论问题 /24

作为国家缩影的刑罚制度

——福柯监狱结构论点评 /42

凯瑞斯的批判法学主张与批判的言论自由

——对凯瑞斯教授讲演的评论 /45

“伦奎斯特法院”的天平与砝码 /51

在法学经典中感悟“两造抗辩”的奥妙 /55

为中国法理辩论提供两个分析框架 /60

法不阿贵 方成公器

——关于宪政之路与江平先生风骨的随想 /67

犹忆天涯宪政谈

——为当代中国研究中心 7 月 24 日“杨小凯先生追思会”而作 /80

第二辑 法学前沿的景观

从边缘到中心：20 世纪的制度改革与法社会学研究运动 /87

界定法社会学领域的三个标尺以及理论研究的新路径 /117

社会变革的法律模式 /126

法律秩序的传统与创新 /135

现代法治国的条件 /145

法的根源与效果 /156

“应然”与“实然”的制度性结合 /163

追求效率的法理 /171

法律变化的定量分析和预测 /180

私法秩序与经济的发展 /191

关系契约论的启示 /201

当事人在法院内外的地位和作用 /211

面向 21 世纪的法与社会

——参加法社会学国际协会第三十一届学术大会之后的思考 /220

第一辑

人物与学说

施米特宪法学说的睿智与偏见

也许是“政治成熟的”但绝非自由主义的同路人，在第一次世界大战结束和柏林革命爆发之际，德国正面临战场惨败、经济萧条、政治动荡、外交枯萎的残局。于是，民族的整合与崛起就成为当时举国上下最强烈的愿望。

正是在这样的背景下，德国有两位著名思想家，基于深沉的忧患意识和爱国心，先后倡导领袖独揽大权的必要性。一位是马克斯·韦伯，他提出了把人民投票与帝国总统制结合起来的构想，并借助民主党的推动，使之成为魏玛宪法的核心内容之一。^①另一位就是卡尔·施米特。后者特别强调主权者的决断以及突破法制羁绊的非常举措，并从政治神学的角度为《魏玛宪法》第48条所规定的总统

① 上山安敏在《韦伯及其社会》（京都，密涅瓦书房1996年版）第5章“指导者民主主义”中对整个过程进行了翔实的叙述。

强制执行权进行了不遗余力的辩解。^①

思想、制度以及实践活动交织在一起的这段历史故事,在中国知识分子中很容易引起“外争国权”之类的情感共鸣,也很容易围绕“内争民权”等问题引起理论上的误解——甚至把施米特的专制化政治主张与韦伯所标榜的“政治成熟的”自由主义混为一谈。^②

实际上,韦伯虽然把复兴德意志的期待寄托在享有威权的民国总统身上,还因此把那些与国家对峙并能促进自下而上开展权利斗争和市民抵抗运动的因素也从法治国家的图景中剔除掉了,但是,他却仍然坚持公民必须作为独立主体以及个人化社会责任和制度运作的担纲者而存在的原则,始终维护与市场经济的竞争相对应的代议制民主的框架。因此在韦伯的思想中,使官僚国家民主化、加强议会的力量、以竞选和审议的方式来陶冶和推举政治领袖等,就构成国内政治改革的基本任务,即使作为超凡领袖的强人也还是不能摆脱自由主义游戏规则以及民主决策程序的约束。^③

施米特则与此截然不同。他把那些至关重要的前提条件都抛到九霄云外了,只剩下那超越法律程序的主权者决断、非常状态下的总统强权以及对领袖功勋不断喝彩欢呼的总体性“民意”。在施米特眼里,个人没有价值而只有力量、没有主体的自由而只有为权力目的而牺牲的德性;什么法律实证主义、市民社会、自由权、国会与布尔什维克以及犹太人等,都不外乎一丘之貉;应该特别注重的政治课题,只是如何把民主主义从自由主义那里区分开、拯救出来。^④ 自纳粹掌权以后,施米特进一步

① Renato Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, Cardiff: University of Wales Press, 1998, Chapter 5 “Sovereignty and Constituent Power” and Chapter 6 “The Constitution of Political Liberalism”, especially pp. 111 - 113, 163.

② 刘小枫:《施米特与政治法学》,上海三联书店2002年版,前言第30页。

③ 马克斯·韦伯:《韦伯作品集(Ⅰ)学术与政治》,钱永祥等译,广西师范大学出版社2004年版,特别是正文第2章以及附录第3章。

④ 例如,卡尔·施米特在论文“市民的法治国家”(1928年)和“法治国家”(1935年)中展开的阐述。见古贺敬太、佐野诚编:《卡尔·施米特时事论文集——魏玛、纳粹时期的宪法和政治的论议》,东京,风行社2000年版,第147~157、180~197页。

把非常状态下作为例外而承认的独裁加以常规化和恒久化,转换成所谓“具体的秩序思考”,甚至还提出了“不以既存的法治国家概念来限定纳粹主义,相反要以纳粹主义来限定法治国家”、^①以“阿道夫·希特勒的德意志法治国家”——具体的秩序和强制性政治意志——来取代那空虚的“法律支配”之类的荒谬命题。^②

魏玛宪法文本的最佳反面教师

众所周知,区分敌友是施米特政治法学的基本公式。在他的整个政治学说体系中,“谁是我们的敌人”这个问题始终具有极其重要的意义。^③毋庸讳言的事实是,从1934年起,施米特就公然与自由民主主义为敌了。他认为纳粹主义运动的目的,就是要解放整个德意志民族,以免除那些对“敌人所持有的自由民主主义国家理想和宪法理想”趋之若鹜的“精神隶属和屈从”。德国当代杰出的法哲学家阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)已经指出,与同时代的政法界学者相比较,施米特对自由民主主义的攻击是最凶猛凌厉的。^④

请问,就这么一个敌视自由民主主义的法西斯“桂冠法学家”,怎么

① 施米特:“纳粹主义与法治国家”(1934年)。古贺敬太、佐野诚编:《卡尔·施米特时事论文集》(前引),第169页。关于例外和决断的思想演变过程,参阅 George Schwab, *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt Between 1921 and 1936*, 2nd ed., New York: Greenwood Press, 1989。

② 施米特:“法治国家”(前引),第194页。参阅佛尔卡·诺伊曼:“从决断思考到秩序思考——纳粹主义的挑战中的卡尔·施米特的法理论和国家论”,载 H. 洛托罗伊妥纳编:《法、法哲学与纳粹主义》,纳粹法理论研究会译,东京,米思兹书房1987年版,第227~242页,特别是第232~237页。

③ 卡尔·施米特:“政治的概念”,刘宗坤等译,载刘小枫编:《施米特文集》第1卷,上海人民出版社2004年版,第87~183页,特别是第106~108页。

④ 阿图尔·考夫曼:“法哲学与纳粹主义”,载 H. 洛托罗伊妥纳编:《法、法哲学与纳粹主义》(前引),第16页。

可能成为“政治成熟的”自由主义担纲者？那些被迫流亡海外，或在境内遭受精神放逐的自由主义法学理论家，他们会同意这样的重新定位吗？倘若这样肆无忌惮地混淆敌、我、友之间的实际分野，然后还要为他加上“政治成熟的”赞语和“自由主义的”标签，岂非对施米特的卓越学识、洞察力以及定见的极大嘲弄？！

当然，有些人可能还会辩称：撇去希特勒上台后施米特曲意逢迎的复杂的心路历程不谈，就他的前期著述尤其是《宪法学说》而言，目的还是要为自由民主主义“补天”，并不是对《魏玛宪法》来个三下五除二的“拆庙”。在这个意义上，此翁其实算不上自由民主主义的敌人。

但是，得出这种结论的理由何在？我们所知道的事实正如袞特·马舒克（Günter Maschke）指出的那样，在希特勒上台之前，施米特老早就已经向法学的自由主义规范宣战、对个人主义下达有罪判决了。^①他还与俄伦斯特·佛鲁斯特霍夫（Ernst Forsthoff）等人对酌唱和，试图以“整体国家”或者“元首国家”的范式来取代作为市民法治国家某种形态的魏玛宪法体制。^②因而阿图尔·考夫曼把施米特也视为“魏玛共和国的掘墓人”之一，毫不含糊。^③

尽管如此，我们还是有必要在新的问题状况中重读《宪法学说》这本颇具学术价值和政治先见之明的著作。对整个叙述脉络及其蕴涵进行冷静的考察和分析，就可以发现自由民主主义思想内在的某些盲点和弱点以及民主法治国家在制度设计上的缺陷，就可以更清楚地辨析魏玛宪法的第48条（总统大权条款）如何吞噬第20条（国会定位条款），进而吞噬第1条（人民主权条款）以及第114条（人身自由条款）和第118条（言论自由条款）的历史覆辙。在这里，施米特确实可以充当中国政治改

① 转引自考夫曼：“法哲学与纳粹主义”（前引），第11页。

② 同上，第17页。

③ 同上，第6页。另外，他还认为施米特等反对主体权利，是自由主义和个人主义（也包括和平主义和社会主义）的死敌。参阅阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔编著：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第117～119页。

革的最佳反面教师。所以,今天我们所进行的批判并不是针对施米特学说的深入研究和介绍,而只是针对施米特学说的曲解、片面宣传以及不适当的颂扬。

人民决断的神话:整体同质性和意志表达

卡尔·施米特反对自由主义的根据是平等以及在相应的同质性基础上的民主。他认为,存在着一种“作为政治形式原则的民主制与主张自由和人人平等的自由主义之间的对立。如果一个民主制国家始终不渝地承认普遍的人类平等,它就会在公共生活和公法的层面上失去其实质”。

何谓民主的实质?答曰:“民主制的核心概念是人民,而不是人。”^①而维护民主制实质前提的关键在于“人民还能区分敌友”。^②这么说,似乎有自由则无平等,所谓民主,也不得不以对私人或者异族的没商量的专政以及内外有别的平等为实质性代价。

如此奇崛的理论取向,显然是由其神学式国家观所决定的。^③施米特把国家定义为人格化的总体,任何进行决断的政治意志都必须统一,而绝不等于私人意见的总和。^④与此相应,上帝面前人人平等的信条在世俗政治中的映象必然是:在独裁的主权者(无论是具象的君主还是抽象的人民)面前人人平等,个体应该为总体的权力而牺牲——不得不指出,这是全民皆兵的逻辑,把卢梭式“公意”概念推演到了极端。这也是过激化的军政英雄主义在常规的文明管理活动中的表现,甚至会让人不

① 卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第250~251页。

② 同上,第264页。

③ 施米特:《政治的概念》(前引),第25页很典型地表明了这一点。在有关论述中,国家作为“解围之神”而无所不在、全知全能。

④ 同上,第209~211页展开的主张就是很好的实例。

禁联想到中国先秦时代“兵刑一体”、“编户齐民”的法律传统,新鲜感顿时减掉许多。

根据上述国家概念,权力结构必须一元化,意识形态也必须一元化,而多样性、多中心论必须摒弃。^①从施米特的观点来观察,这种政治上的“统一性和秩序”就是“绝对意义上的宪法”。^②正如魏玛宪法序文所说的那样:“德意志国民团结其种族、一德一心共期改造邦家,……爰制兹宪法。”所以他得出如下结论:“制宪行为本身并不包含任何个别规范,而是通过一次性决断、针对政治统一体的特殊存在形式规定了它的整体结构。”^③因此,也不妨说“一切宪法安排和宪法程序都具有如下意义:国家‘被看成一个人格统一体,代表着一切自由的、自决的个体的意志’。相反,国家法规则将一切个体和行政机关视为国家的部件,要求他们(它们)完全服从(Gehorsam)”。^④

问题是,做出以上决断的主体是谁?这样的决断是一次性的、不可更改的吗?

按照民主主义理念,主权在民,决断的主体只能是人民。但人民究竟怎样行使制宪权?怎样根据自己政治意志的变化而重新进行决断?人民能够宣称既有的国家机关不代表自己吗?人民能够质疑现行法律秩序的正当性吗?如果作为人民组成部分的公民个体只能由国家来全盘代表,只能完全服从国家,那么人民的意志又何从表达?既然分清敌友是政治决断的本质,假设人民开始视一小撮统治者为公敌了又该怎么办?当国家机关开枪镇压人民的异议时,被迫忍辱和屈从也算是人民的一种决断吗?

在《宪法学说》中,我们找到的答案只有:(1)全体人民的“直接的自

① 施米特:《政治的概念》,第117~124页阐述的主题正是“国家是政治的统一体,因多元论而出问题”。

② 施米特:《宪法学说》(前引),第5页。

③ 同上,第26页。

④ 同上,第8~9页。