

Xiamen University Law Review

厦门大学

◆ CSSCI集刊 ◆

法律评论

2012年卷 总第二十辑



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

厦门大学法律评论

2012年卷 总第二十辑

主编 周 赟



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

厦门大学法律评论. 第 20 辑/周赞主编. —厦门: 厦门大学出版社,
2012. 9

ISBN 978-7-5615-4342-9

I. ①厦… II. ①周… III. ①法学-研究-文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 200118 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门集大印刷厂印刷

2012 年 9 月第 1 版 2012 年 9 月第 1 次印刷

开本: 787×1092 1/16 印张: 25.75 插页: 2

字数: 381 千字 印数: 1~1 500 册

定价: 41.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

《厦门大学法律评论》编委会

编委会主任：徐崇利

编委会成员（以姓氏首字母为序）：

陈喜峰 金海统 李刚 刘志云

吕英杰 孙丽岩 王凌皞 魏磊杰

吴洪淇 吴旭阳 徐振东 郑永宽

周赞 朱腾

学术编辑：

姜孝贤 李亚凝 王晓君 左迪

编辑者言

编辑者将怀着对作者和作品的温情与敬意,持守对法治及其理论的虔诚与审慎,以《厦门大学法律评论》(以下简称《评论》)参与转型中国的学术建设、社会进步。

一、编辑者为此所提供的形异而神一的理论平台包括:学术专论;学术评论(包括学术批评、立法评论、案例评析等);学术译作;学术随笔;法律教育评论;司法官来稿(视稿源情况可以分别是“检察官来稿”、“法官来稿”、“代理人来稿”等)。

在必要且可能时,编辑者也将就某一特定主题以专题研讨展示作者之智识于读者。

二、稿件篇幅不限。编辑者希望作者可以借此从容铺陈,而读者则从条分缕析中得享阅读之乐。所刊稿件若确因版面所限,编辑者将商请作者删减。

三、编辑者在收到稿件后两个月内就刊用与否回复作者。

四、《评论》已被列为《高等学校文科学术文摘》之文摘源出版物,所有在《评论》发表的文章均可能为《高等学校文科学术文摘》所转载或摘编。

《评论》已入选 CSSCI 期刊目录;并已加入《中国期刊全文数据库(CJFD)》,所有在《评论》发表的文章均被同步编入 CJFD。编辑者就此敬请作者于惠赐大作时慎重考虑。

五、稿件一经采用,即由出版者支付稿酬(其中包括 CJFD 的作者著作权使用费),并提供样书两册。

六、稿件请用 word 文档形式发送电子邮件至:lawrev@xmu.edu.cn。

七、编辑部电话:0592-2187782。

来稿请注明作者姓名、出生年份、性别、籍贯、所在机构、学位、职称、通信方式,并请附上中英文标题、摘要和关键词。作者的以上信息,仅当文章录用并刊发时将一并载明,以便读者与作者。

《厦门大学法律评论》编辑部

目 录

学术译作

自然法的过程理论与中国的法治

..... [美]马克·C.莫达克·特鲁安 著 杨富斌 译 1

存在任何规则吗?

..... [加拿大]蒂莫西·A.O.恩迪科特 著 程朝阳 译 41

法律原则的两种模型

..... [美]斯蒂芬·佩里 著 张晓笑 陈林林 译 66

学术专论

论南朝礼义决狱 龙大轩 邓长春 105

我国公租房制度建设研究

——以地方立法与实践为视角 王学辉 李会勤 124

公民受教育权的宪法保障与司法救济

——教育侵权纠纷诉讼解决新机制探析 张义清 165

陕西新生代农民工精神文化需要和文化权利的社会

实证研究 褚宸舸 184

量刑辩护及辩护律师在量刑程序中的作用 汪贻飞 216

舆论意见的技术基础和活动场域 郑金雄 238

学术评论

中国司法中的奥斯丁困境

——法官适用民间习惯的合法性难题及其解决 王林敏 255

台湾“个人资料保护法”的变迁、问题及其启示意义 李 飞 270

“错误”的问题域

——以优士丁尼《法学阶梯》为例 赵毅 298

慈继伟的问题意识与理论抱负

——以其正义秉性解释论为起点的考察 阎云峰 328

论行政检察面临的瓶颈及其突破

——以四川省检察机关 20 年(1990—2010)来的

实践为主要素材 张英民 362

《厦门大学法律评论》注释体例 402

Contents

Academic Translation

A Process Theory of Natural Law and The Rule of

Law in China

Mark C. Modak—Truran / 1

Are There Any Rules?

Endicott Timothy / 41

Two Models of Legal Principle

Stephen R. Perry/ 66

Academic Monographs

On the Southern Dynasties' using Li and Yi to

Judge Cases

Long Daxuan, Deng Changchun/ 105

On China's Establishment of a Public Rental System—From the Perspective of Local Legislation

and Practice

WANG Xuehui, LI Huixun/ 124

Constitutional Protection and Judicial Relief for the

Right to Education of Chinese Citizens—An

Analysis of the New Mechanism for Educational

Dispute Litigation and Resolution

Zhang Yiqing/ 165

On Social Positivism Research Pertaining to New

Generation of The Peasant Worker's Spiritual

and Cultural Needs and Rights in Shanxi Province

Chu Chenge/ 184

On Defence of Sentences and Defence Lawyer's

Function in Sentencing Procedure

Wang Yifei/ 216

Technical Foundation and Functioning Domain of Public Opinions	Zheng Jinxiong/ 238
Academic Review	
“Austin’s Difficulty” in the Chinese Judicature— the Problem of Legality and its Resolution per- taining to Judicial Adoption of Inter-Personal Custom	Wang Linmin/ 255
Taiwan’s Revised Personal Data Protection Act: Transition, Deficiencies and Its Implication to Mainland China	Li Fei/ 270
Issues on Error in Justinian’s Institutes	Zhao Yi/ 298
On the Problem Consciousness and Theoretical Ambition of Ci Jiwei	Yan Yunfeng/ 328
On the Bottlenecks and Breakthrough of Prosecu- torial Supervision of Administrative Proceed- ings—Based on 20 Years’ (1990 — 2010) of practice in Sichuan	Zhang Yingmin/ 362

自然法的过程理论与中国的法治

[美]马克·C. 莫达克·特鲁安* 著 杨富斌** 译

摘要 本文分析了中国实施法治的种种努力,并根据怀特海的过程哲学和詹姆士的急进经验主义提出一种建设性的后现代规范法学理论。这种“自然法的过程理论”提出一种新的自然法理论观点,旨在消除法的不确定性引起的所谓法的非法性,弥合法的理论与实践之间的本体论断裂。过程自然法还旨在通过美的目的来协调东西方诸多文化差异,使东方的秩序美感与西方的理性秩序感的统一达到最大化。为了与这种美的目的相一致,过程自然法还支持文化上敏感的法治概念,推崇怀特海所说的“每一种社会都有其自身的完美类型”的观点。这种法治概念允许民主和形式合法性的

* 马克·C. 莫达克·特鲁安(Mark C. Modak-Truran),系美国密西西比学院法学院法学教授。他在美国古斯塔沃斯-阿道尔夫斯学院获得学士学位(B. A.),在美国西北大学获得法律博士(J. D.)学位,在芝加哥大学获得博士学位(A. M., Ph. D.)。《自然法的过程理论与中国的法治》(a process theory of natural law and the rule of law in China)一文是其过程法学研究的重要论文之一。此文初稿曾在过程研究中心中国部与中国政法大学于 2007 年 7 月联合主办的国际学术会议《法律、道德与政治:从建设性后现代视角看》上宣读,之后经过作者修改,在美国学术期刊上发表。

** 杨富斌,北京第二外国语学院法政学院院长、法理学教授;美国克莱蒙研究生大学(Claremont Graduate University)过程研究中心(Center for Process Studies)特邀研究员。电子信箱:fubinyang2000@yahoo. com. cn。

解释中以及法律的个人权利实例中所反映的重要文化差异。因此,作者认为,理想的法治在美国和中国可能在表现形式上非常不同,并会在我们不断变化的、多元的和复杂文化的世界上不断进步和发展。虽然法律理论家们对法的不确定性程度观点不一,但他们都一致认可法律的不确定性。法律之所以有不确定性,是因为在一些疑难案件中,相关的制定法、普通法、合同法或宪法规范显然都不能对于有待裁决的问题提出完全一致的解决方案。法的不确定性提出的难题是,由于法官总是难以摆脱个人的政治、道德或宗教信仰,因而疑难案件的司法判决似乎有不合法之嫌。过程自然法学试图为解决这一难题提供一条新的进路。

关键词 过程法学、法治、法的不确定性、法的本体论断裂

A Process Theory of Natural Law and The Rule of Law in China

Mark C. Modak—Truran

Abstract: This article analyzes China's efforts to implement the rule of law and proposes a constructive, post-modern normative theory of law based on the Process Philosophy of Alfred North Whitehead and the Radical Empiricism of William James. This "process theory of natural law" provides a novel theory of natural law that eliminates the perceived illegitimacy arising from legal indeterminacy and closes the ontological gap between legal theory and practice. Process natural law also mediates many of the cultural differences between the East and the West through the telos of beauty (unity-in-diversity), which entails maximizing both an Eastern aesthetic sense of order and a Western rational sense of order. In accordance with the telos of beauty, process natural law further supports a culturally sensitive conception of the rule of law because, as Whitehead emphasizes, "each society has its own type of perfection." This conception of the rule of law allows for important cultural differences to be reflected in the interpretation of democracy and formal legality and in the instantiation of individual rights in the law. Thus, the ideal rule of law may look quite

different in the United States and China and may continue to evolve in our constantly changing, pluralistic, and multicultural world. Although legal theorists disagree about the degree of legal indeterminacy, they overwhelmingly agree that the law is indeterminate. The law is indeterminate because there are hard cases where the apparently relevant statutes, common law, contracts, or constitutional law provisions at issue fail to resolve disputes. Thus, legal indeterminacy raises the specter that judicial decisions in hard cases are illegitimate because judges must rely on personal political, moral or religious beliefs. The process natural law raises a new approach to solve this problem.

Key Words: process law, rule of law, legal indeterminacy, ontological gap of law

一、导论

自二战结束以来,输出法治一直是美国、英国和欧洲外交政策强烈关注的重点。德国和日本的战后宪法则追随着这种西方式宪法民主概念和法治概念。冷战结束导致许多前东方板块的共产主义国家实施西方类型的民主宪法和法治概念。同样地,在1979年,邓小平指引着中国实行“向西方开放的政策”,这使中国开始努力实施法治。最近,乔治·布什总统荒谬地以军事手段在阿富汗和伊朗传播“民主”和“法治”,以之作为对抗恐怖主义传播的预防措施。在所有这些场合,只有“法治一直被真正地看作现代国家的灵魂”,只有关注法治才是有意义的。

然而,法治在美国和全世界都面临着严峻挑战。在美国,法律的不确定性和法律理论与法律实践之间的本体论断裂提出两种困惑,这些困惑向当代规范法律理论的解决方式提出了挑战。虽然法学家们(从极端激进的解构主义者到当代法律规范主义者)对法律的不确定性达到了何种程度,迄今仍然意见不一,他们却一致认同法律具有不确定性。之所以说法律具有不确定性,是因为对一些棘手案件或疑难案件,明显地,与之相关的制定法、普通法、合同法或宪法规定都不能解决其中的争端。因此,法律的不确定性提

出这样一种严重的忧虑,即:由于法律必须依赖于个人的政治信念、伦理信念或宗教信仰,因而在那些疑难案件中作出的司法判决是不合法的。

尽管广泛认同法律是不确定的,当代法律理论却不能提出一种规范的法律理论来解释在这些棘手案件中法律何以能是合理合法的。譬如,法律实证主义者,像哈特(H. L. A. Hart),认识到了法律的不确定性或者法律的“开放结构”,但却坚持认为法官具有判决疑难案件的“判断力”,可是他并没有具体地说明他们应当如何运用这种判断力。批判的法律研究学派、女性主义法律理论和批判的种族理论否认非政治的法律合法性的可能性,并集中力量解构与阶级、性别和种族有关的那些潜在的政治偏见。最终,某些法律理论家则不成功地试图否认法律的不确定性。譬如,罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)仍然固守着他的所谓“正确答案说”——除了极端罕见或奇异的案件以外,在疑难案件中存在着“正确答案”——尽管一直以来人们认为他的法律解释理论使得整个法律体系成为不确定的。

在《法律困境》^①一书中,史蒂文·史密斯(Steven D. Smith)确定了第二种重要的对当代规范法律理论的挑战。他令人信服地论证说,法律实践的形而上学或本体论前提与当代法律理论的前提是不一致的。法律实践是以经典的或宗教的本体论为前提的,而当代法律理论通常是以科学的本体论(例如,科学的唯物主义)为前提的。史密斯的结论是,法律实践与法律理论之间的这种“本体论的断裂”表明了“某种形而上学的困境”,这“将要求我们‘严肃地对待形而上学’”。史密斯的论证表明法律理论家们不能再无视形而上学前提或本体论前提的问题了,但是他承认他“对这个问题的可能答案是什么也不知道”。下面将要重点论述这一困境,并要表明其预兆并不像史密斯所说的那样可怕。

在国外推进法治提出这样一些问题,即法治的西方前提或假设是否与其他文化的前提相协调。有名望的文化人类学家克里弗德·吉茨(Clifford Geertz)论证说,法律“不是一组有限制的规范、规则、原则或价值观……而是对现实进行想象的不同方式的一部分”。他进一步警告说:“法律的比较

^① 参见史蒂文·史密斯:《法律的困惑》,哈佛大学出版社2004年版。

研究不能是一件把具体差异归结于抽象的共同性的事情。”相反,法律是“本地的知识;本地的不只是指地点、时间、阶级和各种各样的问题,而是指口音——与本国对可能发生之事的想象相关的各种特征”。正如下面所要讨论的那样,拉里·卡塔·贝克(Larry Catá Backer)、布朗·塔马那哈(Brian Tamanaha)和唐纳德·克拉克(Donald Clarke)在他们的批判主义理论中已经认识到,在中国严格地实施美国的法治观念,而不考虑文化差异,这是行不通的。

此外,规范理论能使法治在文化方面更为敏感,并能强调法律的不确定性和本体论断裂。如果没有这种规范理论,法治在美国是极度危险的,输出到国外甚至会更成问题。继续谈论法治还有意义吗?法律的不确定性和本体论断裂意味着法律最主要是由本地的社会规范和习俗而不是由普遍的规则和原则来指导吗?东西方不同的文化环境能保证不同的法治概念都是正当的吗?如果是这样,法律的规范理论能使这些文化上敏感但没有进化到文化相对主义的概念合法化吗?

为探讨这些问题,本文拟分析中国实施法治的努力,并以怀特海的过程哲学和詹姆士的激进经验主义为基础,提出一种建设性的后现代规范法学理论。这种“有关自然法的过程理论”^①为自然法提供了一种新理论,它消除了由法的不确定性中升起的那种人们已经认识到的不法性,弥补了法律理论与法律实践之间的本体论断裂。过程自然法通过美的目的(差异中的统一)也可作为联系东西方之间许多文化差异的中介,它需要把东方的秩序美感(突现的和谐或自发的秩序)与西方的合理秩序感(由不同个体秩序中产生的复杂性)最大化。为了与美的目的相一致,过程自然法进一步支持文化上的法治敏感概念,因为正如怀特海所强调的那样,“每个社会都有它自身的完美类型”。^② 这种法治概念允许重要的文化差异反映在民主和正式的合法性之中,反映在法律中的个体权利的实例之中。因此,理想的法治在美国和中国看上去可能相当地不同,可能继续会在我们不断变化的、多元的

① 有关自然法的过程理论与“法律过程”毫不相干。

② [英] 怀特海:《观念的历险》,自由出版社 1933 年英文版,第 291 页。

和多文化的世界上进化。

为支持这一论断,第二部分将讨论西方的法治概念、中国的法治实施活动、东西方的社会秩序概念和过程哲学与中国思想的密切关系。第三部分将确证由法律不确定性和法律理论与法律实践之间的本体论断裂而升起的对法治的威胁,把这两者确证为当代法律理论的两个关键困惑。第四部分将要讨论怀特海有关美的神学目的论及其对法律的观点,以及对法律和人权从过程视角所提出的学术观点。最后,第五部分探讨以过程思想来阐述一种新的自然法理论的前提,这使得法律即使是不确定的也是合法的,并可弥补法律理论与法律实践之间的本体论断裂,还能提供一种文化上敏感的法治概念。

二、法治、东西方的社会秩序概念和过程哲学

中国实施法治开始于1979年,此时邓小平作为设计师指导着中国“向西方开放”,并继续在各个层面关注着政府的行为。1982年,《中华人民共和国宪法》得以修订,明确地宣称政府的目标是实行法治。1999年宪法修正案进一步承认了中国“依法治国和建设社会主义法治国家”的目标。

虽然中华人民共和国宪法提出了发展“社会主义民主”和推进“社会主义法律制度”,但它有许多条款与美国宪法非常相似。尽管中华人民共和国宪法承认中国是“在中国共产党的领导之下”,它还强调中华人民共和国宪法,同美国宪法一样,“是国家的根本大法并具有最高法律权威”,因此:

全国各族人民、各国家机关、武装力量、所有政治团体和公共组织以及所有企业事业单位必须把宪法当作行为的基本规范,并且有义务维护宪法的尊严和保证宪法的实施。

宪法前言和第五条清楚地表明,中华人民共和国宪法,同美国宪法一样,是国家的最高法律。中华人民共和国宪法进一步提出所有公民“在法律面前是平等的”,18岁以上的公民“具有选举权和被选举权,并且公民具有言论自由、出版自由、集会和结社自由”,以及“信仰自由”。而且,中华人民共和国宪法授权全国人民代表大会具有立法权,通过全国人民代表大会以三分之二的多数选举国家主席和副主席,并设立“最高人民法院”作为“最高

的司法机关”，下设各级人民法院。

（一）法治

尽管中美之间有明显的相似之处，许多学者（包括某些中国学者）宣称中国还不是一个法治国家。在这方面，唐纳德·克拉克强调，美国通常使用某种“理想的西方法律秩序”（美国经常不能达到这一标准）作为评价中国法律制度的现实实践的标准。克拉克指出：中国的刑事审判程序作为现实的实践（以及作为各种人权组织所报告的内容）通常是与美国刑事审判程序的理想图画进行比较的，而不是与各种人权组织所报告的情况进行比较，因而“发现有所欠缺”。这种方法的主要问题产生于它不能有效地陈述和证明中国的法律制度据以被评价的这种理想。相反，克拉克坚持认为：“对中国法律制度最可坚持的理解将不只是最合适的模式加上那些错误解释的不一致的观察。我们必须准备应用多种模式并警惕其中总是迅速变动的需求。”

使用理想的西方法律秩序（如美国）作为评价标准还忽视了“法治是……某种‘基本的可竞争概念’”。里查德·法伦指出，法治有四种相互竞争的理想类型——历史的、形式主义的、法律过程的和实体的——并且每种类型都有许多变种。法伦的探究表明，法治在美国社会背景下并没有固定的意义，其根据是安托宁·斯卡利亚（Antonin Scalia）即美国最高法院法官助理在其对不同案例的意见中分别提出了这些类型。

尽管对法治的本质有不同意见，学者们似乎一致同意法治在本质上是一种西方理想，但却竭力要确证它的基本方面，并且已经确证了许多不同的类型。弗雷德·达迈耶论证说，法治可以追溯到柏拉图和亚里士多德的观点，即他们认为“理想的政权制度是由规则规制来界定的，即是由‘法治’而不是‘人治’来界定的”。^①他警告说，这一学说不仅仅是一种偶然的政治偏见，而是与西方文明特有的核心前提和分等级的假定相联系的：尤其是与理性规则与任意的意志、普遍原则与特殊环境，以及最终观念与物质的核心前提和假定相联系的。达迈耶警告说，对这一不易改变的“文化—历史背景”

^① 弗雷德·达迈耶：《解释学与法治》，载《法律解释学：历史、理论与实践》第3卷、第4卷（Gregory Leyh ed.，1992）。

的质疑有可能会由于触及了政治和知识生活之网而具有“某种深层的令人不安的后果”。对法治进行解释学阐释的这种后果是揭示了“这样一个事实,即这一术语的不稳定的含义——正如理性概念一样,法治本身正是连续不断的解释和再解释的对象”。因此,这一解释过程可能因为短暂的“君主特权”而暂停,但是不断变化的环境很快就会要求某种新的“具体地进行的解释”。

虽然有这种不断的解释过程,某些学者仍然把法治区分为宽泛的形式法治概念和实质法治概念这两种范畴。有关法治的形式理论强调“恰当的渊源和法律性的形式”,诸如依法统治、形式的合法性和民主加法律性。塔马纳哈论证说,依法来统治是最空洞的形式合法性概念,因为它只是要求政府行为通过法律来使之具有权威,而没有对这些法律的内容予以说明。他注意到“每一个现代国家在这个狭义上都有法治”,并且“这是中国政府最喜欢的对法治的理解”。^①

塔马纳哈指出“形式合法性是法律理论中占主导地位的对法治的理解”。根据约瑟夫·拉兹(Joseph Raz)——和福勒(Lon Fuller)的著作,塔马纳哈坚持形式合法性对“用法来统治”增加了这样的要求,即“这种法律必须是具有前瞻性的、一般的、清晰的、公开的或公共的,并且是相对稳定的”,而且应用这种法律的过程必须涉及“司法独立,公开公正而没有偏狭的庭审,对立法和行政官员具有司法审查权,以及对警察判断力的限制,以保证法治所要求的一致性”。有些理论家,如哈贝马斯(Jurgen Habermas),还坚持要把“民主作为法律的合法化程序模式”,以构建法治的最厚实的形式理论。

法治的实质理论对这种形式化要求进一步增加了法律所要求的内容,譬如个人权利、尊严和/或公正的权利以及形式上的社会福利要求。在西方社会内部,塔马纳哈宣称当“法治”这一术语被说出时,它典型地被理解为包

^① 布里安(Brian Z. Tamanaha):《论法律规则:历史、政治与理论》(On the Rule of Law: History, Politics, Theory 91~92, Cambridge U. Press 2004),剑桥大学出版社2004年版,第91~92页。