

• 2014 •



LAW AND DEMOCRACY REVIEW

民主法治评论

第三卷

胡水君 主编

中国社会科学出版社

• 2014 •



LAW AND DEMOCRACY REVIEW

民主法治评论

第三卷

胡水君
主编

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民主法治评论 2014 年第三卷 / 胡水君主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2014. 12

ISBN 978 - 7 - 5161 - 5349 - 9

I. ①民… II. ①胡… III. ①社会主义民主 - 中国 - 文集②社会主义法制 - 中国 - 文集 IV. ①D62 - 53②D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 300566 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 任 明
责任校对 王 斐
责任印制 何 艳

出 版 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2014 年 12 月第 1 版
印 次 2014 年 12 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 19.5
插 页 2
字 数 348 千字
定 价 68.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换

电话: 010 - 84083683

版权所有 侵权必究

中国社会科学院法学研究所法理研究室主办

学术顾问

- | | |
|-----|-----------------|
| 陈 甦 | 中国社会科学院法学研究所研究员 |
| 陈泽宪 | 中国社会科学院法学研究所研究员 |
| 冯 军 | 中国社会科学院法学研究所研究员 |
| 高鸿钧 | 清华大学法学院教授 |
| 高全喜 | 北京航空航天大学法学院教授 |
| 景跃进 | 清华大学政治学系教授 |
| 李 本 | 美国哥伦比亚大学法学院教授 |
| 李 林 | 中国社会科学院法学研究所研究员 |
| 李 强 | 北京大学政府管理学院教授 |
| 刘作翔 | 中国社会科学院法学研究所研究员 |
| 任 进 | 国家行政学院教授 |
| 舒国滢 | 中国政法大学教授 |
| 王振民 | 清华大学法学院教授 |
| 信春鹰 | 中国社会科学院教授 |
| 张恒山 | 中央党校政法部教授 |
| 张志铭 | 中国人民大学法学院教授 |

学术编辑

- | | | | | |
|-----|-----|-----|-----|-----|
| 陈根发 | 贺海仁 | 黄金荣 | 刘海波 | 刘洪岩 |
| 冉井富 | 谢海定 | 余少祥 | 支振锋 | 邹利琴 |

投稿邮箱

ladr@cass.org.cn

本卷所刊各文只表明作者的个人看法，并不必然代表主办方以及作者所在机构的观点。

卷 首 语

“知止而后有定”，在经历近二十多年的持续平稳发展后，如同经济有意放缓一样，中国社会似乎也开始慢慢“止”、“定”下来。这种“止”、“定”，并非政治、经济、社会停滞不前，而是在一定程度上呈现出中国对自身的回归。例如，“三百千千”以及弟子规等传统启蒙经典在儿童教育中自发兴起，家风家训等传统形式以及汉字听写比赛等日渐多地见于各种传媒，诸如“立足中华优秀传统文化，培育和弘扬社会主义核心价值观”的条幅也悬挂于大街小巷，等等。近一个半世纪以来，中国社会看上去不断变革动荡，学这学那，东奔西跑，此起彼伏。在内忧外患、文化运动、政治革命、经济浪潮的环境中，人心虽欲求安但实难真正安定下来。只是到“冷战”结束以来的近些年，往昔犹如奔涌大河的中国社会才开始显露趋于更加平缓澄静的态势。与此相伴随的是对中国社会自身和文化传统的内化或回归。“物有本末，事有终始，知所先后，则近道矣”，这种回归，不能说是从“开放”倒向“封闭”，而更适合作为中国社会日渐平静深入考虑“可久可大”的根本治道或生活之道的开始，一如人到中年对生存意义和生命价值的冷静观察和思索。事实上，正像美国化与全球化的相容不悖，中国化不仅不是全球化的对立面，反而可能是中国参与全球化的必经步骤或全球化加深的现实表现。

“定而后能静，静而后能安，安而后能虑”，尽管日趋安定平静的社会环境，为中国思考其据以长远发展的根本之道或价值基点创造了更多条件和可能，但从现实看，在传统与现代之间，中国实际面临着踟躅交磨的选择困境和价值难题。甲午开年，海南赌场即闪现传媒，而后，东莞性产业备受瞩目；在太平洋彼岸，与此遥相呼应的是，有关大麻在美国合法化的广泛争议。“黄、赌、毒”，自中华人民共和国成立以来一直是法律打击的对象。而从世界范围看，这些现象在现实中的法律处境并非只有禁止一种，与之相关的现代法理也不乏分歧。例如，在《论自由》这本经典的小册子中，密尔就基于现代自由立场，主张消费者有购买、吸食鸦片的权利。此种现代法理在后世得以延续，以致包括德沃金、沃准在内的一些英美知名法理学家都认定，人

有“做错事的权利”。在中国的现代化进程中，实际上也发生着这样的价值纷扰。这主要涉及政治功利趋向的理性范围、经济市场导向的伦理限度以及社会权利取向的德性边界。如同“言必称希腊”一样，一些学者也习惯以“启蒙”为标杆，批评几百年前西方已经如何而中国至今仍旧如何，以致对《论自由》推崇备至。其实，有些外来观念，即使来到中国逐渐被普及，有时看上去还是显得生硬。这也许不是时间问题，而是文化问题。在电影《导火线》中，甄子丹扮演的警察，义愤之下将一名当其面活活摔死孩童的歹徒，并不排除故意地用拳打死；所谓现代人权意识，在稍纵即逝的电影快节奏中为人强烈的道德憎恶所遮蔽殆尽。而在电影《新警察故事》的最后，成龙扮演的警察，在打伤一名残忍杀死许多警察并让其一度愤恨至极的凶犯时，竟然呼叫救护车；由于与开头的凶残画面间隔太久，这样一种有意被凸显的现代人权意识，实际也被拉得几乎完全失去了弹性。在中国，权利话语与伦理话语、人权话语与道德话语之间，依然透出内在的价值张力。

从价值角度审视，大体而言，中国传统建制以仁义道德为基点，现代西方建制则以自然权利为基点。世界范围的近代化过程，在价值基点上，通常表现为自然权利对道德伦理或宗教教义的置换。与之相应，传统的君主政制、纲常礼教、宗教统治终究为从人权和自由意志出发的民主和市场体制所取代。尽管如此，近代化过程中诸如“做错事的权利”之类的“现代性”问题，其实在晚清国门大开时就一直被注意，以至于权利和自由起初在话语体系中处于被批判的境地，而中国政治也没有完全走向与西方相同的现代道路。历史地看，在此过程中，无论是复辟帝制，还是复辟礼教，都未获成功。看上去，一方面近代中国总觉得自身有需要或值得调动起来的因素，而另一方面，这种或这些因素在近代化过程中又总难被准确地调动起来。这需要或值得调动起来的因素，究竟是什么？这样的问题，至今并不能说已完全找到答案。抛开帝制、礼教不论，如果能够从中国传统中重新发动起道德力量或因素，那么，这些因素能否与市场导向和权利取向相容，如何与之相协调？在学理上，中国是否必定滑向密尔的现代自由理论？

回答这些问题，辨清文化的层次或许是重要的。《中庸》有言，“天命之谓性，率性之谓道，修道之谓教”。这里，“道”与“教”之间，其实有着明显的间隔。简言之，“道”为“教”之体，“教”为“道”之用；相比玄微的“道”，“教”实际处于更为显表的次级层次。然而，因为“道”更为幽隐，难为人所普遍认知，中国文化的主体经常被认定为“教”或“礼”，由此使得在文化复兴过程中试图被调动起来的也往往是难合时宜的传统形式。对中

国文化的此种把握和认定，影响并伤害了中国文化在现代的生发。“千万世之前，有圣人出焉，同此心同此理也。千万世之后，有圣人出焉，同此心同此理也。东南西北海，有圣人出焉，同此心同此理也”，这里所谓不分古今、南北皆同的因素，正是作为中国文化根本的“心体”或“道体”。凡人皆有心，古人有心，今人亦有心，这不存在古今南北差别。而相比不变的“心体”或“道体”，作为“用”的“名教”或“礼教”，则是可以变革的，而且需要因时制宜，与时俱进。以体用关系而论，现代民主法治和自由权利体制其实也可被视作经历变革后的现代名教体系，亦不过是“道体”或“心体”的另一种显用而已。“大学之道，在明明德”，中国文化及其传统学术的精髓正在于明确作为根本的“道体”或“心体”。在此根本意义上，中国文化实为道德文化，而传统礼教不过是在此道德根本上生发出的枝叶而已。

经历长久发展后，中国文化的确包容万千，内涵丰富，而重新开启其所蕴藏的“道体”或“心体”，则可谓中国文化在世界化进程中重现生机直至贡献全球的关键。鉴于中西文化差异，无论是以传统礼教或伦理观念抵制现代文明方式，还是纯粹以“西学”来进入、研究或改造“中学”，都可能是需要避免的。价值分歧，仅从处于“用”的层面的传统形式与现代形式的交锋争斗，可能始终难以找到答案。传统与现代的协调、仁义道德与自然权利的衔接、道德价值与现代政治经济体系的融合，最终只能在不变道“体”与现代新“用”之间达成。在这一点上，作为传统核心的“道体”或“心体”，与现代体制并无丝毫的不相容。古人有言，“一切世间，治生产业，皆与实相，不相违背”，“虽终日做买卖，不害其为圣为贤”，正道出了这种相容性。中国文化值得向全球扩展的、独特而又具有普遍性和包容性的根本在这里。这也许是中国在未来的发展中特别需要深入思考和继续求索的。

编者谨识

二〇一四年九月

目 录

专题论文

21 世纪初法理学研究大势撮要	於兴中	1
中国传统法律正义及其实现方式	蒋传光	18
传统中国道德义务的主体错位及其对法治生发之影响	柴 荣 林群丰	30
中国法治道路中的法律渊源	张小平	39
中国司法空间的 Wiki 结构	刘振宇	55
作为司法传统的“法官下乡”	赵华军	79
宪法框架下的治理创新	刘志刚	91
迈向民主与法治的融合之道	张义清	101

学术述要

循法方能成德：韩非子的真精神	宋洪兵	120
商鞅改革的法治归向：战时法治	王耀海	130
康德的正义战争理论及其与沃尔泽的比较	薛雨萌	137
狄骥的法律思想及其内在张力	余盛峰	163

法理研究：中国法治发展道路

法治综合战略与法治能力建设	蒋立山	177
法治发展的中国模式	强世功	186
中国的民本法治	凌 斌	196
中国式的权利救济：信访	李红勃	205
司法近代化的中国路径	聂 鑫	214
依法治国方略及其实施原则	高 颖	222

法务观察

中国的民族法治：云南样本

胡水君 236

以法治方式推进香港普选

高旭晨 262

法律家言

完善中国刑事案件快速处理程序

万 春 高丽蓉 269

政法书评

法治转型的成败

支振锋 283

秉持法则的自由

邹利琴 292

21 世纪初法理学研究大势撮要

於兴中^①

在哈特 1961 年出版《法律的概念》后，整个法理学界就基本以他为主。德沃金后来对他提出的观点进行商榷、质疑、批判，开始有了不同声音。承袭他俩之间的论战，他们的学生纷纷进行对话、交锋，在英美掀起了一股哈特—德沃金法律思想的风潮。该风潮统治学界达五六十年，这使得英美法理学界 50 多年都消耗在这场论战里，影响了英美法理学的发展。这场争论在 21 世纪初的时候基本画上了休止符，但从严格意义上讲，现在这个争论并没有完全结束。

随着时间推移，争论还在继续。人们可以在牛津研究法理学的学者所发表的文章里看到这些争论。比如，哈特在写完《法律的概念》之后，很多人对他有诸多意见，他当时没有回答，后来他把这些争论总结起来在第二版中予以集中回复。这引起了更大的争论，很多人甚至出版专著来评论。更重要的是，后来出现了所谓的“排他性实证主义”和“包容性实证主义”。也就是说，学界还在争论法律中到底要不要道德？很多人认为实证主义者强调规则体系并不是不重视道德，实证主义者从来没有否定过道德在法律中的作用，但另一部分人不这样认为。有学者认为法律实证主义者之所以被误解更主要的在于实证主义者自身没有出来辩解。相关争论目前仍在发生。

后来，布赖恩·莱特（Brain Leiter）说，你看你们讨论了这么多年，整个学界的注意力都被你们吸引到这里。在他看来，这两个人的辩论对法学界起了一种误导，我们应该“超越哈特和德沃金”。其实，这场论战就像“皇帝

^① 美国康奈尔大学法学院王氏中国法讲座教授，杭州师范大学法学院特聘教授。

的新装”，莱特像那个诚实的小孩，指出了皇帝新装的真实面目。后来有其他学者，如斯蒂芬·史密斯也持类似的见解。他说，虽然德沃金是新自然法学的代表，但是你仔细观察德沃金写的文章、发表的著作，你会发现实际上他是一个实用主义者，并非自然法学家。这个观点我也赞同。于是，很多学者开始怀疑这两个人的辩论。这就引发一个问题，这两位学者的辩论到底有何意义？他们讨论的焦点是什么？

我们知道，分析法学的哈特之前，比较兴盛的是奥斯丁关于“主权”的学说。主权就是命令，必须执行。奥斯丁曾经当过兵，对他来说执行命令天经地义，再自然不过。他把法律和主权者的命令结合到一起是非常自然的事情。这恰好和马克思主义法学的某些观点相类似。我们所熟知的维辛斯基就认为法律是统治阶级用来维护自己利益的工具。哈特对奥斯丁本人的观点要进行反思，也要应对来自共产主义国家的马克思主义法学的挑战，所以他写了《法律的概念》，提出法律由规则体系构成。他主要提出了一个焦点问题：法官在判案的时候，具有一定的个人裁量权，制度是由法律体系构成的，法官在判案时，除规则之外，还有一些强势的自由裁量权。这个观点出来后，给人耳目一新的感觉。这与法律是主权者命令、统治阶级意志，显然有很大不同。尤其是“二战”后，如果根据主权者命令、统治阶级意志，就完全可以论述希特勒政权的合法性，可以为大屠杀辩护，这是很难想象的。因此，寻求一个新的途径来论证法律是什么，便成为当时法学研究者们的主要任务。哈特就在这一关键时刻写出了这一名著。如果说 20 世纪法理学界有一本书非看不可的话，那就是哈特的《法律的概念》一书。当然也有其他相关的著述，但这本书是最关键的。

后来德沃金升任牛津大学法理学讲座教授。大家知道牛津大学是西方法理学的领导中心，在那个地方发出的信息很快就会影响到世界各地的法理学研究。但这里也并非整体一块，实际有很多派别，有研究自然法学的，也有研究实证法学的。实证主义这一块显然比较强。在自然法方面，约翰·菲尼斯也曾驻足牛津，后来离开了。现在牛津在自然法方面比较弱，唯一比较强的是艾迪考（Timothy Endicott），即现任法学院院长。

牛津大学一直是研究法理学的重镇，现在开始衰落，重心逐渐向美国转移。目前比较有希望取而代之的是纽约大学的法理学，它的法理学研究现在逐渐成为龙头。牛津大学法理学讲座教授是一个非常重要的位置，在这个位置上就意味着你成为权威，获得了广泛的认可。德沃金就借此打出他的旗帜来。他除了意志论、命令说、规则论之外，还有一个要面临的问题，就是自

然法学的复兴。自然法学是一个亘古常新的命题，生命力极为旺盛。“二战”后自然法学复兴，有很强的宗教意味。马里旦是神学自然法的代表，富勒则是世俗自然法的主要倡导者，德沃金要从中走出第三条路来。他认为，哈特提出的法律是由规则体系构成的观点是不正确的，法律不光是由规则制定的，除规则之外，还有别的标准。在此他采用了庞德的“非规则标准”观点，即原则、目的、政策。德沃金认为恐怕没有足够的规则供法官使用。社会生活随时在发生变化，法律规则制定得再完美无缺，都解决不了现实问题，有可能成为僵化的东西。法官必然是具有这个自由裁量权的，但不像哈特说的那样，法官具有强势的自由裁量权。法官要使用自由裁量权时，还要依赖非规则标准，如政策、原则等各种因素，要经过反复考虑之后，才能做出一个恰当的判断。德沃金说的自由裁量权是受到很大限制的，绝非强势。

在此我们可考虑这样的问题：法官到底是在为谁负责？法官主持正义，一个判决里面有正确答案？我们现在经常说“司法为民”，这是一个毫无意义的说法。司法不为民，为谁？所有司法都应为民，没有不为民的司法。但这个“民”，是所有的“民”，还是案件中的“民”？显然是案件中的当事人。只有案件中的当事人才是“司法为民”里面的“民”。在这种情况下，法官要对当事人负责，对法律负责。对法律负责并非就是严格执法，严格执法往往会导致很大一部分司法不公正。法官必须对他的同僚、同事负责。案子判完，得出的结论如何你是无法判断的。法官会说这是经过科学调查、分析得出的结论。这只是他呈现出来的解释报告。而法官到底如何判案，我们无从知道，因为这是他们的内心活动。法律现实主义和批判法学的著作里有这样的观点，法官吃的早餐、个人情绪、信仰都会影响他的司法判决。但有一点法官必须要做的是，判决上面都要有理由。他的同僚一看，根据法律规定，他该做的事情都做了，那就算一个比较好的判决。至于判决结果如何，对当事人是否公正，这是事情的另外一面。在判决中，两造必有一输一赢。败诉一方会满意吗？有些纠纷有很多错综复杂的原因。不公正的判决是绝对可能的，而公正则是相对的。所以要当个让人民满意的法官是不可能的。我们现在做的有些事情，是乌托邦的理想，无法实现。

再回到德沃金的见解上。德沃金认为，除了规则之外，还有原则、法律。对于任何一个纠纷、疑难问题来说，都有一个正确的答案，法官必须努力去找这个正确答案。法官必须按照规则办事。他举了一个著名的例子：孙子杀害祖父为继承遗产，孙子能否继承祖父的遗产？依据法律，有遗嘱，则按遗嘱办事，不管怎样，财产都可以继承。但德沃金说，这有悖于自然原则和道

德原则，他认为法官不能判可以继承。他指出，在这里比规则更重要的是原则，即任何人都不得从自己的错误行为中获利。在他的前期创作中，他认为任何法律纠纷都有一个正确的答案。这个观点引起了其他人的不满。很多学者都认为不一定每个法律的疑难问题都有答案。重要的是怎样在具体情况下做出一个对双方都有利的选择，而非这个选择就是正确的答案。德沃金后来进一步提出他的 law as integrity 的观点，就是法律的整体性、整合性或道德性。但仔细阅读你会发现，德沃金在批判哈特之后，他想要表达自己的见解，又没有适当的概念来表达，所以他用了个模糊的词。Integrity，就像一个篮子，把所有内容都包括进去，但没有确切定义。哈特过世了，德沃金也驾鹤西去，从法理学界来谈，他们统治的王朝就结束了。现在的法理学正处在所谓的“后哈特—德沃金时代”。然而，他们两个人的辩论，对法理学到底是不是有贡献，这是值得研究的。他们是否推动了法理学的发展？至少他们回应了当时法理学界所必须解决的难题，但那并不是绝对的争议。他们并没有一劳永逸地解决法理学研究的终极问题，比如什么是法的最终权威。

一 英美法理学：从经验到身份

哈特和德沃金是英美法理学界的两个重要代表，是法理学研究的重要一环，但他们已经是过去式了。英美法理学是怎样一种状态？它是以经验开始的。经验这种东西是不能当作规律来推广的。从认识论的角度看，经验不能系统化、概念化，它是一种个人体验的总结，不能逻辑化，难以照搬。它只能是一些观察到的、行之有效的、惯用的东西。经验所具有的基本特点，首先就是不完整性。经验是不可靠、不科学的，不能完整概括为某一方面的规律和内容。第二个就是经验的不可转移性。让我们去学某一个地方的经验，这是可以提倡的事情，但却是不可能完全学到的。比如，某一种病有一种药可以治疗，但这个药只对某个人适用，但对另外一些人则可能不起作用。这种就是经验。具体性的东西很难转移到普遍化、概念化。经验必然会走向分化。我们注意到，英美法理学的基础是从普通法开始的。我听到一个观点，中国现在没有法理学，还有一个隐含的观点就是，我们现在基本上不具备研究法理学的条件。法理学的研究要有一个对象，它的核心对象就是司法制度。法官如何判案、法官如何做出决定，这是法理学研究的题中之意。当司法审判不公开，法理学研究是无法进行的。这是制度性难题。我们得不到司法判决材料。而英美法理学从普通法开始，其特色就是由下往上，人民实践中形

成的习惯逐渐制度化，慢慢得到所谓皇室、国家的认可。所以普通法一开始就是经验。后来才有人把这些案例汇编，让法官判案时参考。如此，案件才能够审理，法理学才能够前进。而司法审判不公开还是我们现存的一个核心困难。法理学的研究，必然是以它的制度、法律实践作为研究对象。

英美法理学的研究是由经验构成。盎格鲁—撒克逊民族是一个非常注重经验的民族。只要是他们的祖先使用过的行之有效的办法，他们就承袭下来。这就是为什么当年罗马法复兴后席卷全球，从意大利的城市博洛尼亚逐步扩张，遍及欧洲，为欧洲大陆许多国家所接纳，唯独英国拒绝接受以成文法为主的罗马法。因为在英国人的思维逻辑中，他们的祖先就是这样做的，他们有判例，有习惯，没有必要接受成文法。所以普通法中的一个重要概念就是遵循先例。经验主义的思维方式是这个民族的一个特点。

从哲学角度考虑，在 17 世纪至 19 世纪，统治欧陆哲学界的有两大流派，一个是以笛卡尔为主的理性主义，另一个就是英国的经验主义。经验主义的鼻祖是培根，培根之后是他的秘书霍布斯，再后来就是休谟、洛克这一批人，他们的主张就是经验主义。经验主义是科学的方法、科学的概念。你要去看，去观察，根据经验整理才能发展。培根的归纳推理出来之后，才使科学有了长足进步。无论如何，英国的这种思维方式，是经验主义的，但却是扎实的。经验主义产生之后，影响了法学的发展。功利主义法学、分析实证主义法学都是经验主义的。实用主义法学也依赖于经验主义。到后来发展到一个阶段，就由某一个人的经验，转移为各种各样人的经验，也就产生了我们后来说的“身份法学”。

20 世纪 70、80 年代之后，出现了所谓非主流的各种流派。包括批判法学、女权主义法学、种族批判主义法学、同性恋法学、亚太裔法学等。这些小的法学流派最重要的共同点，就是他们都是从自己的身份出发，从这个法律制度的经历出发来看问题。种族批判法学的学者认为法律制度是对他们最大的不公正。自由主义者建立在自由、民主基础上的所谓法制是为白人精英服务的，跟黑人无关。他们有这种很深的批判的概念。女权法学中，妇女团体极力争取自己的权利。美国建国那么多年，女人不可以参加选举，这可是在最民主最先进的美国。由此可以想象亚太国家的人到了美国，那些排华法案、反日法案，以及他们怎么对有色人种进行区别对待。在麦卡锡提出的反共方案中，要把所有对共产主义同情的、支持的人抓起来，对其施加压力。

法学发展到这一步就到达了“身份法学”。它也面临着一种危机。分析法学、功利主义、实用主义，它们都有一种说法。每一个学派的说法都有一定

的效力，人们还比较容易接受。而现在这些局面都不存在了。到这个时候，就该考虑“英美法理学向何处去？”很多人焦虑该如何找出一套理论来解决这些纷争的矛盾。比如像菲尼斯（John Finnis），曾和他的朋友热梅恩·哥里赛、约瑟夫·包约尔联手著文，表达他们共同的思想，想要复兴自然法。而对实证主义感兴趣的这些人，包括考夫曼、比克斯（Brain Bix），则想要回到分析实证主义。有两次国际法哲学与社会哲学协会（IVR）大会都曾讨论“实证主义何去何从？”的议题。从这个情况可以说，英美法理学从经验到身份的发展已经走到头了。英美法理学的分析实证主义法学气数已尽，无法引领整个世界的法理学界，这个王朝已经被攻陷了。

二 系统概念话语：德国法哲学的自我封闭

英国人注重经验主义，德国人则崇尚理性主义，非常注重概念系统。德国法哲学是非常严格的法哲学。德国人非常系统地提出法哲学应该怎么做，然后日本人把它学过去。所以德日的法哲学一脉相承。这个民族也非常有意思。海涅写了一本薄薄的书，叫《论德国宗教和哲学的历史》，这本书很棒。他从诗人的角度观察历史和宗教，把德意志民族思想和精神描绘出来。德意志民族做事极其认真，一板一眼，按部就班。他们的思想家们很注重研究系统性、完整性这些非常宏大的体系。康德、黑格尔、马克思、鲁曼，以及现在仍健在的大师哈贝马斯、阿列克西，他们的著作很明显的特征就是要遵从本质主义。法律的本质是什么？英国学者对这个问题不感兴趣，但德国受本质主义、系统化理论的影响，发展出了最完整的法哲学。法哲学包括本体论、认识论、方法论、价值论、目的论等几个比较大的领域。你要研究法哲学就要进入这几个领域。他们追求本质，追求完美，以概念来进行研究。事实上，他们受哲学影响非常明显。在德国的法哲学上有一个说法，叫“Rechtsdogmatik”，被台湾学者译为“法律教义学”。这个翻译其实是不太妥当，太富宗教意味，应是“法律学说”，这个学说专门针对法律如何在实践中运作进行研究。所以在德国，有部门法的学者专门研究法律学说，法哲学和法律学说是分开来的。很多法理学家研究的是法律哲学。实际上，他们在想象非常美好的境界，如画了一幅寻宝图，按图索骥，看能不能找到答案。鲁曼讲自反系统，法律如何变化，法律和规则之间关系如何，法律在相对封闭的状态里面如何生长。他为自己完成了一套研究的体系。但这个体系与现实，与法治可能没有太大的关系。尽管他也会用一些法律例子来证明他的研究。

可以说,德国的法学像戴着镣铐的舞者,永远处在为自己建造一个美好的乌托邦的梦境里。德意志人民是一个富于思考传统的民族,他们有丰富的资源可以利用。即使法理学研究停滞了,他们完全可以吃老本,从群星灿烂的哲学星空里找到资源进行一系列研究。哈贝马斯研究的康德的国际法理论是不是还有希望?黑格尔的绝对精神对法律来说还有什么意义?德国法理学相对来说处在一个封闭的状态,但是他们有自给自足的资源,他们永远在不断深化。德意志民族是非常具有理论化才干的民族。我们中国人这方面的才能比较弱。150 年来,我们虚心向别人学习,但至今尚没有学者能提出自己的东西。这有很多原因,其中之一就是我们不具备理论化传统。我们中国的司法和法律实践肯定产生了很多值得总结的东西。我们讲中国特色,就要从实践和制度入手,抽象出理论的东西,把实践和制度理论化之后呈现出来。但我们没有做到。一个是我们太急功近利,一个是我们不具备这种传统。此外,我们的教育也不注重培养学生理论化的能力。

三 步入正统殿堂的法律的经济分析

20 世纪 60 年代以后,西方法学的非主流势力开始向左右两个方向发展:左翼产生了批判法学运动,右翼则孕育了法律与经济分析运动。数十年后,批判法学已经成为过眼云烟,而法律与经济学运动则稳健如初。国际法哲学与社会哲学协会第 21 届世界大会将其确立为一个主题,足见它的地位已经相当稳固。法律与经济学运动的主要代表人物理查德·波斯纳也参加了那次会议,并作了题为“普通法与大陆法国家的法律与经济学”的报告。波斯纳不喜欢用法律与经济学(Law and Economics)这个概念来描述经济分析法学(Economic Analysis of Law),他认为前者会误导人。波斯纳认为经济分析法学的成功一方面在于学者的努力,一方面由于有像他本人和伊斯特·布鲁克等联邦法官的身体力行。在过去几十年里,经济分析法学取得了长足的进展。到现在,美国的主要法学院中都设有经济分析法学的课程,各大法学院都聘有一个经济学博士做教员,全球共有 9 份专门从事经济分析法学研究的杂志,已经出版教科书、专著及百科全书若干,全球许多国家都建立了经济分析法学研究学会。耶鲁大学法学院院长安东尼·克劳曼曾是该学派的批判者,但不久前却称该学派为当今美国法律思想界一股具有强大生命力的势力,且持续成为美国最具影响力的法理学流派。而波斯纳则认为,该学派的影响已远远超出了美国的范围,而成为一个国际范围内的法学流派。他认为,普通法

系国家中的经济分析法学与大陆法系国家中的经济分析法学之间的最大区别在于，普通法系国家注重对法律的内容的分析，而大陆法系国家则侧重于对所谓法治即规则形式主义的分析。波斯纳把法治等同于规则形式主义是颇受争议的。他的这种看法实际上和阿蒂亚及萨默斯关于英国法和美国法的不同的见解是不谋而合的，只不过波斯纳把范围扩大到了大陆法系。

波斯纳认为，一个贫穷的国家可能无法建立一套良好的法律制度，但如果没有良好的法律制度，这个国家可能永远不会富有到可以建立这样一个制度。由于建立良好的法律制度代价很高，要比制定好的法律规则昂贵得多，因此，在这样的国家，法律改革应该采取规则先行的策略。他认为中国是这个方面的一个好例子。在司法人员素质不高的情况下，规则先行的策略可以减少和降低成本，并给法官以指导，因为运用法律要比自由裁量容易得多。波斯纳认为，有一些方法可以减少司法腐败和无能，比如设立一种优厚的司法补偿金。如果法官被发现腐败或无能而被撤职，则不能得到该补偿金。如果法官想要得到这笔补偿金，他必须检点自己的行为，这样便可以降低法官腐败的可能性。再如，让法官集体判案，或与陪审团一起判案，不让他们单独判案，这样也可以减低他们腐败的可能性。又如，减少罚金或减轻惩罚，以减少企图贿赂法官而得到的利益。还有，在政府实施威胁要没收人民财产的情况下，成立特别法庭，例如法国宪法法院，专门监视政府行为。他的这些建议都不无道理，也符合经济分析法学的模式，但是否可行尚有待证实。

四 法理学中的“北强南弱”现象

《全球化和法律理论》的作者威廉·推宁提出，要发展全球法（global law）不能单纯以西方的作为模式，还要吸取非西方法律制度里面的因素。但是，在此之前要做的事情就是对法理学研究的现状进行批判，指出法理学研究中的重大问题。他提到了9个问题。笔者在《威斯特伐利亚二重奏、黑箱操作及法学的北强南弱——威廉·推宁对西方法学的反思与批判》一文中，谈到对这些问题的看法。推宁在里面谈到我们现在法理学的研究，受到了《西伐利亚合约》（*Treaty of Westphalia*）的影响。西伐利亚是国际法的发源地，国际法就是从《西伐利亚合约》开始的，该合约奠定了现代国际法的发展。也因为这一事件，就有了国际法和国内法的区分，也左右了法理学发展的趋势。从那之后，法理学开始研究国际法、国内法。那个条约之后才有了国际法的诞生。他将其称之为西伐利亚双重奏（*Westphalia Duo*），即国际法、国