

法律文化研究文丛

法治与文明秩序

於兴中

中国政法大学出版社

D90-53
Y699

法律文化研究文丛

法治与文明秩序

於兴中

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治与文明秩序/於兴中著. - 北京:中国政法大学出版社,2004.11

(法律文化研究文丛)

ISBN 7-5620-2678-5

I. 法… II. 於… III. 法理学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 121510 号

* * * * *

- 书 名 法治与文明秩序
出 版 人 李传敢
项目编辑 张 越 余 娟
文稿编辑 金增耀
编 务 刘海光
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 北京博诚印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 10.75
字 数 238 千字
版 本 2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2678-5/D·2638
定 价 24.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuppress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本书法律顾问 北京地平线律师事务所

主编者言

《法律文化研究中心文丛》自1996年问世以来，已经出版著作十余种，其中有专著、文集、译著等，内容涉及法律理论、法律史、比较法、法律社会学、法律人类学等。原“编者说明”述其宗旨为“将私人交谈转变为公共话语，通过平等的交谈和论辩取得最低限度的共识，并在此基础上建构自主的学术空间和建立学术共同体，……通过开展严肃认真的学术讨论和学术批评，逐步建立新的评判标准和评判机制，探求法学研究规范化与本土化的途径，寻找理论创新的可能”。《法律文化研究文丛》将更新旧版，赓续其事，继续坚持批评和反思的学术立场，提倡跨学科之法律研究，深入探究和理解中国的社会现实和法律现实，改善中国的法学研究，推进中国的法治事业。

梁治平 谨识

梁 序

一本书写得如何，要看作者的资质和功力。书的内容是不是有趣，思想是不是深刻，须要读者去判断。在读者和作者之间，最无存在必要的便是作序的人了。明知如此还要去扮演序人的角色，固然是因为不愿拂作者的美意，编者的职责也让人觉得不好推托。

理由虽然有了，仍觉得下笔困难。写些什么呢？不能画蛇添足，也不要强加于人，却要言之有物。难。古人云：知人论世。又云：文如其人。读其书，知其人。了解了人，书的意思也更明白了。就说说人吧。

本书作者於兴中博士属于文革后上大学的这一代人。上学前下过乡，大学毕业后不久便留洋，一去十数年，或读书，或教书，或从事研究，一直寝淫于西洋法律思想和学术之中。虽然，中国经验在他身上早已深入骨髓，不能忘怀，而他也自觉运用这一文化资源去观察、体认和思考，成就了一种兼容并包、平衡折中的理性批判立场。比如，他欣然接受人权观念，同时也指出权利观念以外其他人类价值的重要性。又比如，他肯定法治所代表的基本价值，但又指出法治秩序的局限性，认为法治要与其他文明秩序互补才能成就更加理想的社会生活。再比如，他一方面认可和接受现代性的重要成果，另一方面对

2 梁 序

后现代思想又有同情的理解。

本书的文章分作四个部分，大抵由广而狭，先谈文明架构下的法律和政治秩序，继而讲法律的理论学说，再谈运用法律的技术，最后谈到香港法律制度。这种安排不只表明了作者十数年来用心之所在，而且反映了作者的生活经历。作者曾经对法律与文明秩序问题思考良久，他在哈佛大学完成的博士论文就是围绕这一主题展开。法理学算是作者的本业；法律解释和推理是他的一些大学讲授的内容；而香港法律制度进入他的视野，应当与他后来在香港的大学的任教有关。

了解於博士的人都知道他性格沉潜，为人敦厚。二十多年间，於博士出入学府，辗转东西，称得上行千里路，读万卷书，惟述而不作，疏于著述。只是近几年与国内联系较多，因朋友之请或者会议之约，才陆续写了一些长短篇什。这些文字也像其为人，轻描淡写，不事张扬。作者不作长篇之论，但是厚积薄发，举重若轻，让我们在一窥学术与思想堂奥之时，也得享阅读的乐趣。

可能有读者已经在其他地方读到过本书中的一些篇什，但是作者将这些文章结集出版却还是第一次。而有机会将本书列入“法律文化研究文丛”出版，并藉此把作者介绍给更多的读者，则是我的荣幸。

梁治平

2004年10月于北京奥园寓所

目 录

主编者言	(1)
梁 序	(1)

第一编 法治、人权与秩序

强势文化、二元认识论与法治	(3)
作为法律文明秩序的“法治”	(18)
在中国实施人权公约的文化意义	(34)
秩序与文明秩序	(52)
协商性民主与结社自由	(63)
价值转换与主体的失落	(77)

第二编 法学中的现代与后现代

自然法学与法的神圣化和世俗化	(87)
法学中的现代与后现代	(99)
批判法学与后现代主义法学	(114)
德沃金关于法的不确定性和自主性的看法	(132)
自由主义法律价值与法律全球化	(143)

2 目 录

关于后现代宪政主义的思考	(149)
解放、发展与法律：走向后现代的现代性	(161)
简评《当代法理学初探》	(182)

第三编 法律解释与法律推理

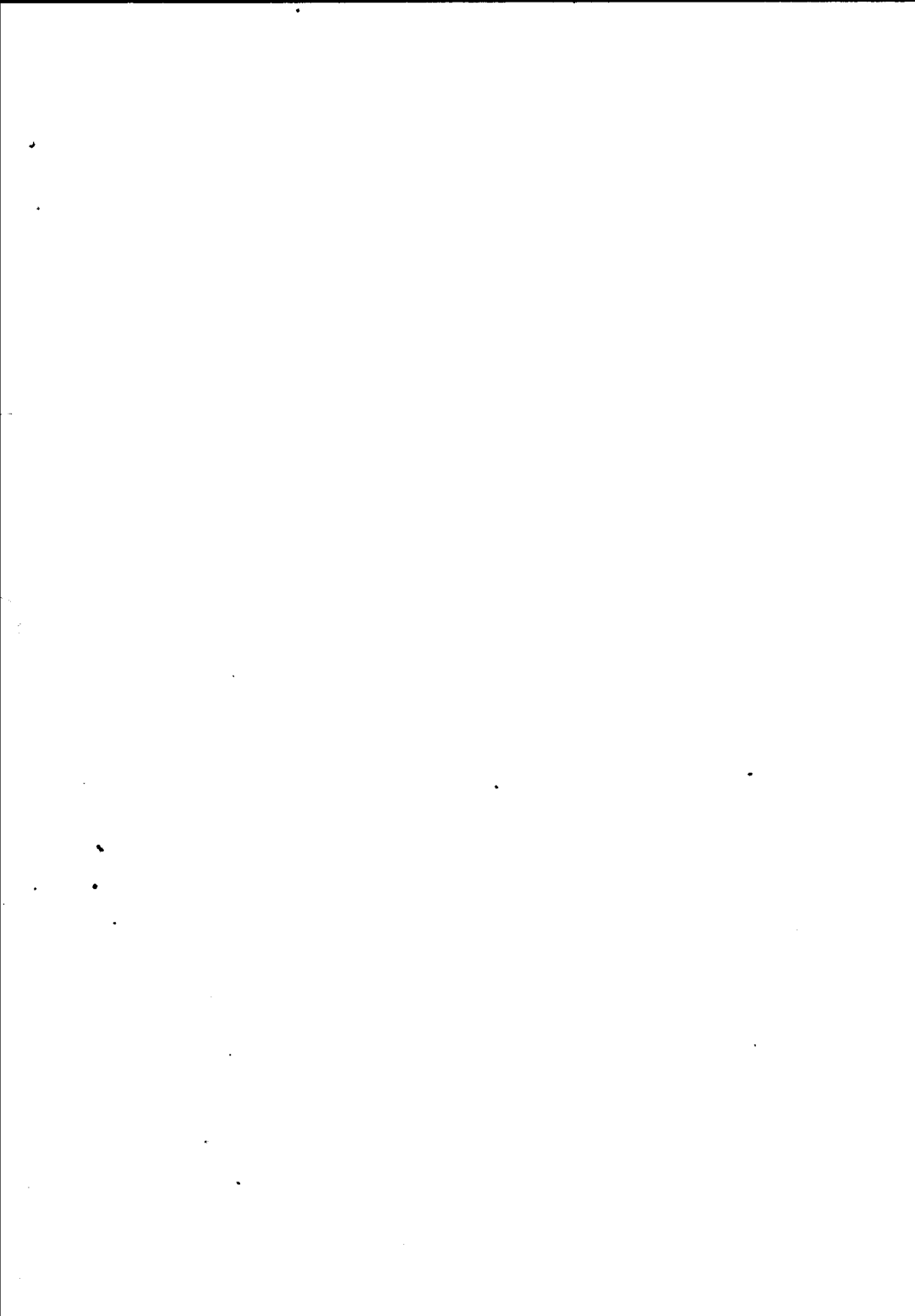
法律推理和法律方法的研究	(195)
法律的形式与法律推理	(205)
法律中的类比推理	(223)
简评《法律分析应该如何》	(235)
人工智能、话语理论与可辩驳推理	(248)
关于法律解释	(267)

第四编 法律制度中的最终权威

香港法律中的“最终承认规则”：历史与前景	(287)
权威系统与中国宪法	(313)
后记	(329)

第一编

法治、人权与秩序



强势文化、二元认识论与法治

一、简介

中国学者们深感所处的环境太富于人治色彩，渴望有一种高于或优于人治的理想社会，因此对法治产生了无限遐想。从现有的大量讨论法治的文字来看，人们基本上假定法治是人类社会最理想的状态。对于法治的弊端，似乎还没有作过应有的反思。由于走上追求法治的道路是无数有识之士艰苦努力的结果，目前要在中国对法治进行一番批评，实际上是一件很困难的事情。事实上，虽然我们深信法治是国家的灵魂，自由的管家乃至正义的化身，但也不应该忽视了法治也可以仅仅是一种理想或者一种意识形态。本文打算通过对一个至今还没有引起广泛关注的层面，即强势文化、二元认识论和法治之间的关系探讨，指出法治的若干弊端，以供有心的学者和法律改革者参考。文章的基本看法是，法治固然有其不可否认的优点，但决不是最理想的或唯一的选择。从所谓人治/德治社会走向法治社会其实没有走很远，仍然是从一元的社会走向另一个一元的远非理想的社会。由于强势文化和二元认识论的限制，这一简单的事实却难以为人们所认识。处在转型期的中国需要更为广阔和深刻的理论探讨，以寻求更为理想的社会安排，而不

4 法治与文明秩序

该仅仅热衷于法治，从而忽视了社会生活的多样性和人的多样性以及与之相适应的社会制度安排的多种可能性。为了便于讨论，一开始对法治的概念作一个适合讨论的界定可能还是有必要的。因此文章的第二部分将给法治下一个我认为确当的定义并对目前中国的法治情结略作评论。第三部分探讨强势文化的含意。第四部分将讨论所谓二元认识论及与之相适应的普遍主义的认知方式。第五部分作为结论指出对法治的追求不应该影响我们对更理想的社会安排的想像和探索。

二、法治与法治情结

(一) 法治

法治最初只是一种理想，后来逐渐发展成为一种文明秩序，一种社会框架，而这种社会框架与法治理想之间实际上存在着很大的距离。作为一种权威理想，法治激励了不少仁人志

士为争取自由、公正而献身。^{〔1〕}

作为法律文明秩序的法治由以下四个方面的内容构成：以法治理想为主导的权威系统，以权利和法律为中心的概念范畴系统，以司法制度为社会最基本的制度安排和以个人权利及法律为依归的文明秩序意识。这样一个法律秩序萌生于古代西方的文化土壤，在近现代欧洲得到了极大的发展，然后全盛于美国。^{〔2〕}

在法治社会中，政治活动被规则化、程序化。政治合法性的意义完全在于被合理化了的程序的合法性。具体表现在选举的程序、立法程序、司法程序及政治参与等方面。与政治的规则化、程序化相一致，法治社会中的经济活动也被规则化和程

〔1〕 有关法治的著述多不胜数，参阅 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 3d ed., Clarendon Press, 1765; A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed. Macmillan, 1915; G. Dietze, *Two Concepts of the Rule of Law*, Liberty Fund, 1973; R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, 1980; L. L. Fuller, *The Morality of Law*, rev. ed., Yale University Press, 1969; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961; F. A. Hayek, *The Rule of Law*, Institute for Humane Studies, 1975; F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1944; F. Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and Legal System in Modern Society*, Berg Publishers Ltd., 1986; J. Rawls, *A Theory of Justice*, Belknap Press, 1971; E. P. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, Allen Lane, 1975; R. M. Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, Free Press, 1976。

〔2〕 参阅於兴中“作为法律文明秩序的法治”，载清华《法治论衡》第二辑，清华大学出版社，2001，第31-44页。

6 法治与文明秩序

序化。和关系经济或者伦理经济相比，可以称之为规则化的经济或市场经济。经济活动以纯粹盈利为目的，经济活动的规则公开化、标准化、规模系统化。

法治的主要优点表现在它妥善地解决了人的欲望和人的精神追求之间的矛盾，而这对矛盾是所有的传统文化无法避免但又无法解决的矛盾。它困惑了一代又一代的为理想社会而奋斗的仁人志士。简言之，世界主要文化传统，无论神圣的还是世俗的，一般都对人的趋利性采取抑制的态度，而法治社会则鼓励人们追逐利欲。个人的利欲具体化表现为权利，当权利与权利、权利与权力发生冲突时则需要法律来调整。这样从个人的欲望和趋利性转化为权利，再到由法律保护权利，这一过程实际上是法治的核心内容。若再说得详细点，有权利做某事就等于有自由做某事，于是权利便等于自由。对人而言，权利是自由；对物而言，权利就是财产权。因此，权利、财产、自由是相通的。权利、财产、自由之间，个人权利和他人权利之间，个人权利与政治组织之间的关系有一致也有矛盾的一面；这种矛盾和冲突就产生了正义与非正义、平等与不平等的问题。而为了解决这些冲突和矛盾就需要一种强有力的预先存在的统一的手段和程序，这就是法律和法律制度。而法治正就是提供了这样一种以法律为主要治理手段的建立在理性基础上的社会框架，供人们交往、生活、交流。^{〔3〕}

（二）法治情结

20世纪80年代以来，中国政府、学者和民众对法治表示出莫大兴趣。政府把法治作为治国方略加以推行；学者们自愿

〔3〕 同上。

地组成拉拉队，为法治鸣锣开道，普通人也开始运用法律寻求正义、维护自己的权利。“依法治国”、“依法治水”、“依法治林”等等含有法治字样的标语俯拾皆是，有关法治的文字论述也频频见于报章。一时间，追求法治成为一种时尚，甚至变成一种情结。

当然，这种法治情结并不是新近才有的。从清末变法开始，中国人早就走上了追求法治的道路。但是，由于中国的历史传统过于复杂，现实生活变幻莫测，对法治的追求时断时续，一波三折，百年以后，仍看不到多大功效。

然而，20世纪80年代以来的法治情结毕竟不同于以往。如果说，以往人们对法治的利弊还保持一种审慎的态度，因而对法治的追求多少有点保留，那么这种新的法治追求则表现出前所未有的坚定信心和不容置疑的绝对性。这种新的法治情结的最大特点就在于它把法治看成一种善治的最高理想和中华民族目前面临的唯一正确的文化选择。

然而，无论从经验的层面还是从理想的层面观察，所得到的结果都无法使人心悦诚服地去拥抱这种法治情结。从经验的层面看，我们可以以美国为例。美国是当今世界上最强盛的国家，一向以厉行法治而著称于世。不独美国人认为自己的国家是一个法治国，美国在大多数国家中的形象也是如此。^{〔4〕}而处在政治法律转型期的发展中国家更是把美国的法律制度看作模仿的典范。然而，美国的强盛果真是因为它的法治么？美国的社会果真是最理想的社会形态么？

〔4〕 参阅 Ronald A. Cass 近著 *The Rule of Law in America* , Johns Hopkins University Press, 2001。

美国具有世界上差不多最完善的法律制度。无论它的宪法制度、司法制度，还是它的法律职业和法学教育体制，都称得上是第一流的。但如果仔细推敲，它的每种制度都存在着缺陷。宪法解释中的政治倾向、司法程序中种族间的不平等、法律职业的商业化以及法律教育造成的社会分层，凡此种种都是人所共知的弊病。^{〔5〕} 这些弊病对美国社会的公正和平等有着不可忽视的消极作用。事实上，使美国成为一个强盛而伟大的国家的或许并不在于它是否以法治为依归，而恰恰是那些被法治人权的口号所淹没了的另一一些更重要的因素，比如深厚的人文传统、坚固的宗教基础、高度的个人自觉、诚实的生活态度以及精明的社会政策（比如保护国内资源、最大限度的利用国际资源及大规模吸引外来人才）等等。

一个强盛的国家并不意味着一个公平的社会，也不等于一个理想的社会。公正与法治是自由主义社会思想的核心价值。但以法治著称的美国难以摆脱的梦魇恰恰就是社会的不公正。姑且不说美国社会本身的暴力倾向及人与人之间的冷漠关系，仅就其资本主义制度下的社会分层和各阶层间的不平等、个人在高度分化的社会领域中攀登社会阶梯的艰辛、司法上的种族问题以及公司文化的奴役性等方面来看，就足以使人认识到，美国社会远非一个理想的社会。

如果美国的强盛并非因为其法治传统，如果连已经达到了高度法治的美国社会也不能算作最理想的社会，那么把法治作为一种绝对的善和最佳文化选择来追求是不是会误导我们

〔5〕 参阅批判法学派的著述，尤其是 David Kairys 编 *The Politics of Law: A Progressive Critique*，3rd ed.，1998。

自己？

从理想的层面来看，法治社会在某些国家是一种历史发展的结果，在另一些国家则是一种无可奈何的选择。从法治社会本身的价值出发评判法治社会的优劣不可能得到公允的结果。只有将法治社会的价值同其他类型的社会的价值予以比较或者参照，方可看出它们间的相对优越性。法治社会中的主要价值有“自由”、“正义”、“权利”、“法律”、“规则”、“程序”等。这些价值的基本取向大致是抽象、非人、外在及怀疑人性的，正是黑格尔和马克思所说的“异化”的种种表现（除自由外）。〔6〕这种外在的价值体系和与之相适应的制度安排可以为人的政治经济活动提供较为合理的环境，但却不能为造就理想人格或升华人性提供保障。很难想像一个由法律和权利武装起来的人会有多可爱。与之相对应的是其他类型的社会中的价值，比如“情”、“义”、“仁”、“爱”、“谦让”、“虔诚”、“慈悲”等等。这类价值的基本取向是以人为本、内在的、向善的。它们为升华人性，培养人的情趣、格调和高贵提供了指导，但却不能为人从事政治经济活动创造条件。要是带着“情”、“义”进入市场竞争，那无异于自杀。如果我们将这两套价值体系不带任何偏见地予以比较，我们是无法得出后者不如前者的结论的。

法治社会只是世界上若干种文明秩序的一种，它并不是一种绝对的善，尽管它具有很多优点。法治社会把人的生命的必需牢牢地与人的智性结合在一起，使人的智性得到了极大的发

〔6〕 参阅 Bertell Ollman, *Alienation: Marx's Conception of Man in a Capitalist Society*, Cambridge University Press, 1977。