

欧盟法的内在化与外在化 及其对国际法的启示

江河 著



湖北长江出版集团
湖北人民出版社

欧盟法的内在化与外在化

及其对国际法的启示

江河 著

湖北长江出版集团
湖北人民出版社

鄂新登字 01 号
图书在版编目(CIP)数据

欧盟法的内在化与外在化及其对国际法的启示/江河著.
武汉:湖北人民出版社,2009.9

ISBN 978 - 7 - 216 - 06104 - 9

- I. 欧…
II. 江…
III. ①欧洲联盟—法律—研究②国际法—研究
IV. D95 D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 154685 号

**欧盟法的内在化与外在化
及其对国际法的启示**

江 河 著

出版发行: 湖北长江出版集团
湖北人民出版社

地址:武汉市雄楚大街 268 号
邮编:430070

印刷:武汉明天印务有限公司

印张:12

开本:787 毫米×1092 毫米 1/16

插页:1

版次:2009 年 9 月第 1 版

印次:2009 年 9 月第 1 次印刷

字数:233 千字

定价:28.00 元

书号:ISBN 978 - 7 - 216 - 06104 - 9

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

前 言

正如美国大法官和实用主义法学创始人霍姆斯的名言所说:“要了解法律是什么,我们必须知道它曾经是什么,以及它将要变成什么。”法律制度不只是现实社会的一部分,而且也存在于历史之中,它不但拥有过去,也拥有未来。法律的发展与变革,既要面对过去又要面对未来,而不能局限于现实主义的禁锢之中。没有共同的历史,就没有共同的未来,欧洲一体化过程中欧盟法的进化便说明了这一点。法律作为一种社会现象,它不是孤立地存在和发展的,它必须接受其他社会科学的现实批判和理论资源。与价值无关的形式主义纯粹法学,只会与庞大的官僚机制以及复杂的现代法律体系一样,颠倒手段和目的的关系,并最终压榨了法律的正义价值和民主精神。欧盟法的强大生命力和国际法所面临的各种挑战,都要求对法学基础理论进行时代性的变革。正因为如此,在对欧盟法的历史演进及其对国际法的启示予以探讨之前,必须对法律的概念进行重构,只有这样才能克服国内法的现代性危机和国际法的特殊论危机;同时,也可以在欧盟法的启示下实现两者完美的结合与协调,从而确立了全球化时代统一的法律规则体系。以此为目的,在法律概念重构的理论前提下,本书从欧盟法内在化与外在化的发展路径,回答了欧盟法来自何处,去往哪里的问题,并在此基础上对比研究了欧洲一体化与经济全球化的发展路径及其进步性和局限性,从而预示了国际法未来变革的基本方向。

全书在结构上由“法律概念重构下的法律进化”、“欧盟法的内在化与外在化”以及“欧盟法对国际法的启示”三篇组成,其中每篇包括两章。第一章以国际社会的全球化和国内社会的现代性为社会基础论述了法律概念重构的现实压力和理论意义。第二章提出了法律的内在化与外在化的概念,从而为认识法律的进化提供了新的视角。法律的内在化为改变国内法的价值困境提供了现实的进路,而法律的外在化为改变国际法的弱法特性指明了变革的方向。以法律的内在化与外在化为理论背景,第三章重点分析了欧盟法的内在化和外在化进程。在欧盟法的内在化方面,主要分析了万民法、欧洲中世纪基督教和欧洲理念对欧盟法发展内在的自然的推动作用;在外在化方面,强调了经济一体化和欧洲公民社会的形成在欧洲联邦理想中的构建作用。第四章首先分析了欧共体/欧盟基础条约和欧洲法院能动主义的内在联系;接着论证了欧洲法院在确立欧盟法基本原则和经典先例中的决定性影响;最后从系统论的视角出发,以欧盟法的基本原则为核心,阐述“欧盟法帝国”内在的统一性和外在的有效性。第五章从人类不同的联合模式及其所对应的正义原则分析了国际法所面临的严重挑战,并根据欧盟法的启示对应对国际法的

原始性和现代性提出了初步建议。第六章以欧盟法的历史经验为基础,重点论述了联合国的变革对国际法的政治和价值基础的构建作用。

从全书的内容结构上看,三个部分是紧密联系而互为一体的,前者依次为后者提供方法论或发展路径。第一篇为认识全球化之下欧盟法的生命力及其对国际法的启示力量提供了传统的“法理洞穴”之外的阳光,从而为欧盟法和国际法的探讨确立了新的理论坐标。没有法律概念的重构和概念要素的变革,欧盟法的内在化与外在化探讨将失去理论背景和法理支持。从国际法的立场出发,欧盟法犹如手握火柱在黑夜里行走的巨人,它为陷入原始性和现代性困境中的国际法的发展和变革指明了前进的道路;法律基础理论则是欧盟法脚下的社会土壤和发展根基;法律基础理论必须面对欧盟法发展的社会现实,才能改变国内法的现代性而带来的话语霸权和正义缺失。从比较法的角度出发,冷战后的国际法只有在欧盟法的启示下进行变革,才能克服国际法的原始性,并促进主权国家之间的合作。

本书的附录包括《欧洲联盟条约》和《欧洲共同体条约》,这是欧洲一体化过程中迄今最为重要的两个宪法性条约。虽然代替《欧洲宪法条约》的《里斯本条约》将对欧盟法的发展产生实质性影响,但由于它还没有生效,不能构成对正文分析的有力支持,故没有被收录和翻译。这两个附录(合并文本)对在不同时期予以修改的条款进行了整合与统一,从而改变了现存的条约中文译本在形式和内容上的分散性和混乱性。《欧洲联盟条约》具有一定的宏观性、概括性和开放性,故对其主要条款都进行翻译,而附录二只编译了《欧洲共同体条约》中与正文相关的条款。在正文的写作过程中,这些附录所包含的条款原本以脚注形式构成对正文的注释或例证,但为了避免条款的重复引用,最后通过附录予以统一。在这种意义上,附录部分也是正文内在的组成部分,它加强了本书主体内容的实证分析性及其观点的科学性。

目 录

前 言	(1)
第一篇 法律概念重构下的法律进化	(1)
第一章 法律概念的重构	(3)
第一节 全球化、现代性与法律概念的重构	(4)
第二节 概念要素的构成及其特性	(9)
第三节 法律的渊源和重心	(13)
第二章 法律的进化:内在化与外在化	(18)
第一节 法律的内在化与外在化概述	(20)
第二节 法律的内在化要素:法律的灵魂与法律的信仰	(24)
第三节 法律的外在化要素:“利维坦”与主权的演变	(30)
第二篇 欧盟法的内在化与外在化	(37)
第三章 欧盟法内在化与外在化的概述	(38)
第一节 欧盟法的内在化	(38)
第二节 欧盟法的外在化	(52)
第四章 内在化和外在化的能动性实践与整合	(66)
第一节 新的社会契约与法律共同体	(68)
第二节 欧洲法院的司法整合	(73)
第三节 法律原则视角下的欧盟法系统	(79)
第三篇 欧盟法对国际法的启示	(90)
第五章 国际法的原始性与现代性	(93)
第一节 社群联盟与国际法的原始性	(94)
第二节 经济全球化与国际法的现代性	(112)
第六章 联合国与国际法的政治和价值基础	(125)
第一节 联合国与世界公民社会的萌芽	(125)
第二节 “文明冲突”与国际法的价值	(137)
结语:全球化下的多米诺效应与国际法的未来	(147)
附录一	(152)
附录二	(168)
参考文献	(183)
后记	(187)

第一篇 法律概念重构下的法律进化

人具有社会性,人类所创造的理论也具有其社会性,社会科学中的法学更是如此。理论与实践的辩证关系说明,科学的理论应密切联系实践,脱离社会实践的法学理论没有任何生命力,这也就是说,法学理论必须立足于社会实践。就人类现存的各种法律而言,每种法律的产生和发展都存在其与法域相对应的社会基础。国家的出现导致了实证法学意义上的国内法的产生;近代主权国家及其国际社会的形成为国际法的产生奠定了社会基础;经济全球化所形成的国际社会关系推动了现代国际法发展和变革;而欧洲一体化则为国内法和国际法之间的欧盟法提供了政治动力和民主基础。法律是调整各种行为主体之间社会关系的强制性规范,当社会关系和行为主体发生变化时,法律的概念及其构成要素将面临重构的必要性。全球化使人类活动范围迅速扩大,社会共同体的外延也逐渐扩展,各种新的行为主体开始出现,社会科学必须应对这些新的现实而予以变革。根据理论与实践的互动关系,概念是人们认识和反思各种社会现象的关键和前提,而法律科学也是一样。法律概念的内涵来源于历史经验的积累,法律演进过程中所反映出来的基本特征决定了法律的内涵;同时,新的法律主体和权利客体在不断拓展法律的外延,从而使法律的内涵发生嬗变。

法律概念的重构并不是一种形而上的理论分析,其必要性来自于具有代表性的几种法律所组成的人类法律秩序的统一性。更为重要的是,法律概念的重构动力来源于法律在全球化背景下的社会实践。在法律概念的构成要素中,公共信仰等要素通过法律的内在化和政治组织等要素通过法律的外在化,为法律的进化培育了生长点。就横向的法律体系而言,国内法、国际法以及处于两者之间的欧盟法构成了人类统一的法律秩序,法律概念的外延应涵盖这几种富有代表性的法律类型。只有确立了静态的法律秩序及其存在形态,有关法律进化的理论才具有普遍适用性。^① 在全球化的过程中,法律逐渐走向融合,从而为完整意义上的法律进化开拓了内在化与外在化的途径,其中内在化体现了对社会正义的理想追求,外在化

^① 在本书中,“法律的进化”一词的含义与“法律的成长”、“法律的发展”以及“法律的演进”等相同,只不过因为上下文或特定的措辞需要而有所变化,法律的内在化与外在化都是这些发展过程的两个方面或两种模式。

则创造了法律变革的组织基础或国际秩序。法律概念重构视角下的双向法律进化模式(包括内在化与外在化),有效地阐释了欧盟法的发展途径及其根本动因,进而在欧盟法的启示下加强对国际法困境的内在认识并推动国际法作出相应的变革。在这种意义上,本篇有关法律概念重构和法律内在化与外在化的探讨,将为第二篇和第三篇的分析和论证提供法理基础。

第一章 法律概念的重构

法律的概念是法学在社会科学领域进行“圈地运动”的结果,法律概念的内涵和外延决定了法学和其他社会学科的基本区别和外在联系。法律概念的内涵所界定的基本特征确立了法律疆域的中心坐标,法律概念的外延划定了法律疆域的外部界限,从而构画出法学理论的坐标图,并揭示了法学与社会学、伦理学等相邻学科的外部联系以及从环境中吸取理论资源的基本途径。因此,在法学的理论坐标中,法律概念必须同时具有客观性和主观性。法律概念的客观性要求它必须涵盖人类历史和现代社会中所有的法律类型或法律部门,否则它就不是完整的法律概念。法律概念的主观性要求它必须体现法律的历史特性或时代性。法律概念的基本内涵或基本特征所界定的客体范围或构成,亦即法律概念要素的外在构成,决定了法律概念的客观性。各种法律概念要素的内在发展及特定要素在要素构成中的地位变化,体现了法律概念的历史特性。法律概念要素构成的内在发展,导致了多维视角下人类法律坐标体系的中心位移。任何社会科学的概念都必须具有其确定性和稳定性,所以法律概念的客观性是其主方面,法律概念的主观性是其次方面。法律概念要素的重构和各种要素的内在发展,使人类的法学理论从相对真理逐步走向绝对真理,而原始性的国际法和革命性的欧盟法则是导致这种法律坐标中心发生位移的变革性力量。

法律是一种社会规范,它是用强制性规范调整社会关系的一种结果。在某种意义上说,有社会就有法。无论是在原始社会,还是在现代社会以及未来的共产主义社会,作为一种社会规范,法律是永远存在的,只不过因为社会文明和生产力发展水平的不同,其实现法律强制的途径不同而已。只有以这种理念为基础,国内法、国际法及其中间形态的欧盟法才能构成完整意义上的人类的法律。法律所存在的社会基础对法律的决定或推动作用往往是通过一种显性的社会潮流或一种隐形的社会基本特征来实现。前者往往以生产关系所引起的社会变革为先导,如经济全球化;后者则主要体现在人类的意识或社会理论领域,如现代性。两者的结合点便是法律所调整的社会关系和法律所追求的终极价值,这种结合路径决定了经济基础在法律进化中的先导作用。同时,法律价值的切入也使整个法律大厦奠基于社会伦理和政治实践等所构建的“基础规范”,这也要求法学通过正义价值的中介从社会学、伦理学和政治学等其他社会学科中吸取正统性、民主性和合法性资源。

在原始社会或国家产生之前的任何社会阶段,法律的概念集中体现于法律人

类学的基本观点之中。^① 当社会共同体由原始部落向国家以及超国家国际组织演进时,法律制定与执行的主体与方式都发生了革命性或改良型的变化。从自然人到国内的法人,再到跨国公司,法律主体的多元化也给法律概念的内涵与外延带来相应的变革。这些客观的变革在实践上取决于全球化(主要是经济全球化)的深入发展,经济全球化为未来具有人类能动性的政治全球化、法律全球化提供了实践动力和历史经验。法律作为一种社会规范,除了其客观的运作机制与强制性以外,它也是人类主观认识和规范社会关系的结果,因而它体现了人们对某种社会价值的追求。也就是说,法律不仅仅是社会实践的客观产物,同时,它也是人类主动改造客观世界与主观世界的产物。所以法律应反映人们的主观价值,这在法律体系中便表现为法律的价值与目标,而带有历史与民族特性的政治、法律文化在这种价值的塑造中发挥着重要作用。从纵向与动态的发展视角来看,法律这一范畴具有其历史特性,它应莫基于其现实的社会背景;从横向的学科的系统视角来看,对法律的认识与反思也无法脱离哲学、社会学等学科的现实与变革,而后现代法学便是这种相互影响的发展结果。实践上的时代特性与理论上的互动关系对法律概念的价值要素的重构作用,主要体现于人们在现代性危机中对社会正义的追求。在法律外延与内涵的辩证互动的前提下,如果说全球化对法律概念的重构作用体现在法律的外延方面,那么,现代性对法律概念的重构作用则体现在法律的内涵方面。

第一节 全球化、现代性与法律概念的重构

法律的概念是法理学研究的基本问题,同时,它也是各法学流派的争论和分歧所在,它的重构将有利于填补国内法和国际法之间的鸿沟,^② 并坚持原始法和现代法的历史连续性,^③ 在纵向和横向的维度上创立完整的法学理论体系,从而在

① 法律人类学,又称法人类学,它是人类学与法学两者整合而形成的交叉学科。人类学(anthropology)是一门较晚的学科,主要包括体质人类学、文化人类学以及考古人类学等分支。目前,人们通常所说的人类学一般是指文化人类学,该学科的主要特征在于通过整体的、跨文化比较研究和田野调查方法来研究社会共同体。法律人类学(anthropological jurisprudence)主要涉及无文字社会的法律制度,它的目的是采用文化人类学的各种方法来研究不同时期的社会共同体中的社会控制与秩序维系问题,从而更加深刻地认识和解释人类社会的法律秩序。法律人类学的历史始于19世纪,梅因是公认的法律人类学的创始人。梅因的《古代法》和恩格斯的《家庭、私有制与国家的起源》等经典著作同时也是法律人类学的经典著作。现代法律人类学被认为开始于马林诺夫斯基(Bronislaw Malinowski)于1926年发表的《原始社会的犯罪与习俗》一书。马林诺夫斯基批评了以梅因和摩尔根为代表的早期法律人类学家的进化论思想,他将“互惠、制度化的程序公开性和抱负”确定为原始法律约束机制的主要因素。接下来最杰出的法律人类学家之一是霍贝尔,他在1941年和卢埃林合作出版了《夏安人的方式》,此书被认为是法律人类学的典型文本。1954年霍贝尔出版了他的代表作《原始人的法》,在书中他描述了不同法律体系的类型。自形成之后,法律人类学经历了进化论占主导地位的时期、对进化论进行批判和反思的时期以及当前以现代和后现代进路为特征的全新发展时期。法律人类学对西方发达法律制度的现代性危机和国际法的原始性困境提供了有效的解释和回应。

② 国内法和国际法之间的鸿沟主要体现在以下几个领域:国内法体系较为发达和完善,而国际法体系却十分原始与零散,有的学者甚至联合国的法律实践将这种现象称为“国际法的碎片化”(fragmentation of international law);国内法有系统的强制实施机制,而国际法缺乏外在的强制实施机制;正是由于上述两点原因,国际法和国内法的实效性也存在巨大的差异。

③ 这里的现代法主要是指在国家出现之后,特别是由“恶法亦法”的实践和实证法学理论主导下的成文法体系。这种现代法强调法律的外在表现形式与暴力强制。现代法否认国家产生之前以及国家消亡之后的社会共同体存在法律,从而割裂了人类法律的历史发展。相比较而言,原始法更加强调法律的道德性、习惯性以及法律主体内在的自我精神强制。所以,在某种意义上,国际法也是一种原始法。

理论上为作为“特殊法”的国际法开阔新的视野。从辩证和发展的观点出发,法律的概念必须体现法律的相对稳定性和实践的时代性。一方面,法律的外延确定了法律现象和其他社会现象的边界;另一方面,法律的内涵应保持一定的开放性,以获得实用主义的原始动力与理性系统下浪漫主义的生命力。

概念,是反映对象的特有属性的思维形式。人们通过实践,从对象的许多属性中,抽出特有属性概括而成。概念的形成,标志着人的认识已从感性认识上升到理性认识。科学的认识成果,都是通过形成各种概念来加以总结和概括的。表达概念的语言形式是词或词组。^①任何概念都有其内涵和外延。内涵和外延是互相联系和互相制约的,外延越大,内涵就越小,反之亦然。概念不是永恒不变的,而是随着社会历史的发展和人类认识能力的加强而逐步接近绝对真理。明确概念的内涵和外延,才能正确运用概念以建立其科学的理论体系。与静态的概念对应的动态范畴是定义。定义亦称“界说”,它是揭示概念的内涵或者语词的意义的方法。揭示概念内涵的定义称为实质定义。最有代表性的定义,是实质定义中的属加种差定义,即把某一概念包含在它的属概念中,并揭示它与同一个属概念下的其他种概念之间的差别,即“种差”。例如,人是能制造生产工具的动物。法律理论体系的构建与法律规则的调整作用,要求法律概念具有相对的稳定性,而历史法学所强调的法律传统和实证法学所强调的时代性,要求法律的概念具有动态性。因为矛盾对立面的相互冲突和斗争,法律的概念和定义是令人困惑而始终不能解决的理论难题。虽然英国著名的法学家(H. L. A. Hart)哈特对此作了专门的实证分析和探讨,但其最终结论是,要得到一个具体的确定的法律概念是不可能的。^②

在法律的实践中,对于理性的法律概念的追求,有时还不如实用主义更为有效。也就是说,对法律概念的理论研究值得吗?就像没有时空坐标的人一样,没有法律的概念,法律科学将不知道自己身处何地、来自何处并走向何方。法律科学体系的建立,依赖于确定的法律概念的外延,法律的传统和未来以及正义价值,这些都取决于相对稳定而具有开放性的法律概念的内涵。法律概念的时空性,既体现在基于现实的外延系统的扩展,也体现在其内涵在历史中的发展变化。无论是实证法学还是自然法学及其法律概念,都应找到自己的时间和空间维度。现存的国内法、欧盟法和国际法扩展了作为整体的人类法律现象的外延。更重要的是,在继承历史传统和面对未来的基础上,欧盟法的特性使人类法律的内涵发生了根本性变化,而这一变革是深深地根植于经济全球化和区域一体化所构成的时代坐标。

^① 参见夏征农主编:《辞海》,上海辞书出版社1999年版,第3546页。

^② 在其代表作《法律的概念》中,哈特对于“什么使法律区别于以威胁为后盾的命令?什么是法律义务及它是如何同道德义务相连?什么是规则以及在多大程度上法律是由规则构成的?什么是正义及它如何不同于道德的其余部分?”等反复出现的问题进行了详尽地和独立地探讨,并在此基础上明确指出:其论著的目的并不在于提供一个符合正确用词方法的可验证的定义,而是旨在通过提供改进了的分析和更透彻的理解来促进法律理论的发展。在其著作中,作者只是缜密地阐述了法律概念的核心因素,而没有提出宏观的具有概括性的法律的概念。

法律的变革基于社会现实的发展与变化,无论国内法还是国际法都是如此。对于法律概念的探讨,在继哈特对其百年前奥斯汀的学说进行了科学的继承和批判之后,^①法学理论日益受到社会现实的冲击,冷战后的全球化浪潮使哈特的理论面临着时代性的变革。全球化主要体现在经济和科技两个方面。全球化对法律科学的影响不在于法律的全球化,也不在于法律体系中以外在影响的形式去重构各种法学的“概念天堂”。“主权”与“人权”等部门法律体系的基本概念的困惑性使学者们无所适从,他们执著的探讨和浩瀚的著作也无济于事,结果越研究越混乱。与其对法律子体系的构成要素的概念进行重新界定或不断修正,倒不如跳出宏观的“法理的洞穴”,^②从而在外面的阳光的照射下认识全球化社会背景下的各种法律现象。这种新视角的根本前提在于对法律本身的概念进行重构,在此过程中必须坚持国内法的现代性和国际法的原始性,^③并确立法学理论的中心位移与全球化实践相融合的法律体系。以外在的观点去分析全球化无疑会导致因受实用性考虑而被扭曲或修正的概念,同时其外延也使现代法律体系日益臃肿。对法律概念进行内在的与开放的重构才是问题的症结所在。法律概念的定义并不是静止的,它的相对性根源于法律概念的外延和内涵的辩证关系。概念的外延取决于人类思维活动中的社会实践,而认识能力与活动范围的扩大又将会对原有的内涵进行发展。反过来,新的内涵对外延又起着巩固和稳定作用。“哪里有交往,哪里就有法,”^④在全球化过程中,由于法律所调整的社会关系(包括公法和私法)渗入各个传统的和崭新的领域,法律的外延也就随之扩大,这必然要求对法律概念的内涵进行充实和变革。

① 从1861年奥斯汀的《法理学讲义》出版到哈特1961年出版的《法律的概念》整整一百年,在此期间,分析实证法学一直在英美国家占主导地位。尽管哈特的法学理论由批判奥斯汀的法律定义的不当性开始,对其“法律命令说”进行了解构,但在自然法学派要以法律内容是否合乎道德来作为回答“什么是法律”的标准方面,两者都一致对外地坚持了实证法学的立场。

② 在《理想国》第七卷中,柏拉图作了一个经典性的比喻,其直接目的是要揭示受过教育的人与没受过教育的人的本质区别以及相关问题,后人一般称之为“洞穴喻”。在这个比喻中,柏拉图作了如下设想:有一个洞穴式的地下室,一条长长的通道通向外面,有微弱的阳光从通道里照进来。有一些囚徒从小就住在洞穴中,头颈和腿脚都被捆绑,不能走动也不能转头,只能朝前看着洞穴后壁。在他们背后的上方,远远地燃烧着一把火炬。在火炬和囚徒中间有一条隆起的道路,同时有一堵低墙。在这堵墙的后面,向着火光的地方,又有些其他囚徒。他们手中拿着各种各样的假人或假兽,把它们高举过墙,让它们做出动作,这些囚徒时而交谈,时而沉默。于是,这些囚徒只能看见投射在他们面前的墙壁上的阴影。他们将会把这些影像当作真实的东西,他们也会将回声当成影像所说的话。此时,假如有一个囚徒被解除了桎梏,被迫突然站起来,可以转头环视,他现在就可以看见事物本身了。但因徒们却以为他现在看到的是非本质的梦幻,最初看见的影像才是真实的。而假如有人把他从洞穴中带出来,走到阳光下面,他将会因为光线的刺激而觉得眼冒金星,以至于什么都看不见。他就会恨那个把他带到阳光之下的人,认为这个人使他看不见真实事物,而且给他带来了痛苦。不过柏拉图认为,如果有一个逐渐习惯的过程,他的视力就可以恢复,首先大概看阴影最容易,其次是看人或事物在水中的倒影,再次是看事物本身。<http://zhidao.baidu.com/question/556630777.html>,访问时间2009-2-24。而此处的“法理的洞穴”,是指现存的主导性法学基础理论所构成的封闭性理论系统,它将法学理论局限在自己的狭隘领域里,或者置身于一个没有哲学背景、历史背景、社会背景和文化背景的“洞穴”里,在这种法理的指导下,法学研究的任何结论都将成为封闭在专业知识体系的、带有“自恋性”的偏见。所以,在法学研究过程中,要打破传统法理的束缚,利用洞穴之外的阳光去认识法学与其他学科的必然联系和相互作用。

③ 国际法的原始性来自于国际社会的无政府状态,真正的无政府状态类似于霍布斯所提出的“自然状态”,但国际社会的日益组织化逐渐在改变这种无政府状态。具有原始性的国际法和法律人类学所主张的法律概念与原始社会的法律状态存在某种程度的一致性。国际法的原始性表现在统一立法机关的缺失、法律规则的无体系性以及法律遵守的自觉性。

④ [奥]阿·菲德罗斯:《国际法》(上册),李浩培译,商务印书馆1981年版,第15页。

从根本上说,全球化只是一种生存空间的变化过程,它本身无所谓好坏,对它的认识就应当像对待经济和科技的态度一样。也就是说,在某种意义上,它只是一种显意识,其所对应的潜意识范畴是现代性。^① 现代性所描述的社会危机并非来自于全球化(主要是经济全球化)本身,而是来自于背后的主要推动者的主观目的。在经济全球化所“溢出”的非正义秩序中,现代化国家吞噬了社会,进而在依赖于经济的、理性的、物质的技术性规则中建立了一座全球性巴别塔,^②其结果终将激怒“正义的上帝”,法律的危机将由此开始。另一方面,因为国际问题和灾难的挑战,所有民族都在一个生死存亡的命运共同体中结合在一起。在由危险和机会组成的“危机”中,^③ 人类的法律面临着历史性的变革。

现代性对法律的影响,主要表现在消极的法律真理缺失和积极的法律多元主义。^④ 在法律概念的探讨中,现代性将影响法律概念的实质内涵和定义方法。现代性的迷惑来自于社会正义的危机和人们在理论世界中的无序性,这种困境要求在对正义的追求中用开放性的基本概念确定人们在不同领域的意识坐标,法律科学也是一样。经济全球化和社会的现代性对法律概念的外延与内涵的变革,取决于事物矛盾的对立面因融合与统一而导致的上位系统中心或坐标原点的位移。^⑤ 在法律的发达史中,法律理论的坐标中心曾经是国内法,现在许多国家仍然如此。但是随着社会的发展,整个法律系统的中心逐渐向国际法方向发生运动。虽然该过程是缓慢和渐进的,而且取决于全球化时空压缩的速度,但人类认识万物的意识坐标从虚焦日益向实焦接近的规律是不可逆转的,这与人类日益从相对真理走向绝对真理的进程是一致的。^⑥ 从原始社会的习惯强制法到近代的暴力强制法,从

① 尽管如此,现代性和全球化在历史中的产生及其在国内社会和国际社会中的地位方面还是存在着重大的区别。同时,全球化与全球主义也属于不同的概念。全球主义的产生早于全球化。先前西方发达国家所出现的现代性早于全球化进程,但冷战结束后,两者逐渐在统一的时空中对应起来。

② Babel 原意应为建造通天塔的城市。通天塔即巴别塔(Tower of Babel),它出自典故《圣经·创世纪》,谓人类在大洪水之后的东徙中来到一平原,欲建造通天塔以传扬世代。上帝因人类拒不悔过和侵犯其神圣住所,变乱人们原有的统一口音,令彼此语言不通,人类遂停止建造通天塔,于是后来 Babel 的含义就发展为“变乱”或“大混乱”。参见 Webster's Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language, updated revised deluxe edition, 1996, p. 148.

③ “危机”一词来源于希腊语 krisis,意为“转折点”。这个词在汉语中由两个字构成,一个字的意思是“危险”,另一个字的意思是“机会”。

④ 法律多元主义是指法律不只是国家特有的产物,国家的法律只是社会法律秩序的一部分,而且不一定是最重要的部分。法律多元主义突出地体现在埃利希的“国家法”(“审判规则”)和“活法”,现实主义法学派的“书本上的法”和“行动中的法”,法律人类学者的“国家法”和“非国家法”等法学理论中。

⑤ 在由多种下位概念所组成的上位概念的坐标图中,如果社会实践引起了下位概念外延(圆周)的变化,这些概念的基本内涵或基本特征(即圆心)将会发生位移,当大部分下位概念的外延与内涵产生扩张或交融时,上位概念的坐标原点也会随之产生几何性位移。

⑥ 在这里,虚焦类似于认识论中的相对真理,而实焦则类似于人们在社会实践中日益接近的绝对真理。

国家法到未来的世界法或人类法,^① 人类认识法律现象的坐标原点逐渐向相对的实焦即世界法靠近。从国家之间的无政府状态到世界秩序,欧盟法的发展预示了这种历史必然性。在法律系统的变革中,法律的概念应体现新焦点在量变和质变上的内在要求。如果说全球化所建立的社会系统要求对法律的外延予以扩展,那么现代性所产生的真理混乱和正义缺失则要求对法律的内涵进行重新界定。

在有关正义的真理消失之后和对现代性的猛烈批判之中,理性面临虚无主义和怀疑主义的考验。法律内在的统一性和确定性所造就的法律体系,逐渐遭遇外在的社会科学的解构,有时甚至沦为特定社会共同体的一种文化表达。现代性导致了哲学中的后现代主义,它在法学领域中体现为后现代法学。以后现代法学为理论背景,许多学者认为法律是一种“地方性知识”。^② 面对现代真理的死亡,法律的航船是否就此停止对人类理性的乌托邦的远航呢?或者重温欧洲中世纪上帝的旧梦呢?现代社会的法律面临历史的选择,特别是处于困境中的国际法,更需要对这种现实作出回应。虽然在有些后现代法学家看来,对人类理性和国家主权的忠诚已逐渐淡化。但是如果没有理性,人类将背叛历史和忘记过去,人类不但会失去已有的文明成就,而且人类的生活将再次陷入极端的无政府状态或“自然状态”^③。现代科技将使这种社会更不安全、更为恐怖。所以,在这个距离正义乌托邦遥远的现代社会,人类必须借助现存的文化基础和理性力量去重构法律的概念。这种概念只有既能反映历史经验又能展示当今全球化的时代特征,才能为法律的理性建构和感性解构提供实质要素。同时,这种概念也必须应对国内法和国际法的统一性,为国际法的未来发展建构真正的法理平台,从而将国际法从致命的特殊论中拯救出来。^④ 在未来的人类社会,依照相对中心论下虚焦向实焦的趋近运动,国际法是国内法发展的历史逻辑,至少是并行不悖的结果之一,这并不是理性的神话或文学的天方夜谭,在社会实践中,欧盟法的成长便演示了其现实化的路径。

① 明确提出“世界法”概念的学者有庞德、霍贝尔和戴尔玛斯-马蒂等人,其他体现世界法思想的概念有“自然法”、“法律大同”、“全球法”和“万民法”等。世界法最早根源于古希腊的自然法思想,斯多葛学派和西塞罗则将世界法思想进一步发扬光大。在中世纪神学思想的支配下,托马斯·阿奎那的永恒法、自然法和神法都可理解为世界法。近代法律大同的观念集中表现在著名哲学家伊曼纽尔·康德(Immanuel Kant)的《论永久和平》一文中;20世纪初,中国伟大的法学家沈家本也创造了能使中国法律与西方法律“会通”的世界“法律大同”。自从国家主义法律观和实证主义法学占统治地位以来,世界法思想逐渐被边缘化。但是随着经济全球化和人权国际化的深入发展,早期的世界法开始以形而下的方式“在地上行走”。当代著名的哲学家和新自然法学家罗斯通过《万民法》进一步发展了世界法理论。在法国学者米海伊尔·戴尔玛斯-马蒂所著的《世界法的三个挑战》中,作者以经济和人权的双重压力为背景,就法的世界化的可能性、合理性及其令人向往性进行了探讨。戴尔玛斯-马蒂对原来的“世界法”观念提出了质疑,他在该书中对“世界法”概念进行了批判性的改造,提出了“规制的多元主义”的世界法概念。最后,他认为,如果能同时接受这三个挑战,就可以开辟一条通向人类共同法或世界法的道路。

② 参见克利福德·吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,邓正来译,载梁治平编:《法律的文化解释》增订本,三联书店1998年第2版,第126页。

③ 有关“自然状态”的描述详见第14页脚注②。

④ 国际法的特殊论,是指将国际法从一般意义上的法律体系中割裂出来,这主要是因为国际法是一种“弱法”(weak law),它缺乏其统一的立法机关与强制执行机制。就其实效而言,国际法无法与国内法相提并论,所以许多学者认为它是一种特殊的法律,有的甚至认为它不是法律,而是实在道德。国际法的特殊性危机,在理论上主要体现为不将国际法视为一般意义上的法律体系进行研究,在实践上表现为其法律主体并没有将它视为严格意义上的法律,从而去有效地遵守与执行它。

根据后现代学者的批判性理论,现代法学的话语霸权在很大程度上起源于法律概念的建构,^①因为武断的概念建构在法律理论和实践领域进行了原始的“圈地运动”,它划定了法律帝国的疆界。各种法学流派的概念冲突和其他学科如社会学、政治学对法律外在的批判,要求法律的概念既能在宏观上反映理性的普遍性,又能在微观上开放地适应人类在生活多样性中对幸福的本能追求。实证法学派的国家意志、自然法学派的正义价值和历史法学派的民族精神,^②似乎都不能全面的甚至是主要地展现全球化时代法律的外延和内涵,从而不能解释国际法和欧盟法的实践发展。相对而言,整体法学派的哈罗德·J.伯尔曼的法律较为科学,^③他将法律定义为“基于经验的正义与秩序的平衡”,^④但此概念的不足之处在于它极容易被人误认为对法律价值的表述。在历史观和系统论的经纬下,法律的概念似乎只能表述如下:法律是体现人们正义信仰的、依靠理性力量和民主途径制定的、由政治性组织予以保障的社会行为规则。正如哈特所认为的那样,绝对的法律概念是不可能达成的,其代表作《法律的概念》只是详细探讨了法律概念的核心要素,而没有提供统一的法律概念。因此,这里的法律概念不在于它的精确定义,而在于对法律内涵的基本要素的初步探讨。该概念既包含了理性因素,又包含了感性因素,从而克服了片面的狭义的话语霸权。它在某种程度上促进了法律理论的体系性和开放性,其体系性表达了一定社会阶段人类对社会秩序的要求,其开放性体现了法律在人类文明史中的历史演进。

第二节 概念要素的构成及其特性

虽然法理学是以法律为其研究对象,它是人类有关法律的智慧,但几千年来,人们并没有就“法律是什么”达成权威性的共识。法理学不只是构建法律概念的天

① 西方的后现代法学认为,主体只是主流话语和规训的产物,至少话语和语言世界对个体的社会地位和角色有着深刻的影响。在法学及法律实践中也存在着类似的现象:主流社会通过法科教育与法律实践将系统的主流社会的理念、原则、价值观输入法律人的头脑,然后又通过这些入将主流社会的信息输给社会大众,社会中的弱势群体则成为了这个主流话语的局外者、被规制者和沉默者。参见高中:《后现代法学思潮》,法律出版社2005年版,第201-202页。

② 实证法学派实质上把法律视为国家的工具,一种由国家权威颁布与实施的一套规则,它体现着立法者的意志和政策,与之相对的自然法学派把法律视为道德的工具,它体现着人性中蕴涵的理性与良心原则。而历史法学派则把法律看作群体记忆的表示和历史发展中的社会特质。目前,在欧洲大陆和英美法律学者中居优势的实证主义学者强调,法律的渊源来自于由立法机关、行政机关和司法机关“所假定为真”的规则。他们认为,只有在确定法律“是”什么之后,才能考虑法律“应当是”什么或者在过去是什么以及将来变化之趋势。而自然法学者则强调法律的渊源在于正义的基本原则,整合“是”与“应当”,并根据存在于法律之中的道德目的来分析法律规则。最后,历史法学者强调“是”与“应当”的法律的渊源在于既定社会的惯例与传统之中,既包括法院的先例,也包括法学家的学术著作,他们主张法律规则的含义以及正义的含义是在社会习性、文化和历史价值中发现的。

③ 伯尔曼从不同但又紧密联系的角度,即从法律的历史基础、社会关系基础以及道德与宗教基础探讨法律,他的讨论是对三大法学派(实证法学派、自然法学派和历史法学派)做简短的分析开始的。伯尔曼的法学理论强调复兴历史法学的必要性并力图解决其他两大学派之间的冲突和分歧,这必然带来三大法学派的融合,所以有的学者称他为整体性法学派。在上述四大法学流派中,整体法学派能有效地应对法律传统在21世纪所遭遇的历史性挑战,它对全球化的国际背景具有更强的适应性,而且它也可以用来承认、解释和印证欧盟法和国际法的成长。

④ Harold J. Berman, Faith and Order: the reconciliation of law and religion, ch.12 (scholars press, 1993), as a speech, collected and published in Social Analysis: A Journal in the sociology 52(1)(1991): 27-36.

堂,而应该研究这些概念是如何形成的,应发现各种概念所具有的绝对性与相对性。法律不是超越历史的社会现象,而是在不同的社会条件下建构起来的经验性制度。实证主义法学似乎能提供具有实践性的法律概念,但是它并没有体现人类法律在整体上的主观能动性,因为有关法律的内在本质与主观价值的认识,不可能被简化为一个视角之下或局限于特定的实践领域。在全球化时代,国际法的现代性与原始性日益揭示了实证主义法律概念的局限性,而后现代主义法学则颠覆了实证主义法律概念的价值基础。社会科学领域中的现代性危机所导致的多视角主义,也瓦解了构建具有统一权威和确定含义的法律概念的神话。法律概念是人类认识法律现象的主观结果,其认识过程必须符合由相对真理向绝对真理无限接近的发展规律,而社会实践则是推动人们通过经验积累日益接近法律概念真理的历史动力。

法律概念是绝对性和相对性的统一。法律概念的绝对性来源于各种法律体系在不同历史发展阶段所具有的某种客观共性;法律概念的相对性来源于法律的实践性和局限性。法律概念的建构,必须根据法律赖以产生的社会基础来对其绝对性和相对性进行有效的整合。在不同的社会发展阶段,法律概念所体现出来的绝对性和相对性的侧重点有所不同。在全球化时代,在实证主义法学占主导地位的法学领域,^① 法律概念的相对性几乎淹没了其绝对性。在国际法产生之前,或者是在具有完全同质的宗教、政治和法律文化的国内社会,法律概念的绝对性来源于法律主体之间日益融合的同质性文明,就像古代自然法贯穿人类早期的各种法律一样。而在后现代法学所猛烈批判的后工业时代,国内法的现代性危机与国际法的原始性困境都彻底消除了这种可能性。^② 这样,法律概念并不在于它极其具体地揭示法律是什么,或者以各种用语及其措辞来达成精确的统一的定义,而是在于告诉人们法律应该从那些方面或视角去揭示法律自身的基本内涵。这些必须予以建构的领域或组成部分在此可以称为法律概念的构成要素。只有通过这些要素的各自完善及其整合作用,法律概念的天堂才会得以发挥其回应作用,从而主观地能动地促进人类的法律实践,而不是被动地去解释现实的法律规则。法律概念要素的特性分析,应基于主观的法律目的和客观的法律实践,这样将有助于更加深刻地和完整地认识法律的基本内涵和内在特性。

法律概念要素所具有的特性,不是指法律概念在人类社会某个历史时期所具有的内在特征,而是指法律在社会历史的演进中所体现的宏观特征与历史特性。

^① 这里的实证主义法学实质上是指各种不同的实证主义法学流派,同时,它还包括不同法域以狭隘的实践为基础对法律进行界定的法学流派。

^② 国内法的现代性危机,主要是指法律的价值虚无主义造成法律的“无家可归”。国内法的现代性危机是当代社会的现代性在法律领域的必然体现。现代性是现代资本主义所导致的社会危机在理论上的一种反映,同时它也是信息社会中经济与科技理性统治的结果。工商业资本主义的消费主义导致了现代性的泛滥,它使现代生活缺乏精神支柱与正义价值。法律实证主义或形式主义法学都使法律丧失其正义价值,要解决法律的现代性危机,必须重新构建法律的正义价值。

法律概念的重构无疑会影响法律体系的稳定性,这种重构结果与法律的秩序价值是背道而驰的。实证主义者必然会对上述法律概念的绝对性和开放性提出质疑,那么如何避免实证主义和功利主义的非难呢?或者说,法律的概念——主要指其构成要素——如何体现相对主义的时代特性?这就要求必须以开放的视角去研究和追求法律的真理。也就是说,不但要用内在的封闭的观点,而且还要用外在的观点去审视法律现象中所蕴涵的基本要素。在法律的社会实践领域,封闭的法律体系只会导致程序规则的自治,而无法从道德和政治等领域寻求价值支持和实体规则的变革力量。在法理上,纯粹的内在观点只会导致概念的保守性,完全自成体系的法律理论与辩证法和全球化的社会实践相矛盾。法律理性的绝对主义困境,体现在凯尔森的纯粹法学理论之中。以国内法为背景,凯尔森通过《法与国家的一般理论》描述了其自成体系的法律大厦,然而作为大厦支柱的“基础规范”最后又不得不奠基于社会学、伦理学和政治学,只有这样才能避免这座国内法大厦的彻底崩溃。在国际法领域,凯尔森的伟大贡献在于他成功地找到了支配一元论体系的“基础规范”,即“条约必须遵守”,而这个支柱就其本质而言仍然奠基于社会学、伦理学等领域,而非实证的法律原则或规范。^① 所以,在重构法律的概念时,必须以开放的胸襟和多视角的态度去解构法律理论的历史沉淀,从而辩证地赋予法律概念建构以生命力和时代性。

就其要素的简单表述而言,法律=公共信仰+语言+理性+政治组织,这一公式用标准的文字模式表达其含义,那就是:法律是体现人类的正义信仰、以语言为载体的、以理性建构的并由一定社会组织保证实施的行为规范。这组要素公式不是数学逻辑的组合结果,它并不依赖于对历史中法律概念要素的重新组合或综合,当然也不排除某些要素上的共性。在比较完整的法学理论中,各种法律概念都在某种程度上涉及到上述这些要素,只不过因为历史的、政治的立场而忽视某个要素。具体而言,自然法更强调人类对上帝和人类理性的信仰,在它看来,法律是一种客观的“统治之神”;自由主义法学或者持怀疑态度的批判法学,则强调了人的主观的本能的感觉,这时,法律便成了自我的主观的“统治之神”。由此开始,阐释性伦理学逐渐地瓦解法律帝国的理性根基;纯粹法学则强调对具体规范或法律语言

^① 汉斯·凯尔森是分析法学派的主要代表人,分析法学的传统理论严格地区分“实际上是这样的法律”和“应当是这样的法律”,着重对实在法进行逻辑分析而不作有关的价值判断,否认价值和道德的必然联系。凯尔森主张国际法和国内法的一元论,即国际法和国内法构成统一的法律秩序。其一元论的特点是:国际法凌驾于国内法之上,国内法不能违背国际法。凯尔森认为效力是规范的特征,每一个规范效力的理由都来自另一个更高的规范:一个不能再从更高规范中引出其效力的规范,即“基础规范”。在统一的法律体系中,从国内法到国际法,所有法律规则的效力都最终来自于“基础规范”,那么这种“基础规范”又是什么呢?在国际法理论中,它只能是“条约必须遵守”。在国际法不存在的历史时期,国内法是一个独立的统一的法律秩序,其“基础规范”只能在国内法历史发展中的第一部宪法中寻找。根据社会契约论,这种“基础规范”有可能是“法律就是正义的体现”,尽管不同的学者为此存在不同的观点,但都殊途同归。因此,所有的法律体系都是通过“条约必须遵守”以及“社会正义”等观念来奠基于政治学与社会学。没有其他社会领域的理论与实践的合理性支持,没有价值的判断和道德的支持,“基础规范”自身就缺乏合法性,从而使其支撑的整个法律大厦崩溃。