

法学论坛

从私力救济到公力救济

——权利救济的现代性话语

贺 海 仁

(中国社会科学院博士研究生 北京 100102)

摘要:私力救济和公力救济是权利救济的两种基本历史形态,两者之间的对立和统一只有把它们放置到更为宽广的历史视野中才能体察。当判断权、要求权和执行权被归于国家,而且判断权还被赋予给同样作为第三者的专家系统时,就出现了权利救济的现代性问题。现代性的权利救济没有使权利救济的历史结构发生转型,而是进一步强化了公力救济的运行机制。

关键词:权利救济 公力救济 历史结构 现代性

一、引言:方法与问题

对权利救济研究多从功能主义的角度出发,试图对诉讼、调解、仲裁等社会纠纷解决机制给予结构上的整合。当这种模式与权利保护的概念相联系时,就提升了社会纠纷解决机制的法治品质。在现代社会,功能主义的权利救济观和权利保护观有融合的趋势,其体系的安排以司法救济为中心。但如果以历史逻辑的方法研究权利救济历史的成长过程,就会发现权利救济内在的发展规律,因而可以弥补功能主义只注重形式的缺陷。在提出这一立论之前,有必要作出限制。这里所说的历史观,首先是一种历史的唯物辩证法的立场,认为权利救济是一个历史的连续发展的过程,在权利救济发展的任何历史阶段都有其合理性和局限性。因此,权利救济发展的过程无疑是一否定之否定的辩证过程。其次,从这一立场出发,本文不打算从历史学或考古学的角度证成权利救济在各个历史阶段的显现,而毋宁把权利救济的历史“当作一个逻辑整体来分析、描述,这样,不但可以抽出所谓的本质特征,而且还可能找出重要的事件,作为历史的里程碑”。

权利救济的本来面目是什么呢?如果认为权利及有关权利的理论是现代性问题,那么权利或权利救济理论不能离开主体性原则而独立存在。事实上,权利救济的概念如同自由的概念一样,是体现或表达现代性问题的最有力范畴。在黑格尔看来,人的主体性根基于人在精神上的自由性,即精神之所以是自由而且能够自由,是因为精神依靠它自身而存在,而不会如同物质一样“依附他物而生存”。权利或权利救济的主体性原则不仅是权利主体意识到权利的存在,也使权利主体在权利遭到否定时有自我决定和自我救济的权利。在这个意义上,权利救济只不过是自我救济的外在形式。换句话说,权利救济在本质上属于权利主体自我救济的自

由。权利既然属于人或公民,救济权也应当属于相应的人或公民,两者的内在统一性使救济成为权利不可剥离的属性。

权利主体的自我救济自由体现在权利主体的自我判断权、要求权和执行权当中,是自由主体的自我判断和自我实现的基础。这种关于权利救济的内在观念根植于自由的精神。当然,权利救济虽然是内在观念,它所使用的手段却是外在的和现象的,在历史上以不同的形式呈现出来。首先是私力救济体现出权利救济的原初状态,然后才有公力救济作为替代形式,而自力救济的出现又使得权利救济的历史运动回到了原点,只不过这一次是一种更高层次的历史回归。本文借助于对国家和现代性的认识,重点考察权利救济结构的第一次转型,即权利救济从私力救济走向公力救济的内在机制。

二、权利救济与国家

有人类社会就有公共权力,此乃史家通论。从氏族公社的公共权力到国家的公共权力,人类社会经历了漫长、曲折的过程。只是到了国家的产生,公共权力才体现得更加充分和完整。所有的公共权力都具有共同的特点,而不论公共权力所具有的国家性质。“古来的公权者,不论国内、国际或区域的,也不论民主、专制或独裁的,都得确认规则、管理事物、裁断纠纷。这三项职能,便是现代所谓立法、行政和司法。”公共权力的具体行使和划分是一回事,它们分别或结合起来服务的目标则是另外一回事。在马克思主义的国家理论产生之前,至少有两种理论在解说国家的职能。“一种理论认为国家应当接受伦理和道德标准的评判,并且应当致力于实现伦理和道德上的目标(比如古典自然法理论或者理想的基督教共和国理论);另一种理论则认为国家应当致力于满足自身及其公民们的世俗需要和利益,公民们只是把政府作为有助于实现其目标(比如和平、秩序和自由)的一种手段而已。”马克思主义的国家理论把国家视为一种凌驾于社会之上的公共力量,使社会冲突可望在国家确定的秩序范围内得以缓和。在讨论雅典国家的起源时,恩格斯指出:“国家是承认:这个社会陷入了不可解决的自我矛盾,分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面,这些经济利益互相冲突的阶级,不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭,就需要一种表面上凌驾于社会之上的力量,这种力量应当缓和冲突,把冲突保持在‘秩序’的范围以内;这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会相异化的力量,就是国家。”这三种理论可分别概括为国家至善论、救济义务论和冲突论。其中,只有国家救济义务论明确了国家的基本职能在于维护权利主体的权利不受侵犯并在权利受到侵犯后给以必要的救济。然而,从权利救济的角度看,这并不是问题的实质。国家救济义务论同样建立在权利主体与救济主体分离的基础上,只不过这种分离使国家与权利主体之间出现了新的平衡关系。救济权作为权利的一个质的规定从权利的总要素中分离出来而成为国家的权力或职责。在这个意义上,国家履行救济的义务不是消极的而是积极的,国家应当创造条件履行该义务。那么,国家怎样积极地履行该义务呢?一是要制定法律,厘定规则;二是要完善救济渠道,即创建、提供有效的救济制度、设施等。为了更好地说明国家救济义务论,让我们从自然法学派的代表人物那里开始。

(一)自然法学派究竟让人们放弃了什么?

尽管自然法学派的观点有着这样那样的区别,但从自然状态到自然权利再到人权的脉络始终贯穿了自然权利的永恒主题。需要追问的是,自然法学派究竟让人们放弃了什么样的权利?人们又为什么要放弃这样一些权利?

对于霍布斯而言,自然权利的全部含义是把人的最为基本的情感作为出发点,人的情感中最强烈的乃是对死亡的恐惧,具体地说,是对暴死于他人之手的恐惧。自我保存和为了自我保存所必需的手段表达了人的最强烈、最根本的欲求。“每个人都有自我保存的权利,因此也有为此目的采取各种必要的手段的权利。这些手段的必要性是由他自己来判断的。只要他判断对自我保存是必要的,他就有权利做一切事情,拥有一切东西。在对一个实际采取行动的人作判断时,他所做的一切都是合法的,即使那是错误的行为,也因其出自他的判断而是合法的。”正确的理性即自然法要求权利主体对是否有助于自我保存的任何事情作出判断。由此,我们看到,对自我保存所采取的一切手段和措施,对权利主体都是恰当的。判断作为一项权利具有绝对的性质,由于判断的标准在于权利主体,因此,权利不从义务出,而是义务从权利出。对此,列奥·施特劳斯有过精辟的概括:“所有的义务都是从根本的和不可离弃的自我保全的权利中派生出来的。因此,就不存在什么绝对的或无条件的义务——惟有自我保全的权利才是无条件的或绝对的。按照自然,世间只存在着——项不折不扣的权利,而并不存在着什么不折不扣的义务。”这就与在此之前的古典自然法所倡导的国家义务至善论划清了界限,即国家的职能并非创造或促进一种有德性的生活,而是要保护每个人的自然权利。但是,在自然状态中,人人享有权利而不承担义务意味着人人享有对万物的权利,“而这种权利即战争的权利”。在战争状态下,所有人必定无法维护他们对所有东西的权利,为了达致和平,必须交出某些权利。霍布斯因此总结了自然法的20条法则,其中第14-18条涉及寻求第三方作为事物的判断者的准则。这些准则的产生是基于,不论自然法的其他法则有什么样的规定,人们都可以尽力去遵守,但在具体行动上人们有没有违背自然法,成为冲突的一个根源,“因为争辩的双方都相信他们自己是受害方”。这就是霍布斯所称的“权利问题”。将判断权和实施战争的权利(也可以说是每一个人的抵抗权)交给一个人或会议,就可以为共同的和平和防卫而运用他们的力量和资源。“当一群人确实达成协议,并且每一个人都与每一个其他人订立信约,不论大多数人把代表全体的人格的权利授予任何个人或一群人组成的集体(即使之成为其代表者)时,赞成或反对的每一个人都将以同一方式对这人或这一集体为了在自己之间过和平生活并防御外人的目的所作为的一切行动和裁断授权,就像是自己的行为 and 裁断一样。这时国家就称为按约建立了。”^⑪

在洛克的自然状态下,人人都是自由、平等的,但自由的状态不是放任自流的状态。“自然状态有一种为人人所应遵守的自然法对他起着支配作用;而理性,也就是自然法,教导着有意遵从理性的全人类:人们既然都是平等和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康或财产。”^⑫“为了约束所有的人不侵犯他人的权利、不互相伤害,使大家都遵守旨在维护和平和保护全人类的自然法,自然法便在那种状态下交给每一个人去执行,使每一个人都有权惩罚违反自然法的人,以制止违反自然法为度。”^⑬那么,这里所谓的执行权到底是怎样的权利呢?一种是人人所享有的旨在制止相类罪行而惩罚犯罪行为的权利,另一种是只属于受到损害的一方要求赔偿的权利。这两种权利是自然状态下人人皆有的自然权利,既可根据犯罪行为的程度和轻重决定是否杀死一个人,也可根据受损害的状况要求赔偿。在洛克看来,这是一项“谁使人流血的,人亦必使他流血”的重要自然法原则。人一方面不得任意杀害他人,一方面有权凭理性杀死伤害他的人或要求损害自己的人赔偿。这不仅仅赋予了人自卫的权利,也使人享有裁判自己案件的权利。裁判自己的案件,就是自己充任自己的法官并产生私人判决,这样一种冲突的解决方法排除了诉诸于第三者的力量。既然人在自然状态下是自由的,为什么要放弃

这种自由而进入公民社会呢？洛克的切入点依然是人所享有的自然状态下的执行权。“我也可以承认，公民政府是针对自然状态下的种种不方便情况而设置的正当救济办法。人们充当自己案件的裁判者，这方面的不利之处确实很大，因为我们很容易设想，一个加害自己兄弟的不义之徒就不会那样有正义感来宣告自己有罪。”^⑭洛克所描述的自然状态并不是一个十全十美的状态，而是有种种的缺陷和不便。具体说来，这些缺陷是：“第一，在自然状态中，缺少一种确定的、规定的、众所周知的法律，为共同的同意接受和承认为是非的标准和裁判他们之间一切纠纷的共同尺度……第二，在自然状态中，缺少一个有权依照既定的法律来裁判一切争执的知名的和公正的裁判者……第三，在自然状态中，往往缺少权力来支持正确的判决，使它得到应有的执行”。^⑮因此，为了保证人的自由、安全和财产，必须克服自然法的缺陷，克服的办法就是放弃人人所享有的执行权，这就需要制定统一的规则，设立有权威的公共裁判机构并负责分配权利义务。可是，当公力救济被滥用或不能救济时，怎样保障权利的救济？洛克显然已经意识到这一问题存在的可能性。他指出：“纵然存在诉诸法律的手段和确定的裁判者，但是，由于公然的枉法行为和对法律的牵强歪曲，法律的救济遭到拒绝，不能用来保护或赔偿某些人或某一集团所作的暴行或损害……在这种情况下就只有一条救济的办法：诉诸上天。”^⑯洛克没有具体解释诉诸上天的含义，但他赋予这一行为“最后决定权”。^⑰显然，最后决定权是在法律救济穷尽后才使用的权利，“因为这种决定权，非到弊害大到为大多数人都已感觉到无法忍耐，而且认为有加以纠正的必要时，是不会行使的”。^⑱

因此，洛克与霍布斯一样让人们放弃的是具有绝对自治性质的私力救济权利，其目的在于更好地保护人的生命、健康、自由和财产。

（二）权利救济结构的第一次转型

权利的不完美性是权利自身不能自足的表现形式，不能自足的事物或者趋于消亡或者被迫变异，总之需依赖于他者的力量。权利主体与救济主体的分离使权利一开始便成为弱性的力量，正因为这样，权利需要“他者”的保护，如同婴儿需要保护一样。国家作为一种公共的力量，先是弥补后则取代了（或既有弥补又有取代）救济权，从而以一种“权利的权利”形式出现。国家垄断公共权力的结果无疑剥夺或取代了权利主体自我救济的权利。

从权利救济的判断权看，权利主体对案件的是非曲直判断的权利被公共裁判机构所取代，权利主体只被保留形式上的判断权，即在权利受到侵犯后有感觉自己权利被否定的“认为权”，这在私法领域表现得尤其突出。但在公法领域，即便这种形式上的判断权也丧失了，是否发生权利被否定的事实和理由不取决于权利人的“认为”，而是由公共裁判机构依照既定的法律标准予以判断并付诸实施。从权利主体的要求权看，直接能够对加害人产生权利义务后果的要求转化为向公力机构的请求权，这是一种间接向加害人提出救济的公力救济的普遍形式。相应地，权利主体的执行权随着判断权和要求权的丧失而丧失。权利主体获得救济的权利从判断权转变为认为权、从要求权转变为请求权、从执行权转变为无权，确立了以权利主体和国家作为两造的权利义务关系。国家负有救济的义务，权利主体因此获得救济的权利。从私力救济走向公力救济，使权利救济的结构发生重大转变。当人的自然权利被否定或受到损害时，人应当依靠一个权威的仲裁机构才能予以救济，那种自主式或自救性的救济得以否定。但是，需要注意的是，这种否定不是对私力救济的简单抛弃，而是一种新的表现形式，是一种新型的权利救济。因为无论是自己行使私力救济权还是委托他人或一个机构行使，都是为了使自己被否定的权利得到救济。公力救济不是另外意义上的救济，只是私力救济的一个表现形式。公

力救济的基础是私力救济。公力救济的标志是设立公共裁判机构,该机构应当根据体现公共意志的法律并以此为准则对人们之间的冲突进行裁决。表面上看这是公权力而不是私权利在行使裁决权,但这样的公权力恰恰是私权利的集合体。不过,这样一来权利主体与救济主体在事实上分离了,它的统一只是在抽象的国家层面上。因此,权力的基本目标是对权利实施必要的救济,但当权力失去它的这种目标时,权力就成为新的侵权形式,由权力造成的对权利的侵害需要新的救济形式。

三、权利救济与现代性

公力救济否定的是私力救济状态之中的以权利人的个人意志为导向的权利实现方式,并且以委托—代理的形式从抽象的意义上证明了它的合理存在。体现在社会制度层面,或者是中国式的“君权神授”说,或者是现代民族—国家的“人民主权说”。进入现代社会后,这种委托—代理的形式由于现代性而变得更加精致,专家系统的出现使这种形式更加抽象化。在传统国家与现代性社会之间存在着诸多差别,但它们之间的同一性在当代的民族国家体系中却有了从未有过的表现。以专门化为重要特征之一的现代性社会在技术统治的方式中所承担的职责与国家的权力统治目标并无二致。需要注意的是,各种形式的技术统治本身就是另外意义上的国家形式,在这一前提下,权利救济与国家的关系同它与现代性的关系有着内在的关联性。换句话说,现代性的出现并没有使权利救济结构发生新的实质性转型,而只是加固了权利救济结构第一次转型的地位。

(一) 主体、自由与现代性

现代性的出现表达了新的时间意识,即一个新时代的开端和一个面向未来的前景。这个新的时代意识同时宣布了过去历史的终结。按黑格尔的说法,法国大革命和启蒙运动是过去和现代的标志性和分水岭。过去的历史总的来说是压制和控制人以及人依附于封建和宗教的历史。人不能决定和把握自己是其不成熟的表现,将人从这种不成熟的状态中解放出来,使人成为人自己,就是启蒙。启蒙意味着和自己的传统彻底决裂的态度,^⑩意味着人为自己的设计可以开启未来的无数的“当下”,意味着通过理性的逻辑及其社会实践确立和把握自己的历史和命运。因此,从总体而言,现代性表达的是关于人的自由和解放的命题,是有关人的自主发展、自我实现等主体性概念。“‘现代性’首先是一种挑战。从实证的观点看,这一时代深深打上了个人自由的烙印,体现在三个方面:作为科学的自由,人的自我决定的自由……任何观点如果不是他自己的,其规范断难被认同……还有自我实现的自由。”^⑪现代性的核心是理性和主体性,西方近代社会从笛卡儿(被誉为近代哲学之父)开始,历经康德、费希特、谢林、黑格尔等分别用不同的方式发展了理性和自我的学说,其根本价值取向是自由。^⑫显然,上面的极抽象的对现代性的概括体现了“宏大叙述”的表征或痕迹,它向人类社会展示了新的历史前景和带有科学计算的精确性的发展轨迹、阶段和里程。用哈贝马斯的话来说,现代性是一个需要不断完善方案,“主体的自由”的实现是这个现代性方案的标志。^⑬但是,现代性作为一种意识、理念和方案绝不是单纯的思想的历史,如果没有资本主义和工业革命的成就,资产阶级就不会为了不存在的属于自己的独立利益而要求通过革命保卫社会;如果没有近代科学主义的进步并因此增强了人类社会控制和改造大自然的能力、信心及成果,人类社会摆脱“上帝”的企图就无异于自杀——在上帝的庇护下寻求安全的保障与人通过自己创造安全屏障保护自己本身就有异曲同工之妙。为此,时刻牢记马克思·韦伯的一席话是必要的:“资本主义独特的近

代西方形态一直受到各种技术可能性发展的强烈影响。其理智性在今天从根本上依赖于最重要的技术因素的可靠性。然而,这在根本上意味着它依赖于现代科学,特别是数学的精确的理性实验为基础的自然科学的特点。^⑳因此,现代性不仅表现为一种进化的、进步的、不可逆转的历史时间意识,此外还要看到,它应当还包括安东尼·吉登斯所谓的“在后封建的欧洲所建立而在20世纪日益成为具有世界历史性影响的行为制度和模式”。^㉑在制度层面上,现代性包含两个纬度:“‘现代性’大略等同于‘工业化的世界’……工业主义是指蕴含于生产过程中物质力和机械的广泛应用所体现出的社会关系。作为这种关系,它是现代性的一个制度轴。现代性的第二个纬度是资本主义,它意指包含竞争性的产品市场和劳动力的商品化过程中的商品生产体系。”^㉒事实上,在现代性的观念、理念或态度与现代性的制度和行为方式之间在总体的理性方案的框架之中是相通的,现代性的社会组织形式确定了现代性社会的总体价值和目标。韦伯的“合理性”概念集中表达了现代性的特征。

(二)从“自然法”走向形式法律

在韦伯的法律社会学中,其核心命题是如何解释形式法律与资本主义的内在联系。“法律思想的形式合理性的出现有助于现代资本主义的兴起,反之亦然。这是韦伯在法律社会学中探讨的主要问题。”^㉓法律本身可以在不同意义上“合理化”。按照韦伯的法律思想所依赖的理想类型框架,法律的合理性与非合理性是与形式的或实质的合理性与非合理性密切相关的。笼统地谈论合理性或非合理性是不科学的。也就是说,说某部法律是合理的或非合理的,只有在具体情景的安排下才能有较为准确的描述。韦伯断言,人们的每一种社会行为^㉔都是对法律命题的“适用”或“执行”,即立法和司法。在这一前提下,韦伯指出:“立法和司法都可能是合理的或不合理的。如果立法或司法无法理智地加以控制(比如依据神谕之类),它们就是‘形式的不合理’。另一方面,如果立法和司法的具体决定是在伦理、感情和政治因素影响下,而不是根据一般规则作出的,它们就是‘实质的不合理’。‘合理的’立法和司法既可能是形式的,也可能是实质的。”^㉕马克斯·莱因斯坦总结道,根据是否遵守一般规则,可以把法律分为合理的和非合理的两种,两者又可以分为形式的和实质的两种类型。其标准是,形式的非合理性是根据超理性控制的方式行事(神明裁判、神谕等),实质的非合理性是根据个别情况得出的结论行事;相应地,形式的合理性包括根据感觉来归纳可观察的外部行为的意义和根据法律思想创设的并被认为构成完全体系的抽象概念来表示规则两种,实质的合理性是指遵循意识形态体系的原则(道德、宗教、权力政治等),而不是法律本身。^㉖显然,韦伯关于法律合理性类型学的划分将复杂的法律现象以类似于解剖学的方法清晰、完整地呈现出来,但是类型学的固有的缺陷——用结构主义的切割术将原本动态的、相互之间有关联的事物分离,使韦伯的法律合理性存在方法论的“不合理性”,这也许正是现代法律所面临的自我矛盾的一面。也正因为如此,才需要我们在合理的与非合理的纠缠在一起的历史困境中作出抉择并义无反顾地突围。韦伯对英国普通法的颇为矛盾的批判正是这种方法论和行动抉择紧张状态的反映。但无论如何,韦伯在法律社会学中选择了法律“逻辑形成的合理性”,即形式合理性,表现在法律方面,就是形式法律。就韦伯所表达的形式法律的内容来看,它与19世纪德国学说汇纂派乃至现代法哲学的概念法学或规范法学并无二致,它们从实证的抽象法律规范出发,以逻辑解释作为方法论,证成法律体系的有效价值以及个案之间的内在一致性,而将那种依赖各种意识形态的具有实质合理性内容的规范从这一领域中驱逐出去,以此可把法学称为“法律科学”。^㉗如今的法律科学,至少是那些在方法论和逻辑合理性方面已极其完善,即通过学说汇编派的民法科学产生的

法律科学可归纳为以下五个方面:第一,任何具体的法律决定都是将抽象的法律命题适用于具体的‘事实情势’;第二,在每一个案件中都必须能够通过法律逻辑的方法从抽象的法律命题中推演出具体的裁决;第三,法律必须是‘完美无缺’的法律命题体系,或者被当作是完美无缺的制度;第四,不能以合理的术语,从法律上建构的问题,也没有法律意义;最后,人们的每一个社会行为都是对法律命题的‘适用’或‘执行’,或者是‘侵权’。^{③1}把法律视为一种科学或在科学的名义下研究法律是所有形式主义法学的共同特点。从边沁的功利主义、约翰·奥斯汀的“法律命令说”、戴雪的立法科学或“审查性法学”(censorial jurisprudence)、哈特的“承认规则”乃至凯尔森的“特殊社会技术”,构成一脉相承的有关法律科学的谱系。

现代社会的组织形式是民族国家。民族国家具有国家的一般特征,如特定形式的领土、对社会的监控能力、对暴力手段的有效控制和垄断等。在社会组织兴起的历史阶段,民族国家是诸多社会组织的最大形式和社会组织完备要素的集中体现者。作为日益具有全球性的社会组织,民族国家的资本主义企业和国家机器的凸显并相互结合,使国家的功能趋向形式合理性。形式合理性是社会发展“除魅”的结果,是使国家的职能脱离合理性目的的过程,尽管它们无不以理性的名目出现。当形式合理性逐渐或最终压制了实质合理性,形式合理性并不因此而需要被取代,恰恰相反,历史在现代社会组织的形式下进入到所谓的“价值无涉”的新阶段,这正是它的合理性表现。这样一来,启蒙运动所倡导的个人自由、理性、主体性、正义、民主等就具有可精心设计、把握和可欲的程度。如果说,自然法学家只是笼统地提倡人们从自然法过渡到法律,试图证明这不过是权利主体仍然在享有自然权利的可以说得通的替代形式,那么,以形式理性为统治基础的形式法律的出现,则使这种替代形式具有技术上的计算的纯粹特征。

与传统社会的家庭或家族形式的组织不同,现代组织不仅表现出严格意义上行动中的科层制品质,而且也表现为以伦理职业为显著标志的专家系统。法律的现代性同样与专家系统不可分离。法律知识成为只有经过专门训练才能掌握的技术。罗马时代的职业法学家对法律的解释、英国柯克时代对从业法官的严格要求,都可以视为追求专门法律技术的形式。韦伯断言,“在西方世界以外没有这一现象:受过法律训练的专家在法律形成过程中起到了决定性作用”。^{③2}从法律技术到法律职业,从掌握法律技术的人到法律职业共同体发展过程使法律作为一项技术和专门知识不仅可以稳定地传播、延续或及时更新,而且确立了法律知识超出一般科学知识的“权力”地位。不仅如此,马丁·洛克林的研究表明,法律技术、法律职业和法律专家的出现既是受18世纪迅猛发展的自然科学方法影响的产物,也是形式主义法学亟须以此确立自己的身分和正当性的产物。几乎所有的法律人,特别是奥斯汀显然相信实然之法与应然之法之间的明确区分,一项根本性的整合工作在法律科学的名义下似乎是必须的。然而,这项工作始终没有实际完成。这是因为,为了推进法律自治和推广法律科学概念而建立起来的形式方法最后却主要服务于确保学术法律人在法律职业中的地位,并且最终维护法律传统。这也就是说,形式主义法学在其他功能之外还履行着一种意识形态的职能。^{③3}

(三) 权利救济的现代性话语

现代社会通过宪政对国家权力进行权力分配和制约,毫无疑问,这是一套关于由各级立法、行政和司法机关及其从业人员合法地行使国家权力的有效机制。但是,在法律领域(最主要地体现在立法和司法领域),对立法和司法权力的行使却是严格地通过形式法律的固有模式完成的。只要通过具有法律效力的立法程序,创制法律就具有合理性,同样,只要严格遵循法律程序特别是证据规则,司法判决也就确立了它的效力。法律合理性的标志是合法性,合法性

意味着遵循法律程序。当然,遵循法律程序的目标是为了实现权利被授予的目的,即为了维护和保障人权。可是这一目标却不是区别前现代国家的显著标志。如果不考虑专家系统在行使国家权力中所发挥的实质性作用,仅以国家之间职能的差异不能完全说明权利及其救济的意义。把当事人的救济权利赋予国家及其工作人员具体行使,在受害人与加害人之间出现了有权判断、要求和执行的第三者,在什么是违约、侵权或犯罪的问题上,受害人需要等待这个第三者依据业已公布的法律作出判断、提出要求和具体执行。在这个问题上,国家通过司法机关主动地行使救济权力还是被动地在当事人请求时行使救济权力并没有太大的差别。对作为第三者的判断者、要求者和执行者的考察是理解现代权利救济理论的重要视角。当判断权、要求权和执行权不仅赋予给国家,而且判断权也被赋予给同样作为第三者的法律专家时,就出现了权利救济的现代性问题。

所有受过系统法律训练的人在不同程度上都具有法律专家的性质,相反,那些未通过训练的人常被称为法律的“门外汉”。现代社会总是假定或真诚地认为发生纠纷的当事人都是需要指导的法律“门外汉”。有两类法律专家是这些“门外汉”的指导者:一是被赋予了司法权力的广义上的司法人员,如法官、检察官;二是没有掌握司法权的人员,如法学家、律师。这两类法律专家都具体行使判断权。这样一来,尽管判断权不是完全由掌握司法权力的人员垄断,但是,这仅仅是使权利救济第三人制度更加系统、精致和完善的表现,是权利主体行使判断权的另外一种形式,不大可能是权利主体自己在行使判断权。

法律专家垄断了几乎所有的法律知识。法律知识首先没有被视为一种经验的积累,如果还涉及法律经验,那也是更加富有成效的、更具说服力的法律知识,而且这样的法律经验也只是在由法律专家组成的共同体圈子内相互分享和交流。法律知识被视为可以通过一定的程序并捎带学习者的天赋便可以掌握的社会技术。作为“门外汉”的当事人,不论是受害人还是加害人,不具备掌握这种社会技术的能力和资格,他们需要不断地授权,把救济的权利授予法律专家,让法律专家获得救济的权力,就可以大致完成救济的目标和任务。然而,法律知识仅仅是一种社会技术吗?在现代社会,各种各样的法律专家成为享有和行使法律知识权力的主体。当事人获得救济的权利包含了向法律专家获得救济的权利,但是,在性质上仍然是由法律专家获得了救济的权力。虽然把救济的权利授予法律专家使判断权的行使主体有所增加和变化,但这并不意味着权利救济结构的新转型,它仍然是公力救济在权利救济结构中处于中心地位的表现,或者说,它增强了公力救济的效能,进一步缩小了自力救济发挥作用的范围和余地。更重要的是,由法律专家享有救济权加大了权利救济合理性的力度。

救济主体从权利主体到国家再到国家与法律专家的转变,使得权利主体与救济主体分离的程度不断增强,但正如上面所分析的,这种分离是以追求权利主体与救济主体进一步的整合和统一作为目标的。分离本身是手段而不是目的,是为了更好地统一。但这种现代性的权利救济理念需要进一步推进和巩固时,仍依靠观念的力量是远远不够的。权利救济的现代性体现在权利救济的现代化行为模式当中,反过来,现代化的权利救济又强化了权利救济的现代性。哈贝马斯认为:“‘现代化’这个词是在50年代作为专门术语被引进来的。从那时候起,它标志着一个理论上的开端,即人们已经接受了马克斯·韦伯的课题,但是人们是以社会科学的功能主义作手段来探讨这个课题的。现代化的概念涉及一系列积累起来的、彼此之间不断强化的过程:资本构成和资源转化为资金;生产力的发展和劳动生产率的提高;政治中心权力的实施和民族认同性的培养;政治参与权、优雅的生活方式和程序化的学校教育的扩展;价值和

规范的世俗化等等。现代化的理论赋予韦伯的‘现代性’概念以一个内涵十分丰富的抽象,它把现代性与其新时代的欧洲起源分离开来,使之成为一种对一般社会发展过程来说在时空上都中性化的模式。此外,它以现代化过程不再作为能被把握的合理性(即对理性结构的一个历史性的客观化)的方式破坏了现代性与西方理性主义的历史连贯性之间的相互关系。^⑭如果说权利救济的现代性集中表现在对权利的崇拜、对公力救济的信仰和对合理化的冲突秩序的信念,那么权利救济的现代化从制度的行为模式角度体现了现代社会对权利救济的意识形态,它是一种可移植、仿效或参照使用的分类学意义上的科学的产物。在远离它的起源地后,它就具有技术性的普遍意义。

注释:

梁治平:《法律的文化解释》(增订本),三联书店1998年版,第368页。

参见[德]黑格尔:《历史哲学》,王造时译,上海世纪出版集团、上海书店出版社2001年版,第17页。

恩格斯指出,原始社会的公共权力先于国家权力而产生,是“国家权力的萌芽”。参见《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1974年版,第218页。

夏勇:《改革司法》,《读书》2003年第1期。

[美]皮特·G·斯蒂尔曼:《黑格尔的宪政思想》,载[美]阿兰·S·罗森鲍姆编:《宪政的哲学之维》,郑戈、刘茂林译,三联书店2001年版,第124-125页。

《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年第2版,第170页。

[英]霍布斯:《论公民》,应星等译,贵州人民出版社2003年版,第12页,第12页,第35页。

[美]列奥·施特劳斯:《自然权利和历史》,彭刚译,三联书店2003年版,第185页。

⑪[英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第133页。

⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱[英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第6页,第7页,第10页,第78页,第15页,第105页,第104页。

⑲参见杜小真编选:《福柯集》,上海远东出版社2003年第2版,第534页。

⑳[德]哈贝马斯:《现代性的地平线:哈贝马斯访谈录》,李安东、段怀清译,上海人民出版社1997年版,第122页。

㉑关于现代性的主要内涵与特征可参见陈嘉明等:《现代性与后现代性》,人民出版社2001年版,第3-7页。

㉒See Jurgen Habermas, “Modernity: An Unfinished Project”, in Charles Jencks(ed.), *The Post-modern Reader* (London: Academy Editions, 1992), p. 158.

㉓[德]马克思·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,于晓等译,三联书店1987年版,第13-14页。

㉔㉕[英]安东尼·吉登斯:《现代性与自我认同》,赵旭东等译,三联书店1998年版,第16页。

㉖㉗㉘㉙㉚参见[德]马克思·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,导论第24页,第61-62页,导论第25页,第62-63页,第307页。

㉛韦伯把社会行为分为四种方式,分别是“目的—理性”行为、“价值—理性”行为、“在感情支配下实施”的行为、“依据传统行事”的行为。韦伯对社会行为的划分奠定了他对理性类型学的基础。参见[德]马克思·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第1页。

㉜凯尔森认为:“法律问题,作为一个科学问题,是社会技术问题。”[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第5页。他又说:“只有实在法才能成为科学的一个对象;只有这才是纯粹法理论的对象。它是法的科学,而不是法的形而上学。”[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第13页。

㉝参见[英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第32-35页。

㉞[德]哈贝马斯:《关于现代性的哲学演讲》,转引自汪行福:《走出时代的困境——哈贝马斯对现代性的反思》,上海社会科学院出版社2000年版,第6页。

责任编辑 汪再祥