

启蒙法理学与中国的法制建设*

贺海仁

摘要: 启蒙法理学在中国的产生和发展固然重复了启蒙哲学的经典主题, 却带有鲜明的中国问题和时代特色, 为此成就了中国社会成长所亟须的一系列正当性话语。在对法律的合法性、法律权威、法律主权和国家治理等的论证中, 强化了对矛盾原理、法律与连续性权威、代表和代理、自由和关系、/统 0与/治 0、以国为国等问题和关系概念的理解, 为进一步进行改革开放时代中的国家制度建设提供分析性的理论资源。

关键词: 三十年; 启蒙; 法治; 国家

中图分类号: DF0 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673- 8330(2010)01- 0016- 13

十一届三中全会以来, 法理学界通过法治的视角对改革开放、治国方略、民主政治、市场经济、人权属性、道德前景、和谐社会、科学发展观等重大命题作出了积极、有益的回应和探索, 确立了一系列构建现代国家所亟须的正当性话语。这些正当性话语既是现代启蒙思想的产物, 又进一步更新了改革开放时期人们的观念和思想, 奠定了一个正义的社会结构所需要的知识资源和理论背景, 标志着启蒙法理学的生成和发展。本文借助启蒙法理学这一工具性概念, 重新理解法律的正当性、法律权威、法律主权和国家关系等命题, 试图把握中国法制三十年的精神实质和发展方向。本文未对三十年的法制建设在不同时期的具体损益作出评判,¹ 也不打算从事一项批判性研究(尽管这总是必要的), 而是把三十年作为一个自觉建构的认识整体, 并以这一整体的面貌和发展趋势为框架, 分析法治的时代精神对中国现代国家建设的内在推动力。

一、制宪会议与/一部宪法主义 0

法治的时代精神是指一种潜流, 一种气质, 一旦形成就决定了一个新时代的起点和方向。中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议(党的十一届三中全会)所取得的一个重要成果就是结束了一个旧时代, 开启了一个新时代。它所结束的是无法无天的时代, 内乱的时代; 它所开启的是思想解放的

* 本文写作过程中得到了黄金荣、沈国琴、朱晓飞博士中肯的批评意见, 在此表示感谢。

[作者简介] 贺海仁, 中国社会科学院法学研究所副研究员。

¹ 对建国三十年中国法制建设的系统总结参见王人博等:《新中国前三十年法制透视》, 载《法治论》6, 山东人民出版社, 1998年版; 陈守一等:《5我国法制建设 30年》, 载《5法学研究》6 1979年第 4期; 陶希圣:《5新中国法制建设》, 南开大学出版社, 1988年版。对改革开放后不同阶段的法理学发展的系统总结参见张文显等:《5中国法理学二十年》, 载《5法制与社会发展》6 1998年第 5期; 邓正来:《5中国法学向何处去》)) 建构/中国法律理想图景 0时代的论纲》, 商务印书馆, 2006年版; 苏力:《5道路通向城市: 转型中国的法学》, 法律出版社, 2004年版; 郭道晖:《5法的时代精神》, 湖南人民出版社, 1997年版; 夏勇主编:《5走向权利的时代》)) 中国公民权利发展研究》6, 中国政法大学出版社, 2000年版。

时代,依法治国的时代。⁹这次会议形成的一个历史性文件即十一届三中全会公报在整体基调上冷峻而不失乐观,睿智而不乏热情,透射出强烈的时代气息。如同那个时代的其他一些重大事件,这次会议的成果准备向中华人民共和国成立三十周年献礼,这无疑是一个意味深长的巧合。年轻的共和国成立三十年的时候迎来了这份大礼,难免不让人想到/三十而立0的古老智慧,这难道不也透露出中国社会从此摆脱幼稚走向成熟的启蒙意蕴?

5公报6反复强调的一个主题就是国家在未来社会中的中心任务。

/, , 全会一致同意, , 及时地、果断地结束全国范围的大规模的揭批林彪、-四人帮. 的群众运动,把全党工作的着重点和全国人民的注意力转移到社会主义现代化建设上来。0

/实现四个现代化,要求大幅度地提高生产力,也就必然要求多方面地改变同生产力发展不适应的生产关系和上层建筑,改变一切不适应的管理方式、活动方式和思想方式,因而是一场广泛、深刻的革命。0

为了解决这一矛盾以及所确立的中心任务,公报借用真理概念提出了一系列影响未来社会格局的建议、措施和方略。公报肯定了真理大讨论的理论价值,张扬了思想解放的历史意义,使实践标准几乎成为研判改革开放行动合法性的唯一标准。

/会议高度评价了关于实践是检验真理的唯一标准问题的讨论,认为这对于促进全党同志和全国人民解放思想,端正思想路线,具有深远的历史意义。一个党,一个国家,一个民族,如果一切从本本出发,思想僵化,那它就不能前进,它的生机就停止了,就要亡党亡国。0

实践是唯一的标准也是最高的标准,任何与实践相抵触的事物都应当丧失其正当性和合法性,但实践作为标准的意义不在于实践就是真理,就是行动的规范和指南。实践话语只是要摧毁原来的、僵化的标准,为确立新的准则提供根据,而唯有在实践中这种新的准则才能形成并得到检验。换句话说,实践话语为破除文革思维提供了有力武器,因为只有彻底否定文革思维,才能否定由这一思维所形成的观念、思想和体制,进而为新的观念、思想和体制的形成扫清障碍。在这个历史的关键时期,在确立/破0字当头的实践话语的过程中,/立0的路线和方向也在同时展开,这主要表现在治理国家的路线上。

在真理标准的指引下,公报首次确立了通过法治处理两类矛盾的原则,为在此之后提出依法治国的治国方略奠定了重要的基石。

/对于社会主义社会的阶级斗争,应该按照严格区别和正确处理两类不同性质的矛盾的方针去解决,按照宪法和法律规定的程序去解决,决不允许混淆两类不同性质矛盾的界限。0

对解决人民内部矛盾和敌我矛盾确立了不同的解决路线,即民主的程序和专政的程序。人民内部矛盾遵循的是/惩前毖后、治病救人0的方针,走(说服))教育))团结的路线。敌我矛盾所显示的逻辑则是,/凡作为敌人的,就要被消灭,直到敌人消失或没有反抗能力0,因此采取的手段是多方面的,而衡量这些手段是否正确的标准是目的,只要达到了目的,手段也就被证明是正确的。”这种方法虽然简单易行却极易混淆,而混淆的结果通常不是把敌我矛盾归属于人民内部矛盾,而是把人民内部矛盾上升为敌我矛盾。在这种思维定势之下,矛盾不是越来越少,而是越来越多;被专政的对象不是越来越少,而是越来越多;社会的对立面不是越来越少,而是越来越多。因此只提出严格区分两类矛盾是不够的,而且也越来越不合时宜。真正需要确定的是,用一种超越两类矛盾解决的方法即客观的程序来解决所有类型的矛盾,这种程序既适用于解决敌我矛盾,也适用于解决人民内部矛盾。¹⁰这种方法不是别的,正是宪法和法律的方法,即正当程序的方法,法治的方法。如果说在过去处理敌我矛盾的方法主

⁹ 需要注意的是,1978年到1982年之间的中国社会仍然处在1978年宪法的框架之下。1978年宪法序言所表述的新时期的总任务是:坚持无产阶级专政下的继续革命,开展阶级斗争、生产斗争和科学实验三大革命运动,它依然强化了/无产阶级文化大革命0、/毛主席的无产阶级革命路线0等极左的文革思维。研究法律的人不能无视1978年宪法的存在和效力,从法律的角度看,1982年宪法的制定和颁布才是文革结束的正式标志。

¹⁰ 参见毛泽东:5关于正确处理人民内部矛盾的问题6,载5毛泽东著作选读6(下册),人民出版社1986年版,第760页。

¹¹ 这一原则在另外一份极为重要的历史性文件即5关于建国以来党的若干历史问题的决议6中得到加强:/对于党和国家肌体中确实存在的某些阴暗面,当然需要做出恰当的估计并运用符合宪法、法律和党章的正确措施加以解决,但决不应该采取-文化大革命. 的理论和方法。0

要是/打击、压制、扣帽子0的专政方法,那么,从今往后就需要用正当程序的方法予以替代。需要注意的是,新的方法不是矛盾解决技术上的调整和重新组合,而是原理上的突破和结构上的转型,换句话说,它试图突破原有的矛盾论及其解决机制。因为矛盾论既是阶级斗争论的组成部分,也是老式的敌友政治观的中国化。正因为如此,有一些似乎倾向于专门解决敌我矛盾的措施首先要求得到纠正。

/会议认为,过去那种脱离党和群众的监督,设立专案机构审查干部的方式,弊病极大,必须永远废止。0

以专案组的方法审查干部是造成冤假错案的重要原因,在某种程度上,它是形成/制造冤假错案)))平反冤假错案)))再制造冤假错案)))再平反冤假错案0恶性循环的原因之一。受制于这种方法,办案的历史如同翻烧饼,一会儿要把案件做成/铁案0,一会儿又要坚定不移地/翻案0。这种方式违反了正当程序的法治原则,直接侵犯了公民的合法权益,在这个意义上,只要像专案组这样的机构存在,就无法治,也无公民的权利可言。在这里,既不是敌人也不是人民的概念,而是公民的概念作为主体性的概念重新被解放出来,强化了公民在国家范围内的权利属性。公民身份既然出现了,而那个一直作为模糊背景的国家也开始显身,就是在这个时候,公民作为权利主体也就顺理成章地提出来。

/宪法规定的公民权利,必须坚决保障,任何人不得侵犯。0

衡量平反冤假错案的根据不是什么人的批示,也不是由权威人士设立和领导的专案组的结论,对于已经造成的冤假错案则应根据事实和法律予以充分有效的救济。

一旦在解决两类不同矛盾的方法上有所突破,一些关于法治原则的正当性话语就会如同泉涌般流淌出来,而在方向上则侧重于人民民主的维度:

/为了保障人民民主,必须加强社会主义法制,使民主制度化、法律化,使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威,做到有法可依,有法必依,执法必严,违法必究。从现在起,应当把立法工作摆到全国人民代表大会及其常务委员会的重要议程上来。检察机关和司法机关要保持应有的独立性;要忠实于法律和制度,忠实于人民利益,忠实于事实真相;要保证人民在自己的法律面前人人平等,不允许任何人有超于法律之上的特权。0

这一段文字是公报对法律正当性话语的总体性概括,包括法律权威、法律忠诚、法律稳定、司法的相对独立性、法律面前人人平等、法制的十六字方针、宪法权利、平反冤假错案(权利救济)等方面。人们可以看到,这些正当性话语构成了一幅知识和思想图景,成为以后一些历史事件和治国方针的重要基石,⁵更为重要的是,它形成了一个新时代的出发点,确定了三年后新宪法即1982年宪法的基石以及三十年法治的精神和走向。

1982年宪法是新时代的第一部宪法,它既不是对1978年宪法的修订,也不是对1954年宪法的恢复,它的效力来源于十一届三中全会所确立的基本规范。1982年宪法秉承了公报提出的法治话语的精神,在这个意义上,十一届三中全会是一次具有制宪会议性质的会议。制宪会议通常是确立一个国家法律体系基本规范的会议,它有别于在此之后产生的最高权力机关及其所确立的法律体系。从世界各国看,制宪会议的形式和性质或有不同,⁶但在确立一个国家的治国方略和程序安排方面,即预设一个国家法律体系的基本规范方面则是相通的,⁶十一届三中全会与1982年宪法的关系,正如同政治协商会议对于1954年宪法的关系。1954年宪法是新中国的第一部宪法,却不是中国的第一部宪法。中国自

⁵ 不过,公报虽然规定了新的历史起点却没有创造新的原则和新的论点,人们在/五四宪法0中可以看到这些正当性话语的大多数表述。例如,该宪法第85条确立了法律平等原则;第18条确立了服从宪法和法律权威的原则;第79条确立了人民法院依法独立审判的原则。因此,这些正当性话语一方面说出了人们当时想要说出的话,体现了人们的意志和愿望;另一方面则又恢复了被/中断的历史0。

⁶ 最为理想的制宪会议当然是罗尔斯的/无知之幕0会议,参加会议的人为所有人确立平等的权利和义务关系而又不从自己的利益出发,但即使是美国宪法的制宪会议也排除了黑人和妇女的代表资格。

⁶ 凯尔森说:/具体体现这第一个宪法的文件,只有在基础规范被预定是有效力的条件下,才是一个真正的宪法、一个有拘束力的规范。只有依靠这一预定,被宪法授予创造规范权力的那些人的宣告才是有拘束力的规范。正是这一预定,才使我们能区分作为合法权威的那些个人和其他我们不认为是合法权威的那些个人,能区分人的创造法律规范的行为和不具有这种效果的行为。0见[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131页。

20世纪初在亚洲成立了第一个共和国开始,就有了无数部形式意义上的宪法,但由于革命、党争和内乱等因素,每一部宪法之间都没有承接关系,为此也就有了无数个不同形式的制宪会议,每一个特定时期的法律体系的最高效力根据只能是与此相应的特定的制宪会议,而不是前一部宪法。这种不断地重新制定第一部宪法的状况反映出近代中国人通过法律建构权威的强烈愿望,但这种任意制造权威的构造又导致了中国社会缺乏连续性的法律权威,这也正是中国社会在相当长的历史时期处于自然状态或接近自然状态的重要原因。与此相对比的是被世人津津乐道的美国1789年宪法,这是美国第一部宪法,也是迄今为止美国唯一的一部宪法,它透露出这样一种理念,即法律权威的生命力不在于第一部宪法,而在于修正宪法和实行宪法。在制宪、修宪和行宪的关系上,修宪虽然在整体上仍然属于制宪的范畴,但却摆脱了不断制定/第一部宪法0的思维,向行宪的道路迈进了一步。事实证明,不断制定宪法并不会导致行宪的结果,只有不断地行宪才有修宪的动力和源泉。在人心思定的历史背景下(人们常说,怎样改都可以,就是不要乱),/修修补补0的治国方案已经显示出它的优越性一面,尽管重新制定/更好的0/第一部宪法0的愿望仍然固守在一些善良的理想主义者的心目中。

二、治乱与启蒙

回顾十一届三中全会之前近三十年的历史,它基本上经历了过渡时期(1949)1956)、反右时期(1957)1966)和文化大革命时期(1966)1976)三个时期。如果说过渡时期是一个非常时期,是一开始就注定要被替代的时期,那么,反右时期和文化大革命时期则是另外意义上的非常时期,这种非常时期的总的特征就是/与人斗0的斗争哲学,并在思想、路线和组织上为这种斗争哲学提供了相互支持的形式和方法。^A斗争哲学最终使社会始终处于自然状态之中,用中国人自己的话说,就是使社会处于/无法无天0的大乱状态,因此,终结这种状态就成为包括法理学人在内的所有有识之士的重要使命。

在这种历史背景下,中国法学界所展开的一系列具有历史意义的大讨论就具有时代意义。例如,关于法律的社会性和法律面前人人平等的讨论使法律开始走出阶级斗争的政治哲学,为二十多年后和谐社会概念的提出奠定了法理基础;关于依法治国的讨论确立了治理国家的战略性方案,否定了政策或道德治国的人治路线;关于市场经济就是法治经济的讨论确定了好的市场经济的基础;关于人权的普遍性的讨论破除了中国融入世界过程中的观念屏障;关于依法执政、依法行政的讨论宣示了法律权威的价值和国家的力量;关于司法改革的讨论强化了公平观念的程序性要件,。凡此种种都代表了启蒙法理学的欣欣向荣。归纳起来,追求法治,并且赋予法治一些价值品质)))这些品质包括但不限于正义、民主、公平、平等、人权、道德、善、正当程序、伦理等)))是中国法理学对中国法制三十年的主要贡献,这些贡献确立了文明秩序和理性秩序所赖以生存的知识资源和思想渊源。

有关法与这些价值品质的讨论在三十年来是有阶段性的,但每一阶段的讨论都是富有意义的。所有讨论既是真理问题讨论在法学界的延续,也是法学界确立自身价值的表现,它们均遵循了启蒙的逻辑。回顾历史,从五四运动开始,启蒙就是中国社会变迁的主旋律。在新文化运动中,启蒙更多的是通过破除迷信和封建主义,倡导人的自由和个性解放,其对象是专制主义;在新民主主义运动中,出于对民族救亡的燃眉之急的考虑,启蒙强调的是民族权利或群体权利,其对象是帝国主义。20世纪70年代末的权利启蒙继续了新文化运动未完结的启蒙主题,/四人帮.倒台之后,-人的发现.-人的觉醒.-人的哲学.的呐喊又声震一时.-五四.的启蒙要求、科学与民主、人权和真理,似乎仍然具有那么大的吸引力量重新被人们发现和呼吁0。^A不过,这次的启蒙尽管重复了新文化运动时期的权利、民主、真理等理念,但却具有自身的方法论特点,即其建立在恢复被否定的具体权利的安排上。权利救济的主体已不再是抽象的人,而是一个又一个具体的公民。70年代末、80年代初的大规模平反冤假错案运动的价值

^A 关于/反右0与/文革0的关系,作家从维熙认为,/就其实质来说,反右派斗争给-左.的无限膨胀提供了土壤,是-文革.在1957年的预演,是-文革.法西斯暴行的序幕。当时,被批斗的右派也没有被戴上纸帽子游街示众,但究其运动的本质,是1966年-文革.的起步0。参见从维熙:5走向混沌6,中国社会科学出版社1998年版,第24)25页。

^A 李泽厚:5中国现代思想史论6,天津社会科学院出版社2003年版,第30页。

和意义怎样言说也不过分,在某种程度上,没有这一次历史上最大的权利救济运动,也就没有改革开放的新局面,也没有后来迅速崛起的权利体系和权利哲学。因此,通过法治的视角对启蒙法理学中的重要价值观念进行认识、解读和阐释,不仅确立和巩固了法律的地位,也形成了独具特色的启蒙法理学。

启蒙法理学是启蒙哲学与中国改革开放伟大实践相结合的产物,是启蒙哲学在中国的具体化,它包含三个组成部分:一是以一切人的全面解放和自由为志向的马克思主义法学;二是以道德权利为核心的自然法学说;三是以弘扬民族精神和文化为己任的历史法学说。马克思主义法学是被倡导和遵循的指导思想,但它已经不是经前苏联法学转手而来的教条主义,而是需要重新理解和阐释的原理。人们需要完整地理解马克思主义,不是要对马恩大师的著作进行面面俱到的分析,而是要随着时代的发展提出总体性问题,提炼出与实践相契合的精神实质,这种精神实质虽然已经存在于马克思主义的思想当中,但仍需要作出与启蒙哲学精神相一致的创造性理解,在这个意义上,马克思主义法学中的法律就不再是/统治阶级意志和利益 0 的体现,而是全体人民意志的体现,是公共利益在国家范围内的最大体现。这种认识上的变化所产生的一个实践效果就是政治开始走向法律化的轨道,敌人的概念不再是法律调整的对象,人民的概念首先要由公民这一法律概念来表达。不仅需要在公敌和私敌间作出区分,也要在敌人和罪犯间作出区分。^Å对具有重大历史意义的/两案 0 的审理是法律确立重建公民身份的有益尝试,它首次尝试在/敌人 0 和/罪犯 0、/党员 0 与/公民 0 之间作出区分,将政治标准和法律标准作出区分,从而把政治斗争法律化、技术化,以扭转法律政治化乃至法律道德化的非法治格局。在审理/两案 0 中,区分犯罪事实与政治错误是审判结果经得起考验的重要标准。[∨]将审判置身于政治路线斗争之外,赋予它超出政治的独立品质,并不能完全摆脱政治策略的整体影响,因为在法律工具论的特定历史时期,犯罪,特别是反革命罪,在观念上仍属于/敌我矛盾 0。但是,通过审判来处理两类不同性质的矛盾,不管人们主观的出发点如何,在客观上促成了解决矛盾的方法和尺度同一性准则的形成。1979 年召开的全国高级法院院长和军事法院院长会议,是中国司法史上里程碑式的会议。这次会议决定,家庭出身、个人成分和一般性的历史问题将不再作为判案的依据。遮蔽审判的因素逐渐被剥离,审判越来越走向它的本来面目,审判只依据法律和事实的理念正在恢复或形成。[∩]1997 年修订的刑法取消了沿用已久的/反革命罪 0,而代之以/危害国家安全罪 0,这是法治原理在立法上取得的另一标志性的成果。从罪犯敌人化到敌人罪犯化的转变虽然还保留着敌我划分的政治意识形态,但却使危害国家安全的人同触犯其他刑种的人一样获得的是/犯罪嫌疑人 0 的法律身份,而不首先是/敌人 0 这一政治称号。关于犯罪嫌疑人的法律和学说将所有的涉嫌触犯法律的人都视为/人 0,这些人固然要对他们的犯罪行为付出代价,但在刑事侦查、审查起诉、审判等各个环节,他们都保留着/人 0 的特性,这一点使他们顺理成章地成为人权主体当然的组成部分。

建构,始终在建构,这几乎成为了中国社会科学领域的规范文风。在法律科学领域,国家和法律将要在共产主义社会中消亡的预言被社会主义中国的建构论所取代。因此,建构的话语首先指向对中国作为国家的重构命题。马克思主义法学要在新的时代获得生命力,就需要对什么是社会主义国家作出解释。在社会主义国家的定义中,/社会主义 0 应当作为定语服务于/国家 0 这个对象。国家自身不是目的,不论是什么意义上的国家,国家都是被建构出来为特定目的服务的,这个目的最终被确定为为/人 0

Å 三十年前,李步云就著文明确指出:/在司法上,我们讲公民在适用法律上一律平等。这里的-公民-是既包括人民,也包括敌对阶级的人在内。0载 5 人民日报 61978 年 12 月 6 日第 3 版。

∨ 5 社会主义民主和法制的里程碑))) 评审判林彪、江青反革命集团 6,载 5 人民日报 61980 年 12 月 22 日。

∩ 信春鹰指出:/从-无产阶级专政的刀把子-到-确保司法公正-,关于司法机关使命理念的变化反映了中国社会的巨大变化。司法机关不仅仅是政治国家实现政策目标的工具,也是社会实现其价值追求的一种机制。经济改革改变了原来的社会关系,-身份-逐步被-契约-所取代,行政命令逐步被法律规则所取代,立法的逐步完善和公众权利意识的增强使社会行为法律后果具有了某种可预测性,这一切都促进了司法理念的转变。而司法理念的转变反过来又成为促进制度变革的巨大的推动力,, 0 参见信春鹰:521 世纪:中国需要什么样的司法权力?6,载信春鹰主编:5 公法 6(第三卷),法律出版社 2001 年版。

服务。这里的人是自由的人,由自由的人组成的联合体就是社会主义国家的奋斗目标和理想。^k倘若人不是目的,国家也不能保证一切人的自由发展,国家就失去了它存在的合理性。这样一来,人的目的性、以人为本、国家的正当性等就具有了相互支援的关联性,它不仅适用于社会主义国家,也适用于所有的现代国家。支持这种关联性的理论既需要从早期马克思主义那里获得资源,也需要借助于自然法的理论和学说。

打通马克思主义法学与自然法学说之间的隔阂是推动中国法理学发展的重要标识,后者为马克思主义法学提供了更为丰富和更具说服力的理论资源。难能可贵的是,自然法学说也正是被理解为不仅是解构也是建构的现代性理论。自然法是关于一般国家原则和基础的总的学说,是启蒙思想家解释国家和政府正当性的理论,换句话说,自然法就是关于现代国家的思想体系。不同于文化意义上的社会共同体,国家是被构造出来的政治共同体,它是拟制的、人造的产物。^l在虚构的自然状态社会的反衬下,自然法的精义指涉建立国家的必要性和合理性,预示一种社会从野蛮、愚昧和混乱的非理性状态走向文明的理性自治。在国家之前不存在一个历史学上的自然状态社会,这一点早已为人们所熟知,但在人类历史的各个时期的确存在着某种非理性的混乱和无序,这也是不争的历史事实。因此,终结自然状态不仅意味着终结一种无序状态,也标志着一个具体的社会从幼稚走向成熟。不同的启蒙思想家对自然状态的描述不尽相同,甚至相互冲突,但是终结自然状态的意愿十分强烈,而且在终结的方式上也是惊人的相似,即通过人们自愿地让渡部分或全部自然权利建立法治国家。如今人们对这一套说辞已经不以为然,甚至斥之为非科学的胡言乱语,然而,由自然状态的假设出发所推导出来的命题在方法论上仍是重要的,这就如同给了社会科学理论家一个支点,这样就可以撬动这粒精神地球了。真正有意思的是,自然状态的假设所引发的一系列关于法治国家的概念群,如权利、法律、国家、政府、社会契约等,这一切都可以成为理性的不同形式。理性的作用在于使人们认识到人性及其弱点,并且自愿让渡人的某些/天赋权利⁰,以此在特定人群中展开正当性的治理,在这个意义上,理性就必然是一种限制,它一方面确认了人们自我治理的现代理念,另一方面则对这种自我治理设置了限度。对于启蒙思想家来说,如果说理性的词语可以成为构建自己的思想体系的重要基石,那么,法律就成为理性在现实王国的唯一代表,用法治国家取代自然状态是必然的选择。由此看来,不是要不要法律、要不要国家的问题,重点是要什么法律、要什么国家的问题。法治国家中的/法⁰不是别的,正是沿用了亚里士多德的/良法⁰论。用良法治理国家既是人们/自愿服从⁰的基础,也是国家正当性的标志。良法的表现形式随着时代的不同而有所不同,但最终它汇集了一套抽象的话语体系,它们包括但不限于自由、平等、人权、民主、博爱、善、正当程序、公平正义等。

当然,无论马克思主义法学还是自然法学说都带有浓厚的西方色彩,它们都需要中国化,体现中国特色,这一工作由带有民族精神的历史法学派所承担。法律文化论(代表人物如梁治平、刘作翔)、法治资源本土论(代表人物如苏力、邓正来)、新民本说(代表人物如夏勇)、新法家理论(代表人物如张志铭、王人博、陈弘毅)等都是历史法学派在中国法理学界的某种发展,这些学说在方法论上或有不同,但在努力提倡中国传统文化的现代转型的法治方案上却具有合流的特征。^l在改革开放三十年来临之际,具

k 重新理解马克思主义理论的论著,新近的代表作见叶汝贤:5每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件))) 3共产党宣言4关于未来社会的核心命题 6,载5中国社会科学62006年第3期。

l 霍布斯说,国家是一个/人为的人⁰,国家是有人格的,真正的国家是相互同意的人们以契约形式创造的,如果不是这样,国家就只能是传统国家或/家国⁰。人们不仅创造了真正的国家,也意味着创造了上帝,因为/伟大的利维坦(Leviathan)的诞生,)))用更尊敬的方式来说,这就是活的上帝的诞生⁰。参见[英]霍布斯:5利维坦6,黎思复等译,商务印书馆1985年版,第132、164页。

z 饶有趣味的是,中国的一些重要的历史法学派的代表人物大多具有深厚的西学背景,他们绝不是那些食洋不化的人,他们深谙西方法学的学术谱系,具有娴熟的驾驭西方法学资源的能力,但是,正是他们在取得了巨大的西方法学知识资源的同时,几乎无一例外地转身面向中国的传统文化,探寻中国当下的实践问题,并非机械地寻找中西古今的结合点,这种理论上的转向无疑开启了新的研究风气。不过,法律文化论过于/古⁰,以至人们可以很容易嗅到甲骨文散发的幽古的味道;法治资源本土论则过于/土⁰,有时候土得掉渣,一片残破的某氏族的家谱也被当作与国家法平起平坐的重磅武器;新民本说过于/超前⁰,在社会结构改造还没有完成之前,它显得早熟;新法家理论则过分/含蓄和谨慎⁰,它总是要用大量的篇幅把自己的学说与秦始皇的/法治国⁰拉开距离,因此,有可能在理论上得到了/良法⁰,在实践中却失去了/法律⁰。

有中国特色的历史法学派正在中国兴起,可以预见,在建构未来社会的格局中,伴随着中国在全球治理结构中的加重定位,这一法学派(如果可以称之为学派的话)将在很长时期成为主导中国社会的主流法学思维范式。

可以看出,国家、自然权利和文化就这样构成了一幅理论体系和知识图景,言说中国作为国家的现代化进程,这一过程充满了古今之争、中西之争和传统与现代之争,乃至在理论界形成了又一次难得的百家争鸣的局面。

三、法律科学与法律至上

在很大意义上,认识和揭示法这一现象及其规律是法理学成为一门学科的主要理由。⁴ 现代科学对现象的认识是从对事物的分类开始的,法律科学也不例外。⁵ 大体说来,把法分为人定法和自然法不同于私法和公法的划分。对前者划分的目的可以概括为两个方面:一是人定法的基础问题,这是法证成自身有效性的命题,有关这方面的立论称为法的合法性理论,它构成了法律的内在基础。二是法与社会现象的关系,即法与历史、社会、文化、经济、政治等方面的关系,主要探讨法的来源问题。这一方面的探讨既合理区分了法的人定性质也保留了对自然和社会规律的某种尊重,这一方面的立论形成了法律的外在基础,可以概括为法的合理性理论。合法性理论和合理性理论也是富勒所说的法律内在之德和外在之德的命题,它们共同指向法律的正当性命题。⁶

法律是社会的产物,⁷ 法律越是真实地反映了社会现象,就越能够体现出法律自身的独特价值,这种独特的价值使得法律作为一个规则有别于其他规则。如果说所有的规则都是治理人行为的事业,那么就不独法律规则可以做到这一点,伦理规则、道德规则和政治规则也应当是治理人的行为的事业,但法律规则是那种获得了独特性后又楔入到社会关系中的规则。不同于伦理规则把人区分为/自己人 0 和/外人 0,道德规则把人区分为/好人 0 和/坏人 0,政治规则把人区分为/朋友 0 和/敌人 0,法律规则把所有的人都确定为/守法之人 0 和/违法之人 0,对于后者而言,自己人、好人或朋友也可能违法,也需要

⁴ 21世纪以前的法理学作为一门独立的学科应当从奥斯丁的理论开始,在此之前,关于法律的命题总是包含在政治、道德和文化,特别是哲学、宗教的命题当中。在这个意义上,关于善和权利的理论的确先于法律理论而存在,只是后来的论者虽然立足于分析法学理论却又不满于这一理论时,才又将法律与道德及其权利重新结合在一起。因此,至少从 20 世纪末的人们所接受的法理学知识角度看,法学理论被有效地分为分析法学派、历史法学派、哲理法学派、自然法学派、法律经济学派、现实主义法学派、社会学法学派等。毫无疑问,任何一个致力于法学理论研究的人都不会轻而易举地承认自己属于哪种学派,除了其他一时难以厘清的因素外,学派相互之间的口诛笔伐有时达到了令人吃惊的地步。上述学派的形成和广泛传播使一种所谓的综合法理学产生了,博登海默在其《法理学》法哲学及其方法 6 中就宣布了这种理论。现在看来,就调和而不是综合各种各样的法学派观点方面,博登海默显示了他非凡的成就。

¹ 改革开放是三十年的实践逻辑,也是人们据以行动的合法性标志。改革是为了开放,开放进一步促进了改革,这一切都是为了通过改革打造开放社会的新格局。开放社会乃是相对于封闭社会而言的,在封闭社会中,人们往往是安全的,却是不自由的,而走向开放社会则意味着确立一种原则,即在这个社会中,人们既是安全的,也是自由的。凡是有益于这一原则的思想、体制和方法都可以拿来作为改革的质料,这不仅体现在自然科学和精神科学两大传统领域,也反映在具有相对独立的第三领域即国家领域。对自然科学中/规律 0 的认识和对精神科学中/真理 0 的追求一直是三十年来中国理论界研究的核心命题,为此形成了大量的文献。相比之下,对国家领域的研究却受制于前苏联国家学说的束缚而不能从容展开。然而,一旦新时代的气息扑面而来,国家领域的大门很快就被打开了,它突出地体现在对国外(特别是西方国家)法律思想和法律经验的借鉴和移植方面。法律借鉴和移植运动是法学界回应改革开放的具体的、独特的表现,也是法律形成自己的体系和领域的独特路径。在这种情况下,逐渐形成的法律职业共同体一方面要自觉地摆脱前苏联法学思维影响;另一方面要确立新的时代条件下法律的正当性基础,这就是说,在确定/法律是什么 0 的时候首先要认识/法律应当是什么 0。

² 关于法律的双重德性理论使富勒的法理学理论具有了伸缩有余的解释空间,这就如同把人分为私德之人和公德之人一样扩展了人学的基础。

³ 在怎样考察法律的问题上,孟德斯鸠给我们开列了一份时空交错的清单:/ 法律应该和国家的自然状态有关系;和寒、热、温的气候有关系;和土地的质量、形势与面积有关系;和农、猎、牧各种人民的生活方式有关系。法律应该和政制所能容忍的自由程度有关系;和居民的宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应。最后,法律和法律之间也有关系,法律和它们的渊源,和立法者的目的,以及和作为法律建立的基础的事物的秩序也有关系。0 参见 [法] 孟德斯鸠:《5 论法的精神 6》(上册),孙立坚、孙丕强、樊瑞庆译,陕西人民出版社 2001 年版,第 7 页。

用法律去制裁。相反, 外人、坏人或敌人, 只要他们在法律范围内活动, 他们就是守法之人。这样一来, 法律获得了其内在基础, 即合法与违法成为衡量法律的标准, 它独立于其他的划分标准, 而且具有清晰的自明性。法律有了自己的研究领域和关于人的上述划分的独特性, 法律才是科学的。

在方法论上, 对法律的科学性的追求就遵循了自然科学的思维, 以后逐渐泛化的 / 科学治国 0 或 / 技术治国 0 的命题莫不受此影响。那么, 来自于诸如物理、天文学等自然科学的思维是怎样转化为对法律的表达呢? 对法的科学性通常有三种表达形式。第一种是把法的研究领域看作是自然现象的一种, 法如同其他社会和自然现象一样, 以自己固有的形式存在, 在这方面, 历史法学家、自生自发秩序论者都是如此。第二种是把法律的研究领域看作是对纯粹事实的研究, 法律就是对法律行为的关注和理解。如果某一行为不能被有效地观察并且被实验, 就不是科学的, 法社会学对此有贡献。第三种则是把法律视为一个 / 概念天国 0 (哈特语), 即把法律看成一个独立的逻辑体系, 在这一法律体系中, 法律有自己的概念、术语, 它自足、一致, 形式主义法学充分表达了这一愿望。上述三种表达都从不同的角度回答了法律是什么的问题, 尽管它们得出的结论不同甚至大相径庭, 但都在通过回答法律是什么的问题中寻找法律应当是什么的命题, 这一点既具有共性, 也透露了强烈的政治哲学意蕴。

法律的外在基础, 主要是指法律的政治观、法律的经济观、法律的道德观和法律的文化观。严格意义上, 法律的外在基础与内在基础相比更像一种条件, 缺乏这种条件, 法律自身就没有了立足的环境, 在这个意义上, 法律的外在基础诸理论也可以称为法律的环境论。如果说在 / 无法无天 0 的时代, 法律的环境遭到了重度污染, 以致影响了法律自身的生存环境, 那么, 改革开放的三十年, 一系列正当性话语的确立则为清除被污染的法律环境提供了有力武器。法律环境论形成了一种时代的气候, 不论人们对法、法律、律、法制、法治、以法治国、依法治国等概念在用法上有什么不同, 但是对它们的不断解读和阐释形成了法律的环境和气候。^m

法律的外在性基础使法律具有了方向性和使命感。启蒙哲学的核心特征正在于它的纲领性和方向性, 它的基础就是正义论和革命论。正义论确立了实质正义的某些终极标准))) 关于法的合理性标准, 即通过论证法律应当是什么的话题而讨论法律是什么。法的合理性理论在方法论上走向了哲学之路, 有关法律哲学、道德哲学或政治哲学都或多或少地涉及法的合理性问题。如果说哲学是对真理的探索, 那么法的合理性理论就是有关有效性等同于真理的命题, 这意味着法的有效性取决于一个客观标准, 这一标准具有终极性质。革命论则是倚重这些级终标准的一项或多项在社会制度上力图实现这些终极标准的理论, 美国独立战争、法国大革命、苏维埃革命和中国的新民主主义革命都是这方面的典范。革命的实践在中国近代, 从辛亥革命、中国共产党领导的新民主主义革命一直到整个改革开放时期都具有不变的主题。^m 我们把改革开放时期称为后革命时期, 是因为在这一时期启蒙哲学的终极价值标准仍然需要最为广泛的传播和张扬。换句话说, 在后革命时期, 启蒙的任务还没有完成, 它要求继续贯彻启蒙的精神, 确立法律权威, 实现公平正义的社会制度。

像所有启蒙哲学的成果一样, 启蒙法理学的一个中心任务在于确立新的权威和新的社会秩序, 而这个新的权威和新的社会秩序唯有通过体现了人民意志的法律才能确立。作为一个卢梭式的政治概念, 人民意志从统治阶级意志和国家意志的概念中突围出来, 并找到法律作为它的代表形式, 成为新的时代的法律体现。^m 体现了人民意志的法律成为最高的统治者, 没有比法律更高的权威了, 这一点没有比中

^m 有时候, 人们通过词语来阐释观念的愿望过于强烈, 以致呈现出浓郁的法治浪漫主义色彩, 例如对把 / 法制 0 改为 / 法治 0, 并使执政党在其重大文件中写上建设 / 法治国家 0 而不是 / 法制国家 0 而无比欣慰。

^m 同样具有历史意义的中国共产党第十七次代表大会也在其公报中指出: / 1978年, 我们党召开了具有重大历史意义的十一届三中全会, 开启了改革开放历史新时期。改革开放是党在新的历史条件下带领人民进行的新的伟大革命。0

^m 马克思主义法学在批判的意义上指明了法律体现 / 统治阶级意志 0 这一本质属性, 但也指出这一本质属性是虚假的本质, 而不是真正的本质。法律的真正的本质就是人民的意志, 因此, 指责 / 年轻一代法学家 0 集体遗忘、抛弃甚至反叛马克思主义法学显然夸大其辞。参见强世功: 5 迈向立法者的法理学))) 法律移植背景下对当代法理学的反思性考察 6, 载 5 中国社会科学 6 2005 年第 1 期。

国共产党党章的规定更明确的。^m党必须在宪法和法律的范围内活动,这一规定也与宪法第 5 条相一致。宪法第 5 条规定: /中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。0这是一个真正的帝王条款,立法者在此连续使用了三个 /一切 0,三个 /一切 0 均指向同一目的,即确立和保障法律权威,它们在制度设计上就杜绝了任何可能出现的 /例外 0,在这个意义上,法律的权威是绝对的、唯一的和不可超越的。ⁿ

法律既然是最高的权威,那么,一切不服从法律的行为就缺乏正当性。在一切不服从法律权威的行为当中,特权而不是豁免权成为损害法律权威的关键因素。对此,作为政治家的邓小平在 5 党和国家领导制度的改革 6 一文中说得再明白不过了: /我们今天所反对的特权,就是政治上、经济上在法律和制度之外的权利。搞特权,这是封建主义残余影响尚未肃清的表现。解放以后,我们也没有自觉地、系统地建立保障人民民主权利的各项制度,法制很不完备,也很不受重视,特权现象有时受到限制、批评和打击,有时又重新滋长。克服特权现象,要解决思想问题,也要解决制度问题。0凡是法律权威没有建立的地方,也就是特权大肆横行的地方。因此,在探讨各种组织和个人的行为正当性的过程中,首先面对的是是否服从法律的权威。现实的正当性与理论的正当性往往不是同一个东西,但倘若在服从法律的权威性上出现争议,就是要拷问服从法律权威正当性的基础是否正当,而不是法律权威是否正当。在所有的争议中,人们可以改变法律权威正当性的基础,但不会改变法律权威本身。法律权威正当性基础的命题就是它的合理性命题,在现代社会,倘若法律是建立在人权、道德和正义等社会价值观之上,法律权威的正当性就可以被确定。

然而,权威只能被服从的特征并不排斥权威被有效代理。为了实现法律的权威,授权某些组织和个人行使法律的权威是必要的。我们认为,关于国家权力的分配和制约机制都是授权理论的具体体现。如同法律权威的正当性源于人民的同意,行使国家权力的正当性也源于法律上的同意,在这一点上就需要区分统治的代理制和代表制的概念。代表意味着一个事物要从一个形态转化为另一个形态后才能发挥作用,而转化后的事物不是另外的一个事物,而就是事物本身。人民的意志需要以法律的形式再现,或者说法律就是人民的意志,在这个意义上,法律与人民的意志具有同一性。然而,法律不能被代表,而只能被代理,这正如现代社会的人不能被代表,只能被代理一样。代理是对一个事物的具体表达而不是转化,既然代理活动都是被代理者的授权行为,它只有在被代理者的授权范围内才具有合法性和有效性。代理行为所产生的结果可以体现被代理者的意志,也可能背离被代理者的意志,但都不妨碍被代理者与代理者之间的代理关系。在代表和代理的关系上,代表是本是源,代理是末是流。混淆代表和代理的关系,就会出现代理者自身就是法律和人民意志的错误结论。

法律权威既体现法律代表人民意志的一面,也体现法律被忠实地代理的一面。在实践中,法律有可能虚妄地代表了人民意志,代理者也可能无权代理或超越代理,这一切都是对法律权威的损害。虚妄地代表人民意志的法律被称为恶法,违背忠诚原则的代理行为则是违法。改革开放三十年来法制建设的一个重大成果就是确立良法的权威和秩序,它虽然是一个动态的过程,但对良法的衡量标准正是我们前面提到的一系列正当性话语,这些正当性话语也是中国共产党第十七次代表大会对未来社会所作出的一系列政治承诺,即让所有的人既参与改革开放的过程,也享受包括经济、文化、社会等方面的成果。新的政治承诺不仅要避免和改变在改革开放的过程中一部分人受损一部分人受益的不合理境况,更重要

^m 1982 年 9 月,党的第十二次全国代表大会把 /党必须在宪法和法律的范围内活动 0 写进了党章,胡耀邦在这次会议的报告中指出: /新党章关于 /党必须在宪法和法律的范围内活动 . 的规定,是一项极其重要的原则。从中央到基层,一切党组织和党员的活动都不能同国家的宪法和法律相抵触。党是人民的一部分。党领导人民制定宪法和法律,一经国家权力机关通过,全党必须严格遵守。0

ⁿ 1979 年 9 月 9 日,中共中央在发表的 5 关于坚决保证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示 6 中明确指出: /中央决定取消各级党委审批案件的制度。0 /党对司法工作的领导,主要是方针、政策的领导。各级党委要坚决改变过去那种以党代政、以言代法、不按法律规定办事、包揽司法行政事务的做法。0

的是提出了让人民幸福的主张。凡是能够促进和保障人们幸福的法律就是良法,相反,就是恶法。在幸福的法律的总原则下,立法、执法和司法等专门活动作为代理机制就有了它们的方向和目标。

四、统与治的辩证关系

在国家范围内,除了法律,没有任何其他的权威存在,这也是法律有效性的总体性特征。法律的有效性命题只有在国家范围之下才能够成立,要论证法律权威,就不能回避中国作为国家的有效性问题。离开国家谈论法律,就如同在真空条件下谈论生命一样不可取。^m中国作为国家的正当性的基本含义是,以国为国,依法治国。前一个/国0字不同于后一个/国0字。前者专指国家,即一般意义上的国家,也是具备了国家要素的政治共同体,而不论这一政治共同体在性质上是否同时也体现了现代民族国家的特性;后者则指代不同的、具体的国家。从这个意义上,以国治国的论点就不仅具有方法论意义,也确立了治理国家的新的理论起点。以国治国的论点一方面排除了/以中国治理中国0的可能性,也否定了/以外国治理中国0的预设,因为这两种情况都会导致用特殊国家而不是一般国家的视角治理中国的问题。三十年来,/国家与法的理论0并没有因为在法学教科书中改名为/法的理论0或/法理学0而使法和国家从此分道扬镳,相反,它们之间的关联需要重新认识,而不论采用何种新的方法论(例如,法律哲学、法律文化学、法社会学、法律经济学、法律政治学等)。新的法学方法论自觉或不自觉地遵循了建构一般国家的原则,它们所否定的只是特殊国家的治理模式。倘若存在/没有国家的法理学0,那也是指/没有特殊国家的法理学0,而不是/没有一般国家的法理学0。特殊国家是自然形成的,一般国家则是从特殊国家中通过/哲学的突破0而建构出来的,一般国家的思想基础就是经久不衰的自然法学说。

我们通常把现代国家表述为民族国家,但是民族国家这个概念首先源于西方社会在裂变过程中形成的单一民族的历史事实,换句话说,民族国家是/分0的产物,而不是/合0的结果。主权概念就是被发明出来用来巩固社会分裂之后的概念。因此,当人们谈论民族国家时,它总是与主权、领土、最高统治权和特定的人民相关联。在这个意义上,民族国家是一个典型的政治共同体,而不是一个伦理共同体和道德共同体。作为政治共同体,它只对自己领土范围内的所有人负责。凡是不属于这一共同体内部的人,就是外人,就是非我族类。但是,在一个民族国家内部并非只有一个/民族0,像中国这样在历史上就是多民族长期共存的国家,倘若简单地说是个民族国家,就会产生很大的字面上的歧义和模糊性。ⁿ民族从来就是一个文化概念,而不是政治或法律概念,它是一个文化共同体,而非政治或法律共同体。正因为有文化的基本内核在里面,安德森把国家定义为/想象的共同体0才可能成立。人们之所以可以

^m 在中国历史上,法律不强的一个重要原因就是国家不强,这与两种意义上的国家虚无主义相关:一是文化意义上的国家虚无主义。这也是梁启超对中国传统社会特征的一个总结,他说:/中国人自有文化以来,始终未尝认国家为人类最高团体。其政治论常以全人类为其对象,故目的在平天下,而国家不过与家族同为组成-天下-之一阶段。政治之为物,绝不认为专为全人类中某一区域某一部分人之利益而存在。其向外对抗之观念甚微薄,故向内之特别团结,亦不甚感其必要。就此点论,谓中国人不好组织国家也可,谓其不能组织国家也亦可。无论为不好或不能,要之国家主义与吾人夙不相习,则甚章章也。0(梁启超:《先秦政治思想史》6,浙江人民出版社1998年版,第5页。)二是制度意义上的国家虚无主义,表现在国家自身不是最高权力的统一体,而是另一权力形态驾驭下的次级权力体,例如孙中山的以党治国的保姆论,他说:/俄国完全以党治国,比英、美、法之政党,握权更进一步0,国民党要以苏俄为典范,/将党放在国上0。(广东省社会科学院历史研究所等编:《孙中山全集》6第9卷,中华书局1986年版,第103)104页。)在这一理论的指导下,中国国家的治理被明确分为三个阶段,即军政、训政和宪政时期。1931年6月实行的《中华民国训政时期约法》6规定,训政期间由国民党全国代表大会代行国民大会的职责;中国国民党全国代表大会闭会时,其职权由中国国民党中央执行委员会行使;本法的解释权由中国国民党中央执行委员会行使。

ⁿ /nation0的汉语翻译就很成问题,需重思量。通常,我们对/nation0和/stat0不加区分,倘若我们把它们都翻译为/国家0,也不会产生太大的问题,但恰恰我们把/nation0翻译成/民族国家0时,就多了一份疑惑。美国是一个/nation0,它是由各/state0组成的/nation0,联合国是一个由各/nation0组成的政府组织,而不会说是/united stat0,这里的/nation0都包含了/主权国家0的意思。一旦使用/民族0这个字眼,在汉语中就极易与/多民族0或/少数民族0等概念相混淆,但重要的是在汉语中/民族0与/主权0之间没有任何关联。《现代汉语词典》6对/民族0的解释是:11泛指历史上形成的、处于不同社会发展阶段的各种人类共同体,如狩猎民族、游牧民族、古代民族、现代民族等;21人类在历史上形成的有共同语言、共同地域、共同经济生活以及表现于共同文化上的共同心理素质的稳定的共同体。

/想象0,源于人们相互联结的/意象0,而意象的根源在于文化认同。^m虽然不同文化的边界极难把握,但它大体上仍然可以确定不同共同体想象的范围。这个范围既可以与政治共同体范围相重叠,也可以大于或小于政治共同体的范围,但政治共同体并不在乎它们之间在范围上是否重叠以及重叠的程度。实质上,国家是以公民为标志的,公民是通过法律构造出来的人的政治身份,它在一个国家的范围内成为表达人与人关系的工具。国家的性质是历史的、现实的而非想象的、意象的,这一特征决定了国家建构的意义和价值,它同样创造了公民这一概念。因此,民族国家也不是一般的政治共同体,而是公民共同体。在公民共同体之下,正如我们前面所谈到的,它关注的是被作为公民的任何人的行为是否符合业已确立的法律,也就是说,它关注公民的行为的标准是合法与非法,而不是忠诚和美德。一个人基于自己的文化传统、信仰、习俗等只忠于自己认可的人或团体,这是可以理解的。同样,一个人心怀天下、造福人类、积德行善,只服从于善的标准也未尝不可,但作为法律共同体要求所有的人只能执行一个标准、一个规范,这决定了法律强行嵌入社会的历史事实以及作为最高权威的实质。在中国,只有一个法律共同体,即一个公民共同体,但有多个伦理共同体以及难以察觉的同样有力量的道德共同体。为此,我们有必要对伦理规则、法律规则和道德规则作出必要的区分,多重行为规则所形成的综合治理方案只有先建立在区分各个具体的规则之上才能形成科学的治国之道。

从主权概念诞生之日起,它就具有这样一个鲜明的特征,即主权在国家范围内是最高的权力,也是不可分割和不可转让的权力,但是衡量主权的一个最重要标志就是在一个国家内通过立法宣布紧急状态和如何界定紧急状态。ⁿ2005年3月,全国人民代表大会通过了5反分裂国家法6,这部法律规定了在什么情况下通过武装行动制止分裂国家的行为。这是中国迄今为止用专门法律形式宣称主权的典型案例,它的意义不是通过法律的语言再次向世界表达了/不放弃用武力解决台湾问题的承诺0,而是用法律来宣示和表达了主权。这种方法也是近代以来民族国家所使用的最为基本的治国方略,它使法律这个非人格的力量代替了传统社会中的人格力量,成为在国家领域中看不见却真实存在的最高统治者,实现了国家主权与法律主权在定义上的有机统一。

从国家主权到法律主权并没有否认主权的本来面目,但是,主权需要被代表,这一特征决定了需要一种形式来代表主权,法律就作为这样一种形式代表了主权。在现代性思维的影响下,传统的/内圣外王0型权威遭到否定,这种具有人格特征的权威如同上帝的权威一样不仅被解构了,而且成为探索新权威的反衬对象。然而,体现了新权威的法律在代表了主权之后又成为高于国家概念的新的力量,这即是说在国家之上只有法律的权威而没有其他权威。法律主权的概念因此没有因为它的虚构性而变得荒诞,而且正成为巩固和维持国家主权的新的力量。在这一概念之下,/主权0与/治权0的关系或者说/统0和/治0的关系重新得到了解说。统可以不治,但治确需要统,这里的统当然是/正统0,但/正0的含义却不是我们讲了几千年的/道统0,而是随时代变化的正当性话语,一种新的法统。理论的解释总是滞后于实践,/统0和/治0相对分离的解说是对实践的总结而非纯理论性的建构。香港特别行政区、澳门特别行政区的/高度自治0正是主权和治权相分离的历史实践,也是在法/统0之下的法/治0的分离,在这个意义上,/一法两制0更具表达力和法理意义。从/一法两制0的成功实践中可以逻辑地推导出/一法多制0的政治性框架,从而为特区建设、民族区域建设、和平统一台湾地区提供法理上的概念,更为重要的是,它涉及法律下的自治行为。

就中国三十年的实践而言,法律与自由的关系主要表现在国家对公民的/松绑0过程,它意味着在变革过程中需要破除旧的和旧的体制束缚,意味着解脱,意味着提供发挥人的自由本性所必需的自主性能力和创造性动力。^m权利的话语赋予了公民自由发展的资格,用法权来确定人民的权利并保障这

^m 参见[美]本尼迪克特·安德森:5想象的共同体:民族主义的起源与散布6,吴叻人译,上海人民出版社2005年版。

ⁿ 关于主权的标志,详细论证参见[德]卡尔·施米特:5政治的概念6,刘宗坤等译,上海人民出版社2003年版。

^m 关于松绑的法理学意义,夏勇先生在分析农民公法权利的成长时指出,/松绑在实质上包含两个方面,一是公权者给自己的观念松绑,或者叫做-解放思想.;二是公权者在一定程度上松开农民的手脚。0参见夏勇:5乡民公法权利的生成6,载夏勇主编:5走向权利的时代6,中国政法大学出版社2000年版,第660页。

些权利在受到侵犯时得到充分、有效的救济,体现了法律与自由的时代辩证法。不过,被松绑的人们只是冲破了他们认为不合时宜的旧的关系,但他们依然生活在社会关系当中,只不过是一种新的可以被选择的社会关系,即新的熟人关系。因为自由实质上不是别的,正是建立可欲的各种关系的权利。如果说原子式的、孤立的人的概念只是 17、18 世纪自由主义哲学论证理性人的假设,而不是历史事实,但作为一个理论预设,原子式的、孤立的个人假设为现实中的人确立/建立关系的自由 0 创造了理论根据。¹¹ 依照这个观点,人们依然不是处于这种关系当中,就是立足于那种关系当中,唯一不同的是人们选择建立、维持和终结关系的自由程度。这个理论可以让我们重新考虑个人主义与团体主义之间的长久对立。事实上,社会的发展不是要不要建立个体与团体之间的关系))) 个体与团体的关系始终是存在的))) 而是如何建立个体与团体的关系。建立关系的自由理论使我们认识到,社会进步的标志是使个体获得了选择和自由建构团体的资格和能力,而不是使个体从此成为脱离了任何团体的无任何定着物的逍遥的大鸟。¹² 在建立关系的自由的命题下,一个人既可以像隐士那样可以割断和终结在他们看来世俗的社会关系,在幽静的深山中体悟人生的奥秘,也可以冲破原有社会关系的束缚建立起可欲的社会关系,而不是非要在被指定的社会关系网络中打转转。在是否和如何建立一种或多种社会关系的问题上,享有建立关系自由的人们面临着无限的选择,而一旦作出了选择,不仅意味着建立了一种在此之前没有的社会关系,也预示着扩张了一种在此之前没有的熟人关系。相反,在建立关系的自由还未被社会承认的时代,例如在传统的社会中,人们往往缺乏建立家庭或类似的团体即结社的自由。

结语:守望启蒙的法理学应当使民主成为未来社会的旗帜

在新的时代,继续发扬启蒙法理学的精神,守望改革开放进一步发展所需要的正当性话语,依然是法学理论不可回避的任务。启蒙的法理学在思想脉络上先后形成了互有关联却独具体系的两个法学家共同体。从 1978 年到 1991 年之间形成的法治主义学派,直接推动了依法治国作为国家的治国方略的确立。1991 年到 2008 年生成的新民本主义学派,倡导人权价值,演绎权利哲学,论证人权价值在中国的生成,成就了人权原则在宪法中的体现和表达。法治主义学派和新民本主义学派乃是在相互关照和相互支援中共同前行。如今站在法学研究领域的后生们踩在了一块坚实丰厚的土地上,他们看到了两面旗帜在飘扬,一面是法治的大旗,一面是人权的大旗。他们需要扛住这两面大旗,并且在时代的感召下前行。

然而,同其他所有的人一样,法学的后生们面临着新的时代困境。在外部,全球治理加剧了不同国家、民族和文化之间的碰撞和融合,研究的视野和方向不再在/中体西用 0 和/西体中用 0 的两大思维范式之间选择,它要求与世界这个日益具体化的实体同行,进入所有国家和民族都注定要进入的未来的人类共同精神领域。在内部,三十年来改革开放实践造就了经济大繁荣以及基本小康社会的宏伟格局,不再/挨打 0 (第一个历史困境),基本实现了不再/挨饿 0 (第二个历史困境),但与此同时,在改革开放三十年、中华人民共和国成立六十年之际,新的历史困境出现了。

新的历史困境抛向人们最显而易见的问题乃是改革开放丰裕的成果没有被所有社会成员公平地分享,社会中一部分人用来喂猫喂狗的精美食物是在剥夺了穷人口粮的基础上完成的! 换句话说,有些人之所得正是有些人之所失。那些没有得到的人同时被剥夺了参与历史进程的资格和机会,他们无论怎样努力和奋斗也改变不了自己和家庭的不幸命运,因此,新的时代面临着不平等的这个大敌。穷人与富人之间存在不平等、地区之间存在不平等、公共机构和私营机构之间存在不平等、城里人和农村人之间

¹¹ 哲学家 Claude Lefort 抨击自由主义者和马克思主义者认为权利保障了个人主义的胜利的观点,他指出,“这些权利并没有将人们分离,并没有使个人成为孤立的人,相反,这些权利使人们相互之间联系起来,这些权利就是-建立关系的自由”。例如,当 1789 年 5 人权宣言第 11 条宣告交流观点的自由时,它鼓励个人向他人开放和与他的同伴建立关系,而不是鼓励隔离个人。0 参见 [法] 多米尼克·罗素:《5 法治是国家具有的特定价值吗?》,载夏勇等主编:《5 法治与 21 世纪》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 36) 37 页。

¹² 正如施米特对现代人特征的评价:“个体乃是宗教团体、民族、工会、家庭、运动俱乐部以及许多其他组织的成员。这些身份使一个人在不同的场合受到不同的制约,并赋予他一连串的义务,以使任何一个组织都无法拥有决定性的统治地位”,0 参见前引 11, 第 156 页。

存在不平等、民族之间不平等(对少数民族的优惠政策形成了独特的反向歧视)、特区与其他地方自治单位之间不平等,不平等要揭示的问题不是要否定差异和多样性,而是人人应当享有的平等的资格和条件。社会倘若要前行,就要消解和克服这一系列不平等的现象,相信这也是中国后改革开放时代的主题。

所有的人都看到了上列种种不平等,让所有的人都分享改革开放的成果是执政党在新的历史时代的政治宣言,是对未来社会的政治承诺。法学家自然也看到了弥散、存在于社会上的诸种不平等现象,既然看到了就不能背过身去,更不能独善其身或顾左右而言他。民主是未来社会的主题。鉴于民主是一项让所有的人参与社会生活和社会实践的事业,也是中国共产党领导新中国,跳出历代王朝循环论的合法性逻辑,因此,法学家在这一阶段的任务,就是要构筑一个以中国国情为基础的民主制度即一个正义的社会结构,只有在这一结构内,法治和人权才能够充分释放出它们的能量。

建立以民主为取向的正义的社会结构需要立足于中国的国情,放眼于世界,吸收一切国家和民族的优秀成果,使这样一种体现中国特色的正义的社会结构也具有全球意义上的示范性,体现大国之所以是大国的价值和品德,然而,在出发点上要遵从基本规范的运行原理,这个基本规范不是别的,正是改革开放的设计者们在悲情和理想中制定的八二宪法以及一系列宪法化的正当性话语。建构正义的社会制度就是要根据时代的变化重述宪法的基本原则,最大化地释放宪法精神,落实宪法的最高权威,这种进路注定了民主社会的建构行走的是带有试验性质的改革路线,而非大起大落的折腾式的革命路线,这也是古语“周邦虽旧,其命维新”的本意了。

On the Jurisprudence Enlightenment and the Construction of Legal Systems in China

HE Hai2ren

Abstract Though as a repetition of the classic theme of philosophy enlightenment, the origin and development of jurisprudence enlightenment in China have distinct issues and modern features, and have accomplished a series of legitimate discourses in social development. In argumentations for legitimacy of law, the authority of law, the sovereignty of law and the ruling of states, relevant issues and relationships have been well understood and intensified, such as the contradiction principle, relations between law and its consecutive authority, representatives and agents, liberty and relations / control and / governance, and the priority of the state, etc. These analytical theory resources will better support the construction of legal systems in era of further reform and opening up to the outside world.

Key words thirty2year, enlightenment, rule of law, state