

季卫东：在法学经典中感悟“两造抗辩”的奥妙 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_AD_A3_E5_8D_AB_E4_B8_9C_EF_c122_485990.htm [学案之一] 共识模式 vs. 对抗模式 在就读北京大学法律学系期间的1981年，我曾经写过一篇批判维辛斯基理论的文章，对他以统治阶级的意志和国家暴力作为本质因素来定义法律的经典性观点提出质疑。后来沿着这样的思路去广泛涉猎各种文献，我发现有两种大相径庭的学说谱系，对从别的视角进一步探讨法律秩序的本质非常有参考价值。一种是苏维埃早期的法理学者帕舒卡尼斯（Evgenii B. Pashukanis）在《法的一般理论与马克思主义》（1924年）中提出来的。这本书的作者承认法的主观性是第一位的、客观性是第二位的，但是他认为法律体系中反映的意志是一种交换关系、互惠性以及合作，在历史上和现实中法律行为的概念都是从契约中生长出来的。显然，帕舒卡尼斯是从私法和共识的角度（这与马克思的社会纠纷模式以及阶级斗争观有本质性区别）来理解法的本质，特别强调主体的权利诉求与商品的价值交换之间的对应。与帕舒卡尼斯有些相似之处的是美国的著名法哲学家富勒（Lon L. Fuller）和法社会学家塞尔兹尼克（Philip Selznick），他们也都着眼于法的共识模式。但富勒认为作为秩序黄金律的并不是契约之锁，而是无所不在的互惠性纽带；显然他把社会交换与商品交换都纳入共识的视野之内。塞尔兹尼克则更强调在私域正义中的协调行动、即合作这个侧面。另一种学说是十九世纪后期德国罗马法专家耶林（Rudolf von Jhering）的不朽名篇《为权利而斗争》（1872年）所展

示的立场。他关于法律秩序的认识在从“概念计算”转向“目的思维”（标志这种学术转折的是他的一句流行当时的警句：“目的才是所有法律的创造者”）之后，自觉地把法律当作对抗侵权的手段。在这本出乎意外的畅销小册子中，他更进一步地明确指出法律的生命力在于斗争——包括各国公民的斗争、国家权力的斗争、不同阶层的斗争、个人之间的斗争，并且提出了“斗争里面出法权”这样响亮的口号。当然，这里所说的斗争都是指依法抗争，特别是围绕审判的市民运动，并非“造反有理”以及破坏秩序的解构。他认为公民只有通过依法抗争才能真正维护自己的权利和社会的稳定，因此维权行为实际上也是公民应该履行的一种义务。在某种程度上，也不妨说耶林就是维权运动的鼻祖之一。当然也有人批评耶林的斗争说，认为这归根结底还是一种强者的逻辑，是要把实力竞争作为伦理性人格的基础。按照这本书给出的定义，所谓权利就是法律保护的利益。由此可以推论，在耶林看来，法律本身不在社会交换关系的范畴之中（公法的视点），国家应该是作为公民保护者和权利赋予者而存在的中立的第三者（仲裁的视点）。〔学案之二〕纯粹规范 vs. 复杂规范 与维辛斯基的实证主义法学根本不同但却存在相通之处的是凯尔森（Hans Kelsen）关于国家与法的规范主义理论。两者同样都把价值正当性（legitimacy）的问题排除在法学考察的范围之外，并且重视强制，但是，凯尔森断然拒绝把统治阶级的意志本身作为法的本质，而提出了作为理论意义上的宪法的“根本规范”（不等于实证意义上的宪法）的概念，用以限制统治阶级的意志。凯尔森也反对施密特（Carl Schmitt）式的政治决断主义以及其他各种形态的主权

者的恣意来打破日常规范秩序的平稳。他所描绘的以根本规范为顶点的金字塔型法律秩序图像，在《纯粹法学》这本专著中展现得最充分、最典型。与凯尔森的纯粹法学体系形成鲜明对照的是哈耶克（Friedrich A. von Hayek）的《自由秩序原理》（1960年）。如果说凯尔森追求的是秩序的单纯系统，那么哈耶克则是在追求关于自由之法的某种复杂系统（他本人也明确地指出了这一特征）。如果说凯尔森倾向于决定论，那么哈耶克则偏好偶然性以及渐进的生成和演变过程——这种思路可以曲折通向埃利希（Eugen Ehrlich）的“活法（living law）”论以及自由法学。根据我的理解，哈耶克虽然采取自由至上主义的立场，但他所提倡的“自生秩序”概念却带有社会有机体论的色彩，很接近萨维尼（Friedrich K. von Savigny）的民族精神论和历史法学的观察，与契约自由、个人选择自由其实倒未必能融洽无碍。关于法律秩序与自由之间的关系，哈耶克给出了五个条件，即：（1）自由的价值高于一切、（2）真正的自由以法治为前提、（3）人类自始就无往不在法律规范之中、（4）并非所有的法律秩序都等于自由的法治、（5）人们不能以正当性为由而不服从法律规范。但是，稍加推敲就可以发现，这五个条件是根本无法同时满足的。所以哈耶克必须把时间之维导入进来，强调个人之间的互动以及心智与文化之间的互动过程中的试错和进化。这种动态在整体上没有目的性，也无所谓同意不同意，一切归结于主观主义的价值——关于人生之善的判断。我看这倒很像谢灵运所描绘的那种意境：“道存一致，故异代通晖；德合众妙，故殊方齐轨”，不是吗？

[学案之三]
] 系统程序 vs. 行为程序 但是，在哈耶克的自由至上主义理

论中，既没有权利本位的预设，也不承认公共理性的存在，甚至把社会正义的概念也当作“幻想”弃之如敝履，这就难以避免价值正当性的危机。为了摆脱自由主义法治秩序的这种危机，卢曼（Niklas Luhmann）在《通过程序的正统化》（1969年）一书中揭示了程序作为自然法的替代物的功能。他认为程序本身虽然不能等同于真理的标准，但却可以消除妨碍发现真理的障碍、改进沟通和审议的质量、提高决定的正确性。正因为程序可以促使人们从内心承认和接受某种具有强制力的决定，所以满足程序要件、特别是落实程序公正的原则势必有利于法律的价值正当化。在卢曼看来，程序是角色行为的定义体系，是相互作用的形式，但在抑制和改变当事人的主观动机这一意义上，它又超越于具体的行为，可以相对减弱个人在自作主张时所显露的那些咄咄逼人的锋芒。在这里，尽管卢曼重视个人与个人之间的交往和协商，但他还是预设了一个超然于各个人之上的中立的观察者或判断者的客观化视点，而以反思机制这个概念把主观性互动与来自第三者的客观性制约连结起来。显而易见，卢曼的程序概念意味着从系统整体（主要是法律系统和涵义系统）的角度来理解不局限于语言行为、也包括默示行为和象征性符号在内的各种各样的沟通活动——这是采取一种非还原主义的立场。作为卢曼的最主要论敌，哈贝马斯（Jurgen Habermas）起初特别强调的是交往、沟通、协商、审议过程中的理想对话情境、论证伦理以及反思的理性。后来，哈贝马斯根据自己理论内在的、合乎逻辑的发展的需要，也转向了程序主义，但他通过后期代表作《在事实与规范之间》（1992年）所展示的程序概念，与卢曼的程序概念有本质性区别。

哈贝马斯认为卢曼法社会学理论的要害问题是以系统抹杀了主体；为了避免这样的缺陷，必须强调个人的直接参与行为、互动关系以及具有伦理性、道德性的议论；也就是说要解构那个制度化的观察者或判断者（系统），以突出各个当事人自己的主观化视点或者作为主体的价值判断。当然，哈贝马斯认为个人之间议论纷纷的局面还是有必要通过程序规则和论证规则来加以整理、制约。因而他的程序概念意味着从平面相互作用的媒介的角度来理解沟通活动，并且这些沟通活动必须局限于那些能够按照论证规则来进行评价的语言行为。总之，哈贝马斯所理解的法律秩序是建立在根据程序规则和论证规则所达成的个人主体之间的共识的基础之上的。如果说帕舒卡尼斯仅从商品交换的契约这一层面上理解共识的话，那么可以说富勒就是从商品交换和社会交换这两个方面相结合、特别是后者的层面上理解共识，并且把程序性自然法（法律的内在道德标准）作为共识的纯粹性和妥当性的担保。而哈贝马斯主要从个人意见的交换这一层面上来理解共识，要求有关的沟通活动必须符合程序要件、必须经过充分的论证。在另一方面，像耶林那样把对抗作为法律秩序基础的观点，势必导致出一个中立的观察者或判断者这样的条件设定。这种第三者在凯尔森那里表现为根本规范和宪法法院，在卢曼那里则表现为具有自我完结性的涵义系统以及作为法律系统的程序。只是凯尔森具有明显的决定论倾向，而卢曼则相反，他是拒绝还原主义的，而强调正义在系统内引起偶然性、复杂性的侧面。其实，卢曼的“自塑系统”概念与哈耶克的“自生秩序”概念在强调自组织原理方面有着非常亲近的血缘关系，但是，两者又决不能混为一谈。 100Test 下

载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com