

# Globethics Repository

The logo for Globethics, featuring the word "Globethics" in white sans-serif font on a blue rectangular background.

## 良法何在？——论法治的价值基础[Where is Properly Law?--On the Value Basis of the Rule by Law]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

Item Type	Article
Authors	薛, 军
Publisher	中国政法大学
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-07-03 14:41:30
Link to Item	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12424/179228">http://hdl.handle.net/20.500.12424/179228</a>

# 薛军：良法何在？ 论法治的价值基础

内容提要：本文围绕作为法治构成要件之一的“良法”的统治为中心，探讨了如何判断实在法的正当性这一法治的关键问题。本文批判了传统的以自然法作为实在法之合理性评价标准的思路，指出了这一理论倾向与法治的内在要求的矛盾之处。在此基础上，提出了与法治的精神相适应的评价实在法正当性的价值基础。

关键词：法治 自然法 宪政

## 一、引言

法治的精神不仅在于依“法”而治，而且同时要求为治之“法”为良法。前者是法治的形式要件，而后者构成法治的实质要件和价值基础。历史经验告诉我们，形式意义上的法治在历史上并不少见，但因其为治之“法”缺乏实质的价值合理性，而不成其为真正的法治。到今天，实现“神形兼具”的法治仍然是人类孜孜以求的目标。然而，什么样的法律才是符合法治要求的“良法”？换言之，法律的正当性标准是什么？这是建设“法治”事业所不可回避的问题。对这一问题的解说是建构法治理论的基础和前提，而且解决该问题的基本思路和理论取向事关法治建设成败得失，是为法理学界不可不察。

作为推行法治的先驱者的欧美国家，在为法治寻求价值基础，寻求判断法律的正当性标准的过程中，一直存在大陆式的自然法思路与英美式的尊重先例以及正当程序的思路之分。二者有不同的理论前提预设，在实践中也产生了不同的效果。对这些理论进行认真的清理，将使我国的法治建设少走弯路，避免犯同样的错误。然而，我注意到，我国的法学者和政治学者在有关的理论探讨中，受到了欧洲大陆自然法理论范式过于强烈的影响。有学者明确提出法治的价值基础在于自然法[1]。也有学者把由自然法推导出来的几项原则作为法治的基础[2]。我认为对这一理论倾向有必要加以反思。以自然法作为法律正当性基础的学说存在重大的理论缺陷，实践中也被证明存在许多问题。因此，特撰此文批评这一思路，以求引出更好更深入的研究，试为我国法治建设集裘之一腋。

## 二、对自然法理论范式的简要说明

在自然法理论范式[3]中，法有实在法与自然法之分，并且自然法在效力上优越于实在法；不符合自然法的实在法不是真正的法律——“恶法非法”，因此，人民没有服从的义务。这种二元化的法观念是自然法理论范式的关键。自然法理论中的法治观念认为，仅仅“依法而治”并非真正的法治，因为这一法律有可能只是统治者的专横意志披上了法律外衣而已；不受自然法约束的实在法只不过是统治者的驭民之具而已，他们可以随时修改法律以便把自己的意志宣布为法律，因

而统治者实际上是不受法律制约的，这不符合法治的要求。

作为一个理论范畴而提出的“自然法”，服务于法治所要求的权力控制观念。为了保证公民个人基本权利不受侵犯，必须对社会生活中的每一种绝对权力进行控制与制约。如果仅仅把法治理解为用法律进行统治，而法律又是由统治者制定的，那么这种立法权就没有任何限制。为了解决这一问题，自然法理论通过“法律二元论”中具有更高效力的自然法对实在法的制约来实现。自然法学者提出，现实的立法不能侵犯公民个人源于自然法的基本权利[4]。

以上分析表明，自然法学者不仅关心实在法的形式合理性，而且关注实在法的实质合理性，这种实质合理性通过自然法来加以保证，自然法是对实在法进行价值判断的基础。

### 三、对自然法思路的批判

对上文介绍的自然法理论范式详加分析，我们将发现，它具有许多难以克服的缺陷。其一，若将自然法作为一种“法”，它也不能避开谁是立法者，谁拥有立法权这一问题。古往今来，各种自然法学思潮对这一问题的回答可谓多矣！从自然为人类立范的学说（这是自然法这一名称最初的由来）到上帝立法，再到人类的理性立法，林林总总、不一而足。自然法学把为实在法“立法”的权力移交给自然法的立法者，这的确可以在一定程度上限制实在法的立法权，但是自然法的“立法权”该不该受到限制？提出这一问题可能会引起极大的困惑：自然法有“立法”的问题吗？但这正是问题的关键之所在。作为一种理论范式而提出的自然法体系无不具有浓厚的超验色彩或过于抽象而难以具体化。自然法的制定者——诸如自然、上帝、理性之类——无不玄妙莫测，与芸芸众生无法沟通[5]。由此发生以下的问题：自然法的内容如何为我们所知？我们之中谁有资格主张自己能够知道自然、上帝、理性说了些什么？自然法能够发挥其评价、制约实在法的功能的前提之一就是，它的内容必须是已知的、明确的，否则无法发挥对比评价功能。这是一个认识论上的难题。对那些摆出一幅“唯我得道”的架势，言“自然或上帝”之所未言，宣布自然法之诫规，而认识能力与我们大致相当的人，对其言说，我们凭什么相信？又能够相信到何种程度[6]？其二，在价值多元的社会中，自然法关于法律“Ought to be”的论证如何避免落入某一特定意识形态的窠臼？法治的政治哲学基础是自由主义，其核心观点是认可并且容忍不同的价值观的存在。那么，当不同的价值观“不约而同”地将自己的价值判断上升到“自然法”的高度时

作为一种意识形态斗争策略，这几乎是不可避免的选择——又根据什么来判断谁对谁错，谁更“自然”呢？将自

然法作为法治价值基础，以自然法作为判断法律正当性标准的理论面对以上问题时必将陷入困境。试以下文详析之。

#### 1、权力制约的悖论——自由主义宪政理论本身的困境 [7]

所谓宪政原则，其核心观念仍为落实权力制约。它试图以宪法所具有的最高法律效力来制约普通立法权，并实现权力的分立与制衡。宪政理论始终避免出现一个具有终极性的最高权力。但这一努力是否成功大可怀疑。作为自然法的隐喻的宪法不能避免自然法将遭遇的难题[8]。

首先，不可能从天上掉下来一部宪法，所以在实际的政治生活中将存在制宪权的问题。在一个政治共同体中，如果存在不同的价值观，对应该制定什么样的宪法有不同的主张，在这些不同的

价值观主张中，根据什么来决定哪些主张应该成为宪法，这是自由主义宪政理论的根本难题[9]。如果不放弃价值观上的自由主义前提，就必须承认，不同的制宪主张并没有对错之分，因此，制宪权以及宪法的内容问题，就不是一个可以通过自然法理论可以论证的正当性问题，而是一个事实上的力量对比问题。谁拥有更多的资源与手段把自己的主张转变为宪法，谁就拥有事实上的制宪权[10]。法国大革命之中的宪法理论专家西耶斯把制宪权赋予一个抽象的群体——人民[11]。问题是，人民实际上并不是铁板一块，相互冲突的物质利益以及各自所持有的不同的价值观使之组织为不同的团体而相互斗争，胜利者获得制宪权，把自己的主张宣布为宪法，失败者必须接受[12]。无论斗争的规则是议会中的多数席位还是武力相加的暴力行为，对胜利者事实上的制宪权的限制无法在宪政本身的框架内进行。制宪权作为一种统一的，终极的权力因而落在宪政的分权原则之外[13]。

其次，在当代宪政理论体系中的紧急状态权力（Emergency Power），也是自由主义宪政理论之中的分权与制衡原则所无法涵盖的领域。由于宪法的制定者不可能预见将来会发生的一切情况，所以当社会生活中发生了宪法中未加以预料的例外情况时，统治者势必要超越于宪法之外来处理特殊情况，这被称为紧急状态权力。它的存在表明了抽象规则的局限性以及权力制约的有限性。由于这种紧急状态权力的运作无法事先由法律规则规定，而只能让诸于具体情境中的统治者来决定[14]。这一权力的特征与宪政原则，与法治所要求的抽象的、形式的、规则的统治，并且排除任何事后立法的原则相矛盾。紧急状态权力广泛存在于号称为自由主义的宪法之中，然而权力制约论者对此却视而不见。殊不知，历史的经验已经证明，这一权力可以成为统治者实行独裁的合法通道[15]。

再次，在自由主义宪政的实践中，理论上的分权与制衡原则也没有得到真正的贯彻。从逻辑上来讲，不同权力之间的分立与制衡不可能以相互推翻的方式循环下去。权力的制约必将停留于某一点上，即逻辑上必然会出现一个在效力上是终局的决定，以保证其确定力。这一作出终局决定的权力是不可分的。以人们认为是典型的三权分立的美国为例，其最高法院的违宪审查权在决定国会制定的法律文件是否违宪这一问题上就具有终局效力。它不能被其它机关推翻或否决，一经作出就得以确立。这种无法贯彻分权与制衡原则的权力现象的存在，是分权与制衡原则论者所无法回避的。它的存在是对自由主义宪政理论中分权与制衡原则的挑战[16]。

从以上的分析可以看出，以宪法——普通法律这样的自由主义宪政原则之中的法律效力等级来说明理论范式上的自然法——实在法的理论模型存在理论障碍。与宪法的产生相联系的制宪权问题，宪法运作过程之中的紧急状态权力问题，以及宪法本身之中存在的终极权力问题都无法通过这种法律效力类型的区分而贯彻分权与制衡原则。通过自然法理论贯彻权力的制衡原则既不现实也不可能。

## 2、自然法学说 - - 超验的困境

自然法在本质上乃为一种超验的形而上的体系。理论上讲，它能给实在法提供价值准则，然而它本身并不能令人信服地解决自身的正当性问题。充其量，它只不过是把什么是良法的论争转变为自然法的内容应该是什么的论争。但是，由于持有不同价值观的人都倾向于认为，自己所赞同的价值观是正确的，合乎理性的，符合历史发展规律的。自然法理论对此不能提供一个为所有人或大多数人所认同的判断价值真伪的标准[17]。

自然法理论范式在其早期发展过程之中并没有表现出很突出的理论缺陷。这是因为，在西方世

界中源于希腊 - - 罗马世界的传统价值观体系，经过基督教的整合，在中世纪以前基本上还是一致的，人们共享着大致相同的道德、伦理观念。在这一情境下，以宗教信条作为其内容，带有神法色彩的自然法学说，的确能为实在法提供能为公众所一致认可的价值准则。但是，自宗教改革开启价值多元之先河，启蒙运动没有实现想象中的理性的大一统，相反却引发了价值判断的相对化与个人化，个人获得了道德伦理价值观的“立法权”，原有的价值共识逐渐丧失。这导致原来属于道德、伦理共同体的人群只能依赖于共同的法律纽带而成为共同体的一部分。虽然法律以其最大的包容性获得了最大限度的社会团结，但是也因此而必须面对同一法律共同体中，持有不同的道德、伦理价值观团体彼此立场的协调问题[18]。在我看来，自由主义允许价值多元就是为了实现最大限度的社会团结。如果将同一共同体中某一价值观集团确立于优越的地位，那这一共同体就不是法律的共同体而是通过某一价值观标准将另外一部分人排除于共同体之外。在这一情况下，主张实质的价值判断的自然法理论就有可能沦为某种意识形态的辩护术或代言人。为了避免这种嫌疑，实证法学思潮开始兴起。

自然法学派对实证法学派的批评在很大程度上来自于实证法学理论避免对实在法进行价值判断的立场，从而有放纵罪恶的主张成为法律，宣称“恶法亦法”之嫌。但是，实证法学派坚持严格意义上的自由主义，避免对价值多元化的侵犯。这并不意味着不对实在法进行价值判断。对实在法的价值判断应该属于道德哲学与伦理学领域的问题[19]。对实证法学理论的兴起，必须结合近代社会生活发展的“私人化”趋势来加以理解。近代市民社会基本上就是一个私人化的社会，它不仅包括了经济活动的私人选择的自由，同时也包括道德、伦理判断的私人化。后者甚至对社会影响更为巨大[20]。因此，可以把实证法学思潮看作近代市民社会发展在法学领域的反响。自然法学者强调法律的道德性，并通过同时赋予法以规范性与正当性两重含义，来确保道德性之诉求。但是，这一理论范式把属于形而下的规范的范畴与属于形而上的价值判断的范畴混合于同一概念之中，不免会造成二者之间的紧张关系。其结果不是倒向于形而上的层面成为变相的道德哲学，就是倒向于形而下的层面而成为“实证主义的自然法”。有学者认为，卢梭与康德的政治哲学理论显现出深度的“悖反”：其政治哲学的理论表面上是自然法的，而其在国家与法律学说的神髓上则是法律实证主义的[21]。这是一个深刻的洞见。但是，不能称其为理论上的悖反。康德以其严密的理论逻辑发现了宪政原则的内在裂痕 - - 一国之内最高权力的来源问题无法在宪政理论的框架内说明，因而要求人民对此不加过问[22]。卢梭则以一个虚构的公意来消解人民主权（严格地说应是人民专政）中的专制色彩。他们的自然法理论之所以与实证法学有些暗合之处，其原因就在于他们试图在保留自然法理论范式的同时，避免该理论本身所具有的超验的因素。正是这一原因，导致他们的自然法学说实际上是一种向世俗化形态嬗变的自然法学说。这种自然法学说让处于超验世界之中的自然法的立法者（如自然，上帝，理性之类）隐退，但是，又以一种间接的方式使其在经验的世界之中复活。这种在此岸世界之中造神的运动实际上把对于法律良善恶劣的判断权交给了个别“口衔天宪”的普通人。说其为普通人，是基于一种最简单不过的关于人的认识能力的局限性的常识。但是，我们总是可以在历史上看到形形色色的在人间造神的运动。在这些运动的背后无不预示着一种认识论上的困境。这也就是说，自然法学说，为了避免其理论之中的认识论困境，无不以在世俗世界之中塑造出一个全知全能，永远正确的“准神”来完成其理论体系的建构。当这个“准神”开始宣布自然法的戒条时，可以说，自然法理论最终不可避免地会走向某种实证化的形态。在这种前提之下，来自自然法学对实证法学的某些指控自然发生动摇。

有学者把二战期间德国纳粹的暴行与实证法学理论联系起来，并且认为这是因为在德国缺乏深厚的自然法传统的缘故[23]。对这一说法有以下疑问：第一，德国法学传统中的“法治国”概念

在康德的理论中与实证法学并没有联系。康德固然说过与实证法学极为接近的论断，但他作为道德哲学家同时也根据其道德哲学体系提出了实在法必须符合的道德原则[24]。即法治国应该以人的权利与自由为目的和基础。第二，声称在德国缺乏坚定不移的自然法理论传统不符合学术史事实。普芬道夫、康德、费希特与黑格尔都是在自然法学史中有巨大影响的思想家。第三，按照上述观点的逻辑，作为实证法学发源地的英国应该更有可能出现法治国的暴政。在英国法学史中，可以列出一条阵容庞大的自然法的反对者的名单：休谟、斯密、梅因、边沁、梅特兰、奥斯汀等等[25]。而且，现在英国仍然是实证法学派的重镇。但正是英国被上述学者认为是真正的法治的发源地。所以，将自然法理论与法治的发展联系起来并不具有充分的理由。

从理论上讲，任何超验的、形而上的理论体系都有共同的局限性。它们无法为现实提供毫不含糊的，在实践上可操作的准则。有人形象地指出：自然法如果是不明确的，那么无法用它来评价现行法；而如果自然法是明确的，那么，现行法就没有必要存在。这的确说明了带有超验色彩的自然法的两难。缺乏沟通形而上与形而下的有效途径，使得自然法的规戒无法区分于道德说教。自然法学者为了避免论证其观点的苦难而宣布自然法的内容不言而喻，无须证明。但是，在宣称一些所谓的“自明”（Self-evidence）的原则方面，谁都有发言权。既为“自明”，即为毋需证明，省却了证明的困难，谁不会“畅所欲言”呢？同时，现实世界也并非如自然法学者所认为的“大是大非”截然分明，“是非曲折”一目了然，若干问题异见层出，根本谈不上“自明”[26]。因此，任何一种自然法言说在给出具体的价值选择与判断时不免常常显示出它的任性与武断。一个典型的例子就是，在著名的法学家哈特与自然法学者德夫林法官的论争中，在关于成年人自愿、私下的同性恋行为是否应由法律禁止这一问题上，实证主义法学家哈特持自由主义道德哲学观点，认为不应禁止，而具有自然法学倾向的德夫林法官则持保守的观念，认为应该由法律禁止[27]。有意味的是，该法官使用了“道德的强制执行”这样的表述来维护其观念。一语道破自然法理论具有双锋之剑的特征！自然法可以成为人权的卫士，但同样可能成为僵化的观念的据点，伤及那些持有不同的道德观念的人群。从历史经验来看，持有判断现行法合法性之权柄的美国最高法院的大法官们的自然法观念并不见得那么可靠。美国最高法院一度成为人权运动发展的障碍，民主、人权运动的成败甚至与某一法官的退休或死亡密切相关。这种将法治的基础建立于几个人的道德观念之上的做法正是自然法的理论逻辑所导致的。它有可能使大众暴露于个人恣意的价值判断，这恰恰违背法治的宗旨。

### 3、自由主义价值观与自然法理论的冲突

价值多元是近代以来社会发展的趋势。近代地域性的主权国家的兴起为了实现统一而选择了实在法作为社会共同性的纽带。在同一法律共同体中，除共同遵守同一法律之外别无“强制”共同性要求[28]。与此同时，国家承认个人在道德、伦理价值观念，宗教信仰方面的选择自由。然而，主张实质合理性的自然法理论不满足于法律形式上的正当性，而且关心法律实质上的正当性。这就意味着它必须给出具体的价值判断，并且否认与之相左的价值判断的合理性。这种价值判断对自由主义价值观构成潜在的威胁。当自然法学说作为批判理论时，它可以分散实在法的立法者的权威。但是，当它被实在法的立法者所利用时，它将不恰当地强化其权威，使可能只是谋求某一集团之利的实在法又笼罩着“自然法”的光环，大大强化其效力。一般来说，作为实在法的立法者有更多的能力与资源来主张其法律的正当性。在一场证明自己“正确性”的竞争中，胜利者往往是有更多的表达机会与表达渠道的一方。当形而上的价值判断与形而下的具有强制效力的规范结合之时，往往也就是自由主义的价值多元在实质上结束之时。以法国大革命为例，当以“自由、平等、人权”相标榜的革命者身兼实在法的立法者与道德规范的监护人时，不合他们的道德见解就是违法行为。持有某一特殊意识形态的统治者往往同时要求共同体中的每一个人既是其制

定的实在法的选民——一国的公民——又是其独特的意识形态的选民[29]。由于自然法理论范式中隐含了实质的价值判断这一特征，它往往被统治者利用，成为在法学领域制造意识形态的温床。当自然法学者放弃自由主义信念，甘为某一意识形态的辩护人的角色而立论时，他们所抱持的自然法体系是他们独特价值观的投射，因此可能在实质上侵犯那些持有与之不同的价值观的个人与团体的权利。以这种自然法来评价实在法是不可靠的。它与法治的要求格格不入，其理论的抱负与实际的目的相违背，以其作为法治的基础恰恰是对法治原则的违背。

如果自然法学者同时持有自由主义的价值观，那么他在宣布自然法的某些“自明”原则时，必然意识到这只是可能的自然法体系之一，别人同样也有提出其观点的权利。但是，这将导致自然法理论无法作为判断法治之法优劣的根据。法律作为社会共同性的纽带，它必须求同。关于法治之法的良善恶劣的共识性的判断必须给出，以作为法治的价值基础，以保证法治的名实相符。人手一套的自然法不能作为法治的价值基础。所以，即使自然法学说警惕其言说的局限性，它也不能作为法治的价值基础而发挥作用。

通过以上分析，我们可以得出如下的结论：超验的、抽象的自然法理论无法在保持价值多元的前提下证明其自身的妥当性，因而不得不将某种隐蔽的特定的价值观立场宣称为具有普遍性的价值。这首先违背了法治本身对价值观多元化、克服任何形式的专制的承诺。同时，自然法学者试图克服形式主义的法治观，避免出现专断的恶法，通过制衡，以权力制约权力，但实际上仍难以避免出现一个具有主权色彩的终极权力。这使得宪政原则只在有限的范围内成立。这些问题的出现在很大程度上导源于自然法理论范式的内在缺陷。向超验或曰先验寻求价值依托，在“上帝已死”、“理性为世界祛魅”的年代已不现实[30]。自然法理论的困境即来源于无视这一现代性问题。诚然，法律需要价值依托。然而，它应在此世寻求，在人类历史经验中建立，这才是值得用力的方向。

#### 四、良法何在 法治价值基础理论的重建

上文的分析已经证明，以形而上的自然法作为判断实在法正当性的价值基础这一做法存在重大缺陷。寻求良法，不应该凌空蹈虚地从一套抽象的学理原则出发，而应该以人类实际的社会生活为基础，法治的精神不在于学理的纯粹与超越，而在于实际的经验与常情。我认为，以下几个方面可以成为寻求良法的基本途径：

##### 1、从超验到经验的转换——在社会传统中寻求建立法治基础的价值共识

法律以及基于法律而存在的法治属于此在的、经验的世界，而非彼在的、超验的世界。法治的价值共识基础不应在先验的观念中去寻找，而应在具体的历史经验中去寻找。在理性主义者看来，正当性的获得来自理性的严密演绎与滔滔雄辩，但这种看法过于简单。事实上，社会价值观念的正当性的获得是多种因素合力作用的结果，社会大众对某一道德伦理观念的认同是自动自发地进行的，某一价值观念体系在社会之中占有主导地位当然含有其自身理性的因素，但更多地是经验的积淀，是传统的形塑。任何事物所呈现出的当下面貌，无不是历史雕琢的产物。因此以传统，并且是开放性的传统为根基的社会价值共识才能为法治提供稳固的和权威的价值基础[31]。对现行法律之正当性的评价也应建立于这一基础之上。

传统并不是某一个立场的产物，而是多方的融合。它基本上是一个类似于共识的共同观念背景，它既允许有不同的声音存在，又保证大家遵循着一个“合力”的轨道前进，不致于发生大的偏差。传统的价值观的权威性之不同于某种以威胁、压迫为背景的价值观体系（即意识形态），就在于传统价值观的形成并不是服务于某些个人、某个集团的建构之物，它本身就是超越具体判断之上的进化之物。传统之所以能得以维持，乃在于它能为最大多数人、在最长时间内自动自愿地遵从。

在价值观的立场上，以开放性传统为基础的法治承认自由主义的多元价值观，但在关于何者为正当的实体法的判断中所运用的不是某一意识形态所持的价值观立场，而是一种超越于具体的价值观，由不同的价值观合力所形成的价值观体系。它对不同的价值观作用的方式是一种说服性的权威，而非一种以制裁为背景的压迫，而且它时刻保持自己的开放性，容许不同的价值观以“合力”的方式对于其自身产生影响。从这个意义上来讲，它没有违背自由主义对价值多元的承诺。

从对实在法立法权制约的角度来看，任何历史传统都是对当下的观念进行反思、形成制约的历史背景。它能避免在某一具体的历史阶段某一特殊的价值观在社会中占据过于强烈的主导地位，从而形成价值观上的专制。我们不是生活在时间的片断之中，毕竟在我们的身后有由无数逝去的智慧组成的传统，我们的身前则是无尽的未来。在这个历史之流中，必须承认，一个时代的智慧是有限的，个人更是如此。把由特定的历史境况所决定的观念体系片面地加以绝对化，抱着过于乐观的自信，是不明智的。历史已经证明，由一个时代的人所犯下的错误并不少见（请想一想十年文革！）。抽去了历史底蕴、没有了反思性平衡的所谓时代观念有时不过是雄辩家鼓动人心的修辞术。正是强大的传统习惯构成对实在法的立法者的有效制约。

## 2、从抽象原则到具体程序[32] 以程序论证正当性

运用为所有人认可的程序来实现自己的价值主张是形成法治秩序的不可少的条件，对超越于具体利益、观点之争的程序的尊重是法治的保障。因为一种具有广泛认同性的程序能制约、化解实质的价值选择潜在的对持不同意见者的压制，它是防护狂热观念的堤防。把实质的价值之争限于对基本的程序的认同之上，能够保持一个社会共同体秩序的基本稳定[33]。

重视程序的建设是英美法治秩序成功的关键[34]。而自然法学派沉湎在逻辑的王国里建构抽象的原则，忽视程序的制约，并且轻视程序的法律意义，常常以实质合理性的名义冲破法律程序的约束，往往造成对法治的破坏[35]。英国著名的法史学家梅因在批评古希腊人这个孕育了自然法传统的民族时说：“一个社会对于某些特殊案件，为了要得到一个理想的完善的判决，就毫不迟滞地把阻碍着完美判决的成文法律规定变通一下，如果这个社会确有任何司法原则可能传诸后世，那它所能传下的司法原则只可能仅仅是包括着当时正在流行的是非观念。这种法律学就不能具有为后世比较进步的概念所适合的骨架，充其量，它只是在带有缺点的文明之下成长起来的一种哲学而已”[36]。大陆法系传统上对程序的忽略与英美法系对程序的尊重形成了鲜明的对比，这是与大陆法系传统受自然法思潮影响较大分不开的。把不同的利益之争、价值观念之争上行到法律之上，成为不遵守法律的政治斗争、阶级斗争，是大陆法系国家的深厚的政治传统。而英美国家往往与之相反，把政治斗争、阶级斗争下行到法律秩序之内，成为在遵守程序规则前提下的控辩之争。相比之下，后者的做法更有利于法治的形成。

自然法的缺陷在苏格拉底所受的审判中就已经初露端倪。这个孕育了伟大的哲学家的民族却由于几个无聊的斗筭小人所提出的含混不清的罪名指控而把自己民族最伟大的哲学家判处死刑。

作为一个为后世贡献了自然法思想的民族，却没有可以值得称道的法律制度体系传诸后世，这决非偶然。将审判行为混同于立法行为，流行的是非观念将不受制约地产生法律效力，这会使得法律的稳定性和权威性同时受到伤害，人民的权利也难以得到真正保障[37]。而强调程序的意义将使得法律获得一定的独立性，不会轻易向法外力量低头，法律的权威才会得到加强，人民的基本权利才能得到可靠的保障，法治所要求的法律至上才有可能真正实现。

### 3、共时态与历时态的社会契约论 以历史和未来作为当代的坐标

渊源于古希腊，在近代欧洲思想界极为盛行的社会契约论，是自然法学说明国家与法的起源及性质的传统思路。这种社会契约论带有强烈的形而上学的色彩，而且，在这一理论思路中，否认历史发展的存在、社会价值观念的转变，认为一次理性的论证能一劳永逸地发现永恒不变的社会价值根基。这无疑是以片面的、静态的观念来看待社会。虽然在英国也兴起过社会契约理论，但极有意味的是，它在许多方面与欧洲大陆的社会契约论存在重大差别。具体来说，英国的社会契约论，特别是以伯克为代表的社会契约论是以经验主义为理论基础，持进化理性主义，尊重先例的历时态的社会契约观。而大陆法系以卢梭为代表的社会契约论是以理性主义为理论基础，持建构理性主义，崇尚原则的共时态的社会契约论。卢梭的理论对法国大革命的实践产生了重大的影响，对我国学术界也产生了很大的影响，其基本思路在此不再赘言。下文着重分析伯克的社会契约论。

伯克说：“社会确实是一种契约”，但这种契约和启蒙思想家的契约不大相同，“它是存在于一切科学、艺术、德行和完善的典型之中的契约关系。由于这种契约关系的目的是不可能靠几代人达到，所以它不仅是生者与死者之间，而且是生者、死者和后人之间的契约关系。每个特定国家的那项契约只不过是永恒社会原始契约的一项条款而已，它把低级事物和高级事物联系起来，把可见世界和无形世界联系起来，按照不可违背的誓约（它控制着一切物质和精神）所认可的固定契约，每个事物均各得其所，一些人虽然有极其崇高的义务在身，也不能依其意愿支配这条法则，而必须使其意愿服从这条法则”[38]。可见，伯克所说的社会契约不是在理性指导下订立的，人们订立契约成立国家不是为了天赋的自然权利，而是与生俱来的一种久远的、普遍的社会联系。在这种社会联系中，国家成为一个社会有机体，历史在这里沉淀，文明在这里积累，一旦违背或打破这种契约或联系，社会秩序就会受到严重威胁，甚至导致社会的破坏和解体。因此，人文系统的价值观不是通过某种先验的抽象的原则演绎出来的，它生成于历史之中，人类的价值观共识不可能在“无知之幕”的掩盖下约定而成，它是沉浸了悠久的历史智慧后所组成的关于自我与他者、个体与群体的共识[39]。为了减少犯错误的可能性，我们需要所有时代的智慧的依托。

历时态的社会契约论在法治的理论建构中将落实为尊重先例原则。这是与前人的法律智慧订立契约。先例是对当下的选择的制约因素。许多任性的决定的标志就是完全违背先例。当一个社会极度贬低先例，否认传统，搞“大革命”之时，往往就是人民的权利被大规模侵犯之时，是占有主导地位意识形态挟裹暴力横行之时。在这种环境下要求稳定性条件的法治秩序难以产生。

在历时态的社会契约观中，上文提到的对宪政原则构成挑战的宪法上的紧急状态权力的性质将发生变化。与过去相联系，传统的先例不能不对统治者的紧急状态权力的行使有潜在的限制；面对未来，紧急状态权力的运作也必须以将要设立一个新的“先例”的方式来运作，所以，它不可能是完全武断和任性的，它必须对开放的未来负责，接受未来的考验。从这个角度来讲，持一种尊重传统，对未来负责的观念的紧急状态权力的运作与法治中隐含的规则观念是相一致的。“例外”不构成对法治的挑战。

同样，制宪权问题也可以作相同的理解，它同时受制于传统与未来。施米特说不可能从天上掉下来一部宪法，这是对的，但是他把宪法都理解为成文宪法，这是错的。实在的成文宪法的制宪权并不能垄断不成文的宪法的制定，也不可能制定“宪法惯例”。正是因为制宪权在这一方面的“无能为力”，构成了对实在法立法权的有效制约。

## 五、余论

历史的脚步已经跨进了一个新的世纪。经过近百年的上下求索，新世纪的中国人因此可以憧憬一个美好的“法治”世纪的到来！然而，上个世纪的实践告诉我们，一种与革命的意识形态相配合的法律哲学与“法治”的要求是不相容的。这就要求我们反思对于自然法这一理论范式的认识 and 定位。从世界法制史的发展的潮起潮落来看，自然法理论善于“打破一个旧世界”。但是，法治的精神是秩序、稳定；是建立对于这个世界纷繁复杂的人事关系的合理的预期；是给予普通民众本已焦灼不安的心灵以避风的港湾！所有这些，是“破”字当头的自然法所不能给予的。我丝毫不否认在人类迄今为止的法律文明进程中，自然法理论发挥了巨大的作用，但是如果无视这一理论的缺陷，无视它对于法治基础的侵蚀，那么我们所孜孜以求的法治就有可能只是一厢情愿的空想。

这个已经逝去的世纪将留给我们太多的东西去回味。理想主义（或曰空想主义）给人类带来的福利和灾难都如此巨大，以致需要时间加以消化。在法学领域同样如此。法学的千年一问：良法何在？在20世纪竟然蜕变为法律意识形态的诸神之争，历史就是如此耐人寻味。我们如何能够走出这一怪圈？我相信对于自然法这一理论范式的批判性分析是有意义的一步。

（作者单位：中南财经政法大学法学院经济法系 邮编：430074）

---

· 中南财经政法大学法学院经济法系教师 民法专业 法学硕士 籍贯江苏，1974年出生。通讯地址：湖北省武汉市中南财经政法大学（南湖校区）法学院，民商法典研究所。430074

[1] 刘军宁：《从法治国到法治》，载于《公共论丛》第三辑：《经济民主与经济自由》，三联书店1997年版，第97页。

[2] 参见徐显明：《论“法治”的构成要件》，《法学研究》1996年第3期。

[3] 作为一种理论思潮的自然法学说形态各异，各种具体观点的差别巨大，因此难以作出总的概括评价。本文所着重批判的乃是自然法学说的“理论范式”，而不具体针对某一自然法学说的具体观点。

[4] 周永坤：《社会优位理念与法治国家》，《法学研究》1997年第1期，第109页以下。

[5] 参见钱钟书：《管锥篇》第2册，中华书局1986年6月第2版。“老子王弼注之四 - 目的论”之条。老子曰：“天何言哉？”，西方有谚语说：“正义女神既聋又哑”都是说的同一个道理。

[6] 刘小枫：《走向十字架上的真》，上海三联书店1994年版，第424 - 425页。

[7] 这一部分主要参考了1995年于意大利波伦那大学召开的第17届世界法哲学大会对卡尔·施米特的专题讨论论文。施米特作为自由主义宪政的批评者，其理论在西方学术界有相当大的影响。相关资料见大会论文集第六册《Challenge to law at the end of the 20th century》。以上资料由徐国栋教授提供，谨致谢意。施米特对宪政的批评也可参见埃尔斯特、斯莱格斯塔德编《宪政与民主》（潘勤、谢鹏程译），三联书店1997年版，第119 - 135页。

[8] 此处特别讨论宪法问题，主要原因在于，在通行的宪政理论中，宪法作为一切合法性的来源，作为判断普通法律合法性的“法律的法律”，已经在一定的程度上被赋予“自然法”的色彩，成为“自然法”的隐喻。参见[美]爱德华·S·考文：《美国宪法的“高级法”背景》（强世功译），三联书店1996年11月版。

[9] 在现代的政治哲学中，少数服从多数是一项基本的原则。但是如果继续深入考察这一原则的正当性根据，它实际上仍隐含着一种以力量对比来决定对错的意味。

[10] 我认为著名的“枪杆子里出政权”的论断就是对事实上的制宪权的一种很典型的理论解释。

[11] [法]西耶斯：《论特权 第三等级是什么？》（冯棠译），商务印书馆1990年3月版，第56 - 60页。

[12] 在这里我采用了关于法和国家起源的“暴力论”解释模型，而不采取在西方具有悠久学理渊源的“契约论”解释模型，乃是基于近代以来民族国家对于暴力的诉求这一事实。而且，这也与恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一书中所阐明的观点相一致。下文还将对社会契约论进行分析。

[13] Cfr. Renato Cristi, Karl · Schmitt on Sovereignty and Constituent Power, 《Challenge to law at the end of the 20th century》 pp.94 - 103.

[14] Ibid, p.98. 正是在这一意义上，卡尔·施米特将统治者定义为“规定何者为紧急状态的人”

[15] 希特勒就是利用了魏玛宪法第48条的联邦总统的紧急状态权力，于1933年3月24日公布《克服国民及德国危险之法律》而取得独裁的地位。

[16] Cfr. Heiner Bielefeldt, Liberalism after fall, 《Challenge to law at the end of the 20th century》, pp.83 - 88.

[17] 林毓生：《政治秩序与多元社会》，台湾联经出版事业公司1989年版，第3页以下。

[18] 法律之中宗教因素的淡化也是由于这一原因。这又使法律本身产生了“信仰危机”。参见[美]伯尔曼：《法律与宗教》（梁治平译），三联书店1990年版，译者序。

[19] [英]哈特：《法律的概念》（张文显等译），中国大百科全书出版社1996年版，第181页以下。

[20] 近代以来“市民社会”的诸种离心化现象，是一典型的“现代性”问题。参见刘小枫：《现代性社会理论绪论》，上海三联书店1998年1月版。

[21] 参见刘军宁前引文第92页。

[22][德]康德：《法的形而上学原理》（沈叔平译）商务印书馆1991年版，第146 - 153页。

[23] 参见刘军宁前引文第94页。这是批判实证法学派的学者常用的证据。

[24] 参见康德前引书第14 - 22页。

[25] Cfr. Atiyah, 《The Rise and Fall of the Freedom of Contract》, Oxford University Press 1979, pp.39 - 60.

[26] 这样的例子随处可得，如堕胎、同性恋、安乐死、死刑的存废、克隆人等等。

[27] 沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第183页。

[28] 这一点往往通过宪法规定下来。其典型表达是：“国民不分年龄、性别、民族、宗教信仰一律平等”。

[29] 对于法国大革命之中“为了抽象理论而砍掉具体人头”的悲剧的深刻批判和学理上的检讨，可参见朱学勤：《道德理想国的覆灭》，上海三联书店1994年版。

[30] 这两句著名的短语分别由哲学家尼采和社会学家韦伯提出。它们表达了同样深刻的思想内涵。它们的区别在于前者是以诗的语言表达，后者是以学术的语言表达。

[31] 林毓生：《中国传统的创造性转化》，三联书店1988年版，第77 - 81页。

[32] 对法治建设中程序的强调近来为学者所重视。参见刘作翔：《法治社会中的权力和权利定位》，《法学研究》1996年第4期，第76页以下；吴德星：《法治的理论形态与实现过程》，《法学研究》1996年第5期，第98页以下。

[33] 参见季卫东：《程序比较论》，《比较法研究》1993年第1期。

[34] 参见[美]施瓦茨：《美国法律史》（王军等译），中国政法大学出版社1987年版，第51 - 52页。

[35] 关于法国大革命的实践，参见朱学勤前引书第213页以下；另参见高毅：《法兰西风格 大革命的政治文化》，浙江人民出版社1991年9月版，第52 - 55页。

[36] [英]梅因：《古代法》（沈景一译），商务印书馆1959年版，第43 - 44页。

[37] 梁治平：《法辨》，贵州人民出版社1992年版，第58页。

[38] [英]伯克：《法国革命论》（何兆武等译），商务印书馆1998年版，第129页以下。

[39] 钱乘旦、陈晓律：《在传统与变革之间》，浙江人民出版社1991年版，第183页以下。

---