

本身不具備價值，那麼就要從「人的最高利益」出發看其保障的程度或達到的效益。在討論了「自由的價值」這一命題後，作者接着便將它落實到「抽象的平等原則」如何具體化。儘管社會有着不可迴避的遏制個人選擇機會的平等難題，平等作為自由主義的傳統以及人文關懷，確實不可或缺，也不可低估。這也是錢先生反對將自由與平等簡單孤立起來做「擇一而處」的根本緣故。

應該看到，除卻上面有針對性的敘述外，錢著中關於思想史的諸多分析看似與大陸學界的問題無關，但透過現象都能看到我們的學術影子。在這個意義上，我願意向學界推薦這本人文關懷和學理細密的論著。在學術咒語層出不窮、驕

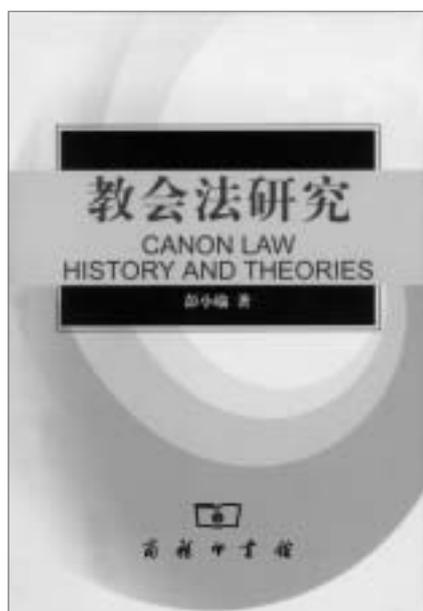
囂之風日熾的今天，也許《縱慾與虛無之上》不故作高深的意義尋求，已經向我們提供了一種直觀的學術規範。這個學術規範的意義就在於：我們人文或者說公共知識份子為甚麼要從事學術？從事甚麼樣的學術？怎樣從事學術？

最後，必須說明的是，儘管我欣賞作者的「通」以及找到了自我透視現代性的獨特視角，但這並不意味着我完全同意其觀點。正如作者預感到的那樣，我對其倚重羅爾斯而疏遠哈耶克的自由主義傾向就多少有點不理解。我想，像錢先生那樣具有「平等的關懷與尊重」情結的知識份子如果多來大陸，會不會有新的倚重？或者說，透視視角會不會有所轉換呢？

在自由主義的理念裏，自由與平等是兩個重要的思想砝碼，對何者優先的不同倚重會導引出哈耶克與羅爾斯的分野。世紀末開始的自由主義和新左派的論爭，其焦點在哲學理念上則是自由與平等的砝碼之間的錙銖必較。這種學術界的緊張波及社會各個角落——要公平還是要效率，一時間，大陸的語境彷彿置換到了西方。

教會法與法律實證主義間的張力

● 秋 風



彭小瑜：《教會法研究》（北京：商務印書館，2003）。

任何社會性治理——即對於人的治理——都離不開法律，宗教團體也不例外。不過，大多數宗教中的規範體系一直停留在發育初期，通常是有規則（戒律），而無司法化的執行機制，因而未能成為嚴密的法律體系。唯一的例外是基督教，在教會分裂之後，則是羅馬天主教。它形成了一套完整的教會

教會法是歐洲兩大世俗法律體系——歐洲大陸的民法和英國普通法的重要淵源。近代以來，國人汲汲於移植西方的法律，但很少有人潛心探究西方法律何以如此發展。在不明瞭西方法律基本架構及其淵源的情況下，浮光掠影地引進一些孤立的概念，自以為近於法治佳境，實則既無理論依據，又與中國現實相差十萬八千里。

法體系，包括繁複完整的法律規則，完整而統一的司法機構，深入細緻的法理研究傳統。「教會法 (ius canonici/canon law) 是中世紀西歐羅馬法和英國普通法之外的另一主要的法律體系。在十六世紀宗教改革之前，教會法是通行全西歐教會的法律；在此之後，羅馬天主教會依然保留源遠流長的教會法傳統，並加以改革和發展。」(《教會法研究》，頁11，以下只引頁碼)

事實上，儘管基督教國家幾乎從來沒有建立過政教合一的政體，但教會法也是歐洲兩大世俗法律體系——歐洲大陸的民法和英國普通法的重要淵源：「西歐大陸法傳統不僅包含羅馬法因素，也受到基督教和教會法直接和間接的影響。……綜觀西方法制史，在憲法、刑法、民法和程序法等世俗法的各個領域，教會法的精神和條文都滲透其中。」(頁40)

近代以來，國人汲汲於移植西方的法律，但又普遍地熱衷於抄近路，很少有人潛心探究西方法律何以如此發展。因而，在不明瞭西方法律基本架構及其淵源的情況下，浮光掠影地引進一些孤立的概念，照搬歐洲大陸的現成法典，自以為近於法治佳境，實則既無理論依據，又與中國現實相差十萬八千里，究竟屬於邯鄲學步。歐洲大陸法傳統的背後淵源被忽略，教會法被視同無物。彭小瑜的這本書，屬國內拓荒之作，學者終於開始觸及到教會法這一偉大的自發秩序的法律傳統了；而且，其視角和見解均極其可喜，具有一般法律和歷史研究專家中罕見的明智和清醒。

在法律之上

就現實來說，研究教會法之所以重要，是因為教會法顯現了一種健全的法律觀念：「歷代的教會法學家重視信仰和道德觀念對法律的控制和指導作用，強調法律和情理之間的張力，努力消弭法律實證主義的弊病。教會法的這些原則至今對西方各國的法律體制仍然具有積極的意義。」(頁115-16)當然，不獨是對西方法律制度而言。

在那些偉大的教會法學家看來，法律之治不僅僅是由一些具有立法權的機構制訂一些條文，並由司法機構來機械地援用這些條文。相反，法律必須追求某種根本的正當價值，必須以這種價值約束法律和執法過程。「教會法對法外價值的重視，可以看成是它的核心價值，是它對現代法學的最重要的貢獻之一。」(頁5)歸根到底，法律的效力正是源於這些被人們普遍認同的價值，而不是來自暴力的強制。

在教會法中，這種價值就是基督教之「愛」：「由於教會法的宗教性質，基督教之『愛』(caritas/charity)這一抽象和普遍的核心價值觀被置放於該法律體系的頂端，被認為是凌駕於具體法律條文之上的指導原則。」(頁5-6)「教會法以『愛』作為控制原則的特點，使它明顯地有別於歷史上的許多世俗法體系，使它高度警覺和嚴厲批評拘泥條文的法律實證主義。」(頁6)

嚴格地遵守和拘泥條文可謂「正義」，律法的剛性則要仁慈來調和，「正義和仁慈之間的張力只有在愛裏得到化解」(頁65)。正義與

仁慈統合於愛。在教會法所涉及各個實體部分，比如處理異端、猶太人和異教徒的問題上，都涉及到平衡正義與仁慈的問題，作者對此有詳盡的論述。

事實上，不獨教會法如此，對於一般法律來說，法律的根本價值仍然是至關重要的。「教會和國家的法律，不管是習慣法還是成文法，如果違背自然法就應該摒棄。」(頁93)在教會法學家那裏，自然法就是神意和《聖經》的教義。在世俗法中，則是理性、自然正義，或者中國人所說的天理良心。

在英國偉大的普通法大法官柯克(Edward Coke)那裏，普通法法官據此可以對國會的法令進行審查，他在著名的邦漢姆醫生案(Dr. Bonham's case [1610])的裁決理由中寫了下面一句里程碑式的話：「如果一部國會法案有悖普通的正當性和理性，或令人反感，或不可能實施，則普通法應可審查它，並裁決這樣的法案無效。」法律之上的正義、天理良心，是對法律的一種約束，從而保證法律乃在於維護個人自由，而非限制或剝奪個人的自由。

當立法者、司法者和法學家忘記了法律後面的根本價值的時候，則「在湮沒理性的沙丘上長出的是法律實證主義的惡毒之花」(頁55)。法學家誤將一切由主權者頒布的條文均視為至高無上的命令，並蠻橫地要求法官機械地援用這些條文，人民盲目地遵守這些條文。

不過，作者似乎將法律實證主義僅僅理解為拘泥條文，當作者說教會法學家一向反對法律實證主義

的時候，所指的一般都是教會法學家反對機械地援用律法。比如，「有時候教會法規的實施導致弱者和惡人沮喪絕望，從而陷入更深的精神危機，一位稱職的主教面臨這種局勢，會選擇依照上天的法律行事，不去按照字面意思執行人法的條文。」(頁106)所以，「不僅周密的法律程序有其必要，而且在某些場合寬饒罪犯也不可避免，證據不足而強行定罪處罰只會導致更嚴重的非正義。」(頁334)這種謙卑從另一個角度對「疑罪從無」這現代基本法治原則給予了論證。然而，將法律實證主義理解為拘泥條文，似乎遠未揭示出法律實證主義的根本特徵及其危險性。

立法的壟斷對 自發的法律秩序

法律實證主義的首要特徵是國家壟斷立法，任何除此之外的個人或機構，比如法官、法學家、民間組織，不得以任何方式立法，法律就是主權者的命令。在以唯理主義哲學為基礎的國家壟斷立法框架下，生產出來的是自以為達到理性之完美狀態的法典。在這兩者基礎上，則邏輯地形成第三個特徵：法官只能機械地援用法律條文，因而只不過是法律工程師而已。至於法學家，他們當然更沒有立法之權，也不過是法學工程師而已。

近代實證主義的法律是隨着近代民族國家的形成而出現的，它從一開始就自覺地限制教會法的適用範圍，因為近代民族國家不承認非

法律之治不僅僅是由一些具有立法權的機構制訂一些條文，並由司法機構來機械地援用這些條文。相反，法律必須追求某種根本的正當價值。在教會法中，這種價值就是基督教之「愛」。「教會法以『愛』作為控制原則的特點，使它明顯地有別於歷史上的許多世俗法體系，使它高度警覺和嚴厲批評拘泥條文的法律實證主義。」

在國家壟斷立法的所謂法治國家中，人僅僅是國家治理對象意義上的公民。國家頒布的法典成為唯一的規範。法官也只能援用國家的法典，而不得再利用超越性的價值來折衷、審查法典。因而，一旦某個瘋狂的立法者控制了立法權，則人民將沒有任何避難所。哈耶克尖銳地指出，法律實證主義甚至為實現「一種無限的專制政制」提供了可能性。

經它自己宣告的法律對其臣民具有約束力。一位美國作者說：「歐洲大陸對舊法統的廢除，是按照一種理想中的世界模式——由無宗教影響的、實證主義的民族國家進行的。羅馬天主教的自然法、教會法如同其他源於外國的法學理論或法規和制度一樣，都不能再作為法律在國家內部發生效力。」(梅利曼[John Henry Merryman]著，顧培東等譯：《大陸法系》[北京：法律出版社，2004]，頁21-22)

在國家壟斷立法的所謂法治國家中，人成為單向度的存在：人僅僅是國家治理對象意義上的公民，而不再是一個人。國家頒布的法典，成為唯一獲得國家承認的規範。法官也只能援用國家的法典，而不得再利用超越性的價值來折衷、審查法典。這實際上使得現代社會的治理更為單一，因而，一旦某個瘋狂的立法者控制了立法權，則人民將沒有任何避難所。哈耶克(Friedrich A. Hayek)在評論凱爾森(Hans Kelsen)等人鼓吹的現代法律實證主義思想時尖銳地指出，法律實證主義甚至為實現「一種無限的專制政制」提供了可能性(哈耶克著，鄧正來譯：《自由秩序原理》，上冊[北京：三聯書店，1997]，頁301)。

有趣的是，教會法本身，也在法律實證主義與自發的法律秩序之間掙扎。當然，這裏所說的教會法實證主義，所指的乃是教會法立法權的壟斷和法典化。教會法的立法集權化和法典化，與民族國家的立法壟斷和法典化，幾乎是同步的。

早期的教會法，基本上屬於一

種自發秩序的法律體系。各地方教會的宗教會議各自頒布教會法令，也就是說，是一種零散的、自發的立法、司法體系。到十二世紀，這些零散的法令被私人學者或教廷彙編，逐漸獲得其他地方教會的承認，或經過教皇認可而在整個西歐具備適用性。到了十二和十三世紀，隨着羅馬教皇地位的提高，教皇針對具體問題頒布的教令，成為教會法中「最具活力的部分」(頁29)。與此同時，教會法學家也開始利用經院神學的方法論，並在一定程度上參考正在復興的羅馬法，研究、註釋、評註宗教會議頒布的法規和教皇教令，從而形成了教會法學，這些法學家的解釋也具有一定的法律效力。

十四世紀中葉以來，由於面臨嚴峻的政治和社會危機，尤其是面對十六世紀以來方興未艾的宗教改革運動的發展，出於恐懼的本能，羅馬教廷的中央集權管理得到高度強化，強調對權威和律法的服從，庇護四世(Pius IV)即嚴令：「任何人都不得發表關於這些法令的評論、註釋、教本或任何其他形式的解釋，也不得以個人的名義發表涉及這些法令的意見。」(頁111)而在世俗歷史上，以一部借皇帝名義頒布的法典化的《國法大全》終結了自發秩序的古典羅馬法時代的優士丁尼(Justinian)，也曾經禁止任何人對他的法典發表評註；同樣，以一部《民法典》結束了法國的法律多元狀態的拿破崙，也不希望人們發表對他的法典的評註。

這樣，教會法的立法權、解釋權逐漸被教皇壟斷，於是，跟優士

丁尼以後帝國時代的羅馬法一樣，「教會法逐漸失去了科學理性的開拓精神」(頁52)。只是到了1983年的《教會法典》，教會法才似乎又回到了其傳統的正道，「將世俗法的影響清除出教會法，重新建立教會法與神學的密切關係」，「時時注意凸現基督之愛對律法的指導和控制作用」(頁113)。這似乎也暗合於人權等等根本價值在某些情況下超越於民族國家立法的當代趨勢。

作為近代民族國家法律制度背後的支撐性觀念和法學中的主流意識形態，法律實證主義對於自由是危險的，從知識上說，它屬於哈耶

克所說的理性的自負或知識的僭妄。教會法學家格蘭西(Gratian)的觀點，對於那些誤以為自己可以為萬民立法——一次性地制訂永遠正確、包羅萬象的法典、並要求法官只能機械地援用之而不許自行解釋——的唯理主義心態是一劑醒酒藥：「人的裁判不可能是完美無缺的，必有瑕疵，必有漏洞，必有錯誤。」(頁334)唯有保持這種謙卑的心態，人們才有可能建立一套健全的司法體系，在動態的司法過程中發現活的法律；而「對人世間法律體系盲目樂觀的態度反映了人們的傲慢和愚蠢」(頁423)。

從知識上說，法律實證主義屬於哈耶克所說的理性的自負或知識的僭妄。教會法學家格蘭西認為：「人的裁判不可能是完美無缺的，必有瑕疵，必有漏洞，必有錯誤。」唯有保持這種謙卑的心態，人們才有可能建立一套健全的司法體系。

內向轉型的完成與近代契機的失落

● 吳 鈞



劉子健著，趙冬梅譯：《中國轉向內在——兩宋之際的文化內向》(南京：江蘇人民出版社，2002)。

1840年是被史家定義為中國近代史肇始的一年，然而直至1860年之後洋務運動興起，中國近代化才蹣跚起步，坐失了二十年良機，其後的近代進程也是一波三折，令人扼腕。所謂冰凍三尺，非一日之寒，晚清近代化之命運，可以從更早的歷史淵源找尋其因由。蔣廷黻