

推荐稿件

- 不平衡发展与中国新型城乡二元...
- 中国共产党与民主党派合作的历...
- 马克思“改变世界”理想的公共...
- 我党提出“三个执政”的历史背...
- 在多元哲学景象中寻求确定性立场
- 提升信息化：推动经济结构调整...
- 毛泽东关于抗日根据地发展经济...
- 与时俱进的理论创新——以马克...

相关稿件

- 论“中国特色社会主义理论体系”
- 1976-1978年中国引进...
- 对经典作家关于小农制历史地位...
- 《江泽民文选》的社会和谐思想...
- 论社会的网络结构
- 把中国特色社会主义理论体系的...
- 改革开放以来我国高等学校党的...
- 论以人为本与以物为本的同一性
- 浅论“资本生产力”--兼评一...
- 论后现代法学对现代法治理论的...

理论探索

论后现代法学对现代法治理论的

管伟

现代意义上的法治是一种伴随着启蒙运动后出现于西方的社会组时代。基于理性主义的立场，现代法学家们就如何构建理想的法治模学家们由于学术观点分歧而争论不休，但构建理想法治的追求却始终发达国家的后现代法学思潮，却对现代法学家们所信仰的法治秩序作法治理念提出质疑并进而转向批判和解构，拷问现代普适主义的法治困境的当代社会，解读后现代法学的理论内涵，了解其对于现代法治们从另外一个侧面审视现代法治所面临的困境所在，从而以一种全新的良途。

后现代法学作为后现代主义的一个分支领域，是后现代主义的哲果。但是，对于后现代法学与现代法学的分界，却仍然是个见仁见智先从廓清“后现代”这一概念开始。

对于“后现代”的界定，我们不能从现代主义的立场，想当然地而视其为“现代”之后的一个时代，而首先应从后现代学者那儿寻找者们作出的回答是否定性的。利奥塔认为：所谓“后现代”不是在“说后现代总是隐含在现代里，因为现代性，现代的暂时性，自身包含状态的冲动。……现代性在本质上是不断地充满它的后现代性的。”那里得到了更为明确的阐述，“借用康德的说法，我想是否可以把握历史时期。所谓态度，我想说的是对于现实的某种关系的模式。这种出的选择。同时，所谓现代性也可以当做是思考和感觉的一种方式，示某种从属关系，并作为一种任务表现出来。所以，也很像希腊人所现代时期同前现代或后现代时期区分开来，不如更好地探索现代性的宏观世界同反现代性的态度发生争执以后的那种特殊态度。”[2]（P谓并非意味着它是来自于现代之后的一个新的时代，而更多的是存在“如果说后现代主义这一词汇在不同使用方面有共同之处的话，那就共同的教条一即一种认为人类可以而且必须超越现代的情绪。”[3]义，惟一可以明确的只是它同现代性的关系。正如高宣扬在其《后现代性中孕育出来，并有条件地肯定和发展现代性的后果，另一方面又现代主义一方面与现代性对立，另一方面又渗透到现代性内部去解构造力量并与之进行无止境的来回循环的游戏运动，以达到超越现代性此，将后现代理解作为一种对于现代的态度，一种反现代的思维方式，论。因为在他们的研究当中，存在着一种共同的思维方式，一种对于

同时，在法学或法理学研究领域，对于一种理论或学说是否归于是有争议，观点各异。[4]（P504-506）笔者认为，界定后现代法学的理正如朱苏力所认为的，“不能把一切与传统法学研究或诠释法学不一学与现代法学的着眼点应在于其法学研究过程中的理论基础，及其对思潮的出现，是后现代主义的哲学理念和方法进入法学和法理学领域的批判与彻底决裂的态度，是否站在后现代的立场和思维方式上去反论基石，才是界定后现代法学的标准所在。

从启蒙时代以来的现代主流法学研究的历史来看，支撑现代法学研究的方向是对自启蒙时代以来所确立的法治原则进行正当化或合法决、权力和权利、暴力强制和个人自由寻求合法性和正当性基础和本思维方式的指导下，建立在理性主义、科学主义认识论、方法论基础潮和学术流派，几百年来研究的主线主要有两个，一是论证现代社会是探讨以什么样的方法才能更好地实现法治的理想，并由此出发引出和科学为中心的“现代性”意旨，正是后现代学者努力要解构的对象士多德一脉相承下来的以理性、科学为中心的现代性内涵，只不过是正是这种作为“宏大叙事”的现代性。[1]（P167）因此，在后现代法建起来的现代法治理论是无法经得起实践推敲的，他们以少数边缘群角度去阐发后现代法学的理念，批判现代法治理念的荒谬性，如站在族立场上的种族批判法学以及其他遭受社会不公正待遇的少数边缘群一样，就是承续了后现代哲学的理论观点，对现代法学所论证的法治有的法治理论加以否定，也正是在这一过程中，自启蒙运动以来的传序重新被质疑、被批判和被解构，几百年来现代主流法学家们建立在

二

古希腊哲学家亚里士多德曾经给法治下了一个经典的定义，他认为获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法答案就在于法治状态下的法律必然是良法，或可以说只有良法才能支撑下的法律必定是良法的追问，他的回答是，法治状态下的“法律恰体现。”[6]（P169）在亚氏的论证模式中，正是理性的存在，使法律性，也就是康德所言的，法律的合法性存在于对理性、真理和正义的意义的。[7]因此，正是立足于理性，现代主流法学家研究的视域也是它的外在表现形式。他们认为，作为理性化身的法律，在价值上，必现中立性、统一性、普适性等外在特征以为法治统治提供形式上的合有的、不依赖于道德的合理性。“法律型统治”的合法性是“建立在上。法律型统治获得其合理性质的条件之一，是对于法规秩序和负有或奇魅能力的信念具有不同的性质，为以法律形式行使的统治创造合理性。”[8]（P577-588）

对于现代法学视为“最高的法官，应当指导所有事物”（洛克语它自认为的那样具有至上的权威性，它只是依靠其自我正当化的形式并借此以实现对一切非正统文化的排斥和压制。利奥塔认为，“理性预知或辩证法来装扮前者，但你将仍有另一道未触动的菜端上来：监测通过考察西方人长达数百年对待疯病和疯人的历史变迁中得出结论胜利而告终，理性不仅征服了非理性，而且利用自己的权威掩盖了这就是这样，理性天生就是统治者，也就是说，理性是历史地与权力联为，西方理性必定导致使世界的知识与控制趋于极权化，因此这种理决政治问题的一种手段。“在这种理性的控制下，存在趋于被完全封并不是可靠的，而视理性为法律具有天然合法性的保障更是将其无限性的态度，实际上也就是对于现代法律自身合法性地位的“去神秘化础的法治理论的描述显然成为了一系列的伪命题，后现代法学对于现

一方面，针对现代法学视法律自身应体现永恒、普适的正义的价脚的。从理论上讲，后现代社会不是具有整体性和一致性的社会，而己的主张，都有自己的关于什么是公平、正义的观念，不在存在永恒种方式存在的正义，而法律作为一种抽象的规则恰恰缺乏特殊性的品义和法律具有根本性的区别，正义游离于实在的法律（positive law或者作为法律的正义之可以解构的结构，同时保证了解构的可能性。的正义本身，它就是不可解构的。如果真的存在着这样的解构，它也利奥塔的“微观正义”的说法也表达了同样的意蕴。他认为每种生活“正义”。正义是地方性的，没有一种统治的和超越的正义原则适用实践的角度，后现代法学更是强调了法律等同于正义理论的实践性缺等弱势群体的角度出发，强调现实社会中的法律正义是无法包含少数数民族的立场上，批判种族主义法学认为少数民族正在现代永恒普适淹没。而激进女权主义法学则认为：“法是按照男人看待和对待女人治社会不可分割的一部分，法使性别和种族的等级制度永久合法化。知更多的是应强调多元主义和视角主义，特别是呼吁法律的多元化和

另一方面，法治统治自身的合法性的保障是否也就是源于法律形答案同样是否定的。他们认为，现代主义法学对于法律形式上的描述律的普遍性这类公关性话语赋予零散的社会和政治事件以合法性，它语，自己却不会受到多元化和偶然性的干扰。其使命就是讲述一个关观历史叙事。”[7]法律只不过是一种地方性的知识，这种地方性不“而且指情调而言一事情发生经过自有地方特性并与当地人对于事物之识，法律规则自身又怎么可能为普遍性所统一呢。而社会的现实也充性、统一性的虚幻性。“制定法、委托立法、行政立法及裁决、司法构的多种形式，争议避免及解决方法的多种形式，无论如何不可能被律语言游戏不断扩散，不可能被视为公共的善、一般意志、主权者愿的条件注定消除了法律统一性和多元性之间妥协的可能性。”因此，主张法律的形式理性还是实质理性，都是无法证实的虚幻。法律不是感情的表现。

三

由上述而知，站在理性主义的立场上，现代法学家们在肯定法律否发现和如何去发现法律所释放出来的理性世界，以及如何使其准确治理论的主要内容就是如何使立法者自身发现法律的程序以及法律实的思想家通过社会契约论、人民主权论以及分权与制衡的制度设计使当性得以确立，在此基础上，由职业的、不受任何社会和政治因素干其适用于现实社会，并通过严格的法律推理和符合法律初始含义的法大限度地满足人们自由与秩序的价值需要，并为人们的行为提供可以

但是，现代法学对于法治实现的理想图景的描述，在后现代学者

的命题基础上的，这就是现代法学所津津乐道的法律主体的问题。现代法学人为构造了法律主体这个概念。现代法学宣称法律主体是自治力也正是来源于作为社会主体的个人，人们通过理性、自治选举的立创造法律，以确保法律不代表某一阶层或集团的利益，而是全民意志的严格依法裁判，使裁判结果完全体现法律的原意，从而标志着主体并不存在，它是被所谓的理性塑造出来的。理性本身并不存在，理性所处的社会现实环境，人的主体性是社会造成的，是由社会话语构成体”不过是特定社会中的主流话语，是为了自己的利益，以法律的名中法律的主体不是“我们”或者“人民”，而是政治权力或者说是法不过是不同利益集团角斗的结果，是以法律名义掩盖的政治而已，那使法律表达自己的意志和需要的。正如施拉格所认为的：“承认和指我们的法律制度实践中某种错误的问题，纠正这个问题的第一步是承断被重复生产的虚假的审美概念。”[7]因此，正是通过法律主体这

是，这种立足于虚构中的自治和法律主体论却只是依靠其自我正当化控制，并借此实现对非主流群体的排斥和压制的。正如利奥塔所指出式使一种完全不同的语言游戏有了特权，即康德称这为‘命令’而当戏”。重要的是，不仅要让那些属于真理范畴的指示性陈述合法化，合法化。从这个角度看，实证知识的作用只是让实践主体了解执行规可以做的事情，但它不管应执行——人们应该做的事情。一个行动是否回事。”[12]（P399-400）

同时，现代法治的实践理论能否满足人们自由与秩序的价值需要呢？后现代法学认为，现代主义强调法治能够满足民众对于自由特别强调法律的确定性来佐证法律实现的确定性同样存在着前提的错误。可能完全适用于具体的情况，且不可能估计社会中发生的所有情形，是‘不相融贯’的。”因此，后现代法学“认为法律中不存在确定的真理主张之可能性都提出了质疑。”[13]（P185）另一方面，后现在一种科学严谨的法律解释和推理方式，用德里达的话来说，“解释理，而只是游戏本身。”[8]（P203）他们认为，现代主流法学虽然承强调的法官解释法律文本的根据只能是立法者的意图，即“解释者的辑’、作者的态度、作者的文化素养，总之，重现作者的整个世界”们很难想像几百年前的立法者能够为后世设计详尽的规则，而法官所解释法律的过程中会不掺杂他的情感因素进去。因此，任何想完全重本的意义完全要由读者来加以创造，而与作者毫不相干，文本的意义（P197）。同一文本在不同的读者那里会产生不同的意义，谁都没有本的作者在内。因此，现代法学强调的通过对“法律隐蔽意义”的寻成功的。由此，后现代主义者断定，法官的法律推理普遍地具有不确身，而是如何最有效地实现法律规范的目标，不是先有推理而后有判能在面对一个案件的时候，先有了决定，然后再为该决定提供一个理

后现代的法律解释观表明，在法律的适用过程中，价值判断、公会的影响等因素以及法官个人的“成见”都会左右法官的最终判断，导，其结果也因法官的不同而不同。因此，法律自身不但是难以捉摸确定性，当然，法治实践也无法为人们提供一种确定性、可预测性的

简单的结语

综上所述，兴起于20世纪下半叶的后现代法学思潮对于现代法学反本质主义，认为法律的普遍性是虚拟的“宏观话语”，反对普适主性，批判和解构现代法治的正当性。不可否认，后现代法学思潮的出一系列问题而带来的对西方法律传统信仰危机的结果。现代法治所面“后现代困境就是危机——我们的真理、价值以及各种尊崇的信念的危