

# 北京市法學會中國法律文化研究會

法律與文化網

[首 頁](#) [關於我們](#) [學會活動](#) [會員關注](#) [學界動態](#) [民族法文化](#) [法史春秋](#) [名作佳文](#) [書評縱橫](#) [法文化辭典](#)

[首 頁](#) >> [名作佳文](#) >> [佳作一覽](#)

## 認真對待英美法

2011-11-23 访问量: 访问量: 340

高鴻均

历史上,不同国家和民族为了生活有序,治理有方,曾经尝试过各种治道。其中有诉诸敬畏与超越的神治,追求和谐与崇高的德治,满足激情与归属的人治,达成庄严与一致的法治。各种治道均生发于世情和人心,彼此既无高下之别,又无优劣之分。然而自现代以还,知识科学化和思维理性化解构了神灵的魔力,关系陌生化和价值多元化颠覆了道德的威力,精神自由化和行动自主化否了人主的魅力。鉴于神治失据,德治失灵,人治失信,各国逐渐选择了法治之路。不是法治选择了现代社会,而是现代社会选择了法治;各国选择法治,不在于它是完美之治,而在于它持之有据、行之有效和践之有信。法治并非万能,但在现代社会,舍法治而长治久安者,迄今并无先例。与其他社会相比,西方的法治更源远流长;与欧陆相比,英美法治显得别具一格,颇有生机。

在英美的法治中,法上无权威,法外无特权。国王在万人之上,却在法律之下;主权为万权之首,却在人权之后;善政为万政之尊,却在宪政之内。英美政治哲学认为,人非天使,需要政府治理;治无完人,需要制衡体制。于是,英美从性恶论和“坏人视角”出发,重在以有效制度,防范国王为非,总统作歹,官吏滥权。

英美法理认为,善德不转为法律,不过是慈善广告,正义不化作权利,则成政治口号;权利没有救济,等于空头支票。在英美,道德之争常常寓于法律论题,正义之理常常化为权利话语,政治问题法律化,法律问题司法化,司法问题程序化。于是,政治服从法律,司法型塑立法,程序优于实体,救济先于权利。在英美,司法具有独立性,法院是法律帝国的首都,法官是法律帝国的王侯;法律程序仪式化,法庭似剧场,诉讼如戏剧。实践表明,司法程序化有助于化解纠纷,法律司法化有助于缓和冲突,政治法律化有助于防止动荡。

在英美法中,法律的生命不在于逻辑,而在于经验;法律的体系不在于系统,而在于实用;法律的运用不在于教义,而在于技艺;法律的功效不在于书本,而在于行动。然而,英美法并非无理性,而是呈现为经验理性、实用理性、技艺理性和行动理性。经验理性要求遵循先例,同案同判;实用理性要求摒弃教条,避免空想;技艺理性要求独具匠心,精雕细刻;行动理性要求敢于探索,善于创新。于是,英美法从历史之维建构现实,从效用之维保持活力,从技艺之维寻求个案公正,从行动之维产生变革力量。

与欧陆法相比,英美法更重视个人。在美国,19世纪所奉行的是功利型个人主义,经济领域突出的是自由市场中的个人博弈,以求利益最大化;政治领域强调的是对政府的控权与限权,以求小政府、

大社会的个人自治;道德领域彰显的是自我控制和纪律约束,以求沉湎工作,抑制欲望,克制癖好,成功发达。当代流行的是表现型个人主义,重在自我表现而不是自我控制,追求偏好的生活方式而不是经济领域的成功。生活的意义在于“自己成为自己”,生命的价值在于“自己创造自己”。由此,权利变得更加主观化、个性化和外在化,法律变得更加宽容、宽松,开明和开放。

在英美法中,自由是核心话语:消极自由与积极自由、信仰自由与表达自由、结社自由与游行自由,一句话,“不自由,毋宁死”。在当代美国,自由意味着选择权利。人们有权选择姓名、食品、服装以及发式,有权选择朋友、爱人以及子女,有权选择爱好、情趣以及信仰,有权选择就业、失业以及流浪,有权选择自己的性偏好和性伙伴,乃至有权选择自己继续生存还是结束生命。国家已经成为了“选择的共和国”,而社会如同任由顾客选择的超市。

西方的法治大体经历了立法主导、行政主导和司法主导三个阶段,与之相应的理性范式则是形式理性、实质理性和程序理性。形式理性同中无异,同等情况同等对待;实质理性同中有异,不同情况不同对待;程序理性同异兼顾,同等情况同等对待,不同情况不同对待。前两个阶段的引领者是德国法与法国法,后一个阶段的引领者是美国法。英国法的广泛传播,得力于英国的殖民主义扩展,美国法的全球化,也得益于美国在世界体系中的霸主地位。但是,如果英美法如同某些初民社会的氏族法,既无现代适应性,又无超越情境的实用性,则很难想象会产生世界性影响。在同欧陆法的竞争中,英美的宪政、商法、司法体制和诉讼程序显示出明显的优势。

值得注意的是,法律全球化虽然不等于全球法律美国化,但美国法全球化确实成为了法律全球化的主旋律,美国法压倒了英国法的影响力,猎食了苏联东欧等转型国家的法律改革,侵夺了大陆法系的许多领地,并影响了欧盟及其成员国法律的发展。所有这一切都改变着世界法律体系的格局。

英国和美国分别从蕞尔岛国和弹丸殖民地变成世界强国,并相继成为世界体系的霸主,除了其他原因,是否得益于其法律和法治?这确实值得我们深思。当然,英美法也有某些弱点和劣迹,仅就美国法而言,就有黄狗契约、黑人法典、禁酒宪令以及绝育恶法。凡此种种,自然应该予以批判和摒弃。

一百多年来,中国一直探索现代法治之路。近三十年来,中国法治和法学都取得了长足进展。但总结“中国经验”或推广“中国模式”,为时过早。恕我直言,时至今日,中国既没有自己的法治,也没有自己的法学,因为它们都方兴未艾,远未成形。中国真正形成自己的法治和法学,至少需要三重重构:一是对中国的法律传统进行重构,二是对中国的法律现实进行重构,三是对西方法律理念和制度进行重构。这种重构是指在深度反思、具体辨析和整体把握的基础上,对古今中外的法律义理、法律制度和法律文化进行筛选、加工、升华和整合,从而形成中国的法治模式和法学范式。这种法治和法学应既具有中国传统的血脉根基,又具有现代的精神气质;既能体现中国独特的法律智慧,又能包容人类普世的法律价值;既能切合中国社会的发展需要,又能为人类法律文明和世界和平做出重要的贡献。这是一个漫长而艰辛的过程,认真对待英美法的义理和制度,合理借鉴其成败得失,便是这一过程的应有之义。

夜幕降临,密涅瓦的猫头鹰正要起飞;东方欲亮,太白岭的雄鸡开始报晓。

文章原载于《清华法学》2010年第6期

(编辑:张洁)