

從懲罰到權利的法律正義

• 徐 賁

自從正義問題逐漸引起中國學界關心以來，人們的注意點慢慢從分配正義擴展到法律正義。先是有希臘悲劇《安蒂戈涅》(Antigone)引發的關於「王法」和「神法」的探討，繼而又有關於「公民不服從」的思考。最近劉湧案審判事件更引起一些關於程序正義和實質正義的議論。這些思考和議論所涉及的一個共同問題就是實在法和更高法的關係，這也正是法律正義的核心問題。我在這裏擬通過海勒(Agnes Heller)、薩托里(Giovanni Sartori)和哈貝馬斯(Jürgen Habermas)的有關理論，對法律正義和三種不同的更高法作一些討論。我選擇這三位政治學者是因為他們來自不同的政治經驗和政治文化背景。海勒來自經歷過斯大林式極權專制的匈牙利，薩托里來自民主自由傳統已經幾乎成為自然定式的美國，而哈貝馬斯則來自不忘納粹極權過去，但已實現民主憲政的德國。他們為我們提供了既有共同點又有明顯不同的法律正義討論，這是因為他們都面對現代社會的一些共同問題，但又特別關注一些與各自經驗社會有關的特殊問題。

一 懲罰性正義和自然法則

海勒把懲罰性正義、分配正義和正義／非正義戰爭理論並稱為現代「社會政治觀」正義的三個基本部分。法律正義只是現代社會正義的一部分，不是它的全部^①。古老的懲罰性正義指的是「以眼還眼」、「以牙還牙」或者「以血還血」的暴力報復，也可以說是一種極端意義上的公平觀念。痛苦和死亡必須公平分攤，實在沒有辦法報復的，就只能等待「因果」正義的到來。但是，很久以前，這種冤冤相報的暴力正義就已經開始被約束到某種文明秩序的道德教誨之中。例如，《舊約》中的「以眼還眼、以牙還牙」後來被解釋為並非提倡暴力，而是要將報復和懲罰限定在甚麼樣的罪得甚麼樣的報，或者誰有罪誰得報的文明尺度之內。於是，懲罰只能涉及直接有罪者，而不再涉及有罪者的家庭、部落或城邦。從報復到非報復，這是正義在人類文明史上的一個轉折。

在現代社會中，懲罰性正義的根本作用是維護社會政治秩序，而社會秩序則體現為規範和法規。當規範和

中國學界對法律正義的關心，近來開始從分配正義擴展到法律正義。這裏擬通過海勒、薩托里和哈貝馬斯三位來自不同政治文化背景的學者，討論法律正義和三種不同的更高法。海勒來自經歷過斯大林式極權專制的匈牙利，薩托里來自民主自由傳統已經幾乎成為自然定式的美國，而哈貝馬斯則來自不忘納粹極權過去，但已實現民主憲政的德國。

對於法律懲罰的目的有三種不同說法：第一是「付出代價」，第二是「嚇阻犯罪」，第三是「改造」。海勒認為只有第一種與懲罰正義有關。「嚇阻」把一些人當手段來警戒他人，這本身就缺乏道德性。「改造」本無須以懲罰為先決條件。如果改造因懲罰而發生，就仍然是一種嚇阻。若把「改造」當作懲罰的目的，則更是把改造應有的理性選擇扭曲為病態的非理性服從。

法規受到破壞時，懲罰就成為社會以這些規範或法規的名義對違反者的制裁，被制裁者因此付出「代價」。制裁行為具有維護規範和法規的正當性，能使社會正義得以伸張。現代意義上的懲罰不容「報復」。即使某些現代懲罰確實具有報復性（如株及家屬的「階級鬥爭」），它也必須以社會規範和法規的「懲罰」名義來進行。「以眼還眼、以牙還牙」是一種與現代社會懲罰正義不相符合的復仇正義。現代懲罰觀不允許「集體懲罰」（株連式懲罰）。它把行為者看成是唯一應當對其行為負責的人。這種道德個體觀可以說是現代倫理的一大進步。

懲罰犯罪並不等於就是正義。懲罰犯罪不僅涉及到實在法本身是否公正、合理和正義，還涉及到甚麼才是與正義有關的懲罰。人們一般把根據實在法以罪量刑視為正義。但是，以刑施罰的目的是甚麼呢？對這個問題的回答比以罪量刑本身更與法律正義有關。

對於法律懲罰的目的有三種不同的說法。第一是「付出代價」，第二是「嚇阻（其他人）犯罪」，第三是「改造（罪犯）」。海勒認為，在這三種目的中，只有第一種與懲罰正義有關。如果我們把人看成是自由而理性的存在，如果我們堅信人應該為他自己的行為負責，那麼我們就應當把人看成是自我完足的行為主體。如果一個人違反了社會規則，他就必須為此付出代價。一旦代價付清，罪行了卻，他也就不再有罪。這種為恢復正義而施行的懲罰可以由法律來執行，也可以由認罪者自己來執行，那就是自我懲罰②。

「嚇阻」則不同。嚇阻把一些人當手段、當工具來警戒其他人，這本身就缺乏道德性③。作為懲罰，嚇阻甚至可以說與正義無關。如果以先有罪後有罰，罪多重罰多重為法律正義的

原則，那麼臆測某些人將會犯罪，在罪發前就宣告會予以某某懲罰，這本身就有悖正義原則。為了達到防止效果，嚇阻性的法律往往會對現有的犯罪從重懲處，即所謂的「嚴打」，這本身也不符合公正量刑的正義原則。嚇阻甚至還會在沒有懲罰對象的情況下故意製造一些對象，從「鎮反」、「反右」到「文革」，我們所熟悉的各種政治運動所起的就是這種作用。

「改造」的法律正義性也頗成問題④。如果懲罰指的是為罪過付出代價，而改造指的是將接受規範和法規變成自覺行為，那麼懲罰和改造之間就不存在任何直接因果關係。改造本無須以懲罰為先決條件。如果改造因懲罰而發生，那麼「改造」實質上是害怕再度發生懲罰，「改造」後「變好」實際上是一種「學乖」。這樣的改造仍然是一種嚇阻效果。以懲罰為改造手段，學習善行的動力是害怕痛苦，不是自覺為善的快樂。真正的改造應當是自覺自願的，自己看到不對，即使無外力迫使，也照樣發生價值和行為的變化。把「改造」當作懲罰的目的（如《一九八四》中溫斯頓經過101室的折磨獲得「新生」），更是徹底要把改造應有的理性選擇極度扭曲為病態的非理性服從。同樣荒唐的是，以強迫勞動來進行改造，一面說勞動光榮，一面用勞動作為懲罰，這種做法是很偽善的。人們可以問，有許多其他光榮的事可以引導罪犯改造，如入黨、提幹、升官，為甚麼不用這些光榮的事，而偏要以勞動來作為改造手段呢？

僅僅區分「刑罰」、「嚇阻」和「改造」，還只是在抽象模式的層次上討論懲罰正義。這樣的討論有一個前題，那就是，實在法已經具有正當性，並被大多數人視為正義之法。然而，在實際情況中，實在法卻並不總是具有正當性或者正義性。這是海勒

特別關心非正義實在法的出發點。海勒在討論非正義的實在法時，提出的問題非常特殊，與阿倫特 (Hannah Arendt) 在討論納粹邪惡時對極權實在法和執法人道德責任的思考極為相似。海勒提出的核心問題是，即使專制政治體制下的法律條文未必款款皆不正義，這樣的法律制度或體系本身是否具有法律正義權威？在專制制度下，服從法律是否會成為一種犯罪行為，而不服從法律反而成為一種道德之善？海勒在回答這些問題之前，首先說明她回答這些問題的兩個前題。第一，每個社會中都會同時存在正義之法和非正義之法。即使是非正義或邪惡的法律制度中也會有正義之法。第二，法律正義所涉及的正義不是預先存在、固定不變的。正義永遠是處於變化和轉變狀態中的能變正義 (dynamic justice) ⑤。

基於這兩個前題，海勒強調，具體法律條文和整體法律制度的關係完全取決於政治制度是否保障公民的公開批評權利。當我們說某法非正義時，我們是在說它「錯」。「錯」不單單是「不正確」。「錯」與「惡」有關。「非正義」是一個很強的指摘，非正義法就是我們常說的「惡法」。在一個社會裏，如果人們有權利公開批評某法為惡法，公開說明自己為甚麼認為那是惡法，那麼，一旦大多數人同意，就可以用善法來取代惡法。在這種情況下，批評者所運用的正義是能變正義，不是凝固正義。它必然要在公開的討論中形成和變化，沒有公開討論也就沒有能變正義。在允許能變正義存在的情況下，即使某法確實是惡法，它也不會使得整體法律制度成為非正義的制度。既然整體的法律制度允許人們公開批評具體的法律，而人們並不批評所有現存的法律，那就說明他們仍將其他法律視為正義之法⑥。

如果人們視某法為惡法，卻又沒有公開表示自己意見的權利，那又會是一種甚麼情況呢？在這種情況下，公民的公開批評權利被剝奪了，能變正義被壓制和封殺了，訴求正義和討論正義的程序被破壞了，正義本身也就被踐踏了。當一個法律制度踐踏正義的時候，它本身也就不可能再是正義性的了。看一個法律制度正義不正義，最重要的一點就是它允許不允許人們公開批評現有的法律。這是一種政治權利和公民權利，它本身又是由實在法所規定的。一旦公民失去了這個權利，那麼改變惡法的公正程序也就根本不再可能，這個制度也就再無正義可言。

專制體制對整個社會有深遠的危害，其中最顯著的是暴力充斥、思想貧弱和道德淪喪。既然人們不能通過正當程序來改變法律，暴力便成為謀求改變的唯一途徑。暴力總是非法的，但暴力也可以用道德權利為理由。剝奪公民權利和政黨公平競爭的專制之法本身就是一種暴力。許多人都把以暴易暴的反抗看成為合理的行為，暴力革命就是這樣發生的。中國多有革命而少見政治改善，無正義之法是一個根本原因。專制造成了法無處不在，而法學思想卻無處可尋的荒謬情形。既然所有的法，不論善惡，都受整體法律制度保護，都不允許公開批評，那麼所有的法，不分善惡，也都成為武斷強制之法。在這樣的制度中，法理和法律探索和思考當然不可能得到發展。司法體制中的人對現有法律條文唯命是從，而一般人對法則是一味懼怕。在專制制度下，法網愈森嚴，社會就愈無道德。只要「不犯法」，或者犯法而不被抓住，人們做甚麼事情都不會在乎。久而久之，便造就了一個完全道德淪喪的社會。

看一個法律制度正義不正義，最重要的就是看它允許不允許人們公開批評現有的法律。專制體制對整個社會的危害，最顯著的就是暴力充斥、思想貧弱和道德淪喪。既然人們不能通過正當程序來改變法律，暴力便成為謀求改變的唯一途徑。剝奪公民權利和政黨公平競爭的專制之法本身就是一種暴力。

批評實在法為非正義，必然要涉及以更高法為標準的問題，海勒採取的是「自然法」原則，即每個人都天生自由，都天生珍愛自己的生命，這兩條基本價值是「不容放棄」的法則。海勒對自己祖國匈牙利的極權統治有深切體會，她所說的「無辜」是指一個人之所以受到懲罰，完全是因為他是那個被專制者視為異類群體的成員，海勒稱之為「絕對暴政」。

批評實在法為非正義，必然要涉及以更高法為標準的問題。在這個更高法問題上，海勒採取的是「自然法」原則。在海勒那裏，自然法指的是每個人都天生自由，都天生珍愛自己的生命。這兩條基本價值是「不容放棄」(inalienable)的法則，我們用它們來驗視統治政權法律體制的正義性。雖然如此，海勒還指出，「當公民被自己的國家無辜奴役的時候，我們並不需要援引自然法則來將奴役判定為犯罪行為。」因為「人們一直就把這種行為視為罪行」^⑦。也就是說，現代國際社會對公民自由和珍愛生活的價值已經有了共識，並不需要不斷重申自然法則。海勒是匈牙利人，她對自己祖國的極權統治有深切體會，她所說的「無辜」是特有所指的。「無辜」是指一個人的行為和他受到的懲罰之間完全沒有直接關係，他之所以受到懲罰，完全是因為他是那個被專制者視為異類群體的成員，海勒稱之為「絕對暴政」^⑧。

從株連親族、階級成分論、種族清洗到紅色高棉式的大屠殺，專制暴政延綿不絕。海勒認為，這種暴政之法是為「企圖滅絕社會中的一部分人服務的。……從奴役到發配，再到屠殺，屠殺成為邪惡法律的必然後果。在納粹德國、斯大林的蘇聯和波爾布特的柬埔寨，這些都成為罪惡法律制度的體現」^⑨。海勒贊同亞里斯多德關於「暴君是罪犯」的說法。她進一步強調，「體現暴君意志的法也是罪惡的。」^⑩海勒不僅援引了阿倫特關於納粹法律體現元首(希特勒)意志的論說，而且同意阿倫特提出的專制制度下的個人不應執行專制法律的立場。海勒寫道：「如果法是罪惡的，那麼執法者就從正義行使者變為非正義行使者。在這種情況下，有正義意識的人就會拒絕服從專制法律。」

這種拒絕執法既符合道德原則也符合法制精神，「道德和法在這裏並不矛盾，……因為罪惡的法並不是真的法，而只是徒具法的表相而已。」^⑪

二 人民主權和政治自由

如果說海勒關心法律正義與斯大林式專制制度下的生活經驗有關，那麼薩托里對實在法和更高法的思考便明顯具有民主社會的生活經驗特徵。薩托里所着眼的是民主憲政制度下的實在法，所以基本上不存在海勒所說的「暴政意志」問題。但這不等於說，民主體制下的實在法就此自然而然地符合法的真正精神。民主體制下的實在法是按照公民共同認可的程序，並由代表民意的立法者所訂立的，因而具有程序正義性。這種程序能產生善法，也能產生惡法和劣法(極瑣碎的繁文褥節)。通過這一程序所設之法能體現「立法者的統治」，但未必能真正體現「法的統治」。真正的法的統治必須具有實質正義，而立法者的統治雖然具有程序正義，但卻未必總是具有實質正義。

在薩托里那裏，正義不是凝固的。正義雖然與「平等」這個基本的社會價值有關，但平等本身就是一個有爭議、在發展的觀念。薩托里強調的不是以某種既有的正義來指導形成實在法。他強調的是，現在的實在法愈來愈強調符合程序，以至忘卻了法的基本精神，那就是，法之所以有權威，全然依仗它與正義的內在聯繫。正義，這才是法的合法性的唯一依據。正義只能在擁有政治自由的人們不斷的共同探索中才能形成和發展。因此，探求和維護正義的根本前題就是維持公民的政治自由。法的實質正義是和政治自由價值緊緊聯繫在一起的^⑫。

為甚麼在民主制度下還需要顧慮政治自由問題呢？政治自由不是專制制度下才缺乏的嗎？薩托里所關心的民主制度下的政治自由是有針對性的。西方的分析法學和法學實證論都試圖以純粹形式來規定法，「將法等同為法的形式。」這種法的觀念使得法成為一個純粹的形式問題，不再與內容有關。它的自然結論是，「凡是有國家法 (*Rechtsstaat*) 存在的地方，都不可能再有非正義法的存在。」薩托里指出，形式主義的法學家忘記了這樣一個基本情況，談程序形式的前題必須是民主憲政國家，而政治自由才是民主憲政國家的特徵和堅持保證的公民權利^⑬。政治自由不是人天生帶來的，它是一種人為的權利，一種只能通過努力爭取和精心維持才能保有的權利。不抓緊這一點，民主制度就有蛻變為專制法治的可能，魏瑪共和國被法西斯政權所取代，便是一個歷史前例。

政治自由和公民權利並不總是被強調為一種與民主憲政相聯繫的權利。例如，在十八世紀，公民法被視為自然法，自由也被視為自然權利，人因受「公民法」的保護而自由^⑭。對於現代人來說，問題往往就出在這「公民法」上。我們要問，現有的公民法公正嗎？我們還必須問，甚麼是公民法？我們甚至還要追問，究竟甚麼是法？薩托里對這些問題的思考方法是追溯法原有的正義本源，即法的實質正義所在。他強調，現有的法和正義間的聯繫是在羅馬傳統中形成的。法是正義之法，不是苛刑惡法。正義是體現為法的正義，不是抽象的理念和主義。因此，*ius* (拉丁語中的「法」) 和 *iustum* (正義的) 是緊緊交織在一起的。在長期的歷史過程中，原先指「法」的詞，在英、法、意等西方語言中演變成指「正義」的詞，「法」和

「正確」就變成同一個意思。這種法的觀念非常重要，因為法代表的是一個群體關於正義的觀念，不是某個統治者所奉行的統治典律。法不僅指那些具有法的形式規則，而且更指某種具體的價值內容，一種與正義相匹配的品質^⑮。

法和正義交織在一起的情況，可以從歷史悠久的民間天理觀中看出。除非出現了暴君、昏君，人們一般用「天理王法」來指某種公正的社會秩序。碰到特別邪惡的人和事，人們便會仰天而問：「難道沒有天理王法了嗎？」法和正義不分的情況在近世發生了根本的變化^⑯，法不再是由全能全善的上帝或上天所賜予，而是由人所訂立。因此，在現代社會秩序中堅持正義，人們必須弄清楚法是由誰制定的，怎麼制定的，經由誰來解釋社會正義要求，等等。公民接受法治，則要求立法和司法者自己先接受法治。要做到這一點必須有制度的保證。薩托里指出，「在憲政國家裏，解決這一問題的途徑是盡量通過立法程序使得『法的形式』能把握法的內容。事實上，憲政制度的諸多設計都是為了創造某種立法條件，使得 *ius* (法) 和 *iustum* (正義) 仍然保持聯繫。」在民主憲政國家裏，人民把立法之事託付給一些由選舉所產生的人們 (議員)。他們代表的是人民，不是某個權力集團或政府。人民的代表必須向選舉人匯報，「人民並不允許那些代表人想怎麼做就怎麼做。」^⑰ 人民代表所立之法，它的正義性歸根結底來自人民主權。

以法和人民主權正義的內在聯繫來看，現今世界上許多法便不算是真正的法。薩托里寫道：「人們把任何一種國家都稱作為『憲法』國家，把任何一種統治者自說自話頒布的國家命令都稱作為『法』」，以至「暴力專制的立法不僅被稱作為法，甚至還被遵

正義只能在擁有政治自由的人們不斷的共同探索中，才能形成和發展。因此，探求和維護正義的根本前題就是維持公民的政治自由。政治自由是一種人為的權利，一種只能通過努力爭取和精心維持才能保有的權利。不抓緊這一點，民主制度就有蛻變為專制法治的可能，魏瑪共和國被法西斯政權所取代，便是一個歷史前例。

和薩托里一樣，哈貝馬斯堅持區分「法律性」和「合法性」，所不同的是，薩托里從個人政治自由來強調這一區分，而哈貝馬斯則更從整體社會秩序的權威來要求這一區分。哈氏指出，在現代國家社會中，合法性應當建立在正義性之上；現代社會秩序建立在法律秩序上，而法律秩序則主要由個人權利所構成。

奉為合理合法之法」。在西方流行的形式論或實證論法學其實正是在為這樣的惡法打開了方便之門^⑩，這是薩托里對之堅決抵制的根本原因。薩托里堅持將法律性 (legality) 與合法性 (legitimacy) 徹底分開來。他指出，在不具合法性的法律面前，人民可能有兩種自由，一種是批評它的自由，一種是絕對服從的自由，他把第一種自由稱作為 freedom from，把第二種稱作為 freedom to，「而正是這兩種不同的自由標誌了(一個國家)政治自由和政治壓迫之間的界限。」^⑪

三 人權與法律正義

和薩托里一樣，哈貝馬斯堅持區分「法律性」和「合法性」，所不同的是，薩托里從個人政治自由來強調這一區分，而哈貝馬斯則更從整體社會秩序的權威來要求這一區分。哈貝馬斯指出，「由於國家權力媒介是用法律形式建構起來的，政治秩序依靠的主要是法律的合法性。也就是說，……法律不僅要求得到實際承認，而且要求值得承認。」^⑫在國家機器有效的社會中，法律都是得到實際承認的，但卻未必都值得承認。如果只得到實際承認，而不值得承認，那就是缺乏合法性。

在現代國家社會中，合法性應當建立在正義性之上，合法性首先是對體現國家制度的社會秩序權威而言的。現代社會和傳統氏族社會不同，後者的權威是世襲的，世襲性就是其合法性，但現代社會權威的合法性則必須在制度上體現為它的法律的合法性。現代社會秩序建立在法律秩序上，而法律秩序則主要由個人權利所構成。因此，現代社會的基本成員身份是法人，即擁有法定權利的個人。

在傳統法律秩序中，法律同時也是道德。但在現代法律秩序中，法律與道德是有區分的，法律強調的是一個人做某些事的「資格」(entitlements) (即權利)，而道德強調的則是一個人做某些事的「義務」。現代社會秩序中的個人首先是法人，他的權利優先於道德，這是因為現代社會秩序堅持人人必須擁有同等的權利，但卻不堅持人人都成為同樣的道德君子^⑬。同等的權利使得不同的眾人在共同的承擔面前獲得同等的保障，這種公平性就是法制和政治正義。當然，有的法律並不以保護個人權利為目的，而只是為了保護君王或其他專制權力。即使在這種情況下，只要法同等地對待一切人，法還是會被許多人視為具有某種程度的正當性。但是，為一己權力服務的法，從性質上說是不可能同等地對待一切人的。就在它允許有的人為法所管，有的人不為法所管的時候，它也就失去了起碼的正當性。

哈貝馬斯把當代世界人權看成是比實在法更高的正義權威，因為人權明確規定了國家正義(即合法性)與個人權利的關係。現代國家正義必須表現為法律形式，而現代法律則首先必須是與人權相一致的公民權利和政治權利。哈貝馬斯將人權確定為更高法，這既不是排斥人民主權，也不是排斥自然法，而是要強調，人權比人民主權和自然法能更清楚表現程序正義和實質正義的高度一致。人權為人們不斷形成和完善正義提供了理性討論的「論壇」，讓人人能自由理性地發表意見，公民享有交際和參與的政治權利^⑭。人權同時也為這一討論提供了基本的「內在價值」(公民同等的基本權利)。人權體現的是一種超越單純「實用共識」和純粹「價值共識」對立的「理性共識」^⑮。人權使得人民主權的實用共識和古典人權的價值共識統

一起來，「民主權的原則確立了一種程序，因為這種程序的性質是民主的，所以它為合法的結果奠定了基礎。」同時，自然法強調人的生命和自由，其實就是「古典意義上的人權」，自然法古典人權「為(社會民眾)追求自己的生活目標提供了活動空間，這一人權所支持的是一種本身就具有合法性的法治」²⁹。

現代人權作為更高法，它把人民主權和自然法古典人權有機地結合在一起。它的內在價值是多方面的。國際社會關於人權的對話推動了在不同歷史階段形成的三個方面的人權。第一是安全權利，包括人身尊嚴、自由以及與此有關的政治參與和民主治理權利。第二是社會和經濟權利，保障人的基本食品、健康、教育和工作權利。第三是文化成員的健康環境等群體權利。這三種權利涉及到不同的侵權主角和不同層次上的國家責任和實在法。人權是一些保證人的尊嚴不受非法強迫的普遍要求。這些要求所體現的價值準則已經形成了由國際社會所廣泛支持的法規，其中最重要的是關於公民權利和政治權利的國際公約，關於經濟和文化權利的國際公約，關於戰爭犯罪的條約(《日內瓦公約》)，關於防止屠殺及保護弱勢群體的公約(如聯合國關於保障兒童權利和消除歧視婦女的公約)。

哈貝馬斯十分強調人權的內在價值，「人權為每個人提供全面的法律保護，也提供追求個人生活的相同機會，人權顯然是有內在價值的。不應當把人權僅僅看成是形式民主(共同意志)的工具。」³⁰哈貝馬斯還強調人權價值的人為性，這是他堅持憲政的根本出發點：「我們所理解的制憲模式，它不把人權當作一種預先設定的道德真理，人權不是被發現的，而是被建構的。」只有當人權被明確為「法

權」時，人權才成為有實質意義的權利，「很清楚，法權和道德權利是不一樣的，法權必須在政治上有束縛力。作為個人權利(或主體權利)，人權從一開始就具有法的性質，人權顧名思義就必須由立法機構制定為實在法。」³¹

人權在每個具體社會中必須對政府具有政治束縛力，否則便是空談人權。人權在每一國實在法中必須得到體現，因為人權不只是抽象的道德原則，人權本身就具有法權的性質。一個國家如果真的尊重人權，真的把人權當作人類共認的更高法，它就必須認可和制定關於普通人的公民權利和政治權利的實在法。在不民主的國家裏，法律不給公民基本人權，如自由言論、集會、結社的權利，但卻把剝奪這些權利說成是一種同樣符合人權，甚至更體現人權的精神。這種作法充分表現在哈貝馬斯所強烈批評的「亞洲價值」論中³²。他認為，如果我們不把公民看成「個人」，而是看成「法人」，也就不會受惑於「亞洲價值」關於集體壓倒個人的謬說，「法人只能在社會化(即集體化)的過程實現個人化。若要保障個人的完整性，就必須讓個人能夠自由地加入那些能轉化為社會或文化認同的社會人際關係和文化傳統。」³³換言之，在現代法制制度中，社會和文化認同不是強加於個人的，個人有選擇與之認同或不與之認同的權利。只有當個人的自主性有了保障，他才能真正成為一個社會中的法人的個體，他對社會或傳統的認同才有主體選擇的意義。

與海勒和薩托里相比，哈貝馬斯是最為強調法律正義的權利性質的。海勒較多地關心法律正義中的懲罰問題，而薩托里關心的則主要是在民主制度中立法者遮蓋法律的隱患。我們發現，海勒比較關心司法層面的問

哈貝馬斯把當代世界人權看成是比實在法更高的正義權威，因為人權明確地規定了國家正義與個人權利的關係。國際社會關於人權的對話推動了在不同歷史階段形成的三個方面的人權：第一是安全權利；第二是社會和經濟權利；第三是文化成員的健康環境等群體權利。這三種權利涉及到不同的侵權主角和不同層次上的國家責任和實在法。

在當今中國，說到法律，人們首先想到的就是低層次司法，這是因為法律還遠未成為一種彪炳正義的社會建設途徑，法律也還不代表以民主憲法和民主立法為根基的政治秩序。中國現有的實在法並非都是惡法或劣法，但在憲法和立法正義得不到保障的情況下，實在法中的惡法和劣法便不再是個別現象，而成為整個制度缺乏正義的標誌。

題，而薩托里和哈貝馬斯則分別關心立法和憲法的層面。羅爾斯(John Rawls)曾把法制區分為憲法、立法和司法這幾個高低有別的層面，「在各層次所作的決定對它以下的層次都有約束力」^②，也就是說，憲法統領立法和司法，而憲法和立法則又統領司法。我們有理由相信，沒有憲法和立法層面的正義，司法層面的正義是很難得以保證的。海勒不是不關心憲法和立法層面的正義，她要特別強調的是，非正義的司法理念和行為(如「殺雞儆猴」、集中營式的「勞動改造」、聯坐株連、法判不公，等等)，對普通人的安全生存具有最直接的傷害和威脅，因此最需關切，也最能由此引發人們對民主憲政和民主立法的強烈要求。在當今中國，說到法律，人們首先想到的就是低層次司法，這是因為法律還遠未成為一種彪炳正義的社會建設途徑，法律也還不代表以民主憲法和民主立法為根基的政治秩序。中國現有的實在法並非都是惡法或劣法，但正如海勒所指出的那樣，在憲法和立法正義得不到保障的情況下，實在法中的惡法和劣法便不再是個別現象，而成為整個制度缺乏正義的標誌。

我們還發現，在海勒、薩托里和哈貝馬斯那裏，用以衡量實在法正義性的更高法都與某種盡量廣大的「人」觀念相聯繫，其中海勒所說的「自然人」也許最容易為我們所理解。在民主政治理論和權利法學理論極為貧弱的中國社會中，人們對實行壓迫、迫害的非正義實在法的控訴和反抗，幾乎無一例外採用了與普遍人性有關的正義話語。薩托里在陳述理性、自主之人時，十分明確地把政治自由放在人性之前，這是因為政治的不自由不但會扭曲人性，甚至還能將人性變為獸性。哈貝馬斯在表述憲政共和思想

時，則更是把人規定為普遍人權的擁有者。在哈貝馬斯那裏，民主憲政的社會秩序是一種體現人權的法權秩序，它的基礎不是自然的人性，而是人為的公民和政治權利。

註釋

①②③④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪ Agnes Heller, *Beyond Justice* (New York: Basil Blackwell, 1989), 153; 169; 169-70; 165-66; 176; 177; 179; 179; 178; 179; 179.

⑫⑬⑭⑮⑯ Giovanni Sartori, "The Classical Issues", pt. 2 of *The Theory of Democracy Revisited* (Chatham, N.J.: Chatham House Publishers, 1987), 327; 323; 322; 322-23; 323; 328.

⑰ Charles Louis de Secondat Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, bk xxvi, chap. 20.

⑱ 參見 Carl J. Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective* (Chicago: University of Chicago Press, 1958); Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (London: Routledge & Kegan Paul, 1960), esp. chap. 11.

⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖ Jürgen Habermas, "On Legitimation through Human Rights", in *Global Justice and Transnational Politics: Essays on the Moral and Political Challenges of Globalization*, ed. Pablo De Greiff and Giaran Cronin (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 2002), 197; 198; 199; 199; 201; 206; 207-10; 210.

㉗ Derek L. Phillips, *Toward a Just Social Order* (Princeton: Princeton University Press, 1986), 77.

㉘ John Rawls, "The Obligation to Obey the Law", in *Morality and the Law*, ed. Robert M. Baird and Stuart E. Rosenbaum (Buffalo, N.Y.: Prometheus Books, 1988), 129-30.

徐 賁 美國加州聖瑪麗學院英文系教授