

# 法律制度



# 困惑時代之權力、法律和正義\*

*António Manuel Hespanha\*\**

本文將以提出問題的方法作論，以析別各種疑問、困惑和不確切的提法，這個問題是：“聰明的祈禱”可以作為無知的懺悔嗎？這種無知不僅僅是祈禱者的無知，而且是某一時期集體的無知，可以肯定，這個時期至少已達二百多年。

“無知的祈禱”這一說法畢竟會引起很多的爭議，因此，不如稱之為“審慎的祈禱”。審慎一詞可從其更豐富、傳統的含義加以理解，作為“實踐的科學”或作為對包羅萬有的現實的一種恭敬的無先入之見的實際運用。

在此，本人只論及這一現實中的某一方面。當然，這個方面由最終成為當今最富爭議的方面，其中各種虛構的事物或各種持續不斷的高貴的幻想顯然已不復存在。本人所要指出的僅是構想和組織權力、確立法律的地位，實現正義的策略和為政治提出政策的各種方式。

本人今天所涉及的問題將在後面逐一闡述避免讀者把它視為酸性和腐蝕性地灌輸某些課題，而這種灌輸必須且只能在嚴格的醫學配方下方可進行。因為對於某些正在探討中的問題，本人將試圖把它們當作目前仍佔主導地位的政治和法律的範例（為方便起見，稱之為國家的範例）<sup>①</sup>，這樣大大地降低了以政治和法律的名詞來解釋我們生活在其中的社會的能力，因此也降低了我們所能想象的這個新社會組織的各種不同方面的能力。

---

\* 本文是一九九一年十二月十三日在賈梅士自立大學 (*Universidade Autónoma Luís de Camões*)開學典禮上所作之題為“聰明的祈禱”演講的補充。

\*\* 澳門大學法律課程主任教授，里斯本大學社會科學院研究員。

①關於中世紀近代政治和法律構想史中“社團”範例和“國家”範例的對立，參看Hespanha作品，1992年a，關於八十年代葡萄牙政治制度中社團典範的幸存，參看Hespanho作品，1992年b。

以下，本人將以歷史學者的立場提出一個探討性的問題：試問我們今天再三提到的權力——這個權力必須佔據政治改革的所有策略性問題的中心地位——就是國家的權力？是否只有涉及政治的策略或權力重新組合的各種問題才能引導國家的改革並引向與國家有典型聯繫的政治方式（如代議民主和黨派）呢？

在回答這個問題以前，需借助一些本人對政治史的研究，並對過去作一簡略的回顧。

國家，作為政治的壟斷中心，在政治思想史上，是一個距今不遠的概念。一位意大利歷史學家皮埃特羅·高士德（Pietro Costa）在其最近的一本書中，把八十年代意大利的機構狀況描述成一個“構想國”<sup>②</sup>，或者作為集中化和等級化的政治類型在機構上和實踐上得以實施的一個時代，這個時代存於新一代權力思考者的構想之中。

在這個意義上，傳統的歐洲社會擁有一個更受人注目的政治構想，因為在實際的國家機器中，每天實施的權力都是在龐大而複雜的社會各個層面和由各方面的約束性手段來進行的<sup>③</sup>。

在人類現實中我們可發現某些方面是遠離政治機器的，例如友誼和仁愛。

先從友誼說起。亞里斯多德總是強調友誼或與友誼有直接聯繫的其他美德如自由的政治含義<sup>④</sup>，結果，所有古代、中世紀和近代初期的哲學傳統都持這樣的觀點。事實上，我們今天所提及的友誼和自由並不是絕對地與政治現象無關的簡單的情感而是滙集權力的交換和制約社會行爲的非常直接的方式。亞里斯多德在《倫理學》一書中曾多處提及，特別是分析不平等者之間的友誼方面。朋友，存在於社會各處，彼此交換相互的利益，一方——僱主——提供保護，另一方——門客——承諾即時和未來的服務，主要是尊重僱主和隨時提供服務。

辛尼加（Séneca）在談到自由和利益時，指責那些比買或賣更缺周詳考慮的方式去給予的人的輕率。強調在某種形式下，某個行爲顯然是很自由和無條件的，例如贈予行爲，免去了雙方義務的惡性循環——感謝、償還又償還，這些雙方義務足以建立施與受之間幾乎無止境的關係。為此，托馬斯·阿奎那（Tomás de Aquino）非常強烈地把利益關係歸類為無止境的關係。

儘管我們對此沒有共識，但是可以肯定友誼、自由和感恩仍然和總是構成社會關係的日常的權力手段。馬竭爾·莫斯（Marcel Mauss）已指出在他所處的時代法國的這種情況。更近期的人類學關於第一世界外圍社會的研究——如西

---

② **Costa**，1986年。

③關於社會的社團類型，參看 **Hespanha** 作品，1992年；此外，參看大部份 **Clavero** 的作品，即 **Clavero** 的近作，1991年a，第15-60頁。

④關於作為主要政治約束的友誼，參看 **Hespanha** 的作品，1992年b和 **Clavero** 的作品，1991年b，第187頁至末。

西里（但仍可選擇更接近的例子）<sup>⑤</sup>——已突出了在描述權力的詞匯中“友誼”、“尊重”、“忠誠”等概念所起的中心作用。根據我們對權力的粗略探討的自身經驗，無論是宏觀或者是微觀，都不得不肯定任何權力實踐分析的表面性——只尊重“國家”政治理論中非個人化的系列制度而拒絕考慮多種類型的個人忠誠的意義，這些忠誠構成政治的範疇，這種範疇又是建立在“朋友”、“教父”、“門客”之間的。我們還必須謹記並且很清楚地認識到任何有關方面的純道德性的討論不外是附予某種形象的宗教性的祭獻，這種形象來自國家和公共領域的權力壟斷，而且只會繼續產生虛幻的效果。

順着關於權力的不很明朗的闡述，讓我們再來談談仁愛。

八十年代的思想，出於各種原因，如同把權力置於高處即國家一樣地對待仁愛；在人類學領域，曾援引為內在情感的範疇（即在有限範圍內它無社會影響或有不合要求的社會影響），在架構性領域，也曾援引為家庭的範疇。無論如何，仁愛被排除在政治理論之外且不再被用作解釋權力和各架構的運作。

但是，仁愛曾經是多個世紀以來歐洲社會政治和法律構想的中心<sup>⑥</sup>。在最初的基督傳統領域，這個理論孕育了一個完全建立在仁愛紐帶之上的社會的計劃。雖然教堂本身很早已放棄了這樣的目的，結果代之以訴諸法律和強制力（儘管帶有“改良的博愛”的標記），但是，仁愛一詞隨後又與法律和政治有不可分割的聯繫，通常用於仁愛佔主要地位的生活性和架構性的比喻。“Pater”（父親）和“Pastor”（牧師），成為非常有用的代表精神上 and 現世的主人的隱語。對家庭的孝敬和信徒對牧師的愛戴這種情感使得赤裸裸的主僕關係變得緩和<sup>⑦</sup>。法律的理論包括了所有這一切，亦即通過公平解決和狹義的法律解決之間的對立，或通過承認即使適用正義時，法官也不可獨立於不可避免地圍繞在每一個具體案情之中的各種看法，結果，在決定仁愛和不仁愛之時就得把這一對立處於某種平衡狀態，這種仁愛與不仁愛包括它們自己本身與判決有很大關係<sup>⑧</sup>。

當狂熱（狂想）開始被視為擾亂某項社會工程的因素，且從此以後，建立於非個人化、普遍性和抽象性之上時，所有以上所述均會喪失理性。仁愛不被視為建立秩序的武器，而是作為建立無秩序的因素。在政治領域，統治者不再成為共和的主人，不再成為臣民之父，亦不再如此公開地向臣民誓言其仁愛之心（儘管我們知道仁愛繼續存在着……）。在制度和勞動組織領域，仁愛的關係是被禁止的並包括在不相容的系列上，一如在講求不偏不倚或講求生產效率時當作一種進攻性的關係。仁愛，作為正面的情感組織者及作為各種關係的有效根基，只在家庭關係方面才表現為其唯一合法的領域<sup>⑨</sup>。

---

⑤參看Boissevain的作品，1973年。

⑥關於中世紀仁愛在解決爭端中的作用，參看Clanchy的作品，1983年。

⑦關於權力的仁愛方面，參看Pierre Legendre的作品，“政權的尊嚴”（*Jour des pouvoir*），巴黎，1976年；“新聞檢查之樂”（*L'amour du Censeur*）巴黎，1974年。

⑧參看Hespanha的作品，1988年。

⑨參看Beck的作品，1991年。

然而，仁愛——仁愛者（當然我們知道該視他們為多面的實體）——繼續以有效和日復一日的方式建立着各種社會關係，即使是超出家庭的有限範圍亦然。

在組織技術領域，仁愛的突出之處，最終地體現在社會和人類關係工程方面的正面作用；同時，在組織生產力的有限領域，仁愛逐步被管理理論所涉及。日本現行管理技術的魔力——強烈地陶醉於家長式或鄉村式的感情世界裏——代表着各種組織在情感方面的最高層次的恢復<sup>⑩</sup>。

但是也是在政治的領域，福利國並沒有停止再提起基於仁愛的權力合法化中具有某些典型特徵的論題。對公眾施仁愛是鄉村政府的典型。後來國家或其代表機構才開始考慮市民生活的各個方面，這些方面涉及與仁愛有關的——如健康、居住、教育，一句話，福利和幸福<sup>(11)</sup>。

除了來自政治組織兩極（企業和國家）關於恢復仁愛關係權力合法化的論題和仁愛關係的典型約束性手段外，在個人之間關係的層面上，仁愛繼續構成社會約束性的因素，因而，也是一項構成權力關係的手段。權力的各種關係的效力超出或不與家庭關係範圍重合，或不與感性的現實水平重合，在這些現實中，國家政治理論（亦是感情的自身理論）已涉及這些現象。

我們可通過政治組織的不同層面來繼續這一探討，這是國家理論未能涉及的。以此形式我們可增加相同的經驗，這一經驗使我們看到現代社會中權力的多面性。以此認識無疑也增加了分析權力的經驗以及對由國家和與國家有關的國家機器（如法律、官方正義、政黨）的運作而帶來的政治消耗的社會分析。

在這一意義上，政治多元化的再發現，同時也就是國家、官方法律和公共正義受限制的再發現<sup>(12)</sup>。

由此，政治多元化是理解第一世界的社會中政治、法律和正義達到明顯和多面危機的主要因素。更甚的是，第一世界的模式未能向一些社會輸出，因為該社會組織在各種層次上的多元化的意識仍未被國家的構想所抹去<sup>(13)</sup>。

它作為理解的因素，是因為現行政治困惑中的某些熱門話題似乎與不夠充份的國家政治理論直接相關，這些理論未能解釋權力組織和現代社會規範的豐富性和複雜性的，因而未能在理論和實際的層面上考慮和接受在社會規範和監督制度中與國家相聯繫的政治和法律機制的基本和起碼的特點。

---

⑩參看Mainiero 的作品，1991年和 Der Spiegel 的作品，1991年11月18日“工作場所的性騷擾”(Affären in Büro. Sex in der Arbeitswelt)。

(11)參看 Serrano Gonzalez 的作品，1987年（為形容這種現象，建議使用與《poder subspécie legis》相對立的《poder pastoral》）。

(12)關於這個問題，參看 Hespanha 的作品，1992年a。

(13)參看《Dominar o compartir》，巴黎，聯合國教育、科學及文化組織，1980年（那裏收集了一些關於知識轉讓調查的初步結果並提交給專家會議討論，其中較突出的是 F. Ost 和 G. Lenoble 的論文）；在這一觀點上並非全部是統一的（參看 Heyen，1985年；Medick，1984），關於西方法律制度在遠東的情況，特別是有關澳門的，參看 Rocha 的作品，1991年。

事實上，凡對有效的政治實踐的非先入為主的分析都很容易地反映為權力總是倒向國家和附屬於國家的機構一邊。這樣，國家的約束，即法律和正義的約束，僅是針對社會關係和社會衝突的最低層面，儘管在衝突有限增長的情況下才顯而易見(14)。相應地，政治和法律活動的巨大真空在今天仍繼續以監督和規範的復古和自發的方式來填充。在我們這一時代，除官方法律以外，社會仍繼續由基於仁愛、友情或利益的交換之上的人與人之間的網絡或由自發的複雜規範或由“習慣做法”(P. Bourdieu)或是由行動和行爲的老套的辦法來調節的。儘管受到絞盡腦汁的政治或法律的忽略或排斥，這些複雜的規範仍享有一種自力和持久生存的巨大能力，而國家的規範和政治秩序的推廣政策通常變得沒有效力或無能為力。

所有這些都必須被考慮在為運用法律和正義而採取政策之時。目前，對於法律和正義的幾個問題正好反映了在這兩個領域中國家範例的不足。

首先，談談“法律的首要性”問題，法律的首要性可理解為法律所起的主要作用，即正式公佈的國家的法律必須適用於社會組織之中。

法律集中性的概念既反映了堅信法律和置法律於社會工程策略的中心地位，又反映了法律在規範社會中的影響的減少，這兩者是相矛盾的。無論如何，這種減少將引起朦朧的後果，因而也是負面的後果。

那些贊成政治生活集中在“法律的首要性”之上的人，貶低了作為現實的法律結構的模式，枯竭和歪曲它。換言之，法律掩蓋和衝擊了社會衝突的不可少的政治本質(15)。談及這一點，首先，當“法律案件”“典型化”時，需從生活中尋找根據，構成了生活中各種沒有生氣但多少具有感情色彩和政治味道的替代物。談及這一點，其次，通過語言的正規化和程序的儀式化，使政治職能的地位中立化。談及這一點，最後通過援引具備科學特點的法規，遠離和中立各種學說理論，拋開尋找解決問題的技術，把發現正義的程序轉移在幾乎正規式的統計，解除立法者，法官甚至律師在正規法律的產生和中介中的責任。或通過這些離奇的步驟，使權力的使用——有時是殘暴的——轉移為遠離了技術的行徑。

最近一些法律理論家(16)一直強調社會衝突管理領域的發展是跟隨着法律的非政治化而來的，這樣，用盡可能坦率的語言來說，法律以可能的也是必須的共識作為統一和管理的邏輯來進行所有的社會交易。本人相信重新使用這些詞匯（從M. Bachtin的正字法開始）的社會成本一直沒有被充份地考慮進去。事實上，其效力體現在管理用語方面達不成共識而沉默下來，這些用語所涉及的東西存在於生活之中只是法律沒有指出而已，如個人利益、感情、先入之見，感情負擔或政治壓力等。

---

(14)關於合法化的限制問題，參看Cappelletti，1984年。

(15)關於法律實踐的政治分析，參看Bourdieu 1986年，此外，參考Santos，1980年，其中有不同之處。

(16)即Niklas Luhmann（主要是Luhmann，1990年，同時，參考Teubner，1988年）。

實質上，現在本人所擔心的法律用語在生活中的正規化所付出的代價，其實不過是一百五十多年前馬克思對法律形式主義進行古典批判的再實踐和再加深，不同的是所包含的內容更加廣泛。當然，一方面所指的不僅是“資產階級”的法律，而是官方形式法律的一切現象。另一方面，不能僅將這一法律同經濟權力的隱藏而相比較，而是要同多項社會權力的隱藏而相比較，從創造金錢的社會權力到締造知識、性別、日常生活和公共地位的社會權力(17)。

現時的新自由人士在斥責國家的過份膨脹和提出“民事社會”時，似乎在提出“國家屬衆人”。另一方面，我們面對一個原則上無規則的社會，在這個社會，來自官方權力的強制力在減少，所有個人之間的紐帶都建立在意願的自由表達基礎之上。個人意願在社會關係結構中的重大作用和來自自然的社會神話的重版，似乎也使從政治到國家和從規範到官方法律的演化加劇減少。那些權力中央化和法律的首要性的維護者未曾認識到即使不存在國家社會也是親密而自發地組織起來的“連國家都不存在”作為解釋格老秀斯(Hugo Grocio)的一個著名的假設。“立法的非規則化”並不揭開一個給予每個人或團體隨意自由的社會，而是不可避免地會引致對已建立的權力狀況的維護和最終的加強。“非法律化”的某些經驗，例如，在美國實行的正義政治的領域，其結果恰好已顯現了沒有更多的權力下放到社會，在有衝突存在的社會中這種現象正好加劇了社會的不平等以及使權力更令人窒息(18)。

最後所述偶爾也指出了維護國家構想的一個因素，儘管那可能與國家並無任何關係，一如我們今天所認識的國家。這一因素指的是社會關係的理性意願的因素，過去它總是隱藏在國家理論之中。這一理性意願保持其效力並最終構成正義思想的中心。但是，問題是這種意願可因權力獨攬而終止，這種獨攬是通過規範的策略單一化，使人與人的關係受其支配來實現的。

在此再次提及馬克、加蘭特(Marc Galanter)一個極富涵義的論述：“正義有許多空間”。正義(僅在平衡和均等的完美意義而言)有許多方面。首先，正義是人類的一種美德，在這種意義上，是作為一種情感的教育。其次，正義是任何人類關係的一種屬性，在這種意義上，必須適時或自動地在社會生活的每一個角落得以實現，即在每一種友誼關係，每一種仁愛關係，每一個家庭，每一處工作地方，每間學校，每個班級，每個師生關係等，或者在所有和任何能找到兩個人共存的地方實現。因此，正義出現在我們每一個人共同生活的每一個微觀世界裏。從更廣義來說，正義在整個社會層面上是一種保障的方式，保障每個人獲得自由，保障“給予每個人屬於他的東西”，保障其永恆性，保障其它非全面性利益的實現(19)。

---

(17)關於權力在不同層面的多樣性的分析可參考M. Foucault 最後階段的作品。其中要強調的是後面的參考書目中提到的所有他的作品。另外，有關的原始資料還可參看Máiz 1987年和 Calvo Garcia 1989年的作品。

(18)參閱 Hespanha 作品1992年a書集中的一些文章—即R. Abel 和M. Galanter 的文章。

(19)在同等的意義上，所有旨在使一個社會更公平的政治都加深了個人的自由。參看Giovanni, 1990年。



可以肯定，把這種社會微觀工程交予唯一的權力中心，是免除個人責任的好方法。但是更爲近代的社會政治思想對於人與權力關係的理解恰恰是把政治再反交予人民，保證他們更能以個人名義參與權力的社會機制，同時也對其結果負起更重的責任(20)。

這是很顯然的，從黨派在政治活動中監管作用的現行危機中可見一斑。黨派政治的危機表現得非常廣泛，如選舉棄權的增加，軍人在黨派中的減少和組織政治鬥爭的非典型方式，如俱樂部，論壇或聯盟，這似乎代表着結束由黨的機器和官僚來進行政治監督的一種願望，要結束個人參與政治時那種脫離個人和團體具體問題的寄生現象，他們忽視社會化方式多樣性，其實每個人都置身於這種多樣性並且都覬覦其財富，對我們社會各種共謀關係的差別性，不說成是非邏輯性。

這種政治的具體投訴，尤其在今天，也因政治和真實生活的分離而顯示了一種不滿足，這種不滿足由政治的代理機構又或由那些感覺到不滿足的人表現出來。製造一種政治所建立的模式，不管是東還是西，都試圖附予這個政治固定的位置、方式、論題和內容，這些方面已與我們所生活的地點、我們目前活動的方式、我們每天所擔憂的問題、我們每天交流的方式等具有越來越少的關係。這樣，一些積極份子不得不在政治和生活之間作出選擇。可以從政而沒有生活，或選擇生活而不從政。無論這樣還是那樣都得付出代價。那些從政的人，喪失生活的一面，可以談及生活，却不爲生活所理解，因爲他們談論的東西是奇異的，超出常人的談論。那些選擇（或被迫選擇）生活的人被限於對政治保持沉默，只成爲政治的對象，儘管政治很少談及他們。但是，所有共同生活的活動，如在家庭，在工作地方，在學校，在娛樂場所，都是政治的行動。我們所有人從事一種自己並無認識的政治，或說得確切一點，所有人從事政治，卻又缺乏一種從政所建立的方式使他們認識政治。由此，展現“政治的限制”的急逼性，一如我們今天所理解的，是政治未能深入到人們具體的生活。所以，爲了引起人們的興趣，使每個人回到日常生活的政治層面，嘗試給予他們說話的權利，準許把那些人們共同擔憂的問題（如居住、交通、性別和種族歧視，家庭壓力、老年人、貧困等）置於政治的中心，並由倡導者和對那些擔憂有同感的人去討論，而不是像今天那樣，僅僅是黨派或競選所利用的論題（由其它人遠遠地談及）。

最後，讓我們回頭再講一種政治，這個政治再次決定性地根植於微觀實體的活動，根植於順勢療法的醫療學，根植於個人的組織因素，而歸根結蒂，根植於美德（這是從聖朱氏（Saint - Just）到康德的古典唯心主義的政治理論中極富涵義的中心概念）。一種政治再次被融入人類的範疇，再次強烈地質疑人的感情和特性，還有古人在Phronesis 或 Prudentia（謹慎）。標記下所做的理論的微妙藝術，這一藝術是善於巧妙地在政治關係中引進同其相近者以及共和國。

---

(20)這一假設儘管值得有批判地探討，但這裏指的是激勵批判性的思想及刀刃上的生活，是存在地優於個人和平意義上的享樂主義，代表着考慮和決定問題的其他方面。在各種制度的理論方面，這最後的態度可以很好地適應於“自然”機制，減少一般心理層面上的複雜性。

試問這與賦予政治以倫理內容的道德性探討有某些聯系嗎？如果這樣意味着重新把人束縛在一個不同價值的系統組合中，這個系統給予他們精神上的安慰，保證他們免受選擇的風險，那麼，這主要是一項裝門面的運作，這個運作即組織和參與越來越少人相信的權力的各種模式再度合法化，也許不是這樣。相反，假如是這樣，這意味着在政治強硬的中心可以有個人的選擇，而這又假設為不僅是不阻礙每一個可供自由和選擇不可缺少的空間的小心翼翼的擴大，同時也是實踐科學對引導行動一種新的關注，這首先意味着為個人自由的教育，一種識世物的教育，綜上所述，是一項對於社會極權化趨勢的清楚揭露和帶有批判性的永久呼吁，特別是關乎那些隱藏在“多麼精細和多麼微妙 / 筆墨難容”的形式之下。我以上述這兩句名言作結本文，這兩句話是多麼的美麗和深奧，多麼希望這是出自我手，但事實上，這是摘自著名詩人Sophia de Mello Breyner的詩句。

---

註：本文之參考書目請參閱葡文版同文末。