

公民不服从的终结

——基于罗尔斯忠诚法律观的理论逻辑

贺海仁

内容提要:规范的公民不服从理论由公民德性观、去革命化的宪制观以及有机团结的正义感等实质要件构成,确立了忠诚法律的法理命题。以规范的公民不服从作为标准,西方历史上的公民不服从典型案例或是变相的革命,或是被认可的合宪行动,凸显了西方历史语境中忠诚法律观的独特性和矛盾性。规范的公民不服从理论在法哲学体系内部带来了结构性法理难题,它们包括非暴力强制、道德权利法定化、恶法非法、服从自己等命题。公民不服从的法定化、民主化主张没有挽救公民不服从的命运,反而推动了公民不服从走向自我消解之路。忠诚法律的实质规范成为其意欲指导的实践的对立面,忽视了国家能力的合法性维度,暴露了自由主义国家理论的局限性。对规范的公民不服从的替代方案不是要降低或转化某些标准或要素。通过诉诸宪法权利的动态解释方法,使宪法权利与社会文化、道德权利等非法律资源相协调,用足用好现代国家权利救济机制,保持合法性机制自我生产的制度性方法。

关键词:公民不服从 规范性 忠诚法律 国家能力 权利救济

贺海仁,中国社会科学院法学研究所研究员。

18、19 世纪以来,伴随民族国家在世界范围内渐次登场,以宪法为基本规范的现代国家确立了与现代性精神相契合的合法性话语体系。法律是人民意志的体现,服从法律就是服从自己;自由是法律秩序下的自治行为,真正的自由是服从法律。康德宣称:“对人民来说,不存在暴动的权利,更无叛乱权。……对最高立法权的任何反抗,只能说明这与法理相悖。”^[1]康德的发言取缔了洛克学说保留的反抗权,支持了民族国家的宪法观,体现人民意志的最高立法权才能反映国家赖以存立的民主性、权利性和规范性原则,达致实

[1] [德]康德著:《法的形而上学原理:权利的科学》,沈叔平译,商务出版社 1991 年版,第 148 - 149 页。

质正当性与形式合法性的平衡。人民有修改宪法及其法律体系的权利,但需要依据宪法确立的正当性程序。规范化的程序正义巩固了现代革命的成果,确立了去革命化的政治法律思维方式,制造了主权国家与法律公民的现代臣服范式。在宪制秩序确立的条件下,公民不服从假定的不是宪法秩序的整体失败,而是宪法秩序在运行过程中的不完善、失灵或变异使其获得了非法行为主义的正当性。本文的讨论表明,一种被罗尔斯定义形成的公民不服从被置于规范话语的层面,追求忠诚法律而非服从法律的理论所指,满足了公民不服从法定化主张,使公民不服从获得了国家理性,也失去了自身存在的法理理由。

一 实质规范:从服从法律到忠诚法律的理想路径

作为被自由主义法哲学广泛接纳的一个法学概念,公民不服从有其较为严格的规范构成。罗尔斯提炼了阿伦特、德沃金、福柯、乔姆斯基、哈贝马斯等法哲学家的主要观点,确立了当代公民不服从的经典定义。^[2] 罗尔斯认为,公民不服从是一种公开、非暴力、既基于良心同时又是政治性的违反法律的行为,其目的通常是为了使政府的法律或政策发生改变。通过这种行为,我们所诉诸的共同体多数人的正义感,所宣称的我们所考虑的观点,以及自由和平等的人们之间的社会合作原则并没有受到尊重。^[3] 规范的公民不服从被定义为在宪制体制内实施的故意违法行为,它是公民在穷尽法律救济之后,公开反对认为不公平的具体法律和政策,并自愿接受法律惩罚的反抗行为。罗尔斯将公民不服从论域置于合宪的基本规范体系之下,对公民不服从的背景、范围、对象等都做出了实质性的规定,尤其对不服从者提出了忠诚法律的高标准护法要求。

(一) 维护基本规范的正义事业

规范的公民不服从的首要任务是要解决公民忠诚法律,而不仅仅是服从法律的问题。罗尔斯说:“公民不服从是在忠诚于法律的范围内(虽然是在外围的边缘上)表达对法律的不服从。虽然反抗者侵犯了某个法律,但是这个行动所具有的公开的、和平的性质和一种承担行动的合法结果的意愿却表达了对法律的忠诚。”^[4] 公民不服从的位置处在法律边缘但未超出法律外围的界限,这种表达虽然模糊,但与实证法法律体系的逻辑紧密相关。在规范的公民不服从理论设定的情形下,不服从者要求的不是非法的结果,而是合法的结果;不服从者反对的不是法律原则,而是具体法律;不服从者依据的不是自然权利和

[2] 阿伦特、德沃金、福柯、乔姆斯基、哈贝马斯等法哲学家都给出了公民不服从定义的相关方面,参见[美]汉娜·阿伦特著:《共和的危机》,郑辟瑞译,上海人民出版社2013年版,第37-76页;[美]德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰等译,中国大百科全书出版社1998年版,第271-294页;[美]诺阿姆·乔姆斯基、[法]米歇尔·福柯著,[荷]方斯·厄尔德斯编:《乔姆斯基、福柯论辩录》,刘玉红译,漓江出版社2012年版,第65-94页;[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间:关于法律与民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2014年版,第470-476页。

[3] 参见[美]罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第285-286页。

[4] [美]罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第287页。

自然法,而是一个正义或接近正义的民主社会制度下的宪制秩序。

革命话语和行动远离预先设定的基本规范,既不是合法状态,也不是非法状态。从法学的角度看,革命改变的是法律体系及其所依赖的基本规范,它使现行秩序以其本身所不曾预料到的方式被推翻或代替。^[5] 公民不服从是在现代臣服框架内产生的特殊反抗行为,只有承认主权国家的正当性及其基本法秩序,才能认可公民不服从的正当性,这个立论形成了公民不服从的规范视域,决定了它或它的变种不是革命的翻版。罗尔斯对革命式好斗行为作出了否定性回应:“好斗行为不在忠诚法律的范围之内,而且代表着对法律秩序的一种更深刻地对立。社会基本结构被好斗者认为是如此的不正义,或者如此大的偏离了它自己所信奉的理想,以至于好斗者必须准备走上激进的甚至是革命的改革道路。”^[6]

规范的公民不服从是一种虽“违法”却具备“和平”属性的非暴力行为,显示了规范的公民不服从的“另类”而非“异类”的面貌。异类是与同类全然不同或全然对立的类别存在,另类则是同类中的特殊形式却不与同类决裂。作为另类的服从形式,规范公民不服从者要表达忠诚法律的信念,超越一般意义上的服从法律范式,追求基本秩序框架范围内的正义事业。换句话说,在另类观的视角下,违法的行为性质取决于他是否有义务向认为不公正的法律和公共政策提出挑战,将一种维护宪法权利与抵制不公的法律义务相结合。然而,无论是否找到了这个结合点以及对其运用成功与否,都应在宪法合法性与法律合法性之间做出区别。公民不服从是在宪法之内而不是在宪法之上或宪法之外寻找正义的规范行为,这与有组织的抵抗或革命话语和实践等异类表达拉开了距离。

(二) 好公民从事的美德行为

虽然非暴力反抗、消极抵抗或不合作主义等均可以解释为社会成员的反抗行为,但只有公民不服从的主体脱离不服从者的一般主体,转向具有建构属性的公民主体。公民以外的主体可以是被不同历史语境和理论视域不断呈现的多元人格体,它们包括但不限于自然状态中的自然人、德性世界的君子、君主制下的臣民、宗教世界的教民、市场经济的理性人、市民社会的自私自利人、网络社会的网民以及江湖社会的侠客等。脱离公民主体性的不服从包括人的不服从、教徒的不服从等,但却不能称之为公民不服从。公民与其他法律建制主体(如立法者、司法者等)共享同一规范,与国家主权形成同构关系,承担起秩序保障的规范角色。

从法理上看,公民是共和主义的宪制角色,也被认为是体现公民美德属性的规范概念。然而,公民美德只有在不仅分享国家权力而且承担法定义务的情况下才能彰显。亚里士多德眼中的城邦以拥有好公民作为重要标准,而城邦公民应当具备统治者和被统治者的双重身份。作为统治者,他应当懂得怎样治理自由的人们;而作为自由人,他又必须知道怎样接受他人的统治,这是一个好公民作为政治角色的品德。^[7] 随着近代主权国家

[5] 参见[奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第133页。

[6] [美]罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第288页。

[7] 参见[古希腊]亚里士多德著:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第124页。

的形成,公民概念被复活了,开始强调公民具有对国家的积极贡献义务以及献身的美德。^[8]好公民、积极公民、享有美德的公民等具有同构性,形塑了具有复合因素的公民角色。规范的公民不服从是一种法律推理理由,这种理由站在国家的立场,使公民不服从的倡导者、参与者和同情者无不成为臣服的法律主体。^[9]在这个意义上,公民角色视域下不服从者与其说是法律的破坏者,不如说是护法者。

(三) 献身法律的准宗教行为

服从法律观呈现了某种功利主义的元素,如畏惧法律惩罚、获取法律保护以及惯性遵从法律等。忠诚法律观要求从内心臣服的角度审视法律的权威。康德区分了根据法律行动与源于法律行动两种服从论:“如果为了规定那些任性去做得合乎法则的行动,除法则自身之外,还必须有别的动机(例如功名欲、一般的自爱,甚至还有慷慨的本能,亦即同情),那么这些行动与法则相一致,就完全是偶然的了;因为这些动机同样可能造成越轨。”^[10]根据法律行动的逻辑落入了一种功利主义服从论的轨道,源于法律行动的理由则排除了服从者以自由意志为名而产生的主观任意性。服从法律观的偶然性、现实性和世俗性与忠诚法律观的必然性、非现实性和崇高性之间形成了鲜明的对比,由此获得如下的法哲学现象:服从法律未必是忠诚法律的表现,而违反法律却被推定为一种忠诚法律的行为。

“尽己之谓忠”,不忠于法律固然是不服从法律的表现,也意味着行为人的自我背叛。借助于故意违法这一特殊形式而献身于法律的正义事业,使行为者的动机获得了源于法律的纯粹性。一种忠诚法律的学说为不服从者提出了实质性的严苛条件:无献身即无不服从。罗尔斯没有对规范的公民不服从者提出献身的宗教性要求,却对规范的公民不服从者提出了一般社会成员难以企及的要求。一个正义的社会结构指向“由正义感控制的社会”,而在一个分裂的社会和一个由集团狭利推动的社会里,公民不服从的条件是不存在的。^[11]在规范的公民不服从条件约束下,具有正义感的行为者必须在一个业已获得基本正义的秩序范围内,超越个人的狭隘利益,带着被大众高度认同的正义感投入到不被曲解的正义事业之中。这意味着,公民不服从的价值不在于瓦解腐烂的社会结构,而是在看上去还不坏的制度体系基础上设置更高的目标,通过积极公民行为完善正义的社会结构。

源于公民德性的积极公民主体、去革命化的宪制观、有机团结的正义感等表达了一种理想的社会正义结构的基本要素。公民不服从的实质规范对公民提出了高标准的护法行为,具有超越形式规范属性的深层次价值。与其他不服从相比,公民不服从与法律规范性之间更具有亲和性和融合力,而违反具体法律或政策的公民不服从行为被解释为高尚的

[8] 参见[美]彼得·雷森伯格著:《西方公民身份传统:从柏拉图至卢梭》,郭台辉译,吉林出版集团有限公司2009年版,第276-277页。

[9] 参见[法]拉加斯纳里著:《福柯的最后一课:关于新自由主义,理论和政治》,潘培庆译,重庆大学出版社2016年版,第105页。

[10] [德]康德著:《单纯理性限度内的宗教》,李秋零译,中国人民大学出版社2012年版,第16页。

[11] 参见[美]罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第340页。

守法行为,似有不言守法的大守法者形象。

二 测试忠诚:对公民不服从经典案例的批判性考察

在西方自由主义法学叙事中,公民不服从并非一项单纯的智性活动。公民不服从被视为西方自由主义法律传统的重要组成部分,对公民不服从的讨论大多都触及历史上的一些经典案例,通过苏格拉底、卢梭、甘地、马丁·路德·金等人的言行获得了某种学理传承。阿伦特说:“苏格拉底和梭罗的形象,不仅出现在有关这一主题的论著中,而且甚至更为重要的是,它们被铭刻在公民不服从者的内心里。”^[12] 罗尔斯明确了“严格”定义与“教科书中的公民不服从理论”之间的区别。^[13] 透过规范的公民不服从要素,测试出现在西方公民不服从教科书中的公民不服从案例就具有反思的理论价值。

(一) 一起服判行为何以成为公民不服从典范?

公元前 399 年,苏格拉底被控犯有腐蚀青年灵魂、亵渎神灵等罪名,被判处死刑。讨论公民不服从案例的西方经典都将苏格拉底案件视为公民不服从的典型案。将苏格拉底视为西方公民不服从最早的原型人物的观点是可疑的,在历史上充满了较大争议。^[14] 苏格拉底接受审判和判决结果的行为表明了苏格拉底对民主诡计的藐视和对当局的忠实服从。即使从常识性判断出发,苏格拉底拒绝越狱也应被视为服从法律而不是不服从法律的行为。柏拉图把为苏格拉底定罪的罪恶加到那些歪曲了正义的苏格拉底的敌人头上,而不是加给雅典城邦或它的法律。^[15]

苏格拉底认为不服从法律是城邦公民应承担的罪责之一。苏格拉底认为不服从法律的人犯有三重罪:一是否定了城邦是他的父母所在之邦;二是否定了城邦是他的监护人;三是同意服从城邦却不服从城邦法律。前两种罪是伦理之罪,后一种罪是违约之罪。苏格拉底虽然不认为他的说教和对“智人”的质疑会腐蚀青年人或亵渎雅典神灵,但一旦雅典法庭确认某人有罪,就应当承认城邦法律的有效性。作为被告而不是哲人的苏格拉底说:“破坏法律的人,自会被视为败坏青年和愚人。”^[16]

在苏格拉底的无罪抗辩、服从有罪判决与思想反抗之间充满了不对等的逻辑关系。记载苏格拉底之死的《克力同篇》、《斐多篇》,其场景发生在有罪判决之后,从而与《申辩篇》无罪辩护的法庭形成了鲜明对比。苏格拉底在法庭上做出的是无罪辩护,而非认罪和忏悔,法庭对苏格拉底的死刑判决不是苏格拉底自愿认罪的结果。自愿接受法律惩罚建立在自愿认罪的基础上,一旦不服从者自愿认罪,接受有罪判决也就成为必然。倘若不服从者自愿接受法律的惩罚,又以各种方式逃避有罪判决,这不仅是矛盾的,而且背离了公民不服从的最低要求。值得注意的是,苏格拉底对上述违约之罪的理解,是对服从法律

[12] [美]汉娜·阿伦特著:《共和的危机》,郑辟瑞译,上海人民出版社 2013 年版,第 121 页。

[13] 参见[美]罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社 2009 年版,第 286 页注①。

[14] See Lawrence Quill, *Civil Disobedience*, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 33 - 37.

[15] 参见[古希腊]柏拉图著:《苏格拉底之死》,谢善元译,上海译文出版社 2011 年版,第 10 页。

[16] 何怀宏著:《西方公民不服从的传统》,吉林人民出版社 2001 年版,第 14 页。

所做出的解释,隐含了一种服从法律是服从自己的社会契约论假定。两千多年后,以霍布斯、洛克等为代表的社会契约论系统阐述了公民服从法律的现代性理由,论证了服从法律就是服从自己的自然法假定。

对于苏格拉底所处的雅典而言,腐蚀青年人的灵魂以及质疑一切的抗争精神是一种釜底抽薪般的社会和文化革命。认识自我的信念动摇了雅典城邦对神灵的敬畏和崇拜,违背了雅典多数人的正义感。针对雅典日益腐败的现状,苏格拉底决心做一“牛虻”,惊醒日趋麻木和僵化的雅典城邦。质疑他人的经验、知识及思维方式否定了习以为常的某些事情和行为的正当性,促成人们自我反思与否定。因此,对死刑判决和法律的服从掩饰不了苏格拉底哲学动摇或否定了雅典的基本规范制度这一点。苏格拉底自愿求死表明,死亡对哲学家而言是最后的自我实现,它打开了通往真正知识的门,灵魂也从肉体的羁绊中解脱出来。^[17] 苏格拉底以隐蔽方式质疑雅典的政治制度、社会观念,反对雅典“大众民主”带来的平庸和腐败,显示了社会革命和文化革命的一般价值。

(二) 作为私人行动的良心拒绝

与服从法律的国家哲学对应的是不服从法律的道德哲学,这种道德哲学通过展示内在良心和外在天理抵制和反抗国家秩序和法律秩序。源于基督教法学的首要原则展示了基督教在形成过程中与实定法的冲突,即基督徒的良心不受法律约束。^[18] 如果基督徒面对的违背其良心的法律是由异教徒统治者所制定,或者虽由基督教统治者制定却违背了教法的精义,就会导致纯粹的良心拒绝这种意义上的公民不服从。反对不正义的战争成为良心拒绝的对象,具体例子包括基督徒拒绝执行由异教国家制定的关于虔诚的法令,梭罗抵制美墨战争、和平主义者不愿在武装部队中服役以及士兵不愿意服从他认为违反战争道德准则的命令等。比多认为:“直到十八世纪中叶,公民不服从理论才摆脱宗教情景,成为世俗意义上的清晰主题。”^[19] 现代意义上的公民不服从在梭罗的论述中获得了重要的概念支撑,其重要标志则是与宗教式良心拒绝相区别。

借助良心拒绝的世俗化改造,梭罗开启了反抗不公正法律的人的视角。梭罗说:“我们首先须得做人,其次才是公民。……我有权承担的唯一义务,乃是不论何时,都做我认为正当的事情。”^[20] 针对不公平的法律,个人是行动的立法者和阐释者,为不参与、不支持或反抗恶的制度提供内在的良知理由。然而,良心拒绝缺乏改变政策并影响大多数人意愿的诉求。例如,不杀生的道德禁令使不服从者获得了拒服兵役的道德权利,却无权要求所有人都能够拒服兵役,也不会提出废除征兵的法律制度和政策。作为一个无政府主义者,梭罗对改善政府功能的措施方法缺乏兴趣。对国家权力的反抗、不顺从或抵触,意在尊重个人的生活方式及其信念不受侵扰,因此,当一种道德观通过良知来表达时,个人就成为与自己交流的唯一主体,排除了具有建构功能的公民与国家之间的良性互动关系。

[17] 参见[美]斯东著:《苏格拉底的审判》,董乐山译,三联书店2003年版,第221-222页。

[18] 参见[美]伯尔曼著:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第44页。

[19] Hugo Adam Bedau, *Civil Disobedience in Focus*, Routledg, 1991, pp.1-2.

[20] 何怀宏著:《西方公民不服从的传统》,吉林人民出版社2002年版,第17页。

拉兹认为,良心拒绝本质上是私人行为,采取这一行为的人之所以不服从某一(完全地或部分地)道德邪恶的法律,是为了避免犯道德上的错误。^[21] 规范的公民不服从诉诸多数人的正义感,与一种源自个体或少数人的良知概念拉开了距离。重要的是,要使良知成为一种改变习俗、公共政策和法律的政治行为,就需要在真理和信念之间达成共识。然而,在一个多元化的现代社会,没有人会声称垄断真理和良知。在公共领域里,良知的命运与哲学家手中所掌握的真理的命运相差无几:“它变成了一种意见,与其他意见无甚分别。这种意见的效力不取决于良知,而是取决于持此意见者的人数——‘全体一致同意’ X 是一种罪恶,……(则)会增强人们对 X 是一种罪恶的确信。”^[22]

(三) 非暴力不合作运动的革命意蕴

在反抗英国殖民统治的过程中,甘地提出了著名的不合作主义抗争策略。虽然受过良好的西方法律教育,甘地在领导印度人民推翻殖民统治的过程中借用了印度传统文化资源。“Satyagraha”一词是印度本土的反抗文化符号,在词义上统合了非暴力、消极和不合作主义等含义。^[23] 绝食、静坐、抵制英货等是消极抵抗的主要形式,但造盐远征运动就具备明显的积极抵抗性。Satyagraha 的精神是消极抵抗,用爱的力量动员大众,就可以产生产出一种拒绝与殖民者合作的氛围,迫使殖民者主动放弃殖民统治。

通过阐释 Satyagraha 的多重意义,甘地挖掘其中的不合作内涵。在甘地看来,继续使用源自西方的“passive resistance”有可能会产生误解:“‘消极抵抗’这个词的含义太狭隘了,我还发觉它被当作是弱者的武器,其特点是仇恨,最后还可以成为暴力。……显然印度人必须创造一个新字来表示这个斗争。”^[24] 用 Satyagraha 代替消极抵抗是要避免仇恨和暴力,激发一种积极的、精神上的不合作主义。从这个意义上讲,违法的不合作(不作为)比积极违法(作为)更少强制性。

不合作运动的目标是推翻英国在印度的殖民统治,而不是简单地否定某一个或几个具体的殖民法律和政策。殖民统治总体上摧毁了现代社会平等原则,否定了权利和民主原则在殖民地国家和地区实施的必要性和可能性。殖民统治虽然是欧洲中心主义的政治现实,却相对来说呈现了系统性统治,在某种程度上体现出基本规范的性质,除非从根本上推翻殖民体系,否则就无法理解反殖民主义运动的革命属性。不合作主义是消极的公民不服从的范例,这种消极性比积极性更具有力量,更具有革命的性质。阿伦特提问到:“甘地接受英国统治印度的‘既有权威框架’吗?他尊重殖民地‘法律体系的普遍合法性’吗?”^[25] 殖民体系作为非正义的政治体系难以容纳规范的公民不服从,以非暴力的不合作主义取代暴力的革命,获得的是去殖民化的革命结果。

[21] 参见[英]拉兹著:《法律的权威:法律与道德论文集》,朱峰译,法律出版社 2005 年版,第 231 页。

[22] Nicholas W. Poner, *Civil Disobedience: An Analysis and Rationale*, 43 *New York University Law Review* 651, 714 (1968).

[23] 对 Satyagraha 含义与甘地非暴力合作关系的讨论, see Vinit Haksar, *Civil Disobedience and Non-co-operation*, in Hugo Adam Bedau (ed.), *Civil Disobedience in Focus*, Routledge, 1991, pp. 147-149.

[24] 何怀宏著:《西方公民不服从的传统》,吉林人民出版社 2001 年版,第 42 页。

[25] [美]汉娜·阿伦特著:《共和的危机》,郑辟瑞译,上海人民出版社 2013 年版,第 57 页。

(四) 积极不合作主义的实验性案件

马丁·路德·金认为,反抗不正义的法律的主要方法是作为非暴力的直接行动,为此,他区分了三种意义上的非暴力:纯粹的非暴力、自卫式的非暴力和推动社会变革的集体非暴力。纯粹的非暴力要求严格的纪律和勇气,不会轻易吸引大多数群众参与并获得精确执行;自卫式的非暴力对个人来说面临着巨大的危险,往往困扰大多数旁观者;集体非暴力的主要形式有集体抵制、静坐抗议、罢工、进入商店餐馆、拒付罚款或拒缴不公正逮捕的保释金、群众集会、祈祷游行等,通过这些形式,黑人们能够社会性地组织起来,创制许多击败对手而又不诉诸暴力的积极不合作主义形式。

积极不合作主义是一种异于其他合法斗争的非常策略,避免了可能出现的暴力或物理上的强制,获得了不合作主义者希望达到的理性谈判解决争议问题的有效机会。马丁·路德·金说:“非暴力的直接行动,正是要制造这样的危机,促成这样的紧张,好让不断拒绝了谈判的社区,被迫面对这一问题。它是要使得那些再也无法默示的问题,变得引人注目。……我绝不惮于‘紧张’一词。我真诚地反对暴力的紧张。……我们的直接行动方案,其目的便在于制造一种充满危机的局面,以期不可避免地开启谈判之门。”^[26]集体非暴力运动将会给社会带来紧张、不安宁和危机,但它们既不是行动也不是结果上的不安宁和危机。非暴力紧张的诉求要求开启商谈的大门,使从前被谈判对象不认为是问题的问题置于公众视野中,营造公共审议的建制化条件。在争取合法地位的进程中,马丁·路德·金不断告诫参与者,不要借用错误的行动使自己犯罪。不难理解,基于马丁·路德·金的言论,自由主义学者容易将公民不服从作为一种法律诉求的理论来源,被驯化的公民不服从具有加强而不是削弱法治的功能。^[27]

从规范的公民不服从角度看,上述西方经典的公民不服从与其说徘徊于合法性边缘,不如说形成了走向革命的纲领或行动。与革命关联的不服从远离了规范的公民不服从,溢出了公民不服从的语境。苏格拉底、甘地的不服从是一场制度性革命,反抗的目标不是雅典或印度的某个具体的法律和政策,而分别指向雅典宪制和殖民秩序。梭罗的公民不服从归属于良心拒绝,主张去政府化同样不乏制度革命的性质。马丁·路德·金的不服从实践如同循规蹈矩的宪法实验性案例,测试美国社会通过司法方法维护公民宪法权利的有效途径,避免了一场因种族问题而引发的内战。为此,可以得出三个结论:其一,不服从若指向国家、社会和文化等基本制度,它就接近于改旗易帜的政治、社会和文化革命,或因其“反贪官亦反皇帝”的逻辑而脱离了公民不服从的语境。其二,不服从若受到来自包括司法机关在内的国家权威的认可,其形式包括扩大解释公民参与权、完善合法性审查机制、鼓励法治轨道上产出的实验性案例等,它就获得了法律规制意义上的合法性。具有争议的马丁·路德·金的案例事实上与其他非规范性的案例存在重大区别,但这种区别没有让它归属规范的公民不服从范畴,它在很大程度上显示了一种非规范的公民服从。其

[26] 何怀宏著:《西方公民不服从的传统》,吉林人民出版社2001年版,第64页。

[27] 对公民不服从政治驯化论的评论, see Alexander Livingston, Power for the Powerless: Martin Luther King, Jr.'s Late Theory of Civil Disobedience, *The Journal of Politics*, volume 82, number 2. Published online (13 March 2020), <https://doi.org/10.1086/706982>, 最近访问时间[2022-10-04]。

三,从事件到案例的转换需要特定的时代场域。苏格拉底、梭罗、甘地以殉道者的身份参与了历史事件,带有革命的风范和圣徒的光辉。就其发生的具体历史场景来看,文化、观念或哲学意义上的革命无不具有思想事件的性质。思想事件承担着总体否定特定社会结构的革命性效果,却不能达到存在论事件的高度。^[28] 把公民不服从作为非西方国家和地区效仿或参照的对象,从思想事件转换为思想案例,突破了思想事件存在的环境,预设了一种基于西方文化的普适性背景。

三 在忠诚与背叛之间:公民不服从的法理难题

规范的公民不服从的实质标准犹如一面放大镜,还原了西方典型的公民不服从的本来面目。然而,自我设限的规范的公民不服从理论面临着有待深化的问题,它要与革命做出区分,也与基于良知的个人主义伦理行动划清界限,还要防止公民不服从成为违法犯罪的借口。从法哲学角度看,如果法律忠诚的对象是基本规范,为什么根据基本规范程序创制的具体法律就可以违反? 由谁来判断具体的法律违反了上位法或基本规范? 在确立合法性审查制度的国家中,规范的公民不服从还有存在的余地吗? 规范的公民不服从理论宣称“以良好的目的违反法律”“以违法的方式检验法律的合法性”等开启了对暴力与法律、正当性与合法性、良知与国法等经典法哲学问题的批判立场,触及了法律理论中的真正难题。

(一) 非暴力内涵的扩展

无论对公民不服从概念做出何种界定,以及如何以实证理由为公民不服从提供解释性的要素,有关公民不服从的通说均不会忽视“非暴力”这个至关重要的构成要素。在“civil disobedience”的构词中,“civil”含有文明、教化之意,与野蛮、暴力等词语格格不入。基于强力或变相的暴力,不服从行为可能妨碍或损害无辜者的权利,强制他人认可其行为的正当性。在极端情况下,公民不服从会演变成一种绑架大众的行为,进而要挟公权力,迫使政策制定者以非正当程序满足行动者的意愿,这是规范的公民不服从倡导者不能接受的。然而,对一些理论家来说,公民不服从可以是非暴力的,却不是非强制性的。如果在公民不服从中清除所有形式的强制性,赋予其道德说教的功能,不仅会失去公民不服从的传统,而且很难呈现公民不服从的违法性特质。^[29] 公民不服从的非暴力因素指向对非强制合理性的讨论,引发对公民不服从的最终效果的追问——一种无强制力的公民不服从还有其实效吗?

从后果论的角度看,区分非暴力与强制或许能使公民不服从更具可接受性或合理性,为防止某种形式的强制——如足以引起恐慌的精神强制——落入暴力范畴,还要在非暴力强制与暴力强制之间做出区分。不幸的是,无论在非暴力与强制还是暴力强制与非暴

[28] 对存在论事件的定义和分析,参见赵汀阳:《形成本源问题的存在论事件》,《哲学研究》2021 年第 12 期,第 81 - 84 页。

[29] See John Morreall, The Justifiability of Violent Civil Disobedience, 6 *Canadian Journal of Philosophy* 35, 41 - 43 (1976).

力强制之间都缺乏清晰可辨的分类根据。从词义上看,强制是指以某种无形或者有形的力量强力约束人或者物,并以这种力量来执行或被执行某项行动或操作。即使认可最低限度的强制,也会带来单方面控制、威胁、胁迫或不安。非暴力强制属于弱暴力,但弱暴力依然是一种暴力。例如,在马丁·路德·金实施的策略中,假如非建设性紧张未能引起多数人的关注,反因其行为导致多数人的反感或不安,就会降低公民不服从正当性的效果,这或许是马丁·路德·金将这种有可能产生暴力因素的建设性紧张方案排除在策略手段之外的一个原因。

跳出非暴力逻辑需要排除包含冷暴力、精神暴力在内的诸种强制因素,并超越非暴力强制概念映射的自我指涉的局限性。这意味着,不是暴力与强制,而是强制与说服的关系范畴构成了体现文明理念的非暴力概念。事实上,与行为暴力、精神强迫等强制概念相比,说服不要求以自己的方式改变不公正的法律,而是希冀政府或大多数人以觉醒的态势按照正当程序来完成自我改变。对暴力与和平、强制与非暴力、建设性紧张与非暴力强制等关系范畴的小心界定和区分,使公民不服从理论变得脆弱,也与西方教科书中的公民不服从理论距离越来越大。20世纪80年代以来,从象征或说理艺术的角度,公民不服从呈现出某种后现代主义大众文化的游戏策略。因此,通过对非暴力概念的重新阐释,重置了公民不服从行为策略,提倡一种去暴力及去强制的集体运动。

(二) 法定化的规范主张

公民不服从法定化刻画了公民不服从的法律规范主义路线图。立足于道德权利的现代宪法法律体系是一个具有政治包容性且不断开放的权利体系,其中的一个显著论据是它承认或认可法的渊源的多重属性及其共存价值。通过民主程序和对法律的规范解释,即使自治性规范(习惯、公理、情理、经验法则、交易惯例、民间规约、职业伦理等)不能在法律体系家族中拥有一席之地,也可以通过法律认可的方式进入到合法性领域。拉兹认为,公民不服从在自由国家表现为一种有限的政治参与权,这种政治参与权应受到法律的充分保护。^[30]阿伦特对结社权进行扩大解释,在国家政治体制中为公民不服从找到落脚点。阿伦特进一步评论说:“在宪法中为公民不服从找到一个适当的位置,是一件具有重大意义的事情——或许,其重大意义甚至不亚于将近200年前所发生的确立宪法自由这件事。”^[31]如果公民不服从以政治参与权、结社权等法定权利面貌出现,无疑就排除了良心拒绝在公民不服从中的位置,也与产生新权利的实验性案件拉开了距离。不过,政治参与权是现代民族国家通过宪法赋予公民的法定权利,把一种被认为非法但看上去具有合理性的反抗行为转化为合法行为,讨论的重心就变为不服从行为是否为超越法界限的法律行为。德国《基本法》第20条第4款规定:“凡从事排除上述秩序者,如别无其它救济方法,任何德国人皆有权反抗之。”通过宪法赋予公民反抗权是对道德权利的法定化路径,是一种承认规范的公民不服从的特殊方法,也是对“制造麻烦”的公民不服从的立法收编策略。

[30] 参见[英]约瑟夫·拉兹著:《法律权威》,朱峰译,法律出版社2005年版,第237页。

[31] [美]汉娜·阿伦特著:《共和的危机》,郑辟瑞译,上海人民出版社2013年版,第62页。

行使作为宪法权利的反抗权不是不服从行为,而是服从法律的行为。将公民不服从法定化或是将其解释为表达权、结社权或其他相关宪法权利不是使公民不服从具备正当性的有效方法,归属于政治参与权或结社权的公民不服从主张失去了自我指涉的主观价值,换句话说,法定化主张使公民不服从失去了公开违法的特质,更不要说清除了最低程度的强制因素。不服从者与立法者是不同的法律主体,前者只有作为参与者将其主张诉诸立法者才能在理论上确立公民不服从的法哲学关系。然而,“法律理论是无法把这种参与者视角转化为它自己的视角的”,^[32]一旦不服从者也是立法者,即一种哲学上的真正的自我立法者,消失的不仅是对立的法律主体,也是公民不服从自身。公民不服从的自由主义主张在道德权利和宪法权利之间徘徊,而屡屡提议的道德权利法律化方案暴露了公民不服从的自由主义者之间的内部争议。

(三) 恶法亦法的逻辑

规范的公民不服从行为具有违法性,这种违法性认知对立法者和执法者有效,对不服从者来说同样成立。倘若包括不服从者在内的人都认为一种行为是违法行为,就免除了恶法非法的道德论证。针对不服从者享有不被惩罚的道德权利的主张,威廉·史密斯反驳说:“从事公民不服从使得公民能够要求当局用惩罚来谴责他们的行为,从而发起并加入公共领域当中的一场道德对话。事实上,如果公开承认一种反对惩罚的权利,这也会阻碍公民发起这样一场道德对话。”^[33]反对惩罚或自我避免惩罚隐含着不服从者面对的是恶法这一点,就否定了不服从者认同的基本规范假设。法律被认为没有法律效力或在根本上失去了法律资格,就不存在一个人违法和受法律惩罚的问题。这就是说,如果不服从者反对的具体法律和政策本身没有法律效力,既谈不上是享有违法的权利,也不会享有对其行为做出罪轻或无罪的辩护权利。^[34]

对规范的公民不服从者而言,承认恶法亦法进而自愿接受法律惩罚是对法律的忠诚。公民不服从是在认可实证法体系前提下的政治法律行为,而不是纯粹的政治行为或道德行为。不服从者不仅知晓其行为的违法性,也应该愿意接受相关法律的惩罚。自愿接受惩罚与法律对其实施惩罚是两个不同的问题,而且自愿接受惩罚不能成为法律不对其惩罚的理由。无论基于何种理由,不服从者不认为自己享有违反法律并免于处罚的特权。对不服从者实施惩罚取决于执法者对案件的综合判断以及现代日益精细的量刑技术,在这个过程中,虽然不排除对有争议法律或当事法律的有效性论证,但其前提是借助违宪审查的正当程序,以便对有争议的法律做出有效性的权威裁决。^[35]对当事法律的有效性认定需要诉诸合法性审查,使之满足合法性生产的制度规范。^[36]但对于当事法律以外的其

[32] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2014年版,第473页。

[33] [美]威廉·史密斯:《公民不服从与公共领域》,毛兴贵译,《马克思主义与现实》2011年第6期,第89页。

[34] 良心抵抗权在行使过程中会导致滥用、病态反省和侵犯隐私权等缺点,参见[英]拉兹著:《法律的权威:法律与道德论文集》,朱峰译,法律出版社2005年版,第287-288页。

[35] 参见[美]德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰等译,中国大百科全书出版社1998年版,第292-294页。

[36] 规范的合法性审查分为合宪性审查、合法性审查和合规性审查等方面,相关讨论参见贺海仁:《我国合法性审查制度的规范研究》,《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2015年第3期,第30-35页。

他法律,由于不服从者不认为是恶法,则无需做出法律无效的预设。

直接或间接地拒绝履行当事法律确定的义务是公民不服从的必要条件。不服从者只有在认为当事法律确定的义务侵犯了他们的宪法权利并穷尽其他救济程序的情况下,才能启动公民不服从。波斯纳指出:“不服从法律的案件一直都是那种违法者并不以牺牲他人而自我获利的案件。……即使你不予服从的法律很愚蠢或很邪恶,但如果你不服从法律是为了占那些服从法律者的便宜,你的行为也会遭到道德非难。”^[37] 界定违反其他法律,其难点不在于违反之后是否应当承担相应法律后果,而是能否真正实现公民不服从的目的,这取决于选择和甄别其他法律、与当事法律的关联度以及违反其他法律的“违法程度”等诸多复杂因素。事实上,因反对当事法律而违反其他法律使一种被称为间接的公民不服从的理论进入尴尬局面。由于不存在一种被称为量化的违法技术,以及违反其他法律会伤及无辜等因素,就不能证明违反与当事法律相关联的其他法律的正当性,就此而言,获得大多数人正义感的难度就会无限增加以致无法实现。

(四) 服从自己的民主悖论

民主多数决规则设定了多数人意志对少数人意见的吸收和代表功能,设置了民主的参与者禁止反言规则。然而,服从自己的民主理论在意见形成和意志形成之间未能获得精确的一一对应关系,而立法代表性的缺失或不足反映了现代民主制度践行诺言方面的孱弱。西季威克说:“如果假定……‘只服从自己’的理想能通过代议制民主而接近现实,这显然更加荒谬。……一个人同意了一项由反对他的那个议员所支持的并由议会多数所通过的法律,这将是十分可笑的。”^[38] 西季威克的看法与其说是讨论一种关于服从自己的民主悖论理论,不如说是对西方代议制的民主缺陷做出诊断。当这种代议制民主向全世界扩展时,不满亦在民主传统腹地不断滋长,并以不同的方式表现出来——投票人数的下降、参加政党人数的减少,以及对民主机制和统治者普遍失去信任。^[39]

服从自己是由卢梭的全体人的意志和公共利益的概念所构造的,这与代议制民主下多数人正义以及个人良知的个体主义观形成了鲜明对比。从公民不服从的发生机理来看,它是少数人与多数人之间的权利冲突问题。公民不服从民主方案同时排除了英雄主义的个人良知观。公民不服从的主体应当是“群体中的一员”,而“从未作为单个个体而存在”。在阿伦特看来,关注公共福祉的公民与追求私人幸福的个人之间的原始冲突不能诉诸我与自己的关系模式,而要寻求对义务问题的卢梭—康德式的解决方法。^[40] 代表性缺失反映了现代民主制度在践行诺言方面存在问题,因此在公民不服从的法定化主张之外,公民不服从的民主主义方案获得了理论家的青睐。公民不服从的共和主义理论向雅典式的直接民主靠拢,而公民不服从的协商民主理论则借助于主体间的公共领域理论弥补多数决缺陷。^[41] 共和主义理论和协商民主理论都不反对借用非法的行动主义作为

[37] [美]波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第235页。

[38] [英]西季威克著:《伦理学方法》,廖申白译,商务印书馆2020年版,第349页。

[39] 参见[英]保罗·金斯伯格著:《民主:危机与新生》,张力译,中国法制出版社2012年版,第28页。

[40] 参见[美]汉娜·阿伦特著:《共和的危机》,郑辟瑞译,上海人民出版社2013年版,第42页。

[41] 参见[美]威廉·史密斯:《公民不服从与公共领域》,毛兴贵译,《马克思主义与现实》2011年第6期,第81-83页。

行动指南,也不主张将公民不服从法定化,由于其论域保持在规范视域之内以及推进克服民主惰性的非强制策略,使公民不服从的民主主义成为规范的公民不服从潜在的理论表达形式。

公开、故意违法、非暴力、自愿接受惩罚、反抗不公平法律、不违背当事法律等是公民不服从的形式规范要素,它们与特定国家的基本制度一并被内化为规范的公民不服从,获得总体性服从的法哲学效果,呈现一种忠诚法律而不是背叛法律的效果。与西方教科书中的规范的公民不服从理论相比,规范的公民不服从承担了完善国家制度和法律制度民主方案的任务,设置了公民不服从的实质规范,制造了一种忠诚法律的新的法律信仰,成为当代法哲学中为数不多的法理事件之一。

四 重释合法性:对法律忠诚观的一个补充性论证

对公民不服从的议题、争议和矫正从一个侧面反映了自由主义合法性危机。如果不服从者依赖一个从未被质疑的国家理性概念体系,正如罗尔斯所追求的正义的社会机构,就会成为“成问题的公民抗命”理论。^[42] 自由主义合法性重申自然法与实证法二元对立的逻辑,这种在重构法律的过程中背离法律的思维方式还遗漏了与现代性共存的重要元素。为此,有必要释放一种关于国家合法性的潜在力量,一方面使现代国家具备正常的功能,避免国家沦为失败的国家或软弱的国家;另一方面落实救济公民宪法法律权利的称职国家的目标,确立和完善现代法律忠诚观的基本条件和实施方案。

(一) 如何理解国家能力与公民不服从的关系?

公民不服从理论质疑国家权力正当性,并在一定程度上借助于总体性理由反抗国家逻辑的话语,提出了一个有争议却显而易见的问题,即通过违法的行动纠正不公正的具体法律和政策不能解决国家能力的强弱问题。换言之,如果一个国家在贫富差距、气候、生态以及重大公共卫生事件等方面力不从心,则与结构性的国家能力缺失相关。占领华尔街运动的目标在于改变美国不公平不合理的政治经济制度,而不是某一项具体的法律和政策。^[43] 然而,被罗尔斯置于背景条件的正义的社会制度先于公民不服从行动而存在,这种制度受到包括福山在内的诸多学者的反思。华盛顿共识的问题就在于没有重视对于国家能力的建构,尤其是国家制度能力的建构。^[44] 广义上的失败国家既丧失了维持社会基本秩序、满足人民基本需要的能力,也缺乏应对和处置新情况、新危机的能力。

在哈贝马斯看来,晚期资本主义的危机是一种系统性的合法性危机,其症候表现为公民对国家能力的质疑。面对重大灾难、全球化景观以及公民对美好生活的诉求,因国家无

[42] 参见[法]拉加斯纳里著:《福柯的最后一课:关于新自由主义,理论和政治》,潘培庆译,重庆大学出版社 2016 年版,第 113 - 117 页。

[43] 参见[美]莎拉·范·吉尔德著:《占领华尔街:99% 对 1% 的抗争》,朱潮丽译,中国商业出版社 2012 年版,第 68 - 71 页。

[44] 国家政权力量或国家清晰透明地计划和执行政策和法律的能力,就是我们常说的国家或制度的能力,参见[美]福山著:《国家构建:21 世纪的国家治理与世界秩序》,郭华译,学林出版社 2017 年版,第 19 页。

力、非正常运转而带来治理上的缺失、不足和失效,遂使国家合法性内涵的重心发生位移。自由主义国家权力观认为,合法性的标志是由国家的中立性取向决定的,国家无能力比有能力更有意义。然而,国家的低效率、无能力会引发对合法性的质疑,而且当国家发展受限、停滞或倒退时,合法性还会随之消失。哈贝马斯说:“对于这种失败的惩罚,就是合法性被撤销了。”^[45]国家能力作为合法性的要素被置于现代国家治理和全球治理的话语体系,弱势国家需要强大的国家秩序才能进入被自由主义国家哲学标榜的不偏不倚的境界。桑托斯论证说:“一旦这样的弱势被产生出来,它就会产生超出预先要达到的外溢效果,直至危及新发展模式赋予国家的任务之履行。”^[46]自由主义国家权力哲学对积极保护公民权利的国家能力缺乏鲜明和有利的系统主张,呈现了国家权力学说与国家实践之间的悖论,而对非西方国家来说则有西方国家为什么撤掉梯子的重大嫌疑。^[47]

从“必要的恶”到“不得不干预”的国家权力观转化是西方国家一个行之有效的实用主义方案,也是一条被自由主义国家权力实践隐蔽的路线。随着复杂社会和风险社会的来临,国家权力没有因自由主义理念扩展而减少,一种被修正的新自由主义理论为积极的国家行为提供了理论依据。诺齐克将国家能力、公民团结以及主动性国家等要素纳入到新的国家权力观,这种转变是对原有思想的纠正,深刻反映了自由主义法哲学思想自身的缺陷。^[48]福柯对新自由主义的阐释,旨在论证国家的经济干预乃至干预本身的某种正当性。^[49]这种新的自由主义国家权力哲学呼吁借助国家的力量建立保护市场经济和公民权利的法治秩序,徘徊在消极国家权力观与积极保护公民法治观的对峙关系中。

(二) 如何理解罗尔斯对公民不服从设置的高标准条件?

基于个人与国家之间的社会契约假定,自由主义规范论释放其对国家权力的制约性功能。无知之幕后立法者合意是对洛克、卢梭和康德的社会契约论的继承和发展,回应了卢梭服从法律是服从自己的经典命题。^[50]如果合意是社会契约有效性的实质根据,每一个立约者同时作为立法者的意志则应获得充分体现。卢梭看到,“少数服从多数这个法则,其本身就是一种约定,表明至少有一次是全体一致的。”^[51]至少有一次一致同意的行动排除了大多数人与少数人在基础规范意见形成过程冲突的可能性,建立在自我立法基础上的自我服从提高了主体的立法素质,使其形成自我治理与国家或天下治理相契合的制度内涵。缺乏内在约束的自我服从失去了形成公意的资格,演变为具有私力救济指向的认识论特权。如果自我立法与公意之间发生转化性故障,则会在个体与国家、少数人与多数人以及个体之间产生长期的合法性冲突。

[45] [德]哈贝马斯著:《合法化危机》,刘北成、曹卫东译,上海人民出版社2000年版,第92页。

[46] [英]桑托斯著:《迈向新法律常识》,刘坤轮等译,中国人民大学出版社2009年版,第418页。

[47] 行之有效的经济政策和制度、国家积极作为被称为国家发达、强大和富裕的“梯子”。参见[英]张夏准著:《富国陷阱:发达国家为何踢开梯子》,黄飞君译,社会科学文献出版社2007年版,第177-178页。

[48] 参见[美]罗伯特·诺齐克著:《经过省察的人生:哲学沉思录》,严忠志、欧阳亚丽译,商务印书馆2007年版,第6-7页。

[49] 参见[法]米歇尔·福柯著:《生命政治的诞生》,莫伟民等译,上海人民出版社2018年版,第66-69页。

[50] 参见[德]卡西尔著:《卢梭·康德·歌德》,刘东译,三联书店2002年版,第36-37页。

[51] [法]卢梭著:《社会契约论》,李平沅译,商务印书馆2011年版,第18页。

不同的自然权利哲学或道德哲学确立了忠诚的对象和捍卫忠诚的话语,也要面对忠诚规则冲突而产生的一种“混乱的服从”难题,这种忠诚多元化景观与基于基本规范的宪法忠诚一元化形成了鲜明对比。^[52] 对罗尔斯来说,作为公平的正义理论就被限定在“法律被严格服从的状况”之中。对于“严格服从”的合理性解释是,对不服从者要提出资格审查,以便完成对不服从者的能力设定和评估。如果公民不服从的门槛过低,只要振臂一呼就可以启动公民不服从,将会摧毁来之不易的法治成就,更不要说在这个过程中伴随着非理性、私人性及搭便车等情况。^[53] 只有预先对不服从者提出能力要求,才能满足严格服从理论双重目的,一方面要测试民主法治国家的“成色”,避免出现反大多数人或伤及无辜的局面,另一方面要摆脱理论教唆者或为少数人暴政张目的可能的指责。因此之故,批评罗尔斯的一种观点认为,规范的公民不服从虽然提供了一个不错的理论体系的起点,却设置标准过度限制了公民不服从,足以驯服这一复杂的政治实践并使之无害化。^[54] 无害性判词等同于无用性,而作为理论无用性评价涉及到理论价值和效力,在此存而不论。

一个有趣的问题是,罗尔斯有没有意识到他的定义的悖论及可能产生的某种无用性? 罗尔斯将其理论视为一种社会制度的测试方案,而不是放之四海而皆准的理论。^[55] 罗尔斯提醒人们注意,不应当过高期望一种公民不服从理论,尤其是这种理论不能恰当地与现实世界的精确原则相匹配的时候。罗尔斯指出,“一种有用的理论”在于设置了处理公民不服从问题的观察点,并且缩小了接受民主社会基本原则的人们的真诚信念之间的差异。^[56] 罗尔斯对公民不服从的定义做出了一系列的前提设定和背景铺设,小心区分宪法的合法性与法律的合法性,捍卫自由的权利与抵制不正义法律的义务等关系范畴,还为规范的公民不服从设定了一个重要论域,使其能在一个接近正义的社会或民主自由制度已经建立起来的社会中获得有效性、平衡性和正当性。一切非民主体制乃至一切非现代国家制度都没有资格成为公民不服从运作的场域。声称要建立正义或接近正义的制度的社会实践或许可以被理解为某种形式的不服从,却不能被合乎逻辑地理解为规范的公民不服从,规范的公民不服从的独特功能在于弥补、完善和巩固而不是重构现代民主制度。

(三) 公民不服从改善论是否可行?

基于公民不服从的高标准设置,出现了两种改善的主张:其一,标准降低论。如将公民不服从的一些要素加以更换或调整,如将和平、非暴力等要素更替为有限的暴力或至少允许某种强制性的存在。^[57] 其二,要素转化论。如果使一种不服从更加“规范”,进入到宪法法律体系之中,则会产生如阿伦特希冀的宪制创新。降低论是非暴力解释学降压机制的组成部分,但降低公民不服从规范的标准不是简单地对形式规范要素的某种替换或

[52] “混乱的服从”是朱迪斯·巴特勒对西方遵从神律还是人律二元对立等式的反思。参见[美]朱迪斯·巴特勒著:《安提戈涅的诉求:生与死之间的亲缘关系》,王楠译,河南大学出版社2017年版,第128-129页。

[53] 参见[美]曼瑟尔·奥尔森著:《集体行动的逻辑》,陈郁等译,上海人民出版社1995年版。

[54] See Robin Celikates, *Democratizing Civil Disobedience*, 42 *Philosophy and Social Criticism* 1, 2 (2016).

[55] 参见[美]汉娜·阿伦特著:《共和的危机》,郑辟瑞译,上海人民出版社2013年版,第62页。

[56] 参见[美]罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第285页。

[57] See John Morreall, *The Justifiability of Violent Civil Disobedience*, 6 *Canadian Journal of Philosophy* 35, 44 - 47 (1976).

更新。倘若失去忠诚法律的目标,被降低的不服从行为在很大程度上落入违法或犯罪行为的行列,如果不能有效证明公民服从是忠诚法律的事业,降低论就不能与违法犯罪行为的掩饰策略相区别。对于转化论而言,将公民不服从“违法性”转化成“合法性”免除了个人风险,也失去了公民不服从自身存在的价值。

转化论与降低论都不属于合法行为的例外论域。现代法律体系没有为一种违法的行为留有空间,也没有为一种“合法的违法行为”的话语逻辑提供认识论。如果一种行为已经被认为是在行使具体的宪法权利,借助于服从法律观就可以证成转化论,而无需动员更多的理论资源。法律规范有效性向度不允许把法律的合法性等同于道德判断的有效性,也不允许把法律商谈设想成道德商谈的一个特例。^[58]对宪法的合法性论证支持凯尔森的法律规范等级理论,坚守了作为基本规范的宪法学假设。宪法的合法性将一种实质宪法的基础性规范的合法性作为前提,发挥“一个完整自足的规范系统”的绝对宪法的功用。^[59]

在很大程度上,规范的公民服从主体是“源于”而非“根据”法律行为的“法律使徒”,他或她愿意为一个不断走向正义的宪法秩序事业做出牺牲。然而,在历史社会学的语境中,从未有过从服从法律到忠诚法律的历史运动。视法律为治之末的儒家自然不会提倡忠诚法律观,即使发明了法治概念的亚里士多德,对服从法律的要求也只是针对好公民而非好人。毋庸置疑,在宪法秩序之下,服从法律的行为没有忠诚法律高尚、纯粹和有品位,却满足了普通人安身、避免苦难和追求幸福的秩序需求。借用韦伯祛魅话语,世俗化意味着对非理性权威的盲目崇拜和神学意识形态的终结,其中包含了对自我崇拜、英雄主义以及圣人情结的了断。保障不同动机且世俗化的公民享有法律下的自由是现代国家称职的基本标准。虽然公民不服从实践者不限于特定少数人,但不服从也不是只有特定少数人才享有的特权。与其他不服从主体相比,对公民不服从者的主体资格要求更严格,它不是任何人、任何时候可以随意参与的一项反抗活动。

(四)如何填补公民不服从因其“无用”而留下的空白?

本文着眼于一种批判意义上的解释学意识,其目标不是设计一种新的公民不服从理论,用以替代“高不可攀”的规范的公民不服从理论。不存在一种对规范的公民不服从的法律改良主义方案,换言之,如果不存在一种“去规范化”的公民不服从理论,使之可以按照人性的特征来实现私人自主和良心道德,也就不需要一种关于公民不服从“规范的规范”的理论。公民不服从不是通过某种宪法解释方法而被发现的“已是”宪法权利,也不是提议修宪使之成为“应是”的宪法权利。当公民不服从失去了被国家法律视为故意违法的行为特征,就超出了公民不服从论域。^[60]

[58] 参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2014年版,第285页。

[59] 在施米特的绝对宪法与凯尔森的形式宪法概念之间保持着某种连续性和一致性,参见[德]卡尔·施米特著:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第9-14页。

[60] 从阶级斗争和国际法的双重视角,乔姆斯基否认国家具有界定公民抗命的垄断权,参见[荷]厄尔德斯编:《乔姆斯基、福柯论辩录》,漓江出版社2012年版,第65-73页。

公民不服从自由主义违反了法律话语自身的逻辑,也忽视了新权利产生的正当程序原则。在新权利理论视域下,不公正的法律没有一劳永逸地被解决,但解决公民不服从面对的问题消失了。“打”不再是亲,“骂”不再是爱,违法不能达义。作为一种维特根斯坦的思维方式,违法的方法不再具有正当性,即方法自身不再证明其合目的性。与新时代社会矛盾相匹配的冲突解决方案不需要另起炉灶、重置全新的权利斗争模式。如果违法的权利不是一种权利,也不是一种新权利,穷尽权利救济原则则是当代权利发展的一个重要途径。

通过动态宪法观完善权利救济体系不失为权利制度创新的一个重要途径,成为保持合法性机制自我生产和再生产的制度性方法。哈贝马斯将公民不服从议题置于建制化的意见形成和意志形成过程中,指明民主法治国建设是一项敏感、易受刺激、可错且需要修正的事业,其目的是要在变化情况下重新实现权利体系。^[61] 哈贝马斯揭示了公民不服从的市民社会起源属性以及自我指涉的法治建构方案,强调了诉诸民众的交往理性能力和正义感的重要性,将公民不服从议题置于建制化的意见形成和意志形成过程。哈贝马斯指认的民主法治业态不是一个完成的固化制度结构,也不是福山历史终结论的产物,而是需要召唤并建构的政治系统规范性内容的现代性事业。以制度创新为标识的建制化方案必须保留消解社会内在矛盾、克制文化惰性的动力,一方面从自我意识上卸掉规范的公民不服从设置的巨大使命,这个使命让公民不服从实践者如同圣人或圣徒献身,并可能产生伪忠诚以及搭便车的策略行动,另一方面要解构不同形态的规范的公民不服从的理论。

当代权利救济制度是一个走向正义的社会制度系统,它以人权、民主、自治、规范为导向并成为现代国家治理和治理能力现代化不可或缺的组成部分。逃避型不服从和革命型不服从等归属私力救济范畴——它们显示了以合理性或正当性为目的的反抗形式;抗议型不服从的行动根据不是直接源于良心、纯粹的理性、直觉主义正义等实质正义,可以恰当地归属于公力救济。^[62] 以司法救济为中心的公力救济制度、具有准公力救济性质的仲裁制度以及体现自力救济性质的调解制度等获得了协同发展的功能。权利救济制度激活了合法性再生产的规范空间,既承认了权利体系的非完美性存在,也为朝向理想的权利体系发展提供了制度路径。

五 结语与讨论

法的正当性与法的规范性是当代法学理论对法的合法性论证的两种模式。公民不服从法定化诉求满足了在现代社会质疑合法性的愿望,也剥夺了公民不服从在道德上的独立品质。在价值、利益、意见和偏好多元的现代社会,寻找多数人的正义感面临着重塑实

[61] 参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2014年版,第472-473页。

[62] 参见贺海仁:《自我救济的权利》,《法学研究》2005年第4期,第63-74页。

质价值观的难题。着眼全球化景观,公民不服从借用了大众文化策略,并与后现代哲学思潮携手,其目标不是单纯地反抗某一法律制度和社会制度,而是指向现代性的非圆满性以及对国家权力哲学的重新审视。规范的公民不服从的倡导者不能全面防范搭便车者,也不能有效证明不服从者忠诚法律的动机。网络空间的大众文化通过朋友圈或其他社交平台表达生命状态、存在感和自我价值,但具有攻击性的数字不服从(网络黑客、分布式拒绝服务等),因其技术方案隐蔽性、诉求非公开性和网络行为的暴力性与规范的公民不服从绝缘。

公民不服从法定化和民主化的改良主义路线远离了故意违法的叙事。把一种公民不服从解释为言论自由权、结社权等宪法权利,是将违法行为认定为宪法权利。违法的权利主张走得太远,超出了现代国家制度正当性的论域。对于违法的权利主张而言,不仅需要明确谁有权享有违法的权利,谁来制止被滥用的违法权利,还要明确这样一种权利与忠诚法律的事业的内在关联。在宪法法律体系的现代法哲学视阈下,一个人有无违法的权利不在于可以设置这样的权利,也不在于对违法行为所做出的法哲学归类。问题的重点不在于将公民不服从法定权利降低或转化为公民不服从的某些标准,而在于在更新或重启权利救济制度的前提下实施公民不服从的哲学终结方案。

16世纪以来,在按照自由主义哲学建构的资本主义世界,为轻视、否定国家权力,倡导自由放任、无政府主义等非规范的公民不服从提供了思想资源。自由主义哲学忠实地体现了笛卡尔主客体二元论思维方式,在西方法学领域,这种二元论是通过自然法学、实证法学和历史法学等经典法学流派呈现出来的。对哲学二元论的批判在以尼采、海德格尔等为代表的现代人文主义思潮中呈现出来,完成了从主体哲学向主体间哲学的存在论思想转化。受制于一些由法治的意识形态布置的陷阱,由自然法假定支配的西方经典法学流派尚未与西方二元论哲学做出实质的精神性割席,^[63]并与21世纪以来逐渐兴起的趋同哲学渐行渐远。不过,历史终结论、资本主义终结论、现代性终结、意识形态终结等是一种趋势性理论图式,而不代表相关议题及其涵括领域消失。只有借助于查尔斯·泰勒现代性社会想象的概念,^[64]沃伦斯坦所说的16世纪以来我们所知道的现代世界体系在21世纪中期“将见证它自身最终的结束”的判词才能成立。^[65]

最后,对公民不服从的否定性批判不妨碍在制度变迁过程中的日常反抗,只不过看似游戏、娱乐的大众文化未必要与后现代主义建立话语联盟。面对当代宪制秩序的人权保障功能、法律认可的立法技术、偏好和自治等多元化存在形态,需要谨慎区分公民不服从与良心拒绝的界限。最后,作为一种推测而非论点,公民不服从终结是现代国家去革命化的法理考古学议题。

[63] 拉兹指明了哈耶克法治概念存在的两个法治的普遍谬误,这些谬误的根源在于使一种良法之治的主张陷入了政治理念之争,参见[英]拉兹著:《法律的权威:法律与道德论文集》,朱峰译,法律出版社2005年版,第210-211页。

[64] 与社会观念或社会理论不同,社会想象是基于普通人视角而获得的一种广泛认同和普遍共享的正当性意识,参见[加拿大]泰勒著:《现代社会想象》,林曼红译,译林出版社2014年版,第18-25页。

[65] [美]沃伦斯坦著:《现代世界体系》(第四卷),吴英译,社会科学文献出版社2013年版,第9页。

[**Abstract**] The normative theory of civil disobedience, which contains substantive elements such as the concept of civic virtue, a de-revolutionary view of the constitution, and philia's sense of justice, produces "legal saints" to safeguard the constitutional order and completes the transformation from obedience to law to loyalty to law. If civil disobedience is broadly interpreted in the discourse of rationality, it may become a synonym for revolution, crime, or private remedy. In the context of normative civil disobedience, the constitutional order governed by the fundamental norm is not something that supporters of civil disobedience should oppose, but a cause of the rule of law that they should faithfully defend and dedicate themselves to. Once the domain of civil disobedience shifts from religious disobedience and conscientious disobedience to normative civil disobedience, the theoretical basis of civil disobedience changes paradigmatically. With normative civil disobedience as the benchmark, the classic cases of civil disobedience can be seen as either a disguised form of revolution or a constitutional act. This exemplifies the queerness and contradiction of the concept of loyalty to law in the Western context. Taking civil disobedience cases out of western textbooks as a role model for non-western countries ignores the historical context in which the ideal cases exist. Civil disobedience expresses legal allegiance by illegality, thus bringing a number of dilemmas for jurisprudence such as nonviolent coercion, legalization of moral rights, illegitimacy of evil law, and self-obedience. Although the democratization and legalization of civil disobedience regulate the arbitrariness of *bona fide* illegality and the uncertainty resulting from the right to disobey the law, they deny the intrinsic value of civil disobedience. The normative theory of civil disobedience sets high standards for implementation, which have excessively limited civil disobedience, tamed this complex political practice, and produced a clawless paradigm. Normative civil disobedience creates a new loyal faith in law and becomes one of the few jurisprudential events in contemporary jurisprudence that pushes civil disobedience into the ultimate philosophical discourse. Normative civil disobedience ignores the legitimate dimension of state power and reveals the limitations of the liberal theory of the state. Focusing on the philosophical deconstruction of normative civil disobedience, this paper does not design a refined version or improve this theory by replacing some elements of normative civil disobedience with lowered standards. Neither does it try to give a legal reformist proposal that would make civil disobedience a part of constitutional rights. Through a dynamic interpretation based on the rights remedy mechanism of the fundamental norms, fundamental rights are connected to constitutional rights with non-legal resources such as social, cultural and moral rights. This broadens the path of good law and good governance in which legality absorbs legitimacy and further maintains the institutional method of self-production of the legality mechanisms.

(责任编辑:田 夫)