

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目



法律的政治分析

THE POLITICAL ANALYSIS OF LAW

胡水君 © 著

中国社会科学出版社

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目



法律的政治分析

THE POLITICAL ANALYSIS OF LAW

胡水君 © 著



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律的政治分析 / 胡水君著. —北京: 中国社会科学出版社, 2015. 10

ISBN 978 - 7 - 5161 - 7265 - 0

I. ①法… II. ①胡… III. ①法学 - 政治学 - 研究
IV. ①D90 - 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 282687 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 任 明
特约编辑 乔继堂
责任校对 郝阳洋
责任印制 何 艳

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 [http: //www. csspw. cn](http://www.csspw.cn)
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2015 年 10 月第 1 版
印 次 2015 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 36. 25
插 页 2
字 数 613 千字
定 价 88. 00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话: 010 - 84083683
版权所有 侵权必究

前 言

1776年美国《独立宣言》有这样一段话：“这些真理是不证自明的：人人生而平等，造物主赋予他们以某些不可剥夺的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，才在人们中间成立政府，政府的正当权力，源于被管理者的同意。无论何时，只要任何形式的政府毁损这些目的，人民就有权改变或者废除它。”1789年法国《人权和公民权利宣言》同样宣布：“一切政治结合的目的都在于保存自然的、不可侵犯的人权。这些权利包括自由、财产、安全和反抗压迫。”18世纪的这两个文献清楚地标明了一种新的政治类型的诞生。

这是与政治专制主义（political absolutism）相对的一种政治类型，可称之为“权利政治”。权利政治主要按照“人权和公民权利—国家权力”这一二元对立的理论范式建立起来。此种理论范式由17、18世纪的启蒙思想家提出。为了给一种与教权统治和君主专制针锋相对的新型统治或治理形式提供正当性论证，启蒙思想家建构了一套自然状态学说和社会契约理论。按照托马斯·霍布斯（Thomas Hobbes）、约翰·洛克（John Locke）、让-雅克·卢梭（Jean-Jacques Rousseau）等人的设想，人们在国家产生之前生活在一种“自然状态”。由于人人享有“自然权利”，各自拥有私的权力，如执行“自然法”的权力，这一状态成为或最终演变为人对人就像“狼对狼”一样的相互提防或交战状态。为避免混乱不堪的“战争状态”，人们共同达成协议或默契，把分散的、非集中的、私的权力，统一交付给一个人或机构。国家或公共权力由此产生，并获得对暴力使用的垄断，人们则通过权力的统一上交换回合法权利。自此，人的“自然权利”受到国家法律和国家垄断权力的持久保护。尽管启蒙思想家的这些设想，时常被人批评为“无聊的虚构”和“美学上的假象”，但18世纪的现代政治哲学还是在此基础上被建立起来，成为权利政治的重

要理论渊源。

列奥·施特劳斯（Leo Strauss）讲过，“18 世纪的政治哲学就是一种自然权利论”，“彻底质疑近三四百年来的西方思想学说是一切智慧追求的起点”。本书不是一本关于权利政治的专门著作，无意对权利政治作彻底的质疑，但在很大程度上，权利政治构成本书的一种重要参照背景。这种背景与其说是写前有意设置的，不如说是编后自动呈现的。作为西方现代建构的主导方面和近代以来人类取得的最主要的文明成果，权利政治一直影响着包括中国在内的后发展国家现代化进程中的政治法律实践。在这样一种大的历史背景下，中国学者谈论法律问题、研究法律理论而能避开权利政治也许是不现实的。本书有对权利政治的理论描述，也有对权利政治的批判分析，但对权利政治的集中论述比较少，各篇与权利政治之间也需要作适当的勾连，所以对此在书前再多写几句。

权利政治以个人自由为价值目标，以政治国家与市民社会相分离并进而以市民社会制约政治国家为社会基础，以权力分立为政治原则，以法治（rule of law）为法律原则。其要义在于“人权和公民权利”与“国家权力”之间的目的与手段关系，亦即，国家权力是实现人权和公民权利的政治手段，国家权力的存在和运行以保存和维护人权和公民权利为目的。这是启蒙思想家的核心观点，也是自由主义政治哲学的精要部分。此种政治类型自 18 世纪产生以来，一直是西方政治法律实践的主导模式，而且在国内和国际两个层面不断深入扩展。在国内层面，对公民权利的保护为国家权力的存在和运作提供了正当理由，“民族国家”循着权利之名得以建立并逐渐强大。在国际层面，人权作为一种普适性话语以欧美为中心逐渐向世界范围扩展，权利政治成为世界范围政治法律改革的主要导向。大体可以说，近三百多年来的现代史，在很大程度上是权利政治和权利话语的扩展史。

在中国近一个半世纪的现代化进程中，权利话语几经周折，终于在改革开放之后逐渐成为一种强势话语。不过，这一话语在中国社会扩展和深入过程中，既受到来自西方文化的内在反省，也受到来自中国本土的其他话语的外部挤压。在西方已步入所谓“晚期资本主义社会”或“后现代社会”将近半个世纪后谈论人权和公民权利，不同于也不应同于 20 世纪初期的中国人谈论科学和民主。本民族的文化自觉，以及因为权利政治在理想与现实、表象与真实、特殊与普适、单一与多元、历史的偶然与历史

的必然等之间的矛盾冲突而导致的对权利话语的理论反思，在现时代表现得更为明显。挤压权利话语的本土话语则主要源于传统和现实两个方面。传统方面最主要的是中国传统文化中的“德性”话语，现实方面最主要的是中国现实情境中的“利益”话语。就此而言，“现代权利话语”“传统德性话语”和“现实利益话语”，构成为中国现代化进程中相互竞争，而又需要相互协调的三个重要维度。

权利体现了人的主体意识的觉醒和主体性的伸张，它是与人的“成熟”和“解放”相联系的一个概念。伊曼努尔·康德（Immanuel Kant）1784年在回答“什么是启蒙？”这一问题时，曾把“启蒙”作为不成熟与成熟的界分，认为不成熟是“只服从而不思考”，成熟则是“服从并勇敢地运用理性”。“敢知的勇气”把人从宗教和传统权威中解放出来，使人得以对政治统治作出自主选择并予以理性审视。在此，康德实际上已涉及权利与政治的结合：“人的权利必须被视为神圣的……一切政治都必须跪在权利的面前”。权利政治由此开始。如果“启蒙”标志着现代性的开始，而现代性又可被视为历史性的断裂或转折，那么，权利政治就属于在此断裂中产生出来，并对后世发生全球性影响的“社会生活或组织方式”中的一种。现代性的断裂或转折集中发生在三种关系上。一是对事物的关系，二是对他人的关系，三是对自己的关系。这三种关系被米歇尔·福柯（Michel Foucault）称为实践体系的三大领域。对事物的关系是天人关系，现代社会在此关系上确立了理性认知的主导地位，它主要涉及知识和天理。对他人的关系是人际关系，现代社会在此关系上确立了人的平等权利主体地位，它主要涉及权力和法理。对自己的关系是人己关系，现代社会在此关系上确立了意志的自治地位，它主要涉及道德和伦理。权利政治主要处于这三种关系中的第二层面上，它在把人建构为权利主体的同时，强调了政治实践对人的权利的尊重。

福柯洞察到康德有关“启蒙”的见解与其三大“批判”之间的联系，并进而挖掘出“启蒙”中的批判因素。如此，现代社会的上述三种关系仍然处于批判的境地。三种关系中，法理与天理、伦理实际是联系在一起的。人的权利主体地位以人对世界的理性认知路径为前提，理性在摆脱和破除外在权威从而树立人的主体地位的同时，也拉开了天理与伦理之间的距离，这使得人的道德自治迷失在一种缺乏或找不到客观意义的情境之中。就天人关系而言，现代社会按照人的理性认知、建构和控制世界，按

照人的理性建构和培植权利主体，同时沿着理性和科学的路径织就一张现代文化之网，使世界日渐成为一个为人的理性所符号化和复杂化的世界，日渐成为一个人化的世界。这样一张人化和理性化的意义之网，在很大程度上使得人与自然或“天”越来越疏远，越来越陌生。就人际关系而言，权利政治虽然强调了对人的尊重，强调了理性的运用，但它在削弱传统的社会团结的同时，如一些学者所认为的，并未消除服从和统治。而且，在一定意义上，服从反倒成为理性运用的最终结果。康德在讨论什么是“启蒙”时，反复引述普鲁士国王腓德烈（Frederick）的话：“可以争辩，随便争多少，随便争什么，但必须听话，”并且以这样一句话作结：“以一种适于人的尊严的方式对待人……这对政权本身是有好处的。”由此约略可以看出，权利政治的中心可能实际在于服从和政治，而权利不过是使这种服从和政治持久下去的一种新的权力策略而已。权利政治并不是不服从的政治，而是一种理性服从的政治，是一种抵御权力专制或权力使用喜怒无常的统治的政治。就人己关系而言，主要作为社会交往媒介和政治斗争工具的权利，在现代社会并不能为人提供一种源于天理的道德扶持，因为这一点，现代社会才特别有必要关注现代权利与传统德性的关系问题。

与权利比起来，德性也体现了人的主体意识的觉醒和主体性的伸张，它同样与“成熟”和“解蔽”联系在一起。只不过，权利“启蒙”发生在两三百年前的欧洲，而德性“解蔽”则在两三千年前的中国即已发生。所以，梁漱溟认为中国文化“早熟”。从晚清以来的历史看，德性的衰微与权利的生长是中国现代化进程中同时出现的两种现象。这样一种此消彼长，似乎表明着权利与德性之间一定程度的差异。如果德性可被视为一种源自远古的“道”，那么，权利就是兴盛于近三百多年的另外一种“道”。这两种“道”在三种关系上存在很大不同。在天人关系上，权利之道源于人对外在世界的一种理性审视和把握，它强调人对外在世界的理性认知和控制，正所谓“知识就是力量”；而德性之道则源于人对天理的一种内在涵化和包容，它强调人的道德力量和天人合一的道德境界，正所谓“动天地”“与天地参”。在人际关系上，权利之道以个体和自我的利益为中心，强调人与人之间权利义务的界限，在很大程度上承认争权夺利的正当性，正所谓“财产权神圣不可侵犯”；而德性之道则崇德尚义，讲孝悌伦理、宽恕容忍、人际和谐，正所谓“廓然大公”“民胞物与”。在人己关系上，权利之道强调人的生理本性的扩张，反对对物欲的束缚和压抑，

崇尚人的行动自由和精神自由，正所谓“不自由，毋宁死”；而德性之道则强调克制和适度，讲中庸和圆融，正所谓“择乎中庸”“致中和”。尽管权利与德性在一定意义上都涉及道德和利益，但就其各自的侧重和主要方面而言，权利与德性在很大程度上体现出外在社会之理与内在生命之道的差别。

把权利与德性作为两种元素剔挑出来予以区别比较，目的并不在于简单地对二者作“权利优先于善”之类的判断，而在于指明现代社会发展需要特别把握的内外之道。这其实不仅仅是中国社会需要注意的问题，也是现代社会普遍面临的问题。施特劳斯在20世纪晚期指出，“真正的自由人今天最紧迫的责任莫过于全力对抗堕落的自由主义，这种堕落的自由主义宣扬人的唯一目的是只要活得开心而不受管教，却全然忘了人要追求的是品质高贵、出类拔萃、德性完美”。在个人主义权利观的指引下，随着理性化进程的加深，权力和金钱日渐向包括家庭在内的生活世界渗透，权利的分界则不仅瓦解了原有的社会团结，也加强了冷酷的利害关系对温情的友爱关系的替代。在暴力使用被国家垄断的格局下，公民无一例外地与国家发生一种“直接面对面的”联系，公民彼此之间则如同“马铃薯”一样通过权利义务被分隔开，借助于法律、权利彼此交往或相互反对。法律与道德也在现代社会发生更大程度的分离，这与其说是法律对道德涵容能力的衰微和丧失，毋宁说是法律因为社会需要而对道德的疏离和摆脱。卢梭曾说，“在没有使人成为人以前，决没有必要使人成为哲学家”。在有关“法律与文学”的研究中，也有学者提到，在把法律系学生培养成为律师之前，首先要把他们培养成为人。同样，现代社会在把人培养成为会说话、会劳动、会理性思维、会斤斤计较的权利主体的同时，也不应疏忽人的道德主体地位。就此而言，现代社会需要特别掌握把权利与德性结合起来的内外之道。古人所谓“外积功德，内固精神”，也许可以用来作为此种结合之道的一种注解。具体而言，现代社会在政治社会层面以政治、法律制度保护人权和公民权利、约束国家权力的同时，有必要在个体层面重新昭苏德性，传承德性这一精神本源，使德性在个体层面得以普遍展开，正所谓“开辟价值之源，挺立道德主体”。

如果德性是权利政治在传统维度上遇到的一种竞争话语，那么，利益就是权利政治在现实维度上遇到的另一种竞争话语。由于权利一般被认为是法律所保护的利益，权利与利益之间细微而重要的差别时常不为人注

意。实际上，这些差别标明着两种不同的治理之道：权利之道与利益之道。从主体看，利益并不以“主张”（claim）为必要条件，而权利概念一般包含“主张”这一要素。也就是说，一种利益，如果无人主张或提出要求，就不能成为权利。就此而言，权利人比利益人具有更强的主体意识，权利保护比利益保护在主体上更具有主体性和主动性。这在政治上主要表现为“当家作主”与“为民作主”的差别。从保护手段看，由于权利一般被认为是正当的，权利主要通过法律予以保护，因此，“法治”是权利政治的法律原则，也是自由主义政治哲学的重要内容。而利益并非全部是正当的，它既可通过法律予以保护，也可以通过政策、私力等其他非法律方式获得保护。就此而言，权利之道与利益之道在一定程度上表现出马克斯·韦伯（Max Weber）所谓的“形式合理性”与“实质合理性”之间的差别。权利政治并非“只保护而不思考”，而是“保护并勇敢地运用理性”。此外，从哲学基础看，权利一般立足于个人主义，强调个人以及个人自由、个人选择的重要价值，而比较起来，政治领域中的利益，特别是诸如最大多数人的最大利益、最广大人民的根本利益等，其功利主义或集体主义色彩显得更重。就此而言，权利之道的核心在于个人权利，而利益之道的核心实在于社会或公共利益。权利与利益之间的这些差异可以让人从很多方面洞察到权利政治的边界，也足以让人洞察到权利政治在中国社会的现实境遇。

基于利益与权利的对比而在利益之道与权利之道之间勾画出一条从前者到后者的直线型发展轨迹也许是需要慎重考虑的。权利政治无论是在服从上，还是在权利保护上，都强调理性思考，这种进路使得权利政治在政治统治和权利保护上都形成了一套独特的策略、手段和方式。例如，在正义论上，权利政治强调形式正义或普遍正义，而反对社会正义。形式正义注重中立规则或抽象规则、注重同一标准的平等适用、注重机会均等。它虽然在很大程度上能够增进个人自由，但就这种正义同时也是一种无意改变乃至支持社会事实不平等的正义而言，对这种正义的执行最终可能只是对国家权力体制和社会权力体制的维护。又如，在治理方式上，权利政治一般强调程序法治而忽视实质法治。程序法治注重通过法律程序来获得法律结果，这有助于限制和防止权力专断，也有助于社会中的各种利益和价值通过确定和可预期的抽象规定和程序来表达和实现自己。但程序法治并不必定带来结果的正义，受时间等条件的限制，它最终可能只以未必真实

的法律事实代替案件真实而结案,从而使得案件的处理丧失实质正义。而且,在法律实践中照本宣科地作出决定可能并不困难,但要真正通过法律来平息社会纠纷、解决现实社会问题却远没有如此简单。中国司法史上的地方保护主义、执行难等问题充分表明了这一点。如此来看,在权利诉求尚乏有效的法律救济机制、在利益迫切等待保护、在社会现实问题需要及时解决、在利益分配机制失衡等情况下,借助于包括法律在内的多种途径或综合手段,利益之道可能显现出不同于权利政治的一定现实生命力。大体上,权利之道具有制度论取向,利益之道则具有实践论取向。如同历史上法家治理与儒家治理各显侧重一样,制度虽可流传久远,但它并不足以一劳永逸地解决所有的具体现实问题;实践有时虽然不讲章法、不因循守旧,但它恰可在因地制宜、因势利导中表现出灵活性和创造性。由于并不以个体权利为唯一权衡目标,利益之道比权利政治可能更加开放、包容和多元,德性和权利话语在其中都可以得到流行并起重要作用。也正因为这一点,利益之道在法理上更需要受到合理价值的引导,以使政治真正成为—种实践正义、德性和权利的活动,而避免沦为专制主义。从理论上讲,一种比较完善的政治,应是结合德性论、制度论和实践论,将德性之道、权利之道和利益之道贯通起来的政治。

基本上,在权利政治背景下,权利之道、利益之道和德性之道是这本书大致可以捋出的线索。全书分为“法的学理研究”“法的思想源流”和“法的理性批判”三编。鉴于正义、权利、德性对于利益政治或功利政治的重要性,本书以“法律与正义的一般理论”开篇,旨在言明正义在政治和法律实践中并非可有可无之物。第二章“法律的政治分析”和第三章“全球化背景下的国家与公民”,对权利政治讲得相对较多。第四章“权利维护与社会控制”、第五章“作为社会变革工具的法律”和第六章“权利的道德和政治处境”,对权利之道与利益之道的关系、实现方式及其在具体问题上的应用等有所涉及。第七章“儒家传统与现代法治”则主要涉及权利之道与德性之道的关系。其后五章构成中编,对弗雷德里希·奥古斯特·冯·哈耶克(Friedrich August von Hayek)、约翰·罗尔斯(John Rawls)和尼克拉斯·卢曼(Niklas Luhmann)的现代法律理论或自由主义政治哲学作了力所能及的分析,有关“法律与文学”、法社会学的两章,则包含了对现代政治和法律体制的某些文学批评、社会批判和道德思考。下编的六章,转入法律与社会理论,着重围绕福柯对于权利政治和

现代体系的理性反省和批判展开。

对现代性的理论省思，看上去占据了书的较大篇幅。然而，这并不表明本书持有一种传统立场或反现代立场。尽管近代以来的中国亟须从文明重构的高度来融会传统与现代，为现代世界文明注入新的泉源活水，但经历百年动荡后，直到 21 世纪初，谈中国对于现代性的超越仍是言时尚早。其实，无论是对于自身文化传统，还是对于源自近代西方的人文潮流，现代中国都还没有达到透彻贯通的地步。在很大程度上，对现代性的批判审视，构成为深刻理解、合理吸纳现代性的重要条件，而不宜成为寻求反现代性的现代化歧途的理由。将现代权利话语、传统德性话语和现实利益话语结合起来看，建立和完善基于人权和公民权利的民主法治，仍可谓现代中国在政制层面的历史任务和发展方向。同时，在此民主法治体制构建过程中，价值基点上自然权利与仁义道德的融通，“道”与“政”的关系上道德系统与政治体系的契合，以及“政”与“治”的关系上现代民主与传统仁政之间的协调，亦是现代中国在价值和治理层面需要作长远考虑的时代课题。总体上，一种从作为道德责任的人权出发，延续传统行政治理智慧，最终达致道德系统与现代民主、市场和法治体制重新融合的中国式民主法治和治理体制，无论是在理论上还是在实践中，都是值得期待的。

目 录

上编 法的学理研究

第一章 法律与正义的一般理论	(3)
第一节 正义的基本问题	(3)
第二节 正义的种类划分	(16)
第三节 法律正义的要素	(31)
第二章 法律的政治分析	(47)
第一节 法律与政治的一般关系	(48)
第二节 法律的政治权力结构	(59)
第三节 权利政治及其权力内核	(69)
第三章 全球化背景下的国家与公民	(76)
第一节 民族国家的建构及其权力策略	(76)
第二节 地方化与非权利规则	(80)
第三节 全球化与全球法	(83)
第四节 世界化与人权	(86)
第四章 权利维护与社会控制	(91)
第一节 个体权利与共同体生活	(91)
第二节 权利张扬与纠纷解决	(96)
第三节 全球化与地方性知识	(101)
第四节 社会控制与法律权利	(106)

第五章 作为社会变革工具的法律	(110)
第一节 美国禁酒令	(111)
第二节 北京禁放令	(118)
第三节 立法与诉讼	(124)
第六章 权利的道德和政治处境	(135)
第一节 权利的道德处境	(137)
第二节 权利的政治处境	(149)
第三节 权利的实现途径	(154)
第七章 儒家传统与现代法治	(179)
第一节 儒家理念与现代法律体系	(179)
第二节 法治崛起与社会客观发展	(185)
第三节 作为治国方略的中国法治	(190)
第四节 法治的精神底蕴：权利与道德	(207)

中编 法的思想源流

第八章 法律的自发生成：哈耶克之法律思想	(219)
第一节 个人理性与秩序自发扩展	(220)
第二节 自由民邦的法律及其正义	(230)
第三节 作为正当规则之治的法治	(247)
第九章 法律的正义价值：罗尔斯之理论转向	(255)
第一节 普遍的正义原则	(256)
第二节 政治的正义观念	(261)
第三节 自由社会的万民法	(266)
第十章 法律的独立系统：卢曼之法律理论	(270)
第一节 法学与社会学的结合	(272)
第二节 法律发展与社会进化	(278)
第三节 功能分化与现代法律	(287)

第四节	后现代社会及其法律	(295)
第十一章	法律的人文向度：“法律与文学”思潮	(304)
第一节	法律文学与文学法学	(306)
第二节	文本解释与政治权力	(324)
第三节	“法律与文学”在中国	(339)
第十二章	法律的社会根基：法社会学之发展	(343)
第一节	法社会学的生发	(344)
第二节	法社会学在欧洲	(353)
第三节	法社会学在美国	(367)
第四节	法社会学在当代	(378)

下编 法的理性批判

第十三章	法律人格与社会理论	(391)
第一节	刑罚革命与科技革新	(393)
第二节	人道改造与惩罚技术	(399)
第三节	惩罚理性与现代社会	(406)
第十四章	法律治理与规训社会	(410)
第一节	权力分析的两种模式	(411)
第二节	规训及其技术和手段	(419)
第三节	规训扩展与法律衰微	(426)
第十五章	社会理论中的惩罚	(439)
第一节	从酷刑到监禁的历史转变	(439)
第二节	国家权力与个人权利的现代螺旋	(445)
第三节	现代进程中人和国家的道德向度	(451)
第十六章	惩罚理性批判	(459)
第一节	人道主义中的“人”	(461)

第二节	作为权力技术的惩罚	(465)
第三节	生命权力的非人道后果	(469)
第十七章	政治理性批判	(476)
第一节	君权理论与治理艺术	(478)
第二节	身体政治与生命政治	(487)
第三节	教牧权力与国家理性	(492)
第十八章	权利政治的流变和重构	(503)
第一节	霍布斯：统治权与权利	(504)
第二节	马克思：革命与解放	(512)
第三节	福柯：规训与统治	(520)
第四节	迈向作为道德责任的人权	(527)
参考文献		(531)
人名索引		(549)
主题索引		(557)
再版后记		(565)

上编

法的学理研究
