



Legal and Political Philosophy Review

法哲学与政治哲学评论

第1辑

主编 吴彦 黄涛

良好的政治秩序

国家的概念 [德]康特洛维茨

论什么是最好的政府形式? [瑞士]让·雅克·布拉克

论康德的共和主义概念 [德]弗里德里希·施莱格尔

阿奎那《论法律》讲义 [西班牙]维多利亚

贤人政治 张东荪

华东师范大学出版社



Legal and Political Philosophy Review

法哲学与政治哲学评论

第1辑

主编 吴彦 黄涛

良好的政治秩序

华东师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

良好的政治秩序 / 吴彦、黄涛主编。

—上海: 华东师范大学出版社, 2016.1

(法哲学与政治哲学评论·第1辑)

ISBN 978-7-5675-4045-3

I. ①良… II. ①吴… ②黄… III. ①政治制度—研究 IV. ①D033

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 199577 号



本书著作权、版式和装帧设计受世界版权公约和中华人民共和国著作权法保护

法哲学与政治哲学评论·第1辑

良好的政治秩序

编者 吴彦 黄涛

审读编辑 郑琪

责任编辑 彭文曼

封面设计 周娟 钟琛

出版发行 华东师范大学出版社

社址 上海市中山北路 3663 号 邮编 200062

网址 www.ecnupress.com.cn

电话 021-60821666 行政传真 021-62572105

客服电话 021-62865537 门市(邮购)电话 021-62869887

地址 上海市中山北路 3663 号华东师范大学校内先锋路口

网店 <http://hdsdcbstmall.com>

印刷者 上海景条印刷有限公司

开本 890 × 1240 1/32

印张 8.75

字数 200 千字

版次 2016 年 3 月 第 1 版

印次 2016 年 3 月 第 1 次

书号 ISBN 978-7-5675-4045-3/D.197

定价 45.00 元

出版人 王焰

(如发现本版图书有印订质量问题,请寄回本社客服中心调换或电话 021-62865537 联系)



VI HORAE

华东师范大学出版社六点分社 策划

编委会

主 编 吴 彦 黄 涛

编委会成员（按姓氏笔画排序）

于 浩 王 涛 王江涛 田飞龙 冯 威

朱 振 朱明哲 刘振宇 汤沛丰 李 柯

李明坤 李燕涛 杨 陈 杨天江 汪 雄

张 龔 周国兴 郑 琪 郑玉双 赵 真

姚 远 徐震宇 蒋如俊 韩 毅 雷 磊

目 录

卷首语 / 1

主题 良好的政治秩序

国家的概念 [德]赫尔曼·康特洛维茨 著 曹勉之 译 / 5

论什么是最好的政府形式? [瑞士]让·雅克·布拉马克 著
陈浩宇 译 / 27

论康德的共和主义概念 [德]弗里德里希·施莱格尔 著 吴彦
译 / 48

程序共和国的宪法:自由权和公民美德 [美]桑德尔 著 张涛
译 / 71

研讨评论

以斗争为业:卡尔·施米特与政治的可能性 [美]威廉·拉什
著 董政 译 / 100

访谈

道德、政治与自然法:V.赫斯勒访谈录 [德]维多利奥·赫斯
勒、郑琪 著 / 149

经典文存

阿奎那《论法律》讲义 [西班牙]维多利亚 著 杨天江 译 / 160

旧文重刊

贤人政治 张东荪 著 / 224

稿约和体例 / 269

编后小识 / 273

卷首语

作为理性动物的人拥有诸多本能,其中有两种本能对我们讨论道德和政治现象尤为重要。一种是非社会性本能(*unsocial instinct*),另一种是社会本能(*social instinct*)。前一种本能驱使人远离群体而过一种富有个性化的生活,它促生了人们对私人领域的追求,尤其是对独占式财产的追求。而后一种本能则驱使人生活到一起,不仅是因为要克服因单独生活而带来的生活物品的匮乏,而且更因为群体生活本身所富有的吸引力。婚姻、家庭、友谊、经济和政治活动,所有这些都使人的生活变得更加丰富,进而为其过一种幸福的生活提供了基本条件。政治秩序就是对所有这些人类活动的一种安排。诸如财产的归属、家庭的构成、经济活动的基本形态以及国家权力的限度等。好的政治秩序可以使生活在该秩序中的人过上一种好的生活,而不好的政治秩序则无法让他们过上的生活。因此,对于良好政治秩序的追求一直是人类社会最核心的诉求。本辑所论之主题即“良好的政治秩序”。

就该主题的整体框架而言,大致可以在以下三个层面上予以考察。首先就该主题所预设的前提而言,主要有两个不可避免的问题:一是何谓国家,二是何谓政治。它们是我们谈论良好政治秩序的前提。在我们尚未对此有所理解并试图洞悉其中所含之意涵

的情况下,我们无法对何谓良好作出正确与合理的判断。有关政治和国家的问题,不仅论及国家之内的问题,即作为国家学说(the theory of state/Staatslehre),还论及国家之间的问题,即作为国家间学说(the theory of inter-states)。而后者则不仅是一个国际政治问题,而且还涉及诸文化间的关系,以及作为“族类”(human race)和作为“人类”(human being)而存在的人所面临的基本生存状态。本辑的两篇论文——德国法学家康特洛维茨的“国家的概念”以及拉什论述施米特的政治概念的文章——便涉及这两个问题。

第二个层面的问题涉及基本的价值主张或根本性的政治原则。这包含了西方历史围绕着各式各样的“主义”而展开的激烈论争。本辑主题论文栏目收录的第三和第四篇论文便是在这个层面上展开的。第三篇论文(施莱格尔,“论康德的共和主义概念”)所讨论的共和主义并非古希腊或古罗马意义上的古典式共和主义,也不是当代斯金纳、波考克等所倡导的共和主义,更不是卢梭所代表的那种共和主义,而是一种康德式的共和主义。康德的共和概念有其独有的品格,他对于共和的理解和论述构成了他的永久和平思想的基础,同时也构成了德国式自由主义的基础,对于它的理解和阐发可以澄清诸多我们现在可能尚未澄清的问题。第四篇论文(桑德尔,“程序共和国的宪法”)讨论了一个非常重要的概念——“公民美德”,其矛头直指自由主义,准确来说,是“现代”自由主义。对于人类心智的“放任”是现代自由主义最为核心的特征。它原本试图通过区分外在的交往世界[国家、法律与共同秩序]和完全内在的个人世界[信仰和内心自由]来消除因宗教教义之分歧而引发的战争,然而该原则的不断践行却引领着我们走向一个内心不断被虚无化的世界。内心秩序对于政治秩序到底有何意义?它是否应当被排除在政治考量之外?诸如此类的问题或许在某种程度理应再次被提上思考议程。

第三个层面的问题则涉及“制度”。这个“制度”是就最基本

的制度设计而言的,我们也可以将其称为“政体”问题。当然,“政体”一词过于含混,有时,我们用“宪制”(constitution)来加以称呼或许更为妥帖。当然,任何一种宪制,或如英文原词 constitution 所表达的含义——“最基本的构成方式”——所表示的那样,它首先总是预设着一种基本的价值主张和政治原则(亦即在此我们所谓的第二个层面的问题),它塑造着某个特定的共同体的基本构成样式。所以,第二和第三个层面的问题是同一块硬币的两面,它们互为表里。前者更关乎“精神”,后者则更关乎“制度”。在古代世界,这个最基本的构成样式——亦即基本制度构架——就是所谓的君主制、贵族制和民主制,当然还有围绕着它们的混合政体之论述。自现代民主观念盛行以来,这个宪制划分框架基本已经被废弃。然而,潜藏在上述划分、尤其是潜藏在混合政体论说中的基本思想所赖以凭的并非以“自我统治”为核心的“合法性”观念,而是针对人类社会固有的统治现象而提出的“如何更好地来治理一个共同体”这一思想。在民主思想大潮席卷世界的 20 世纪乃至今天,这些已经被“废弃”的思考框架是否真的已经过时而不值得再去问津或许仍未有定论。主题栏目的第二篇文章(让·雅克·布拉马克,“论什么是最好的政府形式?”)所论之主题便涉及这个层面。

在主题栏目之外,本辑还收录了郑琪博士对圣母大学教授赫斯勒的一篇访谈。这是赫斯勒来复旦讲学时本刊编辑做的专访,主要围绕着他的重要著作《道德与政治》展开,论题涉及政治、国家以及自然法。本辑还收录了维多利亚的一篇长文。维多利亚是 16 世纪西班牙经院主义哲学的开创者,他的《论美洲印第安人》被誉为现代国际法的开山之作,在此收录的文章是他对阿奎那《神学大全》中“论法律”部分的一个讲解。同时,这也是他的著作第一次被译成中文。

[主题 良好的政治秩序]

国家的概念*

[德] 赫尔曼·康特洛维茨** 著

曹勉之 译 杨国栋 校***

什么是国家的概念？这个问题有几重含义。我并不是指采用“国家”这一术语、为此必须在此位置安放一个概念加以阐释的不计其数的各国法规和其他法律条文。这个高度技术化的问题必须由各国的法学家各自加以解决，并不能由一位在英国公众面前讲演的德国法学家解决。我所试图解决的是一般法理学意义上的该问题的涵义，而且这是一个根本性的问题，因为“国家”是法理学的基础概念，并且它和法律科学上的最高概念（即法律自身的概念）紧密相关。我们的问题在国际法中也同样重要，因为，除了极少数例外，只有国家在其宪法意义上才能拥有国际的人格，尽管很多国家在宪法意义上并不具备这样的人格。

* 本文译自 Hermann Kantorowicz, "The Concept of the State" in *Economica*, No. 35 (Feb., 1932), pp. 1-21. 本文系作者在 1931 年 10 月 12 日在伦敦大学所做的演讲。“State”一词在中文中有“国家”、“邦”和“州”三种对译，正文系循上下文语境译出，不统一规定。

** 赫尔曼·康特洛维茨 (Hermann Kantorowicz) (1877-1940)，由刑法而入国家法、法哲学，曾先后在弗赖堡大学 (1923-29)、基尔大学 (1929-33) 担任法学教授，因政治观点和犹太问题立场去职，后在纽约城市学院、伦敦经济学院、牛津万灵学院和剑桥大学任教，卒于剑桥。

*** 曹勉之：上海交通大学凯原法学院博士研究生；杨国栋：德国汉堡大学法学院欧盟公法博士候选人。

例如,美利坚合众国,在宪法和国际法上都是国家。纽约州只在宪法意义上是州(State),而纽约市在以上两个意义上都不是,尽管在其他每个方面,纽约市都比像哥斯达黎加这样在两个意义上都是国家的政治体重要得多。我现在仅仅是在宪法意义上去讨论国家。

但是即使加上这一限定,国家的概念的问题也不仅仅具有法学(juristic)上的重要性。其在政治上也是重要的,国家概念是政治宣传的一种重要方式。一个物理或者道德的实体会逐渐地在某一意义上实现自身(become perfect),除非这一倾向受到一些相反利益(interest)的制衡。一旦政治体被承认为国家,它将致力于成为国家的最高级形式;通常在假定其利益不与这一趋势相冲突的情况下,非主权国家将致力成为主权国家,复合国家将致力成为单一制国家。例如,如果德意志帝国(German Reich)的领土单元,比如,巴伐利亚,要被迫去理解它们在现行宪法上已经不再是独立的国家,由于国王预设了国家,那么南部德国的国家权利论者(State-righters)的理论基石将会丧失,行将末路的君主制狂热会消退,而最终建立一个具有财政、政治和心理上必要性的统一的德国的宣传将得到加强。另一方面,如果南非联邦的人民开始意识到现有的自治领的状态授予了他们国家资格(statehood),这将为国家主义政党提供另外一个主张确定和完全的主权的依据。最终,这些问题有着情感的价值。比如,一旦自治领不再仅仅被承认为各邦,而是主权国家,那么大英帝国就不再是一个国家;一个国家可能包括各个具有国家资格的领土单元,比如德意志帝国曾经的情况,以及美利坚合众国现在的情况,但在这个含混表述的最充分含义里,包含数个主权国家的一国的说法是自相矛盾的。在这一情况下,大英帝国就变成了一个主权国家的邦联(federation),而这样的变化——尽管基于所有实用的目的,帝国是要保存自身的联合性——不可能不深刻地改造英国的爱国主义的独特氛围和政治的

气质。倘若美国人最终意识到国联绝不是一个国家,他们成为“超级国家”一分子的恐惧将明显地减弱。

我希望,为了邀请诸位花上不到一小时的时间聆听关于国家概念的讨论,上述理由能足够正当。当然,对于一个已经在由多种语言写就的浩繁卷帙的著作中讨论过的问题,在这么短的时间内,我们只可能做一些表面性的讨论;我希望能够解释我的观点,而不是证明他们进而说服一群挑剔的听众。更重要的是,我必须把自己的讨论限制在三个本主题的可能进路之一。我的哲学信条的一个基础是对任何思考的对象都应该在三个方面加以考察^①:作为具有现实性的事物,不具有现实性但具有客观意义的事物,和作为具有积极或消极价值的事物。比如,以我演讲业已完成的部分为例。在真实存在的事物方面,它是一段与一系列英国单词相似的声响,它发生在伦敦奥德维奇豪顿街的 W. C.2 号,1931 年 10 月 12 日下午 5 点 10 分到 20 分。作为客观意义的事物,我的演讲和豪顿街道或者 10 月 12 日并无关系,而是它在各个时间、各处地方具有趋于相同的意义。最终,论及这一意义的价值,问题又一次变得迥异,即我所指的是否真实,或者至少有用。对主题的这种划分同时也是科学的一种划分;经验科学,包括法律史学和法社会学,讨论已经存在的主题,包括思想和其他心理事实;理性科学,包括数学和一般法理学,讨论规则、行为、符号的客观意义;批判和哲学科学,包括立法法理学和法哲学,讨论行为和事物的价值。在上述方面中,我只倾向于走理性科学的进路,这是唯一适合法理学方法的进路,而且也因此可以被标示为法律的或者法学的。

巧妙地区分三个方面及其对应的方法尤其重要,与此同时,也

^① H. Kantorowicz, "Staatsauffassungen," in *Jahrbuch für Soziologie I*, 1925, pp. 101 sqq.; "Legal Science — a Summary of its Methodology," in *Columbia Law Review*, XX-VIII, 1928, pp. 682 sqq.

要充分意识到,只有联系三者才能一窥全貌。但是,国家的科学却鲜有如此。比如,拉班德的德国古典学派和现代的凯尔森教授的维也纳学派就犯了错误,将国家的法学概念视为唯一的可行概念。另一方面,在英国、法国和美国思想中,存在着以经验的概念置换法学概念、或者混淆两者的趋势。戴雪教授指出甚至在奥斯丁那样理性分析的头脑中都有这种趋势,^①或者,在现代的例子中,法国著名的权威学者狄骥教授理论的关键部分也混淆了国家和其组成部分——政府,即混淆了永久的实质和变化的形式。^②一个显而易见的结果就是,在任的法国政府能自由地免除前任的战时法国政府所欠英国的债务,理由是,为何一个国家应该偿付另一个国家的债务呢?这足以证明,这样一个理论或标榜其现实主义特色,却不能解释和涵摄真实的国家的生活中哪怕最简单的事实。已故的哈佛教授约翰·齐普曼·格雷说得好,“创造规则的国家的抽象实体隐藏在仅仅是其组成部分的主权之后”,而且,“为了提供其连续性和持久性,从而对统治者的成就加以人格化抽象,这近乎,抑或全然是人类生存的必要。”^③但是在拉斯基教授杰出的《政治典范》中,我们读出了差不多类似的效果:“英国的统一系于历史传统之中,它将种种的个体意志引导向齐一的方向;它并不存在于民众的融合所构筑起的神秘的元意志(super will)中……实际上,可操作的国家理论必须被纳入行政的术语,国家的意志是被赋予做出决断的合法的权力的一小群人达成的决议。”^④这或许是一个可操作的历史和国家的理论,但是,定义那些由人所构成,并被视为通过重新运用他们合法的决策权以形成(form)国家

① A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, eighth ed., 1923, pp. 72 sqq.

② J. Mattern, *Concepts of State, Sovereignty and International Law*, 1928, pp. 104 sqq.; cf. A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, p. 71.

③ J. Ch. Cray, *The Nature and Sources of the Law*, second ed., 1927, pp. 67, 69.

④ H. J. Laski, *A Grammar of Politics*, 1925, pp. 32, 35.

的组织(body)有其必要性,它清晰展示了一点,即法律(legalistic)或法学(juristic)的国家概念甚至成为了经验主义或现实主义概念的基础(这一点,如上所述,此处不做讨论)。或许我们会说,统治者(the ruler)预设了统治规则(rules)的存在,或者,再次引用格雷的话,“设想这样的情况,国王、贵族和平民在同一个议事厅里聚会并投票,经他们通过的法令不为英国人所遵守。”^①

还是这位英国权威,他试图通过攻击法学的国家概念来捍卫他现实主义的概念,并且表示:“但如此纯粹的法律观点对于政治哲学本身并无贡献。权利的法律理论会告诉我们国家实际上的特征是什么,它不会告诉我们……是否那些被承认的权利是需要被承认的权利。”^②这当然不假,但我们在对国家和法律其自身是什么还一无所知的情况下,我们又如何期望自己能够理解良善的国家或正义的法律是什么呢?这样,国家的价值的政治哲学也必须奠基在国家的法律或者法学理论上,而这样的理论当然不能为经验理论所取代。经验理论可以展现出人们实际上做了什么,他们何时治理国家,在他们应当做什么的方面则当然无能为力。一个相应的谬误是,在其关于法理学的重要作品里,新西兰的已故法官约翰·萨尔蒙德爵士谈道,“国家必须被它的那些核心、独特的活动和目的所界定”,而两个最为首要和核心的功能被他认为是“战争与司法”。^③但是这样一个我们或许称之为“功能性的”概念对一般法理学并无助益,因为将特定功能归于国家,并非对国家本质的科学认知,而是对国家的功能应该为何的政治哲学上的确信。这样的确信因时代、国家和个人而不同。比如,就上述功能应当为何的问题,我就并不认为柯立芝总统和斯大林主席会能达成一致意见。我甚至大胆地猜测,萨尔蒙德法官更想要生活在一个这样

① J. Ch. Gray, op. cit., p. 76.

② H. J. Laski, op. cit., p. 91.

③ Sir J. Salmond, *Jurisprudence*, seventh ed., 1924, p. 139.

的国家,阻止战争而非组织战争属于其核心功能之一。因为我们开始意识到,如果国家不能阻止战争,战争就要终止国家。

请允许我再进一步,做出具有高度普遍性的讨论。我想要给出一个有用的,而非真实的国家的概念。只有命题才有真假之分,而且两者中必居其一;有用性则是完全不同的概念,无论实用主义者或者其他诡辩家们会如何表述。因此,不管黑格尔派或者其他哲学家怎么想,概念并非一个命题,而是一个命题的组成部分,既非真,又非假,它不能扩充我们的知识,但是或许在对知识分门别类时有所助益。在这个意义上,概念可以,也必须服务于简单和确定的区分。在我们的研究中,概念也必须能用来组成真实、重要的,事关被称之为国家的东西的性质和功能的命题,而这些命题自身必须在实证法中被证明有效。

当然,如果我们想要塑造国家的法学概念,我们必须将其视为权利与义务的主体,视为法律人格。这向我们指出,我们不能如众多前人所做的那样,将法律视为国家的创造,这一理论与习惯法、教会法和国际法的既成事实并不相容。相反,国家预设了法律的存在——国际法或国内法——这一观念为法理学的历史所证明,并且表明,在不蕴含法律要素的情况下,国家的概念甚至不能形成。它也为社会学所证明,在人类生活中,从未有一个阶段是前法律的,尽管我们要承认,我们经历过漫长的没有国家的历史时期,那时只有游牧民族和部落。国家的法律人格被精彩地描述成社团,其基础和实质并不随着其自然成员的变化而改变,而且尽管其自身并未被赋予不朽的形态,却能更久远地存在,但是,国家的法律人格又与其他社团相区别,它是一种领土性社团,自基尔克起即在德国法理学中被称为地方自治体(Gebietskörperschaft)。这种社团有权能对在给定的领土上定居的人民施加统治,也就是把自己的意志施加给人民(无论意志这个词汇在法理学中有何含义)。如果我们像许多法学家那样不指出地域性这一点,我们就无法把

国家从教会等社团中区分出来。到此为止,我们是在遵循著名的国家资格的三要素说:也就是领土、人口和德国法学家所说的统治权(Herrschgewalt),意即统治权(imperium)或统治的权力,对此我们可以更好地表述为统治的权能、或者权利(而其他人会谈及团体权(Verbandgewalt),社团的权力)。但是,以上三要素是不能协调的,因为个人不能向领土施加意志,只能施加于拥有意志的人们自身。上述的人们,自然是构成领土上的人口的人,或者说人民——这个概念此处不予讨论。但是我们必须对一个问题加以强调,即组织施加自身意志的权能,当然包括了实现其意志的权利,即使对于那些没有同意的成员们而言。这里,我们可以考察不同的方法与概念的差异。一旦我们认为没有受治人民的同意,一个国家长远来看不能保持,我们是在陈述一个心理的和经验而非法学的理论;如果我们认为国家应当建立在受治者的同意之上,那么,我们承认了一种当然的,实际上是国家的民主哲学,我们并未指出法理学所关心的其本质,而是指出了其价值。

但是,这绝不是说,国家的上述概念是自足的,即国家是被赋予了治理特定领土上所定居人群的权能的社团。这一说法同样适用于那些也具有这一权能的下位的政治和社会单位,但它们不被认为是国家,而仅仅被看做国家的行政管理单位,比如直辖市、郡、区、省及相若。他们或许拥有高度的自主或者自我治理的权限,而且行使诸多的政府职能,正如普鲁士省甚至可能在德意志国的联邦议会的票数胜过普鲁士政府。同样的,他们也能根据他们各自的宪法性法律,对该区域的居民施加其意志,而无需征得他们同意,甚至违背他们的意愿,以征取税收、科处罚款、签发法律与行政决定。但是没有人会称这些单元为国家,而且一旦有人这样做了,他会被立刻强迫去修正这一概念的边界,以免其在法律的用途上不堪使用。

因此,我们不得不发出疑问,国家和其他不具有主权资格的领