

πολιτικά

政治哲學文庫

甘阳 刘小枫 | 主编

程志敏 著

古典法律论

——从赫西俄德到荷马史诗



华东师范大学出版社

πολιτικά

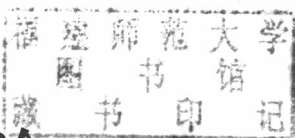
政治哲學文庫

甘陽 刘小枫 | 主编

程志敏 著

古典法律论

——从赫西俄德到荷马史诗



1030702

● 华东师范大学出版社



T1030702

图书在版编目(CIP)数据

古典法律论:从赫西俄德到荷马史诗/程志敏著.
—上海:华东师范大学出版社,2013.1
(政治哲学文库)
ISBN 978-7-5617-9912-3
I. ①古… II. ①程… III. ①法律—研究—西方国家
—古代 IV. ①D90
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 218712 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

政治哲学文库

古典法律论——从赫西俄德到荷马史诗

著 者 程志敏
责任编辑 古 冈
封面设计 吴正亚
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://hdsdcbbs.tmall.com>
印 刷 者 上海市印刷十厂有限公司
开 本 890×1240 1/32
插 页 2
印 张 10
字 数 233 千字
版 次 2013 年 1 月第 1 版
印 次 2013 年 1 月第 1 次
书 号 ISBN 978-7-5617-9912-3/B·732
定 价 38.00 元
出 版 人 朱杰人

(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者电话 021-62865537 联系)

总 序

甘 阳 刘小枫

政治哲学在今天是颇为含混的概念,政治哲学作为一种学业在当代大学系科中的位置亦不无尴尬。例如,政治哲学应该属于哲学系还是政治系?应当设在法学院还是文学院?对此我们或许只能回答,政治哲学既不可能囿于一个学科,更难以简化为一个专业,因为就其本性而言,政治哲学是一种超学科的学问。

在 20 世纪的相当长时期,西方大学体制中的任何院系都没有政治哲学的位置,因为西方学界曾一度相信,所有问题都可以由各门实证科学或行为科学来解决,因此认为“政治哲学已经死了”。但自上世纪七八十年代以来,政治哲学却成了西方大学内的显学,不但哲学系、政治系、法学院,而且历史系、文学系等几乎无不辩论政治哲学问题,各种争相出场的政治哲学流派和学说亦无不具有跨院系、跨学科的活动特性。例如,“自由主义与社群主义之争”在哲学系、政治系和法学院同样激烈地展开,“共和主义政治哲学对自由主义政治哲学的挑战”则首先发端于历史系(共和主义史学),随后延伸至法学院、政治系和哲学系等。以复兴古典政治哲学为己任的施特劳斯政治哲学学派以政治系为大本营,同时向古典学系、哲学系、法学院和历史系等扩展。另一方面,后现代主义和后殖民主义把文学系几乎变成了政治理论系,专事在各种文本中分析种族、性别和族群等当代最敏

感的政治问题,尤其福科和德里达等对“权力—知识”、“法律—暴力”以及“友爱政治”等问题的政治哲学追问,其影响遍及所有人文社会科学领域。最后,女性主义政治哲学如水银泻地,无处不在,论者要么批判西方所谓“个人”其实是“男性家主”,要么强烈挑战政治哲学以“正义”为中心无异于男性中心主义,提出政治哲学应以“关爱”为中心,等等。

以上这一光怪陆离的景观实际表明,政治哲学具有不受现代学术分工桎梏的特性。这首先是因为,政治哲学的论题极为广泛,既涉及道德、法律、宗教、习俗以至社群、民族、国家及其经济分配方式,又涉及性别、友谊、婚姻、家庭、养育、教育以至文学艺术等表现方式,因此政治哲学几乎必然具有跨学科的特性。说到底,政治哲学是一个政治共同体之自我认识和自我反思的集中表达。此外,政治哲学的兴起一般都与政治共同体出现重大意见争论有关,这种争论往往涉及政治共同体的基本信念、基本价值、基本生活方式以及基本制度之根据,从而必然成为所有人文社会科学共同关切。就当代西方政治哲学的再度兴起而言,其基本背景即是西方所谓的“60年代危机”,亦即上世纪60年代由民权运动和反战运动引发的社会大变动而导致的西方文化危机。这种危机感促使所有人文社会学科不但反省当代西方社会的问题,而且逐渐走向重新认识和重新检讨西方17世纪以来所形成的基本现代观念,这就是通常所谓的“现代性问题”或“现代性危机”。不妨说,这种重新审视的基本走向,正应了政治哲人施特劳斯多年前的预言:

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。

政治哲学的研究在中国虽然才刚刚起步,但我们以为,从一开始就应该明确:中国的政治哲学研究不是要亦步亦趋与当代西方学术“接轨”,而是要自觉形成中国学术共同体的独立视野和批判意识。

坊间已经翻译过来不少西方政治哲学教科书,虽然对教书匠和应试生不无裨益,但从我们的角度来看,其视野和论述往往过窄。这些教科书有些以点金术的手法,把西方从古到今的政治思想描绘成各种理想化概念的连续统,盲然不顾西方政治哲学中的“古今之争”这一基本问题,亦即无视西方“现代”政治哲学乃起源于对西方“古典”政治哲学的拒斥与否定这一重大转折;还有些教科书则仅仅铺陈晚近以来西方学院内的细琐争论,造成“最新的争论就是最前沿的问题”之假象,实际却恰恰缺乏历史视野,看不出当代的许多争论其实只不过是用新术语争论老问题而已。对中国学界而言,今日最重要的是,在全球化时代戒绝盲目跟风赶时髦,始终坚持自己的学术自主性。

要而言之,中国学人研究政治哲学的基本任务有二:一是批判地考察西方政治哲学的源流,二是深入疏理中国政治哲学的传统。有必要说明,本文库两位主编虽近年来都曾着重论述施特劳斯学派的政治哲学,但我们决无意主张对西方政治哲学的研究应该简单化为遵循施特劳斯派路向。无论对施特劳斯学派,还是对自由主义、社群主义、共和主义或后现代主义等,我们都主张从中国的视野出发深入分析和批判。同样,我们虽强调研究古典思想和古典传统的重要性,却从不主张简单地以古典拒斥现代。就当代西方政治哲学而言,我们以为更值得注意的或许是,各主要流派近年来实际都在以不同方式寻求现代思想与古典思想的调和或互补。

以自由主义学派而言,近年来明显从以往一切讨论立足于“权利”而日益转向突出强调“美德”,其具体路向往往表现为寻求康德与亚里士多德的结合。共和主义学派则从早年强调古希腊到马基雅维里的政治传统逐渐转向强调罗马尤其是西塞罗对西方早期现代的影响,其目的实际是缓和古典共和主义与现代社会之张力。最后,施特劳斯学派虽然一向立足于柏拉图路向的古典政治哲学传统而深刻批判西方现代性,但这种批判并非简单地否定现代,而是力图以古典传统来矫正现代思想的偏颇和极端。当然,后现代主义和

后殖民主义各派仍然对古典和现代都持激进的否定性批判态势。但我们要强调,当代西方政治哲学的各种流派无不从西方国家自身的问题出发,因而必然具有“狭隘地方主义”(provincialism)的特点,中国学人当然不应该成为任何一派的盲从信徒,而应以中国学术共同体为依托,树立对西方古典、现代、后现代的总体性批判视野。

中国政治哲学的开展,毫无疑问将有赖于深入地重新研究中国的古典文明传统,尤其是儒家这一中国的古典政治哲学传统。历代儒家先贤对理想治道和王道政治的不懈追求,对暴君和专制的强烈批判以及儒家高度强调礼制、仪式、程序和规范的古典法制精神,都有待今人从现代的角度深入探讨、疏理和发展。近百年来粗暴地全盘否定中国古典文明的风气,尤其那种极其轻佻地以封建主义和专制主义标签一笔抹煞中国古典政治传统的习气,实乃现代人的无知狂妄病,必须彻底扭转。另一方面,我们也并不同意晚近出现的矫枉过正,即以过分理想化的方式来看待儒家,似乎儒家或中国古典传统不但与现代世界没有矛盾,还包含了解决一切现代问题的答案,甚至以儒家传统来否定“五四”以来的中国现代传统。深入研究儒家和中国古典文明不应采取理想化的方式,而是要采取问题化的方式,重要的是展开儒家和中国古典传统内部的问题、矛盾、张力和冲突;同时,儒家和中国古典传统在面对现代社会和外部世界时所面临的困难,并不需要回避、掩盖或否认,倒恰恰需要充分展开和分析。中国政治哲学的开展,固然将以儒家为主的中国古典文明为源头,但同时必以日益复杂的中国现代社会发展为动力。政治哲学的研究既要求不断返回问题源头,不断重读古代经典,不断重新展开几百年甚至上千年以前的古老争论,又要求所有对古典思想的开展,以现代的问题意识为归依。古老的文明中国如今已是一个高度复杂的现代国家,处于前所未有的全球化格局之中,我们对古典文明的重新认识和重新开展,必须从现代中国和当代世界的复杂性出发才有生命力。

政治哲学的研究在我国尚处于起步阶段,无论是批判考察西方

政治哲学的源流,还是深入疏理中国政治哲学传统,都有待学界同仁共同努力,逐渐积累研究成果。但我们相信,置身于 21 世纪开端的
中国学人正在萌发一种新的文明自觉,这必将首先体现为政治哲学的叩问。我们希望,这套文库以平实的学风为我国的政治哲学研究提供一个起点,推动中国政治哲学逐渐成熟。

2005 年夏

目 录

前言 / 1

第一章 罪与罚

第一节 杀人罪 / 22

第二节 赔赎 / 27

第三节 和解 / 35

第四节 纷争的永恒性 / 42

第五节 法律与政治（附释：原罪与希望） / 53

第二章 司法

第一节 自救与法律 / 89

第二节 histor 考辨 / 96

第三节 程序 / 110

第三章 誓与法

- 第一节 荷马史诗中的誓言 / 124
- 第二节 赫西俄德笔下的誓言 / 130
- 第三节 司法实践中的誓言 / 137
- 第四节 誓言、法律与自由裁量 / 156
- 第五节 法律至上主义 / 174
- 第六节 誓言的式微 / 186
- 第七节 小结 / 194

第四章 宗法

- 第一节 themis / 202
- 第二节 神谕 / 206
- 第三节 神法 / 214
- 第四节 秩序 / 227
- 第五节 正义 / 249
- 第六节 惯例与不成文法 / 275
- 第七节 小结 / 289

后记

前 言

当今世界有很多大问题,而且似乎只有大问题,其中,“古今问题”便是一个最简单因而也最深刻最棘手的问题。我们打算从法律这个角度来切入这个问题,当然,这就要求对法律生息于其间的政治有所了解。但首先碰到的一个根本就是:古希腊人有没有法律?这个问题取决于一个更为本质性的问题:究竟什么叫“法律”。这是一个可称为“法律本体论”的根本问题,因其直抵思想的最后底线,故而长期困惑着法理学的从业人员,该问题尽管反反复复地被提出来并且由严肃的思想家们用形形色色、奇特的甚至反论的方式予以回答,但结果总是永远不能令人满意——这似乎是所有“本体”问题的共相。不过,那个恒提恒新的问题即便没有一个让历朝历代各方人士都满意的一劳永逸的答案,对它的追问还是值得的,那至少是法理学研究所必须的一个基本出发点。不同的时代会依据不同的“宏大叙事”而对“什么是法律”这个问题给出不同的答案,以此来安顿当时的生活秩序。我们这样说并不是主张一种法律相对主义,我们只是对这个“经久不绝的问题”(哈特语)之所以“经久不绝”给出一种历史合理性的解释。

我们无意于加入历史法学派,更无意于探讨分析法学、实证法学或其他什么流派的理论,我们只想面对这个问题本身。哈特说:“显然,对于‘什么是法律’这一询问,最好的方针是推迟给出答案,直到

我们察明了是什么东西事实上在困惑着那些熟悉法律、识别例证的能力不在话下、却仍然提出问题并试图做出回答的人们，”^①这种类似于现象学“悬置判断”的方法当然合理，但要察明专家们困惑的原因却并非易事。对此，我们认为要尽可能贴切地解释（而非解决）当今时代的那些困惑或问题，恐怕不能拘泥于那些困惑的内容，而需要超出它们的视野，从一个更高的问题域出发，也就是从更为原始的立场出发，对“法律”本身作一番思想发生学的梳理，在源泉中汲取理论资“源”，或许才会有一定的启迪之功。

我们的问题似乎又翻转回去了：要理解什么是法律，首先需要了解法律在古希腊源头处的含义。只有立足于扎实的思想史研究，思想本身才会有立足之地。但这样一来，我们的研究就陷入了一种解释学的循环之中“古希腊有没有法律”与“什么是法律”这两个问题形成了循环论证。对于这种“鸡、蛋关系”问题我们该怎么办呢？我认为哈特“推迟给出答案”的做法颇为可取，那就是，先撇开今天越来越成型同时也就越来越有些纠缠不清的“法律”概念，回到过去的文本中，研究与此相似或相近的那些场景以及由此传递出来的信息，正本清源之后再回过头来看“什么是法律”，也许我们那时所得到的看法就更为踏实可靠。

但我们该如何进入源头呢？“路径依赖”当然是必须的，但仅限于此却又是远远不够的，或者说“路径依赖”只谈到了一种方向及其原因(why)，这是问题得以继续、思路得以拓展的第一步，但它尚未进一步涉及到如何(how)的问题，即，我们怎样去依赖路径。换言之，海德格尔所谓“来源(Herkunft)始终是未来(Zukunft)”为我们提出了一个真正“最好的方针”，^②至于“来源如何是未来”，或用海德格尔式

① 哈特：《法律的概念》，张文显等译，北京：中国大百科全书出版社1996年，第6页。

② 海德格尔：《从一次关于语言的对话而来》，见孙周兴选编：《海德格尔选集》，上海：上海三联书店1996年，下卷，第1013—1014页。

的话说,“如何去来源”,则还没有涉及到,作为思想前提的“来源”的本来面目更是遮蔽在“现在”(即所谓“现代性”)种类繁多的合法偏见之中。

比如在今人看来,古希腊人为世界贡献了各种样式、各个层面的思想,为后人奠定了文明的大统,但据说“美中不足”的是,古希腊人没有法律。的确,翻开《希腊的遗产》一书,希腊人在政治、史诗、戏剧、史撰、教育、哲学、科学、神话、艺术等方面为后世留下了取之不尽的宝藏,但其中唯独没有法律。于是如下的判断似乎顺理成章:“我们不能在希腊的法律文本中找到有关希腊法律历史的材料;在诸多知识领域极尽丰饶的希腊人,从未创造出实践性的法律科学,——这一贡献是由罗马法学家最初给出的。事实上,堪称为希腊法学著述之物是不存在的,也没有迹象表明有人写过,甚至在雅典也没有迹象表明那里开展过法学教育。”^①且不说“不能在希腊的法律文本中找到有关希腊法律历史的材料”这句话的含混性和自相矛盾,这段判词充分表明作者对希腊思想史的偏见(如果不说无知的话),究其根由,便在于作者具有十分强硬的法学观念。

诚然,在知识界,法律似乎独为罗马人的专利,罗马人的光荣和拉丁语的作用也总是与法律相生相伴,从“罗马法”这个巨大的行业就可见其一斑。但是不是说希腊人就没有法律了呢?要知道,罗马人虽然在军事上征服了希腊人,但在文化上却被希腊人所征服。

我们能否想像一个没有法律的社会?公民在一个“无法无天”——既无法律又无宗教——的社会中如何生存,而且更进一步追问:这样一个没有法律也没有(宗教)律法的社会又何以可能?至于说“甚至在雅典也没有迹象表明那里开展过法学教育”云云,那显然不是出于无知,而是由于盲视:至少在民主社会如日中天的时候,智术师(旧译“智者”)不就是主要靠教人打官司来糊口么?

① 凯利:《西方法律思想史》,王笑红译、汪庆华校,北京:法律出版社2002年,第5页。

如果我们让一步说,古希腊人即便没有严格意义上的法律,即所谓“实际法律”或“实证法”,那么希腊总该有一星半点“法律思想”的萌芽吧?有人对这种退后的立场仍然不依不饶:即便如此,希腊人的法律思想总也要大打折扣。在他们看来,“希腊不存在有着明确法律导向的哲学分支;对诸如城邦的起源和地位、法律义务的渊源和法律与更高或更为基本的标准的关系这一类问题,希腊没有专门探讨它们的著作和理论。的确,许多文献记录了希腊对这些问题的观念,希腊的观念是后世以更为明确和有序的方式所进行的研究的最初萌芽;但是,这些观念藏身于卷帙浩繁的文学作品中,许多文学作品对法理学的历史作出了无意识的贡献;而希腊语中根本没有与法理学对应的语词(正如希腊语中没有与作为抽象观念存在的‘法律’对应的语词一样)”。^① 这种看法在学界甚为普遍,堪称“定论”。但这种似是而非的定论却存在很大的问题。我们且来分析这种颇具代表性的观点究竟是一种什么心理和立场的产物,由此我们又可以得到怎样的教益,并因此而校正我们向后看和向前看的视角和焦距。

首先,无论从任何意义上讲,希腊都有很多著作直接讨论“城邦的起源和地位”,也有不少文献探讨法律与其更高标准的关系。比如荷马、赫西俄德、品达、梭伦、欧里庇得斯、索福克勒斯等人的“文学作品”,希罗多德、修昔底德和色诺芬的“史学作品”,更不用说柏拉图和亚里士多德的“学术著作”,对城邦的起源和地位、对法律义务的渊源和根基进行了广泛的讨论,怎么说“希腊没有专门探讨它们的著作和理论”呢?——否则后世的相关理论从何而来,我们对希腊政治法律思想的研究又何从谈起?赫西俄德的《神谱》不仅仅讨论诸神的诞生和谱系,实际上也在探讨城邦、政治和法律的起源。柏拉图的“*Po-
liteia*”(《王制》)不就是讨论城邦的制度和管理么?柏拉图的“*No-
moi*”(《法义》,旧译“法律篇”)不就是讨论法律及其与更高或更为基

① 凯利:《西方法律思想史》,王笑红译、汪庆华校,北京:法律出版社2002年,第5页。

本的标准的关系之类的问题么？亚里士多德相当经验化的《雅典政制》、《政治学》和《尼各马可伦理学》不就是政法思想的集大成者么？

其次，如果我们承认古希腊的许多文献的确记录了他们在政法思想方面的观念，因此这些文献就是他们的“学问”——只不过是不同于当今的学问形态而已，但不能由此说他们没有法律、没有政治、没有“明确法律导向的哲学分支”。这在逻辑上似乎自相矛盾。而且这些思想对于古人而言，几乎就是他们对世界十分完整和成熟的看法，并不仅仅是什么“萌芽”。我们可以说古希腊的那些思想是我们后世得以继续思考和参照的基础，但不能说就是一些不成熟、不系统、不完整乃至不深刻的“最初萌芽”。诚然，后人对自己的研究也许觉得“更为明确和有序”，但古人也并没有觉得自己对世界的看法就更为模糊和无序。所谓明确和有序，在某种程度上成了一种评价标准，给人产生一种“进步”的意象。但真是这样吗？

再次，希腊人的政法观念藏身于文学作品中，这有什么不对吗？为什么我们会因为某种特定的表达形式就抹煞其内容、功劳和贡献呢？古希腊早期法律思想的确大量地存在于所谓的“文学作品”中，但“荷马史诗”之类的著作仅仅就是文学作品吗？如果我们首先用现代学科划分方法把荷马、赫西俄德和索福克勒斯等人著作算成了“文学作品”，那么他们对法理学的贡献当然就是某种似乎可有可无的附带品，并仅仅对法理学乃至所有现代“科学”或“学科”作出了“无意识的贡献”。但这种划分方法显然很成问题，在尚无文史哲学科划分可能的时代，我们对其精神成果的任何学科定位无疑都是一种片面的举措，甚至是对思想史的一种危险切割。难道只有孟德斯鸠和黑格尔等现代人才“有意识”地对我们生息其间的世界贡献点什么东西，而古人只晓得懵懵懂懂地生活，他们的思考不过是误打误撞的偶然结果？

最后，如果说古希腊不存在法哲学，不存在法理学，甚至没有作为抽象观念存在的“法律”等等之类说法成立的话，其标准是什么？

古希腊只有 *nomos* 而没有 *law*(法律)和 *jurisprudence*(法理学),这就意味着古人在法律方面很幼稚很弱智吗? 这是不是意味着 *law* 比 *nomos* 更“明确”、更“有序”因而更“先进”,更能够安排我们的日常生活,更有助于人们构筑和谐社会? 不可否认,现代人的法律规章多如牛毛,我们的社会是不是因此就更加有序了呢? 不知道。这只是让我们想起了老子的名言:“法令滋彰,盗贼多有。”(《道德经》第五十七章)

我们是站在一种什么样的立场来看待古人? 我们是出于一种什么样的心理来对待传统? 当人们说:“在荷马那里,我们似乎观察到了法律观念的形成阶段;事实上,如果从自己视法律为公开、确定和客观规则的立场出发来评价荷马社会,我们会发现欧洲那时还处在前法律时期,”^①这就明确道出了现代人对上述问题的致命态度:从自己的立场居高临下地看待古人。可以毫不含糊地说,这种要不得的心态和思想形态会与古人的宝贵思想失之交臂。正如梅因对那些“很少踏实地探究社会 and 法律的原始历史的”人所作的批评,上述颇具代表性的观点“不但使注意力离开了可以发现真理的唯一出处,并且当它们一度被接受和相信了以后,就有可能使法律学以后各阶段都受到其最真实和最大的影响,因而也就模糊了真理”。^②

美国德克萨斯大学古典学教授加加林(Michael Gagarin)在学问上当然没得说,但他的立场却不是没有问题。加加林持一种坚硬的法学立场,并由此在一定程度上否定希腊早期存在着严格意义上的法律,颇具反讽意味的是,他为了证明这一点,专门写了一部叫做《早期希腊法律》(*Early Greek Law*)的书。他虽然总体上倾向于认同社会人类学家格鲁克曼(Max Gluckman)的观点,认为不存在“法律”一

① 凯利:《西方法律思想史》,王笑红译、汪庆华校,北京:法律出版社2002年,第6页。

② 梅因:《古代法》,沈景一译,北京:商务印书馆1959年,第2页。梅因自己的观点当然也大有商量的余地。

词的“严格意义”，但实际上却走着极其严格的法学路线，坚持用“我们的法律制度”来看待古人的思想，他说：“即便一个尚无文字（preliterate）的社会有某种可以翻译为‘法律’的说法，但其作用必定不具有与我们的法律制度相同的地位，”^①结果就出现了一定程度自我拆台的反讽现象。

加加林的严格法学立场有两个基本出发点，或者说他眼中的法律具有两个特征。^② 首先，法律是公共的（public），对共同体中所有成员都有效，在公共的程序中，该共同体承认某人、某个团体或多人、多个团体在解决争端时具有特殊的权威，尽管他（们）并不一定要执行自己作出的决议。其次，法律程序是正式的，而所谓“正式”，在加加林前前后后的叙述中，大概就是指“成文的”或“写就的”（written），而且是“第三人称单数形式的条件句”写成的东西。^③ 而古希腊的早期作品，差不多都是诗歌、散文，在文体上就与法律不搭界，当然算不得法律。

从这种法律定义——“在社会成员之间和平解决争端的公共而正式的程序”——出发，加加林把法学的发展历程分成三个阶段：第一个阶段是“前法律”（pre-legal）阶段，在这个阶段中，社会并不具有任何可辨认的即正式和公共的程序来和平解决其成员间的纠纷。加加林承认每一个人类社会都有某种解决争端的方法，也认识到社会否则就无法凝聚在一起，但他坚持认为那些方法有可能在一个小团体中仅仅是非正式的。第二个阶段是“原始法律”（proto-legal）阶段，在尚无文字的社会中，仍然有能够勉强满足上述法律定义的某种可辨认的程序，但该社会却没有哈特意义上的法律规则，这种有程序而无规则的阶段就是原始法律阶段。第三个阶段当然是充分的“法律”

① Michael Gagarin. *Early Greek Law*. Berkeley: University of California Press, 1986, p. 9n. 28, cf. n. 27.

② *ibid*, p. 7.

③ *ibid*, p. 53.