

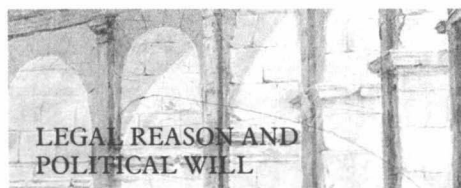
日常法理与 政治意志

LEGAL REASON AND
POLITICAL WILL

吴彦 / 著

上海三联书店

日常法理与 政治意志



LEGAL REASON AND
POLITICAL WILL

吴彦 / 著

上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

日常法理与政治意志/吴彦著. —上海:上海三联书店,
2016.12

ISBN 978-7-5426-5727-5

I. ①日… II. ①吴… III. ①法的理论—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 251844 号

日常法理与政治意志

著 者 / 吴 彦

责任编辑 / 冯 静

装帧设计 / 汪要军

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 021-22895557

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2016 年 11 月第 1 版

印 次 / 2016 年 11 月第 1 次印刷

开 本 / 890×1240 1/32

字 数 / 150 千字

印 张 / 7.375

书 号 / ISBN 978-7-5426-5727-5/D·341

定 价 / 36.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-66510725

本书由华东师范大学法学院资助出版

献给
邓正来先生

序 言

这部小书是一部试图从法的“外部”来审视和关照现已变得越来越专业化的法的作品。正如本书标题所言,它试图将“法”拉至一个更为宽广的视域,这个视域是一个从古典时代开始并一直延续至 18、19 世纪,只是到了法实证主义兴起之后才开始逐渐衰微的视域。它一方面在于探讨潜藏在法背后的作为“一般”法秩序之理据的“法理”,而另一方面则在于探讨型塑着“具体”法秩序的“政治意志”。前者在很大程度上是一种道德哲学的探讨,它试图将法放置在“普遍道德”的背景下予以考察和辩驳,并以期发现那些支撑着具体法律制度的价值,这些价值在一定意义上代表了人类对于某些理想要素的祈望。后者则在很大程度上说明,任何一个法体系都是一个处在特定时空之下的体系,它的建构依赖于该体系所附属

的那个共同体对于其自身之具体处境的判断。正是在这个意义上,我们可以说,一个成熟和良好的法体系必须建立在一种“成熟”的政治意识的基础之上。而这种“政治意识”,其所包含的不仅是对普遍的人类理想的认识,而且也包含着对它自身之具体处境的认识。普遍要素和特殊要素的巧妙结合,正是一切恰当的政治活动的核心要义,在其中,起根本性作用的便是被亚里士多德在论述人类事物时所一再提及的那种逐渐“成熟”起来的“经验”。

由此我们可以看到,“道德”和“政治”这两个维度构成了这本小册子据以理解法律的基本视角。它在另一个层面上也说明,法律是被夹杂在这两个维度之间的。或者,正如法(jus/lex)或法学(jurisprudencia)一词在原初意义上所彰显的那样,它一方面旨在追求那种被认为是所有事物都理应具备的基本属性——正义(jus),而另一方面则依赖于一种能将普遍原理恰当且适宜地运用于具体处境、由此将普遍与特殊有效地融筑在一起的人类德性——明智(prudentia)。而这种人类德性在根本意义上引导和规范着各类人类活动,并型塑着人们的基本生活:个人的明智德性规导着个人的生活,家政的明智德性规导着家庭的生活,政治的明智德性则规导着政治生活。

所以从这个意义上讲,“法学”在其被作为一门学问而开始被人们所追求的时候,就不是一门狭隘的学问,而是一门被视为与神学、哲学、医学这样的学问一样宽广且精深的学

问。它所关涉的是人与人之间的正当关系(right relationship)。除了在处理具体情境时所衍生出的规则(rules)之外,它还内在地还包含着人们对于这些“规则”背后的各种理据(reasons)的意识。法学所呈现的不仅仅只是各式各样的“规则”(the body of rules),而且更是规则背后的“法理”。一个成熟和良好的法体系,必然是“内生性”的,而不是“强加性”的。它必然是它所身处的那个政治体在面对各类问题时,通过自身已变得“成熟的意识”,进而在“好”与“坏”之间作出自身之抉择的前提下才得以可能的。

晚近中国法学界,有着对于法学的某种多少有些自我封闭的狭隘理解。认为法学的学科化、职业化是法学在这两三百年的发展过程中所取得的一项值得诸代人据以效仿的成就。法学的研究被局限在“实在法”的领域之内,甚至认为法学的核心任务就是在法律的“适用”领域,亦即“司法”裁判活动之中,任何突破这一视域的努力都被视为是一种“非法学”的活动,并被认为这不是一名自视为“纯正”的法律学者所该从事的,更不是一种“真正”的法学教育所该侧重的,所有那些突破“实在法”的视野而进入到道德哲学和政治哲学中去的讨论、思考和辩驳,只是在被作为法学的一种“有益”的“补充”的时候,才被纳入到法学研究和法学教育之中。可以说,这种狭隘的法律观在很大程度上支配着我们当下大部分的法学研究和法学教育。这本小册子在某种意义上是与这股潮流逆向而

进的。

在笔者看来,当下中国法学界有着两个在其诞生之初便或多或少隐含着的痼疾,一个是“时代错乱症”,另一个是“价值缺失”。就第一个方面而言,我们可以看到,随着国际交流的频繁进行以及国际化程度的不断加深,诸多法学的研究也开始以与国际接轨为目标。国外法学界的问题意识被径直转移成为我们的问题意识,他们的前沿论题被逐渐看成是我们的前沿论题。晚近在法学圈中所流行的“法教义学”便是这一“时代错乱症”的核心体现之一。正如“法教义学”这一标题所显示的那样,它是以某个“独断”的“前提”作为起点的。而对这个“独断前提”的考察则被完全排除出它的视野之外,在他们看来,这种考察是作为哲学之分支的法哲学所应承担的任务,而不是法学的核心任务。当然,在西方语境中,这样一种理解在很大程度上是成立的。因为我们可以看到,法教义学之所以兴起,有赖于它以之为起点的那个“独断前提”已然成为人民普遍接受的东西,也就是说,这个“独断前提”在经过几百年的“批判性检讨”后,逐渐在历史中被确立起来,并内化到民众心中,而成为他们行动的内在理由。换言之,如果我们把一个法秩序看成是一个处于历史一时空中的具体的法秩序,把它看成是一个逐渐“生成”的东西,而不是一个普遍的可直接移植的法秩序,那么我们便可以看到,法教义学的正当性或适当性依赖于一个已然“成熟”的价值体系。在这个意义上我

们可以说,如果我们将法教义学径直“拿来”以作为我们法学的基本任务,在很大程度上是“误置”了“时代”。我们的法学使命仍处在西方 17、18 世纪的法学所担负的使命,也就是说,我们的法学仍处在如何建立一个稳固的价值根基的时刻,我们仍然需要一种奠基性的活动,需要确立起我们自身的基本的和总体性的建制(constitution)。而在这个意义上,任何试图尾随国际潮流并以之作为我们当前法学之核心任务的企图在某种意义上都误置了时代。

另一方面,中国法学界亦普遍存在着“价值缺失”。当然,这一点是与前面一点紧密联系在一起的,然而,其根本性的缘由并不在于法学本身,而在于整个民族所面临的普遍困境,它根植于我们自身所经历的历史:自传统的价值秩序被打破之后,无论是个人的生活,还是团体的和政治的生活,都尚未从根基上确立起一种基于我们自身的被普遍认可的基本模式。我们尚还在自由主义、社会主义、儒家道路等等根本性路线上徘徊未进。对此,一种“专业化”的“精致”的法学,对于这个时代来讲,多少带着某种奢侈感,并多少显得有些不合时宜。对于这样一种法学,如果要想获得一种稳固和长远的发展,亦即在这片土地上“生根发芽”,甚或呈现它独有的特色,就必须在本性的道路被确立之后,才有可能获得实现。而眼下的法学,如果要想作出它对于这个时代来讲的贡献的话,就必须面对整个民族所面临的根本性问题,必须担负起原本就属于它

自身的使命,亦即对于“正当”和“适宜”的“生活方式”的探求,从而为“路线之争”开启一条可能的解决路径。从这个意义上讲,我们这个时代的法学,必须返回到一个“大法学”的框架中,对“生活的根本秩序”以及各种“生活方式”的理想状态,重新进行根本性的思考和检讨,并以期提供有关道德、法律和政治生活的根本性理解。任何修修补补或细枝末节的工作,都必须留待整个大厦被稳固和坚实地建立起来之后。

1 序言

1 第1章 从自然法到自然权利
——现代政治秩序的性质

22 第2章 国家与形而上学
——德国法哲学的演进逻辑

34 第3章 明智德性与政治权威
——以菲尼斯学说为讨论核心

71 第4章 个人德性与国家秩序
——“中国法律理想图景”的一个检讨

89 第5章 法秩序与政治决断
——政治宪法学的一个检讨

129 第6章 日常法理与政治意志
——法律人观念的一个检讨

155 第7章 法秩序中的政治与理性

——法哲学沉思录的沉思

169 第8章 “古—今” “礼—法” 之争

——走向一种“总体性的法律史学”

186 第9章 现代世界秩序的源起

——基于 *ius gentium* 的翻译和理解的思考

197 第10章 世界秩序与国家德性

216 后记

第 1 章 从自然法到自然权利

——现代政治秩序的性质

一、导言

现代法律秩序在很大程度上是以对于“私法”的构造作为其根基的，这不仅是就某个具体国家的法体系而言，而且也是就西方整个现代法律秩序的历史生成而言。在这个意义上，1804 年的《法国民法典》有着某种特殊的象征意义。在这种以“私法”为核心，而且其他的法律都是以“私法”作为其“范本”的法体系中，个人(individual)的地位以异乎寻常的方式被放置在一个突出的位置。他的行动被认为是自由的(freedom)、同时他的行为结果被认为是可以被归属于他自己的，也就是说，他是可以对自身负责的(responsible)。他是一个拥有某种“意志”(will)的主权者，从而在各个“意志者”之

间,原本隶属性的关系被代之以平等性的关系。同时,意志活动的“绝对性”也以空前的方式被加以强调,认为,只要意志的运用是针对他自身的东西(mein),不管是他自己的身体、生命抑或财产,都不存在任何自然的法则(natural law)来约束意志的任何任意性的运用。在这样一种“个体”观念的基础之上,衍生出了现代民法的基本原则:契约自由、人格平等、绝对财产。然而,所有这样一些东西,最初都是作为现代政治秩序的一部分而得以生成的。要理解我们现代的世界,就必须理解该秩序的根本特征。而在笔者看来,其最核心的便是在中世纪生成、在现代早期被逐渐世俗化的了的“意志”(will)概念。它在很大程度上可以被看成是现代政治秩序之所以不同于古典政治秩序的根本之所在。而在这一变迁之中,一个标示性的时刻便是从古典时代的“自然法”观念向现代“自然权利”观念的转化。本章以施特劳斯对于霍布斯的研究为基点,而试图展开对于这一关键时刻的考察。

施特劳斯在 1932 年一篇评论施米特的《政治的概念》的文章的末尾,这样写道:

“施米特是在一个自由主义的世界里承担起对自由主义的批判;在此,我们是指他对自由主义的批判发生在自由主义的视野之内;他的非自由主义倾向依然受制于无法克服的‘自由主义思想体系’。职

是之故,人们只有成功地突破了自由主义的视界,才算完成了施米特提出的对自由主义的批判。在这个视界之内,霍布斯完成了自由主义的奠基。所以,只有在充分理解霍布斯的基础上,才有可能彻底批判自由主义。”^①

施米特对于自由主义的批判旨在于阐明自由主义所造成的世界是一个逐渐“非政治化”的世界,是一个没有严肃性,没有道德的世界,即一个完全供消遣的世界。而造成这一结果的根本原因即在于自由主义隐藏了“政治”的概念,将国家的意志决断隐没于国家的法律之下,因此将国家的意志彻底从个人道德、个人信仰领域退缩出来,进而使得对于道德、信仰的选择永远留给了个人的意志决断,国家所承担的角色逐渐退缩为只通过实定的法律来处理与调和个人之间外在纯粹的实践关系。因此,施米特所要做的是重新寻找回“政治”的概念,将国家从不断的中立化趋势中拯救出来,重新确立起国家意志决断之于法律/权利的前提性和基础性,以对抗这个逐渐“消遣化”和“去道德化”的游戏世界。

施特劳斯无疑赞同施米特的这个基本意图——对自由主

^① [美]施特劳斯:《〈政治的概念〉的评注》,载刘小枫选编《施米特与政治法学》,上海三联书店2002年版,第24-25页。

义的批判。但是,施特劳斯同时也看到施米特与自由主义所共同分享的一个东西——即个人的意志决断与国家意志决断所共同依赖的那个“意志论”传统,以及他们所共同奠基其上的对于理性主义以及“善之真理”的否定和拒斥。在施特劳斯看来,正是这个东西使得施米特不能摆脱自由主义的基本视界,而这个基本视界正是由霍布斯在三百年前为自由主义所奠定的。因此揭示和批判霍布斯为自由主义所奠定的这个基本视界正是施特劳斯批判自由主义,更一般地说是批判“现代性”的一个基本前提。从1932年发表的这篇对于施米特的评注,到1933年发表的论文《对霍布斯政治学的若干评注》,再到1936年写就的著作《霍布斯的政治哲学:基础与起源》,施特劳斯都旨在理清霍布斯所开启的这个传统的基本视界。

本章所关注的正是施特劳斯所厘定出的现代政治哲学的基本视界,尤其是施特劳斯在霍布斯那里看到的“自然法”观念向“自然权利”观念的根本性转向,这一基本转向在一定意义上揭示了现代政治哲学的基本特性——意志论的特征。本章将首先从施特劳斯所论述的霍布斯的新政治哲学的基础——即新的道德态度及以其为基础的“权利”观念——及其发展出发,论述施特劳斯所刻画的“自然权利”的性质。然后,我将论述从“自然法”到“自然权利”转向所依赖的一个基本哲学论争——理性主义传统和意志论传统的基本论争——以及在这一论争中所涉及到的一个基本问题:即关于理性的认识