

法学观念史论稿

The History of Ideas in Legal Science

周尚君 著

霍布斯费尽心力将主权道德基础置换为“人造的人”，洛克发现自然自由难以恒久，保护财产权才是社会状态的正当根据，开启了“城邦人”走向“财产人”的不可逆转的时代进程。卢梭在“自由败坏”的时代重祭自由之美德，斯密却坚守洛克，将财产权扩展到整个经济社会领域...

法律出版社

法律史学 卷一

法律史学 卷一

法学概念史论稿

The History and Theory of Legal Concepts

张其成 著

法律史学 卷一

张其成 著

经典与社会 

西南政法大学法学理论学科主办

法学观念史论稿

The History of Ideas in Legal Science

—— 周尚君 著 ——

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学观念史论稿 / 周尚君著. —北京:法律出版社, 2014. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6669 - 1

I. ①法… II. ①周… III. ①法学史—研究—中国
IV. ①D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 175731 号

法学观念史论稿

周尚君 著

责任编辑 高山 黄琳佳
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 13.75 字数 193 千

印次 2014 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6669-1

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

经典与社会·法学文丛编委会

顾 问： 张文显 李步云 贺卫方 卓泽渊

主 任： 付子堂

副 主 任： 张永和

委 员： 周祖成 宋玉波 程志敏 郭 忠 雷 勇

朱学平 陆幸福 周尚君 赵树坤 王 恒

林国荣 郑文龙 庄晓华 刘 颖 胡兴建

朱 颖 刘文会 张善根 董彦斌 亓同惠

邓达奇 杨天江 杜 苏 刘祥超

学术秘书： 尚海明 彭 浩 蒋 艳 封 雅

总 序

西南政法大学法学理论学科于1979年经国务院学位委员会批准获得硕士学位授予权,是全国最早一批设立硕士学位授予点的二级学科。本学科于1992年被确定为校级重点学科,2000年被确定为重庆市重点学科,2003年被批准为博士学位授权点,2004年开始招收博士研究生。2007年,“法理学”课程被教育部评为国家级精品课程。2008年,本学科开始招收博士后研究人员。2013年,“法理学”课程被教育部评为国家级精品课程资源共享课程。

西南政法大学历来重视基础学科建设中的学术积累与学术传承。我校的法学理论学科点在卢云教授、黎国智教授、王明三教授、钮传诚教授、王方仲教授、李权教授和吴光辉教授等老一辈学者的创建、经营、带动和培养下,师承相继,薪火相传,生生不息。经过多年的辛勤劳作,本学科点造就了一批又一批优秀的教学科研人才,并持续保持着一支年龄结构合理、理论功底扎实、具有探索精神的学术梯队,在现代法理学、马克思主义法律思想研究、法哲学、法社会学、人权法学、立法学、比较法学和西方法理学等领域作出了重要贡献,形成了自己的学术特色和传统优势。

传统要“传”才能拥有活力,才能发扬光大。老一

辈学者已经为此付出了艰辛的劳作,作出了卓越的贡献。现在,传统的“薪火”已交给我们,让我们将其光大。任务相同,都为建设法理学科;背景相似,都身处转型之大背景。然而,情势却有所区别。今天,“转型中国”之“转型”愈益明显,各种问题层出不穷,各种理论日新月异,给我们提出新要求,新挑战,也给我们创造了新的机会。为此,我们提出“深入经典,关注现实;海纳百川,有容乃大”的学科发展思路。

经典是人类思想的结晶,是伟大思想家、立法者给人类留下的一座座思想“富矿”,是人类不断获得启发的源泉。思想巨人总是以其高超的智慧体察人类的情欲,洞悉复杂而深邃的人性。他们时刻关注着人类的幸福,他们提出的问题总是人需要面对的根本问题。面对经典,即面对人自身;阅读经典,即认识人自己。这是思想、学术原初的冲动。深入经典,学术才有宽厚基础;借助伟人的眼光,我们才能看得更远。经典之于学术,犹如大地之于树木,只有深深扎根大地,才能长成参天大树。

现实是人类生存的当下处境,是人类感知的直接对象,是催生人类思想之花的“生活之树”。人并非生活于真空之中,总在鲜活的现实中悲喜哀乐。法学前贤已区别了“书本上的法”和“生活中的法”。“书本上的法”内容明确、逻辑一致,却缺乏应有的灵活,甚至僵化停滞。只有调之以“生活中的法”,“书本上的法”才能赋有其应有的活力和热度。关注现实,学术才有正确指向;体悟生活,思想才能打动人心。

在现代学科知识体系中,任何一门学科都不能拒绝其他学科的成果。法理更是如此。如果过分专注于法律本身,我们可能会迷失其中而“不识庐山真面目”。正若要认识故乡,就必须离开故乡,到更广阔的天地中去;要认识地球,必须离开地球,到更浩瀚的宇宙空间中去。认识法律,研究法理也是这样。只有容纳并认真汲取其他学科的新成果,我们才能找到认识法律的新视角,发现进入法理的新路径。这即是“法之理在法外”。

为了贯彻上述宗旨,我们建设了“西南法理学重点学科建设项目书系”,以期创建一个学术交流的平台,展示我们在法理学研究上所做的不懈努力。在此书系下面,现已出版发行的丛书包括《法理学讲演录》、《经典中的法理》(集刊)、《社会中的法理》(集刊)以及《经典与社会·法学文丛》等。《经典与社会·法学文丛》主要展示西南政法大学法理学科最

新研究成果。需要说明的是,本书系能够得以出版,除了各位作者大力支持外,多多仰承法律出版社黄闽社长、学术分社朱宁社长、高山编辑等同仁的鼎力襄助,他们为本书系的顺利问世几多操劳,特此表示由衷感谢!

我们深知,发扬光大“西南法理”是一项长期的事业,离不开坚持不懈的努力,希望在学界同仁的大力支持下,积极追踪时代主题,为传承“西南法理”作出自己的贡献。

付子堂

2014年5月于重庆两江新区

目 录

第一章 古今之争的观念史 / 001

- 一、基本线索 / 002
- 二、观念 I :城邦至善之道(word) / 003
- 三、观念 II :彼岸拯救(salvation)与自然法
神义论 / 006
- 四、观念 III :自由主义法哲学奠基 / 009

第二章 韦伯的现代性:问题背景与思想立场 / 014

- 一、问题:政治的专门化经营 / 015
- 二、方法:类型学与社会科学方法论 / 018
- 三、技术政治与“政治家” / 028

第三章 现代国家与韦伯的政治观 / 035

- 一、什么是真正生命 / 036
- 二、强权政治与实力政治 / 037
- 三、“经营”现代国家 / 039
- 四、不可回避的决断 / 041
- 五、第二次建国 / 044

第四章 没有上帝的朝圣之路 / 047

- 一、普遍意义和普遍价值 / 049
- 二、资本主义精神 / 052

三、新教的职业伦理 / 054

四、天职观念 / 057

五、亲自面对上帝 / 059

六、入世禁欲主义 / 062

第五章 现代性的浪潮:重读马克思 / 065

一、“真正的社会科学” / 068

二、“美学”话语 / 071

三、基于人性/权力异化的法律批判 / 074

第六章 自由及其德性问题 / 080

一、资本的自由 / 082

二、从资本解放的自由 / 085

三、自由理论的德性回归 / 090

第七章 马克思的法律观及其现代性 / 096

一、法律现代性批判的依据 / 098

二、从宗教批判到社会批判 / 103

三、马克思的“选民”及其当代启示 / 104

第八章 中国法学的观念史变迁 / 107

一、改革辨正 / 107

二、1978 年前的“革命法制”话语回顾 / 109

三、从革命到改革:1978 ~ 1992 年法学改革话语权的
逐步确立 / 114

四、1992 年以来法学话语的“古今中西之争” / 120

五、迈向法律理性的现代国家 / 128

第九章 权力话语重述 / 131

一、权力的公法立场 / 132

二、超越公法立场的权力类型 / 134

三、从法律实践看待权力 / 137

第十章 革命话语重述 / 143

- 一、法国大革命的启发 / 144
- 二、阿伦特“革命”概念的观念史表征 / 145
- 三、革命：古典战争的终结 / 148

第十一章 异化话语重述 / 151

- 一、异化论的思想史溯源 / 152
- 二、异化论第一层：产品机器论 / 155
- 三、异化论第二层：劳动奴役论 / 157
- 四、异化论第三层：主体宰制论 / 160

第十二章 平等话语重述 / 164

- 一、平等话语初渐 / 165
- 二、国民革命与共和平等 / 169
- 三、“国民”与“人民” / 173
- 四、法律上的“人民内部矛盾”与“敌我矛盾” / 177
- 五、“公民在法律面前一律平等” / 181
- 六、平等话语的当前形态 / 184

第十三章 法律社会学的观念史 / 190

- 一、发现社会：法律社会学的启蒙者 / 191
- 二、重构与反思社会：法律社会学的经典理论 / 194
- 三、法律社会学的传统变迁 / 203
- 四、法律社会学在中国 / 205

第一章 古今之争的观念史

英国政治思想家卡莱尔(Dr. A. J. Carlyle)告诫过人们,在现代法律思想中,其实真正新的东西极少。^[1]古代常常是现代的老师,师承相继,它为现代提供解释和理解的工具甚至依据。^[2]卡莱尔和许多思想史家们都更愿意叮嘱后人,观念史其实是一幅前后相继、连绵不绝的和谐画卷。但是,在我们真正深切关注观念史上古人与现代人的政教、法律认知时,却往往发现,亚里士多德的民主观念与杰斐逊的民主观念之间存在不小的鸿沟;古希腊的智者派一度也具备有社会契约的观念,但却并不会有助于我们理解卢梭;^[3]色诺芬尽管也谈

[1] 参见 R. W. Carlyle, A. J. Carlyle, *A History of Medieval Political Theory*, Barnes & Noble, Inc., 1903, Vol. I, p. 2. 另可参见英国剑桥学派巨子昆廷·斯金纳的著述。在斯金纳的历史叙述中,也很难发现断裂之处,那些被习以为常的认为存在古今之重大差异的观念史裂痕,也被他通过词汇上的惊人相似“抹平”了。例如,他认为文艺复兴的道德和政治词汇来源于罗马斯多噶派,甚至“文艺复兴时期意大利以及整个现代欧洲早期的政治理论家如何普遍地也受到斯多噶派的价值感和信念的影响”。但是,他所描述的意大利城市共和国所追求的“自由理想”(城市独立与自治)与近代以来的政治自由、社会自由等概念相去甚远。可参见[英]斯金纳:《近代政治思想的基础》(上卷),奚瑞森等译,商务印书馆 2002 年版,第 9 页以下。

[2] [英]芬理:《古典民主原论》,李淑珍译,台北巨流图书公司 1991 年版,增订版序。

[3] [意]登特列夫:《自然法——法律哲学导论》,李日章译,台北联经出版事业公司 1984 年版,第 5 页。

及经济(家政),但却与马克思所究问的国民经济学几无瓜葛;当我们试图研究自由的法权哲学时,我们很难在柏拉图的“共和国”(The Republic)中寻找可直接依据的理论资源;也许乔纳森·斯威夫特(Jonathan Swift, 1667~1745)的“巨人国与小人国”的隐喻^[1]过分夸大了“古今之争”(Quarrel between the Ancients and Moderns),但现代“民主政制”下的自由主义徒子徒孙确实很难理解拒绝越狱而宁愿“饮鸩”的苏格拉底;或许传统与现代之间的“断裂”并没有施特劳斯学派所说的那般殊死决绝,但从传统到现代的思想史意义上的法律制度与社会形态变迁及其内涵确实是值得仔细研究的问题。^[2]

一、基本线索

当然,在关于这一问题的思考之路上,我们绝不会感到孤单。不仅有柏拉图、亚里士多德、奥古斯丁、阿奎那等先贤圣哲的思想文本依据,还有马基雅维利、霍布斯、洛克、卢梭、斯密以及马克思等现代思想的奠基者们(据称他们不仅是西方政治理论传统中的大师,而且也是西方一般知识传统中的伟大人物^[3])伴随始终。例如,马基雅维利就曾“蔑神”但严肃地告诉人们,权力如何被妥善使用才是最有效的;霍布斯则费尽心力将国家主权的道德基础置换为“人造的人”;洛克则发现了自然的自由难以恒久的症候(symptom),提出财产权的保护(自我保全的第一要务)是社会状态的正当根据,从而开启了近代由“城邦人”走向“财产人”的不息进程;卢梭在“自由败坏”的时代重新“祭奠”自由之公意美德;斯密坚守洛克的基石,将财产权扩展到整个自由经济领域;马克思却发现该领域并不实质自由,经济社会的内在秘密也不在于斯密所称的“看不见的手”,而在于看得见的操控权力的资本现象以及背后的阶级差异。

在现代的思想者中,无论是为法(权)奠基还是质疑甚至超越法

[1] 参见 Allan Bloom, *Giant and Dwarfs: An outline of Gullicer's Travels*, in the *Giant & Dwarfs*, Simon and Schuster, 1990, pp. 63-71。

[2] 高全喜:《何种政治? 谁之现代性? 现代性政治叙事的左右版本及中国语境》,新星出版社2007年版,第79页。

[3] [美]乔治·萨拜因:《政治学说史》,托马斯·索尔森修订,邓正来译,上海人民出版社2008年版,第13页。

(权),其核心论域始终与自由的原理和性格纠结在一起,甚至对自由主义的批判也仍旧是在自由主义的视野范围之内。^[1] 即便这种批判可能是施特劳斯学派所厌恶的历史主义和虚无主义(“进步”观念战胜“好坏”标准),至少可以发现,关于自由问题的讨论总是以扑朔迷离的姿态贯穿其中。20世纪以来,现代社会的内在结构基本成型,“自由”一词更是体现出错综复杂的意识形态性和问题化特性。

这种对自由的反复解释和讨论,以及对其内容的反复重建,并非法哲学史上的一贯主题,下面的论述将表明:法(权)正当性问题的思想主题经历了城邦正义(至善之道)、彼岸拯救(人神之约)与个体自由(自我意识以及自由的法权)三个主要阶段,且这三个阶段的变迁过程与西方法律思想传统的观念史变迁同步。

二、观念 I :城邦至善之道(word)

贡斯当说过,“在古代人那里,个人在公共事务中几乎永远是主权者,但在所有私人关系中却都是奴隶。”^[2] 贡斯当对古代人自由的思考源自对古代人的城邦灵魂的理解。而这种理解必须首先从苏格拉底谈起。

黑格尔曾说苏格拉底发现了一个“灵机”:个人精神的证明代替了神谕,主体自己来从事决定。^[3] 因为苏格拉底洞察到了人的自我意识,并将这种思维的普遍意识来代替神谕(重大变革),苏格拉底不仅是与一群人,或者一群发号施令的人发生冲突,而是与雅典人民的精神、雅典的法制以及他们整个的生活发生了冲突。他运用自己的原则去教育雅典公民的时候,实际上是在同雅典精神相对抗。所以,黑格尔说,能够理解苏格拉底的不是他的同代人,而是后人,因为只有后人能够作为世界精神

[1] 另可参见对自由主义的批判贡献良多的德国公法学家施米特,最终也未获得超越自由主义的视野。参见[美]约翰·麦考米克:《施米特对自由主义的批判》,徐志岳译,华夏出版社2005年版,以及Leo Strauss, *Notes on The Concept of the Political*, in Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, University of Chicago Press, 1996, pp. 83-107。

[2] [法]邦雅曼·贡斯当:《古代人的自由与现代人的自由》,阎克文等译,上海人民出版社2003年版,第48页。

[3] [德]黑格尔:《哲学史讲演录》(第2卷),贺麟、王太庆译,商务印书馆1960年版,第89页。

和普遍原则而出现。^[1]黑格尔自认是理解苏格拉底的“后人”。然而,黑格尔只是说对了一半,当他细究苏格拉底所冲突的那个对象,即雅典的法制与人民的民主热情时,他也不敢贸然断定:苏格拉底的“灵机”就是真正的雅典精神。

对于古希腊人而言,他们根本没有办法接受黑格尔的自我意识以及自由的法哲学。对他们而言,法哲学、政治哲学、伦理学以及社会哲学之间既然拥有共同的主题,也就没有严加区分的必要。这些主题包括对自然的探求和对城邦正义生活(达致至善)的渴望。

在柏拉图的《美诺篇》^[2]中,苏格拉底为城邦设置了一个根本准则:人皆求善。在“美德是否可教”这一话题之下,美诺和苏格拉底都非常努力的讨论美德的本质,认定美德是一种对至善的回忆。在《理想国》最后一卷中,苏格拉底提供了“灵魂不朽”这一希腊式循环论,《美诺篇》进一步将此运用到美德问题的探讨中。因为人是求善的,那么人们必须知道善的本质是什么?是否存在共同的善(至善)?苏格拉底在“高贵的谎言”中将人区分为三个等次,且与各等次的美德相应。在他看来,统治者的功能是思,其美德为智慧;辅助者的功能是战,其美德是勇敢;生产阶层的功能是欲望与获取,其美德是节制。将这三种美德分工协调达到和谐有序,此即灵魂的正义。^[3]这种和谐与内恰的正义理念是对城邦美德的至善之境的一种追求与向往,它与整个古希腊城邦政治与立法的自然观保持一致。

古希腊城邦是在信仰、法律、家庭、宗教等诸多因素影响之下逐步形成的,这些因素的分裂组合与扩殖再生同时构成了作为城邦的政治共同

[1] [德]黑格尔:《哲学史讲演录》(第2卷),贺麟、王太庆译,商务印书馆1960年版,第105页。

[2] 参见[古希腊]柏拉图:“美诺篇”,载《柏拉图全集》(第1卷),王晓朝译,人民出版社2002年版,第501页。柏拉图的著作被认为“与其说是介绍一种学说,不如说是为苏格拉底的生活——他的生活的精髓——树碑立传:它们展现了苏格拉底如何从事其最重要的工作,即如何启迪他的同胞并努力把他们引导到他本人所奉行的善的生活。”参见[美]施特劳斯、克雷波西主编:《政治哲学史》,李天然等译,河北人民出版社1992年版,第30页;[英]泰勒:《柏拉图——生平及其著作》,谢随知等译,山东人民出版社1990年版。

[3] 参见[古希腊]柏拉图:《理想国》,郭斌和、张竹明译,商务印书馆1986年版,第128~131页。

体信念。城邦并不是个体之间的结合,而是团体之间的结合。^[1]自泰勒斯以来的古希腊哲学建立起了以城邦美德为依据的古典法哲学和政治哲学。城邦的法律和立法,是人作为一个“城邦构成”参与之下而形成的,在城邦面前,人体现了人的一面之外更重要的是体现出作为“城邦构成”的一面。斯宾格勒在论述文化的“起源与景观”时,就曾说过,“我们可以想象一个人被剥夺某些权利甚至所有权利,但他仍是一个人;而古典人在这种处罚下已不再是一个人,尽管作为一个实体他还继续活下去”。^[2]失去了城邦身份,就失去了人的全部。这源自一种古典的关于“自然”^[3]的基本观念。在古希腊人的眼里,自然并非如刻下所认识的那样,是一个外在于人的物质体(作为对象的自然现象),而是一个内涵人本身的有机体(包含人类行为的活的整体)。人作为自然的一个因素而存在,人本身就是自然的一部分。所以,至善(正义)之途必定也是迈向自然之境。

在柏拉图《法篇》中,雅典陌生人(代替了其他对话中苏格拉底的地位)开篇即以“你们的法律是谁制订的”这一富于挑战而又值得深思的提问,开始了一段雅典人、克里特人和斯巴达人之间关于立法标准的对话。^[4]立法与城邦政制的关系在《法篇》中处于至关重要的地位,相对《理想国》超然物外的态度而言,《法篇》显得更加务实。但是,其目的仍旧为了确立立法的标准与原则,立法来自神。“凡人的统治而非神的统治将使人们无法脱离罪恶与辛劳。因而我们应当千方百计的模仿传说中的克洛诺斯治下人们的生活方式,包括公共生活和私人生活,安排好我们的家庭和城市,顺应那在我们之内的一丁点神性,并把‘法律’之名赋予以理智的分配

[1] [法]库朗热:《古代城邦——古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸等译,华东师范大学出版社2006年,第118页。

[2] [德]奥斯瓦尔德·斯宾格勒:《西方的没落》(第2卷),吴琼译,上海三联书店2006年版,第50页。

[3] 登特列夫说,“自然”(nature)这个词乃是造成一切含混的原因。自然概念还具有伸缩性,如依自然,人是政治动物(man is by nature a political animal)与依自然,人是平等与自由的(men are by nature equal and free),两者所使用之自然,差别甚至可以用两个时代来形容。参见[意]登特列夫:《自然法——法律哲学导论》,李日章译,台北联经出版事业公司1984年版,第2、6页。

[4] 参见[古希腊]柏拉图:《法律篇》,张智仁、何勤华译,上海人民出版社2001年,第132页。

(distribution)。”^[1]因此,对于雅典而言,正当(right)或者正义(justice)就是依据自然(或神性)原则建构起公民的某种共同生活,法律的目的在于确定每个人在城邦中应有的位置、职位和作用。雅典人的权利就是履行城邦的职责;义务就是为实现自我潜能的需要而培育自己。^[2]前者以现代权利观来看恰是一种义务、责任,后者恰是一种接受教育的权利。

所以,法律如果需要在现实城邦当中获得信任和遵从(或者说获得合法性),则主要来自于法律本质上的城邦美德特性。如果法律能够在险峻无比的政治海洋中保障城邦安全航行,无论法律本身是确认民主制还是贵族制,那种法律都将是正当的。当然,个人的自由也能充实城邦的生活方式,但如贡斯当说的那样,“他们亦承认个人对社群权威的完全服从是和这种集体性自由相容的。你几乎看不到他们享受任何我们上面所说的现代人的自由”。^[3]这里寻求的善是一种公共的善,是善的城邦,并由于是公共的善而使我们在共同追求它的过程中团结在一个城邦里;在这样一个城邦里,每一个人都参与追求公共的善,也只有在这样的一个城邦里,每个人才能培育出善的灵魂结构并实现善的生活方式。

三、观念Ⅱ:彼岸拯救(salvation)与自然法神义论

中世纪常被认为是“黑暗的世纪”。“黑暗”一词的使用带有强烈的现代情怀,因为与启蒙以后的现代原子式社会相比,中世纪的思想、政制和法律仍然笼罩在封建主义和启示教会的阴影之下。但是,如果不是评判而是描述性的使用该词,则还有另一种价值:因为对于基督教义而言,俗世生活中求善不能的状态恰好可以被描述为人的精神领域的“黑暗”。

古希腊的求善原则与基督教的拯救意识原本是相排斥的。一方面,人在城邦的现实生活中求善并试图践行正义;另一方面,人又没有能力把

[1] Plato, *The Laws of Plato*, Translated by Thomas L. Pangle, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1988, p. 100.

[2] [美]乔治·萨拜因:《政治学说史》,托马斯·索尔森修订,邓正来译,上海人民出版社2008年版,第45页。

[3] [法]邦雅曼·贡斯当:《古代人的自由与现代人的自由》,阎克文等译,上海人民出版社2003年版,第47页。