

喻中 著

(第二版)

法律文化视野中的权力

以法律文化的视角，解释权力现象，从不同的侧面展开了对权力范畴与权力现象的观察与研究。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

喻中著

(第二版)

法律文化视野中的权力



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律文化视野中的权力 / 喻中著. —2 版. —北京:
法律出版社, 2013. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5477 - 3

I. ①法… II. ①喻… III. ①法律—权力—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 235732 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/10.125 字数/256 千

版本/2013 年 11 月第 1 版

印次/2013 年 11 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5477 - 3

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

第二版序

这本《法律文化视野中的权力》是关于权力的文化解释,完稿于2002年,初版于2004年。

重读这本十多年前的书稿,我想起了童恩正先生。我从来没有见过童先生,但这本书中的核心观点,却受到了童先生的启发。特别是他关于摩尔根模式的论著,拓展了我理解权力、国家与法律的视界。童先生是四川大学的历史学教授,但他创作的电影剧本《珊瑚岛上的死光》上映之后曾经风靡一时。后来我选择到四川大学去教书,在那里待了整整五年才离开,不能不承认,背后有像童恩正这样的学者对我所产生的精神上的感召力。

我一边回忆十年前的旧事,一边完成了对这本书的校读与修订。修订的过程就是增删的过程。看到有些刺眼的东西,就把它删掉;看到还可以重新摆弄的地方,就做些调整;看到意犹未尽的地方,就略作增补。但都没有另起炉灶,也没有进行全面的翻新,基本上维持了十多年前的旧貌。

基本维护旧貌并不是说这本书没有改动的余地。事实上,这本书的很多论述,还不够深刻,真是“卑之无甚高论”。但是,它是我的公开出版的第一本书,是我在求学问道初期完成的一份较正式的作业。因此本着“留此存照”的意思,把它纳入到这套“作品系列”中。

喻 中

2013年8月

于首都经济贸易大学法学院

目 录

第一章 引论(一):通过文化理解权力	1
一、认真对待权力	1
二、法律文化的研究进路	9
三、资料的选择与运用	15
第二章 引论(二):权力研究中的学与术	19
一、学与术	19
二、权力之学	22
三、权力之术	29
四、分合之辨	37
第三章 权力是什么:法学中的权力及其相关概念辨析	39
一、法学中的权力概念	39
二、对权力概念的修饰	44
第四章 权力的起源:一个比较法律文化的考察	54
一、氏族与酋邦:考察权力起源的理论模式	54
二、氏族理论模式下的权力起源	64
三、酋邦理论模式下的权力起源	73
四、权力起源的比较法文化分析	83

第五章 权力合法性的论证方式:中美宪法序言比较	92
一、权力合法性论证方式的变迁	92
二、以正义与自由的名义:美国宪法序言的论证方式	100
三、通过历史寻求合法性:中国宪法序言的论证逻辑	106
四、权力合法性论证方式之比较	113
第六章 中国古代权力合法性的依据:自然法还是高级法	116
一、中国现代学者对中国古代自然法的探寻	116
二、西方学者关于中国古代自然法的观点述要	127
三、天或天命:中国古代的高级法	133
第七章 新三权分立论:当代权力结构挑战传统公法理论	137
一、传统三权分立理论质疑	137
二、新三权分立论与当代权力链条	142
三、二元权力理论之美与不足	151
第八章 权力的异化状态:潜规则下的权力秩序	153
一、潜规则的概念	153
二、潜规则起源考略	159
三、潜规则下的权力秩序举例	164
四、潜规则下的灰色行为及其救济	169
第九章 权力的存在形态:从权力失约到权力法定	181
一、权力失约或权力的非法律化	181
二、法定权力及其构成要件	183
三、权力推定的几个问题	188
第十章 权力、集权与技术:以分税制为例	203
一、税权、税制及其宪法意义	203
二、分税制的概念探讨与历史回顾	205

三、集权与技术:分税制的宪法分析	208
第十一章 法律意识形态:一种看不见的权力	223
一、法律意识形态的概念与结构	223
二、法律意识形态漂浮现象评析	234
三、法律意识形态与法律学术的使命	240
第十二章 超越异化的礼法权力秩序:道家法哲学的智慧	245
一、法哲学中的儒家视角与道家眼光	245
二、黄帝、杨朱、老庄与魏晋人物	248
三、批判与超越对礼法权力秩序的意义	259
第十三章 权力自我约束的一次试验:巴黎公社的权力原则	261
一、巴黎公社的原则:值得重提的旧话	261
二、巴黎公社权力运行中的基本原则	264
三、鉴与镜:巴黎公社权力试验的意义	273
第十四章 在正式权力与非正式权力之间:第三领域中的权力	278
一、黄宗智现象	278
二、第三领域中的权力	280
三、智者的千虑与一失	288
第十五章 仪式中的法律与权力:关于法律文化视角的一些反思	292
一、关于一本社会学论文集的法学阅读	292
二、法律的仪式解释:若干实例考察	308
三、通过仪式解释法律:一种可能的法学方法	310
跋	313

第一章

引论(一):通过文化理解权力

一、认真对待权力

对于当代中国的法理学来说,1988年也许可以算作一个比较重要的时间节点。因为,中国本土法理学的研究范式在这一年经历了一个比较明显的转向。1988年以前,中国法理学的主流话语偏重于探究法的政治属性。无论是话语模式还是论证方法,都打上了比较浓厚的政治意识形态的痕迹,以至于我们可以把那个时期的法理学不甚严格地称为政治化的法理学。^{〔1〕}但是,到了1988年,在长春召开了一次关于法学基本范畴的理论研讨会之后,^{〔2〕}政治化的法理学开始逐渐地转向法理学的学理化建构。这种转向的一个显著标志,就是权利、义务等法学基本范畴开始受到学者们的普遍重视。

在随后的关于法学基本范畴的讨论中,有一些学者强调“权利”在

〔1〕 政治化的法理学主要体现在一些具有强烈政治色彩的“法理学问题”上。比如20世纪80年代初期的“人治与法治问题”、20世纪80年代中期的“法的阶级本质问题”,等等。

〔2〕 参见郑成良:“商品经济、民主政治的发展与法学的重构——法学基本范畴研讨会综述”,载《政法与法律》1989年第1期。

法学范畴体系中的基石地位,于是就有了后来的“权利本位论”〔1〕。另一些学者认为,“义务是法的重心”,于是就出现了后来的“义务先定论”〔2〕

多年以后,这场关于“法律本位”或“法本位”的讨论虽然渐渐远离了人们的视线。但这场学术讨论对法学理论的影响是持久的。学者们针对“法律本位”问题,时不时又翻起新的话题,提出另外的主张。〔3〕当然,由于持论者的研究立场、视角、方法的差异,这场讨论永远都不会有“最后的结论”。但是,没有结论并非没有意义。通过这样的讨论,法学中的一些基本范畴得以更深入、更细致地呈现在世人的面前,让人们有可能更多地触摸到法律世界的内在奥秘。可以说,1988年以来关于法学基本范畴的学理讨论,已经构成了我国法理学知识的一个比较明显的增长点。

看来,通过某一个(或一些)法学范畴的深入探讨,可以成为法学研究中的一条可行的路径——当然,也只是多种路径中的一种而已。

正是出于上述认识和上述背景,20世纪90年代末期,我开始把研究对象锁定在“权力”这一法学范畴上。之所以在诸多的法学范畴中选择了权力范畴作为研究的主题,主要是基于以下几个方面的考虑。

其一,在法学诸范畴中,关于权力范畴的研究还是一个相对薄弱的环节。

通过文献搜索可以发现,近二十年来,甚至上溯到20世纪上半叶,我国法学界已经对法学范畴中的权利与义务进行了比较细致的

〔1〕 代表性论著有张文显:“‘权利本位’之语义与意义分析”,载《中国法学》1989年第1期;郑成良:“权利本位说”,载《政治与法律》1989年第4期,等等。

〔2〕 参见张恒山:《义务先定论》,山东人民出版社1999年版。

〔3〕 例如童之伟:“权利本位说再评议”,载《中国法学》2000年第6期,等等。

研究和疏理。相关的论文、著作数量较多。^{〔1〕}相比之下,关于权力范畴的研究则显得相对不足。^{〔2〕}造成法学范畴中重视权利轻视权力的原因,可能是因为学者们觉得,权力范畴在法学理论体系中的重要性不如权利与义务。

的确,在当代通行的法学理论体系中,一般讨论的所谓法律关系,几乎都是指权利义务关系,或者说,权利义务关系可以用来解释、概括任何一种法律关系。甚至整个法学,也被泛泛地称为“权利之学”,^{〔3〕}或者是“权利义务之学”。^{〔4〕}这样的法学主张尽管在当代中国的法学理论界已成“通说”,但却并非无懈可击。

在譬如公法学特别是行政法学领域,以权利义务关系来界定行政主体与行政管理相对人之间的法律关系,就不甚恰当。因为,行政主体在公共行政管理活动中所享有的就不是“权利”,而是“权力”。尽管你也可以说:“广义的权利就包括了权力”,或者说,“这里的权利就等于权力”。但是,这种辩解实际上是把权利与权力这两个尽管

〔1〕 代表性著作有张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版;夏勇:《人权概念起源》,中国政法大学出版社1992年版,等等。

〔2〕 笔者通过文献搜索,发现近十年来法学界以权力为主题的论文主要有:谢晖:“权利与权力界分——法制现代化的奠基石”,载《法律科学》1994年第3期;武步云:“行政法的理论基础——公共权力论”,载《法律科学》1994年第3期;胡玉鸿:“权力关系与行政诉讼”,载《法律科学》1998年第4期;左卫民:“诉讼视野中的国家权力:法哲学探讨”,载《现代法学》1995年第2期;屈学武:“法定权力与权力法治”,载《现代法学》1999年第1期;许小牙:“论权力的本质及其发展规律”,载《现代法学》2000年第6期;沈宗灵:“权利、义务、权力”,载《法学研究》1998年第3期;郭道晖:“试论权利与权力的对立统一”,载《法学研究》1990年第4期;郭道晖:“论国家权力与社会权力——从人民与人大的法权关系谈起”,载《法制与社会发展》1995年第2期;郭道晖:“权力的多元化与社会化”,载《法学研究》2001年第1期;漆多俊:“论权力”,载《法学研究》2001年第1期,等等。

〔3〕 郑成良:“商品经济、民主政治的发展与法学的重构——法学基本范畴研讨会综述”,载《政法与法律》1989年第1期。

〔4〕 翻开任何一本当代中国的法理学教科书,都可以看到类似的论述,代表性的可以参见张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第158页。

有联系但却明显不同的范畴完全混同在一起了。于是又有一种意见认为,在行政法律关系中,以权利与权力这两个范畴作为分析工具就更合理些。^[1]也许正是因为意识到现有的法律关系理论运用于宪法、行政法等公法领域可能导致的概念混淆与逻辑混乱,同时也认识到权力范畴对于法学理论体系的重要意义,近几年来,对权力范畴的关注也开始渐渐走进了我国法学研究者的视野中。已有一些论著开始把权力与权利、义务相提并论。^[2]这种理论倾向与本书所持的立场基本上是一致的,即,在整个法学特别是在公法学领域,权力应该成为分析法律问题、特别是公法问题的基石范畴。

正是感到有必要像“认真对待权利”(德沃金语)那样认真地对待权力,本书才期望走进文化、历史与社会的深处,从权力的概念、起源、合法性、存在形式、理解方式等方面着手,多角度、多层面地挖掘权力范畴背后的法律意义、历史内涵、文化特征、认知方式,为更加深入地理解法学理论中的权力范畴与法律实践中的权力现象做一些法律文化方面的解释和铺垫。

其二,尽管自1988年以来,关于法学基本范畴的讨论推进了我国法理学研究的深入。但从总体上看,法学界关于权力范畴以及与此相关的国家与法的起源等法学基础理论问题的研究范式,还是比较单一,有待进一步创新。

徐国栋在《家庭、国家与方法论》一文中注意到,^[3]自1949年以来,我国法学界在论及国家与法的起源问题时,都是以摩尔根的《古代社会》特别是恩格斯的《家庭、私有制和国家的起源》所确立的进

[1] 参见刘旺洪:“权利与权力:行政法的逻辑起点”,载《江苏行政学院学报》2001年第2期。对权利义务关系的不同看法还可参见童之伟:“权利本位说再评议”,载《中国法学》2000年第6期,等等。

[2] 代表性的论文如沈宗灵:“权利、义务、权力”,载《法学研究》1998年第3期;范进学:“法学核心范畴关系论”,载《法律科学》2001年第1期,等等。

[3] 参见徐国栋:“家庭、国家与方法论——现代学者对摩尔根《古代社会》和恩格斯《家庭、私有制和国家的起源》之批评百年综述”,载《中外法学》2002年第2期。

化论人类学为依据的。在《家庭、私有制和国家的起源》这篇堪称经典的著作中,恩格斯认为,人类最早出现的政治形式是氏族,成员在氏族首领的领导下过着不需要国家和法的幸福生活。由于生产力的发展,出现了剩余产品,它们刺激了代表氏族对外交往的首领们的私心。于是,他们通过侵吞公产逐渐成了富人,与穷人形成对立和对抗的阶级。为了避免社会在这样的对抗中爆炸,凌驾于社会之上的国家应运而生,它很快成为阶级压迫的工具。最早产生的国家是奴隶制国家,与此同时还产生了奴隶制的法。除此之外,还有封建制的、资本主义的和社会主义的三种国家和法。直到共产主义社会,国家和法才会消亡。^[1]但值得我们注意的是,在恩格斯的这种观点诞生之后的一百多年里,已经受到了东西方人类学界、历史学界的广泛质疑。二十年(1983—2002年)来,我国人类学界、历史学界已经在恩格斯的经典理论范式之外,作出了许多新的探索,促进了人们对古代特别是中国古代社会的认识的长足进步。甚至连恩格斯自己,也在《家庭、私有制和国家的起源》第1版出版7年后表示:“摩尔根的某些假说被动摇,或甚至被推翻了”,因而对自己以摩尔根的《古代社会》为依据的著作进行了大幅度的修改。^[2]对此,徐国栋认为:

令人遗憾的是,尽管恩格斯的著作对法学界和人类学界产生了不相上下的影响,但对这一著作之错误的清算,却只发生于人类学界、历史学界,却不见于法学界,其间的原因值得深思。现在我开始理解十几年前戴逸先生为何要以轻蔑的口吻谈到法学的幼稚了。遗憾的是,十几年来,我们的专业的热门性质仍在消蚀着我们的科学精神,因此,我们的理论进步仍不得不依赖于其它学科的成就。在摩尔根—恩格斯论及的问题的范围内,法学理论与人类学、历史学的研究

[1] 参见《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第154页以下。

[2] 恩格斯为《家庭、私有制和国家的起源》第4版写的序言,《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第16页。

成果关系,犹如“毛”与“皮”的关系。现在“皮”已发生变革,自然到了“毛”也发生相应变革的时候。本文的使命,在于把在人类学界、历史学界已完成的理论革命引入法学,以图更新摩尔根和恩格斯的著作作为我们提供的法学理论范式。^[1]

如果说徐国栋的文章还主要是综述现代学者对摩尔根、恩格斯关于国家发生学问题的批评,并希望“把人类学界、历史学界已完成的理论革命引入法学,以图更新摩尔根和恩格斯的著作作为我们提供的法学理论范式”,那么,本书从文化的角度,对权力范畴以及权力现象的文化考察,也可以算作对这种呼吁的一个具体的回应。

其三,权力需要反思与质疑。

正如“天赋权利”或“自然权利”这些概念所明示或暗示的那样,人与权利密切关联,不可分离。比如“人权”一词,尽管是一个见仁见智的多义词,但一般说来,它是指人的权利,而不是指人的权力。为什么“人权”不包括人的权力?这也许是一个约定俗成的用法,暂且不必深究。其实,跟人与权利的关系一样,人与权力的关系也是密不可分的。

人作为一种类的存在,作为一种群体性的生物,需要权力,也离不开权力。但人更应当反思权力、质疑权力,特别是要提防权力、控制权力。正如肯尼迪所言:“创造权力的人对国家的强大做出了必不可少的贡献;但质疑权力的人做出的贡献同样必不可少,特别是当这种质疑与私利无涉时。正是这些质疑权力的人们在帮助我们做出判断:究竟是我们使用权力,还是权力使用我们?”^[2]

正是在上述诸因素的促动下,我开始把研究的目标锁定在权力

[1] 徐国栋对百年来学者们对恩格斯这本经典著作的质疑作出了全面的回顾,详情及上述回顾可参见徐国栋:“家庭、国家和方法论——现代学者对摩尔根《古代社会》和恩格斯《家庭、私有制和国家的起源》之批评百年综述”,载《中外法学》2002年第2期。

[2] 转引自王诺:“读哈佛”,载《读书》2000年第12期。

范畴上。

不过,需要特别强调的是,本书关于权力范畴的研究,尽管是在“法律本位”这一理论背景之下展开的。但笔者的意图,并不在于张扬一种与“权利本位论”、“义务先定论”相并列的什么“权力本位论”或“权力重心论”,^[1]而是希望通过对法学理论中的权力范畴以及法律实践中的权力现象的研究,在已有的学术成果的基础之上,进一步拓展法理学的理论视野、践行一种极具解释能力的法学研究方法。

从法律与权力的关系上看,二者几乎如影相随。在法律所及的范围内,几乎都打上了权力的痕迹。事实上,在法理学既有的理论丛林中,分析法学的曾经认为,法律不过是主权者的一种命令,法律的本质就是权力,任何一种实在法都是由特定的主权者对其统治下的某个人或某些人制定的。分析法学的代表人物奥斯丁就此还进一步指出,并非每一种命令都是法律,只有一般性的命令——强制某个人或某些人必须为某类行为或不为某类行为——才具有法律的性

[1] 笔者查阅相关文献资料,没有见到“权力本位论”的明确提倡者。1989年,张恒山以“法的重心何在——评‘权利本位’说”(《政法与法律》1989年第1期)一文论述了“法的侧重点是义务约束”,之后,白云发表“也论法的重心——与张恒山君商榷”(《政治与法律》1989年第2期),除了认为“社会主义法的应有重心,是在宣告人民的全部权利”之外,还以《左传·昭公十四年》记载的“孔子垂经典,皋陶造法律,原其本意,皆欲禁民为非”中的“禁民为非”为例,宣称:“这‘禁民为非’就是权力的体现。所以,古代法律一开始就是以权力为本位的。又由于以权力为本位,拥有权力者自然享有一切特权,也就是法律以权力为本位了。”对此,张恒山又以“法学不接受‘权力本位’——答白云君的商榷”(《政治与法律》1989年第4期)批评了白云将“禁民为非”等同于权力本位、特权、权利本位等概念。尽管白云并未直接主张“权力本位”,但确实存在将权利、特权、权力等概念相互混淆的缺陷。这也间接说明了深入理解权力范畴的重要性和必要性;同时也表明,所谓的“法律本位”理论本身有必要受到质疑,本书无意在“法律本位”理论的框架下(而是在法律文化的视野中)讨论权力概念与权力现象,也是基于这种考虑。

质。^{〔1〕} 综合法学派的代表人物博登海默则认为:“法律的基本作用之一乃是约束和限制权力。”^{〔2〕} 当代中国的主流法学理论在论及法的特点也指出:“法律出自国家,具有国家性,因为:第一,它是以国家的名义创制的……第二,法律的适用范围是以国家主权为界域的,这是区别于以血缘关系为范围的原始习惯的重要特征……第三,法律是由国家强制力为保证的。”^{〔3〕} 换言之,法律出自于国家,在国家主权内实施,由国家强制力保证。

总之,无论在哪种层面上,法律与权力尤其是国家权力都是密不可分的。正是由于权力与法律之间所固有的密切联系,对权力范畴与权力现象的探究就不应仅仅局限于权力范畴自身。它必须超越权力的语义与表象,深入到权力关系背后的法律理念与法律秩序。因而,如果说通过文化理解权力是本书采取的一种基本视角与基本方法的话,那么,通过权力理解法律,乃是贯穿本书各个部分的一条基本线索。

权力作为法学基本范畴之一,其本身的含义与意义、范围与界限,当然在本书的视界之内。但是,为了从更广阔的背景来理解权力范畴,本书将以更多的篇幅来讨论权力范畴背后的法理问题、文化问题与社会问题。比如,通过权力起源的比较研究,可以揭示出不同类型的权力秩序及其相应的法律文化传统;通过权力合法性论证方式的比较研究,则足以透视出不同文化背景下、不同民族之间的法律精神以及法律思维方式上的差异;通过多角度地考察不同地域、不同时代、不同语境下的权力形态,无疑会增进我们对于权力多元、法律多元、文化多元的深入理解……

〔1〕 参见[美]博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1998年版,第119页。

〔2〕 [美]博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1998年版,第358页。

〔3〕 张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第56页。

“理解”二字,可以说是本书的主旨所在:通过理解权力范畴与权力现象,进而理解权力背后的法理;通过权力背后的法理的理解,进而理解人与法的关系、人与人的关系以及人自身。从这个意义上看,我希望将权力范畴作为一盏小小的引路灯,并在这盏小灯的指引下,走向一条理解法律的文化路径。当然,在穿越这条路径的旅程中,你也许可以看到一些风景,也许只能听到一些耳语声。

二、法律文化的研究进路

讨论权力范畴与权力现象可以有多种视角、多种进路,比如价值分析方法、阶级分析方法等等。在法律思想史上,影响较大的是古典自然法学家们从社会契约的角度来描述权力。例如,在论及权力的起源时,洛克就认为:“政治权力是每个人交给社会的他在自然状态中所有的权力,由社会交给它设置在自身上面的统治者,附以明确的或默许的委托,即规定这种权力应用来为他们谋福利和保护他们的财产。”^{〔1〕}这这就是社会契约论的研究进路。

张恒山从类似的思维模式入手,把权力的起源描述为这样一个过程:首先,是独立的自由的个人通过协议形成了初步的法律规则。通过这种规则的联系,可以将人们结成一个初步的共同体。这一共同体借以体现自身的,在这时还只是由个体理性升华、外化为群体理性的法律规则。这种体现为群体理性的法律规则最初只是依赖个体理性被人们自觉遵守。但是,每一个体的理性并非始终能控制约束其本人的感性欲望、冲动和行为。即使理性协议形成了法律规则之后,个人在感性欲望、冲动和要求的支配下,仍有破坏法律规则的任性行为。这样,要使既定的理性规则得到遵守,要使初步形成的共同体得到维系,要使群体的和平、安全的生活得到保障,人们必须建立

〔1〕 [英]洛克:《政府论》(下篇),瞿菊农、叶启芳译,商务印书馆1997年版,第105页。

一个共同的权力机关。^[1]

按照这种思维方式,是先有规则,后有破坏规则的行为,然后才考虑到要设立公共权力以制止人们违反规则。这种思维模式的积极意义已经得到理论界的充分认可,^[2]这里不必多说。但它始终存在着一个致命的无法克服的弱点,即它的理论前提都是先验的、假定的,因而也是无法验证的。也许正是因为这一点,自19世纪以来,这种先验的自然法学式的思维方式受到了分析法学、社会法学以及其它法学流派强有力的挑战。^[3]但是,分析法学、社会法学囿于其自身的立场和理论视野,对权力起源、权力合法性、权力的文化意义这样一些本源性问题一直没有足够的关注。^[4]比如,康德甚至这样论述道:“最高权力的来源,对于受它的权力支配的人民说来,实际上是不可思议的。换言之,臣民在实际关系中无须对最高权力的来源加以深究,好象国家最高权力要人民服从它的权利尚有疑问似的。”^[5]

考虑到上述先验式的研究进路的缺陷,本书将尝试着从另外一个角度,即比较法律文化或跨文化比较的角度,展开对权力范畴与权

[1] 参见张恒山:《义务先定论》,山东人民出版社1999年版,第289页。

[2] 学界对此多有总结,比如,称其为《独立宣言》、《人权宣言》以及近代资产阶级民主和法治提供了理论基础;促进了法律的统一,等等。参见沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第20页。

[3] 代表性的挑战可以参见[英]哈特:《实证主义和法律与道德之分离》,翟小波译,载《环球法律评论》2001年夏季号。

[4] 需要指出的是,对司法推理中的权力概念以及其他相关概念最先作出讨论的是分析实证主义法学派的霍菲尔德,但他讨论的是四对概念之间的关系。霍贝尔对此进行了评析,参见[美]霍贝尔:《初民的法律》,周勇译,中国社会科学出版社1993年版,第51页。

[5] [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,林荣远校,商务印书馆2001年版,第146页。