

經典中的法理

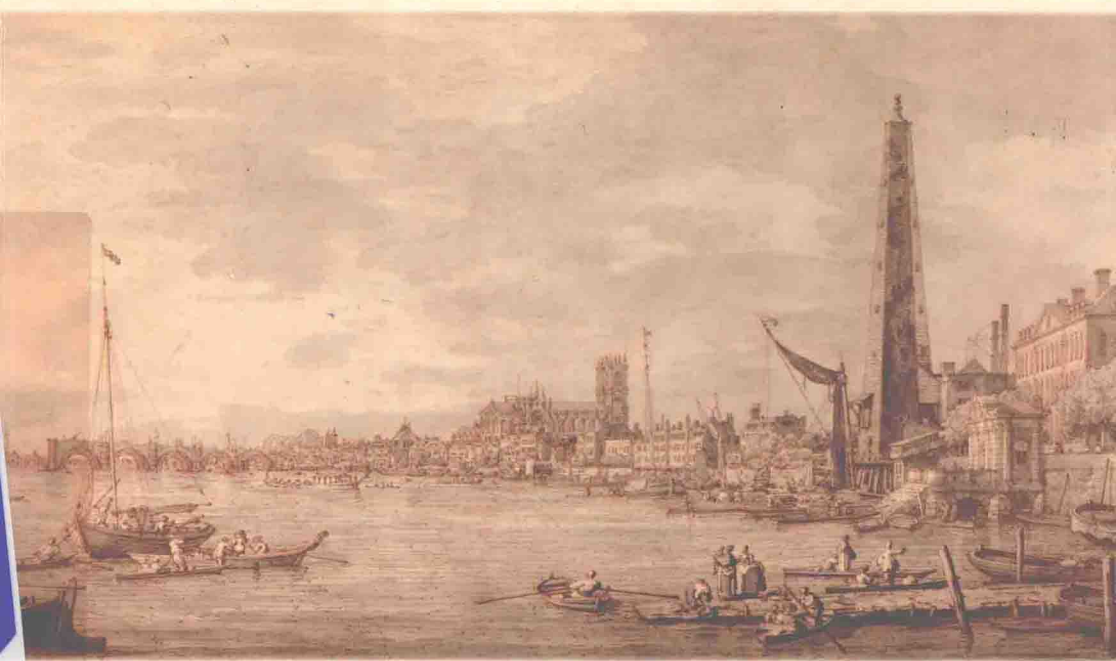


Jurisprudence in Classics

第6卷



西南政法大学法学理论学科 主办



法律出版社
LAW PRESS CHINA

經典中的法理



Jurisprudence in Classics

第6卷



西南政法大学法学理论学科 主办



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经典中的法理. 第6卷/付子堂主编. —北京:法律出版社, 2014. 7

ISBN 978-7-5118-6659-2

I. ①经… II. ①付… III. ①法理学—文集 IV.
①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第170973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/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/710×1000毫米 1/16

印张/21 字数/340千

版本/2014年9月第1版

印次/2014年9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 978-7-5118-6659-2

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《经典中的法理》

编委会

顾问：张文显 李步云 贺卫方 卓泽渊
主任：付子堂
委员：张永和 宋玉波 陈 锐 程志敏
周祖成 朱学平 姚荣茂 林国华
林国荣 郑文龙 雷 勇 郭 忠
赵树坤 王 恒 陆幸福 周尚君
陈柏峰 张善根 庄晓华 刘 颖
胡兴建 朱 颖 亓同惠 邓达奇

《经典中的法理》

编辑部

主 编：付子堂

副 主 编：周尚君 胡兴建

本卷执行主编：李超群 朱林方

责任编辑：王丹妮 张琪琪 陈慧洁 唐冰发 唐怡然

林莎莎 贺春喜 王敏璇 宋春艳 苏 慧

总 序

“法学是关于神和人的事务的知识；是关于正义和非正义的科学。”

然而，人世间最难认识的也莫过于“神和人事”、“正义和非正义”；尤其是，在历史的长河中，人被打上各种烙印，原初本性已然扭曲，本相尽失，一如立于海边的“格洛巨斯石像”，因浸泡海中，腐蚀和冲刷已使其肢体断离碎散，而海水退去留下的贝壳、海草以及沙石又覆盖其上，以至根本看不清其本来面目。不过，一些思想的勇者却凭借自己优异的禀赋和勤奋的努力，剥开覆盖在人之本相上的历史沉渣，并将其所见形诸文字，汇集成书，此即流传于世的“经典”。

可见，经典乃是人类思想的结晶，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、学术最初的冲动。深入经典，学术才有宽厚的基础；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。

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，林林总总，眼花缭乱，令人目不暇接。面对这种现状，如果我们浮躁焦虑、时髦跟风，而非戒骄戒躁、厚积薄发，那么我们将会迷失在各种问题中间而找不到答案，束缚自己于桎梏而寻不到出路。那么，我们何处寻找定力，寻找那透视一切虚幻表面的锐利目光？经典！不管问题再多，理论再繁复，它们都指向人本身，时代在变，但人所面临的那些根本问题却始终未变，而经典之谓经典就在于它们对这些根本问题做出了独特的回答。只有聆听这些回答，领会其精髓，我们才能透过当下这些繁复的表面抓住问题的根本。

为了推进扎实的学术研究，也为了给那些抱着“衣带渐宽终不悔，为伊

2 经典中的法理(第6卷)

消得人憔悴”的精神,甘坐冷板凳,深入典籍并让那些尘封的思想开释出新意义的学者们提供一个交流的平台,我们特创立《经典中的法理》这一出版物。

“有朋自远方来,不亦乐乎”,我们诚邀海内外有志于严肃研究的学术友人一起筑造这个平台,共同推进中国法理学学术的深度研究。

是为序!

付子堂

2010年元旦于重庆两江新区宝圣湖畔

本卷题旨

启蒙,伟大而躁动的18世纪为现代人下达的指令,身处现代的人们极少敢于对其反思。立法者,以其卓越的智识与德性,洞察理性的律条,为共同体寻获最优规范的非凡人物;然而,现代代议制的功能异化,却使得立法活动退化为种种特殊利益之间的斗争、妥协。孟德斯鸠,背负着“启蒙思想家”与“现代立法者”双重身份的思想巨擘,我们对他的研读绝非过多,而是太少。

本卷试图通过“重读孟德斯鸠”重新发掘“启蒙与立法者”这一至关重要的现代法哲学主题。政治自由是启蒙的重要诉求,“三权分立”则是作为现代立法者的孟德斯鸠的伟绩,这两大命题在《论法的精神》中紧密结合,孟德斯鸠的双重身份也在此汇集。不过,孟德斯鸠的理论体系恢弘博大,绝非单凭分权学说能够涵盖。由于启蒙与理性主义的联姻,普遍、统一的理性成为诸多现代立法者的金科律例,在此意义上,身处启蒙时代的孟德斯鸠却孕育了一条“反思启蒙”的思想路径,即以历史的具体对抗理性的抽象。孟德斯鸠对理性始终持有清醒与审慎的态度,他懂得理性的局限,提防着理性的偏执,“法的精神”并非直接来源于抽象理性,而是生发于现实的社会—历史。因此,为《论法的精神》全书压轴的第29章极具历史感,“立法者的宽和适中”成为了该书的理论落脚点。在其政体学说中,孟德斯鸠的历史感更加凸显,故此,“君主政体的专制与法治”一文对“宽和适中”进行了别样阐释。孟德斯鸠的“法的精神”理论,破除了将英格兰模式作为普适政体的盲信,“法治的宽和政体”实乃孟德斯鸠为了抵御东方专制政体,而根据法兰西民族特性,为法国量身打造的独具特色的君主政体。“孟德斯鸠的俯瞰:一个法的精神谱系”则试图以谱系学的方式总览《论法的精神》的理论全貌,并颇具启发意义地论证其落脚点乃是司法。

“启蒙与立法者”绝非一个纯粹的现代问题,古代经典也为我们考察这

一主题提供了一座精神“富矿”。“启蒙与立法者之德”以疏释古希腊悲剧《安提戈涅》为进路,在古今张力中,思考启蒙的性质与人的现代处境,并将我们的视角拉回到立法者的德性这一古典智慧的核心关切问题上。即便限于现代语境中,这一问题也非孟德斯鸠一人所能承载,“立法的技艺”选取卢梭的社会契约理论为考察对象,以该理论的思想史为主轴,重新审视了立法这一人类的亘古事业。法国启蒙思想赋予了“立法”以“建构”的面相,与之相对则是“进化论”法律观,哈耶克的法律理论正是其重要代表。“进化论”立法观念与对历史的重视紧密相关,解读哈耶克或许能够在一定程度上展现出孟德斯鸠法律思想的现代回音。

此外,围绕着本卷主题,我们还选取了一篇书评。“权利”既是启蒙所催发的现代生活的重要话语,也是现代法律的关键要素;素来被作为“启蒙的反对者”的浪漫主义与历史法学构成了19世纪德国的思想主流。耶林《为权利而斗争》一书完成于这两大背景下,严谨地评介该书对于以反思启蒙与现代立法之间错综复杂的关系颇具意义。

本卷题旨

/ 1

重读孟德斯鸠

政治自由与三权分立

——孟德斯鸠《论法的精神》片论

杜 苏 / 3

论立法者的宽和适中

——《论法的精神》第二十九章解读

吴 林 / 71

君主政体的专制与法制

蔡乐钊 / 111

孟德斯鸠的俯瞰：一个法的精神谱系

侯 玉 / 152

启蒙与立法者

启蒙与立法者之德

——《安提戈涅》义疏

郭晓雨 / 167

立法的技艺

——基于社会契约论的思想史考察

于 浩 张洪亮 / 202

哈耶克进化论理性主义法律观探究

魏 干 / 221

评述

因斗争而有权利？

——《为权利而斗争》阅读笔记

袁 鹏 / 295

译介

人之目的与自然法

[美]朗·富勒 著 苏 慧 译 / 313

重读孟德斯鸠

政治自由与三权分立

——孟德斯鸠《论法的精神》片论

◇杜 苏

内容摘要:在孟德斯鸠庞大的理论体系中,“三权分立”学说最为人们所熟悉和津津乐道。仅就《论法的精神》本身的结构体系而言,分权理论并不是一个可以独立论述的部分,它与文本中的另一个概念——“政治自由”紧紧纠缠在一起。如果说“三权分立”是躯体,那么“政治自由”就是灵魂。在孟德斯鸠的那个时代,现代意义上的“三权分立”并不可能存在,“三权”被孟氏划分为立法权、行政权、司法权,“分立”在当时则是这样的分立:掌管行政权的国王不能拥有立法的创制权;立法机关不能兼有行政权,尤其是军权;国王不能领有司法权;立法机关不能领有司法权。“政治自由”被孟德斯鸠定性为,“自由是做法律所许可的一切事情的权利”,换言之,有法律才可能有“政治自由”。这里的“法律”是事物的性质产生出来的必然关系,是“法”这种事物所直接代表的客观秩序。而正是在这一意义上,“法”具备了恒定不变的“精神”。在孟德斯鸠看来,“自由”的判定依赖于“法”;“法”的实现依赖于“宽和”;“宽和”的存在依赖于君主政体;而国王、贵族、平民三个阶层的共存则是“自由”的唯一希望。

关键词:三权分立;政治自由;孟德斯鸠;自然法;政体;采地;领主司法权

引 言

在孟德斯鸠庞大的理论体系当中,其分权学说或者说“三权分立”学说

最为人们所熟悉和津津乐道,该学说在后世政法理论和实践过程中产生巨大影响在此也无须多言。一个问题在于,就《论法的精神》本身的结构体系而言,分权理论很难说是一个独立的逻辑环节,它与另一个概念——“政治自由”紧紧纠结在一起:它们结合得如此之紧,以至于前一项理论的很多逻辑环节似乎就包含在后一项理论之中;前一项理论造成的诸多问题也只有在后一项理论当中才能够得到回答。从某种程度上来说,两者就是同一个理论,前者就是后者现实化和制度化的结果。

当然,即使我们将两个理论合并论述,也无法完全避免合并之前的那个老问题,那就是这个合并之后的理论与原著中的其他问题之间也存在着无法割断的逻辑联系,为此本文无可避免地要涉及《论法的精神》当中的其他问题。这就好像是在擦玻璃,如果不把整块玻璃擦完就老觉得不干净。好在伟大著作的结构体系都不会如玻璃那般平板一块、波澜不惊——逻辑体系总是围绕着一个中心不断转动的,如果能抓住这个中心,也许就能在关注一点的同时顾及到全局了;如果能抓住这个中心,也许就能在不歪曲原著面目前提下做到切合题目了。

如果用一般理性的眼光来打量,有些时候,常识也可能会变得不可思议。分权理论或许就是这样的一种“常识”,尽管今天它已经成为了世界上大多数国家进行政权组织建构所依据的通行理论,但是仔细观察不难发现,这个理论内部依然存在着某些我们无法解释的疑问。

约翰·洛克在思想史上首次拆分了君权。他的拆分是没有危险的,因为过去的国王已经被洛克们杀掉了,新来的国王所继承的不过是已经被拆分的权力而已。孟德斯鸠所面临的情况就没有那么乐观了,虽然“太阳王”的余晖已经逐渐褪去,但是法国国王(当然也包括国王的摄政王)的专制倾向却并未有任何消减的迹象,在这样一种环境下公然提出要拆分君权,孟德斯鸠真的就那么胆大包天?当然,孟德斯鸠出身贵族世家,但是这尊贵的身份是否就能让他为所欲为呢?还是真的就如他自己所说,法国的君主制确实“宽和”到了可以允许人们公开批评君权的程度?

如果说三权分立的目的主要在于保障国家机构之间的相互制衡,那么三权的划分为什么是立法、行政、司法,而不是军事、财政、人事,或者决策、执行、监督,或者别的什么分法?在历史上,分权的方案有多种,其中付诸实践的也不在少数,任何一种方案的目的都在于保障权力的相互制衡,为什么孟德斯鸠就那么青睐于立法、司法、行政的方案呢?如果三权分立能够保障

国家机构之间的相互制衡,那么孟德斯鸠凭什么认为这种“相互制衡”不会发展为“相互毁灭”?司法——这种被孟德斯鸠自己称为“在某种意义上可以说是不存在”〔1〕的权力凭什么能够与立法、行政两权并列?法官们一无钱财,二无枪炮,他们又何以能够掌握国家最高权力的一极?

一个更为重要的问题是:一部以“法的精神”为题的著作为什么能够推导出一种国家政权的组织形态,“法的精神”与国家权力的三分之间到底存在着什么样的关系?换句话说,为什么分权式的政体最契合于“法的精神”?

值得人们注意的是,以上的这些问题在孟德斯鸠本人那里都是不可能存在的,否则《论法的精神》就不可能成为一部自圆其说的著作。而我们今天能够提出这些问题,恰恰表明在现实的分权理论内部,或者说在一般人所想象的分权理论内部依然存在着严重的矛盾冲突,而解决这些矛盾冲突恰恰就是我们研究分权理论源头的唯一现实动因所在——如果我们希望建立起一个依“法”而治的“法治”社会,那么,当一个300年前的作者单纯地从“法的精神”当中推导出一种独立政体的时候,我们当然有理由对这种推导的过程抱有兴趣。

一、“政治自由”理论的基本内容与结构

如果将分权理论比作一个人的身体,那么“政治自由”理论就是左右这个身体的灵魂。每个熟读《论法的精神》的人都不难发现,分权理论与其说是一项独立的理论,倒不如说是阐述“政治自由”理论所必须的一个逻辑环节,它更像是从“政治自由”当中推导出来的一项下位原则,或者说在现实当中操作“政治自由”原则所必须仰赖的一种技术手段。因此,在讨论分权理论之前,我们必须首先对政治自由理论的大致结构(同时也可以说是本文的大致结构)有一个简单的了解。

所谓“政治自由”被孟德斯鸠界定为这样一个概念:“一个人能够做他应该做的事情,而不被强迫去做他不应该做的事情。”〔2〕接着他又对所谓“应该”做出了一个更为准确的解释:“自由是做法律所许可的一切事情的权利;如果一个公民能够做法律所禁止的事情,他就不再有自由了,因为其

〔1〕〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆2004年版,第190页。

〔2〕〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆2004年版,第183页。

他的人也会有这个权利。”^{〔1〕}很清楚的一点是,在孟德斯鸠的“自由”和我们通常所谓的“自由”(也就是“愿意做什么就做什么”)之间,唯一的差别就在于:法律必须得到遵守。从某种程度上说,这个差别就可以被看作是“法的精神”——那是一切法的通行精神:虽然法包含了各种各样不同的内容和意图,但所有的这些内容和意图毫无疑问都建立在一个最基本的原则之上,那就是法本身不能被违反。

保证法不被违反的首要原则是:法必须要符合其自身的性质。在孟德斯鸠看来,作为造物主与人类和自然界交往的一种独特方式,“法”有其特定的内在规定性。这种规定造成了“法”内部的分化;这些规定又同时为分化出来的不同类型的“法”划定了固有的活动范围;同样是这些规定,又在这些不同的范围之间造就出了一种天然的秩序。这是“法”的内在规则,这是“法”的“法”,实在地说,这是立法者所必须遵循的基本规则。如果违反了这些规则,人为的法将陷入自相矛盾的错乱境地,“法”将从自身的内部被颠覆;如果违反了这些规则,人为的法将违反造物主的意旨,“法”将与它的正当性源头脱离关系——明晰这种“法”的性质,弄清所谓“法”的概念结构和内在秩序是研究《论法的精神》当中任何学说都必须仰赖的基础和前提。

保证法不被违反的第二条原则是:法必须要符合其对象和工作环境的性质。孟德斯认为:“法是由事物的性质产生出来的必然关系”,^{〔2〕}人为的法只有与“事物的性质”相契合才有可能称其为真正意义的“法”,而只有真正意义的“法”才能够在相应的范围内建立起稳定的服从与被服从的关系,并且长期甚至永恒地维持这种关系。“法”是“事物间的必然关系”,而不是“事物”本身,换句话说,“法”的生存依赖着“事物”本身,依赖着“事物”本身的“性质”:上帝创造了一切“事物”,也同时对一切“事物”立法,但是上帝的立法行为并不是“造物”后的另一个行为,立法行为是包含在造物的过程当中的。上帝在造物的同时已经为所造之物确定了独特的性质,而“法”恰恰就是从这些性质当中产生出来的天然“关系”——造物 and 立法是上帝在同一时间用同一动作完成的,立法是造物这一行为的自然结果。因此,虽然有的法是得自于上帝的,但是法与上帝的联系永远是通过“事物的性质”

〔1〕 [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆2004年版,第183页。

〔2〕 [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆2004年版,第1页。

来完成的,任何意义上的“天启”和“神授”都不可能导致法与“事物性质”的脱离。

值得一提的是,大约在一个世纪以后,有人将这种“事物性质”的范围进一步地压缩到“社会”的概念当中,而这种经过独特诠释以后的所谓“孟德斯鸠的学说”则被“追认”为社会法学派的创立标志。当然,这就不在本文的讨论范围以内了。

如果法的命运从相当程度上说是系于“事物的性质”,那么接下来的问题就是:我们需要说明是什么“事物”的性质?就一般的逻辑而言,这个“事物”首先当然是接受法律的人,而与法律相关的“人”的内涵在《论法的精神》当中很明显地被划分为了两个不同的层次:

第一个层次是作为上帝创造物的“人”,这种“人”因为受到上帝意志的特殊关注而具备了鸟兽所不具备的特殊“智能”,通过这种特殊“智能”,“人”可以自觉到“造物主”这一观念的存在,而这种观念又会引导“人”回归到对造物主的崇敬和服从当中来。这种“人”是造物主意志自循环的一部分,他的唯一使命就是完成这种循环,或者说,是遵守这种循环所仰赖的一系列“公道原则”——这些原则被认为是上帝创造人类的依据。

第二个层次是独立于上帝概念之外的“人”。这种“人”不仅是自然生理意义上的存在,而且也是政治社会意义上的存在。在孟德斯鸠的论述当中,自然生理意义上的“人”与“气候”、“土壤”等自然因素是合为一体的;而政治社会意义上的“人”则与“政体”、“宗教”、“贸易”等社会因素是合为一体的。在这些因素当中,“政体”的作用被认为最为重大,但是孟德斯鸠又在自然因素面前表现出了相当程度的谨慎:“不应该什么都改正”、“大自然对一切的欠缺都会加以补偿”。^[1]

俗语有曰:“一方水土养一方人”,有关自然因素的问题相对易懂,本文就不再集中讨论了,但是“政体”问题却是讨论“政治自由”所无法回避的一个关键——在《论法的精神》第十一章第四节一开篇,孟德斯鸠就高调地宣布:“民主政治和贵族政治的国家,在性质上,并不是自由的国家。”这个大胆的宣言紧紧地跟在“政治自由”的定义之后,就好像它是“自由”定义的一部分。按照孟德斯鸠对于政体的划分,如果民主政体与贵族政体不是“自由”的政体,那么唯一可能“自由”的政体就是君主政体了。在这种情况下,

[1] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆2004年版,第365页。

如果要了解“自由”或者“政治自由”的真正内涵,我们就必须解决这样两个问题:

第一,为什么民主政治和贵族政治在性质上是与“自由”不相容的?第二,为什么君主政治在性质上与“自由”又是可以相容的?

需要注意的是,“君主政制”与“自由”是“可以”相容,而不是“必然”相容,要在“君主政制”的基础之上达致真正的“自由”,还必须对传统的“君主政制”有所改造。那么,改造之前的“君主政治”又有着怎样的历史含义?这种改造的主要内容是什么?改造面临的主要困难又是什么?以上的几个问题必须得到回答,否则“政治自由”就会脱离其存在的历史土壤,变成成为一种玄乎其玄的抽象空谈。唯有在经过改造的,理想的“君主政制”的框架体制之下,我们才有可能让“政治自由”下降到历史和制度的语境当中——分权理论并非是一种空洞的政治理念,它是对政治实践过程的一种直接安排,能否让相对抽象的“法”的精神与具体的“政体”环境相衔接,能否让相对宽泛的“君主政治”与特定的制度体系相衔接,这是理解“政治自由”与分权理论所最难克服但却又是必须要克服的障碍。

前面已经提到,克服这个障碍的首要步骤是明晰“法”的概念结构和内部秩序,而这个结构或者秩序的基础就是那个久负盛名的概念——“自然法”。我们已经提出了太多问题,现在就让我们从“自然法”开始,按部就班地解决这些问题吧。

二、“法”的概念与“法”的内部秩序

(一)有关“自然法”

如果说理想的政治社会是人类政治法律思维“生产线”所产生出来的成品,那么所谓“自然法”就是加工这件成品的毛坯。自然法并不是完美的,否则人们就没有必要订立人为法,也就没有必要脱离自然而建立政治社会。人们在自然法这件毛坯上精雕细刻——去掉这一块而保留那一块,全凭自己的喜好。在对自然法的加工过程中,削掉这一块或者那一块都是允许的,调换“毛坯”上各部分的位置也是允许的,唯独不被允许做的就是外来物的“焊接”——一个理想的政治社会只能在自然法的基础之上发展而来,任何被证明与自然法无关的内容都不允许被强行地附加到政治社会这件成品之上:“君权神授”遭到反对的原因就是因为它被证明与自然法毫无瓜葛。