

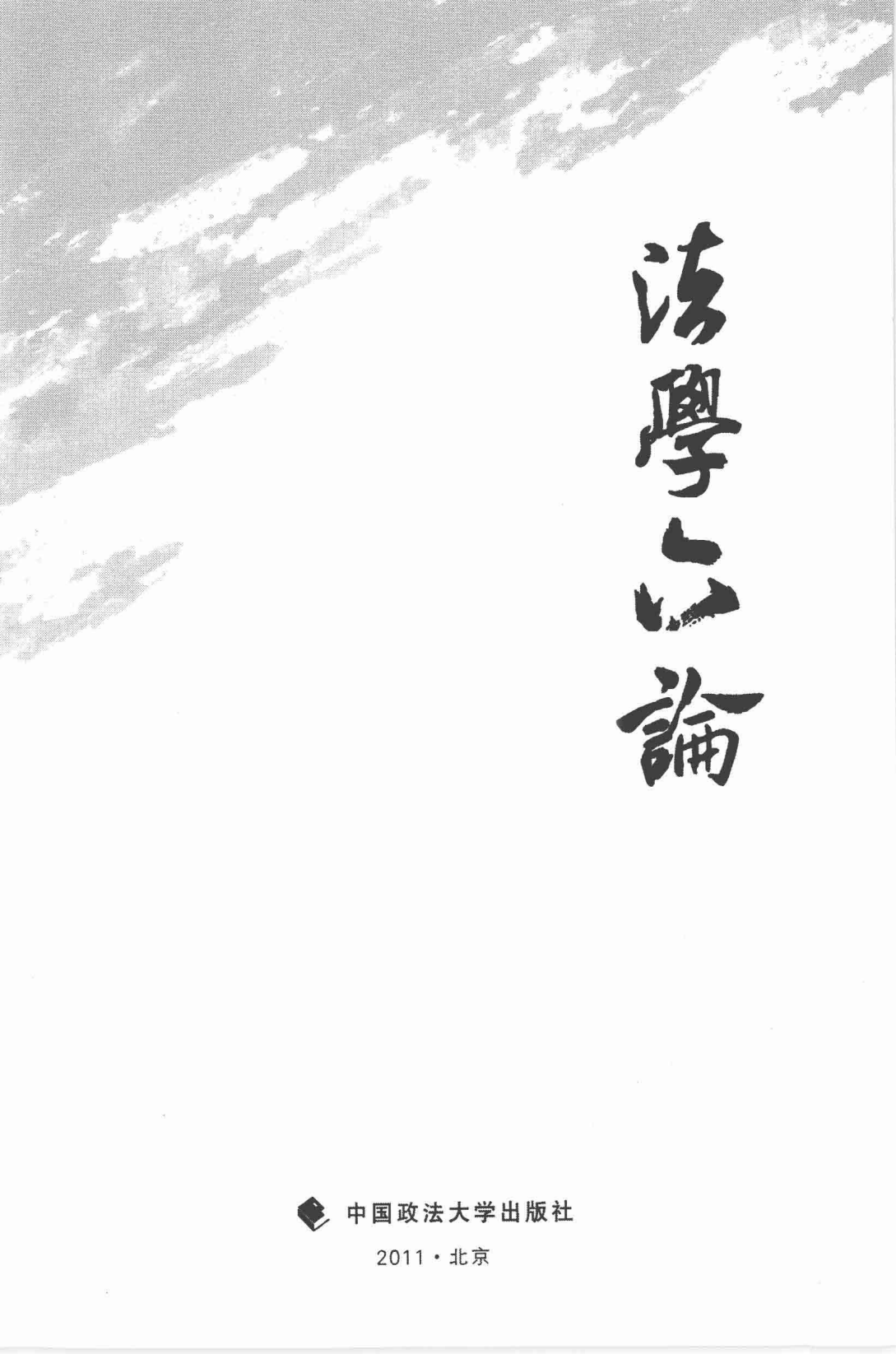
法學心論

道法論·民法革命論·憲法革命論
沉默權與中性推定論·人權論·主權論

余元洲◎著



中国政法大学出版社



法學心論



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

法学六论 / 余元洲著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 6

ISBN 978-7-5620-3964-8

I. 法… II. 余… III. 法学-研究 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第107428号

- 书 名 法学六论 FAXUE LIULUN
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编编 100088
邮箱dengchuangye2764@sina.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908290 编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 8 印张 200 千字
- 版 本 2011 年 7 月第 1 版 2011 年 7 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3964-8/D·3924
- 定 价 20.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



目 录

第一部分 道法论

第1篇 道法论渊源	1
一、中国古代哲学中的“道”	1
二、中国古代的道法论萌芽	3
三、近代变法人物对道法关系的认识	5
四、西方法律思想史上的道法论因素	8
五、道法论的要义与意义	10
第2篇 道法论原理与马克思主义法哲学	13
一、从马克思的法哲学思想谈起	13
二、哲学和法学中的道范畴	15
三、道法背离的原因和机理	18
四、道法必合的原因和机理	23
五、法的概念、特点与主导倾向性	28
第3篇 道法论的价值	34
一、道法论与自然法学说的异同	35
二、道法论与客观法、内在法概念的异同	38
三、道法论与法学方法论的更新	39
四、道法论与比较法的比较	40

五、道法论的话语系统	45
六、道法论的实用价值	48

第二部分 民法革命论

第4篇 民法革命及其意义	50
一、公有制与市场经济的兼容机制	50
二、民法革命的必要性问题	51
三、关于民法革命之动因的进一步说明	54
四、民法革命的内容之一：司产与行政分离	55
五、民法革命的内容之二：“物权分与制”和 “信托经营”	56
六、民法革命的内容之三：特别求偿权	59
第5篇 论民法革命	60
一、问题的提出	60
二、民法革命的概念及必要性	62
三、民法革命的范围和内容	65
第6篇 论物权分与制	69
一、物权分与制的概念及其研究方法	69
二、农村耕地用益权的分与取得	70
三、国有资产所有权的分与取得	75
第7篇 论准所有权	79
一、准所有权的概念	79
二、准所有权之一：有限所有权	80
三、准所有权之二：虚拟所有权	81
四、信托所有权之一：组织性信托所有权	84

五、信托所有权之二：业务性信托所有权	87
第8篇 论司产与行政分离制度	90
一、引言	90
二、司产与行政分离的必要性	91
三、司产与行政分离的方法	94
四、司产组织与国有企业的联结方法	96
第9篇 论特别求偿权	99
一、引言	99
二、特别求偿权的概念和特点	100
三、特别求偿权的适用范围及必要性	101
四、特别求偿权的类别和内容	103
五、特别求偿之诉	106
六、特别求偿之债	107
附 录 《中华人民共和国保护国有集体资产民事特别法》 (立法建议案)	109

第三部分 宪法革命论

第10篇 论宪法革命	121
一、宪法革命的法理基础	121
二、宪法革命的概念和动因	128
三、宪法革命的内容及实现形式	138
第11篇 我国元首制度改革刍议	149
一、虚位元首制不适于社会主义民主	149
二、几种实权元首模式比较与我们的选择	153

三、中国元首制度的演变及其原因	159
四、改革元首制要研究的几个具体问题	165
五、苏共下台、前苏联解体与总统制何干?	172
六、元首制改革与宪法革命	179
 第12篇 论依法治国与依宪治国	183
一、从法和宪法的概念谈起	183
二、依法治国与依宪治国的基本思路	186
三、设立“宪法委员会”的意义	189
 第13篇 论民主宪政的十大原则	192
 第14篇 论社会主义宪政的要义与要求	194
一、社会主义宪政的概念	194
二、一党制与多党制	196
三、“一党主导，多党合作”	198

第四部分 沉默权与中性推定论

第15篇 论沉默权	201
一、引言	201
二、从隐私权看行使权利的成本或代价	201
三、行使沉默权的成本或代价	203
四、沉默权与“坦白从宽，抗拒从严”政策的 关系	204
五、沉默权与“如实陈述”者的优待权	205
 第16篇 论中性推定	207
一、否定了“有罪推定”之后的选择	207

二、对“无罪推定”的进一步反思	208
三、“中性推定”及其适用的条件或范围	211

第五部分 人权论

第 17 篇 人权论刍议	213
一、人权的概念	213
二、“低度人权”，还是“梯度人权”？	215
三、人权之源与人权的内容结构	217

第六部分 主权论

第 18 篇 法与权利的起源及演进	221
一、原始人的法律萌芽	221
二、法与社会交换机制	223
三、主权与法律权利的演进之道	227
第 19 篇 主权与法律圈层的扩大	230
一、发现：一个世界历史演进的规律	230
二、一些相关的史证材料	231
三、历史发现的总结和概括	236
四、进一步的分析论证	239
五、对此发现的“道法论”解说	240
第 20 篇 主权理论与国际新秩序	242
一、从主权的相对性谈起	242
二、主权问题的进一步讨论	243
三、“主权平等”与“国际新秩序”	248

第一部分 道法论

第 1 篇 道法论渊源

法学研究的对象不仅是法律现象，更重要的是法律产生及演进的规律。相应地，法学研究的任务，不仅是解释法律，更重要的是揭示法律，而且，不仅要揭示各种法律规范的相互关系，更重要的是揭示法律现象与其他社会现象之间的关系，揭示法律现象背后的决定因素和客观基础，揭示法律规范所以产生、演变、进化、发展的内在规律。这就涉及“道”与“法”的关系问题。

一、中国古代哲学中的“道”

道，英文译作 Tao，原本是中国古代哲学中的一个概念。这里，我们将它借用来是为了表达一种马克思主义的法哲学思想，即笔者关于“道法论”的观点。但既然是从中国古代哲学中借出来的，因此也就有必要对它的原义及其演变作一简单的介绍。

道在中国古代哲学中是一个非常重要的概念和范畴，最早产生于殷周时期，其初始意义为道路（《说文解字》：“道，所行道也”），引申为规律（如《易经》之道）。随着社会实践活动范围的扩大及人们思维能力的提高，道的涵义也逐步扩大和深化。

春秋时期，儒家和道家的创立者孔子和老子各自从不同的角度发展了天道和人道的思想。孔、老之后，大体生于同一时代（战国时期）而分属儒、道两家的荀子和庄子几乎不约而同地认识到道是客观存在的规律。庄子继承老子的传统，注重天道自然，同时追求人与天地精神合而为一的境界，强调人的精神超越和自由。但他还是看到了客观规律即道的不可违逆性，指出：“道者，万物之所由也，庶物失之则死，得之则生，为事逆之则败，顺之则成”（《渔父》）。这是非常可贵的。生卒稍晚一些的荀子也说：“夫道者，所以变化遂成万物也”（《荀子·哀公》），即认为道是天地万物运动的总规律。在此基础上，他提出“天有常道矣，地有常数矣，君子有常体矣”（《天论》），将道划分为天道、地道和地道，并认为天道和地道既相分又相合（相互联系）：人因有“知之能”，故可“通于大道”并“制天命而用之”，即认识和利用天道来为自己服务。

此一时期，除了孙武、孙臆的兵家之道及《管子》的杂合道论外，最重要的就是法家道论，特别是韩非的“因道全法”思想。对此，我们在后面还要谈到。

整个先秦时期，道的概念和范畴经历了由最初产生、逐步发展、演变到基本形成的全过程。此后，秦汉隋唐宋元明清以至近代，各思想家围绕“道”这个中心范畴展开论争，形成了许多哲学派别，如汉代的黄老学派、隋唐的佛教道论、宋代程朱以理为道、元明时期的心学之道、明清之际的气器道论及近代中国的人道主义等，使道的概念在内容上不断充实，为我们以马克思主义观点研究道法关系理论提供了丰富的思想素材。

二、中国古代的道法论萌芽

由于世界上任何一种哲学思潮归根到底都是为政治即治理国家的活动服务的，中国哲学也不例外，又由于法是治理国家的基本工具，因此，在中国古代哲学关于道范畴的讨论中，就很自然地涉及法与道的关系问题。

荀子是第一个明确提出利用天道为人类服务的思想家。他一方面承认“天有常道”，另一方面又强调“道者，……人之所道也，君之所道也”（《儒效》），把道看做人们必须遵守的社会准则。当然，荀子所理解的人道（社会准则）不仅包括政令刑罚等法律规则，而且还包括仁义礼让忠信等道德准则。但他已明确地将道与法相提并论，指出：“道之与法也者，国家之本作也”（《致士》）。“至道大形，隆礼重法则国有常。”“道存则国存，道亡则国亡。”（《君道》。）他甚至提出“无道法则人不至”（《致士》）的论断，包含有将“法”区分为“道法”（即有道之法、合道之法）与“非道法”（即无道之法、不合道之法）的意思在内，是“道法论”思想的最早萌芽。

与荀子处同一时代而生卒稍晚的韩非，是法家思想的集大成者。他继承早期法家的法治之道，又批判地吸收了老子之道，形成了自己较为完整的“因道全法”道论思想。

第一，韩非认为，道是宇宙万物的本体和本原。“道者，万物之所然也，……”“以为近乎，游于四极；以为远乎，常在吾侧；以为暗乎，其光昭昭；以为明乎，其物冥冥，而功成天地，和化雷霆，宇内之物，恃之以成。”（《解老》）。并将道看做治国济世是非成败的根本和依据。“道者，万物之始，是非之纪也。是以明居守始以知万物之源，治纪以知善败之端。”（《主道》）

第二，韩非将道看做万事万物运动变化的总规律。“道

者，……万理之所稽也。”“万物各有理，而道尽稽万物之理。”（《解老》）

第三，韩非认为道是没有外部固定形状的内在必然性，是不可违逆的客观规律。“凡道之情，不制不形，柔弱随时，与理相应。万物得之以死，得之以生；万事得之以败，得之以成。”（同上）

第四，道是人们从其所显现出来的现象和所表现的功用中可以认识和把握的。所谓“今道虽不可闻见，圣人执其见功以处见其形”就是这个意思。

第五，韩非亦将“道”理解为赏罚之道和治国之工具。“夫赏罚之为道，利器也”（《内储说上》）。“夫严刑重罚者，民之所恶也，而国之所以治也；哀怜百姓，轻刑罚者，民之所善，而国之所危也”（《奸劫弑臣》）。

第六，韩非认为法是治国的根本，而道是立法的依据（法的根据），是“有国之母”。“法者，王之本也”（《心度》）。“母者，道也；道也者，生于所以有国之术；所以有国之术，故谓之‘有国之母’”（《解老》）。

这里，所谓“有国之术”，就是法治之术。法治之术依道而制定，因道而实行。因此，道是国家赖以生存发展的基础和根据，是“有国之母”。这就是韩非“以道为常，以法为本”（《饰邪》）的“因道全法”思想。

韩非之后，西汉初年的黄老学派也对道法关系有较为精辟的论述。

在黄老学派那里，道是通于太虚的万物本原和本体，同时也是不以人的意志为转移的内在必然性和不可违逆的客观规律。在此基础上，黄老学派提出了他们的道法关系见解。

黄老学派主张以法治国，认为法是判定是非和实行赏罚的准绳，因而是治国安邦的保证。“法者，引得失以绳，而明曲直者也”（《道法》）。但立法不能随心所欲，而必须根据道的法则

和要求来制定并执行。“道生法”，“执道者，生法而弗敢犯也，法立而弗敢废也”（《道法》）。

这就是中国古代关于道法关系的朴素认识，可谓“道法论”思想的萌芽。

三、近代变法人物对道法关系的认识

谭嗣同是戊戌变法时期激进的思想家。他的道论首先是继承明清以来（特别是王夫之等人）“寓道于器”的唯物论思想，明确提出“道依于器”，揭示了道是事物本身的规律和属性，批判了程朱陆王等人的唯心主义虚幻之道。在此基础上，他提出了自己关于变道与变法的思想。

谭嗣同正确地认识到道在器中，故尔器变则道必变。他进而把法也看做器，由“道存于器”推论出“道存于法”，故尔，法变则道必变，离开了器或法，则“道将不道”。他说：“三代儒者，言道必兼言治法，……自言道者不依于法，且以法为粗迹，别求所谓精焉者，道无所寓之器，而道非道矣”（《报贝元徵》）。

这里，显然，他已犯了转移概念的错误。因为，道虽寓于器，但本体意义上的器（物质世界）与派生意义上的器（国家制度和法律）是两种不同的器。道存于器，就前一种意义上的器而言，可以说一切规律和属性都是物质世界的规律，是故，无器即无道可言；但就后一种意义上的器而言，则道存于器只能理解为道由器来体现，无器即无法体现道的要求。这样，就其本来的关系而言，就是道变要求法变，而不是相反地法变导致道变。这是谭嗣同对道法关系认识上的根本失误。

应当指出，谭嗣同的上述错误是有一定的历史背景和特定原因的。这个背景就是，一方面，先前的程朱理学从天道推出三纲五常为道（人道）。这样，要变更当时不合时宜的法（国家

制度)，就必先变此不合理的理学之道。另一方面，当时反对变法的顽固派认为三纲五常是国家的根本原则和永恒不变的“天道”，它决定一切具体的典章制度。因此，道是本，器是末，器可变而道决不可变。谭嗣同的变法与变道之说就是针对这些谬论而发的。但以我们今人的眼光看，这在理论上并不是正确的方法。

事实上，依笔者之见，如果我们将“器”理解为客观事物，将“性”理解为事物的属性，将“道”理解为事物的规律，将“理”理解为规律的原理，将“形”理解为规律的表现，将“法”理解为国家的制度规范，那么，显然，“器”是本体、本原，“性”是“器”之所属的性质，“道”则是由“器”之“性”所决定的客观必然性或一事物与他事物之间客观存在的内在的和本质的联系即规律，“理”是由“性”所决定并可用以解释和说明客观规律（即“道”）之所以如此的原理，“形”则是“道”的各种各样的具体表现，而“法”则是“形”的一种，即“道”的一种特定的体现或表现，它受“道”的决定和制约，根据“道”的内在要求于适当的时间、地点且以适当的方式产生、存在、演变、发展并发挥作用。这样的话，变法的根据就是道本身已演进的内在要求；道既已变，法若不变，则必然会“长此以往，法将不法”。至于道为什么会发生新旧替代的演进，那是由于事物由本身的性质所决定在道的作用下发生了新旧更替的变化，^{〔1〕}并有一定的原理（即马克思主义的历史唯物论原理）对此给以解释和支持。这样，就可以避免谭嗣同把道法关系搞乱的错误。

与前人相比，谭嗣同的一大功绩是：明确否定了“天不变，道亦不变”的错误思想，针锋相对地提出“天”在变，“道”

〔1〕 参见斯大林：“前苏联社会主义经济问题”第1部分，载《斯大林选集》（下卷），人民出版社1979年版，第541页。

与“法”亦随之而变（与时俱变）的思想。他说：“法之与时俱变也，所谓汉唐无今日之道，今日无他年之道……也。且不能终无，可有尤必应亟有”（《报贝元徵》）。顺便说一下，江泽民同志关于马克思主义发展要“与时俱进”的讲法，可谓与此甚合。

康有为是戊戌变法的主谋人物，他的道论思想在本体论方面并无建树，而其所提出的“变者天道”之论则不无新意。

康有为认为，人类的历史是发展变化的历史。“夫自有人民而成家族，积家族吞并而成部落，积部落吞并而成邦国，积邦国吞并而成一统大国。……天道人事之自然者也。”（《大同书》乙部。）“夫物新则壮，旧则老；新则鲜，旧则腐；新则活，旧则板；新则通，旧则滞：物之理也”（《上清帝第六书》）。“盖变者，天道也。天不能有昼而无夜，有寒而无暑，天以善变而能久；人自童幼而壮老，形体颜色气貌，无一不变，无刻不变。”（《进呈〈俄罗斯大彼得变政记〉序》。）而且，这种变化是有规律的、合道的。他说：

“人道进化，皆有定位，自族制而为部落，而成国家，由国家而成大统；由独人而渐立酋长，由酋长而渐正君臣，由君主而渐至立宪，由立宪而渐定共和；由独人而渐为夫妇，由夫妇而渐定父子，由父子……而渐为大同，……盖据乱进为升平，升平进为太平，进化有渐，因革有由，验之万国，莫不同风。”（《论语注》卷二）

无疑，康有为这种“变者天道”的进化论思想是为当时的变法服务的。虽然他的最终理想志在大同，但知“千里之行，始于足下”，大同路远，自变法始。这是他的策略原则。康有为道论的另一个显著特点是吸收了西方天赋人权及自由、平等、博爱思想的人道主义。他反对将弱肉强食的“丛林法则”引入社会领域，反对将自然之道简单地当做社会之道。是故，他的社会进化思想根本上不同于社会达尔文主义的进化理论。这是

他的不同寻常和伟大之处。

四、西方法律思想史上的道法论因素

由于“道”的概念和范畴为中国哲学所专有，西方法学史上也就不可能有真正的道法论思想。但是，对于这一点我们不能做绝对的理解。比如，西方源远流长的自然法学说就包含有道法论的某些因素。

自然法学说的要义是：在人类的社会秩序之上有一个更高的自然秩序，相应地，作为确定社会秩序之制度规范的人定法律（*lex or man-made law*）就必须遵循这一自然秩序所体现的自然法规范而不能违反它。否则，就会受到必然的惩罚。这种自然法规范就类似于笔者所谓道法论中的“道”。比如，公元前300年前后形成的古希腊斯多噶学派的自然法思想就是这样。这个学派对自然法的表述可以以克里西普所著《论主要的善》（又译《论目的》）一书中的一段话作为代表，他说：“我们个人的本性都是普遍本性的一部分，因此，主要的善就是以一种顺从自然的方式生活，这意思就是顺从一个人自己的本性和顺从普遍的本性；不做人类的共同法律惯常禁止的事情，那共同法律与普及万物的正确理性是同一的，而这正确理性也就是宙斯，万物的主宰与主管。”〔2〕正是这种“正确理性”或自然理性充当着一切人间法律和正义的基础。显然，这里所说的“正确理性”或“自然理性”就指的是，或至少在某种意义上可以被理解为，我们现在所说的“道”。

与道法论相比，自然法学说的最大缺陷在于：人类的社会秩序及其制度规范并不取决于自然秩序，而是取决于生产力的

〔2〕 转引自何勤华：《西方法学史》，中国政法大学出版社1996年版，第23～24页。

发展程度或发展水平以及由生产力发展所决定并受其制约的社会生产关系的演化和进步程度。相反，真正的“自然秩序”即完全由弱肉强食的“丛林法则”（the jungle law）所调节的秩序只是在人类尚未从动物界分离出来之前，也就是尚未完成“社会化”之前，存在于人类的祖先。人类脱离野蛮时代进入文明社会之后，弱肉强食的“丛林法则”虽仍然存在并起作用，但毕竟是递减函数——这也是由“道”所决定的——，且无论如何不是自然法学派所期望的那种作为人定法之指导原则的“自然法”。正因为如此，古希腊和罗马帝国之后的法学家们试图通过将“自然法”（Natural Law）和“自然法则”（Natural Laws）区分开来的办法来避免这一矛盾，^{〔3〕}效果并不理想。我们知道，近现代以来的自然法学说并不强调自然法的自然性，而是强调它的道德伦理价值和价值标准。^{〔4〕}但是又会出现以下问题：

第一，这样一来，自然法的各种规范（规则和原则）就不再是来自“自然”，而同样是来自社会了。因此，自然法的“自然”二字也就只有“当然”之意，相应地，“自然法”也就被理解为“理所当然之法”。这样，自然法学说也不再是“自然法”学说，而成了“当然法”学说，抑或后来的所谓“价值论法学”。

第二，无论是古代的、经典的还是现代的新自然法学说，都不能说明“当然法”何以如此“当然”及何以如此地产生、发展、演化和进步，也不能说明法律的价值标准何以产生、何以演进及这些价值标准何以在此时此地此种条件下得以在人定法中体现或实现，而在彼时彼地彼种情形下却得不到实现。本篇所说的道法关系论或“道法论”，则可做到所有这一切。

〔3〕 参见夏勇：《人权概念起源》，中国政法大学出版社1992年版，第91、110页。

〔4〕 参见沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第38页。