

法律与社会权力

Law and Social Power

胡水君 著



中国政法大学出版社

法律与社会权力

Law and Social Power

胡水君 著



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

法律与社会权力 / 胡水君著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 8

ISBN 978-7-5620-4001-9

I. 法… II. 胡… III. ①法律-研究 ②权力-研究IV. ①D9 ②D033

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第155728号

- 书 名** 法律与社会权力
- 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 邮政编码 100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印** 固安华明印刷厂
- 规 格** 880mm×1230mm 32 开本 9 印张 190 千字
- 版 本** 2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷
- 书 号** ISBN 978-7-5620-4001-9/D·3961
- 定 价** 26.00 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

导论 从政治型社会权力到法律型社会权力 / 1

第一章 自然状态、政治国家与社会权力 / 28

第一节 自然状态、社会契约与政治国家 / 29

第二节 政治国家合法性的理性论证 / 41

第三节 民族国家形成之后的社会权力 / 51

第二章 权力的涵义分析 / 58

第一节 “权”的汉语涵义 / 58

第二节 西方文化中的权力 / 65

第三节 权力、法律与社会 / 81

第三章 社会权力及其界定 / 86

第一节 社会权力的概念追溯 / 86

第二节 马克思论社会权力 / 104

第三节 认知社会权力的方法论 / 111

第四章 权利:文化传统与社会控制之间 / 122

第一节 个体权利与共同体生活 / 123

- 第二节 权利维护与社会控制 / 131
- 第三节 全球化与地方性知识 / 140
- 第四节 权力的国家垄断与对法律的过度依赖 / 147

第五章 法律多元:国家法与社会法 / 155

- 第一节 法律多元的两条路径 / 156
- 第二节 私政府规则 / 163
- 第三节 全球法 / 168
- 第四节 社会权力与社会法 / 176

第六章 法律与社会权力的一般理论 / 185

- 第一节 文化的权力结构 / 185
- 第二节 社会的权力结构 / 194
- 第三节 法律的属性与社会权力的卷入 / 203

第七章 法律权利与社会权力 / 215

- 第一节 马克思论权利 / 215
- 第二节 权利的后现代困境 / 221
- 第三节 权利统治与权力统治 / 229

结语 迈向一种道德的民主法治 / 238

参考文献 / 255

人名索引 / 269

主题索引 / 277

导论 从政治型社会权力 到法律型社会权力

“日出而作，日入而息。凿井而饮，耕田而食。帝力于我何有哉？”这首被称为中国诗之始的《击壤歌》，所反映的据说是“帝尧之世，天下太和，百姓无事”的政治现实。^①后世所谓“上如标枝，民如野鹿”、“织而衣，耕而食……其行填填，其视颠颠”，^②“相命肆农耕，日入从所憩……怡然有余乐，于何劳智慧”^③之类的生命理想、政治理想和社会理想，体现着与之相同的生存意境。

此种自在安适、不受干预的人生状态，对于现代政治而言，仍不失为一种值得追求的目标。时至今日，尽管政治实践的主要任务在于使人的权利和自由在现代经济和社会体制中得以有效地保障和发展，而由此所致的现代自由生活与《击壤歌》中的原始自在生活相比显出别样特点，但就二者最终指向的不受干扰的自主人生状态及其与政治体制的紧密关联而言，现代的自由生活与质朴的安适境界在政治意义上

① 沈德潜：《古诗源》卷一。

② 《庄子》“天地”、“马蹄”篇。

③ 陶渊明：“桃花源记并诗”，载《陶渊明集》卷六。

其实并无本质区别。从现代政治学的角度看,《击壤歌》中也蕴藏有政府与人之间的某种合理关系,特别是,人在世间所需要的不受“帝力”影响和支配的自由自在的生活空间。此种生活空间,无论是对于不谙“自由权利”的古人,还是对于“不自由毋宁死”^①的现代人来说,都是重要的,甚至是基本的。

在古今历史上,争取、扩展和维护这样一种生活空间,是普遍存在的政治现象。与此相应,中外政治理论的构造也大多围绕这一生活空间展开。从“无为而治”、“仁政”等治道主张,到“无政府”、“最小国家”、“自由放任”、“契约自由”、“公民社会”、“民主宪政”等政治理念,无不洞察到作为目标背景存在的人自在安适的生活空间,以及旨在维护这一空间的政治途径。这样一种生活空间,既可能处于政治领域之外,也可能处于政治实践之中,从而需要通过一种“免于政治的政治”来获得保障。破坏此种生活空间的严重政治后果,若不是“逝将去汝,适彼乐土”^②的消极反抗,便有可能是风起云涌的起义和革命。就此而言,《击壤歌》所透显出的那种自由自在的生活空间,构成了审视古今政治的一个基本维度。

本书所要研究的“社会权力”主题,与人的这一自由自在的生活空间明显有着重要的历史和政治联系。从历史看,人自由自在的生活空间随着社会中政治权力结构的发展变化

^① Patrick Henry, “Give Me Liberty or Give Me Death!”, in Laura Hitt (ed.), *Human Rights: Great Speeches in History*, San Diego: Greenhaven Press, 2002, pp. 23 ~ 26.

^② 《诗经·硕鼠》。

而经历着波澜曲折，其间总是可以发现社会权力时隐时现的影子。如果说人类社会的历史包含着政治国家的发展变迁史，那么，在很大程度上，这一变迁史也可说是社会权力的变化演进历史。在此过程中，人自由自在的生活空间的政治性在增强，或者说，这一空间在历史上不断遭遇新的政治挑战和威胁，与此相应，社会权力的政治性也明显加强，其表现和作用形式因此亦不断发生变化。以致到现代，如同市民社会或公民社会的兴起一样，社会权力日渐被视为人自由自在的生活空间的试金石，甚至被认为是构成这一空间存续的重要政治条件。就人自由自在的生活空间与国家在历史变迁过程中的高度相关性而言，关于社会权力的研究其实是国家理论的组成部分。可以说，社会权力与国家有着同一政治舞台，时而针锋相对，时而相辅相成。正是国家的逐步发展成熟，使得社会权力成为日益明显的政治和法律现象，直至成为某种历史需要。

—

从中国历史看，社会权力的大肆兴起主要是秦帝国建立以后的事。由《击壤歌》所表现出的对“帝力”不以为然的態度，只能看出“帝之德”与人民生活之间的淡薄联系，尚不能说其间潜藏着社会权力。按照中国的传统分期，“帝尧之世”处于“大道之行，天下为公”的“大同”历史阶段。^①这一时期，战争主要可能发生在氏族之间，氏族内部政治权力的组织形式总体上是松散的。由于高度形式化和组

^① 《礼记·礼运》。

织化的国家权力形态的缺乏，社会权力难以被激发起来，找不到据以生长的文化和政治土壤。不过，以“帝力”和人民生活为两端的道德伦理结构和政治权力结构还是隐约可见。尧、舜、禹之后，“大道既隐，天下为家”，中国社会进入“小康”历史阶段。^①这一时期，政治权力的组织形式在夏、商、周三代主要表现为分封制，正所谓“天下有王，分地建国，置都立邑”，^②“天子建国，诸侯立家。”^③因而，战争或斗争既可能发生在“中国”与“蛮夷狄戎”之间，也可能发生在诸侯与天子之间以及各诸侯之间。从“以听国人”、^④“厉王虐，国人谤王……三年，乃流王于彘”，^⑤亦可看出权力制约或斗争也实际发生在“王”与“国人”之间，这表明社会权力一定程度地兴起。尽管也存在一些“乡野”反抗事件，特别是在西周之后，但与秦帝国开始的农民起义比起来，这一时期发生在“乡野”与诸侯之间的斗争，无论是在频率上还是在规模上，都不是很强大。而且，这些“乡野”斗争皆以失败告终，无一能打破当时的贵族体制或礼制而开布衣为王侯的先河。总体上，夏、商、周三代，政治权力分散地集中于长期处于社会上层的天子和成百上千的诸侯、贵族手中，未形成集权的国家体制，社会权力因此表现出零星分散、作用有限的特点。与此不无联系的是，三代整体上没有出现后世秦朝和隋朝那样的短暂王朝，每一朝代的存续时间都

① 《礼记·礼运》。

② 《礼记·祭法》。

③ 《左传·桓公二年》。

④ 《左传·昭公十三年》；《史记·楚世家》。

⑤ 《国语·周语上》。

相对比较长久。

就历史经验而论，如果说，夏、商、周三代的封建制是一种大致可以防止社会权力兴盛，而最终不足以避免诸侯纷争的权力体制，那么，三代之后，秦帝国建立的郡县制，则可谓一种足以消除诸侯纷争而不足以避免社会权力聚结的权力体制。秦帝国的建立，通常被史家视为中国历史的千年大变局，正所谓“秦汉间为天地一大变局”^①，“嬴政称皇帝之年，实前此二千数百年之结局，亦为后此二千数百年之起点，不可谓非历史一大关键。”^②这一变局的历史意义既表现在废封建、立郡县方面，如学者所言，“因灭国而特置县，因置县而特命官，封建之制遂渐变为郡县之制。此政治变迁之至大者也”^③；也表现在布衣得以为天子、贵族政治从此走向没落方面，亦如学者所归纳的，“自古皆封建诸侯，各君其国，卿大夫亦世其官，成例相沿，视为固然。其后积弊日甚，暴君荒主，既虐用其民，无有底止。强臣大族又篡弑相仍，祸乱不已。再并而为七国，益务战争，肝脑涂地，其势不得不不变。而数千年世侯、世卿之局，一时亦难遽变，于是先从在下者起。……汉祖以匹夫起事，角群雄而定一尊。其君既起自布衣，其臣亦自多亡命无赖之徒，立功以取将相，此气运为之也。天之变局，至是始定。……三代世侯、世卿之遗法始荡然净尽，而成后世征辟、选举、科目、杂流之天下

① 赵翼：《廿二史劄记·汉初布衣将相之局》。

② 柳诒徵：《中国文化史》，上海古籍出版社2001年版，第329页。

③ 同上，第236页。

矣。”^①正是在秦朝，“王侯将相，宁有种乎”^②的话语在社会底层起义中被提出，布衣当天子也终于在秦末战争中获得突破。这固然与封建制、礼制的崩溃有难以割舍的联系，但若从社会权力着眼，其间关键，或者说，秦帝国建立的更深历史意义，还在于国家体制的正式形成。

尽管封建时代已有包含“土地、人民、政事”^③等要素的“国”，但帝国时代的“国”呈现出前所未有的历史特征。在中国文化传统中，从“修身、齐家、治国、平天下”的次第看，“国”是处在“身”、“家”与“天下”之间的中间环节。^④因此，中国文化关于“国”的理解，总是牵系着兼具道德和地理意义的“天下”观念。基于“天下”观念，如果将三代以上表述为“天下为公”或“天下者天下人之天下”^⑤的时代，将夏、商、周三代表述为“天下为家”的时代，那么，三代以下则可以说既是“天下为私”^⑥的时代，也是“天下为国”的时代。“太上以德抚民，其次亲亲以相及

① 赵翼：《廿二史劄记·汉初布衣将相之局》。

② 《史记·陈涉世家》。

③ 《孟子·尽心下》。

④ 《道德经》：“修之于身，其德乃真。修之于家，其德乃余。修之于乡，其德乃长。修之于邦，其德乃丰。修之于天下，其德乃普”；《尚书·尧典》：“克明俊德，以亲九族。九族既睦，平章百姓。百姓昭明，协和万邦”；《礼记·大学》：“欲明明德于天下者，先治其国。欲治其国者，先齐其家。欲齐其家者，先修其身。……身修而后家齐，家齐而后国治，国治而后天下平。”

⑤ 《吕氏春秋·贵公》：“天下者，天下人之天下”；《群书治要·六韬》：“天下者，非一人之天下，天下之天下也”；《晋书》卷四十八：“夫天下者，盖亦天下之天下，非一人之天下也。”

⑥ “秦虽首恶，而天下为私之政治，秦以后益有甚焉。”参见陈登原：《中国文化史》，辽宁教育出版社1998年版，第205页。

也。……故封建亲戚，以蕃屏周”，^①表达出从三代以上到三代的历史变迁，也表达出其间处事原则和政治体制的发展变化。就“亲亲”原则和“封建亲戚”体制而言，夏、商、周三代，无论是“天下”，还是“国”，都明显具有“家”的特征。三代依靠血缘和姻亲等亲属纽带维系的“国”或“天下”，更像是一个复合式的大家族或宗族。而秦帝国通过变封建制为郡县制，将平面复合的家族权力结构扭转为垂直统一的国家权力结构，剔除了中央与地方之间的血亲因素，由此造就了主要依靠法律规则、更加客观的统治和治理体系，也使得“国”或“天下”呈现出明显的民族和国家体制特征。^②可以说，从“家”到“国”或者从“天下为家”到“天下为国”的历史性转变，通过秦帝国的建立得到了实现。这一转变与中国社会从氏族到家族，再到民族层层递进的发展历程是相适应的。总体来看，国家体制的形成正可谓秦帝国的关键历史特征。对此，学者们指出，“至于秦而我国之国体定矣”^③；“秦朝统一天下，造成了一个国家一个民族的局面。这便已是现世所谓的‘民族国家’了。换言之，秦时的中国，早已是相当于近代人所谓的现代国家了。秦以后，两汉、隋、唐，中国文化的最大成就，便是在政治和社会的组织方面。大一统的政治和平等的社会之达成，这便是汉唐

① 《左传·僖公二十四年》。

② “商、周王朝的前身最初都是小部落，往往要依靠血缘关系、祭祖的体制和对贵族家庭的忠诚来维持君王的权力。后来新兴的国家，譬如秦，以严酷的法制来组织管理国家，这就削弱了贵族家庭的权力。”参见[美]艾兰：《世袭与禅让——古代中国的王朝更替传说》，余佳译，商务印书馆2010年版，第13页。

③ 吕思勉：《中国制度史》，上海教育出版社1985年版，第434页。

时期的成绩”；^①“始皇时代之法制，实具伟大之精神，以一政府而辖制方数千里之中国，是固国家形式之进化，抑亦其时思想之进化也。”^②

秦帝国废封建而立郡县，既具有克服封建制下诸侯纷争之弊端的政治考虑，也明显具有皇帝集权、一统天下、传之万世的意图。尽管如此，从后来的历史看，秦帝国集权国家体制的形成亦有创立者始料未及的后果。这不仅包括秦朝经历二世即为规模浩大的起义所推翻这样有违初衷的消极后果，也包括一些客观而言对于后世发展具有积极历史意义的后果。一如古人所说，“秦以私天下之心而罢侯置守，而天假其私以行其大公”；^③“秦之所以革之者，其为制，公之大者也；其情，私也。私其一己之威也，私其尽臣蓄于我也。然而，公天下之端自秦始。”^④这里“行其大公”或“公天下”的一个重要表现在于，贵族长期把持政权和治权的局面被打破，政权和治权在客观上得以向平民开放。政权对平民的开放表现在，通过起义或战争，平民亦可夺取政权而成为帝王，“打江山，坐江山”作为历史可能性开始适用于平民。治权对平民的开放表现在，通过荐举或科举，平民亦可进入国家权力体系而执掌治权，这在后世逐渐成为常规的正式制度。治权向平民的这种普遍而长期的开放，甚至被一些学者视为中国的“治权民主”或“天下为公，选贤与能”在治理层面

① 钱穆：《中国文化史导论》，商务印书馆1994年版，第241页。

② 柳诒徵：《中国文化史》，上海古籍出版社2001年版，第330页。

③ 王夫之：《读通鉴论》卷一。

④ 柳宗元：《封建论》。

的展开。^①由此来看，统一的国家体制的形成，在客观方面为更多的平民参与国家管理造就了历史条件。同时，它也更加有利于社会的形式化、客观化发展。换言之，整个民族的政治、经济、社会和文化生活因此获得了据以持续客观发展的形式，一套法律制度和文治体系也得以长久传承、丰富和发展。^②

此外，从社会权力的角度看，如果说在封建制下，由天子、诸侯、贵族和平民组成的复合而分散的权力结构，使得社会权力的集聚和反抗难成规模，那么，在统一而集权的国家体制下，社会权力则因为国家权力体系的一体和刚性而有了大量集聚和大肆崛起的更大历史可能。作为天子与民众之间分隔层的诸侯国的消除，使得皇权与民众在形式上成为政治统治结构的两极，而国家政权体系的“公”的范围的扩大，则进一步加大了“一姓”与“万民”之间的紧张。实际上，从夏、商、周三代以“天下为家”开始，在“万民”与“一姓”、“天下”与“国家”、“国家”与“朝廷”之间就一

^① “若论治权之民主，治权方面之‘天下为公，选贤与能’，则三代以后以及秦汉以后，皆事实上已时有之，而原则上亦普遍肯定之。……秦汉以后，士人握治权，则治权民主之门尤开扩。”参见牟宗三：《政道与治道》，台湾学生书局1980年版，第10~11页。“‘考试’与‘铨选’，遂为维持中国历代政府纲纪之两大骨干。全国政事付之官吏，而官吏之选拔与任用，则一惟礼部之考试与吏部之铨选是问。此二者，皆有客观之法规，为公开的准绳，有皇帝所不能摇，宰相所不能动者。若于此等政制后面推寻其意义，此即《礼运》所谓‘天下为公，选贤与能’之旨。”参见钱穆：《国史大纲》，商务印书馆1996年版，第15页。

^② 对此，钱穆指出，“自此以往，入仕得官，遂有一公开客观之标准。‘王室’与‘政府’逐步分离，‘民众’与‘政府’则逐步接近。政权逐步解放，而国家疆域亦逐步扩大，社会文化亦逐步普及。”参见钱穆：《国史大纲》，商务印书馆1996年版，第14页。

直存在着裂缝。^①可以说，自三代以降，“天下为公”的“大同”理想与“天下为家”、“天下为私”的历史现实构成了中国历史上的一对基本矛盾。这对矛盾也发生在民与君、“理”与“势”之间，它在中国文化中还呈现为“道”与“君”的不一致，正所谓“从道不从君”^②，“以道事君，不可则止。”^③即使后世通过“三纲五常”以及“朝廷者，天下之本；人君者，朝廷之本；而心者，又人君之本也”、“人君一身，实天下国家之本”^④等理论论证，来为君主的政治地位争得合法性，并通过道德教育和宰相制度等来软化皇权，以此弥合君主与民众、朝廷与国民之间的罅隙，但这对矛盾直到清末也未获最终化解。^⑤相对三代而言，在始于秦帝国的集权国家体制下，这对矛盾时常促成社会权力在全国范围的大集结，并因此形成政治上层与社会下层之间激烈的整体冲突和对抗，特别是在王朝更替时期。结合秦朝之后诸如绿林、

① “有亡国，有亡天下。……易姓改号谓之亡国。仁义充塞，而至于率兽食人，人将相食，谓之亡天下。保国者，其君其臣，肉食者谋之。保天下者，匹夫之贱与有责焉耳矣。”参见顾炎武：《日知录·正始》。“三代以下，天下之是非一出于朝廷”；“出而仕也，为天下，非为君也；为万民，非为一姓也”；“天下之治乱，不在一姓之兴亡，而在万民之忧乐。”参见黄宗羲：《明夷待访录》“学校”、“原臣”篇。

② 《荀子》“臣道”、“子道”篇。

③ 《论语·先进》。《论语·秦伯》：“天下有道则见，无道则隐。”

④ 真德秀：《大学衍义》卷一。

⑤ “问：自秦始皇变法之后，后世人君皆不能易之，何也？曰：秦之法，尽是尊君卑臣之事，所以后世不肯变。且如三皇称皇，五帝称帝，三王称王，秦则兼皇帝之号。只此一事，后世如何肯变！”见《朱子语类》卷一百三十四。“既以国家为彼一姓之私产，于是凡百经营，凡百措置，皆为保护己之私产而设，此实中国数千年政术之总根源也！”参见梁启超：“中国积弱溯源论”，载《饮冰室合集》文集之五。到晚清，“百姓怕官，官怕洋人，洋人怕百姓”的民谚，仍明显映衬出朝廷、国家、人民之间的不一致。

赤眉、黄巾、白莲之类断续不绝的起义来看，社会权力时不时的聚结和勃兴，是集权国家体制形成之后的一个重要历史特征。

虽然集权国家体制的形成为社会权力的蜂起带来了历史可能，但来自社会底层的整体对抗在历史上终究只是间歇性的现象。民众的反叛以及社会权力的聚结，不仅在法律上不具有合法性，在政治上也是时刻被警惕的，以致统治阶层很早就有一种“战战兢兢，如临深渊，如履薄冰”、^①“终日乾乾，夕惕若”^②的忧患意识。由此所促成的“民惟邦本”、“为政以德”^③的“民本”和“德治”文化传统，在一定程度上缓解了社会权力的激发。此外，行政管理体制、“无为”或接近“无为”的治理风格、容忍的民族心态以及地理等因素，对社会权力的聚结也起到一定制约作用。有学者指出，“在事实上，暴政所能及之范围，亦自有其一定的限度。秦汉而后，幅员太大了，中央政府的权力，无论其为好为坏，都不易无孔不入……中央政府之影响，所能及于社会者实甚微。……所以中国政府之统一性、积极性，说起来实极可怜。然亦因此而得保存一种消极的民主。何谓消极的民主呢？即中国政府所加以干涉，求其统一者，只在一极小的范围内，而其余则悉听各地方之自由，须知中国疆域广大，各地方风气不同，原不能用同一之治法。……中国历代，所以行放任

① 《诗经·小旻》。

② 《周易·乾》。

③ 《尚书·吕刑》：“惟克天德，自作元命”；《论语·为政》：“为政以德”；《尚书·五子之歌》：“民惟邦本，本固邦宁”；《尚书·泰誓》：“天听自我民听，天视自我民视”；《尚书·酒诰》：“人无于水监，当与民监”。

政策，尚可苟安于一时，行干涉政策，即不旋踵而召乱，其根原实在于此。而历代之言治者，皆轻法治而重人治，其理亦于此可明。”^① 还有学者指出，“中国又是一个大农国，各地农村收获，丰歉不等；这一区活不下，别一地区还能安居乐业。天时转变，很少长期荒歉，继续三五年以上的。农民稍可生活，宁愿和平忍耐，并无兴趣来进行全国性的大破坏。因此种种条件，中国历史上极难引起全国普遍性的长期革命。这正与在中国历史上不易发展出一种民众选举制度，同样有它本身客观条件之限制，不能凭空说是专制压力所造成。社会在下面不易起革命，政府在上面也同样地不易有专制。若说这是中国政治的缺点，则这一缺点，毛病是在中国国家规模太大。”^② 总起来看，由于道德、行政、民风、地理等因素的综合作用，人自由自在的生活空间在集权国家体制下也得到一定保存和延续，社会因此并不总是表现为“乱世”，而

① 吕思勉：《吕思勉论学丛稿》，上海古籍出版社2006年版，第418~419页。

② 钱穆：《国史新论》，生活·读书·新知三联书店2005年版，第82~83页。吕思勉、钱穆、费孝通等皆注意到地理规模对于中国传统政治的影响。在《中国传统政治》（1950）一文中，钱穆还提到，“中国传统政治毕竟总有一规模……近代中国学者，只知道说中国传统政治是由皇帝一人专制黑暗。试问他皇帝一人，如何来专制这样一个广土众民的大国？即在政治技术上，也值得我们细心研究。不能尽骂中国人从来是奴性，不遇到西洋人，老不懂革命，便尽由那皇帝一人来放肆专制了。”参见钱穆：《国史新论》，生活·读书·新知三联书店2005年版，第95~96页。费孝通则认为，“传统中国的权力结构的中心是绝对专制的君主政体。对皇帝来说，权力是交给各级官吏体系的。广阔的大陆交通网络很差，权力只是在名义上集中，而不是事实上的集中。每一层官员都有着顶头上司允许的一定权威。‘天高皇帝远’，统治人民的是各级官吏。……在政府的传统体系内，中央权力的触角停滞在县里。”参见费孝通：《中国绅士》，惠海鸣译，中国社会科学出版社2006年版，第115、117页。