

比较法学 文萃

第三辑

米健 主编

The Selected Papers of Comparative Law

中国政法大学出版社

比较法学 The Selected Papers of Comparative Law 文萃

(第三辑)

主 编 米 健

副主编 丁 玫 刘 彰 王志华
丁洁琳



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法学文萃.3 / 米健主编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2009.3

ISBN 978-7-5620-3353-0

I. 比... II. 米... III. 比较法学 — 文集 IV. D908-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第029510号

书 名	比较法学文萃 (三)
出 版 人	李传耿
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 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	787×1092 16 开本 37 印张 830 千字
版 本	2009 年 4 月第 1 版 2009 年 4 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3353-0/D·3313
定 价	58.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

大道于无形 涅槃以再生

——比较法学文萃（第三辑）序

什么是比较法学？比较法学在哪里？它的意义何在？一百多年来，从比较法学被作为一个课题提出到其作为一门学科存在，这些问题似乎始终没有解决。然而无论如何，我们都必须看到这样一个事实，即比较法学不仅仅存在着，发展着，而且在越来越大的范围内，越来越深刻的层面上影响着法学与法律制度的存在与发展。无论人们有无意识或是否承认，都应该认识到，没有比较法学，就没有现代中国法制；没有比较法学，就没有改革开放以来中国法制的改革与进步；同样，没有比较法学，就没有未来中国法律制度的发展与进步，现代中国法制的命运与比较法学息息相关。正因如此，完全可以说未来中国法制必然也会一如既往地比较法学荣辱与共、兴衰与共。比较法学其实正是因循着时代的大势，按照事物发展的必然规律定位自身、发展自身、实现自身。中国的比较法学在上个世纪二三十年代正式进入大学的讲堂，到现在正式成为一个法学专门学科，实际上承载和标志着近现代中国法制的发展与进步。更重要的是，它还承载着未来中国法制的发展与进步的希望。

比较法学在中国可以回溯到上个世纪清末民初中国的法律改制，从时间上看已经有一百多年。在这百余年的历史过程中，比较法学经过了几度兴衰荣辱。首先是它在上个世纪二三十年代的兴起，其起点是1915年东吴大学将其法科部分改设为比较法律学校，10年后又被当时北洋政府教育部批准备案，1929年则正式立案，中国比较法学从此开始了一个名正言顺的生存发展阶段。但随后由于中国的内忧外患，比较法学的发展受到很大限制，这种局面严格说一直持续到中国改革开放之前。20世纪70年代末，中国开始改革开放，同时恢复法学教育，比较法学因之获得了新的生机，从而很快在20世纪80年代初形成了它的第一次复兴。从那时起到现在，中国的比较法学可以说得到了迅速的再生与发展，而且日渐一日地深入影响着中国社会生活的各个方面。回首改革开放后近30年中国法制的建设与发展，可以清楚看到比较法学在中国的痕迹和影响无处不在，无时不在。毋庸置疑，现今的比较法学已经成为中国法制建设和社会法治中不可或缺的一个组成部分，甚至是支持社会生活和法律秩序的动脉。没有认识到这点，就不能认识到法律制度发展进步的一

II 比较法学文萃 (三)

般规律。总结以往世界与中国法律发展的经验与规律,审视当今中国法律进步的需要与路径,综观当今中国与世界法律发展的现实与趋向,可以预言,在未来10年到20年里,中国的比较法学将会形成其第二次复兴并达到鼎盛发展。

虽然比较法学已是中国法制和法学不可缺少的命脉,虽然比较法学已经早已深深渗透到法律发展与法学研究的各个领域,但无论是社会或学界对于比较法学的认识还颇有局限。不仅如此,甚至有人对比较法学的基础和价值存在怀疑。可以肯定,比较法学的意义与作用长期以来被大大低估了。究其原因,主要是对比较法学性质和特征尚没有正确的认识。比较法学是一门学科,但显然是一门与宪法学、民法学、刑法学、行政法学及诉讼法学这些实证法学科完全不同的学科。它是一门普遍法学学科,一种普遍法学方法,一条普遍法律之路,就此而言,它可以独立存在。但它要想实现其价值,要想获得长久的生命力,就必须化身于各个具体的部门法学之中。也就是说,它是一种思想境界,是一种法学灵魂,是一种法学方法,而部门法则其载体。经验和现实告诉我们,没有比较法学,部门法学就不可能获得发展,迟早会被质疑乃至淘汰;但没有实证法学,比较法学也就无从谈起,更无法实现其价值和目标。可以说,比较法学是高于所有部门法学的上位法学,是可融于、见于所有法学领域的普遍法学。比较法学和部门法学是灵体关系,灵体合一则法律兴;灵体分离则法律衰。实际上,现今所有部门法学都不可能离开比较法学,这也是不少部门法学家认为他们也在从事比较法学,比较法学总是和部门法学纠缠不清的原因之一。但是,必须看到,部门法学家们所说的比较法学,其实只是将其作为一种方法,是一种实用的、旨在解决具体问题的法律比较,这充其量只是比较法学的一个基本层次或一个方面。而它作为一种思想方法和精神境界的使命,只能由比较法学家们去实现。比较法学的最佳状态是,所有的比较法学家都是部门法学家,而所有的部门法学家又都是比较法学家。更进一步说,当比较法学就是部门法学,所有部门法学又都是比较法学时,当比较法学化身于所有部门法学之中,而所有部门法学具有比较法学灵魂之时,就是比较法学的涅槃之时,而比较法学的涅槃之时也恰恰是它在更高发展阶段的再生之时。此正所谓大道于无形,涅槃以再生,而比较法学的涅槃与再生,就是它的成功与辉煌!

米 健

2009年1月

目 录

I 大道于无形 涅槃以再生

——比较法学文萃（第三辑）序/米 健

总 论 篇

3 一、比较法学、法理学与法史学

3 中国传统之“约”的宪政释义 /张守东

18 民国时期的“法学权威”

——一个知识社会学的微观分析 /刘 星

35 论比较法学中的价值理性 /高明亮

49 社会契约与人的联合 /胡玉鸿

61 表达自由法制中的管理性权力 /侯 健

73 德国比较法学的发展脉络 /朱淑丽

84 论普通法系国家法典的编纂 /许中缘

95 知行合一 经世致用

——德国法学教育再述 /郑永流

111 法律移植与法律文化变迁

——以伊斯兰法文化变迁为例 /黄金兰

122 理性主义视角下的中西传统法律文化差异 /朱海波

133 萨维尼的《论占有》及其贡献

——法学、立法以及方法 /朱 虎

149 冯·梅伦对比较法和国际私法的贡献 /陈卫佐

155 法官职权调查证据的比较研究 /熊跃敏

164 瑶族习惯法特点初探 /高其才

制 度 篇

181 二、公法

181 从宪法到宪政

——司法审查制度比较研究 /张千帆

197 中国行政法学的外国法渊源 /何海波

216 试论美国宪法制定的法治渊源

——英国的法治传统及其在北美殖民地的保留 /曾尔恕

236 日本宪法诉讼制度的理论、技术及其问题 /张允起

247 死刑案件的程序控制若干问题

——刑事司法国际准则角度 /杨宇冠

258 三、私法

258 民法的回顾与展望 /江 平

280 权利能力的若干基本理论问题 /柳经纬

291 一个正在脱亚入欧的国家的奋斗

——土耳其民法典编纂史 /徐国栋

307 民法的积累、选择与创新 /苏永钦

332 德国民法的继受与台湾(地区)民法的发展 /王泽鉴

353 法律行为与法律交易辨析 /张俊浩 孙宪忠等

382 物权法草案第六次审议稿的若干问题 /梁慧星

404 法治进程中的中国民法

——纪念《民法通则》施行20周年 /龙卫球

410 论中国民法典总则的内容结构 /尹 田

422 不动产与动产划分之罗马法与近现代法分析 /费安玲

429 从法律视角看中国事业单位改革

——事业单位“法人化”批判 /方流芳

458 公司立法理念的选择

——以中西法律传统比较为视角 /薄燕娜

467	美国的侵权法研究：概括与分析 /许传玺
478	罗马法上的原因理论及其对近现代法的启示 ——无因理论的罗马法视角 /沈建峰
494	罗马法利益原则在确定契约责任中的作用 /丁 玫
500	俄罗斯公司种类及其特点分析 ——兼与中国公司立法比较 /王志华
513	四、国际法
513	司法创制对欧洲一体化的推动 /米 健
523	德国当代私法体系变迁中的消费者法 ——以欧盟法为背景 /张学哲
538	WTO 体系下司法审查范围的理论与实践 /孙南申
546	冲突法基本路径的经济分析 ——双边主义对单边主义 /徐崇利
559	国际引渡合作规则的新发展 /黄 风
578	工业事故跨界影响的国际法分析 /林灿铃

总 论 篇

一、比较法学、法理学与法史学

中国传统之“约”的宪政释义

张守东*

“约”是宪政史的核心概念之一。从“约”的角度透视这一历史并将这一分析回溯到中国政治史更为久远的一些关键环节，还是一项有待深入辨析的任务。本文探讨尧舜禹的禅让、汤武的革命、春秋战国时期的盟约在我国传统政治史中的意义，并把《中华民国临时约法》（以下简称《临时约法》）作为分析近代宪政与“约”的关系样本来使用，希望以此理解我国传统及近代政治权力构造和交接中“约”的在场和缺席与我们的宪政事业有着怎样的历史文化关联。当然，在必要的地方，也涉及了欧美的社会契约论及其实践，以便作为西法东来这一历史因缘解释的参照。可以说，本文是以我国政治史上的“约”为主线，以欧美的社会契约论及其实践为参照物，通过比较的方式，诠释我国宪政传统资源的部分缺失之所在。

一、“天命”、“民意”与社会契约论

我国传统的政治史是一部用武力建立政权，又以德政作为行使政权的标准的历史。虽是用武力赢得政权，但政权的正当性却以“天命”和“民意”的合意来表达。政权的正当性（legitimacy）即当政的资格^{〔1〕}在传统中国基本上被定位在天之命与民之意之上，于是，相应地，天命所归和民心所向也就成了改朝换代天经地义的终极依据。我国最古老的政治著作《尚书》所谓“天视自我民视，天听自我民听”这一至今仍广泛引用的名言，集中体现了传统中国政治体制合法性的基本理念。“天”与“民”之间仿佛理所当然就能自动把自己的政治视听协调起来，成为耳聪目明的政权监护人。“天”与“民”似乎有着从无隔阂，也永不矛盾的默契。作为最高的主权者，“天”与“民”在君主那里找到了自己的代言人和代理人。“天”与“民”的意

* 中国政法大学副教授。

〔1〕 我同意赵心树把 legitimacy（正当性）译为“有资格当权”、“有资格当政”，因此，我也把“正当性”按中文的习惯解为“当政的资格”。参见赵心树：《选举的困境》，四川人民出版社 2003 年版，第 33～35 页。

志同构,并不以彼此之间有“约”在先为必要,似乎有着同心同德、心心相印的不证自明,而二者与君主之间,也不是以“约”作为联系的媒介,而是君主主动采取“配”(“以德配天”)的形式“奉”命行事(“奉天承运”)。如果出现违犯天命、民意的暴君,则“有德者”可以“替”天行道,无须等候“天”自己采取措施。“配”、“奉”、“替”都把君主当作可以采取主动的代理人,而不是负有义务的立约当事人。

也就是说,我国传统政治的话语结构基本上不是以“约”的方式表达和实践的。“天”与“民”作为主权者,作为权柄的持有人,其“命”其“意”的发言权和解释权操持在作为其代理人而不是与之立约的当事人的手里。这一政治话语语义结构为其各位主角赋予的角色并无相互约束的功能,而是仅凭代理人的道德自觉。天不自言,“天命”要靠君主的金口玉言来表达;民不得言,没有通过比如民选等方式实现自己意愿的机会,甚至连民意测验都没有。“天”与“民”作为政权正当性的守护神,其法力最终操持在以其名义行事的专制君主那里。

“君”与“天”、“民”之间缺失了以“约”为纽带的政治联络,使得君主得以单方面自行其是。如果说“约”的缔结意味着至少有双边甚至多边的相互见证与约束,则不以“约”为前提的政治权威构建容易成为单边的自说自话。本来应成为一言九鼎的强势主权者的“天”与“民”成了真正的弱势群体,而君主却用武力使自己由代理人和代言人变为主权者。在这样的背景下,“天下为主君为客”的主客关系设计并不比“唯天时求民主”的为民作主的理念对民更有利。“约”的缺席意味着“法”自君出。我国历史上的法作为国法和王法主要是“治”民的工具,乃是执法官吏代表皇帝对小民实行赏罚的依据。总的来说,“法”不是君与“天”、“民”相约的结果。“天”、“民”除了给出“德政”、“仁政”的暗示,对法似乎并无多大作为。君主既没有与“天”约法,也不会与“民”约法。“法”是君主的命令。“前主所是著为律,后主所是疏为令”(西汉廷尉杜周语),君主是法的渊源。“法”是君主公布、万民信守的赏罚标准。“法”与“约”无关。刘邦与关中父老“约法三章”只是开国夺权过程中的权宜之计。君仅以其德赢得天的青睐从而得以奉天承运,无须彼此以“法”相约。西方近代孕育的宪法理念及制度因为在中国缺乏“约”的法源构架而没有真正借以降生的母胎。结果,失去了以约法为标准的政治判断依据,“奉天承运”的在位者和“替天行道”的在野者之间也就没有和平对话的语义场,战场往往就是验证天命民意的惟一所在。

近代我国的立宪运动在中国传统与西方现代狭路相逢的意义上展示了把我国传统形成的强权纳入西方近代意义上的宪法之约的尴尬。近代西方宪政的理论基础是社会契约论。^{〔2〕}从霍布斯到罗尔斯,社会契约论逐渐成了政治权力辩护或政治哲学建构最流行的方式,尽管采用者的用意不同甚至相反,如霍布斯以之为君权不受限

〔2〕 关于社会契约论这一令人眼花缭乱的理论传统,英国迈克尔·莱斯诺夫等所著的《社会契约论》(刘训练等译,江苏人民出版社2005年版)一书有清晰而确当的系统分析。对于社会契约论传统的神学解读,则可参考林国基精彩的索解,即《神义论语境中的社会契约论传统》,上海三联书店2005年版。

制辩解,洛克则反其意而用之,为限制君权找到理论支柱。这一理论主要确立两个论点,一个是主权在民,另一个是治人者须治于人者同意。这两点又内在相关。主权既然在民不在君,则君主的统治需经人民同意,已在情理之中。社会契约论的灵感来自于以约构成的《圣经》文本。上帝与人有约在先这一点启发了西方政治理论家的想象力。这一理论赖以形成的社会结构肌理则是欧洲近代个人从家族中解放出来成为自治的市民社会一员。这一理论立论的空间场域则是从未得到明确解说的“自然状态”和实有而又模糊的“市民社会”。社会契约论的矛头直指“朕即国家”的政治立场,把治人者和治于人者以宪法的形式“约”进民主的政治体系,使合乎民意的宪法和法律成为一国之王,使“约”与“法”实现以民意为基础的意义同构,乃是欧洲近代政治理论和实践最辉煌的成就。

以此反观我国近代宪政历史,则不难发现,当初仁人志士向西方寻求真理以解我千年政治之惑,实在是一个悲苦而辛酸的过程。首先,上帝代表的超越于人间社会的价值观和权威性,实际上始终若隐若现地构成西方政治理论与实践的强势制约因素,这一点在“天”与“民”同构的中国政治理论中被消解了。欧洲的宗教不仅为其提供了立约的社会秩序建构方式,也提供了价值观和权威性的超越者。在卢梭为支撑他的社会契约论提供的“公民宗教”的信仰告白之中,“全能的、睿智的、仁慈的、先知而又圣明的神明之存在”乃是他言简意赅的宗教教条的第一条。^{〔3〕}上帝始终是明显或隐形的终极意义提供者,而在我国,“天命”隐身于无法确知的“民意”之中,“天”未能成为终极立法者。作为社会契约论支柱的价值观之一,天赋人权说(亦译为自然权利论^{〔4〕})就是上帝给人以不可剥夺的权利的世俗表达。比如,作为洛克留给18世纪以及其后岁月最重要的贡献,他的社会契约论就是通过不可剥夺的自然权利来建构的。而作为自然权利依据的自然法,则是起源于人们的这样一种共识,即所有的人都是上帝的造物 and 仆人。^{〔5〕}美国的《独立宣言》更是直接把这一权利称为“造物主”的施与。^{〔6〕}缺乏真正超越又内在的价值观与权威性,不难想象中国的宪政理论与实践只能是军阀与革命党人之间的实力较量,没有可使之达成政治共识和法律共识、使之共同求助的外在权威。民权因此成为无源之水,难以源远流长。中国近代宪政的现实难题,一则在于这西天真经本身颇多歧异,去伪存真的功夫在救国救民的现实压力之下很难用到家,于是泥沙俱下的情况难免发生;另则是现实的政治格局为军阀这一强势的霸主所把持,新生的革命党人政见不一而又缺乏达成政治妥协的法律机制,因人设法缺乏脱离个人利益的政治远见,均使得近代宪政实践命途多舛。

欧洲的宗教信仰为其带来了人性恶的人性论,这一点是社会契约论另一个重要的依据。比如,伯尔曼指出,洛克的社会契约论和治人者需经治于人者同意的理论背后隐含的是加尔文主义对人根深蒂固的自私自利的强调。正是这一人性的弱点使

〔3〕 参见何兆武为其所译的卢梭《社会契约论》(商务印书馆2003年版)所写的序言。

〔4〕 [法] 卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第5页。

〔5〕 [英] 莱斯诺夫等:《社会契约论》,刘训练等译,江苏人民出版社2005年版,第89~90页。

〔6〕 “人人因受造(created)而平等,其创造者(the Creator)赋予其若干不可剥夺之权利。”参见“*Our American Government*”, U. S. Government Printing Office, 2003, p. 85.

得臣民与君主双方的权力要经双向限制,而这一双向限制又恰是契约概念的应有之义。^[7]不是依靠政治家的个人良知和诚信,而是以宪法之约明确各自的权利义务,使政治行为有宪法这一明确标准可依,则可以避免使政治过于依赖并不可靠的个人品质,此乃宗教为宪政带来的宝贵礼物。而我国近代立宪则在很大程度上没有伴以人性的深刻洞察,却把具体的政治家的个人因素看得过重,没有把普遍人性中的弱点当作宪政设计的根本出发点,倒是总依自己的政治地位选择相应的制度,或依政治对手的政治地位设置相应的制度。对政敌的过分不信任与对自己的太过乐观乃是人性恶理论缺失的政治权力竞争中的痼疾,不利于选择正确的政治制度。本文第三部分关于《临时约法》的论述,将证明这一点。超越个人政治品格的评价机制,而依普适的标准对待任何一个掌权的人,这似乎是中国近代宪政没有做好的功课。

二、古代中国的政治权力建构和交接:以“约”为线索的解释

(一) 先王禅让、革命与“约”的缺位

伯尔曼强调,欧洲的每一次革命都是从重新解释历史开始的。^[8]中国当然也不是“托古改制”的例外。春秋战国时期的中国处在社会变迁的十字路口,思想家为自己的愿望和理想寻找历史的支持。思想家发言依赖的是历史形成的权威的依据。而先王也就被迫担当了新思想的话语权威。“祖述尧舜”乃成为一时之风尚。孟子从尧舜禹传贤不传子的“禅让”故事中发掘天意、民心、美德、仁政、王道的历史意蕴。韩非子则以舜逼尧、禹逼舜,汤放桀,武王伐纣(《韩非子·说疑》)的描述为其刻薄寡恩的法术塑造历史的先例。无论如何,尧舜禹禅让与汤武革命作为中国传统政治权力交接正当性的两个标准版本,乃是我们了解中国政治权力建构和交接与“约”是否有关的最佳切入点。

或许孟子和韩非子分别为我们提供了同一史实一体之两面。自从黄帝修德振兵,“天下有不顺者,从而征之”(《史记·五帝本纪》),与蚩尤、炎帝战于阪泉、涿鹿之野,用武力平定天下以来,美德和武力就一直是解释政治权力获取和交接的两种相互对立的要素。尧舜禹之间的“禅让”更有可能既有被选任者美德(尧之至公至明,舜之孝顺笃敬,禹之勤勉力行)的因素在,也有武力的因素在。综合孟子、韩非子、司马迁等人的解说,尧舜禹时代的政权交接可能包含了以下因素。首先,霸主征求其他强权人物的意见。比如,因其盛德而使得“百姓昭明,协和万邦,黎民于变时雍”(《尚书·尧典》)的尧在寻找接班人时先要征求四方诸侯(“四岳”)的意见。其次,以天为公认的话语权威。从孟子所谓尧荐舜于天,舜荐禹于天(《孟子·万章上》)可见天命的作用。最后,强制力的使用。比如,韩非子所谓舜逼尧、禹逼舜。这一“逼”多少调低了孟子有关禅让的道德调门。这一权力交接体系仿佛是以霸主的实力、接班人的政治德行、其他政治强人的附和而在天的监督之下进行的。这说明黄帝通过暴力征伐得来的政权,需要后人用“德”来获取,凭“德”来交接。暴力需要“德行”的认可。不过,“德”从来都不是政治竞争中获胜的真正法

[7] H. Berman, *Faith and Order*, Eerdmans Publishing Co., 2000, p. 117.

[8] H. Berman, *Law and Revolution*, Harvard University Press, 1983, p. 113.

宝，“力”才是制胜的关键所在。“德”与“力”都有助于使自己获得接班人的候选资格。而“让”与“逼”的治人者勾当，也都排除了治于人者的同意。“禅让”不是权力分配和交接的社会契约。

其实，暴力不仅在权力交接的时候用得着，在平时也用作协和万邦的工具。尧舜禹之间之所以没能传子而是传贤，大概是这几位华夏霸主尚未有足够的实力在打败蚩尤、炎帝，处置“四凶”一类人物的同时，连像“四岳”这样的地方实力派的意见都敢于置之不理的地步。而“天下诸侯朝觐者，不之尧之子而之舜”（《孟子·万章上》）的现实，也使得即使尧当初想传位给自己的儿子也不可得而行之。

尽管程度不同的武力乃是权力获得和交接过程中真正的主角，但“天命”和“道德”还是被确立为中国传统政治权力交接的正统模式。天命观念起源于尧，道德观念滥觞于舜。^{〔9〕}至于“革命”作为取得政权的方式，则是在“禅让”之后才形成的。政权的交接从“禅让”到“革命”的演变，正好说明温文尔雅的“禅让”难以遮盖暴力的存在，后来干脆以“革命”学说为暴力正名。如果说“天命”是赋予政权正当性的授权者，“革命”则是“天命”赖以实现和维系的另类方式，也就是说，违背“天命”的政治后果就是应运而生的新的有德者揭竿而起，以“革命”的行动为“天命”推出新的代言人。“革命”是“天命”的补充。孟子的“革命”理论并不是要建立民主政权，也不能成为清除圣君贤相的理由，而是诛杀暴君的理论武器。根据孟子，“弑君”和“诛一夫”之间的区别在于是否合乎仁义的标准，唯仁者宜在高位。仁义之德是“君”之为“君”的内在规定。“位”与“德”必须对应，否则不妨诛之，造反有理。“革命”正当性的话语在于天命与道德，这两种政权正当性观念推崇的首先是传贤的“禅让”制度，让人者和受让者都是天命的宠儿和政治道德的化身。暴力的运用仅当在位者二者皆失的情况下才是“顺乎天而应乎人”（《周易》）的正当举措，比如未被正统学说诋毁的“汤武革命”即其例证。尧舜禹之间的禅让，殷周之际的革命，充分显示了政权更替与交接之间德与力交互为用的历史真实。孟子有关“王道”与“霸道”的论辩，乃是这一政治历史在“杀人盈野”的新的政治语境中的延续。

作为西周以前政治权力取得与交接的正当性语言，“禅让”与“革命”都是人与天之间对话的政治语言。当然，“天”并不亲口说，“天不言，以行与事示之”（《孟子·万章上》）。同时，圣人只是则天象地，靠自己体会，“与天地参”，并无与之立约的资格。“禅让”与“革命”以及这二者的“德”、“力”内涵，乃是中国传统政治精英（“先王”）寻求及践履“天”与“民”的共识（所谓“天视自我民视，天听自我民听”）过程中适用的政治工具。其实，“天”与“民”都不说话。“天”是不说话，孔子所谓“天何言哉”；“民”是没有机会和途径说话，然而他们却被解释为政治言论的主体。他们是中国古代政治话语缄默的言说者，他们是缺席的在场者。“先王”和“圣人”替他们说话。“先王”和“圣人”是“天”与“民”未经授权的发言人。“天”与“民”这一虚设的政治话语主体的构造，使得天意与民意的政治内涵成为统治精英任意解释其政治正当性取之不尽用之不竭的泉源。即使“天”塌

〔9〕 参见王田葵、何红斌：《舜文化传统与现代精神》，上海三联书店2005年版。

了,“民”也仍然是政治言说最容易被认可的来源。“天”与“民”都不是统治精英与之“立约”的对象,因此统治精英并不作为立约的一方承担政治义务,而是作为贤德英明的领袖主动担当起了天下兴亡的责任。强调一下,统治精英是主动承担责任,而无须作为对等的立约者承担若不履行即应受罚的义务。在这一政治话语系统里,老百姓只是被动接受服务却无权拒绝服务的上帝。作为我国传统政治权威的成分,“天”、“民”权威之虚成全了君王强权之实。

“禅让”和“革命”就是这样把先王变成政治行动的真正主体。这里没有“天”与“民”作为立约一方主张权利的余地。这是中国传统政治正当性大异其趣于社会契约论的地方。社会契约论背景下的革命强调的是人民除掉暴君的权力,汤武革命中的革命则是强调在野而有德的政治强人推翻君主的正当性。前者的重心在人民,后者的重心在僭主。前者的发生是因为治者违背君民之间的社会契约,后者的发生则是由于在任君主获罪于天的莫须有罪名。社会契约理论背景下的革命要建立的是宪政民主,而汤武革命建立的则是另一个专制政权。这里我们不妨引用刘小枫的论述来说明西方革命理论与中国传统革命的区别。他指出,西方革命理论关键在于人民主权理论引出的革命权利的正当性问题。按照社会契约论的人民主权思想,革命的权利是人民的自然权利,而不是圣人的权利。这与儒教革命精神的圣人以天命自居不是一回事。^[10]

(二) 春秋盟约与称王称霸

尧舜禅让与汤武革命是以“天命”与“民意”为中国早期权力正当性辩解的正统依据,而“德”与“力”则是其一体两面的实际构成。此后,“盟”、“誓”、“约”一度成为春秋战国时期霸主出面与诸国结盟以便建立和平秩序的主要方式。作为中国传统社会与“约”有关的主要用语,它们在今天的汉语中仍然被频繁使用,并在相当程度上保持着自己的原始含义。“盟”、“誓”、“约”都明示或隐含了神灵的莅临,与之有关的“信”则更依赖于个人良知的在场。“盟”、“誓”、“约”都以言而有信为目标。设立“盟”、“誓”、“约”,一言以蔽之,即在于使人信守自己的诺言。人在政治层面的邦国交往以及在经济层面的个人交易,都涉及指向未来的承诺在先以及诺言兑现。公共秩序以及私人交往说到底都有赖于大家为未来而以言相约。未来社会的稳定与秩序取决于人们是否对自己现在的许诺承担未来履行的责任。未来是现实的言论构成的意义世界。一诺千金也好,背信弃义也罢,人们在相当大的程度上寄希望于现实的言说。

1. 盟。“盟”主要用作中国天下一统的政治局面遭到破坏之际也就是乱世收拾政局与建立秩序的替代方式。齐桓公、晋文公等实行春秋霸政的政治成果,在于华夏各盟国借以成功抵制夷蛮之入侵从而实现各国之和平。用钱穆的话来说,春秋霸政有两大要义,一则为诸夏耕种民族之城市联盟,以抵抗北方游牧部落之侵略,因此得保持城市文化,使不致沦亡于游牧之蛮族,二则诸夏和平结合以抵抗南方楚国帝国主义者之武力兼并,因此得保持封建文化,使不致即进为郡县的国家。^[11]

[10] 刘小枫:《儒家革命精神源流考》,上海三联书店2000年版,第91页。

[11] 钱穆:《国史大纲》(上册),商务印书馆2005年版,第64~65页。

从当时的实际情况来说,春秋时期缔结了数以千计的盟约,有双边的和多边的盟约,规定对象主要涉及政治事项,如友好、互助、同盟等。关于同盟国的权利义务,钱穆指出,参加同盟诸国,内可保安宁,乱臣贼子不敢擅自篡弑,外可相互制衡,如有争端可付之仲裁,此可谓同盟国的权利。一国遇外敌,霸主即率各国会师戍守。盟主出师,可向盟国乞师,平时盟国要向盟主纳币进贡。^[12]比如,根据《左传》与《孟子》,著名的葵丘之盟有这样的内容,即诛不孝,尊贤育才,敬老慈幼,无专杀大夫,无有封而不告(有所封赏而不向盟主报告)五条(《孟子·告子下》)。“盟”必有主,而此盟的盟主即是作为春秋五霸之一的齐桓公。春秋时期诸侯结盟,概括言之,是以“礼”为依据,以“义”为旨归。所谓“义”之内涵,据钱穆总结,共有四项,其一为尊(周)王,其二为攘夷,其三为禁抑篡弑,其四为裁制兼并。这颇有国际法的味道。凡某国遇篡弑,同盟诸国互不承认,并出兵平乱,另立新君。凡在同盟,互不侵犯,有争端,请于盟主,公断。某国遇外寇,同盟诸国出兵相救。^[13]

孟子称葵丘之盟的条款为“命”,为“禁”,足见其作为权威者命令的实质。在与盟诸国作为立约一方的意思而言,在群雄逐鹿的现实政治生活中,即使“盟”有参与者的同意,“诸侯盟,谁执牛耳”(《左传·哀公十七年》)的霸主争夺,也会使“同意”的成分成为强权压制的注脚。这里没有真正的合意。盟约因此更像霸主自己的一言堂,难以具有持久的公信力,难怪像葵丘之盟这样的盟约没有得到信守,以至孟子将诸侯称为“五霸”之罪人。

进入帝制时代以后,政权的正当性来自于皇帝单方面在泰山封禅,在北京祭天。这时,除了与外藩缔结条约,诅盟作为立法手段的现象在国家法制中已完全消失;神明裁判也只是在民间裁判中使用,在国家法制中则已绝迹,盛行诅盟确实是上古时代的特色。结盟变成了封禅,政治一统建立的方式从相互的约束变成了单方面的垄断和强制。“盟”的内容本是各方须共同遵守的义务,如今帝王不再受这一政治义务的限制。他只需对天负责。各方地位相对平等的同盟也就变成了自上而下的统治。我国的社会秩序在从“乱”到“治”的过渡中政治格局成为金字塔式的威权统治。我国政治权力的构成未能在春秋战国群雄逐鹿的多头政治状态下形成相互制约权力制衡模式,反而比“宗子维城”的西周更加专制了。

2. “誓”与“约”。如果说“盟”旨在把当事人各方“约”到一起采取统一的行动或表示彼此信守诺言,“誓”更多的则是单方面表示或被迫表示自己信守诺言。“誓”既可能是权威者的命令,也可能是当事人自己单方面的承诺。就是说,“誓”乃政治与法律言说的另一种古典形式。滋贺秀三指出,如果人们已有了在指挥者之下一致协力的意向,誓就能发挥功能;如果想在独立性很强的人们之间形成秩序,则使用盟。无论是个人宣誓还是对群众誓告,发布宣言的主体都是个人,这是其与盟的不同之处。

其实,“盟”与“誓”都与“信”有关,因为“盟”、“誓”都有赖于参与者信守自己的诺言。总体而言,“盟”、“誓”、“约”都需要参与者有“君子一言,驷马

[12] 参见注11引书,第62~63页。

[13] 同注11引书,第59页。