

超越法学的视界

强世功 著

30



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



超越法学的视界

强世功 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

超越法学的视界/强世功著. —北京:北京大学出版社,2006.12

ISBN 7-301-11125-8

I. 超… II. 强… III. 法理学-研究 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第123427号

书 名: 超越法学的视界

著作责任者: 强世功 著

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 7-301-11125-8/D·1591

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm×980mm 16开本 14.25印张 158千字

2006年12月第1版 2006年12月第1次印刷

定 价: 20.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

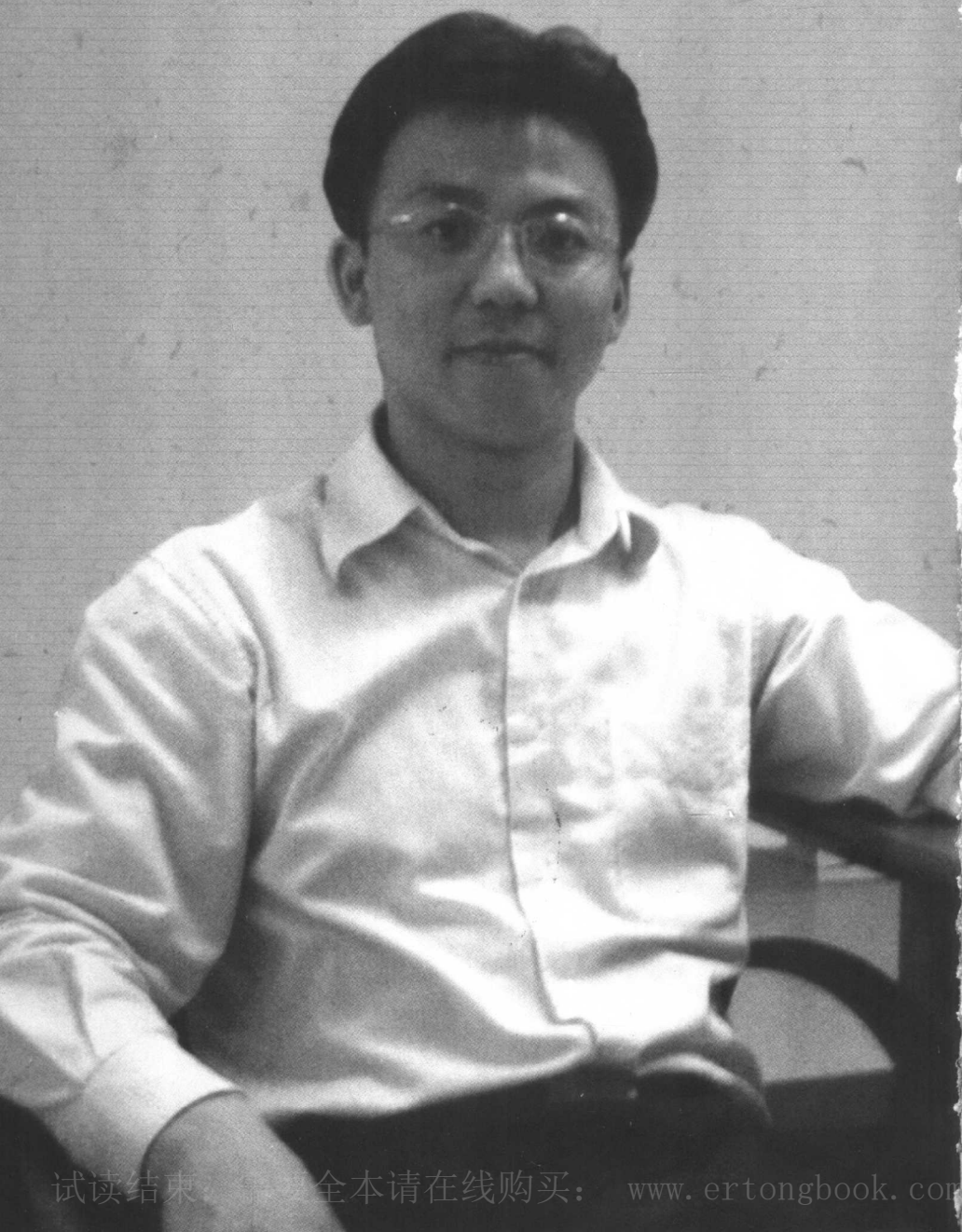
版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

内容简介

本书收入了作者近年来围绕宪政问题的读书札记和评论，这些文章力图超越法学的视界，恢复亚里士多德意义上的古典宪政观，不仅试图把政治问题，尤其是主权问题，纳入到对宪政问题的思考中，而且试图把个人伦理问题也纳入宪政的视野，从而将个人伦理、法律技术与政治共同体的命运结合在一起，展示宪政作为一种生活方式的总体风貌。该书与作者已经出版的《法律人的城邦》和将要出版的《立法者的法理学》勾勒出作者思考中国宪政问题的基本轨迹和思路。

强世功 北京大学法学院副教授。中国人民大学法律系本科（1990），北京大学法学院硕士（1996）和博士（1999），哥伦比亚大学法学院访问学者（2001—2002）。研究领域为法理学、宪法学，著有《法制与治理》和《法律人的城邦》等。



导 言

1978年11月，北京，中国科学院图书馆，中国科学院图书馆，中国科学院图书馆，中国科学院图书馆，中国科学院图书馆

—

在流行的教科书中，福柯被看作是 20 世纪伟大的哲学家和社会理论家，但很少有人关注其政治思想，这或许与整个 20 世纪对政治哲学的偏见有关。如果抛开人为设定的学科传统的界限，把眼光转向问题，那么，对自由的探讨可以说是福柯毕生的主题。正是出于对自由的深切关注，他才把目光投向了对自由构成压迫的现代性机制，诊所、精神病院、学校、监狱等等这些社会学的传统话题都成为其

解剖的对象,由此构成了他对政治哲学的独特贡献:即对自由的压迫不是来自传统政治哲学中探讨的国家强制,而是来自更为复杂的、看不见的社会机制,一套权力与知识交织在一起塑造主体的机制。这其实与托克维尔对现代政治的诊断颇为一致,后者意识到现代国家已经把压迫机制承包给社会,由此形成“多数人的暴政”。这样的政治思想彻底解构了自由主义政治哲学中假定的国家与社会的对立。自由主义政治哲学把社会看作是个人自由的源泉,而把国家看作是自由的敌人,因此其政治哲学话语必然围绕如何约束国家力量这种“总体性”权力展开。而福柯则把权力视野从国家领域转向社会领域,从宏观权力转向微观权力,即一种到处散布的、毛细血管般的权力;权力的本质不在于占有,而在于运用;权力的运用与知识的运用不可分割,由此构成“知识—权力”。正是这样的权力观使得我们看到,自由主义所假定的作为自由渊源的社會已经变成了自由的敌人。

如果我们不满足于像教科书那样总结福柯的权力理论,而是跟随福柯的问题意识,时刻返回到“自由”这个出发点,那么我们就就会发现,这种权力理论给我们思考自由问题带来更大的困惑。如果说现代人处在纪律社会或者圆监体制下,处在到处弥散的、毛细血管般的“知识—权力”的日常运用中,那么现代人的自由如何成为可能?难道自由就成为了一种毫无章法的、随时随地的、处于绝望之中的游击战?在这种纵横交错的微观权力线的背后,有没有一种相对稳定的、控制着微观权力的、可把握的权力机制呢?传统政治哲学中关心的“总体性权力”对于福柯的微观权力又有什么意义呢?如果说现代人自由的丧失是源于现代社会对

个人的这种“知识—权力”的主体塑造,那么,现代的自由人如何成为真正的主体?怎样才能塑造一种不同于纪律社会的自由主体?

正是抓住福柯的问题意识,福柯晚年两项未完成的研究才具有特别的意义。此时,他把目光从现代逐渐转向了古典,试图在探讨现代纪律权力的起源中,寻找解决问题的思路。第一项研究就是众所周知的关于“性史”的研究。在这些研究中,福柯不是把自由放在权力的对立面来理解,而是放在权力关系中,探讨复杂的权力关系如何塑造自由人的伦理。在他看来,自由并不是对权力的反抗,因为任何对权力的反抗本身只能激活权力本身,而不能消除权力。在自由与权力的辩证关系中,福柯把自由理解为一个人与自我的关系,通过这种伦理关系来抵消权力支配,使自由在权力关系中成为可能。由此,性爱、友谊、家庭这些日常生活中的伦理实践构成自由的要素,一个人由此能够看护自己的灵魂,成为自由的主体,即自己成为自己的主人。

第二项研究是关于“治理术”(governmentality)的初步探索,其素材不再是诊所、监狱之类的社会主题,而是领土、安全、人口之类的国家或政治范畴。这项研究使得福柯从具体的“权力线”深入到德勒兹所谓的“配置”(dispositif),即由各种“权力线”构成并使这种权力线成为可能的整体装置。可以说,这是一种机器,一种体制,甚至可以说是某种宏观权力。如果说古典配置的核心概念是君权,那现代纪律社会的配置究竟围绕什么展开呢?在晚年关于“治理术”的研究中,福柯试图通过对西方16世纪到18世纪权力配置的转型,展现现代权力配置的核心主题。

在福柯看来,古典配置以君权为中心,一个想把国家治理好的人,首先要学会如何治理自己,如何治理自己的财产,如何治理家业,然后他才能成功地治理国家。然而,16世纪以来,治理术的转型导致了整个配置的变化。首先,原来属于家政管理的经济问题变成了国家的政治实践,由此导致治理手段和艺术的重大变化,特别是伴随治理任务的变化导致行政机构的持续膨胀,整个治理艺术围绕“国家理性”(state reason)组织起来,治理的工具不仅是法律,而是一系列多种形式的手法,比如统计、精神病院、监狱等。其次,治理艺术的变化导致治理对象也从原来君主对臣民的治理,转向了对领土和人口的综合治理,主权概念的出现完成了这种转变:主权不对事行使,主权首先对领土,然后对居于其上的人口行使。最后,主权概念的兴起,使得治理的终极目的发生了变化,古典治理的目标是实现“善”,而现代的治理就是服务于主权,政治统治的正当性在主权内部实现自我循环:主权的目的就是行使主权。这种治理术的全面转型构成了现代政治中主权、纪律与治理的三角关系,微观的治理技术不但没有弱化主权,反而使得主权更有力,主权正是借助这些复杂的治理技术完成了对纪律社会的塑造。换句话说,现代的配置以主权为中心,纪律社会的治理技术最终服务于主权。主权对现代治理技术(包括法律技术)的征用构成了现代政治的核心内容,探讨人的自由不能离开主权这种权力配置。

二

福柯晚年这两项研究分别从古典与现代、个人伦理与国家主权这两个维度上探索自由问题。我之所以关注这两项研究,是因

为我在博士期间的法律社会学研究深受福柯权力技术和治理术思想的影响,博士论文《惩罚与法治》就是探讨 1976—1982 年间新型刑事惩罚技术的出现与国家治理术的转型。原来计划接着博士论文把后来刑事惩罚中新的技术实践,比如“严打”和“社会治安综合治理”也纳入进来,但是这项研究最终停了下来,因为几年来的法律社会学研究或者说 20 世纪 90 年代的后现代主义和社会科学化的思潮,不能解决自己生存的根本问题,因为除了几乎本能的批判和解构,社会科学究竟要干什么?在不断地解构自己的国家、历史、政治和法律之后,是不是也要摧毁自己的生活方式,否定自己的生存意义?这些问题迫使我反思整个 20 世纪 90 年代学术界最流行的后现代主义、价值无涉的社会科学和新制度经济学所弘扬的自由主义(这三者的精神实质其实是完全一致的),这些反思集中体现在《法制与治理》(中国政法大学出版社 2003 年版)的前言“我们究竟贡献了什么”中。在反思的过程中,我开始思索新的问题。本书第一篇“科斯定理与陕北故事”就在于反思新制度经济学中的科斯定理。不同于此前的研究,这篇文章包含了深切的情感关注,因为这是讲述我家乡的故事,自然多了心灵上的理解。这篇文章的核心是中央与地方关系的宪政问题,但我将其放在财产法和自由交易的背景下来讨论,把财产权与国家主权勾连起来。正是从这篇文章开始,我从法律社会学研究转向对国家主权的思考。其时,我和赵晓力组织了一个美国宪法判例的阅读和翻译小组,接着我又去哥伦比亚大学法学院访问,自然把美国宪法作为自己研究主权和宪政问题的起点。

正是对主权问题的思考中,我重新注意到了福柯对治理术的

研究。在我看来,这项研究实际上触及了宪政的核心问题。福柯明确指出,现代配置的一个重要特征就是主权对法律的征用:“主权问题需要看到的是:什么样的法律形式和制度形式,什么样的法律基础,可以被赋予构成国家特征的主权。”所不同的是,流行的自由主义宪政理论认为,并不是主权征用了法律技术,而是法律驯服了主权。那么,究竟是主权征用了现代法律技术,还是法律技术驯服了主权?这样两种不同的思路究竟意味着什么?

自由主义宪政理论之所以把宪政看作是主权的驯服,根源在于把权力看作是一种道德上的“恶”。引用阿克顿勋爵的名言,就是“权力即腐败,绝对的权力即绝对的腐败”。为此,自由主义者发明了一系列法律技术来解决权力“恶”的问题,这就是众所周知的“三权分立”理论,这种分权理论通过美国的宪政实践发展出“制约平衡”学说,尤其是通过司法审查的实践,将宪政问题从政治问题(constitution)变成法律问题(constitutional law)。正如托克维尔所言,在美国所有的政治问题最终会转化为法律问题。这虽然是一种夸张的说法,但却反映了自由主义宪政理论的基本思路,即政治问题的技术化、法律化或司法化。这样的趋势当然迎合了法律共同体的口味,因为这正是其利益所在。美国宪政之所以走向这条法律化的道路,也与美国法律共同体在美国政治结构中的强大实力有关。只有这样,我们才能理解为什么最高人民法院2001年的针对齐玉苓案的一个简单“批复”引发了法学界关于“宪法司法化”的大讨论。

正是在这样的背景上,我们很容易对美国宪法作简单化的理解,把美国宪法简单地等同于联邦最高法院的宪法,由此集中在

形形色色的判例上,而忽略了这些技术化的讨论背后所包含的政治内容,以及这些内容与美国的政党政治和社会变革的关联。当人们把政治问题当作法律问题来讨论的时候,我恰恰希望还原这些法律讨论背后的政治内容,把法律人从简单化技术中解放出来,看到这些法律判例要解决怎样的政治问题。在本书中接下来三篇对美国宪法的读书札记中,我试图通过对司法审查的政治学基础的讨论,展现美国建国时所面临的政治难题。这些问题都涉及主权,《独立宣言》说到底要确立美国人独立于英国人的主权,马歇尔在马里兰州案中要确立联邦主权至上,而图示耐特的大众宪法学说更要借助人民主权将宪法从法院手中解放出来。通过对这些问题的细致分析,我们发现与其说法律征服了主权,不如说主权征用了法律这种形式。比如在马里兰州案中,马歇尔在法律推理技术上存在很多漏洞,他只能运用政治修辞和法律修辞来弥补这些漏洞,以服务于其政治目的。而马歇尔在马伯里案中为确立司法审查更是对美国宪法进行了一项“篡改”,尽管是“伟大的”篡改;在麦金托什案中,为了美国的领土问题,马歇尔更是公开坚持马基雅维里主义和“国家理性”学说(这两项研究收入《立法者的法理学》一书中,三联书店即出)。

正是通过对这些宪法问题的深入分析,我们才会明白,法律征服主权仅仅是现代政治的表象,而其本质恰恰是主权征用了现代法律技术。正是利用法律的程序性、形式合理性,主权展现了它最为丰富的一面。用马克思的话来说,主权展现了它“虚伪”的一面;用福柯的话来说,主权展现了它精巧的一面,这种精巧不仅体现在法律技术方面,而且体现在纪律之类的微观权力中。换句话

说,正是由于“社会”、“法治”、“宪政”这些现代概念的出现,主权才改变了其原初形式,变得无所不在。这自然令人想起了斯塔尔夫人的名言:“自由是古代的,而专制才属于现代。”当然,我们无须对这种“铁牢笼”的命运感到悲观,而陷入到批判理论的路径中。事实上,政治从来没有被技术化或法律化,主权也从来没有被法律所征服,否则我们无法理解19世纪和20世纪的革命运动,也无法理解洛克所谓的反抗权,正是这个权利可以颠覆整个宪政秩序,将主权以活生生的方式展现出来。事实上,主权在本质上依然属于人权,不是君主的主权,就是人民的主权。现在宪政秩序主张捍卫人权,但却希望驱除主权,这怎能不自相矛盾呢?因此,对于现代宪政秩序而言,大众民主和革命一直是两个棘手的主题。

当然,我们不能仅从国家的理论范式上来思考主权,将其理解为国内法问题。从主权概念诞生起,它要解决的就是一个国际秩序问题,是罗马帝国崩溃后如何确立欧洲政治秩序的问题,是国家如何面对基督教政治秩序的问题。主权正是要将国家与其他组织从政治上区别开来。如果把宪政秩序简单地理解为法律对主权的征服,那在理论上自然会支持世界国家,只有这样才能彻底征服主权国家,建立国际的法律秩序。但构成悖论的是,如果联合国真的能够担负起征服国家主权的重任,它必须拥有最高世界主权。由此,法律征服主权的結果只能导致主权以更集中、更强大的方式展现出来,这就是世界帝国的出现。当然,这个世界帝国并不是用法律来征服主权,而依然是使用最赤裸裸的暴力来摧毁主权,然后用法律来记载这种暴力政府的政治内容。无论

是纽伦堡审判后的国际法秩序,还是今天阿富汗和伊拉克所谓的宪政秩序建设,绝不能证明法律对主权的征服,而恰恰是主权征用法律武器的活生生例证,是主权征服主权的法律记载。正是在这种主权关系的国际政治秩序背景下,我们才能讨论宪政转型中面临的危机,因为宪政转型绝不是一个宪法学家所理解的宪法条文的修改问题,而是隐藏在宪法背后的各种政治力量,包括国内力量和国际力量,对主权的争夺,这正是我在“民主化转型的宪法权威”中的关注所在。在这个意义上,我们必须在法学方法论上反对用法律形式主义把整个世界抽象为僵死的法律条文,把宪法的生命最多理解为法官的解释,而看不到宪政秩序是一种主权秩序,是一种确立政治权威的政治秩序。换句话说,我们不能在法律人的法理学上来理解宪法,而必须在立法者的法理学上理解宪政(参见拙著《立法者的法理学》)。

三

一旦摆脱法律形式主义的教条,面对真实世界中的宪政秩序,那么,我们关心的不是如何在法律条文上建构理想的宪法,而是如何通过法律建构现实生活中的宪政。换句话说,我们要的不是书本上的宪法,而是现实中的宪政秩序。这样的问题将我们的研究视野从狭隘的、法律人的法律科学中解放出来,而进入更为广阔的世界中。正是在探寻真实的宪政秩序的过程中,公民的个人伦理不仅是理解现代宪政的一把钥匙,也是建构真实宪政秩序的关键所在。正如耶林在“为权利而斗争”这篇经典文献中所指出的,只有通过为权利而斗争,我们才能将所谓的“客观的法”转变为“主观的法”,也就是说,把书本上的法,变成真实世界中的

法,变成行动化、甚至肉体化的法。正因为如此,在耶林看来,为权利而斗争不仅是一项公民权利,而且是公民伦理,是公民对他人的责任。如果我们把耶林的逻辑重新调整一下,那么就意味着一个人只有具有公民伦理,才能担负起为权利而斗争的重任,才能担负起建设法律秩序的重任。

那么,现代法律秩序或者政治秩序所需要的公民伦理从何而来呢?让我们想一想卡夫卡在《法律之门》这篇短篇小说中所描绘的现代法律景象。一个农民,来到了法律的门前,法律之门敞开着,只有一个站岗的门卫。他担心门卫会阻拦自己不让进法律之门,可当他用尽全部的勇气说出自己要迈进法律之门后,门卫虽然把道路让开来,可这个农民在重重盘算、假设、自我设问中,至死没有迈进法律门口。对这个文本,自然会有不同的解读,有人会说这个门里本来就没有正义,门里透出的正义之光根本就是虚幻的;有人说这反映出法律根本不会保护农民这样的社会阶层等等。但在我看来,这个农民和卡夫卡的名著《诉讼》中K一样,是现代人的象征,是一个只有幻想、盘算和顾虑重重但却缺乏行动能力的人。他们所缺乏的恰恰是耶林强调的公民伦理,为自己和他人承担责任的伦理。

究竟是什么东西奠定公民伦理的基础,使得法律(宪政)秩序能够从“主观的”变成“客观的”呢?《激情与利益》这篇书评正试图分析激情作为公民伦理的原动力在现代社会是如何丧失的。现代宪政秩序作为一种技术化的政治秩序,是建立在利益计算的基础上,这种政治秩序面对“激情”处于两难境地:一方面需要防止非理性的激情对利益计算的冲击,另一方面需要运用激情的力

量来推动宪政秩序的建立,因为宪政秩序是人自己创造的秩序,用霍布斯的话说,利维坦是一个“人造的人”。正是在这种两难之境中,现代宪政秩序便着手驯服激情,把激情转化为利益计算,即把古典高贵的激情,诸如忠诚、勇敢、荣耀等统统当作非理性的因素抛弃掉,而变成现代鄙琐的激情,要么贪生怕死(如霍布斯所谓的“对暴死的恐惧”),要么自私自利(如亚当·斯密和孟德维尔的主张等)。现代宪政秩序正是建立在这种基于利益计算的鄙琐的激情之上的。自由主义宪政理论将这种鄙琐的激情统统称之为“权利”,这意味着古典的义务本位政治转向现代的权利本位政治。而这样的结果,不仅如斯特劳斯所说的那样,古典的“自然正当”概念因为丧失了其德性的正当意义,变成了“自然权利”概念,而这种基于“鄙琐的激情”或者说“低调德性”的现代政治彻底丧失了古典政治中对自然正当的善好生活的追求;而更重要的是,如赫斯曼所说的,“这种用利益取代激情作为人类行动的指导原则的社会安排,具有负面的效果就是:扼杀了公民精神,并因此打开了通往专制的大门”。其实,托克维尔早就指出,“如果一个民族要求他们的政府维持秩序,则他们在内心深处已经是奴隶,即已成为自己财富的奴隶,而将要统治他们的人不久也就可能出现了”。

其实,福柯对现代社会的批判也基本上遵循了这个思路,即现代社会中无所不在的基于知识和精巧计算的权力,不但驯服人的身体,而且驯服人的灵魂,这就是福柯所说的“自我技术”。正是在这个地方,福柯晚年的对自我伦理的研究具有特别的意义,即如何可能在日常生活中恢复自我伦理,以此来抵抗现代权力的

驯服。接下来对苏格拉底之死和雅典阵亡之死的两种伦理态度的考察,实际上来自对现实生活的切身思考,前者是因为我关注到一个特殊群体为心灵自由而遭受的悲惨命运,后者是因为非典事件对整个社会秩序构成的冲击。在苏格拉底的审判中,我注意到了苏格拉底如何通过自我伦理来保持自由。但这种通过“关注你自己”,“通过掌握你自身,使自由成为你的基础”,仅仅为消极自由的实现奠定伦理基础,这只能成为个人生活的伦理,而无法成为政治生活的伦理。而在《伯罗奔尼撒战争史》中,我们看到的是另外一种伦理,不是个人自由的伦理,而是公民自由的伦理,是一种在极端状况下才能体现出来的伦理精神。伯利克里在阵亡将士国葬典礼上将这种公民伦理阐明为一种高贵的生活方式,即通过为国捐躯来践行高贵的伦理美德。当然,这里的“国”不是现代法律意义上的国家,而是古典的城邦。不同于自由主义宪政秩序所理解的法律或技术意义上的国家,城邦正如亚里士多德所说的那样,意味着以追求最高的善作为目标的政治组织,正是城邦这种政治共同体使得人超越了动物的本能追求,超越了家庭对利益的计算,而成就人之所以为人的德性。由此,这种公民德性的基础就在于追问究竟什么才能使得我们成为真正的人,究竟什么样的生活才是善好的生活或高贵的生活。而在古希腊城邦中,这种公民伦理是人在神、人、兽的生存格局中,追求高贵的神性而避免兽性的全部努力所在。因此,捍卫城邦,为城邦而死,正是最高贵的美德体现。这种面向政治共同体生活的公民伦理,与现代宪政秩序中面向个人利益的个人伦理形成了截然的对比。

正是在这个地方,我们发现个人伦理与城邦作为一种政治组