

吕廷君 著

法理文库

消极自由的宪政价值

山东人民出版社

吕廷君 著

消极自由的宪政价值

图书在版编目(CIP)数据

消极自由的宪政价值/吕廷君著. — 济南: 山东人民出版社, 2007. 2

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 978-7-209-04193-5

I. 消... II. 吕... III. 宪法-法的理论-研究
IV. D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 014689 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

消极自由的宪政价值

吕廷君 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 14.75

字 数 340 千字 插页 4

版 次 2007 年 2 月第 1 版

印 次 2007 年 2 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04193-5

定 价 29.50 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。(0633)8221365

目 录

导言	(1)
第一章 消极自由的一般理论	(15)
第一节 消极自由的含义	(17)
一、古典自由主义时期的消极自由	(18)
二、近代自由主义时期的消极自由	(25)
三、现代自由主义时期的消极自由	(34)
第二节 消极自由与积极自由的理论冲突	(50)
一、古希腊罗马时期自由思想的冲突	(50)
二、古典自由主义时期消极自由与积极自由的 理论冲突	(56)
三、近代自由主义时期消极自由与积极自由的 理论冲突	(68)
四、现代自由主义时期消极自由与积极自由的 关系	(83)
第三节 消极自由与积极自由的法律制度对比	(95)
一、古典自由主义时期两种自由之法律制度的 冲突	(97)

二、近代自由主义时期两种自由之法律制度的对比	(115)
三、现代自由主义时期两种自由之法律制度的冲突与融合	(129)
第二章 消极自由理论在当代	(135)
第一节 积极自由的消极出路:社群主义	(139)
一、传统社群理论	(140)
二、自由主义视角的社群理论	(148)
三、在个人和国家之间的公民权利与社群权力	(161)
第二节 保守的消极自由理论:保守主义	(174)
一、传统保守主义与古典自由主义——以柏克为例	(175)
二、现代保守主义:复兴的古典自由主义——以哈耶克为例	(190)
三、妥协的保守主义——以凯克斯为例	(203)
第三节 政治自由主义:修正的消极自由理论	(219)
一、“理想正义”理论	(223)
二、“作为公平的正义”理论	(230)
三、“权利优先性与首要善”理论	(236)
四、修正的消极自由理论	(244)
第三章 消极自由的宪政理论价值	(253)
第一节 不可被侵犯的个人财产权	(256)
一、财产及其本质	(257)

二、财产权及其规定性	(261)
三、财产权制度的演变	(270)
四、个人财产权的宪法地位	(277)
五、分立的公共财产权	(282)
第二节 权力分立与制衡的宪政制度	(287)
一、立宪主义宪法	(289)
二、分权与权力制衡	(297)
三、宪法司法化	(305)
四、消极自由视角的“共和”与“民主”	(310)
第三节 社会自治制度	(316)
一、社、社会和社会自治	(318)
二、社会自治的消极自由权依据	(330)
三、社会自治的宪政传统	(334)
四、社会自治的社会权力基础	(337)
五、社会自治的民间法资源	(342)
第四章 消极自由的宪政实践价值——以英美宪政 实践为例	(353)
第一节 英国的自由宪政传统	(355)
一、英国自由宪政传统的简要回顾	(357)
二、英国自由宪政的特点	(366)
三、英国自由宪政传统之于消极自由权的意义	(373)
第二节 美国宪法的消极自由权保障条款研究	(383)
一、美国宪法的消极自由权保障条款	(384)
二、美国宪法诞生的历史背景	(387)

三、美国宪法的自由精神	(392)
四、美国宪法的自由精神具有普适性吗?	(397)
第三节 守护消极自由的司法权——以美国联邦 最高法院的宪法判例为例	(404)
一、美国司法权的权力制约功能	(405)
二、美国司法权的宪法性质及其权威	(415)
三、自然法和宪法解释在司法判决中的适用性	(423)
结语 和谐社会:两种自由的融合	(432)
一、现代性危机:两种自由的博弈	(433)
二、社会发展的动力:追求社会和谐	(436)
三、和谐社会:两种自由的妥协	(440)
四、和谐社会的法治特征	(445)
主要参考文献	(451)



导 言

自由主义不仅是一个对西方国家法律制度具有重要影响的社会理论,也是一个逐步被我国学术界和理论界所重视和接纳的思想理论。消极自由是自由主义的核心概念,西方自由主义理论主要围绕着消极自由展开,我们甚至可以说,自由主义就是消极自由主义。虽然广义的自由主义理论既包括消极自由,也包括积极自由,但是,我们在一般意义上使用的自由主义是指消极自由为核心的自由主义,即狭义的自由主义,本文在使用自由主义一词时,除特别说明的以外都是指以消极自由为核心的狭义的自由主义。



在我们的传统观念中,自由常常被理解为“放任不羁”、“为所欲为”,虽然自由主义理论中的“自然自由”、“思想自由”和“意志自由”具有相近的意蕴,但西方法治语境下的自由恰恰主要不是这种描述精神和意志之绝对性的自由,而主要是一种受

到法律保障和约束的具有广泛性的制度自由,即洛克所说的“哪里没有法律,哪里就没有自由(Where there is no law, there is no freedom.)”^①本文认为,自由的含义只是自由主义一般理论的一个基础性概念,法治视角的自由主义理论的核心是法哲学的一对基本范畴:权利与权力。所以,在内容上,本文的论述主要是围绕着权利与权力这对核心概念展开的。

国内学者的自由主义研究虽然大多涉及到了权利这个话题,但是由于没有从消极自由这个核心概念出发,常常把权利理论视为自由主义的核心问题,把自由主义的权利简约为“自由权”,把“自由权”又简单理解为“言论自由”、“出版自由”、“结社自由”和“迁徙自由”等一些具体权利。我认为,这种权利论的自由主义理论其实仅仅是对自由主义表象的认识和把握,或者说只是抓住了自由主义理论的片断,从某种意义上我们甚至可以说,这是在误读自由主义。

自由主义的核心概念是消极自由,简单地说,消极自由就是免于外在侵害的自由,消极自由的这个本质特征就把权利与权力这对法理学、法哲学的基本概念紧密地联系在一起,而且,相对于私权利来说,公权力建构是自由主义更加关心的法律制度问题。因此,法治视角的自由主义理论首先是消极自由理论,消极自由理论则首先是规制公权力的宪政理论。从这个角度说,消极自由视角的自由主义之于法治的意义并非一般意义上的权利理论创制,它涉及整个法治大厦之基本框架的建构。也就是说,自由主义是一个以个人自由和权利为出发点,以国家权力之宪政制度理论为落脚点的理论。换句话说,自由主义主要是一

① Adam Hopkins/Gaby Macphedran, Law and Order, Macdonald and Co. (Publishers) Ltd, 1985, p. 4.

个规制公权力、防止公权力作恶的法治理论,是一种通过规制公权力而保护私权利的制度性理论。所以,从个人自由和私权利出发,落脚到宪政制度为基础的公权力的制度性配置是研究自由主义的必由之路。这也是本文在主题和研究思路上与国内其它视角的自由主义理论研究的主要不同。

二

目前,我国的自由主义理论研究主要停留在译介西方学说阶段,远没有形成自己的理论框架和体系。这一方面原因于自由主义是一个西方传统,与法治主要是一个西方传统一样,我们很难在真正意义上体悟自由主义和法治的真谛;另一方面原因于中国传统文化深厚的国家观和集体情结,在意志和利益面前,国家和集体始终高于个人,而自由主义恰恰是个人主义的。所以,要获得自由主义的真正要领,必须接受个人主义这个重要的前提条件。当我们从中国传统文化视角去观视自由主义的时候,我们会发现其之于传统中国(包括马克思主义理论)的错谬之处比比皆是;但当我们要把自由主义排斥在法治之外的时候,却会发现我们的法治其实离真正的理性法治有相当大的距离。所以,研究自由主义的确不是件轻松的事,而要真正认识自由主义之于中国法治的意义更是一个痛苦的选择。

近几年来,国内研究自由主义的文章和专著与日俱增,^①—

^① 关于国内自由主义理论研究的详细情况我在此不做资料性介绍,吴春华教授对此有一个比较详尽的研究,他分析概括了国内30多位自由主义理论研究学者的主要研究思路 and 观点,有重要的参考价值。有关内容请参见吴春华主编:《当代西方自由主义》,中国社会科学出版社2004年版,“导言”第4~12页。

些学者也深切感觉到自由主义的博大精深,进行体系性的认识和研究存在一定的困难。但是,学者们在研究过程中,往往又不自觉地陷入了对自由主义的整体性研究这个怪圈中。其实,之所以避免不了这个研究上的怪圈,我想,主要原因在于我们对西方自由主义研究缺乏体系性知识背景,一旦遇到关于自由主义及其相关的理论知识就只好装到自己的研究框架中,否则会感觉自己的研究没有理论功底和学术底气;但却让别人感觉你的研究似乎漫无边际、杂乱无章。所以,如何走出或者重整自由主义的整体性研究方法是我們亟待解决的一个方法论问题。

我在接受“消极自由的法律价值”这个题目时,也试图摆脱自由主义整体性研究的怪圈,但其实当我回过头来重新审视自己的研究过程和内容时发现,自己并没有完全摆脱这个被多数自由主义理论研究者不断重复的老路:从整体上研究自由主义,而不是研究其中的一个问题、一个片段。即使这样,我仍然坚信,我的自由主义研究和别人的不一样,这基于我的研究的两个独特的视角:一是以消极自由的法律价值为视角,也就是从法律价值角度分析和研究以消极自由为核心的自由主义;二是通过对比研究消极自由与积极自由的理论和制度冲突,来发现自由主义之于整个西方法治的价值。也正是两个独特的研究视角框定了我的主要研究方法:比较方法和历史方法。比较方法主要体现为消极自由与积极自由的比较,历史方法主要体现为整个研究内容以历史线索为逻辑主线,这其实也深受自由主义的经验性和自生自发秩序内在特征的影响。

由于历史方法是一个几乎贯穿本文始终的主要研究方法,而本文对自由主义的历史分期方法又与学界的一般分期有所不同,所以,有必要对本文自己的历史分期方法作一个简单交待。

除了古希腊、罗马时代略有涉及之外,我的自由主义研究主

要集中在 17 世纪之后,这与学界的研究时段基本一致。学界一般把 17 世纪之后的自由主义理论分为古典和现代两个时期,古典时期是指 17~19 世纪,而现代时期是指 20 世纪及其以后这段时间。这种笼统的历史分期方法对于从宏观上把握自由主义的两个大的历史阶段既简洁、方便,又与传统历史学的近现代史分期方法基本吻合,具有很强的操作性。但是,这种分期方法也存在明显的弊端,尤其是当我们运用两种自由的比较方法来分析和研究消极自由的法律价值的时候更是如此。所以,本文采用一个比较细致的自由主义史的分期方法,即把 17~18 世纪作为古典自由主义时期,而把 19 世纪作为近代自由主义时期,20 世纪及其以后这段时间作为现代自由主义时期。文中所说的“后现代语境下的自由主义理论”其实是现代自由主义时期的“后现代语境”这个特殊视角的自由主义理论,而不是一个新的自由主义的历史阶段;“当代的消极自由理论”则不过是现代自由主义时期的一个历史阶段而已。

在我看来,消极自由的一般理论和制度实践在 17~19 世纪这三百年间的发展可以分为两个明显的阶段,这两个阶段在对消极自由含义的认识和两种自由的理论的关系等方面都具有截然不同的特点。古典自由主义阶段主要是指 17~18 世纪,这一阶段的消极自由理论以 14 世纪开始的文艺复兴运动所开创的人文主义时代为背景,并且受到 16 世纪爆发于德国、并很快席卷整个西欧的宗教改革的深刻影响。这一阶段的自由主义理论主要表现为自然法思想的延伸和拓展,自由被视为天赋的权利而不是人的恩赐,其法律价值主要表现为价值法学对自由等体现人性本质的价值的肯定和保护;消极自由理论重在论证个人自由及其权利的不可侵犯性,这正是消极自由理论的本质特征;在这一阶段,消极自由理论也结出了丰硕的法律制度果实,英美

等国家的自由主义宪政制度就是在这一历史阶段基本确立起来的。近代自由主义阶段主要是指 19 世纪,这一阶段以 18 世纪 60 年代发生于英国的工业革命为主要历史背景,而工业革命的发生又以古典自由主义时期的法律制度成果为基础。迅猛发展的工业革命不仅使整个西方世界开始了一体化进程,而且使得包括欧洲大陆国家在内的主要工业国家的社会结构和阶级结构发生了急剧变化。在这种世界潮流面前,消极自由的主体范围和个人权利领域都在不断扩大;消极自由理论在注重制度化消极自由的既有理论成果的同时,更加关注完善和发展宪政制度的基本构造;而且,在这一阶段,以鲍桑葵、黑格尔和马克思主义者为代表的积极自由理论也得到了迅速发展。所以,在我看来,古典自由主义时期是消极自由理论的初创时期,而近代自由主义时期则主要是消极自由理论的发展阶段。这种新的历史分期方法能够更好地描述消极自由理论的历史发展逻辑,特别是法律制度的不同发展阶段及其所展现出来的相异的法律价值。

20 世纪开始的现代自由主义时期则是消极自由理论的完善阶段,主要表现是两种自由概念理论和保守主义、政治自由主义等具有多元主义倾向的消极自由理论的发展。由于这一历史阶段与学界的分期一致,在此不展开分析。

三

消极自由的法律价值和法律的消极自由价值有没有区别、有什么区别,为什么不用后者而选择前者是一些老师和同学曾经给我提出的问题。首先,在我看来,消极自由的法律价值和法律的消极自由价值是两个不同的问题,虽然这两个问题在研究对象和范围上有许多相同或者近似的地方。消极自由的法律价

值是把消极自由作为研究对象,通过对消极自由的研究来发现其价值中之于法治的那一部分;而法律的消极自由价值,则主要是把法律作为研究对象,发现和挖掘法律的消极自由、积极自由、平等、秩序和人权等诸多价值中的消极自由价值。不仅如此,消极自由的法律价值是从消极自由这个价值出发来发现既有法律制度在体现消极自由价值问题上存在的弊端,为建构更加理性的法律制度提供价值依据,这个题目更主要的是一个价值法学的命题;而法律的消极自由价值则主要是把法律作为考察对象,通过分析法律来发现其所体现的消极自由价值,虽然也可能包括某些应然意义上的价值考量,但核心主要是把既有法律作为研究对象的实证主义法学的方法和结论,而主要不是一个价值法学的方法和判断。

其次,我们常常习惯于把法律价值作为客体来看待,把法律价值之于法律的意义当做法律的价值,这其实只是法律价值的一部分内容。我们还应当从法律价值的主体性^①角度来认识法律价值,即一些基于人类普遍需要、经过人类社会实践反复证明的法律价值应当反过来统治法律,法律在这些价值面前应该是客体,是被统治的对象,而不是相反。只有这样,才能形成德性的法律、真正的法律,这些应然意义上的法律价值如何贯穿到法律及其制度之中恰恰是价值法学要解决的一个重要的理论课题。从这个角度说,我们把消极自由这个重要的法律价值作为考察对象(而不是把法律作为考察对象),在逻辑上使我们更容易识别和把握主体意义的消极自由的意蕴。如果我们用“法律的消极自由价值”这个题目即使不把法律作为研究对象,也很

^① 有关法律价值的主体性问题请参见谢鹏程:《法律价值概念的解析》,载《天津社会科学》1996年第1期,第102~104页。

容易使我们陷入法律的作用和功能等客体性阐释方法中,也就是掉进把法律价值仅仅视为客体的传统逻辑思维模式中。

另外,从两个题目的分析逻辑看,“消极自由的法律价值”应当从重点阐释消极自由出发,通过消极自由理论来发现法律及其制度的建构理性;而“法律的消极自由价值”应该从重点阐释法律及其价值(或者法律价值)出发,通过比较分析法律的众多价值来定位消极自由的价值。我想,对于一个现代社会的法治后发展国家来说,把消极自由这个具有一定普适性的法律价值当做前提直接用之于法律比通过各种价值的比较取舍方法来论证消极自由的价值更有效率、更有意义。

当然,由于价值本身就是一个体现主客关系的概念,所以,“消极自由的法律价值”和“法律的消极自由价值”也具有许多共性,在许多问题的研究上可能一致或者近似,在此,我不展开分析这个问题。

四

本文主要从阐释消极自由的含义出发,通过消极自由与积极自由两种理论的对比来扩展和深化消极自由的一般理论;消极自由视角的社群主义、保守主义和政治自由主义,其实就是两种自由理论的冲突和融合关系在当代的流变;消极自由的理论价值和实践价值共同构筑消极自由的法律价值,理论价值重在形而上的价值说明,实践价值侧重既有法律的制度性成果介绍。本文的主要内容始终贯穿着洛克的消极自由与卢梭的积极自由两种理论传统,也可以说,两种自由理论传统是本文一个重要的理论背景。

消极自由的含义和一般理论的演变就是西方自由主义理论

的发展史,我们经常说到的自由主义的洛克传统主要不是从消极自由的含义角度说的,而是从消极自由的法律制度理论角度说的,因为消极自由含义的最初表达是霍布斯而不是洛克。但是由于霍布斯的权力理论仍然延续着马基雅维利的绝对权力的制度传统,而没有开创现代意义上的权力分立理论的先河,所以,霍布斯在消极自由理论的发展史上地位卑微;洛克由于不仅深化了消极自由的含义,而且还提出了权力分立的消极自由的宪政理论,从而被公认为西方自由主义理论的开山鼻祖。洛克自由理论的开创性发展与其经验主义哲学倾向是分不开的,正是从经验主义哲学出发,洛克在批判霍布斯的社会契约论基础上重新阐释了社会契约论。洛克认为,霍布斯所说的自然状态是战争状态并不准确,自然状态乃是人人享有自由的和平状态,自然自由和权利是天赋的;人们为了更大的利益才选择了以社会契约为基础的国家,霍布斯把国家说成是可怕的“利维坦”是不科学的,那无异于说“他们注意不受狸猫或狐狸的可能搅扰,却甘愿被狮子所吞食,并且还认为这是安全的。”^①所以,洛克从经验主义哲学出发,基于天赋自由和社会契约理论,提出人们只能选择权力分立的国家制度形式来保障自己的自由和权利,这就奠定了最初的消极自由理论传统。卢梭的“人生而自由,却无往不在枷锁之中(Man is born free; yet everywhere he is in chains.)”^②的名言深刻揭示了自由受约的本质,但同时也预示了卢梭自由传统在制度实现上与前人不同的可能创造。卢梭哲

① [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳等译,商务印书馆1964年版,第57~58页。

② Adam Hopkins/Gaby Macphedran, Law and Order, Macdonald and Co. (Publishers) Ltd, 1985, p. 5.

学之人性本善、社会本恶与对人类不平等现实的痛心疾首,共同缔造了集强制的权力与自由的权利于一身的“公意”。^①以公共利益为出发点和归宿的“公意”最终成就了人民主权理论和法国大革命的制度实践,卢梭因此被称为积极自由传统的始祖。至于后人把现代社会的希特勒之法西斯专制和斯大林的集权暴政都归结为卢梭传统,实际上多少有些名实不符,因为卢梭的中庸的积极自由传统既强调集权,也强调自由,而专制制度只顾及了权力集中这个片面。

洛克的消极自由和卢梭的积极自由两种理论传统既奠定了西方社会两种泾渭分明的社会发展理论的基础,又深刻影响、甚至缔造了西方社会发展的两种不同的法治模式。消极自由理论传统强调“最小的政府就是最好的政府”,国家权力必须分立而且制衡,国家权力应该有自己确定的边界,国家权力的存在目的就是个人自由;积极自由传统强调国家权力在人们的自由和权利实现过程中应该大有作为,最好的政府就是为人民谋取最大利益的政府,为此,国家权力应该适当集中以提高解决问题的效率,个人的自由和权利的实现主要是通过国家为人民选择和铺设的集体主义之路,而不是消极自由理论的个人主义之途。从17世纪开始,两种自由理论的对立和冲突就初露端倪,持续至20世纪90年代的苏联东欧巨变,期间经历了近四百年时间。两种自由理论的对立与冲突在二次世界大战后有所缓和,主要表现为消极自由理论主动吸收积极自由理论的合理因素这个消极自由理论内部的“纠偏机制”上,也表现为积极自由理论主动或被动地包容消极自由的个人自由和权利学说方面。本文对当代社群主义、保守主义和政治自由主义理论的叙述主要是在

① 赵敦华:《西方哲学简史》,北京大学出版社2001年版,第245页。