

童之伟 著

法理文库

法 权 与 宪 政

山东人民出版社

司法部“九五”重点研究课题

童之伟
著

法 权 与 宪 政

图书在版编目(CIP)数据

法权与宪政/童之伟著. - 济南:山东人民出版社,
2001.3

(法理文库/徐显明,谢晖主编)

ISBN 7-209-02713-0

I.法... II.童... III.宪法-法的理论-研究
-中国 IV.D921.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 10818 号

法 权 与 宪 政

童之伟 著

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

新华书店经销 日照日报社印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 21.625 印张 4 插页 540 千字

2001 年 3 月第 1 版 2001 年 3 月第 1 次印刷

印数 1—3000

ISBN 7-209-02713-0

D·673 定价:36.00 元

自序

立足中国实际 探索法学的新路径

这是一本基础法学^①的书,它总结了我十年来在相关领域学习和思索的基本的心路历程。不过,在安排文字顺序时,我较多地考虑的是逻辑因素,较少顾及它们产生的时间先后。

法学是实用性的、世俗的、生活化的学问,即使是其中理论性较强的基础部分,最终也得“有用”。这就要求中国的法学首先是基础法学得立足于中国社会的实际、有助于解决当今中国社会面临的各种问题。

什么是中国社会的实际呢?对不同的学科,这个问题有不同的解答。对法学而言,“中国社会的实际”丰富多样,难以用有限的

^① 不少学者或法学教育机构将法理学、法律史学和宪法学统称为“理论法学”,我认为甚不妥当。因为,其中的宪法学在许多法制健全的国家都是应用性、实用性很强的学科。在我国,虽然宪法的条文一般不能直接作为法院裁判案件的依据,但却有不少条文可以直接作为各级人民代表大会及其常委会等国家机关组织和活动的依据,且经常被直接应用。更重要的是,作为法学的一个部门,中国宪法的对象还包括各种国家机关组织法,选举法,港澳基本法,国家赔偿法,戒严法,国籍法,领海及毗连区法,专属经济区和大陆架法等应用性、实用性很强,各类国家机关(包括审判机关)都直接作为办事依据的法律。所以,将宪法作为“理论法学”是非常错误的,甚至对我国的法治实践是有害的——它有将宪法束之高阁并使这种状况固定化的倾向。所以,本书用基础法学的说法取代理论法学的说法。

文字尽述。但是,攫其要点做简明的概括也不是做不到的。我个人认为,对基础法学工作者而言,评估当今中国社会的实际主要是要确认这样一些相对稳定的特征或事实:(1)处于社会主义初级阶段,经济文化和科技发展从世界范围看仍然比较落后,现在和将来相当长一段时期客观上应当以现代化建设为根本任务。(2)封建专制的遗毒深,民主、法制和法治的传统少。(3)中国历来是一个以制定法为法的渊源或主要渊源的国家,与历史上其他时期相比,当今中国制定法的地位更高,作用强度和范围更大;司法解释、案例等,严格地说不算法的渊源,它们虽然也不同程度地在我国事实上起着某些法的作用,但作用强度和范围毕竟比制定法小得多。(4)由其地位和作用所决定,在中国,制定法是配置法权(即法定之各种权)进而配置利益和财富的主要的和基本的工具,司法解释、案例等在这方面的意义和作用十分有限。(5)与以上事实相联系,从法的角度看,中国决定“权”、进而决定利益和财产分配并规范其运用行为的最重要的部门和环节是立法机关及其活动,其他机关(包括审判机关)及其活动在这方面处于次要的乃至从属的地位。(6)中国法律学说^①的基础是一种高度抽象的哲学,以马克思的哲学思想为主体,它在文化意义上继承了中国古代哲学和德国古典哲学的基本风格,如系统化、高度抽象、思辨性和本质主义。

以上特征或事实表明,中国的基本情况是独特的,其独特性有多方面的表现。与过去相比,它不同于中国历史上的其他时期,不同于1949年前,更不同于1911年前,这是无须多说的;即使拿它与1978年前相比也显示出重大差别,如在经济体制和法律学说方面。与欧洲大陆相比,中国与欧洲大陆诸国在法系意义上有不少相似之处,法律学说的哲学基础也有较多的亲缘关系(毕竟,马克

^① 指国家信守的关于法的起源、本质、地位、作用、未来归属等方面的学说和现实的法的制定和实施的指导思想。

思的哲学是近代德国哲学的一部分),但经济、文化、科技和法律发展水平及社会制度这些重要的方面差别甚大。中国与英美法系的国家相比,则不仅在发展水平和社会制度方面差别大,在法系意义上更是截然不同:在这些国家,判例是法的主要渊源,法的创制、实施以法官为中心,司法和法官在法权配置、进而利益和财富配置及相关运用行为的规范方面发挥着主要的或基础性的作用;在中国,法的渊源基本上限于制定法,人民代表机关在法权的配置、进而利益和财产的配置及相关运用行为的规范方面发挥着主要的或基础性作用,法院和法官相对于人民代表机关政治上处在从属的和受监督的地位。当然,讲这些,只是提请人们充分注意当代中国的特有情况,并不是想要否认现今中国与历史上的中国在法律文明或法律文化上有继承、被继承关系,更不是想要否认中国与欧美或其他国家同处一个时代、同处一个地球,都承认市场在配置社会经济资源方面的基础性地位等种种共性,以及由此造成的法制上必然会形成的相互影响和向外国学习的必要性。

法学应该是多样化的,但一国法学的主流倾向或基调(如果把中国的法学体系比作一首交响乐的话)是受客观因素即该国基本情况制约的,在这方面人们没有任意改变的可能,也不会有很大的选择自由。

中国的基本情况决定了当代中国法学、尤其是其中的基础法学会呈现如下主流倾向或基调:所解决的问题将主要集中在经济生活领域,主要体现解放和发展生产力、直接间接为现代化建设服务的要求;以立法、立法活动和立法机关及其活动为关注的重心,司法、司法机关处于相对次要的位置;法学主要通过研究立法、立法机关及其活动并得出相应的结论来影响法权分配,进而影响利益和财富的分配,而研究、影响审判活动和法官虽然重要,但意义相对较小;法学的抽象程度较高,哲理性和思辨色彩较浓,理性化、系统化和本质主义倾向明显。从这些倾向和特征看,比较符合中

国实际的法学(尤其是基础法学)一般会是哲理型的,而不会是判例法社会^①那种实用型的。英美那样的实用法学是以判例法社会为背景自然地形成的。当然,判例法社会也有制定法,而且有越来越多的趋势,但它从来不是这些国家的法的主要渊源,而且其具体含义也是由法官确定的。在这类社会,判例是法的主要渊源,也是整个社会配置法权、利益和财产并规范其运用行为的主要工具,其法学自然也以司法和法官为关注中心。

有了以上认识,我们就不能不提出这样一个问题:当今中国的法学、特别是基础法学,在多大程度上符合中国的基本情况或客观需要?回答这个问题要从评估中国法学的现状说起。从基础法学这个有代表性的领域看,中国法学可相对地分为三块,即哲理法学、实用法学和混合法学。现分别略予论说。

先看哲理法学。所谓哲理法学,本书大体上指抽象程度高,思辨性强,追求系统化,以立法、立法者和立法活动为关注中心,与制定法社会相适应的法学。哲理法学也追求实用性,但它主要是通过它的理论体系影响各种法行为主体和法关系主体特别是其中的立法者来发挥其作用的,因而其实用性不太直接,不太显著。迄今为止,我国高等法学院校采用的各种法学教材、尤其是基础法学教材,基本上都属于哲理法学这一类,只有不多的几种案例法学的教材有一定程度的例外。从著作和论文看,今天我国年龄在50岁以上的法学者的作品几乎都可以归结进哲理法学,中青年一代十多年来围绕法、宪法、权利、权力、义务等概念,围绕法的起源、归属、本质、作用、基本对象、基本范畴、本位、法治等问题展开的讨论和争论文章,也大都属于哲理法学类。

怎样评价现有的哲理法学呢?毫无疑问,它的以下特点值得

^① 判例法社会指实行判例法制度的社会,制定法社会则指实行制定法制度的社会。

给予较充分的肯定:较为系统;对法现象的解释有深度;符合制定法社会以立法、立法者及其活动为中心的实际;在改革开放以来中国的法律生活中一直作为主流的法学发挥着作用。但这种哲理法学也有其严重的缺陷,其中特别明显的是:它还不能作为在它所奉为指针的哲学理论与法律生活现实之间有效结合的中介或“桥梁”;直到今天,它仍然在总体上采用陈旧、片面的权利义务分析框架解释全部法现象,而这种分析框架存在着关照不到公法领域,不能合乎逻辑地解释权力现象等无法修补的结构性弊病;很大程度上脱离司法实践,实证性、实用性不足,且难以系统学习和掌握,更难以结合到法的创制和实施活动中去。

再看实用法学。所谓实用法学,本书大体上指的是以判例或案例为基本分析对象,与判例法制度相适应的法学,这种法学虽然不完全排斥哲理,但它的理论抽象程度一般比较低,思辨性较弱,有关原理往往概括自具体案例或判例,通常不追求系统性或体系化,从哲学上看有明显怀疑论和实用主义色彩。实用法学主要致力于通过影响、研究司法和法官来发挥其现实功能。实用法学的倡导者大多有英美法系国家的法学教育背景,属改革开放以来涌现出的新一代学人。实用法学的作品数量不算很多,但较有影响,代表着一种与哲理法学不同的清新法学格调。

实用法学的优点很明显。它的优点主要是高度重视法官和司法活动在法权、利益和财富配置及相应运用行为的规范方面的作用,且叙述方法平民化,贴近社会生活实际,原理、原则和结论都概括自相关个案和具体审判过程;实用和世俗化;相对而言较为通俗易懂,易于推广。

但是,实用法学在中国的形成和发展也有其不可避免的问题,即:这种法学在总体上是否符合中国的基本情况?稍具体点说,实用法学至少必须回答或解决好以下几个问题,它才可能在中国有较好的前景:(1)从总体上看,实用法学是法学适应判例法社会的

结果,它与制定法社会是否同样适应?(2)在判例法社会,调节和控制法权关系及相应利益关系,财产关系的主要的、基础性的因素是司法、法官和判例,所以那里的法学才以司法、法官和判例为关注中心。在制定法社会,调节和控制法权关系和相应利益关系、财产关系的主要因素是立法、立法机关及其活动。既然如此,将实用法学推广到制定法社会在研究重心上会不会造成主次倒置的结果?(3)判例的研究和教学在判例法社会能够全面覆盖法权关系和相应利益关系、财产关系的内容,立法、司法、执法、守法等方面都能关照到,其所讨论的也就是法学所要面对的主要的、基本的问题。但在制定法社会,司法个案的研究和教学只能涉及法权关系和相应利益关系、财产关系中的一些次要的和从属的内容,而且显然关照不到立法这个制定法社会的最根本领域。既然如此,在制定法社会,司法个案研究和教学的价值或意义,怎么能够同判例法社会的情况相提并论呢?诸如此类的问题还能提出一两个来,但说出以上三个就足够了。我提出这些问题决不是要否定在我国加强司法、法官和案例研究的必要性(这种必要性我从来都是认同的),而是想说,对制定法社会而言,这方面的研究的价值和意义客观上远逊于判例法社会这个事实不应被忽视,尤其是从法的一般理论的角度看是如此。

也有必要谈谈混合法学,所谓混合法学,这里是指既有一些哲理法学特点,又有一些实用法学特点的法学,尤其是这方面的基础理论。这种法学到底是要适应制定法社会的情况还是适应判例法社会的情况,读者往往无法判断,有关学者本人也从来没有加以明确,而且,它似乎并无明显的哲学方法论基础。这种法学的优点是视界开阔,不考虑是应该去适用制定法社会还是判例法社会的需要,也不怎么顾及现实生活中解决各种社会问题的具体需要,显得相当超脱或超然。或许,从另一个角度看,这也正是混合法学的缺点。

我感到,以上文字显示的情况表明,法学、尤其是基础法学的状况并不能令人满意,故我多年来从不自觉到自觉地做着一种尝试——立足于中国实际探索中国基础法学的新路径。所谓立足于中国实际,就是切合中国的基本情况。我相信,中国需要倡导法学的民族主义,“只有民族的才是世界的”这个道理,对于法学同样适用。^①讲法学的民族主义不是不要学习外国的东西,而是说学了外国的东西后要将其拿来为解决中国的问题服务;同理,学习外国的东西也不是为了搬一种外国流行的理论来做样板甚至图腾,然后丢掉本国原有的东西拼命向上靠,并以这样的态度来谈论中国法学与外国法学的“接轨”或“对话”。在这方面,一年多以前我曾说过下面几段话,现在仍然是那种立场:

现在人们讲法学的引进,往往看重与西方接轨或对话。法学不是法律,法律可以移植,某些法律制度应该接轨,但法学、法理学却用不着刻意去跟西方接什么轨、对什么话。而且,西方法学流派众多,话语各不相同,并没有统一的“轨”和一致采用的话语,想接“轨”也无从接起,除非自觉自愿做其中某一个学派的尾巴。中国社会面临的问题是独特的,解决中国问题的法学理论也是独特的,不存在什么哪种理论先进,哪种理论落后,哪种理论应该与哪种理论接轨的问题。邓小平理论与哈耶克、弗里德曼、格林斯潘、克林顿的理论有什么接轨问题?没有。但邓小平的理论管用,能解决当代中国的不少问题——这就足够了。法理学也是这样,不管哪一种,只要能解决中

^① 在1999年底在武汉召开的“法理学向何处去”的专题讨论会上,我曾提出这个看法。当时梁慧星教授说,那是指文学。的确,原来提出这个看法的人是文学家,但我相信,这个道理对法学、尤其是基础法学完全适用。不过,这个道理对法律来说可能并不适用。

国面临的问题就好,否则就不好,甚至一文钱不值。能解决中国问题的法理学就是最好的法理学,这种最好的法理学肯定会有中国的特色,能够自立于世界法学之林。

我觉得应当有这样一种追求,即以解决中国自己的问题为中心形成自己的法学理论。中国自己的问题是什么呢?从法学角度看,总地说来就是建设法治国家。它包括多方面内容,其中较突出的是这样一些:政治上进一步民主化,它是改革开放以来取得的经济文化建设成就的基本保障;建设与市场经济体制相适应的经济生活秩序、民商法律秩序、社会秩序;与 WTO 接轨等等。当然,这种法学理论只有符合中国基本情况才能真正起作用。

在重点解决上述问题并形成自己理论的过程中,我们现在手头上有什么?我们手头上没有而世界上已存在的东西又有哪些?对此我们要有认识。我们有的东西,这里边首先是中国自己的法文化传统,然后是从马克思到邓小平的理论,再往后是改革开放 20 多年来的法学研究成果,等等;至于别人的东西,可分欧洲大陆(近代以来)的东西和当代英美等国特别是美国的东西。

在形成自己法学理论的过程中,如何对待我们现有的东西,如何对待别人的东西,是我们不可回避的两大问题。毫无疑问,对自己的东西不能轻易丢,实际上也丢不掉;对别人的东西不能排拒,实际上也排拒不了。我们今天可沿以下两条路走下去,试一试,比一比。一是立足于解决中国实际问题,以中国法文化传统和从马克思到邓小平的理论为主,有区别地对待和借鉴欧洲大陆和英美的哲学和法学思想,搞出一种法学理论;二是以英美哲学和法学思想为理论基础,也搞出一个中国人可资利用的套路来。完全可以让两者竞争竞争。现在我们提以公有

制为主,多种经济成分并存,据此,是不是还可以提,以从马克思到邓小平这条线的哲学为指导形成的法学为主导,多种法学并存?^①

不过,以哪种法学为主导不是人为规定得了的。能帮助解决中国面临的问题的法学就能做主导,反之则不能。至于多种法学并存,则肯定是必要的。这已不是允不允许的问题,而是既成事实。世界上无论什么事物要正常发展,都得有竞争。法学领域的垄断会使法学的发展停滞,垄断者自己也会退化、毁灭。^②基于这种认识,从学派意义上说,我愿意始终站在垄断或“多数人”的对立面,做一个独行者,像鲁迅笔下的那个过客。我从来不认为真理与人数多、队伍雄壮有什么必然联系。

基于以上种种认识和评判标准,我对中国基础法学现状的评价是最低的。这促使我在工作所及的学科领域内,努力探索法学的新路径。这本书是我探索历程的阶段性总结,它记录了我思考法学发展和法治建设方面的一些问题的心得。这本书的大部分内容都曾以论文或文章的形式发表过,但它又决不是论文集。这不仅是因为其中部分文字是没有发表过的,更主要的是因为它是编纂的产物。正像法律编纂不同于法律汇编一样,作品的编纂是一项创造性工作,应归结到创作的范畴。

本书的编纂是遵循五个原则进行的:

1. 以展示法权分析的思路和方法为中心。这主要体现在作品

① 有关内容可参见《“法理学向何处去”专题研讨会纪要》,《法商研究》2000年第2期。本文援引时文字上做了必要的调整。

② 某日曾见报载,北美某地有大群野生的鹿,同时也有一些狼,因与狼做生存竞争,鹿的种群素质保持良好。但后来人们为保护鹿,建立了特别的保护区,并将狼都消灭或赶走了。数年后鹿的数量虽增加了,但品质严重退化,日甚一日。保护区管理局迫于无奈,只好又设法“请”回几匹狼。我常想中国哲理法学这个领域中的“鹿”们强健不起来的根本原因,恐怕也是因为缺少几匹“狼”。

的选择上。过去已有的论文,凡能体现法权分析的思路和方法的,都纳入本书,反之则一概不用。如果有哪个重要环节显然缺失,则专门撰写相关文字予以修补,使之前后衔接,务求初成体系。

2. 概念统一。过去数年间,我提出和定义的三个新概念在表述上前期的和新近的不一样,前期的不甚合理,后期的比较合理。因此,本书将有关概念的表述以后期的为标准做了统一处理,即凡“社会权利”均改为“法权”,凡“总体权利”均改为“总体权”,凡“剩余权利”都改为“剩余权”。所以,修正后的名词强调的重心既不是权利,也不是权力,而是能够兼容它们两者的“权”。这里我有意识地利用了我们民族特有的语言资源“权”字。“权”是国语中真正的国粹,外文中还找不到与其对应的词,所以在有关译文中,我是用汉语拼音将它拼出来的,即 quan。统一概念是我犹豫多年后,在有识之士影响下痛下决心采取的行动,^①我希望此举有助于法权分析观念的传播。

3. 全书观点协调统一。构成本书原材料的那些作品,形成的时间两头相隔好几年,前后的观点难免有冲突或相互矛盾之处,这次乘出版此书的机会,在对有关内容重新考察的基础上,均做了必要协调,消除了较明显的问题。

① 调整表述这几个概念的词语,尤其是将“社会权利”改为“法权”,是我多年的愿望。八年前我首次采用“社会权利”一词,完全是面对权利权力统一,在命名问题上绞尽脑汁、不得已而为之的结果。当时我甚至想,社会科学也应该同生物学一样,对于新发现的东西,由权威同人机构制定一个命名规则才好。促使我下决心将权利权力统一体的名称改为“法权”的,是严存生教授和徐国栋教授先后口头对我讲的几句话:严教授提醒我要注意名词的“能指”和“所指”,实际上是委婉地批评我用来指称权利权力统一体的“社会权利”一词不具备指代这种统一体的语言功能;徐教授说的一段话的意思是,权利在没有限定词的情况下外延最大,加一限定词后外延只能缩小,而我的做法却是试图在权利前面以加限定词的方式扩大其外延,不合理。我接受他们的批评,并在此真诚地表示谢意。我注意到,另有几位学者在他们的作品中对“社会权利”和法权概念也多有批评,但我觉得理由不够充分,难以成立,适当时我想专门撰文申辩。

4. 有错必纠,有漏必补。我有在文章发表后再看一遍的习惯,事后往往发现其中有这样那样的问题,甚为懊恼。譬如,《论法理学的更新》一文因杂志编辑部电脑出毛病,错了不少字句,紧随其后的一文又因自己认识的偏差将法权本位说成“实际上是权利权力双重本位”。诸如此类因这样那样的原因造成的错误在原来发表的文稿中不少,这次成书凡能发现的都做了修改。同样,原来作品中漏洞也不少,如讨论法律关系,将法权关系确定为这种关系的内容后,原本应推导出“权力能力”并做必要论述,但在写的时候,却偏偏忘记了这么做,留下了缺口。对诸如此类的各种漏洞,凡能为我所见的,都做了必要修补,针对有些重要环节的缺失,还补写了专文。

5. 逻辑顺序优先于时间顺序。本书虽分六个专题,实为两大部分,即法理学理论和宪法学。本书按逻辑编排,前三部分为法理内容,后三部分为宪法学内容。但从实际的研究过程看,原本是宪法学作品产生在先,法理学作品形成于后。顺便说明,我研究法理,是因为不满于原本应对宪法学等部门法学提供学理支持的现有法理学严重脱离法律生活实际且在很大程度上与部门法学脱节。为发展宪法学,我不得不从改进基本理论做起。同时我也感到,法权分析用在法学基础理论领域比单纯用在宪法学领域前景更好、意义更大。本书在编纂时按先法理学后宪法学的顺序做了调整,同时在法理学和宪法学内部,也按内容发展的自然顺序做了相应调整。

作为以法权为中心、基于中国基本情况形成的一种较系统的法学思维的记录,本书应归类于哲理法学,更具体地说,它属于以

马克思哲学^①为运作平台的法学类型。就单个的学派而言,在我阅读的书目所及的范围内,我感到马克思哲学对现象世界的解释力是最强的,不论是就深刻度、宽广度而言都是如此。这本书在很大程度上是我根据自己的理解将马克思哲学结合进基础法学的结果。而且由于马克思哲学与德国古典哲学的渊源,本书也难免带有一些后者的色调。

这些都决定了本书必然会有几种特征:一是很重视最基本的法现象的定位和对法律生活基本矛盾的估计,务求反映社会生活的实际。二是比较讲求系统性。虽然还谈不上什么体系,但它却显然表现出想把某种圈圈划圆的意向。三是理性主义和本质主义。它假定包括法在内的事物的本质(“物自体”)是可以把握的,并采用了通过努力探寻和把握法现象后面起决定作用的东西以把握法现象本身的认识方法。四是特别强调运用抽象力。经验和感性知识是重要的,但只有抽象力和理性能使人们抓住有关法现象后面起决定作用的东西,帮助我们看到法现象之间以及法现象与其他相关现象之间的深刻内在联系。五是主张在法治国建设实践中形成中国自己的法学理论,并在这一伟大实践中检验其真理性和价值。六是讲究逻辑。这是哲理法学在知识结构上的一大特点,不论做这类文章还是读这类作品,对逻辑知识的要求都高于对哲学知识的要求。从黑格尔、马克思等人的一些著作看,逻辑学在他们的知识结构中 also 处在比哲学更基础的位置,这也许是搞哲理性学问的人在知识结构上的所必须具备的一个条件。

传统的基础法学、尤其是法学理论最为看重的法现象是权利

^① 这种哲学以马克思的名字为标志,但包括恩格斯的贡献。这里没使用马克思主义哲学一词,是为了强调本人对这种哲学的理解直接源于马克思、恩格斯的著作,包括一部分他们用英文写的原著。“马克思主义哲学”这个词我不敢用,因为它的含义太宽泛、太不确定了;在世界范围内它早已分成了许多流派,在一国范围内,它往往随情势的变更被赋予不同内容、做不同解释。

和义务,而本书所最为看重的法现象是权利和权力。不仅把权利和权力看作最基本的法现象,还把权利和权力看作法的全部内容(它们的负的内容是义务),并认定权利与权力的矛盾是法律生活的基本矛盾。我对权利和权力做这样的定位所根据的主要是生活体验、社会经验或感官直觉。当然,在我之前的宪法学者将公民权利和国家权力及其相互关系看作宪法学最基本问题的观念给了我相当大的启发。至于在法理学领域,虽然据说在中国和西方都有学者在许多年前就曾主张将权利和权力的关系作为法学的基本问题,但我至今没找到有说服力的证据。不能完全排除这种情况存在的可能性,但至少它们对本书表达的法观念的形成从来没产生过影响。对权利和权力的定位是否适当,主要是事实问题而不是理论问题。

在权利和权力两者中,权利在现有基础法学中原本就是很受重视的,所以,本书在选择基本研究对象上的真正特点,是突出了权力的地位。在当今世界,权力是并将继续是法律生活中最基本、最常见、最强有力的因素之一,体现着极其巨大的利益,只有权利可以与之相匹敌。忽视权力的法学是严重脱离社会生活实际的法学。本书致力于使权力获得与它应有的现实地位相称的理论地位。我重视权力研究,在这个问题上,德国政治家、大法学家赫尔佐克的以下看法准确地代表了我的认识:“在历史的长河中,国家(从法学角度看等同于权力,国家这个政治实体的法律表现就是权力——引者)曾给数不清的人带来了苦难和毁灭。但它也为数不清的人的生活和富裕提供了保障,而如果没有它,人类在历史上那种从一定意义上说是有条不紊的发展,便是不可能的”;“国家同人所创造的一切事物一样具有两重性。它同人自身一样具有两重性。但是,为它的那些好的方面去奋斗、去工作,是很值得的。”^①

① [德]赫尔佐克:《古代的国家》,北京大学出版社1998年版,第392页。

不过,我还要补充一句:为了限制权力恶的方面,为了遏制权力因过分集中而形成太高的强度而去殚精竭虑,也是值得的。

我个人认为,本书对于哲理法学是提供了一些新东西或新做法的,它们是作者本人“拥有自主知识产权”(请原谅我借用一句产业界评价创新品牌的行话)的精神产品。这些精神产品要么是荒诞不经的一派胡言、污染法学环境的语言垃圾,要么是中国哲理法学的重要创新和这种法学发生革命性变革的早期标志。二者必居其一。这些新东西或新做法中较值得提一提的主要是以下几点:

1. 结合法学的特点和当代中国的基本情况,在将权利和权力认定为最基本的法现象的基础上,将由黑格尔所首创、马克思加以唯物化改造的“绝对方法”(“从抽象上升到具体”的方法)首次运用到法学领域以展开基础法学的范畴架构乃至整个理论体系。当年马克思正是用这个方法来展开《资本论》的范畴架构和理论体系的,其他学科是否可用“绝对方法”作为其展开范畴架构和理论体系的方法,没有人尝试过。本书在这方面首次较为成功地运用了这一方法,从根本上改进了马克思哲学与法学的结合方式,使得两者从表面化的结合转向深层融合。

2. 具体揭示了法定之“权”即各种法定权利、权力的利益内容和财产内容,证明了权利权力统一体的存在。权利与权力是不同的,但它们两者又极难区分。本书证明,之所以难以区分,原因就在于它们在根本上是一个统一体即无差别的存在——都是法律承认和保护的利益,都以归属已定之财产为其物质承担者。本书特别看重权利、权力后面的财产内容,把它看作理解权利、权力的钥匙。形成这种观念与其说是唯物论哲学的引领,莫如说是基于自己数十年的生活感受。两个多月前我读到著名学者、刚刚故去的哈佛大学教授张光直先生谈论财富与文明和国家起源关系的几段话,立刻拍案叫绝,因为这些话与我独立形成的认识不谋而合,它们使我更加确信自己关于权利、权力与利益、财产的关系的命题的