

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

Renmin University Law Review

人大法律评论

2014年卷第1辑 · 总第16辑

《人大法律评论》编辑委员会组编

论康德的人民主权观及其批判 张斐

目的论的思考在宪法裁判中的功能 杜强强

罗马法与帝国政治意志之关系述略 赵明

中国股东派生诉讼制度：实证研究及完善建议 黄辉

社会立法的“新政”功能与全球“再新政”问题 陈步雷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

Renmin University Law Review

人大法律评论

2014年卷第1辑·总第16辑

《人大法律评论》编辑委员会组编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

人大法律评论. 2014 年卷. 第 1 辑 / 《人大法律评论》
编辑委员会组编. —北京: 法律出版社, 2014. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6782 - 7

I. ①人… II. ①人… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 197863 号

人大法律评论(2014 年卷第 1 辑)	《人大法律评论》编辑委员会组编	责任编辑 李峰沅 装帧设计 李 瞻
----------------------	-----------------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 23.25 字数 362 千

印次 2014 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6782-7

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《人大法律评论》编辑委员会

主 编：于 浩

编 委（按姓氏笔画排序）：

于 浩 王晓栋 安恒捷 李振宁 孟凡壮
杨子强 胡 明 袁 鹏

行政助理：于建新

卷首语

半年多的组稿过程是艰辛却快乐的。艰辛是因为面对广大学人踊跃投稿,而有限的版面使得精挑细选的过程显得十分漫长;快乐是在组稿、编印、出版的过程中获得了法学院韩大元院长、指导老师张志铭教授以及尤陈俊副教授、外审专家学者的支持与帮助。此外,法律出版社刘文科编辑一如既往的辛勤付出,编委会成员的共同努力,使得本书的出版成为可能。我们在此向诸位表示衷心的感谢!

由于评论已经成为 CSSCI 来源集刊,稿件数量很多。在本辑评论中,我们精选了十五篇文章,作者分别来自中国人民大学、香港中文大学、清华大学、中共中央党校、西南政法大学、华东政法大学、北京航空航天大学、华东师范大学、四川大学、云南大学、首都师范大学和上海师范大学。本辑《评论》,我们继续落实双向匿名评审制度,并实行专家外审制度,最终完成组稿。我们对向本刊投稿的诸位作者表示衷心感谢,对稿件被本刊采用的作者表示诚挚的祝贺。

本辑设“专题研讨”“评论”“论文”三个栏目。

在“专题研讨”栏目中,我们选取了关注康德法哲学的三篇文章,分别关注康德的权利概念、人民主权观和法权学说等方面。其中,张龔先生的力作《论康德的人民主权观及其批判》,以康德为绝对王权辩护和为人民主权进言的矛盾关系为出发点,借助从当代商谈哲学和正确性概念,重新梳理和建构康德人民主权观及其代表制度,并在康德普遍先天联合的人民意志中发掘出主体间性和本体共和国、现象共和国之间的引导性关联,这种关联对我国完善民主代议政治具有启发意义。我们希望通过本板块,能促使法律学人更加关注康德哲学在西方法律思想史和西方法哲学中的重要地位。黄涛先生《论康德权利演绎的基本结构》一文,从康德哲学中分析了处于纯粹理性范畴的“权利”概念,通过分析三大批判、《永久和平论》《道德的形而上学》等著作,试图结合《判断力批判》中的自由观念,对康德哲学中基于目的论基础上的权利概念进行演绎,进而展开

康德哲学中的权利概念分析和研究,试图弥补国内研究的不足。与之异曲同工,吴彦先生《批判与形而上学:康德法权学说的体系位置》一文,则试图在道德形而上学的层面上关注康德的权利概念,并尝试回应法权学说与批判哲学、法权学说与道德形而上学之间的关系,从而寻求法权学说在康德哲学尤其是道德形而上学中的位置,并将此与批判、自由、启蒙观念相勾连,使对康德法权学说的体系位置有更深入的理解。

“论文”栏目选取了基础法学、民商法、社会法等领域著作十篇。

在基础法学领域,杜强强先生的作品《目的论的思考在宪法裁判中的功能——从法学方法的角度重读纽约时报诉苏利文及其后续案》,关注“纽约时报诉苏利文案”及相关美国宪法案例,指出尽管法官在解释成文法时以寻找立法者的原意为宗旨,但这种原旨主义促进法官运用类推和类用方法,与社会发展的“广泛共识”相结合,指向了目的论的解释方法,显示了美国最高法院在宪法解释上积极回应社会需求的高度自觉。赵明先生的作品《罗马法与帝国政治意志之关系述略》,摆脱了将罗马法与民法等同起来的普遍观念,从罗马法和古希腊哲学文化、罗马帝国政治意志之间的关系入手,指出罗马强盛的原因在于将政治意识通过立法而使之制度化和现实化,罗马法是罗马帝国在对外扩张中不断总结经验而形成的,是经验的政治社会生活的产物。王恒先生的作品《约法与自然权利的共谋——近代权利话语的“天路历程”》,对自然法、自然权利与契约论在西方思想史上的演变进行了新的梳理和分析,尤其是把自然权利理论整体性地置于时代语境,观察根植于异教自然观念的自然法理论如何改造为具有个人主义和普世主义色彩的自然权利论,同时尽可能地结合相关的史实和文献考究,探讨了犹太约法传统和卡巴拉传统在西方自然权利理论演变的重要作用。刘晨光先生的作品《重建美国建国研究的“内—外”视野》,强调在现实语境下对借助“内—外”视野对美国建国研究进行重建,不仅能够摆脱时代流行的种种政治偏见,克服极端的普遍主义和特殊主义这两种错误的思想倾向,而且使美国建国“原初意旨”与“国家理由”、价值与权力、文化与政治、自由与帝国等关系得到充分理解,从而更全面地理解美国创建时所怀想的原初意旨与国家战略。余履雪女士的作品《作为商业贸易准则的诚实信用——几个初步的理论假设》,观点新颖,从民法哲学的角度对诚实信用原则在商业贸易准则下的展开进行了阐述,通过博采多方流派观点,综合博弈论、语言分析方法,提出信用原则解决的是强制性地分担决策风险的问题,颠覆性地认为诚实信用原则的目的

在于精确做成合同,而与道德并无必然联系。

在民商法领域,黄忠先生的作品《论恶意串通损害第三人利益无效规范的存废——基于体系的一项检讨》,以“如无必要,勿增实体”的理念为主旨,针对我国《民法通则》和《合同法》中规定的“恶意串通损害第三人利益无效”的法律规范,结合通谋虚伪表示、无权处分、无权代理、债权人的撤销权以及损害社会公共利益等规范进行分析,指出这一规范无益于建立逻辑严密的立法体系,因此在《民法典》的制定中不宜保留这一制度。王竹先生《论我国侵权法上的缺陷产品营销参与者责任——兼评最高人民法院〈食品药品纠纷司法解释〉相关规定》一文,结合当前食品药品纠纷的热点话题,对产品质量担保者责任、交易平台提供者责任和虚假广告责任三种缺陷产品营销参与责任进行了分析,并结合最高人民法院《食品药品纠纷司法解释》的相关规定,提出该司法解释不仅在学理上存有疑点,而且与立法原意不符,需要进一步检讨其适用。黄辉先生的力作《中国股东派生诉讼制度:实证研究及完善建议》,从规范分析和比较法经济学的角度,结合我国股东派生诉讼制度中的有关统计数据和相关案例对该制度进行实证研究,指出由于公司法上严格的原告资格限制以及诉讼成本与收益严重失衡,导致当前该制度的落实情况不符立法原意,没有充分发挥其功能,从而客观而全面地揭示和评估了该制度的实施情况,并从立法论上提出了相对可行的完善建议。

在社会法领域,陈步雷先生的力作《社会立法的“新政”功能与全球“再新政”问题——兼论中国社会法问题、发展模式与社会法体系》,关注国内外的社会立法及其研究情况,认为经济全球化背景下的社会立法是基于双向运动模式的新型社会契约模式;而中国在社会立法上一方面落后西方国家,另一方面也面临着全球性的共同挑战,应重新理顺社会改革的顶层设计,最大化地实现制度效用,全面调整发展模式,并在全球化视野下对市场经济的社会立法进行深入研究。赵忠龙先生《比较法视野下的职业运动员法律性质研究——基于体育法、劳动法与反垄断法的协同调整》一文,立意新颖,在体育产业化的背景下阐述了体育法的性质,结合域外的法律规定及相关判例,并对职业运动员与体育俱乐部之间的关系进行了分析,认为职业运动员不同于传统的雇员关系界定,因此保护运动员权益、促进体育产业发展,需要综合体育法、劳动法与反垄断法的协同调整。

“评论”栏目选登了两篇文章。刘磊先生《被容忍的违法执法》一文,着眼

于行政相对人容忍违法执法这一普遍现象,分析了相对人的弱势地位、相对人行为的违法性、管理关系的持续性等容忍原因,认为外显被容忍的违法执法的症结在于改变行政机关与相对人之间的不平衡状态。在路径的选择上,以检察机关的介入作为突破点,将私权益纳入行政公诉范围、发挥社会组织的利益代表功能,从而外显被容忍的违法执法,加强对行政执法的监督。陈媛女士《监狱、惩罚与权力——福柯〈规训与惩罚〉中的政治技术学》一文,围绕着福柯经典著作《规训与惩罚》,关注福柯借助身体展开的刑法改革谱系学研究,展示了规训、惩罚与权力、知识之间的联系,并在鲍德里亚对福柯关于权力的产生及其研究、《规训与惩罚》中的惩罚艺术等方面,分析阐述了权力与被客体化的人性之间、“权力—知识”与主体化人性的关系。

卷首语	(1)
-----------	-----

【专题研讨】

论康德的人民主权观及其批判	张 龔(3)
论康德权利演绎的基本结构	黄 涛(18)
批判与形而上学:康德法权学说的体系位置	吴 彦(40)

【论文】

目的论的思考在宪法裁判中的功能	
——从法学方法的角度重读纽约时报诉苏利文及其后续案	杜强强(83)
罗马法与帝国政治意志之关系述略	赵 明(103)
约法与自然权利的共谋	
——近代权利话语的“天路历程”	王 恒(130)
重建美国建国研究的“内—外”视野	刘晨光(150)
作为商业贸易准则的诚实信用	
——几个初步的理论假设	余履雪(164)
论恶意串通损害第三人利益无效规范的存废	
——基于体系的一项检讨	黄 忠(188)
论我国侵权法上的缺陷产品营销参与者责任	
——兼评最高人民法院《食品药品纠纷司法解释》相关规定	王 竹(213)
中国股东派生诉讼制度:实证研究及完善建议	黄 辉(232)
社会立法的“新政”功能与全球“再新政”问题	
——兼论中国社会法问题、发展模式与社会法体系	陈步雷(265)
比较法视野下的职业运动员法律性质研究	
——基于体育法、劳动法与反垄断法的协同调整	赵忠龙(298)

【评论】

被容忍的违法执法 刘 磊(317)

监狱、惩罚与权力

——福柯《规训与惩罚》中的政治技术学 陈 媛(336)

编后小记 (361)

《人大法律评论》稿约 (363)

《人大法律评论》注释体例 (364)

专 题 研 讨

论康德的人民主权观及其批判^{*}

张 龔^{**}

内容摘要:

康德在其政治作品中展现出两个彼此对立的形象,一是绝对王权的辩护者;二是自由民主政治的开拓者。文章从这个对立出发,认为康德是一个共和主义者,他尝试解决这样一个对立,但是从他的主体批判哲学出发,这个论证任务并未完成。因此,本文借助当代商谈哲学重新考察康德的作品,在他的普遍先天联合的人民意志中发掘出主体间性和两种共和国之间的引导性关联,以此来化解康德两种对立形象之间的紧张。

关键词:

人民意志 独白 代表 主体间性 引导性理念

一、引 论

近现代以来,英国的霍布斯、洛克,法国的孟德斯鸠、卢梭可谓是中国现代化进程中读者最多的政法思想家。然而,作为政治哲学家和法学家的康德却较少受到学界的关注。这当然和欧洲世界忽视康德的政治哲学相关,如汉娜·阿伦特就认为,康德从未写过什么政治哲学的作品;^[1]而许多学者对于康德的道

^{*} 本文系教育部人文社科一般项目“康德法学思想研究及其对我国法治建设的启示”(11YJC820172)的阶段性成果。

^{**} 中国人民大学法学院副教授,法学博士。

[1] Hannah Arendt, *Das Urteilen, Texts zu Kants Politischer Philosophie* (《康德政治哲学讲稿》), hg. von R. Beiner und übers. von U. Lutz, München/Zürich 1985, S. 17.

德法学也多有不屑。诚然,相比起之前的哲学家,康德确实没有一套系统论述的政治理论专著。但是,一个常为人忽略的问题是,哲学家将怎样对自己所处时代,特别是时代政治做出反应。在此至少可以区分出两种类型,一种是针对所处时代政治实践加以思考,另一种是对时代主流思潮加以反思。就后者来说,康德无疑是在思想史上不逊色于任何哲学先驱的政治哲学家。面对时代兴起的绝对主义世俗王权理论,如何对之加以合法化,如何用规范的共和国模式取代封建等级社会,构成了康德整个政治思考的核心内容。然而,康德开始政治作品写作的时候已到人生暮年,很多作品都是片断式的。也因此,围绕这一问题,康德的作品展现出两个截然相反的立场。一方面,他提出了人的尊严,天赋权利不可侵犯^[2],在人民自我立法意义上的人民主权,国家分权理论等;另一方面,他又认为最高的统治者权力不受攻击,社会进步不是通过自下而上,而是自上而下的进程来完成的。^[3] 由于康德自身对这一矛盾从未有正面的论述,后世对其思想的继受也产生了两个完全不同的解释阵营。

20 世纪中期开始直到 80 年代,德国学界掀起了一场康德法政思想复兴的学术思潮。一部分学者,如鲍里斯(Kurt Borries)、吉尔克(Otto von Gierk)、萨格(Richard Saage)等主张,康德的禁止人民反抗权以及社会进步的“自上而下”论,乃至他的人民主权原则都是保守的,这强化了当时的绝对王权统治,实际上

[2] 如“羽毛笔的自由”,参见 Kant, Über de Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, aber nicht für die Praxis(《论谚语:理论正确,实践无方》), Frankfurt/M 1991, Bd. 11, S. 383。

[3] Kant, Streit der Fakultät(《学院争议》), Frankfurt/M 1991, Bd. 11, S. 366。下文所引康德的作品采用康德研究通行体例: Kritik der reinen Vernunft(《纯粹理性批判》)、Grundlegung zur Metaphysik der Sitten(《道德形而上学基础》)以及 Kritik der praktischen Vernunft(《实践理性批判》)以及其他作品运用的版本是 Frankfurts Suhrkamp Taschenbuch Ausgabe (Hrsg. v. Wilhelm Weischedel, 简称为 WW 版),页码采用的是每个文献的原始版本(普鲁士皇家科学院版,简称为 AA 版)的页码或者 WW 版的页码。

是对各种可能的专制加以辩护。^{〔4〕}另一部分学者则试图从卢梭的方向解释康德,认为康德的人民主权理论为现代民主的生成开辟了道路。启蒙时期的绝对主义君权则是一种通向民主政治的过渡性环节,坚持此一解释立场的首推著名的康德哲学专家布兰特(Reinhard Brandt)、克尔斯汀(Wolfgang Kersting)以及哈贝马斯的弟子茅斯(Ingeborg Maus)。^{〔5〕}如哈贝马斯在其《事实与规范》中所表明的,康德同卢梭一样,其人民主权理论乃是致力于将政治统治完全变成人民的自主立法。^{〔6〕}两种解释立场之间的差别,若从形成时间上看,后者显然是一种更新的解释路径,认为不应断章取义地认定其立场,而应看到康德的立场与论证之间可能出现的裂缝。因此,究竟康德的政治哲学理论意在为君主专制辩护,还是为现代民主政治开辟道路,端赖于深入探究,康德秉持的是怎样的一种人民观和主权观,以及更重要的一点,他的批判哲学能否为这样一种人民主权的民主立场提供充分的证立。若是联系到20世纪哲学界发生的语言学转向,康德的主体哲学无疑属于一种个体独白式的哲学,那么由此构建出的民主政治难免不会在绝对主义的君主政治与纯粹民主的专制之间摇摆不定。因此,本文的目标就在于,从当代商谈哲学和正确性概念出发,重新梳理和建构康德人民主权观及其代表制度。

〔4〕 Kurt Borries, Kant als Politiker. Zur Staats- und Gesellschaftslehre des Kritizismus(《康德作为政治学家》), Leipzig 1928, S. 172. Otto von Guericke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien(《阿尔色休斯与自然法的国家理论的发展》), 1958. Richard Saage, Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant(《康德财产权、国家与社会理论》), 1973; Hella Mandt, Tyrannislehre und Widerstandsrecht. Studien zur deutschen politischen Theorien des 19. Jahrhunderts, 1974; Ulrich Steinvorth, Stationen der politischen Theorie. Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Hegel, Marx, Weber, 1986. 对此的详细论述,另参见 Ingeborg Maus, Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratische Überlegungen im Anschluss an Kant(《民主理论的启蒙》), Frankfurt/M 1992, S. 15-31。

〔5〕 Reinhardt Brandt, Das Erlaubnisgesetz oder: Vernunft und Geschichte in Kants Rechtslehre(《许可法或康德法学中的理性与历史》), 1982; Wolfgang Kersting, Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie(《秩序井然的自由》), 1984。

〔6〕 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung(《事实与规范之间》), Frankfurt/M 1993, S. 637。

二、康德对卢梭思想的继受

若论及持民主共和立场的康德形象,那就得从卢梭开始谈起。一般来说,康德与卢梭之间有着极为紧密的学术继受关系,尤其是在政治思想方面,这已是国际学界通识。连康德自己也承认,卢梭可谓是他的半个老师,正是卢梭的作品使他从知性科学的全面主导中走出来,转而注重人性本身,从而在他的实践理性批判中,自由成为一切实践行动的指引。

在卢梭的理论中,作为人民主权意志的公意无疑是《社会契约论》一书的思想轴心,而自由概念则构成了与公意相并列的另一个轴心。就后者而言,他明确区分了自然自由与法律自由,相应地,他还进一步区分了两种不同形式的自然法,一种是自然状态中出自本能的自然法,另一种是在市民状态中真诚的道德法,也即理性法。在后一种,即市民状态或者说“道德秩序”中,理性法的源泉和基础对卢梭而言就在于公意。^{〔7〕}

康德沿用了卢梭对法在两种不同的市民状态中的区分,尽管在他的《法学形而上学导论》中,并没有清楚地论及,市民状态是否就像卢梭所说明的那样,也有可能是一个道德秩序。^{〔8〕} 康德还继受了卢梭公意的概念,只是在他那里,

〔7〕 参见[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆 2003 年版,第一卷第八章。

〔8〕 康德仅仅间接谈及市民状态作为与自然状态相对的法律状态。在《法学的形而上学导论》§ 41 中,他区分了“非法律状态”,因为在这个状态中没有分配正义存在和市民状态。参见 Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (《法学形而上学导论》), Hamburg 1998, 306。但是,是否市民状态不仅仅是一种法律秩序的状态,而且还是一种道德秩序的状态,在康德的作品中并未明确谈及。这一论述空白引发了关于国家任务的十分精深的争议,也就是说,是否康德国家观中包含了社会福利国的内涵。对于这一问题持赞成态度的观点,参见 R. Brandt, *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant* (《从格劳秀斯道康德以来的财产权理论》), Stuttgart 1974, S. 193; K. Kühl, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung. Zur Aktualität der Kantischen Rechts- und Eigentumslehre* (《财产秩序作为自由秩序》), Freiburg 1984, S. 174 f.; 持反对意见的观点,参见 Bernd Ludwig, *Kants Verabschiedung der Vertragstheorie* (《康德对契约理论的告别》), in: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 1 (1993), S. 224, S. 230 ff。

法语的公意 (*volonté générale*) 翻译成德语变成了“普遍先天联合的意志” (*allgemein a priori vereinigter Will*)。^[9] 而且康德进一步根据卢梭的思想,将这一意志界定为自由和平等的合题。^[10] 就此而言,卢梭的公意理论和康德的普遍先天的联合意志的人民观清楚地展示了,现代欧洲大陆法政思想史上重要的连贯性和一致性。当然即使如此,二者之间的区别亦非常明显。正如德国学者古尔维茨 (*Gurwitsch*) 正确地指出,^[11] 卢梭的公意只不过是柏拉图正义理念的翻版,^[12] 此种公意脱不出那种纯粹理念的、超经验的原则范畴,所以,它仍旧属于前批判意义上的一种形而上学实质。相比起来,康德的普遍先天的联合意志首先是一种纯粹的理念,其背后是批判哲学的认识论。^[13] 二者的区别,或者说,康德较之卢梭的实质进步,首要地在于方法论范式上迈出了坚实的一步,站在“哥白尼革命”般的批判哲学的基础上,他为卢梭的政治哲学奠定了更为坚实和明确的基础。

依照康德的观点,普遍先天的联合意志作为主权意志是最高的立法者。表面上看,就好像这样一个意志同康德的绝对命令 (或称范畴命令) 同义,或者至少算是绝对命令在国家法的变体,因为在康德作品中,绝对命令是“最高的道德

[9] Kant, *Rechtslehre*, 313; Kant, *Zum ewigen Frieden* (《论永久和平》), AA VIII/S. 378; Kant, *Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen*, AA VII/S. 429. 此外也可参见 Ernst Frankel, *Deutschland und westliche Demokratie* (《德国与西方民主》), Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1964, S. 71 f.

[10] Kant, *Über den Gemeinspruch*, AA VIII/S. 295. “为了掌握这些概念,根本上要将外在自由的概念、平等的概念和所有人意志的统的概念统领到一起。”也可参见 G. Gurwitsch, *Kant und Fichte als Rousseau-Interpreten* (《康德和费希特作为卢梭的诠释者》), in: *Kant-Studien* (《康德研究》), Bd. 27 (1922), S. 152.

[11] G. Gurwitsch, *Kant und Fichte als Rousseau-Interpreten*, in: *Kant-Studien*, Bd. 27 (1922), S. 148 ff.

[12] 也可参见 Ch. W. Hendel, *Jean-Jacques Rousseau Moraliste* (《让-雅克·卢梭:一个道德主义者》), Vol. I, S. 118; Bruno Schmid, *Sittliche Existenz in “Entfremdung”*, Düsseldorf 1983, S. 384.

[13] Kant, *Rechtslehre*, 264.