

SWORD & SCALES

剑与天平

——法律与政治关系的省察

〔英〕马丁·洛克林 著 高秦伟 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Sword & Scales

剑与天平

——法律与政治关系的省察

[英] 马丁·洛克林 著 高秦伟 译



北京大学出版社
北京·2011年

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2008-5135

图书在版编目(CIP)数据

剑与天平/(英)洛克林著;高秦伟译.—北京:北京大学出版社,
2011.1

ISBN 978-7-301-18148-5

I. ①剑… II. ①洛… ②高… III. ①法律-研究 IV. ①D9

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第234787号

书 名: 剑与天平——法律与政治关系的省察

著作责任者: [英]马丁·洛克林 著 高秦伟 译

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978-7-301-18148-5/D·2751

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: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 18印张 218千字

2011年1月第1版 2011年1月第1次印刷

定 价: 32.00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

译者序 为政治宪法而辩护？

马丁·洛克林 (Martin Loughlin) 教授现任英国伦敦政治经济学院法律系主任, 作为公法教授, 他的研究范围包括了宪法、行政法、环境法、地方政府法与计划法, 著作颇丰, 《剑与天平——法律与政治关系的省察》(*Sword and Scales: An Examination of the Relationship between Law and Politics*) 是他 2000 年的作品。应该讲, 法律与政治之间的关系是公法中历久弥新的议题。本书的作者以符号化的形象将两者之间错综复杂的关系展现给了读者。不仅如此, 作者还时而将我们带入到历史的长河之中畅快遨游, 时而将我们拉近到现实思考行政国家如何应对公民日益增长的福利需求。作者不仅文采斐然, 还善于提纲挈领, 并不厚重的书籍中涉及许多基本的概念, 包括主权、民主、正义、法治、宪政、自由、权利, 而这些均是我们需要认真思考并审慎践行的智识。

研究的缘起

在英国 20 世纪 80 年代中叶, 学者哈洛教授 (Harlow) 与罗林斯教授 (Rawlings) 在《法律与行政》一书中提出了最为著名的红灯理论与绿灯理论, 由此引发了诸多的学术争鸣和持续不断的反思, 马

丁·洛克林教授 1992 年的著作《公法与政治理论》，也对应地提出了“规范主义”与“功能主义”两种思维模式。该书翻译出版后，引发了中国公法学界的强烈关注。那么这样的划分究竟有什么实质意义呢？或者进一步讲，这样的研究究竟会对现实产生什么样的影响呢？

划分红灯、绿灯或者规范主义、功能主义，涉及对法律、对国家、对控制、对自由等内容不同认识，而如此的认识与架构将影响到整个国家的前行道路，因此有必要去深入研究。红灯理论认为法律是自治的并优越于政治；行政国家需要受到法律的制约与平衡；法院应依规则而裁决争议；法律应该增强个人自由，最小的国家将能够更好地实现个人自由。在此之下，不需要政治。而绿灯理论则认为法律其实就是复杂的政治话语，既不独立于政治也不优越于行政；政府并不是必要的、可容忍的恶，其积极的分配态度也受到人们的欢迎；行政法与规制的目标并不止于阻止坏的行政实践，而且还要鼓励、促进良好的行政实践；个人自由与集体自由均极为重要，国家应该加强福利法制建设。应该注意的是，英国前期的研究均主要聚焦于行政法，即使这些作家们拥有雄才大略，但也仅仅关注于公共行政，并未涉及法律的一般理论。从流派上讲，红灯理论源自戴西的宪法学说，但我们却无法寻找到绿灯理论的依据，黄灯理论、染色行为（a blue rinse，英国行政法上的第四种颜色，并非一种法律理论，而是指被称为“新公共管理运动”的做法，将私人主体的管理经验应用于公共部门，堪比染色）亦是如此。在交锋、混沌、改革（提议创建宪法、司法改革等）之中，马丁·洛克林教授慧眼独具，认为所有学说的背后事实上都是法律（特别是公法）与政治之间的关系问题，于是他开始了本书的写作。

政治

无论是古代西方还是往昔的东方，为了理解人类的产生与存

在,人们曾经编织了许多神话故事来克服恐惧与巩固现有的成就。通过神话故事,人们可以在知与无知之间形成和谐的关系。但是在现代,我们对“政治”的神话业已定位于国家与公民之间的关系了。在此背景之下,议会、行政机关与司法机关以及社会、公民发挥着各自的作用,促进与实现着公共的善。然而政治是否就是我们理解的议会多数决那样简单?回顾历史,似乎那些剧场式的争辩在如今看来仍然具有意义与诱惑,多数学者称之为“审议”。在本书中,作者鞭辟入里地指出审议并非是纯粹的投票,而是表明了作出民主决定的关键特征。理解这一点,对于我们坚持法治理念极为重要,正如原书的封底所言:“本书为法律人引入了大量有关政治思想文本中的重要议题,也为政治学家从事诸多政治研究提供了法律的视角。”例如,马丁·洛克林教授援引亚里士多德的分配正义(distributive justice)与矫正正义(corrective justice)说明法律与政治相互关联、互相交融的关系形态。洛克林教授先指出亚里士多德的分配正义“在本质上关乎政治问题”,而矫正正义则是“纯粹的法律问题”。但是通过一系列的分析,他却断言法律与政治交织在一起,密不可分。在第六章探讨矫正正义之时,呈现于我们面前的是英国的司法不可避免地 & 政治相关联;而在第七章探讨分配正义之时,20世纪英国行政法与福利国家的发展表明,政治与法律的纠结更加紧密,了解拉斯基(Laski)或者美国现实主义思想(American legal realism)的人对于如此的分析与结论并不会感到意外。

政治并未且也难终结、法治并未且也难独行是我们学习法律特别是公法时应该秉持的基本认识。政治需要通过审议,真正倾听与吸纳民众的意见,制定代表人民意志的法律。如果这一道路不通畅,“那么稳定社会秩序所依赖的文明道德也将因此削弱”,“也许最终的危险是自由—法律主义(liberal-legalism)可能会终

结——专制将不可避免”。评论者认为这些论述正是本书最为精彩之处,也是本书为英国“政治宪法”(白芝浩语)进行辩护的最佳立场。这样的观点不禁让我联想起了晚近中国宪法学界两种仅谈方法、无涉问题的“政治宪法学”与“规范宪法学”之间的“对峙”。或许这两种旨在提升中国宪法学研究水准的学说差异并不大,重要的可能依然是什么样的政治、什么样的法律(宪法)以及两者之间的关系的问题。因此,希望本书的翻译、出版能够为人们提供一些理论上的省思(如果不是简单地移植的话)。

法律及司法的角色

在本书中,作者纲领式地列举了三种具有影响力的法律定义。第一种定义将法律视为一系列的惯例规则,其由司法机关阐述与体系化,而法院作为普通法固有价值的监护者得以存在。第二种定义将法律视为社会意志的表示,由最高立法权力机关明确颁布。第三种定义将法律视为个人权利的表示,因而由公民与国家之间的关系特征来加以确定。三种定义对比鲜明、论据充分。作为惯例的法律表明公共行为的特定领域要受到司法机关的监督,主张一种与政治相适应的关系。作为命令的法律反映了法律是制度化的政治过程产物的理念,因而主张法律就是政治的工具。作为权利的法律展现了法律形塑整个政治过程的影像,因此为政治运行建构根基。

在这些不同的背景之下,司法机关、法官的角色持续不断地发生细微变化。时而他们是“一群隐居的法律人”,“司法机关的超然与职位的高贵是他们独立政治角色中的必备元素”。作者用正义女神的形象描述出了法律适用者——法院及法官的恰当角色。说他们是一群隐居之人,“公众必须要对司法的正直特征拥有信心。司法机关应被视为独立于政府与远离人民的产物,对此而言,他们

需要拥有所有支撑他们运作的东西”。时而他们的行为又像是“一台自动售货机”，作者援引马克斯·韦伯的假设指出法律包括了一套天衣无缝的规则，意味着每一种争议均有解决的办法，实定规则涵盖了所有的情况。审判的形式主义与司法角色的宣告理论相联系。法律是发现（于文本中）而不是创造；法官的角色在于宣告法律是什么，而不是在裁决争议的过程之中创造法律。司法机关也许会为法律提供更为精确的细节，但是司法决定的作出并不涉及政策选择的问题。于是“从它的顶端将法律文件与费用塞进去，利用推理、机械地读出法典化的条文，进而从底端吐出判决意见”。时而他们又是积极能动、介入政治的僭越者，政治机关要求进行最低与刚性处罚，从而维持秩序。但法官们认为自己有权审理案件，聆听各种证言，决定适当的刑罚。”英国的首席大法官认为，“最低的刑罚与正义必须根据每一个案件的具体情况而作出的原则背道而驰”。法官们担心这些建议可能会限制他们的裁量权，开始奋起反抗。于是作者列举了一系列的疑问，用以提示我们去思考：此项事件是否意味着司法进入到政党政治事务之中，形成了不可接受的入侵，或者整个司法介入到公众争议之中，从而促进了正义的实现？这是不是一个非民选的寡头群体嘲弄人民民主授权的例证，或者是一项在宪法之下为了保持议会与司法机关平衡的正当行为？法官不适当地介入到政治过程之中了吗，或者政治家不适当地干预了法律与司法的事务吗？

那么，作者为我们提供司法的合理角色了吗？尽管说政治与法律是“地域的工艺品”，并由“地方性知识的光芒”而指引运作，但人们还是要问有没有普适性的原则存在。在所有的公权力中，人们希望立法机关能够“海纳百川”，充分代表民意；希望行政机关能够“激流勇进”，充分保障民权；但对于司法机关，人们的态度总是摇摆于司法能动主义与司法克制主义之间，时而希望法官们能够

能动地参与公共政策的形成；时而希望他们能够超然于政治机关，克制且谦抑。通过分析，作者告诉我们司法是反民主的，法律人经常通过无偏见地坚持贵族统治的信念来缓和民主政治过程中的不确定性、无知的或者过于雄心勃勃的行为。唯有如此，“他们褊狭的观点与政府的宏大设计、他们习惯性的拖延与政府充满激情的雄心之间”（托克维尔语）才会产生制衡，民治政府所固有的恶习才能得以消除。法官也许偶尔会作出政治选择，但人们仍然希望司法永远是“静水流深”式的机关，只有那样，它才能得到应有的尊重，权力之间的衡平才能得以保障。

读者们可能还要追问：这样的结论对于中国有没有意义？

多重关系

接受这项翻译的任务，首先是被书名所吸收，因为在现实之中，至少有五对类似的问题可以比照探讨：法律与政治机制即法院与立法机关之间的关系；法律与政治行为者即法官与公务员、律师与政客之间的关系；政治科学与法律学之间的关系；法律与政治理论之间的关系；法律与政治价值之间的关系。而归根结底，仍然是要考量政治与法律之间的关系。不过，作者似乎并没有运用理论化的语言来解析多重关系，而是介绍了四个案例（本书中称为 *practical engagements*），涉及海湾战争、欧盟、两伊战争、刑事政策。透过这些影像，作者告诉我们不能运用一种维度或者单一思维去省察法律与政治之间的关系，不能轻易断言当今社会实现了“政治的结束与法律的胜利”。同时，作者似乎也一直在告诫我们要警惕自由—法律主义，因为法律并不能够为所有政治的争议提供解决方案。或许可以夸张地说，政治将使我们自由，没有政治，人类生活无法想象，法律也将暗淡无光。

事实上，本书远不止于论述了政治与法律的关系，作者引经据

典地介绍了许多政治文献(涉及柏拉图、霍布斯、洛克、托克维尔、施密特、罗尔斯等),介绍了诸多人类、国家的起源假说,分析了宪法、权利、行政权力等现实的制度结构,并结合国际、国内案例进行了解说阐释,他的目标是想理顺政治与法律之间的关系,进而实现宪政国家。如今,天平依然吱呀地摇曳于风中,斑驳的长剑难有其锋利,似乎均失去了它们的光芒。不过,作者仍然可以诉诸宪法、诉诸权利、诉诸自由、诉诸市民社会……,去实现他的目标。但倘若我们手中连剑都没有、心中也无天平,又何以实现“仁者不忧,知者不惑,勇者不惧”的为政之道?也许错过那曾经花满枝丫的昨天可以,但又怎能错过这芳菲嫣然的今天!

当然,作为著作,本书也存在一定的不足,如最为基本的,马丁·洛克林教授并没有对政治作出定义,相反他却给出了三种不同的法律概念,这似乎并不对等。为了解释法律与政治之间的关系,作者介绍了马基雅维利、霍布斯的国家观,以及威斯特伐利亚体系的瓦解、全球化带来的整合与分裂、欧洲联盟等等诸如此类,虽然各章节读来相当赏心悦目,但过于迂回曲折,读者并不清楚列举如此多的知识或者制度究竟能否呈现出法律与政治之间的关系。而之后,作者以肯定的方式褒奖了宪法主义与权利的发展,却并未深入分析这些成就的不足,这似乎远离了作者为政治宪法而辩护的主要目标。在结尾,作者言说剑与天平的符号已经不符合现今的生活,那么有没有新的符号,自由主义的法律观是不是、共和主义(republicanism,历史常常让人迷惑不解,较早建立起现代共和体制的英国,却没有很早展开对共和主义的研究)是不是,作者均未置可否。不过,总体来说,瑕不掩瑜,这仍然是一本好书,内容丰富、结构精巧、发人深思。

翻译是一件痛并快乐的事情,虽历经两年,亦难免有错,敬请指正。初稿译成时,我正好在日本,这个现代的国家,传统保护令

人惊讶。当然他们的政治也正在法律之下展开着富有激情的活动,应议员们的要求,本届众议院得以解散,回国当日,正是他们投票的日子(2009年8月30日)。校对的时间恰好在美国,当我参观费城独立厅时,解说员的态度同样令我惊讶,她说她们的宪法诞生于此,但肯定也是不完美的,任何一项制度均是如此。此时此刻正值美国“碧云天,黄叶地,秋色连波,波上寒烟翠”的良辰美景之时,我却在希望那并不是偶尔投影在波心的一片云。虽然你有你的,我有我的,方向;但是在这交会时总会互放光亮!

高秦伟

纽约哥伦比亚大学

2010年11月22日

前 言

我撰写这本书的目的在于为读者提供一个简洁易懂的课题介绍,其极为重要但是又常常被人们忽视,这一课题即法律与政治之间的关系。虽然这是一个仁者见仁、智者见智的课题,但是,总体而言,诸多的主张表明了论者们或者盲目假设或者明确断言,却很少有理性的阐释。本书的目标是检视这些假设或者断言,将它们置于分析框架之下进行评估,在此过程之中,我也将详细地说明自己对于这一课题所持的观点。

摆在这一目标与路径之前的紧迫难题在于法律与政治关系的问题本身已经被政治化,结果导致这一问题以两极化的方式表现出来:一种趋势是将法律视为道德推理的实践,这种做法导致法律超越了“纯粹”的政治,相反,另一种趋势是法律以某种形式成为政治的延续。对法律与政治之间的关系深思熟虑之后会发现,如果将二者限缩为竞争型的关系,省察的结果就不可能具有反思性。产生这些困难的主要根源在于二者价值以及行为特征之间的差异。因此,我们就有义务去研究某些根本性的问题。如果有关法律是政治的工具或者为政治行为提供规范性框架的判断并不存在共识的话,那么我们也许别无选择,只能探究它们的起源了。有鉴

于此,为了理解这对关系的特征,我们必须追根溯源地省察它们的历史。

所以,本书建基于我们可以通过考察法律与政治关联理念的历史而得到有价值的洞见。于是,我主要通过审视有关政治思想的经典文献来揭示这对关系的特征。柏拉图、亚里士多德、马基亚维利、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、托克维尔与柏克都是法科学生耳熟能详的名字。虽然每一位作者均为我们提供了有关政治框架下法律角色的形象描述,但是我对每一份文献是否在今天依然适宜于探知法律的特征表示怀疑。本书的特色之一就是通过对省察这些作者关于一些诸如正义、自由、主权、民主、宪政与权利课题的主要观点,来理解政治与法律之间的关系。即使这并不是重要的理论讨论,但是必须得到强调;我的主张是这些理念含义的论争丰富了所有实践性的争议,在争议中法律与政治相互纠葛在一起。如果不对那些根本性的历史与理论观点进行考察的话,那么在今天,有争议的公共政策问题就难以得到更为明智的解决。

因为我的主要目标之一是为法科学生介绍有关政治思想的重要文献,整本书中我将专门使用直接的引用而不是释义。这些文献皆准确地存在着,因为这些作者能够以极为清晰流畅的方式表达他们的观点,所以,我试图综合并形成较佳表述的做法肯定显得有些自负了。不过,虽然有历史过往者的特定结构,但是偶尔我也会以现代的方式措辞或描述,特别是当我感到原始文献有可能过于分散之时。

对于这一项目获得的帮助,我十分感激曼彻斯特大学研究支持方案组与该校社会科学研究生院的支持,同时也感谢 Audrey Morris 基金会的帮助。本书以前的观点曾发表于多伦多法律理论学术工作组的会议上,关于那次访问我还要特别感谢 David Beatty、Heather McAllister、Cynthia Langille、Larry Steinberg,尤其是 Brain

Langille。虽然 Abi Walker 并没有意识到自己的姓名会出现于此，但是她作为院长秘书的出色工作为我提供了我所需要的全部支持，从而促使我顺利完成了这项任务。我也感激如下为我早期作品提供了宝贵意见的人士：John Griffith、Dora Kostakopoulou、Tim Murphy、Thomas Poole、David Sugarman、Robert Thomas 与 Adam Tomkins。Neil Duxbury 负责执行这一任务并做了大量的事务，作为我“从地狱来的读者”，他总是提醒我保持中心意旨，论证要更加严谨充分，并尽他所能地让我避免隐藏起抽象术语及奇异段落之后的模糊与疑惑。事实上他因缺乏坚韧意志而未能成功。这份礼物还应该与 Chris Foley 分享，她精湛的编辑技术使得本书更具可读性。Richard Hart 首先建议我撰写一本关于法律与政治的著作。我确信他并没有希望真的能够付梓出版，但是最终我同意并接受了他的建议，同时我还想感谢他在印刷过程中所具有的耐心与效率。

马丁·洛克林

Dobcross

2000 年 2 月

目 录

译者序 为政治宪法而辩护?	1
前 言	9

第一篇 人类交谈中的法律与政治

第一章 政治与法律	3
政治的特征	7
法律的概念	10
权力与权利	14
第二章 世界形成的方式	20
神话与符号	24
秩序与无秩序	29
结论	35
第三章 实践中的诺言	37
海湾冲突	39
欧洲的捕鱼权	43
向伊拉克出售武器	46

犯罪与政治	52
纠葛的关系	56

第二篇 正 义

第四章 正义的影像	61
正义的天平	62
正义的法袍	64
朱斯蒂提亚的蒙眼布	65
正义之剑	68
司法的符号	69
第五章 法治的传统理念	71
正义的几何学原则	72
法律的黄金分割线	74
亚里士多德的法治理念	76
传统理念与英国宪法	77
第六章 矫正正义	83
法律的形式主义	86
英国的司法传统	88
斯派伦辛探险者案	92
故事的规训	95
结论	98
第七章 分配正义	102
重塑正义的几何学原理	103
正义与行政国家	108
司法在行政国家中的角色	109
追求同一性	114

第三篇 国 家

第八章 政治作为管理国家的艺术	121
伟大的存在之链	124
马基雅维利与国家的艺术	128
马基雅维利的遗产	132
第九章 主权	138
现代国家理念的兴起	140
政治秩序的基础	144
主权与法律	148
英国的国家传统	150
第十章 割裂的主权	156
主权、民族国家及当代趋势	156
全球化的挑战	159
欧洲愿景	163
议会主权	167
主权、法律与全球化	171

第四篇 宪 政

第十一章 社会契约	177
自然权利、盟约与政治秩序	179
社会的宪法	182
社会契约的传统	186
契约主义与法律	191