

贺海仁 著

法 人 民 说

FA REN MIN SHUO

FA REN MIN SHUO

中国社会科学出版社



贺海仁 著

法 人 民 说

FA REN MIN SHUO

FA REN MIN SHUO



北航

C1721492

中国社会科学出版社

D920.0
179

图书在版编目(CIP)数据

法人民说 / 贺海仁著. —北京: 中国社会科学出版社,
2013. 12
ISBN 978 - 7 - 5161 - 3339 - 2

I. ①法… II. ①贺… III. ①法理学 - 研究 - 中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 235677 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 任 明 周慧敏
责任校对 王兰馨
责任印制 李 建

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂
装 订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2013 年 12 月第 1 版
印 次 2013 年 12 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 21
插 页 2
字 数 373 千字
定 价 55.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010 - 64009791
版权所有 侵权必究

仓廩实而知礼节，衣食足而知荣辱。

——管子

序 言

自1911年中国社会建立共和制度百年来，中国政治哲学如果还有一以贯之的东西，人民主权论则当之无愧，这一点使中国社会缓慢、曲折却精准地步入现代性发展的轨道。改革开放时期的中国社会重新校准了现代性轨迹，通过实践理性重述了一切属于人民、依靠人民和为了人民的人民主权论。

法人民说是人民主权论的中国概念。作为解释现代政治制度合法性的工具性概念，它有简化和统摄现代性价值观和功能的功能。在通常的情况下，人们在表达现代社会的价值观时，不论书面阐释还是口头表达，往往将自由、人权、民主、公正、平等、法治等现代性概念一起言说，在行文或表达时略显冗长和不便，有挂一漏万的可能性。我希望用法人民这一术语整合自由、人权、民主、公正、平等、法治等现代性价值观念，以作为体现我国现代性价值体系的总体性概念，这一概念强调了法治、人权和民主，包含了自由、公正和平等诸价值观，甚至可以说，法人民理论的全部价值趋向在于实现人的自由和幸福，确立小康之后法理学的性质和方向。

人民主权说确立了人民在国家统治中的最高地位，取代了通行于传统社会的神义论及其他超验的国家正当性意识形态观念。在传统社会，国家权力不会来自于人民，人民作为被统治的对象无权对统治权提出异议或主张，更谈不上对统治权实施有科学、有效力的制约了。现代性降临之后，西方社会率先在国家领域展开了“除魅”的历史运动，成就了具有全新内容的“哲学上的突破”，在统治的基础、方式和目的等各个要素方面发生了根本性转变，形成了国家权力来自于人民、通过人民并为了人民的学说和制度，这也是我在本书中想要重述和论证的主题。

1865年林肯在盖提茨堡演说中言简意赅地提出政府合法性的三个维度，即民有、民治和民享（“government of the people, by the people, for the peo-

ple”)，通俗易懂地表达了政府权力来源、政府治理方法以及行使权力的目的。毛泽东在《愚公移山》中说：“我们也会感动上帝的，这个上帝不是别人，就是全中国人民。”把人民置于上帝或天的位置上，体现了人民主权思想的精髓，这是过去任何时代都不曾有过的事情。现代性是一个有待圆满和完成的承诺，在真实的历史环境中，虽然人民没有完全登上在天之位，更有不少人或团体打着人民的旗号僭越人民权力，但由人民占据“天位”的理念则不容质疑。用法人民的概念重述现代性价值观具有时代和历史的三重意义。法人民思想表达了人民自我统治的原理和方法，人民通过意志和理性在国家范围内实施自我决定和自我管理，不受制于任何其他超验的标准，确立了国家合法统治的出发点和基础，为我国作为现代性国家提供了合法性理据（第四章、第五章）。

国家统治的合法性的首要方法在于确立终极规则。中国社会自古便有论证统治合法性的语言逻辑和方式，最为显著者莫过于老子的表达。老子曰：“人法地，地法天，天法道，道法自然”，提出了具有等级效力的统治规则秩序。人法、地法、天法和道法的排列顺序有无限的讲法，归根到底说明了人无不在规则约束之下方为人的道理。人法是出发点，落脚点在自然法，人法最终要服膺于自然法。法自然要求满足人们“自然而然”的生活需要，儒家适时提出了“率性而为”本性，看到了“饮食男女，人之大欲存焉”的自然现象，不露声色地指出了人的“食色，性也”的自然属性，为道家的法自然思想提供了互补的材料，成为儒道合流的重要证据。不过，无论道家还是儒家都没有把法自然思想转化为具有现实人性基础的自然法思想，也没有借助于权利的观点推出法人民思想。自然法是本性的法、人性的法，只有借助于人权这一概念，自然法完成了向自然权利的过渡，把自然权利转化为具有政治功能的人权概念，使要求自然而然生活的人获得在此岸生存和追求幸福靠得住的承诺和保证。

从法自然到法人民转变是传统社会与现代社会分野的一个重要标志。在中国文化语境下，“法人民”是对老子“法自然”一词的推演使用，启用了法自然一词中“法”所具有的效法、依靠和根据等含义，但重要的是法人民概念引申出来的政治哲学思想，它以人民主权论为主线，包含了法治、人权和民主三个相互关联的内容。法治、人权和民主是三位一体的概念，法治是形，人权是用，民主则是体，统一于人民这个总体性范畴之下。法治的要义在于分配和限制国家权力，其目的则在于保障人权，而要使法治产生这样的效果则需要体现人民意志的良法，因此，法治、人权和民主相互依存、相

互支援构成法人民学说的三个主要面向。

改革开放之后成长起来的法律学人在学术渊源上同时承袭了马克思主义法学和西方自由主义法学，缺乏从自身的文化传统中吸取法治资源的自觉意识，认为法治起源并来源于西方社会，这种看法自有其道理。重读历史典籍，看到儒家人士批评商鞅变法产生了“法律大于君令，百姓从法胜于从君”效果（第一章），我是何等的震惊！商鞅固然没有提出限制君权的思想，但在变法实践中形成了“从法不从君”的真实局面。商鞅变法之后的几千年中国社会中，哪还曾出现过律大于君的局面呢？君高于法、官强于律的状况一直主宰着中国政治实践。汉廷独尊儒学之后，外儒内法的治国方略重人治而轻法治，倡内修而抑外治，削弱了法律的统治力量，混淆了法律和道德之间的界限，遂成为中国社会缺乏法治传统的主要病理。

“内圣外王”是中国传统知识分子安身立命的最高理想。在“志于道”的使命感召之下，传统知识分子生产、维系和发展了具有世界意义的伦理规范，高扬了知识精英的献身精神和利他主义的清风道骨，提出了人在各种行为领域从善如流的规范要求。然而，我们需要谨慎对待“士”与“士大夫”的关系，士人可指士大夫但不等同于士大夫，士魂也不等于士大夫精神。在士大夫与国家的关系上，士大夫精神中固然包含了限君的理想，流淌着天下为公的血液，但很难说入阁的士人能够完美地处理好修身与政治的关系，何况士大夫中存在着道德缺陷的“顽钝、嗜利、无耻者数辈”（朱熹语）。“与君共治天下”更多的是传统知识分子一厢情愿的说法，有自我提升的意思，但还没有达到历史共识的程度。退一步讲，即使这种状况存在，又怎样区分和甄别士大夫被收编进而与政治合谋的历史事实呢？在君权政治的大格局下，当新的历史变局来临的时候，原有的士大夫精神甚至有可能成为历史前行中潜在障碍（第二章）。

政府与社会有着极其复杂的互动关系，有什么样的人民就有什么样的政府，把所有的问题都指向政治精英和文化精英并不能解决所有的问题。中国社会深受儒家思想影响，让现代性法治在中国生根发芽并非易事。厌诉的普遍存在不可笼统归责于权利意识不发达，中国现代法治的方向性选择及其困境比理论解说更为复杂（第三章）。在国家理论上，民众难以认同国家是一种“不得不存在的恶”，人与人之间的关系也不会因宣称起源于自然状态下“一切人对一切人的战争”得以建构。毋宁是，中国政治哲学是在家庭的隐喻并以此为中心展开讨论的，除非消除了家庭观念或熟人关系观念，中国法治的成长必然呈现具有其独特性的性格，这就要求我们不是抛弃熟人关系而

是要对熟人关系作出新的认识和解释。

传统社会解体后,从熟人社会到陌生人社会转变成成为建构近现代哲学思想不假思索的前提,向陌生人社会进发成为不证自明的历史潮流。然而,从任何角度看,走向陌生人社会是对现代性的误判,它不仅与新熟人社会的历史事实不相符,也割裂了人与人之间自然的纽带关系,为熟人陌生化、陌生人敌对化提供了错误的理论指导。在陌生人概念中隐藏了敌人的影子,敌人概念则是留存至今的野蛮文化,正是在这一点上,野蛮社会不仅没有远离现代社会,而且以相当隐蔽的方式留存下来,陌生人理论应当对此负有责任(第六章、第七章)。重提新熟人社会不是复古主义的表现,而是要在人性需要的基础上重塑以新熟人为基点的人与人间的和谐关系,寻找现代性认同的社会学基础。现代性开启了自由个体走向权利的新时代,但享有自由的人不是孤立的单子,他或她只有通过自由重建新的人际关系时,由启蒙所开创的新时代才具有现实性和未来发展的动力。在新熟人社会理论的命题下,不是去熟人化而是再熟人化为现代性的发展提供了新的解释方向,而自由解构熟人关系和自由建构熟人关系具有价值均等的历史意义。

从人性的意义上,人总是会对自己熟悉的事物发生关联,本能地排除陌生的事物,在没有熟悉的事物的情况下拟制熟悉的事物恰恰体现人性的价值。在现代性社会,家的形式发生了变化,但家及其隐喻仍然存在于社会关系的各个方面。源于人性的“亲亲”原则没有变化,只是如何从“亲亲”走向“泛爱众”。每一个紧密的共同体,不论它们在形式有多么不同,都是对家的拟制和模仿。重新认识现代民族国家是理解现代性的关键因素。正如安德森所分析的那样,现代民族国家是一个“想象的共同体”,想象的方法来源于拟制的熟人关系,它用公民的成员身份代替了家的成员身份,但民族国家并没有消灭家庭成员关系。从发生学的角度看,人类文明究竟是如何产生的呢?牢记英国著名法律史学家梅因的话是重要的:“真的,如果没有其中之一,即‘收养的拟制’,准许人为地产生血缘关系,就很难理解社会怎样能脱出其襁褓而开始其向文明前进的第一步。”拟制的血缘关系与文明具有的直接关联,在某种程度上,人类进步的标志就是拟制血缘关系扩大化,它扩大了而不是缩小了熟人关系的领域。以揭示现代性的工具理性为要务的韦伯在其晚年孜孜追求体现了熟人关系的“法感情”的时候,不仅想通过这个概念逃出冷冰冰的现代性“铁笼”,也从历史社会学的角度展示了推动现代性背后的真正动力。

在当代社会,全球化是构成理论有效性的前提和新的内在视角。在全球

一体化格局下，从人类社会的角度上扩展新熟人关系的具有重要的社会学意义。世界人权宣言的起草者同意用“人类大家庭”、“兄弟般的精神关系”等概念处理新世界的人际关系，与其说是一种创新或采纳了来自中国或东方国家的观念，不如说重新发现了支撑人类社会的世界公民伦理身份（第十章）。不论世界政府或共和制度是否可欲，从观念上改造人类社会认同的基础是建构全球伦理社会关键的一步。现代人权理论包含了充满张力的多维度目标，但受害人的权利救济问题是权利哲学中的首要问题。按照霍布斯的理解，权利问题就是受害人的权利救济问题，它赋予了受害人认定自己是受害人资格以及受害人自我救济的自由，在理论上完成了权利主体与救济主体的高度统一（第八章、第九章）。受害人只有在享有人的主体资格的前提下才能获得来自法律和道德上的救济。人是普遍意义上的人，非人不是人，也就不享有人权。敌人不是人也不是受害人，对敌人而言不存在权利救济问题。谁拥有树敌的特权，谁就拥有了消灭敌人的无限权力。世界人权宣言所倚重的家庭伦理观念要求在世界范围内诉求一种“不被敌人的权利”，这种认识基于康德的人的目的论、德里达的好客论以及中国儒家的大同观念，但要把这样一些观念转化为行动，则要借助于人权的规范力量，让它成为反人类罪的有机组成部分，不仅从观念上也从规范的角度消除由来已久的敌我政治观。

托克维尔发现的大多数民主制度容易导致同样性质的暴政，威胁到了少数人的利益和权利（第十一章）。历史事实已经揭示，多数人的概念越来越成为不可靠的遁词，极易发展为打压少数人的堂而皇之地工具。在“我们都是少数人”的新的历史阶段，捍卫少数人的权利就是捍卫每一个人的权利，成就真正的民主观念和民主实践。民主的发展历史就是统治权从代表制走向代理制的过程，代理制的完善和扩大化趋势是衡量民主程度高低的重要标志，但由于地理、人口、年龄等客观因素，在穷尽代理的事项之后，要为代表制民主留下空间（第十二章）。根据这种认识，有必要建构统权和治权相分离的两权分离制度，就中国的民主实践而言，就是要建构以人民民主代表制为中心的新型民主制度。

民主的实践理性反驳了那种没有民主经济也能发展的反民主认识，回答了进一步改革开放对深化经济体制改革的价值。改革开放的总体导向是国家向社会和公民放权让利，这意味着来自国家以外的实践主体获取了自我决定的空间和自主权（第十三章）。虽然经济、社会和政治领域中的自主权的程度各有轻重，分别表现为经济领域中的自由型自主权、社会领域中的自为型

自主权和政治领域中的松绑型自主权，但它们共同开启了社会和个人自治的大方向。民主的实践理性成为改革开放三十年的内在动力，这一实践理性先于明晰的民主理论和成体系的民主制度，民主与经济的可持续发展成正比例关系，民主越发达，经济就越繁荣，这一命题被中国三十年改革开放的实践所证实。

20 世纪 80 年代以来的中国社会是改革开放的重要历史时期，对改革开放内在动力和方向的进一步梳理和解释的时代决定了我们这一代学人的所思、所言和所为。相对于“挨打”和“挨饿”的中国历史阶段难题，解决“挨骂”问题是小康之后中国社会的主题和历史任务，解决的总体方法就是要建构自由、法治和民主的新熟人社会（第十四章）。从小康社会到后小康社会是一个关键的历史时期。把从 1978 年到 2020 年称为小康社会时期乃是基于执政党的政治承诺，从“基本实现小康”、“总体上实现小康”到“全面建成小康社会”是对小康社会一以贯之的政治承诺。一旦全面实现小康的历史任务完成，对后小康社会的任务以及相关的新政治承诺就有必要提出来，小康之后的政治法律理论从现在开始就应进入社会科学研究的视野并给予严肃对待。

法人民说重复了人民主权论的精神，再现了每一个人都是自己的主人这一现代社会最为基本的道理。套用黑格尔的表达，虽然密纳发的猫头鹰要等黄昏到来才会起飞，但法人民学说的金树是常青的。在我们这个时代，法人民者就是遵循现代性道路但又没有忘本的人，他们的言说就是要营造时代的新精神，努力建构一个正义的或接近正义的社会制度，而衡量正义的社会制度的标准就是法治、人权和民主。就中国的情况而言，建构有中国特色的法人民制度只会加深而不会排斥对法治、人权和民主的诉求。

目 录

第一部分 法治的中国问题

第一章 法的统治与立国之道	(3)
第二章 士大夫精神的衰落与法治意识的觉醒	(28)
第三章 中国法治的自我建构和方向性选择	(55)
第四章 基本规范的中国实践	(77)
第五章 启蒙法理学与中国的法制建设	(101)

第二部分 权利语境中的新熟人社会

第六章 不被敌人的权利	(125)
第七章 免于恐惧的权利	(145)
第八章 受害人的权利救济	(162)
第九章 哭泣的权利	(178)
第十章 国际人权法的渊源与全球社会	(191)

第三部分 民主理论的新发展

第十一章 选举专制主义的起源	(213)
第十二章 双重代议民主制	(230)
第十三章 改革开放与中国民主的实践理性	(250)

第四部分 结论与展望

第十四章 小康之后的法理学	(275)
---------------------	-------

附 录

附录一 从“穷治”到“富治”：政治承诺与社会主义法律体系 形成	(295)
--	-------

附录二 政府违法定律与法制建设	(309)
-----------------------	-------

参考文献	(318)
------------	-------

跋	(323)
---------	-------

第一部分



法治的中国问题

第一章

法的统治与立国之道

所谓亡国，非无君也，无法也；变法者，非无法也。有法者而不用，与无法等。

——《淮南子·主术训》

先秦法家是人类历史上第一个以法命名的学派和思想体系，春秋战国时期的百家争鸣大景观也以儒法斗争为纲纪。然而，在历史乃至当代语境中撰写对先秦法家不具有否定性结论的文章需要有更多学术勇气，更遑论对法家思想的提倡和发扬了。历史上不乏饱学之士尝试为先秦法家做一些平反昭雪的工作，大多未能取得显著性效果。法律观念史的研究表明，对先秦法家整体上的排斥、轻视甚至污蔑是中国传统法律文化的特征，中国没有法治的传统，历代官员不敢以法学自居，民众观念上不相信法律，盖与此有很大的关联。商鞅是先秦法家的重要代表人物，也是身体力行的法律实践者，他通过法律的统治奠定了秦国统一天下的制度框架。21 世纪初，中国依然面临着强国、富民和中华民族复兴的历史任务，这促使我们有必要从内在视角再次审视和评估商鞅的法制遗产。

一、法律与战争状态

公元前 361 年，中国社会处于战国时期，天下处于战争状态。是年，秦孝公向天下发布求贤令。

昔我繆公自岐雍之间，修德行武，东平晋乱，以河为界，西霸戎翟，广地千里，天子致伯，诸侯毕贺，为后世开业，甚光美。会往者

厉、躁、简公、出子之不宁，国家内忧，未遑外事，三晋攻夺我先君河西地，诸侯卑秦，丑莫大焉。献公即位，镇抚边境，徒治栎阳，且欲东伐，复缪公之政令。寡人思念先君之意，常痛于心，宾客君臣有能出奇计强秦者，吾且尊官，与之分土。^①

招贤令是历史上绝无仅有的以国家名义招聘治国能手的邀请邀约，它回顾了秦国自缪公以来的历史，指出了秦国的时代困境、求贤目的以及求贤承诺。招贤令的意图在于富国强兵，提出强秦的两大目标：对内克服“国家内忧”，消除厉、躁、简公、出子等四世遗留下来的乱政局面；对外收复失地，恢复穆公时期的霸主地位。

卫鞅闻是令下，西入秦。入秦之前的卫鞅是魏国国相公叔痤的中庶子。中庶子实为门庭舍人而非国臣，相当于作为宾客的士人。^②历史到了春秋战国时期，士人已经成为一个独立的社会阶层，逐渐形成了独特的士文化。士人的总体特征是“游”，按照余英时的理解，“游”至少有两层含义：

第一是周游列国，寻求职业；第二是从封建关系中游离出来。他们代表着中国史上知识人的原型。^③

士子首先需要“安身”，然后才可以“立命”。士人的安身之本就是“学术”，即知识，德国哲学家卡尔·雅斯贝尔斯观察到：“在帝国解体的困境之中，在战乱和动荡的时代，孔子便是那些想通过他们的建议使国家得以拯救而到处游历的许多哲学家中之一员。对于所有这些哲学家来讲，出路便是知识。”^④先有学，后有术，不同之学规定了不同的术路。士人的专业各有差异，但最终都服务于治乱的共业——治乱是百家的共业，这一点司马谈说得最为明白。

① 《史记·秦本纪》。

② 私养门客是战国时期士人分化的具体表现，私养门客的制度化，正是和国君养贤的制度化平行的，参见余英时《士与中国文化》，上海人民出版社2003年版，第47—48页。

③ 余英时：《士与中国文化》，上海人民出版社2003年版，第602页。

④ [德]卡尔·雅斯贝尔斯：《大哲学家》（上），李雪涛等译，社会科学文献出版社2010年版，第128页。

夫阴阳、儒、墨、名、法、道德，此务为治者也。^①

根据章学诚的说法，自王官之学散落后，百家之学便登上了历史舞台。^②春秋之时，统一的王官之学被打破，形成了百家的局面，同时，“道术将为天下裂”，使百家“多得一察焉以自好”，士人根据自己的喜好研习不同的学派思想及其技巧，为安身立命提供本事。卫鞅作为卫国贵族理应学习六艺之术，却选择了“刑名之术”，走向法家之路。

刑名是法家的别称，但刑与名各有所指时则不能成就法家的事业。春秋之前，刑专指刑罚措施，适用于庶人和外族之人，还没有成为社会成员一体遵守的行为规范和普遍准则。名的出现以及对名的阐释使刑开始向法过渡。名家是百家之一的重要学派，但它的独立性没有儒、墨、法三家显著，盖因三家都把“正名”作为立论的前提和预设，使名家的主张自然而然地成为各自理论的组成部分，名家已内化在各个学派当中。何谓正名？正名就是立规矩。儒、墨、法三家均强调正名的重要性，儒家说：“名正则言顺，言顺则事成。”墨家说：“中效则是，不中效则非。”法家主张用法来立规矩，这个法不是自然法，也不是礼法，而是由君王或国家颁行的成文法。

商鞅少好学刑名之术，在其成年阶段又身处具有法家传统的魏国。《晋书·刑法志》云：“秦汉旧律，其文起自魏文侯师李悝。……商君受之以相秦。”魏文侯时期的魏相李悝是开启中国成文法传统第一人，在他担任魏相的时期，制定了影响深远的中国第一部较为系统的成文法——《法经》。《汉书·艺文志》列李悝的著作《李子》为法家之首，按照章太炎“著书定律为法家”^③的说法，法家的开山鼻祖应为李悝。据说商鞅入秦携带了李悝的《法经》，增加了商鞅入秦的传奇色彩，提高了《法经》的地位。传说归传说，真正重要的是这些记载显示了商鞅的法家本色。在与秦孝公的前三次会谈中，商鞅分别从五帝、三王和五霸等三个维度提出了治国之术，重点谈论的是德治或礼治，就仿佛是一个儒家之人向秦孝公推介以德治国的方略。只是到了第四次会面，商鞅才抛出以法家为路线的强国之术，令秦孝公“不自知膝之前于席也”，“大悦之耳”。商鞅与秦孝公的四次会谈透露出这

① 《史记会注考证》卷130，第7页。

② 王官之学是古代学术的总称，若用以教学，则分六艺，具体科目为礼、乐、射、御、书、教，但在实践中则以“四术四教”统之。《礼记·王制》云：“乐正崇四术、立四教。顺先王诗、书、礼、乐以造士，春秋教以礼乐，冬夏教以诗书。”

③ 《检论·原法》。