



人文精神与当代文化丛书

法治的是与非

——当代西方关于法治基础理论的论争

张丽清◇编译

YS ON THEORIES OF RULE OF LAW IN THE CONTEMPORARY WEST



中国政法大学出版社



人文精神与当代文

法治的是与非

——当代西方关于法治基础理论的论争

张丽清◇编译

ESSAYS ON THEORIES OF RULE OF LAW IN THE CONTEMPORARY WEST



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

法治的是与非：当代西方关于法治基础理论的论争/张丽清编译. —北京：中国政法大学出版社，2015. 8

ISBN 978-7-5620-6225-7

I. ①法… II. ①张… III. ①法治—西方国家—文集 IV. ①D904. 3-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 176555 号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 编辑邮箱 zhengfadch@126.com
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 12.5
- 字 数 300 千字
- 版 次 2015 年 8 月第 1 版
- 印 次 2015 年 8 月第 1 次印刷
- 定 价 39.00 元



总 序

观乎人文，以化成天下

法国思想家布莱兹·帕斯卡尔对人之所以伟大的概括可谓精道：

“人只不过是一根苇草，是自然界最脆弱的东西；但他是一根能思想的苇草。用不着整个宇宙都拿起武器来才能毁灭；一口气，一滴水，就足以致他死命。然而，纵使宇宙毁灭了他，人却仍然要比致他于死命的东西高贵得多；因为他知道自己要死亡，以及宇宙对于他所具有的优势。而宇宙对此却是一无所知。”

人仅是一根苇草。生命倏忽即逝，常伴苦痛悲哀。但他是一根会思想的苇草，他能发现他者的奥秘，能汲取万物所长，能反思自身的一切，能在顺天安命中坚韧前行，能将大悲苦化为大智慧。人的尊严，人的力量，人的伟大，全在于他是会思想的苇草。

思想使人成为一种文化的存在，换言之，文化与人同在。人要使世界“人化”，还要使自己“人化”，这是文化所包含的双重内涵。人不仅依照自身的方式理解世界，还用自己的想法

和希望把天然的外部世界改造为适合自己的人化世界。现今每个人观察他所生存的环境，随处都可以发现被改造后的人化世界的存在。同时人也“向文而化”，也可以称作“化人”。“化人”包括三个层面，一是以各种方式修饰、设计自身的存在形式，包括自身的外在模样、居住场所乃至饮食方式等；其次包括人的社会化，在人们所组成的不同群体间形成相对复杂的社会生活关系；第三个层面是为自己及其所在的不同层级的群体形成某种生活样式，也就是形成具有某种特性的文化体系，这是“化人”的最高形式。世界的“人化”与人本身的“化人”是双重交互的过程，在这个过程中，人创造了璀璨辉煌的外在文明，也衍生了丰富多彩的内在世界；个体为自己寻找到了绵延的意义，不同群体、民族、国家也因此具有内在的根基。

对人而言，文化是人之成为人的生存事实，是促使人发展、决定人未来面貌的主要因素。其中，人自身的“化人”，尤其是对于人何以生存、如何生存等问题的回答，即“化人”层面最高形式的探讨，具有更为重要的意义。如《周易》所言，“观乎人文，以化成天下”。

反观当下，世界“人化”的速度更显迅猛。科学和技术使人类的视野、活动范围扩展到以往人类无法想像的地步，人类生存的地球环境正在经历难以预测的改变，世界各国经济的发展及其结构、体制的变化同时带来新的矛盾和问题……世界的“人化”在促进人自身“人化”的同时更给后者带来严重的挑战。生活在当下的我们，已经充分感受到，两者的关系并非简单的相互促进。物质生活与精神生活的矛盾、科技与人文的冲突、不同文明之间的紧张似乎更加复杂和严重，“人类究竟该何去何从”、“人类的根到底在哪里”、“我们的心灵如何安顿”等古老的问题再次被重新提起。人们并没有在相对富足的外在世

界中建构充实的内心世界，人空虚、自我放逐乃至异化的现象，层出不穷。观乎人文，成为时代的呼声。

观乎人文，在当下中国尤其重要。中国在几千年的历史发展中曾创造出丰富、独特并极富魅力的文化，中国传统文化也渗透着浓厚的人文情怀。但随着现代化的进程，传统的中国文化受到严重挑战。近二百年来，各种文化思潮及主张伴随曲折的民族振兴道路冲突、融合，中国人在传统与现代、中方与西方交汇中苦苦寻找自身的精神家园。当代中国，意识形态以马克思主义为指导，而文化层面依然具有从传统到现代的转型特征，并在转型进程中日渐呈现多元发展的面貌和趋势。可以说，能为全民族真正认同、足以为国民信仰和信念支撑的精神文化，还正处于重建之中。伴随中国经济的发展，伴随思想问题的多元化与复杂化，当下中国急需构建一种符合时代潮流、民族特色、社会需要的文化路径。

人文精神与当代文化丛书，主要是中国政法大学人文学院几位青年教师，依托中国政法大学青年教师学术创新团队，出于对时代精神与中国现实的体认，力求结合自己的研究，探讨具有转型特质与多元趋势的当下中国文化发展的特性、面貌和趋势。我们的目的，是为最终推进当下中国的人文精神与文化风貌尽绵薄之力。丛书的组成相对灵活，凡是从某种角度揭示人类社会、历史、生活中存在的问题，能够蕴含文化的底蕴和品位，能够为中国文化的发展提供某种资源或启迪，都可收入丛书。

我们深知，人文精神与当代文化建设，问题宏大、复杂、艰深，意义深远，问题的解决尚需各方持续努力。我们也将为此矢志不渝。

感谢对于丛书的出版给予支持和帮助的所有朋友！同时特

别感谢中国政法大学出版社编辑丁春晖先生为丛书出版所做的辛苦工作。

张丽清

2012年1月10日

内容简介

围绕当代西方学者对法治基础理论的探讨，我们编译了此书。全书收录论文 14 篇，分为 5 个部分：当下法治理论的核心论争及全球法治发展前景考察（1~3 篇）；法治是否为人类生活实践所必需及某种理论及意识形态视角下呈现出的法治困境（4~6 篇）；衡量法治构成要素及发展状态的方法论探讨（7~9 篇）；法治与自治、民主之治及立法之间的关系（10~12 篇）；回顾法治思想史上著名的“富勒-哈特”论战，对富勒、哈特的法治思想进行再考察。

一、实证主义、理想主义两种法治观的比较及全球法治发展前景

实证主义和理想主义可谓法治基础理论研究中的两大主流流派。如果视法治为多元价值背景下的一种政治秩序形式，坚持实证主义法治观优于理想主义法治观，可谓当代西方法治研究的主流。西恩·科勒（Sean Coyle）的“实证主义、理想主义和法治”（本书第 1~42 页）一文论证了此中原因。科勒认为，法律实证主义（强调实践与规则）和理想主义（强调价值与权利）缘于对法治的两种解读，最终是两种政治倾向的区分、两

种“理性”的较量。对于追寻“依法而治”而非“意志政府”的统治而言，法律既要反映社会秩序也要建构社会秩序。实证主义和理想主义对此都给予认同，但为此提供了不同的描述视角和解决之道。通过对哈特“规则”与德沃金“原则”的论证，科勒解析实证主义与理想主义的重叠差异。实证主义认为，一套精心创制、具有权威的明确规则是带来社会秩序的唯一方式。哈特的“确认规则”及对规则“规范实践”的解读，延续了实证主义通过规则溯源确认规则有效性的传统，同时使规则保持了某种“开放结构”，但不能解决伴随道德价值的多元化，对规则解释的不一致而引发的法律不稳定的挑战。德沃金的“原则论”似乎是对司法自由裁量或者对规则解释的争论，但实质上并不如此，德沃金表达的是与实证主义不同的另一种法治观。德沃金认为法律秩序由权利发展而来，权利是秩序的源泉，而实证主义将权利理解为规则的结果。基于权利的观点认为，法律权威依存于价值观念，这些价值观念来源于一个社会对政治道德问题的自我反思；基于规则的观点强调，法律权威存在于忠实履行现有的共同标准和习惯这一职责。

至此，通过对权利更深刻的反思限制政府权力并维护个人权利，并在此背景下指导实体法及司法判决，对比政治战略的实证主义，似乎具有“理想”的优势。然而正是这种“理想性”，使具有普通法传统的法律工作者深感不安。普通法努力避免对道德和价值的抽象思考，坚持法律特殊、具体的道德本质（而非社会生活广泛领域的道德价值）及谨慎的法律推理思维。普通法法官认为，只有与每一案件的具体特定情境联系起来，才能获得对规则及规则背后的价值认识的稳定性。正义需借助

上下文得以理解，正义只能是具体情境中的正义。如果在抽象层面直接关注价值，可能导致以非正义的方式先发制人，预先判定未来案件，或者对具有争议的原则理解产生无休止的“反思平衡”。现有常规惯例及在实践中孕育的“规范”，虽然可能与每个个人的原初道德判断冲突，但总体上反映了整个社会的某种思想信念。实证主义的规则论并非与道德价值割裂，相反，是坚持了一种谨慎、有限并具体的道德观念。从这个角度而言，实证主义比理想主义更具有“理性”。规则对指导个人行为界限更具有现实意义，更能直接描述和提炼一个社会真实存在的共享价值，因而也能更有效地维护社会秩序。即使解决新的棘手案件，也需要一个具有共享经验、相对稳定的基本框架，而非依赖于雄心勃勃、宏大普遍的道德理想。

因此，作为一种政治秩序形式，实证主义优于理想主义。但科勒强调，这并不阻碍我们对实证主义与理想主义之间相互转化、相互促进关系的理解。实证主义和理想主义都是近代以后法学思想理论化和严整化的产物，都相信理性的力量和依法而治的社会治理目标，共同关注社会秩序和权利利益。实证主义一旦关注规则背后的价值和原则，就开始走向理想主义；理想主义一旦强调依赖明确的规则和清晰的标准来保障权利及其界限，就开始转向实证主义。政治观念的不同最终决定何种思想在法学中占支配地位。

一个社会当下受治于法治的事实，是否能保证法治状态的持续？布莱恩·塔玛纳哈（Brian Z. Tamanaha）在“法律工具主义与法治的张力”一文（本书第43~69页）对此表示担忧。塔玛纳哈担忧的主要原因源自法律工具主义对法治的破坏。塔

氏认为，高扬科学与理性的启蒙运动消解了法律具有某种内在统一和实质内容的观念。工具主义法律观（尤其在现代美国）大行其道。当法律被看作是实现某种目标的工具，一种“权宜之计”，律师和法官很容易工具性地运用法律，甚至影响对宪法的解释，法律作为规则的约束力将会丧失，政治也可能借此渗透于法律，法治将被严重削弱。

在全球范围内，尤其对发展中国家，法治如何实现与其他可欲的社会发展目标的良性互动？或者说，有没有单一、最佳的全球范围的“法治发展模式”？冉蒂·裴瑞布姆（Randy Peerenboom）在“法治的未来：此领域的挑战与前景”一文（本书第70~82页）中指出，没有统一的法治概念及完全一致的法治发展道路；对于发展中国家，推进法治需要从关注“内容”转向关注“方法”，从关注“改什么”转向“怎么改”，从关注“法治先进”的国家转向关注自身，寻找更适合自身的多样的发展道路；需要结合不同发展水平及社会政治条件，突出对特定制度、规则的实证研究。例如，改革次序是需要发展中国家结合自身情况必须关注的，结合某些国家的发展经验与挫折，“法治优先于民主化……越来越具有吸引力”。当法官能力不足或者腐败严重时，给予法官更多的独立裁量权并不能促进社会公平。司法独立必须与司法问责相平衡……法治进程必须结合自身的特定条件。同时法治改革具有“整体性”，必须加强各学科之间、理论和实践之间的互动，尤其需要专注本国问题的“本土专家”参与。

二、法治与乌托邦

法治是否是一种不可实现的理想？或者，法治并非是人类生活实践的必然和必需？上述两个问题朝向两个向度，共同点是都没有全心拥抱法治。本部分重点介绍对法治的反思、质疑甚至批判。

克里斯汀·西普诺维奇（Christine Sypnowich）在“乌托邦与法治”（本书第83~104页）文中，探讨了其所认为的重视“平等”、“民主”价值及“亲密家庭关系”与“少数群体”的“乌托邦社会”（主要指社会主义社会）与法治的关系。法治的程序主义是否限制朝向平等的努力？维护私人财产权是否会限制财产再分配能力？对法律的服从及程序标准是否削弱了对实质正义的关注并为平等道德的缺失提供了意识形态支持？如何看待议会民主与法治之间的张力？程序正义对“爱和关注”为核心的群体价值及社区和谐文化是否造成冲击？这些问题的回答，都与如何认识法治本质密切相关。西普诺维奇认为，法治并非单纯的程序主义，也不等于实质正义。法治的道德是被规范命令限制的道德，通过平等对待公民而追求平等，能够通过维护公民权利与民主相互促进，有助于实质正义的实现。“单纯的关爱”是对公共领域关系的“幼稚认识”。法治不仅不阻碍乌托邦理想，对推进乌托邦理想反而具有更积极的意义。

杰拉德·凯西（Gerard Casey）在其“无命令的法律”（本书第105~136页）文中将法律产生的要素归结为“具体化、稀缺、理性、关联和复杂性”，这里没有“国家、统治、强制力、命令”等概念！作为一个坚定的自由无政府主义者，凯西并不

认为“法治”是人类生活的理想范式，甚至反对国家立法。他支持从习惯法和自然法的视角看待法律，“法律不是强力支持的政府权威由上至下的命令，而是习惯上或者正义角度允许和不允许的行为界限。社会成员之所以遵守法律，是因为他们将其看作权利和自然之事接受，如果成员不遵守这样的法律，将被社会排斥甚至驱逐”。他认为，人类社会发展实践中，出现过或正存在着无政府或者半无政府状态下的法律秩序，例如爱斯基摩人、早期爱尔兰人及索马里人的社会秩序，这些法律以保护个人权利和财产为主要规则，注重补偿受害者的法律实施，阻止暴力解决争端的裁判方法，错误行为是对个人（侵权法）而非对国家的冒犯（刑法），惩罚的首要手段是经济罚款，为激励遵守判决结果采取贝克流放或逐出社会等措施。理性个人对自我利益的维护，而非国家立法，是产生正义的充分条件。如果法律面临实效性的难题，那只能是国家法。

托贝（Troper）的法律“现实主义解释理论”认为，法律适用需要借助权威解读规范，真正的立法者是法律文本的解读者，因此，“法治”不过是法官的治理。这样的论断在某些方面会打击我们的法治理想。维特根斯坦认为，托贝的理论夸大了解释的不确定性，实际上，规则的意义往往被社会中演进的习惯决定。只有当普通语言规则和习俗规范不能很好地确定某一表述意义时，才需要解读。这是否能使人们对法治确定性的渴望增加些安慰？长谷部恭男（Yasuo Hasebe）“法治及其困境”（本书第137~149页）文中认为，维特根斯坦“依循规则”的观点似乎成功缩小了托贝“现实主义解释理论”造成的法律文本及其运用之间的差距，但又暴露了法治逻辑中的另一个陷阱。

社会习惯大多模糊不清，不能概括为语义清晰的规则。对于“实质道德”的寻求更不能给与“标准答案”。法律规范的适用依然掌握在法律精英——律师或者法官群体中。追求稳定性与清晰性的法治，或许必须接受某种不确定性这一令人沮丧的局面。

三、如何衡量法治

探寻相对统一的法治概念、用一种更科学的方式衡量法治进程，是备受法治研究者重视的新兴研究领域。阿德瑞安·伯德纳（Adriaan Bedner）的“通向法治的基本方法—法治概念的要素分析”一文（本书第150~182页），力求探寻不同文化传统、不同规范秩序后可以对话的“法治通用语言”。伯德纳以法治被普遍认可的两项功能（阻止国家权力的恣意及不公平运用、保护公民的财产与生命免受其他公民的侵犯）为切入点，运用目的论、社会学和分析学方法将法治“分解”为如下三大要素：程序性要素（法制、政府行为受法律约束、形式合法性、民主），实质性要素（所有法律及其解释依据基本正义原则、保护个人权利和自由、促进社会人权、保护群体权利）和控制机制要素（独立的司法、法治要素的其他保护制度）。伯德纳还演示了如何运用此要素分析模式对一个国家法治发展状态进行实际考量。作者提出的“法治要素分析框架”还是概略模糊的，不同要素之间的关系、对法治的意义等问题都待深入探讨，但这样的方法论研究有助于推动关于法治内涵的对话，有助于切实认知、衡量法治发展进程。

汤姆·金斯伯格（Tom Ginsburg）认为，衡量法治面临诸多

困难。结合已有的社会科学研究中的某些原则，或许能为此研究提供借鉴。“概念化”和“衡量标准”是需要衡量法治的研究者特别注意的两个方面。首先，法治的概念化是否绝对有益？单纯将分离的要素进行堆砌式整合，不划分此概念及其相邻概念、主概念与从属概念的关系，使用“统一的衡量标准”变得漏误百出。衡量标准的选择应该尽量实现三种考量：有效性（是否在衡量指向的目标）、可靠性（能否能用一致的衡量标准重复衡量同一现象）和偏向性（是否在创造真正的价值）。在衡量法治过程中，很多衡量标准则只注重某一种考量，使衡量结果出现偏差。例如运用投资指标考察商业环境，再如部分学者得出所谓“法律渊源”影响法治表现的分析结果。衡量法治的研究中，尤其需要谨慎对待衡量结果。以防某些结果成为某种自我确信，最终反而阻碍改进的步伐（见汤姆·金斯伯格：“衡量法治的困难”，本书第183~197页）。

毛里茨·巴伦德雷赫特（Maurits Barendrecht）的“法治、衡量与责任：需要自下而上解决的问题”一文（本书第198~230页）以医疗产业为范例，提出衡量法治的状态和过程需要调查“责任机制在共同作用及相互冲突下的结果”，一个国家法治的最终衡量标准可能是其“预防与解决最急迫问题的能力”。相关法律干预措施可以关注具体、急迫的问题，选择可得的最佳“治疗方法”，并对过程进行系统的衡量。强化法律体系要素，如支持进行法院体系的建设、法官与检察官的培训、整体授权以保护产权、整顿警察部门，是自上而下的衡量路径；关注司法裁判的进程，或者说“通向正义”的进程（穷人的可用选择、问责机制的启动）及结果、法律援助和法律服务方面的努力，

则是自下而上的衡量过程。自上而下衡量法治及其结果的路径目前已经遇到日益增加的困难。如,“世界正义工程”(WJP)衡量法治的最新框架(法治索引3.0版),主要是基于法治概念的自上而下的衡量。法律与其约束对象之间的准确关系在围绕法治的讨论中尚未受到恰当关注。受经济及医学产业衡量指标的启发,作者提出将法治延伸出概念领域而从人们的生活经验的角度进行考察,通过出现问题—参与方责任分担—解决问题—预防问题为具体方案。围绕“责任”一语衡量法治显得极其重要。寻找不同场合中责任的划分、评估、承担是从经验生活出发、衡量法治的有效途径,这种自下而上的视角使法治具有可操作性。法治标准的评价,与当事人对法律解决问题结果的满意度的评价密切相关,相关评价标准(例如发言权、参与度、平等性、损害的回复、公正性等)可以整合于一个衡量体系之中。对于制度的需求可能是在法律、治理与纠纷解决机制领域所发生的所有事情的最终动因。因此,自下而上、围绕“责任”概念是衡量并推进法治进程的有益路径。

四、民主、自治与法治

有观点认为,法治能尊重并推进个人自治,这也是法治具有道德价值的原因之一。里卡多·加西亚·曼里克(Ricardo García Manrique)却试图毫不留情地打破人们对法治这种功能的幻想。他以一种逻辑分析的方式,论证法治不能从与个人自治的关系中获得道德价值。他认为,法治既不是尊重个人自治的充分条件,也不是倡导个人自治的必要条件。自治能力“要求一个人拥有很多道德上可接受的选择”。显然,单纯适用现有的

一条规范或一套规则并不能满足这一要求。借助恰当颁布与实施的规则，在预知自己的行为结果后仅在行为或不行为之间进行选择，这并不能提高人的自治能力。也许可以说，“认知事实的自治”（思考、选择的纯粹能力）是法治的必要条件，但并非“作为道德、政治理想的自治”（在无他人胁迫或拘束情境下进行的思考或做出的选择）。也许有人辩驳说，即使法治本身没有赋予任何程度的自治，但没有法治，自治将无从谈起，也就是说法治起码是自治的必要条件。但曼里克认为，“道德行为的必要条件不必然论证这一行为具有道德价值”。例如你有道德义务探望父母，但乘火车去探望父母，是实现这一道德行为的必要条件，但不能说乘火车本身是一个道德行为。更有甚者，他提出，如果法治是尊重促进自治的一个必要条件，也可能是系统侵犯自治的一个必要条件。曼里克似乎完全否认为法治添加任何“道德价值”的光环。当然，需要注意的是，在他似乎严密的逻辑推论背后，其大前提是坚持形式法治（参见里卡多·加西亚·曼里克：“自治与法治”，本书第231~257页）。

民主和法治的关系，是当代关于法治或民主研究中的重要议题。约翰·费内中（John Ferejohn）、帕斯考里·帕斯奎诺（Pasquale Pasquino）在“民主之治与法治”（本书第258~275页）文中指出，民主与法治之间具有张力。当法律机构成功宣布法律对社会行为具有广泛的规制权时，民主会受到限制；反之亦然，当议会宣示主权权威制定法律时，司法就处于从属地位——法官至多是立法代理机构或法律的解释者。就此可以认为宪法的核心问题，是如何使“政治家和法官获得制度上的平衡”。从欧美政治与法律发展实践而言，尽管实践过程不完全同