

人博 程燎原 著

法理文库

法治论

山东人

王人博 程燎原

著

法治论



图书在版编目(CIP)数据

法治论/王人博,程燎原著. -2版, - 济南:山东人民出版社,2001.1(2004.1重印)

(法理文库/徐显明,谢晖,王人博主编)

ISBN 7-209-00585-4

I.法... II.①王...②程... III.法治-理论研究 IV.D902

中国版本图书馆CIP数据核字(2000)第80173号

法 治 论

王人博 程燎原 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)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168毫米32开本 14.25印张 4插页 340千字

1989年12月第1版 1998年7月第2版

2004年1月第5次印刷

印数10001-12000

ISBN 7-209-00585-4

D·153 定价:24.00元

法理文库

主编：徐显明
谢 晖
王人博

山东人民出版社

第二版序言

如果说,学问的品格主要在于科学的态度和对人予以真切的关怀,相信不会受到什么诘难的。我们一直认为,在这两种必备的品格中,后者是更重要的方面。我们不能赞同那种自诩为以价值中立作为学术研究指导方针的观点。实际上,每个学问家从选题到研究方式(包括方法和角度)直到结论的形成都受其价值观的支配。学术研究不仅必然而且应该带有研究者的价值取向。

当初,选择“法治”,并进而选择“权利”的题目,可以当作上述观点的一个行动表现。阿诺德·汤因比说:“人类观察者不得不从他本人所在的空间某一点和时间某一刻上选择一个方向,这样,他必定是以自我为中心的,这是成为人的一部分代价。”照此说法,我们有两件可以以为幸的事:第一件是生在农村,这使我们无须费力调查仅须细心体验观察就可以了解到真实的中国。在以农民为主体的中国社会里,作为农民的儿子,我们的确可以自信地宣称,我们更理解中国的大多数,理解我们的父辈和兄弟,理解他们的所思所欲,从而能够自始至终地坚持从大多数中国人的

立场思考问题。另一件是,我们赶上了一个伟大的时代,它的主旋律是前一个时代的产儿——改革和现代化。历史的确以戏剧般的手法验证了古人关于“祸”、“福”互变的辩证的原理。一个我们成长于其中的灾难的年代作为历史渐渐退居身后,而留在心头的阴影又使人们警醒,并进而使法律史向着一个较明确的方向——法治——延续。选择“法治”和“权利”就这样由我们身在其中的时空所决定。在此,我们不想表明自己对曾经的成果的满意程度,但仍然可以告诉读者,对《法治论》和《权利及其救济》*两书自始至终贯彻的立场,我们是极其满意的。

我们承担了抉择的代价,如果从功利出发的话。不过,真实地说,80年代我们选择这个题目及其研究角度时,根本就没有考虑现实的功利因素,惟觉它是兴之所致使命使然,对它的遭遇少计较。记得当时有同事劝导:在这个问题上,执拗是不明智的。如果的确是不明智,那也只好如此。当时我们这样想,现在依旧。

今日不断变成昨日,现在不断化作历史。很意外的收获是我们的努力竟也博得一些理论界师友的理解、肯定和支持。过去的几年里,《法治论》和《权利及其救济》两本书经常有被索购而未果的事发生。今年4月,山东人民出版社的李怀德君同我们商量出两书的修订版,我们欣然应允,视为快事。

此次修订,主要是针对文字标点的错讹和个别段落作了一些删改。另外,原《法治论》第四章,由于众所周知的原因,少作文字处理后以附录收入,望仁厚的读者给予谅解。

作者

1998年5月于重庆歌乐山下

* 初版书名为《赢得神圣——权利及其救济通论》。

目 录

第二版序言	(1)
-------------	-----

上篇 法治:思考的历程

第一章 古希腊、罗马人的法治观	(4)
-----------------------	-----

一、“伟大的对话”:古希腊人的人治论与法治论	(4)
------------------------------	-----

二、罗马人的“以法为据”	(14)
--------------------	------

第二章 西欧人对法治的探讨	(21)
---------------------	------

一、英国的法治主义和法律主治论	(21)
-----------------------	------

二、法国的法治理论	(36)
-----------------	------

第三章 美国人对法治的理解和设计	(49)
------------------------	------

第四章 当代中国关于法治与人治问题的论争	(72)
----------------------------	------

一、思想解放与法学萌动	(72)
-------------------	------

二、法治与人治问题的纷争	(76)
--------------------	------

三、讨论过后留下的思索	(84)
-------------------	------

中篇 法治:理论的探索

第五章 法治概念界说	(91)
一、法治概念的困惑	(92)
二、法治概念方法探寻	(98)
三、法治实体价值与形式价值的界定	(103)
第六章 法治实体价值探微	(110)
一、引子:法治价值入口处的探寻	(110)
二、法治实体价值之一:权力的合理位置	(118)
三、法治实体价值之二:自由与法律	(126)
四、法治实体价值之三:权利与义务	(135)
第七章 法治形式价值论说	(143)
一、法治形式化原则的起源	(143)
二、法治形式化原则之一:普遍性原则	(158)
三、法治形式化原则之二:可操作性原则	(163)
四、法治形式化原则之三:至上性原则	(169)
五、法治形式化原则之四:程序正义原则	(179)
六、法治形式化原则之五:法律组织职业化 原则	(184)
第八章 法治状态剖析	(189)
一、法治的观念模式	(190)
二、法治的制度框架	(200)
三、法治的组织结构	(211)

四、法律秩序	(222)
五、法治状态的整合模式	(228)

下篇 法治:实证的分析

第九章 西方资本主义国家法治发展模式的追寻 ... (235)

一、法治的胚胎:古希腊、罗马的法制发展	(236)
二、从“法”个人走向“法”国家:法国及欧洲大陆 国家法治发展模式	(244)
三、传统与革命:英国资产阶级法治发展模式 ...	(254)
四、“宪法主治”:美国资产阶级法治发展模式 ...	(263)

第十章 新中国前三十年法制透视 (273) |

一、新法制的初步预言	(274)
二、1949:新纪元	(280)
三、1954:伟大的奠基	(286)
四、1957:风云突变	(294)
五、1966:走向悲剧	(309)
六、1976:“拨乱反正”中的徘徊	(316)

第十一章 十年法制:反思的方法与尺度 (319) |

一、十年法制:反思的方法	(319)
二、十年法制:反思的尺度	(328)

第十二章 十年法制:法治进行曲 (336) |

一、十年法制发展的契机	(336)
二、十年法制发展的目标:法治	(349)

三、十年法制的全方位拓进	(371)
第十三章 十年法制:法治发展中的冲突	(384)
一、冲突之一:传统法文化与法治发展的冲突 ...	(385)
二、冲突之二:传统道德观与法治发展的冲突 ...	(390)
三、冲突之三:法的实效与法治发展的冲突	(401)
结束语	(412)
附录 苏联人对法治的思考	(413)
一、法治国家思想的确立:法制思想的历史性 转变	(413)
二、“惨痛的历史篇章”	(417)
三、苏共的“法治国家思想”	(428)
四、苏联法学家对“法治国家思想”的探讨	(434)

上篇

法治： 思考的历程

法律是人类文明社会的一种实质性要素。然而,历史展示给人类的,不仅仅是法律的辉煌,而且还有法律的悲哀。这其实也是人类本身的辉煌,或悲哀。于是,人类不得不在自我认识的同时,也对法律进行思考:人类文明社会应当如何运用法律这件既可建设、又可破坏的武器?法律应当追求什么价值?法律、权力、自由之间的关系怎样建立?法律是否应具有超人的权威?哪种社会政治结构更适合于将法律导向成功之路?数十个世纪以来,思想家、法学家们对这些最基本问题的探索,在一个方面,构成了法治学说的历程。

是的,在法治学说这块已被开垦耕耘的田地里,我们会有许多收获;法治学说史中的那些精辟与深湛的卓越见识,将使我们获益匪浅。

当然,面对这偌大的世界和悠长的历史,也限于本书的主旨,我们只能对各代名家略作勾提,而不可能作包容一切的探视和追思。

让历史上的那些大家自己走到我们面前吧!

第一章

古希腊、罗马人的法治观

古希腊、罗马,古典世界的伟大文明发源地,各以其独特的精神、思想和制度极其有力地参与西方后世文明发展的历史进程,从而给西方文明留下深深的烙印。在法治观方面,这个已十分悠远的古典时代,对于近现代社会的人们却并不陌生,它是近现代政治哲学家、法学家们不断涉足溯源的宝岛。

一、“伟大的对话”:古希腊人 的人治论与法治论

大智大慧的古希腊人,首开西方法治理论之先河。当奥林匹斯山众神之首宙斯把法律作为他最伟大的礼物赐予给人类的时候,法律周围就绕上了神佑的光轮,在古希腊人的心目中,法律就成了神圣的、应绝对效忠的至上秩序。后来,即使渐渐地不再把法律看作是不可改变的神授律令,而认为它是一种完全由人类或世俗组织创造、设定并且可以更改的规则,古希腊人也仍然承认法律的统治地位,把尊重法律和自由并论为实现他们的

政治理想——城邦生活的和谐(“善”)——的两个基本政治准则,主张自由就是人只受法律约束,法律比人还要有权力。^①毕达库斯最早提出“人治不如法治”之说。作为“希腊的学府”的雅典城邦,在梭伦立法之后,“进入‘法律’统治,亦即希腊语所称为优鲁米亚(Eunomia)时代。……希腊城邦制度中的法治传统,遂于此奠定。”^②因此,古希腊城邦政治制度实质上就是法治;城邦共和国也就是“宪政国家”或“法治国家”。

古希腊人的法治观,不仅外化于城邦组织、生活和政治制度之中,而且蕴含于两位富有创造性的伟大哲学家即柏拉图和亚里士多德的哲学理念和社会政治理想之中。有趣的是,古希腊的城邦组织和制度早已作古,但柏拉图的《理想国》、《法律篇》和亚里士多德的《政治学》却千古彪炳。充满魅力的思想有时比公正的制度更为不朽。

柏拉图(Plato,公元前428—348年)作为一个伟大的哲学家,一生涉猎广泛,著述丰盈。在法律哲学上,他经历了从人治观向法治观的转变,从《理想国》向《法律篇》的转变。

在《理想国》中,柏拉图从“善”的概念或美德即知识的观念出发,构建了“一长串的乌托邦中最早的一个”乌托邦(罗素语)。这个乌托邦是哲学家对自己政治信念的确定,对社会理想的憧憬,也是对哲学家心目中理想国家模式的勾画。乌托邦由了解善的人或代表知识的人即哲学家来统治和掌管,哲学家在国家中拥有决定性的权力。在一个国家中,真正的太平盛世,得力于哲学家获得政治权力或握有政治权力的人奇迹般地成为真正的

① 博雪在《万国史论》中说:“自由这个名字,在罗马人和希腊人的想象里,就是这样一个国家:那里的人只受法律的约束,那里的法律比人还要有权力。”(孟德斯鸠:《论法的精神》上册,第331页原编者注35,商务印书馆1961年版。以下引此书,不再详注)

② 顾准:《希腊城邦制度》第125页,中国社会科学出版社1982年版。

哲学家。唯有哲学理论与政治权力的结合,才能消灭国家的恶行,实现最大的善。这是柏拉图为理想国家设定的实质性和典型性的社会原则。这个社会原则是贤人治国或“知识专政”(萨拜因语),它构成了《理想国》中一切法律论点的基础。根据这个原则,法律被完全合乎逻辑地省略了——理想国家是靠哲学家的智慧和知识而不是靠法律来掌管的,因为“用法律条文来束缚哲学家——国王的手脚是愚蠢的,就好像是强迫一个有经验的医生从医学教科书的处方中去抄袭药方一样。”^① 柏拉图明言:对于优秀的人,关于商务、市场、契约、公安、海港的规则等,无需一一订成法律,需要什么规则,他们自己会容易发现的。而且,国家统治当局,特别是哲学家——国王和法官在无法律规定规定的情况下,拥有很大的自由裁量权,可以随意发布命令和司法。所以,柏拉图认为没有理由要尊重法律并使之成为国家的最高权力。这样,哲学家将法律完全排除在理想国家之外,他宣判了法律的极刑,并把它尸骨埋葬在理想国家的思想结构或逻辑体系中。尽管柏拉图立论的重点在于明哲(智慧)而不在于王权;他的本旨是:尚法不如尚智,尚律不如尚学。^② 但实际上只能是,哲人治国之道变成了人治之道。亚里士多德就此评论道:柏拉图制定的那种政体,包含种种危险的因素,隐伏着种种危险的根源。

但是,《理想国》所提供的普遍的社会原则,只能存在于柏拉图的抽象理念之中。古希腊社会、尤其是雅典社会的现实,没有留下实现哲学家理想国家模式的基础。柏拉图从雅典民主政

① [美]乔治·霍兰·萨拜因等:《政治学说史》第92页,商务印书馆1986年版。以下引此书,不再详注。

② 参见亚里士多德:《政治学》1286^a注,商务印书馆1965年版。

治、僭主政治和法律制度中发现了这些国家模式的缺陷和弱点,^①从而苦心孤诣地构思出被一整批乌托邦哲学家奉为典范的理想国家模式。但这一模式又偏偏与古希腊人的最高道德价值^②背道而驰。同时,这一模式也背弃了希腊城邦制度的法治传统。因此,理想国家模式不具有在现实的社会中实现观念条件和价值基础。这使得柏拉图不得不重新考虑自己对待法律的态度。此外,柏拉图的惨痛经历,^③也使他对理想国家模式产生了失望感。哲学家似乎手捧着劳神苦思而成的《理想国》,站在实实在在的尘世间叹息:人间的现实国家毕竟不是理想的天国。惨痛的经验告诉他,一种个人管理所有人类事务而不承担责任和不受约束的制度,必然产生非正义。于是,他稍稍放弃玄想,为恢复法律在国家中的地位而努力。法律又开始回到柏拉图的心中,成了他在《法律篇》中设计的另一种国家统治形式——“第二等好国家”——的核心因素。法律被平反昭雪了。平反昭雪是悲壮的,但却值得欢迎和赞誉。

《法律篇》是柏拉图面对政治现实的一部法哲学力作。这部著作的中心论题,就是确立和描述一种新的国家统治形式,即“法治国”。在柏拉图看来,法律是“第二等好国家”的统治者,即这个国家是奉法律至上的政府,统治者和臣民都服从法律;这个国家的人们(包括官吏)应受法律统治而非强迫性的统治。他认

① 民主政体利用法律处死了柏拉图极为尊崇的老师——苏格拉底,无疑使柏拉图对法律不怀好感。

② “希腊人在法律之下个人自由的意义恰恰是城邦的要素,而希腊人对这一要素赋以最高的道德价值,并认为希腊人之不同于野蛮人就在于具有这个要素。”(乔治·霍兰·萨拜因等:《政治学说史》第93页)

③ 柏拉图几次试图在西西里的叙拉古城建立理想国家,结果均告失败,他自己也因之屡遭不幸:被卖为奴隶(后幸得昔勒尼人阿尼刻里赎回并送回雅典),甚至险些被处死。