

# 民主法治 之道

Minzhu Fazhi Zhidao

李林 胡水君 编

中国社会科学出版社

# 民主法治 之道

Minzhu Fazhi Zhidao

李林 胡水君 编

中国社会科学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

民主法治之道/李林、胡水君编. —北京: 中国社会科学出版社,  
2008. 10

ISBN 978 - 7 - 5004 - 7261 - 2

I. 民… II. ①李…②胡… III. ①社会主义民主 - 研究 - 中国  
②社会主义法制 - 研究 - 中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 151279 号

出版策划 任 明  
特邀编辑 成 树  
责任校对 王应来  
封面设计 弓永碧  
技术编辑 李 建

---

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 ( 邮购 )

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂 装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 10 月第 1 版 印 次 2008 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710 × 980 1/16

印 张 30.5 插 页 5

字 数 525 千字

定 价 60.00 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发行部联系调换  
版权所有 侵权必究

# 前 言

这是一本纪念中国社会科学院法学研究所法理学研究室初创 50 周年、正式成立 30 周年的学术文集。

法理学研究室的前身是中国科学院哲学社会科学部法学研究所第一研究小组，创设于 1958 年。1978 年 9 月，中国社会科学院法学研究所正式建立国家与法的理论研究室，也就是后来的法理学研究室。自成立以来，法理学研究室发表和出版了大量有助于推动中国的权利和法治进程的学术著作，也培养和造就了一些具有较大影响的学术人才。

这本文集的作者都是曾经或正在法理学研究室工作的学者。所收文章是已经发表但仍有一定现实意义的学术论文。除一篇书评外，其他论文都发表在《中国社会科学》或《法学研究》上。编入文集时，一些论文有新的修改。这些论文，主要涉及法理学研究中权利、民主、法治、法学四个论题，体现了法理学研究室学者长期以来对道、政、法、学的领悟和研究，其间也多少透出秉承根本道理从事学术研究、探求政道法理的历史传统。编选这些论文，虽是为了纪念，但初衷也在于形成一部可以流传的法理文本。

2008 年，有太多有意义的历史大事值得纪念，我们也以这部文集纪念改革开放 30 年来的中国法治实践和法学研究。

编 者  
2008 年 6 月

# 我记忆中的法理室

信春鹰

20世纪80年代，中国社会科学院法学研究所在中国法学界享有很高的地位。特别是法学理论这一块，有吴大英、刘瀚、李步云、周新铭几个大学者的名字在几家大报的理论版频频出现，颇有些独领风骚的意思。

然而，法理室的办公室在当时堪称陋室。1981年，我从研究生院毕业分配到法理室工作。当时法理室人数较多，故办公在一楼的进门往左手拐的第一间大办公室，大概是现在会客室的位置。桌子椅子都很破旧。屋子小而人多，桌子少而椅子多。门口的一张桌子是共用的，上头堆放了一大堆信件。每周返所日我做的第一件事就是开信箱，把信件取出来，放在桌子上让大家自取。收信人不清楚的或者无人领取的总是越积越多，慢慢桌子上堆得像小山一样。整个办公室给人的印象乱七八糟，一点也不整洁。但几位先生的优长和特点，我在做学生时就已逐渐熟悉。

吴大英教授是室主任。他内心孤傲，卓尔不群，对学生学习要求也特别严格。吴大英老师做学问的特点是严谨、系统，对文字的标准极高。他本人是那种对文字和文章有特殊天赋的人，文章不打草稿，想好了一气呵成。在那个用稿纸写稿子的年代，他的文章到了编辑那里几乎连一个标点符号都不需要改动。如果学生写了一个错别字被他抓到，一顿严厉的批评不可避免。在他看来，写错别字是能力问题也是态度问题。学外语，他不像现在的外语教学那样，注重语法，做题库，而是给你一本外文原著要求你翻译，他认为语言是在表达中体会的。在生活上，他特别随和。在那个物质匮乏的年代，吴先生经常请我们吃饭。常去的地方是灯市西口的翠华楼。翠华楼是国有饭店，据说当年曾经招待过基辛格，拿手的一道菜叫桃花饭。从翠华楼横穿马路到西口，有一个国营菜站，吴先生经常在那里排队买菜。阳光下他硕大的身材挤在买菜的队伍中，很滑稽。这个情景被我们几个弟子看到过，景荣师兄步“导师创业垂千古”之韵，写诗称“导师排队一上午”。记得有一次全室十多个人去吃饭，40元钱，酒足饭饱，花不完，临走时不找钱了，饭店送了一个西瓜以补零头，那时也没有饭后水果的概念，由我提回办公室，大家再慢慢吃。

刘瀚老师慈眉善目，总是笑眯眯的。他经常说，自己这一辈子，从来没有和任何人发过火，生过气。他出生贫苦，自幼聪慧过人，六岁进私塾，文化功底很深，从甘肃省的一个偏僻县城走出来，从法院的书记员干起，又经过中国人民大学法律系的系统教育，社会经验很丰富，也很豁达。他嗜酒，戏称自己的养生之道是“二锅头加红烧肉”。他会品味生活，讲到自己所经过的逆境时也津津有味。记得有一次他讲“文化大革命”中曾经在首钢烧锅炉，怎样送煤，怎样调火，简直是在讲艺术。他曾经告诉我们，自己的笔名为“浩如”，是取其名字“瀚”之意蕴，宽广博大。我们经常说，刘老师应该是长命百岁之人，因为他具备了长寿的性格特征。想不到这样豁达开朗的一个人竟然也未能敌过病魔。

李步云老师思维活跃，现实责任感强，总是鼓励我们探讨那些前沿的理论问题。这种学术风格在很长的一段时间里都是有政治风险的。在思想解放的大氛围中，他在民主、自由、人权、法治等问题上的著述启迪了一代人。李老师上过朝鲜战场并且留下了残疾，后来大量的学术著作都是一字一句地用不方便的手写下来的，其中辛苦，不可言状。他心地善良，有求必应，对年轻人大力提携。长期住在地安门附近促狭的平房中并没有影响他的热情和好客。我们多次到他家去聚会，在狭小的客厅里吃饭喝酒，高谈阔论。

周新铭老师主要研究西方法哲学，80年代也写民主和法制的文章，领先对社会主义民主的制度化法律化进行研究。他住在新街口三不老胡同，每次返所都拎着一个黄旅行袋，里面装着要还给图书馆的书，顺便再借一批书带回去。因为周师母曾经是中央人民广播电台的英文播音员，一口流畅的英语，视野也比较国际化，因此在那个平民化时代，周老师尚保留着某些高雅的生活方式，还记得他讲到怎样喝咖啡。有一次集体植树，中午吃饭时周老师竟然给每个人一个煮鸡蛋，那可是凭票按人头供应的。我的孩子小的时候周老师曾经送了他一只玩具大熊猫，这个玩具至少保存了十年。

那时候在返所日一般没有什么活动，主要是室里人自己谈天说地，交流信息。几位老师的言传身教对我们影响很大。文化和精神的传承就是在这样的氛围下延续的。

除了几位老师以外，年轻一点的有陈春龙、刘兆兴、徐炳和我。陈春龙手不释卷，想到什么或者读到什么就写在手上，经常是一手的蓝墨水。他在70年代末和肖贤富合著了一本《法学概论》，领学术之先，我认为这本书到现在也有很重要的价值。刘兆兴和我是读研究生时的同窗，他的特点是勤奋。年过四十开始学德语，后来留学德国，回来时送我们外汇券，那个时候

可以用外汇券买点凭票供应的商品。徐炳在 80 年代初写了几篇很有影响的法学文章，来所时间和我差不多，我自认为他高我一筹。他有在国外使馆工作的经历，认识他之前我看到他写的发表在《光明日报》上的题为“澳大利亚人的谢谢你”的小文章，印象深刻。后来我们成了同事，交流颇多。他英文极好，令我羡慕不已。徐炳又是集豪气和文采于一身之人，敢想敢为，敢喜敢怒，我们都认为他能成大事。

现在有的老师已经仙逝，有的老师仍然在为学术理想拼搏。几个当年的晚辈也熬成了长辈，面对年轻的学生时经常不知自己是何许人也。一直把自己当学生，不经意之间就成了先生。回头看看走过的路，法理室曾经是我们的驿站。那个时代的简朴、单纯、执著、人和人之间的亲密，都令我们永远怀念。

# 目 录

法治是什么？	
——渊源、规诫与价值 .....	夏 勇 (1)
当代中国语境中的民主与法治 .....	李 林 (34)
法律的理想 .....	刘作翔 (65)
现代法治的困境及其出路 .....	高鸿钧 (79)
后现代法学：为法治探索未来 .....	信春鹰 (120)
中国宪法改革的几个基本理论问题 .....	夏 勇 (138)
民主政治下的为民之道	
——对政治、行政及其关系的一个分析 .....	胡水君 (159)
中央与地方政府间关系的司法调节 .....	刘海波 (189)
香港与中央的“违宪审查”协调 .....	陈欣新 (204)
中国的法律解释体制 .....	张志铭 (223)
民本和民权：中国权利话语的历史基础 .....	夏 勇 (243)
论人权的道德基础 .....	张恒山 (272)
社会主义人权的基本理论与实践 .....	李步云 (296)
法治社会中的权力和权利定位 .....	刘作翔 (308)
公法权利的实践	
——结社现象的法学意义 .....	吴玉章 (326)
中国民间组织的合法性困境 .....	谢海定 (342)
自我救济的权利 .....	贺海仁 (373)
批判法学评析 .....	吴玉章 (392)
中国现代法学之道：价值、对象与方法 .....	高全喜 (415)
中国社会科学院法学研究所法理学 研究室史事简编 .....	(444)



## Contents

What Does "Rule of Law" Mean? ——Origin, Admonition and Value .....	<i>Xia Yong</i>	(1)
Democracy and Rule of Law in the Context of Contemporary China .....	<i>Li Lin</i>	(34)
Ideals of Law .....	<i>Liu Zuoxiang</i>	(65)
The Dilemma and Outlet of the Rule of Law in Modern Society .....	<i>Gao Hongjun</i>	(79)
Postmodern Jurisprudence: An Inquiry into the Future of Rule of Law .....	<i>Xin Chunying</i>	(120)
Several Theoretical Issues Confronting Constitutional Reform in China .....	<i>Xia Yong</i>	(138)
Governing for the People under Democracy ——An Analysis of Politics, Administration and Their Relationship .....	<i>Hu Shuijun</i>	(159)
Judicial Adjustment between Central Government and Local Government .....	<i>Liu Haibo</i>	(189)
Constitutional Coordination between Central Government and Hongkong .....	<i>Chen Xinxin</i>	(204)
The System of Legal Interpretation in China .....	<i>Zhang Zhiming</i>	(223)
Minben and Civil Rights: Historical Foundation of Discourse on Rights in China .....	<i>Xia Yong</i>	(243)
On the Moral Foundation of Human Rights .....	<i>Zhang Hengshan</i>	(272)
Basic Theory and Practice of Human Rights in Socialistic Society .....	<i>Li Buyun</i>	(296)
The Relationship between Power and Rights in Modern Legal Society .....	<i>Liu Zuoxiang</i>	(308)

---

The Practice of Rights in Public Law	
—Legal Sense of Association .....	<i>Wu Yuzhang</i> (326)
The Predicament of Legalization of Civil Organizations in	
China .....	<i>Xie Haiding</i> (342)
The Right of Self-remedy .....	<i>He Hairen</i> (373)
Reviews on Critical Legal Studies .....	<i>Wu Yuzhang</i> (392)
The Way of Modern Jurisprudence in China: Value,	
Object and Method .....	<i>Gao Quanxi</i> (415)
A Brief History of the Department of Legal Theory at	
Institute of Law, CASS .....	(444)

# 法治是什么？

——渊源、规诫与价值\*

夏 勇

法治是法律史上的一个经典概念，也是当代中国重新焕发的一個法律理想。作为经典概念，法治蕴涵隽永，然幽昧经年，即便在标榜法治传统的西方亦不曾有过一个公认的定义。作为法律理想，法治为制度注入锻骨强魄的理性，为学术提供激浊扬清的活力，然又因承载过多的政治意愿和社会情感而臃杂不纯，以致时常被曲解。因此，当我们在结束“文革”、改革开放二十余年<sup>①</sup>后又一次高扬法治旗帜之时，不妨平心静气地问一问：法治究竟是什么？这样，或许有助于准确把握当前我国朝向法治的各种努力的历史与逻辑定位以及所处语境的特殊性，使我们的法治理论和实践皆有一个良好的起步。

## 一、法治的历史渊源

法治首先是一个历史概念，或者说，法治应该首先被看做人类的一项历史成就。这种黑格尔式的视角有助于我们理解法治概念的背景和基础。<sup>②</sup> 追寻法治的源头，应该从亚里士多德说起。在《政治学》里，亚里士多德说：

若要求由法律来统治，即是说要求由神祇和理智来统治；若要求由一个个人来统治，便无异于引狼入室。因为人类的情欲如同野兽，虽至圣大贤也会让强烈的情感引入歧途。惟法律拥有理智而免除情欲。<sup>③</sup>

---

\* 原载《中国社会科学》1999年第4期。

① 本书各文中的时间，以及文章发表时的称谓，均未作改动。——编者注

② 伯尔曼 (Harold Berman) 也认为，法治的含义应该通过对政治、社会和法律制度的历史研究来理解。参见 Harold J. Berman, "Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History", 76 *California Law Review*, 1989, pp. 779, 787.

③ Aristotle, *The Politics*, Book III, Chapter 16. 本文里的若干译文可能与已有的中译文有较大的出入，例如，该段译文参照了商务印书馆译本《政治学》，但有较大不同。

亚里士多德的这段话包含三个推论：第一，良好的统治当免除情欲，即免除任意和不确定；第二，人的本性使任何人皆不能免除任意和不确定；第三，唯法律的统治即法治可免除任意和不确定。显然，此言既表述了诉诸法治的逻辑理由，亦透现出法治在宇宙秩序论、人性论等方面的哲学基础。不过，它并没有说明究竟什么是法治，换言之，它没有说明法治究竟何以能够免除任意和不确定。亚里士多德又说：

法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。<sup>①</sup>

可以说，这段话已然从逻辑上粗略地勾画出法治的形式要件，但是，它没有、也不可能说明究竟何谓“普遍的服从”、何谓“制订得良好”。这要由生活于具体的社会场合和文化背景下的人们通过他们的信念、制度和活动来赋予其含义。法治内涵的形成在西方经历了漫长的过程。在这个过程中，罗马人和诺曼人的法律传统和自由主义的思想传统起到了决定性的作用。

作为一项历史成就，西方的法治概念是以罗马法和诺曼法的历史文本为基础的。这些文本迄今仍然为许多关于法治含义和功能的讨论所倚重。与其他的法律传统形成鲜明对照并饶有趣味的是，罗马人和诺曼人乃是从那些重视操作而非耽于理想的法律实践者的视角和需要出发而走近法治的。<sup>②</sup>正如查士丁尼《国法大全》所展示的那样，罗马法律制度历经五个世纪而发展成为程序和实体规则的一种混合表述，它体现了对这样一种信念的强烈承诺：由法律而不是由专横的权力来提供私人纠纷解决方案的语境。<sup>③</sup>《国法大全》最重要的部分《学说汇纂》的第一部开篇说：“万民……皆受法律和习惯的统治。”<sup>④</sup>这确认了一个重要的政治理念：政治社会应该是一个法律社会。更重要的是，这些文本显示出罗马的实践家和法学家创造了一种详细

① [古希腊] 亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆 1965 年版，第 199 页。

② “法律实践者”（legal practitioners）是一个难以界定的概念，它甚至不能根据职业来界定。在这里，我把它界定为一群关注如何治理现存的社会甚于关注如何创造和运用纯理论的理想目标的人。

③ 尽管在公法方面仍然流行“国王居于法律之上”的观念。参见 Friedrich A Hayek, *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1978, p. 167.

④ Theodor Mommsen & Paul Krueger (eds), I *The Digest of Justinian* 9, Alan Watson trans., 1985.

而复杂的关于合法性的语言，这种语言和那些从特定的案件里衍生出来的规则一起贯穿于范围广泛的法律原理和法律概念。<sup>①</sup> 同样，诺曼人的法律制度也表现出对法治原则的喜好。例如，作为英格兰普通法的第一部系统著作，1187年格兰维尔（Glanvill）的《论英格兰王国的法律与习惯》总结了亨利二世在法律技术和法律规则方面的变革，增强了王室法律的确定性和权威性，被认为是法律科学的一次革命。尤其是他在以令状形式界定王室的司法管辖权的同时，限制了这种管辖权，使“令状统治”富有法治的意味。<sup>②</sup> 70年后布莱克顿（Henry de Bracton）的《论英格兰的法律与习惯》则是为了确保普通法为13世纪的英国法官统一适用而写作的。在这本书里，布莱克顿把他自己的使命解释为通过评论和编纂“英格兰王国每天发生且匆匆而过的案件”而为当时的执业法官提供一本权威的教本。<sup>③</sup> 他在书中提出，国王有义务服从法律，因为国王处在上帝和法律之下。不是国王创制法律而是法律造就国王。格兰维尔和布莱克顿的文本虽然不像罗马人的著述那样广博，但它们同样显示出，英国的实践者和法官也创造了一种丰富的贯穿于法律原理和出自讼争的特定规则的关于合法性的语言。

罗马人和诺曼人渊博的法律语言和辉煌的司法成就不仅铸入中世纪欧洲教会法和世俗法的恢弘体系，而且被用来继续锻造关于法治的理想、原则和规则。这一过程在当时既得到复合多元的政治经济结构、法律渊源和司法管辖权的支持，也得到盛行的宗教意识形态的支持。因为根据神学信条，世界本身是由规则支配的，仁慈的上帝掌管着一个依照法律来统治的世界，赏罚分明。所以，人们之间的关系，包括宗教世界与世俗世界的关系，都要由基于法律的正义和基于正义的法律来界定。

首先，教会和国家之间的权力关系尤其是司法管辖权关系的构造和维系必须而且只能诉诸法律的权威。按照当时的政治法律实践，倘若教会应该享有一些不可侵犯的权利，那么，世俗的国家就必须把这些权利作为对自己的最高权力的一种合法的限制来接受。同样，国家的一些权利也构成了对教会

<sup>①</sup> 关于罗马法律实践及其对于法治的意义的一种较好的评注式讨论，见 Bruce W. Frier, “Autonomy of Law and the Origins of the Legal Profession”, 11 *Cardozo Law Review*, 1990, p. 259。

<sup>②</sup> “用梅特兰的话讲，令状的统治即法律的统治（the rule of writs is the rule of law）。”参见 [美] 伯尔曼著，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译：《法律与革命——西方法律传统的形成》，中国政法大学出版社1993年版，第554页。

<sup>③</sup> 参见 Henry De Bracton, *On the Law and Customs of England*, George E. Woodbine ed., Samuel E. Thome Trans., 1968, p. 20。

最高权力的一种合法限制。这样一来，教俗两种权力只有通过对法治的共同承认，即承认法律高于它们两者，才能够和平共处。

其次，在教会体系内部，12和13世纪的教会法学家曾描述了对教皇权力的所谓“宪法性限制”，例如，教皇不得从事与整个教会的“地位”相悖的行为，不得颁布旨在损害教会的特性、一般利益或公共秩序的法律。即便是崇尚权力主义的教皇之一英诺森四世（1243—1254）也承认，如果教皇的命令包含着有损教会的不公正的内容，便可以不服从教皇。尽管对教皇权力的宪法性限制由于缺乏一种可以向教皇挑战的有效的法庭而遭到削弱，但是，即便在教皇权力登峰造极之时，这种限制权力的理论仍然拥有坚实的基础和广泛的支持，并因此推动地方自治的发展。史家写道：

教会是一个 Rechtsstaat（法治国），一个以法律为基础的国度。与此同时，对教会权威的限制，尤其来自世俗政治体的限制和教会内部特别是教会政府的特定机构对教皇权威的限制，培育出了某种超出法治国意义的依法治国（rule by law）的东西，这些东西更接近于后来英国人所说的“法律的统治”。<sup>①</sup>

最后，也是最重要的，在世俗的世界里不仅同样流行着统治者必须在法律之下统治（rule under law）的信念，而且创造了许多关于法治的原则和规则。<sup>②</sup> 例如，13世纪早期《萨克森明镜》（Sachsenspiegel）明示：“上帝自身即是法律，故法律为上帝所钟爱。”<sup>③</sup> 据此，人人有权利抵制国王和法官的违法判决。随着世俗法律体系里封建法、庄园法、商事法、自治城市法和形形色色的王室法的发展，权利义务关系变得更客观、更明确、更少专断性，也变得更普遍、更一般、更统一。法治不仅仅是与正义、公平、良心和理性

<sup>①</sup> [美] 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，第259页。

<sup>②</sup> 有不少学者仅仅把法治观念理解为某种世俗化运动的产物。例如，勒内·达维在一本对中国法学研究和教育颇有影响的书里以这样的方式描述12、13世纪法观念的复兴：“随着城市和商业的复兴，社会上终于认为只有法才能保证秩序与安全，以取得进步。以仁慈为基础的基督教社会的理想被抛弃了；……人们不再把宗教与道德同世俗秩序与法混淆在一起，承认法有其固有的作用与独立性，这种作用和独立性将是此后西方文明与观点的特征。……世俗社会应以法为基础：法应该使世俗社会得以实现秩序与进步。这些思想在12、13世纪成为西欧的主要思想，并从此在西欧无争议地占统治地位，直至今日。”见[法]勒内·达维著，漆竹生译《当代主要法律体系》，上海译文出版社1984年版，第38页。这种观点反映了对西方法律传统的又一种不同的解释。

<sup>③</sup> 转引自[美]伯尔曼《法律与革命——西方法律传统的形成》，第628页。

相联系的抽象理念，而且具体体现在像 1215 年英格兰《自由大宪章》、1222 年匈牙利《金玺诏书》和市镇特许状那样的法律文件里。如《大宪章》规定：“不得凭借某种没有确凿可信证据的指控使任何人受审”；“任何自由民都不受逮捕、监禁、没收财产、褫夺公权、放逐或任何方式的伤害，……除非那么做是按照与他地位相等的人的合法判决或按照国家法律”；“只有通晓法律的人才能任命为法官、治安长官、郡长或执行吏”。《金玺诏书》除了相似的规定外，最后还宣布，若国王及其继承者违反本法，人人皆享有通过言语和行动反抗的权利，而且此一权利具有永恒性，不应招致叛国的指控。还值得注意的是关于司法客观性、确定性的信念和制度。13 世纪的法兰西和英格兰的法官们通常都认为忠于法律和上帝要甚于忠于他们的国王和领主。也是在这个时候，“同类案件同样判决”成为流行的法律格言。

在以上意义上，我们不能简单地把法治观念当做近代资本主义兴起和近代政治革命的产物。<sup>①</sup> 概而言之，滥觞于近代革命以前的法治观念至少有三：其一，法律至上。尽管从大多数统治者的主观意愿来讲，尊重法律的权威在某种程度上只是“依法而治”（rule by law）的权宜之计，<sup>②</sup> 但与此同时，关于私人权利平等、权力分立、自治、公正审判的法律原则和相关的程序设计在一定程度上却可以为普通人提供超出统治者工具性动机的正义，从而培育法律的权威。可以说，统治者们寻求通过法律制度系统地实施其政策，而其自身亦不得不用以为治的法律制度的约束，乃是走近法治的一个政治过程。其二，权力分立与制衡。虽然这个时候的权力分立与制衡主要是就同一地域内不同的政治实体而非同一政治实体内各部分的关系而言的，但权力得到了分立，并发展出一套分权制衡的法律规则。更为重要的是，分权制衡及其规则有效地将权力的存在和运作置于法律之下。正是在这个意义

<sup>①</sup> 当然，如何解释法治的渊源，涉及不同的历史观和法治观，涉及对西方法律传统演化的不同解释，如对教皇革命的估价、对资本主义兴起的评析。例如，在这一点上，前引伯尔曼一书与泰勒和利维所著《法律与资本主义的兴起》（学林出版社 1996 年版）便是道分二途，参见陈方正《法律的革命与革命的法律：论西方法制史的两个对立观点》，载该书中译本序第 1—8 页。又如，昂格尔（Unger）把法治理解为一种与“习惯法”和“官僚政治法”相对照的“合法秩序”，因而认为法治是“伴随着现代欧洲自由主义社会而出现的”，也就是说，法治直到 17 世纪才出现，参见 [美] 昂格尔著，吴玉章、周汉华译《现代社会中的法律》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 54 页。另见伯尔曼对昂格尔的评论，[美] 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，第八章注 51，第 740 页。

<sup>②</sup> “在官僚法里，普遍性不过是权宜之计”。[美] 昂格尔：《现代社会中的法律》，第 46 页。

上,后世把立法权、行政权、司法权的分立制衡当做法治的基本要求,甚至等同于法治本身。<sup>①</sup>其三,法律来源于某种超越于现实政治权力结构的实在,因而,法律被视为普遍、客观而公正的。这种超验的实在在当时被理解为神意和自然正义,在后世的法治理论里则通过自由、人权、民主等价值来解说。

与法治传统生成与演化的丰富多彩的历史相比,理论家们的解说未免显得苍白和含混。一位西方学者曾说,造成法治概念时常模糊不清的原因是:

法治的分析语境(analytical context)出自西方的思想和实践这两个不同的来源。法律实践家和法官总是站在法治对话的前沿,他们的实践则为理论家所解释。尽管法治有着丰富的、难以割断的实践的历史,但理论家所做的将它理论化的尝试却常常是杂乱无章的。<sup>②</sup>

不过,同样应该注意的事实是,理论家们关于法治的解说连同关于自然法、自然权利和民主的思想为锻造近代法治概念和法治的政治体制提供了不可缺少的理论资源,<sup>③</sup>而且,在通过接引西方学说而启蒙变法的非西方国家里,这些解说似乎成了关于法治概念的最具权威性的文本来源,并因此比作为其原初解说对象的西方制度传统似乎更具影响力。例如,托马斯·阿奎那认为,法律的统治乃是上帝的道德秩序和为确保这个道德秩序能够通过理性而为人类所理解的神灵启示的一个自然映现;霍布斯提供了第一个关于法治的现代表述公式,按照这个公式,法治被看做建立和维持治者与被治者之间的政治关系以减缓人类对因暴力和非自然死亡而丧失尊严的恐惧的一种方法;洛克主张政府必须遵循确定的、有效的法律,而不应享有绝对的专断的权力;孟德斯鸠把三权分立作为遏制政府权力专横、维持法律权威与公民自由的一种颇为关键的制度安排;黑格尔把法治从超验的自然、理性或神圣秩序里剥离出来,作为人类的一种建设,特别是作为欧洲的一项历史成就。他

<sup>①</sup> “正是法律的普遍性确立了公民在形式上的平等,从而保护他们免受政府的任意管治之害。为了确保普遍性,行政必须与立法分立;为了确保一致性,审判必须与行政分立。实际上,这两种分立恰恰是法治理想的核心。”[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,第53—54页。

<sup>②</sup> Guri Ademi, “Legal Intimations, Michael Oakeshott and the Rule of Law”, *Winsconsin Law Review*, 1993, p. 845.

<sup>③</sup> 关于自然权利理论的生成、意义及其与法治的关系,参见夏勇《人权概念起源》,中国政法大学出版社1993年修订版,第86—116、159—168页。



那关于法治国的复杂而又模糊的理式为后来许多对法治进行批判性分析的理论家们提供了语境。

我们还要特别关注近代以来那些善于把实践与理论相结合的理论家对法治的贡献。例如，英国18世纪法学家布莱克斯通（William Blackstone）写的《英国法释义》一书系统阐述了英国的法律制度，并将17、18世纪盛行的古典自然法学说与英国的普通法结合起来。邓·肯尼迪（Duncan Kennedy）评论说，布莱克斯通并没有发明使权利作为基本矛盾调和者的观念，这种观念是洛克、17世纪的激进主义者、《权利宣言》和光荣革命的成就。但是，布莱克斯通把作为自由主义政治口号的“权利”转化为几千个普通法规则。如果没有像他这样的人把权利观念引入技术性的、几乎被人遗忘了的、显然又极其重要的普通法领域，自由主义学说就不可能完备，权利观念也不可能自圆其说。<sup>①</sup>就法治理论而言，19世纪的英国法学家戴雪（A. V. Dicey）通常被视为近代西方法治理论的奠基人。戴雪第一次比较全面地阐述了法治概念，这一阐述乃是以已有的法治体制及其经验为根据的。在《宪法性法律研究导言》里，他写道：

构成宪法基本原则的所谓“法治”有三层涵义，或者说可以从三个不同的角度来看。

首先，法治意味着，与专横权力的影响相对，正规的法律至高无上或居于主导，并且排除政府方面的专擅、特权乃至宽泛的自由裁量权的存在。

其次，法治意味着法律面前的平等，或者，意味着所有的阶层平等地服从由普通的法院执掌的国土上的普通的法律；此一意义上的“法治”排除这样的观念，即，官员或另类人可以不承担服从管治着其他公民的法律的义务，或者说可以不受普通审判机构的管辖。……作为其他一些国家所谓“行政法”之底蕴的观念是，涉及政府或其雇员的事务或讼争是超越民事法院的管辖范围的，并且必须由特殊的和或多或少官方的机构来处理。这样的观念的确与我们的传统和习惯根本相连。

最后，法治可以用作一种表述事实的语式，这种事实是，作为在外国自然地构成一部宪法典的规则，我们已有的宪法性法律不是个人权利

<sup>①</sup> [美] 邓·肯尼迪：《布莱克斯通〈释义〉一书的结构》，转引自沈宗灵《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第422—423页。