

法治论要丛书

Xia Yong's Series on the Rule of Law

# 法治源流

——东方与西方

Origins and Developments of  
the Rule of Law

——From the Oriental and  
Western Perspectives

夏勇著

By Xia Yong

社会科学文献出版社

中国·北京

Social Sciences Academic Press

Beijing, China

# 前 言

本书以东方思想为主干，叙述法治的观念史，兼及制度史，试图廓清法治理论和文化哲学中的一些基本问题。

第一章“法治是什么”，主要梳理和分析西方经典的法治理论，最后落在当代中国法治观念形成的思想逻辑。第二章“重新认识古代中国的法治思想”、第三章“清末民初中国的变法思想与法治”以及第四章“中国传统的法律体系及其变革”，主要梳理和分析中国历史上的法治观念及其与主流思想的关系，提出了一些值得重新认识和研究的问题。这一部分的研究历时多年，主要作为讲稿存放。第五章“孔子与柏拉图”、第六章“《汉穆拉比法典》与古东方的法治”以及第七章“作为法律的《古兰经》”，初成于上个世纪80年代后期，也是主要作为讲稿。这三章可以增加读者阅读历史的宽度和趣味，也有助于增加对不同于西方法治传统的东方法律文化的理解和把握。第八章“后现代主义与非西方国家的法治”带有本土主义宣言的味道，集中表述了近年来我对法制“现代化”与“西化”问题的思考。第一章的压缩版和第八章全文曾先后发表于《中国社会科学》和《读书》杂

志，其他各章皆未正式公开发表。

以上是大体的交代。希望读者诸君批评指正。

本书编辑出版承蒙中国社会科学院法治研究项目资助，承蒙社科文献出版社领导和编辑大力帮助，在此一并致以谢忱。

作者谨识

2003 年秋

---

著 者 / 夏 勇

---

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssdph.com.cn>

责任部门 / 社会科学图书事业部

(010) 65595789

项目经理 / 王 绯

责任编辑 / 文峰塔

责任印制 / 同 非

---

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 客户服务中心

(010) 65285539

法律顾问 / 北京建元律师事务所

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 北京季蜂印刷有限公司

---

开 本 / 787×1092 毫米 1/16 开

印 张 / 16.75

字 数 / 155 千字

版 次 / 2004 年 11 月第 1 版

印 次 / 2004 年 11 月第 1 次印刷

---

书 号 / ISBN 7-80190-355-2/D·110

定 价 / 30.00 元

---

本书如有破损、缺页、装订错误，  
请与本社客户服务中心联系更换

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

法治源流：东方与西方 / 夏勇著. —北京：社会科学文献出版社，2004.11

(法治论要丛书)

ISBN 7-80190-355-2

I. 法... II. 夏... III. 法制史-研究-世界  
IV. D909.9

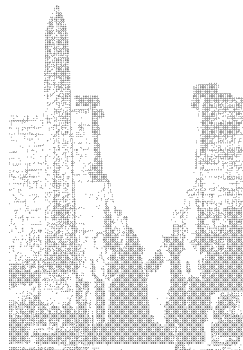
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 095432 号

# 第一章

## 法治是什么？

### ——渊源、规诫与价值

- 一 法治的历史渊源
- 二 法治的主要规诫
- 三 法治的基本价值
- 四 结语：法治的悖论与语境



**【提要】**本章通过梳理法治的渊源、规诫和价值，把法治依次解释为一项历史成就、一种法制品德、一种道德价值和一种社会实践。首先分析经典法治概念的形成过程和构成要素，认为既不宜把法治理解为世俗化运动的结果，也不能简单地看做近代革命的产物。接着，展示富勒、莱兹和菲尼斯把法治作为制度品德的逻辑理由和论证过程，并论述作为法治的普遍要素的十大规诫。进而，对法治的工具价值和道德价值做了谨慎的区分，在揭露工具主义谬误的时又肯定了法治的工具品性，并通过评述哈耶克、德沃金和罗尔斯等人的学说，揭示出法治对维护人的尊严和自由的意义。最后，指出法治的内在矛盾，强调把法治理解为社会实践概念的重要性，并勾勒出中国法治语境的特殊性

和法治思考的进程。

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>①</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

---

<sup>①</sup> 伯尔曼 (Harold Berman) 也认为，法治的涵义应该通过对政治、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, p. 779, 787.

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>①</sup>

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，惟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，亦透视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>②</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“制定得良好”。这要由生活在具体的社会场合和文化背景下的人们通过他们的信念、制度和活动来赋予涵义。法治内涵的形成在西方经历了漫长的过程。在这个过程中里，罗马人和诺曼

---

<sup>①</sup> Aristotle, *The Politics*, Book III, Ch, 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。

<sup>②</sup> 亚里士多德：《政治学》，商务印书馆，1965，第199页。

人的法律传统和自由主义的思想传统起到决定性的作用。

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涵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>①</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>②</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>③</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>④</sup>同样，诺曼人的法

---

① “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基于关注如何创造和运用纯理论的理想目标的人。

② 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.

③ I *The Digest of Justinian* 9, Theodor Mommsen & Paul Krueger eds., Alan Watson trans., 1985.

④ 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.

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>①</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”，为当时的执业法官提供一本权威的教本。<sup>②</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。不是国王创造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，但他们同样显示出，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宏体系，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

---

① “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）。”参见伯尔曼（Harold Berman）《法律与革命—西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国政法大学出版社，1993，第554页。

② 参见 Henry De Bracton, *On the Law and Customs of England*, George E. Woodbine ed. Samuel E. Thome Trans. 1968, p.20.

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世纪和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年）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理（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，权利与义务之间的关系变得更客观、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

---

① 伯尔曼《法律与革命》，第259页。

② 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：法应该是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，并从此在西欧无争地占统治地位，直至今日。”（勒内·达维：《当代主要法律体系》，上海译文出版社，1984，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。

③ 转引自伯尔曼《法律与革命》，第628页。

理性相联系的抽象理念，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、剥夺公权、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作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

---

① 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格和利维所著《法律与资本主义的兴起》（学林出版社，1996）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》，载该书中文译本序第 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（参见昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，中国政法大学出版社，1995，第 54 页）。另见伯尔曼对昂格尔的评论，伯尔曼前引书第八章注 51，第 740 页。

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>①</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。正是在这个意义上，后世把立法权、行政权、司法权的分立制衡当作法治的基本要求，甚至等同于法治本身。<sup>②</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。

---

① “在官僚法里，普遍性不过是权宜之计”。昂格尔《现代社会中的法律》，第46页。

② “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。”昂格尔《现代社会中的法律》，第53~54页。

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>①</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>②</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，并因此比做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

---

① Guri Ademi, *Legal Intimations: Michael Oakeshott and the Rule of Law*, *Winsconsin Law Review*, 993, p.845.

② 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》，1993版（修订），中国政法大学出版社，第86～116、159～168页。

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受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，英国十八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，并将十七、十八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，这种观念是约翰·洛克在十七世纪的激进主义者、《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

---

<sup>①</sup> 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，第422～423页。