

法治論

王人博 程燎原
— 著

法治論

王人博
程燎原
—
著

FA ZHI LUN



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社

· 桂林 ·

图书在版编目(CIP)数据

法治论 / 王人博, 程燎原著. — 桂林: 广西师范大学出版社, 2014.11

ISBN 978-7-5495-5976-3

I. ①法… II. ①王…②程… III. ①社会主义法制—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 247806 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

湛江南华印务有限公司印刷

(广东省湛江市霞山区绿塘路 61 号 邮政编码: 524002)

开本: 880 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 15.875 字数: 360 千字

2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

定价: 48.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

第三版序言

二十多年前出版的《法治论》(1989)和《赢得神圣——权利及其救济通论》(1993)两书,是作者感知 20 世纪末的中国历史将跨入法治与权利时代的理论产品。后一书,当年取名《赢得神圣》,意即权利对于每个人来说都是神圣的,每个人也会因拥有不容侵犯的权利而神圣。

自 20 世纪 90 年代以来,缘于时代的风云际会与法学界的奋发进取,“法治”与“权利”(包括人权)的研究,理所当然地成为当代中国法学中无可争议的“显学”。且不论种种汉译的法治与权利著作屡次三番出版,即就汉语法学(借自许章润)者的法治理论之探讨和权利学说之求索而言,更呈现出前所未见的“井喷”局面。

在法治问题上,汉语法学者对法治概念的界说,法治国家、法治政府与法治社会的分梳,法治原则与标准的厘定,法治价值的证成,法治意义的阐发,法治类型与形态的勾画,法治框架与法律体系的设计,法治与社会结构、市场经济之关系的把握,法治与民主政治之关

系的解析,法治文化传统与本土资源的挖掘,中国法治模式与道路的寻找,法治技术和法律解释学的分析,法治政府和司法改革的研讨,外域法治的透视,法治思想史与实践史的探究以及“人治”的清算等等,无不广深并进、纵横捭阖,且卓然而成许多鸿篇巨著。这实实在在地彰显了一个“法治理论时代”的到来。

同样,在权利问题上,汉语法学者也不断对权利问题进行追问:从“法律本位”到“人权”,从“法律权利”到“基本权利”,不一而足。而这样的追问,使得权利哲学(人权哲学、民权哲学)、权利的社会理论(权利社会学)、权利史学(权利的概念史、权利的思想与理论史、权利的制度史)、权利的经济分析(权利经济学)和权利的法学分析(如权利的法解释学)等权利学说,以及各部门法学对其具体权利的研究,在近20多年中莫立各自的根基,放出各自的光彩,并贡献出不少高文大册。这也极其鲜亮地标志着一个“权利理论时代”的崛起。凡此种种,已不是“蔚为大观”一语所能形容得了的。

“法治理论时代”与“权利理论时代”在当代中国的联袂登台,绝非偶然。与其说它是当代中国汉语法学者坚持不懈、辛勤劳作的结果,毋宁说它不仅反映了中国改革时代的历史必然,而且证实了“法治”与“权利”在精神文化和制度规则上共生共荣的内在逻辑。

在此背景下,我们之所以同意出版两书的最新修订版,一方面在于两书代表了我们在那个年代的真实思考,而且自诩两书在法治与权利问题上多少起了一点点启蒙和奠基(这正是“抛砖引玉”之“砖头”的一大功能)的作用。另一方面,我们对两书所阐述的基本观点,至今没有什么实质性的修正。甚至可以说,我们更加坚持两书所确证的信念和立场。而那些基本观点,即使是在当下,也远未过时。

此次修订两书,一是订正了讹误之处。二是尽可能将书中所引

汉译本著作按当下通行本予以引证和注释；对中国文献的引证和注释，亦依此例处理。感谢重庆大学法学院法学理论专业博士生柯旭在此项工作上付出的细致心思和艰巨辛劳。三是书名变动。《权利论》一书，第一版书名为《赢得神圣——权利及其救济通论》（1993），第二版更名为《权利及其救济》（1998）。此次修订版再更名为《权利论》，不仅简洁明快，而且与《法治论》相配合。四是《法治论》增加了一章——《余论：中国法治思想的“突破”》——以资补充。最后，《权利论》增加了“代第三版后记”。

作者

2014年10月20日于重庆

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《赢得神圣——权利及其救济通论》两书自始至终贯彻的立场，我们是极其满意的。

如果从功利出发的话，我们承担了抉择的代价。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，唯觉它是兴之所至使命使然，对它的遭遇少有计较。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《赢得神圣——权利及其救济通论》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，稍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

目 录

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 / 73

- 一、思想解放与法学萌动 / 73
- 二、法治与人治问题的纷争 / 78
- 三、讨论过后留下的思索 / 85

中篇 法治:理论的探索

第五章 法治概念界说 / 93

- 一、法治概念的困惑 / 94
- 二、法治概念方法探寻 / 101
- 三、法治实体价值与形式价值的界定 / 106

第六章 法治实体价值探微 / 113

- 一、引子:法治价值入口处的探寻 / 113
- 二、法治实体价值之一:权力的合理位置 / 121
- 三、法治实体价值之二:自由与法律 / 130
- 四、法治实体价值之三:权利与义务 / 140

第七章 法治形式价值论说 / 148

- 一、法治形式化原则的起源 / 148
- 二、法治形式化原则之一:普遍性原则 / 163

- 三、法治形式化原则之二：可操作性原则 / 169
- 四、法治形式化原则之三：至上性原则 / 175
- 五、法治形式化原则之四：程序正义原则 / 185
- 六、法治形式化原则之五：法律组织职业化原则 / 190

第八章 法治状态剖析 / 196

- 一、法治的观念模式 / 197
- 二、法治的制度框架 / 207
- 三、法治的组织结构 / 219
- 四、法律秩序 / 230
- 五、法治状态的整合模式 / 237

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 / 243

- 一、法治的胚胎：古希腊、罗马的法制发展 / 244
- 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 / 252
- 三、传统与革命：英国资产阶级法治发展模式 / 263
- 四、“宪法主治”：美国资产阶级法治发展模式 / 272

第十章 新中国前三十年法制透视 / 282

一、新法制的初步预言 / 283

二、1949:新纪元 / 289

三、1954:伟大的奠基 / 295

四、1957:风云突变 / 304

五、1966:走向悲剧 / 319

六、1976:“拨乱反正”中的徘徊 / 326

第十一章 十年法制:反思的方法与尺度 / 329

一、十年法制:反思的方法 / 329

二、十年法制:反思的尺度 / 338

第十二章 十年法制:法治进行曲 / 347

一、十年法制发展的契机 / 347

二、十年法制发展的目标:法治 / 361

三、十年法制的全方位拓进 / 383

第十三章 十年法制:法治发展中的冲突 / 397

一、冲突之一:传统法文化与法治发展的冲突 / 398

二、冲突之二:传统道德观与法治发展的冲突 / 404

三、冲突之三:法的实效与法治发展的冲突 / 415

第十四章 余论：中国法治思想的“突破” / 426

一、引言：一个基本的解释框架 / 426

二、春秋战国时代的法治思想“突破” / 432

三、中国近代法治思想的“突破” / 441

四、坚守与坚持中国法治思想的“突破” / 452

结束语 / 457

附录 苏联人对法治的思考 / 458

一、法治国家思想的确立：法制思想的历史性转变 / 458

二、“惨痛的历史篇章” / 462

三、苏共的“法治国家思想” / 473

四、苏联法学家对“法治国家思想”的探讨 / 479



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,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人类的时候,法律周围就绕上了神佑的光圈,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