



上海大学法学文库

HUI YING XING FA LI NIAN

LI AN TING ZHI DU DE SHI JIAN YU CHUANG XIN

回应型法理念 立案庭制度的实践与创新

陈琦华 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

上海大学法学文库

HUI YING XING FA LI NIAN

LI AN TING ZHI DU DE SHI JIAN YU CHUANG XIN

回应型法理念

立案庭制度的实践与创新

陈琦华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

回应型法理念:立案庭制度的实践与创新 / 陈琦华
著. —北京:法律出版社, 2012. 11
(上海大学法学文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4136 - 0

I. ①回… II. ①陈… III. ①法院—立案—司法制度
—研究—中国 IV. ①D926.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 247186 号

上海大学
法学文丛

回应型法理念
——立案庭制度的实践与创新

陈琦华 著

责任编辑 董 飞
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.625 字数 228 千

版本 2012 年 12 月第 1 版

印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4136 - 0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

三十余载法学路 桃李成蹊育英才

上海大学法学教育发轫于改革开放初期的1978年,其前身为复旦大学分校法律系。经过三十余载的发展,上海大学法学院励精图治、锐意进取,现已发展成为国内法律人才培养的重要阵地,为中国法治事业培养了一大批专门法律人才。

三十余载法学教育的历史,成就了上大法学注重理论与实践结合的人才培养道路。法学院又是法律学术创新之地,三十余载的法学研究的历程,铸就了上大法学研究的独特风格。

今日上大法律人,关心国计民生,问计国家法治建设,悉心法学研究;他们投身三尺讲台,关爱学生,倾心培养人才;他们高瞻远瞩,放眼全球,认准国际人才培养,用国际化视野、理念培养法律人才,坚持本土化和国际化相结合的中国法律人才培养道路。正是这样一批法律人,他们潜心研究,成就了上海大学法学文库。

法学理论是法律实践的指南,法学理论创新是所有法律革命性的思想的基础。人们的思想本身,只有直接或间接地与其身边的经验联系起来时,才是有意义的。法律人所讨论的诸如权利、权力和义务等,只有当它们可被转化为现实世界的客体时才有其真正的价值。知识的来源除了经验和观察之外,别无他处。法律知识也概莫能外。

正是基于这样的认识,上大法学教育走了一条理论与实践相结合的道路。上大法学选择了一条“创特色”、“重实践”和“国际化”办学道路。“创特色”的原因在于社会所需要的法律人才是多种多样的,单一的培养模式必然导致培养出来的学生难以适应多元化的社会需求;“法律的真谛是实践”,在校期间向学生强调实践的重要性有利于学生未来的发展;在当今教学领域,国际化已经成为评判一所大学水平的重要标准。世界上所有国际知名的大学,都是国际化程度高的大学。上海大学身处国际化大都市的上海,大学以“上海冠名”理所应当要培养国际化人才。上大法学院将坚持选定的人才培养道路,一步一个脚印地向前发展。

沈四宝

2013年1月16日

中国法治之路的法文化思考 (代序)

李瑜青*

法治在一国的实现要关注其社会条件、社会机制、社会心理、社会文化、社会习俗等,这是法律社会学研究一个重要的视野。^②这就要求我们“带着‘社会学的想象力’来观察法律”。^③中国的法治之路,是在中国特有文化条件下的实践活动,我们有必要探讨如何把握中国的法治建设与文化的互动。陈琦华的博士论文可以说是从司法实践的角度涉及对这个问题的研究,而从原理的角度来做一番探讨,自然也很重要。

* 李瑜青,中国法社会学研究会副会长,上海市法哲学学会会长。

② 参见李瑜青主编:《法律社会学教程》,华东理工大学出版社2009年版,第8页。

③ 参见李瑜青等:《法律社会学导论》,华夏出版社1989年版,第7页。

一、对法治过于形式化倾向的一种批判

这是笔者认为把握中国的法治建设与文化的互动首先要予以解决的问题。一国的法治是在文化流动中形成、发展的。在法律的研究和实践中,我们必须摆脱对法治做过于形式化理解的倾向。

中国法学对法治过于形式化倾向的批判其实反映的是一种文化冲突。一般说所谓法治即以法而治,它包含了两个方面的内容。其一,建立一套反映社会政治、经济、文化关系及其变化发展要求的法律规范体系;其二,形成对作为法律规范体系思想文化基础的伦理、价值观念的普遍认同。前者,属于制度的文化;后者,属于思想观念的文化。一般而言,后者是法治的核心所在,因为法律规范体系是人们根据一定的伦理、价值观念构造的;一经构造而成的法律规范又是通过人的行为使其从书面上的法转化为现实生活中的法,在这一过程中,人们以一定的伦理、价值观念形成对法律规范的认知、评价等。而法治过于形式化却忽略对法的伦理、价值观念的建设,把自己的眼光仅限于法条的工具性、技术性方面,造成在法治建设上缺乏对法律的历史性、文化性视野的这种过于狭隘的眼光。

笔者注意学界有不少学者已对这种法治过于形式化提出了批评。如有的学者指出,它的直接后果,使得法律变成为对公众陌生的产品,法律应有的价值不能转化为主体价值追求的目标。^①因为这种立法产品游离于广大民众的需求以外,不仅无法满足广大民众生活的需要,而且可能是与广大民众利益相对立的。也有的学者指出,法治的过于形式化会造成新的法律虚无主义^②。因为法律没有良好的群众基础,法律游离于广大民众的精神需求以外,它的一个可能的后果,即使法律成为一种摆设,在社会生活中不能起到良好

① 参见范进学:《法的观念与现代化》,山东人民出版社2003年版,第15页。

② 参见范进学:《法的观念与现代化》,山东人民出版社2003年版,第16页。

的社会控制的作用。有学者统计,我国实际生活中有法不依的现象实际很普遍,在 20 世纪 90 年代当时的条件下有 80% 左右的法律没有被认真地执行。^① 也有的学者从历史的反思的角度提出批评,指出法律的过于形式主义给西方国家曾带来灾难。在纳粹统治时期的德国,当时的统治也是以“法律”的名义实现的,但这种法治把人带进野蛮和恐怖。过多的强调法律的形式合理性,而忽视其实质的合理性,使得人们对法治文明的基础和信念产生怀疑。可以看到,正是对法治的过于形式化倾向的批判,使得法学研究方法论发生转向。自近代以来,实证法学的理论曾作为主导的方法论对法学的研究和法律的实践产生过很大影响。但实证法学忽略对法的价值基础问题的研究,把对法的价值问题的研究看做一个法学研究的假问题来加以拒绝。但经过第二次世界大战,人们通过对纳粹事件的反思开始意识到,其实人类的文明与进步不能以牺牲人类的理想与价值为代价;高扬人的价值,追求人的理想,是人类进步与发展的动力,也是人类自身奋斗的归宿。它反映到治国层面上,在实现人类理想和价值的时候,法应当是一种体现着人类价值选择的规范、原则、精神,法治应始终是善治。正是如此,新自然法学、法社会学开始取代原实证法学活跃于法学的思想舞台和法律的实践舞台,实证法学也调整自己的思路演变为新实证法学来表达对法的理想与价值的关注。^②

但笔者认为,对法治的过于形式化倾向的批判除了从上述的这些角度,还有必要从更高的境界上来进行分析,这就是我们所提出的建设社会主义法治国家的命题所内含的文化要求上来进行分析。

① 石泰峰:“社会需求与立法发展”,载《中国法律》1991 年第 1 期。

② 李瑜青:《人文精神的价值与法的合理性追问》,上海大学出版社 2008 年版。

法治不仅仅是一个治国的方略,同时也是一个时代的命题^①,而作为法治的时代的基础的重要内容,就在于法律必须为人们所信仰,这种信仰对法来说,即使人们形成一种对法的运用行为的自觉。法律的作用不仅依赖于国家的强制力,而且还信赖于权利主体积极地实现自我权利、履行法定义务来保障法律秩序的稳定,法律规则的推行。这时主体是发自内心地对法律有一种信服,因而法律在实现过程中,也是内涵于法律中的理想、价值,思想在实现自身。实体法以一般行为规则的形式存在于规范性文件或其他法律形式之中,它不依个人的意志为转移,而是普遍地适用于全体社会成员,但实体法中的权利、正义、公平等思想或观念也存在于权利主体的内心并以此化为一种具有普遍性的行动。法律作为人类价值的追求所实现与保障的手段,主要表现在法的规范被用来指引、预测、评价、教育、强制和处理人的行为,以维护一定的社会秩序。在这种情况下,法的规范作为一套社会评价标准体系是为主体的社会目的服务的手段,既具有手段性或工具性,又由于体现着人类的公平、正义、权利、自由、平等价值追求,并凝结成为人类的法的精神,具有其目的性。

而法治的过于形式化的直接后果是不能实现法治的这个基础性的建设。我们知道,人类的活动并不是个体性的孤立活动,而是以社会性的群体方式所表现出来的。这种社会性的群体活动使得人们之间相互联系及彼此影响,诸多的观念、思想、行为方式等构成这种相互联系的复杂网络。社会就是以这种方式存在。离开了人们之间的相互理解和价值理念的沟通,离开了人们由于相互理解和沟通所形成的共识,所谓的法律也就缺乏了社会基础。具体来说,法律颁布的目的是规范人们的社会行为,以促进政治、经济文化事业的发展。但立法是一回事,人们的执法、守法是另一回事。立法者通

^① 李瑜青:《法理学——序论:当代中国改革的历史主题与法治之路》,上海大学出版社 2004 年版,第 1~2 页。

过立法活动,如果不能将其正义、公平、效率等价值理念转换为权力机关的执法意识和普通公民的守法意识,在现实中人们照样还是我行我素,那么法律不过是一堆文字游戏而已。因此,伯尔曼指出:“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。它不仅包含有人的理性和意志,而且还包含了他的情感,他的直觉的献身以及他的信仰。”^①信仰当然是十分崇高的事业。^② 信仰必须是人发自心灵内部的呼唤和需要,是在人的内心中所产生的心灵上的平衡。它对法治的实现具有特殊意义。

二、从何种意义上理解一国的法治实践

法律不仅在自身的内部实现着文化的流动,它还与社会其他文化一起在实现着文化的流动。因此,一个国家的法律它的自我表达总是具有个性化的特征,是以具有浓烈的地方性知识形式反映的一种社会规则。如此,必然深深地影响着一国法治的存在方式。这是把握中国的法治建设与文化的互动又一个重要方面。

对这个观点作出论证,首先我们可以分析法律制度及其运作过程所具有的独特性。其实法律制度及其运作过程同时是人的意识所相伴随的过程,是受到人的内心世界及感情色彩影响的过程。法律并不是一个纯客观的法律文本或物件,而是法律主体所赋予意义的构成物;法律规则不是现实法律制度的核心,构成为法的核心的是人们在情感的互动中达成的对法的理解和体验;因此法学研究者的目光不能仅限于日常法的范围,而要考察多种的“活法”的形成和

① [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,生活、读书、新知三联书店 1999 年版,第 28 页。

② 歌德说:世界历史的唯一真正的主题是信仰与不信仰的冲突。所有信仰占统治地位的时代,对当代人和后代人都是光辉灿烂,意志风发和硕果累累的,不管这种信仰采取什么形式;另外,所有不信仰在其中占统治地位的时代(也不管这不信仰是什么形式),都只得到一点微弱的成就,即使它也暂时地夸耀一种虚假的光荣,这种光荣也会飞快地逝去,因为没有人操心去取得一种对不信仰的东西的知识。

运行机制,尤其要关注传统文化所给予我们并对我们产生深刻影响的事物,因为我们当然包括我们正在建设的法治都是由历史所铸造的。离开了人的主体活动的法律制度及其运作过程根本就不存在,法律制度及其运作过程的意义或价值是历史上的人所赋予。

其次,我们来分析社会其他文化与法律文化的交融和相互作用而形成法律的文化力问题。^①所谓文化力是指,文化在社会生活中从来不是一种消极被动可有可无的存在品,它对经济、政治和人们的日常生活等,无形地在进行一种设计。文化传统越是悠久,这种设计所包含的内容就越丰富。在这种设计中,人们不但建立起独特的精神世界,而且往往建立起彼此相互认同的规则原理。由于文化力的这种作用,它释放出特殊的文化信号,调动起人的潜力,影响人的态度与情绪,民族的凝聚力与向心力,等等。^②文化力的作用告诉我们,我们不可能在历史虚无主义的背景下就一国的法治进行建设,这个建设的过程必然地与传统及现代文化有着千丝万缕的联系。如果我们对传统及现代文化不能采取一种正确的选择态度,由于无形的文化力的设计作用是不依人的意志为转移总是客观地发生影响,形成一种既定力量,就会使这个国家法治建设偏离本国现实发展的客观的要求,不能满足时代的发展需要。^③

也就是说,其实任何国家的法律所包含的规则都不是抽象的,它是以一种直接的形式,对人的社会生活作出表现和确证,体现了一种人的存在的方式。法律表面看似似乎是孤立的,其实它总是与这个国家所处的哲学、伦理等文化相互联系、相互影响、相互制约着存在

① 参见李瑜青:“论中国传统内在观念与当代法制精神的现实冲突及选择”,载李瑜青等著:《法律文化研究》,陕西人民出版社1995年版,第5~6页。

② 李瑜青:“论法律的文化人格”,载《上大法学评论》,上海大学出版社2004年版,第82页。

③ 李瑜青:“论法律的文化人格”,载《上大法学评论》,上海大学出版社2004年版,第82页。

和发展。因此,我们必须承认有一种文化力的存在。^① 它是我们确证法律的文化人格的重要依据。人们在日常生活中常常低估文化的意义或作用,把文化当做纯粹的法律生活的点缀品,轻描淡写地加以颂扬或评论一番,而在强调法律建设必要性时就简单地把法律规则、法律实施的实体物看做“刚性”的存在。而没有看到这些法律规则或法律实施的实体物都是人们根据伦理、价值等观念构造的,实际上是在反映一种文化力。

法律的文化力的作用,使我们在进行现代法治建设时,要正确对待传统文化。也就提出一国法律制度的个性问题。历史的经验是值得重视的。法治建设如果忽略了民族文化的内在因素的作用,采取简单的“拿来主义”,它的一个直接后果,就会造成整个社会文化系统的紊乱,社会系统中各文化力作用的相互抵消。^② 但学者们在注意这个问题时,一般都从西方法治史来得到说明,强调西方文化传统、价值观念与法治的相一致,如何推动了法治的发展。有学者指出,欧洲国家步入法治化是以其社会自身深厚的伦理、价值观念作为基础。^③ 这种分析从法治的建设对法治文化依赖的角度是很有意义的。当然,要说明这个问题,首先要强调罗马法复兴这段时期的意义。从时间上说这在公元12~16世纪,当时欧洲不少国家和自治城市先后不同程度地出现了市场经济的萌芽并有一定规模的发展,市场经济这一新的经济形式的兴起,开始引起人们对新的经济秩序、规则的思考。研究罗马法,并将其基本原则和概念适用于法律实践中去的学术活动也就逐渐展开。也正在这时,查士丁尼《国法大全》的重新发现,促进了罗马法复兴运动的发展。在这个过程中,

① 笔者这里所说文化是从狭义意义上使用的,指一定社会的意识形态以及与之相适应的制度和组织结构。而文化力,是一定社会所表现的对社会发展的精神动力。

② 李瑜青:“论法律的文化人格”,载《上大法学评论》,上海大学出版社2004年版,第82页。

③ 参见蒋先福:“法治的文化伦理基础及其构建”,载《法律科学》1997年第6期。

形成了注释法学派、评论法学派、人文法学派等学派。注释法学派强调对《国法大全》原文的甄别和整理；评论法学派则主张对《国法大全》的法理阐释和实际运用的结合，从罗马法理学中去发现适合新时期需要的规则；人文法学派将人文主义思想贯彻于法学研究中来，把法律研究和人的价值的研究相结合。当时文艺复兴产生的人文主义运动、宗教改革运动等所主张的伦理、价值思想为法治思想的建构提供了重要的资源，如由罗马法私法体系所明确规定的个人的权利和义务系统；人文主义运动主张个体的自由、人格的尊严、世俗生活的价值等的伦理学说；宗教改革提出人人在上帝面前的平等，禁欲、勤俭，为上帝尽责的宗教意识等。

但在涉及中国法治的发展与中国传统文化尤其是传统儒学文化关系时，学界谈得更多的是中国传统文化尤其是传统儒学文化反法治的因素，把二者简单地加以对立。如有学者认为，中国传统社会是建立在以宗法血缘为纽带的家庭关系之上的，“国”只是家的放大，“家”不过是国的缩小，国家关系，君臣关系是家庭关系，父子关系的延伸，人们习惯于在温情脉脉的伦理道德纱幕中生活，人与人之间的社会关系完全情感化、伦理化与道德化。这种社会心理沉淀的结果，使人们陶醉于伦理亲情，钟情于对现实人际关系的把握，并从中获得心理上的满足。同时在传统法文化中“法即刑”的观念深入人心，《唐律疏议》释：“律之以法，文虽有殊，其义一也。”《尔雅·释诂》云：“刑，法也？”汉郑昌曰：“立法明刑者，非以为治，救寰乱之起也”。《汉书·刑法志》明顾炎武：“法制禁令，王者之所不废，而非所以为治也”，《日志录·法制》宋苏东坡诗云：“读书万卷不读律。”^①这种法即刑的法律文化造就了民众在内心情感上自发地排斥法律，这种心灵上的厌恶与排斥无法形成公众对法律信仰的原发的动力。如此一个传统文化资料，对我们今天的法治建

① 苏东坡：《苏东坡诗词选》，人民出版社1981年版，第5页。

设还有否意义?

中国的文化历史真的是缺乏法治所需要的伦理、价值因素?其实历史留给我们的东西是复杂的,固然中国在过去的发展中与西方的发展及表现的文化模式有很大的差异,而传统儒学的文化在道德文化和伦理文化上表现得特别发达,但从我们今天法治建设的角度来看,它所存在的问题是把某种道德和伦理的因素的作用绝对化或夸大化,但这些道德和伦理的文化因素与法治的文化因素并不是截然对立的。我们看到30年来中国的改革开放,我们从过去封闭走向开放,中西经济、文化交流日益频繁。但是由于中西在经济上存在较大的落差,使一些人提出全盘西化的观点,对自己民族的文化缺乏起码的自信心。这种观点在法学研究中也时有表现,如果影响到当代中国法治建设,将会产生很大的消极后果。其实持有这种文化观的人在认识论上有一种误解,即把时代性和民族性这两种因素混淆了。^①就西方现代文化而言,也是现代化了的具有西方传统的文化,其中蕴涵着具有永恒性与人类性的成分,可供其他民族发掘采用,也有合乎时代的成分供别人参照吸取,但不等于说可以无条件地适用于其他现代化的民族和国家,因为它还有独特的民族性的一面。^②因此,英国著名史学家汤因比曾这样说:一种文明系统中不会致害甚至会致富的因子,一旦逃离这一文明框架的制约而参与到另一个文明系统中,就有可能对这文明系统产生致命的危害,因为这一文明中没有制约它的相对的机制,因而“一个人的佳肴,完全可能成为另一个人的毒药”。^③

① 李瑜青:“论法律的文化人格”,载《上大法学评论》,上海大学出版社2004年版,第82~83页。

② 参见李瑜青:《世纪的交融与选择》,安徽大学出版社1997年版,第327~361页。

③ 参见李瑜青:《世纪的交融与选择》,安徽大学出版社1997年版,第327~361页。

当然,我们应当承认,中国真正意义上的法治建设是在经历了“文化大革命”的动乱之后,在总结历史经验的基础上,进行的一项创新实践活动。正如有很多学者在反思当代中国的发展时所提出,如果没有20世纪70年代末80年代初的思想解放运动,没有对“文化大革命”极左路线的否定,没有人们对社会主义文化和伦理的基础精神的重新思考和解释,没有对西方发展道路的重新评价,就不可能有当代中国法治建设的实践问题。^① 这可以看做中国人正在进行的继“五四”新文化运动之后新一轮的文化反思,它涉及从政治上的不断完善社会主义民主的任务,从经济上建立和完善社会主义市场经济秩序的目标以及对过去实行的高度集权的经济政治体制的否定,而形成对建立和完善社会主义法治的高度重视。与此相联系的,在哲学和以它为集中表现的精神文化领域内,出现了对实践是检验真理的标准这一马克思主义基本原理的重新推崇,对认识领域和历史哲学中的主体性理论的强调,这些都为中国法治建设的兴起和发展作了奠基性工作。我们面临的一个重要任务是如何使中国的法治建设与中国传统文化相结合,走出中国特色的法治之路。正是在以上的问题基础上,我们有必要思考中国传统儒学与法治的关联性问题的。

三、治道以人的主体之善为根本——一个可能的中国历史经验

西方的法治发展由西方的人文主义思想所伴随,但其发展的表达围绕于私权利保障的问题所展开。而中国的法治建设由于传统文化尤其是传统儒学人文文化的影响和作用,治道以人的主体之善为根本。以强调人的主体之善为基本路径,也许是中国法治在中国文化中流动表现的特殊性之所在。这是把握中国的法治建设与文化互动的又一个重要方面。

我们先来分析西方法治实现路径的特点。罗马人的法治观来源

^① 参见蒋先福:“法治的文化伦理基础及其构建”,载《法律科学》1997年第6期。

于希腊文明,在西方古代生活中是具有代表性的。在古希腊思想传统影响下,罗马人的法治观表达的核心是权利问题。罗马法的精义在于它是权利法即私法、民法。有学者对罗马时期法治理念作有深入的探讨,指出罗马社会是一个“泛权利”的社会,这种权利表达把“私人权利看成国家权利的最高准则”。^①在罗马法的观念中,个人是独立的、自由的法律实体,有其自己的权利和义务,国家必须以尊重个人的特性和权利为前提。而国家在本质上被描述为一个法的联合体,或一种法的制度。国家的权威性是来源于人民的,法律乃是人民以集体的名义和身份取得的共同财富。因此盖尤斯说:“一切权利都是从人民来的。皇帝的命令何以有法律的效力呢?因为皇帝地位是由人民给他的;官吏为什么有权力呢?因为官吏是由人民选举产生的。”^②乌尔比安也说:“皇帝的意旨具有法律效力,人民通过法律把它自己的全部权力授予了他。”^③西塞罗说:“既然法律统治长官,长官统治人民,因此确实可以说长官是能言善辩的法律,而法律是沉默寡言的长官。”^④

西塞罗是古罗马最为重要法学家,有学者作了概括,西塞罗的法治思想主要沿着两条线索展开,其一是继受柏拉图和亚里士多德的理论思辨传统,从法的理性推出法律统治的正当性;其二是从各个国家或民族的成文法律的实证考察中提炼出建立法治的重要原则。^⑤在西塞罗看来,法律是立国之本,没有法律的国家,不配称为国家。但法律应当是理性的,也是正义的,自然法是实在法的根据和基础。但抽象地谈论法的统治的一般原理是没有意义的,而要把法与公民自由权利、国家政治联系起来,寻求法治在政治社会的立

① 参见《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1972年版,第379~382页。

② 参见应时:《罗马法》,商务印书馆1931年版,第3页。

③ 参见应时:《罗马法》,商务印书馆1931年版,第5页。

④ [古罗马]西塞罗:《论法律》(第3卷),商务印书馆1931年版,第3页。

⑤ 参见汪太贤:《西方法实证主义的源与流》,法律出版社2003年版,第58页。

足点。因此,突出解决法治的公民权利保障,是西塞罗理论的核心所在。但西塞罗提出,国家是由法律建立起来的一个平等、自由的实体,大致来说有3种不同的类型,即君主制、贵族制和民主制。在一个国家中,公民的自由、权利能否真正实现,首先取决于使用何种政体。^①但从本质上说,国家是基于正义的人的联合。法律应源于正义。法律应是国家职能实现的保障,但运行的法律要符合正义的要求。官吏的职能是代表国家履行治理,但其行为由法律的授权为依据。

经过中世纪的黑暗,当西方社会进入近代文明曙光的时候,法治理论又一次活跃起来。11世纪的英国是西方近代法治主义的故乡。詹姆士·哈林顿、约翰·洛克的法治思想代表了这个时代的特点。哈林顿在《大洋共和国》一书中提出了法治共和国的模式构想,以西方人文精神思想作为基础,同样反映出权利保障这个核心问题。但我们重点分析的是被认为是西方法治主义的奠基者洛克的思想。

洛克法治理论的基调在于维护个人的自由、权利。洛克认为,人的一切权利都是与生俱来的,但在自然状态下,人们享受的这些权利很不稳定,不断面临别人的侵犯和威胁,为了保护人们的生命、自由和财产等天赋权利不受侵犯,为了社会的繁荣和安全,人们通过协议自愿放弃一部分自然权利。政府和社会本身的起源也在于此。但洛克与霍布斯不同,霍布斯主张人们在订立社会契约,把权力让渡给一个专制主权者后,便不可索回原始的权利,而洛克则强调人们仅仅放弃了一部分权利,而像生命、自由和财产的权利并没有放弃。在洛克看来,由这种制度来保障个人自由和权利就是法治社会。政府的权力本质是法律的权力。“法律按其真正的含义而言与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正

^① 参见[古罗马]西塞罗:《国家篇 法律篇》,沈叔平、苏力译,商务印书馆1999年版,第36页。