



法治论

山东人民出版社



28



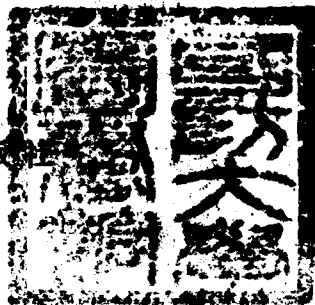
法 治 论

王人博 程燎原 著

GDB 41/21

山东人民出版社

一九八九年·济南



法 治 论

王人博 程燎原 著

*

山东人民出版社出版

(济南经九路胜利大街)

山东省新华书店发行 济南市天桥印刷二厂

*

850×1168毫米32开本 14.5印张 345千字

1988年12月第1版 1989年12月第1次印刷

印数1—2700

ISBN7—209—00585—4

D·153 定价：5.95元

目 录

上篇 法治：思考的历程

第一章 古希腊罗马人的法治观.....	3
一、“伟大的对话”——古希腊的人治论与法治论.....	4
二、罗马人的“以法为据”	14
第二章 西欧人对法治的探讨.....	20
一、英国的法治主义和法律主治论.....	20
二、法国的法治理论.....	35
第三章 美国人对法治的理解和设计.....	48
第四章 苏联人对法治的思考.....	71
一、法治国家思想的确立：法制思想的历史性转变.....	71
二、“惨痛的历史篇章”	75
三、苏共的“法治国家思想”	85
四、苏联法学家对“法治国家思想”的探讨.....	91
第五章 当代中国关于法治与人治的论争.....	104
一、思想解放与法学萌动.....	104
二、法治与人治的纷争.....	109
三、讨论过后留下的思索.....	117

中篇 法治：理论的探索

第六章 法治概念界说.....	125
-----------------	-----

一、法治概念的困惑	126
二、法治概念方法探寻	133
三、法治实体价值与形式价值的界定	138
第七章 法治实体价值探微	145
一、引子：法治价值入口处的探寻	145
二、法治实体价值之一：权力的合理位置	152
三、法治实体价值之二：自由与法律	161
四、法治实体价值之三：权利与义务	171
第八章 法治形式价值论说	178
一、法治形式化原则的起源	178
二、法治形式化原则之一：普遍性原则	193
三、法治形式化原则之二：可操作性原则	198
四、法治形式化原则之三：至上性原则	204
五、法治形式化原则之四：程序正义原则	215
六、法治形式化原则之五：法律组织职业化原则	220
第九章 法治状态剖析	226
一、法治的观念模式	226
二、法治的制度框架	237
三、法治的组织结构	248
四、法律秩序	260
五、法治状态的整合模式	266

下篇 法治：实证的分析

第十章 西方资本主义国家法治发展模式的追寻	273
一、法治的胚胎：古希腊、古罗马的法制发展	274
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	282
三、传统与革命：英国资产阶级法治发展模式	293

四、“宪法主治”：美国资产阶级法治发展模式·····	302
第十一章 新中国三十年法制透视·····	312
一、新法制的初步预言·····	313
二、1949：新纪元·····	319
三、1954：伟大的奠基·····	325
四、1957：风云突变·····	334
五、1966：走向悲剧·····	349
六、1976：拨乱反正中的徘徊·····	356
第十二章 十年法制：反思的方法与尺度·····	359
一、十年法制：反思的方法·····	359
二、十年法制：反思的尺度·····	368
第十三章 十年法制：法治进行曲·····	378
一、十年法制发展的契机·····	378
二、十年法制发展的目标——法治·····	391
三、十年法制的全方位拓进·····	413
第十四章 十年法制：法治发展中的冲突·····	427
一、冲突之一：传统法文化与法治发展的冲突·····	428
二、冲突之二：传统道德观与法治发展的冲突·····	433
三、冲突之三：法的实效与法治发展的冲突·····	445
结束语·····	456

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个既可建设、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，将使我们获益非浅。

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，对近现代社会的人们也不陌生，它成为近现代政治哲学家、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

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。）

②顾准：《希腊城邦制度》第125页，中国社会科学出版社1982年版。

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，或从《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哲学家。唯有政治权力的结合，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）的原则，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

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。

——国王和法官在无法律规定的情况下，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。^①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，^②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^③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国家中实现的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，^④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

①参见亚里士多德《政治学》1286^a注，商务印书馆1965年版。

②民主政体利用法律处死了柏拉图极为崇尊的老师——苏格拉底，无疑使柏拉图对法律不怀好感。

③“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。）

④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。

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，一种某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为至上的政府，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。他认为，有三个原因促使人们在选择国家统治形式时推崇法治。（一）人性是贪婪与自私的。人类必须有法律并且遵守法律，否则他们的生活将象最野蛮的兽类一样。对人性的不信任从而产生法治的思想，可能起始于斯。（二）绝对的权力导致腐败和毁灭，“绝对的权力对行使这种权力和服从这种权力的人，对他们自己和他们的子孙及其后裔，都是不好的；这种企图无论是以任何方式都是充满灾难的。”^① 为了限制绝对权力的发生，柏拉图创立了君主制的智慧和民主制的自由原则相结合的“混合式”国家原则。这一原则旨在通过各种力量或倾向的相互制约和均势，达到和谐和稳定的局面。法治意味着对权力的限制的思想，大概也是从此在西方人的观念里扎下根来的。（三）法律具有巨大的治国安邦的功能，它象一根金色的纽带，把各种需要和冲突协调起来。“有这样一种

①柏拉图：《第七封信札》页334C—D。

拉力，每个人都应当永远跟着它而且决不撒手，从而能够抵抗其他肌腱的拉力：它就是那‘慎思熟虑’得出的主要纽带、金质的和神圣的纽带，而称为国家的公法；其他的纽带都是坚硬的和铁制的，并有种种可能的形态和外貌，而这根纽带是柔韧的和始终不变的，因为它是黄金制成的。有了这根最卓越的法律主要纽带，我们就必然需要经常合作，……。”^①服从法律的意向和精神可以达到城邦生活的和谐。基于这些原因，柏拉图明确地宣称：“如果一个国家的法律处于从属地位，没有权威，我敢说，这个国家一定要覆灭；然而，我们认为一个国家的法律如果在官吏之上，而这些官吏服从法律，这个国家就会获得诸神的保佑和赐福。”^②因而，服从法律的意向和精神，是一个国家的最高美德。这是一个实质性的修改：在《理想国》中，法律成了哲学家一国王的奴隶，而在《法律篇》中，哲学家一国王成了法律的仆人。

然而，柏拉图并没有最终彻底背叛自己的理想国家模式。哲学家的理念是那样深沉，哲学家的逻辑是那样有力，理想国家模式又是那样铭心刻骨，以致于柏拉图无法不坚持他那“没有法律、只有哲学家一国王”的国家才是最高的、最完善的国家的理想。他坚信没有任何法律或秩序能比知识更有力量，哲学家一国王还是国家的唯一理想的主宰者，而所谓法律和秩序，只能是第二种最佳的选择。这就不免引起逻辑上的、思想上的冲突：“法治国”的建构，需要放弃《理想国》的理论论证，《理想国》的逻辑又势必推翻“法治国”的基本前提。柏拉图既不想放弃他的“一等”理想，又用不同的原则建构起“第二等好国家”这种思想的深刻冲突，正是亚里士多德《政治学》的批判的起点，也是亚里士多德提出自己的法治观的理论突破

①《法律篇》，644.

②《法律篇》，715.

口。或许可以说，这种冲突正是柏拉图作为亚里士多德的老师留给自己最杰出的学生的最好遗产。

亚里士多德（Aristotle，公元前384—322年）师承柏拉图，但又对柏拉图的社会政治理想进行了种种批判和驳难。亚里士多德对古希腊城邦——按罗素的说法，即是“政治实验室”——的政治法律状态的了解，比柏拉图全面、详实得多。他曾经调查和研究过158个希腊城邦的政制（宪法史），《雅典政制》一书为《政治学》奠定了对希腊城邦进行理想构思和实证分析的基础，也使得他比柏拉图的抽象理念更为重视法治。亚里士多德是侧重于从希腊城邦国家政制的经验来观察和讨论法治的优越性的，即他对法治的探讨，主要是在历史方面而非哲学方面。^①这与柏拉图的玄虚的理念推理方式有很大的不同。

亚里士多德一方面从未接受过《理想国》的理想模式，另一方面又以《法律篇》为基础构想自己的理想模式：法律统治而非专制统治。有些政治学史家认为，亚里士多德“在论及建设理想的国家时讨论到的每一个题目几乎都是由《法律篇》提出的，而且在一些细节上，论点（甚至措词）有很多雷同之处”。……因此，亚里士多德一开始接受的就是《法律篇》的观点，即在任何好的国家里，最高统治者必然是法律而不是任何个人，且不论此人是谁。”^②显然，《法律篇》构成了柏拉图与亚里士多德师生之间的金质纽带，把他们的法治观连结在一起。

在《政治学》中，正如《法律篇》一样，并没有给法治下过定义。但是，《政治学》指明了法治一词的基本要素：“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。”^③在这里，亚

①《政治学》，1260^b，1264^a。

②乔治·霍兰·萨拜因等：《政治学说史》第124页。

③《政治学》，1294^a。

里士多德认为：（一）法治是守法的统治，即统治的实施必须根据普遍的法律，而不是专横的命令。法律应当受到普遍的尊重并保持至高无上的权威。民众的活动要服从法律，如果有良法而人民不能全部遵循，那么仍然不能实现法治；国家政治权力受制于法律，而不能超然于法外，执政者凭法律来执掌他们的权力，并借以监察和处理一切违法失律的人们。没有树立法律最高权威和维持法律威信的城邦，实质上是缺乏政体的城邦，也就是无以成为一个城邦。这样，法律至上成了亚里士多德理想国家的标志和因有部分。这种守法之治，在《政治学》中，也是正义之治：服从法律即符合正义，非正义就是破坏法律。

（二）上述所服从之法，乃是良法（合乎正义之法），而非恶法。存有良法是法治的基础，恶法也可导致法律统治，但不能导致法治。“良法”、“恶法”说，意味着《政治学》对法律提出了价值判断的问题，即提出了法治的价值基础问题。什么是良法呢？亚里士多德主张，第一，为了公众利益而不是为某一阶级（或个人）的利益的法律，是良法。《尼各马可伦理学》指出：法律的制定，是为了保持整个社会的利益。仅仅以某一阶级（或个人）的利益为依归的法律，必定导向宗派统治或专横统治，即人治，而不能导向法治。因此，为了制定良法，必须实行以公民平等地参与国家政治生活为特征的“轮番为治”政体。第二，良法意味着对自愿的臣民的统治，以区别于恶法的仅靠武力支持的专制统治。自由被古希腊人看作是最高道德价值，所以，法律与自由是一致的，城邦的要素就是在法律之下的个人自由。《政治学》反映了这种道德理想，并强调“法律不应该被看作〔和自由相对的〕奴役，法律毋宁是拯救。”^①剥夺和限制自由的法律，不可能成为良法。第三，良法必须能

^①《政治学》，1310^a。

够维护合理的城邦政体于久远。城邦的立法家应当慎重注意各政体所以保全和倾覆的种种原因，寻找保全政体的方法，并尽心订定垂之后世的成文法律或习惯，以创制一个政体足以持久的机制。总之，严格服从良法，亦即法律的至上性和法律的正当性，就是亚里士多德的法治理想模式。

《政治学》依据上述法治理想模式，展开了对《理想国》的人治论的批判。《政治学》以这样的方式设疑：由最好的一人或由最好的法律统治哪一方面较为有利？《理想国》认为由最好的一人统治较为有利，而《政治学》与此相反，主张由最好的法律统治较为有利。这就是西方哲学史上最伟大的人治与法治的“对话”。《政治学》明确提出了“法治优于人治”的命题，其立论基础首先在于法律与人性的关系。在《法律篇》中，柏拉图曾述及这种关系，亚里士多德承接了柏拉图的观点，警告说：“人类由于志趋善良而有所成就，成为最优良的动物，如果不讲礼法、违背正义，他就堕落为最恶劣的动物。”^①执政者在执政时引起的偏向（不公道、不公平），争权干禄，甚至引起政治腐败，不是因常人不能完全消除兽欲，就是因贤良不能免其热忱。为了做到无所偏私，所以要实行法治。进一步言之，人类具有罪恶本性，失德的人会淫凶纵肆，贪婪无度，下流而为最肮脏最残暴的野兽，这是城邦幸福和谐的理想生活的莫大祸害。但众人治比一人治更能使城邦趋利避害，犹如物多者比较不易腐败，大泽水多则不朽，小池水少则易朽；多数群众也比少数人为不易腐败。而众人之治实质就是法治，即平等基础上的轮番为治就是主张以法律为治。人类的本性还难免有感情，即使某个人聪明睿智，胸襟豁达，也往往失却理智而感情用事。但凡事不凭感情因素治事的统治者总是比感情

①《政治学》，1253^a。

用事的人较为优良。法律恰恰正是全没有感情的智慧，是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现，具有一种为人治所无法做到的“公正性”或“中道性”。因此，“谁说应该由法律遂行其统治，这就有如说，惟独神祇和理智可以行使统治；至于谁说应该让一个个人来统治，这就在政治中混入了兽性的因素。”^①

在政治生活过程中，法律与人性的关系，表征为法律与政治权力的关系——法治根源于制约权力的需要。柏拉图对此亦有过论述。在《政治学》中，亚里士多德主要从希腊各城邦国家的政治实践，进一步申述了柏拉图的思想。他认为，统治权最终存在于法律之中，执政者必须实行合法统治，乃是法治的至高精神。在公民平等的城邦中，把全邦的权力寄托于任何一个人或一个政治团体，都是不合乎正义的，某个政治机构的权力过大也有损于城邦生活。如斯巴达的监察院对于城邦重要事务具有决定权力，这种制度尽了团结公民团体、维持宪政的作用，但是“它的权力过大，可以专断职务，就是国王也不能不仰承其辞色；因为监察院僭取的权力日见重大，城邦原来的政体，并王室在内，渐趋废坏。”^②因此，监察官不应凭私意随便决定可否，而应凭法律上成文的条规慎重行事。他还从古希腊城邦中不合法的政体即一种典型僭主政体中，发现运用法律限制权力的必要性和正当性。在这种政体中，僭主非法篡权夺位独揽统治大权，施政专以好利为尚，对于人民的公益则毫不顾惜，而且也没有任何人或机构可以限制他个人的权力。“这是暴力的统治，所有世间的自由人当然全都不愿忍受这样的制度。”^③因为它缺乏法治的精神。可见，任何机构、团体或个

①《政治学》，1237^a。

②《政治学》，1270^b。

③《政治学》，1295^a。