



西方法律坐标丛书

徐爱国 ©著

思想史视野下的法治现象



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

西方法律坐标丛书

Rule of Law

An Interpretation from History of Legal Theories

思想史视野下的法治现象



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

思想史视野下的法治现象/徐爱国著. —北京:北京大学出版社, 2009. 1
(西方法律坐标丛书)

ISBN 978 - 7 - 301 - 14843 - 3

I. 思… II. 徐… III. 法制史 - 研究 - 世界 IV. D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 204040 号

书 名: 思想史视野下的法治现象

著作责任者: 徐爱国 著

责任编辑: 吕亚萍

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14843 - 3/D · 2231

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 13.25 印张 168 千字

2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 19.50 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

序

法治现象,一直是中国法律学者所热衷探讨的问题。当社会结构发生转化,社会呼唤法治理想的时候,法治的理论探讨成为中国学者们难以回避的热门话题。100多年前的清末修律争论是这样,30多年前开始的法制与法治之争也是如此。

“法治”这个特定的社会现象不仅对中国人而言是神秘未揭的世界;对于西方人来说,法治同样充满着理论上的混乱与冲突。为了揭开法治现象的神秘面纱,我们应该回到法律的历史,特别是法律的思想史中去。唯有从思想史的角度去梳理法治的理想图画、法治的理论渊源、法治的政治—社会结构和思想结构,我们才可能对法治有一个完整而清晰的认识。本书的主题,就是从思想史的角度去探索法治现象的本质。

在本书中,我试图回答如下“宏大”的理论问题:17—18世纪的西方学者在何种历史条件下提出了怎样的法治理想?西方法治理论的古典来源和基督教的基础在哪里?西方法治所依赖的政治—社会结构是什么?20世纪之后,西方法治理论发生了怎样的样式变化?在弄清了西方法治的意蕴之后,我们把视角从西方转向了中国。以西方的法治类型为参照标准,中国的法律传统是法治的工具主义,还是法治的目的主义?或者是法治的社会秩序?中国传统的法律制度与西方的法治主义存在着社会结构上的同一性?或者反之,两者之间存在着排斥性?中国法律传统与西方法治传统是否可以融合,以及融合的限度在哪里?

就西方法律思想史而言,对法治现象的深入探讨并成效显著存在于

法律的政治学分析和社会学分析上。因为这个缘故,本书的方法论有着更多的法律政治学派和法律社会学派印记。因此,亚里士多德、孟德斯鸠、韦伯、昂格尔的名字经常出现在本书之中。而法律的道德学解释之康德、罗尔斯、德沃金和法律的经济学解释之科斯、卡拉布雷西、波斯纳,则较少出现在本书之中。需要指出的是,法律的道德学解释和经济学解释并非不重要,只是它们不关心本书所涉及的“宏大的”“法治”主题。因理论渊源的缘故,本书所蕴藏的学术精神是怀疑、解构和批判。

本书的许多内容曾经以论文的形式发表过,最早的论文发表于1997年,最晚的论文发表于2008年。在成型本书的时候,我做了适当的修改和补充。在此,我要感谢那些曾经刊发过本书所涉论文的法学期刊,其中包括《中外法学》,《法律史论集》,《环球法律评论》,《法学研究》,《北方法学》,《法律科学》,《同济大学学报(哲学社会科学版)》和《求是学刊》等。可以说,本书是我10多年来围绕法治理论研讨所做的一个思想小结。不当之处,敬请读者批评指正。

徐爱国

北京大学法学院

2008年11月

目

录

第一章 西方法治的理想设计	1
一、西方近现代法律制度和理性的自然法	1
二、系统完整的自然法理论	2
三、自然法理论之下的政治法律原则	9
四、古典自然法理论的得与失	20
第二章 法治理想的古希腊思想渊源	30
上篇 柏拉图关于法律的三个比喻	30
一、古各斯的宝石戒指	31
二、医生的教科书与他的经验	38
三、金质的法律纽带	45
下篇 亚里士多德的法律正义论	51
一、亚里士多德法律正义论的三重结构	52
二、法哲学意义上的正义论:终极价值	
v. 相对价值	56
三、社会政治制度下的正义原则:自由	
v. 平等	60
四、法律实践理性中的正义论:矫正正义	
v. 成本效益	65
第三章 人权与法治的基督教神学基础	71
引言	71
一、人权的基督教思想的早期渊源	71
二、新教伦理与资本主义的人权与法治	75

三、天主教视野下近代世俗人权观的缺陷	81
四、天主教神学视野下的人权与自然法	84
五、天主教教义下的人权体系	87
结语	91
第四章 三个古怪法学家的古怪理论	93
上篇 霍姆斯论法律之路	93
一、法律和道德的区分	94
二、历史和社会利益决定法律的内容 和法律的发展	97
三、法理学是一个成功的律师所必备 的知识	101
中篇 杰克森的结构主义符号学法学	105
一、符号学、符号学法学和欧洲结构 主义符号学法学	105
二、对法律现象的符号学分析	109
三、对法律理论的符号学分析	114
四、法律符号学的一些总结	119
下篇 肯尼迪教授的愤怒	122
一、肯尼迪教授之奇人奇事	122
二、肯尼迪与哈佛法学院	126
三、肯尼迪的著作和理论倾向	128
第五章 政体与法治的内在理论逻辑	137
一、主题	137
二、政体与法治的逻辑关系	138
三、民主宪政与法律至上	146
四、法治与社会秩序	155

五、结语	165
第六章 探寻中国“法治”的意蕴	167
引言	167
一、“法治”的三种意义及其内在理论关系	167
二、从中国古代法治工具主义论到近代法治目的主义论	170
三、中国法律传统与西方现代法治的异质性	177
四、关于中国“法治”的推论以及关于“法治”热点命题的点评	187
第七章 社会类型与法治取向	194
一、引言	194
二、“亲亲尊尊”的社会与“德主刑辅”的法律传统	195
三、“个人自治”的社会与“法律至上”的法律传统	200
四、和谐社会与法治取向	203

第一章 西方法治的理想设计

一、西方近现代法律制度和理性的自然法

西方社会的近代或者现代是以资产阶级革命和资本主义制度的建立为标志的,而这种法律制度的理论基础则是起源于文艺复兴以来的人文主义运动,直接渊源于启蒙运动的理性主义,也就是过去我们经常提到的经典自然法学,按照我国约定俗成的叫法,为“古典自然法学”。20世纪60年代以来,西方的许多法律制度和法律学说已经发生了巨大的变化,甚至是对于近代法律及其法律理论予以彻底性的批评,但是,直到今天,我们仍然说,西方法律制度体现了一种民主、自由和法治的精神,其理论基础仍然是古典的自然法学。

自然法的观念是古希腊和基督教的一种文化遗产,在古希腊和罗马的法律思想中,自然法代表了理性,是普遍适用的,高于一切城邦法律之上。基督教的自然法体现了神意,是上帝统率人类的法律。经过中世纪神学的洗礼,人们又重新找到了人类的理性。随着文艺复兴和宗教改革的深入,随着资本主义的兴起,理性主义作为一种思想武器得以长足地发展。到17、18世纪,由于启蒙运动的宣传,人类理性和自然法的运动达到了顶峰。这种理性运动在法律思想领域的体现,就是所谓的“古典自然法学”,这种理论主张,自然法代表人类的理性或本性,是最高的法律。按照人类的普遍理性,人们可以推演出详尽的、普遍适用

于人类的法律或法典。

从哲学上讲,理性是人类应用概念及推理的特有认识方式,理性科学的方法或是演绎的,或是归纳的。作为一种学说或看法名称,理性主义的主要点是权威来自个人的和独立的认识活动,反对某些外界特许的来源,比如神的启示和教会的教令;理性主义对于认识活动中与感觉、观察或实验相对的思想或推理给予更高的评价;集体或个人应独立审慎地选择方案去指导他的生活、行为,而非依习惯去摸索,或任权威或情绪的摆布。17、18世纪的西方资产阶级启蒙思想家们反对宗教神学,倡导建立合乎资产阶级的国家制度和法律制度。他们的法律学说被后人称为“古典自然法学”。之所以称为“自然法学”,是因为他们都认为自然法是一种高于并指导政治社会的国家和法律的人类理性。称为“古典”,是因为他们的理论非常完善,可视为一种经典之说。这一时期的法学家众多,而且每个人的理论也不尽相同,这里要阐述的正是这种理论,我称之为西方近代现法律制度的理论基础。

二、系统完整的自然法理论

从总体上讲,古典自然法学大体上包含自然状态、自然权利、自然法和社会契约等一套完整的理论体系。现分述如下:

1. 自然状态说

古典自然法学普遍认为,在进入文明社会之前,人类生活在一种自然状态之中。在自然状态下,没有国家、政府和法律。自然状态是人类社会的早期状态。

霍布斯把自然状态描述为一种“战争”状态,人与人之间的关系是一种“狼与狼”的关系。^①霍布斯以他的人性论为基础的。因此,人性怎

^① 霍布斯:《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆1985年版,第94页。

样,自然状态也就随之发生相应的变化。首先,人是生而平等的,自由的。因此,人类的自然状态就是完全平等、绝对自由状态,或者说就叫做享有充分的自然权利的状态。霍布斯说:“自然使人在身心两方面的能力都十分相等”^①,从每一个人都满意予他所得的一份这一现象看来,世界再没有比这现象更足以表示才智的平等分配,也就是说,人人都有同等的篡夺财产的能力,都有单独地或联合地攻击另一个人的能力。另一方面,除了能力之外,人人也随时可以毫无限制地把这种能力付诸实践,即实现“绝对的自由”。其次,人天生是恶的,是不断发生争执的。霍布斯说:“在人类的天性中我们便发现:有三种造成争斗的主要原因存在。第一是竞争,第二是猜疑,第三为荣誉。”^②由于这些争执,便引起相互间的漫无止境的掠夺,乃至血于血腥屠杀。所谓“人对人是狼”的名言,就是这样引申出来的。

洛克认为自然状态是一种较好的状态。在自然状态下,人们享有普遍的平等和自由,普遍享有自然权利。^③ 洛克认为,人类的自然状态是一种自由的状态和平等的状态。所谓“自由”,是指人们在自然法的范围内,能按自己认为合适的办法,决定自己的行动和处理自己的财产和人身,而无须得到任何人的许可或听命于任何人的意志。所谓“平等”,是指一切权力和管辖权都是相互的,没有一个人享有高于另一个人的权力。他们毫无差别地享有自然界的一切条件和运用自己的身心能力,不存在从属和受制的关系。^④

卢梭则认为自然状态是人类的黄金时代。自然状态下,没有私有财产,没有国家和法律,没有奴役。人们过着孤立、自由和平等的生活。

① 霍布斯:《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆1985年版,第92页。

② 同上书,第94页。

③ 洛克:《政府论》(下),叶启芳等译,商务印书馆1964年版,第5页。

④ 同上。

人们普遍有同情心和怜悯心,这种怜悯心是维系人们的重要纽带。^① 卢梭在《论人类不平等的起源和基础》,对于自然法和自然状态的想像是独具一格的。他认为,那时的“野蛮人”,非恶非善,无过失无德行。原因是:人类的智力未开化,没有可以供他们加以运用和滥用的才能;没有知识当然也就没有法律,从而也就没有区分行善和作恶的准则。那时,社会不存在不平等,就是体力、智力方面的“天生的”或“自然的”不平等也微乎其微。在这种情况下,所有人都是不受任何束缚的,强者自然也无从行使他的权力。正是从没有不平等这个角度上,卢梭称“自然状态”是人类的“黄金时代”。他认为自然的东西是好的,而文明是人为的造作,破坏了自然的本性,自然人是幸福的。他提倡回到自然去。^②

2. 自然权利说

在自然状态下,人们享有普遍的自然权利。这种权利是与生俱来的,也是不可剥夺的。后人称为“天赋人权”。格劳秀斯强调私有财产权;霍布斯强调人的生命和安全^③;洛克则系统地提出了人类的三种重要权利:生命权、财产权和自由权。所谓“生命权”,是保全每个人的生命,这是每一个人的最基本权利。没有这一权利,就谈不上其他权利;所谓“自由权”,是指人们享有自然的自由,除自然法以外,不受其他任何法律的支配和约束;所谓“财产权”,是指人们经过自己的劳动得来的东西,是人们生存的主要依赖。在洛克看来,这些权利是造物主给予的,是与生俱来的,是任何人在任何情况下都不可侵犯的,即使进入政治社会以后,人们仍然保留的权利。^④ 此外,人们还享有他认为合适的、做任何事情的权利以及惩罚违反自然法行为的权利。杰弗逊在洛克的

① 卢梭:《论人类不平等的起源和基础》,李常山译,商务印书馆1962年版,第102—103页。

② 同上书,第20、44页。

③ 霍布斯:《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆1985年版,第97页。

④ 参见洛克:《政府论》(下),叶启芳等译,商务印书馆1964年版,第3章,第4章和第5章。

基础上,把自然权利总结为:生命、自由和追求幸福的权利。在杰弗逊的倡导下,这三种权利被载入了美国的《独立宣言》。

3. 自然法

在自然状态下,人们没有国家和法律,但他们普遍遵循着一定的法则,这就是自然法。从本质上说,自然法就是人类的理性,是人区别于动物的本质。人能思考,能通过自己的思考来决定自己的行为方式。自然法是一种法,它构成指导人类行为的一种原则。

古典自然法学派代表人物们在反封建的斗争中,提出了系统的自然法思想。格劳秀斯认为,自然法是正当的理性命令,是断定行为善恶的标准。他说,很少有什么法律是一切民族所共同的。如果有,那就是自然法。因为自然法本身一般称民族间的法律。自然法有五条基本原则:第一,不得触犯他人的财产;第二,把不属于自己的东西和由此产生的收益归还原主;第三,应当赔偿由于自己的过错所引起的损失;第四,应当履行自己的诺言,执行契约,承担义务;第五,违法犯罪者应当受到惩罚。

霍布斯的《利维坦》一书,认为自然法乃是理性所发现的一种箴言,或普遍的原则,是用来禁止人去做伤害他自己生命的事情,或禁止人放弃保全生命的手段,并且去做他所认为最可以保全生命的事情。他的自然法理论是典型的理性主义自然法理论。他的主要目的是论述人类如何从自然状态进入社会状态和政治状态的,也就是如何由战争状态进入和平状态的。为此,他提出自然法的十三条原则,其中贯穿了生命、安全和和平,他把自然法的要求概括为一名言,作为自然法的总原则:“己所不欲,勿施于人。”^①

洛克在其《政府论》中阐述了他的法律思想,指出自然状态下的人们是自由和平等的,享有天赋的自然权利,但自然状态绝不是放任的状

^① 霍布斯:《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆1985年版,第120页。

态,因为人们共同地接受自然法的约束。“自然状态有一种为所有人所遵守的自然法对它起着支配的作用;而理性,也就是自然法,教导着有意遵从理性的全人类:人们既然是平等的和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由和财产。”^①自然法体现着理性,它教导着人类过有理性的生活。自然法是最高的、永恒的,上帝本来也为它们所束缚。自然法使所有的人不侵犯他人的权利,不互相伤害,维护人类的和平与安全。如果有人对他人进行人身或财产的伤害,受害人可依自然法、理性和正义处罚侵犯者。在自然状态下,人人都是执行自然法的法官,但自然状态下缺少一种明文规定的法律,缺少一个有权依照既定的法律来裁判争执的裁判者,缺少权力来支持正确的判决。于是,人们相约成立政府,来保护他们的生命、自由和财产。政府的存在是以保护人的生存、自由和财产的权利为目标的。

孟德斯鸠设想,在自然状态下,人是非常胆小怕事的动物,终日因环境的一切危险而慌张逃避。所谓自然法,就是为理性所反映的、先于理性而存在的规律。自然法在无意识之中为人类所发现。自然法包括这样几条原则:第一,和平。自然状态下人们都是自卑的,几乎没有互相攻击的现象,所以首要的是和平。第二,寻找食物。第三,相互爱慕。第四,希望过社会生活。这是人们最新的和最重要的认识,为此都有了社会。社会一经产生,人们便失掉自身的软弱感,并且出现了不平等,人人都有想高出别人,所以开始了战争状态。^②而在卢梭眼里,自然状态下人们的同情心和怜悯心维系着人们的生活,在一定程度上,自然法是人类固有的一种趋向完善的能力。^③

4. 社会契约论

自然状态的缺陷决定了它的暂时性,人类必定要从自然状态过渡到

① 洛克:《政府论》(下),叶启芳等译,商务印书馆1964年版,第6页。

② 孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1961年版,第4—5页。

③ 卢梭:《论人类不平等的起源和基础》,李常山译,商务印书馆1962年版,第109页。

文明社会。在这过渡的过程中,社会契约起了决定性的作用。也就是说,人类通过社会契约的方式,从野蛮的自然状态进入社会状态。具体的方式是:人们放弃自然状态下的全部或部分自然权利,把他们交给一个人或一个集体。主权来源于每个人的自然权利;这个人或这个集体是主权的掌握者。国家或政治体由此而产生,人类开始生活在有国家和法律的社会之中。

具体而言,格劳秀斯是近代社会契约论国家观的倡导者,认为国家起源于人类的契约,而非上帝的创制。人类在自然状态下得不到安全保障,经常受到异族或其他动物的侵袭,人们在理性和经验的启示下,认识到联合起来的好处,于是他们联合起来,建立了有组织的社会。

霍布斯同其他契约论者一样,主张国家起源于契约。他说,人类的自然状态,虽然人是平等的、绝对自由的,享有一切权利,没有私有财产,没有统治,没有国家和法律,但并不是理想的境界。相反,霍布斯说,在这种状态下,是没有发展工业的余地的,因为他们的成果是不稳靠。因此,便也没有土地的开辟,没有航海业,没有宽阔的建筑;没有推动搬迁需要极端力量的事物机器,没有地理知识,没有时间的计算,没有艺术,没有文学,也没有社会,最甚的是,人们都在不断的恐惧中,都有暴死的危险,而人类的生命是孤独的,是贫困的,是龌龊的,是凶残的,是短促的。然而,人类理性的驱使和过和平生活的欲望,使得人们要求摆脱这种战争状态,过安定和平的生活。也就是说,为了“自我保存”,为了自私的目的,人们便要求建立公共权力,而建立这种公共权力的唯一方法,就是人们相互约定,把他们所有的权力与力量交付给一个人或者由一些人组成的会议,由这个人或会议代表他们的意志,行使公共权力。^①他主张把国家权力交给一个人,具体地说就是交给君主,并授予君主无限的权力。统治者有权限制言论自由,有权制定法律,有权

① 霍布斯:《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆1985年版,第131页。

任免官吏和授予勋位。他甚至公然宣称,不放弃自身的统治权力就是统治者固有的权力。臣民没有得到统治者的允许,不得另订新约,更不能放弃君主而回到自然状态。

洛克说,由于自然状态存在着缺陷,人们在理性的指导下,不得不脱离自然状态而建立政治社会。人类最初建立政治社会,必须通过契约的方式,因为任何人放弃其自然自由并受制于公民社会的种种限制的唯一方法,是同其他人协议联合成为一个共同体。^①

对于社会契约论有独到、精辟、深刻见解的,是卢梭于1762年出版的《社会契约论》一书。卢梭断言,国家起源于契约。随着私有制的出现,人们越来越受到相互掠夺和残杀的威胁。在这种情况下,人们就被迫去寻找自由和安全的新的出路,即要求订立社会或国家的契约。卢梭认为,社会契约论的主题是要寻找一种结合的形式,使之能以全部共同的力量来维护和保障每个结合者的人身和财富,并且由于这一结合而使每一个与全体相联合的个人又不只是在服从自己本人,并且仍然像以往一样的自由。^② 卢梭认为,社会契约成立的方式,是每个结合者及其自身的一切权利全部转让给整个的集体。转让全部权利的理由是:只有全部转让,才可以做到对于所有的人的条件都是同等的;只有全部转让,才能使“联合体”完美。如果一些人全部转让,而另外一些人只转让一部分,那么就可能使社会或国家变成某些人推行暴政的工具;只有全部转让,才能做到没有向任何人奉献出自己。而人们可以从社会得到同样的权利,并增加社会的力量以保护自己的利益。通过这种方式建立的集合体表现了人民最高的共同意志。这个意志就是“公意”。“公意”在卢梭的政治理论和法律思想中占有重要地位。契约、主权、法律都与这有关。表达出来就是:我们每个人都有以其自身及全部

① 洛克:《政府论》(下),叶启芳等译,商务印书馆1964年版,第59页。

② 卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第23页。

的力量共同置于公意的最高指导之下,并且我们在共同体中接纳每一个成员作为全体之不可分割的一部分。这样的社会或国家,就是共和国,关于社会契约存在的形式,卢梭说,这种社会契约的条款从来就没有被正式宣告,但在普天之下为人们所默认或公认。亦即,“社会契约”这一概念,无非是表示客观历史上已往存在的普遍情况而已。社会契约要得以履行,为使它不至成为一纸空文,就应该有这样的规定:任何拒不服从公意的人,全体就要迫使他服从公意。这是人们要迫使他自由。当执政者滥用职权不履行契约,以损害人民的权利和利益时,人民就有权取消契约,有权通过暴力夺回自由。

三、自然法理论之下的政治法律原则

从自然状态到自然权利,从自然法到社会契约,应该说是一种完整的系统的理论,在这种理论前提下,古典自然法学提出了一系列合乎资产阶级要求的政治制度和法律制度。

1. 人民主权原则

自然权利放弃的程度,政体建立的方式和民主的程度方面,思想家们之间存在着一定的差异。格劳秀斯主张君主制,斯宾诺莎赞成民主制^①,霍布斯赞成君主制^②,洛克主张君主立宪制^③,孟德斯鸠赞成共和制,有人称之为君主立宪制^④,卢梭主张人民主权,赞成直接民主制。^⑤另外,杰弗逊赞成人民主权,潘恩赞成共和制和代议制。应该说,对于西方近现代政治法律制度影响最大的是人民主权说,最具有代表性的

① 斯宾诺莎:《神学政治论》,温锡增译,商务印书馆1963年版,第219页。

② 霍布斯:《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆1985年版,第136页。

③ 洛克:《政府论》(下),叶启芳等译,商务印书馆1964年版,第95页。

④ 孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1961年版,第8页。

⑤ 卢梭:《论人类不平等的起源和基础》,李常山译,商务印书馆1962年版,第146页。