

法 治 理 想 国

——苏格拉底与孟子的虚拟对话

周 天 玮 著

商 务 印 书 馆

1999年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法治理想国：苏格拉底与孟子的虚拟对话 / 周天玮著.
北京：商务印书馆，1999
ISBN 7-100-02928-7

I . 法… II . 周… III . 法学 - 对比研究 - 苏格拉底、孟子
IV . D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 63022 号

Fǎzhì Líxiǎngguó

法 治 理 想 国

——苏格拉底与孟子的虚拟对话

周天玮 著

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

新华书店总店北京发行所发行

北 京 民 族 印 刷 厂 印 刷

ISBN 7-100-02928-7/D · 263

1999 年 10 月第 1 版

开本 850 × 1168 1/32

1999 年 10 月北京第 1 次印刷

字数 135 千

印数 4 000 册

印张 7 1/4

定价：12.00 元

目 录

他山之石,可以攻玉	叶孝信 3
自序	周天玮 6
导言 从人治的尊贵到法治的仆人	21

第一篇 观念的破立

第一章 至高的权威和当事人的愚昧	33
——所罗门王智慧的两个前提	
第二章 脸谱下的包拯	39
——戏里戏外谈包青天情结	
第三章 鼎与铜表的故事	48
——郑子产与罗马护民官对法律公平的贡献	
第四章 苏格拉底与孟子的虚拟对话	56
——对法律至上观点的根本歧异	

第二篇 建构理想国

第五章 法治的理念	77
——谈现代西方法学家的主要观点	

2 目 录

第六章 一位心力交瘁的治国者	105
——傅勒合法性原则的一则寓言	
第七章 诗人、流民与违宪法规	121
——由一则案例解读合法性原则	
第八章 法治正义捍卫自由尊严与秩序	137
——海耶克、罗思与拉兹等法哲学家的思维与安和乐利社会	

第三篇 验证与转化

第九章 宪政主义的价值和回应	155
——治乱的兴替、有为与有限、民族与民权、多数与少数	
第十章 治人与治法	175
——规则与自由裁量权的现代儒法观	
第十一章 寻索排拒法治的文化因缘	203
结语 观念的城堡,我们的居所	214
附录一 注释	219
附录二 英文目录	226

谨以本书向

父亲仲超(重韶)先生一生的奋斗,以及对江西
家乡教育事业和历史文化传承所付出的爱心与无私
的奉献致敬意

于父亲八十寿辰

他山之石，可以攻玉

展现在读者面前的是一本有分量、饶兴味的法哲学专著。

接触本书，首先吸引我的是本书的副题——《苏格拉底与孟子的虚拟对话》。循着自己的习惯，我先读“自序”、“导言”、“结语”，随即读以这个副题为名的第四章，顿觉别开生面，新意盎然，于是不忍释卷，从头读起，直到最后。掩卷想来，这是法哲学学科领域的一本佳作。

本书主题正是中国前进道路上跨世纪关系全局的一个重大问题。在社会急剧转轨的当前，尤其迫切。经历了史无前例的那场“战斗洗礼”，人治被推向了极致。物极必反。人们痛定思痛，不能不多方认真寻思，导致如此深重祸害的根本原因究竟是什么，并谋求根本解决问题之道。改革开放拓展了人们的视野，市场经济呼唤着人们的自主意识。鉴于国家安全、社会稳定、经济建设、公民正当权利保护以及对外交往等等的方方面面，从确认必须加强法制到坚持依法治国，反映了国家的时代需求，人民的热切愿望，也是全民族法文化觉醒的质的飞跃，虽然这仅仅是开始。本书的“商务”版，适当其时。

他山之石,可以攻玉。实行与民主相依存的法治,谈何容易。毋庸讳言,在中国尚处初级阶段。由“法制”改提“法治”,一字之差,已琢磨了许久许久;“以法治国”与“依法治国”,亦煞费斟酌。这一“正名”,寓深意焉。而西方搞法治则积累了相当成熟的经验,其性质为何,大可姑置不论。猫,首先要求能捉老鼠,多捉老鼠。至少在制度和操作上,西方对此早已有了整整一套原则、措施、办法、细则……,诚然说不上尽善尽美,在那里却广为人知:其荦荦大端则大多形成了社会共识,即所谓法律意识。而这,自有其一定的理念(也还可以推究)为指导,且取得了实效。这些理念是什么?本书以政治、经济、文化、宗教发展的轨迹为背景,追根溯源,剖析中西法治观念的异同,兼及法治与民主的关系,进而探索在中国实行法治步履维艰的症结,提出作者法治理念的向往和走向“法治理想国”的途径。这大抵是本书的主要内容。全书取材翔实,观点鲜明,论据充分,谋篇布局得体,深入浅出,引人入胜。

在章法上,本书融汇中西,贯通古今,简要引据有关法治、人治的名家论断、观点,糅合大多习见的典型的史实、案例和传说,循着作者思路,夹叙夹议,史论结合,娓娓道来。清新流畅的文笔,使凝重严肃的政治法律学术问题以生动活泼的姿态展开讨论。读之如品佳茗,如饮醇酒,如与作者促膝长谈,在心旷神怡中获取教益。

我与本书作者周天玮先生素昧生平,他在复旦讲学期间来去匆匆,也无缘一晤。近经我的挚友推荐本书,并嘱作序,日前方承凌虚越洋寒暄。读其书,结合简历,想见其人,以执业律师从事诸多法律实务,案牍劳心之余,在不大长时间内撰成这本力作,自是一位颇具功底、广涉博览、饱学深思、才思敏捷而年富力强的学者。此书则是其厚积薄发的喜人成果,难能可贵。书中不少真知灼见蕴涵学理深度,发人深省,具有进一步探讨的理论价值和立法司法实践上的借鉴意义。

不独此也,血浓于水,诚于中者形乎外。全书还表明了炎黄子孙对中国法治前景的憧憬和关注,凝聚着海外赤子拳拳之心对此方热土的深情,弥足珍视。

希望本书“商务”版对于海内外华裔学人研讨、交流中国坚持依法治国的学术课题将有所裨益。愿依法治国这个提上日程、起步付之实践、垂之久远的煌煌方略,如日之升,如月之恒。

读后欣有所得,乐为之序。

叶孝信

1996.6 复旦法律系

自序

周天玮

在交通工具还不够发达的时代,古希腊人可以利用水路运输和岛屿所提供的便利走遍爱琴海、埃及、小亚细亚和意大利;古华夏的生活圈被包围在内陆之中,但汉族利用中原地形的平坦也可以和希腊人一样周游列国。因交通而受惠的不只是商人和消费者,荀子在齐国稷下担任大学校长,又到楚国治理兰陵;雅典人柏拉图多次远赴西西里岛为席拉库斯政府出谋划策;马其顿人亚里斯多德在雅典,因为是“绿卡”身份,不能购买土地,但仍然可以租用土地创办学校。

旅行与迁徙所带来的思想冲击十分可观。我自己也是一个旅行与迁徙的受益者。过去这些年,我因为旅行与迁徙而得到了实地考察认识不同的法文化环境的机会。这些实地的生活及业务体验,给了我不断验证理念和修正误解的良机。如果读者发现这本书在中、西之间,固然强调对比,藉以凸显法治理念,但也寻索共通,以呈

现法治理念可以同声相应,同气相求,部分应该得益于这个过程。

笔者深信法治的理念是一般性和世界性的。在不同的时代以及文化意识等条件之下,法治理念的实践会有不同,可是这并不减损理念本身的一般性。法治包括以下四个座标:

- 排除人治的专断。
- 维护个人自由权利。
- 政府依法行事而且本身受到法律规范。
- 守法作为一种道德承担。

这四个座标分别由“法律至上”和“法律正当”两个观念出发。法律至上,才能抑制人治的专断,以及约束政府依法行事。法律正当,指良法要能维护个人自由权利。至于“守法作为一种道德承担”,实际上融合了这两个概念:简单地说,因为法律至上,人人都在法律之下,所以人人应当守法;但相对地,要促使守法成为一种道德标准,法律的正当妥善也应该构成条件。

如果读者感觉用机械式的方法直接讨论法治太过枯燥,很难令人取得真切而感性的认识,笔者完全赞同。在这本书中,笔者尝试藉着与我们思维息息相关的人物,来引进思路。透过第一篇的讨论,我想要说明所罗门王流传的智慧,是有前提的,我们无法重复;包青天与包拯,是戏里戏外两个典型,也许包拯更有价值;在历史巧合的时

刻,春秋郑国与古罗马都设法将法律所代表的公平正义,从贵族手中分配给一般平民,方法都是将法律镌刻在坚硬的质材上予以公布;最后,我以两则对话说明苏格拉底与孟子对法律的态度存在着清楚的界线,苏格拉底将正义放在人类生活的最高优先顺序上,与西方法律至上的概念完全一致,而孟子似乎认为,孝在法外,法从属于人伦。苏格拉底与孟子的虚拟对话,好像为今天中西法文化的出入早就嵌好了密码,说明中华法文化的法律从属性格。

这些思路为进一步探讨法治的理念奠定了基础。本书在呈现法治理念的过程之中,继续用历史、寓言、案例、图例,以及法学家之间的辩论,做多导向搜索,并且尝试让读者看见动态的法治理念,存在着理论的深浅、广狭和实践的变异。

本书的精神来源是好奇——对法治这个理念的好奇。好奇为什么中西法律文化面貌如此不同,而中华法文化为什么对“法治”存在着观念上的排拒,全书始终在索求究竟,也提出了一些个人的解答。

其实,本书所努力的尝试,就是将法治理念化约为四种价值,它们是:

- 自尊自主的人文生活。
- 理性规范的社会合作。
- 亲和可敬的司法正义。

●有效节制的政府权力。

法治理想国,无论在东方或西方,所要体现的正是这四种价值。古代儒家思想与近代自由主义尽管多有差别(特别是在个人权利概念上大不相同),但是大体在这四种价值上聚焦。不管西方的法哲学家们在法治理念上运用了多少千奇百怪的术语和推理,他们在这四种价值上与孔孟思想的二千年对话,是必须握手言和的。概括地说,双方理念终极价值的“同”,使我们相信中华可以向法治认同;双方文化意识之“异”,使我们相信诉求的过程必然存异;而西方法治实践成就的相对较“高”,使我们相信中华民族在现代文明挑战下应该虚心学习西方法治。

这本书将法治理念定位为西方自由主义的精华,和世界文明的标杆,但绝不认为我们要完全扬弃中华法文化。首先,法律是历史文化和社会经济生活的产物,文化意识往往会先决定真正发生的(而非书上规定的)法律行为,所以根深蒂固的法文化仅能逐步革新,无法说丢就丢。崭新的法制,很可能流于崭新的官样文章。其次,法治理念包含规则与自由裁量权(或称为酌情决定权)的权衡运用,儒法二家思想本来就对自由裁量权的规范原则以及规则的权威特质很有贡献,中华民族的生活原理一脉承继着二家不同程度的影响,我们自然不必将那些符合现代价值的部分予以抛开。

笔者所积极建议的,是以下几个方面:

●认识法治与人治的差别,以及中华法文化之下规则意识的薄弱。重视规则必须建立良好,而自由裁量权的行使应当有所规范,双管齐下,才能控制人的专断滥权。儒法二家现代意义的落实,必须朝向法治理念进行转化。

认识如果把法律当成工具,法律难以跳脱从属于政治目的之器用格局。最后,法也只好贬为人治之术。宪法、法律和具体规则的制定者,不应满足于规则可以为我所用,以及规则可以修改成可以为我所用,这样做为治国工具意义的概念,反而忽视了“法”必须代表实质性与程序性公平正义的重大价值祈愿。

●认识西方法治理念所诉求的合法性原则、自然正义、司法独立、宪政主义和司法释宪机制。近代西方所优于东方的,往往不是理想鹤的,而是那些达成理想鹤的之方法。西方文明相信方法具有独立于人之外的完整性,所以西方的方法常常比较可靠,减少了因人而异、人亡政息的可能性。在法治课题上也是如此。

●认识 20 世纪德、赛二先生领导下经济、科技发展及政治民主化的狂热,有着重大的阶段性功能。“阶段性”是指经济、科技与民主三者本身虽然是现代化的要素,但不见得必然导向前述法治理念的四种价值。这四种价值是儒家思想和法治理念的共同追求,但是仅仅通过经济发展、科技进步和民主政

治,虽然也许会但并不必然使我们“愈来愈靠近”这些价值的实现。我们必须至少再增加一个新面向的努力,去独立认识法治座标,看见它对和谐人生与乐利社会的提升贡献。不要忽略了,英美社会在这些价值的实现上的相对进步,并不是一迳追求经济上或政治上的数字增长的成果,而是有着数百年法治发展作为背景。

在走向法治的道路上,我们的最大障碍始终是法律的权威难以建立。中国传统政府一向人治色彩浓厚,习惯将政策(这里指的政策,不是那些具有长远目的之原则性政府陈述)和命令放在高于法律的位置上,法律基础十分漂浮;而聪明的人民素来倾向于以不守法为习惯,而以守法为例外。

检验法治建设的具体标准是存在的,我们只要将海耶克(Friedrich A. von Hayek)、傅勒(Lon L. Fuller)、拉兹(Joseph Raz)与罗思(John Rawls)等学者的法治理念铺陈开来,就可以检验任何一个政府与社会距离法治观念有多远,以及它是否有能力合理保障法律权威的完整性。事实上,这些法治理念,是任何良法美意能否具体体现的重要前提。

我们必须检验:

我们是不是总是不肯订定规则,事到临头才匆忙做决定?我们是不是也习惯于不等规则订好,就推出重大

决定,最后陷入左支右绌,疲于应付的窘境?

我们是不是总有一些不必要予以秘密化的规定?在若干情况下,对可能受到这些规定影响的人,是不是公布这些内规比不公布更有效益?而且我们是不是做到了“法无明文不为罪”?

我们是不是倾向于订定一些会溯及既往的规则,使现行规则的完整性总是受到冲击?人们是否因此总是怀疑现行规则不能保证“现在”活动的合法性,因为将来的规则几乎必然会否定现在的活动?

我们是不是总有一些文字不明确、语意晦涩,令人不能理解的规则,使得规则虽然公布,但等于是没有告知人民,造成许多无谓的困扰,反而增加了社会的成本?

我们是不是总存在着规则互相抵触的现象?宪法与法律、上级与下级政府以及各平行机关的规则不但彼此互相矛盾,而且没有良好的机制来解决这种矛盾?

我们是不是总有一些政府规则规定“当为”的事项,却不是人们所“能为”的事项?法律的订定是为了要调整行为,如果一个理性人的行为根本不可能期望调整到政府所定的“当为”程度,规则变为空言,那就只会凸显了规则的可笑。同时,规则所规定政府本身当为之事,如果也是政府不能做到的,政府也从不认真去做,人民就会对规则完全失去信心。此外,政府制定规则之时,如果连自己都怀疑一个理性当事人的“能为”程度,并且给外界留下

这样缺乏诚信精神的印象,那必然会打击法律的尊严。

我们的法律制定工作是不是存在着更易过度频繁的现象,使人民莫知所从?除非有明显的外在因素,更易过繁,显然反映规划失当,政府不能妥善计划本身的行为,使得人民无从规划自己的生计,这个政府已不能满足海耶克对法治政府的基本界定。

我们所制定的规则是不是在付诸实际执行的时候总是呈现太大的出入?经验告诉我们,“宣布的规则”与“执行的规则”难免有所差异,但我们应当探讨差异的程度和造成差异的原因。我们要以“类似案件,类似处理”为原则,考察执行差异的程度,也要考察差异是否来自于对法律的错误解释、政治的干预、司法费用是否昂贵,人民不克负担?或是来自政府官员的偏见?还是,司法和执法官员收受贿赂的结果。

我们的制度是否做到了司法和立法权力分立?立法者兼管司法,则司法对立法将不能构成约束,立法者可以随时修改规则,服务于自己的利益与情绪。我们也要考察司法机关对法律的执行是否忠实?在执行一般法律之余,是否有效地以司法审查方式,对法律与政府行为的合宪性予以解释,以针砭违宪现象?

我们的制度是否能够确保司法独立?司法部门是否能够不受行政部门的干预?司法独立与法官素质、裁判品质如何取得平衡?司法造法的限度是否有良好传统作