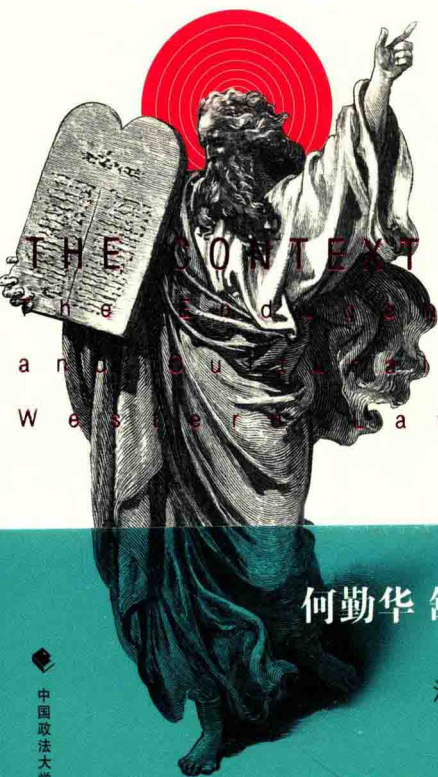


王建芹

西方法文明的
内生机制
与
文化传承

法治的语境



THE CONTEXT OF RULE OF LAW
and Endogenous Mechanism
and Cultural Inheritance of
Western Law Civilization

何勤华 舒国滢 王人博 刘桂明 胡玉鸿

联袂
推荐

法治，上帝的礼物还是枷锁？ / 恺撒的物与上帝的物

世俗化，文明发展的铁律？ / 西方法文明向何处去？

宗教文明与法律文明的共生与并存 / 从宗教到法律——进化的秩序？

王建芹

法治的语境

西方文明的内生机制与文化传承

THE CONTEXT OF RULE OF LAW
The Endogenous Mechanism
and Cultural Inheritance of
Western Law Civilization



中国政法大学出版社

2017 · 北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

法治的语境：西方法文明的内生机制与文化遗产/王建芹著. —北京：中国政法大学出版社，2017.1

ISBN 978-7-5620-7043-6

I. ①法… II. ①王… III. ①法治—研究—西方国家 IV. ①D904.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第242840号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址	北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	650mm×960mm 1/16
印 张	18.25
字 数	245千字
版 次	2017年1月第1版
印 次	2017年1月第1次印刷
定 价	49.00元

王人博

《法治的语境》一书着重强调基督教文化与西方法治的关联，意识到并详细论证了文化与法律的分环勾连，这应当是本书的深刻之处。

舒国滢

建芹教授所著《法治的语境》一书，志在梳理西方法治文明的源流与嬗变，从而导出当代西方的法治有其内生机制与文化传承。对于中国走出法律上的“拿来主义”可能造成的“南橘北枳”的困境，思考与建树中国法治的“本土化路径”，其借鉴与学习价值是毋庸置疑的。

I 王 序

文化与制度的关系，是王建芹教授这本书的题眼，也是我多年来所思考的问题。话题也就从它开始吧。

传统中国具有自足的文明体系，至少从西周以来，中国就具有了政治自觉。西周形成了德礼之治，秦代勃兴了法术之治，到西汉武帝时期，二者逐渐汇合，生成了延续两千多年的中华政治文明模式。即便 1840 年以来，这个模式受到西方文明的冲击，中国在谱系层面还是没有摆脱自身文明的范畴。中国的政治和法律依旧充满着“中国性”（Chineseness）。

当代一些西方世界的智识者似乎也有类似的体认。犹太裔美国人基辛格（Henry Alfred Kissinger）博士，在他的《世界秩序》（*World Order*）一书中，就大体把世界分成三块，一块是西方文明范畴内的欧洲和美国，另一块是伊斯兰世界，还有一块是中华文明下的中国。世界的基本格局，不是由国际法

意义上的主权国家构成的，而基本上是由文明板块塑造的；西方的制度可能会被其他文明体系下的国家移植和模仿，但西方文明不大可能取其他文明而代之。各大文明有着属于自身的文化内核和范围。20 世纪后期的美国政治学家亨廷顿（Samuel Huntington）、20 世纪中叶的英国历史学家汤因比（Arnold Joseph Toynbee）、20 世纪初期的德国社会学家马克斯·韦伯（Max Weber），都愿意从文明和文化的角度来理解世界、观察政治和法律。我想，这样的一种思路是妥当的。

文明传统和历史记忆，作为一个民族的世界观、知识论、价值伦理和情感模式的源泉，很难轻易摆脱。文化未必直接规定政治与法律的内容、形态，但政治与法律的运作却很难不受文化的影响与约束。这是我们在思考一般法律问题、思考中国法治现实的时候应当充分注意的。

建芹教授在《法治的语境》这本书里，着重强调的是基督教文化与西方法治的关联。基督教文化是西方法治的文化母体，孕育了法治体系；并且，在法治演进过程中，基督教文化的衰落将影响法治文明的形态。对于这一命题，我总体上是不持异议的。《法治的语境》意识到并详细论证了文化与法律的分环勾连，这应当是本书的深刻之处。

对于西方法治来说，作为中国学者的建芹教授无疑是一个“他者”。“他者”的身份使《法治的语境》文本呈现两个方面的特点。第一，作者站在局外人的立场上，能够获得一种“陌生人”的优势，从而能够将西方法治文明中那些结构性、关节性的问题把握住。“不识庐山真面目，只缘身在此山中”；山外看山使《法治的语境》具有了大架构、大思路和大叙事，行文颇有纵横捭阖的气度。第二，作为“他者”，经常遇到的一个问题是逻辑优于经验、理智优于情感，这会导致观察者对于事情本身的冷暖

不那么敏感，对于某些只有局内人才能感受得到的困境会有所忽略；《法治的语境》在大架构之下，对于某些具体问题的阐释，是否也存在“隔岸观火”的隔膜呢？这点需要作者和读者一起去体会。

总体看去，《法治的语境》这本书是有功夫的。这种功夫应该还能结出更多的硕果。

是为序。

王人博

2016年11月10日

舒 序

法学的生命在于丰富万千的社会实践，而不能仅仅满足于理论之思辨，这是其作为一门“实践之学”的使命所在。探讨法治及其历史-哲学基础，构成法学的一项重要主题。不过，我们应当看到，法治首先是一种“文化”与“文明”，这种特征使人们不得不更深刻地思考和总结“法文明”之理论根基。时下国人对于法治社会及至法治文明的追求，无疑表达出一种对社会文明进步与发展的殷殷期许，亦对中国法学界的理论建树提出了相当之要求。

新中国法律制度的建构过程充满曲折：建国初期，对苏俄立法体系的照搬属于特定历史时期的产物，其代价则是“六法全书”的废除；其后虽然法制体系逐步成型，但在一场场政治运动的冲击下，这样一套法制体系也遭到了无情的践踏；十一届三中全会拨乱反正的同时也伴随着中国法学与法制的复兴，但在指导思想上，“去苏俄化”开始成为理

论法学与部门法学的共同进路，对德、日等大陆法系国家法律制度体系的移植成为中国法学与法律制度重新建构的又一条“捷径”，而英美法系在其中也产生了相当的影响。一言以蔽之，新中国法学理论与法律制度长期以来始终匮乏于对“本土性资源”的撷取，“拿来主义”成为中国法制化进程中的一条近路。大致上，中国法学转向了“西方法学的中国表达”阶段。

相较而言，域外相对成熟的法治国家和地区之立法及司法经验与制度，其借鉴与学习价值是毋庸置疑的，但更应该看到，法律虽然具象为一套套形式上的制度文本，其背后却有着文化分野所带来的种种观念差异，诸如对“民主”、“自由”、“平等”、“人权”等价值观的理解及普适性在中国就已成为现实问题。因而法律上的“拿来主义”却也可能造成“南橘北枳”的困境，而要走出这个困境，思考与建树中国法治的“本土化路径”，追溯西方法治文明的生成与发展史便是必要的。正如托克维尔（Tocqueville）所述，“人的一切始于他躺在摇篮的襁褓之时。一个民族，也与此有些类似。每个民族都留有他们起源的痕迹。他们兴起时期所处的有助于他们发展的环境，影响着他们以后的一切。”且不谈史外无学，唯有厘清西方法治史，才能够耳聪目明地拿来西方法治文化的精粹，使“西方法学的中国表达”有一个较为扎实可信的基础。

建芹教授所著《法治的语境》一书，志在梳理西方法治文明的源流与嬗变。作者指出，“基督教传承了古代西方思想文明和制度文明的成果并成功地进行了重新塑造，从而孕生并孵化出现代西方文明的基本价值观念”，从古希腊、古罗马时代到中世纪，再到文艺复兴与宗教改革，尽管基督教文化在世俗社会的载体是变动的，教会曾经繁荣也曾经衰落，但基督教的理论基础从未割裂；尽管科学技术的发展与世俗化浪潮带来对宗教理论的冲击与

对宗教活动中愚昧无知行为的批判，但基督教教义非但从未遭受本质上的否定，其中的“原罪观”、“平等观”等价值观念还越发深入人心了。在建芹教授看来，基督教文化作为西方母体性文化，深刻地影响了法治的进程，因此当代西方的法治有其内生机制与文化遗产，“法治”的语境是特定的，它作为一种文化不可轻易推而广之。

西方文明的土壤孕育出其法治理念及相应的法律制度，基督教教义在其中一以贯之，确保法的制定、适用与社会基础的融贯，从而体现出超越地域文化的一般价值，成为中国等法治建设起步较晚的国家的学习对象。不过，西方的宗教文明秩序催生出法律文明秩序，中国历史上则秉持着道德文明秩序，其影响至今仍未消弭，从德治社会转向法治社会的路径必将不同于西方，移植域外制度的立法模式使法律实践将会割裂与本土文化的内在联系，出现“法律移植后遗症”可能在所难免。在世俗化的中国社会，是继续移植西方语境中的“法治”，还是依据中国本土文化衍生出因地制宜的法文化与法体系，创造中国语境中的“法治”，仍是个未竟的课题。

舒国滢

2016年11月19日

于中国政法大学风瀛斋

目 录

王 序·I

舒 序·IV

引 言 法治,上帝的礼物还是枷锁?·1

第一章 谁创造了上帝·7

第一节 理想国的幻灭:从柏拉图到亚里士多德·9

第二节 为什么是罗马?·19

第三节 通向上帝的天梯:逻各斯、理性与自然法·28

第四节 作为文化的法治·40

第二章 中世纪:乌云与曙光·48

第一节 蒙昧与启蒙:中世纪如何回眸·49

第二节 习俗之力·58

第三节 王冠为谁而戴·64

第四节 破茧而出:宪政文明的基督教之蛹·75

第三章 上帝的物与恺撒的物：二元世界的疏离与融合 · 82

第一节 教权与王权 · 83

第二节 教皇与皇帝 · 89

第三节 教会法与世俗法 · 100

第四节 二元格局与三足鼎立 · 108

第四章 共生与并存：宗教文明秩序与法律文明秩序 · 114

第一节 因何而信 · 115

第二节 宗教理性与法律理性 · 123

第三节 从宗教文明到法律文明——进化的秩序？ · 137

第四节 权力哲学：基督教的文化遗产 · 142

第五章 护佑谁的自由 · 150

第一节 始祖的自由与上帝的法 · 152

第二节 自由的边界 · 158

第三节 自由的精神 · 170

第四节 精神的自由 · 177

第六章 失落的天国 · 186

第一节 神本与人本 · 188

第二节 神性与人性 · 196

第三节 神的秩序与人的政治 · 202

第四节 从神圣到世俗，从世俗到神圣 · 213

第七章 世俗化：走向法文明的危机 · 223

第一节 可知的世界，伟大的上帝 · 226

第二节 “上帝之死”的时代 · 235

第三节 世俗化：文明发展的铁律？ · 244

第四节 法文明向何处去 · 253

参考书目 · 266

后 记 · 274

引 言

法治，上帝的礼物还是枷锁？

法治文明之于西方是一种历史的应然，换言之，在西方的传统中法治被视为其历史文化进程的一个有机组成部分和自然生长的社会治理模式，与其社会文化基础及其历史传承密切相关。在某种意义上，肇始于西方的法治文化虽非西方文明之专利品，但其内生性决定了法治在西方的滥觞、发育和成长属于历史的选择，而不像世界其他文明体系中对法治的追求更多是一种被动功利性选择的结果。

对法治的过多溢美之词事实上是对法治本质的一种误判。作为一种文明秩序，法律无论是来自于神或上帝的意志还是人类的自我创制，西方文明对法治的追求都是基于对人性有限性的认识和对人向善能力的怀疑，是来自于人的主观认知中对人伦理道德能力的负面评价。人类走向法律文明秩序或者说走向法治社会，只是一种理性的选择而非“崇高”的追求。在西方的宗教文明时期，法律是神或上帝赋予人类的“不平等条约”，在世俗化社会里，法律是人类实现自我约制的工具，而法治则

是人组织社会的秩序性选择。需要承认的是,人类走向法治社会,不意味着走向一个具足圆满的社会,更不是一个“君子”的社会,它只是一个建立在人性有限基础上的秩序社会。

法治作为一种文化在西方的滥觞与发育,是其哲学思想的历史结晶,基督宗教在其中发挥了决定性的影响。虽然说在古希腊、古罗马哲学与制度文明中,即已开启了西方法治思想和制度建构之先河,但对法律本质的认知以及民主法治观念的成熟,却是由基督教神学思想来加以改造并最终完成的。

基督教统御西方的一千多年中,如果从社会发展水平的角度而言,的确与近现代以来人类物质与科技文明的进步无法同日而语,但作为西方文明的母体,基督教神学及其衍生的思想成果改变了西方文化的历史走向,这其中影响至为深远的,是它的哲学思想。作为一种宗教文化,基督教承继了古希腊、古罗马的哲学思想与制度文明成果并实现了创造性转换,这一转换在今天看来尤为重要的一点,是它实现了与东方文明在世界观上的分野,也就是从人与自然、人与社会、人与人的关系出发,实现了从天人合一、崇尚自然、整体主义、共同体文化的一元世界走向了天人相分、改造自然、个人主义的二元世界。这是基督教神学思想的历史性贡献,也是西方哲学思想最终培育出自由主义、民主思想、宪政文明和科学精神的重要思想来源。

当然,基督教神学思想绝非无源之水,尽管说基督教原本是起源于东方的犹太教,但它的教义基础却是多元文化融合的结果,是希伯来文化与古希腊、古罗马文明结合的产物,正如罗素(Russell)所言:“天主教教会有三个来源,它的圣教历史是犹太的,它的神学是希腊的,它的政府和教会法,至少间接是罗马的。”^{〔1〕}与世界其

〔1〕〔英〕罗素:《西方哲学史》(上卷),何兆武、李约瑟译,商务印书馆1976年版,第19页。

他大的宗教文化体系所不同的是，基督教教义思想所蕴含的人本、理性、权利、民主等某些特质的确是它所独有的，这与它的思想源头以及对之进行了成功的神学改造有关。如果就法治思想的传承与发展来看，西方人对法律的信仰首先在于他们认为法是来自于神或上帝的，是绝对的、唯一的、至高无上的，因而是神圣的，这在他们根深蒂固的自然法观中得到了最好的体现，而近代以来世俗背景下的“高级法”传统亦在很大程度上来自于长期信仰文化的熏陶与浸染。同时，西罗马帝国灭亡以后，日耳曼民族统治了欧洲并被基督教所同化，但日耳曼人从部落民族直接进入封建社会的一个最重要特征，就是他们的部落民主特质，而这种特质体现在其组织体系上是部落法的传统，这一传统与自然法观的结合塑造了西欧人贯穿史今的法治传统。特别是日耳曼民族征服西罗马帝国导致的民族大迁移，客观上使得血缘关系不再成为维系群体关系的主要纽带，血缘关系的淡化意味着个人地位的突出，维系人与人之间的关系就需要新的处理方式，因此也可以说，这是西方民族思维方式中尚法而不尚情的背景之一。这一点是世界上其他文明体系所没有经历过的。

西方哲学思想中的二元世界观既是古希腊哲学的历史遗产，更是基督教神学长期型塑的结果。所谓二元世界，即认为世界分为两个，一个是永恒不变的绝对的世界，另一个是我们能够感知的世界，也就是形而下的世界，这个世界是不断变化的，因而是相对的。二元世界观在希腊哲学那里，是追求一个脱离现实的、完美的、绝对的、永恒的世界，这一点在柏拉图的“理念论”中和众多哲学家对诸如人生意义的探寻和思辨中能够得到很好的注释。^{〔1〕}而在基督教那里则成为人的精神世界与物质世界的分离，也就是上帝之城与人间之城的分离。人生被分成了此岸与彼岸，人世与天国，内在世界

〔1〕 城邦时代的希腊人认为人是一个整体，是精神与肉体的统一、现世和来世的统一，但古希腊哲学观中则蕴含诸多的二元化思想。

与外在世界，灵魂与肉体，现世与来世等相互联系也相互对立的二元世界观。在基督教的思想中，人相信了神或上帝及其救赎，人的内在精神世界就与神或上帝建立了联系，个人价值就获得了提高，内在精神世界也就从肉体的束缚下解放出来获得了平等与自由。但人的肉体仍然在世俗世界中，仍然处于堕落状态。人由于从始祖亚当那里继承了“原罪”，因此现世中的人的肉体是堕落的、有罪的，需要在尘世中经受苦难及死亡。这一“罪感意识”既是基督教的基本精神，也可以被视为西方文化的主要特征。基督教对人精神尊严的肯定与对人性的否定并存的教义思想，既增强了人在现世生活中追求神圣获得心灵寄托的动力，又将人在世俗社会中的地位贬得很低。正是基于这一认识，才需要在世俗社会建立等级秩序，需要国王和统治者，需要律法。当然，国王的世俗权力尽管来自于神或上帝，是神圣的，但国王本人依然是个俗人，他的权力依然是有限的，同样要被制约。这是基督教的西方文化超越于东方文化君主思想的一大突破，也是西方宪政分权思想、法治精神得以孕育和生成的重要文化基因。

概言之，任何一种文化现象的出现都不会脱离其社会基础，法治亦然。法治在西方脱胎于基督教思想对古典时代哲学文明的传承与整合，脱胎于地理大变迁过程中民族文化的萃取与融合，脱胎于信仰文化深深植根于社会生活带来的超验性感受，脱胎于二元世界观带给西方人精神世界的政治心理和价值取向。在这个意义上，法治文明之于西方无异于一种历史的应然。更应该指出的是，法治的语境及其概念在西方是与诸多例如自由、民主、宪政、人权等等早已被强势文明话语权所设定的概念叠合而成的。事实上也是如此，法治在人们政治生活与社会生活中效用的体现，如果缺少了上述制度建构和思想依托，仅仅作为一种规则体系和程序，是无以成立的。在这一点上，对其他世界文明体系而言，如果以此语境来完成对法

治普世性质的认同及其功利性的价值追求，则难免步入一种“橘入淮北”的尴尬境遇。

因此而言，西方法文明立基于纵亘上千年的基督教深厚文化底蕴之上，成长于中世纪基督教神学思想的思维范式之中，孕育于圣俗二元社会结构的制度框架之内，光大于近代资产阶级革命的浴火重生之巅。在这个意义上，我们说基督教文化既是西方现代文明中不可割裂的母体性文化，更是西方现代文明中最重要的文化基因。舍此，我们将无以真正认知西方，也无以对西方法文明的普世性得出最基本的价值解读。

本书在结构安排上，虽然大致按照西方历史文化的发展走向来谋篇布局，但考虑到本书的主旨并非史学论述，因此没有完全按照历史文化分期，而是根据不同章节的相关主题来选取素材，篇章之间在形式上不具有严格的逻辑递进关系。全书以广义的西方法文明（诸如自由、平等、人权、民主、宪政、法治等制度文化和价值理念）与基督教文化之间的历史文化遗产关系为主轴，探讨与思考西方法文明的内生性机制。第一章简单描述了前基督教主要是古希腊古罗马时期西方思想文化的基本特征，说明基督教在历史上之所以长时期作为西方社会的主流意识形态，与其古代思想及社会基础具有无法割舍的内在联系；第二章重点评述中世纪西方历史上民族地理大变迁过程中，古希腊古罗马文明与日耳曼部落文明兼收并蓄，并最终汇流到基督教主流文化和思维价值观中的历史背景；第三章则以西方历史上独有的教俗二元分立为基本特征的政治文化生态为背景，阐述了基督教在型塑西方近现代政治文明中的历史作用；第四章重点考察西方历史上由宗教文明秩序向法律文明秩序演进过程中，两种文明秩序及其价值理念间的内在耦合关系；第五章探讨的是西方自由主义思想发展的内在逻辑及其与法治文明之间的相互促进作用；而随着中世纪的谢幕，西方人对神人关系的重新思考则是