

清华 法治论衡

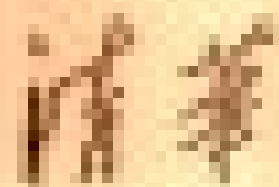
Tsinghua Forum of Rule of Law

第三辑

主 编 高鸿钧



清华大学出版社



法治论衡

Tonghua Forum of Rule of Law

第三輯

主 編 周 勤



暨南大學出版社

清华法治论衡

第三辑

主 编 高鸿钧

清华大学出版社

(京)新登字 158 号

内 容 简 介

本书是一部以法治问题为核心的理论专集,收入法学专论 25 篇。不仅内容涉及广泛,包括法治的哲学思考、法治与道德、法治与全球化、法治与合法性、中国法治之路等,而且从多种角度出发对法治及相关问题提出独到见解。本书是法治理论研究方面的一部高水平之作。

本书适合大专院校、科研机构中的法学研究者、学习者及法律实践部门的工作人员使用,也适用于对法学有兴趣,尤其是关注法治问题的其他读者。

图书在版编目(CIP)数据

清华法治论衡. 第三辑/高鸿钧主编. —北京:清华大学出版社,2002
ISBN 7-302-06051-7

I. 清… II. 高… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 086602 号

出 版 者: 清华大学出版社(北京清华大学学研大厦,邮编 100084)

<http://www.tup.tsinghua.edu.cn>

责任编辑:方 洁

印 刷 者: 世界知识印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 880×1230 1/32 印张: 18.5 字数: 511 千字

版 次: 2002 年 12 月第 1 版 2002 年 12 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-06051-7/D·54

印 数: 0001~5000

定 价: 38.00 元

卷首语

《宣和遗事》载有一篇趣事：

宣和间，上元张灯，许士女纵观，各赐酒一杯。一女子窃所饮金杯，卫士见之，押至御前。女诵《鹧鸪天》词云：“月满蓬壶灿烂灯，与郎携手至端门。贪看鹤阵笙歌举，不觉鸳鸯失却群。天渐晓，感皇恩。传宣赐酒饮杯巡。归家恐被翁姑责，窃取金杯作照凭。”徽宗大喜，以金杯赐之，卫士送归。

对这则故事，可不同解读：于诗人眼中，女子诗才敏捷之随机应对，可谓运用之妙，存乎一诗；皇帝率性任情之诗化处置，足证其爱诗之深，超乎成法。于道德家眼中，女子深谙礼俗之辩，其行似情有可原；皇帝悯恤下情之怀，其慈足名垂后世。然于法律家眼中，女子之诗化辩解，纵无可责，皇帝之浪漫裁断，却透出法律命运之一缕悲凉。极言之，法治之悲哀也。

此悲凉与悲哀背后，暗含对强权任性恣情

之无奈。人类自步入“文明”社会,如同爱美之心人皆有之,爱权之心亦人皆有之,且日甚一日。争权之赤裸裸,夺权之血淋淋,弄权之鬼兮兮,使权之阴森森,实令人眼花缭乱,胆战心惊。至于让贤、避王之类典故,早已成为迂腐陈迹。于是乎,各社会无不弥漫权力角斗厮杀之氛:宫廷政变、僭位篡权、独裁称帝、割据混战、殖民战争……其演绎成王败寇之逻辑,可谓花样迭出,然奉行“王不为非”(The King can do no wrong)之“公理”,却一成不变。至于法律,自君出者,其运不言自明;偶出民间,一遇强权,遂成人主掌中玩偶。

古今中外,所以嗜权如命者,不绝如缕,盖权力暗藏实惠与荣耀:披金戴银之富,吃香喝辣之福,喝五吆六之威,歌功颂德之荣,孰人不羨?谁人不求?难怪权力场上杀气腾腾,追求者仍趋之若鹜;或“学而优则仕”,或财而多则官;甚至不惜阉体以入宦,献身以附势。历史上,儒教、佛教、基督教、伊斯兰教等均力倡德性内修、仁爱虔敬、抑强扶弱、协作互助,试图将人类视线,引离权力之焦点,惜俱未能根本

奏效。

中国古人有言：“皎皎者易污。”西人言之更直白：权力易生腐败，绝对权力导致绝对腐败。一旦腐败，强权之下无公理，指鹿为马，鹿亦为马；诬白作黑，白也作黑。强权之下无真实，“皇帝新衣”，皆大欢喜；“红肿之处，艳若桃花；溃烂之时，美如乳酪”。强权之下滋谄人，“吴王好剑客，百姓多创瘢；楚王好细腰，宫中多饿死”。强权之下无定法，人主喜怒无常，赏罚无度；权若风，法如草，草遇风必偃。

故现代民主法治，公行以权制权，以法限权，以民驭权。以权制权者，分权制衡，遏止独断；以法限权者，权限法定，防止擅断；以民驭权者，主权在民，制止专断。具此三者，民主法治未必定能成就；舍此三者，民主更无异海市蜃楼，法治不外水月镜花。

回到文首故事，倘顺手牵杯之女子，所遇倘非“文墨皇帝”漱宗，而属马背英雄“酒家皇帝”一类，也许不容小女子诵毕，便挥手断曰：“念诗，念诗，念甚鸟诗？推出砍了！”

本辑所载法治文稿,多篇论涉权法关系,
其中警言哲理,编者愿与读者诸君同酌共思。

高鸿钧

壬午年秋于清华园

(西元二零零二年)

目 录

卷首语	高鸿钧(I)
强势文化、二元认识论与法治	於兴中(1)
从哈贝马斯的哲学看现代性与现代法治	陈弘毅(14)
中国治道之求索	黎晓平(34)
中国法治进程中法律与道德的关系	刘作翔(45)
合理性、合法性与现代法治——法律社会学研究提要	宋显忠(67)
我们为什么需要法治——与民众一道思考	胡旭晟(87)
中国法治之路的一种考察视角——分析框架的尝试	邹 治(100)
法律全球化与国际法治	车丕照(111)
全球一体化背景下中国实现法治的几点思考	金邦贵(168)
罪刑法定对现代法治的贡献	张明楷(180)
刑事司法中的程序正义 ··· 阿伦·德肖维茨著 李静传、朱凯译	(256)
历史启迪与现实境遇：当代中国司法独立的价值取向	韩秀桃(270)
英国法治思想和制度的起源与变迁	郑永流(295)
尊重传统，超越创新——对现代英国法治的一种思考 ··· 张彩凤	(351)
宪政化中的儒家传统	王人博(368)
中国传统法律文化与现代法制的联系：一个基本 认识和立场	张中秋(388)

人权的历史和哲学基础·····	姚建宗(403)
家与群：张力下的法律体系——法史学名著 读书札记·····	袁开宇(420)
市民社会与民法价值定位·····	曾献文(440)
走向开放社会：中国公共信息获取与政务公开	
制度之检讨·····	程 洁(460)
香港、新加坡的廉政法治及其启示·····	刘艳红(477)
瑞典监察专员制度评析·····	叶建勋(517)
关于中国党政干部《土地管理法》意识调查报告 ·····	张恒山 王鸿鸣(532)
迎接环境法制创新 共筑神州绿色文明·····	邓海峰(563)
后记·····	(575)

CONTENTS

Words from Editor	<i>Gao Hongjun</i> (1)
Prevailing Culture, Dualist Epistemology and the Rule of Law	<i>Yu Xingzhong</i> (1)
A Perspective of Modernity and Modern Rule of Law from Habermas's Philosophy	<i>Chen Hongyi</i> (14)
An Approach to the Way of Governance in China	<i>Li Xiaoping</i> (34)
The Relationship between Law and Morality in the Processing of Rule of Law	<i>Liu Zuoxiang</i> (45)
Rationality, Legitimacy and Rule of Law: Outline of the Study of Sociology of Law	<i>Song Xianzhong</i> (67)
Why Should We Need Rule of Law? Considering with Masses	<i>Hu Xusheng</i> (87)
A Perspective of the Way of Rule of Law in China; A Study from Framework	<i>Zou Zhi</i> (100)
The Globalization of Law and International Rule of Law	<i>Che Pizhao</i> (111)
Some Consideration on the Rule of Law in China under the Settings of Global Integration ...	<i>Jin Banggui</i> (168)

The Importance of <i>Nullum Crimen Nulla Poena Sine</i> <i>Lege</i> for Rule of Law	Zhang Mingkai (180)
The Procedural Justice in Criminal Trial Alan M. Dershowitz trans. by Li Jingchuan & Zhu Kai	(256)
Historical Inspiration and Actual Context: Current Value Orientation of Judicial Independence in China	Han Xiutao (270)
The Origin and Transformation of the Idea and Institutions of "Rule of Law" in England	Zheng Yongliu (295)
Respect for Tradition and Transcendence: Thinking on Modern Rule of Law in England	Zhang Caifeng (351)
The Confucian Tradition through Constitutionalism	Wang Renbo (368)
Connection between Traditional Chinese Legal Culture and Modern Legality: A Basic Attitude	Zhang Zhongqiu (388)
The Historical and Philosophical Foundation of Human Rights	Yao Jianzong (403)
Families and Groups: the Legal System in Tension	Yuan Kaiyu (420)
Civil Society and the Orientation of the Value of Civil Law	Zeng Xianwen (440)
Toward Open Society: A Study on the Acquirement of Information and the Open of Administration in China	Cheng Jie (460)
A Study of Clean Administration in Hong Kong	

and Singapore	<i>Liu Yanhong</i> (477)
A Comment on Ombudsman in Sweden	<i>Ye Jian.xun</i> (517)
A Report on the Social Survey for the Land Law	<i>Zhang Hengshan & Wang Hongming</i> (532)
The Creation of Environmental Law and Constructing Green China	<i>Deng Hai.feng</i> (563)
Postscript	(575)

强势文化、二元认识论与法治

於兴中

一、简介

中国学者们深感所处的环境太富于人治色彩，渴望有一种高于或优于人治的理想社会，因此对法治产生了无限遐想。从现有的大量讨论法治的文字来看，人们基本上假定法治是人类社会最理想的状态。对于法治的弊端，似乎还没有做过应有的反思。由于走上追求法治的道路是无数有识之士艰苦努力的结果，目前要在中国对法治进行一番批评，实际上是一件很困难的事情。事实上，虽然我们深信法治是国家的灵魂、自由的管家乃至正义的化身，但也不应该忽视了法治也可以仅仅是一种理想或者一种意识形态。本文打算通过对一个至今还没有引起广泛关注的层面，即强势文化、二元认识论和法治之间的关系的探讨，指出法治的若干弊端，以供有心的学者和法律改革者参考。文章的基本看法是，法治固然有其不可否认的优点，但决不是最理想的或惟一的选择。从所谓人治/德治社会走向法治社会其实没有走很远，仍然是从一元的社会走向另一个一元的远非理想的社会。由于强势文化和二元认识论的限制，这一简单的事实却难以为人们所认识。处在转型期的中国需要更为广阔和深刻的理论探讨，以寻求更为理想的社会安排，而不应该仅仅热衷于法治，从而忽视了社会生活的多样性和人的多样性以及与之相适应的社会制度安排的多种可能性。为了便于讨论，一

• 法学博士，香港中文大学政治与行政学系教授。

开始对法治的概念做一个适合讨论的界定可能还是有必要的。因此文章的第二部分将给法治下一个我认为确当的定义并对目前中国的法治情结略做评论。第三部分探讨强势文化的含意。第四部分将讨论所谓二元认识论及与之相适应的普遍主义的认知方式。第五部分作为结论指出对法治的追求不应该影响我们对更理想的社会安排的想象和探索。

二、法治与法治情结

(一) 法治

法治最初只是一种理想,后来逐渐发展成为一种文明秩序,一种社会框架,而这种社会框架与法治理想之间实际上存在着很大的距离。作为一种权威理想,法治激励了不少仁人志士为争取自由、公正而献身。^①

作为法律文明秩序的法治由以下四个方面的内容构成:以法治理想为主导的权威系统,以权利和法律为中心的概念范畴系统,以司法制度为社会最基本的制度安排和以个人权利及法律为依归的文明秩序意

^① 有关法治的著述多不胜数,请参阅:W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1765; A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., London: Macmillan, 1915; G. Dietze, *Two Concepts of the Rule of Law*, Indianapolis: Liberty Fund, 1973; R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1980; L. L. Fuller, *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven: Yale University Press, 1969; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961; F. A. Hayek, *The Rule of Law*, Menlo Park: Institute for Humane Studies, 1975; F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago: University of Chicago Press, 1944; F. Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and Legal System in Modern Society*, Berg Publishers Ltd., 1986; J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge: Belknap Press, 1971; E. P. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, London: Allen Lane, 1975; R. M. Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, New York: Free Press, 1976.

识。这样一个法律秩序萌生于古代西方的文化土壤,在近现代欧洲得到了极大的发展,然后全盛于美国。^①

在法治社会中,政治活动被规则化、程序化。政治合法性的意义完全在于被合理化了程序的合法性。具体表现在选举程序、立法程序、司法程序及政治参与程序等方面。与政治的规则化、程序化相一致,法治社会中的经济活动也被规则化和程序化了。与关系经济或者伦理经济相对应,可以称之为规则化的经济或市场经济。经济活动以纯粹的盈利为目的,经济活动的规则公开化、标准化、规模系统化。

法治的主要优点表现在它妥善地解决了人的欲望和人的精神追求之间的矛盾,而这对矛盾是所有的传统文化无法避免但又无法解决的矛盾。它困惑了一代又一代为理想社会而奋斗的仁人志士。简言之,世界主要文化传统,无论神圣的还是世俗的,一般都对人的趋利性采取抑制的态度,而法治社会则鼓励人们追逐利欲。个人的利欲具体化表现为权利,当权利与权利、权利与权力发生冲突时则需要法律来调整。从个人的欲望和趋利性转化为权利,再到由法律保护权利,这样一个过程实际上是法治的核心内容。若再说得详细点,有权利做某事就等于有自由做某事,于是权利便等于自由。对人而言,权利是自由;对物而言,权利就是财产权。因此,权利、财产、自由是相通的。权利、财产、自由之间,个人权利和他人权利之间,个人权利与政治组织之间的关系有一致也有矛盾的一面;这种矛盾和冲突就产生了正义与不正义、平等与不平等的问题。而为了解决这些冲突和矛盾就需要一种强有力的预先存在的统一的手段和程序,这就是法律和法律制度。而法治就正是提供了这样一种以法律为主要治理手段的建立在理性基础上的社会框架,供人们交往、生活和交流。^②

① 请参阅於兴中:《作为法律文明秩序的法治》,载《清华法治论衡》(第二辑),31~44页,北京,清华大学出版社,2001。

② 请参阅於兴中:《作为法律文明秩序的法治》,载《清华法治论衡》(第二辑),31~44页,北京,清华大学出版社,2001。

（二）法治情结

20 世纪 80 年代以来，中国政府、学者和民众对法治表示出莫大兴趣。政府把法治作为治国方略加以推行；学者们自愿地组成拉拉队，为法治鸣锣开道；普通人也开始运用法律寻求正义、维护自己的权利。“依法治国”、“依法治水”、“依法治林”等含有法治字样的标语俯拾皆是，有关法治的文字论述也频频见于报章。一时间，追求法治成为一种时尚，甚至变成一种情结。

当然，这种法治情结并不是新近才有的。从清末变法开始，中国人就已走上了追求法治的道路。但是，由于中国的历史传统过于复杂，现实生活变幻莫测，对法治的追求时断时续，一波三折，百年以后，仍看不到多大功效。

然而，20 世纪 80 年代以来的法治情结毕竟不同于以往。如果说，以往人们对法治的利弊还保持一种审慎的态度，因而对法治的追求多少有点保留，那么这种新的法治追求则表现出前所未有的坚定信心和不容置疑的绝对性。这种新的法治情结的最大特点就在于它把法治看成一种善治的最高理想和中华民族目前面临的惟一正确的文化选择。

然而，无论从经验的层面还是从理想的层面观察，所得到的结果都无法使人心悦诚服地去拥抱这种法治情结。从经验的层面看，我们可以以美国为例。美国是当今世界上最强盛的国家，一向以厉行法治而著称于世。不独美国人认为自己的国家是一个法治国，美国在大多数国家中的形象也是如此。^①而处在政治法律转型期的发展中国家更是把美国的法律制度看做模仿的典范。然而，美国的强盛果真是因为它的法治吗？美国的社会果真是最理想的社会形态吗？

美国具有世界上差不多最完善的法律制度。无论它的宪法制度、

① 请参阅 Ronald A. Cass 的近著：*The Rule of Law in America*，Johns Hopkins University Press，2001。