

西方 法治主义的 源与流

○汪太贤 著

Sources
of
Western
Legal
Doctrine

法律出版社

D909.9

6

西方 法治主义的 源与流

○汪太贤 著

Sources
of
Western
Legal
Doctrine

法律出版社

北方工业大学图书馆



00494081

图书在版编目(CIP)数据

西方法治主义的源与流/汪太贤著. —北京:法律出版社, 2001. 6

ISBN 7-5036-3465-0

I. 西… II. 汪… III. 法制史—研究—西方国家
IV. D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 043141 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶松

责任校对/何萍

印刷/中国科学院印刷厂

开本/A5

印张/14.875 字数/393 千

版本/2001 年 10 月第 1 版

2001 年 10 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3465-0/D·3182

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

引言：一种思考的维度

法治，作为人类社会发展的必然要求，可以从康德的一个命题中获得支持：“大自然迫使人类去加以解决的最大问题，就是建立一个普遍法治的公民社会。”^① 对这一社会，康德作出了进一步解释：“大自然给予人类的最高任务就必须是外界法律之下的自由与不可抗拒的权力这两者能以最大可能的限度相结合在一起的社会，那也就是一个完全正义的公民宪法；因为惟有通过这一任务的解决和实现，大自然才能够成就她对我们人类的其他目标。”^②然而，康德紧接着提醒人们，法治“这个问题既是最困难的问题，同时又是最后才能被人类解决的问题”。^③

不过，我认为，康德的话似乎不是教导西方人的。因为，其一，在康德之前，他们就关注到了康德的命题，早就将法治当作一条规律和人类的使命来对待；其二，西方人好像也没有听信康德的提醒，理由是他们并没有等到人类的最后时刻，就已经建立了自己的法治王国，果断地解决了被康德称为人类这一最大、最困难的问题。所以，我怀疑，康德的话似乎有意说给我们中国人听的。因为，对中国的法治而言，中国人正在走近康德的命题，并且，法治问题的确是像康德所说的成了“最困难的问题”。但是，中国人同样不能相信：法治在中国将

① [德]康德：《历史理性批判文集》，何兆武译，商务印书馆 1997 年版，第 8 页。

② [德]康德：《历史理性批判文集》，何兆武译，商务印书馆 1997 年版，第 9 页。

③ [德]康德：《历史理性批判文集》，何兆武译，商务印书馆 1997 年版，第 9 页。

是“最后才能被人类解决的问题”。

确切地说,当今法治在中国遇到的困难,已经不再是对康德命题的认识,而是对康德命题的实现。也就是说,法治的价值或意义,以及必须选择法治,都已成为中国政府和民众的共识,而中国应当建立什么样的法治?法治在何种条件下成为可能?法治如何建构?等等,才是中国法治的难点所在。面临这些难题,从逻辑上讲,解决的关键不是一个简单选择和积极着手实施的问题,而首先是一个理性思考的问题。因为正如这样的常理:“如果事先不知道他们想到哪里,那么就无法告诉人们,他们是不是已走向他们想去的地方”。恩格斯也曾告诫我们:“在社会历史领域内进行活动的,全是具有意识的、经过思考或凭激情行动的、追求某种目的的人;任何事物的发生都不是没有自觉的意图,没有预期的目的。”^①

这样,如何思考中国法治的问题也就显得尤其重要。特别是对中国学界来说,如何思考,既意味着思考的是什么,也意味着能够思考到什么。对此,我想起卡尔·波普尔的一段话,他说:

人们普遍相信,对待政治学真正科学的或哲学的态度,和对一般意义上的社会生活更深刻的理解,必须建立在对历史的沉思和阐释之上,尽管一般人认为生活环境、亲身经历和小坎坷的重要性是理所当然的,但据说社会科学家和哲学家却必须从一个更高层面上眺望这些事情。^②

卡尔·波普尔的话至少给予我们思考中国法治的一种维度,也就是说,对于中国法治的思考,我们既不能停留在技术这一层面,也不能完全局限于现实社会这一视域,而是应当把它上升到一种政治哲

① 《马克思恩格斯选集》第4卷,第243页。

② [英]卡尔·波普尔:《开放社会及其敌人》(第一卷),陆衡等译,中国社会科学出版社1999年版,第25页。

学的高度,并把视野扩展到整个历史领域。这样,我们所理解和把握的法治,将不是一些具体的操作规程和技巧,而是一些具有普适性的精神和原则。

正是卡尔·波普尔的启示,使我萌生了从历史的维度对中国和西方法治的理念、思想、学说进行系统考察的念头,同时激起了我试图以“中西法治主义的源流”为题,将这一考察的结果诉诸于文字的冲动。这是因为:

我相信思想的意义。“一旦生活与思想在历史中是不可分割的联系得到体现以后,对历史确凿性和有用性的怀疑立刻就会烟消云散。”^① 法治的思想与法治的实践存在某种程度的关联性,它不仅表现在同一个时代,也表现在不同的时代。也就是说,它不仅让我们看清那个时代支撑法治实体的理论支柱,而且也能帮助我们今天找到支撑法治大厦的基石,至少它可以催促着一种新的法治理念的诞生。正如卡尔·波普尔所言:“凡是一个社会发展的时期有着某种其本身所固有的趋势的时候,我们就可以指望着找到影响这一发展的各种社会学理论。这样,社会科学就可以像助产婆那样地起作用,有助于促成新的社会时代的来临。”^②

我相信历史的意义。因为“在历史进程中所保存和丰富的是历史的本身,是灵性。过去不异于在现在存活,它作为现在的力量而活着,它融化和转化在现在中。每一特定的形式、个人、行动、制度、作为、思想都注定要死亡的;甚至被称为永恒的(在某种意义上,它是永恒的)艺术也会死亡,因为,它除了在后人的精神中被再造、从而被变形和被投以新的光辉外,它并不存在”。^③历史上,一切法治的思想都

① [意]贝奈戴托·克罗齐:《历史学的理论和实际》,傅任敢译,商务印书馆 1997 年版,第 4 页。

② [英]卡·波普尔:《历史主义贫困论》,何林、赵平等译,中国社会科学出版社 1998 年版,第 17 页。

③ [意]贝奈戴托·克罗齐:《历史学的理论和实际》,傅任敢译,商务印书馆 1997 年版,第 68 页。

可能随着它的制度载体的消失而死亡,但它很可能找到一种适宜的新制度载体而复活,它甚至还可能在不同的民族和国度的制度载体中被再造而光芒四射,因为法治思想本身具有这样的灵性。其实,法治作为一种制度、一种精神,它既有一个国家或民族的固有属性,也具有适用各个国家和民族的普适性。这样,对一个国家的法治“发生作用的种种力量,并不是来自一个国家,而是来自更宽广的所在”。^①这种力量,既有来自制度的,也有来自思想的。

历史会告诉我们许多法则。法治思想的历史同样将告诉我们许多关于法治的法则。

① [英]汤因比:《历史研究》上,曹未风等译,上海人民出版社1997年版,第4页。

目 录

引 言 :一种思考的维度	(1)
--------------------	-------

第一章 希腊人的智慧

——从“尚法”到“良法之治”	(1)
一、早期城邦的“尚法”观念与法治理念萌生	(2)
(一)崇尚法律和正义的朴素表达	(2)
(二)服从法律:斯巴达人的一种美德	(4)
(三)法律在雅典人心中的权威	(6)
二、“为法律而战斗”与法治特征的揭示	(13)
三、柏拉图:从贤人之治到法律之治	(22)
四、亚里士多德:法治应当优于人治	(31)
(一)“法治应当优于一人之治”	(32)
(二)法治的基本要素	(35)
(三)法治的自由价值	(44)
(四)通向法治的路径	(46)
五、理性:古希腊法治理念和思想的根基	(51)

第二章 罗马人的传承与创造

——从崇尚理性到关注权利	(57)
一、西塞罗的理性法治观	(58)
(一)自然法:法律统治的正当性根据	(59)

(二)良法:“恶的改造者和善的促进者”	(64)
(三)法律:政治社会联合的纽带	(70)
(四)权力服从于法律	(78)
二、罗马皇帝眼中的法律	(85)
三、罗马法学家的基本理念	(91)
(一)法律权利的理念	(93)
(二)从自然法中衍生出的自由平等原则	(96)
四、为罗马人申辩	(102)

第三章 法治主义的神学分支

——从神学的法治理念到法治学说	(108)
一、古代法治文明的衰落与残存	(109)
二、神治及其思想的泛起	(115)
三、法律及其正义的呼声	(122)
四、“国王服从法律”理念的缘起	(129)
五、教皇革命与“法律至上”信条的确立	(134)
六、阿奎那:从法治的理念到学说	(146)
(一)法的正当性问题	(147)
(二)人性的弱点与法治救济	(154)
(三)君主服从法律的支配	(159)
七、法治理想与神治现实的悖离	(162)

第四章 古代与近代的桥梁

——古典法治思想复兴与近代法治思想的孕育	(167)
一、罗马法的复兴:再现古典法治理念	(168)
二、文艺复兴:近代法治主义孕育的人文基础	(185)
三、早期人文主义者的法治理念	(205)
四、古典法治理念的再次复兴	(212)

第五章 法治:从神性回归理性

——近代法治主义的端倪·····	(217)
一、法治:从神性向理性的蜕变·····	(217)
(一)从服从理性到服从法律·····	(219)
(二)服从法律即遵从公意·····	(222)
(三)法律统治取代一人统治的必然·····	(226)
二、法治:回归理性·····	(229)
(一)摆脱神性与确立理性·····	(229)
(二)法治的缘起:一个逻辑的推论·····	(232)
(三)服从法律——公民的天职·····	(237)
(四)国家和统治者服从法律的根据·····	(242)
(五)民主下的法治·····	(245)
(六)自由:政治与法治的目的·····	(256)
三、哈林顿的“法律王国”·····	(265)
(一)提出建立法治王国的思想背景·····	(265)
(二)共和国的标志:法律的王国而非人的王国·····	(269)
(三)“均势”:法治政府的权力原则·····	(274)
(四)法治王国的基石:平等·····	(284)
(五)法治王国的力量源泉:人民·····	(289)

第六章 法治:为自由而选择

——从自由联想到权力的洛克·····	(294)
一、启蒙运动:近代法治思想的动力·····	(294)
二、社会契约:法治的理论预设·····	(297)
(一)自然法下的自由权利·····	(298)
(二)自由权利:从自然的向社会的转换·····	(301)
(三)从订立契约到实行法治·····	(305)
三、法治下的政府与人的自由权利·····	(308)
(一)民主:自由权利的政制基础·····	(308)

(二)法律下的自由权利	(311)
四、分权与法治	(317)
(一)以立法权为中心的权力构造	(317)
(二)权力的正当性	(325)
五、西方人心中的洛克	(336)

第七章 法治的制度构成

——孟德斯鸠的法治要素	(340)
一、自由:法治的主题	(343)
二、法治、自由的政体要求	(354)
(一)专制政体与自由和法治的绝缘	(356)
(二)自由和法治在君主政体中生成的条件	(360)
(三)共和政体:自由和法治的政制胚胎	(365)
三、法治政体的权力构成	(375)
四、自由与法治生成的自然要素	(386)

第八章 法治:在民主的前提之下

——卢梭的法治共和国的原则	(393)
一、法治:由“奴役”引起的思考	(395)
二、政治权力合法化的基础	(405)
(一)政治权力源于自愿的“公约”而非“强力”	(406)
(二)政治权力应产生于平等的而非服从的“公约”	(407)
(三)自愿、平等“公约”基础上的政治权力	(411)
三、从“公意”的统治到法律的统治	(414)
(一)主权:公意的统治	(415)
(二)体现公意的法律与法律的统治	(417)
(三)“自由就是服从自己规定的法律”	(422)
四、法治共和国的建构原则	(428)
(一)以立法权为核心的权力安排	(428)

(二)法治政府的创制及其原则	(433)
(三)法治政府形式及其选择	(440)
五、被卢梭“感染”着的世界	(446)
主要参考文献.....	(454)
后 记.....	(461)

第一章 希腊人的智慧

——从“尚法”到“良法之治”

在一个国家中，法律是高居于统治者之上的，统治者是法律的仆人，只有这样的国家，才能够得以拯救，上帝可以赐福于他们。

——柏拉图

古希腊作为西方文化的源头，既是西方多种政治制度的发源地，也是西方多种政治思想的发祥地。难怪雪莱曾说：“我们全是希腊人的；我们的法律，我们的文学，我们的宗教，我们的艺术，根源都在希腊。”^①

作为西方政治思想的核心之一的法治思想就诞生在古希腊。它最早孕育于希腊人崇尚正义和法律的观念之中，而萌生于古希腊的政治哲学之中。恩格斯说：“在希腊哲学的多种样式的形式中，差不多可以找到以后各种观点的胚胎、萌芽。因此，如果理论自然科学想要追溯自己今天的一般原理发生和发展的历史，也不得不回到希腊人那里去。”^② 因此，要探寻西方法治思想之源，我们也不能不回到希腊时代，在希腊人的观念和智慧中去寻觅。

① [美]爱德华·麦克诺尔·伯恩斯、菲利普·李·拉尔夫：《世界文明史》第1卷，罗经国等译，商务印书馆1987年版，第258页。

② 恩格斯：《自然辩证法》，《马克思恩格斯选集》第3卷，第468页。

一、早期城邦的“尚法”观念与法治理念萌生

在古希腊,尽管较为系统的法治学说形成于古希腊城邦衰落时期,由柏拉图和亚里士多德最终创立,但是,法治思想的“火花”却早在迈锡尼王国晚期和希腊城邦的早中期,就已经显现在诗人、政治家和思想家们的作品和言说之中。从某种意义上讲,希腊后期柏拉图和亚里士多德的法治学说只不过是希腊早期法治观念、思想的汇集和总结罢了。

(一)崇尚法律和正义的朴素表达

如果粗略勾勒希腊思想的历史线索,我们就会发现西方古典法治的观念、学说萌生于古希腊从迈锡尼^①王国到民主城邦、从神话的没落到理性知识的诞生的演进过程。早在公元前12世纪迈锡尼王国崩溃时的荷马时代,崇尚法律的观念就已经蕴涵于希腊人的神话故事里。在《荷马史诗》中,不仅正义和法的概念就已开始使用^②,而且正义与法的关系已经确立。正义作为普遍准则,既规定着人类的秩序,也规定着神的秩序。宙斯作为普遍正义的化身,既是正义与邪恶的裁判者,也是最终的执法者。据史诗第十六章记载,宙斯之所以投下暴雨来惩罚人类,“是由于人类不顾上天的嫉妒而滥用他们的权力,在法庭上发表歪曲的宣判而排除了正义。”^③这表明,自然的

① 迈锡尼:希腊伯罗奔尼撒半岛东北部的古城,爱琴文化(又称克里特——迈锡尼文化)中心之一。19世纪下半叶德国考古学家谢里曼发掘了这座古城,获得了大批古物、金银器具和线形文字泥板文书。历史上将在该城及其附近地区发掘的古文化通常为迈锡尼文化。参见[法]让·皮埃尔·韦尔南:《希腊思想的起源》,秦海鹰译,生活·读书·新知三联书店1996年版,序言第1页注释。

② 在《荷马史诗》中使用了“狄凯”(正义)和“忒弥斯”(习俗、法律)概念。狄凯被喻为正义女神,是人们行为的准则;而忒弥斯一词源于惩罚女神,代表惯例和习惯法。史诗中,英雄们把正义理解为习惯法的绝对基础和依据,而习惯法是正义的体现。参见徐大同主编:《西方政治思想史》,天津教育出版社2000年版,第13页。

③ [古罗马]荷马:《伊利亚特》,罗念生、王焕生译,人民文学出版社1958年版,第296—297页。

准则是正义,自然对人类的惩罚源于人类对正义的违背。如果人类不讲正义,就是违反了神(或宇宙)的法律,也就必然受到自然的惩罚。可见,在荷马的观念里,正义是一切事物的法则,法律只能是正义的表达,人们遵从正义就应当恪守法律。

在稍后赫西俄德的长诗《神谱》和《工作与时日》中,我们还看到赫西俄德用神话形式表达的正义和法的统治理想。在他创立的神的谱系里,宙斯与妻子之一的忒弥斯生有两个女儿:狄克和欧诺弥亚。按职责分工来说,她们负责神圣秩序的维护。狄克致力于捍卫神的正义,惩罚违背正义的行为;欧诺弥亚则致力于良好的法制的维护。作为女神,她们是宙斯意志的实行者。这标志着宙斯对人类的统治就是依赖正义和良好法制的统治。在《工作与时日》中,正义是宙斯最高的法则,也是人类福祉的源泉。赫西俄德认为,在动物世界奉行弱肉强食的自然法则,而在人的世界却必须遵循正义的法则。人类只有按照神安排而工作,按照神的分配获取正当利益,才能消除不公,建立宇宙的正义。尽管上述的荷马和赫西俄德把法律和正义寓于神灵之中,没有直接而明确地揭示法与正义的社会意义,但是他们以神话的形式朦胧地表达了当时人们希望通过法律和正义,建立美好人类秩序的愿望。对此,美国学者特伦斯·欧文指出:“荷马并非对法律与正义漠不关心。奥德修斯将正义与野兽相对比;而缺乏正义的库克罗普斯也缺乏社会和政治生活的基本制度。对赫西俄德来说,正义和法律是人类特有的制度,它们使我们免于像野兽一样彼此吞食;它们赋予人类以得到保护的最好希望。”^① 后来,希腊城邦时期,人们纷纷立法和树立法律的崇高权威以确立社会正义,就是为了防止人们之间像野兽一样彼此吞食。而提出法治主张的根源也就在此。

自公元前8世纪,希腊开始进入城邦时代。城邦的诞生不仅为法律开辟广阔的用武之地,而且也为人们的思想观念提供一个自由

^① [美]特伦斯·欧文:《古典思想》,覃方明译,辽宁教育出版社1998年版,第43页

的空间。^① 希腊人崇尚法律观念、维护法律权威的观念,以及“法律面前人人平等”等观念就诞生在这个自由的精神世界之中。

(二)服从法律:斯巴达人的一种美德

与荷马时代不同,进入城邦后希腊人依赖正义和法律来建立社会秩序的愿望,已经不再用神话的形式来隐晦表达,而是直接蕴涵在他们的立法、政治主张和守法观念中。比如斯巴达城邦政治制度的创建者——莱克格斯(Lycurgus,有译为来库古,或者吕库尔古斯),就借助“神谕”的嘱托率先为城邦立法,^② 并依法在斯巴达建立了贵族民主政体,即由 28 人组成的元老院行使城邦的立法权,由两个国王行使城邦的最高行政权,由公民大会行使提案的表决权,由五人监察官行使法律监督权。在当时,虽然莱克格斯的法律都是以“神谕”的口述方式表达,没有成文法的出现,它主要依靠人们世代口头传授的方式流传,但是它具有很高的权威性。因为在斯巴达人看来,法律

^① 韦尔南认为,希腊从迈锡尼王宫文明走向城邦的社会天地引起了希腊的制度和精神世界的根本性变革。他说:“城邦的诞生不仅带来了一系列经济和政治的变化,也意味着思维方式的变化,意味着打开了一片完全不同的思想视野,建立了一个以广场为中心的、新的社会空间。迈锡尼的瓦纳卡(Anax),这个权力极大的王国,这个借助他的那些书吏来监督和控制全部社会生活的人物不复存在了;话语的地位提高了,它以自由的辩论和对立的论证形式被运用到世俗事物中,成为最有效的政治武器和国家最有权力的工具;社会活动和精神的创造都有了完全的公开性,法律和命令均以文字的形式展示在公民面前,个人著述必须接受批评和争议;统治与被统治的旧有等级关系被一种新型的社会关系所代替,这种新型关系以公民的对称性、可逆性和相互性为基础,公民被确定为‘同类人’或‘平等人’;人们抛弃了以往对待传统的态度,不再把传统看成一种必须尊重和重复、不可做任何改变的永恒真理,而且每人都努力摆脱传统,与前人拉开距离,通过对前人的观点加以延伸、修正或完全否定来确立自己的独特性。”参见[法]让-皮埃尔·韦尔南:《希腊思想的起源》,秦海鹰译,生活·读书·新知三联书店 1996 年版,序言第 4 页。

^② 根据希罗多德的说法,莱克格斯系斯巴达王 Charilaus 的叔父及监护人,从特尔菲 Adana 神殿接奉敕谕。不少学者认为这种敕谕就是莱克格斯法律的本身,也有学者认为这是他所提议的法律经由神意的认可。这显然是一些立法者认为如果要改变若干习惯,或者建立新习惯,最安全妥善的方法是将其建议托诸神旨,这并不是首次将一个国家的意志托之于天意。参见[美]威尔·杜兰:《世界文明史》(2)上,幼狮文化公司译,东方出版社 1999 年版,第 102—103 页。

是神的旨意,人们必须遵从。斯巴达人这种极强的守法观念,使他们对法律的遵守形成了一种世代相因的习惯和自觉的行动。他们自愿服从莱克格斯法律的约束,极少违反它。因为“对斯巴达而言,吕库尔古斯法律是一种‘美德’,也就是阿瑞忒的模式,是严格地从公民整体内部来看待的人性优秀品德”。^① 因此,他们并不感到法律是对自由的约束,而把遵从法律看成一种美德的载体。对此,威尔·杜兰赞叹道:

倘如服从法律是一种德性的话,那么斯巴达人的德性是超过大多数人的。斯巴达王 Demaratusceng 曾经告诉波斯国王薛西斯(Xerxes)说:“虽然 Lacedaemonia 人是自由了,但是他们并没有在所有的事务上都获得自由;因为在他们上面有了法律,他们恐惧法律甚于你的人民恐惧你。”甚少民族(恐怕除罗马人及中世纪之犹太民族外)曾经像斯巴达人那样因尊敬法律而加固团结的。^②

当然,斯巴达人对法律敬畏和守法观念的形成肯定与法律本身的严厉有关,但这并不是惟一原因。因为当时,斯巴达实行的贵族制,平民不能直接参与城邦的事务管理,法律也不是通过民主方式制定的。但贵族的意志却因为法律的存在受到限制,平民的利益或愿望在一定程度上体现在法律之中。无论是贵族还是平民,都只有从法律的严格遵守中获得自己的利益。难怪后来“由于许多希腊思想家对民主的庸俗和混乱感觉厌恶和恐惧,而逃避现实,转向对斯巴达社会秩序和法律的崇拜”。^③

① [英]基托:《希腊人》,徐卫翔等译,上海人民出版社 1998 年版,第 115 页。

② [美]威尔·杜兰:《世界文明史》(2)上,幼狮文化公司译,东方出版社 1999 年版,第 112—113 页。

③ [美]威尔·杜兰:《世界文明史》(2)上,幼狮文化公司译,东方出版社 1999 年版,第 113 页。