

中国政法大学学术丛书

郑永流 著

法治 四章

——英德渊源
国际标准和中国问题

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治四章:英德渊源、国际标准和中国问题/郑永流
著. —北京:中国政法大学出版社,2002.6
ISBN 7-5620-2078-7

I. 法... II. 郑... III. 法制史—研究—世界
IV. D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 046322 号

书 名 法治四章:英德渊源、国际标准和中国问题
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880 × 1230mm 1/32
印 张 10.375
字 数 190 千字
版 本 2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷
印 数 0 001—3 000
书 号 ISBN 7-5620-2078-7/D·2038
定 价 22.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zlf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

作者简介

郑永流，男，1957年7月出生于湖北省麻城县。1974年中学毕业后做过知青和工人。1978年入湖北财经学院，后就读于中南政法学院、北京大学，获法学硕士（1986年）、博士学位（1989年）。曾执教于中南政法学院（1989年—1993年），任讲师、副教授，德国萨尔州大学（1993年—1996年），时为客座教授。现系中国政法大学教授，兼任吉林大学教授，国际法哲学和社会哲学协会会员。主讲法理学、法社会学和比较法学。

出版著作有：《当代中国农村法律发展道路探索》（1991年）、《农村法律意识与农村法律发展》（合著，1993年）、《Das Wirtschaftsrecht Chinas》（1997）等，翻译著作有：[德]考夫曼和哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》（2002年）等。

内 容 提 要

近代法治的两大渊源——英国“法治”和德国“法治”，在思想和制度上对世界产生了巨大影响。在此基础上，第二次世界大战后迅速形成了法治的国际标准，法治正日益成为各国国内生活和人类共同的国际生活的基本准则。当代中国对建设法治国家目标的正式确认，为中国的稳定持续发展提供了制度性预期，同时也使关乎法治之中国命运的法的有效性问题的凸现出来。解决法的实效短缺的难题，不在于是实施法治赶超方略，还是采取非法治的文化乡愁主义，而有赖于建立现代化所需要的权威的时间长短。

目 录

第一章 英国“法治”思想和制度渊源	(1)
第一节 法治的概念考略	(1)
第二节 法治的发端:对王权的限制 (1215 年至 17 世纪初)	(4)
第三节 自由法治的形成(17 世纪)	(13)
第四节 自由法治的巩固与扩展 (18 世纪)	(28)
第五节 功利自由主义法治和新自由主义法治 (18 世纪末至 19 世纪下半叶)	(38)
第六节 戴雪的放任自由主义法治观 (19 世纪末至 20 世纪初)	(48)
第七节 建立在新自由主义之上的积极法治 (20 世纪上半叶)	(55)
第八节 形式法治论(20 世纪下半叶)	(68)
第二章 德国“法治国”思想和制度渊源	(81)
第一节 自由法治国 (18 世纪末至 19 世纪 30 年代)	(81)

2 目 录

第二节	形式法治国	
	(19 世纪 30 年代至 20 世纪初)	(98)
第三节	混合法治国	
	(1919 年至 1933 年 魏玛时期)	(111)
第四节	“实质法治国”	
	(1933 年至 1945 年 第三帝国时期)	
		(120)
第五节	公正法治国	
	(1949 年至 1990 年 波恩时代)	(130)
第六节	德国统一后的法治国	
	(1990 年 -)	(146)
第七节	与英国法治的比较	(158)
第三章	国际法治及其标准	(160)
第一节	国际法治与国内法治、国际法	
	和国际关系	(161)
第二节	国际法治的思想渊源	(164)
第三节	全球层面的法治制度标准	(192)
第四节	区域层面的法治制度标准	
	(以欧洲为例)	(214)
第四章	中国法治与法的有效性	(220)
第一节	中国法治目标的确立、内容及	
	主要问题	(220)

第二节	何谓法的有效性	(223)
第三节	三种有效性与三种法	(226)
第四节	当代中国法在何种意义上失效	(235)
第五节	当代中国法实效有失的主要原因： 权威的失落	(256)
第六节	什么可能是有效的法？	(267)
附录：TWO CHALLENGES FACING THE CHINESE LEGAL SYSTEM AT THE END OF TWENTY CENTURY		(278)
中文人名索引		(297)
内容索引		(305)
后 记		(321)

第一章 英国“法治”思想和制度渊源

法治，作为当代社会普遍接受的基本信念之一，经历了数百年历史风雨的淘洗。在其漫长的演进史中，英国人不仅首书了法治的最初篇章，借此使英国成为近代法治的发祥地，而且还凭着自己独特的历史体悟，贡献给人类堪引为典范之一的，以经验的和渐进的自由主义为主旨的英国法治样式。个中精神，本人以为，如能被置于历史进程中去考察，方更能获得全面而具体的理解。

第一节 法治的概念考略

在西方两大法律文化中，法治的用语直接源于亚里士多德的一语“法治应当优于一人之治”。^{〔1〕}英国概莫能外。^{〔2〕}在对法治思想的继受与发展过程中，英国不同时期的学者使用了不同的英文表述。根据现有的资料，

〔1〕〔古希腊〕亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1983年版，第167～168页。

〔2〕〔英〕哈耶克著，邓正来译：《自由秩序原理》上册，三联书店1997年版，第208页。

用来反映法治思想的英文形式初为“isonomy”，意指法律平等地适用于所有人等或国家公民政治权利的平等。^{〔3〕}该术语系直接从意大利语“isonomia”转化而来。1600年，英国人菲利蒙·霍兰（Philemon Holland）在翻译罗马著名历史学家泰特斯·李维（Titus Livius，英文 Livy，公元前59年—公元17年）的《罗马史》（Romane Historie）时，以“isonomy”替之，意谓法律对所有人平等适用以及行政官员也负有责任的状况。^{〔4〕}也许是由于霍兰的工作，此种意义上的“isonomy”在17世纪的英国得到广泛的采用。^{〔5〕}如果再上溯远一点，这两个词的共同语源是古希腊的希腊语“ισονομιαί”，在当时，它主要被用来表达希腊人关于贵族与平民在法律上平等的政治自由理想。^{〔6〕}当然，无论是在霍兰以前还是以后的英国，“isonomy”一词所指尚不能概括法治的全部内涵，但其“法律平等”的界说却构成了法治始终如一的基本内核。

之后，英国人又创立了一系列用来总体言说法治思想的英文形式，例如，“equality before the law”（法律面前平等）、“government of law”（法律之治）、“government under law”（依据法律统治）、“Lex, Rex”（法律即王）、“the empire of law”（法律的王国）、“the supremacy of law”

〔3〕 The Oxford English Dictionary, Second Edition, p.127, 1989.

〔4〕 注2，哈耶克著，邓正来译：《自由秩序原理》上册，第205页。

〔5〕 注3，The Oxford English Dictionary, p.127.

〔6〕 注2，哈耶克著，邓正来译：《自由秩序原理》上册，第206～208页。

(法律至上), 但就影响最大、使用最广而言, 当数“rule of law”(法治)。据哈耶克, 是霍兰在对李维的《罗马史》的翻译中, 将“rule of law”之“rule”最早理解成“government”或“dominion”(统治), 他译道: “法律的权威和法治, 远较人治和人的权威更为强大, 更具威力。”^{〔7〕} 而对这个词和法治原则的首次正式确认则见于 1610 年英国下议院针对詹姆斯一世提出的《控诉请愿书》(The Petition of Grievances), 起因是詹姆斯一世其时颁布了许多管制伦敦的建筑和禁止从面粉中提炼淀粉的规定。该请愿书指出: “在处于您(指国王——笔者注)尊贵的祖先、国王们和女王们治下的您阁下的臣民所享有的诸多其他幸福和自由中, 在他们看来, 没有什么比受确定的法治(certain rule of law)的引导和统治, 而不受任何不确定的或专断的统治形式奴役更为珍贵。”^{〔8〕} 由于法治是一个具有一定开放性的概念, 在不同的时期和不同的学者那里含义有所不同, 单纯地从其各种文字表达形式上考察, 不足以揭示其全部内涵, 即便是“rule of law”、“government of law”这样概括性较强的表述, 也不能免。有鉴于此, 下面便转入对法治思想和制度的实体性历史追问。

〔7〕 注 2, 哈耶克著, 邓正来译:《自由秩序原理》上册, 第 384 页, 注〔33〕。

〔8〕 中文译自 Geoffrey de Q. Walker, The Rule of Law 一书引文, Melbourne University Press, 1988, p.2.

第二节 法治的发端：对王权的限制

(1215 年至 17 世纪初)

如果不避简单化，综观英国法治的绝大部分历史，法治的兴起与发展，一直追随两个一贯的基本目标，即限制国家的权力和保护公民的自由。虽然相比欧洲大陆国家而言，“在英国终未建立起一个一人统治的君主，因而从未有过凌驾于自己法律之上的绝对的国家权力”，^{〔9〕}但法治却始终扮演着调和权力与自由之间紧张关系的角色。在英国法治的开端上，前一目的更加明显。不过，当时的被限制者不是作为整体的国家，而是代表国家的国王，要求限制者是贵族、骑士、上层自由土地占有者和城市市民，而非其他处于社会下层的普通民众。这种限制与反限制斗争最重要的成果就是 1215 年的《大宪章》(Magna Carta)。《大宪章》是奠定英国法治基础的第一个制度性文件。

一、1066 年—1272 年

1199 年，约翰就任英格兰国王，在其任职期间，由于他实行残暴统治，并在与教皇英诺森三世争夺对坎特伯雷大主教的任命权中失利，激起社会的猛烈反抗，贵族们率先对约翰发难，1213 年，他们以兰顿大主教起草的亨利一世《自由宪章》(1100 年)为据，要求约翰给

〔9〕 Neil MacCormick, Der Rechtsstaat und die rule of law, Juristzeitung, 1984. 2. S.65.

予他们更多的权利；次年，贵族们再次集会，制定了一个贵族联盟条约，威胁约翰，如果不能满足他们的要求就将对他宣战；1215年，他们正式向国王提交了权利要求书，并开始集结武装向伦敦进发，迫于形势，约翰于同年6月12日在拉尼米德正式签署了反映贵族要求的《大宪章》。

《大宪章》是一个界定君主与上述臣民在自由、收益、纳贡、婚姻、债务、土地、继承、交通、犯罪、诉讼等方面权利与义务的基本文件。虽然这份文件颇有些封建法律互惠的味道，^[10]“目的主要在于捍卫贵族的自由，但是，不了解贵族而只惧怕国王的后代人却把它看成是对人民自由的保障”。^[11]更有学者评价道：“英国全部制宪历史都不过是对自由大宪章的注释而已。”^[12]尤其是《大宪章》的第39条和第40条，被看作是法治的重要内容之一——罪刑法定及近代人权的雏形：凡自由民除经贵族依法判决或遵照内国法律之规定外，不得加以扣留、监禁、没收其财产、褫夺其法律保护权或加以放逐、伤害、搜查或逮捕（第39条）；朕不得对任何人

[10] Ellis Sandoz, A Government of Laws, 1990, pp.229 ~ 234; R. Bäumlín/H. Ridder, Kommentar zum Grundgesetz für BRD, Band 1, 2Aufl. 1989, S.1344.

[11] [英]詹宁斯著，龚祥瑞、侯健译：《法与宪法》，三联书店1997年版，第33页。

[12] 英国法史学家斯杰波斯语，参见[苏]康·格·费多罗夫著，叶长良、曾宪义译：《外国国家和法律制度史》，中国人民大学出版社1985年版，第104页

濫用、拒絕或延擱權利或賞罰（第40條）。^{〔13〕}

《大憲章》至亨利六世的二百多年間被修正過37次之多，足見對王權的限制與反限制的鬥爭之艱巨。在這些鬥爭中，1265年，由E. L. 蒙特福特·西蒙德（Earl Loxchester Montfort Simonde，約1200年—1265年）召集的議會為最有意義的事件。該議會由各郡派出的2名郡選議員、各市的2名市選議員和各自治市的2名自治市議員組成。雖然他的這個旨在反對亨利三世的行動最終歸於失敗，但這個議會由於具有最廣泛的代表性而成為近代代議制議會制度的起源。^{〔14〕}另外，在這一時期，近代法院體制初露端倪，這主要體現在：古老的公社法庭逐漸為采邑法庭、王室法庭所取代；司法審判集中化、國家化觀念形成，中央通過王座法院取得了对整個英格蘭司法的控制權；司法人員開始職業化。^{〔15〕}

如果談到法治思想，就不能不提到蘭納夫·迪·格蘭維爾（Ranulph de Glanvill，卒於1190年）和亨利·迪·布雷克頓（Henry de Bracton，卒於1268年）。他們二人均為王室法官，因撰寫過同名著作《論英格蘭法律與習慣》而一同成為英國普通法最早的權威解釋者。格蘭維爾的

〔13〕《外國法制史》編寫組編：《外國法律制度史資料選編》上冊，北京大學出版社1982年版，第254頁。

〔14〕〔英〕戴維·M·沃克編，北京社會與科技發展研究所組織翻譯：《牛津法律大辭典》，光明日報出版社1988年版，第290頁。

〔15〕注14，〔英〕戴維·M·沃克編，北京社會與科技發展研究所組織翻譯：《牛津法律大辭典》，第290頁。

著作着重讨论了程序，尤其是令状问题，其重要意义，正如伯尔曼所言：“不仅因为它是对王室权力的体现，而且因为它也是对王室权力的一种限制。国王大大地扩展了他的司法管辖权，以对抗封建和教会法院的司法管辖权；但主张王室司法管辖权的条件是被明确界定的，因而这些条件便构成一种限制。”^{〔16〕}而布雷克顿则以一语“国王不应在任何人之下，但应在上帝和法律之下”（法律至上）名垂青史，^{〔17〕}他对“奴役”的精辟论述：“所谓绝对的奴役，就是一个人根本无从确定所要做的事情；在这种境况中，今晚绝不知道明天早晨要做何事，亦即一个人须受制于一切对他下达的命令”，^{〔18〕}为法律应当具有可预测性这一法治原则的先声。

二、1272 年—1603 年

不同于在前一阶段人们的思维集中在如何构建英国法治的基本制度框架，在此一阶段则转向了如何通过司法具体实现法治中限制王权和保障自由两大目标。由此也开始了英国法治所独有的经验性历程。

三权分立、衡平法的产生、判例制度的初步确立、律师学院的建立为英国人当时对法治的主要制度贡献。立法、行政、司法三种国家权力的分立首先始于爱德华

〔16〕〔美〕哈罗德·J·伯尔曼著，贺卫方等译：《法律与革命》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 553～554 页。

〔17〕上海社会科学院法学研究所编译：《法学家与法学流派》，知识出版社 1981 年版，第 300 页。

〔18〕注 2，〔英〕哈耶克著，邓正来译：《自由秩序原理》上册，第 163 页。

一世（1272年－1307年）时期，他在任时进行了大量的改革性立法，被称为“英国的查士丁尼”。于是法院趋于将需要深思熟虑的立法权交给议会，自己专注于司法。虽然1406年的《三十一条请愿书》（Petition of Thirty – One Articles）第10条规定，枢密院不应该决定可依普通法审理的事情，除非有正当的理由并经法官的提议，^[19]但司法与行政的明显分离只是发生在16世纪，甚至首席法官也经常不是枢密院的成员。^[20]然而，在英国，由于判例法长期为法律的主要渊源，立法与司法并未得到严格的区分，尽管如此，权力分立的观念对防止专横独断总体上起到了积极的作用。

作为英国法治之法最主要形式的普通法，在其发展中日渐暴露出种种不足：令状制僵硬；内容不全面；规范性不强；条文含混不清，许多当事人不满普通法院的判决，经常向国王、御前会议和议会提出救济请求，这就产生了用特别司法权纠正普通法的不公的需要。起初这种特别司法权是由御前会议行使，后由大法官及其办公机构执掌，1340年，这个机构被立法确立为大法官法院，与普通法院并列。大法官法院适用的是衡平法，但它并非从一开始就是大法官法院的专利，普通法院在断

[19] 注14，[英]戴维·M·沃克编，北京社会与科技发展研究所组织翻译：《牛津法律大辞典》，第691页。

[20] 注14，[英]戴维·M·沃克编，北京社会与科技发展研究所组织翻译：《牛津法律大辞典》，第290～291页。

案中也适用许多具有衡平性质的原则，只是大法官法院的建立，推动了衡平法在内容与形式上的进一步完善。1474年，大法官以他自己的名义签发了第一个令状，而以前是以国王的名义签发。对衡平法的发展做出杰出贡献的是圣·吉曼（Saint Germain, 1460年－1540年），他于1523年出版的《先生与学生》（Doctor and Student），从哲学上证明了衡平法对于救济的正当性，这就是衡平法立于道德或良心之上。^[21]但衡平法的产生也引起它与普通法的长期冲突，从法治角度看，这种冲突反映了至今还存在的对法治的形式和实质的不同理解。

无论是普通法还是衡平法都是判例法。判例法是由判决，确切地说，是由判决的依据构成，为法官在断案过程中确立，因而，在英国，遵守法律实际上是遵守法官法。此种对法律是什么的经验理解，也就造就了英国法治的后验品格，法官对于法治的形成起到了至关重要的作用。由于判例法是由先前的判决（简称先例）构成，遵循先例也就成为法官断案的核心原则与方法。它起源于13世纪末，至16世纪已被视为一种惯例。当然，作为一项严格的原则存在，只是19世纪的事。如同制定法需要通过各种规范性文件表现出来一样，先例寄居在各种判例汇编中，其雏形是于1283年起陆续出版的《年鉴》（Year Books），内容为法官与律师的辩论记录，而不

[21] 注14、[英]戴维·M·沃克编，北京社会与科技发展研究所组织翻译：《牛津法律大辞典》，第794页。

是判决报告，^{〔22〕}首次载明判决报告的是由英国高等民事法院首席法官詹姆斯·戴尔爵士（Sir James Dyer, 1512 年 - 1582 年）编辑的《王座法庭和高等民事法院 1513 年 - 1582 年判例汇编》（3 卷），^{〔23〕}构筑了沿用至今的判例汇编基本体系。

一个独立的法律职业者阶层，对于维护个人权利实现法治是必不可少的条件，虽然它对法治的重要性只是在第二次世界大战后才得到国际社会的普遍承认，^{〔24〕}但英国至少从 13 世纪起就开始了培养独立的法律职业者的制度建设，这就是所谓的律师学院（Inns of Court）制度。律师学院起初是位于伦敦的自愿组成的非公司协会，后逐步演化成职业法律作者的同业公会。其中内殿、中殿、林肯和格雷四大律师学院最为著名，保留至今。学习法律的学生在这些协会里过着一种半学院式的生活，在律师的指导下，通过阅读、讨论会或模拟审判等方式接受法律专业知识与技能的训练，在取得律师资格后，将来从事专门的律师工作。这种学院式的法律教育方式，直至 18 世纪大学法律教育的出现才开始衰落，律师

〔22〕 注 14，〔英〕戴维·M·沃克编，北京社会与科技发展研究所组织翻译：《牛津法律大辞典》，第 950 页。

〔23〕 注 14，〔英〕戴维·M·沃克编，北京社会与科技发展研究所组织翻译：《牛津法律大辞典》，第 277 页。

〔24〕 详见第三章有关国际法律家委员会部分。