

RULE

高鸿钧 著

D 法治漫笔 F

一位法学家的学术史
一段法治问道者的集体记忆

LAW

高鸿钧 著

法治漫笔

图书在版编目(CIP)数据

法治漫笔 / 高鸿钧著. —南京: 译林出版社,

2017.11

ISBN 978-7-5447-7012-5

I.①法… II.①高… III.①法学—文集 IV.①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 178727 号

法治漫笔 高鸿钧 / 著

责任编辑 冯 静

装帧设计 今亮后声 HOPESOUND

校 对 张向玲

责任印制 单 莉

出版发行 译林出版社

地 址 南京市湖南路 1 号 A 楼

邮 箱 yilin@yilin.com

网 址 www.yilin.com

市场热线 025-86633278

排 版 南京展望文化发展有限公司

印 刷 江苏凤凰新华印务有限公司

开 本 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张 9.625

版 次 2017 年 11 月第 1 版 2017 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5447-7012-5

定 价 48.00 元

版权所有 · 侵权必究

译林版图书若有印装错误可向出版社调换, 质量热线: 025-83658316

自序

在“文革”后恢复高考的第一年，我有幸进入大学。这就像时下彩民巧中六合彩，股民奇遇疯牛市，麻民欣逢杠上开花。然而，当时大学的法学课，充满了政治教条和政策话语，专业含量较低，学术品质很弱。毕业后任教以来，一面回头补课，一面努力追赶专业发展。这不仅受到好奇心的驱使，想要探索一些未知领域，也受到职业伦理的约束，避免以己昏昏，误人子弟。另外，还有来自晋升职称和各种考评指标的压力。几十年来，浸泡在法坛里，开口法言法语，下笔法学法理，整天搬弄那些法界“劳什子”，被自己编织的专业绳索，越捆越紧，却无所成。长年累月青灯黄卷，专业领域劳作，不免出现审美疲劳。于是，有时忙里偷闲，挣脱专业“紧箍”，在空中翻几个筋斗，涂抹一些闲情偶寄的文字。

这些文字，积攒数年，略可集结成册。侥幸付梓的《法缘记忆·醉心梦语》，便是其中之一。余下部分，主要是一些书稿的前言和后记，《清华法治论衡》集刊的卷首语与编后记，以及发表在报刊上的评论性文章。这些漫笔闲文，略加拣选，勉强分为三类：

“法治漫笔”、“比较法散议”和“法缘余话”。鉴于全篇要义乃是“法治”，小书遂以“法治漫笔”名之。

这些文字，包含着我对法理学和比较法学的思考，尤其是对法治和民主的思考。其间是非，有待读者诸君评判，也有待未来实践检验。一个人的思考，并不代表一代人的思考。但任何人的思考，都会受到同代人的影响，都会打上所处时代的烙印。这些思考被记录下来，即便没有借鉴价值，也可以从一个侧面反映我们这代人的心路历程。更为重要的是，这些文字记录了我同许多师长、同学、朋友和学生的交往经历。我一路走来，深深得益于他们的提携、鼓励和惠助。借这本小书出版之机，对他们的深情厚谊深表谢意。

在本书的出版过程中，译林出版社编辑王笑红博士给予了热情鼓励和全力支持。在此，我要向她表示衷心的感谢。译林出版社编辑冯静博士细致审读文稿，积极提出修改意见，并精心安排设计封面和版式。对冯博士的惠助，我诚表谢忱。我还要感谢我的同事鲁楠博士，他在本书出版过程中提出的许多建议，使本书增色不少。

治言寄天头，梵思寓地角。

记忆成旧事，法缘犹未了。

高鸿钧

2017年7月于清华园

法治漫笔

人性、法治与制度文明 / 002

法治与人治 / 007

法律信仰的失落与重建 / 011

中国法治的三驾马车 / 017

法律文化需要自己的“底盘” / 036

法治的要义 / 039

善待权利：实现法治的前提 / 044

我们需要什么样的守法意识？ / 051

走向选择的时代 / 056

法治絮语 / 079

心寄治邦 / 082

《宣和遗事》中的一首词与法治 / 090

《黑客帝国》的隐喻：秩序、法律与自由 / 093

走向职业自治 / 106

通过民主和法治获得解放——读《在事实与规范之间》 / 110

鲁迅与法治启蒙 / 136

比较法散议

比较法学散议 / 142

西法思絮 / 146

法律全球化的迷思 / 156

法律全球化的新趋势 / 162

关于传统法研究的几点思考 / 168

认真对待英美法 / 183

比较法视野中的伊斯兰法 / 188

此生是否入错行？——外法史三十年小回首 / 204

当代中国比较法的领路人 / 208

比较法律文化的新成果 / 211

法律文化与法律移植刍议 / 216

法缘余话

画眉深浅入时无 / 224

小园香径独徘徊 / 228

红娘有恐错为媒 / 232

外法史教材小议 / 234

梦回家园 / 241

一片锦绣报丹心 / 248

一位寻找“灋”源的韩国学者 / 253

王在法下 / 257

水底别有天 / 263

人到老时怀故乡 / 268

埋下一粒种，不负春归期 / 272

读罢天书著释言 / 276

寓言与预言：天·地·人 / 279

生态怪味豆 / 287

法之正义 / 293

后 记 / 296



人性、法治与制度文明

我们常说，人之所以为人，是因为有人性。但人性究竟是什么？我们却难以说清。历史上围绕这个问题进行了长期的争论。有人主张人性本善，有人主张人性本恶，也有人主张人性无所谓善恶，还有人主张人“一半是天使，一半是魔鬼”，善恶兼具。实际上，上述这些主张都不过是从特定视域出发所做的理论预设，无法从根本上得到证明。

这样说来，人性的争论本身并不重要，因为所有这类主张并无正确与错误之分。然而，当我们深入探讨政治哲学及其实践时，也许会发现一个有趣的现象，即人性的预设同治国的思路，存有某种微妙的关联。

在中国历史上，性善论源远流长，影响广泛。儒家一向对人性持乐观的态度，例如孟子就认为，人天生秉承良知和善心，即所谓“恻隐之心”“羞恶之心”“恭敬之心”“是非之心”，人皆有之。这四种善

心可体现为“我固有之”的四种善德，即仁、义、礼、智。儒家性善论的最通俗表述就是所谓的“人之初，性本善”。

从这种人性预设出发，儒家在政治哲学上提出了贤人政治的人治主张。在儒家看来，为政在人，“人存政举，人亡政息”，只要把政权交给舜尧那样的贤人来执掌，就会确保国家兴旺发达，社会安定团结，人民繁荣富强。他们认为，这些贤人的贤德和善心，会使他们顺应民意，体贴民心，心系民情，始终能够掌权为公，执政为民。但是，如果遇到不贤的掌权者君王怎么办呢？儒家没有从制度上提出具体的防范措施，而是强调严格筛选，使贤人掌权，即确保“惟仁者宜在高位”。其次是寄望于教化，在儒家看来，通过良好的教化，就能使掌权者保持常善不恶，永不变本色。儒家也预见到了出现暴君的可能性，对此，孟子所提出的对策是采取暴力手段，放伐暴君。

儒家还强调掌权者的榜样作用，甚至认为榜样的力量无穷。在他们看来，掌权者“其身正，不令而行”，只要掌权者成为道德的楷模，民众就会像“众星拱之如北斗”那样，模仿他们的行为，服膺他们的领导，听从他们的指挥。为此，儒家特别重视明君、清官、循吏的榜样作用和示范效应，认为他们是领导民众趋善的楷模。

从性善论出发，儒家重视精神文明，而不重视制度建构。因此，他们许多良好的愿望难以落实。例如，“为政以德”的德治主张和“民贵君轻”的民本思想，虽然动机良好，但因缺乏相应的制度保障，显得苍白无力，最终流于一种劝善的空洞说教。

与儒家相反，中国的法家则从人性恶的预设出发，认为人天生

好利恶害，自私自利，任何教化都不足以改变人的恶性，任何贤人掌权，最终都不可靠，关键还是靠制度。因此，他们主张行法治。韩非就明确指出：“释法术而任心治，尧舜不能正一国；去规矩而妄意度，奚仲不能成一轮；废尺寸而差长短，王尔不能半中。”在他看来，没有制度，任何明君都难以治好国家；如果制度完备，法制健全，“使中主守法术”，就如“拙匠守规矩”那样，“万不失矣”。以今天的标准来衡量，法家所主张的法治仍然有其严重缺陷，一是君王凌驾于法律之上，不受法律约束。换言之，法家主张的法治，在很大程度上是君王用法律来统治臣民。二是法家主张用严刑峻法来遏制人们的恶性，这种法治充满了以法治民的霸道和杀气。

在西方历史上关于人性的争论中，性恶论占据了上风。在古希腊，亚里士多德就以性恶论作为理论基础，提出了法治主张。他认为，任何人都可能受到感情、欲望或冲动的驱使，从而为非作歹。因此，国家和社会的命运不能交托任何人。为了防止独裁统治，可取的方案是实行法治。在他看来，法治是稳定的规则之治，优于无常的个人意志之治；法治是众人之治，优于“哲学王”那样的一人之治。

亚里士多德认为，法治必须借助具体的制度得以运行，因而他特别关注政体形式。他把政体分为两种，即正常政体与变态政体。正常政体是指君主政体、贵族政体、共和政体。变态政体是指僭主政体、寡头政体和平民政体。为什么会有变态政体呢？这只能追溯到人性，即人性本恶，任何政体都靠不住，即便选择了正常的政体，也可能蜕化为变态政体。具体言之，君主政体可能变成僭主政体，贵族政体可

能变成寡头政体，共和政体可能变成平民政体，平民政体可能蜕变为暴民政体。平民政体不是很好吗？然而，古希腊雅典城邦的实践表明，平民政体容易蜕变为暴民政治，大众司法容易变为情绪司法。为了恢复社会秩序，就需要精英出场，由此便可能回到君主政体上去。为了避免各种政体的缺陷，他提出了混合政体的方案，即代表精英的寡头政体与代表平民的平民政体相混合，实现一种中道的平衡。这种穷人与富人共治的混合政体，就是他所谓的“共和制”。

古罗马的西塞罗，受到了亚里士多德政体理论的启发，继续探讨法治社会的政体形式。他结合古罗马的政体实践，分析了一人统治的王政政体、少数精英主政的贵族政体和多数人掌权的民主政体，并指出了每种政体的利弊。他认为，弊害最少的方案是三种政体的混合。实际上，他的“混合政体”方案，恰是对古罗马共和制时代政体的反映。当时的执政官体现了君主政体的特征，元老院带有贵族政体的气质，而民众大会和保民官则是民主政体的体现。

这些关于政体形式的探讨，具有以下两个显著的特点：一是它们以性恶论为理论基础，认为人治本身不可靠，必须从制度上寻找解决办法；缺乏有效的制度，社会难以长治久安。二是它们不受既定模式的束缚，把政体作为科学研究的对象，用冷静、理性的眼光，权衡各种政体的利弊，寻找弊端最少且行之有效的制度方案。

值得注意的是，西方后来的政体形式虽然多种多样，但一直没有摆脱这些政体理念的影响。时至今日，我们仍然能够发现“混合政体”的形式。例如在英国，国王便是君主政体的体现，贵族院便是贵

族政体的反映，平民院便是民主政体的代表。在其他实行君主立宪制的国家，其政体形式也多为混合型。美国的政体虽然不同于英国，但细而察之，总统制便有君主政体的影子，众议院显然是民主政体的体现，参议院作为各州的代表，其地位和分量显然非同一般，多少带有“贵族”的气息。

与此相关的法治体制还有分权制衡制度。这种理念也隐含着对掌权者的不信任，与性恶论存有某种潜在的关联。在实行间接民主制的条件下，由于层级式的管理方式和信息不对称等复杂原因，自下而上的监督和制约机制，往往显得乏力，“主权在民”或“一切权力属于人民”之类的原则，常难以落到实处，流于空洞的口号。因此，在大型社会，必须实行分权制衡，以权力制衡权力，使每种权力都受到其他权力的制衡，想作恶而不敢，想滥权而不能。

谈到法治，人们认为它是一种文明秩序；论及文明，人们常把它分为物质文明、制度文明和精神文明。一般说来，法治主要属于制度文明的范畴，而这种制度文明的形成似乎又与人性的预设存有某种关联。

法治与人治

人类是一种特殊的动物，单个生活不堪孤独，天生要过群合的生活，而群合中人们又有诸多纷争，小到争食相夺，争偶相斗，争利相拼；大至争权相戮，争地相战，争霸相逐。为了有效抑制和解决这些纷争，避免陷入无序状态，使人们的生命有安，社会的生产有条，人类的生活有序，各个社会都探索并尝试了治理社会的治道，其中最典型的治道有四种，即神治、人治、德治和法治。治道不同，权威的模式也不同。一般说来，实行神治则神灵至上，实行人治则精英至上，实行德治则道德至上，实行法治则法律至上。

在奉行不同治道的社会中，人会有不同的形象。神治下的人被设定为“宗教人”，基本区分是信徒与异端，前者入天堂，后者下地狱；人治下的人被设定为“政治人”，基本区分是臣民 / 人民与敌人，前者受善待，后者被镇压；德治下的人被设定为“道德人”，基本区分是君子与小人，前者受褒扬，后者遭贬抑；法治下的人被设定为“法

律人”，基本区分是合法者与违法者，前者享自由，后者受制裁。

一个社会奉行哪种治道，取决于特定的社会情境。例如，在一个宗教氛围十足的社会，神治显然是一种可行选择；在一个弥漫着道德气氛的社会，德治便顺理成章；在一个崇拜精英的社会，人治往往会受到人们认同。总体说来，在前现代社会，神治、人治或德治往往成为主要治道。然而，人类自步入现代社会以来，大多数社会在理念和制度上，都趋向于世俗化、理性化与民主化。由此，人们放逐了神灵，导致了神治失据；放弃了精英崇拜，导致了人治失信；解构了一统道德，导致了德治失灵。

正是在这种背景之下，法治成为现代社会的主要治道。我们发现，当代不同的族群、国家纵然文化传统千差万别，社会制度多种多样，价值观念五花八门，但它们大都选择了法治之路。这种选择并非出于偶然，而是有其必然。在一个放逐了神圣的时代，不可能再奉行神治；在一个不信任精英的时代，人治自然失信；在一个道德多元的时代，无法实行德治。相比之下，法治倒显得可行、可信和可靠一些，它虽不是最佳（也许根本就没有“最佳”）治道，而是弊端较少、风险较小的治道。由此说来，现代社会选择法治之路，并非偶然。

有人会问，法治是指借助法律治理社会、管理国家，但整个过程离不开人，说到底法治还不是一种人治吗？的确，古人就认识到了“徒法不足以自行”的道理，法律是“人造”的规则和制度，并由人加以运用并服务于人。这样，脱离人而谈法治，正如脱离人而谈社会一样，毫无意义。但是，我们并不能由此就认为，法治等同于人治。