

哲学精品译丛



[美] 布雷恩·Z·塔玛纳哈 著
李桂林 译



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

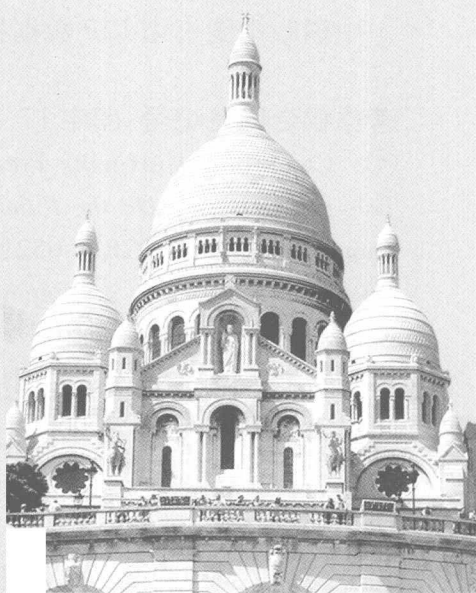
论法治

—— 历史、政治和理论

ON THE RULE OF LAW:

History, Politics, Theory

哲学精品译丛



[美] 布雷恩·Z. 塔玛纳哈 著
李桂林 译



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

论法治

——历史、政治和理论

ON THE RULE OF LAW:

History, Politics, Theory

图书在版编目(CIP)数据

论法治:历史、政治和理论/(美)布雷恩·Z.塔玛纳哈著;李桂林译. —武汉:武汉大学出版社,2010.11

哲学精品译丛

ISBN 978-7-307-07951-9

I. 论… II. ①塔… ②李… III. 法治—研究 IV. D902

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第119659号

著作权合同登记号:图字17-2008-025号

© Cambridge University Press 2004

This translation of *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* by Brian Z. Tamanaha (ISBN 978-0521604659) originally published in English in 2004 is published by arrangement with the Syndicate of the Press of the University of Cambridge.

本书中文版专有出版权由剑桥大学出版社授予武汉大学出版社出版,未经出版者书面允许,不得以任何方式复印或抄袭本书内容。

责任编辑:黎晓方

责任校对:刘欣

版式设计:马佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 14.25 字数: 200千字 插页: 1

版次: 2010年11月第1版 2010年11月第1次印刷

ISBN 978-7-307-07951-9/D · 1023 定价: 29.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

论 法 治

法治是当今最重要的政治理念，但关于它的含义与作用机理存有大量混淆不清之处。本书探究围绕法治理想的历史、政治和理论，从古希腊和罗马思想开始，细陈中世纪对法治的贡献，理清法治在自由主义理论和自由主义政治体制中发挥的作用。作者概述了西方保守派对法治衰落的担忧，提出了激进左派推动这一衰落的若干原因。接下来展示了法治理论的两个基本分支，考察了各自的优点与弱点。本书站在全球层面上考察法治，在结尾时对法治是不是人类的普遍善这一问题作了回答。

布雷恩·Z. 塔马纳哈 (Brian Z. Tamanaha) 是圣约翰大学法学院本杰明·N. 卡多佐大法官法学教授 (Chief Judge Benjamin N. Cardozo Professor of Law)。他在法律理论领域撰写了多部获奖著作，在一流杂志上发表的论文成果也颇为丰硕。他是《法律与社会评论》杂志的编委。

For Honorata

“Oni”

致 谢

我向杰夫·索文 (Jeff Sovern)、保罗·柯吉斯 (Paul Kirgis)、剑桥大学出版社的三位匿名读者以及约翰·特赖尼斯基 (John Tryneski) 引荐的另外两位读者致以谢忱, 感谢他们对本书早期书稿的有益评语。他们的批评意见帮助了我, 让论证更紧凑、疏漏之处得以弥补、多处错误得以改正。赫福斯特拉法学院和宾夕法尼亚大学法学院的同仁们邀请我展示了本书多个部分; 我感谢他们反馈的信息。我感谢克里斯·博根 (Chris Bergen), 他为第十章的写作所提供的协助珍贵无比。感谢迈克尔·弗里曼 (Michael Freeman) 邀请我在伦敦大学学院 (University College London) 就本书所论述的主题之一作了一次公开讲演, 后来以“所有人的法治?”为标题发表于《当前的法律问题》第 55 卷 (2002 年)。感谢威廉·特文宁 (William Twining) 在本书两个分立的关键写作阶段与我进行了广泛而深入的智识交流, 时间达几天之久。自我有幸认识他以后, 威廉对本书以及我在法律理论领域所撰写的其他一切作品、所思考的其他一切问题都产生了影响。特别要感谢布莱恩·比克斯 (Brian Bix) 对本书手稿的细致审读与富有洞察力的评语。他的意见帮我在大大小小各方面完善了本书。布莱恩是当今活跃的法律理论家中最睿智、最博学者之一。任何对本书涵盖的主题抱有兴趣的人都将他的著述中发现大量有用资料, 这可从他的著作《法理学: 理论和语境》开始。我还要感谢菲诺拉·奥沙利文 (Finola O' Sullivan) 和约翰·特赖尼斯基对本书的热情支持。我感谢丽莎·罗德 (Lisa Roder) 提供了杰出的研究辅助工作。感谢乔利奇 (Jolijt) 和凯茨 (Kats) 在我写作本书的过程中表现出的耐心、理解与良好幽默感。

最后，我感谢我的父亲卡萨基·塔马纳哈（Katsugi Tamanaha）给我鼓励、担当我的假想听众。我的信念是，理论与日常生活息息相关，它应该可供每个人利用。不幸的是，大多数理论著作都密密实实地充满了行话，难以引起非理论研究者的兴趣。当同事和朋友问我为什么努力以一般大众更可接受的风格写作本书而疏离我之前理论著作的风格时，我的回答是，我的目标是写一本其智识程度如我父亲一般的人们能够阅读的书。我希望我已经达成了这一目标。

目 录

导言	1
第一章 古典起源	8
第二章 中世纪的根源	19
第三章 自由主义	41
第四章 洛克、孟德斯鸠和联邦党人	59
第五章 保守派的警告	77
第六章 激进左派对法治衰落的鼓励	94
第七章 形式理论	117
第八章 实质理论	131
第九章 三个主题	147
第十章 国际层面	161
第十一章 普遍的人类善?	173
参考文献	179
索引	199

导 言

[1]

仅仅 10 年以前，随着共产主义几乎全面陷入低潮，许多观察家仿佛看到了新时代的曙光。这是一个民主、自由、个人权利和资本主义等西方思想将最终占据支配地位的时代，给全球许多凋敝之地散播有益的影响，而它们先前还在以马克思主义、传统价值、反西方或者其他自我挫败的理想为名将它们拒之于门外。“历史的终结”^①已经到来。和平与繁荣将统治全球。

世事多变。从那以来，一连串的民族主义、种族性、宗教性和政治性冲突，种族灭绝和其他不可思议的暴行，威胁全球金融稳定的经济危机，恐怖主义和战争等令人眼花缭乱的事件层出不穷，超过了长达半世纪之久的冷战最激烈时期发生的事件的水平。新的全球性裂痕从前在共产主义体制与西方之间的全局性对抗之下就被升格，现已暴露出来并被加深，出现在富国与穷国之间、北方与南方或东方与西方国家之间、伊斯兰国家与非伊斯兰国家之间、自由主义与非自由主义社会之间、重商主义(国营)资本主义与自由贸易资本主义之间、全球合作的主导与地方自治的保存之间、美国的军事、经济、政治、文化影响与世界其他国家之间，立刻激烈对抗同时罪恶地相互纠结。除最乐观的观察家之外，20 世纪 90 年代胜利者的自信已消于无形。

面对诸多新的不确定性，在一点且只在一点中出现了一种超越所有裂痕的普遍共识：“法治”有益于所有人。在西方各国，这是一种正统的信念。这一信念最早被列举在由主要工业化民主国家七

^① Fancis Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (New York: Avon Books 1992).

国元首签署的《民主价值宣言》之中：“我们相信法治，它公正地尊重和保护每个公民的权利和自由，提供使人类精神能够自由而多样发展的条件。”^①按美国总统乔治·W. 布什的话来说，“美国将总是坚定不移地支持不可转让的人类尊严之要求——法治……”^②西方政治传统的根本特征是“法治之下的自由”^③，这已是常识。

西方推进法治的动力不只限于增进自由。在 20 世纪 90 年代早期，西方资助的世界银行和国际货币基金组织开始以在受援国实施法治作为提供金融援助的条件。基于经济理由，这一附加条件是投资、财产、合同和市场交易提供安全环境的必需手段，因而具有正当性。^④在世界银行工作人员和顾问的培训课上，“‘法治’可能是该周重复频率最高的词”^⑤。发展专家们一致同意，没有法治就不会有可持续发展的经济。

对法治的支持并不为西方所专有。它受到不同社会、文化、经济和政治制度国家政府首脑的推崇。俄国“总统普京继续将司法改革和法治原则的实施置于国家最优先考虑的事务之中”^⑥。中国最近签署了一项联合国合作与培训协议以推动法治的发展。^⑦“中国领导人说，他们……支持建立法治”，这一承诺由于江泽民在一次

① “Declaration of Democratic Values,” reprinted in Washington Post, 9 June 1984, A14.

② State of Union Address, quoted in Steve H. Hanke, “Point of View: Legalized Theft,” Forbes, 4 March 2002, vol. 169, issue 5.

③ Judith N. Shklar, *Legalism* (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press 1964) p. 22.

④ “World Bank Sees Rule of Law Vital,” United Press International, 9 July 2001 (世界银行行长詹姆斯·沃尔芬森的话); Lawrence Tshuma, “The Political Economy of the World Bank’s Legal Framework for Economic Development,” 8 *Social & Legal Studies* 75 (1999).

⑤ Jim Boyd, *A World Free of Poverty*, Star Tribune, 25 June 2000, A27.

⑥ Robert Cordy, *Gulags Give Way to the Rule of Law*, Boston Herald, 18 November 2002, A25.

⑦ Eric Eckholm, *China Sign UN Pact on Rights and Rule of Law*, New York Times, 21 November 2000, A4.

法治讲座上的高调公开参与而得到强调。^① 其主席职位的继任者胡锦涛被认为将依循他的选择：“我们必须建设一个法治体制，不应该寄希望于任何个别领导人。”^② 备受攻讦的津巴布韦总统罗伯特·穆加贝曾说：“只有从属于法治的政府才有道德权利要求它的公民服从法治。”^③ 印度尼西亚总统阿卜杜拉赫曼·瓦希德在就职七个月以后确认其主要成就是：“我们正在开始法治。”^④ 伊朗总统穆罕默德·哈塔米“反复提到公民社会的价值以及法治的重要性”^⑤。墨西哥总统文森特·福克斯·克萨达宣布，缺乏法治是“最令墨西哥人民忧虑的主题”^⑥。甚至最臭名昭著的阿富汗战争贩子阿卜杜尔·拉希德·杜斯塔姆 (Abdul Rashid Dostum) 在竞选后塔利班政府职位时被指说过：“现在到了不用坦克和全副武装的军队而是用法治来保卫我们自己的时候了……”^⑦ 这些相似的褒扬之辞出自不同制度国家领导人之口，有些制度拒斥民主和个人权利，有些公开承认属于伊斯兰教，有些拒绝资本主义，有些反对自由主义并公开反对西方。他们明言支持法治的原因可能各有不同，有些是为了自 [3] 由，有些是为了维护秩序，许多是为了促进经济发展，但所有的人都确认法治不可或缺。

这种显而易见的对法治的一致支持是一项前所未有的成就。没有任何其他单一的政治理想曾经获得全球性认可。暂时不要在意对

① Steven Mufson, Chinese Movement Seeks Rule of Law to Keep Government in Check, Washington Post, 5 March 1995, A25.

② Wang Xiangwei and Gary Cheung, Keeping Economic Drive on Track will Require Huge Effort, Warns Hu, South China Morning Post, 8 March 2003.

③ Marie Woolf, Mugabe Told He has Lost Moral Right to Govern, Independent, 1 August 2002, A8.

④ “We Are Beginning the Rule of Law,” Business Week, 29 May 2000, p. 70.

⑤ Azar Nafisi, Hiding Behind the Rule of Law, New York Times, 19 December 1997, A39.

⑥ Tim Weiner, A Farmer Learns About Mexico's Lack of the Rule of Law, New York Times, 27 October 2000, A3.

⑦ Anthony Davis, Makeover for a Warlord, Time, 3 June 2002.

于某些公开的法治承诺是否真诚所持的怀疑态度，这些怀疑是可以理解的。事实仍然是全世界的政府官员都在倡导法治，同样重要的是，没有人发表拒绝法治的观点，那实属冒天下之大不韪的事。至少，即使是在法治名义下出现的反讽性颂扬之辞的情况下，法治被反复提及这一单纯的事实就是强有力的证据，说明遵循法治是全世界范围内政府正统性的公认标尺。

即使法治快速并引人注目地上升为一种全球理想，但它是一个极其让人捉摸不定的观念。那些表示支持法治的政府领导人，记录或使用这一短语的记者，将自己暴露于以法治之名实施的报复威胁之下的异议者，全世界信赖法治的各国公民，很少有人精确地阐述法治的涵义。对该短语所作出的公开或隐晦的理解表明他们所持的理解大相径庭。有的相信法治包含对个人权利的保护，有的相信民主是法治的组成部分。有的相信，法治在性质上纯粹是形式性的，仅仅要求法律要以一般、明确的术语事先公布并且平等地适用于所有人。其他人主张，法治包括“人的正当愿望和尊严得以实现的社会、经济、教育和文化条件”^①。持异议者指出，那些声称遵循法治的威权政府老套地以压制性术语理解这一短语。正如中国法学教授李曙光(Li Shuguang, 音译)所说：“‘中国领导人要的是依法治国(rule by law)，而不是法治(rule of law)’……区别在于……在法治之下，法律优先并能起到制约权力滥用的作用。在依法治国下，法律地位显要，能够充当以法制主义方式管制民众的政府的纯粹工具。”^②由于理解上的巨大分歧，法治与“善”(good)的观念相类似，每个人都向往它但却在善为何物的信念上存在尖锐对立。

理论专家们也好不了多少。政治学家和法学家也经常持模棱两可或者尖锐对立的法治观。一位理论家说：“有多少人在捍卫法

① International Commission of Jurists, *The Rule of Law in a Free Society* (Geneva 1959)p. VII.

② Steven Mufson, *Chinese Movement Seeks Rule of Law to Keep Government in Check*, *Washington Post*, 5 March 1995, A25.

治,几乎就有多少法治观。”^①许多理论家相信:它“从根本上讲是一个备受争议的概念”^②,也就是说,这个概念的特点是对其核心意义存在分歧。“不难证明,‘法治’这个短语由于意识形态的滥用^[4]和普遍的过度使用已经变得意思不明。”^③

因此,法治现在处于一种奇怪的状况,它是当今世界最突出的合法化政治理想,但对它的意义为何却没有共识。给这一理想赋予更大的明晰性是本书的主要目标。这一理想对当代事务太过重要,不能让它留于混沌不清。尽管充满了不确定性,但要说提出的任何含义与其他含义都一样好也不对。可以将合理的观念罗列一个较短的清单,每个都起源于确定的历史—政治语境之中,并带有相对清晰的要素和可辨析的内涵。

这一努力不是仅仅为了供教诲之用。根据《外交》杂志上的一篇文章,为了在全世界发展法治已经用了几十年的时间、花费了数以亿计的美元,但收效甚微。^④如果法治还没有坚实地发挥作用,那么,要确立法治看起来出奇的艰难。这种对法治所处的历史、政治和理论的探索,将细致地说明其起源环境并确认其构成要素。由于每一种社会—政治语境的独特性,它不会提出一个在所有场景下都可复制的公式。但是,对那些寻求在当地环境下可能奏效的替代路径的人来讲,了解其起源机理和作用方式将大有助益。

这一理清法治涵义以助其实现的努力,不应该被解释成对这一理想毫无保留的促销。我赞同很多人的看法,即法治是一项值得维护和褒扬的重大成就。不过,它也具有其倡导者很少提及的局限性

① Olufemi Taiwo, “The Rule of Law: The New Leviathan?,” 12 Canadian Journal of Law & Jurisprudence 151, 152(1999).

② Jeremy Waldron, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept(in Florida)?,” 21 Law & Philosophy 137(2002).

③ Judith N. Shklar, “Political Theory and the Rule of Law,” in Allan C. Hutchinson and Patrick Monahan, eds., The Rule of Law: Ideal or Ideology (Toronto: Carswell 1987) p. 1.

④ Thomas Carothers, “The Rule of Law Revival,” 77 Foreign Affairs 95 (1998).

和危险性。在有关法治的理论话语与关于法治的政治与公众话语之间存在明显脱节。理论家们注意到了在一百多年以前从戴雪(A. V. Dicey)开始的一段时间里法治在西方的衰落，而50年前弗里德里希·哈耶克(Friedrich Hayek)重申了这种衰落，过去30年里世界上特别是美国的法学家广泛复述了这一衰落。因而，即使政治学家和发展专家们正在积极促进法治向世界其他地区传播，法学家们在西方法治的衰退问题上意见一致，甚至做了某种工作加速它的消亡。这一衰落表明，法治的传播掩盖了很多问题。

[5] 两个特别的关切点在开始时就值得提一下。第一，法治的最得力倡导者们(其中最著名的有哈耶克)声称，法治是与扩张性的社会福利国家不相容的，与分配正义的成就是不相容的。理论家们往往将自由主义、自由放任资本主义以及法治捆绑在一起一揽子地放进同一包裹之中，它们要么全有要么全无。然而，很多想实施法治的非西方社会并不抱有变成自由主义社会的意愿，很多西方法治社会也致力于社会福利国家的志向。因此，在采纳法治理想的决定中隐含着大量基本社会争议和政治争议。第二，法治从来都有变成法官和律师之治的危险。这种情况除了具有明显的反民主意蕴之外，当某些社会的法官和律师是从精英中遴选出来或者是从某个其他分立的亚群体中遴选出来之时，它还引起其他忧虑。凡是致力于建设法治的国家必须认识到这些问题和其他的潜在问题。

本书分配到阐述法治的弱点与优点、思考支持与反对法治的理论和实践论点上的关注是同等的。像所有理想一样，有某些社会—文化语境法治对它们并不适合，法治必须与其他重要社会价值进行权衡，有时候要给它们让道。像所有理想一样，在如何阐释和实施这一理想的问题上必须做出选择，而这些选择要把直接语境和主导性偏好考虑在内。

本书的研究有力地说明，法治理想最初是在非自由主义社会中成长的。这一长达千年的理想经历了周围社会、政治和经济环境的沧桑巨变幸存下来，这些变化导致该理想的运作机制、它体现的含义等方面几经变动。这些变化产生了若干复杂难题，它们在其早先阶段不曾出现。本研究将不仅揭示这些与当代自由主义社会相关的

问题产生的机理，而且还将揭示现代非自由主义社会怎样才能以适合于其社会情势的方式理解法治。

本研究以历时方式推进，简要地从古希腊和古罗马开始，然后在中世纪阶段集中较多注意力，接下来论述近代自由主义的兴起，最后以当代为结尾，探讨国内和国际层面的法治。历史、政治和理论在全书中交织起来，在每一章均有显现，但它们也被当作一般的组织主题按顺序讨论。因此，开始各章历史性更强，中间各章政治性更强，结尾各章理论性更强。

尽管本书随着进程的展开将深入探讨政治与法律理论领域许多颇具挑战性的主题，但作者努力把围绕法治的各种理念和争点通俗地展现出来，让不具备理论背景的读者也可读懂。本书是为了供理论研究者[6]和学生使用而撰写的，但其旨趣之一是向普通读者展示通过历史、政治和理论讨论串联起来的各种洞见。法治遍布于公共政治话语之中。由于法治的显要地位，让有兴趣和必要的决心了解这一理想的每一位读者透彻地理解法治，这实有必要。

第一章 古典起源

希腊思想

许多关于法治的阐述都确定它起源于古典希腊思想，并从柏拉图和亚里士多德著作的段落中引经据典。尽管这并非不对，但有一个警告务请牢记在心。在以“黑暗时代”著称的 500 年里，希腊思想对西方而言几乎完全迷失，直到中世纪盛期宗教神学家才重新发现它并赋予它以新的生命。^① 法治作为一种连绵不断的传统，是在雅典全盛时期以后 1000 多年才开始生根。因此，希腊的法治思想最好被理解成其后各时期的典型模式、激励和权威。希腊人特别是柏拉图和亚里士多德以其卓越见识努力解决的很多问题是永恒的，永不过时；因而具有永恒的相关性、永久的魅力。

公元前 5 世纪，雅典在达到其荣耀的巅峰之时以自己是由公民直接统治的民主城邦感到自豪。雅典人的整体倾向是城邦(*polis*)，即政治共同体。每一个年龄超过 30 岁的男性公民，不管其阶级和财富状况如何，均有资格担任(有薪酬的)法官，裁断法律案件；他们也在管理委员会(有一个轮值首脑)中、在立法集会中担任官员，这些职位由多个人担任。为了保证问责制，主持案件审判的地方官员能够通过普通公民的投诉受到违法之指控。^② 由于这些特征，“对雅

① See Richard E. Rubenstein, *Aristotle's Children: How Christians, Muslims, and Jews Rediscovered Ancient Wisdom and Illuminated the Dark Ages* (New York: Harcourt 2003)

② Martin Ostwald, *From Popular Sovereignty to Sovereignty of Law: Law, Society and Politics in Fifth-century Athens* (Berkeley: Univ. of California Press 1987) p. 5-15.

典人而言，民主与‘法治’同义”^①。雅典人没有垄断法律生产或提供法律服务的法律职业阶层或者政府工作人员。法律——字面上讲——是其公民活动的产物。法律面前人人平等是他们体制的一项重要价值。这并不意味着对所有人都适用同样的法律标准。法律确定了人的各种类型（如妇女、儿童、奴隶和非公民），各种类型有不同的法律意涵。毋宁说，平等意味着法律将根据其规定适用于所有的人，不管适用对象是谁，是贵族或者是低层的匠人。^②

这种平民制度的危险在于，民主政体能够像绝对君主政体一样 [8] 暴虐。^③ 为了抵御平民主义的暴政，法律被赋予一种与众不同的地位，使它不易于被平民法庭和立法集会修改。^④ 这些法庭和集会的作用是尊重法律、担当法律的守护者而不是随心所欲地宣告法律。法律被视为卓越的命令，是有生命的共同体的坚强后盾，享有神圣的地位。“希腊哲学家和政治家像以前和今后的其他人一样，为一个梦想所诱惑：将某种基本法律制度纪录在案，它是如此完美地适合于它为之创立的社会之真正利益和真实的社会情况，因而被尊奉为永恒的、不变的法。”^⑤梭伦（Solon）这位生活在公元前6世纪的传奇统治者创立了一套法律和民法庭，“梭伦的法律”这个短语被用来当作某些古老而不可冒犯之特殊法的标签。新法律能够通过，旧法律能够修改，但这些法令要受到审查。提议者必须表明现行法的不充分性以作为法令得以通过的条件，立法会的所有法令都要受到检验以审查它与先前法的一致性。^⑥ 如果立法被发现与先前的有

① J. W. Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks* (Oxford: Clarendon Press 1956) p. 90

② See J. M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford: Oxford Univ. Press 1992) p. 29-30.

③ Aristotle, *Politics*, edited by Stephen Everson (Cambridge: Cambridge Univ. Press 1988) 1292a, p. 89.

④ Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, p. 69-70.

⑤ Philip Brook Manville, *The Origins of Citizenship in Ancient Athens* (Princeton: Princeton Univ. Press 1997) p. 107.

⑥ Ostwald, *From Popular Sovereignty*, p. 509-24; Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, p. 102-15.