



法学文库

何勤华 主编

法治的观念与体制

A Country under the Rule of Law and Party Politics

——法治国家与政党政治

严存生 著



商务印书馆

法学文库

法治的观念与体制

——法治国家与政党政治

严存生 著



创于1897

商务印书馆

The Commercial Press

2013年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法治的观念与体制:法治国家与政党政治/严存生
著. —北京:商务印书馆, 2013
(法学文库)
ISBN 978-7-100-09417-7

I. ①法… II. ①严… III. ①法治—关系—政
党—研究 IV. ①D902②D05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 213629 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

国家社科基金重点课题
“三个代表”重要思想与中国的法学
中国法制建设研究(02AFX003)
司法部一般项目
法治国家建设与政治体制改革
陕西省重点学科法理学专项经费资助

法学文库

法治的观念与体制
——法治国家与政党政治
严存生 著

商务印书馆出版
(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)
商务印书馆发行
北京瑞古冠中印刷厂印刷
ISBN 978-7-100-09417-7

2013年3月第1版 开本 880×1230 1/32
2013年3月北京第1次印刷 印张 19%

定价: 56.00 元

总 序

商务印书馆与法律著作的出版有着非常深的渊源,学界对此尽人皆知。民国时期的法律著作和教材,除少量为上海法学编译社、上海大东书局等出版之外,绝大多数是由商务印书馆出版的。尤其是一些经典法律作品,如《法律进化论》、《英宪精义》、《公法与私法》、《法律发达史》、《宪法学原理》、《欧陆法律发达史》、《民法与社会主义》等,几乎无一例外地皆由商务印书馆出版。

目下,商务印书馆领导高瞻远瞩,加强法律图书出版的力度和规模,期望以更好、更多的法律学术著作,为法学的繁荣和法治的推进做出更大的贡献。其举措之一,就是策划出版一套“法学文库”。

在当前国内已出版多种“法学文库”的情况下,如何体现商务版“法学文库”的特色?我不禁想起程树德在《九朝律考》中所引明末清初大儒顾炎武(1613—1682)的一句名言。顾氏曾将著书之价值界定在:“古人所未及就,后世所不可无者。”并以此为宗旨,终于创作了一代名著《日知录》。

顾氏此言,实际上包含了两层意思:一是研究成果必须具有填补学术空白之价值;二是研究对象必须是后人所无法绕开的社会或学术上之重大问题,即使我们现在不去触碰,后人也必须要去研究。这两层意思总的表达了学术研究的根本追求——原创性,这也是我们编辑这套“法学文库”的立意和目标。

具体落实到选题上,我的理解是:一、本“文库”的各个选题,应是国

2 法治的观念与体制

内学术界还没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特点;二、各个选题,是国内外法学界都很感兴趣,但还没有比较系统、集中的成果;三、各选题中的子课题,或阶段性成果已在国内外高质量的刊物上发表,在学术界产生了重要的影响;四、具有比较高的文献史料价值,能为学术界的进一步研究提供基础性材料。

法律是人类之心灵的透视,意志的体现,智慧的结晶,行为的准则。在西方,因法治传统的长期浸染,法律,作为调整人们生活的首要规范,其位亦尊,其学亦盛。而在中国,由于两千年法律虚无主义的肆虐,法律之位亦卑,其学亦微。至目前,法律的春天才可以算是刚刚来临。但正因为是春天,所以也是一个播种的季节,希望的季节。

春天的嫩芽,总会结出累累的果实;涓涓之细流,必将汇成浩瀚之大海。希望“法学文库”能够以“原创性”之特色为中国法学领域的学术积累作贡献;也真切地期盼“法学文库”的编辑和出版能够得到各位法学界同仁的参与和关爱,使之成为展示理论法学研究前沿成果的一个窗口。

我们虽然还不够成熟,
但我们一直在努力探索……

何 勤 华

于上海·华东政法大学

法律史研究中心

2004年5月1日

General Preface

It's well known in the academic community that the Commercial Press has a long tradition of publishing books on Legal science. During the period of Republic of China (1912—1949), most of the works and text books on legal science were published by the Commercial Press, only a few of them were published by Shanghai Edition and Translation Agency of Legal Science or Shanghai Dadong Publishing House. Especially the publishing of some classical works, such as *on Evolution of laws*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *Public Laws and Private Laws*, *the History of Laws*, *Theory of Constitution*, *History of the Laws in European Continents*, *Civil Law and Socialism* were all undertaken by the Commercial Press.

Now, the executors of Commercial Press, with great foresight, are seeking to strengthen the publishing of the works on the study of laws, and trying to devote more to the prosperity of legal science and the progress of the career of ruling of law by more and better academic works. One of their measures is to publish a set of books named "Jurisprudential Library".

Actually, several sets of "library" on legal science have been published in our country, what should be unique to this set of "Juris-

prudential Library”? It reminded me of Gu Yanwu’s(1613—1682) famous saying which has been quoted by Cheng Shude(1876—1944) in *Jiu Chao Lv Cao* (*Collection and Complication of the Laws in the Nine Dynasties*). Gu Yanwu was the great scholar of Confucianism in late Ming and early Qing Dynasties. He defined the value of a book like this: “the subject covered by the book has not been studied by our predecessors, and it is necessary to our descendents.” According to this principal, he created the famous work *Ri Zhi Lu* (*Notes on Knowledge Accumulated Day by Day*).

Mr. Gu’s words include the following two points: the fruit of study must have the value of fulfilling the academic blanks; the object of research must be the significant question that our descendants cannot detour or omit, that means even if we didn’t touch them, the descendants have to face them sooner or later. The two levels of the meaning expressed the fundamental pursuit of academy: originality, and this is the conception and purpose of our compiling this set of “Jurisprudential Library”.

As for the requirement of choosing subjects, my opinion can be articulated like this: I. All the subjects in this library have not been touched in our country, so they have the value of fulfilling the academic blanks; II. The scholars, no matter at home and or abroad are interested in these subjects, but they have not published systematic and concentrated results; III. All the sub-subjects included in the subjects chosen or the initial results have been published in the publication which is of high quality at home or abroad; IV. The subjects chosen should have comparatively high value of historical data, they can

provide basic materials for the further research.

The law is the perspective of human hearts, reflection of their will, crystallization of their wisdom and the norms of their action. In western countries, because of the long tradition of ruling of law, law, the primary standard regulating people's conducts, is in a high position, and the study of law is also prosperous. But, in China, the rampancy of legal nihilism had been lasting for 2000 years, consequently, law is in a low position, and the study of law is also weak. Until now, the spring of legal science has just arrived. However, spring is a sowing season, and a season full of hopes and wishes.

The fresh bud in spring will surely be thickly hung with fruits; the little creeks will coverage into endless sea. I hope "Jurisprudential Library" can make great contribution to the academic accumulation of the area of Chinese legal science by it's originality; I also heartily hope the colleagues in the area of legal study can award their participation and love to the complication and publication of "Jurisprudential Library" and make it a wonderful window showing the theoretical frontier results in the area of legal research.

We are not mature enough

We are keeping on exploring and seeking

He Qinhua

In the Research Center of Legal History

East China University of Politics and Law, Shanghai, P. R. C.

May 1st, 2004

自序

人类社会必须建立某种秩序，而建立和维护秩序的过程中会使用各种治理手段和方法，如军事武力、政治权术、法律制度、道德教化、宗教控制等。哪一种最好和以哪一种为主？对这些个问题的不同回答就产生了种种社会治理的理论，经过几千年的争论、摸索和实践，现在人类已形成了一个共识，即法律是一种最文明和最有效率的治理手段，因此，以法律为主，综合利用各种手段所建立的是一种最好的、最理想的社会秩序。这一共识所形成的价值观念就叫“法治”。它已成为当今世界中具有普适性的价值观念。

西方的“法治”观念于清末传入我国，与我国古代的“法治”观念相结合，逐渐被国人作为一种理想的社会秩序来追求，并不断地为之而奋斗。但由“法治”的含义很复杂，落实中必须结合各国的文化和政治体制，因而它在我国实践中遇到了种种的困难和遭受重重的曲折。这引发了国人对“法治”的不断思考，100多年来，我国已多次掀起了对“法治”的讨论，中国共产党的第十五次代表大会上确定把法治作为治国方略以来，这一讨论在我国又重起了新的高潮。

我对“法治”问题的兴趣正是在这背景下开始的，这一兴趣因相继承担了司法部的项目：《法治国家建设和政治体制改革》和国家社会基金项目：《“三个代表”重要思想与我国的法学发展、法制建设》而延续了将近十年。我的研究从搜集古今中外的“法治”思想开始，归纳和比较了西方和我国思想家的种种“法治”观念，发现各个地区和各个时代的

2 法治的观念与体制

思想家对“法治”的具体理解是不统一的,并随着历史的发展而变迁。在研究中发现,西方的许多思想家在论述“法治”问题时,并不限于阐述这一观念的内容,而是明确地指出,“法治”秩序是以民主共和政体为前提的。这样一来,“法治”问题就不仅仅是个观念问题,而首先是个政治体制问题。这也意味着,法治国家的建设必然伴随着政治体制改革,必须首先建立民主共和国。因为只有这种政体既能保证国家权力的人民性,又能克服极端的民主政体难以达到集中统一的缺陷,而能把大众政治和精英政治有机地结合起来;因为只有在这种政体中才能保障人民当家做主的地位不受侵犯和制定出的法体现人民意志。这就是说,法治国家建设,不是简单的有法与无法和如何树立法的权威的问题,而是如何推进民主政治,进一步进行政治体制改革的问题。在后来的研究和思考中,使我注意到“法治”与政党的关系。因为我们知道,现代民主政治就是政党政治,政党是民主政治舞台上的主角。所以,法治理想的能否变为现实,关键在于政党。因为,不仅民主法治的推进依赖政党,而且法治原则的能否遵守也主要取决于政党,特别是执政党。更因为国家权力是由政党来执掌的,法律是由政党在立法机构的代表制定的,所以能否制定出好的法律,制定出的法律能否得到坚决的贯彻实施,关键就在于政党自己是否带头。如果严格地遵从法治原则,就会上行下效,就会使社会的秩序符合法治的要求,否则,好的法律难以产生,法律的权威也树立不起来。基于此,我们越来越感到,一个国家的民主法治建设,关键在于政党,没有与民主法治精神相适应的政党,法治国家的建设只能是一句空话。所以,在思考法治问题时,必须把政党问题放进去,而且要放到中心位置。本书正是基于这一认识,把政党作为一个维度,来谈一下我国的法治建设问题。我的基本观点是,一个国家的民主法治秩序的形成过程,也是现代性政党的生成过程,只有该国已经生成了与民主法治精神相适应的政党之后,只有当这个国家有一个合理的政党体制之后,民主法治秩序才会产生。我国正在努力建设一个创新

型国家,这一国家所建立的法治秩序也必然是创新型的,而它的能否变为现实,关键在于我国的政党体制的创新,特别是作为执政党的中国共产党,能否依照民主法治精神对自身进行创新。

本书从结构上分两大部分,即观念论和体制论。观念论部分在详细梳理中外历史上的种种“法治”思想的基础上,比较其差异,归纳其共识,寻找它们的联系,探索它们的发展阶段和规律,以确定我们对“法治”含义比较科学的理解。

体制论部分在研究作为民主共和政治体制的“法治”基础上,着重探究法治国家的政党体制问题。它又可分为三部分:第一部分研究“法治”与政治体制的关系,得出的结论是,“法治”秩序的建立只有在民主共和政体的国家里才有可能;第二部分研究“法治”与政党的关系,得出的结论是,由于现代民主政治就是政党政治,因而在一个国家的法治国家建设中,政党处于关键的地位,其是否具有与“法治”体制相适应的素质,其行为是否民主化和法治化,也就决定了该国能否真正建立起法律秩序。为了印证这些认识,我们研究了七个国家近现代的政治体制变革历程,发现这一过程也是与其政党的产生和发展是同步的,因此,合理的政党体制的是否形成,也就成为其民主化法治化是否成熟的标记;第三部分分析了我国从古到今的政治体制变迁的历史和现状,特别是近代以来的政党体制,探寻阻碍我国法治国家建设的要害问题,并就执政党活动如何民主化和法治化提出一些建议。

由于“法治”和政党问题甚为复杂,或甚发敏感之忧,项目通过国家验收后,又几易其稿始交付梓出版。

当然,我孤陋寡闻、才疏学浅,论述中不当之处在所难免,望学界同仁,不吝指正!

2012年7月

于西安西北政法大学

目 录

| | |
|-------------------------|---|
| 自序 | 1 |
| 绪论:作为观念和作为政治体制的法治 | 1 |

第一部分 观念论

| | |
|---------------------------------|-----|
| 第一章 西方法治观念探源 | 23 |
| 第一节 西方古代的法治观念 | 23 |
| 第二节 荷兰近代的法治思想:斯宾诺莎的法治思想 | 42 |
| 第三节 英国近代的法治思想:哈林顿、洛克的法治思想 | 50 |
| 第四节 康德的法治思想 | 70 |
| 第五节 康德后德国法治观念的发展 | 85 |
| 第六节 戴雪以来的英国法治思想 | 98 |
| 第七节 富勒、罗尔斯对法治的论述 | 108 |
| 第八节 菲尼斯、拉兹对法治的论述 | 120 |
| 第九节 昂格尔的法治思想 | 128 |
| 第十节 哈耶克的法治思想 | 139 |
| 第十一节 西方法治观念归类 and 变迁 | 146 |
| 第二章 中国法治观念探源 | 164 |
| 第一节 中国古代的治理观念和“法治”思想 | 164 |
| 第二节 西方法治观念的传入和中国法治观念的嬗变 | 178 |

目 录

| | |
|-------------------------|---|
| 自序 | 1 |
| 绪论:作为观念和作为政治体制的法治 | 1 |

第一部分 观念论

| | |
|---------------------------------|-----|
| 第一章 西方法治观念探源 | 23 |
| 第一节 西方古代的法治观念 | 23 |
| 第二节 荷兰近代的法治思想:斯宾诺莎的法治思想 | 42 |
| 第三节 英国近代的法治思想:哈林顿、洛克的法治思想 | 50 |
| 第四节 康德的法治思想 | 70 |
| 第五节 康德后德国法治观念的发展 | 85 |
| 第六节 戴雪以来的英国法治思想 | 98 |
| 第七节 富勒、罗尔斯对法治的论述 | 108 |
| 第八节 菲尼斯、拉兹对法治的论述 | 120 |
| 第九节 昂格尔的法治思想 | 128 |
| 第十节 哈耶克的法治思想 | 139 |
| 第十一节 西方法治观念归类 and 变迁 | 146 |
| 第二章 中国法治观念探源 | 164 |
| 第一节 中国古代的治理观念和“法治”思想 | 164 |
| 第二节 西方法治观念的传入和中国法治观念的嬗变 | 178 |

| | |
|------------------------------|-----|
| 第五节 日本“民主法治体制”的形成和特点 | 478 |
| 第六节 印度“民主法治体制”的形成和特点 | 489 |
| 第七节 新加坡“民主法治体制”的形成和特点 | 507 |
| 第八节 七国“民主法治体制”的比较与思考 | 514 |
| 第七章 中国的法治国建设和政治体制改革 | 525 |
| 第一节 中国古代的政治体制 | 525 |
| 第二节 清末以来的宪政运动及其政治体制的变革 | 535 |
| 第三节 新中国建立以来我国的政治体制 | 567 |
| 第四节 迈向法治社会的中国 | 582 |
| 参考文献 | 601 |
| 后记 | 606 |

图表目录

| | |
|-------------------------|-----|
| 西方思想家关于法治原则种类比较表 | 270 |
| 西方思想家关于法治原则种类汇总图 | 273 |
| 七国“法治体制”比较表 | 515 |
| 中国古代的社会结构和政治体制构成图 | 530 |
| 国民党在大陆时期的政治权力结构图 | 562 |

Contents

| | |
|---|---|
| Preface | 1 |
| Introduction : Rule of Law as Ideas and Political Systems | 1 |

First Party : On Idea of Rule of Law

| | |
|--|-----|
| Chapter One : The Source of Western Rule of Law | 23 |
| 1. The Ideas of Rule of Law in Ancient Western | 23 |
| 2. Modern Rule of Law Thoughts in the Netherlands; Spinoza's Rule of Law Thoughts | 42 |
| 3. Modern Rule of Law Thoughts in England; Harrington and Locke's Rule of Law Thoughts | 50 |
| 4. Kant's Rule of Law Thoughts | 70 |
| 5. The Development of German Rule of Law Ideas after Kant | 85 |
| 6. England Rule of Law Thoughts Since Dicey | 98 |
| 7. Fuller and Rawls on Rule of Law | 108 |
| 8. Finnis and Raz on Rule of Law | 120 |
| 9. Unger's Rule of Law Thoughts | 128 |
| 10. Hayek's Rule of Law Thoughts | 139 |
| 11. Classify and Change of Rule of Law Ideas in Western | 146 |
| Chapter Two : The Source of Rule of Law Ideas in China | 164 |
| 1. Government Ideas and Rule of Law Thoughts in Traditional China | 164 |
| 2. The Input of Western Rule of Law Ideas and the Change of Chinese Rule of Law Ideas | 178 |

6 法治的观念与体制

| | |
|--|-----|
| 3. Chinese Rule of Law Ideas in The People's Republic of China | 204 |
| Chapter Three : Some Thoughts about Rule of Law Ideas | 220 |
| 1. Social Control and Rule of Law | 220 |
| 2. Law and Rule in a Society under the Rule of Law | 239 |
| 3. Meaning of Rule of Law as Ideas | 257 |
| 4. Principle of Rule of Law | 267 |
| 5. Rule of Law and Substance Justice | 277 |

Second Party: On Systems of Rule of Law

| | |
|--|-----|
| Chapter Four: Rule of Law as Political Systems | 289 |
| 1. Politics and Political Powers | 289 |
| 2. Political Systems | 304 |
| 3. Rule of Law as Political Systems: The Comparison Rule by Human and Rule of Law | 314 |
| 4. Democratic Government and Rule of Law | 320 |
| 5. Rule of Law and Constitutional Government | 359 |

Chapter Five : A Country under the Rule of Law and Party

| | |
|---|-----|
| Politics | 365 |
| 1. An Overview of Party | 365 |
| 2. Party and Democratic Government | 391 |
| 3. The Tendency of Party's Activity under the Law in Country under the Rule of Law | 408 |
| 4. The Parties Administrative Regularity in Country under the Rule of Law | 421 |

Chapter Six: Formation and Feature of Democratic and Legal

| | |
|---|-----|
| Systems in Some Countries | 430 |
| 1. Formation and Feature of Democratic and Legal Systems in England | 430 |

| | |
|--|------------|
| 2. Formation and Feature of Democratic and Legal Systems in America | 442 |
| 3. Formation and Feature of Democratic and Legal Systems in France | 461 |
| 4. Formation and Feature of Democratic and Legal Systems in Germany | 470 |
| 5. Formation and Feature of Democratic and Legal Systems in Japan | 478 |
| 6. Formation and Feature of Democratic and Legal Systems in India | 489 |
| 7. Formation and Feature of Democratic and Legal Systems in Singapore ... | 507 |
| 8. Comparative and Probe of Democratic and Legal Systems in seven countries | 514 |
| Chapter Seven : The Construction of a Country under the Rule of Law and Political institutional Reform in China | 525 |
| 1. Political Systems in Traditional China | 525 |
| 2. The Movement of Constitutional Government and The Transformation of Political Systems since Later Qing Dynasty | 535 |
| 3. The Political Systems in The People's Republic of China | 567 |
| 4. March toward a Society under the Rule of Law in China | 582 |
| References | 601 |
| Postwords | 606 |