

法治热点若干问题研究

◆ 彭清燕 著

湖南师范大学出版社

法治热点若干问题研究

彭清燕 著

湖南师范大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法治热点若干问题研究/彭清燕著. —长沙: 湖南师范大学出版社, 2014. 6

ISBN 978 - 7 - 5648 - 1414 - 4

I. ①法… II. ①彭… III. ①社会主义法制—研究—中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 245220 号



法治热点若干问题研究

彭清燕 著

◇组稿编辑: 李 阳

◇责任编辑: 蒋旭东 郭海波

◇责任校对: 王旭中

◇出版发行: 湖南师范大学出版社

地址/长沙市岳麓山 邮编/410081

电话/0731. 88853867 88872751 传真/0731. 88872636

网址/http: //press. hunnu. edu. cn

◇经销: 湖南省新华书店

◇印刷: 长沙印通印刷有限公司

◇开本: 710mm × 1000mm 1/16

◇印张: 15.5

◇字数: 250 千字

◇版次: 2014 年 6 月第 1 版第 1 次印刷

◇书号: 978 - 7 - 5648 - 1414 - 4

◇定价: 30.00 元

序

吉首大学青年教师彭清燕同志多年前曾在湖南师范大学法学院进修刑法学与法理学，并由我进行指导。记得当时她非常勤奋，在进修期间曾撰写多篇论文交我修改，并相继在若干期刊上发表。进修结束不久，她由讲师晋升为副教授。之后，她在吉首大学师范学院主讲法律课的同时，潜心钻研学问，特别是热切关心我国法治建设中的诸多热点问题，并完成了《法治热点若干问题研究》一书。这确实是颇令人欣慰的。彭清燕邀请我为其新作作序，我在浏览了她的新作之后，欣然同意。

曾有古罗马法学家说过，理论和实践乃是同一的，理论是构建来即刻加以适用的，实践则因为秉受科学理论的洗礼而全然升华。这足以看出法治理论与法治实践之间的天然关系：法治理论解释、规范着法律实践，且往往在规则空缺、规则悖反等疑难案件中，为司法裁判提供助力以实现个案正义，并发现一些现行法迄今尚未解决的法治问题，促成法治实践的改变；法治实践镌刻着法治理论的历史性内容，期待着法学理论为其提供引导、塑造和智识，又通过反复的实践活动检验乃至改变法治理论的思维和存在。对于“法治理论与实践”的难题，学界普遍认为存在着三种遮蔽，即西方理论遮蔽中国问题、宏大叙事遮蔽法治需求、纯粹逻辑思辨遮蔽真正事实论证。由此，导致法治理论与法治实践的严重脱节。一方面，法治理论研究充斥着大量政治性或道德性话语，体现了从应然命题到应然命题的行文方式；另一方面，法治实践寻求理论指导的时候，却总是找不到对症的药方而无以解惑。于改善法治理论与法治实践脱节的状况而言，的确需要法治理论与法治实践从剥离到契合的转向、从单一宏观到多元微观的转向。基于中国全面进入法治化进程的时代背景，作者从法治基本理论入手，紧扣近年来中国法治实践的前沿问题，探寻公民参与法治的理论与实践、公共权力法律治理的理论与实践、社会矛盾法治化解的理论与实践、

网络犯罪刑事治理的理论与实践、青少年法治的理论与实践，最后回到法治建设的反思，总体上遵循了从理论研讨到实践分析再到理论反思的一种思路，既有理论模型、案例分析、思维范式的转换，又有经验升华为理论。无疑，这是作者在宏观思路与多元微观视点相结合中，从理论与实践的结合上思考法治问题有价值的收获。

综观全书，不难发现这部著作有着浓郁的时代气息。本书侧重于以专题讨论的方式，对新的历史条件下法治进程中的热点问题进行个别法律问题的特别解说，以期推动法治理论与实践的提升及社会生活的法治化。作者立足于富有特色社会主义的广阔沃土，对公民参与的法治理论与实践给予了特别的关注。作者以权利法治的理念和辩证的宏观方法考察了公民参与的法治实践样式，系统分析了公民参与法治保障的逻辑起点、基础定位、路径、法治构想，力图为公民参与法治探索一条科学、合理、可行的理论与实践之路。在公共权力法律治理这一问题上，作者对公共权力腐败、官员自杀现象、村域权力腐败等问题予以法治回应。在社会矛盾法治化解这一问题上，作者通过揭示社会矛盾法治化解的法哲学根基，探讨了非法集资类社会矛盾及环境群体性事件的法治化解方略，其中不乏精辟独到之笔。在网络犯罪刑事治理这一问题上，作者对计算机基础上“孵化”出来的网络犯罪的管辖、网络过失犯罪的刑法规治、网络虚拟财产的刑法保护作了有理有据的论证，具有较强的说服力。在青少年法治这一问题上，作者深入分析了留守儿童发展权问题，认为破译留守儿童问题的实质就是解决留守儿童平等发展权问题，用“发展权研究范式”取代“问题研究范式”才能跳出既有研究框架的窠臼。在青少年无差别杀人的预防机制及青少年犯罪预控方面，作者特别关注了青少年犯罪预控的盲点和难点，丰富、发展、创新了青少年法治的理论与实践。

对于经历了数千年人治社会的中国来说，法治问题无论在理论上和实践上还是个有待深入探讨的新问题。作者在本书中并不是简单植入西方的法治理念，而是具有问题意识，充分考虑到法治理论与实践中国语境下的特殊性。在借鉴国外法律方法研究既有成果的同时，作者有意识地对法治在我国法律实践中的运用情况进行理论和实践方面的探讨。理论层面，结合法治理论检视、反思和评析公民参与、公共权力法律治理、社会矛盾法治化解、网络犯罪刑事治理、青少年法治的现实，从中国语境的法治方

法入手，企图在西方法治理论与我国法律实践之间架起桥梁，寻求两者的结合点；实践层面，立足于我国现实，通过对法律实践的反思，提供解决公民参与、公共权力法律治理、社会矛盾法治化解、网络犯罪刑事治理、青少年法治特定法律问题的途径、步骤、措施和手段。这些不仅仅是作者在法治若干专题领域对法治事件的理性分析与个案处理，更重要的是这些具有社会影响的热点领域及事件，折射出当下我国相关立法、司法、执法发展中现代法治的理性与务实之光。正如作者所叙述的那样，既追求法治至上的理念、法治形式与实质的统一，又坚持法治改革的渐进性，追求面向未来的法治理想。这不仅具有较大的理论意义，而且具有很大的现实意义。

中国具有真正意义的法治源自 1978 年思想解放运动中关于人治与法治的大讨论，其研究已有时日。但是作者并没有落入俗套，局限于对法治的系统介绍，而是选取法治释义和法治方法的理论铺垫，切入近年来具有重大影响的法治领域和法治事件，展示了研究者的前沿性追求。围绕这一中心，作者运用了不少生动的材料和图式，对公民参与、公共权力法律治理、社会矛盾法治化解、网络犯罪刑事治理、青少年法治的新实践等进行有特色的研究。如同样是留守儿童问题，作者能以平等发展权的崭新视角，重塑留守儿童问题方法论上的转型，审视、梳理、阐释、拓展留守儿童平等发展权范畴中尚未厘清的核心理论，提出留守儿童平等发展权不应当是现有的简单的权利清单及口号式的宣传，并创造性地论证了留守儿童平等发展权的国家责任原则、非歧视原则、亲权监护主导的多元留守儿童监护制度、国家控制的留守儿童多中心福利制度、受教育权为核心的留守儿童平等发展权保障体系、留守儿童平等发展权的可诉制度。再如环境群体性事件，作者抓住继征地群体性事件、拆迁群体性事件之后引人关注的矛头浪尖及影响社会稳定的新因素，反思尚处于前法治时期环境群体性事件司法创新与试错的困厄，从事实学的层面实证分析环境群体性事件司法治理普遍存在的法律形态，第一次对环境群体性事件法治化解模式进行了国家追诉模式、当事人诉讼模式、公益诉讼模式的分类，并以法哲学创新阐释环境群体性事件法治化解的实然运行状态及前行轨迹，提出了民生生态的工具价值、环境正义的目的价值、整体效能的评价价值所组成的环境群体性事件法治化解的价值谱系，提出了亲环境的能动司法立场、环境群

体诉讼模式的修正、司法与行政治权的平衡、司法救助的生态延伸四个方面的制度创新。这些研究充分表现了作者对法治前沿性问题研究的理论与实践相结合的创新性思考，使深邃的理论问题化，使典型的问题理论化，从而使本书成为具有理论意义和实践意义的论著。

正像任何新的事物开始都不尽完美一样，本书也不可避免地存在一些不完善之处，特别是在有些问题的理论阐述上还显得有些肤浅，或许还有工匠雕琢留下的粗痕，但它毕竟在一项颇有意义的独创性工作中迈出了可喜的一步，微瑕而不能掩玉。期待作者继续在实践中撷取营养，在理论上积蓄精华，逐步得以完善。在我国社会主义法治建设不断取得重要成就的今天，聆听法治进步的足音，我们有理由相信法治理论与实践的研究一定会百花盛开，将有众多的精品争奇斗艳！

马长生

2013年7月1日

（马长生先生现任湖南师范大学法学院荣誉教授，长沙理工大学特聘教授、博士生导师，湖南省法学会学术委员会副主任，湖南省刑法学研究会名誉会长，北京师范大学刑事法律科学研究院兼职教授）

目 录

第一章 导论	(001)
第一节 法治的释义	(002)
第二节 法治视野中的法律方法	(014)
第二章 公民参与的法治理论与实践	(023)
第一节 公民参与法治保障的逻辑起点	(023)
第二节 公民参与法治保障的基础定位	(028)
第三节 公民参与法治的多维审视	(034)
第四节 公民参与法治保障之法理学分析	(045)
第五节 公民参与法治保障的路径审视	(053)
第六节 公民参与实体法建构	(059)
第三章 公共权力的法治理论与实践	(068)
第一节 公共权力腐败的心理分析及其法律治理	(068)
第二节 官员自杀现象之刑法治理探析	(078)
第三节 村域权力腐败的法律治理	(084)
第四节 公共权力的软法治理	(097)
第四章 社会矛盾法治化解的理论与实践	(105)
第一节 社会矛盾法治化解的法哲学分析	(105)
第二节 社会矛盾法治化解的法权本质与秩序构建	(111)
第三节 非法集资类社会矛盾的法治化解	(122)
第四节 环境群体性事件的法治化解	(127)

第五章 网络犯罪法律治理的理论与实践	(139)
第一节 网络犯罪的立案管辖	(139)
第二节 网络犯罪的地域管辖	(150)
第三节 网络过失犯罪的刑法规治	(161)
第四节 网络虚拟财产的刑法保护	(173)
第六章 青少年法治的理论与实践	(181)
第一节 留守儿童平等发展权基础理论	(181)
第二节 留守儿童平等发展权法治建构	(190)
第三节 青少年无差别杀人的预防机制	(202)
第四节 青少年犯罪的预防与控制	(214)
第七章 法治建设的反思	(221)
第一节 法治的价值	(221)
第二节 法治文明	(228)

第一章 导论

现代意义的法治思想源于西方，其源头可追溯到古希腊罗马时期的法治思想，但是法治概念的明确定型并不很久。德语中的 *rechtsstaat*（法治国）、英语中的 *rule of law*（法的统治）、法语中的 *etat de droit*（依法治理），基本都表示的是法治这一意思。*rechtsstaat* 最早出现于 1798 年，*rule of law* 出现于 1895 年，而在号称世界最精确的法语世界中，*Etat de droit* 于 1907 年方才出现，被广泛接受和使用则又是 70 年后的事情。^① 中国的法治是对新中国历史经验进行深刻总结的结果。新中国成立以后，中国民主和法制建设一度有过长足的发展，但由于“左”的指导思想，而使民主法制建设的良好势头急转直下，最终酿成十年“文革”的历史性悲剧。“文革”的教训极为惨痛和深刻，邓小平在回答外国记者如何避免类似“文革”那样的错误时说：“我们这个国家有几千年封建社会的历史，缺乏社会主义的民主和社会主义的法制。现在我们要认真建立社会主义的民主和社会主义的法制。只有这样，才能解决问题。”邓小平在中央工作会议上作了“解放思想，实事求是，团结一致向前看”的重要讲话，1978 年 12 月 13 日第一次向全党发出了建设法制的呼吁。“为了保障人民民主，必须加强法制。必须使民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”

至今为止，我国进行过两次关于法治问题的讨论。第一次是 1978 年思想解放运动引发的关于人治与法治的大讨论，此次讨论形成了“法治说”、“法治与人治结合说”、“摒弃法治与人治说”三派观点的辩论，讨论的主要成果是解决实行法治的必要性问题。但 1980 年 9 月与此相关的 30 篇论

^① [法] 米海依·戴尔马斯·马蒂：《当代中国的依法治国进程：进展与阻力》，石佳友译，《中外法学》2003 年第 2 期。

文结集出版后，参与讨论的学者纷纷转向其他领域，导致这场历时不长的讨论未能深入延续。第二次讨论是从20世纪90年代初开始的，1996年2月8日，江泽民同志在中共中央举办的法制讲座上提出要“实行和坚持依法治国，建设社会主义法制国家”以后，讨论进入了高潮。这次讨论最明显的特点是从法治的工具性价值分析转变为依法治国的法治论，从治国方略的高度肯定了法治的价值和功能。1997年党的十五大报告明确提出依法治国的基本方略，将过去“建设社会主义法制国家”的提法，改变为“建设社会主义法治国家”，极其鲜明地突出了对“法治”的强调。从理论探讨的意义上说，中国法治经过1997年十五大“法治国家”的政治确认之后，也可以算是对这次讨论的一个总结。1999年以宪法修正案的形式明确承认了法治治国原则，随后“法治”成了我国引用频繁的一个概念。法治因其重要程度而被许多专家认为是一个不能随便定义的概念，以致现在都没有一个标准而完整的定义。独立而自足的概念、恰当的方法是我们研究法治理论与实践的前提。

第一节 法治的释义

一、法治含义的种种解说

近代中国历史上的法治观念是西方的舶来品。通俗地说，法治就是法律主治，就是依法而治，就是所有的人服从法律并受法律的统治。但这样理解的法治是广义的，作为一种发展中的观念，学界对“法治”的认识，仍然是含混不清的。事实上，法治究竟是什么，法律主治究竟是什么，人们可以从不同的角度进行认识。

1. 亚里士多德的法治

亚里士多德指出：“法治应当包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定的良好的法律。”^① 这里，亚里士多德实际上提出了法治必须具备的两个基本要件：第一，认为治理

^① [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第199页。

国家应当主要依靠掌握国家权力的人制定的强制性的法律。第二，良法具有至高无上的权威。由此可见，亚里士多德法治理论强调法律的权威，要求在政治经济文化和社会生活中建立普遍的良好的法律规则并严格地服从。

2. 戴雪的法治

1885年英国宪法学家戴雪（A. V. Dicey）在他发表的《英宪精义》一书中，给法治赋予三个方面的特定含义：①法治排斥权力专断，任何人不应因为做法律未禁止的行为而受罚，任何人只能因为违法而不能因为其他而受处罚。②各个阶级、阶层在法律面前一律平等，排除政府行为享有的特殊豁免权或对涉嫌政府官吏的案件加以特殊制裁。③国家宪法是表述并确立权利的保障，宪法不是公民权利的渊源，而是一般法律提供的救济措施赐予个人以利益和自由的结果。^①就此而言，法治意味着一个社会共同体中政治的界限，同时也就意味着一个社会对其既有秩序的尊重。

3. 《德里宣言》的法治原则

1959年，在印度召开的国际法学家会议发表了《德里宣言》，把法治概括为三大原则：①立法机关的职能就在于创设使每个人保持“人类尊严”的各种条件；②法治原则不仅要制止行政权的滥用提供法律保障，而且要使政府有效地维护法律秩序，借以保证人们具有充分的社会和经济生活条件；③司法独立和律师自由是实施法治原则不可缺少的条件。^②《德里宣言》对法治的表述突出了法治的实质价值，被视为实现人权和实质正义的保障，是创造和保护人的尊严的条件，是人的社会、经济、文化权利的保障。

4. 哈耶克的法治

1960年英国籍的奥地利经济学家、西方保守主义政治思潮的奠基人、新自由主义经济学派的重要代表哈耶克（F. A. V. Hayek）在其所著的《自由宪章》一书中，尝试对法治状态之下法律所涉及的普遍性规则进行详细阐释，他认为这类规则具有以下特征：一般性和抽象性、可知性和确定性、尊重个人在法律面前的平等。相应地，哈耶克对于法治也提出了自己

① A. V. Dicey: Introduction to the Study of the Law, Macmillan; Martinus Press, 1959, p195.

② 周天玮：《法治理想国》，商务印书馆1999年版，第82页。

独特的理解：“法治不是法律的统治，而是关于法律应该是什么样的规则，是一种法律之上的范畴或者说是一种政治理想。”^①

5. 富勒的法治要素

朗·富勒（Lon L. Fuller），美国著名法理学家，现代新自然法学派主要代表之一。1964年在《法律的道德性》一书中，他提出了法治的八个要素：①法律的一般性；②法律必须公之于众；③法律不溯及既往；④法律必须明确清晰；⑤法律规则不能自相矛盾；⑥法律不应要求不可能实现的事情；⑦法律在时间之流中的连续性；⑧法律规则的规定与实施必须一致。^②富勒认为法律与道德密不可分，他提出法律应当具有内在的道德性。法律的内在道德，也称为“程序自然法”，它是“使人类行为服从规则之治”的一种技术性要求，是法律人追求的技术性目标的手段。富勒最早提出形式法治，他从法律制度本身来解剖法治，认为法治是法律内在的一部分，具备法治品德的法律制度由八个要素构成。

6. 罗尔斯的法治原则

罗尔斯的《正义论》被西方学者推崇为20世纪法哲学、政治哲学、道德哲学和社会哲学的最伟大成就。罗尔斯（J. J. Rawls）认为法治也是一种正义。因为法治可以使实质正义变为现实，法治可以排除或减轻制度方面的不正义。罗尔斯提出了与正义相联系的法治原则，认为法治概念应由以下准则构成：①“应当意味着能够”的准则。“首先，法治所要求和禁止的行为应该是人们合理地被期望去做或不做的行为。……其次……那些制定法律和给出命令的人是真诚地这样做的。……此外，权威者的行动必须是真诚的，而且权威者的诚意必须得到那些要服从他们所制定的法规的人的承认。……最后……一个法律体系应该把执行的不可能性看成是一种防卫或至少作为一种缓行的情况。”②法治含有类似情况类似处理的准则。即法律面前人人平等的原则。③法无明文不为罪的准则。④自然正义观的准则，法律规范必须以适当的方法来运用和贯彻，必须做出有意识的努力来确定违法行为的发生或者给以正确处罚，法官必须独立、公正，且不能

^① Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago: University of Chicago Press, 1978, p149.

^② 富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第52页。

判决他自己的案子，审判必须公平、公开，不能因公众的吵闹而带有偏见。自然正义的准则要保障法律秩序被公正地和有规则地维持。^①

7. 诺内特、塞尔兹尼克的自治型法治

1978年美国的两位学者诺内特、塞尔兹尼克发表了《转变中的法律与社会：迈向回应型法》一书，运用类型学的分析方法详述了三种类型的法律现象，即“压制型法”、“自治型法”和“回应型法”。他们认为，法治是属于自治型法，法治解决的是对权力进行制约的问题。“法治诞生于法律机构取得足够的权威以对政府权力的行使进行规范约束的时候。”自治型法有四个属性：①法律与政治的分离；②法律秩序采纳“规则模式”；③程序是法律的中心；④“忠于法律”被理解为严格服从实在法的规则。^②

8. 拉兹的法治原则

1979年新分析实证主义法学代表、英国法学家拉兹（J. Raz）在他的《法律的权威——法律与道德论文集》中的第十一章中较全面地阐述了他对法治的看法。他认为法治这个概念并非空洞无物，从它可以引申出法治的若干原则。他把法治原则概括为八个：①任何人不得受溯及既往的法律所规范。②法律应该相对稳定，不得经常变动。③特别法，尤其是法律命令的制定应符合公开、稳定、明确和普遍的规则。④司法独立必须予以保证。⑤自然正义原则应予遵守。⑥法院应当具有审查权力以保证其他原则的实施。⑦法院应当是容易接近的。司法程序应简便易行，久拖不决、费用昂贵会使法律形同虚设。⑧不应允许预防犯罪的机构利用自由裁量权歪曲法律。^③

9. 《牛津法律指南》的法治词条

西方权威的法学辞典《牛津法律指南》在法治（rule of law）词条下是这样写的：“一个无比重要的、但未被定义，也不能随便就定义的概念。”“它意指所有的权威机构、立法、行政、司法及其他机构都要服从于

① [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社2005年版，第175页。

② [美] 诺内特·塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会》，张志铭译，中国政法大学出版社1994年版，第105-125页。

③ [英] 约瑟夫·拉兹：《法律的权威——法律与道德论文集》，朱峰译，法律出版社2005年版，第197页。

某些原则。这些原则一般被看作表达了法律的各种特性。如正义的基础原则、道德原则、公平和合理诉讼程序的观念，它含有对个人的至高无上的价值观念和尊严的尊重。在任何法律制度中，法治的内容是：对立法权的限制；反对滥用行政权力的保护措施；获得法律的忠告、帮助和保护的大量的平等的机会；对个人和团体各种权利和自由的正当保护；法律面前人人平等……它不是强调政府要维护和执行法律及秩序，而是说政府本身要服从法律制度，不能不顾法律或重新制定适应本身利益的法律。”^①

10. 《布莱克法律辞典》中的法治解释

在西方另一部有名的法律辞典《布莱克法律辞典》中，没有单设词条，但在“统治”（rule）的一词下边的“法治”（rule of law）一词下是这样写的：“法治是由最高权威认可颁布的并且通常以准则或逻辑命题形式表现出来的、具有普遍适用性的法律原则。”“法治有时被称为法律的最高原则，它要求法官制定判决时，只能依据现有的原则或法律而不得受随意性的干扰或阻碍。”^②

11. 《布洛克豪斯百科全书》的法治

德国的《布洛克豪斯百科全书》第15卷认为：“法治国家的要素有如下内容：颁布在法律上限制国家权力的成文宪法；用基本法规来保障各种不容侵犯的民众权利；法院从法律上保护公民的公共与私人权利不受国家权力的干涉；在因征用、为公献身及渎职而造成损失的情况下，国家有赔偿的义务；法院独立，保障法官的法律地位，制止刑法有追溯效力，最后是行政机关的依法办事原则。”^③

上述这几种权威性的对法治的界定，角度多样化，或着重于法治的形式特性，或侧重于法治的实体因素，或立足于法治的实然性，或偏爱法治的应然性，或侧重于法的结构、功能，或侧重于法的价值，不免存在种种缺陷，但的确是从不同的维度和高度揭示法治的丰富意蕴，使我们更为清晰地明了法治的价值目标、法治的基本原则、法律的形式和实质特征、法律的结构和要素、权力分立和制衡、司法的独立和公开。解释方式的差异

① [英] 戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第607页。

② [德] 布莱克：《布莱克法律辞典》，邓焕青译，明尼苏达州圣保罗西方出版公司1979年版。

③ [德] 布洛克豪斯：《布洛克豪斯百科全书》，布莱克出版有限公司1808年版。

性和解释背景的异构性导致对法治概念理解的分歧,因此有必要用科学分析的方法阐释法治所固有的特殊性和外在特有的表现形式,准确地界定法治的定义。

二、法治概念界定厘清的几个关系

要准确地把握法治的含义,必须正确处理法治与法制、法治与人治、法治与民主的相互关系。

1. 法治与法制

目前,学术界对于“法制”与“法治”两个概念,主要有四种观点:①认为“法制”与“法治”是完全不同的概念。“法制”是静态的,是“法律制度”的简称,并不必然地与民主政治相关联,它在“有什么法”和“如何保证依法办事”上缺乏规定性的要求。②认为两个概念是一回事,表达的都是“有法可依”和“依法办事”的内涵。③认为它们是既有联系又有区别的两个概念,二者的联系在于,都与一个国家的法律、法律原则、法律制度密切相关,应当注意研究如何从法制转变过渡到法治。④认为两个概念可通用,问题不在于使用哪一个概念来表达,而在于它们的内涵是否符合依法治国的要求。应该说,“法制”与“法治”并非同一个概念。“法制”在英文中为 legal system,“法治”为 rule of law 或 legality。法制有两层意思:其一,法制是民主政治的法律化、制度化。在法治国家,严格依照法律办事是管理国家的一项根本原则。有法可依是法制的首要任务,依法办事是法制的基本内容。正如我国法制的原则就是“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”。法制与民主紧密相关,民主是法制的前提和基础,法制是民主的保障。法制的实行正是为了保护民主。其二,法制即法律制度的简称。法律制度指全部法律的总和。一个国家或地区的法律制度包括法律机构、法律原则、法律条文、法律思想、法律理论、法律方法、法律程序、法律传统等等。“法治”与“法制”主要区别在于:①内涵的差异。法治表达的是法律运行的状态、方式、程序和过程,是相对于“人治”而言的动态概念;而法制只是法律和制度的简称,是相对于政治制度、经济制度、教育制度、文化制度等并列的静态的概念。现代法治概念是基于法律的公正性、稳定性、普遍性、公开性和平等性特征,延展出来的法律至高权威、法律对权力的制约、法律对人权的保

障等一系列原理原则和基本要求。法制则不必然地具备这些内涵。只要有法律和制度存在就有法制存在，法制不一定是实行法治。法制不仅包括奴隶社会和封建社会的法制，而且包括资本主义社会和社会主义社会的法制。②价值取向的差异。法治蕴涵着民主政治、公平正义、权利保障、权力制约等价值要素，明确地表达了与人治根本对立的立场。法治强调人民主权和法律的统治，反对个人的专横独裁或者少数人的恣意妄为；它倚重法律治国的必要性和稳定性，着眼于国家的长治久安，以法律防止“人存政举，人亡政息”的发生；它坚持法律的至高权威，主张法律面前人人平等，反对法律之外的特权。法制注重法律的形式特征，即统一性、普遍性、强制性和可操作性等，但不具有法律的实质内涵，它非但不能表明与人治的必然对立而且还可能出现“人治底下的法制”。③依赖的社会基础不同。法治基础是以民主政治、市场经济和市民人本主义三位一体构成的社会结构，法治所要求的实现条件需要民主公正的立法体制、灵活创新的法律实施机制、独立完善的法律监督体系、高素质的法律职业队伍、广泛深入的守法护法意识等严格的条件。法制则既可以建立在各类经济基础之上，并可以与各种政治体制为伴。可以说，法制仅仅体现为一系列的法律条文和保证其实施的制度，只要存在立法者、执法者和司法者，就存在法制。所以，有法制的国家可以称为“法制国家”，但它并不必然地成为“法治国家”。

2. 法治与人治

人治，作为一种治国方式，是指以人格化权威为国家的支点，把治理国家的希望寄托于人格化权威的圣明与贤能上。它无限夸大圣人明君的作用，把国家的兴旺发达和长治久安完全寄托于执掌最高权力的人。当然人治并不排斥法律的作用，而是认为法律必须服从最高统治者的权威，最高统治者的意志才是至高无上的。法治，作为一种治国方式，是指主要依靠良好完备的法律来治理国家，把国家的长治久安系于国家的法律和制度，认为法律和制度比领导人的素质更靠得住。法治与人治的共性表现为都要通过普遍意志形式实现对社会的普遍管理。法治与人治为保持政治和社会的相对稳定性，必然要求建立与其性质相适应的规则体系，这些规则体系集合了部分人的普遍意志。因此，无论法治还是人治，都需要通过某种普遍意志形式的规则和统治方法实现对社会的普遍管理。法治和人治除了有