



中国法治论坛  
CHINA FORUM ON THE RULE OF LAW

# T 法治与21世纪

## THE RULE OF LAW AND THE 21<sup>st</sup> CENTURY

〔中国〕夏 勇 李 林

〔瑞士〕丽狄娅·芭斯塔·弗莱纳

主编

〔China〕Xia Yong Li Lin

〔Switzerland〕Lidija Basta Fleiner

Editors-in-Chief



社会科学文献出版社  
Social Sciences Documentation  
Publishing House



中国法治论坛

China Forum on the Rule of Law

# 法治与 21 世纪

## The Rule of Law and the 21<sup>st</sup> Century

〔中国〕夏 勇 李 林

〔瑞士〕丽狄娅·芭斯塔·弗莱纳

主编

〔China〕Xia Yong Li Lin

〔Switzerland〕Lidija Basta Fleiner

Editors-in-Chief

社会科学文献出版社

Social Sciences Documentation Publishing House

**“中国法治论坛”编辑委员会**

主 任：夏 勇

副主任：冯 军 张明杰

委 员（以姓氏笔画为序）：

王晓晔 王敏远 刘作翔

刘俊海 孙宪忠 杨一凡

李明德 吴玉章 张广兴

陈泽宪 陈 甦 邹海林

周汉华 陶正华

学术秘书：胡微波

# 中国法治论坛

CHINA FORUM ON THE RULE OF LAW



## 总 序

故宫北侧，景山东麓，一座静谧的院落。蕴藉当年新文化运动的历史辉煌与典雅的土地上，流淌着中国法律理论的潺潺清泉，燃烧着法治思想的不息火焰。多年来，尤其是1978年中国改革开放以来，一代代法律学者在这里辛勤劳作，各领风骚，用他们的心血和智慧，谱写了许多可以载入史册的不朽篇章。

为了记载和激扬法治学问，推动法治，继往开来，中国社会科学院法学研究所设立“中国法治论坛”系列丛书。一方面，重新出版最近20余年来有重要文献价值的论文集，如始于20世纪70年代末的关于人治与法治、法律面前人人平等、起草新宪法以及法律阶级性等问题的专项讨论，90年代初以来关于人权、市场经济法律体系、依法治国、司法改革、WTO与中国法、环境保护、反酷刑、死刑存废等问题的专项讨论；另一方面，陆续编辑出版今后有足够学术含量和价值、比较成熟的国际国内相关研究项目和会议的论文集。

法律乃人类秩序规则。法治乃当世共通理念。“中国法治论

坛”不限于讨论中国的法律问题，也并非由中国社会科学院的学者独自担当。我们期望，这个论坛能够成为海内外学者、专家和广大读者、听众共同拥有的一个阐释法意、砥砺学问的场所，一片芳草茵茵、百花盛开的园地。

## “中国法治论坛”编辑委员会

主 任 夏 勇

2003 年 6 月 6 日

## **Preface to China Forum on the Rule of Law**

To the north of the Forbidden City and east of Jingshan Hill lays a peaceful courtyard. It is the seat of the Institute of Law of Chinese Academy of Social Sciences, the most prestigious national institute in China devoted to legal research and legal education. On this small piece of land, rich in historical splendor and elegance of the New Culture Movement of 1919, flows an inexhaustible spring of Chinese legal theory and rages an inextinguishable flame of the ideal of the rule of law. Since several decades ago, especially since the “reform and opening up” in 1978, generations of Chinese legal scholars have been working diligently on this small piece of land and, with their wisdom and painstaking efforts, composed many immortal masterpieces of law that will go down in history.

China Forum on the Rule of Law is a series of books published by the Institute of Law with a view to carrying on the past and opening a new way for the future in the research of the rule of law and promoting the development of the rule of law in China. In this series, we will, on the one hand, republish papers published in China in the past 20 years which are of great historical significance, such as those relating to the discussions since late 1970s on the rule of man and the rule of law, the

equality of everyone before the law, the drafting of the new Constitution, and the class nature of the law and those relating to debates since early 1990s on human rights, the legal system under the market economy, ruling the country in accordance with the law, judicial reform, WTO and China, environmental protection, eradication of torture, and abolition of the death penalty. On the other hand, we will edit and publish papers from future research projects and academic seminars, both in China and abroad, which are relatively mature and of sufficiently high academic value.

The law is the norms of order for all mankind and the rule of law a universal ideal of all peoples in the contemporary world. China Forum on the Rule of Law is not limited to the discussion of the legal issues in China, nor will it be monopolized by scholars of the Institute of Law. We sincerely hope that it will be able to provide an opportunity for scholars, experts, as well as readers to freely express their ideas and exchange their views on legal issues, a forum for a hundred schools of thoughts to contend, and a garden for a hundred flowers to bloom.

Xia Yong  
Editorial Committee  
China Forum on the Rule of Law  
6 June 2003

# 序 一

实行法治，保障人权，是当代人类政治文明的重要标志和发展要求。中国立足国情，顺应时代趋势，提出要在建设物质文明和精神文明的同时，加强政治文明建设，尊重和保障人权，依法治国，把中国建设成为富强、民主、文明的社会主义法治国家。

为了推进上述目标的实现，2000年12月，中国社会科学院法学研究所与瑞士弗里堡大学联邦研究所（Institute of Federalism）、国际法学家委员会（International Commission of Jurists）在北京联合召开了主题为“法治与21世纪”的国际学术研讨会。

本论文集就是这次为期3天的国际法治研讨会及其后续研究的一项成果。

之所以能够在北京召开这样一个令人瞩目、影响巨大的国际法治学术研讨会并出版研讨会的论文集，这是与瑞士弗里堡大学联邦研究所、国际法学家委员会和周铎勉大使的大力支持与积极努力分不开的。1996年年底，通过周铎勉大使（当时他是驻华公使）联系、瑞士外交部和瑞士弗里堡大学联邦研究所安排，由王家福教授和刘海年教授率领的中国社会科学院法学研究所代表团（成员有李林、王晓晔、黄列）一行共5人，前往瑞士，对其宪法、人权和法治状况进行考察。其间，代表团按照东道主在日内瓦的日程安排，荣幸地来到国际法学家委员会总部，与委员会的专家和领导人进行了友好的座谈和交流。座谈过程中，我们向委员会的朋友介绍了中国法治发展的成就后，特别提到，中国法学界、法律界对于国际法学家委员会于1959年在印度新德里召开的国际法学家会议及其成果——“关于法治问题的《德里宣言》”的了解和兴趣，并希望委员会专家能够介绍1959年以后、尤其是20世纪90年代以来世界法治发展的最新理论与实践

状况。可惜,由于当时日程中安排的时间较短,委员会的专家只十分简略地谈了一点世界法治发展概况。分别前,我们代表团提出,希望能够有机会与国际法学家委员会在北京继续就法治问题进行交流。他们欣然应允。

带着了解当代世界法治理论与实践发展最新信息的强烈愿望,在考察期间及回到中国后,我们先后多次向瑞士外交部官员、瑞士弗里堡大学联邦研究所的前任所长托马斯·弗莱纳教授、现任所长丽狄娅·芭斯塔·弗莱纳教授、瑞士驻华大使周铎勉先生表示,希望与瑞士弗里堡大学联邦研究所、国际法学家委员会合作召开一个国际法治学术研讨会,并希望通过国际法学家委员会在世界范围内联系对当代法治最有造诣的法学家参加研讨会,与中国法学家交流。在他们的充分理解和热情参与、支持下,经过中国社会科学院法学研究所的筹办并在中国法学界的积极配合、参与下,“法治与 21 世纪”国际学术研讨会得以于 2000 年 12 月在北京召开并取得了圆满成功。

近代以来,民主、法治和人权一直是中华民族求解放、谋幸福的奋斗目标之一。1949 年中华人民共和国成立以后,中国曾经向前苏联学习过民主和法治经验,后来又逐渐放弃了,我们要走自己的路,却出现了“文化大革命”那样的“大民主”和全面否定法治的失误。1978 年改革开放以来,中国为了发展社会主义民主,使民主制度化、法律化,做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究,健全和加强了社会主义法治。1996 年初,“依法治国,建设社会主义法治国家”被最高国家权力机关——全国人民代表大会所确认,成为中华人民共和国治国的基本方略。1999 年,依法治国又被全国人民代表大会通过的宪法修正案载入中国宪法,具有了最高法律效力和宪法地位。中国法治进入了一个新的发展阶段。

中国应当怎样从自己国情出发实现依法治国,建设社会主义法治国家?这是许多中国法学家不断思考并试图回答的重大问题。中国法学家企盼知道世界法治发展的现状与最新成就,希望了解不同文化、不同法系、不同国家法治的最新理论成果与实际经验,希望借他山现代法治之石以实现中国法治的现代化发展。在这种情况下,国际法学家委员会 1959 年“关于法治问题的《德里宣言》”进入了中国法学家的视野。《德里宣言》的有关法治内容,如立法机关的职能不仅要创造各种条件以尊重和维护个人尊严,而且要尽力通过立法来保障人权与基本自由;法治原则不仅要防范行政权

力的滥用，而且要求有一个有效政府来维持法律秩序，保障人们拥有充分的社会生活和经济生活的条件，保护个人的人身权利和财产权利；法治要求正当的刑事程序，保证司法独立和律师自由等等，受到了中国法学界的关注。

中国法学家期望通过国际法学家委员会进一步了解《德里宣言》发表40年以后世界法治发生的变化，希望有一种全球的视野来审视和设计中国法治发展的道路。瑞士弗里堡大学联邦研究所和国际法学家委员会不负众望，它们组织了一批优秀的外国法治专家参加“法治与21世纪”国际学术研讨会。这些外国专家带来了自己关于法治的研究成果，从法治的历史与文化，法治与民主、宪政、人权，法治与行政权、司法权，21世纪初期法治的关键问题、重要趋势与未来发展，全球化对法治的挑战等多个维度，较全面地总结并论证了当代世界法治理论与实践的发展状况，并在研讨会中认真回答了中国学者提出的各种问题。瑞士弗里堡大学联邦研究所和国际法学家委员会对研讨会的贡献，以及与会的外国法治专家在研讨会上的精彩发言，给中国的法学家、法律家留下了深刻印象。

在这次“法治与21世纪”国际学术研讨会上，中国学者的论文及其发言、提问和讨论，中国学者关于法治问题的洞见和对世界法治、当代西方法治等的了解和研究，对中国法治内涵的深刻把握等等，都充分展示了中国学者的东方睿智和时代理性，标识了中国经济现代化进程中的法治现代化发展路径和全球化背景下依法治国的未来趋势。

用中英文出版“法治与21世纪”国际学术研讨会的论文集，不仅可以让更多的中国人分享研讨会的精神成果，让更多的中国学者通过这本论文集与国际法治专家，与瑞士弗里堡大学联邦研究所以及国际法学家委员会的专家交流、沟通，而且可以让世界更多地了解中国，了解中国的政治文明，让更多的外国法学家、政治家、学者和民众了解中国的法治理念和实践方式，了解中华法治文化的时代底蕴。

尽管已经多次当面口头表示过感谢之意，但我还是要用书面的形式把这种谢意铭记下来，以见证我们的历史，彰显我们的友谊。在此，我要代表夏勇教授和王家福、刘海年教授以及中国社会科学院法学研究所的其他同事，向瑞士外交部、瑞士驻华大使馆、瑞士弗里堡大学联邦研究所和国际法学家委员会表示诚挚谢意，没有他们的密切合作与鼎力支持，就不会

有研讨会的召开和本论文集的出版；我要再次向周铎勉大使先生、托马斯·弗莱纳教授、丽狄娅·芭斯塔·弗莱纳所长，以及所有参加本次研讨会的中外专家学者和为研讨会提供翻译及其他服务的人员表示由衷感谢，没有他们的积极参与和无私贡献，研讨会的成功举办和本论文集的顺利出版，都将是难以想像的。

李林谨识

2003 年 8 月于北京

## 序 二

1998年10月，中国社会科学院法学研究所与瑞士弗里堡大学联邦研究所共同组织了第一届中瑞国际学术研讨会，对宪法领域敏感而重要的话题进行了充分的讨论，讨论内容丰富，成果丰硕。2000年12月，这两个研究所在国际法学家委员会的协助下再度合作，组织了此次题为“法治与21世纪”的第二届中瑞国际学术研讨会。

近年来，中国设立了许多项目，与许多国家在法学领域进行交流与合作。可以这样讲，中国近20年的法学研究已经从西天取到了真经。毫无疑问，中国有着向邻国学习，汲取国外经验的悠久传统。中国社会科学院法学研究所在这种与中国当前和未来发展紧密相关的交流中发挥了极其重要的作用。

能与中国社会科学院法学研究所在法学领域再度合作真的使我们备感荣幸。这同时也表明，瑞士虽然与中国的历史和文化迥异，它同样可以为中国在法律和公共管理领域提供一些有益的经验。法律原则的有效性和合理性不仅需要符合内在逻辑或道德判断，还需要有特定的社会基础，对特定集团的人类发展有益。瑞士的历史与欧洲其他国家截然不同。在过去几个世纪里，它在欧洲所有实行共和制的国家中可谓独树一帜。直到20世纪初，它还是世界上仅有的约20个民主国家的一员。瑞士的中立政策甚至可以追溯到16世纪。瑞士成了协商民主和最广泛参与管理的政体的典型。同时，瑞士还实行了政治体制与经济体制的分离。从1848年第一次施行联邦宪法以来，瑞士政治安定，社会高度稳定，经济也以令人羡慕的速度持续发展。

尽管我们生活的这个世界全球化程度越来越高，尽管律师和法学家的私人交流不断增加，法学理念可以比以往任何时期更自由地在五大洲之间交换，法律的发展仍与具体的政治制度和传统息息相关。在拜读研讨会论文时，我注意到大部分论文都提到了具体国家的程序和例证，尽管法学理念并非在理想化的抽象世界中发展，尽管没有哪种法学理念可以放之四海而皆准。西方的法理学家的研究必然建立在西方历史的基础上，他们中许多人对

中国的法学史只有非常粗浅的了解。与此形成对比的是，中国的法学家熟知西方法学史和西方的法学理念。希望通过这样的研讨会能改变这种不平衡状态。

不同论文中共同提到的一点是，现代政治制度致力于发展人类社会，实现人民富裕。无论是在发展中国家还是发达国家，法律都不能固步自封，而要随着社会的进步而不断发展。非常重要的一点是，高级专家在此次研讨会上的发言内容不仅会出版面世，还将对两国的政治制度的进步或法律机构的完善提供切实的帮助。

在此，请允许我表达对促成此次研讨会的单位和个人的感谢之情。他们是中国社会科学院法学研究所所长夏勇教授，前所长刘海年教授，以及李林教授和其他人员，瑞士弗里堡大学联邦研究所以及该所所长丽狄娅·芭斯塔·弗莱纳教授，还有瑞士联邦外交部政治四处，瑞士联邦外交部技术开发局等。

最后，我希望中国方面的法学家以及所有关心中国法律发展的人能够从这些论文中发现乐趣，得到教益。

瑞士驻华大使 周铎勉

2003 年 7 月 1 日于北京

## 序 三

本卷《法治与 21 世纪》所收录的论文的主题似乎建立在一个悖论之上。一个与生俱来的现代概念——但它比其他任何一个西方民主宪政概念都更深地植根于中世纪政治——已经与现代政治议程联系起来。这些论文旨在以其丰富的理论观点、对法治实施的重大洞见以及各种政策建议对法治形成重大的挑战，而法治正是当前在民族国家内部和在超国家层面上正在进行的结构转型所带来的产物。然而，在 21 世纪开始的日趋深入的全球化和普世的、激进的文化多元化形势下，“仅仅”为这些古老的议题和法治困境提供了一个新视角。新千年要求对法治之普遍可能性进行批判性反思，目的并非否定法治，而是使之对这些不可逆转的新变化做出相应的回应。

任何对法治的理论探讨必得从一套规导法治各种含义的术语开始，并且这些含义适用于各种不同的语境。我们谈论法治，是否指的是前宪政甚至是前法律价值准则？这意味着，它们是根据脆弱的人类本性而“写就”的——在特定的情境下，人类同时极有可能被误导而滥用权力，并且也需要得到保护，以免受到无限制的、难以驾驭的掌权者的侵害。“法律帝国”（而非人的帝国）是否预示着国家主权（the *pouvoir constituant*），或者仅仅是政府的三个部门（the *pouvoir constitué*）也是有限的？我们使用法治这个说法，是否实际上指的是“法律规则”[rule (s) of law]呢？在这种情况下，法律（law）被降至一种简单的实证概念，即汉斯·凯尔森意义上的价值无涉的规范要求公式。凯尔森说，法律就是制定法提供的任何东西。或者相反，“法治”是否仅仅意味着“规则之治”[rule of law (s)]？在这种情况下，我们不过是抛弃了法治的人类学基础而宣称，除了根基于不同的文化、语言、宗教和传统之上而相异的前宪政和前法律价值准则，法律什么都不是。换句话说，法治不具有任何普适性的含义。我们可以进一步宣称：在法治之下，我们所能理解的仅仅是“法规则”[the rule (s) of law (s)]，那么比较研究并不存在共同的基础，更不用说什么法治的普适性原则了。

尽管有这些重大的差异（其中，正因为这些差异，一个普适的法治理论直到现在才有可能），本书收录的论文一致把人权作为法治、法律至上和对政

治权力之民主控制的实质性原则，即法治应该成为民族国家和超国家秩序的合法性基础的支柱之一。为了履行这种功能，法治必须包括有效的人权保障措施、公平获得司法正义、最低限度的福利标准和公民在政治进程中发挥积极作用诸方面。再者，考虑到历史和文化的多元性，对于法治的核心价值和目标的一致同意同时意味着，在特定民族国家内设计和贯彻法治时允许有合理的差异。如果法治原则被普遍接受，就能证明对法治的不同理解有着重大的意义。

1998 年的中瑞宪法研讨会落幕之后，中国社会科学院法学研究所和瑞士弗里堡大学联邦研究所（the Institute of Federalism of the University of Frigourg, Switzerland）共同举办了第二次学术会议。来自中国社会科学院的同行提议把法治作为本次北京会议的主题。会议基本的想法是，以一种历史的和比较的角度，开展对法治的重大理论和政策层面的相互讨论。对于我们外国学者来说，这次会议是一个讨论各种概念、论争、历史和法治原则后面的哲理的绝好机会。我们每一个人会求诸他或她自己的历史和文化之根，并同时了解共同关注的问题和共同的兴趣——在今后，法治原则能够作为人类主权得到普遍确立，如同全球市场主权一样。与中国学者雄辩的理论观点及其深刻分析的交流，无疑是一个有益的经历。在这代表最高学术水平的、富有成效的两天半会议期间，我们可能会发现意外的共同点和具有挑战性的差异。这也是我为什么应当一再强调的原因：能够得到与中国社会科学院及其法学研究所建立合作关系的机会，联邦研究所的确非常荣幸。

我们也向联邦研究所外的同行致以诚挚的感谢。他们不仅来自瑞士，也来自世界各地，并在会议上及为本书出版提交了精彩的文章。他们非凡的学识和参加由中国同行举办的高层次对话的才能，对于这次在学者——他们来自各大洲并具有迥异的法律传统——中进行的独特的智识交流活动起着决定性的贡献。会议令人印象深刻地展现了为建立探讨法治的一般理论框架，以及为设计概念工具所做的共同努力，这些为比较政治学和法学的学术创新铺平了道路。基于这种共识（这也是我们所享有的学术交流成果），我们将会在各自己的国度内，为评估旨在推进法治的政治和法律方案做出贡献，并且在促进教学和研究的政府各部门中维护法治的有效机构与手段的建立方面做出贡献。

最后，我们要特别感谢瑞士发展和合作办事处（the Swiss Agency for Development and Co-operation）及瑞士驻北京大使馆。瑞士发展和合作办事处促成了联邦研究所与中国社会科学院及其法学研究所之间的合作，并提供了相当大的财政资助。此外，没有瑞士驻华大使周铎勉（Dominique Dreyer）先生宝贵的支持以及热忱的参与，此次会议是不可能成功举办的。

丽狄娅·芭斯塔·弗莱纳  
2001 年 11 月 3 日

# 目 录

|           |                     |
|-----------|---------------------|
| 序 一 ..... | 李 林 / 1             |
| 序 二 ..... | 周泽彪 / 1             |
| 序 三 ..... | 〔瑞士〕丽狄娅·芭斯塔·弗莱纳 / 1 |

## 第一部分 法治是什么

### ——历史和文化的视角

#### 法治在西方主要法律传统中的历史发展

##### ——从中世纪法律至上观念到

|              |                     |
|--------------|---------------------|
| 现代法治观念 ..... | 〔瑞士〕丽狄娅·芭斯塔·弗莱纳 / 3 |
|--------------|---------------------|

|                  |              |
|------------------|--------------|
| 法治与法治国家的涵义 ..... | 张文显 宋显忠 / 20 |
|------------------|--------------|

|                     |                 |
|---------------------|-----------------|
| 法治是国家具有的特定价值吗 ..... | 〔法〕多米尼克·罗素 / 32 |
|---------------------|-----------------|

#### 法治是什么

|                  |          |
|------------------|----------|
| ——渊源、规诫与价值 ..... | 夏 勇 / 40 |
|------------------|----------|

|              |          |
|--------------|----------|
| 法治中的悖论 ..... | 朱景文 / 69 |
|--------------|----------|

|               |          |
|---------------|----------|
| 法治的意义阐释 ..... | 刘旺洪 / 75 |
|---------------|----------|

|                  |          |
|------------------|----------|
| 法治在中国的历史命运 ..... | 信春鹰 / 86 |
|------------------|----------|

#### 推进法制改革，建设法治国家

|                             |          |
|-----------------------------|----------|
| ——1978年以来中国法治发展的回顾与展望 ..... | 李 林 / 94 |
|-----------------------------|----------|

|                         |           |
|-------------------------|-----------|
| 中国法治进程中的法律文化冲突与选择 ..... | 刘作翔 / 109 |
|-------------------------|-----------|