

构建和谐社会 法治基础

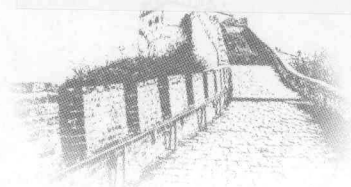
Constructing the Rule of
Law as the Foundation of a
Harmonious Society

李林等◎著

社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS · BEIJING

013062101

D920.0
158



构建和谐社会 法治基础

Constructing the Rule of Law as the
Foundation of a Harmonious Society



李林等◎著

社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



北航

C1670205

D920.0
158

图书在版编目(CIP)数据

构建和谐社会的法治基础 / 李林等著. — 北京:
社会科学文献出版社, 2013. 7
ISBN 978 - 7 - 5097 - 4728 - 5

I. ①构… II. ①李… 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 118454 号

构建和谐社会的法治基础

著 者 / 李 林 等

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 社会政法分社 (010) 59367156

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目统筹 / 刘骁军

经 销 / 社会科学文献出版社市场营销中心 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

责任编辑 / 赵建波

责任校对 / 胡锦涛 邓 敏

责任印制 / 岳 阳

印 装 / 北京鹏润伟业印刷有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

版 次 / 2013 年 7 月第 1 版

印 次 / 2013 年 7 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 4728 - 5

定 价 / 98.00 元

印 张 / 32.75

字 数 / 653 千字

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

▲ 版



北航

C1670205

目录

CONTENTS

导言 法治与和谐社会	1
------------------	---

第一章 构建和谐社会的法理基础	30
-----------------------	----

第一节 有关法律学说对和谐社会的构想	30
--------------------------	----

第二节 法治社会与和谐社会	35
---------------------	----

第三节 和谐社会的法律本质	43
---------------------	----

第四节 和谐社会的法律功能	47
---------------------	----

第五节 和谐社会的法律关系	54
---------------------	----

第六节 和谐社会的法律实效	61
---------------------	----

第七节 和谐社会的法治标准	65
---------------------	----

第二章 构建和谐社会的法治文化	77
-----------------------	----

第一节 法治文化构建的时空背景	77
-----------------------	----

第二节 两种人文主义：中国和西方	99
------------------------	----

第三节 法治的三种模式：法家、儒家与西方	115
----------------------------	-----

第四节 迈向一种道德的民主法治	128
-----------------------	-----

第三章 构建和谐社会的法治价值	137
-----------------------	-----

第一节 和谐社会的法治价值体系	137
-----------------------	-----

第二节 作为和谐社会法治价值的民主	141
-------------------------	-----

第三节 作为和谐社会法治价值的平等	149
-------------------------	-----

第四节 作为和谐社会法治价值的公正	161
-------------------------	-----

第五节	作为和谐社会法治价值的人权	169
第六节	作为和谐社会法治价值的秩序	179
第七节	和谐社会中法治价值的冲突与解决模式	191
第四章	构建和谐社会的法律体系	200
第一节	法律体系及其划分标准	200
第二节	中国特色社会主义法律体系形成的历史进程和重大意义	208
第三节	形成中国特色社会主义法律体系的主要立法经验	225
第四节	不断完善中国特色社会主义法律体系	233
第五章	构建和谐社会的法治机制	248
第一节	保障法律体系和谐的法律冲突解决机制	248
第二节	保障公民与国家关系和谐的法律机制	260
第三节	通过法定渠道解决纠纷的机制	268
第六章	法治政府与构建和谐社会	314
第一节	建设法治政府是构建和谐社会的重要保障	314
第二节	推行政府信息公开与构建和谐社会	320
第三节	强化公众参与机制与构建和谐社会	330
第四节	完善民事纠纷的行政介入机制与构建和谐社会	337
第七章	公正司法与构建和谐社会	360
第一节	中国特色社会主义司法制度	360
第二节	坚持公正司法的原则	376
第三节	在社会转型中推进司法改革、实现司法公正	387
第八章	法律监督与构建和谐社会	413
第一节	法律监督在和谐社会中的性质和作用	413
第二节	法律监督与法律实施	429
第三节	法律监督制度的改革和完善	456

第九章 环境法治建设、社会保障与构建和谐社会	468
第一节 环境法治建设与构建和谐社会	468
第二节 社会保障与构建和谐社会	485
后 记	512

导言 法治与和谐社会

一 中国语境下的法治

(一) 法治的概念

从渊源上讲,法治(Rule of Law)是一个古老的西方概念。早在古希腊、古罗马时期就有人研究讨论过法治的问题。公元前7~前6世纪时,号称古希腊七贤之一的毕达库斯(约公元前651~前569年)在担任米提利尼城邦总督时,就曾提出过“人治不如法治”的主张。^①亚里士多德作为西方对法治实质做出精辟概括的第一人,认为“法治应该包含两重意义: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是本身制定得良好的法律”。^②亚氏的法治理念,可以说是以制定“良法”和“普遍服从”良法为核心要素的,但他主张的这种法治并不是以民主政体为基础和前提的,而是与贵族政体的联姻,正如亚氏所言:“大家认为任何守法的政体都可称作贵族政体……贵族政体这个名词如果引用到法治的意义上,应该主要是指已经具备较好的法律的城邦。”^③亚氏主张的贵族政体是指以少数人为统治者的政体,与近现代以来人们普遍认同的与民主共和制度相关联的法治不尽相同。

美国政治学教授乔治·霍兰·萨拜因在《政治学说史》中指出,在中世纪法律被视为一种无所不在的手段,它渗入并控制了人与人之间所有各种关系,其中也包括臣民和领袖之间的关系。因此,人们通常认为,国王本人必须和他的臣民一样地服从法律。但是,国主要受法律的约束并不意味着法律面前人人平等,而是说每个人都应按其地位与身份享有法律待遇。^④可见,法律的统治如果仅仅被视为或作为一种手段或方法,那么它在本质上与专制不是对立的,并不能必然地导致民主政治。在西方中世纪,“法律与宗教一荣俱

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆,1965,第142页“注①”。

② [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆,1965,第199页。

③ [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆,1965,第199页。

④ [美]萨拜因:《政治学说史》(上册),盛葵阳等译,商务印书馆,1986,第251~252页。

荣，一损俱损”。^① 政教合一的国家体制，必然要求法律与宗教相互结合、相互转化。“如果教会应当具有各种不可侵犯的法律权利，那么国家就必须把这些权利作为对它自己的最高权力的一种合法限制来接受。同样，国家的各种权利也构成了对教会最高权力的一种合法限制。两种权力只有通过法治（rule of law）的共同承认，承认法律高于它们两者，才能和平共处。”^② 中世纪的“教会是一个 Rechtsstaat（法治国），一个以法律为基础的国家。与此同时，对于教会权威所进行的限制，尤其是来自世俗政治体的限制，以及教会内部尤其是教会政府的特殊机构对于教皇权威的限制，培育出了某种超过法治国意义上依法而治的东西，这些东西更接近后来英国人所称的‘法的统治’（the rule of law）”。^③ 伯尔曼在分析中世纪产生法治概念的主要条件时说，维护法治不仅需要有关正义、公平、良心和理性的抽象原则，而且还需要诸如那些体现在1215年英格兰的《大宪章》中和1222年匈牙利的《金玺诏书》中的特定的原则和规则。“法治的概念既得到盛行的宗教意识形态的支持；又得到统治者流行的政治经济缺陷以及多元的权威和管辖权的支持；最后还得到在12、13世纪逐渐盛行于整个欧洲的高水平的法律意识和法律复杂性的支持。”^④ 应当说，中世纪法治概念和某些具体法治制度的产生，是多种因素交互作用、长期嬗变的结果。

一般认为，提出近代意义上法治概念的先驱者，是19世纪英国的宪法学家戴雪（A. V. Dicey, 1830 ~ 1922）。戴雪在其代表作《英宪精义》中，第一次较系统地提出，法治概念包括三层相互关联的含义：第一，法治意味着法律拥有绝对的至高无上或压倒一切的地位，它排斥专制、特权乃至政府自由裁量权的存在。英国人受法律的统治，而且只受法律的统治。第二，法治意味着各阶级、阶层在法律面前一律平等；所有阶层的人们都平等地服从由通常法院所运用的国内通常法律，排除有关政府官员或其他人员免于遵守调整其他公民行为的法律或免于接受通常裁判所管辖的任何主张。第三，宪法性法律在由法院解释或实施时，它们不是法律规范的渊源，而是个人权利的结果。^⑤ 戴雪的法治理论尽管在一些西方国家影响颇大，一度极负盛名和权威性，但也受到某些诘难。一个典型的说法是，英国作为议会至上的法治国家，

① [美] 哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，三联书店，1991，第156页。

② [美] 哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社，1993，第356页。

③ [美] 哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社，1993，第259页。

④ [美] 哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社，1993，第357页。

⑤ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 8th ed, London: Macmillan, 1915, pp. 120 - 121.

议会可以制定任何法律，政府可以被授予广泛的甚至是专制的权力，因而法律在实际上很可能是不公正的，法治国家的合法性原则也得不到保障。英国著名法官、法学家詹宁斯勋爵在《法与宪法》中，对戴雪的法治理论提出了诘难：“如果法治仅仅意味着权力必须来源于法律，那么，可以说所有的文明国家都存在着这种法治。如果它意味着民主政治的一般原则，那么就没有必要将它单独地加以讨论。如果它意味着国家只行使处理对外关系和维持秩序的功能，那么它就是不真实的。如果它意味着国家只能行使这类职能，它就是因辉格党人而存在的一条政策准则。”^①

英国法理学家约瑟夫·拉兹（Joseph Raz）在《法律的权威》（*The Authority of Law*）一书中认为，“法治”一词意味着法律的统治，它有广义和狭义之分。从广义上说，法治意味着人民应当服从法律，接受法律的统治。从狭义上理解，法治是指政府应受法律的统治，遵从法律。法治由众多规则组成，其中最重要的规则包括：所有法律都应是针对未来的、公开的和明确的，任何人不得受潮及既往的法律所规范，因为如果要使法律得到遵行，就必须让人民知道法律明确规定的是什么；法律应是相对稳定的，不得经常改变；特别法的制定应符合公开的、稳定的、明确的和普遍的规则；确实保障司法独立，通过任命法官、法官任期保障、法官薪金保障等，来保障法官排除各种外来压力，独立于法律之外的任何权力；必须遵守自然正义原则，公开而公正地审判；法院应有权审查其他法治原则的实施，既应审查议会立法和授权立法，也应审查行政行为；司法程序应简便易行，否则久讼不决、长期拖延，就会使法律形同虚设；预防犯罪机关行使自由裁量权时不得滥用法律。^②拉兹强调指出，法治的重要性在于，对于个人来说，法治能够为人们提供一种选择生活方式、确定长期目标和有效地指引人们的生活走向这些目标的能力。法治是一种消极价值，是社会生活要求的最低限度的标准。

英国著名经济学家哈耶克用自由主义的理论从维护自由放任市场经济的立场出发，认为“法治的意思就是指政府在一切行动中都受到事前规定并宣布的规则的约束——这种规则使得一个人有可能十分肯定地预见到当局在某一情况中会怎样使用它的强制权力，和根据对此的了解计划它自己的个人事务”。^③在哈耶克看来，法治应当包括以下基本原则（或者内容）：“（1）一般且抽象的规则；（2）稳定性；（3）平等，即平等地适用于任何人。”^④

美国当代著名法学家朗·富勒（Lon L. Fuller）把道德和法律紧密联系起

① [英] 詹宁斯：《法与宪法》，龚祥瑞等译，三联书店，1997，第212、216页。

② Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979.

③ [英] 哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等译，中国社会科学出版社，1997，第73页。

④ 转引自高鸿钧《现代西方法治的冲突与整合》，载高鸿钧主编《清华法治论衡》第1辑，清华大学出版社，2000，第5页。

来,用新自然法的思想确证法律的道德性,进而提出法治的八项原则:法律的普遍性(法律应当具有普遍性);法律应当公布;法律应当具有明确性;法律应当具有稳定性;法不得溯及既往;应当避免法律中的矛盾;法律不应要求不可能实现的事情;官方行为应与公布的法律保持一致。^①其实,富勒对于法治的理解并不比拉兹有多少高明之处,两者的基本思路如出一辙,主要强调的仍是形式正义的法治。

美国另一位主张自然法的学者芬尼斯(J. Finnis)在《自然法与自然权利》(Natural Law and Natural Rights)一书中,提出了与富勒大同小异的八项法治原则。它们是:规则可预见,不溯及既往;规则可被遵守;规则应当公布;规则应当明确;规则应当互相一致;规则应当保持稳定;特别规则应当接受公布的、明确的、稳定的和较为一般的规则的指导;官方制定规则和执行规则者本身应当遵守规则,在执行规则中始终贯彻法律精神。^②

美国著名政治哲学家、伦理学家约翰·罗尔斯(John Rawls)在《正义论》一书中指出,法治概念由以下一些准则组成:第一,“应当意味着能够”的准则。它表明:(1)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;(2)法官及其他官员必须相信法规能够被服从,而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;(3)一个法律体系不能把无力实行看成是一件无关紧要的事情。如果惩罚的责任不是正常地限制在我们做或不做某些行为的能力范围之内的话,这种责任便将是加于自由之上的不可容忍的重负。第二,类似情况类似处理的准则。第三,法无明文不为罪的准则及其相关的观念,如法律应公开并为人所知、法不溯及既往等。第四,自然正义的准则,即它要保障法律秩序被公正地、有规则地维持。^③

德国人对法治的表达有自己的术语——“法治国”或者“法治国家”。根据我国台湾地区学者陈新民博士在《德国公法学基础理论》(上、下册)一书中的研究和介绍,在英美法系的“法治”概念,在德国则被称为“法治国”(Rechtsstaat)。“法治国”一词是德国人的发明,起源于康德的一句名言:“国家是许多人以法律为根据的联合。”这个概念“随同其他德国法律制度及用语,先传日本,再由日本传至中国”。^④德国哲学家普拉西德斯(J.

① 转引自沈宗灵《现代西方法律哲学》,法律出版社,1983,第204~209页。

② J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Southern Methodist University Press, 1955.

③ [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社,1988,第226~229页。

④ 陈博士在这里加了一个注释,证明“法治国”一词是传入日本的:“据日本学者高田敏之分析,日本在明治二十年代——按日本系在明治二十三年(1889年)公布宪法——已经将德语的法治国译成日文,旋成为学界流行之用语。见高田敏:《法治主义》,刊载,石尾芳久(编),日本近代法一二〇讲,(京都)法律文化社,1992,第120页。”参见陈新民《德国公法学基础理论》(上册),山东人民出版社,2001,第3、31页。

W. Placidus) 在 1798 年出版的《国家学文献》一书中, 第一次使用了“法治国”这个概念。普氏提出“法治国”的原来用语是合并“法”与“国家”二字而成, 与现代用语在拼写上多了一个连字号, 但其意义并不受影响。以后, “法治国”这个概念在 19 世纪以及 20 世纪初, 经由魏克 (Carl Theodor Welcker, 1790 ~ 1869) 的《客观理性法及法治国的理由》, 莫耳 (Robert von Mohl, 1799 ~ 1875) 的《法治国原则的警察学》, 史塔尔 (Friedrich Julius Stahl, 1802 ~ 1861) 的《法律哲学》, 贝尔 (Otto Bähr, 1817 ~ 1895) 的《法治国——一个构想的发表》, 毛鲁斯 (Heinrich Maurus) 的《评现代宪政国应为法治国》(1878 年出版), 奥托·麦耶 (Otto Mayer, 1846 ~ 1924) 的《德国行政法》等学者在专著中的使用、延展而得到广泛传播。

德国人发明的“法治国”与英国人创建的“法治”是否同一概念, 在学界尚有争论。据陈新民博士的介绍, 任教于英国爱丁堡大学的麦克科米克 (Neil MacCormick) 教授 1984 年发表了一篇题为《论法治国及 Rule of Law》(“Rechtsstaat” and Rule of Law) 的论文, 这篇文章一开始就开宗明义地指出: “‘法治国’概念与英美国家的‘法治’概念没有什么基本的不同。”^① 论证以后得出的结论是: 两个概念属于同构型, 即尽管在德国和英国的法治发展史上的客观环境不同, 但是这两个理论概念的本质及其目的是一致的, 在用法律规范国家权力行使方式、道德价值观的追求、保障人权与抑制政府滥权等方面, 它们别无二致。^② 当然, 也有一些学者认为两者属于异质, 如德国的公法学者克理勒 (Martin Kriele) 教授认为: “德国法治国的概念与英国的法治, 无异为两个完全不同的制度。”^③

刘军宁博士认为, 法治与法治国存在以下区别: 第一, 法治起源于自然法思想, 要求保护民权、限制政府权力, 与宪政有着天然的联系; 法治国起源于实证主义法学, 强调作为立法者的统治者的意志及权力至高无上, 排除了体现平等精神的契约思想和宪政主义。第二, 法治体现了对公民权利和自由的偏爱; 法治国则偏爱国家和作为立法者的统治者, 主张法律任何时候都是国家的工具。第三, 法治强调法律的规则, 注重法律的稳定性、持久性; 法治国强调法律的意志性、灵活性, 因人而异。第四, 法治的思想意味着, 人们服从法律是服从普遍的、客观存在的自然法则, 服从的目的在于保障个人自由; 法治国的思想意味着, 人们服从法律是服从统治者本人的个人意志。法治强调不仅应依法办事, 而且所依之法必须合法; 法治国则仅仅主张依法办事。第五, 法治既合乎实质正义, 也合乎形式正义; 法治国充其量只合乎

① D. Neil MacCormick, “‘Rechtsstaat’ and Rule of Law”, *The Rule of Law*, edited by Josef Thesing, 1997, Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 68.

② 陈新民:《德国公法学基础理论》(上册), 山东人民出版社, 2001, 第 96 ~ 99 页。

③ 陈新民:《德国公法学基础理论》(上册), 山东人民出版社, 2001, 第 96 页。

形式正义。比较的结论是：法制和法治国都不是法治，因为它们都将最高统治者置于法律之上，其实质是为统治者的专横披上合法的外衣。^①

总体而言，尽管法治概念在当代西方社会的解读中学者们见仁见智，但作为西方文化冲突的延续和承袭，人们对于法治的理解仍然有许多共识，或者共同确认的价值和原则。美国艾伦·S. 科恩教授和苏珊·O. 怀特教授在《法制社会化对民主化的效应》一文中，概括地表达了西方社会对于法治的看法。他们指出，在西方，“法治理想至少有下列含义：法律拥有至高无上的权威，从而防止滥用政治权力；通过保护个人权利的要求确保个人优先；通过实行‘法律面前人人平等’确保普遍性原则优先于特殊性。”^②的确，按照自由主义的法治观，通过分权原则、普选制度、多党制和合宪性审查等制度，制约公权力，保障个人权利不受国家权力的侵害，是法治存在的合理性依据。

（二）法治概念在中国

在中国，法治概念有着与西方不尽相同的内涵和发展轨迹。张晋藩先生的研究表明^③，先秦时期作为显学的法家学派，面对社会的大变动，为了给新兴地主阶级提供治国之术，提出了法治思想。

韩非子说：“治民无常，唯以法治。”^④商鞅说：“明王之治天下也，缘法而治……言不中（合）法者，不听也；行不中法者，不高也；事不中法者，不为也。”^⑤“能领其国者，不可以须臾忘于法。”^⑥成书于战国时期的《管子》更明确提出了以法治国的概念。至汉武帝时期，虽然“罢黜百家，独尊儒术”，确立了儒家思想的统治地位，实际推行的却是“外儒内法”，法家的法治思想仍然起着重要的作用，并在国家制定法中得到体现。公元3世纪西晋的《新律》中规定：“律法断罪，皆当以法律令正文，若无正文，依附名例断之，其正文名例所不及，皆不论”，^⑦也就是法律无明文规定的行为，不作为犯罪论处。

在中国古代，“法治”主要被理解为一种统治国家的方法，一种由形象思维方式产生出来的治国工具或手段，而主要不是一种抽象的价值理念、制度、程序或权威。在历史上著名的儒家和法家关于“人治”与“法治”之争中，

① 刘军宁：《从法治国到法治》，刘军宁等编《经济民主与经济自由》，三联书店，1997，第97～101页。

② [美] 艾伦·S. 科恩，苏珊·O. 怀特：《法制社会化对民主化的效应》，中国社会科学杂志社组织编译并出版的《国际社会科学杂志》（中文版）1998年第2期，第30页。

③ 张晋藩：《中华法制文明的世界地位与近代化的几个问题》，载《全国人大常委会法制讲座汇编》（1），中国民主法制出版社，1999，第183～184页。

④ 《韩非子·心度》。

⑤ 《商君书·君臣》。

⑥ 《商君书·慎法》。

⑦ 《晋书·刑法志》。

法家主张的“法治”，不过是“以法治国，则举措而已”。^①例如，管子说：“尺寸也，绳墨也，规矩也，衡石也，斗斛也，角量也，谓之法”，^②“法律政令者，吏民规矩绳墨也”，^③“法者，民之父母也”，^④“夫不法，法则治。法者，天下之仪也，所以决疑而明是非也，百姓所悬命也。”^⑤对于最高统治者来说，法律并没有什么至高的权威和普遍的拘束力，只是被理解为统治者治理国家和统治人民的工具。法律面前的不平等仍是中国封建国家“法律工具主义”的典型特征。

当然，如果用现代法治观的标准把古代中国“法治”碎片化，同样能够从中找到许多可以为今人所用的本土性法治资源。这些资源包括：（1）主张法要“合乎国情，顺乎民意”。如商鞅提出：“法不察民情而立，则不成。”善治国者，“观俗立法则治，察国事本则宜。不观时俗，不察国本，则其法立而民乱，事剧而功寡。”^⑥（2）要求法制统一，严明执法。如商鞅说：“百县之治一刑，则从；迂者不敢更其制，过而废者不能匿其举。”^⑦韩非强调：“法莫如一而固，使民知之。”^⑧法制统一，有利于防止官吏营私取巧、任意曲法，也便于臣民守法有所遵循。^⑨张晋藩先生认为，中国古代（封建）法制，具有以下基本特征：引礼入法，礼法结合；^⑩家庭本位，伦理立法；法自君出，权尊于法；天理、国法、人情三者贯通；诸法并存，重刑轻民；调处息争，追求无讼。^⑪这些特征反映了中国法制资源的基本内涵，其中既有民主法治性的精华，也有封建性的糟粕。

对法治概念还可以从逻辑的角度加以把握。法治概念包括三层含义：（1）指“法律秩序”（Law and Order），这是法治的基本含义；（2）指“合法性原则”（Principle of Legality），这是法治的形式含义；（3）指“法的统治”（Rule of Law），这是法治的实质含义。按这种解释，法治被界定为“一种通

① 《管子·明法篇》。

② 《管子·七法篇》。

③ 《管子·七主七臣篇》。

④ 《管子·法法篇》。

⑤ 《管子·禁藏篇》。

⑥ 《商君书·算地》。

⑦ 《商君书·垦令》。

⑧ 《韩非子·五蠹》。

⑨ 孙钱章主编《中国历代治国方略文选》（法治卷），中共中央党校函授学院1999年内部出版，“前言”，第3页。

⑩ 如《唐律疏议·名例》序：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，尤昏晓阳秋相须而成者也。”礼法结合体现了法律与道德的交融、亲情义务与法律义务的统一、强制性制裁与精神感召的互补。

⑪ 参见张晋藩《中国法制发展的历史进程》，载尹中卿主编《社会主义法制理论读本》，人民出版社，2002，第2~9页。

过宪法和法律设置加以实现的政治理想”。^①

用美国著名宪法学教授路易斯·亨金的观点来看，民主、自由、人权、法治和宪法都是宪政的基本要素。如果对现代法治概念作扩大解释，那么我们今天讲的法治概念，实际上是包含了形式法治和实质法治的统一整合，是一种宪政意义上的法治，或者就可以称为宪政。

在当代中国语境下，法治概念既没有得到学术界和实务界的一致认同，也没有在官方文件和领导人的重要讲话中达成统一。法治与法制、法治与依法治国、法制与法治国家、依法治国与宪政、宪政与民主法治、依法治国与以法治国等概念的使用，常常是随心所欲，内涵不明、边界不清，任意混用。事实上，法治或许是一个多义、多层次的具有理念、制度和行为内涵的概念，在理解上，可以作进一步的解析。在理念层面上，法治主要是指通过宪法和法律统治、管理国家的理论、思想、价值、意识和学说等；在制度层面上，法治主要是指在法律基础上建立或形成的概括了法律制度、程序和规范的各项原则和行为规范；在运作层面上，法治则主要指法律秩序和法律实现的过程及状态。

在中国 1997 年以后的法律实践中，依法治国一度快要取代了法治概念，而依法治国又被创造性地细化、分化和碎片化为一系列的法治口号，诸如依法治省、依法治市、依法治州、依法治县、依法治区、依法治镇（乡、街道）、依法治村、依法治居、依法治港、依法治澳；依法治党、依法治军、依法治官、依法治权、依法治腐；依法治部（委）、依法治检（检察院）、依法治局、依法治企、依法治校、依法治馆、依法治园（幼儿园）、依法治院（医院）；依法治山、依法治税、依法治水、依法治路、依法治污（染）、依法治教、依法治林、依法治农（业）、依法治档（案）、依法治监（狱）、依法治火（防火）、依法治体（育）、依法治生（计划生育）、依法治审（计）、依法治访（信访）、依法治统（计）、依法治考（考试）、依法治矿、依法治库（水库）、依法治交（交通）；等等。

即使仍用法治概念，也多被具象为一系列具体化、通俗化、形象化以及中国化的表达。例如，法治国家（法治中国）、法治省（法治浙江、法治山东、法治广东、法治江苏）、法治市（法治杭州、法治无锡、法治广州、法治昆明）、法治县区（法治余杭）、法治乡、法治村等，法治政府、法治社会、法治城市、法治农村、法治工厂、法治区域等，法治文化、法治精神、法治意识、法治理念、法治观念、法治思维、法治方式、法治氛围、法治活动，等等。

（三）法治与法制的区别

在当代中国语境下，必须对“法治”与“法制”这两个概念做出区分，

^① 《法理学教学纲要》，中国社会科学院法学研究所法理学研究室编著，1995 年 6 月打印稿。

以便尽快从法制走向法治。“法治”与“法制”的主要区别如下。

第一,法治与法制的词义不同。以现代词语的构成学来看,“法治”与“法制”的不同,在于“治”与“制”的区别。“治”(Rule)者,治理也,属动词;“制”(System or Institution)者,制度也,属名词。因此,“法治”(Rule of Law)的本意是一个动态的概念,是“法律统治”、“法律规制”或者“法律治理”的意思。就字义解释而言,“法治”表达的是法律运行的状态、方式、程度和过程。而“法制”(Legal System)的本意是一个静态的概念,是“法律制度”、“法律和制度”或者“法律和法律制度”的简称。“法制”表达的是法律或者法律制度存在的状态、方式和形式。如果不作扩大解释,则无论是英文还是中文,都不能使“法制”之“制度”变为动态概念,进而推导出“有法必依,执法必严,违法必究”、依法办事的过程和状态。正因为两者的词义不同,所以,我们不能用“中国法制史”、“外国法制史”等概念中的“法制”来取代“法治”概念。

第二,法治与法制概念的文化底蕴不同。所谓概念的“文化底蕴”,是指一个在历史上产生和形成的概念由于文化传统的长期发展和沉淀而具有的某些约定俗成的含义。法治是人类文明进步的产物。法治概念从古希腊古罗马时期萌生到近现代资产阶级革命时期逐渐成熟,历经了数千年的历史变迁和发展,在一些形式和内容方面已得到多数文化的基本认同。20世纪以来,如法律的权威性、公开性、普遍性、平等性,以及以主权在民、保障人权、制约权力等观念为主要内容的民主宪政等,都或多或少地以各种方式融进了不同国家的法治文化中,对法治概念的表述和理解已在国际范围内成为一种约定俗成的符号。正如我们用“法人”、“契约”、“侵权”、“宪政”、“人权”等符号来表达特定的法律或者政治概念一般已不易引起歧义一样,“法治”概念也有其历史赋予的某些基本不变的文化含义。而“法制”概念则不具有如此深厚的历史文化的规定性。在我国古代,虽然有过“命有司,修法制”、“法制不议,则民不相私”、“明法制,去私恩”等使用“法制”概念的时候,但这些“法制”的文化底蕴说到底只是一种“王制”。可见,如果随使用“法制”取“法治”而代之,既有违“法治”概念的文化本意,也难与国际社会进行沟通与交流。

第三,法治与法制概念的内涵不同。尽管各国法学家和政治家在使用“法治”概念时表达的具体意思有所不同,但大都是从与人治相对立的意义上使用这个概念,并基本一致地赋予了法治相对确定的内涵。“法治”的内涵通常包括一系列原理、原则。主要是:要有一整套完备的法律,这些法律应具有合乎人民意志和社会发展规律的合理性与公正性;应具有易为人民所知晓的明确性、公开性和避免朝令夕改的稳定性;因为主权在民,人民是国家的主人,由人民制定且体现人民意志的法律的权威,应高于个人和少数人的权威,具有至高的权威性;国家存在和制定法律的根本目的,在于保障公民

权利,限制政府滥用权力,同时维护社会稳定和安全,促进经济和社会福利发展;一切社会主体,特别是行使公权力的主体,必须依法办事,即权力机关依法立法,行政机关依法行政,司法机关依法独立行使审判权和检察权,一切社会组织和公民个人依法行使权利并履行义务;公民的权利在受到侵害后,能够得到及时充分的救济;要做到法律实施公正无偏,法律面前人人平等;公权力主体在获得权力的同时,也要受到有效的监督和制约;等等。实行法治的这些内在要求是“法制”概念所无法替代的。

“法制”的内涵没有质的规定性要求,相反却有某种随意性。这是“法制”概念被用滥、用乱的根本原因。任何国家在任何时期都有自己的法律制度,但不一定是实行法治。奴隶社会和封建社会的法律制度仍被认为是法制,但肯定不能被认为是法律统治。由于法制既没有形式要件和实质要件的质量规限,也没有运行状态和实现程度的指标要求,因此,可以这样认为,只要在一定程度上存在法律制度的社会就是法制的社会,同样的国家就是法制的国家;也就是说,奴隶社会和封建社会也可以建立法制社会和法制国家。

有人把“法制”分为广义和狭义两种概念。广义的法制包括一切社会形态下存在的法律和制度,狭义的法制是以民主政治为基础的,仅指资本主义法制和社会主义法制,其含义相当于“法治”。这种赋予“狭义法制”以“法治”含义的做法,以“法制”概念不能变动为前提来“吞并”法治概念,因而是科学的,它把本来简单明了的概念人为地复杂化、繁琐化了。

为什么要这么做?有人说,有关领导人和一些文件已习惯于使用“法制”概念,因此不必更换“法制”这个名词,但可以对“法制”概念作新的解释,用“法治”概念固有的内容填充我国社会主义法制概念,赋予“法制”“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”的内涵,进而取代“法治”概念,或者说两个概念可相通互换。这种说法是难以服人的。因为“十六字方针”并没有真正解决依照什么法办事的所谓“良法善治”的根本性问题。而且,一般说来,“法制”概念约定俗成的含义就是“法律制度”,如果宥于某些领导人因为不是法律专家使用过“法制”概念,或者因为有关文件使用了“法制”,因此就不能更改这个概念,而只能用移“法治”内容之花接“法制”内涵之木的手法,来使“法制”概念在中国现代化建设中获得新生,那么,至少可以说,这种“唯上”、“唯语录”、“唯书本”的态度是不可取的,这种“移花接木”的手法也是多余的、不科学的。既然认识到“法制”概念的局限性,就应以科学的实事求是的态度接受“法治”。“法治”概念是人类法文化宝库中的优秀遗产,而不是资产阶级的专利。

第四,法治与法制概念的存在意义不同。法治概念从产生以来就标志着与人治的对立:它强调人民的统治和法律的权威,反对君王个人的专横独裁或者少数人的恣意妄为;它张扬法律的正义性和公平性,排斥个人或者特权的偏私;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

律防杜“人存政举，人亡政息”以及“把领导人说的话当作法”的种种弊端，使国家的制度和法律“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”；它坚持法律面前人人平等，反对法外、法上特权；等等。法治是相对于人治而言的概念，具有旗帜鲜明地反对人治、抵制人治的特点，具有无可比拟的保证国家长治久安的特性和功能。作为法律制度的法制则是相对于经济制度、政治制度、文化制度等而言的中性概念，在时间范围内它没有古今之分，在空间范围内它没有中外之别，在一般意义上使用它并无任何时代特色。法制不仅不能明确表达出与人治相对立的立场，而且可能出现“人治底下的法制”，如希特勒执政时期德国实行的法西斯专政以及原南非政权推行种族歧视、种族隔离政策，都曾以法律和制度的方式来进行。所以说，“法治”存在的意义是明确的、特定的和专有的，在使用上不易产生歧义，而“法制”则无此确定性。

在使用中人们常常将“法制”与“法治”混淆起来，以“法制”表述或代替“法治”，如讲“法制国家”而不是“法治国家”、“实行革命的法制”而不是“法治”、“民主与法制”而不是“民主与法治”，等等。在这些用法中，“法制”不是要简单地描述或者表达“法律与制度”的形式，而恰恰是要昭示“法治”概念所要求和包容的本质及其内涵。既然如此，为什么不在加上“社会主义”或者“中国特色社会主义”等限制词后，大胆使用国际上已有约定俗成含义的“法治”概念，理直气壮地提“建设社会主义法治国家”？这样做丝毫不会损害我国依法治国的伟大事业，而只会使之更具有理论的科学性和彻底性，更便于人民大众学习、掌握法治理论并树立法治观念，更便于与国际社会的交流，最终使我们能够更好地实行和坚持依法治国，早日将我国建设成为社会主义法治国家。

第五，法治与法制概念的基础不同。法治概念被许多国家接受，成为治国的方略，是近现代商品（市场）经济和民主政治发展的必然结果。这也就是说，法治必须以市场经济和民主政治为基础，是市场经济基础之上和民主政治体制之中所特有的治国方式。

历史和现实经验都告诉我们，市场经济的自主、平等、诚实信用等内在属性，必然要求厉行法治、依法办事，要求制定公平和完备的法律，要求法律对市场经济进行规范、引导、制约、保障和服务。所以，“市场经济是法治经济”，法治是将市场经济作为赖以生存和发展的基础的。没有市场经济就没有法治，反之亦然。法治与市场经济相互依存、相互作用、相辅相成。法制则可在法律产生以来的各种形态的经济基础上建存。

民主政治的实质之一，就是人民按照一定程序制定法律，用法律将自己的意志、利益和要求上升为国家意志，由国家依循法律来保障人民的主体地位，实现人民的各项权利。民主政治与法治有着天然的内在联系。民主政治是法治产生、存在和发展的必要基础与前提条件，而法治则是民主政治得以