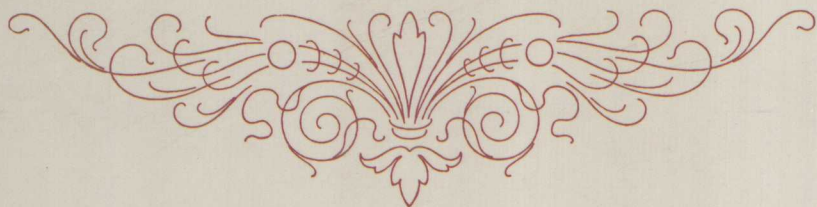




# 中国法治的源与基探索

ZHONGGUO FAZHI DE YUAN YU JI TANSUO



许增裕 著

中国社会科学出版社



# 中国法治的源与基探索

ZHONGGUO FAZHI DE YUAN YU JI TANSUO



许增裕 著

中国社会科学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

中国法治的源与基探索 / 许增裕著. —北京: 中国社会科学出版社, 2008. 12

ISBN 978-7-5004-7387-9

I. 中… II. 许… III. 社会主义法制—建设—研究—中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 175013 号

策划编辑 冯 斌  
责任编辑 丁玉灵  
责任校对 韩 聪  
封面设计 王 华  
版式设计 戴 宽

---

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010—84029450(邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 华审印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 12 月第 1 版

印 次 2008 年 12 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 9.5

插 页 2

字 数 250 千字

定 价 26.00 元

---

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换  
版权所有 侵权必究

## 序

法治是法律文化中的重要内容，是人类文明发展到一定阶段的产物，是一种与“人治”相对应的治理社会的理论、原则、理念和方法。法治是一种社会意识，属于法律文化中的观念层面。法治与人治则是相对立的两种法律文化，它强调社会治理主体的权威性、规则性和可预期性。法治不排斥人的能动性，但从法律的制定、执行到修改都必须按照法律本身制定的规则，人的能动性只能在法律规定的范围内发挥作用而不能超越法律，这正是法治内在的本质要求。从这个意义上讲，法治就是法理学中最重大和最基本的理论问题，也是所有法律问题的出发点和最后归宿。

也正是基于这么一种思考，一种信念，一种理想，一种情感，一种责任，在我们的学界，关于法治的思考可谓汗牛充栋，这些思考中，蛰伏着浓浓的爱国主义情感，张扬着“以法治国”的理想。处于转型时期的中国，法治建设正在稳步进行，尤其是党的十七大相关理论的提出，更是为我国社会主义法治建设打下了坚实的基础。

随着社会变迁的巨大的阵痛，我们的制度环境会舍弃旧的解释，需要更多新的、有益的尝试和总结。胸怀正义，背负理想，执著前行，我们的道路会通向哪里？我们的目光将投向何

处？我们的脚步将迈向何方？如此种种，总是与一个词汇紧紧相连，那就是：法治。当我们面对增裕君所著的《中国法治的源与基探索》一书时，我们被吸引的，除了目光，更有感动和佩服。

一般情况下，人们对法治的研究主要侧重于法治本身，而《中国法治的源与基探索》一书，则是对中国法治建设源于何处，需要以什么作基础的问题进行探索，从另一个角度和视野对法治得以存在的背景问题进行研究，涉及的是法治的根源和基础问题。该书从历史和现实、国内和国外不同角度对中国法治建设的基础性和深层次的问题进行剖析，并对法治的源泉和法治的基础进行了分层和深入分析。该书首先分析论证了法治的根源、源泉和缘由，从历史、文化传统、现实观念、理性思维、价值观念、民众法治心态等方面进行了探索；其次分析论证了法治得以生存和发展的基础，具体从市场经济、诚信机制、民主制度、权力制约、法律细化、国民素质、公开透明机制等方面对中国法治建设的基础性和深层次的问题进行剖析；同时对中国现在影响法治进程的因素也进行了探讨。

该书分门别类进行全方位、多层次的探讨，大胆地进行了创新性思考，把别人没有涉足的某些法治建设领域但又对法治建设的基础有影响的领域进行了探讨，并提出了自己的观点和看法，认为法治问题不仅仅是法治本身的问题，还与法治的存在背景和基础有关，就像一座高楼需要良好的地质条件和扎实的地基作支撑一样。该书是作者通过长期法学理论教育与法律实务的归纳和总结，本书的独到之处是从法治的背景和根源来探讨法治问题。

笔者认为：该书集学术性、实用性、知识性于一体，对中国的法治进行了反思和探索，对中国法治建设存在问题的原因从历

史到现实、从国外到国内、从观念意识到社会行为方式的思考，对中国法治构建的基础性问题也进行了探讨，这些思考对中国法治建设具有较强的理论和现实意义。

学者最戒浮躁，而可贵之处无外乎有一颗关爱之心，有一种“悲天悯人”的情感。记得作家史铁生曾说过：在生命的河上漂泊，河不是目的，船也不是目的，目的是诚心诚意地漂泊。是的，当我们在生命短短的河流中，静下来，寻觅那些前人先贤深深的足迹，郑重写下一些关于理性的文字，我们对法治的思考，是一种不懈的姿态，更是法律人难以舍弃的责任和良知。就如当我们在久久的思索中回过神来，在那些散发着理性思考的书卷面前，就会发现：生命，原来可以这样真实而美好；关于法治的思考，原来可以这样简单而明媚。

增裕兄是我的大学同学，在大学里，他就非常刻苦用功，是大家学习的榜样，毕业后，他分在学校教书，一直博览群书，默默耕耘，不忘学问，厚积薄发。《中国法治的源与基探索》一书的出版，正是他孜孜以求、学而不倦的收获。没有法治的社会是虚无的，而没有思索的生活是单调枯燥的。他对中国法治源与基的思考，纯粹而厚重，值得大家互勉。

法治精诚，泽被苍生。关于法治社会的建设，正在我们这个伟大的国度进行；关于法治问题的思索，也将是我们法律人继续思考的问题。我们相信，在推进依法治国，实现和谐社会的进程中，法治不仅仅是一个简单的词汇，它更是体现了在中国共产党的领导下，一个民族的光荣与梦想、信念与追求。我也相信，在责任和信念的指导之下，即便我们处在边远地区，只要我们心中还有理想，只要我们对法治的捍卫和追求还没有终结，我们就一定能不负期望，执著前行，写出更多更好的作品来，为中国法治建设贡献更大力量。

是为序！

云南省高级人民法院副院长、法学博士田成有

2008 年 4 月 9 日

## 自序

建设法治国家是治国的基本方略。法治是人类文明进程中的一种文化结晶，一种文明标志，是文明的产物，是社会的文明进程中必不可少的制度化特征。现代意义上的法治是17、18世纪西方社会政治经济发展和西方文明的产物，也是现代文明社会的基本标志之一。现代法治国家应当具有主权在民、人权保障、法律至上、权力制约、依法行政、司法独立等特征。

法治是一种治国方式、原则和制度，就是依法治理。法治能约束政府权力，保障平等、自由与人权。法治的过程就是运用法律手段对国家各项工作进行调控和管理的过程，是使国家各项工作都在法律轨道上有序运行的过程。

法治与民主相联系、与自由平等和尊重人权相联系。在民主社会，提倡主权在民、依法治国、法律至上和法律面前人人平等，公民的思想和言论是自由的。法治注重权力的限制和制约，合理运用公共权力，以保护公民的民主权利。法治的基本精神就是法律至上、人民主权、权力制约，依法保障公共权力。

法治要求摆脱任何偶然性、任意性和特权，使社会在严密的规范化和制度化的运行中形成一种稳定有序的秩序和状态，以保障和促进社会经济、政治和文化的顺利发展。法治是保持社会稳定和国家长治久安的基础，也是维系社会进步、保障人民幸福、

促进经济繁荣的关键所在。

法治具有普遍性。法治的普遍性要求为人们的行为提供一种必须共同遵循的模式、方向和标准，要求全社会所有人员一体遵行。

法治具有统一性和协调性。法治不仅是具有内部和谐统一的稳定的体系，而且它同整个社会系统都处于一种相互协调的稳定联系。法治要求治理国家和社会应保持逻辑性和连续性。

法治具有实效性。法治注重通过一整套可操作的规程，保证法律的有效实施。

法治具有监督性和约束性。法治通过一套对各项社会事务进行广泛监督的系统和监督约束机制，确保对国家机关权力的控制和对公民权利的保护。依法治国的过程就是运用法律手段对国家各项工作进行调控和管理的过程，是使国家工作的各个方面都在法律轨道上有序运行的过程。法治的核心是依法行政，其目标就在于对政府行为的限制。

法治体现在立法、执法和守法的各个环节之中。它是由立法、执法、司法、守法和法律监督等环节组成的系统工程。它要求所有国家机关及其公职人员严格依法办事，遵守法律，不得享有法律之外的特权。

法治与人治相对立。法治是人们对法的信仰，人治是人们对领导人特别是对最高统治者的信仰，容易产生阿谀奉承和导致盲目崇拜，畏惧权力。法治要求规则明确具体，法律面前人人平等；人治是威不可测，法律的权威是可测的，可预见的。

市场经济是法治经济，市场经济是法治实现的决定性因素，法治和市场经济是现代文明社会的特征。市场经济的发展要求必须建立法治政府，这是创造公平高效的法治环境的必然要求，也是市场经济发展的必然结果。

和谐社会应该是民主法治、公平正义、诚信的社会。建设和谐社会是一项艰巨复杂的系统工程，也是一个需要随着经济、政治、文化的发展而不断推进的长期历史过程，这个过程需要法治作保障。

从世界文明史的发展规律看，法治已经成为不可逆转的时代潮流，是政治文明建设的基本形式。法是政治文明的体现。

然而，由于中国 2000 多年的封建传统和高度集权的影响，缺乏法治和民主运作成熟方式的借鉴，决定了法治的实现具有复杂性、艰巨性和长期性。

水有源树有根，法治建设如同一棵树，树长得越高，根基就得越深越壮实，否则树越大越高越容易倾倒；法治建设如同建设高楼大厦，房屋盖得越高，其地基应夯得越结实，否则也是越高越容易垮塌，越容易充满隐患。法治建设不是“头痛医头，脚痛医脚”，不能单从法治本身来解决法治问题，而是一个整体会诊的问题。

从社会存在决定社会意识这一原理出发，法治总是受各种社会因素决定和制约的。搞好法治建设如同建盖高楼大厦需要综合考虑各种材料和因素一样，法治建设也需要综合考虑各种社会因素，万丈高楼平地起，除了需要扎实的地基外，牢固的钢筋、水泥、砖块和相关材料以及精密的技术也是必需的。哪一个环节出了问题，整个工作将前功尽弃。法治建设其实也一样，首先要探明法治的根源和基础。

从法治的环节来看，立法是法治其他环节的基础。但从法治的整体看，立法是法制的组成部分，只是属于法治各环节的起点，就像地基只能是房屋的基础，而第一层楼不是房屋基础一样，立法不应是法治的基础，法治的基础只能从法治之外来考查。法治的基础应是影响和决定法治的其他因素。作为法治的基

础，意味着：第一，它们决定和影响立法；第二，它们影响着法的实施；第三，它们影响着法治的变化和发展。

法治是众人之治，需要众人法律素质的提高。为了保障人们的自由、生命和财产权，法治应当坚持以人为本，以人与自然和谐为主线，以经济发展为核心，以提高人口素质为突破口，全面推进经济社会与人口、资源和生态环境的协调，为法治建设创造良好的环境。

历史传统、社会、经济、心理学、文化因素以及许多价值判断都影响或者制约着法律的制定和执行。现代法治也可以在传统的礼治秩序当中汲取养分。

与发达国家相比，中国是一个发展中国家，是一个长期受传统影响的农业国，商品经济不发达，商品交换不充分；官本位思想突出，等级观念强，缺乏主体的独立性和平等性。这成了制约中国法治发展的历史包袱。我国的法治建设经历了一个曲折复杂的发展过程，由于封建传统留给我们的东西太多，而法治的东西又太少，致使我们在从传统法制转向现代法治的进程举步维艰。从我国步入法治到现在，法治建设的成绩是显著的，是有目共睹的。但我们应该认识到，法治建设还有很长的路要走。法治建设是一个系统工程，它需要社会各方面的协调、发展和配合。

中国社会主义事业的发展经历了由计划经济向市场经济的转变，治理方式由人治向法制再向法治的转变，认识也由随意性向理性的转变。由“法制”到“法治”的转变意义深远，“法治”的实现需要诸多因素的配套和陪衬。这些因素是决定和制约我国法治实现的关节点。正因为如此，本书曾打算叫《法治基础论》、《法治环境论》、《社会转型与法治建设》或《法治的基础与环境论》等，觉得道理都差不多。但反思多年法治建设的成功与不足，特别是经济越发展，贪污腐败越难治，究竟怎么回

事，本人认为，主要还是法治基础不扎实，基石下面的深层次问题没有根本解决，再加上法治本身是一个浩大的系统工程，更需要究根探源，更需要坚实的基础。因此，法治建设不能完全局限于法治本身，必须考虑法治的源泉和根基以及现实背景，基于此，本书取名为《中国法治的源与基探索》。

# 目 录

|         |     |
|---------|-----|
| 序 ..... | (1) |
|---------|-----|

|          |     |
|----------|-----|
| 自序 ..... | (5) |
|----------|-----|

## 第一编 法治之源

|                   |     |
|-------------------|-----|
| 第一章 法治的历史之源 ..... | (3) |
|-------------------|-----|

|                     |     |
|---------------------|-----|
| 第一节 西方法治的历史传统 ..... | (4) |
|---------------------|-----|

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| 第二节 人治传统:中国法治需剔除的历史负荷 ..... | (14) |
|-----------------------------|------|

|                                   |      |
|-----------------------------------|------|
| 第三节 继承、移植与创新,实现法治的古今中外结合<br>..... | (20) |
|-----------------------------------|------|

|                   |      |
|-------------------|------|
| 第二章 法治的文化之源 ..... | (27) |
|-------------------|------|

|                |      |
|----------------|------|
| 第一节 文化概述 ..... | (27) |
|----------------|------|

|                           |      |
|---------------------------|------|
| 第二节 中西方文化发展对历史发展的影响 ..... | (32) |
|---------------------------|------|

|                     |      |
|---------------------|------|
| 第三节 中国法治的文化选择 ..... | (42) |
|---------------------|------|

|                     |      |
|---------------------|------|
| 第三章 法治的理性思维之源 ..... | (50) |
|---------------------|------|

|                   |      |
|-------------------|------|
| 第一节 感性与理性概述 ..... | (50) |
|-------------------|------|

|                    |      |
|--------------------|------|
| 第二节 理性与法治的关系 ..... | (54) |
|--------------------|------|

|     |                                |       |
|-----|--------------------------------|-------|
| 第三节 | 理性对西方法治发展的影响 .....             | (58)  |
| 第四节 | 中国古代人治的非理性因素对中国法治的<br>制约 ..... | (66)  |
| 第五节 | 法治要求克服任意性,依理性思维行事 .....        | (70)  |
| 第四章 | 法治的理论之源 .....                  | (75)  |
| 第一节 | 法治理论概述 .....                   | (75)  |
| 第二节 | 法治理论完善的探讨 .....                | (90)  |
| 第五章 | 法治的价值之源 .....                  | (95)  |
| 第一节 | 价值概述 .....                     | (95)  |
| 第二节 | 有关西方法治的价值学说 .....              | (99)  |
| 第三节 | 我国法律价值的体现 .....                | (104) |
| 第六章 | 法治的民众心理之源 .....                | (110) |
| 第一节 | 民众心理概述 .....                   | (110) |
| 第二节 | 民众心理状况 .....                   | (118) |
| 第三节 | 调整心理,端正心态,为法治创造一个软环境<br>.....  | (128) |

## 第二编 法治之基

|     |                      |       |
|-----|----------------------|-------|
| 第七章 | 市场经济:法治的决定性基础 .....  | (137) |
| 第一节 | 概述 .....             | (137) |
| 第二节 | 市场经济是法治的决定性基础 .....  | (142) |
| 第三节 | 积极促成市场经济的发展和完善 ..... | (145) |
| 第八章 | 诚信机制:法治的道德基础 .....   | (152) |

---

|             |                             |              |
|-------------|-----------------------------|--------------|
| 第一节         | 概述 .....                    | (152)        |
| 第二节         | 诚信:道德的核心、法治的基石 .....        | (161)        |
| 第三节         | 如何落实诚信机制 .....              | (168)        |
| <b>第九章</b>  | <b>民主:法治的动力基础 .....</b>     | <b>(171)</b> |
| 第一节         | 概述 .....                    | (171)        |
| 第二节         | 民主是法治的基础和力量源泉 .....         | (177)        |
| 第三节         | 完善民主制度,保证法治的实现 .....        | (181)        |
| <b>第十章</b>  | <b>权力制约:法治的政治基础 .....</b>   | <b>(184)</b> |
| 第一节         | 概述 .....                    | (185)        |
| 第二节         | 资产阶级国家的权力制约 .....           | (190)        |
| 第三节         | 我国的权力制约机制 .....             | (193)        |
| <b>第十一章</b> | <b>法律细化:法治的立法基础 .....</b>   | <b>(199)</b> |
| 第一节         | 法律细化是法制完善的前提和基础 .....       | (199)        |
| 第二节         | 法律细化应关注民间法 .....            | (206)        |
| 第三节         | 法律细化的方法 .....               | (219)        |
| <b>第十二章</b> | <b>国民素质:法治的人力基础 .....</b>   | <b>(223)</b> |
| 第一节         | 概述 .....                    | (223)        |
| 第二节         | 如何提高国民综合素质及其法律素质 .....      | (229)        |
| <b>第十三章</b> | <b>公开透明机制:法治的运作基础 .....</b> | <b>(235)</b> |
| 第一节         | 概述 .....                    | (235)        |
| 第二节         | 公开和透明度的具体要求 .....           | (242)        |
| 第三节         | 建立和完善公开和透明度机制 .....         | (249)        |

### 第三编 法治之其他

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| 第十四章 行为方式转变:法治实现的关键 .....  | (255) |
| 第十五章 城乡环境:法治平等的基本要求 .....  | (262) |
| 第十六章 交通和信息:法治实现的桥梁纽带 ..... | (272) |
| 主要参考文献 .....               | (280) |
| 后记 .....                   | (287) |

## 第一编

---

# 法治之源

中国的法治之源应源于中国的历史传统和文化，源于中国国民的民众心理、理性思考和价值追求。