

FZ “法治之路”丛书

丛书主编/俞荣根

CONG
FAZHI
DAO
FAZHI

◎程燎原/著

从法制到法治

围绕1979年至1998年
政治学界和法学界
在法治问题上的
争论与探索，
浓缩中国人
对法制现代化的
认识与思辨，
展现“法治”对“法制”的
超越与成就，
揭示中国
坚定地走向
法治国家的
进程。

法律出版社

FZ “法治之路”丛书

依法治国 法治理论

CONG

FAZHI

DAO

FAZHI

◎程燎原/著

从法制到法治

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

从法制到法治/程燎原著 - 北京:法律出版社,

1999 (法治之路丛书/俞荣根主编)

ISBN 7-5036-2822-7

I. 从… II. 程… 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 (1999) 第 13029 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶松

责任校对/杜进

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/10.625 字数/256 千

版本/1999 年 9 月第 1 版

1999 年 9 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市海淀区西三环北路 105 号科原大厦 4 层(100037)

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号/ISBN 7-5036-2822-7/D·2534

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

法治这一概念有广义和狭义之分，广义的法治是古代就有的。法治与人治这两种不同的治国理论（方针、指导思想）与原则（制度、方法）的对立与论争，在中外历史上已经存在了几千年。古代的法治虽然是建立在专制主义的基础上，但它在历史上的不同时期总是代表着先进的阶级、阶层或开明的思想家、政治家的利益、愿望和主张，同当时社会的发展和进步相适应。狭义的即现代意义的法治是近代以来才有的。它是建立在市场经济、民主政治和理性文化的基础上的。

新中国建立以来，我们国家的民主法制建设虽然历经挫折，但终于从 1978 年起开始走上了法治的道路。党的十五大正式将“依法治国，建设社会主义法治国家”作为治国方略确立下来，是这一历史性进程中一个非常重要的里程碑。从广义上看，我们通常说的“依法治国”是包括“建设法治国家”在内；但从狭义上看，两者又有一定区别。依法治国是一项治国的战略方针，基本含义有两个：一是依法治国是一种治国的理论和指导思想，即国家的兴旺发达和长治久安，关键的决定性的因素和条件，是要建立一个良好的有权威的法律和制度，而不应主要寄希望于国家出现一、两个圣主贤君；二是依法治国是一种治理国家的行动准则，即国家不能依照少数几个领袖人物个人的智慧、看法和注意力来治理，而应依据符合事物规律、时代精神、社会理想与人民利益的法律来治理；不能权大于法。建设法治国家则是一项治国

的战略目标，其主要含义在于，它是一个国家在政治法律制度上的一种模式选择；它是现代社会一种最文明、最先进的政治法律制度类型；它应具有一系列基本的标志和要求。根据国际的共同经验和中国的具体国情，社会主义法治国家的主要标志（或称法治原则）主要有如下十项，即：法制完备，主权在民，人权保障，权力制约，法律平等，法律至上，依法行政，司法独立，程序公正，党要守法。这些要求表明，现代法治同古代法治相比，其内涵要丰富得多，先进得多，文明得多。

自近代资产阶级革命以来，一些工业发达国家的法治建设已经经历了约二百多年的长久过程。现在这些国家中的学者们和政治家们仍在关注法治问题的讨论。虽然他们面临的理论与实践问题，主要已经不是法治好还是人治好的争论，而是观念与制度上某些具体模式的比较与选择，但其文明的程度仍远远没有达到人们所希冀的境地。我们国家有过两千多年封建主义的历史，缺少民主与法治传统。要建设现代法治国家，必然是一个长久的历史过程，面临着一系列观念的更新与制度的变革，更需要人们进行艰难的探索与实践，这就为我国的学者研究法治提供了良好的机遇和广阔的空间。

现代法治文明是全人类的共同创造和宝贵财富。任何事物都有它的普遍性的特殊性，现代法治也是这样。由于经济发展水平、政治体制建构、文化与历史传统等方面的差异，各个国家在法治的理念和制度上不可能完全一样，但是，它们也必然存在着全人类所共同认可的一些理想与原则。社会主义法治国家的建设，在价值追求与制度设计上，自然有它自己的特色。然而，它理应吸纳历史与现时代不同民族在法治问题上一切具有民主性和科学性的成果，走全人类文明共同发展的大道。

俞荣根教授主编的这套丛书，聚集了我国法学界一批卓有成就或崭露头角的青年学者。他们从历史的与现实的、观念的与制

度的不同角度与层面，对法治问题进行了广泛和深入的探讨。我相信，这套丛书的出版，能够为我国法治建设的宏伟事业和人类文化宝库，作出自己应有的贡献。

李步云

1999年3月

前 言

我们正处于世纪之交、社会转型的时代。

整个 20 世纪，中华民族一直在追求着民主、自由和法治。为了这个目标，我们的前辈和我们自己曾一代一代地努力奋进，前仆后继，流血牺牲，百折不挠，执着始终。直到最近的 20 年中，中国社会主义的民主法制事业才有了蓬勃的发展。直到最近的三、二年中，“依法治国”终被确定为社会主义中国的治国方略，实现了由法制到法治的历史性超越。“艰难困苦，玉汝于成”。百年求索，终在世纪之交的关头，使中国的法治事业迈向了一个新的阶段，前进到了一个新的起点。此乃旷世之功！全民族之福！

1997 年召开的中国共产党第十五次代表大会，功勋卓著，彪炳史册。其在理论上诸多的突破和在各方面正确方针的制定上，可铭可颂之处在所多多，而提升法治为治国基本方略，无疑是其丰碑式的记录之一。自那以后，在共和国所及之处，诸凡政治生活、会议文件、集会讲演、新闻报道、大众传媒、学术著述、课堂教学，乃至巷议街谈，“法治”二字在见著纸面、显于银屏等等方面，频率都是居高不下的。法治由国家政治中枢，由最高领导层的决策和号召走向社会，深入民间，这是必由的要事，又是天大的好事。不过，画虎类犬、好经念歪、雅乐走腔之类的事，历史上也曾不少。由“依法治国”而推演到“依法治省”、“依法治市”、“依法制县”，乍看虽合逻辑，细究值得质疑，

不过就现实的法治运动而言，其积极方面或可过半；但若再演绎出“依（或以）法治脏”（脏乱差的脏）、“依（或以）法治团”（共青团的团）等等，就不单是望文生义了，搞得不好，还真有混淆视听、哗众取宠之嫌。法治固然是包括中华民族在内的全人类文明发展的成果，有其漫长而可考的历史轨迹，但一说到中国的法治，非要抬出春秋的管仲、战国的商鞅，称道他们已有了了不起的法治理论和实践，这就不仅是落入了“老祖宗古已有之”的俗套，而且弄得不好，会搅乱现代法治的真义，误导了善良的百姓。由此而思之，法治之道何然又何所然，中国法治之路何由又何所由，真还值得来一番多元和多角度的探讨。如果说凡事都有缘起，那么，这些便是本丛书的缘起。

毋庸置疑，法治衍生于西方的文化传统，且经古代、近世的不断孕育、更新与发展，已具有一种成熟、多元而独特的文化品格和制度框架。当今之世，法治实已成为衡量社会进步、政治文明的尺度。民主政治、宪法至上、依法行政、程序正义、司法独立、善待权利等等，已不只是西方文明独有的成果和价值，同样是人类普遍的经验 and 愿望。问题在于，在世界发展到地球村的今天和不远的将来，在东方与西方、古代与今世纵横交错的坐标上，它们会呈现出怎样的理论形态和实践模式？中国的法治应当怎样从西方法治吸取经验？同样重要的是，除了效法和借鉴，我们必须充分挖掘自己的传统与文化，以及悠久的历史本身这些本土资源。我们也许不能从中国古代法律思想和制度中直接找到法治的精髓和运作方式，但至少可以发掘融通、接引它的种种资源和智慧。正是因为有了这种资源和智慧，才会有中、西法治问题上的相生相克、相反相成，近代中国才会有在“中体西用”文化范式指导下的法治理论的继受与变异，才会有当代中国法制所经历的 20 年巨变和超越，才会有今天在政治、经济体制改革的大背景下，注重研究和解决中国法制和法治的理论与实际问题的良

好态势。中国共产党“十五大”对法治问题所作的提升，在某一个方面可以说是对借取西方法治经验和挖掘自己本土资源作的最有权威性的论说，同时也是在创造资源、积累资源。中国法治的未来必须从中国的过去和现实中找到出发点，西方的经验也必须本土化才会在中国获得再生。在传统与现代之间，对于中国的法制历史，我们也许比别处更需要冷静地反省而非轻率的弃绝，更需要深刻的理解而不是粗浅的注解。

本丛书的立足点既非“西方中心主义”，也非“中国中心主义”，而是以现代法治的普世价值为“中心”的。这一“中心”则通过中西法治发展，特别是其与反法治和非法治的较量中曲折发展的理论和实践纵向展开，并在诸如宪法至上、程序正义、权利本位、依法行政等等普遍公认的法治价值和原则上进行横向的深度开掘。在力图回答中国法治走向这一问题时，我们赞同Matz的“定理”：“所谓结论，就是你懒得继续思考下去的地方。”有时一个所谓权威的结论甚至比老老实实的疑问更为有害。中国法治问题是一个历史课题，也是一个悠久民族的群体性的文化选择课题，除了历史、民族和文化自身的答案以外，任何欲进行书斋作业式的“学术定位”的企图都是虚妄的。诚然，这并不妨碍对这一命题进行艰巨而深刻的探索和论证，问题将随着理论的深入和实践的发展不断激起更多的争论和进一步的思索，并一步一步地向它的目标接近。虽然我们不敢也无力构建“中国法治”理论的宏伟体系，但每一部书都可视为我们对这一问题探寻深思的结晶。它可能是纵向的、横向的，或点或面地记录了古今中外法治的理论和实践，以滴水之光折射汪洋大海，同时也提供了作者本人对法治之道、对中国法治之路的审视、反思、拷问和设想。

本丛书的作者们是在那些头脑里长有思想，崇尚学术创新，被忧患所煎熬，甘居书房的寂寞，信守着精神上的清高，饮享着

物质上清贫的一族中选的。除我一人杂务趋多，读书趋少，渐入老朽以外，其他都是虎虎有学术生气的青年法学理论工作者，有不少已在中国法学论坛上享有一席之地，名声鹊起，犹如朝日。他们的书桌里摆着各大出版社的稿约，笔耕正酣，文务繁重，但还是毅然决然地承担了本丛书的写作任务，我想这绝不是因为我的年长而不得不讲点礼数，主要的或根本的原因在于他们对中国法治的那种渴求和责任。他们书中的观点、见解、理想与深思，也许只是计量中国法治理论的一些分分角角的零币，然而每一枚却都是学子们用黄金打铸的。正如施勒格尔所言：“每一个正直的作家的创作，要么不为任何人，要么是为了每一个人。谁若为了让这些人或那些人愿意读自己的作品而写作，只会落得无人问津。”因是之故，各位作者看重的是文化上的品位和学术上的独立。就我们的初衷而言，它为每一位真诚、真切关怀和信任中国法治命运的国人而作，若能赢得更多的读者共鸣激赏，引出更深的思考，自是我们莫大的欣慰。

作为主编，我要谢谢我们的作者，也要谢谢我们的读者。

中国法治，祝您走好！

俞荣根

1999年3月2日定稿于北京东郊之燕翔饭店1728房
时值全国政协九届二次会议召开之际，余恭逢其盛

引 言

中国近代著名的启蒙思想家梁启超，面对弱肉强食的国运和内外交困的时局，曾经大声疾呼：

法治主义是今日救时之唯一主义。^①

这是令人心颤不已的呼声，它其实是近代以来许多中国人，尤其是思想界和学术界的一些士人学者，都拥有的一个梦想：几千年盛行“人治”的古老大国，迎合进步的时代潮流，走向现代的“法治国家”。为了使这个梦想变为现实，一批先行者或者启蒙，或者呐喊，或者革命。

然而，百年已矣。尽管社会主义法治与旧法治有着本质的不同，但建立真正的

^① 梁启超：《中国法理学发达史论》，《饮冰室合集》，《文集》十五，中华书局1936年版，第93页。

现代法治，依然还是中国人需要努力奋斗的目标。1946年，一位大力倡导法治的法学家痛言：

从历史观点言：今日中国显然彷徨于法治之门，而不得入。四十年来的中国史似乎启示我们：到法治之路是条迷津。目前社会现实，似乎还没有发现迷津中的正确路线，更谈不到有效的实践。^①

中国如何走向法治？这一问题之所以被视为一个迷津，盖因不论文化传统，还是社会结构；也不论是经济伦理，还是政制政风，似乎都蕴涵着一股十分强大的力量，抗拒、阻滞实行法治。主张行法治弃人治的政治家和学人，几乎都没有使身陷人治泥沼的法治理想畅行近现代中国的妙手。各形各色的革命，包括政治革命、新文化运动乃至社会变革，也都未能开出打通中国法治之路的良方。于是，人们迷茫、困惑、失望。

或许，一个更简单但又更重要的事实是，近百年的中国历史，不断在恣意地消解、折磨甚至毁灭法治的理想。在经历了清末“预备立宪”的失败、袁世凯的毁弃《临时约法》而恢复龙袍宫殿、北洋军阀的绞杀宪政和南京国民政府的“训政”游戏之后，国人期盼的法治，就像衰败的秋草，显出生命之末的萧瑟和生命危浅的凄凉。中华人民共和国的成立，开辟了中国历史发展的新纪元。社会主义法治根本不同于以往的旧法治。但是，由于种种原因，1957年至“文化大革命”结束的20年间，我们的法治走的是一条曲折的道路。思想者和学问家在文化上、学术上对法治理想的畅想和张扬，至少在特定时空内，远远无法抵御政治

^① 蔡枢衡：《法治之路》，《中国法理自觉的发展》，河北第一监狱1947年印刷，第166页。

权力的钳制和政治洪流的冲击。这些政治上对法治理想的重击，无疑是致命的：它不仅使政治不受治于法进而建立法治政治，而且会毁掉国民对法治的热情和信任。现代自由主义法治理论家哈耶克对此所作的阐发，是值得人们深思并铭记于心的。他指出：法治在一个社会生长和长存的沃土，就是“法治业已构成了此社会共同体之道德传统的一部分（亦即那种为多数人所信奉且毫无疑问地接受的共同理想）”。他着力强调的是：

正是这一事实使得对法治原则的持续抨击成了一种极为不祥的征兆。更有进者，对法治原则的诸多运用，乃是我们能希望极力趋近但却根本不可能完全实现的理想，所以种种对法治原则的抨击所具有的危险也就更大了。如果法治的理想成了公共意见（public opinion）中的坚实要素，那么立法及司法就将越来越趋近于此一理想。但是值得我们注意的是，如果法治的理想被认为是一种不可行的、甚至是一种不可欲的理想，而且人们亦不再去努力实现此一理想，那么这一理想就会迅速地化为乌有。在法治理想缺失的境况中，社会将很快堕入专断暴政的状态，而这正是整个西方世界在过去两三代的时间中所持续遭遇的威胁。^①

当一种政治毁掉了法治的理想，这种政治就会变得缺乏约束。但是反过来看，法治理想的存在和张扬，就是对政治的一种有力制约和引导，就是对法治事业的巨大支撑和推进。

幸运的是，在历史的曲折进程中，近代以来的中国仍有一批

^① [英] 弗里德利希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，三联书店1997年版；第261—262页。

先进分子和理想主义者，坚信法治是中国的希望，坚信人的尊严和自由最终会成为中国社会价值的最高主宰。危难和痛苦的岁月，坎坷和屈辱的人生，成为他们追寻法治理想的坚强支柱。自古至今的法治思想家和理论家为法治所著的雄文及其对法治理想的守护，异国他乡成功的法治经验，也支持着他们的期望和憧憬。正是由于他们牢不可破的信念、艰苦卓绝的努力、思想精神的煎熬乃至鲜血和生命的付出，中国走向法治的道路，才会缓慢地、一步三回头地向前拓展。

人们常说，每一个时代都有其特有的思想范畴。同样，每一个时代也都演绎着特定的治国之道。思想范畴也好，治国之道也罢，凝结的都是这个时代的经验和教训、文化和精神。但是，在历史变迁的过程中，这些思想范畴和治国之道，也会在承续的同时，发生历史性的重大转换。这种承续，代表的是一个时代对历史智慧的谦恭和尊敬。而历史性的重大转换，则体现了一个时代求变革、求新生、求更高境界的热望和胆识。

20 世纪的中国，在法治问题上，既有某种一以贯之的理论范式和文化品格，更有令人难测的频繁变换。我们看到，在前半个世纪，诞生了梁启超的“法治主义”，孙中山的“民主法治”观，胡适的“自由主义法治”论，贺麟的“基于学术的法治”主张和蔡枢衡等法学家的法治理论。需要指出的是，当代中国的法治理论研究，要具有深厚的历史根基，并避免片面膜拜西方的法治原理，就必须对这 50 年的法治学说及其社会、政治、文化背景进行全面的回溯和深入的透视。但是很显然，这不是本书的任务。而在下半个世纪的新中国史上，不仅经历了“法治”与“人治”这两种治国方略于思想、政治上的较量，而且贯穿着“法治”与“法制”这两个法学范畴的互置和争论。尤其是在 20 世纪下半叶的最后 20 年里，正式文件和主流学术思潮，首先是提出了“社会主义民主法制”的新模式，继而主张“依法治国，建

设社会主义法制国家”，最后又确立“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国纲领。“法治”替代“法制”，开始逐渐成为国家政治法律生活的主调。历史再次作出了抉择，也再次站在了一个新的起点之上。而对这 20 年的变迁和历史的抉择，即从“法制”到“法治”的转换过程及其意义，进行历史与逻辑相契合的分析和探索，就是本书的主题。

俞荣根,1943年1月生,浙江诸暨市人。1967年毕业于北京大学哲学系,1982年在中国社会科学院研究生院获法学硕士学位。1991年任教授。获国务院政府特殊津贴,系国家有突出贡献的中青年专家,司法部优秀教师,重庆市先进工作者。著有《儒家法思想通论》(代表作)、《道统与法统》、《艰难的开拓—毛泽东的法思想与法学践》等,共发表论著350多万字。曾任西南政法大学副校长。现任重庆社会科学院院长,重庆市政府发展研究中心常务副主任,九届全国政协委员。以“人能弘道,道法自然”立身处世。

14301/02

程燎原，西南政法大学副教授，重庆社会科学院特聘研究员。19岁（1978年）时随缘入西南政法学院学习法律。毕业后留校，专司法理学、比较法学的教学和研究工作。1988年开始致力于中国法治问题的探讨，主要著作（合著）有《法学变革论》（1989）、《法治论》（1989、1998）和《赢得神圣——权利及其救济通论》（1993、1998）。余下的人生仍将专心于思考中国的法治问题。