

二十一世纪法学热点系列

The 汪太贤 艾明 / 著
Concept and Summary
of **Nomocracy**

法治的
理念与方略

LAW

中国检察出版社

国家哲学社会科学青年基金项目

法治的理念与方略

汪太贤 艾明 著

中国检察出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治的理念与方略/汪太贤,艾明著. —北京:中国
检察出版社,2001.8

ISBN 7-80086-859-1

I.法... II.汪...②艾... III.社会主义法制—
研究—中国 IV.D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 056745 号

法治的理念与方略

汪太贤 艾 明 著

出版发行:中国检察出版社

社 址:北京市石景山区鲁谷西路5号(100040)

电子邮箱:zgjcbs @ 263.net

电 话:(010)68650027(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销:新华书店

印 刷:北京新丰印刷厂印刷

开 本:A5

印 张:11.5 印张

字 数:293 千字

版 次:2001 年 8 月第一版 2001 年 8 月第一次印刷

印 数:1—3000 册

书 号:ISBN 7-80086-859-1 / D·860

定 价:25.00 元

检察版图书,版权所有,侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

通往法治国家的道路漫长而艰难,充满了危险、失误和幻想。许多国家数百年来在奔向民主,有时还为此付出了昂贵的社会代价。法治国家的建设应当以仔细思考的战略和策略为基础。在这里也很难不借助于其他国家的经验,但这种经验应当与本国的传统和现实相结合。*

* 摘自:[俄]B·B·拉扎列夫主编:《法与国家的一般理论》,王哲等译,法律出版社1999年版,第357页。

11/45/05

The
Concept and Summary
of **Nomocracy**

法治的 理念与方略

内 容 提 要

法治理论无非立足于回答这样的问题：法治是什么？为什么要法治？需要什么样的法治？法治如何可能？于是，本书试图从理念、模式、方略三个层面，对上述问题作出阐释。

尽管在中国先秦时代，“以法治国”的思想就被法家确立，不过法家所谓法治，仅仅停留严刑峻法这一层面，并未上升到一种统治原则，即法治仅是一种统治的手段而非统治的根据。近代人在内忧外患的逆境中，为救亡图存而把西方的法治概念移植到中国，并力图与古中国的“以法治国”的本土思想相契合，从而孕育着法治主义在中国的萌芽。新中国成立后的较长时期内，法治一直被作为西方和中国古代语境中的一个概念而与中国现实社会绝缘。时至二十世纪七十年代末以来，特别是伴随“依法治国，建设社会主义法治”的目标确立之后，现代意义上的法治内涵才被真正提示。

现代意义上的法治只不过是人类关怀自己的一种方式或一个角度，法治关怀也就是对人自身的价值和命运的关怀。因而人的自由和权利便自然成为法治永恒主题。法治长成既离不开以人的现实利益为核心的人文精神底蕴；也离不开道德对其优良品格的塑造，以及为其提供必要的观念、秩序的支持。

综观法治的生成状况，其基本模式无非有内生型和外生型两种，它们的最大差异在于本土法治资源的质量不同和法治建构中自然演化与人为设计的量度不同。从法治建构的动力机制上讲，我国学者将其驱动模式划分政府驱动型、社会驱动型和政府社会互动型，而后者既合乎中国的国情，也不背离法治成长的规则。

既然法治是可设计的，因而根据当今中国的实际，法治的战略必定是首先确立其切入点 and 作业面。据此，本书将司法、行政和农村推行法治确立为法治建设的三大区域工程。

作者小传

■ 责任编辑 / 安斌

汪太贤，男，1963年生，四川平昌县人。1986年毕业于重庆师范学院中文系，获文学学士学位；1989年毕业于西南政法学院法律系，获法学硕士学位，现为西南政法大学副教授。主要学术研究领域为法的基本理论、法治思想及制度史。主要研究成果有《西方法治主义的源与流》（法律出版社2001年版），另在《中国法学》、《政法论坛》、《现代法学》等学术刊物上发表论文60余篇。



艾明，男，汉族，1975年出生于重庆。大学本科阶段出没于黑山白水间，1999年重返故土，考入西南政法大学研究生部，后学术旨趣逐渐固定，致力于法理学方向，且对法治理论倾注了极大的关注，曾有《政府推进型法治模式：理想与现实的断裂》、《自由与秩序的冲突：中国法治进程的内在动力》等论文发表。



LAW

The
Concept and Summary
of Nomocracy

COLLEGE DESIGN TEL: 010-63361807
by 装帧设计 / 蒋宏工作室

刘瑛
JIANGHONG STUDIO

目 录

第一章 引论	(1)
一、激情与理性	(1)
二、逻辑与方法	(8)
第二章 法治的语义解读	(14)
一、法治的语词表述	(14)
二、法治在西方的语义诠释及其演变	(16)
三、法治在中国的语义解释及其演进	(23)
第三章 古代中国:对“法治”的另一种诠释.....	(32)
一、中国“法治”学说源出的背景	(32)
二、从“以法治国”到“贵贱上下皆从法”	(34)
(一) 法律之治优于智慧之治	(35)
(二) “法治”是公平、正义之治	(37)
(三) 法不仅治“民”,也要治“吏”	(39)
三、从尚“法”到“势、法”并重	(40)
(一) 慎到法治理论逻辑起点	(40)
(二) 法治:依“法”凭“势”而治	(43)
四、从“缘法而治”到“以刑去刑”	(46)
(一) 法为治乱之良方	(47)

(二) 法的权威:法治之本	(49)
(三) 法治之道——“行赏”、“用刑”、“施教”	(51)
五、从“抱法处势任术”到“以法为本”	(55)
(一) 韩非的法治学说的哲学基础	(56)
(二) 法治的建构:“依法”、“恃势”与 “执术”的统一	(57)
(三) 推行“法治”的举措:“赏罚二柄”	(65)
第四章 法家法治思想评说	(69)
一、法家法治与儒家人治的“明分”与“暗合”	(69)
(一) 儒法在治国方略上的“外分”	(69)
(二) 儒法在治国方略上的“内合”	(73)
二、法家法治理论的“是”与“非”	(84)
三、中西古代法治理论的“貌合”与“神离”	(88)
(一) 古代中西“法治”的形似	(88)
(二) 古代中西“法治”的神异	(89)
第五章 法治的价值追求	(93)
一、法治:人类关怀自己的一种方式	(93)
二、自由权利:法治的永恒的主题	(96)
三、法治视野中的权利问题	(100)
(一) 法学与权利	(100)
(二) 法律权利的构造	(107)
(三) 权利的限制	(116)
第六章 人文精神:法治精神底蕴	(129)
一、人文精神释义	(129)
二、西方人文精神与法治传统	(134)
(一) 人文精神奠基的法治理性	(142)
(二) 人文精神中内生的法律信仰	(144)

(三) 人文精神锁定法治的自由平等价值	(148)
三、中国传统人文精神与人治主义	(153)
(一) 中国传统人文精神的基本内涵	(154)
(二) 传统人文精神中法治“基因”的缺失	(157)
(三) 当代法治的困惑:人文精神的危机	(165)
四、中西人文精神的合璧:重构法治的精神基础	(168)
 第七章 法治的道德基础	(174)
一、法治源于一个道德的判断	(174)
二、法治与道德的互动	(183)
(一) 道德对法治品格的塑造	(184)
(二) 法治与道德的相辅相成	(185)
三、法律与道德的冲突	(188)
(一) 传统道德观与当代法律的冲突和错位	(188)
(二) 传统道德精神与当代法精神裂变的根源	(194)
(三) 转型时期道德精神与法精神的整合	(197)
 第八章 法治的生成模式	(201)
一、法治生成的原理	(201)
(一) 法治生成的机理	(201)
(二) 法治生成的基础	(204)
二、法治生成的两种模式	(210)
(一) 内生型法治	(211)
(二) 外生型法治	(215)
(三) 两种法治模式的成本比较	(218)
三、当代中国法治生成模式的选择	(221)
(一) 理论界的观点	(221)
(二) 中国法治生成模式立足点的确立	(226)

第九章 法治的驱动模式	(231)
一、法治的驱动原理	(231)
二、法治驱动的具体模式	(235)
(一) 政府驱动型法治模式	(235)
(二) 社会驱动型法治模式	(242)
(三) 政府社会互动型法治模式	(247)
三、当代中国法治驱动模式的选择	(251)
第十章 法治的类型模式	(256)
一、法治与人治:共生还是独存	(256)
二、人治法治混合型	(260)
三、法律与道德统一型	(263)
(一) 中国古代的德治	(264)
(二) 法律与道德结合的实证分析	(266)
四、当代中国法治类型模式的选择	(268)
第十一章 法治战略的实施	(273)
一、法治的主体客体	(273)
二、法治的阻力与动力	(278)
(一) 法治的阻力	(278)
(二) 法治的动力	(283)
三、法治方略实施的运行机制	(286)
第十二章 法治战略的基本工程之一:司法法治	(290)
一、司法法治的现状、目标及意义	(290)
(一) 当前中国司法存在的主要问题	(292)
(二) 中国司法改革的目标	(294)
(三) 司法法治的意义	(297)

二、司法法治原则	(299)
(一) 司法独立原则	(299)
(二) 司法效率原则	(301)
(三) 司法公正原则	(303)
三、司法法治的途径	(305)
 第十三章 法治战略的基本工程之二:行政法治	(309)
一、行政法治的地位	(309)
二、行政法治的核心	(313)
三、行政法治的难题	(316)
 第十四章 法治战略的基本工程之三:农村法治	(322)
一、法治在农村的启动方式	(323)
二、依法治村的反思	(326)
三、农村法治的困境	(332)
四、农村法治的构想	(336)
(一) 农村立法和司法问题	(336)
(二) 行政执法问题	(337)
(三) 村民自治问题	(338)
(四) 农村法律服务问题	(339)
(五) 农民法律意识培养	(340)
 主要参考文献	(341)
 后 记	(349)

第一章 引 论

一、激情与理性

在国家和社会生活中,一个既能引起政党和政府高度重视、同时又拨动民众心弦的问题,无非存在这样几种可能:一、这是一个关系到民族兴旺发达和国家繁荣昌盛的问题;二、这是一个本民族世代渴望而付出了血泪,却因某种势力阻挡成为遥远梦想的问题;三、这是一个蕴涵着党和国家的重大利益,并且与每一位老百姓的切身利益和生活方式息息相关的问题;四、这是一个以关怀人类自身为核心,旨在“把人的世界和人的关系还给人类自己”,并能充分拓展人的智慧和潜能的问题;五、这是一个曾使其他并不具有文明品性的民族却因之跨入文明前列,而因本民族未能关注使其文明优势丧失并陷入深重灾难的问题;六、这是一个能唤起民众的生活热情,有效改造人们陈旧的生活观念,极大提高人们生活质量的问题。就当代中国的政府和民众而言,法治,正好是上述六种情形融汇交织在一起的问题。在近百年来的政治生活中,中国人一直做着自由、民主和法治的美梦。但是,再也没有什么比自由、民主和法治之梦更易破碎,更让人忧心、无奈和深感切肤之痛。

百年后的今天,伴随国门的开放和现代化进程的推移,依赖神仙皇帝主宰中国人命运的时代已经结束,那种虔诚地跪拜在统治者面前乞求恩赐自由权利,用“公车上书”的方式和以自残或自戕苦谏来劝说统治者接受民主和法治的时代也早已成为历史。自由、民主和法治已理直气壮地成为当今政治生活的主题和时代的主旋律。它不仅成为社会民众的最强音,而且也成为当权者致力实现的根本愿望;它不仅以显赫

的文字载入了国家的根本大法,而且以崇高的精神追求占据着人们的心灵。它将不再是中国人的梦,也不再是西方人的专利品和中国人的奢侈品,而是中国政府和民众的共同理想,以及正将这一理想付诸实践的行动。历史可以作证,这是自由、民主、法治在中国历史上最幸运的时代,也是自由、民主、法治在中国实现的最好契机。斯宾格勒说过:“时机的把握,可以决定一个民族的前途”,“把握不当,自身的命运,便成为其他民族的目标。”^① 这无非警示人们切不可错过来之不易的历史机遇,用热情和行动去迎接它。

特别就法治而言,依法治国方略的提出和法治国家目标的锁定,它标志着中国这架古老而庞大的战车正以崭新的面貌和焕发的精神驶向法治之程。当然,这不是一种结果性的宣称,而只是表达了一种坚定的信念和明确的方向,是一个曾以专制著称的东方古国在世纪的边缘所发表的世纪宣言,也是明智的政府和智慧的人民向一个具有五千年文明的古老民族的一种承诺。再没有什么比法治在这个曾长期遭受人治蹂躏的国度的实现更具有长远和现实的意义;也再没有什么比法治的建构让饱受人治苦痛的中国民众激动、憧憬和渴望的了。因而,当法治一提到国家和社会的日程,就注定了人们的心态将不再是那么平静。在当代中国社会的各个阶层,法治不仅是一种思考、一种探索,而且是一股涌动的思潮和豪迈的激情。一方面,从“依法治国”的明确提出,到“依法治市”再到“依法治村”的积极回应;从中央领导的“法治课”到地方领导的“法治培训班”,再到市民“法治热线”的开通;从“依法行政”到“3·15行动”;从各级贪官污吏触法纷纷落网到公民诉讼的直线上升,等等。这些不仅意味着法治工程正以特定的方式在中国大地悄悄地启动,而且表征着从国家和社会内部所爆发出来的一股巨大的法治激情在中国大地涌动。另一方面,社会各界从对人治的哀痛和愤怒,到对法治的畅想和呼唤;从对中国传统政治社会的解剖和对其症结的暴露,到对西方现代社会中法治价值的揭示和进程的充分肯定,等等。这些都

^① [德]奥斯特瓦尔德·斯宾格勒:《西方的没落》,齐世荣等译,商务印书馆1963年版,第544页。

不仅仅是理性的力量在驱动,而且也是激情的暗流奔腾所致。遗憾的是,在学界人们似乎并不在乎这股在中国历史上前所未有的法治激情,忽视了对它意义的提升。甚至在一些法治问题的讨论里,法治激情还备受非议。有论者认为,法治激情在萌生法治理想,消解传统理念,暴露现实缺陷方面存在一定的意义,但并不能解决切实的根本,相反会淹没理性的存在。这种论点有一定的客观依据,但仍存在偏颇之处,至少在中国的语境中这种对待法治激情的冷漠态度是不公平的。

我们应当宽容这种激情,因为它诞生于一个受尽了人治折磨的国度。任何社会的变革,都是以社会心理结构的震荡作为序幕。法治作为政治社会的一场革新,它是向神治和人治的挑战和革命,无疑首先会打破人们原有的神治和人治的心理定势,引发对传统的反思和质疑,产生一种求变的精神欲望,并对法治目标表现出一种新的心理倾向和情感依附。特别是面对人治的伤痛,人们必然要寻求疗治伤痛的药剂和改变产生这种伤痛的处境。法治与人治的对立,就注定了人们对人治的厌恶和憎恨,总是与对法治的渴求结缘。在对人治的体验和对法治认知过程中,人们的心里很自然蓄积着对人治的“恨”和对法治的“爱”这两种对立的情感,并且逐渐演化为对人治的拒斥和对法治向往这两种情感冲动。但这两种情感力量并非因对立而消除,而是相互融会交织,形成一股对法治的巨大情感合力。这股法治情感蓄积到一定的量度,总是在寻求集中宣泄时机。特别是当社会变革的诱因触发的时候,法治情感的总爆发将不可避免。这股爆发出来的真挚情感就是法治激情。就中国而言,当今社会涌现出来的一股巨大的法治激情决非偶然,它经过百年来产生、蓄积、挤压,才最终爆发出来。众所周知,中国社会的法治激情是在“内忧外患”的背景下萌生的。当西方列强的坚船利炮打破了“东方帝国”的神话之后,中国民众对僵死落后的集权体制和专制制度的最后一线希望破灭了。面对外国列强的长驱直入和中国政府的腐败无能,中国民众才被迫以陌生的西方“器物”、制度和观念来寻找中国衰落的“病因”,寻求救治的良方。从此,不仅科学和民主成为救国的良方,而且法治一直也是中国社会走出困境的一种寄托。就在此时,人们的对专制社会的怨恨之情和对科学、民主、法治的向往之情油然而

生。尽管后来,中国历史的风云变幻,不仅将科学、民主搁置一边,而且法治只能成为中华民族有志之士和亿万民众遥远的梦境。但是在中国人的心中一直深埋、积压着科学、民主、法治的美好感情。有幸的是我们跨入了一个自由民主的时代,法治作为最高的治国原则和目标,已提上了国家和社会的议事日程。这对于一直翘首盼望的中国民众无疑是久违的甘露和燎原的火星,点燃了人们心里几度熄灭又几度升起的法治希望。在这种背景下燃烧起来的法治激情是无可指责的。

我们应该善待这种激情,因为激情是人类不断超越现实的动力,也是法治作为一种新的制度安排最终战胜人治的能量来源。马克思早就告诉人们:激情、热情是人强烈追求自己的对象的本质力量。列宁也说,没有“人的感情”,就从来没有也不可能有人对真理的追求。在马克思主义经典作家看来,现实社会是由历史的、文化的、物质的各种因缘聚合而成的生存价值体系,它是人们以往追求生存合理性的结果,又是追求更合理的生存方式的开端。社会历史是一个无穷延伸的链条,在某一个时间点的社会都是人类活动的特定场景,它以独特的历史眼光,依赖现存的客观条件和人们超越现实的激情,不断地接受内部和外部力量的挑战,在挑战中推动其向前发展。由于人类的探索欲望没有止境,这就决定了社会的定律是变迁,而变迁的动力来自人类特有的激情。就社会内部而言,当一定的社会体制和制度成为阻挡社会进步和人性发展的桎梏的时候,社会就会酝酿出冲破这些障碍的能量。激情就是在现实矛盾的困境中产生,并成为冲破这种禁锢的精神力量。因为社会变迁的要求总是以社会激情的酝酿方式积淀下来。当这种要求积累到一定量时,在激情的驱动下社会就出现了以一种新的价值取向为基础的社会变革运动。由于社会体制和制度的不合理性造就了人们的恐惧、厌恶、焦虑的反叛心理,社会激情就是对社会不合理状态所激发起来的反叛情绪的积蓄,并在新的目标和理想的感召下以群体参与的社会运动形式表现出来。旧的体制和制度的弹性量度,容纳变革的宽度,决定了运动的激烈程度和人们激情迸发的焦点和方向。在社会运动的冲击下,不能进行功能转换的旧体制和制度就注定了灭亡的命运。同时在死亡的旧的体制和制度之上诞生出代表新的发展方向的社会

会肌体。从而,随着人们高昂的创造激情,新的价值观、政治观、道德观和法律观就会自觉融入新的社会肌体,并使之制度化,整合到人们的思想意识和行为方式之中,形成新的社会体制和制度。而新的社会体制和制度经过一段平稳的发展时期,又可能出现新的不合理现象,产生新的矛盾冲突,孳生新的变革激情,逐渐积累起新的变革激情又导致新的社会变革运动,社会就是这样在循环往复的运动中不断演变、超越,呈现出波峰浪谷般的演进轨迹。近代民主和法治作为一种新的政体和制度安排的出现,就是在社会演进之中对不合理的人治体制和制度的取代。当人们对人治体制和制度的不满情绪不断积累下来,达到一定程度时就产生旨在摧毁这种体制和制度、重构民主和法治新体制和制度的社会激情。这种激情的总爆发最终酿成一场深刻的社会变革运动。民主法治的诞生,就是这些运动的直接结果。从西方民主法治的诞生过程来看,14世纪以来欧洲的文艺复兴运动就是带着找回人类自己的欲望而爆发的激情运动。在这场运动中,一股巨大的革命激情给予了人们与专制和神学抗衡的无穷力量,使人们第一次真正认识到自由权利的价值和获取自由权利的方向、途径。为西方民主和法治的产生奠定了坚实的思想基础。而17、18世纪欧洲的启蒙运动,同样是在对自由、民主和法治充满着无限的激情之中爆发的。也正是依赖人们的民主法治激情,人们找回了人的尊严,把自由权利从强权中解放出来。从而确立了法律至上的地位,建立一系列的法治原则和民主制度,为西方法治的实现起到巨大的推动作用。由此可以断定,没有人们对自由、民主和法治的激情,也就不可能发生西方社会的两次人的解放运动,同时也就没有西方现代民主和法治的诞生。

我们还应当倍加珍惜这种激情,因为它生成于一个刚刚启动法治的国度。如果把时间的纬度确定在当代,而把空间的维度限定在中国现实社会,我们无疑会认为产生这种法治激情是宝贵的。作为一个人治灾难深重的国度,作为从百年忧患中挺过来的中国人,长期以来人们不但失去了谈论自由、民主和法治的勇气,甚至对针砭时弊皆心有余悸。政治运动的风霜,在很大程度上造成的人格分裂和精神的枯萎、侏儒化,使人们很难以积极进取的精神总结历史,放眼世界和展望未来。

特别是被强权和暴力留下的阴影,一直巩固着人们明哲保身的人生态度,形成了对民主和法治的冷漠态度。尽管人们的内心深切关怀和思念着国家和民族的前途和命运,但在外部很难表现出人们关心国家制度和治国方略的激情。当依法治国方略确立以后,再一次唤起中国民众强烈历史责任感和关注政治的勇气。在这种背景下,中国民众冲破了心理障碍,一改以往对法律和法治的冷漠心态,燃起了长期被压抑的法治激情,应当说是难能可贵的。从中国法治建设的进程来看,正处在全面推动的时期,在这一时期机遇和难题同在,把握机遇和突破难题,社会民众的法治激情是不可缺失的动力资源。离开了这种激情,中国的法治不但难于启动,而且也很难持之以恒地推行。尽管法治激情不能从根本上去解决现实具体的法治问题,但它对于振奋国人实现法治的精神,坚定政府和民众实现法治的信念,把政府和民众关注的焦点引向法治工程都具有重大的现实意义。特别是在启动的初期,既需要激情的呼唤、呐喊,更需要激情的行动。激情的呐喊足以起到振聋发聩、警醒世人的作用;激情的行动有巨大精神力量的支撑,就具有冲破艰难险阻的勇气。法治激情是政府和民众全身心地投入法治建设的动力和锲而不舍的法治精神。它是一个国家和民族追求法治目标具有的精神面貌和活力的象征,代表一个国家和民族建构法治的精神能力。

当然,法治大厦的建立单靠激情不行,还必须继之以理性的思考。所谓理性,有价值理性和方法理性之分,而方法理性无非是指一种认识能力和认识方法,它是运用逻辑手段去分析判断,提供因果必然性联系的认识能力或手段,它旨在克服人们认识上的片面性和偶然性。诚如黑格尔所说:“理性的目的乃在于除去自然的质朴性,其中一部分是消极的无我性,另一部分是知识和意志的朴素性,即精神所潜在的直接性和单一性,而且首先使精神的这个外在性获得适合于它的合理性,即普遍性的形式或理智性。”^①就当代中国法治而言,只有理性的认识和追求,才能真正找到它的主要症结和问题的关键,以及解决这些问题的方法、途径和策略。

^① [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第202页。