

清华法学文库
法治研究系列

现代法治的出路

高鸿钧 著

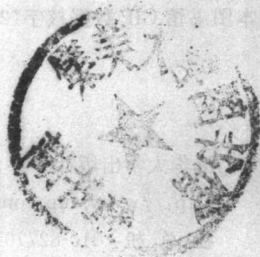
清华大学出版社

清华法学文库

法治研究系列

现代法治的出路

高鸿钧 著



B1286259

清华大学出版社

北京

内 容 简 介

法治问题是当代中国的热点问题之一。法治与中国市场经济的健康发展和民主政治的构建密切相关。本书是一部系统论述法治的专著,作者运用了比较的方法和类型化的方法,从整体上考察了法律成长的精神向度,界分了不同的法治类型并分析了它们的基本特征,探究了法治的正当性基础,论述了现代西方法治的形成和发展过程,剖析了现代法治的困境,指出了现代法治的出路。本书有助于读者全面理解法治的多维样态,深入探索法治的价值基础,系统认知法治的多元理论,深刻洞见法治的未来趋向。

本书适合大专院校和科研机构的师生,以及法律实务部门的工作人员,也适用于对法学特别是对法治问题饶有兴趣的一般读者。

图书在版编目(CIP)数据

现代法治的出路/高鸿钧著. —北京:清华大学出版社,2003

(清华法学文库. 法治研究系列/王保树主编;高鸿钧附属丛书主编)

ISBN 7-302-07639-1

I. 现… II. 高… III. 法治—研究—中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 102835 号

出 版 者: 清华大学出版社

<http://www.tup.com.cn>

社 总 机: 010-62770175

地 址: 北京清华大学学研大厦

邮 编: 100084

客户服务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

印 刷 者: 清华大学印刷厂

装 订 者: 三河市兴旺装订有限公司

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 148×210 印张: 13 字数: 348 千字

版 次: 2003 年 12 月第 1 版 2003 年 12 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-07639-1/D·97

印 数: 1~4000

定 价: 25.00 元

“清华法学文库”总序

“清华法学文库”是一套大型丛书，入选书目主要是清华大学法学院教师的专著、译著、教材及以清华大学法学院教师为合作者的著作。本文库的编辑宗旨是，提升科研水平，促进法学各学科的建设，为依法治国和我国法学的繁荣不断做出新的贡献。

清华大学法学院复建，正逢我国社会主义法制建设不断加强，“依法治国”成为治国方略，现代中国法学走向繁荣，法学教育空前发展。并且，经济的“全球化”，高科技的迅速发展，将使现代中国法学的发展和法学教育改革进入一个新的时期。清华大学法学院必须抓住这一极好的发展机遇，积极组织和推动科学研究工作，创造学术著作出版的优良环境，持续提升科研成果水平，不断提高教学质量，为中国法学和法学教育的发展做出应有的贡献。基于此，清华大学法学院决定编辑并由清华大学出版社出版“清华法学文库”。

本文库包括三个系列，即“专著系列”、“教材系列”和“译著系列”。根据“清华法学文库”编辑工作规则的规定，本文库收入的著作需具备三个条件：（一）学术水平应属同专业上乘；（二）符合学术规范；（三）符合出版要求。文库收入的译著应具备三个条件：（一）原著应是具有较高学术水准的著作；（二）译著符合信、达、雅的要求；（三）符合出版要求。为了保证文库的质量，文库设编委会，负责文库的选题，承担下列职责：（一）接受作者或译著的申请；（二）审查文稿质量，提出修改意见；（三）根据需要，匿名送审稿件；（四）安排出版。

“清华法学文库”是一个长期的学术出版计划，它不以编辑出版固定的册数为目标，而是随着清华大学法学院的发展一直延续下去。

它不采取命题作文的方式,也不采取事先支持或事先确定选题的做法,而是选用已经成熟的符合条件的作品。我相信,经过法学院全体教师和出版社的共同努力,“清华法学文库”将贡献于社会一批有影响的著作,并以此感谢所有支持和关心清华大学法学院发展的人士。

王保树 谨识

2001年5月于清华园

心寄治邦 ——“法治研究系列”序*

诗云：“天生烝民，有物有则。民之秉彝，好是懿德。”^①

—

先民群聚集居，上祖弓猎火烹。三皇之传邈邈，迹犹可循；五帝之说纷纷，事则可鉴。姬黄北来，败东夷而据中原，夏禹南向，服苗蛮而统九州。天下为公，三代禅让，选贤任能；黎民为贵，四岳群牧，平章百姓。三皇设言而民不违，五帝画象而民知禁。丹服以象劓，墨体而征臙，犯人无皮肉之苦；杂履以兆宫，去领而示辟，违者免生死之罚。

物寡欲增，锒铕之夺遂起；强凌弱抗，曲直之争愈烈；夏有乱政而作《禹刑》，五刑之属三千，慎罚而施赎赦；商有乱政而作《汤刑》，科条之数三百，重孝而增酷刑。周承五刑之法，尚礼明德，慎刑省罚；三典刑邦国，厘分轻重缓急；五听察民情，详辨曲直是非；三宥辨衍过，无知者得宽免；三赦悯幼老，无能者受怜恤。

周道既衰，礼崩乐坏；诸侯蜂起，九鼎非属一家；群雄逐鹿，八卦难卜孰赢。悠悠春秋，多事之秋；凛凛战国，战乱之国。志士奔走，献

* 自拙序出笼，承蒙学界友人关注，笔者不胜惶悚。其溢美之辞，实弗敢配受；斧正之语，何敢不察；借此重印之机，权作微改，并向贺卫方教授、马庆洲博士、沈明和马建银同学及其他热心读者诸君诚致谢忱。

① 《诗经·大雅·烝民》。

富国强兵之策；百家争鸣，觅救世安民之方。克己复礼，明德慎罚，儒家为之奔走呼号；立制操刑，物度轨则，法家为之身体力行；道法自然，无为而治，老聃之真谛；节用非攻，兼爱尚同，墨翟之要旨。春秋以降，诸国弗用周制，纷立其法：魏有《法经》之传，韩有《刑符》之设，楚有《宪令》之制。郑铸刑书，叔向责之，恐民知有辟而不惧于上；晋铸刑鼎，仲尼叹之，忧民心在鼎而贵贱无序。然德礼曲高和寡，儒士少佐于王政；刑宪调低用灵，法家每聘于君主。齐用管仲，修法治，广政教，九合诸侯，一匡天下；秦听卫鞅，变旧法，行新制，五年而强，诸侯毕贺。邓析虽诛，氏私造之竹刑犹用于郑；商君纵磔，其所立之新法仍行于秦。

秦缘法而强，恃力而霸：灭六国，一天下，置郡县，统六合。治道运行，皆有法式，法繁于秋荼；机枢转动，尽布罗网，网密于凝脂；酷刑惨诛，赭衣塞路，囹圄成市；横征暴敛，饿殍盖地，悲号惊天。焚书之灰未散，陈胜、吴广揭竿于田垄；坑儒之土方干，刘邦、项羽起事于里巷。数百年基业，二世骤毁；几十年教训，千载长铭。

汉鉴秦弊，改弦易辙，宽政尚礼，蠲繁削苛。然一家之尊，独教化不足安邦治世，遂辅以刑名之学；三章之法，务简约难济御奸止暴，继增其九章之律。

二

殷袭夏礼，损益可知；汉承秦制，利弊详察。由汉至清，皇姓几易，德主刑辅弦歌不辍；由清至汉，国法屡改，重刑轻民一以贯之。唐之律疏，宋之刑统，立名稍异，其义颇近；明之律诰，清之律例，处时不同，其旨相通。

仁为趋善膏粱，法作惩恶药石。兵刑一旨，惟有大小之分；法刑同源，仅存广狭之辨。天秩有礼而制五礼，天讨有罪而作五刑。法循礼制，出于礼而入刑；律秉德旨，准乎恩而免罪。五刑常悬，期刑去

刑，念绳墨弃之不用，官因讼扰自责；^①十恶不赦，以杀止杀，盼斧斤废而不举，帝为刑重怀忧。条之繁简，网之疏密，乃历代所虑；刑之轻重，罚之宽严，为各朝所思。科条时繁时简，量刑世轻世重。效四时之兆，春风以播恩，秋霜而动宪；察灾异之变，逢吉则行赏，遇眚即肆赦。鹊巢共树，刑部沾光；^②日蚀暗天，太尉倒霉；^③彗星见而停刑，^④妖狐出则设厂^⑤。依人理而审兽，斩低头之虎，^⑥循梦境而责实，雪鬼诉之冤。^⑦

梨洲有言：三代以上，法为天下之法；三代以下，法为一家之法。敕例滋彰，国定常律化作具文；人主折狱，官设法司堕为傀儡。期尧、舜之王，而桀、纣之君接踵，法毁刑滥；盼管、晏之臣，而来、周之吏比肩，^⑧律亡罚酷。罪逐情加，情恣法偃，赏罚常凭人主喜怒；刑随意改，意妄理障，轻重每依法官好恶。文帝感缁紫之义，遂有肉刑之废；^⑨太宗观图人之軀，即禁鞭背之罚。^⑩捶楚之下，何求不得，无辜不容清白之辩；重刑之逼，避仕不能，名流难兴山林之思。^⑪象由齿毙，光泽之玉先毁；漆因汁割，芳茂之桂早折。官逞嗜杀之癖，吏逐鬻讼之利；欲活则生议，将死则死比。举手挂罗网，一钱之偷弃市；动足触机陷，一瓜之窃行决。法书明于帙里，冤魄结于狱中。连坐之法，覆巢岂有完卵；三夷之诛，涸川焉存活鱼？割舌之酷，口将言而噤嚅；

① 《后汉书·韩延寿传》、《后汉书·许荆传》。

② 参见《旧唐书·刑法志》。

③ 参见《后汉书·段颍传》。

④ 参见《明史·刑法志》。

⑤ 参见《明史·刑法志》。

⑥ 《后汉书·童恢传》载童恢为官青州，审害民之二虎，杀低头闭目者，谓其“垂头服罪”。由此“吏人为之歌颂”。

⑦ 参见《后汉书·王纯传》。

⑧ 此处分别指管仲、晏婴、来俊臣、周兴。

⑨ 参见《汉书·刑法志》。

⑩ 《新唐书·刑法志》载：“太宗览《明堂针灸图》，见人之五脏皆近备……遂诏罪人无得鞭背”。

⑪ 明《大诰》十条罪目之一为“囊中士大夫不为君用”。见《明史·刑法志》。

刖膑之惨，足将进而趯起。炮烙之烟翻腾，求长生于重典，若索游虾于沸汤；^①凌迟之刃飞舞，望速死于酷刑，如乞全叶于蚕齿。求消心头之恨，炀帝赐人肉于臣下；^②为解胸中之忿，武宗置人皮于臀底。^③直言之臣，以蝼蚁之命，进逆耳忠言，多遭廷杖之苦，汤镬之刑；阿谀之徒，凭机巧之心，施舔痔狐媚，常受心腹之宠，紫绶之贵。烈烈忠骨，却为屈死之鬼；炳炳史家，竟成刑余之人。登闻鼓常响，难罄民间冤声；听讼观^④躬临，靡详狱讼实情。“京控”之队络绎，龙体烦劳；“扣阍”之躯匍匐，圣驾常惊。亘古乏民主，子民身贱犬马；历朝有秦政，黎庶命轻鸿毛。法，治民治吏不治君；礼，及上及尊不及卑。

三

朝日西去，秋风动而蝉不觉；夷寇东来，犬爪近而兔不知。软膏之欺，病夫愈病，病夫怎敌屠夫；利炮之攻，土枪益土，土枪难对洋枪。列强骤来，万世弦歌忽断；群狼突至，一统疆土瓜分。国破徒遗山河之景，兵败枉论华夏之尊。睡狮之梦终醒，夜郎之狂遂灭。御外安内之议遽起，变法图强之论因生。或举泰西之制证之于古，或援汉家故物用之于今。西法东渐，法治之说得势；古礼今废，德治之声失时。然戊戌变法胎死腹中，洋务运动转瞬破产，辛亥革命半途而废，“五四”运动昙花一现。期间屢以华夷之辨，体用之争，新旧之别，中西之分。独立统一之条虽立，治外法权未归；民主共和之宪纵颁，域内专制仍存；泰西新法广采，形具而无根；华夏旧法尽废，名亡而实存。外无独立之尊，奢谈自由；内有战乱之患，遑论法治；民乏民主之求，“德

① 《隋书·刑法志》。

② 隋炀帝将反叛者处以极刑之后，“命公卿以下齧噉其肉”。见《隋书·刑法志》。

③ 明武宗正德五年，将罪犯磔后，“以皮制鞍蹬，帝每乘骑之”。见《明史·刑法志》。

④ 《晋书·刑法志》：“及明帝即位，常临听讼观，録洛阳诸狱。”

先生”水中之月；国多国殇之难，“赛小姐”镜中之花。百年浩劫，累世罹难，悠悠苍天，曷此其极！

磨难过后，江山复归一统；祸乱终结，国家终获安宁。以新为据，旧法一笔勾销；以俄为师，新宪方兴未艾。花缘自怯，难耐狂飙；柳本易折，怎禁骤雨？运动频繁，政策代替法律，宪法束之高阁；内斗升级，民权搁置一旁，律师打入冷宫。小波未平，大浪又起；山雨欲来，黑云压城。一夜秋风，神州残花遍地；十年劫难，山河满目疮痍。流氓斗殴，有枪有棒；和尚打伞，无法（发）无天。法院门可罗雀，法典付之一炬，法学弃如敝屣，法治荡然无存。牢狱之中，正直之士含冤；棍棒之下，无辜之鬼赴冥。堂堂国家主席，冤魂难寄尸骨；区区巷间恶少，邪气竟瘴宪纲。是非颠倒，直言烈女遭断喉之刑；黑白混淆，忠谏元勋受口诛之罚。名曰民主之制，万岁呼声山响；号称共和之体，同室相煎湍急。高山低头，涧水无语，苍天叹息，大地抱憾。呜呼！吾华夏民族何此灾多难众？吾炎黄子孙何此时乖运蹇？

乱后思治，劫余议兴。拨乱反正，重演平反昭雪故剧；正本清源，复议实事求是旧题。亡羊补牢，“德先生”又成座上之宾；迷途思返，“赛小姐”再登大雅之堂。修宪明制，置方圆于规矩；立法设范，度轻重于衡石。遂有权界群己之宪，防遏奸暴之刑，厘定分争之则，生殖财货之规，对簿公堂之式，救助残弱之条……短短旬年，母法携子法并进；匆匆廿载，公法与私法偕行。法治之盛，历代未有；民主之隆，亘古无双。然律文少本土之根，规范多舶来之品。萱爱家乡，种河阳而不茂；橘恋故土，移淮北而味异。立法如雨后春笋，条文繁而实效微；普法似阵前誓师，口号响而行动迟。官恣术势，人治余患尚存；民乏权能，法治公理未昌。禁条迭出，“三乱”悍吏不绝；法袍几易，“三盲”法官依存；僧穷方丈富，民瘦官吏肥。横行恶霸，多借“严打”运动铲除；当政贪官，每赖高层批示就法。富奸行贿于外，贪吏枉法于内，高官弄权于上，小民惧法于下。良驹期伯乐慧眼，政绩凭数字游戏。

黑字法条不敌红头文件；独角獬豸屈从方孔铜钱。红尘滚滚，贪心荡漾，小人见利忘义，良药竟成毒饵；黄浪滔滔，嗜欲横流，奸商为富不仁，鸩酒却充佳酿。无辜蒙冤，九泉含恨；有罪逍遥，万民不平。

四

审堂下之荫，知日月之行；观往古之制，明今日之理。民为邦本，无黎民则无国君；法为常典，有治法而有治人。古之法治，生乎本土曩昔；今之法治，引自泰西近世。泰西古时，希腊、罗马之盛，毁于蛮族之侵；教会专权，领主逞威；农奴卑贱代承，贵族特权世袭。迨至近世，文艺复兴，宗教改革，科学昌兴，理性优位，民主生而君主隐，法治盛而神治衰，理性扬而情感抑，平等行而特权除。西人凭科学而强，恃武力而霸，行民主而昌，奉法治而安。古之法治，民主之义少有；今之法治，自由之韵多涵。当今之世，神治失据，德治失灵，人治失信，欲富国强民，非民主莫属；期长治久安，舍法治其谁？守古律以治今世，刻舟求剑之愚；就西法而屈吾民，削足适履之谬。徒念先贤之治，如同望梅止渴；生搬域外之法，无异画饼充饥。临渊羡鱼终无鱼，守株待兔何有兔？

已往不谏，来日可追；东隅已逝，桑榆非晚。侪辈同道，世纪之交，聚集水木清华之园，申报法治理论之题。承学校资助，学院支持，学界同仁戮力同心，秉自由之意志，运独立之精神，穷学人之思，究法治之理：曰法治起源之理、价值之理、运行之理以及未来嬗变之理。近年成书数册，名曰“法治研究系列”：论涉古今，择善而从；言及中外，惟宜是采；瞩望方来，未雨绸缪。论者探索幽隐，意在明理；陈说兴衰，略备省鉴。侪辈冀尘雾之微，补益山海；期荧烛之光，增辉日月；积跬步以至千里，聚小流而成江海，为民主推波助澜，于法治添砖加瓦。忧国忧民之心，形诸文墨；求治求强之情，萦于笔端。著者其旨虽同，论说各抒己见；

其义虽近，行文自显特色。编者才疏学浅，孤陋寡闻，舛误偏颇，在所难免，愿聆教于读者，就正于方家。

日月昭昭，天行有常；山河巍巍，地孕其藏；众生芸芸，心寄治邦。

高鸿钧

壬午年岁末于清华园

目 录

导言：作为治道的法治·····	i
第一章 法律成长的精神向度·····	11
一、族群之法与世界之法·····	14
二、神灵之法与人世之法·····	31
三、情感之法与理性之法·····	39
四、特权之法与平权之法·····	51
第二章 法治及其历史类型·····	63
一、历史上的几种主要治道·····	63
二、法治的含义及类型·····	68
三、民主型法治：典型实践·····	76
四、非民主型法治的历史模式·····	86
五、法治形态的多样性：类型化的意义·····	119
第三章 法治的正当性·····	126
一、正当性及其依据的一般考察·····	127
二、作为秩序正当性依据的基本价值·····	137
三、法治的价值取向·····	157
第四章 现代西方法治的形成·····	168
一、社会契约论：对特权身份制的挑战·····	171
二、自然权利观：对权利来源的追问·····	176
三、主权在民：权威基础的预设·····	181
四、分权制衡：理性的制度设计·····	184

五、现代西方法治的成因·····	191
第五章 现代西方法治的冲突与整合·····	199
一、西方现代法治的基本立场：民主形式法治·····	199
二、西方现代法治的调整：民主实质法治·····	216
三、统合与超越：走向新型法·····	231
四、回顾与总结：各种姿态的得失·····	239
第六章 现代法治的困境·····	245
一、现代性与现代法治的价值取向·····	245
二、法的现代性及其困境·····	250
三、摆脱困境的几种主要处方·····	261
第七章 现代法治的出路·····	284
一、价值整合：走出误区·····	285
二、关系整合：挣脱双重魔力·····	293
三、结构整合：寻求真实的平等·····	303
四、走向共同体法治：一种构想·····	305
附录一 法治与公共权力制约·····	323
附录二 21 世纪中国法治瞻望 ·····	341
附录三 法治：现代社会的理性抉择？·····	356
参考书目·····	390
后记·····	395

CONTENTS

Rule of Law; An Introduction	1
Chapter One; The Spiritual Orientation of the	
Growth of Law	11
I . Tribal Law and Global Law	14
II . Divine Law and Secular Law	31
III . Emotional Law and Rational Law	39
IV . Privileged Law and Equal Law	51
Chapter Two; The Rule of Law and Its Types	63
I . The Main Ways of Governance in Human History	63
II . The Meaning and Types of the Rule of Law	68
III . The Rule of Law Based on Democracy; Typical Practice	76
IV . The Historical Models of the Rule of Law Based on Non-Democracy	86
V . The Diversity of Rule of Law; The Significance of Typology	119
Chapter Three; The Justification of Rule of Law	126
I . The Overview of Justification of Order	127
II . The Basic Values As the Foundation of Order	137
III . The Value Orientation of Rule of Law	157

Chapter Four: The Formation of Modern Rule of

Law in the West	168
I. Social Contract Theory: A Challenge to Feudal Privilege	171
II. Natural Rights: Questioning the Source of Rights	176
III. Sovereignty of People: The Presumption of the Foundation of Power	181
IV. Separation of Power: The Rational Design of Institution	184
V. Some Reasons of Modern Rule of Law in the West	191

Chapter Five: The Conflict and Integration of Modern

Rule of Law in the West	199
I. The Basic Position: Formal Democratic Rule of Law	199
II. The Adjustment of the Position: Substantial Democratic Rule of Law	216
III. Integration and Transcendence: Toward a New Type of Law	231
IV. Review and Summary of Various Positions	239

Chapter Six: The Difficult Position of Modern Rule

of Law	245
I. The Modernity and the Value Orientation of Modern Rule of Law	245
II. The Modernity of Law and the Difficult Position of Modern Law	250
III. Some Solutions to the Difficult Position	261

Chapter Seven: The Way out Difficult Position of	
Modern Rule of Law	284
I. Value Integration: Turn away the Misled	
Value Orientation	285
II. Relationship Integration: Shaking off the	
Double Magic Power	293
III. Structure Integration: Pursuing the True	
Equality	303
IV. Toward the Rule of Law of Community:	
A New Ideal	305
Appendix I. The Rule of Law and the Check and Balance	
of Public Power	323
Appendix II. A Perspective of the 21th Century Rule of Law	
in China	341
Appendix III. The Rule of Law: A Rational Choice for	
Modern Society	356
References	390
Postscript	395