



清 华 法 治 研 究 系 列

法治：理念与制度

高鸿钧 等著



中国政法大学出版社

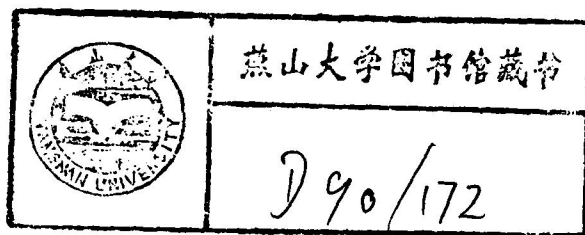
清 华 法 治 研 究 系 列

法治：理念与制度

高鸿钧 等著

撰稿人（以姓氏笔划为序）

马小红 车丕照 王保树 王振民
许章润 朱慈蕴 吴玉章 李小武
李 旭 张明楷 沈 明 周光权
崔建远 高鸿钧 曹南屏 程 洁
程燎原 楚 人 戴孟勇



57
10

中国政法大学出版社

0A1107/04



0606744

——45

图书在版编目(CIP)数据

法治:理念与制度/高鸿钧等著. —北京:中国政法大学出版社,2002. 12
ISBN 7-5620-2308-5

I. 法... II. 高... III. 法制—研究 IV. D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 105730 号

书 名 法治:理念与制度
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 787×1092mm 1/16
印 张 60.25
字 数 1070 千字
版 本 2002 年 12 月第 1 版 2002 年 12 月第 1 次印刷
印 数 0 001 ~ 3 000
书 号 ISBN 7-5620-2308-5/D·2268
定 价 98.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

总 序^{*}

诗云：“天生烝民，有物有则。民之秉彝，好是懿德。”^①

一

先民群聚巢居，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。丹服以象勦，墨体而证臙，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，锱铢之夺遂起；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

* 拙序出笼，承蒙学界友人关注，笔者不胜惶悚。其溢美之辞，实弗配受；斧正之语，何敢不察；借此重印之机，权做微改，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诚致谢忱。

① 《诗经·大雅·烝民》。

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；三宥辨汙过，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，圜圉成市；横征暴敛，饿殍盖地，悲号惊天。焚书之灾未散，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，继增之九章之律。

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

① 《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·段颎传》。

彗星见而停刑，^①妖狐出则设厂。^②依人理而审兽，斩低头之虎，^③遁梦境而责实，雪鬼诉之冤。^④

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，^⑤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。文帝感缢縶之义，遂有肉刑之废；^⑥太宗观图人之軀，即禁鞭背之罚。^⑦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。^⑧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；刖腓之惨，足将进而趑趄。炮

① 参见《明史·刑法志》。

② 《明史·刑法志》。

③ 《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”。

④ 参见《后汉书·王恽传》。

⑤ 此处分别指管仲、晏婴、来俊臣、周兴。

⑥ 参见《汉书·刑法志》。

⑦ 《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。”

⑧ 明《大诰》十条罪目之一为“寰中士大夫不为君用”。见《明史·刑法志》。

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，如乞全叶于番齿。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；“扣阁”之躯匍匐，圣驾常惊。亘古乏民主，予民身贱犬马；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

① 《隋书·刑法志》。

② 隋炀帝将反叛者处以极刑之后，“命公卿以下啗噉其肉”。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，录洛阳诸狱。”

总序

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，遽论法治；民乏民主之求，“溲先生”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。然津文少本土之根，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；观注古之制，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

总序

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？守古津以治今世，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“清华法治研究系列”：论涉古今，择善而从；言及中外，唯宜是采；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；期荧燭之光，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

编者前言

每一文明有其流行话语，每一时代亦有其时髦口号。“法治”一词在当下中国成为流行话语和时髦口号，并不足为奇。然而，其使用如此频繁，竟与流行服装、流行歌曲甚至流行感冒一样流行，则确为中国独有的“特色”。在法治几乎成为一种政治和法律“卡拉OK”的喧嚣时代，人们即便不无严肃地重复这一已被说滥且仍被滥说的话语，也难免有凑热闹、赶时髦之嫌。实际上，对法治历史的梳理远不够细致，对其价值的发掘远不够深入，对其运作的探索远不够具体，对其现状的分析远不够透彻。

有鉴于此，我们于3年前申请了法治研究课题，并有幸被批准列入“清华大学重大基础研究课题”。课题组成立后，我们原本计划由个人分别撰写专著，不另出版集体合作成果，并开始依此运行。然而，中期检查时，学校要求我们形成一项反映整体水平的合作成果。于是，我们便对课题进行了相应调整，“炮制”了这部集体之作。

本书分为5编20章。五编的内容分别是“法治起源论”、“法治价值论”、“法治运行论（上）”、“法治运行论（下）”及“法治与未来社会”。如果说本书尚有特色的话，那么，也许在于它是理论法学与部门法学专家的合作成果，读者从书名和章名便可粗略感知这一点。像其他课题组一样，面对多人独立撰写的文稿，编者深感统合之难，各章的基本概念、论证前提、研究方法和主要结论多存差异，至于行文风格与表达习惯就更不一致了。为了能够使这个“拼盘”更像一道“套餐”，编者着

编者前言

实费力不少，但全书仍然存有组合的痕迹，甚至存有一些前后重复、互相抵牾之处——或许这也是所有合著的一个“特色”吧。

应该特别指出的是，没有课题组诸位同仁热心支持和通力合作，这样一项任务是不可能完成的，在此，编者对各位合作者深表谢意。同时，没有几位研究生的惠助，编者将不堪重负。沈明同学作为课题的秘书，由始至终参与了这项工作，承担了大量繁琐的日常工作，并负责核对和统一编排本书的注释工作；傅建奇、叶建勋、马建银、刘辉、赵红军、郜永军、张旭昕和任永青同学协助编者核对了资料、校阅了文稿并做了其他大量编务工作。所有这些同学的协助与支持，不仅大大改进了本书的编辑质量，而且给予了编者以精神上的安慰与鼓励。在一起编辑本书的日日夜夜，给我们留下了一段合作的美好回忆。书稿付梓之日，编者对他们诚致谢忱。

编者还要感谢中国政法大学出版社社长李传敢先生和总编室主任张越女士。他们对本书的出版给予了热心支持，直接安排本书的出版事宜，其中张越女士还亲自担任了责任编辑。他们的支持和贡献，改进了本书的出版质量并加快了出版速度。

编者生性愚钝，才疏学浅，本书在体例编排上和内容编辑上定会存有疏漏和错误，诚望读者诸君批评指正。

编者

2002年12月31日

作者简介

(以姓氏笔划为序)

- | | |
|-----|-----------------|
| 马小红 | 中国社会科学院法学研究所研究员 |
| 车丕照 | 清华大学法学院教授 |
| 王保树 | 清华大学法学院教授 |
| 王振民 | 法学博士，清华大学法学院副教授 |
| 许章润 | 法学博士，清华大学法学院教授 |
| 朱慈蕴 | 法学博士，清华大学法学院教授 |
| 吴玉章 | 中国社会科学院法学研究所研究员 |
| 李小武 | 清华大学法学院讲师 |
| 李 旭 | 清华大学法学院讲师 |
| 张明楷 | 清华大学法学院教授 |
| 沈 明 | 清华大学法学院硕士研究生 |
| 周光权 | 法学博士，清华大学法学院副教授 |
| 崔建远 | 清华大学法学院教授 |
| 高鸿钧 | 清华大学法学院教授 |
| 曹南屏 | 清华大学法学院教授 |
| 程 洁 | 清华大学法学院副教授 |
| 程燎原 | 湘潭大学法学院教授 |
| 楚 人 | 清华大学法学院副教授 |
| 戴孟勇 | 清华大学法学院博士研究生 |

List of Contributors

- Cao Nanping* , Professor of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Che Pizhao* , Professor of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Cheng Jie* , Associate Professor of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Cheng Liaoyuan* , Professor of Law, School of Law, Xiangtan University.
- Chu Ren* , Associate Professor of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Cui Jianyuan* , Professor of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Dai Mengyong* , Candidate of LL.D. , School of Law, Tsinghua University.
- Gao Hongjun* , Professor of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Li Xiaowu* , Lecturer of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Li Xu* , Lecturer of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Ma Xiaohong* , Professor of Law, Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences.
- Shen Ming* , Candidate of LL.M. , School of Law, Tsinghua University.
- Wang Baoshu* , Professor of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Wang Zhenmin* , LL.D. , Associate Professor of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Wu Yuzhang* , Professor of Law, Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences.
- Xu Zhangrun* , Ph.D. , Professor of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Zhang Mingkai* , Professor of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Zhou Guangquan* , Associate Professor of Law, School of Law, Tsinghua University.
- Zhu Ciyun* , LL.D. , Professor of Law, School of Law, Tsinghua University.

作者分工

第一章	楚 人	
第二章	马小红	
第三章	吴玉章	
第四章	高鸿钧	
第五章	许章润	
第六章	高鸿钧	沈 明
第七章	程燎原	曹南屏
第八章	程 洁	
第九章	崔建远	戴孟勇
第十章	崔建远	戴孟勇
第十一章	朱慈蕴	
第十二章	朱慈蕴	
第十三章	王保树	
第十四章	王振民	
第十五章	张明楷	
第十六章	周光权	
第十七章	高鸿钧	
第十八章	车丕照	
第十九章	李 旭	李小武
第二十章	高鸿钧	