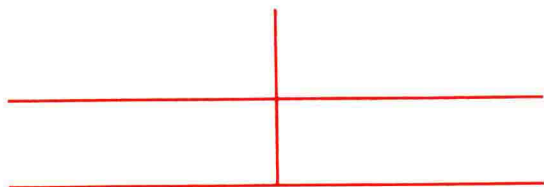




依然谨慎的乐观

法治中国的历史与未来

江 平 著



后浪出版

依然谨慎的乐观

江 平 著



浙江人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

依然谨慎的乐观 / 江平著. — 杭州: 浙江人民出版社, 2016.4
ISBN 978-7-213-07161-4

I. ①依… II. ①江 III. ①社会主义法制—建设—中国—文集
②中国经济—社会主义市场经济—文集 IV. ① D920.0-53 ② F123.9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 029093 号

书 名	依然谨慎的乐观
作 者	江 平 著
出版发行	浙江人民出版社 杭州市体育场路 347 号 市场部电话: (0571) 85061682 85176516
责任编辑	闻 史
责任校对	叶 宇
封面设计	周伟伟
印 刷	北京京都六环印刷厂
开 本	690 毫米 × 960 毫米 1/16
印 张	15
字 数	19.5 万
插 页	4
版 次	2016 年 4 月第 1 版 · 第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-213-07161-4
定 价	36.00 元

后浪出版咨询(北京)有限责任公司常年法律顾问: 北京大成律师事务所

周天晖 copyright@hinabook.com

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书部分或全部内容

版权所有, 侵权必究

本书若有质量问题, 请与本公司图书销售中心联系调换。电话: 010-64010019

05	中国法治面临的困境与突破	81
第三辑	建构政府、市场、社会新型关系·····	95
01	“大政府”导致市场混乱	97
02	让政府的归政府，社会的归社会，市场的归市场	104
03	正确处理好市场、社会和政府之间的关系	115
04	政府职能转变的法治化	122
05	必须把征税权收回全国人大	134
06	立法与执法的脱节	150
07	王岐山“打虎”，敢动高层权势人物	159
08	再谈法治中国	166
第四辑	建立法治市场经济·····	177
01	法治经济：市场自由的法律由市场决定	179
02	国企最危险的是变成“私人金库”	185
03	市场经济欠缺法治精神	189
04	国企和民企应在同一起跑线竞争	191
05	保护民营企业家人身权和财产权	196
06	保护中小投资者需及时立法	201
07	从改革开放小历史观看我国社会变迁与民商法发展	204
08	通往法治市场经济之路	209
09	法律视野下的财富	215
10	百年来中国私权意识在觉醒	219
致读者·····		230

05	中国法治面临的困境与突破	81
第三辑	建构政府、市场、社会新型关系·····	95
01	“大政府”导致市场混乱	97
02	让政府的归政府，社会的归社会，市场的归市场	104
03	正确处理好市场、社会和政府之间的关系	115
04	政府职能转变的法治化	122
05	必须把征税权收回全国人大	134
06	立法与执法的脱节	150
07	王岐山“打虎”，敢动高层权势人物	159
08	再谈法治中国	166
第四辑	建立法治市场经济·····	177
01	法治经济：市场自由的法律由市场决定	179
02	国企最危险的是变成“私人金库”	185
03	市场经济欠缺法治精神	189
04	国企和民企应在同一起跑线竞争	191
05	保护民营企业家人身权和财产权	196
06	保护中小投资者需及时立法	201
07	从改革开放小历史观看我国社会变迁与民商法发展	204
08	通往法治市场经济之路	209
09	法律视野下的财富	215
10	百年来中国私权意识在觉醒	219
致读者·····		230

第一辑

改革“深水区”

- 01 纵论法治中国建设
- 02 依法治国是一个长期任务
- 03 解读党的十八届四中全会路线图
- 04 法治思想助推中国变革
- 05 选好改革既得利益的突破口
- 06 厘清改革的共识
- 07 改革不求快，但必须改
- 08 2014，依然谨慎的乐观
- 09 中国法治十年反思

01 纵论法治中国建设*

编者按：党的十八大将法治提高到了一个崭新的高度，党的十八届三中全会进一步为法治中国建设破题，社会主义法治建设的思路逐渐清晰。在这一背景下，中国未来法治建设的方向、框架、重点、步骤等都是社会关注的热点问题。在这一关键时刻，有必要倾听法学界前辈的声音。为此，本刊对中国政法大学前校长、终身教授江平先生进行专访。

记者：您是法学界的老前辈，是中国法治建设的推动者、见证者，您认为法治中国建设应当重点关注哪些问题？

江平：党的十八届三中全会提出法治国家、法治政府、法治社会一体建设，这三个概念当然不完全一样。法治社会的一个很重要的核心内容就是如何实现市场管理的法治化。因为我们这个社会很大的一个层面就是市场经济如何法治化。如果讲到法治政府，那当然很明显了，就是讲公权力怎么来实现法治化，政府的权力不能过大。如果涉及法治国家，或者是依法治国的概念，那么我理解这包含立法、司法、

* 本文原载《国家行政学院学报》2014年第4期，有删节。

行政在内，这是我们将来一个大的法治国家的概念。这三个层次不太一样。法治实际上就是怎么样来贯彻治理国家的现代化的模式，就是把我們过去的工业现代化、农业现代化、国防现代化等提升到治理国家的现代化。我觉得今后法治中国建设应当偏重在公权力方面，更多还是公权力运作方面如何能够实现现代化。这会涉及一些社会治理的问题，但是好像更多还是偏重在公权力的运作，可能这个是主要的。

记者：您讲法治应当包括立法、行政、司法几个方面。那我们首先谈谈立法方面的问题。虽然说中国特色社会主义法律体系已经形成，法律数量比较多了，但不可否认的是，法律内部矛盾、冲突等不统一现象以及法律操作性不强等立法质量不高的问题还比较普遍。比如说，《土地管理法》规定，收回闲置土地应当由县级政府做决定，然而有关规章又规定土地行政部门也可以做决定。实践中，有些地方是市政府做决定，有的是国土部门做决定。一旦发生纠纷，上级行政部门的行政复议维持地方国土部门的决定，但诉讼到法院，一般认为国土部门无权做此决定。再比如，目前正在推动不动产统一登记立法，《不动产统一登记条例》也即将出台，但这样一部条例的出台会牵涉很多法律法规的修改，相应的立法任务非常繁重。可以说目前的立法体制似乎不能适应法治现代化的基本需求，对此您怎么看待？

江平：这个问题实际上涉及一个很重要的问题，就是从立法阶段来看，我们现在已经进入以修改为主的阶段，所以最近都在关注各个已经通过的法律如何进一步完善。但是在立法完善的过程中，扯皮现象太严重。拿《土地管理法》来说，《物权法》通过以后，《土地管理法》就要修改，现在《物权法》已经通过7年了，但《土地管理法》的修改还是没有动静。刚才讲的不动产登记，《物权法》就明确规定了相应制度，但是到现在还没有实行。我觉得这反映出全国人大权威性不够的问题。立法本来是全国人大的事，修改法律的时候虽然要征

求各个部门的意见，部门有不同意见要考虑，但是最后决定是在全国人大，全国人大如果说该往这个方向修改，那就定了，全国都得服从，不能够再按部门的意志，一个部门一个意见，不同部门之间扯皮。即使扯皮，到最后总得有一个拍板的人。立法必须要有权威性，应该由立法机关做决策。总的来说，立法机关不能处于弱势，没有权威性，总是处于扯皮状态就比较麻烦。第二个原因，我们现在立法缺乏一个总体的思考。比如，拿我们熟悉的民事立法来说，民法典要不要搞？现在到底往下怎么搞？都不知道。听说现在在修改《继承法》，同样存在没人拍板的问题。这完全是人大立法，跟其他部门没有任何关系，顶多由最高法院来配合。可是这个法究竟怎么搞，《人格权法》怎么搞？《民法总则》制定不制定？《民法通则》要不要变成《民法总则》？这些东西都没人管。现在的立法多少有一点“走一步看一步”。另外就是急的法先立，很被动，缺少一个统筹安排，我觉得这是个大事情。这两个问题恐怕是现在立法领域存在的很重要的问题。

记者：我们的立法还存在这样或那样的问题，其中的一个突出表现就是法律往往失之过宽，给了行政法规、规章甚至规范性文件太大的自由空间，而有关的行政法规、规章及规范性文件往往又失之过严，尤其是在针对当事人义务方面，结果导致我们的制度可遵守性、可执行性比较差，严格执行会造成不公，不执行又会伤及法律制度的权威。而一些地方政府往往以“上级政府的规定无法执行”为由不严格执行，这也是目前上面三令五申，下面有时“无动于衷”的一个主要原因。在您看来，这是不是意味着我们的立法体制本身也需要改革、完善？

江平：我们的立法体制总的来说是多元的形式。像《刑法典》、《民法》、《诉讼法》这些根本法是由全国人大法制工作委员会负责制定的。其他的部门分散，由各部门来立。各专门委员会搞不搞立法是有不同看法的。有的观点认为专门委员会要立法，有的认为专门委员会不要

搞立法，只搞执法检查。这样使各专门委员会自己也茫然了。我到底主要搞什么？我是搞立法还是主要搞执法检查？这些问题严格说起来就在于缺乏一个规则。我认为各专门委员会完全可以搞立法。要有一个规则，财经委员会、教科文卫委员会都应有自己的立法权限，也就是说，起码可以提供一个立法的草案版本，可是现在实际上搞得不多。另外，人大的机构改革也是很迫切的。人大必须是议政机构，不能就是听会。现在全世界哪有2800多人的大议会啊？代表的讲话也不公开，这很难说把人大作为一个议事机构。这些与我们所预期的目标还是差得比较远。

记者：在行政方面，法治的重点是什么？

江平：行政方面我觉得就是一句话：把权力关进制度的笼子里，这是最核心的目标。因为现在看起来，公权力还是太大了。公权力侵犯私权利的现象还是相当普遍的。如何把公权力关进制度的笼子里面，这是当前最迫切的问题。而且把权力关进制度的笼子里面，不仅是法治政府的迫切需要，也是廉洁政府的前提。只有把权力关进制度的笼子里面，权力受到制约，才能够解决腐败的问题。腐败的根源就在于权力被滥用了。现在提出来各级政府要制定权力清单，明确你享有哪些权力，就明确了哪些是你不应该享有的。这实际上也就是李克强总理说的：法无禁止即自由，法无授权皆禁止。对于私权利，法律没有禁止的都是自由的；对于公权力来说，法没有授权的都是禁止的。因此政府的权力必须要有授权，有法律授权才能合法，法律没有授权就是违法，就是越权了。但是这个问题落实起来是非常困难的。因为公权力一旦掌握在政府的手中，掌权人都希望权力越大越好，谁希望管得那么严啊，这是人的本能。当初国务院法制办公室领导在做《行政许可法》的报告时说，市场主体自己能解决的尽量自己解决，市场主体不能解决的由社会自治团体去解决，只有市场和社会不能解决的政

府才来干预。但是现在看来，政府审批的事项仍然是一大堆，每个部门都希望有权力，都希望盖自己的章才能通过。所以，应该说习惯势力太大，或者说中国几千年来就是这样一个对公权力缺乏约束、限制的社会。现在要限制公权力是非常困难的，而要真正限制、约束公权力，还要从立法来着手。立法是非常重要的，因为除了极个别完全由上级政府授权给下级政府的情况，一般来说是法律授权，只有法律授权政府，政府才有这个权力。如果法律不健全，就谈不上政府权力的合法性。把权力关进制度的笼子里面首先应从立法着手。

记者：由此看来，我们的立法任务还是非常重的，法律从有到好这个过程也是非常艰难的。比如，2004年国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》，就政府法制工作机构发挥政府法律顾问作用提出了要求。一些地方也陆续建立了政府法律顾问制度。党的十八届三中全会提出“普遍建立法律顾问制度”的要求，山东等地积极响应，出台了地方的具体措施。可以说，建立健全政府法律顾问制度对于保障政府依法决策、依法行政，有效约束规范政府权力意义重大。但是，怎样才能解决政府法律顾问“顾而不问”、能力与需要处理的事项不匹配、待遇低、态度不端正等问题，从而使政府法律顾问真正发挥作用？

江平：我们曾经提出国有企业和国家机关都要设立法律顾问。国有企业规定了首席法律顾问制度，但是现在看起来做得都不太够。比如说国有企业的首席法律顾问，按道理来说，企业对外签订的合同或者一些决策事项都必须有首席法律顾问的签字才可以。但是这一条做得比较少，基本上还是一把手决定。政府的法律顾问也是这样的。我们现在有没有明文规定每个政府机构必须有法律工作人员？有些政府机构有法律工作人员或法律顾问，但存在的问题是凭什么让法律顾问承担那么大的责任。政府该不该给法律顾问一定的级别？如果他的级别很低，实际上他根本参与不了重大决策。但如果把他的级别定得很

高，可能部门说，这怎么行啊？一个法律工作者怎么能够有这么高的地位啊？这些问题又涉及体制问题了。此外，这里还涉及一个待遇的问题。比如说让律师担任政府的法律顾问，如果是一个好的律师，他可能就不愿意干。政府的这点工资相对于他的报酬来说太低了，市县法律顾问的待遇多低啊。但是如果找一般的律师，又往往不能胜任工作。政府的法律顾问得真正有权威，在法律方面精通，对政府工作也要精通。所以这些本身都有困难。我观察现在政府方面的法律顾问，从他的能力来看，好像和他应该承担的责任相差比较大，不足以胜任这个工作。

记者：从司法角度来讲，党的十八届三中全会司法改革的力度是比较大的。现在一些地方已经提出了改革方案，您对目前正在进行的司法体制改革有什么评价？

江平：现在的司法体制改革方向是走对了。总的来说，我很拥护现在的司法改革方向。司法改革一个是去地方化，把人权、财权、物权集中到省里面，这点我很赞成。另一个是去行政化，能够审判的人不能够决策，决策的人不审判，以及什么庭长批、院长批这些中间环节逐渐改变了，这个很好。不然的话，审判人员地位始终是比较低的。现在把法院的人员分成审判人员、助理人员、管理人员三类，这是正确的。尤其是这次提出来的法官任命制度，由省一级成立的法官考核委员会对进人严格把关，这是很好的。但是我始终觉得遗憾的就是，我们只把关了法官，没有把关好院长。现在各级法院很多院长是不懂法律的人。据我所知，至少有1/3以上或者更多一点的省级法院院长是从同级的政府部门提拔的，而这种情况在省下面的市县级法院或许就更多了。这是一个很不正常的现象。我们《法官法》明明规定了法官的资格，而非法律出身的院长一进法院就是几级法官。中国这么大的国家，我们有那么多法学院，每年培育出那么多法律人才，难道就

没有几个能够胜任相应的院长职务吗？这说不过去。而且让那些没有学过法律的人当院长是可怕的，对法治中国建设严重不利。地方法律专业人士担任领导职务的问题应当尽快分流解决。如果我们真正把法官当作一种精英人才，司法公正主要取决于这些精英的公正判决。这些人能不能做到公正，首先看他能不能很好地掌握法律知识，只有很好地掌握了法律知识，完全按照法律来办，才可以做到公正。当然他也可能受到其他因素的干扰，但起码他本身的素质使他有可能做到公正司法。

记者：党的十八大以后，反腐败工作明显提速，而且取得了实实在在的成效，赢得了民心。但是，目前也出现了一种现象，即干部队伍中出现了不同程度的观望、不作为现象。一些官员认为，反腐败会影响经济发展。对此，您是怎么看待的？

江平：有人说腐败是市场的润滑剂，这种观点我是不认可的。但是实际上往往也有这样的情况，就是越是市场改革的能人，最后被揭露出的腐败现象越多；越是老好人，他倒没什么罪，成绩突出的往往容易被抓起来。怎么能够在反腐败中区分个人责任和领导决策责任，把不同的责任分开？我觉得最重要的仍然是在法制上进一步制定明确的规则。怎么能够追究你的责任呢？证据确凿了，构成犯罪了，取得证据的手段不违法，查处就没有问题了。就怕两种情况，一种是刑讯逼供，这个从重庆“打黑”案看得很清楚，利用刑讯逼供来做反腐的事情不是个例。另一种就是现在经常发生的，当证据不足的时候先把人抓起来。我觉得这个也是很危险的。在证据不足的时候把人抓起来，然后借助他的电脑里面的资料，或者借助其他人的举报，或者用其他的一些东西来定他的罪名，我认为这种情况也是违法的。虽然最后可能查出一些问题，但是当时抓人的时候是缺乏证据的。所以我觉得反腐败必须手段正确。

记者：目前，军队反腐败成为社会各界关注的热点问题。习近平总书记也曾强调，依法治军、从严治军是强军之基。对这个问题，您是怎么看待的？

江平：我觉得依法治军、从严治军实际上涉及两个方面，一个是军事指挥系统方面，这个很专业，我不好说；另一方面涉及部队的腐败和廉洁问题，这个我觉得完全可以通过法治途径解决。如果我们从制度来看的话，部队的反腐败工作始终不透明，一切以军队保密、军队特殊为理由，对他们的监督太少，我觉得这是不对的。军队的指挥系统可以保密，但是军队的反腐倡廉必须公开。只有公开，人们才能监督。现在一提起军事法院就说保密，关于军队的腐败背景也极少披露。这实际上等于保护了腐败，掩护了腐败。所以我始终觉得军队的廉政工作的透明度需要大大提高。因为我们党政部门里面的腐败现象都是在报纸上公开的，但是军队一个都不让公开。这是一个不正常的现象。

记者：关于信访和法治的关系，中央已有明确的定调，即涉法涉诉的案件要通过法治途径解决。应该说这是符合法治中国建设方向的。但现在有一种情况，就是我们反腐败把“问题官员”抓了不少，但是“问题官员”的背后往往是重大的遗留案件。中央巡视组巡视以来，一些市县在中央巡视组挂号的案件就有一两百件之多，有些案件经过包括最高法院在内的多级法院多次处理，从政府行政到各级法院裁决，都不同程度地存在问题。对于一些案件的当事人来说，再通过司法等法治途径解决问题，要么行不通，要么不现实。因为该走的程序都走了，但因为“问题官员”当年的干预或违法，的确存在冤假错案的问题。我认为，对于这些历史遗留问题，简单地要求通过法治途径解决似乎并不是理想的选择。比较稳妥可行的办法是，借鉴中央巡视组的经验，

在中央政法委领导下，成立中央重大历史遗留问题专家组，从法律院校、律师事务所中抽调专业过硬、作风优良的法学教授和律师组成专家组，分赴各省，从中央巡视组受理的案件中选择一些重大历史遗留案件进行专门书面研究，提出具体处理方案，然后由中央政法委分送给有关部门贯彻执行。您赞同这一做法吗？

江平：你这个想法很好，关键要有一个权威的机构能够拍板，这是很重要的。现在最主要的问题是这种案子推来推去，没有人敢拍板，敢拍板的人也怕得罪别人，或者是以前的上级，或者是其他的什么人。因此，专家组必须具有权威性，带有“尚方宝剑”，可以决策。

02 依法治国是一个长期任务^{*}

一、党的十八届四中全会要解决法治领域的问题

我原本以为周永康被审查的消息会在党的十八届四中全会期间公布，没想到提前了。两件事^①同时公布，我认为有一定的关联性。

四中全会要研究依法治国，虽然没有提“拨乱反正”，但实际上四中全会就是要扭转之前一段时期政法领域的一些错误做法。

我始终认为，十八大以来，我们正在对这些错误现象拨乱反正。最新一轮司法改革方案和之前的“三五”“四五”改革方案，我觉得与一般的改革力度不同。

首先，一个很明显的错误就是把法官和一般公务员放到一样的位置，加强了行政化。其实，法官和公务员有一个根本区别，就是公务员必须是下级服从上级，而法官必须服从法律，独立审判，上级法院和下级法院不是领导与被领导关系。因此，现在中央的做法就是要去

^{*} 本文原载财经新闻周刊《新世纪》2014年第36期，系财新网记者据采访内容整理。

^①指的是中央查办周永康和十八届四中全会讨论依法治国主题这两条新闻。——编者注