

良法论

武
汉
大
学
学
术
丛
书

Academic Library



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

李 龙 主编

汪进元 李桂林 执行主编

Wuhan University



武汉大学学术丛书

教育部社会科学规划项目

良法论

李龙 主编

汪进元 李桂林 执行主编

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

良法论/李龙主编;汪进元,李桂林执行主编. —武汉:武汉大学出版社,2005.5

(武汉大学学术丛书)

(教育部社会科学规划项目)

ISBN 7-307-03354-2

I. 良… II. ①李… ②汪… ③李… III. 法的理论—研究
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 069503 号

责任编辑:郭园园

责任校对:叶 效

版式设计:支 笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.whu.edu.cn)

印刷:武汉大学出版社印刷总厂

开本:880×1230 1/32 印张:10.625 字数:269千字 插页:3

版次:2005年5月第1版 2005年5月第1次印刷

ISBN 7-307-03354-2/D·459 定价:18.00元

版权所有,不得翻印;所购教材,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。



武汉大学学术丛书
自然科学类编审委员会

- 主任委员 ▶ 刘经南
- 副主任委员 ▶ 卓仁禧 李文鑫 周创兵
- 委员 ▶ (以姓氏笔画为序)
- | | | | |
|-----|-----|-----|-----|
| 文习山 | 石 兢 | 宁津生 | 刘经南 |
| 李文鑫 | 李德仁 | 吴庆鸣 | 何克清 |
| 杨弘远 | 陈 化 | 陈庆辉 | 卓仁禧 |
| 易 帆 | 周云峰 | 周创兵 | 庞代文 |
| 谈广鸣 | 蒋昌忠 | 樊明文 | |

武汉大学学术丛书
社会科学类编审委员会

- 主任委员 ▶ 顾海良
- 副主任委员 ▶ 胡德坤 黄 进 周茂荣
- 委员 ▶ (以姓氏笔画为序)
- | | | | |
|-----|-----|-----|-----|
| 丁俊萍 | 马费成 | 邓大松 | 冯天瑜 |
| 汪信砚 | 沈壮海 | 陈庆辉 | 陈传夫 |
| 尚永亮 | 罗以澄 | 罗国祥 | 周茂荣 |
| 於可训 | 胡德坤 | 郭齐勇 | 顾海良 |
| 黄 进 | 曾令良 | 谭力文 | |
- 秘书长 ▶ 陈庆辉



李 龙

湖南祁阳人，1937年生，武汉大学资深教授，博士生导师。曾任湖北师范学院政教系主任，武汉大学法学院副院长，浙江大学法学院院长，兼任中国法学会常务理事、全国法理学研究会副会长、法学教育研究会副会长、教育部法学学科教育指导委员会顾问、国际法律哲学与社会哲学协会中国分会副总干事。20世纪80年代以来，共发表论文150余篇，出版专著与教材25部。其中1997年、2001年先后两次获国家级教学优秀成果一等奖；1998年获教育部第二届人文社会科学优秀成果一等奖；1999年获国家社科规划领导小组颁发的国家级三等奖。共主持国家社科基金重点项目3项，一般项目3项。1997年作为中国法学会代表团团长率团出席法学国际会议，并顺访过阿根廷、巴西和法国。

说 明

撰稿人分工如下(以章节先后为序)

导 论	李 龙		
第一章	陈焱光	汪进元	
第二章	周刚志		
第三章	毛 卉		
第四章	李 龙	李桂林	陈焱光
第五章	汪进元		

目 录

导 论	1
第一章 良法及其标准的学理探讨	16
第一节 西方学者的良法思想及良法标准	16
一、古代和中世纪的良法观	16
二、古典自然法学派的良法观	26
三、分析法学派的“恶法亦法”论	31
四、新自然法学派的“恶法非法”论	36
五、审判纳粹战犯中的“良法”与“恶法”之辩	41
第二节 中国学者的良法思想及良法标准	46
一、古代儒法两家的“义”、“利”之争	47
二、近代“趋时救弊”的善法观	57
三、中国现代学者的良法观	64
第三节 良法标准之我见	66
一、对传统良法理论的超越	66
二、良法标准的界定原则	69

三、良法的基本标准	71
第二章 良法的价值标准	74
第一节 良法价值的理念模式	76
一、以正义为轴心的价值理念模式	77
二、以秩序为轴心的价值理念模式	95
三、以效率为轴心的价值理念模式	106
第二节 良法价值的体制模式	114
一、“个人本位”的法律价值体制模式	116
二、“社会本位”的法律价值体制模式	122
三、“个人利益”与“社会利益”并重的体制模式	129
第三章 良法的程序标准	134
第一节 良法运行的正当程序	134
一、正当程序的理论渊源	135
二、正当程序的制度变迁	145
第二节 良法运行的基本程式	154
一、良法运行的立法程式	155
二、良法运行的行政程式	164
三、良法运行的司法程式	171
四、良法运行的法律保障	193
第四章 良法的形式标准	203
第一节 法的形式相对独立性	204
一、形式与法律形式的涵义	204
二、法的形式相对独立性	205
第二节 法的形式合理性	215
一、法的形式合理性的一般原则	215
二、法的渊源形式的合理性	219
三、法的表达形式的合理性	240

四、法的内在形式的合理性	249
第三节 法律体系的完整性	259
一、法律体系的学理分析	259
二、法律体系完整性的基本要求	269
三、中国的法律体系及其良性构建	278
 第五章 中国法治进程中的良法及法的良性化	285
第一节 中国法治之法的价值定位	285
一、中国现行法的价值分析	285
二、中国法治之法的价值重构	291
第二节 中国法治之法的规范选择	296
一、中国现行法的形式缺陷及其良性化	296
二、中国现行法的内容缺失及其良性化	299
第三节 中国法治之法的程序控制	301
一、传统程序的积弊	301
二、现行程序的缺陷	304
三、理性程序的重构	308
 主要参考文献	321

导 论

良法，这不仅是法学理论中经久不衰的重大主题，而且也是经济与社会发展中极为重要的现实问题，更是我国推进依法治国过程中急需解决的基本前提。因此，研究这一问题的意义重大，影响深远。

一、良法与依法治国

良法，亦称善法，是一个广泛且不断发展的概念，人们可以从不同角度和层面对它进行分析与探索：可以从法的内容、价值和形式进行研讨；也可以从法的应然与实然的哲理高度、法的理想性与现实性的统一来认识；甚至还可以从不重视良法的分析法学派那里借鉴法律的实证特征来理解良法。当然，更要从法律正当性来理解良法的科学性及其发展的规律性。

概括地讲，良法包括法的实质良善性和形式良善性两个不可分割的方面。法的实质良善性，即法的实体正义，蕴含法的人文性、价值性、合目的性，法作为“天下之仪式，万事之

程表”，是自由、平等、秩序、权利、效率、公平、正义之载体。法的形式良善性，范围更广，一般是指立法、执法、守法和护法各环节中普遍遵守的基本原则，我们可以借用美国著名法学家富勒所提出的程序自然法来认识这个问题。他把其程序自然法简称为法的内在道德，并表述为八大原则或八大要素，即（1）法的普遍性；（2）法的稳定性；（3）法的公开性；（4）法的确切性；（5）法无溯及力；（6）法的不矛盾性；（7）法的可操作性；（8）官方行为与法的一致性。这八大要素缺乏任何一个，就会使法失去其存在的价值，这就是程序正义的巨大活力所在。因此，多数人认为：“自由的历史基本上是奉程序保障的历史。”^①

良法理论是法治理论的重要组成部分，并且是伴随法治理论的提出而受到人们重视的。因此，在我国推行依法治国方略的过程中，良法问题便成为题中之义。

众所周知，20 世纪的政治舞台，展现了新中国三代领导人的雄才大略。如果说毛泽东提出了“枪杆子里面出政权”的著名论断，率领全国人民通过从农村包围城市，用革命的武装反对反革命的武装，建立了人民的政权，使中国人民站起来了的话；如果说邓小平提出了“改革开放”的划时代决策，率领全国人民进行社会主义现代化建设的宏图大业，使中国人民富起来了的话；那么，以江泽民为核心的党中央第三代领导集体则提出“依法治国”的基本方略，正率领全国人民开创美好的未来。因此，依法治国的提出与推进，是中华民族发展史上光辉的里程碑，揭开了建设社会主义法治国家的序幕。

中国人民早在一百多年前就向往共和与法治，并为此而进行了艰苦卓绝的斗争，历经了曲折的道路。从戊戌变法的喋血，到“五权宪法”的虚名；从“五四宪法”的颁布，到党的十一届三中全会的召开。20 世纪，风雨百年，终于找到了

① [英] 丹宁：《法律的正当程序》，群众出版社 1984 年版，第 1 页。

一个科学的答案：人民民主是立国之本，改革开放是强国之路，科教兴国是兴国之策，依法治国是治国之道。

其实，“依法治国”是个中性词，类似的提法在历史上已有人提过。如我国春秋时期法家先驱管仲主张“以法治国”，近代德国也搞过“国家依照法律进行统治”（rule by law）。当然，它与我们现在讲的依法治国有重大区别，且不详细论述其性质、目的的根本对立，仅就其形式而言，亦有明显的差异。其中主要有两条：一条是我们的“依法治国”强调法律的权威性，视宪法和法律为治国的最高依据或根据，不允许任何个人凌驾于法律之上；而管仲的“以法治国”则无此含义，“以”者，“用”也，就是说，在法律之上还有王或皇，法律只不过是国王治国的工具而已。另一条，我们实行依法治国的目的在于建设社会主义法治国家，所依之法必须是良法；而当年德国则是在“恶法亦法”思想影响下搞“国家依照法律统治”的，法律不具有权威性和进步性，从而为后来希特勒进行法西斯统治留下隐患。因此，良法问题与依法治国有着紧密的联系，直接关系到依法治国的命运与前途，是我国推进依法治国的前提与基础，或者可以这样讲，依法治国实质上是良法治国。

“依法治国实质上是良法治国”这一命题和结论，是人类治国智慧和经验的科学总结，集中了两千多年来著名思想家、政治家、法学家的研究成果，反映了治国的正反经验。早在古希腊时期，被誉为大百科全书式的人物亚里士多德便提出了良法问题，并把它与法治联系在一起。他说：“法治应当包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家服从的法律又应该本身是制定得良好的法律……就服从良法而言，还得分别为两类：或乐于服从最好而又可能定立的法律，或宁愿服从绝对良好的法律。”^①他还具体提出与论证了良法的标准（或者

^① [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，商务印书馆 1965 年版，第 199 页。

良法应具备的三个条件):第一,良法的目的应该体现和保障公众利益;第二,良法应该体现古希腊人珍爱的自由;第三,良法必须能够维护合理的城邦政体的久远。很显然,亚氏上述思想是良法理论的渊源,是极为珍贵的;尽管它受到时代与国别的局限,但至今仍有普遍意义。

在西方法学史影响最大、时间最长的自然法学,特别是古典自然法学派,始终坚持良法观念,并对良法理论的发展作出过重大贡献:1. 进一步明确了良法的含义,指出“良法就是人民利益所需而又清晰明确的法律”;^① 2. 提出与坚持“恶法非法”,反对与批驳“恶法亦法”;3. 反复强调法律与道德的紧密结合;4. 把良法与近代法治直接联系;5. 强调良法应以保障人权为出发点与归宿。“二战”以来,新自然法学派对良法理论又有新的发展,提出了程序自然法,坚持了法的道德性,把良法内容的进步性、价值的合理性同程序的民主性、形式的科学性有机结合起来。当然,分析法学派提出了“恶法亦法”这个与良法对立的观点,但奥斯丁他们并不否定良法的存在,他们也承认按道德标准划分良法与恶法。“恶法亦法”的实质是确认恶法也是法,也要被遵守;法学家不要去研究应当是什么样的法,而应当研究事实上是什么样的法。这些观点当然是片面的,甚至是极为荒唐的,并产生了极坏的后果,从反面告诉人们重视良法的必要性。

其实,良法不单纯是理论,更是实践。“二战”结束后,反法西斯取得胜利的国家,在德国纽伦堡国际法庭上,对纳粹战犯进行了审判。其中斗争的焦点是良法与恶法之辨,最终“恶法非法”观点取得了胜利,严惩了法西斯战争罪犯。这是正义的胜利,也是良法的胜利。

在中国法学史上,良法理论也是较为丰富的,如周公的“明德慎罚”、儒家的伦理法思想、法家的“法与时移”、“令

① [英] 霍布斯:《利维坦》,商务印书馆1995年版,第271页。

顺民心”等观念，都体现了良法的部分内涵与标准。毛泽东曾对良法问题给予了很大关注，在其青年时代的处女作《徙木立信论》一文中便涉及良法问题。他首先肯定商鞅变法的重大意义，并提出商鞅变法成功的重要原因在于商鞅制定的新法为良法，他说：“商鞅之法，良法也。”至于什么是良法，他在该文里还作了论证。他写道：“惩奸宄以保人民之权利，务耕织以增进国民之富力，尚军功以树国威，拏贫怠以绝消耗。”^①

纵观历史，绝大多数政治家、法学家都用不同方式正面或侧面回答过良法问题，也在实践中不可避免涉及制定与实施良法与恶法治国问题。最终的结局，都必然体现这一历史规律：良法治国者兴，恶法治国者亡。

“依法治国实质上是良法治国”这一命题，不是凭空的结论，而是良法在依法治国中的地位与作用决定的。在我国，依法治国有其特殊含义。正如江泽民同志所指出，依法治国是广大人民群众在党的领导下，依据宪法和法律，通过各种渠道和形式，管理国家事务，管理经济、文化事业，管理社会事务，逐步实现社会主义民主制度化、法律化；并使这个制度与法律，不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变。很显然，我国依法治国的主体是人民，对象是国家事务、经济文化事业和社会事务，原则是法律至上，目的是发扬社会主义民主，全面实现人民当家作主。这就是说，依法治国的每一要素、每一环节，都与良法有直接关系。因为，只有良法，才能体现与保障人民的意志与利益；只有良法，才能管理好国家事务、经济文化事业和社会事务；只有良法，才能全面实现人民当家作主，才能实现社会正义。当然，这里必然涉及什么是良法的问题。在当今时代，在中国现阶段，良法有

^① 转引自李龙主编：《毛泽东法律思想研究》，武汉大学出版社1993年版，第4页。

其特殊含义，但也不能偏离良法的一般标准。这个问题我们将在后面专章研究，但有几点是必须肯定的：第一，良法必须反映广大人民意志；第二，良法必须符合客观规律，顺应历史潮流；第三，良法必须符合正义原则，并是可以操作的。概言之，良法应具有人民性、科学性、程序性、正义性的基本特征和要素。在当代中国，邓小平的“三个有利”理论和江泽民的“三个代表”思想，应该是在依法治国中制定和实施良法的指导思想。

“依法治国实质上是良法治国”这一命题，生动地表明了我国实行依法治国的价值取向。法的价值形态多样，互相渗透、配合与补充，诸如自由、平等、人权、秩序、正义、公平、效率，等等。其中，秩序是法的价值的基本形态，而人权与正义则是高级形态。毫无疑问，在我国，依法治国作为治国的基本方略，维护社会秩序，保障长治久安是其基本的价值追求。但还是不完整的，因为秩序只有以正义、人权为基础才能得以维护；离开社会正义的长治久安实际上是不牢固的，因为强权不是真理，任何违背人民利益的秩序总是不长久的。

当然，正义也是一个复杂的概念，不同集团和不同利益的人，均有不同的看法。著名哲学家罗尔斯关于正义的理论在国际上有广泛影响，对我们研究正义问题有借鉴意义。他将正义分为个人正义与社会正义，并认为社会正义居首要地位，个人正义应以社会正义为参照。社会正义是以社会基本制度的安排为依据的；而社会制度确定了人们的权利与义务，决定了社会利益的基本分配方式。因此，只有首先确定社会正义原则，才能确定个人行为的评价标准。罗尔斯又将社会正义分成实质正义与形式正义。实质正义就是社会制度内容的正义。在法律制度中要体现法的基本精神，在当代中国，社会正义的根本要求和基本精神，就是保障公民的权利，全面实现人民当家作主。离开了这些要求与精神，社会正义就无从谈起。为此，首先要解决的问题就是树立良法观念，制定良性规范。换句话说，良

法问题实际上是保障依法治国价值形态的实现问题。同时，我们还必须看到，“依法治国”与“建设社会主义法治国家”是一个统一的整体，是不可分割的，只有良法才能成为两者连接的纽带。如果依法治国的“法”不是“良法”，那么建设社会主义法治国家就成为了一句空话。相反，只要治国之法是良法，既能体现人民的意志与要求，又符合客观实际，还便于执行，势必推进依法治国的进程，经过长期不懈的努力，社会主义法治国家才能由人民美好的愿望变成光辉的现实。

由此可见，良法问题既是重大的理论课题，更是急需解决的现实课题，我们不仅要研究它，而且要实现它。当然，良法好说，但不好做。制定与实施良法是一个复杂的过程，涉及立法、执法、司法、守法和法律监督的各个环节，与每个公民都有直接关系。从这个意义讲，良法问题是个全民问题；但目前来讲，首先是立法问题。我国已颁布了《立法法》，为立法的民主化、法律化进而为制定良法奠定了基础。我们应在坚持与完善人民代表大会制度的基础上，严格按《立法法》办事，为制定良法，完善社会主义法律体系而作出更大的努力。立法既要讲民主、讲法制，也要讲科学、讲实际，还要讲规范、标准和协调，从而开创我国法律良性化的新局面。

二、良法与社会发展

良法是社会发展的催化剂，更是社会变革的助产婆。社会发展有渐进的，即用改革的方式使现有社会制度进一步完善，从而推动社会的发展；也有突变的，即用革命的方式，从根本上变革现有的社会制度，从而推动历史的前进。这里讲的主要是前一种情况。当然，革命也有良法问题；但那不是革命的开始，而是革命成功后的必然结果。

改革，史称“变法”。从法制的角度来看，改革的过程就是法的立、改、废的过程。立，就是制定新法。这个新法应该是良法，也必然是良法；否则，制定的新法便不能顺应历史潮

流和体现改革的精神。当然，在个别情况下，历史也有曲折，如王莽的改革，其制定的法无疑不是良法。改，就是要修改那些不体现改革精神和要求的法律、法规，并通过修改使现行法律良性化。废，就是废除不适应历史潮流的旧法。

一般地讲，变法之法是良善之法。这是因为：第一，改革代表历史前进的方向，是现有制度的自我完善，既改革生产关系中那些不适应生产力发展的环节与因素，又改革上层建筑中阻碍社会前进的部分，并通过改革，使现有制度增强活力，从而推动与保障生产力的发展。在改革精神指导下制定的法律一般都是良法。第二，改革反映多数人的利益与愿望，改革者制定的法，理所当然能体现人民意志，并能得到他们的支持与遵守。第三，改革是一个系统工程，一般都会在立法内容与程序上采取民主化、科学化措施，这就必然为制定与实施良法创造条件。历史证明：任何进步的改革，都伴随着良法的出现。被毛泽东称之为良法的商鞅变法之法便是典型一例。如商鞅先后在改革中颁布的《垦草令》、《为田开阡陌令》和《分户令》等法令便体现了当时推动历史前进的基本原则：（1）奖励农耕。如《为田开阡陌令》就是要废除中国古代奴隶制井田的疆界，实行土地私有制度，鼓励与奖励农民从事农业生产，促进生产力的发展。（2）奖励军功。商鞅在新法中将爵位分为12级，明文规定：“能得敌首者，赏爵一级，益田一顷，益宅九亩。”^①（3）废除分封，实行县制。他“集小乡邑聚为县，置令、丞，凡三十一县。”^②同时，商鞅还下令剥夺奴隶主贵族特权，废除世袭的等级制度。由于商鞅之法均为良法，因此，“秦民大悦，道不拾遗，山无盗贼，家给人足……乡邑大治。”^③从而为后来秦始皇统一中国奠定了牢固的基础。

① 《商君书·境内》。

② 《史记·商君列传》。

③ 《史记·商君列传》。