



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社



权力的法治规约

——政治文明法治化研究

汪习根 主编

武
汉
大
学
学
术
丛
书

Academic Library

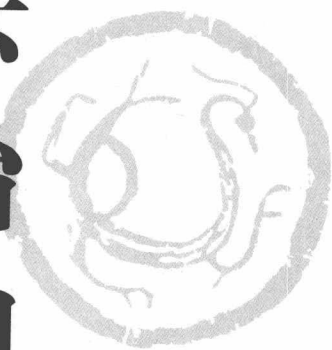
Wuhan University

衷心感谢国家社科基金的支持！

D6
62

权力的法治规约

——政治文明法治化研究



武汉大学学术丛书
Wuhan University Academic Library

汪习根 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

权力的法治规约:政治文明法治化研究/汪习根主编. —武汉:武汉大学出版社,2009.12

武汉大学学术丛书

ISBN 978-7-307-06958-9

I. 权… II. 汪… III. ①社会主义政治学—研究—中国 ②社会主义法制—建设—研究—中国 IV. D6/D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 044060 号

责任编辑:田红恩

责任校对:王 建

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: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:武汉中远印务有限公司

开本:720×980 1/16 印张:26 字数:368千字 插页:3

版次:2009年12月第1版 2009年12月第1次印刷

ISBN 978-7-307-06958-9/D·882 定价:57.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,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

内 容 提 要

本书围绕政治的核心——权力问题，将政治文明置于权力的范畴进行考量与审视，提出政治文明即是权力文明，而权力文明的出路在于对权力的法治规约。从政治文明与法治的关系入手，系统研究了政治文明法治化的逻辑起点、战略目标以及立法文明、行政文明、司法文明、执政文明法治化的基本理论与对策。提出要建设社会主义政治文明，就必须实现政治文明的法治化，通过法治的政治文明是政治文明发展的必由之路。政治文明法治化的关键与奥秘在于权力的法治化以及由此衍生的权力与权力之间的内在和谐，权力与权利之间的外在互动。而能理性有效地建构与导引这些关系的当属公法，公法法治是政治文明法治构建的当务之急。为此，应当理性地构建文明的立法法治、行政法治、司法法治和执政法治制度。

本书的突出特色在于：一是理论上的两大突破。首次提出了政治文明与法治关系的三个基本命题，充分论证了政治文明法治化的正当性与必要性。同时，立足作者提出的“公法法治论”，论证了政治文明法治化首先是公法法治。二是制度上的四大创新。从立法文明、执法文明、司法文明与执政文明的基本要求与实践中的障碍

分析入手，充分吸收国内外法治理论的最新成果，提出了以上述四大具体制度的构建为突破口推进政治文明法治化建设的可行途径，揭示了立法文明的法治之道、行政文明的法治模式、司法文明的法治构建和执政文明的法治维度，超越了空泛地讨论政治文明建设和抽象地讨论法治的局限性，使研究更具有战略针对性与现实可行性。

关键词：政治文明 权力 法治 战略

目 录

第一章 政治文明法治化战略选择的逻辑起点	1
第一节 政治文明法治化战略选择的理论前提	1
一、政治文明是法治的内核和精髓	2
二、法治是政治文明的载体和形式	7
三、政治法治化是政治文明的要求	11
第二节 政治文明法治化战略选择的根本出路	17
一、人的实现：政治文明法治化的基本目标	17
二、权力规训：政治文明法治化的内在奥妙	19
三、公法法治：政治文明法治化的规范依据	26
第三节 政治文明法治化战略选择的目标定位	31
一、政治文明法治化战略选择目标定位的价值功能	31
二、政治文明法治化战略选择目标定位的理论基础	37
三、政治文明法治化战略选择目标定位的基本要素	52
第二章 立法文明的法治之道	75
第一节 立法文明的总体要求	76

一、立法文明的概念描述：理念、制度、行为与秩序	76
二、立法文明的范畴特征：“法治”与“立法”的紧张与调和	79
三、立法文明的理念定位：法律良善 重在统一	81
四、立法文明的基本要求：以“法律统一”为重心	86
第二节 立法文明的体制障碍	93
一、立法制度不文明的种种表现	93
二、立法制度不文明的根本症结	98
第三节 立法文明的战略对策	103
一、个案的追问	103
二、规范的创设	108
三、整体的对策	114
 第三章 行政文明的法治方略	129
第一节 行政文明释义	129
一、行政理论的源流	129
二、执行权的文明化	132
三、管理权的文明化	153
四、行政权的理性化	177
第二节 行政文明法治化的基本理念	186
一、在渊源上，行政权力与公民权利的统一	186
二、在主体上，行政权力与行政权力的融合	189
三、在价值上，效率行政与公正行政的互动	193
四、在指向上，集约行政与开放行政的并重	197
五、在方式上，命令行政与宽容行政的一体	200
六、在后果上，责任行政与诚信行政的一致	205
第三节 行政文明法治化的基本模式	215
一、消极自由与行政规制	215
二、主观公权与行政规制	218
三、权力分立与行政规制	221
四、公民社会与行政规制	223
第四节 行政文明法治化的制度建构	227

一、行政系统开放是重构行政法治的前提	227
二、公民参与是重构行政法治的核心要素	231
三、程序理性是行政法治运行的基本保证	244
第四章 司法文明的法治构建	252
第一节 司法文明的法理解析	252
一、司法文明的理论背景	252
二、司法文明的含义解析	256
三、司法文明的价值分析	260
第二节 司法理念文明	266
一、司法理念文明的意义探寻	266
二、司法理念文明的表现形式	270
三、司法理念文明与法律价值冲突	275
四、司法理念文明与法律价值整合	279
五、司法理念文明与理性司法思维	285
第三节 司法制度文明	290
一、司法制度文明的前提	290
二、司法制度文明的核心	296
三、司法制度文明的保障	299
第四节 司法器物文明	305
一、司法建筑文明	306
二、法庭场景文明	310
三、司法设施文明	320
第五节 司法行为文明	322
一、司法裁判文明	322
二、司法作风文明	330
第六节 司法文明的战略选择	337
一、战略目标：社会正义与社会和谐	337
二、路径选择：法律移植与本土改造	340
三、实施方式：政府推进与自然演进	344

第五章 执政文明的法治维度	346
第一节 依法执政的法理内涵	347
一、依法执政的基本含义	347
二、依法执政的法律要求	351
三、依法执政的宪政意义	357
第二节 依法执政的历史根据	365
一、依法执政是早期执政实践理性反思的结晶	365
二、依法执政是法制建设成功经验的必然升华	371
第三节 依法执政的基本原则	375
一、依法及时有效调控社会关系原则	375
二、执政权威与人民民主相统一原则	379
三、执政的价值性与规范性一致原则	381
四、党的执政与党的领导相关联原则	383
五、政党事务与国家事务相区分原则	385
第四节 依法执政的法律制度	387
一、执政党集合民意并启动执政过程的法律制度	389
二、执政党与民主党派进行政治协商的法律制度	391
三、执政党自身意志上升为国家意志的法律制度	392
四、执政党对公共权力实施民主监督的法律制度	392
 参考书目	395
 后 记	402

第一章

政治文明法治化战略选择的逻辑起点

法治是人类文明的标志，作为人类文明基本形式的政治文明，与法治的衍生、进化与升华密不可分。法治属于政治文明的范畴，政治文明与法治之间存在着必然联系，要建设社会主义政治文明，就必须实现政治文明的法治化；通过法治的政治文明是政治文明发展的必由之路。而政治文明法治化的关键在于权力的法治化以及由此衍生的权力与权力之间的内在和谐，权力与权利之间的外在互动，而能够理性并最有效地建构与导引这些关系的当属公法，公法法治是政治文明法治构建的当务之急。

第一节 政治文明法治化战略选择的理论前提

科学地回答法治与政治文明的内在关系，是政治文明法治化建设的理论前提。政治文明与法治是一对共生共荣、互相统一的概念，法治必须以政治文明为条件和内核，政治文明必须以法治为载体和先导，政治法治化是政治文明的根本出路。

一、政治文明是法治的内核和精髓

政治文明既具有文明的一般含义，又有独特的价值与意蕴。对文明的含义，古往今来，学界进行了持之以恒的探求，形成了相互关联又相互区别的种种观点，据学者统计，至少有 13 种不同解说^①。正如美国学者佩里·安德森所说：“‘文明及其内涵’这个题目涉及一系列概念，主要是‘文明’还包括‘文化’、‘市民社会’、‘国家’、‘地区’、‘人民’，它们都处于当今国际学术对话的前沿。这些术语的含义变动不居，在不同的历史语境和背景之下其意识形态的内涵迥异。”^② 尽管如此，文明的共性已融入到了人类的个人、社会与政治生活，具有基本的属性：“‘文明’一词在西方来源于拉丁文‘civilis’，意思是公民的、国家的、社会的，用以表示国家和社会的进步状态。”^③ 文明总是与野蛮、未开化、原始、兽性相对，而往往与进步、进化、发达相联系。其类型包括物质文明、精神文明和政治文明。政治文明是人们改造社会及自身所获得的积极的政治成果，是人类政治生活的进步状态，它一般表现为人们在一定的社会形态中民主、自由、平等、人权等的实现程度。“政治文明包括政治意识文明、政治制度文明和政治行为文明三个组成部分。”^④ 无论是政治意识、政治制度还是政治行为的文明，都与法治有着不解之缘、不可分离。

对此，马克思作出了十分精辟而又高屋建瓴的分析^⑤。在《关

① 参见虞崇胜：《政治文明论》，武汉大学出版社 2003 年版，第 42～45 页。

② [美] 佩里·安德森：《文明及其内涵》，载《读书》1997 年第 11 期。

③ 《中国大百科全书》（哲学卷），中国大百科全书出版社 1987 年版，第 924 页。

④ 虞崇胜：《政治文明论》，武汉大学出版社 2003 年版，第 111 页。

⑤ 对此，西方学者往往持不同态度，如法兰克福学派的当代“教父”尤尔根·哈贝马斯认为，马克思除了“预计在‘过渡时期’将不可避免地实行无产阶级专政以外，他无法想象别的建制形式”，因为他缺乏一个令人满意的法学体系，存在“法学空区”（Jürgen Habermas, What does Socialism Mean Today? The Rectifying Revolution and the Need for Thinking on the Left, New Left Review, Sept./Oct., 1990, p. 12.）。显然，这一结论是无法成立的。

于现代国家的著作计划草稿》中，不仅正式提出了“政治文明”的概念，而且勾画出一幅政治文明与法治相互交织在一起的理想图景。马克思指出：政治文明包括 11 大方面：

“（1）现代国家起源的历史或者法国革命。

政治制度的自我颂扬——同古代国家混为一谈。革命派对市民社会的态度。一切因素都具有双重形式，有市民的因素，也有国家的因素。

（2）人权的宣布和国家的宪法。个人自由和公共权力。

自由、平等和统一。人民主权。

（3）国家与市民社会。

（4）代议制国家和宪章。

立宪的代议制国家，民主的代议制国家。

（5）权力的分开。立法权力和执行权力。

（6）立法权力和立法机构。政治俱乐部。

（7）执行权力。集权制和等级制。集权制和政治文明。联邦制和工业化主义。国家管理和公共管理。

（8'）司法权力和法。

（8"）民族和人民。

（9'）政党。

（9"）选举权，为消灭国家和市民社会而斗争。”^①

由此可见，政治文明所包含的构成要素，正是法治的中心线索和基本要求。其具体表现在：政治文明与法治在实质上都是公共权力与公民权利的互动关系，其共同的价值取向在于实现人权，物质载体是法律制度包括宪法和有关法律，主要制度形式为人权制度、人民主权制度、代议制度、国家管理和公共管理制度等，其运行机制是权力划分与权力制约，体现为立法权力、司法权力和执行权力的分工与制约。此外，还要处理政党与法治的关系，实现执政的文明与合法化。

由于“民主与法治是现代政治文明的核心内涵，仅以民主为

^① 《马克思恩格斯全集》，第 42 卷，人民出版社 1979 年版，第 238 页。

对象，或以法治为主题，采取单线索的描述不利于对政治文明的全面研究”^①。然而，时至今日，西方学者依然津津乐道两者的紧张与对峙，正如霍姆斯所指出：有些理论家担心宪法上的约束会窒息民主，而另一些人则害怕宪法之堤会被民主的洪水冲决。尽管双方各执己见，但都一致认为在宪政与民主之间存在着深层的和不可调和的张力。的确，他们接近于认为：“‘立宪民主制’是对手之间的联姻，是一种矛盾修饰法。”^②前者如达尔认为，“我相信，宪法的合法性应该只是来源于它作为民主政府工具的效用——不多也不少”^③；后者如萨托利认为：过于“民主”的宪法是“坏宪法”，在当代，“某些宪法如此‘民主’，以至于它们或者不再是宪法，或者它们使政府机器的运转太复杂化以至于政府无法运转，或者两者兼而有之”^④。其实，早在一百多年前，马克思在关于政治文明的11条纲领中就已经高瞻远瞩地对此进行了科学分析，在第1条中开宗明义地指出了政治文明构建的逻辑前提，即“国家”与“社会”的分离和双重性，以此为出发点试图分析“个人自由和公共权力”、“国家与市民社会”的张力与互动，最后将“立宪的代议制国家，民主的代议制国家”这两者相提并论，显然是为了解释宪政、法治与民主、政治文明的均衡、共生及互动。可见，政治文明的国家政治形态，即马克思所言的“立宪的代议制国家”和“民主的代议制国家”，而它们的结合体就是法治国家。因此，在民主、文明与法治的结合点上研究政治文明是实现政治文明的最佳路径。

不仅政治文明内在地要求法治的全面介入，而且法治本身也蕴

① 佟德志：《在民主与法治之间》，人民出版社2006年版，第7~8页。

② [美]斯蒂芬·霍姆斯：《先定约束与民主的悖论》，载[美]埃尔斯特、[挪威]斯莱格斯塔德编：《宪政与民主——理性与社会变迁研究》，三联书店1997年版，第225页。

③ Robert Dahl, *How Democratic Is Constitution?* New Haven & London: Yale University Press, 2002. p. 39.

④ [意]萨托利：《“宪政”疏议》，载《市场逻辑与国家观念》，三联书店1995年版，第117页。

含着政治文明的价值理想。法治的字面含义为法律的规制、法律的统治,最早的含义指对良好的法律的普通服从。现代法治是民主、自由、平等、人权、理性、文明、秩序、效益和合法性的完美结合,是全体社会成员特别是国家权力主体普遍地遵循具有正义与秩序价值的良法体系以实现人权的一种治国方略。而其主旨就是依据上述特定的价值观来构建社会的基本结构和行为模式,形成以法律制度为主导的有序化的社会管理模式。^①法治国家的主要含义在于:“它是一个国家在政治法律制度上的一种模式选择;它是现代社会一种最文明、最先进的政治法律制度类型。”^②这说明政治文明与法治是紧密相联的。

法治与政治文明的这种互动关系业已成为一条客观规律,为历史所证实。从政治意识上看,古希腊城邦政治文明孕育了亚里士多德的法治思想和斯多葛学派的自然法治理念。古罗马帝国庞大的疆域、发达的商品经济,产生了发达的私法文明。为适应罗马帝国在政治上把居民(不包括奴隶)分为公民与非公民的需要,罗马法分为市民法和万民法,大大促进了法律的科学化和社会结构的稳固。在近代民主革命时期,反映资产阶级政治观念形态的民主、自由、平等、人权都被以后资产阶级国家的法律尤其是宪法所确认。因为这两者虽有外在形式的差异,却并无任何实质上的不同,其价值取向在根本上是一致的,也就是说政治意识文明中蕴含着深刻的法治价值并被纳入人类的政治法治化实践。

同时,政治制度与行为文明也践行着法治的理想。政治制度文明中的制度主要由宪法、组织法、行政法等有关法律规范确认。政治文明的制度设计正是依据一定的权力与权利运行原理和界定原则来展开的,而这些原理和原则无一例外地成为法治的原则,如人民主权原则、权力分立原则、权力制约原则、保护人权原则等都被随后颁布的宪法所确认,具有崇高的法律地位和效力。其中,法治的

^① 参见李龙:《依法治国方略实施问题研究》,武汉大学出版社2002年版,第37页。

^② 程燎原:《从法制到法治》,法律出版社1999年版,第2页。

最主要机制就是权力制约，其内在机理就是权力与权利的和谐态势，依法治国的关键在于依法治“权”而非依法治“民”。因为法治作为与人治相对立的治国模式，其工具性价值就是要消除治者个人对治权的专断与滥用，使治权符合人民主权。人们普遍认为，最有效的法治意味着不仅行政机构的权力，而且立法机构的权力，都要受到宪法和法律的限制。^①当代的政治制度在功能上已经得以大大拓展，“政治制度不仅仅是限制政治权力的手段和解决社会问题的联系形式，它们还有助于形成个人的性格”^②。文明的政治制度具有限权、控制自由主义导致的社会危机以及教育公民的三大功能，而这些正是当代法治的基本要求。在关于法治的《德里宣言》中确立了法治三原则，其中的关键在于，法治不仅要制约政府权力，还要保障政府权力高效率地运行，此所谓“控权与保权的统一”^③。而从观念基础上讲，社会主体对法律和制度的信仰与服从，是法治与政治文明的共同精神支柱。

政治行为是人们在特定的利益基础上，围绕着政治权力的运行和政治权利的实现而展开的社会活动。作为政治关系的直接动态表现，政治行为包括“政治斗争”、“政治管理”、“政治统治”和“政治参与”^④。在文明社会中必须将政治行为特别是有关权力、权利等事关重大利益的行为，纳入到法律秩序之中，使之按一定的法定程序进行。完全可以说，没有法治秩序就没有政治行为文明。在调整政治行为中形成的“权力法定、权利推定”的法治原则，成为法律界定权利与权力关系的一条定律。政治行为的有序性与法治追求的基础性价值——法治秩序价值不谋而合，正是人类对秩序的追求才导致了法律的产生和对法治的需求。因为秩序要求社会必须由规则来管理，这些规则可表现为习惯、道德、宗教等，而涉及利

① 参见[英]W·詹宁斯：《法与宪法》，龚祥瑞等译，三联书店1997年版，第42页。

② [美]斯蒂芬·L·埃尔金等：《新宪政论》，周叶谦译，三联书店1997年版，第150页。

③ 李龙、汪习根：《宪政规律论》，载《中国法学》1999年第4期。

④ 虞崇胜：《政治文明论》，武汉大学出版社2003年版，第169～177页。

益冲突的规则，需要具有权威性与强制性，以保证人们普遍遵守，这些规则便表现为由国家强制力保证实施的法律。法治的外在功能就是为了促使社会制度、结构与关系达到和谐统一、界限明晰、稳定连续的状态，防止人治下因朝令夕改、权大于法而带来的混乱与无序，法治是秩序的象征。当然，法治所要求的秩序只能是理性、正义、具有符合价值性的文明的秩序，其基本内容体现为如下一些共识：立法民主化并以保障人权为宗旨；法律面前人人平等；法律至上，任何组织和个人都必须服从法律，严格依法办事；权力的范围受限制，行使权力要遵守正当法律程序。而政治行为的合理运行、政治秩序的理性构建作为政治文明的最直观表现，正好适应了法治秩序的这些价值指向。另一方面，从政治行为的实践上看，政治关系的发展变化是影响法的发展方向的重要因素，特别是作为根本法的宪法和基本法律，就是各种政治力量对比关系变化的结果。政治活动的内容更制约法律的内容及其发展变化。

可见，政治文明与法治无论在作为前提的政治意识、作为外在表现的政治行为，还是作为客观载体的政治制度诸方面都息息相关，政治文明的价值内涵和基本原则实质上就是法治的内核和精髓。

二、法治是政治文明的载体和形式

政治文明是人类政治活动所取得的成果，表征着人类政治生活的进步状态，以民主政治为本质特征，但其具体样态又是多方向、多维度的。政治文明不仅要求主体具有高涨的政治热情、对政治活动的广泛参与，而且呼唤政治表达自由以及通畅的表达路径，使政治成为社会主体普遍意志的高度集合而非个人恣意，确保公共权力始终围绕社会主体权利运行而不至偏离轨道，以实现人权为终极目标，还要求政治权威的合法性、正当性得以张扬与强化，权力执掌者具有优良的政治德性、严守公共生活规范。可见，政治文明是一项巨大的系统工程。建设政治文明，需要社会主体运用政治、经济、法律、文化等多种方式和力量。那么，在这些方式和手段中有没有一种起基础性作用的基本方式呢？为此，首先需要明确地认识