

王雨本 主编

法制 · 法治



中国人民公安大学出版社

法制·法治

王雨本 黄 斌 著
张元强 秦元明

中国人民公安大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法制·法治/王雨本主编.-北京:中国人民公安大学出版社,
1998.7

ISBN 7-81059-182-7

I. 法… II. 王… III. 法制-研究-中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 17430 号

中国人民公安大学出版社出版发行

(北京木樨地南里 邮编 100038)

电话:63486364

新华书店北京发行所经销

山东莱芜市印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 8.375 印张 220 千字

1998 年 7 月第 1 版 1998 年 7 月第 1 次印刷

印数 0001—5000 册

定价:12.00 元

序 言

缔造一个安定发展、运行有序、人民安居乐业的国度，不仅是政治人和民众的渴望，也是古往今来众多法哲学研究者的夙愿。早在古希腊时期，柏拉图就勾勒了一幅理想国的模式图。在《理想国》里，他设计了一个依自然建立起来的理想国家，在这个国家中，作为理性者的哲学家被置于国家统治者的高度。柏拉图认为理想国体现了一种良好的秩序，是正义之国，而哲学家之所以能成为理想国的统治者，关键在于他本身就是正义者，并能够判明什么是正义和如何在国家中实现正义，只要使能把握理念的哲学王成为统治者，真正的立法者就不必将力气花费在不停地制订和修改法律及宪法方面。因此柏拉图心目中的理想国，其真谛在于理性的人治。然而现实对他作出了无情的嘲弄，他三次访问西西里岛，希图依照他的哲学观念制定国家法制，但均遭失败，这使他不得不从向往理想的人治转向重视法治。其实，理性的人治于治国也不无益处，关键在于要实现这个理性就不能脱离一套有效、合理的规则来保障和规范，显然只有法治才具有这个基础性的功能。因此要构建理想国，实行法治是势所必然，法治才是理想国的真谛。

我国的法制建设经历了一个曲折复杂的过程。由于深厚的封建法制传统对我国的政治、经济、文化、道德、司法和观念等领域均造成了深刻的影响，致使在从传统法制转向现代法制的进程举步维艰。特别是文革的十年动乱，法制建设全面衰退，砸烂公、检、法，任意践踏法制在当时见怪不怪，这给今天的法制建设标矗了醒目的警戒标志。十一届三中全会提出，“为了保障人民民主，必须加强社会主义法制，使民主制度化、法律化，使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威，做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。”终于使法制建设走上了正轨。此后，围绕着“法制”与“法治”这两个范畴的区分和观念的深化，我国的法制建设又有了

新的认识和质的飞跃。过去强调的“法制”更多地意味着制度建设和管理的规范,它虽然有静态与动态两种含义,但毕竟侧重于静态方面,即便从建立现代型法制即法制现代化的高度看,法制仍然不能表达出法治的真正内涵,显然,对法治的理解体现出更为广泛和科学的认识。

建立在民主基础上的近现代意义的法治,无论是作为一种启蒙理论,还是一种社会实践,都有着丰富的含义。一般地说,它是指法律的统治,我国强调的“法治”是依法治理国家的意思,它侧重在动态方面,体现了法制建设的更高目标和要求。因此“建设社会主义法制国家”与“建设社会主义法治国家”虽然只是一字之改,却体现了更为积极更为科学的意义,一方面它准确地反映了依法治国的内涵和目标,另一方面它作为一种治国方略和思想观念,明确地与传统法制规划清界限,是对人治的根本否定。八届人大四次会议和党的十五大提出了“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国纲领和战略目标,这是在深刻认识法治内涵的基础上,对以往法制建设的经验总结 and 未来发展趋势的理性前瞻,是中国法治化建设的现实追求和具体任务。实行依法治国,建立法治国家对于实行改革开放和建立市场经济体制,大规模开展现代化建设的中国,具有重大的现实意义。“依法治国是党领导人民治理国家的基本方略,是发展社会主义市场经济的客观需要,是社会文明进步的重要标志,是国家长治久安的重要保障。”通过发展民主、加强法制,实行政企分开、精简机构、完善民主监督制度、维护安定团结、实现法治化,这是当前和今后一段时间的主要任务。

为此对法治的认识还需进一步深化和全面。应当说以往对法制的理解是比较偏狭的,无论是广度与深度,还是法制的形式合理性与实质合理性,都缺乏足够的认知。在现行体制、观念意识、人员机构及法规建设上,还有待理论上的逐渐完善和实践上的开拓与创新,目前针对“依法治国”方略的确立,学界展开了热烈的讨论,

对“法制”与“法治”、“依法治国”与“以法治国”、“人治”与“法治”进行合理的定位和科学的诠释,同时对法治的相关问题也多有论述,涉及的范围较广,但是从宏观的角度看,法治化的研究比较散乱,没有较为统一、系统的认识,理论研究还需进一步加强。本书是作者历经一年多时间所作的研究成果,本书在法治化理论的系统研究上作了有益尝试。全书对法治的基本范畴进行了比较、分析和总结,澄清了有关学理和实践上的一些认识误区,对法治化的理论和制度进行了一定深度的研究、探讨,特别是在与实践的结合上展现了自己的独到之处。本书在对中国法治化的当前失范状况作出细致全面归纳的基础上,有针对性地论述了完善中国法治化的对策和制度,并对目前法制建设中的某些反常现象进行了评点。

由于作者阅历、水平所限,且成书仓促,错误与不足在所难免,恳请读者批评指正。

王雨本

1998年4月20日

于首都经济贸易大学

目 录

第一章 法治的本质与原则	(1)
一、西方法治思想理论的历史观照	(1)
二、法治释义.....	(17)
三、法治的原则.....	(29)
四、依法治国.....	(33)
第二章 法治的现实基础	(39)
一、法治的经济基础.....	(39)
二、法治的政治基础.....	(52)
三、法治的精神基础.....	(58)
四、法治的规范基础.....	(66)
第三章 法治实现模式	(73)
一、社会推进型法治实现模式.....	(73)
二、政府推进型法治实现模式.....	(79)
三、政府推进型法治实现模式评介.....	(83)
四、当代中国法治实现模式之选择.....	(86)
第四章 法治失范诸态	(97)
一、立法的隐忧.....	(97)
二、执法环境恶化	(111)
三、法律意识淡化	(123)
四、腐败!!!	(131)
第五章 法治化之抗制因素	(141)
一、政治抗制因素	(141)
二、社会抗制因素	(149)
三、经济抗制因素	(161)
四、人文抗制因素	(169)

第六章 法治化方略构想	(181)
一、体制改革与突破	(181)
二、完善权力运行和监督制约机制	(191)
三、反腐倡廉机制的规范化	(199)
四、法制系统建设	(210)
第七章 法制现代化探究	(220)
一、法制现代化概论	(220)
二、中国法制现代化的历史与未来	(232)
三、现实分析与当前任务	(244)

第一章 法治的本质与原则

法治与市场经济是现代文明社会的核心特征。世纪之交的中国在选择市场经济的同时,也选择了法治。从1996年江泽民在中共中央举办的法制讲座上提出“实行依法治国,保障国家的长治久安”的论断,到全国八届人大四次会议“依法治国,建设社会主义法治国家”基本方针的确立,再到中共十五大从战略高度上提出“依法治国”的治国方略,无不表明:法治不仅是中国当代法制史的最强音,而且是当代中国走向现代化的最终目标取向之一。可以说,自70年代末改革开放以来,甚或言之,自近代以来,法治从未像今天如此强烈地被倡导、尊崇和实践着。

如何科学地、理性地认识、理解和诠释法治,是法治化研究的基本出发点。然而,尽管“法治”一词自其诞生以来,就一直为中外思想家、法学家所思索着、探讨着,但到底什么是法治,法治又有哪些原则,法治与依法治国有何联系?却依然是困惑人类的难题。此外,从原生意义上说,法治是西方文化的“舶来物”,是异于我们的另一个话语系统。因此,探寻法治的本质与原则,对于当下中国的法治化实践显得尤为突出重要。因为中国的法治化决不应是西方法治的刻意模仿或简单翻版,而必须有所批判,有所超越;另一方面中国的法治化也决不应是法治的变异或悖离,而必须承接历史上积淀下来的合理的法治精神意旨。

一、西方法治思想理论的历史观照

法治是西方法律文化的产物。其历史上思想家、法学家对法治的深刻论述,作为人类智慧的结晶和文明成果,至今依然闪烁着光辉。重新考察、审视及反思西方历史上的法治思想理论,对于今天的我们来说,不仅是必要的,而且必将会有助于法治理论的进一步完善和发展。

(一)古希腊罗马时期法治的思想理论及特征

法治思想在西方历史上可谓源远流长。其最早渊源可以追溯至古希腊罗马时期。亚里斯多德和西塞罗是这一时期法治思想的代表人物。

根据一般传统观点,亚里斯多德是最早提出“法治”并进行理论化的哲学家。亚里斯多德的法治理论是在否定柏拉图的人治思想的基础上形成的。柏拉图主张贤人政治。他认为理想国只能由哲学王(哲学家国王或国王哲学家)才能治理好。他反对用法律束缚哲学家国王,“用法律条文来束缚哲学家国王的手脚是愚蠢的,就好像是强迫一个有经验的医生从医学教科书的处方中去抄袭药方一样。”^①在柏拉图看来,哲学家具有智慧,是最有学问,最有远见的人,是记忆力最强的人,也是胸襟最开阔,最爱真理的人;而法律绝不可能发布既约束所有人同时又对每个人都真正有利的命令;法律在任何时候都不能完全准确地给社会每个成员作出何为善、何为正确的规定。因此,柏拉图主张:“应当正是让这种人(哲学王)而不是让别种人当城邦的统治者”。^②针对柏拉图的人治观点,亚里斯多德在认真思考“由最好的一人或最好的法律统治,哪一方面较为有利”这个问题之后,明确主张:“法治应当优于一人之治”。亚里斯多德对法治的系统论述主要集中在两个方面:一是什么是法治,二是法治的优越性。关于什么是法治,亚里斯多德说:“法治应包含双重意义:‘已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律本身是制订得良好的法律。’”^③可见,亚里斯多德的法治核心思想是强调法律的良好性和遵守法律的普遍性。在亚里斯多德看来,作为法治基础的法律必须是良好的,而所谓良好的法律就是

① G. H. 萨拜因:《政治学说史》商务印书馆,第92页

② 柏拉图:《理想国》商务印书馆,第229页

③ 亚里斯多德:《政治学》商务印书馆,第148页

符合正义,并能促进正义与善德的形成。他说,“……相应于城邦政体的法律也有好坏,或是合乎正义或是不合乎正义”。“……法律的实际意义都应该促成全邦人民都能进于正义和善德”。^①变态政体的法律不合乎正义,服从恶法不是法治。但是有了良好的法律,全体人民,包括统治者就必须一律服从于法律,否则也不会实现法治。因此,亚里斯多德又进一步指出:“邦国虽有良法,要是人民不能全部遵循,仍然不能实现法治”^②;“法律所以能见成效,全靠民众的服从”。^③关于法治的优越性,亚里斯多德认为法治之所以优于一人之治,这是因为:第一,法治代表理性的统治,而人治难免会混入“情欲”和“兽欲”的因素,易于偏私。在亚里斯多德看来,法律是没有感情的智慧,是合乎正义而毫无偏私的“中道权衡”,是抵抗常人的偏私、“情欲或兽欲”的“神祇和理智的体现”。第二,在民主共和政体之下,法律是由多数人制定的,而多数人总比一个人治理国家更好。正如物多者不易腐败,大泽水多则不朽一样,多数人也较于少数人不易腐败。在此,亚里斯多德强调了众智优越性。第三,在价值层面上,法治内含平等、正义、自由等社会价值,有利于促进社会进步,符合时代的要求。亚里斯多德说:“法律不应该被看作奴役,法律毋宁是拯救。”^④“在我们今日,谁都承认法律是最优良的统治者。”^⑤有鉴于此,亚里斯多德力主法治,而摒弃人治。他宣称:谁让法律来统治,谁就是让神和理智来统治,但谁要是“让一个个人来统治,这就在政治中混入了兽性的因素”。^⑥

西塞罗是古罗马法治理论的代表人物。他在继承古希腊斯多葛学派的自然法理论的基础上,借助于“自然法”、“理性”、“正义”

① 亚里斯多德:《政治学》商务印书馆 第136页

② 同上,第119页

③ 同上,第81页

④ 同上,第276页

⑤ 同上,第171页

⑥ 同上,第169页

等概念,来阐述法律的本质,强调法律的权威与作用。坚持法治,反对人治,是西塞罗的一贯立场。西塞罗认为:“事实上最终并不依赖于皇帝或罗马统治者的任性,而是依赖法庭的正义;握有统治权杖的人可能更替,而罗马法却没有改变”。在国家管理方面,西塞罗认为要使公民获得幸福,国家应当实行法治。不仅是个人的行为要受法律的约束,国家的行为也要受到法律的制约。“因为法律统治长官,所以长官统治人民;可以正确地说,长官是会说话的法律,而法律是不会说话的长官。”^①可见,在西塞罗那里,法律是高于一切权威的最高权威。即使是最高行政长官的执政官也必须以法律为依据,行使法律所授予的权力。至于法律为何具有最高权威性,西塞罗认为,“法律是为公民的安全,国家的生存,人类生活的宁静幸福而制定的”。^②而这样的法律是符合作为“正确的理性”或“最高的理性”的自然法的“真正的法律。”也正是基于此,西塞罗把法治不仅作为他的理想,而且作为他的全部信仰。

综合以上对古希腊罗马两位思想家的法治理论的论述,我们认为,这一时期的法治理论具有以下几方面的特征:其一,法治最初是从治国方略的意义上,作为人治的对立物而提出来的。亚里斯多德和西塞罗都坚持法治优于人治,而反对人治。其二,确立了法治理论的基本框架,即法治是良法与守法的密切结合。其三,法治具有极为浓厚的理想色彩。例如亚里斯多德把是否合乎正义作为良法的标准,而西塞罗则把法律视为“正确的理性”和“最高的理性”的体现。古希腊罗马的法治思想作为一种思想的历史遗产,特别是亚里斯多德的“法治公式”,对于后世的影响是极为深远的。其意义不仅仅在于在这一时期法治理论的最早提出和创立,更重要的还在于这些理论思想几千年来“几乎被中外思想家和学者一致认可,成为他们探讨法治问题所必备的一个逻辑起点和理论支点,

① 转引自《西方政治文化传统》丛日云著,大连出版社,第295页

② 同上,第300页

也成为他们发挥各自观点的一个标准参照系统和分析框架”。^①

(二)近代资产阶级革命时期法治理论及特征

资产阶级革命时期既是法治理论逐步完备成熟的时期,也是法治从理论设计转为社会实践的时期。在这一时期里,基于对资产阶级切身利益的关注,出于对宗教神权专横、腐败邪恶以及扼杀人性的黑暗现实的不满与憎恨,资产阶级启蒙思想家以当时盛行的自然法理论为武器,高举“理性”、“民主”和“法治”的旗帜,对封建等级特权、专制主义和宗教神学思想展开了猛烈抨击,并就何为法治,何以需要法治及如何实行法治进行了系统的论证和阐述,从而促成了法治理论的完备成熟。而他们的理论和斗争,也使法治观念逐步成为占支配地位的意识形态,并推动了法治理论的制度化和现实化。

近代法治理论的完备,“大致是由这样两股思想构成:其一是由格老秀斯、伏尔泰到卢梭、康德的人权和人民主权(主权在民)思想;其二是由博丹、洛克到孟德斯鸠和杰斐逊前后为之努力的三权分立思想”。^②下面,我们就其中较为典型的洛克、孟德斯鸠与卢梭等人的法治思想作一概述,以寻求近代法治理论的运行轨迹。

1. 洛克的自由主义法治理论

洛克是站在自由主义立场上,以其极大的激情与理智来论证法治的。在洛克看来,法律不仅仅是对自由的约束,而且更是对自由的保障。洛克写道:“不管会引起人们怎样的误解,法律的目的不是废除和限制自由,而是保护和扩大自由。这是因为在一切能够接受法律支配的人类状态中,哪里没有法律,哪里就没有自由;这是因为自由意味着不受他人的束缚和强暴。”^③当然,对于以自然法

① 姚建宗:《信仰:法治的精神意蕴》,载《吉林大学社会科学学报》97年第2期

② 张中秋:《中西法律文化比较研究》,南京大学出版社,第307页

③ 洛克:《政府论》商务印书馆,第36页

作为理论基础的洛克来说,更高的法律——自然法还包括了在自然秩序下属于一切人的基本权利,即天赋权利——不限于自由,还有生命权财产权。由此,洛克进而认为,为了确保人们的自由、生命和财产权,建立在社会契约基础之上的国家,在其法律制度的运作上应该实行法治。他说:“如果法律不能被执行,那就等于没有法律,而一个没有法律的政府,我以为是一种不可思议的事情,非人类的能力所能想像,而且是与人类社会格格不入的”。^①洛克还强调指出:“无论国家采取什么形式,统治者应该以正式公布的和被接受的法律,而不是以临时的命令和未定的决议来进行统治”。^②关于法治的内容,洛克主要有如下观点:首先,洛克把自由和权力的有机平衡作为法治的表征和目标。洛克认为,政治权力源于个人的权利和自由,政治权力应以保护个人的权利和自由为宗旨,因此,政治权力首先必须是通过既定和公开的、有效的法律行使的。这样,“一方面使人民可以知道他们的责任并在法律范围内得到安全和保障,另一方面也使统治者被限制在他们的适当范围之内”。根据洛克这一思想,统治和法律必须以人民的同意和保护人的权利为基础。换句话说,统治者必须以符合正义和人权的法律作为行使权力的依据,而不是靠权力来作为使用权力的依据,靠权力来推行违背自然正义的法律,使法成为纯粹服务于行使权力的工具。其次,洛克把分权和制衡作为实行法治的前提和基础。洛克认为,人们参加政治社会的目的是为了生命、自由和财产权更有保障。为了实现这个目的,防止权力的滥用,国家权力应该分立,并分别由不同的机关行使。他把国家权力分为立法权、执行权和联盟权,而着重强调立法权和执行权的分立。在洛克看来,如果立法权和执行权同时属于一个机关或一些人,就必然给这个机关或这些人造成方便的条件,使他们有可能滥用权力,“借以使他们自己免于服从他

① 洛克:《政府论》,商务印书馆,第132页

② 同上,第85页

们所制定的法律,并且在制定和执行法律时,使法律适合于自己的私人利益,因而它们就与社会的其余成员有不同的利益,违反了社会和政府的目的”^①。最后,洛克把法律的严格执行和遵守,看作法治社会的标志。他说:“法律一经制定,任何人也不能凭自己的权威逃避法律的制裁,也不能以地位优越为借口,放任自己或任何属下胡作非为,而要求免受法律的制裁。公民社会中的任何人都是不能免受它的法律的制裁”^②。此外,洛克还十分强调法律面前人人平等。他指出,立法机关“应该以正式公布的既定的法律来进行统治,这些法律不论贫富,不论权贵和庄稼人都一视同仁,并不因特殊情况而有出入”。^③

2. 孟德斯鸠的三权分立法治思想。

作为三权分立学说的承前启后者,孟德斯鸠所向往的也是法治社会。基于对权力本质的深刻认识,孟德斯鸠根据自然法理论,在吸收洛克等人分权思想的基础上,论述了自己的法治观:

首先,三权分立是法治的前提和基础。孟德斯鸠认为,自由权是公民的根本权利,要想保障公民的自由权就离不开良好的政体,即必须实行三权分立原则。因为在孟德斯鸠看来,对公民自由和安全权利最严重的破坏来自权力的滥用,只有在权力不被滥用的地方,公民才有安全的自由。“但是一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”^④由此,“要防止滥用权力,就必须以权力约束权力”。^⑤而防止滥用权力的根本办法就是分权,以权力制约权力,实现各种权力的制约平衡。孟德斯鸠把国家权力划分为立法、行政、司法三种权力,并认为三权分立是自由、民主和法治的重要前

① 洛克:《政府论》商务印书馆,第89页

② 同上,第59页

③ 同上,第88页

④ 孟德斯鸠:《论法的精神》上册商务印书馆,第50页

⑤ 同上,第39页

提。他说：

“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了；因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。”

“如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将握有压迫者的力量。”

“如果一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一机关行使这三种权力，即制定法律权，执行公共决议权和裁判私人犯罪或争讼权，则一切便都完了”。^①

其次，法律的正当性是法治的必要条件，孟德斯鸠认为，从最广泛的意义上说，“法是由事物本性产生出来的必然关系”。^②自然法，就一般意义而言，它指全人类所共同维护的一整套权利或正义。由政府制定的法律（人为法）不过是人类对这些自然法则的发现，因而是次要性的法律。所以，法治要求人为法必须服从于更高的自然法。孟德斯鸠说：“在实证法建立正义的关系之前，已有正义的各种关系”。可见，一切人为法都必须服从于来自自然法的根本法律原则，否则，便是非正义的。如果说正义是法律正当性在价值层面上的要求，那么，客观性则是法律正当性在现实上的要求。孟德斯鸠十分强调法律的客观性。他把立法当作一门科学来研究，力主法律应当尽量减少立法者的成见和感情。他指出，立法的根本原则应该是适中宽和。从这个指导原则出发，孟德斯鸠给立法者提出了许多要求：法律应该与本民族的实际相吻合（与政体相适应，遵从民族精神，适合本民族的自然条件和社会条件）；法律应与法律所规定的事物性质相一致；法律应当是统一性与多样性的结合；立

① 孟德斯鸠，《论法的精神》（上册），商务印书馆，第156页

② 同上，第1页

法应注意的技术问题(法律语言、稳定、理由等等)。

再次,法律至上是法治的标志。孟德斯鸠从自由与法律关系的角度探讨法律的权威性。他认为,“自由仅仅是:一个人能够做他应该做的事情,而不被强迫去做他不应该做的事情。”^①而确认应该不权威的权威是什么呢?只能是法律。所以自由就是“做法律所许可的一切事情的权利,如果一个公民能够做法律所禁止的事情,他就不再有自由了,因为其他的人也同样会有这个权利”。^②从消极方面来说,自由就是“一个人不被强迫做法律所没有规定做的事情。”

最后,法治主体是人民。孟德斯鸠主张,立法权应归于人民,并由议会行使。他说:“在一个自由的国家里,每个人都被认为具有自由的精神,都应该由自己来统治自己,所以立法权应该由人民集体享有。”^③但是在大国,人民直接行使立法权是不可能的,在小国也会有许多不便。因此,人民必须通过代表做人民所直接不能做的事,由议会行使立法权。

3. 卢梭的主权在民法治思想。

卢梭是西方社会契约论者中最具影响的人。^④主权在民是其社会契约论的核心思想。在卢梭看来,社会契约所要解决的根本问题是“要寻找出一种结合的形式,使它能以全部共同的力量来卫护和保障每个结合者的人身和财富,并且由于这一结合而使每一个与全体联合的个人又只不过是服从自己本人,并且仍然象以往一样地自由”。^⑤由此,他认为,社会契约必须建立在公意的基础之上,或说公意是社会契约的实质。他说:“我们每个人都以其自身及

① 孟德斯鸠:《论法的精神》商务印书馆,第154页

② 同上

③ 同上

④ 蒋先福:《西方法治国家的逻辑构想——社会契约论新论》,《法制与社会发展》1997.5

⑤ 卢梭:《社会契约论》商务印书馆,第20页