

凯原法学院

UNIVERSITY KOGUAN LAW SCHOOL

周年院庆系列

在颇有象征意义的2012年，以历经沧桑巨变的华山路1854号为新起点，年轻的凯原法学院正在迈进另一段征程，面向东方的朝霞及世界法学教育和研究的巅峰。

法治构图

季卫东 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

1901

全球视角

2002

当地行动

2005

多元思考

2007

跨界沟通

2009

2011

2012



上海交通大学 凯原法学院
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY KOGUAN LAW SCHOOL

凯原法学论丛·十周年院庆系列

法治构图

季卫东 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治构图 / 季卫东著. —北京:法律出版社,
2012. 6

(凯原法学论丛·十周年院庆系列)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3574 - 1

I. ①法… II. ①季… III. ①法律—研究—中国
IV. ①D920. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 114896 号

凯原法学论丛·
十周年院庆系列

法治构图

季卫东 著

责任编辑 高 山
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 16.75 字数 375 千

版本 2012 年 7 月第 1 版

印次 2012 年 7 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3574-1

定价:43.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

交通大学的前身南洋公学在 1901 年启动近代法政教育,创办了培养治国人才的特班和政治班,并且组织了清末最大规模的外国法律文献资料的编辑和翻译。但在二十世纪初那个战争与革命的时代里,强权就是真理,造反构成规范,力量对比关系决定制度设计。因此,由盛宣怀倡议、蔡元培策划实施的法学研究和教育设计方案,几年之后就被风吹雨打凋零去,幻化成在轰隆旋转的工业齿轮夹缝里不绝如缕的残梦。直到大约一个世纪之后,才终于迎来可以圆梦的机会。

上海交通大学法学院于 2002 年正式成立,2008 年冠名后并称“凯原法学院”。在校方和社会各界的大力支持下,由于全院师生的共同努力,短短十年,尤其是通过 2005 年建章立制、2007 年获廖凯原基金会捐助、2009 年推动法学教育改革和国际化、2011 年加强学科交叉平台建设的四级跳,取得了令人瞩目的成就。例如近年来采取“三三制法科特班”模式培养不同类型的涉外卓越法律人才,借助企业法务中心凝练高层次、复合型法律职业教育的

特色,刷新课程设置和教学方法以加强实务技能的训练,积极推动学术和人才培养方面的国际合作,促进海洋权益、金融司法以及法制与社会发展等问题导向的跨学科研究,注重公益精神的陶冶和社会贡献,诸如此类的亮点纷呈,为切实达到跨越式发展的目标提供了充分的条件和动力。

特别值得骄傲的是,上海交大凯原法学院尽管规模还不太大,但科研实力却很雄厚,拥有两份正式的专业期刊,出版了若干种学术丛书。教师发表学术论著的数量与质量始终保持在较高水平,无论是 SSCI 期刊论文数,还是人均 CSSCI 论文数,或者国家社科基金立项数,都居于全国前列。值此建院十周年之际,我们择出本院部分教师的部分论文、著作以及译著结集出版,以为纪念,以示庆祝。院庆系列丛书主要由科研工作负责人许多奇教授策划和殚精竭虑加以落实;学院教师代表性论文的合集则由学术委员会主席叶必丰教授细致遴选和编辑;王光贤教授在调任上海市人民检察院一分院副检察长之前,早在 2010 年晚秋,曾经主持丛书编辑出版的前期组织活动,贡献了辛劳和智慧。借此机会向以上各位及所有参与相关工作或者给予支持的同仁表示由衷的敬意和谢意。

需要强调一点,发行这套院庆系列书籍的宗旨,不仅仅是、甚至也不主要是为了展示本院教师的研究成果。我们的目的在于通过盘点过去而展望未来。在“十年磨一剑”的节点上画出这个学术共同体的坐标,进行精准的定位,以便确认重新出发的起点、方向以及步调。中国正面临空前的大变局,世界正面临深刻的结构转型,这是一个应该出伟大思想家、出杰出研究成果的时代。但由于社会变化速度太快,令人眼花缭乱,实践已经把理论远远抛在后面,目前的学术研究显得很苍白无力。我们只有清醒地认识现实、承认不足,才有可能在下一个十年里大幅度腾跃、表现出更多的精彩。在这层涵义

上也不妨说,出版院庆丛书的最大效益就是“抛砖引玉”。换言之,这只是法学界一群已经穿越篱笆的自由骑士呈给中国法治希望之星的献礼。

是为序。

季卫东
2012年初夏写于鹿鸣苑

目 录

第一辑 中国秩序原理新论

第一章 法治中国的可能性——兼论对文化传统的 解读与反思 003

- 一、应该怎样理解法治？ 003
- 二、对中国秩序原理的反思之反思 015
- 三、民主的法治离中国人并不遥远 031

第二章 法治与普遍信任——关于中国秩序原理重构的 法社会学视角 038

- 一、对问题状况的界定 038
- 二、传统的秩序原理与信任观 041
- 三、当代社会科学关于信任的分析框架 050
- 四、对信任与法治秩序的重新定位 059
- 五、并非结论的结束语 066

第三章 中国司法的思维模式及其文化特征 069

- 一、公议和舆论对审判的影响 069
- 二、正义的双轮：查清事实与追究责任 075
- 三、与西欧式现代司法的比较 079

四、关于法律推理的不同学说 084

五、对中国经验的理论分析 088

第四章 宪政的规范结构——对两个法律隐喻的辨析 092

一、引言 092

二、外部根据、等级性以及循环 095

三、在规范与事实之间的反思 099

四、宪政的本质是试错的制度化 102

五、宪法解释和宪法改正的区别 104

六、从矛盾论到法治对抗轴 107

七、围绕抵抗权的程序安排 110

八、结语 114

第二辑 程序公正与解释共同体

第五章 法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考 119

一、引言：作为制度化基石的法律程序 119

二、现代法律程序的含义和基本特性 122

三、法律程序与资本主义市场经济秩序的确立 131

四、中国法律程序的问题 137

五、结语：中国法制的程序化 146

第六章 法律程序的形式性与实质性——以对程序理论的批判 和批判理论的程序化为线索 150

一、绪言 150

- 二、为新程序主义立场辩护 155
- 三、社会正义的实质性判断与程序性条件 166
- 四、法律程序、论证理由以及主体之间的互动关系 178
- 五、从追踪管理和满意度看到的中国式程序设计 187
- 六、结论 196

第七章 法律职业的定位——日本改造权力结构的实践 200

- 一、现代国家中的职业法律家群体 201
- 二、科举信仰与法律家的地位 208
- 三、法律教育和学识的价值 218
- 四、管理体制改革的起点——司法权合理化 225

第八章 法律解释的真谛——探索实用法学的第三条道路 236

- 一、两种法律解释观 239
- 二、关于议论的法学理论 252
- 三、怎样解释中国的法律解释 267
- 四、结束语：分析判决理由 288

第九章 现代市场经济与律师的职业伦理——法律人文主义话语的比较分析 291

- 一、经济伦理、法治以及律师的职业信念 291
- 二、法务市场中的二律背反 298
- 三、中国律师事务所国营化的逻辑 303
- 四、共同体自律与伦理的话语空间 306
- 五、结束语：多样性的伦理观与合法性的正义 310

第三辑 司法权:体制转型的关键

第十章 合宪性审查与司法权的强化 315

- 一、司法审查的由来和意义 318
- 二、制度设计的不同类型及其条件 323
- 三、从司法解释到司法审查 332
- 四、中国设置宪法法院刍议 338

第十一章 再论合宪性审查——权力关系网的拓扑与制度变迁的博弈(修订稿) 346

- 一、引言 346
- 二、合宪性审查在中国的条件和经验 350
- 三、权力关系网中的互动过程 356
- 四、对违宪的判断标准与政策性选择 361
- 五、组合最优化的设计思路 368

第十二章 最高人民法院的角色及其演化——另类分权制衡与司法独立的悖论 378

- 一、责任制、司法解释以及审判监督程序的组合功能 382
- 二、从法庭规则的细节到司法审查实践的风波 391
- 三、司法改革必须突破体制的“瓶颈” 400

第十三章 电脑量刑辩证观 403

- 一、绪言:用鼠标点击出的自动化判决 403

- 二、排除裁量权的镜像原则与司法的精密化指向 405
- 三、关于电脑制裁应该缓期执行的四项理由 407
- 四、结语：量刑指南不同于量刑软件的本质性特征 411

第四辑 民主法治的条件和形状

第十四章 原罪意识、财产权以及法治的道德性 415

- 一、不得不正视的两种原罪问题 415
- 二、从财产权看“免费搭车”心理效应的强化和突破 417
- 三、从权力到货币：难免的原罪及其危险性 420
- 四、对社会信用和担保物的理论反思 422
- 五、治罪，免罪，还是赎罪？——在法律和伦理以及人情之间的公共选择 427

第十五章 风险社会的法治 433

- 一、问题的界定 433
- 二、风险社会对法治的挑战 435
- 三、探索依法的风险管理之道 438
- 四、依法的风险管理与信息系统重构 444
- 五、风险法制研究的展望——代结论 448

第十六章 中国法治向何处去？ 451

- 一、正在浮现的执政合法性危机 451
- 二、被误导的民主化将造成事与愿违 453
- 三、重新认识中国推行法治的问题状况 457

- 四、法治的起点：切实贯彻审判独立原则 460
- 五、审判独立以及能动司法的关键在于违宪审查制 462
- 六、促进律师对权利话语的演绎、表达以及整合 464
- 七、构建法治秩序的思想基础以及核心价值的重构 467

第十七章 中国：通过法治迈向民主 472

- 一、在民主政治的理想和现实之间 473
- 二、从“依法治国”到民主选举 479
- 三、企业与国家的权力结构改造 485

第十八章 自决权与宪政理论 490

- 一、法治与自决之间耦合的可能性 490
- 二、人民自决的三个发展阶段 494
- 三、限制对外自决权的国际法规范 497
- 四、有关对内自决权的宪政设计 499
- 五、自决权与公民投票制 504
- 六、结语：从自决到共创 508

第十九章 网络社会中的有限宪政革命 510

- 一、网络中的个体与新宪政论的思路 510
- 二、信任和契约：关于权力正当化的六项工具性概念 511
- 三、互动关系中的合意与强制以及政治改革的方式 514
- 四、组合最优化与国家决策中的竞争机制——有限宪政革命的三部曲 517
- 五、结束语：重温法律程序的意义 520

第一辑 中国秩序原理新论

第一章

法治中国的可能性——兼论对文化传统的 解读与反思

一、应该怎样理解法治？

对于法治有两种根本不同的理解。一种把法治看作实现国家秩序或社会治安的手段,另一种认为法治的核心内容是基于保障个人自由和权利的需要而对国家权力施加必要的限制。

前一种法治观是多数中国人耳熟能详的。从上古时代起,明天道、察民意、“制而用之谓之法”^①的统治工具论观念就已经深植人心。后来的文人策士们说得露骨一点的,则谓“设法度以齐民”,^②“威不两错,政不二门,以法治国,则举措而已”;^③说得含蓄一

① 《易传·系辞上》。

② 《韩非子·八经篇》。《尚书·吕刑》中甚至还有“制百姓于刑之中”的表述。

③ 《管子·明法》。这里对法的理解,基本上不出明代丘浚的视野:“法者,罚之体;罚者,法之用。其实一而已矣。”(语出《大学衍义补》卷一百)

点的,则谓“法者,治之端也;君子者,法之原也”^①,“以德为法”^②,“务以德善化民”^③。总而言之,法律只是用来管束老百姓的。虽然到了近世也可以发现一些弥足珍贵的民权思想萌芽。例如在明代,方孝儒就曾经就守法求治当中的利民与利君、良法与恶法、公共性与私益性之间的关系写下如此一段精彩的文字:

“……夫法之立,岂为利其国乎?岂以保其子孙之不亡乎?其意将以利民尔。

故法苟足以利民,虽成于异代,出于他人,守之可也。诚反先王之道而不足以利民,虽作于吾心,勿守之可也。知其善而守之,能守法者也;知其不善而更之,亦能守法者也……举天下之好恶之公皆弃而不用,而一准其私意之法,甚则时任其喜怒而乱予夺之平,由是法不可行也……”^④

黄宗羲更大胆直言,在专制君主的统治之下,“其所谓法,有一家之法,而非天下之法也”^⑤。尽管有这些民权思想的萌芽,社会的主流意识形态一直在漠视民权的诉求。对此梁启超的有关见解很中肯,他指出:

“我国成文法之起原不可确指,然以数千年之思想往往视法律与命令同为一物。”^⑥

当然,现代欧美各国也存在类似的观念。众所周知,实证主义分析

① 《荀子·君道》。虽然其本意在贤人德政,但这种法原论很容易导致所谓“生法者君,守法者臣”式的恶性法律实证主义。

② 《孔子家语·刑政·执轡》。

③ 《汉书·董仲舒传》。

④ 方孝儒:《逊志斋集·深虑论》。

⑤ 黄宗羲:《明夷待访录·原法》。

⑥ 梁启超:“论中国成文法编制之沿革得失”,载梁启超:《饮冰室合集·文集》第6册,中华书局1936年版,第6页。

法学派的鼻祖奥斯丁(John Austin)把法理解为主权者的命令,坚持“恶法亦法”的立场。^①更晚近一些还有布莱克(Donald J. Black)的定义:“法是政府实施的社会控制”,意味着“国家及其公民的规范性生活”。^②但是,这些主张由于忽视了对法进行合法化、正当化的处理或者“超越性控制”而始终受到广泛的质疑和批判。哈耶克(Friedrich A. von Hayek)关于自发秩序的理论把命令、强制以及组织都排斥在法的概念之外,把法治理解为通过同意而对一切立法进行限制的非法律性政治理想,就是要对奥斯丁之流的影响施行矫枉过正。^③

不言而喻,后一种以权利(right)限制权力(power)的法治观来自社会的现代性及其制度设计。^④根据现代法治主义的各种理论,国家权力的行使必须依照通过某种民主程序订立的宪法(无论是成文的还是不成文的),并且要求所有的社会活动在形式和实质这两个方面都符合宪政精神,不仅对于个人的违法行为,而且对于任何违宪的政府举措及法

① J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. by H. L. A. Hart, Weidenfeld and Nicolson, 1954, pp. 24, 32, 184ff., 253f., 346. 特别值得注意的是,奥斯丁的理论与德国的萨维尼(Friedrich K. von Savigny)、英国的梅因(Henry J. S. Main)等人的历史法学观点之间的相反相成的复杂关系。关于这一点,参见田中成明等:《法思想史》,有斐阁1988年版,第105~115页。

② [美]布莱克:《法律的运作行为》,唐越、苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第2页。另外,关于布莱克的法律概念的修正及其与中国历史经验之间的对应关系,参见Kam C. Wong, *Black's Theory on the Behavior of Law Revisited I - IV*, in *International Journal of Law*, Vol. 23, No. 2, 1995, pp. 213 - 215; Vol. 26, No. 1, 1998, pp. 75 - 119; Vol. 26, No. 3, 1998, pp. 365 - 392; Vol. 28, No. 4, 2000, pp. 327 - 374。

③ 哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版。同时可参见邓正来:“哈耶克的社会理论”,载《中国社会季刊》1997年8月;邓正来:“社会秩序规则二元观——哈耶克法律理论的研究”,载《北大法律评论》第2卷第2辑;石元康:“海耶克论自由与法治”,载《二十一世纪》第56期。但是值得注意的是,在反对现代的进步启蒙思想的保守主义社会理论的层面,哈耶克与奥斯丁的意识形态潜流其实是相通的。

④ 参见李步云:《走向法治》,湖南人民出版社1998年版;郭道晖:《法的时代呼唤》,中国法制出版社1998年版;夏勇:“法治是什么?——渊源、规诫与价值”、郑永流:“德国‘法治国’思想和制度的起源与变迁”,均载《公法》第2卷(2000年);蔡道通:“现代性:中国法治化的生成支点”,载《南京师大学报》2001年第2期。