

公法 与 国家治理现代化

张文显 / 主编

GONGFA YU GUOJIA ZHILI XIANDAIHUA

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法治与改革高端论坛系列丛书

公法与

国家治理现代化

主 编 / 张文显
副主编 / 胡 铭 余 军



 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公法与国家治理现代化 / 张文显主编. —北京:
法律出版社, 2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0094 - 2

I. ①公… II. ①张… III. ①国家—行政管理—现代
化管理—研究—中国②公法—研究—中国 IV.

①D630.1②D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 253623 号

公法与国家治理现代化

张文显 主编

责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 49.75 字数 832 千

印次 2016 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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 - 5197 - 0094 - 2

定价:138.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

党的十八大以来,以习近平同志为总书记的党中央毫不动摇坚持和发展中国特色社会主义,勇于实践、善于创新,深化对共产党执政规律、社会主义建设规律、人类社会发展规律的认识,形成一系列治国理政新理念、新思想、新战略,提出了“四个全面”的战略布局。党的三中全会、四中全会、五中全会分别就全面深化改革、全面依法治国、全面建成小康社会做出科学论述和重大部署,也就是分别对改革、法治、发展问题做出了全面部署,中国社会呈现出改革与法治“双轮驱动”的新局面。由此,在法治下推进改革、在改革中完善法治,将成为我国政治社会发展的主题,改革与法治的关系亦将成为我国法学和相关学科长时期的重点研究领域。

为了充分发挥法治对全面深化改革的引领和保障作用,充分发挥全面深化改革对“法治中国”建设的推动和促进作用,为改革与法治“双轮驱动”提供更加科学有效的理论指导和学理支撑,浙江大学决定设立并长期资助“法治与改革高端论坛”。论坛定位为高端性、开放性、国际性,每年举行一次。论坛由浙江大学党委书记金德水担任组委会主席,由我担任执行主席。

当前,坚持和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化,具有统揽全局的深远意义。法治与国家治理现代化有着内在关联和外

在的契合。法治是国家治理的基本方式,法治对于国家治理现代化具有决定作用,法治化是国家治理现代化的必由之路。

在法治当中,与国家治理最为贴近并构成其制度基石的是宪法,构成其主要制度载体的还有国家机构组织法和其他公法。基于这样的认识,论坛组委会将首届论坛主题确定为“公法与国家治理现代化”。本书正是首届论坛的直接成果,是与会的国内外专家学者思想的砥砺、智慧的结晶。

高水平、高质量的论坛是中国特色新型智库的重要形式和载体,具有凝聚思想共识、推进理论创新、引领公共思潮、服务党政决策、促进国际互信的重大意义。这正是我们策划举办“法治与改革高端论坛”的宗旨和目的之所在。基于此,我们期望着“法治与改革高端论坛”能够实现其预期,充分发挥论坛作为新型智库的积极作用,为“四个全面”战略布局的实施、为中华民族的伟大复兴贡献绵薄之力。

张文显

2016年7月19日

目 录

序	张文显	1
一、法治视野下的国家治理现代化		
1. 软法研究的多维思考	罗豪才 周 强	3
2. 中国法治新常态	张文显	18
3. 法治中国愿景的复杂性与风险	Ronald Jay Allen 著 王 颖 译	20
4. 治理与刑法	Bernd Schünemann 著 王 钰 译	28
5. 国家治理现代化关乎国家存亡	徐显明	32
6. 当今网络空间国际法规则的发展	Nohyoung Park 著 谭阳阳 译	35
7. 国家治理现代化标准问题之我见	陈光中	38
8. 国家治理现代化关键在法治化	胡建森	42
9. 试论依规治党和依法执政的法治蕴意	吴汉东	45
10. 中国现代化的全新维度 ——论国家治理体系和治理能力现代化	杜飞进	53
11. 中华优秀传统文化的法治资源及其现代传承体系	范忠信	90
12. 权力清单思维和政府治理模式	商文江	100
13. 中国特色的法律制度是如何形成的:以惩罚性赔偿制度为例	李友根	103
14. 中国纵向政府组织法治体系的解构与建构	江国华	130
15. 法的一般性对法治中国建设的意义	陈金钊 宋保振	171
16. 论中国法治评估的转型	钱弘道 王朝霞	185
17. 中国法治的浙江考察	钱弘道	223

18. 全球治理视野下的国际法治与国内法治	赵 骏	253
19. 由 KQID 引擎(道)提供动力的轩辕法治与义理	廖凯原	277
20. 地方政府的法治悖论与三重治理逻辑	陈国权	301
21. 法治政府建设:挑战、变革和创新 ——2010~2015 年代表性观点综述	彭 辉	305
22. 论公民参与法治化与国家治理现代化	王 颖	320

二、公法的发展与国家治理现代化

23. 国家治理现代化进程中的中国公法革命	公丕祥	335
24. 国家治理与公法发展:中国法治现代化的时代议题	公丕祥	346
25. 国家治理现代化与行政诉讼	应松年	371
26. 治理改革和行政法的范式变迁	叶俊荣 著 楼桓楸 译	374
27. 以中国特色社会主义宪法为基础推进国家治理现代化	周叶中	399
28. 宪法权威与国家治理现代化	韩大元	405
29. 《行政复议法》的修改	余凌云	411
30. 正义的名与实:依法治国与非诉争端解决 ——比较视野下的思辨	Michael Palmer 著 谭阳阳 译	428
31. 行政审批与政府改革 ——以广东省佛山市三水区“一门式”改革为例	刘 恒 彭箫剑	438
32. 公法规范解释方法的研究课题	刘 飞	453
33. 走向操作性的选举制度研究 ——以衡阳贿选事件三层处理方案的规范分析为例	郑 磊	459
34. 科技成果转化激励机制的政策比较及其立法吸纳 ——以武汉东湖和北京中关村文化科技企业的视角	石东坡 潘贤芬	475
35. 地方政府审批程序创新的实证考察与行政法理 ——以建设项目领域为例	唐明良 骆梅英	491
36. 后谢弗林时代的美国行政解释司法审查 ——基于若干判例的审视	黄 琳	516

三、通过司法的治理

37. 中国司法改革进程中的最高人民法院	张保生 李 吟	545
38. 从三维度看“三原色”		
——谈中国特色的司法规律	张雪樵	554
39. 司法公信力的理性解释与建构	胡 铭	565
40. 基层刑事司法转型与国家治理模式变迁		
——百年来浙江省龙泉市为中心的表达	张 健	586
41. 人民法庭组织体制论		
——基于云南省 M 人民法庭的实证分析	徐 清	604
42. 刑事证明标准的形式一元论之提倡		
——兼论审判中心主义的实现路径	吉冠浩	633
43. 规则·权利·能力		
——新时期行刑法治的法理研究	马臣文	658
44. 实践中的民事诉讼当事人的具体化义务	许林波	683
45. 司法权地方化问题的形成机理与理论阐释	章安邦	699
46. 新媒体自由之畛域:基于实证维度考察	自正法	715

四、学术对话:转型时期的法治与治理

47. 王泽鉴(台湾大学名誉教授)发言	733
48. 凌兵(澳大利亚悉尼大学法学院院长、教授)发言	735
49. 陈甦(中国社会科学院法学研究所党委书记、研究员,《法学研究》主编) 发言	737
50. Erika Techera(澳大利亚西澳大利亚大学法学院院长)发言	741
51. Neysun A. Mahboubi(美国宾夕法尼亚大学研究员)发言	745
52. Owen Josph McIntyre(爱尔兰国立大学、科克学院大学教授)发言	748
53. 沈远远(浙江大学教授,哈佛大学费正清东亚研究中心研究员)发言	760
54. 林峰(香港城市大学法学院副院长、教授)发言	763
55. 季卫东(上海交通大学凯原法学院院长、教授)发言	766
56. 葛洪义(浙江大学光华法学院特聘教授)发言	769
57. 商文江(西南政法大学副校长、教授)发言	772
58. 王振民(清华大学法学院院长、教授)评议及总结	775

59. 史晋川(浙江大学金融研究院院长、文科资深教授)发言	778
60. 董茂云(宁波大学法学院特聘教授)发言	781
附录1 首届法治与改革高端论坛组委会名单	784
附录2 法治与改革国际高端论坛公法与国家治理现代化议程	785

一、法治视野下的国家 治理现代化

软法研究的多维思考^{*}

罗豪才^{**} 周 强^{***}

中国软法理论的提出及其研究的深入是在法治实践和治理实践的大背景下展开的。自 2005 年底北大软法研究中心成立以来,我国软法研究步入快行道,在拓展法学研究视野、拓宽法学研究领域、引入新的研究方法等方面都起到了重要作用。更重要的是,通过软法这一媒介,把学术关注点与国家、社会乃至整个时代的发展和变迁紧密联系在一起。近几年来,对软法持直接否定态度的学者少了,而予以正视和研究分析的人多起来,但还是有一些不理解甚至质疑的声音。这也说明软法理论还不够成熟和完善,而这将激励我们在前行的道路上解放思想,不断拓展。一方面,要从人类认识规律的角度去审视软法,从社会文化角度去关照软法,把软法这棵大树的根扎牢;另一方面,要继续拓宽软法研究的领域和范围,完善软法机制,让软法变得更加枝繁叶茂。

一、软法的兴起和发展有其深刻的哲学背景和认识论根源

法兴起与公共治理的关系在之前的研究中已经

^{*} 本文公开发表于《中国法学》2015 年第 5 期。

^{**} 作者单位:北京大学。

^{***} 作者单位:中国致公党中央参政议政部研究室。

做过较为深入的分析和阐释,本文这一部分拟从认识论角度对软法的哲学背景作一考察。

(一)现代法治以理性化为特征,法治建设中国家中心主义色彩浓厚

德国思想家韦伯以理性作为分析西方法律制度以及整个西方社会的核心概念工具,用“理性化”一词概括了西方近代文明的形成过程和基本特征,认为理性化构成了现代化的核心。现代法治源于西方社会,它的最为明显的文化特征无疑也是理性化。“法的现代性就是法的理性化,法的现代性问题实际上也就是理性的问题,或者说是理性化的法律和法律制度的问题”。

韦伯将合法的统治类型分为三种:传统型统治、个人魅力型统治和法律理性型统治。他认为现代西方社会的“法治国”理想属于法律理性型统治,其统治基础是一套内部逻辑一致的法律规则以及得到法律授权的行政管理人员所发布的命令。而法律理性型统治的出现和确立与民族国家的兴起和强化是同步的。组织严密的国家既体现了人类理性的成就,也是适于大规模、统一化实施法律的最佳工具,因而国家成为法律领域中理性的代言人,严格的法律程序成为理性的背书。其结果是国家垄断统治和行政资源,垄断制定法律的权力和合法使用暴力的权力,并由一整套理性化的官僚系统代表国家实施对社会的日常管理。

现代法治建设中,理性、国家等因素交织在一起,法与国家挂钩,进而被与国家强制力捆绑起来。这妨碍了人们对法的内涵及其实施机制的全面认识,将国家与社会割裂开来。这种国家中心主义观念主导下的法治产生了一系列弊端。首先,在立法方面,强调法出于国家,将导致社会自我治理和自我调适无意中的边缘化。其次,在执法过程中将导致两个问题:一是形式主义严重;二是过度依赖强制力,执法简单粗暴,极易激化社会矛盾。最后,在司法方面,容易导致“机械主义”和“司法中心主义”两种倾向,要么把司法过程简单化、庸俗化,要么过分拔高司法的功能。

(二)现代性反思与软法兴起

现代性的核心理念和哲学基础是理性,但有时也会因过于强调和倾向工具理性或科技理性而带来弊端,以致对人的全面发展产生漠视,由此带来一系列的问题。20世纪中后期以来,西方学界对现代性弊端的反思和批判主要表现为两条路径:一是以利奥塔、福柯和德里达等为代表,对现代性本身进

行颠覆和解构。其以各种后现代性话语揭露现代性问题的内在根源,认为现代性过于强调总体性、普遍性、人、理性、自我等,压抑和遮蔽了差异、特殊、自然、身体和他者,现代性问题的总根源就是理性主义和主体主义的专制,因此必须对它进行彻底的颠覆和解构;二是以哈贝马斯为代表,致力于现代性的完善和重建。他把现代性看做是“一项未完成的规划”,主张对继续进展的现代性加以引导。他认为只有把意识哲学范式转换为交往行动理论,在“生活世界”中重建“商谈理性”,才能拯救启蒙现代性。法学领域内的反思也在这一大背景下展开。

由于缺乏一个超国家主权的存在,国际法领域内的法治化状态始终与国内法领域呈现出不同的面貌。在国际法领域,立法主体与义务主体是同一的;义务是建立在每一个义务方都接受的基础之上的;并且义务的履行和实现也不借助任何强制性力量。基于这些特点,软法在国际法领域的兴起几乎是必然的。在某种程度上可以说,在国际法领域从来都不存在完全国内法意义上的硬法,国际法领域天然就适合观念的革新和软法的勃兴。

与国际法不同之处在于,在国内法领域存在着国家这样一个绝对的主权者,国家垄断法律资源,是唯一的合法权力来源。但随着传统的国家管理模式的失灵,公共治理逐步兴起。一元的国家管理开始过渡到多元主体的公共治理,立法权由国家垄断变成由国家与社会共享。国家对法资源的垄断、硬法对“法”概念的垄断被打破,社会摆脱了传统治理模式的国家中心主义倾向。软法作为公共治理、全球治理的重要工具和手段,既是这一转变的结果,也是这一转变的践行者。随着公共管理的逐步开放和公民参与的逐步加强,国内法中的软法与国际法在不同的层面上、以不同的形态反映出来。

(三) 软法对传统(硬)法理论的反思和发展

1. 理念更新:软法的兴起使法与国家、国家强制力脱钩,打破了国家对法资源的垄断,扩展了合法性内涵

从国家立法到共同体立法,软法的出现使得立法主体多元化,进一步适应了立法民主化的需求。事实上,法的概念的本质并不在于“国家”,也不在于“国家强制”。从法律人类学的视角来看,早在初民社会即已存在一种“非国家倾向的、没有专门机构实施的、不具有国家强制力的规范”。埃利希也认为“法的概念的本质特征既不在于它来自国家,也不在于它充当法院或其他国家机关判决的基础,或者构成此种判决之后的法律强制的基础”。软法的

兴起即为这一类理论主张的实践注释。

软法的兴起还拓展了合法性内涵。传统硬法的合法性来源于国家意志的确认,来源于议会的代表性,来源于议会议事的多数决规则,来源于严格的立法程序等。但正如学者所言,法并不是根植于国王或议会的意志,国家意志不应当成为软法规则的唯一而必要的合法性基础,法依靠的应当是人们与规则制定者、实施者的有效交互与合作。软法的兴起使得对于合法性的考察不再只着眼于形式主义的要求,而是包含更多实质合法内容,包括参与立法的意志是否具有代表性广泛性,立法过程中各方意志是否得到了充分表达,利益表达机制与博弈机制是否公平完善,法律的通过程序应如何兼顾考虑各方意志等。

2. 形态更新:软法的兴起解决了法概念缺乏层次性的问题,充实了法律形态

从“法即硬法”到“法是硬法和软法的混合法”这一认识的转变正好可以反映这一点。在传统的硬法一统天下的局面下,法是平面的,缺乏层次、缺乏立体感,硬度固定,灵活性不足,这也决定了其适用领域和范围有限。软法的出现使得法在硬度上有了区分,不再是一味的强制或以强制为威胁。当摆脱了国家强制力的束缚后,法的视野就豁然开朗了。首先,在调整范围上,由于不必考虑强制性义务的设定和要求,从而可以将更多的内容和事务纳入法的调整范围;其次,在条文内容上可以更为灵活,不只是强制性的义务性的要求,还可以把更多的倡导性的内容、合作性的方式放入规范之中;再次,软法的出现使得执法依据更多样化,执法方式也可以更灵活,选择更多;复次,多层级的法律规范也促使司法审查体系的多样化,可以针对软硬法的不同层级来设定不同的审查机构和审查机制;最后,在法律实施上也能取得更好的实效。

3. 机制更新:软法的兴起丰富了法律的形成、实施诸机制,保证法律的实效法观念和形态的变化必然会要求法机制的改变

在法的创制上,以多元立法为标志的民主立法机制出现。变原先封闭的自上而下的国家垄断立法为上下互动的社会协同立法,不但吸收多元意志参与立法,甚至多元主体可以独立创制法律。

在法的形成上,以一致通过为特征的协商立法机制出现。软法以协商一致为法律通过的要件,而没有采取硬法那样的以少数服从多数来通过法律的机制。在制定程序上,从严格的法定程序、立法程序到简易的磋商、谈判、协调等多种方式纷纷出现并得到认可。

在法的实施上,以社会强制和自愿服从为特征的多样化实施机制出现。从国家强制到社会强制、从单纯的强制到制约激励并用、从强制到自愿服从等。强制义务与非强制义务并用,义务性要求与期望并存,注重法律实施与合作。

软法及软法研究的兴起不但是对公共治理的应对与回应,也是人类认识发展的必然,体现了法治发展的趋势。提倡软法研究,既不构成对现有法的冲击,更不会对法治建设带来负面影响。软法非但没有消解硬法的正当性,反而为硬法增添了正当性来源,拓展了法律层次,丰富了法治内涵,缓解了法治全球化与文化多样性之间的紧张关系,为法学研究打开了一扇“阿里巴巴之门”。

二、中国的软法研究有其特有的实践优势

(一)文化多样性与软法

法律本身是文化的一部分,研究法律必须从社会文化着手,因为“所有人类的法律都存在于人类行为之中”。学者吉尔兹把法律看做是一种地方性知识,认为法律与地方、时间、阶级、道德、宗教、历史、礼仪、习俗、信仰、情感等各种问题相连,强调法律的地方特性,重视对法律与法律之间的具体的区别进行研究。他认为将来可能的发展趋势不是不断接近的法律的统一,而是法律进一步趋向于互有区别。

法治建设不能脱离各国实际,多元文化决定了法治建设的多样性。当我们摆脱了工具理性思维局限,在法治建设中就不会拘泥于某种特定的统一模式要求。考察各国的法治建设,无论是先发的英、法、德、美等国,还是后起的俄罗斯、东欧等国家和地区,在法治建设上无疑都是建基于自身实际的。不同国家的国情和文化以及历史传承决定了在法治建设上的区分度和多样性。从最初亚里士多德的法治两理念——优良的法律和对优良之法的普遍遵守开始,法治就张开臂膀欢迎这一理念下的所有丰富的实践探索。讲法治要承认和遵守最基本的原则共识,但又不能采取教条式的僵化理解。多元文化和多样实践决定了法治之路和法治模式的多样性。

法治在中国属于传来而非本土生成,对于中国这样的国家来说,往往存在着外来的法治理念与中国传统观念之间的不协调,二者之间存在着一定的紧张关系,换言之,存在一个中国化的问题。马克思主义进入中国经历了一

个中国化的过程,法治建设也不可能脱离中国实际,也需要经历一个中国化的历程,而软法恰好是一个理想的中介。软法本身尊重既有做法,注重对现有做法的总结分析,尊重现成的解决方案,注重研究现有策略的机制和合理之处。软法注重实效,不拘泥于形式;注重协商,不借助于强制力,这些特性使得其不依赖国家这一工具,从而也更尊重能够在现实生活中发挥实效的传统性做法与惯例。中华传统“和合”文化中强调合作、注重和谐、淡化对抗等理念与软法的特征相合,从而为软法在中国的发展提供了传统文化的支持。

(二)软法理论与中国法律实践

1. 软法研究进入中国——从国际法到国内法

软法理论最初主要是在国际法领域大行其道。而我国自改革开放以来国内大背景的转变有力推动了法治革新。我国自改革开放以来一直处在社会转型期,从政府层面看,政府职能在转变,从管理型政府向服务型政府迈进,旧有的国家管理模式失灵,新的公共治理模式在兴起,政府管理模式由大政府小社会逐步过渡到小政府大社会;从社会层面看,公民社会在崛起,国家与社会的关系在重新调适,公权与私权的界限在重新划定,一种新型的国家与社会的关系在建立和形成;从个人层面看,公民民主意识和参与意识不断增强,社会主义民主不断深化,如近几年来各地屡次发生的公民自发发起和参与的环境保护群体性事件等都能反映这一点。进入21世纪以来,利益关系日趋多元,各种社会关系更趋复杂,社会矛盾出现新的态势,改革进入攻坚期。社会正处在转变和加速发展的大潮之中,更应当加强对国家治理理论的研究和立足本土的中国特色制度的研究。而把软法理论引入中国,提供了一种新的看问题的视角,提供了一个新的理论工具和理论框架,实现了软法由国际法向国内法的跨越,也为软法发展提供了广阔的空间。

2. 软法理论能够有效解释中国的法律制度和法治现状

国内法意义上的软法理论研究,较早是从国内公法领域展开的。在研究公共治理和协商民主的过程中我们发现,像民主党派、政协组织这种极具中国特色的现象,长期以来一直存在而且行之有效,但又没有以硬法规范的方式体现出来。这是在中国实现法治的一个难点,也是对既有法治理论的一个挑战。而软法理论恰好为此提供了一个解释性的框架,能对此做出回应。

软法理论对中国实践作出了理论概括和解释。中国特色的法律体系、中国特色的法律制度及中国的政治架构,与西方的经典法治理论并不完全相