

图书在版编目(CIP)数据

法治实现论/眭鸿明著. —南京: 南京师范大学出版社, 1999. 12

(金陵法学论丛: 7/公丕祥主编)

ISBN 7—81047—448—0/D·42

I. 法… II. 眭… III. 法制—研究—中国
IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 10967 号

南京师范大学出版社出版发行

(江苏省南京市宁海路 122 号 邮编 210097)

江苏省新华书店经销 南京气象学院印刷厂印刷

*

开本 850×1168 1/32 印张 9.75 字数 245 千

1999 年 12 月第 1 版 1999 年 12 月第 1 次印刷

印数 1—1000

定价:15.00 元

(南京师大版图书若有印、装错误可向承印厂退换)

法制实现论

主 编 眭鸿明
副 主 编 刘旺洪 夏锦文
编 委 (以姓氏笔划为序)
公丕祥 李 力 李玉生
刘旺洪 吴增基 夏锦文
龚廷泰 黄和新
编 辑 者 南京师范大学法制现代论研究中心
执行编辑 刘旺洪

南京师范大学出版社

1999 · 南京

金陵法学论丛

总 序

21 世纪正在快速地向我们的世界走来。

在即将迈向另一个新世纪的时候,我们大家都在深深地关切着我们国家社会变革的进程,关切着伴随社会转型而展开的走向现代法治国家的时代趋势,也关切着当代中国法制现代化在新旧世纪交替之际所出现的机遇和面临的挑战。为了进一步推动我校法学研究工作的开展,为繁荣和发展中国法学尽绵薄之力,我们编辑出版了这套法学研究丛书。

《金陵法学论丛》的学术宗旨和研究范围是:顺应世界法律发展的进程和规律,探讨法律发展与社会进步的互动关系及其社会哲学基础;建构法制现代化的理论逻辑系统;比较不同国家法律文明成长的独特道路,以及法制现代化的多样化模式和发展趋势;研究现代市场经济条件下法律发展的基本原理、目标模式,揭示法制转型的基本条件、动力及规律;深入研究法律传统与中国法制现代化的内在关联及其机制;考察依法治国进程中部门法制的发展、完善乃至现代化的基本特征、走向及实现途径;组织翻译出版外国学者在法律发展和比较法律文化方面的有代表性的力作,以借鉴吸收世界法律的文明成果,为建设社会主义法治国家进行既具理论

价值又有实践意义的学术探索。

《金陵法学论丛》是一套以法哲学、法社会学、比较法律文化、法制现代化和部门法学研究为主要内容的学术丛书。这套丛书以江苏省人民政府重点学科——南京师范大学法学理论学科为依托,以法律系全体教学科研人员的长期学术积累为基础,由南京师范大学法律系和法制现代化研究中心组织编撰。我们计划每年推出若干本专著,认准方向,坚持不懈,使论丛成为我校高层次法学理论成果荟萃的一方学术园地。我们深知,要使这样的构想成为现实,除了仰赖海内外法学界专家学者的指导和帮助外,仍需我校全体法学同仁的努力拼搏和严谨踏实的学术研究工作。

《金陵法学论丛》的顺利出版,得益于江苏省人民政府对我校法学理论重点学科的支持和资助,也得到了海内外友人的关顾与帮助,南京师范大学出版社的领导和同志们也给予了全力支持,付出了辛勤的劳动。在此,谨向他们表示诚挚的敬意和谢忱。我们坚信,伴随着当代中国法制现代化的伟大进程以及法学研究工作的深入拓展,我们一定会以学术研究的有价值的成果,促进中国建设社会主义法治国家的时代进程,回应新的世纪、新的时代对中国法学工作者的历史期待。

法 律 系
南京师范大学
法制现代化研究中心
1997 年 12 月 8 日

目 录

总序	(1)
第一章 法治的内涵与体系	(1)
一、法治内涵的认识误区	(1)
二、法治内涵的静态考察	(3)
三、法治内涵的动态考察	(8)
四、构建理想的社会主义法治体系	(12)
五、几点启示	(20)
第二章 法治的价值	(26)
一、法治价值的意义	(27)
二、法的精神是法治理性价值所在	(28)
三、维护权力主体自身利益是法治工具性价值	(42)
四、公平的效益是法治的功利价值	(46)
五、法治体制的价值——法治幸福	(49)
第三章 法治的实现条件	(51)
一、社会主体法的观念与法律精神的形成	(52)
二、权力主体的现实需求——法律调整的普遍化	(57)
三、社会物质生活条件的历史变迁	(59)
四、市民社会力量的聚合	(63)
五、执政党与法制运动和谐统一	(66)
第四章 法的观念与法治实现	(69)
一、关于法的观念	(70)

二、法的观念作用阐释·····	(77)
三、法制现代化中的法的观念·····	(81)
四、法的观念的形成途径与方式·····	(87)
第五章 法律意识与法治实现·····	(92)
一、法律意识的内涵及结构·····	(93)
二、法律意识与法治实现的关系·····	(98)
三、影响法律意识的主要因素分析·····	(105)
四、法制现代化进程中的法律意识的培养·····	(108)
五、法律信仰——法律意识的归宿·····	(119)
第六章 传统法律文化与法治实现·····	(122)
一、中国传统法律文化的总体精神·····	(123)
二、传统“法治”合理要素与法治实现·····	(130)
三、传统“德治”合理要素与法治实现·····	(133)
第七章 中国传统经济法律文化与法治实现·····	(146)
一、中国经济法律文化的传统·····	(146)
二、传统经济法律制度的思想基础·····	(159)
三、从传统到现代的变革历程·····	(164)
四、传统经济法律文化与现代法治观·····	(169)
第八章 法治实现的途径(一):法治政治·····	(176)
一、法治政治概述·····	(177)
二、法治立法·····	(180)
三、法治行政·····	(184)
四、法治司法·····	(199)
第九章 法治实现的途径(二):法治经济·····	(203)
一、法治状态下的经济运行模式·····	(204)
二、法治与经济运行发展的内在机理·····	(209)
三、法治体制在我国经济运行发展中的功能展现·····	(213)
四、构建规范的民商法律体系,创建优良平权经济	

领域	(217)
五、构建有特色的经济行政法律制度,创造高效管理环境	(226)
六、法治经济实现的切入点	(229)
第十章 法治实现的途径(三):法治社会	(237)
一、法治社会的社会结构	(238)
二、社会对法治体制的需求	(242)
三、法治体制下,社会关系重新整合的模式与目标	(250)
四、建设社会主义法治社会的关键 ——社会组织的有效运作	(256)
第十一章 法治实现的途径(四):法治文化	(273)
一、文化的法治——文化对法治的需求	(275)
二、法治下的文化——法治与文化的合璧	(282)
三、社会主体的思想变革,是法治下文化实现的基础 工程	(289)
四、法治的文化——阶级社会的文明归结	(295)
后记.....	(303)

第一章

法治的内涵与体系

内容提要

全面认识法治的内涵,是实现社会主义法治国家必须首先解决的问题。法治不仅意味着“以法治理”和法律的普遍适用,完整意义上的法治具有深刻的内涵。从静态考察,法治是确立民主、权利和自由等法的精神的载体,是统治者实现其法律精神的理想模式。从动态考察,法治无疑是法制现代化运动的唯一目标和逻辑结果,而这个结果本身又是“法律至上”和“法律普遍适用”的运作体制。全面剖析法治内涵,提出建立社会主义法治体系的构想。针对法制现代化进程中存在的问题,认为建立法治国家的关键是社会主体法的观念、法律意识的培育和法律制度的重构,而不在于受权力主体思想和国家法律制度驾驭的法律实行的过程。

一、法治内涵的认识误区

党的十五大提出了建立社会主义法治国家的战略构想,这个战略构想蕴含着具有民主精神和依法治国价值理想的全新的“法治”思想,这是党和国家在“依法治国”道路上树起的一个新里程碑。而人们对于“建立法治国家”这一具有深远价值意义的战略目

标,在对“法治”内涵的认识上仍存在许多模糊不清的误区。

现今众多的学者都认同了这样一个“法治”内涵,即“法治是主要依照法律来治理国家和社会的一种治国方略”。然而细细品味这个解释,虽能体会到“法治”与“人治”的对立感以及法治的普适性,但仍有三个缺憾却无法抹去。

其一,这里所说的“法律”是指什么法律,是“良法律”还是“恶法律”?是民主的法律还是专制的法律?是包含授权性法律在内的所有现行法律,还是仅仅指禁止性的法律和义务性的法律?

对法律不作任何定语和修饰,可能产生的直接思维结论:权力主体大量援用制约性的法律甚至“恶法律”来“治民”和“治世”,从而减缓社会的民主化进程和真正的“以法治国”。

其二,“治理”一词,仅仅表达了国家制约和国家强制力的泛用过程。法治的“治”不仅包含上述“治理”的语义,更多的时候,包含着“和谐、成功、致盛”的意义。如“天下大治”,明确地展现了一幅和谐的太平盛世的图景。而“治理”仅表明了法制运动轨迹的一个侧面。从这个层面来全面认识,法治应该是既包含法制运动中的调整、治理的动态过程,更包含这一运动过程的目标和结果。

再从法律规范的两种模式进行考察,“治理”一词也有不妥。因为它仅表明了国家对保护性模式的形式运用,其内在的愿望仅表露为对违背制约性法律规范行为的惩罚、制裁的结论追求,没有体现对社会主体权利和自由的行使调整及多层次保障。

如果从受中国传统专制思想长期影响的治国理念来进行考察,把“治国”与“控制和防范”联系在一起并不难理解。而“法治”作为治国的一种模式,必然也就顺乎其然地趋同于控制和防范,只不过这种控制和防范的主宰是“法”而不“人”。因此下述公式的推论最能反映这种“法治”观的意蕴:“∵ 治国 = 制约和控制 = 制国, ∴ 法治 = 以法制约和控制 = 制国 = 治理国家”。这样的“法治”观念必然有害于治国方略的实现。

其三,“法治”内涵的描述不足之处还在于:这里的“法治”没有反映出法治的阶级性,致使许多人误认为“法治”是天下同一的目标和追求,从而忽视法治的阶级本质。

法治既然是治国的方式,那么它与国家、阶级势必紧密相连,不可分割。资本主义的法治,只能是表示维护资产阶级利益和意志的价值趋向,社会主义的法治则应该让广大人民群众更好地当家作主、行使国家权力和实现自己的理想。超越阶级属性的所谓“人类共同理想”的“全球性法治时代”是不可能存在的。

可见,如何去理解和认识“法治”这一看似浅显却包含深刻意蕴的话题意义重大,它直接涉及到建立和实现社会主义法治的价值追求。

二、法治内涵的静态考察

法治包含着丰富的内涵,可概述为:法治是指掌握国家政权的权力主体,在确立法的精神和反映其利益意志的法律精神基础上,普遍地对国家事务、经济和文化事业、社会事务实施法律调整的治国方式和结果。法治的本质突出表现在以下几个方面:法治是确立民主、权利和自由等法的价值理念(即法的精神)的载体;法治是权力主体实现其法律精神的理想模式;法治决定于社会物质生活条件基础上产生的法权;法治也是社会调整中的国家意志普遍地运用过程。

(一)法治是确立民主、权利和自由等法的价值理念的载体

法的价值理念是法的灵魂所在。这里所说的法是应然的法,是先于法律存在的应有权利。“权利是法的本体,法就体现在社会

主体权利之中”^①。因而从这个意义上讲,权利就代表着法的价值理念,相对于法律而言,法是社会物质生活条件中生成的理性,法是合理的和无可辩驳的,因此法是公正、正义、公道的象征。基于物质生活条件之上的法自然地赋予社会主体以权利,这是法所表露出的恒定的公正、正义和公道。

既然法表达着毫无争议的、恒定的公正、正义、公道,因而真正的法治必然满载民主、权利和自由等法的价值理念。在民主、权利、自由等法的价值理念中,民主不仅是权利自由的保障,而且是法的价值理念的核心。可以这样认为:民主是法治的基础和前提,没有民主,就不可能有法治。这里,民主含有民有、民享、民治三个要素,其实质意义是“主权在民”(Popular Sovereignty)。

中国古代虽然有“民为贵,社稷次之,君为轻”的说法^②,然而这里的“重民”思想只不过是统治者“治国”、“治民”的技巧而已。“民为贵”思想充其量也就是表达了民主内涵三个要素中的一个,即“民享”观念,因为“在中国政治思想中,从未有过天命是可以传给老百姓的观念”^③。可见,传统的中国政治思想中,由于没有民主的思想,所以依附民主而存在的法治也就无从谈起。由此可以看出,说中国古代法家有“法治”思想显属不妥。先秦法家虽广泛使用“法治”一词,但他们赋予“法治”的内涵是:君主运用国家权力和反映自己阶级意志的法律来限制包括君主本人在内的各社会主体和广泛使用刑罚惩治“乱臣奸民”,维护专制统治。所以,法家们的所谓“法治思想”实质上是“用刑治世”,是与统治者的专制紧密

① 公丕祥:《法哲学与法制现代化》,南京师范大学出版社 1998 年版,第 4 页。

② 《孟子》

③ 林毓生:《中国传统的创造性转化》,三联书店 1988 年第 1 版,第 90 页。

相联的。它与真正的法治,即民主的法治的价值理念恰好背道而驰。

有不少学者在谈论法治时,总是把亚里士多德的法治概念拿来使用,并以此作为立论依据。亚氏称“法治是指已成立的法律获得普遍服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定的良好的法律”^①。这种解释存在的最大弊端就是没有说清楚法治与民主的关系。亚氏这里所说的“已成立的法律”,反映不出究竟是民主的法律,还是专制的法律。如果是民主的法律,那么,民主下的“普遍服从”,应当是符合法治实质条件的,但如果是专制的法律,是“作民之主”的法律,则不可能有“法治”的存在。再者,亚氏提出“大家所服从的法律又应该本身是制定的良好的法律”。这里的“良法律”根本找不到公正的评价标准。亚氏的“良法律”不仅是超阶级的“良法律”,而且就其“法律”制定的基础和前提而言会产生这样的结论:无论是民主产生的法律,还是专制产生的法律,只要是“良法律”,并被普遍服从,就可以被认为是法治。由此可见,亚氏的法治观仅仅反映了法治的形式要件中“法律的普适性”问题,而远远没有反映法治的内涵和实质。

归纳起来可以看出,法治对民主、权利和自由等法的价值理念的确认与维护,在法这一层面上有四点结论:一是无论是资产阶级法治,还是社会主义法治(仅有的两种法治历史类型),都应该(也是必然的)是首先体现法的价值理念的;二是法的价值理念是没有阶级属性的,是社会主体的应有权利;三是法的价值理念来源于社会经济关系及人们的相互交往,并随着社会物质生活条件的变迁而发生变化,但民主、权利和自由是永恒的;四是民主、权利和自由作为恒定的法的理念,是判断法治的理性标准,缺乏或丧失民主、权利和自由的法制,绝不是“法治”。

^① 亚里士多德:《政治学》,商务印务馆1982年版,第199页。

法治对民主、权利和自由等法的价值理念的确认与维护,在法律层面上有三点意义:一是法律由民主产生,法治只能是民主的法治,而没有其他任何可替代的类型;二是对社会主体的应有权利,应当积极地、自觉地根据社会物质生活条件的变化而确认并转化为法律,并保障每个社会主体的法律权利和自由;三是社会主体在适用法律时一律平等。

(二)法治是权力主体实现其法律精神的理想模式

法的精神存在于社会物质生活条件之中,任何社会主体都享有法的利益这一应有权利,而法律精神只能由掌握国家政权,并且有“奉为法律”必要和可能的权力主体所享有。^①只有权力主体的观念中认为是“权利”的权利(法的本体),才是其“正当的”、“公道的”权利。并且,权力主体只有利用国家权力,把他们的权利观(即法的观念)“奉为法律”,才能确立为法律规定权利并形成他们的法律精神。

在前资本主义社会,统治者的权利观是以剥削和压迫为其前提的;资产阶级的权利观是以对工人阶级的统治利益为前提的。显而易见,体现权力主体权利观的法律精神作为他们仅有的专利,有着鲜明的阶级色彩。

既然法律是权力主体法的观念(法的理念是客观的,法的观念是主观的)、利益和意志的体现,作为确认和维护这一法律精神的法治,必然也具有鲜明的阶级性。也就是说,掌握政权的不同权力

^① 提出权力主体概念,基于两点考虑:一是不少学者认为,国家权力由国家机关及工作人员所享有,而把人民群众作为权力的对立面来对待,这是一个理论上的误解。国家权力应当属于权力行使的真正主体——人民群众。二是长期以来,我们习惯用“统治者”来称呼国家政权的掌握者,但对社会主义国家而言,由于阶级性与人民性的统一,统治者这一称谓易引发歧义,故而用“权力主体”概念替代“统治者”概念更为合适。

主体拥有不同的法治价值取向。资本主义法治的价值取向必然是资产阶级的根本利益所在；社会主义法治的价值取向，必然是广大人民群众的法观念和利益所在。

法治的阶级性是不可否认的。有的学者认为“法治作为一种现代治国的形式，如同市场经济一样，既可以为资本主义服务，也可以为社会主义服务，它是社会历史发展进程中人类共同创造的一种文明成果”^①。这种观点的错误之处在于把应是权力主体的“法治”当成了社会主体的共用品，并套用“三个有利于”的标准，片面表达了法治“为社会主义服务”这一工具性价值。事实上，法治作为具有满载法的理念和法律精神的价值追求，不是用“服务”就可以解释的。法治更具有价值评判的内涵。

当然，法治的阶级性并不排斥法治对社会主体应有权利（法的精神）的确认和维护。如前所称，法治首先是法的价值理念，即主体应有权利（民主、权利和自由等）的载体。但社会主体的应有权利的获取是在权力主体权利观（法的观念）充分体现的基础上，或者说是权力主体的价值取向随物质生活条件的变化在演进中逐步实现的。社会主义法治应该是在人民的范围逐步扩大，人民的利益不断扩展中，通过深刻的法制变革（法制现代化）的历史进程，不断从社会物质生活条件中吸取应有权利，从而扩充人民的现有权利、实有权利。并在此基础上，更多更好地确认和维护其他社会主体的法律利益。

（三）法治的根本是社会经济关系

考察法治这一社会调整机制，决不应与制约法治性质、内容、途径的社会经济关系相割裂。分析我国法治实现过程（即法制现代化），虽然可以看到对法治起作用的若干因素，如法治理念与文化、法律规范、法治环境等，然而真正起决定性作用的只能是社会

^① 参见《著名学者论依法治国》，载于《法学》1996年第10期，第5页。

经济关系。

社会经济关系是社会物质生活条件中(除经济关系外,还包括地理环境、人口状况等)起决定意义的因素,它是由一定生产力水平所制约的生产关系、经济条件。马克思曾明确指出:“君主们在任何时候都不能不服从经济条件,并且从来不能向经济条件发号施令。无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。”^①作为权力主体利益所在的法治体制,归根到底,必须在社会经济关系中生成,决没有脱离社会经济关系的凭空架立的法治模式和法治内涵。从法治的价值取向到法治的每一个具体措施,都体现着一定的生产关系的要求,“从来不能向经济条件发号施令”。

社会经济关系对法治的决定性意义,并不排斥其他社会物质生活条件对法治的制约。完美的法治是深深植根于社会物质生活条件之中的。

三、法治内涵的动态考察

对法治的静态考察,回答了“法治是什么”的问题。对法治的动态考察,则从社会运动(法制运动及法律调整)角度来分析回答“法治从何而来”和“法治要干什么”。

(一)法治是法制现代化的唯一目标和逻辑结果

法制现代化是一个过程。法制现代化是指国家从法的精神到法律制度的整个法制体系向法律精神的价值指向迈进并推动现代文明的进展、促进社会进步的历史进程。完备的法制现代化包括法的观念现代化、法律规范为核心的法律制度现代化、法律文化和环境的现代化以及法律技术和物质设施的现代化。法制现代化必

^① 《马克思恩格斯全集》第4卷,第121~122页。

然会产生出下列结论：要求法成为社会主体中的正义和公道的真正象征；要求国家在深厚的物质生活条件之上赋予社会主体丰厚的现有权利；要求体现法的精神的国家意志的法律成为社会调整的主要手段。而这一境界正是完美的法治状态。

在我国，把法治作为法制现代化的目标，不是随心所欲的空谈，而有着深刻的时代背景和强劲的驱动力。

1. 社会主义民主政治建设初显成效，但任务艰巨。

建立社会主义民主政治，确立自己的法律精神，创建充分享有应有权利的政治体制，这正是法治理想模式中的“内核”。多年来，我们国家致力于民主政治建设，并取得了丰硕的成就，诸如：人权保障措施的增多；人民代议机构的健全与职能的扩展；政府机构的精简与职能的转换；国家公务员和国家司法人员对公民权利意识的增强；党的政策与党的领导行为规范化和宪法至上意识的确立，等等。

在获得上述种种成就的同时，不难看到，中国的民主政治建设还远远没有实现其价值理想。侵犯公民权利的事件常有发生；政府行政不合理行为时有表露；社会主体的法的观念和法律意识尚未完全树立。总之，法还未成为人们心目中公正的偶像，法律也未能充分体现法的精神，社会远远没有建立起以法律调整为主导的社会调整结构。因而，体现社会主义民主政治“内核”的法治尚有时日，法制现代化的任务仍很艰巨，其道路漫长。

2. 法治已成为世界性法制运动的追寻目标。

法治是一个带有世界性的人类对现代文明理想的战略选择。虽然各国所追求的法治的阶级意志和内涵不尽相同，但“以法治国”“法律至上”“法律全方位覆盖”等法治的普适性原则和对文明的祈望是共同的。

现代法治是现代文明的重要组成部分，法治无疑是现代文明的丰硕成果，是体现现代文明最佳的体制模式。世界众多国家将

法治作为立国的基本指导思想,尤其是广大的发展中国家更是兴起了一个以“法治”为目标的法制现代化运动。法制现代化与法治愈益成为国家发展、社会文明的一个基本评价指标。法治的呼唤与各国法制现代化的变革进程,业已成为一个时代的强撼的声音。

3. 法制现代化对社会主体应有权利的演绎和确立是实现法治的核心价值的伟大历程。

法治的核心价值及法治最为偏重的是社会主体特别是公民的应有权利和现有权利的趋同。而法制现代化历程的实质就是围绕确立、扩展并维护社会主体的权利自由而展开的。

权利和自由“是人性的价值确认,是人的价值地位的集中表现形式之一”。“自由作为反映人权现象价值尺度的基本意义,就在于突出社会主体在社会关系领域中的实际地位,反映了主体的不可抑制的权利感和公平感”^①。法制现代化正是一种饱含人性解放和民主的价值理想的文明化过程;是重视人的权利自由的价值理念的运动过程。

当然,自由和权利决不等于主观任性。法制现代化追寻的权利和自由是一种必然性的权利和自由,是通过现实的法律制度而又趋同于应然法的权利和自由。因而法制现代化从法律制度这一层面而言,权利和自由决不是纯粹的权利和自由。法律规范的表现形式也决不可能仅仅是授权式的,尤其是法制现代化进程的初始阶段,作为保护性模式的禁止性规范更是必不可少的。但随着法制现代化历史进程的向前推移,法律制度这一层面的权利自由和对权利自由的制约,必然向应然的法的权利自由趋同。从而也是法律调整的积极社会价值与保障这一社会价值得以实现的国家强制性的有机统一,更是社会物质生活条件变迁的必然,是任何主观意志所不可

^① 公丕祥:《法哲学与法制现代化》,南京师范大学出版社 1998 年版,第 158 页。