

'2006

法学新问题探论

FAXUE XINWENTI TANLUN

华东政法学院法律学院 编

2



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法学新问题探索系列丛书之十

'2006

D90-53

37

:2006

2006

法学新问题探论

'2006 FAXUE XINWENTI TANLUN

华东政法学院法律学院 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

'2006 法学新问题探论/华东政法学院法律学院编. —北京:北京大学出版社, 2006.9

(法学新问题探索系列丛书)

ISBN 7-301-11098-7

I. 2… II. 华… III. 法学-中国-文集 IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 115545 号

书 名: '2006 法学新问题探论

著作责任者: 华东政法学院法律学院 编

责任编辑: 杨丽明 朱 彦 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-11098-7/D·1582

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 18.375 印张 363 千字

2006 年 9 月第 1 版 2006 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序

光阴荏苒,距离华东政法学院法律学院《法学新问题探索系列丛书》第一部的出版,已经有整整十年的时间了。十年间,华东政法学院取得了长足的发展,办学规模进一步扩大,由原来的长宁校区扩展到长宁、松江两个校区,学校整体水平进一步提升;十年间,法律学院坚持开拓创新、与时俱进的发展理念,积极面对各种机遇和挑战,积极推进教学与科研的平衡发展,不断拓展法学理论研究的广度和深度。正是在这样的背景之下,今年我们集合学院教师最新的研究成果,推出了《法学新问题探索系列丛书》的第十部。

为人师者,不仅要做到术业有专攻,而且还应练达天下,思索、研究社会的发展变化,不断地提升自身水平,才能做到真正的“传道授业解惑”。大学是高等教育的基地、培育社会精英的沃土,作为大学教师,在向学生传授专业理论知识的同时,更应站在学科发展的前沿,拓展视野,了解学科发展的最新动态,积极投身于理论研究。多年来,华东政法学院法律学院始终坚持推进法学理论研究的深入发展,积极推动教师致力于法学新问题的探索与研究。学院教师在教书育人的同时,秉持严谨治学的理念,以敏锐的视角关注我国法治化建设进程中的社会热点、难点问题,以科学的研究方法,理论联系实际,潜心钻研,取得了丰硕的成果。《'2006 法学新问题探论》一书由华东政法学院法律学院组织编写,沿袭《法学新问题探索系列丛书》的编写理念,汇集了学院教师最新的法学研究成果。《法学新问题探索系列丛书》自面世以来,在社会各方面都得到了很好的反响,尤其是法学理论界及司法实践部门均对丛书给予了极高的评价。希望《法学新问题探索系列丛书》第十部的出版,能够继续得到社会各界的支持,为我国的法治建设贡献绵薄之力。

《'2006 法学新问题探论》共收录了 28 篇论文,涉及法理、宪法、行政法与行政诉讼法、民法、刑法、民诉法、刑诉法、立法等学科的最新研究成果,在编排上继续沿用以往的体例,对文章按学科进行分类。

《法学新问题探索系列丛书》的出版,一直得到学校领导和有关部门的大力支持。在论文的审定和编辑过程中,我院的资深教授苏惠渔、彭万林、胡锡庆、金友成、胡土贵、高玉成、殷啸虎等老师都给予了宝贵的意见和建议。北京大学出

版社的王业龙先生不辞辛劳,鼎力促成了本书的出版。在此,我谨代表法律学院向他们表示衷心的感谢!

需要说明的是,论文集中的观点和看法,均是作者个人的见解,是“一家之言”,如果有观点与现行法律规定和政策不一致的,均应以现行法律规定和政策为准。作为“一家之言”,文中难免有不妥、不周之处,欢迎广大同仁、专家和读者不吝赐教。

刘宪权*

2006年6月

* 系中国刑法学会副会长,华东政法学院法律学院院长、教授、博士生导师。

目 录

法 理

- 依法执政是法治背景下党的执政方式 汤琳俊/1
西方法学视野中的法的要素 顾亚潞/10
论法律文化对其他文化的影响 蒋德海/21

宪 法

- 论非政治性言论自由的司法保障 王月明/29
澳美两国宪法权利比较研究 朱应平/38

行政法

- 试论行政法的信赖保护 赵华强/48
论我国行政法基本原则之确立 张心泉 崔胜东/60
行政信赖保护原则探析 姚岳绒/72

民 法

- 看上去很美
——旅游分时度假法律问题初探 陆利平/84
上海市房地产法律制度之历史研究 刁振娇/96
继承法若干问题思考 冯菊萍/107

刑 法

- 内幕交易、泄露内幕信息罪客观行为透视 刘宪权/117
二战以来西方刑法学的新发展 吴允锋/128
论我国刑法中情节的概念及其基本特征 李翔/139
单位犯罪略论 王恩海/149
试论间接正犯的客观要件 孙帅梅 杨丰吉/158
软件著作权的刑法保护问题探讨 杨兴培 王强之/166
侵占遗忘物与盗窃遗忘物的区别辨析
——对“二重控制说”适用方式的探究 翁小川/173

民 诉

完善民事救济程序构想 牟逍媛/182

刑 诉

刑事被害人补偿制度的理论基础初探

——以人权和心理学为视角

邓晚霞 /190

论刑事一审审前准备程序的构建

叶 青/198

试论刑事诉讼法的刑事政策化

周雪祥 肖 晋/212

鉴定人回避制度的法律思考

孙剑明 黄 莺/220

论新闻媒体监督与刑事诉讼的关系

杨可中 陈 勇/231

刑事诉讼程序性违法法律后果探究 王俊民 孙厚祥 吴 云 周文霞/241

法律文书

裁判文书改革中的几个认识误区

李 琴/254

立 法

司法解释“立法化”与司法解释立法化

苏晓宏/264

法律责任中“可或可以”字词的含义、用法及其分析

——以上海市的地方性法规为例

郭清梅/273

法律学院研讨会会议纪要

房地产测绘争议法律适用研讨会会议纪要

/282

鉴定结论庭审举证质证法律适用研讨会讨论纪要

/284

依法执政是法治背景下党的执政方式

□ 汤琳俊

在 20 世纪的最后 10 年中,我国开始全力向以社会主义市场经济为主要特征的现代化社会迈进。法治建设作为国家实现经济赶超目标为核心的现代化的一部分,是中国领导人决心使我国以文明强大的姿态自立于世界民族之林的宏伟战略的重要组成部分。

与西方国家不同,我国法治建设是与外部国家对我国生存和发展的压力和挑战相联系的,具有强大的国际竞争的背景,包括法治在内的整个社会现代化运动是基于国际比较的压力而力图赶超西方国家的一种努力。

在党的十一届三中全会上,针对忽视民主与法制的作用及“文化大革命”的沉痛教训,邓小平指出:“为了保障人民民主,必须加强法制。必须使民主制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”^①“我们过去发生的各种错误,固然与某些领导人的思想、作风有关,但是组织制度、工作制度方面的问题更重要……这种制度问题,关系到党和国家是否改变颜色,必须引起全党的高度重视。”^②十一届三中全会以后,随着党和国家的工作重点转移到现代化建设上来,1997 年 10 月召开的中国共产党第十五次代表大会,站在社会主义现代化的高度予以法治建设新的定位,十五大报告明确指出:法治是党领导人民治理国家的基本方针。1999 年 3 月,九届人大二次会议又将“建设社会主义法治国家”写进了“宪法修正案”。《宪法修正案》第 13 条明确规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”上述事实表明,依法治国的治国方略和法治国家的治国目标在我国确立。“法治国家”目标的确立,尤其是法治入宪,是我国在 20 世纪最后 10 年所作出的最具有深远历史意义的战略举措之一,“它不仅将对中国 21 世纪上半叶的民主法制建设实践和中国的经济、社会现代化及其进程产生巨大的影响,而且

^① 《邓小平文选》第 2 卷,人民出版社 1994 年版,第 146 页。

^② 同上书,第 333 页。

也将对此后的中国社会历史的发展产生深远而广泛的影响。‘依法治国’方略和‘法治国家’治国目标确立之后,中国在实践中面临着一个‘法治道路’样式的选择问题”^①。

关于“法治”,现代学者们有不同的理解。当代英国新分析实证主义法学家拉兹认为,法治意味着法律的统治。“从广义上说,法治意味着人民应当服从法律,接受法律的治理。但是在政治理论和法律理论中,法治应作较为狭窄的理解,即它是指政府应受法律的治理,遵从法律。这个意义上的法治理念常常被表达为‘政府由法律而非人来统治’。”而法学家威廉·韦德则认为,法治的核心是依法行政,就公共行政而言,它有着多种含义和推论。“法治的基本含义或第一层的含义是:任何事情都必须依法而行。……法治的第二层含义是:政府必须根据公认的、限制自由裁量权的一套规则和原则办事。……法治的第三层含义是从第一层含义中推演出来的。那就是:对政府行为是否合法的争议应当由完全独立于行政之外的法官裁决。……法治的第四层含义是:法律必须平等地对待政府和公民。……法治在公共行政之外还有其他重要的含义。”^②

我国学者蒋先福认为,“法治,通俗地说,就是依法而治。它既是人类一种美好的理想,又是一种现实的社会状态。作为理想的法治,使之确立法律的最高权威,一切社会成员都必须坚持以理性的、非人格化的、公开而明确的、相对稳定的法律为依据,严格地依法办事、依法治国。……作为社会状态的法治,是指法治总是受到特定国家、特定民族的经济、政治、文化状况及其历史传统的影响和制约,表现出某种特定的状态”^③。学者肖明认为,法治作为一种治国方略或治国之道,是与人治相对立的。法治与人治的区别,不能简单地从是否有人或法的作用着眼,“区别两者的根本标准是:当法律与统治者个人的意志发生矛盾时,是法律的权威高于个人意志,还是个人意志超越于法律之上”^④。在法治社会中,法律是评判主体行为合法性唯一的和最高的标准和尺度,法律在最高的、终极的意义上具有规制和裁决人们行为的力量,任何社会主体都必须在宪法和法律的范围内活动。由此可见,现代学者们对于法治更多的是关注它在公共行政中的重要意义。所以,依法治国实际上已经内在包含了执政方式的问题。

综上所述,作为经典概念的法治,代表着人类社会数千年来在政治管理、经济管理和 社会管理方式上的理性思考与选择,涵盖了人类历史上最美好的价值:自由、平等、民主、人权等。所以,现代社会法治的价值基础和价值取向至少应当

① 郭学德:《试论中国的“政府推进型”法治道路及其实践中存在对稳定的法律为依据的问题》,载《人大复印资料(法理学、法史学)》2001年第4期,第51页。

② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1999年版,第611—613页。

③ 蒋先福:《契约文明:法治文明的源与流》,上海人民出版社1999年版,第26—27页。

④ 杨心宇主编:《法理学研究:基础与前沿》,复旦大学出版社2002年版,第225页。

是:(1) 必须体现人民主权原则,以维护和促进人民的综合利益为目标;(2) 必须承认、尊重和保护人民的权利和自由;(3) 法律面前一律平等;(4) 承认利益的多元化,对一切正当利益施以无歧视性差别的保护。否则,就不配称为“法治”。正是在这一意义上,我们说,法治就是人民依法治理国家的理念、方略和体制的总称,法治的核心是依法办事。

在我国,依法治国作为中国共产党领导人民治理国家的基本方略,其中最为关键的内容之一,就是共产党必须依法执政。这是因为,中国共产党在国家的执政地位和国家政权机关中的领导人绝大多数是共产党人的现实,决定了我们党是建设法治文明、构建和谐社会的關鍵。所以,胡锦涛同志在邓小平诞辰 100 周年纪念大会的讲话中指出:“办好中国的事,关键在我们党。”也就是说,建设法治国家的关键在我们党,依法治国的核心就是依法执政,即广大人民群众在执政党——共产党的领导下,依照宪法与法律,通过各种途径和形式管理国家事务,管理经济文化事业,管理社会事务。

执政,顾名思义,就是执掌政权的意思。尽管执政本身包含着丰富和复杂的内容,但执政的核心就是对行政体系的掌握。所谓执政党,就是掌握政治权力、依法执政,即要善于把党的意志按法定程序转化成法律,通过向政府推荐干部依法进入权力机构,政府要严格依法行政,司法机构要坚持“法律高于一切”,而不应将之虚置。任何政党要巩固自身执掌政权的地位,就必须坚持法治原则,以维持和增强人民的认同。依法执政作为一种执政方式,具体到中国共产党,是指我们党要依照宪法和法律规定的国家政权运作方式来掌握国家政权。这就不仅要求我们党执政依据国家宪法和法律,而且要求执政依据法定的国家权力的运作方式。它包括:一要共产党自己守法,带头维护宪法和法律的权威;二要规范公共权力,严格规范和约束各级国家机关干部和工作人员的行为;三要保证法律的有效性。因此,发扬社会主义民主、加强社会主义法治,是中国社会发展的必然选择。

以江泽民同志为核心的党的第三代中央领导集体在十五大确立了“依法治国”这一党领导人民治理国家的基本方略,以胡锦涛同志为总书记的新的中央领导集体在十六大又进一步提出改革和完善党的领导方式和执政方式,坚持依法执政,不断提高依法执政能力等要求。如果说,依法治国是对邓小平民主法制理论的丰富和发展,那么,依法执政则是对依法治国基本方略的进一步深化。尤其是党的十六届四中全会,基于我们党的历史方位所发生的变化,在总结建国 55 年来执政理论与执政经验和改革开放实践经验的基础上,从完成党在新世纪新阶段的历史任务出发,作出了《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》,提出了必须坚持科学执政、民主执政、依法执政的执政理念,并明确指出依法执政是新的历史条件下党执政的一个基本方式,要不断完善党的领导方式和

执政方式。

科学执政、民主执政、依法执政是现代政党合法执政所必需的基本要素。依法执政与科学执政、民主执政是相辅相成的。其中,科学执政是基本前提,民主执政是本质所在,依法执政是基本途径,科学执政与民主执政必须通过依法执政的途径来实现。三者相互联系、有机结合,构成了我们党执政方式的基本理论框架。以胡锦涛同志为总书记的党中央从全面建设小康社会、开创中国特色社会主义事业新局面的全局出发,提出的这一执政方式的基本理论,完全符合当代世界经济、政治和法律发展及全球化发展的客观要求。特别是在整个现代化进程中,离开科学、民主和法治来谈论合法执政,简直就是无法想象的。尤其是在我国加入世界贸易组织以后,更显示出其重要性。但是,如何贯彻十六届四中全会精神、改革和完善党的领导方式和执政方式,如何坚持依法执政、不断提高依法执政能力,却是一个需要认真对待的问题。

从当今世界看,可以说,依法执政是当今政党执政的普遍规律和基本执政方式。现代国家和社会发展规律以及政治学原理从“执政”的逻辑起点出发,揭示出一种必然的政治规定性,即任何政党在掌握国家政权后,必须在国家和社会之间寻求自己执政的合理空间和基本资源。任何居于统治地位的执政者,它执政的基本资源或执政基础主要在于“经济增长”和“社会认同”两个方面。因为只有实现了经济增长,才能使执政者拥有日益增长的治理资源和治理能力,进而奠定治理国家和整合社会的现实基础。但事实上,世界上没有一个执政者能够完全保证自己所领导的经济建设永远呈现增长的态势,因此,就需要通过依法行政的执政方式来建立和完善社会认同系统,这种认同、支持和忠诚构成了统治者实行有效执政的重要资源或执政的重要基础。现代政治学把政治统治与社会认同系统的内在一致性,称为政治统治的合法性或执政的合法性。无论是在共产党执政还是非共产党执政的国家,历史都提供了足够的事例来说明这样一个简单的道理:如果执政党的方针政策或执政方式不能满足大多数人的需要,即以党代法而不是依法执政的话,是迟早要丧失执政地位的。因此,只有依法执政,才能赢得民众的支持和认同、巩固自己的执政地位,这是一个带有共性的问题,我国当然也不例外。

依法执政的提出,是我们党在新时期新形势下重新审视权力的积极思考。这是因为,中国共产党是社会主义建设和改革事业的领导核心,它历经了社会主义革命、建设和改革,已经从领导人民为夺取国家政权而奋斗的革命党,成为领导人民掌握全国政权、发展经济、健全民主法治和加强政治文明建设的执政党,直接领导立法、行政、司法等各项工作,因此其作为依法治国的倡导者和实践者,必须坚持依法执政,使各项权力的运行都纳入法治轨道,才能有效地保证立法机关依法立法、行政机关依法行政和司法机关公正司法,这将有助于在全社会形成

崇尚法律、遵守法律、维护法律权威和尊严的氛围,形成有法可依、有法必依、执法必严、违法必究的法治环境,从而极大地推动依法治国基本方略的贯彻落实,推动社会主义政治文明建设的进程。

就中国的现实而言,共产党是通过对国家政权的领导来执政的,党的执政方式实际上也就是党领导政权的方式。依法执政,意味着我们党只能是在民主化、程序建设之内执政,而不能在这个程序之外执政,这充分体现了我们党崇尚法治、反对人治的法治精神。依法执政是为了实现我们党提出的全面建设小康社会,进而实现中华民族伟大复兴的宏伟目标,是为了实践立党为公、执政为民的宗旨。因此,依法执政的“法”不仅具有法学上的意义,而且具有政治学上的意义。

从法学意义上讲,首先,依法执政意味着执政必须符合宪法和法律规定的现实政治法律框架,它要求执政党的执政行为必须有法律依据,具有执政合法性。我们党的领导地位和执政地位是宪法规定的,党的领导、人民当家作主和依法治国是我国社会主义政治制度的基本特征。法律是党领导国家权力机关制定的,是党的主张和人民意志的共同体现,是人民权利的制度化、法律化。因此,我们更应当总结一些国家执政党的依法执政方式及其成功经验和失败教训,善于运用法律和国家政权实现党的执政目标和执政宗旨。其次,从法治的规律和国家权力的运行规律看,在人民当家作主的国家,法治就是按照反映人民意志的法律进行统治。人民的利益高于一切,执政党的意志必须反映和代表人民的意志。因此,执政党必须崇尚宪法和法律,要根据国家的宪法和法律去制定政策、作出决定,维护宪法和法律的统一与尊严,要善于把成熟的决定和政策及时通过法定程序转化为法律,使社会矛盾和政治经济关系在法律的轨道上得到正确、及时的协调和处理。依法执政体现了执政规律的基本要求。

从政治学意义上讲,依法执政的内涵要广泛得多。首先,它是具有普遍价值的规范,是民心,是公理。执政的过程,实际是不断丰富和扩大党获得广大人民群众认同的资源的过程。所谓认同,也就是人民群众对执政党的支持和拥护,正如当代大思想家哈贝马斯所说:“任何一种政治系统,如果它不抓合法性,那么,它就不可能永久地保持住群众的忠诚心。这也就是说,就无法永久地保持住它的成员们紧紧地跟随它前进。”执政党要得到社会大多数的支持和拥护,就必须在自己的意识形态中体现他们的利益、愿望和要求,并把它写入宪法和法律,最终成为执政党执政的合法依据,政治学上用“合法性”来表达这个意思。其次,依法执政在这里强调的是国民自愿的认可拥护,是指不依靠国家机器暴力和强制的方式得到社会成员对政治统治正当性的认同。由于执政党依法执政对于公共利益和社会进步具有正当性,为广大人民群众所认同。尤其当民主价值已成为全社会大多数成员诉求的政治目标,并被普遍视为一个政权合法性的重要标

准时,继续顽固推行家长制的统治将会不可避免地面临政治危机,即使执政者将自己的执政资格以法律乃至宪法形式确定,或许从法律上讲,它具有执政合法性,但从政治学意义上说,它就未必具有合法性。所以,依法执政是同执政党与其执政基础的关系联系在一起的。

在现代国家和社会中,社会认同系统作为现代国家和社会的政治产物,已经越来越被既定政权所看重。依靠民主政治制度进行有效的国家治理和社会整合,对于建立社会认同系统并发挥其生成合法性作用的实际效能,集中表现在两个方面:一是为社会整合创造条件。它要求执政者充分发挥对社会的整合功能,妥善协调和处理好各方面的利益关系,正确反映和兼顾不同方面群众的利益,进一步密切执政者同各阶层群众的联系,最大限度地整合不同的利益群体,保持社会的稳定协调发展。可见,社会整合并不是回避矛盾,更不能以此来掩盖矛盾,而应正视矛盾,并想办法解决矛盾,这个过程恰恰就是社会和谐的过程。事实上,就中国的现实而言,共产党作为执政党,必须按照构建社会主义和谐社会的目标,站在统揽全局的战略高度,从代表整体利益和长远利益的位置上为社会整合创造条件,以保证整个社会的和谐与发展。二是为政权运作提供保证。在现代国家和社会中,公民对发展民主政治最突出、最现实的要求就是扩大政治参与的权力和范围。民主政治制度作为国家政权运作的重要手段,通过对公民与国家、国家机关之间的关系的调整,使统治秩序与具体领导人的作为相分离,进而形成一种“合法性由制度提供,领导人与政绩相关”的国家政权运作的保证机制,使政绩好坏只作为具体领导人就任职位与否的条件,从根本上避免把国家政权及其政治制度与具体领导人的作为相提并论,更不会因个别领导人的失误或变更,而引起民众对整个制度的怀疑,甚至造成统治秩序混乱的状况。这也意味着,我们党要进行有效的国家治理和社会整合,必须依靠民主政治制度来进行安排和运作、依法执政。这样,社会认同系统就能始终发挥其生成和实现合法性的功能和作用,以保证国家政权的正常运作,真正达到使国家长治久安的目的。

当前,如果“合法性”表现为人民群众对执政党的支持和拥护,这就给中国共产党执政提出了一个十分重要的课题,即中国共产党如何更好地执政,进而不断获得人民群众对执政党的地位和权力的认同。众所周知,中国共产党来自于人民、植根于人民、服务于人民,在领导人民群众夺取政权的过程中,中国共产党获得了广大人民群众的支持,具有执政的“合法性”。所谓合法性,按照现代政治学的解释,它“是指政治系统使人们产生和坚持现存的政治制度是社会的最适宜制度之信仰的能力”。这里所说的“信仰”,就是社会及其民众对于政治系统的认同、支持和忠诚的政治表现。简言之,依法执政是一种国家权力的运作方式。合法执政即执政的合法性,是指政治权力在社会上的认同度和公信力,它被看作有效统治和政治稳定的基础。就执政党而言,前者侧重于法学上的意义,后

者偏重于政治学上的意义,两者既有联系又有区别。但是,共产党执政以后,必须不断提高执政能力、不断丰富和扩大党获得广大人民群众认同的资源,因为随着社会的发展进步,人民群众对于执政党的要求和期望不会停留在一个水平上,时代的发展和变化不断给执政党提出新的要求。所以,必须通过变革和创新,适应时代的发展,从而赢得人民群众最广泛的认同和拥护。依法执政的过程,实际上是我们党如何持续不断地获得人民群众认同、如何坚持法治原则的过程。因此,中国共产党“依法执政”,表面看来是党和公共权力的关系,本质上却是党和人民群众的关系。

对于一个立党为公、执政为民的党来说,依法执政不仅强调中国共产党必须在宪法和法律的范围内活动,而且更强调执政的合法性——党的执政基础只能定位于最广大的人民群众,必须始终坚持代表人民的利益,做到以人为本、执政为民。以人为本、执政为民表现在国家的宪法和法律上,就是保障和发展公民权利。这是因为,现代化进程本身就是一个剧烈变动的过程,我国在从计划经济向市场经济转变的过程中,由于计划经济的弊端仍然没有完全消失、市场经济还不成熟和不完善、还未形成有序的运作机制,因此社会上仍存在着不少矛盾和不稳定因素,例如,三农问题、腐败问题、分配不公问题、社会治安问题、就业问题、土地流失问题、社会保障问题等,这又引起群体性、突发性事件数量的增多,纠纷与冲突涉及范围的扩大,各利益主体间尖锐和对立程度的加剧,从而严重影响了和谐社会的构成。有关党建的调研表明,当前影响执政党与政府公信力的主要原因是社会公正和腐败问题。据统计,反映社会收入公平方面情况的基尼系数从1978年的0.18(当然那时有计划经济平均主义的分配状态,分配结果的公平是以损害贡献多的积极分子的利益为代价的)上升到如今的0.43,贫富差距过了0.4的警戒线,从而弱势群体的不满情绪上涨,报复社会的案件和有组织犯罪的案件逐年增长。特别是那些掌握权力的党员干部道德品质败坏,借改革之名贪赃枉法,败坏了党风、政风,严重损害了执政党的形象和党与人民群众的关系,这对党执政的合法性基础形成了巨大的威胁。凡此种种,使人民群众不仅会对社会主义价值和观念产生怀疑,更会对执政党产生不满。“社会及经济现代化对政治体制所起的破坏性影响有许多形式。社会和经济的变化必然使传统社会与政治集团瓦解,并削弱对传统权威的忠诚。”^①因此,作为执政党的中国共产党,必须作出三种努力:一是要维护意识形态并发挥其在政治合法性生成过程中的教化功能,培养民众产生和坚持关于合法性的信仰和信念。二是要执政为民,以“经济增长”的实际政绩不断满足民众的物质要求,充分体现既定政权对民众的

^① [美]塞缪尔·亨廷顿:《变动社会中的政治秩序》,上海译文出版社1989年版,第40页。

关怀,进而以执政的有效性生成合法性,以合法性促进执政的有效性。三是遏制党内腐败问题,加强和改进党的自身建设,实现自身建设的现代化,这已经成为越来越多的执政党寻求合法性的主要手段。因为法治是规制和约束权力、防止权力腐败的最有效和理性的社会政治机制,因此必须完善权力运行机制,建立健全依法行使权力的制约机制和监督机制,加强党内监督、法律监督、社会监督,建立结构合理、配置科学、程序严密、制约有效的权力运作机制,建立健全教育、制度、监督并重的惩治和预防腐败体系,使各级党组织和党的领导干部做到依法用权,依法接受监督,保证党的各项工作的高效运转和事业的健康发展。可以说,人民群众的支持和拥护在当代是衡量一个政党兴衰成败的根本标志和决定性因素。因此,重新构建起执政的合法性基础需要保持与群众的血肉联系,保持和人民群众的血肉联系则需要执政党科学执政、民主执政、依法执政。

依法执政——无论是法律意义还是政治意义上——的首要职责,就是执政党必须尊重大多数人的利益和意志,以民主的方式,协调社会各方面的利益,促进执政有效性与合法性的良性互动。当然,这需要从多方面努力:

首先,要在政治生活和社会生活领域把公平放在第一位。一个和谐社会应该给这个社会的成员提供参与的机会和分享的机会,也就是提供平等的机会、公正的机会,让每一个社会成员都能参与经济发展、参与社会发展。这种要求,在一定条件下可能形成对政治系统的压力。但是,在政治系统与民众的关系处于密切、协调的状态下,政治系统就能比较容易吸纳政治参与的要求,同时,政治参与也能比较理性地作用于政治系统。而这种密切、协调的状态主要取决于民主政治制度的完善及其对于民众的适合性。因此,依靠民主政治制度进行安排和运作,不仅能够从客观上化解政治参与对政治系统形成的压力,而且能够有效提高执政党治理国家和整合社会的合法性程度。

其次,要从制度上保障竞争机会的公平。制度建设具有根本性、全局性、稳定性和长期性,要用制度来保证合法的经营活动、实施公平竞争,建立互利互惠、共同发展、友好合作的各种物质利益关系,努力为大家提供一个公平竞争的机会,使每个人的知识、劳动、创造和才能都得到充分的尊重和发挥。构建充满活力的社会主义和谐社会,目的是充分调动广大人民群众的积极性、主动性和创造性,为人民群众的创造活动提供一个良好的环境和氛围,从根本上破除影响人们创造力发挥的各种体制性障碍。只有这样,才能真正使一切有利于社会进步的创造愿望得到尊重、创造活动得到支持、创造才能得到发挥、创造成果得到肯定,逐步形成与社会主义初级阶段基本经济制度相适应的思想观念和创业机制,形成鼓励人们干事业、支持人们干成事业的社会氛围,放手让一切创造社会财富的源泉充分涌流。

再次,要从依法办事上保障权利的公平。一个和谐美好的社会应该是各个

组成部门都担负责任、并充分发挥各组成部门在社会责任方面积极作用的社会。政府有政府的社会责任,公民有公民的社会责任,企业有企业的社会责任,各组成部门依照既定的规则有序运行,才是一个和谐的社会。如果社会组织发育不完全,和谐社会的构建是比较困难的。和谐社会要求社会依照既定的规则有序运行,反对社会的无序化。社会主义和谐社会在本质上还要求实行法治,尤其是执掌国家权力的共产党人只有依法行使职权,社会主义建设的各项工作才能在各个部门、各个地方和各个层级顺利推进。党只有在宪法和法律范围内活动,才能树立法律的权威、保障权利的实现。

十六届四中全会明确要求我们党在新的历史条件下必须实行领导方式和执政方式的重大转变,这是实行依法治国基本方略、发展社会主义民主政治、建设社会主义政治文明的必然要求。从1949年至2004年,中国共产党在55年的执政过程中,由于始终坚持了立党为公、执政为民,保持党同人民群众的血肉联系,因而获得了广大人民群众的支持,具有执政的“合法性”。然而,在新的历史条件下,还必须不断提高执政能力和执政基础,不断丰富和扩大党获得广大人民群众认同的资源,所以,在现阶段,依法执政就是党要紧紧围绕构建和谐社会这个带有根本性、全局性、稳定性、长期性的重要环节,坚持依法治国、领导立法、带头守法、保证执法,不断推进国家经济、政治、文化、社会生活的法制化、规范化,从制度上、法律上保证党的执政基础,以执政的有效性生成其合法性。依法执政就是在不同群体中进行沟通、协调,尊重大多数人的利益和意志,同时保护少数人的权利,倡导不同利益群体之间的合作,使最大多数人成为党的政策的受惠者。具体地说,通过国家立法和依法行政活动,理顺收入分配关系、维护和实现社会公平、完善社会保障体系、保护民众现实的物质利益,从根本上解决人民群众的政治感——合法性问题。争取广大人民群众认同和支持的主要方式就是民主。因此,依靠民主政治制度进行有效的国家治理和社会整合——依法执政,既是我们党执掌政权的重要基础,也是我们党执政安全的重要保证。□

西方法学视野中的法的要素

□ 顾亚路

法的要素是法理学中的基本理论问题,它涉及到法理学体系的基本范畴。国内外法学专家对法的要素结构的分析以及对法的要素各种划分方式的侧重点有所不同:有的把法的要素划分成四个部分,即法的概念、法的规则(规范)、权利义务、法的原则;有的把法的要素划分成三个部分,即法的规则(规范)、法的原则、法的概念;有的认为法的规则和法的规范是不同层次的概念,法的规范中包括了法的规则、法的原则、法的概念等。

其实,对法的要素的分类,在国外学者中也是争议颇大,观点五花八门。现列举如下:

(1) 英国分析法学派代表人物约翰·奥斯丁认为:“我们所说的准确意义上的法,是一种命令。所有‘法’或‘规则’(作为能够准确地给予最为丰富含义的术语),都是‘命令’。”^①在奥斯丁看来,“命令”的术语包含了“法”的术语,但是“命令”的内涵相对来说是比较简单的,其外延是宽泛的。由于“命令”的术语过于简单,我们就需要对其进行详细的解释和说明,这是理解法理学内容的一个关键。那么,奥斯丁的“命令”含义究竟是如何表述的呢?他指出:“如果你表达或宣布一个要求(wish),意思是我应该做什么,或者不得做什么,而且,当我没有服从你的要求的时候,你会用对我不利的后果来处罚我,那么,你所表达或宣布的要求,就是一个‘命令’。”^②作为“命令”的要求和一般的要求区别不在于表达要求的方式不同,而在于命令的一方在自己要求没有被服从的情形下,可以对另一方施加不利的后果或者痛苦,并且具有处罚的能力。如果在我没有服从你的要求情况下,你依然没有能力处罚我或者不会惩罚我,那么,你所表达的要求,即使你是用命令方式的言语来宣布你的要求,也不是一个命令;反之,即使你用礼

① [英] 约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社 2002 年版,第 17 页。

② 同上书,第 18 页。