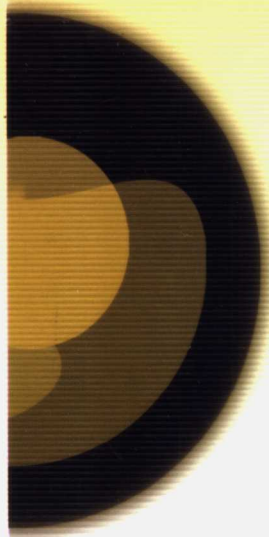


■ 国家哲学社会科学基金重点项目

文化基础与道路选择

——法治国家建设的深层思考

徐祥民·著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

国家哲学社会科学基金重点项目

文化基础与道路选择

——法治国家建设的深层思考

徐祥民 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

文化基础与道路选择:法治国家建设的深层思考/徐
祥民著. —北京:法律出版社, 2004. 3
ISBN 7-5036-4804-X

I. 文… II. 徐… III. 社会主义法制—建设—研
究—中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 015197 号

法律出版社·中国

责任编辑/谭柏平

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法律教育出版社

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/张宇东

开本/A5

印张/9 字数/237 千

版本/2004 年 4 月第 1 版

印次/2004 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律教育出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939658

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4804-X/D·4522

定价:18.00 元

自序

我的为学之旅是从中国法律史学开始的。记得正式发表第一篇习作是在1984年初,我读研的第二年。在完成硕士学位论文《荀况法律思想研究》之后,一方面,收获的喜悦增强了我在学术道路上继续前进的信心;另一方面,由对荀子的熟悉、对先秦历史的某些局部的了解而暴露的无知促使我为填补自己的浅薄而发奋努力。循着荀子及其前辈“周游列国”的习惯,我到儒家、墨家、法家、道家那里做访客,了解列国政治、法律等方面的“山河大势”;以春秋战国为时点,尝试对春秋之“上”和战国以“下”的“求索”。我无法与自己的浅薄告别,但历史的波澜壮阔让我忘却了对浅薄的担忧。我想知道,在中国的法制历史、政治历史上存在什么,存在的事物是什么,那被认定为这个或那个名目的事物怎么样,当时怎么样,现在怎么样,将来的价值又如何。这样的想望把我从历史拉到今天,又推到未来。我打定主意要贯通古代、近代和现代,不仅对先秦,秦汉,魏晋,唐宋,明清的法制、政治、文化等做过一些考查,在主编《中国法律思想史》时把近代法律思想作为研究的重点,而且承担了以当代中国的法制建设为研究内容的山东省社科规划重点项目和以从李大钊到邓小平的中国共产党人的法律思想为研究内容的教育部青年基金课题,我甚至也把中国法律史学论证为“连接过去、现在与未来的桥梁”。

这样的努力并没有帮我达到贯通古今这个也许不切实际的设计目标,然而,“通古今之变”的努力不仅给我的为学旅程留下了“与时俱进”的轨迹,而且催促我在中国文化之外“左顾右盼”——中国的盛衰之变与中外文化对照上的起落有某种似乎必然的联系,要解释前者必先回答后者。沿着康梁的思路,我做过中日、中俄的比较;循着

孙中山、李大钊、蔡和森等的足迹，我走进西方。“八面来风”吹出了一个法科出身的学人头脑中的历史主旋，而强劲的主旋律又规定了整个乐章的音乐素材。历史的主旋律是从民本主义到民主主义的发展。这成为我学术思考的经线；为历史主旋律吸纳的音乐素材是主要来自西方的自由、平等、正义、理性、民主、宪政。这可以说是我学术思考的纬线。两者的交叉点是宪政，是法治。

这幅图画很容易让人联想到“十字架”。它的横线是向中国之外，主要是向西方展开的。这条横线由西方人创造的民主思想、法治观念、宪政制度等组成。在这个方向的思考中，我和我的同事完成了对政体学说的历史的考查，出版了《政体学说史》。它的纵线是沿着中国政治和法律文化发展历史的方向展开的。这条纵线上缀满孟子的“民主”思想、荀子的被郭沫若呼为“责任内阁”的设计、黄宗羲的学校议政构想、孙中山的“五权宪法”方案、新中国的人民代表大会制度等无数珍宝。在这个方向上，我给研究生开设过“从民本主义到民主主义”的课程，编写出版了《中国宪政史》。我不信仰“十字架”及其所代表的宗教，但出于一个普通中国人对民族文化和民族命运的真诚，我愿意背负学术思考的“十字架”前行，且永不退缩。

徐祥民

2003年10月10日于青岛崂砾舍

前 言

1999年的宪法修正案给我国宪法增加了“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”的内容。这一新增条款宣布了我们新的治国方略。人们,尤其是法学家们对这一治国方略的理解不是平面的和静态的,而是带有强烈的时间意味的。人们不会忘记我们缺少法治的过去和这种欠缺给我们带来的不利影响甚至灾难,人们也不会忘记为争取确定这样的治国方略无数学者、政治家、进步人士等付出的艰苦的努力。当我们的宪法上赫然出现“依法治国”、“法治国家”等字样时,那些付出过艰辛的人们的心头久久不能消散来之不易的感觉。久久的渴盼和一旦到来时那可以用终于如愿来表达的心情,给写在宪法里的法治增加了时间的分量和收获的沉重。在这种理解中,治国方略的价值更多地指向过去,承受的更多的是人们喜悦心情的簇拥。

对经过长期努力而取得的收获的这种情感性的对待是可以理解的,然而,对待治国方略这样的问题仅仅做情感性的处理是不够的,在建设实践中太多挥洒这种情感因素就更是不合适的。把法治写进宪法是成功,是收获,但如果把宪法的这一改动放在法治理论的大论题中,放在我国政治文明和法治建设的大环境中,法治究竟是过去时的收获还是现在时的建设呢?这个问题的提出会使人们从情感的满足中走出来,对法治做新的价值定位——法治对于中国的主要意义在以后,而不是在以前。作为治国方略,它表达的不是已经怎样,而是应当怎样;不是成就了什么,而是应该努力做些什么;不是收兵的金声,而是进军的号角。法治这个论题,不因法治走进宪法而变成历史,恰恰相反,正因为它已经被宪法所肯定才变得更有研究价值,对

它的研究才更有现实意义。也正因为法治已经进入社会主义建设事业的实践,对它的研究才有可能更具有针对性,更加深入,更加充分。

历史曾告诉我们,宣布实行某种制度,而实际上可能无法把这种制度付诸实行;宣布实行某种政策,而实际执行的政策可能与宣布的政策之间有很大的出入。提出这样的历史问题并不是要说明宣言可以是虚伪的,而是要引起人们对采用新的治国方略的困难的重视,说明对法治及其实践需要付出更多的努力。

中国人按照西方的理论框架讨论法治已经有一个世纪之久了。仅仅从这一点上来看,法治对我们来说不再是什么新鲜的货色。如果联系到先秦法家所主张的以法治国,中国法治论的历史已经有两千多年之久了。然而,法治的一些基本理论问题我们却还没有解决,甚至对法治是什么这个看似简单的问题,我们也没有形成普遍一致的看法。不论是仅仅为寻求理论上的统一,还是为在法治建设实践中保持指导思想和行动上的一致,不论是为了理论上的提升,还是为了给实践更科学的理论指导,我们都需要在一般法治理论上下工夫,都需要对目前面临的和在今后的理论研究和法治建设实践中遇到的理论问题给予及时的解答。

法治是什么?这似乎是一个基本常识问题,然而,在我国学术界对法治的讨论中,它显然已经超出了基本常识的范畴。不少学者喜欢对法治做具有理想化色彩的解释,对“良法”标准的留恋和对来自西方的以自然法观念为基础的“法律秩序”状态的好感,就是这种色彩的显现。许多学者为法治设计的原则、要件等,也都是“高标准、严要求”的。学者们这样解释法治,如果是为了谋求“取法乎上,得乎其中”的收获,我将对他们的深谋远虑表示敬佩。然而,在中国的实践中应用他们的法治标准,我们所能做的往往只能是做一个又一个的否定性判断,诸如这种立法不“良”、那种做法不符合自然正义、中国没有够格的律师队伍、中国没有实现司法独立等等。在感受了这样多的否定之后我们发现,其实这些学者的法治就是一个字——好。法治就是好,不好就不是法治,或者是非法治。因而,法治是用来形

容的,不是用来采用的。法治的价值的集中表现就是说不,就是对现实生活的居高临下的距离感。面对这些学者用法治这个形容词所做的大量的否定性评价,我们除了在西方人和西方文明面前做自愧不如的表示之外,很难再有什么作为。因为我们实在没有办法实施对他们眼里的落后的中国的改造,甚至也没有找到成功地实现这种改造的外国榜样。

这种可望而不可及的法治对于“落后”的中国实在没有多大意义,尽管有些学者非常欣赏它。而深入研究的结果告诉我们,世界上的法治本来并不像这些学者理解的那样遥远。法治,说到底就是一种治国方略,是治理国家的一种方法,一种操作起来不像命令服从关系那样简单、直白的治国艺术。在亚里士多德那里,法治就是服从“法律的统治”,就是排除人的“热情”对政治的直接参与的统治方法。不管是一人为政的君主,是共同执掌政权的一群道德高尚的贵族,还是获得统治权力的平民群众,都可以实行法治。在这个法治的世界里,既不需要一定盛行基督教,也不必以接受自然法的熏陶为前提,司法独立不是必备的建国要件,律师更是可有可无。法治是一种治国方略,采用了这种方略,国家的立法便自然发生由起初的可能不良到逐渐良好的改进;司法制度就可能逐渐趋向合理。这种方略的长期实行可能创造发达的律师制度,也可能培养起社会的某种共同的信念或习惯等。从现实的建设实践来看,我们需要的是作为治国方略的法治;从法治学说的发生来看,它原本就是作为治国方略而降生的;从法治发达国家的实践来看,是作为治国方略的法治的实施才造成了让西方人引以为自豪的良好的法治状态。

法治国家建设有两条主要的道路,或者说是两个基本模式,一个是政府推进,一个是社会演进。有的学者主张采用政府推进道路,有的则更欣赏社会演进模式。主张政府推进的学者以中国社会所面临的“外部压力和内部危机”为理由,而喜欢社会演进的学者则以人类理性和判断能力的局限性以及法治状态的形成需要经过漫长的过程为根据。这两种观点,一个更多地注意了中国的具体的时空条件,一

个更多地考虑了人和社会的一般,但两者都没有充分关照中国的文化基础。而对这种基础的了解是十分重要的。可以这样说,在不考虑这种基础的条件下所做的关于建设道路的选择是盲目的。即使所做的选择在结果上是正确的,这种选择本身也是不科学的。尽管并不是所有的建设都需要考虑文化基础的问题,但法治国家建设需要充分考虑文化基础问题。这是因为,法治建设的进程需要得到文化的支持,法治建设所要追求的政治或社会的状态离不开文化的承载。人们常把法律比喻为机器,其实法律更像一艘船,一艘在海上航行的船。这艘船航行于其中的是文化的海洋。海洋决定船舶的浮沉,船舶必须适应海洋的特性。要使船舶安全地航行,就必须了解海洋,按照海洋的特性设计和制造船舶。

中国的文化之海是什么样的?这文化之海的特性给我们的法治之船提出了怎样的要求?以往的研究者比较关心中国古代的政治、经济、法制等对现代中国的影响,主要是消极影响,比如商品经济不发达、长期的君主制度、对清官的依赖、无讼的期盼等等都是消极的。这些总结和发现都是有益的,它们让我们知道历史的中国与现代社会的要求之间存在差距,但对于解决法治国家建设的道路选择这个问题却不具有根本性的说明作用。历史上实行的君主制度不是不符合现代社会的要求吗,我们推翻了这种不合理的制度;古代的中国长期发达的不是自给自足的小农经济吗,工业化和农业现代化水平的提高,国际区域性市场甚至世界统一市场的形成已经排除了小农经济继续存在的可能性。古代实行过的政治制度、传统的经济模式以及清官意识、无讼追求等,在发达的现代社会都属于易变的因素,因而,对于国家的重大改革、建设,都不是具有决定性影响力的制约因素。我们所遭遇的不易变的文化因素,从而也就是对法治国家建设具有决定性影响力的因素是什么呢?是礼文化,是礼文化所包容的自律和义务,是这种文化环境中传续的中华民族内心世界和制度领域中无处不在且很少为人们明确意识到的义务精神。对于中国文化来说,这种精神是具有基因意义的,不管是政治改良还是经济革命,

都很难对它产生根本性的改造。如果说以多元利益集团存在为条件的西方法治以权利的发达为条件,那么,中国文化和在这种文化传统基础上长成的制度却难以成就这个条件。社会演进的法治建设道路之所以不适合中国,基本原因就是在中国这样的文化环境中缺乏朝向法治的社会演进资源。这个资源短缺的难题是不易解决的。一方面,向先进的法治国家学习法治的中国很难容忍通过资源培育向法治社会演进这样遥遥无期的等待;另一方面,在缺乏强大资源支撑的社会演进力量面前,政治主动性越来越强的现代政府,高度集权统一政治传统影响下的中国政府不可能扮演消极角色,心甘情愿地把国家的现在和未来交给那仅仅在理论上可能发达起来的市民社会。

中国的文化基础不适合走社会演进式的法治建设道路,这并不意味着中国与法治无缘,相反,按政府推进模式建设法治,中国不必承受另辟蹊径的代价。义务本位的文化承载的是强大的国家,这种文化为政府权力的运行提供了广阔的舞台。让政府推进建设事业,既不需要等待资源的培育,也很少有可以称得上障碍的困难需要克服。由大一统观念造就的中国政治历史是一部统治权力不断集中,政治高度统一的历史。这种政治运行模式的基本特点是中央政府可以充分调动全国的政治、经济、军事、文化等资源为国家所用,政府权威大,政治运行效率高。在这样的政治传统下,凡要进行带有全局性的和具有广泛影响性的改革,都必须借助于政府的推动。也正因为政府拥有这样的优势和地位,它也就担负了对全民族的责任。在中国政治传统中,强大的政府同时也常常就是改革的推进者和实践者。除此之外,在中国的这种政治传统中,具有与这种传统相一致,在这种政治传统中发育起来的法治资源。主要由先秦法家建立的法治学说具有明显的“国家法治”的特点。我们选择政府推进模式可以直接利用法家的国家法治学说和受这种学说影响形成的法制传统这种文化资源。在整体和部分的关系上,整体主导;在立法和执法、司法的关系上,立法主导;在国家法和民间法的关系上,国家法主导;在公法和私法的关系上,公法主导,这些法制传统都与政府推进模式的法治

建设相契合。在这些法制传统的背景下实施政府推进模式的法治建设,不必经受诀别传统的痛苦。

我们的结论尽管是在充分考虑客观条件的基础上,在务实的主观愿望支配下做出来的,但毕竟是学术性的。把我们的学术性的结论与我国法治建设的实际相对照,我们发现,实践中的法治建设道路与我们所论证的政府推进模式是一致的。对这种一致,我们既没有“所见略同”的满足,也没有“徒劳一场”的失落。如上所言,在中国走政府推进的路不必经受诀别传统的痛苦。由政府决策的法治建设走政府推进这条道路是再自然不过了。对学者来说,由政府推进是在两种甚至多种建设道路中选择的结果,但如果把中国政治的运行还原为一个连续的过程,那么,政府推进式的法治建设只是一种延续。可以这样说,虽然我们的宪法中所写的“依法治国,建设社会主义法治国家”并无对建设道路的规定,但它实际上已经暗含了建设模式。法治对过去的法制的取代让许多学者兴奋不已,因为他们从中看到了进步,然而这个进步和学者们对这个进步所给予的肯定的评价都包含着国家法治的成分。在构成法制基本原则的十六字方针中,每一层意思都出自国家,都是为国家设计的,都体现了国家管理的精神,都是国家法治的主张,都符合政府推进的模式。法治对法制的取代既无法改变法治在法制环境下成长这个历史,也无法彻底告别“刀制”的传统。如果说从“刀制”到“水治”标志着一种转折,那么,这个转折具有明确的方向性,这个方向就是法治在政府推进下展开,或疾或迟,或高效率或低质量,主要决于政府。法治的实际进程是客观的,而我们的选择是理性思考的结论,前者给出的是事实上怎样,而后者是应该怎样。“现存的未必是合理的”,建设的现存状况不能证明自己是合理的,也当然不能说明我们的论证是多余的。也正因为实践本身不能自证其合理,所以才需要在实践之外的论证,寻求理论论证的支持。

我们已经上路的政府推进型法治建设不仅无法自证其合理,而且在未经充分论证的情况下也难免存在某些自发性和盲目性的缺

陷。在传统推动下,政府往往只是在这样或那样建设,而不是按照应该怎样的要求这样或那样建设。如果说政府的实际做法使道路选择的问题自然解决,那么,政府的实际做法却不能自然克服前进过程中的自发和盲目。走政府推进的道路已经确定,且已经“上路”,但怎样走好这条路尚需思考、斟酌。

选择政府推进模式的理由之一是利用政府的权威和推动力,而法治所要克服的最大障碍也来自政府这个强大的政治实体和掌握这个实体的权力的人们。这是一对矛盾:前者——建设模式,要利用政府的强大;后者——法治,要限制政府的权力。这是建设目标和建设手段的矛盾。在不能放弃前者的前提下,要克服矛盾只能在政府接受限制上想办法,做工作。我们沿着政府推进模式建设法治,又能使强大的政府不违反法治原则的惟一有效的办法是政府谦抑,即通过政府的自谦自抑,实现强大的给法治提供力量支持的政府不违反自己支持的但又与权力的本性有所违拗的法律。政府谦抑不仅是必须的,要走政府推进的道路,政府就必须自谦自抑;而且是可行的,在现代社会,政府谦抑有自己的理论根据。社会主义是政府谦抑的理论基础,人民政权的人民性也必然要求政府谦抑。除此之外,现代民主制度正在造就谦抑的政府,共产党的领导则为政府谦抑提供了领导力量。

“已经公布的法律得到普遍的服从”一语中的“得到”向人们透露了这样的信息:法律本身没有办法让人们服从,它能否得到普遍的服从不是决定于法律自身,而是决定于生活于一定法律体系调整范围内的人们。从法律得到普遍服从的角度看问题,法治更需要多主体的参与,而不是单一主体的操作。君主制下的法治之所以是靠不住的,是因为操作法治的单一主体——君主能否守法从而保证法律得到服从是靠不住的。这告诉我们,政府推进型的法治建设需要建立完备的法律监督机制,包括克服政府权力,制止权力对法律的蔑视的监督机制;需要造就政府之外的参与法治的主体,尽早结束政府单一主体操作的模式。保证法律被服从的多主体的造就,其最高境界是

公民的广泛参与,是公民们非因法定的义务和职责而为之的参与,即对法律的奉行,而这种广泛参与的实现不再是一个制度问题,而是文化问题。文化的改变或新的文化内容的形成不再是经济建设、制度改革这种类型的建设,它需要经历社会演进的过程。在这个意义上,选择的法治必须关心演进的法治,努力促进法治的演进。

目 录

自序
前言

上篇 对法治的一般认识

第一章 亚里士多德对法治的理解·····	(1)
一、良法不是法治的构成要件·····	(3)
二、法治是什么与法治应当怎样·····	(10)
三、法治“两要件说”的内在矛盾·····	(15)
第二章 从法治的反面看法治·····	(20)
一、法治的反面是什么·····	(20)
二、从人治的特征反观法治·····	(28)
三、法治与民主的关系·····	(31)
第三章 法治是治者的选择·····	(34)
一、政体与法治无必然联系·····	(34)
二、法治是治者的选择·····	(45)
第四章 作为治国方略的法治·····	(50)
一、把法治定义为治国方略的理由·····	(52)
二、作为治国方略的法治的基本要件——从法及其意义·····	(56)
第五章 法治——法律的本质要求·····	(66)
一、对感情之辩的进一步思考·····	(66)
二、意志的法与规范的法·····	(67)
三、规范的法不能成立·····	(70)

四、法律的感情哪里去了	(74)
五、法治:把法律的本质要求普遍化	(76)
第六章 法律至上与宪法至上	(81)
一、“法律至上”的逻辑分析	(82)
二、法律至上论的指向——法律与权力的关系	(86)
三、宪法至上及其意义	(90)

中篇 中国的法治观与法律文化传统

第七章 法家的法治	(95)
一、梁启超的发现与批评家的观点	(96)
二、法家法治的基本内涵	(104)
三、法家法治的性质及特点	(112)
四、对“治用法”法治说的批评	(119)
第八章 礼文化与儒家思想对法制建设的影响	(123)
一、礼治的精义	(124)
二、礼治的义务精神在法律制度上的表现	(135)
三、儒家思想对古代法制的广泛影响	(139)
第九章 法制传统的若干特点	(143)
一、在整体和部分的关系上,整体主导	(143)
二、在立法和执法、司法的关系上,立法主导	(145)
三、在国家法和民间法的关系上,国家法主导	(147)
四、在公法和私法的关系上,公法主导	(149)
第十章 清官文化与程序法建设的不足	(152)
一、清官特点与清官精神	(153)
二、清官精神与儒学传统	(158)
三、清官精神的一般评价与其当代价值	(161)
四、清官文化与程序法制	(166)

下篇 中国社会主义法治国家建设的道路

第十一章 “政府推进”是我国社会主义法治国家建设的

必然选择····· (168)

一、可供选择的三条道路····· (169)

二、“政府推进”是我国社会主义法治国家建设的必然

选择····· (172)

三、法治建设实践走过的路····· (182)

第十二章 两个建设同时并举——法治国家建设道路选择的

大背景····· (185)

一、“三中全会”的收获——我们面临的任务····· (186)

二、邓小平为了建设的法制建设思想····· (190)

三、创造条件与限定条件····· (200)

第十三章 政府谦抑是我国社会主义法治国家建设的必

然要求····· (203)

一、政府谦抑的含义····· (203)

二、政府谦抑的意义····· (206)

三、政府谦抑的理论基础和现实依据····· (208)

四、政府谦抑的基本要求····· (214)

第十四章 立法主导和法律监督····· (219)

一、立法主导——政府推进型建设模式的核心····· (220)

二、法律监督——以政府推进型模式建设法治的重要保障····· (222)

三、公民监督——宪法监督的关键····· (229)

第十五章 法的奉行与演进的法治····· (240)

一、法的奉行····· (241)

二、宪法的奉行····· (248)

三、演进的法治····· (261)

附录:主要参考文献····· (269)

后记····· (271)

上篇 对法治的一般认识

第一章 亚里士多德对法治的理解

法治一词,作为一个汉语词汇,不是中国古代文化中固有的。它的形成是受了近代传入中国的西方学说的影响。要准确地了解法治的含义,使汉语言中的法治概念与西方法治概念最大限度地保持一致,最有效的方法是到它的“原产地”去,从对其源头的考查做起,向最权威的专家要答案。

据美国学者高道蕴先生介绍,即使是那些其法治理论被介绍到中国来的西方法学理论家,他们在探讨法治时,也“几乎不可避免地都回头求助亚里士多德”^{〔1〕}的论断。既然亚里士多德可以给我们的西方先生提供帮助,我们不妨直接向这位古希腊的思想家寻求帮助。事实上,中国学者大概是受了这位美国同行的启发,在讨论法治时总喜欢到亚里士多德那里去找根据。讨论法治的著作,尤其是专门讨论法治的著作,一般都从亚里士多德写起。王人博、程燎原的《法治论》的第一章是《古希腊罗马人的法治观》,其中“古希腊人”的法治观主要是论述亚里士多德的有关观点。^{〔2〕}李步云先生著有一篇以讨论社会主义法治为主题的论文,其中关于法治的“科学含义”

〔1〕〔美〕高道蕴:《中国早期的法治思想?》,《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版,第227页。

〔2〕王人博、程燎原:《法治论》,山东人民出版社1989版,第4~14页。