

东方法学丛书

法治 问题 研究

丁以升 主编

本书研究法治的理论与实践问题，上篇“法治论”主要讨论法治的基本理论问题，下篇“法治国”主要讨论中国法治化进程中的实践问题。在充分肯定中国法治建设所取得的积极成果的同时，本书剖析了法治实践中存在的羁绊和问题，并提出了初步的对策性建议。

上海交通大学出版社

东方法学丛书

法治问题研究

丁以升 主编

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书是一本研究法治的理论与实践问题的学术专著。分上、下两篇。上篇“法治论”主要讨论法治的基本理论问题,内容包括法治的概念、法治的精神、法治的理由、法治的误区、法治的人性基础和法治的政治基础。在理解和尊重关于法治的既有理论的基础上,本书对法治的上述理论问题作出了富有个性的解说。下篇“法治国”主要讨论中国法治化进程中的实践问题,内容涉及立法法治化、执法法治化、司法法治化和法治国家的公民问题。在充分肯定中国法治建设所取得的积极成果的同时,本书剖析了法治实践中存在的羁绊和问题,并提出了初步的对策性建议。

图书在版编目(CIP)数据

法治问题研究/丁以升主编. —上海:上海交通大学出版社,2006

(东方法学丛书)

ISBN 7-313-04367-8

I. 法… II. 丁… III. 立法-研究-中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 024908 号

法治问题研究

丁以升 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 张天蔚

立信会计出版社常熟市印刷联营厂印刷 全国新华书店经销

开本: 880mm×1230mm 1/32 印张: 9.5 字数: 268 千字

2006 年 6 月第 1 版 2006 年 6 月第 1 次印刷

印数: 1~3 050

ISBN 7-313-04367-8/D·130 定价: 15.00 元

版权所有 侵权必究

法治问题研究

丁以升



丁以升，男，1968年9月生，安徽巢湖人。1990年毕业于西南政法学院，获法学学士学位；1993年毕业于西南政法学院，获法学硕士学位；2003年毕业于南京大学，获哲学博士学位。现任华东政法学院教授，硕士生导师。出版学术专著《中国法理学问题研究》（华东理工大学

出版社1999年版），参编《法理学》教材4部，在《法学研究》、《法学评论》、《现代法学》、《法学》、《法商研究》、《法律科学》和《人民日报》等报刊上发表学术论文50余篇。





责任编辑 / 王 健
封面设计 / 雨 风

www.jiaodapress.com.cn
bookinfo@sjtu.edu.cn

东方法学丛书编委会

主 编:何勤华

副主编:顾功耘 游 伟 郑少华

编 委:(按姓氏笔画顺序排列)

王立民	王虎华	王嘉禔	叶 青	刘宪权
杨正鸣	邱格屏	何勤华	张天蔚	张明军
张梓太	岳川夫	郑少华	宣文俊	徐永康
殷啸虎	顾功耘	游 伟	傅鼎生	鲍正熙

总 序

在世纪转换的历史时刻,中华民族前所未有地感受到了实行法治对国家发展和强盛的重要意义;在千年更替的重要关头,中国人民也更加坚定地确立了法治的目标。1999年3月,九届全国人大第二次会议通过的《宪法修正案》,把“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略载入了宪法,勾画出了我国法治建设在新世纪发展的宏伟蓝图。

法治目标的实现,需要全体公民的共同努力,更需要法学研究者和法律工作者的不懈追求。法律高等院校一方面承担着培养法律专业工作后备力量的重任,同时也是法学研究的一支重要力量。华东政法学院是司法部属普通高等院校之一,拥有一支法律教学和研究的师资队伍,长期以来,许多教师在从事法律教学工作的同时,辛勤地耕耘在法学研究的园地,并取得了一批成果,不仅为立法和司法实践提供了不少卓有价值的建议,也在法学理论研究方面提出了一些富有创见的观点。这些研究反过来又促进了教学质量的提高,它证明了法学研究和法学教育相互依存、相互促进的关系。

法学理论研究应当为法制建设服务,这是不言自明的道理。我国的法制建设在最近20多年取得了令世人瞩目的巨大进步和飞速发展,丰富多彩的法律实践和法治活动为法学理论工作者提供了一展身手的宽阔舞台和任意驰骋的广袤天地,也向法学研究人员提出了大量亟待解决的课题,这些都是法学研究走向繁荣的不可缺少的原动力和必要条件。

法学理论研究应当为法制建设提供指导,这是法学理论工作者必须承担的职责。我国的法治实践是在独特的历史背景和现实条件下进行的。一方面我们拥有上千年陈陈相因、绵延不绝的中华法系的传统,这一传统在近代以来却遇到了西方法律制度的巨大冲击与严峻挑战而几近中断;另一方面我们在建设社会主义现代化强国和构建社会主义

市场经济体制的过程中,又需要形成有自己特色的法律体系,而这一法律体系又必须能积极应对当今世界的共同法律规则。这些都要求我国的法学研究具有更高的立意、更广阔的视野和更新颖的理念。

正是基于上述认识,华东政法学院和上海交通大学出版社联手推出了这套《东方法学丛书》,以期尽自己绵薄之力,推动我国法学研究的开展。丛书取“东方”之名,是因为中国处于世界之东方,而上海又位居中国之东方,华东政法学院地处上海,原司法部部长、现任最高人民法院院长的肖扬同志曾称誉华东政法学院为“法学教育的东方明珠”,以“东方”二字来命名,固可区别于其他各种法学丛书,更期望能借得风气之先的这块宝地之地利,为我们这套丛书更多地汲取来自于生活这棵常青之树的养分。

收入这套丛书的著作均为华东政法学院教师的学术专著,这些著作中的观点不一定成熟,但却凝聚了作者对有关法律问题的思考。而且我们也想借丛书出版的机会,广泛地征求各方面的意见,使作者们在此基础上,能进一步深入研究,为我们奉献出更多更优秀的学术成果。

东方法学丛书编委会

前 言

本书是上海市重点学科项目《法治问题研究》的最终成果。世纪更替之际,“法治”成为中国社会话语体系中频繁出现的一个关键词,有关法治问题的学术文献更是洋洋洒洒、蔚为大观。尽管如此,我们仍选择了以“法治”为主要言说对象的研究项目。这样做的动因在于:一者,阅读有关法治理论的学术文献,令我们颇受启迪,并且或多或少有所感悟,进而萌生了“我也有话想说”的念头。这种念头激发了我们对法治理论问题的思考,它构成了本书的上篇——法治论。在“法治论”部分,我们不求对法治理论作面面俱到的梳理,而是本着“有感而发”的原则,撷取法治理论的若干片断,表达了我们的所思所想。二者,身处中国社会法治化浪潮之中,我们不时为法治的进步及由此引发的社会生活文明化而深感欣慰,但欣慰之余,也同样真切地感受到法治化进程中存在的些许缺憾,于是就有了“也许可以做得更好”的感慨。这种感慨促成了我们对法治实践问题的关注,它构成了本书的下篇——法治国。在“法治国”部分,我们大体上按照立法——执法——司法——守法的思路,就法治国家建设问题提出了我们的建议和设想。

本课题由我任项目负责人。课题组成员有:陈冬春、章乘光、刘延东、郭秀丽、孙丽娟、李清春。

本书各章撰写人如下:第一、二章,陈冬春;第三章,章乘光;第四章,丁以升、章乘光;第五章,刘延东;第六、七、八、九、十章,郭秀丽;第十一章,丁以升、孙丽娟;第十二章,丁以升;第十三章,丁以升、李清春;第十四章,章乘光。全书由我负责统稿、定稿。在统稿、定稿过程中,对大部分章节的文字、结构和部分观点作了必要的修改或调整。当然,一切讹误均由我个人负责。

华东政法学院童之伟教授、复旦大学谢佑平教授、上海师范大学孙育伟教授承担了本课题的结项评审工作,他们提出的富有学术见地的

评审意见令我获益匪浅。对此,我深表感谢。华东政法学院游伟先生以及上海交通大学出版社对本书的出版给予了宝贵的支持,在此一并致以诚挚的谢意。

由于本人及本书其他作者学术水平有限,加之时间和精力投入不足,书中的缺点甚至错误一定为数不少。对此,只能祈求同行和读者的谅解。

丁以升

2006年2月25日

目 录

上篇 法治论

第一章 法治的概念:民主的治国方略	3
一、西方学者关于法治的阐释	3
二、中国法家“法治观”辨析	18
三、当代中国对法治的理解和体认	21
第二章 法治的精神:人文主义关怀	27
一、人文主义的概念界定和历史变迁	27
二、西方法治中的人文主义关怀	31
三、中国的“人文精神”传统	35
四、中国当代法治与人文主义精神的契合	38
第三章 法治的理由:法治应当优于一人之治	41
一、西方学者关于法治优越性的论述	41
二、人治的困境	47
三、法治对人治的超越	52
四、法治与人治的优劣比较:一个实例分析	57
第四章 法治的误区:法治浪漫主义	60
一、法治浪漫主义的表现	60
二、法治浪漫主义的根源	62
三、法治浪漫主义的消解	65
第五章 法治的人性基础:性恶论	75
一、西方法律思潮中的人性论	75

二、中国传统文化中的人性论	81
三、性善论与人治的内在关联	86
四、性恶论与法治的内在关联	92
第六章 法治的政治基础:权力制衡	98
一、西方权力制衡理论的历史演变	98
二、西方国家权力制衡的制度模式	106
三、中国权力制约的历史与现状	109
四、深刻认识西方权力制衡理论的合理内核	111
 下篇 法治国 	
第七章 立法法治化研究之一:立法权的合理配置	117
一、立法权归属的理论基础	117
二、西方国家的立法权配置	121
三、中国立法权配置的现状存在的问题	128
四、完善中国立法权配置的基本思路	139
第八章 立法法治化研究之二:立法程序的理性构建	141
一、立法程序的意义	141
二、西方国家的立法程序	144
三、中国立法程序的现状存在的问题	154
四、完善中国立法程序的基本思路	160
第九章 行政法治化研究之一:行政自由裁量权的法律规制	163
一、行政自由裁量权的概念	163
二、行政自由裁量权存在的正当性	165
三、滥用行政自由裁量权的表现	169
四、行政自由裁量权的司法审查	171

第十章 行政法治化研究之二:行政程序的理性构建	178
一、行政程序的意义	178
二、西方国家的行政程序	180
三、中国行政程序的现状及存在的问题	198
四、完善中国行政程序的基本思路	203
第十一章 司法法治化研究之一:现代法院的功能定位	208
一、法院的纠纷裁判功能	208
二、法院的权力制约功能	215
三、法院的公共政策创制功能	221
第十二章 司法法治化研究之二:司法的精英化与大众化	228
一、司法精英化的理由及相关制度	228
二、司法大众化的理由及相关制度	237
三、司法的精英化与大众化的定位	241
四、关于中国司法职业化建设和陪审制度改革建议	245
第十三章 法治国家的公民问题研究之一:公民的守法理由	249
一、关于公民守法理由的主要学说	249
二、公民守法的前提——守法精神	258
三、公民守法的限度——公民不服从	264
第十四章 法治国家的公民问题研究之二:公民的政治参与	274
一、公民的政治参与的内涵	274
二、公民的政治参与的历史演变	277
三、公民的政治参与的功能	283
主要参考文献	286

上篇 法治论

第一章

法治的概念：民主的治国方略

随着依法治国方略的提出，法治成为中国学界、政界甚至市井社会的时髦词，这是法治的大幸又是法治的不幸。大幸的是法治成了人们关注的焦点，不幸的是法治又因承载过多的政治意愿和社会情感而臃杂不纯，以至于被曲解、被庸俗化。正如拉兹所感叹的：“在法治的祭坛上牺牲过多的社会目标，可能会使法律贫瘠而空洞。”^①或许，避免法治被曲解、被庸俗化的第一步，就是要妥当地界定法治的概念，否则，就会出现人人言法治而又人言人殊的混乱局面。

一、西方学者关于法治的阐释

（一）法治思想的历史变迁

探讨西方法治的历史，必须从古希腊开始。虽然由于历史条件的限制，古希腊并没有产生一门关于法律的学问——法学，但是，正如博登海默所说：“古希腊的先哲们对自然现象和社会现象有着非凡的哲学洞察力。”^②他们的知识扩展到了人类自身、人在事物秩序中所处的位置、人类社会的特质以及规制人类社会的最佳途径，法治也成为古希腊先哲们关注的对象。古希腊法治思想的主要代表为柏拉图和亚里士多德。

柏拉图的法治思想经历了一个断裂：从人治观向法治观的转变，其外在表现就是从《理想国》向《法律篇》的转变。在《理想国》中，柏拉图

① [英]约瑟夫·拉兹：《法治及其德性》，郑强译，载夏勇编：《公法》（第2卷），法律出版社2000年版，第104页。

② [美]E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第3页。

从“善”的理念出发,构建了一个由“哲学王”统治的理想国。然而,在现实社会中,“理想”必然成为“空想”。在西西里的叙拉古城推行人治实验失败的惨痛经历,促使柏拉图晚年重新关注法律的作用。在《法律篇》中,法律成为“第二等好国家”的统治者,国王成了法律的仆人。

柏拉图对法治最大的贡献在于对人治极限条件的清理,使后人更容易理解人治的不可能。^① 不过,由于柏拉图最终并没有彻底背叛自己的“理想国”,其法治思想带有妥协性,在逻辑上也存在着明显的矛盾。这成为亚里士多德法治思想的理论突破口。在《政治学》中,亚里士多德提出了脍炙人口的“法治二要件”。他以为:“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^② 亚里士多德的法治观包含两部分:法律至上和法律正当。这为法治理论确立了大致的框架,粗略地勾画了法治的构成要件。

无论是柏拉图还是亚里士多德,其法治观都属于伦理学范畴,他们的法治观更多的是思辨的,是理念层面的。亚里士多德的法治观没有也不可能说明如何才能形成对法律的“普遍的服从”,如何才能制定“良法”。所以,古希腊对法治理论的贡献主要是在思想层面而非制度层面。

“征服者被征服”,古罗马人在军事上征服古希腊的同时,在文化上却成为古希腊的臣服者,“罗马在文化上成了古希腊的寄生虫。”^③ 通过斯多噶学派的桥梁作用,古希腊的文化与古罗马的文化连接了起来,形成了一个连续性的“希腊—罗马”世界。与希腊人善于思辨相比,古罗马人精于实务,他们从操作的视角来接受和阐明法治观。古罗马的法治观因之而具有强烈的实践性,他们的法治观更多地体现在他们的制度和行动中。

古罗马人注重从政治学和法律学的角度考察政治生活,他们把国

① 参见苏力:《认真对待人治》,《华东政法学院学报》1998年创刊号。

② [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

③ [英]罗素:《西方哲学史》上卷,何兆武、李约瑟译,商务印书馆1963年版,第351页。