


经典与社会 

西南政法大学法学理论学科主办


# 法治秩序两重性

Two Dimensions of the Rule of Law

赵树坤 著

本书通过法治的“法律”维度和法治的“意义”维度这两个视角,探讨法治与人权、法治与社会治理、法治与具体制度建构、法治与学术研究等问题,力图表明中国法治秩序的建构绝非“法律”维度的一重探索所能承担

法律出版社

经典与社会 

西南政法大学法学理论学科主办

# 法治秩序两重性

Two Dimensions of the Rule of Law

—— 赵树坤 著 ——

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

法治秩序两重性 / 赵树坤著. —北京:法律出版社, 2014. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6482 - 6

I. ①法… II. ①赵… III. ①法治—研究—中国  
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 113764 号



法治秩序两重性

赵树坤 著

责任编辑 高山 黄琳佳

装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 6 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 三河市龙大印装有限公司

印张 16.75 字数 213 千

印次 2014 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6482 - 6

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨以此书献给我挚爱的大哥赵树海先生

## 经典与社会·法学文丛编委会

---

顾 问： 张文显 李步云 贺卫方 卓泽渊

主 任： 付子堂

副 主 任： 张永和

委 员： 周祖成 宋玉波 程志敏 郭 忠 雷 勇

朱学平 陆幸福 周尚君 赵树坤 王 恒

林国荣 郑文龙 庄晓华 刘 颖 胡兴建

朱 颖 刘文会 张善根 董彦斌 亓同惠

邓达奇 杨天江 杜 苏 刘祥超

学术秘书： 尚海明 彭 浩 蒋 艳 封 雅

## 总 序

西南政法大学法学理论学科于1979年经国务院学位委员会批准获得硕士学位授予权,是全国最早一批设立硕士学位授予点的二级学科。本学科于1992年被确定为校级重点学科,2000年被确定为重庆市重点学科,2003年被批准为博士学位授权点,2004年开始招收博士研究生。2007年,“法理学”课程被教育部评为国家级精品课程。2008年,本学科开始招收博士后研究人员。2013年,“法理学”课程被教育部评为国家级精品课程资源共享课程。

西南政法大学历来重视基础学科建设中的学术积累与学术传承。我校的法学理论学科点在卢云教授、黎国智教授、王明三教授、钮传诚教授、王方仲教授、李权教授和吴光辉教授等老一辈学者的创建、经营、带动和培养下,师承相继,薪火相传,生生不息。经过多年的辛勤劳作,本学科点造就了一批又一批优秀的教学科研人才,并持续保持着一支年龄结构合理、理论功底扎实、具有探索精神的学术梯队,在现代法理学、马克思主义法律思想研究、法哲学、法社会学、人权法学、立法学、比较法学和西方法理学等领域做出了重要贡献,形成了自己的学术特色和传统优势。

传统要“传”才能拥有活力,才能发扬光大。老一

辈学者已经为此付出了艰辛的劳作,作出了卓越的贡献。现在,传统的“薪火”已交给我们,让我们将其光大。任务相同,都为建设法理学科;背景相似,都身处转型之大背景。然而,情势却有所区别。今天,“转型中国”之“转型”愈益明显,各种问题层出不穷,各种理论日新月异,给我们提出新要求,新挑战,也给我们创造了新的机会。为此,我们提出“深入经典,关注现实;海纳百川,有容乃大”的学科发展思路。

经典是人类思想的结晶,是伟大思想家、立法者给人类留下的一座座思想“富矿”,是人类不断获得启发的源泉。思想巨人总是以其高超的智慧体察人类的情欲,洞悉复杂而深邃的人性。他们时刻关注着人类的幸福,他们提出的问题总是人需要面对的根本问题。面对经典,即面对人自身;阅读经典,即认识人自己。这是思想、学术原初的冲动。深入经典,学术才有宽厚基础;借助伟人的眼光,我们才能看得更远。经典之于学术,犹如大地之于树木,只有深深扎根大地,才能长成参天大树。

现实是人类生存的当下处境,是人类感知的直接对象,是催生人类思想之花的“生活之树”。人并非生活于真空之中,总在鲜活的现实中悲喜哀乐。法学前贤已区别了“书本上的法”和“生活中的法”。“书本上的法”内容明确、逻辑一致,却缺乏应有的灵活,甚至僵化停滞。只有调之以“生活中的法”,“书本上的法”才能赋有其应有的活力和热度。关注现实,学术才有正确指向;体悟生活,思想才能打动人心。

在现代学科知识体系中,任何一门学科都不能拒绝其他学科的成果。法理更是如此。如果过分专注于法律本身,我们可能会迷失其中而“不识庐山真面目”。正如要认识故乡,就必须离开故乡,到更广阔的天地中去;要认识地球,必须离开地球,到更浩瀚的宇宙空间中去。认识法律,研究法理也是这样。只有容纳并认真汲取其他学科的新成果,我们才能找到认识法律的新视角,发现进入法理的新路径。这即是“法之理在法外”。

为了贯彻上述宗旨,我们建设了“西南法理学重点学科建设项目书系”,以期创建一个学术交流的平台,展示我们在法理学研究上所做的不懈努力。在此书系下面,现已出版发行的丛书包括《法理学讲演录》、《经典中的法理》(集刊)、《社会中的法理》(集刊)以及《经典与社会·法学文丛》等。《经典与社会·法学文丛》主要展示西南政法大学法理学科最

新研究成果。需要说明的是,本书系能够得以出版,除了各位作者大力支持外,多多仰承法律出版社黄闽社长、学术分社朱宁社长、高山编辑等同仁的鼎力襄助,他们为本书系的顺利问世几多操劳,特此表示由衷感谢!

我们深知,发扬光大“西南法理”是一项长期的事业,离不开坚持不懈的努力,希望在学界同仁的大力支持下,积极追踪时代主题,为传承“西南法理”做出自己的贡献。

付子堂

2014年5月于重庆两江新区



## 自序

自接触法理学以来,时光如白驹过隙,倏忽 20 年。这既是我作为一个独立的人,开始自觉摸索、懵懂探寻、思考人生意义的 20 年;同时,也是作为一个法学工作者,开始认识、探讨、研究法理的 20 年。法理学内容包罗万象,博大精深;我在“尽快找到个人的兴趣点和研究领域的”箴言指引下,有时煞有介事,更多时候是“摸着石头过河”地走了这 20 年。本书既可以看作一串深深浅浅的学术脚印,也可以说是蓦然停步回头检省的记录。法律,这个柏拉图眼中的“金质纽带”,它纽带起了中国社会的方方面面,也串连起了我人生的星星点点。

—

20 世纪 90 年代初,中国自 1978 年开启的新一轮思想解放和改革开放进入比较微妙的时期。一方面,改革开放带来了非常明显的经济成就;中国当时正处于新一轮经济增长的高峰期。另一方面,经济高速增长,社会日新月异地变化,新生事物层出不穷,新思想、新观念彼此碰撞,社会矛盾纠纷快速上升,进一步暴露出了许多体制、结构、战略、社会等方面的问题。

一开始接触法律,法律在汪洋似的社会中被一系列充满激情的话语包围着:市场经济、法治、人权、宪政、民

主、自由、平等、效率……那时,《人权概念的起源》、《从法制到法治》、《法治论》、《人的权利与人的多样性》成为枕边书,吟诵“我们认为下面这些真理是不言而喻的:造物者创造了平等的个人,并赋予他们若干不可剥夺的权利,其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利,人们才在他们之间建立政府,而政府之正当权力,则来自被统治者的同意。任何形式的政府,只要破坏上述目的,人民就有权利改变或废除它,并建立新政府;新政府赖以奠基的原则,得以组织权力的方式,都要最大可能地增进民众的安全和幸福”也是一种时尚。法治理想国,尤其是以人权为终极目标的法治理想国在心中扎了根,成了当仁不让的职业目标。

然而,当我将目光投射到我的祖国时,尤其是当我试图从历史的氤氲中厘清中国法治与人权的过去、现在乃至可能的未来时,我惊讶地发现,近代宪法变迁中,尊重和保障人权价值明显缺失。倘若从制度创新的视角加以检验,近代宪法变迁实质的结论是让人失望的。同时,中国的社会转型在宪法文本意义上虽然已经完成了从“臣民”到“公民”的转换,而且,“公民”话语符号的普及力、渗透力极大地启蒙了人们的思想。但是,社会转型要真正完成从“臣民”到“公民”的身份转换,超越话语符号的形式局限,就必须转向纵深意义上的制度建构和社会结构改造,建构真正的“公民社会”。法律是以社会为基础的;没有深厚的社会土壤,是无法生长出法治与尊重保障人权的现实的。文本或制度很容易将“法治”、“人权”写下来,然而写下来之后呢?社会历史的创造性力量是人民,若没有普罗大众的认同、信任和支持,纸上的“法治”、“人权”就可能仅仅是看起来很美。而近代以来,中国普罗大众包括政治精英、知识界总是被一种“富国强民”的情绪焦烤着,同时,工具主义的法文化传统存在久长。所以这种历史性的自然惯性必然反映在中国法治启动的环节上,因而就有了为经济保障护航,我们要建设法治;为富国强民,我们要建设法治;为规范有序,我们要建设法治。法律的确有其手段性价值的一面,这本没有错。但是,倘若仅仅停留在手段性价值这个定位上,今日中国之法治又与古代法家之“法治”有何区别呢?中国多年的法治与人权实践创造出了以法律和政策两条路径平行展开的模式。最近几年出台的两个国家人权行动计划文本,从政策视角切入来规划中国人权保障的现实化举措。执政党利用

政策来提高社会人权保障水平,其正当性前提是不得僭越宪法法律的界限。法治之真意在于任何政党、军事力量、国家机关、社会组织和个人都应该在法律之下。无此前提,即使是客观上有利于个体权利和民生大计的行为,也可能依然是人治体系下的慈恩和赏赐。所以,法治秩序下的人权保障,法律作为在技术上显得最有效、最便利的程序或制度仅仅是一个前提条件;一套社会主义法律体系若没有与之匹配的社会结构和人们的心灵结构的支撑,法律制度体系只会变成一堆僵死教条,也自然失去了唤起行动者内在认同的基础。十八届三中全会《决定》中明确,建设法治中国,必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。因为如果社会结构依然是等级制的,便无法奢望独立人格、平等观念之形成。如果没有与现代法治社会相匹配的核心价值观和道德体系,创造一种真正的尊重人的平等权利、尊重弱者的人格尊严的文化环境就不可能。我越来越明确一点,只有通过革新和完善社会整体结构和制度结构,进而逐步改变社会文化心理结构,法治与人权在中国才可能是愿景。

## 二

一旦我将人权问题的考虑安顿给宏大的社会建构,法律与社会治理问题,与矛盾冲突化解问题就扑面而来了。其实一说到矛盾冲突,很容易想起中国古代的文化遗产之和谐社会。和谐自然好,不是无纠纷、无冲突,而是拥有一套有效的制度化冲突化解体系。“通过法律的治理”恰到好处地出现,而成为通向和谐社会的一条阳关大道。然而,吊诡的是,我一边看到法律张扬起自身的优势:理性化、公开的、不溯及既往、稳定、有强力后盾等,在立法过程的多方利益主体博弈中,在司法面临的多种利益冲突面前,纵横捭阖,一时间深受众人青睐,似乎势不可当;另一方面,我却为社会中无处不在的隐性规则、权宜之计、策略选择消解着制度权威、损害着法律声名、混淆着治理成效而百思不得其解。我的疑问是,法律究竟能做什么、不能做什么?法治秩序究竟是不是社会治理的理想化目标?考察群体性信访,是因其往往牵涉多元利益群体,具有规模性,从而也具有了一定典型性。答案是信访化解矛盾冲突所呈现出的策略化取向,具

有非制度或反制度的性质。也许它多少暴露了法律治理机制的局限性，但它无法弥补法律治理的不足；甚至，作为一种冲突化解机制，策略化的信访实质是某些潜在规则发挥功能的载体。而当我最终把视线落在一种我称为“非现实性冲突”上时，我终于确定，法律是有自身界限的。虽然说没有法律万万不能，但法律绝非万能。超出该界限赋予法律重负，注定无法获取预期效果。这也意味着“通过法律的治理”并非社会治理的全部，而仅仅是其中的一部分。“有限度”的法律观提醒我，法律能力范围以外所预留下的矛盾冲突，必须诉诸其他社会机制来加以化解。

然而，通过考察拓展多元化的表达机制以舒缓社会转型过程中在不特定人群中逐渐积累起来的紧张和敌意，我却明白，表达机制说到底仅仅是立足于对紧张的暂时缓解而非永久性的消除。换言之，人们对社会的不满，因为能够及时得以“言说”、“表达”、“宣泄”从而可能不至于突然以暴烈的、极具社会破坏性的、牺牲社会秩序的冲突形式出现；但是，引起不满的情况本身却无法通过“表达了不满”而发生改变。考察消费异化的矫正，即使是再规范、理性的法律文本，也总在实践面前被弄得支离破碎。这主要表现为如下情形：“有法律无实施”、“有法律效力无法律实效”、“纸上的法与书本上的法背离”。消费异化治理上的此类困境，像传染病一样弥漫在中国各个角落。许多时候不是人们不知法，而是明知却不遵守、不执行。“机会主义守法”、“选择性执法”等现象表明，法治秩序早已不再只是形成健全完善的“法律体系”那么简单，也绝非仅仅法律一个维度。完善的社会治理，仅有法律规范、制度的不断增加，却没有社会整体生活意义和精神选择的方向，此种秩序注定是无源之水、无本之木。法治秩序二重性的实质是，没有意义或价值的维度，法治是僵死的教条；没有法律或规范的维度，法治是虚无的幻想。由此，法治秩序的达成，既要重视自上而下的法律塑造、法律推进、法律强制；也要充分关注、重视社会自生自发的资源和成果，要对“建构”立场保持清醒的警惕。

### 三

“搞法理学的不能不懂部门法学”。记不得这句话最初出自谁，不过常常怕自己不是个合格的法理老师，即使是东一锤子西一棒子的，我渐渐

也还真积累了些从具体制度视角思考法治秩序方面的文字。

我讨论立法主体,缘于对民族国家与全球化张力的缓解之需。尽管法律曾长期是“地方性知识”,是“主权国家的意志”;但是,晚近法律中普适性的、共性的比重越来越高也是事实。虽然民族/国家体系不会在短期丧失其存在价值,国内法与国际法之分仍会存在,立法主体就是国家权力机关也没有错,但人/世界体系框架对民族/国家体系框架的超越端倪已现。在这种情况下重视传统立法主体的概念更新和范围重新界定也是必要的。但是,即使更多的官方的或非官方的国内外或跨国机构通过缔结或参加国际组织或区域性组织的方式行使立法权从而扩张立法主体范围是一种社会事实,也还是无法正当化当下社会公民、公共媒体事事呼吁立法、处处求助立法以及国家立法机关、行政管理部门纷纷争抢立法项目这一现象。这种“泛立法主义”现象表面看似乎是重视立法和法律,实质上却弊害丛生。法治从来不是法律的全盘垄断,而且也根本做不到。

之所以对再审制度更为关注,是因为在制度框架内寻求既有制度的最大化救济能力是我笃信的法治要义。诉诸微观制度的改革、完善,总免不了头痛医头、脚痛医脚的嫌疑,所以,社会之维从没有离开我的视线。我试图将规范土地资源的法律放在更为广阔的社会架构中去追问;将城市基层治理的重要一环社区民间组织作为深描的对象,考察基层社会社区民间组织及自治制度的生长土壤;将特定社会群体刑事犯罪被害人的救济从技术化的角度拟出立法规划图。

这些部门法领域的具体制度的思考,有时候是有感而发,有时候是应景之作。它们既不系统,也未见得深刻。只因为我一直觉得其实学术不应严格画界,有地盘之争;亦不该有太多门派成见,彼此设置壁垒。对于自己未曾碰触的领域,任何人都无法预先说喜欢或是厌恶、擅长或是无能。人生本是一个不断认识自我的过程;自己的学术旨趣所在也须不断尝试、不断检验、不断寻找。那些文字因为散,因为碎,体现了这种怯生生尝试的味道;亦因为没有成规所限,蓦然一闪,可见点点星光。

#### 四

在过去的20年中,法律,倘若与丈夫、孩子这些家人相比,它同样是

最为正当的一个陪伴儿。作为法学教师,写法学文章、教法律课程既是安身立命之所,也是社会正统标准下的正业。每一个民族都有自己的学术,每一种学术都要传承。中国法学尴尬在于,当始于西方的近代法学作为外来的学问进入中国时,正逢着中国人对自己的学术连带自己的学术能力极度不自信之时。中西古今之争不知不觉已百年有余,中国法学也缓慢曲折了百年有余。当你埋头阅读着一本一本西方作品,对着课堂上一双双求知若渴的眼睛将之倾囊而出时,你满心觉得自己已非常对得起学生、教师身份甚至祖国学术大业了。忽然有人一声断喝:快醒醒吧!可怜的西方法学知识消费者,却自以为是在进行法学知识生产。无论源于懵懂无知还是自欺欺人,这样迟早会断送中国法学!我一下就傻了。我头脑中首次冒出了“空间意识形态”这个词,且萦绕不走。面对中国法学向何处去的疑问,我不得不承认,“西方”作为空间意识形态的确使许多中国学者习惯于到西方或西学中寻找“阐释中国”的方法;而中国常常仅是需要被处理的客体化材料和对象。这其中也包括我。邓正来教授说“只要中国法学论者,甚或中国论者,开始对其生活赖以凭的知识生产的性质以及其生活于其间的社会生活秩序之性质展开思考和反思,我认为,那一定是一种‘自觉’生命或理论的开始。”我能开始这种“自觉”生命或理论吗?人是历史的人质还是历史的创造者?

作为教师,谁都不可能不关注自己每天工作的场域,不可能不关心每天要面对的学生尤其是自己带的硕士生。不知何时起,也不知什么原因,我以及我的同事们发现,教师不但要挂牵学生的学业,还有就业、婚恋甚至更多。当我与学生一起焦虑这些烦心事时,慢慢就习惯了这些发现:学生们大都没有多少做学问的心气儿,学生们大部分都不那么真心感兴趣法理学;他们还是关心找个什么工作,落脚在哪个城市,怎么能多赚钱……于是考试可能是敷衍的,写论文也可能是敷衍的。看着学生们读书成本越来越高昂,找工作前景越来越黯淡,作为教师,我同情他们的指数就越来越高,要求的标准亦越来越低:该读的书单尽量缩减了,该有的论文评价标准尽量放低了。相反,我常鼓励大家去参加有利于就业的各种考试,去换取各种各样的资格证,也常提醒大家面试的细节、论文答辩的技巧。我觉得大家平安过关、顺利毕业就大吉大利了;学生们觉得我真

是个善解人意的老师。然后,在夜深人静的时候,面对无边的黑暗,我鄙夷自己成为现实的人质、平庸的人质、犬儒的人质。

自我反思是一剂良药,它终能救我们在怠惰之路上悬崖勒马。只要心里有光,眼前就不会黑暗。我开始从细节入手,挑剔我每天上课的教科书,借以挑剔统编教材意义的中国法学教育。中国教材产业兴盛久矣,可惜的是教材上毛病一箩筐:有的知识陈旧,有的东拼西凑;有的人云亦云、不求甚解;有的以讹传讹,误人不浅。其实这儿也是法学研究的问题域,也可以成为考察法治秩序的小窗口。同时,我开始重新思考教师与学生之间应该是怎样的一种关系状态,应该如何看待作为教师与学生彼此连接纽带的知识。对作为认识论意义上的知识、作为权力的知识与作为美德的知识的认知,一定程度上使我重新回归了教师职业的恰当定位。恰如法学作为知识之学、智慧之学和精神之学的认识,会辅助法科学生在就业道路上超越单一的功利主义计算,而重新唤起他们对法律超验之维的情感,唤起他们对终极人生目的与生活意义的敏感。

很久以前,在我的心目中,能写书、出书是一件神圣的事,写书的作者又是何等了得的人物。现在,我终于知道,新书付梓之时,写书的人一点儿也不觉得自己了得,反而是那么的惴惴不安与忐忑。围绕着一本书,总有多人的辛劳和付出,对他们/她们,再多的谢意也不为过。而对当事作者而言,出书就像体育项目中的跳高,永远是遗憾的事业,总会有太多的不足、太多的问题随着一本书而纷至沓来。幸运的是,正是在这些不足与问题面前,我可能又获得了一个继续前行的机会,也许这才是人生的玄妙所在。

赵树坤

于重庆江北区寓所  
2014年2月20日

# 目 录

自序 / 001

## 第一篇 法治秩序与人权

从制度创新的视角看近代中国宪法变迁的实质 / 003

从“臣民”到“公民”了吗 / 015

从不平等到“非歧视”了吗 / 021

从两个《中国人权行动计划》看人权实践在中国 / 027

中国残疾人保障理路的省思 / 034

## 第二篇 法治秩序与社会治理

和谐社会、冲突与法律控制 / 047

从两则案例看利益冲突的法律控制 / 059

信访及其策略化取向

——以临江区的个案为分析对象 / 070

法治秩序的两重性

——以“消费异化”为切入点 / 081

论“有限度”的法律发展观 / 092

“紧张”何以消解

——冲突治理的另类视角考察 / 106



### 第三篇 法治秩序与具体制度建构

- 民族/国家视角下的立法主体质疑 / 121
- 论“泛立法主义”之弊害 / 136
- 审判监督制度在化解冲突中的局限和完善 / 140
- 审查民事再审检察建议若干问题初探 / 150
- 社区民间组织的功能、价值和前景 / 154
- 转型时期中国土地法律效力、社会公平与社会  
结构 / 166
- 构建犯罪被害人国家补偿制度论略 / 176

### 第四篇 法治秩序与学术研究

- 从空间意识形态藩篱中突围  
——法律理想图景的“中西”辩证 / 187
- 我国法理学中“法律规则”论拷问 / 194
- 教师与学生关系及其法律确认研究 / 208
- 如何看待“法科大学生就业难”  
——以“职业期待”为视角 / 242
- 跋语 / 252