

迈向法治主义

Towards the Rule of Law

陆幸福 著

本书分为两编：第一编为法治主义之基本理念，主要包括：中国主流法律概念之修正、法治与现代社会相互之间的契合、托克维尔关于集权与分权的论述、宪法爱国主义的悖论与合理性、权利概念学说以及权利话语之反思；第二编为法治主义之制度构建，主要包括：公私领域分离视角下的中国宪法再修改、中国依申请公开政府信息之制度完善、中国语境中法官约束机制之构建、中国缓刑制度之批判与重构

法律出版社

经典与社会 法学

西南政法大学法学理论学科主办

迈向法治主义

TOWARDS THE RULE OF LAW

陆幸福 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

迈向法治主义 / 陆幸福著. —北京: 法律出版社,
2014. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6615 - 8

I. ①迈… II. ①陆… III. ①社会主义法制—研究—
中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 151874 号



© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 8 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 14.75 字数 196 千

印次 2014 年 8 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 - 6615 - 8

定价: 38.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

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”。正若要认识故乡,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

目 录

上编 法治主义之基本理念

第一章 法治与现代社会 / 003

- 一、何为法治 / 004
- 二、现代社会的结构及其基本矛盾 / 010
- 三、为什么法治为现代社会所必需? / 014
- 四、为什么法治唯有在现代社会方可真正实现? / 017
- 结语 / 021

第二章 托克维尔论集权与分权 / 023

- 一、政府集权与行政集权 / 024
- 二、中央集权 / 027
- 三、地方分权 / 032
- 结语 / 037

第三章 论哈贝马斯的宪法爱国主义 / 038

- 一、从反对民族主义出发——宪法爱国主义的提出 / 039
- 二、民族国家认同与世界主义并举——宪法爱国主义之解释 / 041
- 三、哈贝马斯宪法爱国主义的四个内在矛盾 / 045
- 四、检讨哈贝马斯宪法爱国主义的自然模型 / 047

五、宪法爱国主义何以在悖论中前行 / 049

结语 / 052

第四章 权利概念与权利话语之反思 / 053

一、权利概念 / 053

二、权利话语之批判 / 062

三、权利话语批判之反批判 / 075

四、权利话语正当性之再论证 / 084

结语 / 090

第五章 法律概念之检讨与修正 / 092

一、法律概念之经典论述及其反思 / 092

二、人类为什么需要法律？——界定“法律是什么”的
前提性思考 / 100

三、一个尚待检验的界定——对中国当下“法律是什么”
主流观点的修正 / 103

结语 / 106

下编 法治主义之具体制度

第六章 公私领域分离视角下的中国宪法再

修改 / 109

一、近代之前的封建王朝治理模式 / 110

二、中央集权官僚体系之确立：民族国家建构的
第一步 / 112

三、最高国家权力公共性与公私领域分离的确立：
现代常态政府模型之最终形成 / 114

四、20 世纪之后公私领域界限的模糊 / 115

五、中国语境中的公私领域分离 / 119

六、中国当前公私领域分离不足之后果 / 124

七、修改中国现行宪法以确立公私领域之适当分离 / 128

结语 / 135

第七章 中国语境中的法官约束机制 / 136

一、建立中国法官约束机制的必要性 / 137

二、中国当前约束法官的具体措施 / 139

三、中国法官约束新机制之建构 / 143

结语 / 147

第八章 论依申请公开政府信息之制度改进 / 148

一、取消对申请公开政府信息的主体资格限制 / 149

二、明确列举不公开事项以扩大依申请公开的政府
信息范围 / 152

三、完善依申请公开政府信息工作之监督机制 / 155

结语 / 160

第九章 中国缓刑制度之批判与重构 / 161

一、缓刑制度概论 / 162

二、批判——中国现行缓刑制度及其弊端分析 / 171

三、重构——中国缓刑制度之完善 / 187

结语 / 214

参考文献 / 215

上编 法治主义之基本理念

第一章 法治与现代社会

美国学者劳伦斯·傅利曼曾言,不管其中存在什么差异,所有的现代国家都是由法律所统治。^[1] 中国作为现代世界的一员已经在某些层面步入现代国家的行列,但中国的法治建设却尚未完成。中国的立法数量不可谓不大,但其中的问题亦不可谓不多;而中国的选择性执法更是一种普遍现象,继续推进法治实乃当下之要务。然而,国人对法治的态度却并不明朗,政府违法之常见至少表明部分政府官员并非真的相信法治;而民众对关系的信赖程度超过了法律,甚至国内学界对法治的批判也不绝于耳。^[2] 针对此种现状,需要进一步论证法治的正当性问题,以期政治精英和民众都能认识到法治是现代社会的必然选择,从而形成推进法治的共识性力量。因此,作为政治学、社会学和法学理论领域之中最珍贵的理念之一,^[3] 法治是一个经典且近乎老旧的

[1] [美]劳伦斯·傅利曼:《二十世纪美国法律史》,吴懿婷译,商周出版 2005 年版,第 14 页。

[2] 何海波:“形式法治批判”,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第 6 卷),法律出版社 2003 年版,第 8~83 页。

[3] Leonardo Morlino and Gianluigi Palombella, "Introduction", *Rule of Law and Democracy: Inquiries into Internal and External Issues*, Edited by Leonardo Morlino and Gianluigi Palombella, Leiden: Koninklijke Brill NV, The Netherlands, 2010, p. ix.

话题,但阐明法治与现代社会的契合关系,在实践层面可以凝聚国人推进法治的共识,在理论层面可以确立法治的正当性,并非一般意义之老调重弹。

一、何为法治

(一)法治的理论谱系

在古典时代,人们对法治多有讨论,但其中最成体系也最具影响的是亚里士多德的法治理论。亚里士多德认为“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”。^{〔1〕}这个观点勾勒出法治的基本框架。而关于法治相对于一人之治的优势,亚里士多德认为,法律统治就意味着唯独神祇和理智可以行使统治;而个人统治就在政治中混入了兽性的因素。常人既不能完全消除兽欲,虽最好的人们也未免有热忱,这就往往在执政时引起偏向。法律恰恰正是免除一切情欲影响的神祇和理智的体现。因此,法律作为中道权衡,可以使事物合于正义。^{〔2〕}与此同时,法律训练执法者根据法意解释并应用一切条例,对于法律没有规定周详的地方,让他们遵从法律的原来精神,公正地加以处理和裁决。法律也允许人们根据积累的经验,修订或补充现行各种规章,以求日臻美备。^{〔3〕}当然,亚里士多德的法治理论有其前提,这就是法治是平等人之间进行统治的最佳方式,因为他们谁也不服从谁,那就只能服从法律。在他眼中,如果确实存在一个善德甚著的人,那么就应该顺其自然,让全邦的人服从这样的统治者。^{〔4〕}而由于通常情况下不存在这样的人,因此法治自然成为首选。后世的学者关于法治的诸多释义基本都没有跳出亚里士多德所确立的法治两重意义这个框架。

作为现代政治理论的主要奠基者,洛克的法治理论不可忽视。洛克关于法治的论述体现在两个部分,第一是自然状态的缺陷,第二是法律在

〔1〕〔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。

〔2〕同上书,第169页。

〔3〕同上书,第168页。

〔4〕同上书,第157页。

政治社会中的统治地位。洛克虽然认为人类在自然状态中享有完备无缺的自由,但自然状态却有三个缺陷:第一,缺少一种确定的、规定的、众所周知的法律,为共同的同意接受和承认为是非的标准和裁判他们之间一切纠纷的共同尺度。第二,缺少一个有权依照既定的法律来裁判一切争执的知名的和公正的裁判者。第三,往往缺少权力来支持正确的判决,使它得到应有的执行。^[1]与此同时,在自然状态中,由于人人有惩罚别人的侵权行为的权力,而这种权力的行使既不正常又不可靠,人们可能因此而遭受不利。自然状态在洛克这里绝没有卢梭眼中那么美好,因此走出自然状态是人们正当的必然选择。而在洛克所描述的自然状态的三项不足中,每一项都与法律相关:第一项涉及法律制度,第二项关乎法律裁判,第三项针对的是法律判决的执行。这也就意味着法律在人类的生活占据着定纷止争的关键作用,由于缺失了有效的法律及其良好的运作,人们的财产便无法得到有效而安全的保障,自然状态的美好因此即消失在生活的危险与不便之中。为了和平和安全地享受他们的各种财产,人们基于契约,放弃部分权利,进入政治社会,而能够达到这个目的的重大工具和手段是那个社会所制定的法律,因此所有国家的最初的和基本的明文法就是关于立法权的建立。^[2]正是基于公众的意志,立法权具有了近乎神圣的特殊地位。洛克说,“立法权不仅是国家的最高权力,而且当共同体一旦把它交给某些人时,它便是神圣的和不可变更的;如果没有得到公众所选举和委派的立法机关的批准,任何人的任何命令,无论采取什么形式或以任何权力做后盾,都不能具有法律效力和强制性,因为如果没有这个最高权力,法律就不能具有其成为法律所绝对必需的条件,即社会的同意。除非基于他们的同意和基于他们所授予的权威,没有人能享有对社会制定法律的权力”。^[3]这就意味着,公众的意志是法律唯一的源泉,除此之外的所谓法律都是伪法律,尽管它可能具有法律的外观。洛克在这里切中了现代政治的要害——统治必须得到被统治者的同意,而这唯有法治才能完成。尽管立法权在各种政府权力中居于至高无上的地

[1] [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳等译,商务印书馆1964年版,第77~78页。

[2] 同上书,第82页。

[3] 同上。

位,尽管它最能够体现民众的意志,但是,洛克依然对立法权进行了限定,其中包括立法权自身的范围有限以及立法机关的权力不能转让。最为重要的是,洛克坚持立法机关必须根据法律进行统治——“谁握有国家的立法权或最高权力,谁就应该以既定的、向全国人民公布周知的、经常有效的法律,而不是以临时的命令来实行统治;应该由公正无私的法官根据这些法律来裁判纠纷;并且只是对内为了执行这些法律,对外为了防止或索偿外国所造成的损害,以及为了保障社会不受入侵和侵略,才得使用社会的力量”。^[1] 在洛克看来,掌握最高国家权力的人在法律之下。因此,在洛克所主张的治理模式中,最终的决定性力量虽然在民众自己手中,但是由于民众不可能直接进行统治,起到统治作用的是代表他们意志的法律。到此为止,洛克的法治理论已然明了。

19 世纪的英国法学家戴雪(A. V. Dicey, 1835 ~ 1922)通常被视为近代西方法治理论的奠基人。戴雪第一次比较全面地阐述了法治概念,这一阐述以已有的法治体制及其经验为根据。在《宪法研究导言》^[2]里,他写道:“法治有三个指意。第一指意解作国法的至尊适与武断权力相违反。四境之内,大凡一切独裁,特权,以至宽大的裁夺威权,均被摒除。英吉利人民受法律治理,惟独受法律治理。一人犯法,此人即被法律惩戒;但除法律之外,再无别物可将此人治罪。第二指意解作人民在法律前之平等。第三指意表示一个公式,用之以解证一件法律事实。这件法律事实是:凡宪章所有规则,在外国中,皆构成宪法条文的各部分;而在英格兰中,不但不是个人权利的渊源,而且只是由法院规定与执行个人权利后产生之效果。”^[3] 戴雪关于法治的描述后来也受到诸多的批评,有学者指出他的观点过于英国化,不具有普遍意义。但是,笔者认为戴雪的前两个法治的指意具有普遍意义,而且较好地概括了法律主治的含义,只是第三个指意的确基于英国自身的历史经验,因为在英国的历史上,正是不断积累的判例构成了宪法的重要组成部分。

当代学者对法治也有诸多论述,主流的法学家基本都重视法治的形

[1] [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳等译,商务印书馆 1964 年版,第 80 页。

[2] 该书的中译本是 20 世纪 30 年代雷宾南先生所译的《英宪精义》。

[3] [英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社 2001 年版,第 244 ~ 245 页。

式意义。富勒(Lon L. Fuller, 1902 ~ 1978)把法律之德区分为内在之德和外在之德,认为法治是法律内在之德的一部分。在他看来,具备法治品德的法律制度由八个要素构成:一般性、公布或公开、可预期、明确、无内在矛盾、可循性、稳定性、官方行为与法律相一致。^[1] 富勒的观点都集中于法律的形式要件,例外的是最后一个要素,此要素指向法律的实施。约瑟夫·拉兹(Joseph Raz, 1939 ~)指出,法治有广义和狭义之分。广义上的法治指一切人都服从法律并受法律的统治。但是,按照政治法律理论,法治又作狭义解,即表示政府应该由法律来统治并服从法律。^[2] 拉兹提出法治的八项原则,即第一,法律必须是可预期的、公开的和明确的。这是一条最根本的原则。第二,法律必须是相对稳定的。第三,必须在公开、稳定、明确而又一般的规则的指导下制定特定的法律命令或行政指令。第四,必须保障司法独立。第五,必须遵守像公平审判、不偏不倚那样的自然正义原则。第六,法院应该有权审查政府其他部门的行为以判定其是否合乎法律。第七,到法院打官司应该是容易的。第八,不容许执法机构的自由裁量权歪曲法律。^[3] 拉兹的上述总结涉及法律现象的多个层面,第一与第二原则规定法律的形式要求,第三原则是关于特定法的制定,第四至第八原则主要内容是司法。拉兹也基本不提“良法”问题。菲尼斯(John Finnis, 1941 ~)认为法治是法律制度特定的德性,他所列举的例证法治的要件也是八项。第一,法律制度的规则可预期且不溯及既往;第二,法律制度的规则无论如何也不是不能够被遵循的;第三,法律制度的规则必须公布;第四,法律制度的规则是清晰的;第五,法律制度的规则相互协调;第六,法律制度的规则必须足够地稳定以便人们通过对规则内容的知晓而受规则的引导;第七,适用于相对有限情形的法令和命令的制定受已经公布的、清晰的、稳定的和较为概括的规则引导;第八,有权以官方资格制定、执行和适用规则的人,有责任遵循适用于其行为的规则,

[1] Lon L. Fuller, *The Morality of Law (Revised Edition)*, Yale University Press, 1969, pp. 46 - 94.

[2] Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1983, pp. 211 - 213.

[3] Ibid., pp. 214 - 218.