

CHINA JURISPRUDENCE

第1辑

◆中国法理学研究会主办
◆李林 齐延平 主编

中国法理

徐显明题

法治理论

法治新思维：法治中国与法治社会
法治方式与改革思维的冲突及消解
地方法治建设及其评估机制研究
生态文明建设的法哲学思考
两种法治：再论法治的概念策略

法治体系

中国特色法治体系的理性建构论纲
完善法律体系与建设社会主义法治国家的展望
法律关系逻辑调整与法律体系的完善
法律体系到法治体系：
从“建构理性主义”到“进化理性主义”

法律权威

法律权威与党的领导
论法律权威与政治制度
法律权威与法的良善

西方法哲学

自主性、正当权威与内在理由
德沃金权利论题重述
论法律的客观性与确定性
融贯论、道德权衡与法律论证



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

CHINA JURISPRUDENCE

第1辑

◆ 中国法理学研究会主办
◆ 李 林 齐延平 主编

中国法理

徐显明题



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国法理. 第1辑 / 李林, 齐延平主编. —北京: 法律出版社, 2014. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6943 - 2

I. ①中… II. ①李…②齐… III. ①法理学—中国—文集 IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 227328 号

中国法理(第1辑)

中国法理学研究会主办
李 林 齐延平 主编

责任编辑 韩满春
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2015 年 3 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 18 字数 393 千

印次 2015 年 3 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 - 6943 - 2

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 委 会

主 任 徐显明

副主任 李 林

委 员 (按姓氏拼音顺序为序)

陈金钊 付子堂 葛洪义 公丕祥 高其才

龚廷泰 李 林 刘 星 林 喆 刘作翔

马长山 齐延平 沈国明 舒国滢 宋方青

石泰峰 孙笑侠 王晨光 魏 宏 汪习根

谢 晖 谢鹏程 信春鹰 徐显明 杨宗科

姚建宗 张光杰 郑成良 周旺生 周永坤

朱景文 朱苏力 卓泽渊

主 编 李 林 齐延平

目 录

法 治 理 论

法治新思维:法治中国与法治社会	郭道晖 / 1
法治方式与改革思维的冲突及消解	陈金钊 / 10
地方法治建设及其评估机制研究	付子堂 张善根 / 31
生态文明建设的法哲学思考	
——生态法治构建刍议	文正邦 曹明德 / 49
两种法治:再论法治的概念策略	刘 杨 / 64

法 治 体 系

中国特色法治体系的理性建构论纲	李道军 / 75
完善法律体系与建设社会主义法治国家的展望	陈 俊 / 83
法律关系逻辑调整与法律体系的完善	周 洋 / 92
法律体系到法治体系:从“建构理性主义”到“进化理性主义”	李 亮 / 123

法 律 权 威

法律权威与党的领导	严存生 / 136
论法律权威与政治制度	蒋晓伟 / 141
法律权威与法的良善	赵 迅 / 148

西方法哲学

自主性、正当权威与内在理由	
——对 Joseph Raz“服务性权威观”的一个内在论批评	朱 振 / 156
德沃金权利论题重述	陈 坤 / 175

论法律的客观性与确定性:从法律现实主义的不确定性

命题出发	房文翠 黄伟文 / 190
融贯论、道德权衡与法律论证	王 彬 / 201
年会论文摘要	/ 217

法治新思维:法治中国与法治社会

郭道晖*

【摘要】 本文对十八大以来提出的有关法治思维的一些新概念新命题,诸如法治中国、法治社会与法治国家的内涵的区别,什么是法治社会,法治中国在法治世界的角色地位,法治国家的多种类型,以及“社会主义姓什么”等问题,作了一些新的诠释与探讨。

【关键词】 法治思维;法治国家;法治社会;法治中国;法治世界

党的十八大报告提出要“加快建设社会主义法治国家”,“全面推进依法治国”,“提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的能力”。十八大产生的新的党中央领导人习近平等在诸多场合也一再申述法治的要义和要求,提出了一些新的概念和命题,如“建立平安中国,法治中国”,“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”,还强调指出宪法的生命和权威在于实施,“要把权力关进制度的笼子里”等。^[1]可以看出,这些宣示中有某些值得关注和研究的法治新思维,新在首次提出了建设“法治中国”、“法治社会”的概念和目标;昭示了一些新的愿景和承诺,再次启动人们对政治制度改革的期盼,也引发理论界的思考。

关于法治,一直是伴随改革开放 30 多年来在理论上观念上持续争议、论辩的主题,虽然“建设社会主义法治国家”的方略与目标在十五大已经确立,随后入宪。但在实践上步履维艰、或进或退,迄今也没有在体制上完成由人治、党治到法治、宪治的转型。理论界、法学界有关这个问题发表的论文和对策建议可谓汗牛充栋,似乎要说的话大体说尽,但至今在有些党政干部中似乎并未真正入耳入脑,见诸实践。可能是不大对胃口,或以“不符合中国国情”为辞而“不搞那一套”。这是颇使人忧虑和失望的。

不过,理论界、法学界对有关法治、宪政的一些理念、理论、策议,并非都已讲透。特别是上述十八大以来有关法治的一些新提法,国人更未见得已搞清楚;即使是理论界,恐怕未见得已说明白。譬如:“法治国家”与“法治中国”这两个提法,是一回事、概念重叠,还是不同的范畴、概念?“法治国家”与“法治社会”又有什么区别?它们是否要“一体建设”,还是“同步建设”?还有,我们要建立的是什么类型的法治国家?我们建设的社会主义又是什么样的社会主义?如何才能驯服权力这匹野兽,把它关进笼子里,等等。这些都

* 郭道晖(1928—),男,湖南湘阴人,中国法理学研究会顾问、广州大学人权研究中心教授、最高人民检察院专家咨询委员会委员。

[1] 习近平在中央政治局第4次集体学习会上的讲话,2013年2月23日,引自新华社北京2月24日电。

是需要推敲、商榷、研讨的。我想有必要先把上述这些法治思维的新概念新内涵搞清楚,再联系实际,为政府的各项职务行为提供理论指导。

一、“法治中国”

法治中国与法治国家这两个概念都内含“国家”,它们有无区别?我认为:“法治中国”是一个更广袤的概念,它是涵盖法治国家、法治政府和法治社会以及与“法治世界”并立的大概念。法治国家只是指全部国家机器、国家权力的民主化法治化,主要是就国家主权意义上而言的;法治政府一般特指行政权力,诸如依法行政、法治行政等;法治社会则属于社会权力范畴,它是相对于法治国家、与之互补互动,并实行社会自治自律的独立实体。

作为法治中国,还有一个特殊内涵是:在国际关系上它还意味着是“法治世界”的一员。“我们这个时代最大的挑战就是全球化”。〔2〕全球化引起对一系列国家与国际政治、经济与法律的制度、概念、理念、游戏规则等的冲击和变迁。各种金融、贸易的全球化活动,人权跨越国家主权,司法超越国家管辖,生态环境灾难、跨国犯罪和恐怖主义的灾难也全球化,都在挑战旧时代的民族国家的边界局限。与此相应,全球通行的法制也在有些领域初露端倪。世界性的法制和法治也在逐渐形成(不只是已有的双边或多边的国际关系条约,而且在“二战”后至今,日益发展为世界性的法制,如联合国宪章及其所通过的各种人权公约、经济与安全公约,以及国际法庭、国际维和等。俄国科学院远东研究所所长米哈伊尔·季塔连科院士认为:“全球化不仅使政治金融、文化联系和交流具有世界性,同时消除了国界,需要重新诠释‘国家主权’、‘独立’、‘人权’、‘公民社会’”等概念,它还在摧毁着过去的种种传统和国家法准则,动摇着许多国际组织的地位,包括联合国的地位”。〔3〕他这话或许说得有些过激过早,但也确实道出了某些现实状况和发展趋势。

在以欧美发达的资本主义国家为主导的全球化进程中,中国面临严重的挑战。今日中国已堪称“世界大国”,虽然它的软硬实力同“世界强国”还有很大的差距,被称为“不完全大国”,〔4〕但它已是世界第二大经济体;在世界政治和法律地位上是联合国安理会常任理事国;是WTO和其他一些区域性国际组织(如上合组织、金砖五国等)的成员或者支柱,在国际影响力方面可算是发展中国家和新兴国家集团的领班;在国际事务上扮演一种“世界性角色”,〔5〕举足轻重。正如最近《华尔街日报》一篇评论的标题说的:“世界需要一个更加积极的中国。”而迄今中国在世界战略领域只是一个消极的“反应型的选手”,只是“把自己视为西方制定的国际体系的局外人”,不能“更积极地参与塑造全球议

〔2〕〔德〕吕迪格·幅格特:“国内政治终结了吗?——全球化标记的政治与法律”,原载德国《议会周报复刊·政治与现代史》1998年第29/30期。

〔3〕〔俄〕米哈伊尔·季塔连科:“中国与全球化”,载俄罗斯《远东问题》双月刊2003年第6期,转引自《参考消息》2004年2月1日第8版。

〔4〕参见美国的中国问题专家沈大伟著:《中国走向全球:不完全的大国》。

〔5〕〔英〕贾尔斯·钱斯:“中国向世界性角色转型”,载英国《金融时报》2013年4月9日版。

程”。〔6〕它应当担负大国的国际责任,恪守国际条约义务,严格遵循,并且积极参与创建国际规则,现在还要同世界头号强大国家美国建立“新型大国关系”。如果它还停留在闭关锁国、不让外人“说三道四”的独善其身状态,或者维持“专制中国”,或发展为民族沙文主义的“霸权中国”,对内不讲人权法治,对外不守信义和平,不按国际法制行事,不承担大国责任,就不会为当今或未来“大同法治世界”所容而陷于孤立。

既然法治中国意味着中国要成为法治世界的一员,那么我国的法治就应当同世界接轨。应当承认,我国的人权立法与实践同我们已签订的国际人权条约的要求还有较大差距。15年前即1998年,中国政府就已签署了《公民权利和政治权利国际公约》。国家领导人在多种场合也曾公开承诺一定会批准该公约。这等于向全世界宣告:中国绝不会自外于普世的法治文明与国际义务。可是至今全国人大还没有批准这个条约,这有损中国的法治与人权形象。最近知识界上千人签名要求全国人大立即批准这个条约,是正当的,必要的,应当得到人大代表的重视和积极回应。批准这个条约应当属于全国人大的职务行为,有不同意见或目前还办不到的条款,可以声明保留(当然过多过虑的“保留”也有损国际形象),但总体上不可搁置不问,长期拖延不批,这就是人大失职了。

如果我们的党政领导干部有“法治中国”这样的大思维,他们在履行公职行为时,就能站在国家全局、世界大局的大视野上,不致斤斤于本地区本阶级本利益集团的一时一事成败和权位的得失,而能把依法治国上升到依宪执政,建立法治中国,对国内厉行宪政民主、追求公平正义,对国外信守和平发展、担当大国责任,这样才会受到国际社会的尊重。

二、法治社会

“法治社会”绝不能被片面地解读为国家以法来管制社会,如过去有些党政官员把依法治国歪曲为依法治民,而不是依法治权治官那样。近年中央提出要“创新社会管理”,于是有些干部就片面地理解或扭曲为只是加强对社会的管制,而管制的目的在于维稳,维稳在于维持其执政地位和领导人的权位。

其实,所谓法治社会,是指社会的民主化法治化、自治化;是基于实行市场经济以后,“国家—社会”由一体化转型为二元化,社会主体开始拥有属于自己的物质与精神等社会资源,成为相对独立的实体,并能运用这种资源的影响力支配力,即“社会权力”去支持或监督国家权力,从而出现的权力多元化、社会化。法也逐渐萌生多元化社会化的趋势,即除国家的制定法以外,还存在社会的法,即社会自治规范、习惯规则、行业规程、社会团体的章程等,以及高于国家法的人权(所谓“自然法”)。

法治社会的核心是公民社会,它能运用公民的政治权利和社会组织的社会权力,以及国家和社会多元化的法治规范,进行社会自律自治,分担国家权力的负担,特别是监督、制衡国家权力,改变权力过分集中于政府的状态。

过去理论界很少论及法治社会,提到它也多是把国家当作一个涵盖“国家—社会”一体化的大概念,社会包融于国家之中,是“国家的社会”。人们讲法治社会,与讲法治国家是

〔6〕 参见美国卡内基国际和平基金高级研究员黄育川文,载美国《华尔街日报》2013年5月14日版。

同义语。这还是“国家—社会”一体化时代的旧思维。在我国改革开放以前,如果把民间社会作为独立的实体同“国家”对立起来,还被批判为否定我们国家的“人民性”(以为所谓“人民中国”就是国家天然地代表人民、代表社会,与社会利益完全一致的,二者无分你我)。

我在十多年前在论述建设“法治国家”的同时,就提出应当同时促使形成“法治社会”,培育“社会权力”。这一理论构想,在东亚法哲学国际研讨会上得到日本、韩国以及港台地区等海外学者的关注,认为是“具有方向指导意义的、实践性很强的论点”,“为市民社会的理论注入了新的动力”。中国政法大学的江平教授和武汉大学李双元教授对此也深表认同,指出这是“在法治社会这一问题上开创了理论探寻的先河”。〔7〕不过国内学者呼应者寥寥无几。倒有一位当了地方宣传部门长官的教授发表文章,批评法治社会的提法,认为社会只能运用和遵循国家的法,不应当另有一套独立的社会法与法治社会;还认为于法治国家之外再搞法治社会的“二元化”,只会冲击法治国家,造成混乱云云。

其实,法治社会是相对于法治国家而言的。虽则今日社会还离不开国家、政府的引导和管理;但单讲建设法治国家,没有法治社会作为其互控互动的基础力量,法治国家也很难建立。何况,按照马克思的预想,国家最终是要“消亡”的,而人类社会的长存,社会也不能无法治,因之,理论上法治社会比法治国家更久远。

今日执政党领导人提出建设“法治社会”的目标,我认为是对建设法治国家在理论上迈出了有远见的一步。如果党政领导干部在法治思维上懂得运用国家权力于治国的同时,还能充分重视公民社会、法治社会的巨大潜力,改变对国家权力与社会资源的垄断,促使权力和法治的社会化多元化,部分地放权于社会,或委托、授权于社会组织,承担一些国家与社会事务的管理,强化社会对国家的监督,那么,建成法治国家就不致于举步维艰了。近来党政当局透露,以后属于公益性的社会组织(NGO,非政府组织)可以登记成立,无需事先批准,这也许说明对法治社会作用有了进一步认知和重视,因为良性的社会组织是公民社会、法治社会的核心和支柱,进而是建设法治国家的社会基础。

三、法治国家

自从党的十五大以来,我们年年讲、月月讲要“依法治国”,要“建立社会主义法治国家”,似乎只要“依法治国”或“依法办事”就万事大吉;却很少问我们要建立的是什么类型的法治国家?也很少问依的是什么法(良法还是非法之法甚至恶法),谁来治(治国的主体只是党政干部还是也包括社会主体——人民、公民和社会组织),治什么(治民还是治权治官)。

〔7〕 郭道晖:《社会权力与公民社会》,译林出版社2009年版。另见郭早先发表的有关论文,如《以社会权力制衡国家权力》(在第2次亚洲法哲学大会上的论文,韩国汉城《法制的现代化》,2000年版),《论社会权力与法治社会》(在第4次亚洲法哲学大会上的论文,载《中外法学》2002年第2期),《论公民权与公民社会》(载《法学研究》2006年第1期),《公民权与全球公民社会》(载《上海社会科学》2006年第6期),《法治国家与法治社会、公民社会》(载山东大学《宪政手稿》2007年第1期),《社会权力与公民社会》(湘潭大学学生访谈录,载《山东科技大学学报》2007年第2期)。

虽然奉行“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”的十六字方针,相对于无法无天是一大进步,但这还只是形式法制,而非实质法治,因为没有涉及上述法治的主体、内容。

至于“法治国家”,也是有多种类型和不同本质的。历史上和现实中,就有专制的法制国,自由法治国,国家主义法治国,社会法治国等类型。它们同社会的关系虽各有特色,但基本上是以国家为本位,以控制社会为目的。社会主义法治国家应当是自由社会法治国,它是以社会为本位,不只要建设民主化法治化的国家,更要形成法治社会;国家既服务于社会,又保障社会的自主、自治、自由。

(一) 实证主义法治国或国家主义法治国

最早提出“法治国”概念的是19世纪的德国,就其德文本意及康德的解释而言,指的是一个“有法制的国家”。它要求所有国家机关和人民都必须服从由最高立法者制定的法律,依法办事。但这个最高立法者不论是专制君主、独裁者,还是民选的立法机关,都不受任何一种更高一级法律(宪法、自然法、人权等)的束缚,立法者的意志是法律的最高渊源,可以变更法律。因此,德国的“法治国”不同于17世纪英国的“法的统治”的思想。其法治国思想是实证主义法学的一部分,强调作为立法者的统治者的意志及权力至高无上,亦即国家至上。对其所颁布的任何法律,无论良恶,都必须无条件服从。在这种“法制国”中,重心在国家及其统治权力,法律只是国家统治社会的工具。其国家观也是如黑格尔所说的是“国家决定社会”,而不是“社会决定国家”。

这种“法治国”,主要是“形式法治”,而且是奉国家立法者的权力至上,强调只要是国家、立法者(即掌握立法权的统治者)制定的法律,都必须无条件遵循。这就随时有可能为统治者的专横权力大开绿灯。真正民主的实质法治是偏重人民大众的权利,限制统治者的专横权力。而当时德国的“法制国”则是维护统治者的权力,控制社会。所以,它实质上是国家权力至上的国家主义法制国。

其时,德国的法学家如拉德勃鲁赫以法律实证主义观点,强调法律的安定性比其正义性更当优先,而不问法律的实质是否符合正义,以致后来为纳粹所利用。希特勒强迫其人民服从其暴虐的法西斯法律,也号称是“法治”。战后,拉德勃鲁赫痛心他指出:“法律实证主义以其‘法律就是法律’的信条,使得德国法律界对专横、非法的法律失去抵抗力。”〔8〕

由此,他将原来的实证主义的形式法治观作了修正,指出:有法总是胜于无法,因为它至少还产生了法的安定性。但法的安定性不是法必须实现的唯一的价值,也不是决定性的价值。除了法的安定性之外,还涉及另外两项价值:合目的性与正义。凡正义根本不被追求的地方,凡构成正义之核心的平等在实在法制定过程中有意地不被承认的地方,法律不仅仅是“非正当法”,它甚至根本上就缺乏法的性质。在实在法违反正义的程度达到了不能容忍的程度,以致法律规则实际上变成“非法之法律”时,必须服从正义。

民主的确是一种值得赞赏之善,而法治国则更像是每日之食、渴饮之水和呼吸之气,

〔8〕〔德〕古斯塔夫·拉德布赫著:《法律智慧警句集》,舒国滢译,法制出版社2001年版。

最好是建立在民主之上;因为只有民主才适合保证法治国。^{〔9〕}这就同现代意义的“实质法治”相近了。现代意义的民主法治国家,主要标志是国家机器、国家权力的民主化法治化。它建立在权力分立与制衡的理念和制度基础上。法不能只是国家用来统治和控制社会的工具,更重要的、首位的是国家本身要受法的统治和支配。所谓“法治”和“法治国家”,不仅是“有法制(法律制度)的国家”要“依法治国”,而且含有用于治国的法律所必须遵循的原则、规范和理念,如“人权至上原则”、“民主原则”、“公正原则”、“平等原则”,等等。国家立法权要受人权、人民权力和公民权利的限制。当人民的权力和权利受到国家权力的侵犯并遭受损害时,被害人还可以依法同政府机关处于平等地位进行诉讼,获得救济。人民还有对恶法的抵抗权。

(二)“自由法治国”

这是现代德国学者彼德·巴杜拉在其《自由法治国与社会法治国中的行政法》的演讲中提出的概念。所谓“自由法治国”,主要是基于社会不受国家(政府)的干预而自主、自由,用来区别以国家行政权力控制社会的国家主义法治国。它是指十八九世纪自由资本主义时代的国家。国家的职能只是国防,维持社会治安,借助警察权力和税收权力,管理国家和人民;其他活动概由人民自由安排,政府不加干预,也不承担对公民“生存照顾”的义务。公民的权利与自由,对政府公共权力是一种限制。

(三)社会法治国

所谓“社会法治国”是与国家主义法治国和“自由法治国”相对应而言的,它的特征是由具有福利国家思想的立法者制定法律,主导社会发展,规范和分配社会生产的成果,从而政府由消极的管制行政转变为积极的“服务行政”,为人民提供指导性和服务型的公共产品。国家不只拥有行使发布命令的权力,同时要履行满足公众需要的义务。政府树立行政服务的理念,承担对人民“从摇篮到坟墓”的“生存照顾”的义务,通过推行积极的社会政策,创造良好的社会环境和条件,保障社会人能发挥自己求生存和谋福利的潜能,保护和补偿处于弱势的社会群体,平衡贫富两极分化的不公正不和谐的社会矛盾。

“服务”与“生存照顾”是社会法治国的核心理念。所谓现代“福利国家”,从宪法意义而言,即社会法治国家。现行《德国基本法》第28条第1项规定:“各邦的宪法秩序必须符合联邦基本法所定之共和、民主及社会法治国原则。”

顾名思义,社会法治国本应当是以社会为本位的法治国家,这种法治国比之国家主义法制国要进步得多。但它实际上仍是立足于国家本位,偏重于国家承担社会主体的“生存照顾”的责任,国家权力虽然要服务社会,但仍然是以国家权力来支配、控制社会。如果赶上一个开明的民主的政府,可以为社会谋福利;但也可能因政府对照顾社会福利的超重负担而导致“万能政府”、“大政府”、“高价政府”诸多弊病。如果是一个专制的政府,则可能借口对人民的“生存照顾”而对社会的过度干预乃至强权统治。希特勒法西斯主义的国家社会主义、斯大林的统治一切的党专政和垄断社会一切资源的计划经济,都是打着

〔9〕〔德〕古斯塔夫·拉德布鲁赫著:《法律智慧警句集》,舒国滢译,法制出版社2001年版。

社会主义的旗号,打着国家为照顾人民生存空间或为人民服务的旗帜演变而来。国家似乎是“照顾”社会生存的,但并非以社会为本位,而是以国家为本位,“替民做主”、做民之主,去控制社会。因此,它们不是真正的社会主义,也非现代民主的法治国家,而是社会法治国的异化,是专制的国家至上、执政党专政、国家社会主义的法制国。

(四)社会主义法治国家

真正的“社会主义法治国家”,应当既区别于专制的法制国、国家主义法制国,又要区别于不承担社会义务的自由法治国,还不能等同于社会法治国,而应当是扬弃上述诸类型法治国的弊病、偏颇,吸收其的合理因素,建立自由社会的法治国。

所谓自由社会的法治国,是以社会为本位,以社会至上为本。不只是建立法治国家,更要形成法治社会。法治国家应当是现代民主的国家,既服务于社会,又保障社会的自主、自治、自由。而法治社会则应当是自由的社会、公民社会。法治国家必须是建立在自由的公民社会基础上,形成国家与公民社会互控互动的关系。

社会(人民)不自由,国家不可能是民主的,也不可能是社会主义法治国家(选举不是按照选民自由意志的选举,就不是民主的选举。没有言论、出版、结社等自由,也就没有政治的民主,其法治也只会是专制的法制)。而自由的社会,是拥有公民政治权利的公民社会、法治社会,它固然不能脱离国家而绝对独立存在,但也不完全依附国家、仰给于国家,而应是相对独立于国家而自由、自主、自治,又能反哺、反控国家的社会。法是由国家法控制一切的工具,逐步转化为多元化社会化。其中社会自治的法、自发的社会规范(习惯法、社会契约、团体章程、公序良俗等)成为国家法的补充和社会自我调节和自卫的手段。这种自由社会的终极目标也就是马克思所追求的“自由人的联合体”。

此外,提出建设法治社会,就意味着国家与社会已是由计划经济的一体化时代转化为二元化了,而且二者的关系也由“国家的社会”转型为“社会的国家”,二者既独立并存,又互补互动。这是我国改革开放、实行市场经济的成果。因之提出二者“一体建设”,至少在文字上易被误解为又回到计划经济时代“国家与社会一体化”,那就是倒退了。有鉴如此,我建议提为二者的“同步建设”。

四、社会主义

要建立“社会主义”法治国家,还有一个问题是:我们要建立什么样的“社会主义”,要问一问“社会主义姓什么”。

邓小平讲过,什么是社会主义,我们到现在也没搞清楚。他后来虽然对社会主义下了一个定义,说:“社会主义的本质,是解放生产力,发展生产力,消灭剥削,消除两极分化,提高人民生活水平,最终达到共同富裕。”这比过去阶级斗争为纲的社会主义有了很大进步,但是也不能说就把社会主义的本质说完全了,至少没有给社会主义制度的政治上层建筑作出规限。

我们过去习惯于凡事要问一个“姓社还是姓资”,现在除了那些敌视“普世价值”的先生们和极左派以外,这种语言比较少了。事实上社会主义和资本主义现在有相互依存的

联系(至少在经济领域),在某种程度上还有所交融;现代资本主义国家中有社会主义因素,社会主义国家中也有资本主义因素(当然二者的主导地位不同)。特别是在经济上,东西方、中国和美国出现互相依赖、二者“共生”现象(因而有人创造了“中美国”Chimerica这个词^[10])。马克思早就指出,资本主义是社会主义的物质前提;晚年他还认为资本主义社会实行的议会制和股份制是过渡到社会主义的形式。在现今的西欧、北欧一些国家,其社会主义因素比之现在某些号称社会主义的国家不知要真实多少。我们是社会主义国家,我们国家里也有资本主义。比如香港、澳门特别行政区就是在实行资本主义制度;内地的企业不少是混合经济,既有国有股,也有私人股,还有外资股。它们到底是姓社还是姓资,都很难说。在人类社会发展到全球化时代的今天,经济和政治文明的普世性日益扩展。如果我们凡事还停留在追问是姓社还是姓资,就会大大落后于现实。倒是另外一个问题对我们十分重要,那就是要问一问社会主义姓什么:你是姓哪一种社会主义?哪一个阶级、哪一个时代、哪一种模式的社会主义?

我最近重新查了一下马克思、恩格斯写的《共产党宣言》,在第三章里他们着重批判了同科学社会主义对立的各种形态的社会主义,其中包括各种反动的和保守的社会主义,诸如封建的社会主义、小资产阶级的社会主义和德国“纯粹”哲学家玄之又玄的、抽象的“真正社会主义”,另外还有保守的资产阶级社会主义,最后还有空想的社会主义,等等。总之在他们那个时代已经有了姓封姓资、不同阶级的各种社会主义。

在我们这个时代,标榜社会主义的花样品种更多,从历史的社会主义实践及当前的中国的、外国的状况,有人统计社会主义不下70种。就马克思主义派别的社会主义而言,就有第一国际时代马克思、恩格斯的科学社会主义,第二国际时代社会民主党人的社会民主主义,在当代则是北欧福利国家的民主社会主义。第三国际时代的列宁、斯大林的专政社会主义、暴力社会主义,或者贫穷社会主义。还有我们东北邻邦的家族世袭社会主义,父传子、子传孙,现在已经传到孙了。此外,还有不少旁门左道的“社会主义”,如希特勒的法西斯主义又称“国家社会主义”,“纳粹”这个字就是“国家社会主义”的音译。卡扎菲的独裁也叫做什么“大众社会主义”。南美洲还有几个号称社会主义的小国。

在当代中国,这些年也出现了很多社会主义的口号和派别。比如执政党奉行的是“中国特色社会主义”,处于主流地位;民间学者思想家谢韬倡导的是民主社会主义,得到了很多人的赞同。此外还有毛派社会主义,就是近年成立的所谓“毛泽东主义共产党”,以及毛泽东主义的“中国工人党”。据有的媒体统计说,全国有五十几个类似这样的民间毛派社会主义组织,他们居然扬言要“高举造反有理的旗帜”,“发动第二次文化大革命”,“打倒”现今执政党党中央“还在走的走资派修正主义集团”。他们还把主张政治改革的学者污蔑为“汉奸、卖国贼”,组织所谓万人“公诉团”。去年他们有人还在河北、山西公然大肆焚烧《南方周末》等报刊,甚至准备推举薄熙来做他们的总书记!

至于其他社会主义思想派别也如雨后春笋。有所谓中国儒家社会主义、中国新盛世

[10] “中美国”一词(英文:Chimerica,另译:中美共同体、中华美利坚)是由美国哈佛大学著名经济史学教授尼尔·弗格森(Niall Ferguson)和柏林自由大学石里克教授共同创造出的新词,以强调中美经济关系联系的紧密性,称中美已走入共生时代。(引自百度百科)

社会主义、民族社会主义、新左派社会主义,等等。所以社会主义多种多样,鱼龙混杂。那些进步的、科学的、合乎时代潮流和人民需要的,是我们所赞同的;反之,对那些逆潮流而动的,我认为有必要加以辨别。这也是树立法治新思维要探讨的问题。

近年理论界有些学者提出实行“宪政社会主义”,这个命题主要是要从政治上层建筑规限社会主义,即不实行宪政就不是社会主义。我认同的宪政社会主义,是以社会为本的社会至上主义;所倡言的宪政是新宪政主义,即既重视国家权力之间的分权制衡,又强调社会权力对国家权力的多元制衡。二者的结合旨在突出和规限宪政和社会主义的社会性、人民性。^[11]

至于“把权力关进制度的笼子里”,这是西方法学界熟知和热议的至理名言,如卢梭就说过,权力制约对权力者是“一种有益而温柔的枷锁”;^[12]互联网上传出(或系自己杜撰?待考)美国前总统小布什说:人类千万年的历史,最为珍贵的不是令人炫目的科技,不是浩瀚的大师们的经典著作,不是政客们天花乱坠的演讲,而是实现了对统治者的驯服,实现了把他们关在笼子里的梦想。因为只有驯服了他们,把他们关起来,才不会害人。我现在就是站在笼子里向你们讲话。

今天我国领导人无忌讳它是“西方的那一套”,而加以援引,很重视地强调,是十分可喜的。不过,权力毕竟不像动物园里的野兽,关在笼子只是供人观赏。正如习近平早先强调的:“权为民所赋,权为民所用。”权力是人民赋予国家和政府的,旨在要求它用来为人民服务。权力越出法治的笼子专横滥用,违法作为,固然不可;权力只关在笼子里摆看,懈怠不作为,从职务行为看,是失职渎职的。这都需要认真研究、狠抓实施和舍得放弃既得的非法权益,才能做到。

[11] 郭道晖:“我所认同的宪政社会主义”,载《南方周末》2011年10月13日版;“社会主义就是社会至上”,载《长城月报》2011年第21期。

[12] 卢梭:《论人类不平等的起源与基础》,三联书店1957年版,第2页。

法治方式与改革思维的冲突及消解^{*}

陈金钊^{**}

【摘要】 对于法治与改革的关系的认识,需要把眼光放得更宽一些。一是把改革、法治与革命放到一起观察,就会发现无论是法治还是改革都是为了避免革命的爆发,设法使法治与改革在与革命的赛跑中获得胜利。二是把法治、改革与社会放到一起研究,可以看到法治与改革是促进社会发展、实现公平正义的手段。三是把法治、改革与国家权力放到一起分析,可以发现实现法治是目标,改革是手段,逐步限制、规范国家权力的行使是核心。法治与改革在特定的历史时空中会出现一些矛盾,在社会转型期需要认真对待,把其冲突控制在最低的烈度。用法治凝聚改革共识,是今后改革的基本思维方式,中国需要在法治框架内进行改革。

【关键词】 社会转型;法治建设;法治思维;法治方式;改革思维

习近平总书记指出:各级领导机关和领导干部要提高运用法治思维和法治方式的能力,努力以法治凝聚改革共识、规范发展行为、促进矛盾化解、保障社会和谐。要加强对执法活动的监督,坚决排除对执法活动的非法干预,坚决防止和克服地方保护主义和部门保护主义,坚决惩治腐败现象,做到有权必有责、用权受监督、违法必追究。^{〔1〕}这一思想对中国未来的改革与法治建设具有重要意义,法学理论研究者必须认真对待,深入研究。随着改革走向深入,人们对改革的需求不会停留在简单地要求改变某一项法律制度上,寻求运用法治思维和法治方式的改革,将会成为今后思考解决中国社会问题的基本路径。在法治建设过程中,不仅原有矛盾没有彻底消除,而且添加了新的矛盾,改革措施与法律会出现一些摩擦。不仅革命与法治在赛跑,而且各种有关利益的纠葛会表现为改革与法治的冲突。不同的诉求和主张都将在宪法和法律中寻找有利于自己的立场和根据,“并将把这些规范作为盔甲、盾牌以及武器,在程序的竞技场上互相较量角逐。”^{〔2〕}这意味着,法治思维和法治方式的引入,不仅没有平息原来的矛盾,还引发出新的矛盾。这一方面是法治在进步、改革在深入的表现,另一方面也是法治没有全面贯彻所导致的问题。当然,法治的全面推进需要一个历史过程。

* 基金项目:该文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“法律方法理论研究”阶段性成果,项目编号 10JJD820008。

** 陈金钊,华东政法大学教授,法学博士,博士生导师。

〔1〕 “习近平主持中共中央政治局第四次集体学习”,载 <http://cpc.people.com.cn/n/2013/0225/c64094-20583750.html>,最后访问日期 2013 年 8 月 5 日。

〔2〕 季卫东:《法制的转轨》,浙江大学出版社 2009 年版,第 126 页。

一、法治运用所产生的新型矛盾

现在,改革已经进入了深水区,越来越多、愈演愈烈的深层矛盾需要解决,法律制度之间摩擦、改革与法治的矛盾将成为突出的问题。“如果中国不能及时完备和改进有关的制度装置,就极有可能出现纠纷和整合机制失灵从而导致大规模的社会冲突的事态。”〔3〕在政府推进法治强化管理的同时,公民也会运用法律手段来维护自己的权利。由于冲突双方都认为自己在运用法治方式,所以因获取法律的支持而行动起来就更加“理直气壮”。从网络舆情上看,似乎政府的一些“法治措施”经常被指责,成为网民围攻的对象。改革似乎已经失去了20世纪80年代那样的正当性。改革也需要获取法律、法治的支持被越来越多的人所接受。从思想的主流状况来看,法治已经成为政治正确的标签。为实现法治而改革具有正当性。但是,中国的法治建设才刚刚起步,“全面推进法治”还停留在纲领阶段,虽然有指导性的方针,但具体实施方案还没有出台。尽管党中央已经提出要用法治思维和法治方式进行改革化解社会矛盾,但是,我国公民与官员的法治思维还不成熟,尤其是不能熟练驾驭法治方式解决疑难案件的纠纷;此外还存在着对法治与法治方式的不同理解,各自都想着运用法治方式完成自己的心愿。现在,基于法治格调的思维和行为方式而衍生出很多新型矛盾。公民的权利需要法治方式来保护与救济,政府的职能也需要借助法治来完成。大家都在使用法律、法治修辞,但对法律与法治都有各自的理解,都想在社会转型期获取最好的结果。在法治修辞下官民思维和行为方式的冲突是一种新型的矛盾。大家都在利用法治相互指责。从总的方面看,当今的中国社会正处于转型期,既需要改革也需要法治,只是很多人没有意识到法治与改革存在的冲突,没有意识到即使是想用法治方式推进改革也是一个复杂的过程。在法治越来越广泛地被接受的情况下,现行的以保障权力顺畅运行的威权体制与保障权利法治理想之间的内在矛盾以及由此而产生的深层矛盾会随之变得更加明显和尖锐。

(一) 法治思维与改革思维的冲突

20世纪80年代初期刚开始改革的时候,作为年轻人我感觉人们似乎没有太多的理论烦恼,那时制度的僵化以及缺陷十分明显。人们对改革后的利益格局也不是十分清楚,因而在改革问题上好像多数人都持支持的态度,即使有不高兴的少数人,也会在服从惯性的支配下少有过激的举动。〔4〕人们很少运用法治方式进行抗争。但是,随着改革的深入与法治的进步,人们对自己利益的诉求起码从某种形式上看,获得了法律的支持,不仅个人的利益敢于公开表达,而且随时准备好了拿起法律武器进行捍卫。无论是既得利益者,还是想获取利益者,都想用法治方式捍卫利益。反对法治的只是那些固守“江山思维”的人士。尽管人们已经有了法治思维的雏形,然而,社会公平正义以及共同富裕的价值目标

〔3〕 季卫东:《法制的转轨》,浙江大学出版社2009年版,第126页。

〔4〕 这当然并不意味着理论上没有冲突,改革没有阻力。只是因为年轻对反对意见感受不足。同时也是因为,那时的理论争论没有现在公开。