

转型中国的法治化治理

张志铭 于浩◎著

非外借



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

转型中国的法治化治理

张志铭 于浩◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

转型中国的法治化治理 / 张志铭, 于浩著. -- 北京:
法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2319 - 4

I. ①转… II. ①张… ②于… III. ①社会主义法制
— 建设 — 研究 — 中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 122952 号

转型中国的法治化治理

ZHUANXING ZHONGGUO DE FAZHUIHUA ZHILI

张志铭 于 浩 著

策划编辑 夏旭日

责任编辑 夏旭日 蒋 橙

装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 永清县金鑫印刷有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众出版第二分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 25

字数 386 千

版本 2018 年 9 月第 1 版

印次 2018 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995



书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2319 - 4

定价:78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导 言:转型中国的法治化治理	001
----------------	-----

第一编 理念

第一章 转型中国的治理与法治	021
第一节 现代法治释义	021
第二节 共和国法治认识的逻辑展开	034
第三节 当代中国语境下的法治思维	052
第四节 迈向回应型法:转型社会与中国观点	064
第二章 国家主义与法治	083
第一节 国家主义源流考	083
第二节 国家主义中的“国家”内涵	097
第三节 法治建设中的国家主义立场	109

第二编 制度

第三章 转型中国的法律体系建构	129
第一节 法律体系建构的基本状况	130
第二节 中国当下法律体系建构的主要技术特点	141
第三节 中国的社会转型与法律体系建设的检讨	151
第四节 法律体系建构需要一种开放性思路	161
第四章 转型中国的司法改革	163
第一节 当代中国司法改革的话语、实践及其反思	163
第二节 中国司法的功能形态：能动司法还是积极司法？	175
第三节 推进以审判为中心的司法改革	183
第五章 涉诉信访与色情淫秽治理	186
第一节 信访的法律定位与制度理性	186
第二节 网络色情淫秽信息的法律规制	191
第三节 内容分级制度视角下的网络色情淫秽治理	213
第六章 转型中国的法律职业	230
第一节 回眸和展望：百年中国律师的发展轨迹	231
第二节 中国法官职业化改革的立场和策略	249
第三节 检察官职业伦理评析	278

第三编 技术

第七章 法律解释原理与方法	295
第一节 法治视野中的法律解释	295

第二节	什么是法律解释:概念和思路	301
第三节	法律解释的理论模型	316
第四节	法律解释的认知结构:统一、选择、融合	330
第五节	法律解释的正当性:确定性和妥当性之间的 合理关系	339
第六节	重新认识法律确定性概念	343
第七节	法律解释方法	354
第八章	《法律解释学》的内容框架与写作场景	368
第一节	法律解释原理	369
第二节	法律解释技术	374
第三节	当今中国的法律解释体制	377
第四节	《法律解释学》一书的写作场景、特点及其他	379
参考文献		382

导言:转型中国的法治化治理

中国正处于社会急剧变迁的转型时期,日益增多的社会问题和矛盾冲突对国家与社会治理的传统理念和具体制度提出了新的挑战。在改革开放宏大的叙事背景下,法治作为治国理政的基本方式,得到了国家和社会的积极认同,法律的权威在官方主导下被不断强化。此时,我们应当如何认识法治化治理方式,又如何在宏观和微观层面将法治理念渗入转型中国的诸多方面,这些问题都亟待学术界浓缩现实样态,聚焦社会需要,提供理论支持。它们也构成了《转型中国的法治化治理》^{〔1〕}一书的理论抱负与学术旨趣。

一、转型中国的法治叙事

现代社会的普遍共识是,人们不可避免地生活在共同体当中,并依赖着共同体而生活。因此,现实逼使我们追问共同体的正当性命题,并孜孜不倦地探索公共生活的良善治理。也就是需要我们回答在共同体之下,“何为良善生活”以及如何实现的问题。广泛时空背景下的人类实践经验和认知逻辑都倾向于认为,法治是人类迄今为止所能寻觅得到的、最不坏的治理方式,是较好保证人们追求良善生活的治理理念。法治不仅强调国家的统治合乎人民的意愿,更强调国家、社会和个人之间形

〔1〕 该书作为国家社科基金重点项目《国家主义法律观研究》(14AFX004)的成果,李建新、徐媛媛、李若兰、安恒捷、刘睿、刘玥、燕笑、黄颖等人对该项目的完成亦有贡献,特此感谢!

成良好的互动,并因此相对明确地划分权力或权利的运作边界。

现代法治就是以法律为基础的、具备内在德性的规则之治。它包括规则之治、法律主治和良法之治三个面向。所谓规则之治,就是依赖法律的普遍、明确、稳定、强制等特性,凝聚多元社会的基本共识,为社会生活营造合理期待,实现公共治理的秩序化。所谓法律主治,就是破除法律工具理论,树立法律权威地位,明确王在法下、权在法下,强调合法性判断优先,尤其以合法性标准作为公权力行为的基本指针,使依法办事成为公共治理的基本脉络。所谓良法之治,则是直面法律本身是否良善的问题,旨在促进形式法和实质法、形式正义和实质正义之间的协调。^{〔1〕} 上述三个面向共同说明,法治的功能在于使个人能充分预见和明确他者行为的边界、以理性平和的方式自主地参与社会生活,并以法律作为定分止争的根本准则,据此形塑国家统治、社会自治与个人自主三者协同的治理结构。

这充分说明,法治不仅在形式层面强调法律规则的明确、清晰和可期待,更在实质层面强调法律普泛的道德品性,显现法治的精神内核与基本价值。^{〔2〕} 这样的基本理念主要包括以下四个方面:第一,法治以人权为基本价值;第二,以法律权威作为实现法治的根本保障,通过塑造法律权威驯服公权力,培育民众对法律的信念,使法治镌刻于公民内心之中;第三,法治天然以限制公权力为内核,着力把权力关进制度的笼子里,使民主政治能够通过分权实现权力间制衡、凭借公民权利对抗权力肆意、依靠问责机制拷问权力运作的正当性;第四,通过法治平衡各方利益,实现公平正义。

法治是使人类行为服从规则治理的事业,但也要关注特定时空背景下的价值取向,不宜过度渲染法治的普遍性。从历史来看,法治从一开始就在理念、制度和技术上具有普遍色彩,这是西方文明扩张到全世界的现象,更是现代性重塑人类文明的一个结果。我们不能因特殊的国情而拒斥现代文明,也不能全盘否定法治的时代价值。中国作为内外兼具的法律现代化国家,既要考虑到西方法治要素对固有文化和传统制度的解构,也必须尊重和发掘中国自发形成法治的土壤。就中国的国家治理

〔1〕 张志铭、于浩:《现代法治释义》,载《政法论丛》2015年第1期。

〔2〕 季卫东:《论法律意识形态》,载《中国社会科学》2015年第11期。

而言,法治固然能为提高国家治理能力提供价值指向和实践路径,但同时亦需要考量中国的现实国情和社会认可程度。^[1]

我国对法治的认知和实践就体现了这一具有中国特色的法治建构过程。建设法治是官方和民间的一致共识。改革开放以后,共和国吸取经验教训,认识到法律不只是统治的工具,也是包容统合各方的有效渠道。因而,执政党和政府明确以健全民主机制来完善法制,更进一步从侧重静态描述和学理分析的法制导向了动态运作、强调规范价值实践的法治,最终把法治条款写入宪法,法律、法制和法治的正当性在共和国得以证明。然而,在“建设什么样的法治”问题上,围绕法治定义,共识内部的张力开始凸显,官方和民间、政治话语与学术话语之间曾发生不小的争论,一时成为法学理论界的热门话题。其中既有政治因素的考虑,但更多是在法治普遍性(“普世主义法治观”)和法治特殊性(“国情主义法治观”)问题上缺乏足够省思。^[2]所幸的是,关于定义法治问题上的争论并未撕裂官民之间的法治共识,双方也在自觉或不自觉中将法治建设的核心放在了具体实践上。

在具体实践中,有两个尝试较为显著:一个是对法治建设水平进行定量考察,另一个就是对依法办事和法治思维的重视。所谓法治指数体系,我们以“量化法治”加以指代,即对法治建设情况和法治水平进行定量考察。政府与学者合作,在综合法治普遍价值与具体国情的基础上设置各类法治指标,以计算年度指数的方式推算法治建设的具体情况。这一实践目前仍在继续,但似乎仍未挣脱定义法治的迷思,在操作上也面临诸多困境。与之相反,强调以法治思维办事的路径则在某种程度上摆脱了定义法治的纷争,顺利将重心放在了践行法治的方法论上。具体来说,法治思维是依据法治的基本价值、基本要素、基本理念来认识法律、解读法律的具体方式,其以微观法治实践作为施行和校验法律的出发点和落脚点。法治思维强调以法律规则为中心,通过限制权力来保障权利,防止权力滥用和政策治国;^[3]以合法性判断

[1] 苏力:《“法治中国何以可能”背后:伪假定 VS 真命题》,载《探索与争鸣》2016年第10期。

[2] 张志铭、于浩:《共和国法治认识的逻辑展开》,载《法学研究》2013年第3期。

[3] 这种权力滥用和政策治理的做法,在以下三个问题上仍较为普遍:(1)基层执法,参见陈柏峰:《基层社会的弹性执法及其后果》,载《法制与社会发展》2015年第5期。(2)信访问题,参见刘正强:《信访的“容量”分析:理解中国信访治理及其限度的一种思路》,载《开放时代》2014年第1期。(3)刑讯逼供,参见陈如超:《刑讯逼供的国家治理:1979~2013》,载《中国法学》2014年第5期。

为优先,破除运动式治理的权力惯性;^[1]以法律而不是丛林规则来作为民众维护权利的武器;^[2]以正当程序作为检验权力运行法治水平的试金石。同时,法治思维充分保证公民进行自由批评,借助公众参与和民众监督,为法治思维填充共同理念和良善习惯等实质要件。

法治思维这一参照系暴露出当前国家治理方式上的亟待改进之处,如领导意志扭曲法律面貌、以法外手段处理社会纠纷、以权力消解法律权威、重实体而轻程序等问题。^[3]此外,法治思维为官民之间的互动机制提供了新的平台。在普世主义法治观与国情主义法治观之争中,法治思维具有平衡双方立场,整合共同诉求的功能,能够将理论之争转为实践校错,在制度设计和法律解释中实现“认真对待国情与法治要素”。^[4]总而言之,在转型中国的背景下,法治被引入国家治理的场域当中,与国情命题一道成为我国法治建设和实践中的主线。

二、国家主义与法治：互益与背反

在与转型中国国情之间的博弈关系中,法治展开了其理论叙事,并同作为整体概念的“国家”产生了千丝万缕的联系。国家与法治的关系密不可分。我们需要关注“国家”概念,以便厘清转型中国国情的本质以及国情与国家影响下的法治。

这一问题可从施米特和凯尔森的论战中看出一些端倪。施米特就自由主义法治理论造成的原子化现象和公民德性的隐退而深感担忧。民主政治在应对统治危机(“紧急状态”)时不仅显得力不从心,而且也容易产生社会共识破裂的恶果。他呼吁一个真正体现公民德性的强力,希冀这样的强力以乾纲独断的魄力整合个人和社会,使整个社会和民族重新焕发活力和凝聚力。他主张由国家甚至是某个强人垄断这种强力,并因集聚全部个体的力量,国家自身成为一个超越的神话,这套理论因

[1] 运动式治理一直是我国国家治理中的突出问题,其对法治化治理的消极影响,不容小觑。参见周雪光:《运动型治理机制:中国国家治理的制度逻辑再思考》,载《开放时代》2012年第9期。

[2] 有学者曾结合运动式治理的问题,讨论了我国在权利保障方面出现的诸多困境。参见丁轶:《权利保障中的“组织失败”与“路径依赖”》,载《法学评论》2016年第2期。

[3] 有学者曾总结我国法制建设中的困境与可能的出路。参见江平:《中国法治面临的困境与突破:对中国法制建设几个问题的思考》,载《探索与争鸣》2011年第8期。

[4] 公丕祥:《全球秩序重构进程中的法治中国建设》,载《法律科学》2016年第5期。

而被冠名为基于“宪法专政”的“政治神学”。这实质上是霍布斯“利维坦”理论的现代变种。凯尔森反对这样的观点,他认为法律和国家合二为一,国家不是超越的存在,也不是跟个人和社会相对立的实体,而是代表着一整套法律秩序的规范体系。从法律规范和约束国家权力的角度来看,凯尔森的纯粹法学理论更能获得法律人的认同,他对施米特国家理论的批判也更能获得理论支持。^[1]但不可否认的是,凯尔森的诘难似乎并没有真正驳倒施米特对民主政治的批判。从另一个角度来说,施米特的国家理论更多地是在提醒世人,当民主政治失灵的时候,我们或许应当重新重视国家的作用:即便国家就是利维坦,但却是一个足以维护秩序和安宁的政治实体。^[2]

由此可见,从国家与个人的关系视角出发,施米特国家理论的核心就在于强调整体的国家秩序对个人的超越和至上地位。这种强调整体国家秩序,主张国家作为自足实体、国家具有超越于个人和社会意志的理论或思潮,可以被称为国家主义。西方政治和法律思想史研究表明,国家主义思想渊源可上溯至古希腊时期。在亚里士多德的研究中,城邦本位和主张公民德性源自公共生活的观念,构成了朴素的国家主义观念。而古罗马时期著名政治家西塞罗认为国家是介于自然和个人之间的实体,因为政权统治目的就在于以国家法(人法)作表率,引导人们遵从自然法。在中世纪,基督教会所主张的双剑论并不排斥国家在世俗统治中的作用,这在某种程度上暗合了国家主义的理念,即便是在中世纪多元政治的情况下,国家主义的理念也没有受到明显的挑战。

及至近代,国家主义随文艺复兴和宗教改革而获得了新的发展,却也被进一步压缩了话语空间。在马基雅维里“新君主论”、博丹“主权论”、霍布斯“利维坦”理论那里,国家主义都是证明民族国家和政教分离的有力武器。只是在证立国家主义正当性时,它不得不接受自由主义的反思。这种反思意味着,国家不仅是代表全体公民意志、合法垄断暴力、着力稳定秩序的实体,更需要体现某些伦理内涵。国家主义至此形成理论分野:一个是以追问个人在国家之下的安身之处作为伦理要素,如将

[1] 于浩:《凯尔森对施米特国家理论的检讨——读〈上帝与国家〉》,载《政法论坛》2015年第6期。

[2] 这样的思路似乎暗合了权威体制具有高度治理效率的观点。参见周雪光:《权威体制与有效治理:当代中国国家治理的制度逻辑》,载《开放时代》2011年第10期。

国家安放在人民的同意之上的卢梭公意学说,又如在绝对精神上将个人统合到国家当中的黑格尔绝对主义国家观。另一个侧重国家整体秩序对个人的意义,如施米特紧急状态和政治神学国家观念,以及凯尔森法律秩序人格化国家观念等。

国家主义的思想源流说明,在某种程度上,法律为自在的国家实体所创造,同时法律的正当性也要经受自由主义和个人主义思想的拷问。在功能的层面上,这种认知勾连起国家主义与法治观念,二者自正反两方面呈现出有趣的博弈场面:国家主义在建设法治过程中占据绝对主导地位,作为治理方式、办事方法和价值观念的法治因国家主义而得以建构和发展。现代法治体系却以限制国家权力为内核要义,暗含压缩国家主义生存空间之旨趣。换言之,以国家主义主导的法治反倒成为了消解国家主义的因素。

国家主义与法治的耦合作用,我们称为“互益和背反”关系。这具有理论和现实两个维度。从理论上说,国家主义与法治的互益关系体现在:国家主义使民族国家获取内在认同,进而营造法治建设的稳定环境;法治则在证成国家统治正当性的同时,促使国家权力在法律范围内行使。^{〔1〕}国家在法治引导下展现其理性一面,即国家遵守法律的义务,其意志必须在法律规制的范围内;国家尊重个人的自由,并为个人的自由发展保驾护航。法律不再是国家统治的工具,而是保护公民免受国家侵犯的规则。

如何让法律在社会生活和国家公共事务治理中发挥更大作用,是国家主义对法治的更高期待。20世纪下半叶的法律社会学运动就是这种期待的典型。在该事件中,美国学者诺内特和塞尔兹尼克试图将法律建立在积极回应社会需求的立场之上。他们的研究范式着眼于国家、法律和社会三者的关系,描述了压制型法、自治型法和回应型法三种法律治理类型:当法律作为国家统治社会的工具,它就是压制型法;当法律自证为社会治理、维护个人权利、限制国家权力的基本路径,它就是自治型法;当法律因社会需要而产生,并积极回应社会需要,它就是回应型法。^{〔2〕}法治下的法律就是自治型法。由此可见,这样的范式立基于对国家的不信任和警惕:国家

〔1〕 于浩:《共和国法治建构中的国家主义立场》,载《法制与社会发展》2014年第5期。

〔2〕 [美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第16页。

要么处于全面退隐的境地,只留下了法律和社会的互动关系,^[1]要么处于全面控制的境地,只留下作为专政武器的法律。很明显,这是一种强自由主义立场。

这种强自由主义立场恰好揭示了国家主义与法治之间的背反关系。在后发型法制现代化国家中,法治是国家强力移植的产物,是现代性后果的集中体现,不仅被国家视作救亡图存的工具,而且被视为与西方平起平坐的制度法宝。只有凭借不断膨胀的国家权力,才能将彰显现代性的法治填充到原有的正当性空缺中。但在国家以其权力增强法治正当性的同时,又不得不面临着法治对国家权力正当性的质问。法治俨然成为国家主义的“阿喀琉斯之踵”;在法治的拷问之下,国家不再是不证自明的“善”,也不是优越于社会的实体,而是不断受到个人和社会追问的“必要的恶”。此外,法治携带的自由主义话语激发了个人的自我意识,促进了社会的兴起,使个人和社会的发展轨迹溢出国家设计的范畴。也就是说,法律不再是为国家所专享的统治秩序,而是国家、社会和个人的底线共识。这意味着,国家天然的权威被自己一手树立起来的法治所击溃了。

在现实维度上,转型中国的法治建设历程也充分说明了这种互益与背反关系。且不论自清末以来的西学东渐和法律改革运动,共和国法治建设的历程也极为明显地体现了这一博弈局面。整体而言,国家主义引领着法制变革和法治发展,法治因国家主义而扎根,其典型代表就是“党管政法”理念和运行至今的政法体制。^[2]但当法治意欲解构国家主义的理论话语和统治惯性时,国家主义在法治问题上就会有所不悦,甚至有所反弹,呈现出国家主义立场“绝对主导——此消彼长——强势复归”的场景。待到十八届三中、四中全会重新为法治正名,国家主义和法治之间在规范层面上的紧张关系暂时隐退,取而代之的是一种功能主义的“不争”路径。这为我们研究转型中国的法治化治理路数提供了新的历史和功能视角:理论法学界固然要强调法律规范的自治性,坚持法律对国家权力的约束作用,但这不是在国家和法律间上演“零和博弈”,而是要督促国家转变治理方式、促进国家继续追寻“善治”观念,最终使国家在更高程度上接受和认可现代法治的意义和价值。此时,法治不仅

〔1〕当然,国内有学者认为,改革就是以“回归社会”作为基本取向。参见何艳玲:《“回归社会”:中国社会建设与国家治理结构调适》,载《开放时代》2013年第3期。

〔2〕刘忠:《“党管政法”思想的组织史生成(1949~1958)》,载《法学家》2013年第2期。

是一种治理技术,更是一种治理理念。^{〔1〕}这就揭示了转型中国法治化治理的基本命题:我们既要承认转型时期的基本国情,尊重国家主义对法治的合理引导,又要坚持法治对国家主义的约束,使法治成为提高国家治理能力和治理现代化水平的重要面向,从中寻找转型中国法治建设的新的平衡点。^{〔2〕}

三、法治化治理实践:制度

在转向制度建设时,更为国人所关心的是具体的法治实践如何构筑其基本秩序,如何体现其制度品性,如何在具体场合中给出符合民众期待的法律诠释。在制度问题上,我们尝试从立法、司法、信访与互联网治理和法律职业等方面,对当今中国法治实践进行重点展示,思考解决法治化治理中出现的落差。

(一)立法:建构完备的法律体系

从1999年依法治国条款写入宪法以来,我国的立法工作逐步摆脱过去纯粹实用主义和立法碎片化的做法,开始有计划地从“法律体系”角度构筑和完善我国的法律制度,迄今已经基本完成建构法律体系的任务,正在积极编纂的民法典也成为锦上添花之举。在中国特色法律体系已经基本建成的情况下,我们的研究主旨自然不局限于对整体法律制度作蓝图描绘,而是在概括梳理既有文献的基础上“评点”我国国家层面对立法的认知和技术特征,透视立法与社会之间的互动效果,从而有的放矢,给出更加切合社会需求的立法回应。

从整体效果看,立法已然不仅局限于“有法可依”,法律也不仅被寄予了规训权力的期待,更希望法律体系自身的内容完备、体例清晰,使法律能够承担起维护改革开放成果、建立和深化市场经济体制、建设现代化国家的功能。法律体系因而成为转型中国的立法成就和法治发展的重要路标。^{〔3〕}出于这种考虑,立法者以科学立法作为基调,依照系统论原理和法律构件的差异性,把法律系统区分为层层相因的数个子系统,并遵循“法律规范——法律部门——法律体系”的基本思路构筑法律体系

〔1〕 丰霖:《从立法技术到治理理念——中国语境下法律激励理论的转向》,载《法商研究》2015年第3期。

〔2〕 张恒山:《法治的本质与国家的正义》,载《法学研究》2007年第4期。

〔3〕 有学者曾对此予以讨论。参见梁治平:《“中国特色”的法治如何可能?》,载《文化纵横》2011年第3期。

的基本框架。这样的框架相当简约明快,不仅避免了法律构件层次上的断裂和跳跃,也容易获得来自学界对于立法技术的智力支持。

从立法技术来看,立法者奉行理性主义、国家主义、立法中心—行政辅助和简约主义的基本立场。^{〔1〕}所谓的理性主义,就是笃信“事在人为、志在必成”,确信既定的立法目标,也坚信有能力在规定的时间内完成法律体系的建设任务。从中国改革开放以来的立法工作来看,要在短短的三十余年(从1978年起算)甚至是十余年(从1997年中共十五大提出“到2010年形成有中国特色的社会主义法律体系”起算)的时间内完成整个法治国家所依赖的法律体系,不仅要做到内容完备、覆盖齐全,而且体系上还要有机整合,防止法律冲突,这就不难理解立法者为何选择理性主义而非经验主义的立法态度;这是势所必然、别无选择。然而,这样在立法上类似“狂飙突进”的做法,却难免给人留下一种“粗线条”式的感觉:基本法律虽然具备,但具体条文和法律衔接之间还遗留诸多细节问题;有些法律成为美丽的沉睡者;大量的法律不得不依赖司法机关的解释来填充漏洞。^{〔2〕}这些都是理性主义立法技术所引发的“历史遗留问题”。而所谓的国家主义,就是在立法中强调国家主导作用,立法过程将“法律”与“国家制定”相勾连,不但悬置了“国家认可”法律规则的路径,而且弱化甚至消解了社会主体形成法律规则的可能性,也由此引发了关于“国家法”和“民间法”的现实讨论。所谓立法中心—行政辅助,是指立法机关制定纲要性质的、原则性的基本法律,行政机关围绕国家立法精神,在其职权范围内制定行政法规、部门规章和政府规章,以此细化和填充国家立法。所谓简约主义,就是在对法律体系和法律概念的理解上“抓大放小”,强调以一个标准、一个尺度作为立法标准,表现出明显的实用主义路径和实务指向。^{〔3〕}

针对上述四项立法技术特征,我们有必要加以反思和检讨。第一,就理性主义的立法技术而言,我们应当反思和警惕强力推进立法所带来的可能后果,不仅需要关注司法经验与制定法之间可能的冲突,而且更应实事求是地考虑社会的现实需

〔1〕 关于当下中国法律体系建构中的特征,参见张志铭:《转型中国的法律体系建构》,载《中国法学》2009年第2期。

〔2〕 马长山:《国家“构建主义”法治的误区与出路》,载《法学评论》2016年第4期。

〔3〕 有学者提出,简约主义是一项仍有现实意义的国家治理模式。参见任建涛:《国家治理的简约主义》,载《开放时代》2010年第7期。

求,防止因一味“赶工期”而出现法律严重滞后于社会现实的不利局面。第二,在国家主义的立法思想上,我们固然承认国家在立法当中的重要作用,但也要正视社会主体对形成现实规则的意义,理应尽快激活法律由国家认可的立法渠道,从而尊重社会自治的生发机制,更好地回应社会需要。第三,在立法中心—行政辅助模式之上,我们应当重视司法机关对法律的诠释,正视实际存在的法律延伸和法律弥散机制,避免法律在立法机关和行政机关的运作中走向自我封闭,也防止因闭门立法和闭门立规所导致的权力滥用。第四,针对简约主义立法风格,我们应当清醒地认识到不能将法律仅仅局限在国家主权运作产物的范畴中,也不能对法律体系采取“自给自足”的心态。至此,在法律体系的建构问题上,我们应当采取更为开放的态度和包容性风格,使法律体系的建构符合国家统治、社会自治、个人自主的协同关系。

(二)司法:改革之难

在实现法治化治理的过程中,司法改革一直占据着重要地位。在党的十八届三中、四中全会后,执政党高度重视司法话语,司法改革一时成为法治化治理当中的“重头戏”,被称为“现象级”问题也毫不为过。^[1]然而,从当代中国司法改革的历程看,改革举措从未停止,借鉴的域外经验不可谓不多,学者的智力支持和路径开示不可谓不丰富,但从改革效果来看,许多举措往往差强人意,甚至离预期目标还有不小差距。为什么会发生这样的情况,问题到底出在哪里,以及如何才能使司法在转型中国的法治化治理中发挥更大作用?我们通过转型中国司法制度改革的基本经验、功能形态及其改革举措而试图回答上述问题,并尝试为司法改革提供科学的参照系。

从定义上说,我国“司法”的概念囊括了“政法”—“公检法司”—“法检”—“审判”的概念链条,每一个概念都有自己的支持理由和话语,难以给出一个准确的、为各方所公认的司法定义。但从国际惯例,特别是《公民权利和政治权利国际公约》来看,司法又明显属于法院的专属职权。我们也随之从最为狭义的“司法”概念亦即法院“审判权”的角度出发,切入我国司法改革的具体历程。

始自改革开放初期的司法改革,总的方向是尊重司法权运作规律,在重建法律

[1] 有别于官方的态度,司法改革在学术界俨然成为一个“鸡肋”式话题。

体制和司法制度的背景下逐步摆脱过去超职权主义和重视实质判断的裁判方法,从完善法院审判流程、改进司法程序、增强法官职业化和法院依法独立审判等方面推进法院的制度改革。但若干轮改革之后还是遗留下不少“老大难”问题。且不论司法改革体现国情与司法普适性之间的话语之争,改革举措本身也似乎在不断创造新的风险:如针对裁判过程不够独立,上下级法院盛行请示报告以及司法地方化倾向等问题,本轮司法改革措施均有所体现,有些甚至上升到国家决策层面,但却重新引发对司法队伍腐败和新的司法地方化的隐忧:^[1]例如,增强规则主义和法条主义的辐射范围,却极易引起抽象性司法解释泛化,法官司法惰性普遍的局面;又如,强调“实事求是”和“有错必纠”,又会与“程序真实”之间发生内在张力。凡此种种,都说明在当前试错空间极度压缩的情况下,司法改革的每一个举措都在考验着改革者的智慧。这或许说明,从规范的角度强调司法改革的思路总有捉襟见肘、投鼠忌器之嫌,也总会引起无止境的争论。

但当我们把目光转向司法的功能形态时,问题似乎变得比较简单,也无外乎为两个选项:能动司法和积极司法。在过去的一段时期内,司法机关常常以“能动司法”作为法院职能和司法裁判的主要理念,其核心在于以“服务大局”的形态积极追求司法的案外效果,特别是社会效果和政治效果。但从概念来看,中国的“能动司法”既与美国的“司法能动主义”有所区别,也不同于中国司法积极进取和有所作为的姿态。换言之,我国的司法功能形态,不是“能动司法”,而是更“接地气”、更符合我国司法规律的积极司法。^[2]这一提法说明,司法改革必须尊重我国当前的司法审判规律,以完整的改革思路作为改革前提,在强调法院判案积极进取的情况下,明确法院的司法主体资格,并围绕司法权能、司法主体、司法资源、司法责任四个维度展开顶层设计,以实在而有力的举措实现权威和智识的结合。总而言之,我国的司法改革举措必须以审判为中心。

积极司法的功能形态也说明,法院在依法独立行使审判权的时候,也要处理好与大众传媒之间的关系。传媒与司法的关系涉及新闻自由和公平审判之间的价值

[1] 刘忠:《司法地方保护主义话语批评》,载《法制与社会发展》2016年第6期。

[2] 张志铭:《中国司法的功能形态:能动司法还是积极司法?》,载《中国人民大学学报》2009年第6期。