



郝铁川 著

F A Z H I C H E N S I L U

法治沉思录



上海三联书店

D 90
95-G

郝铁川 著

法治沉思录

(增)上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

法治沉思录 / 郝铁川著. —上海:上海三联书店,2007.4

ISBN 978-7-5426-2538-0

I. 法… II. 郝… III. 社会主义法制—中国—文集

IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 049023 号

法治沉思录

著 者/郝铁川

责任编辑/戴 俊

装帧设计/范峤青

监 制/研 发

责任校对/张大伟

出版发行/上海三联书店

(200031) 中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlianc.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷/上海肖华印务有限公司

版 次/2007 年 4 月第 1 版

印 次/2007 年 4 月第 1 次印刷

开 本/640×960 1/16

字 数/210 千字

印 张/17.5

ISBN 978-7-5426-2538-0/D · 107

定价 27.00 元



作者简介

郝铁川 史学博士，法学博士后。著有《法治随想录》、《法律是一种生活艺术》、《当代中国法制现代研究》、《秩序与渐进——中国社会主义初级阶段依法治国研究报告》等个人学术专著十一本，曾任华东政法学院副院长、金山区区长等，现任中共上海市委宣传部副部长，中国比较法学会副会长，中国法律思想史学会会长等，兼任上海交通大学法学院和华东政法学院法学教授、博士生导师，研究方向为宪法、行政法、法理学和法律史学。

真理是裸体的(代前言)

这是继《法治随想录》、《法律是一种生活艺术》之后我的第三本法律随笔。之所以取名《法治沉思录》，是因为临近“知天命”，没有了“而立”之年“随想”的激情和浪漫的“艺术”追求，剩下的只是对沉重的法律生活现状的冰冷解剖。

徘徊于政界与学界，使我感到在政界要高扬反对法律虚无主义的大旗，在学界则要吹起抑制法律浪漫主义的号角。这是因为“屁股指挥脑袋”，政界中的人天天“当家作主”、“为民请命”，难免会出现追求“权力最大化”的倾向，从而轻视社会个体权利的保障，陷入法律虚无主义的泥潭；而学界里的人“不当家不知柴米贵”，难免会出现追求“权利极端化”的倾向，从而忽略对权利边界和必要权力的尊重，掉进法律浪漫主义的窠臼。也正因此，政界和学界对一些问题产生分歧是极其正常的，和谐社会的特征之一是“和而不同”，底线是共同守法。权力追求一致，思想追求多样。历史上多少悲剧皆因忽略这两者的差异而发生，我们多么期盼学者能够“思想自由”，但“行为守法”；政界能够“上下一致”，但“管理有度”。两者之间存在一定的分歧是必要的，因为社会毕竟有分工，但“分歧”千万不能变成不可调和的对立，因为社会毕竟不能离析。

近年来对法治的思考，就是围绕批评法律虚无主义和法律浪漫主义两个主题展开的。《法治随想录》偏重于前者，这本集子侧重于后者，《法律是一种生活艺术》则介于两者之间。乍看起来，似乎三本书之间有“出尔反尔”、“自相矛盾”的症

状,其实是“看客做饭”、“量体裁衣”,因人而异所致。我深知这样做可能导致政界和学界两边不落好的结局,政界中的一些人会说我“不成熟”,而学界里的一些人会说我“犹大”、“御用”,但我别无选择,“爱我所爱,无怨无悔”。

真理是裸体的,毋需去遮盖。把真实的吾和吾思交给读者评说吧。顺录前时雨中行吟而成的一首小诗:

烟雨苍茫锁大江,万千峥嵘知何方?

是非短长岂思量,不计身后自担当。

郝铁川

2007年3月于黄浦江畔

目 录

真理是裸体的(代前言)	1
2002 年	
论说谎	3
从“统治”到“治理”	7
东方法律文化的转型	12
独身女人是否享有生育权	15
官场套话的背后	17
激进民主与强人政治	19
激情燃烧后的民主思考	22
绝不放弃对实体公正的追求	25
理论创新的体制、机制与法治	28
良善优先于权利	32
民主的局限	35
民主的民族性	38
贫穷无法治	41
人格独立与财产权独立	43
入世与提高党的执政能力	45
数学与法律	48
析“新上海人”	51
中国语言思维与法律	54
最低保障与差别服务	58

2003 年

婚前检查是义务而非权利	63
人大代表专职化是一个渐进过程	66
一草一木总关情	69
小说创作不能违反情理与法理	73
SARS 防治:合理与合法	76
从大饼补贴看最低食品保障	79
从李真案再看德治法治	82
经济法、社会法与性恶论	85
面对生育权:法律的能与不能	88
民营企业现代化挑战家族主义	91
民主:分散决策风险的制度	94
人才与人权	97
人权与生产力	100
善待第一人权	103
亿万遗产何以不留子女	106
犹太人的法律文化(上)	109
犹太人的法律文化(中)	112
犹太人的法律文化(下)	115
执政规律的共性和个性	118
容忍与人权	121
坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一	124
三个代表是中国共产党人的人权宣言书	127
做官的三种心态评析	129
法律是行动	132
科教兴市的历史借鉴	134

家庭能搞“法人代表制”吗?	137
法不禁止皆权利	140
人权的基石是和平	142
建立中国式的市民社会	145
怎样构建和谐社会	148
宽容人才的怪异	151
诚信文化从差异中寻找答案	153

2004 年

法律人生是什么	159
法律是一种本土知识	162
扶上马、送一程	165
国人不仅仅缺乏权利意识	168
回归人性 方有法治	173
救助《救助管理办法》	176
科学执政、民主执政和依法执政	179
拉近法学家与现实的距离	182
拉美人为何宁要面包不要民主	185
没有理性的自由是愚蠢的盲动	188
评损害司法权威的几种错误观念	191
人权的核心是人格权	194
缩小人大代表城乡比例是一个渐进过程	197
限制乞丐同样是一种文明	201
寻求权利与权力的合作互助	204
罪犯的隐私权保护	207
我与一些朋友的学术分歧	210

2005 年

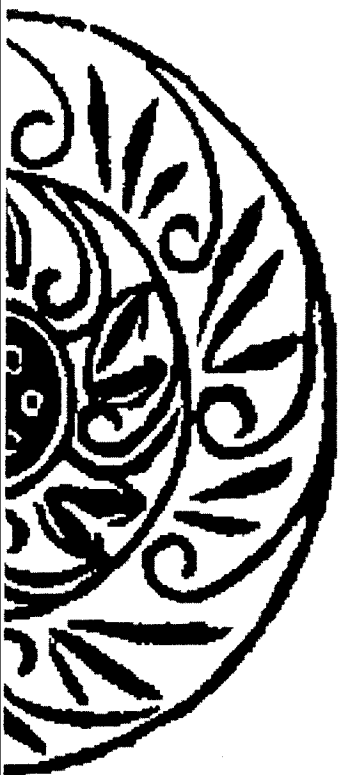
从来就没有什么人权救世主	215
关注现代法治的技术指标	218
民间法治意识何以难产	222

2006 年

法治二题	229
法治也是生产力	235
“建设法治社会”提法不妥	238
经济发展的阶段性与公民的劳动安全权	241
恐怖手段对法制的破坏	245
恐惧心理对法治的影响	248
司法谦抑与注重执法的社会效果	252
《物权法(草案)》“违宪”问题之我见	255
误判形势就难以依法行政	258
现代公司法的一个两难问题	261
学者与官员的不同点	264

2007 年

让企业成为民主法治的摇篮	269
--------------------	-----



2002 年

论说谎

文学家论说谎

“文革”结束后的1978年，已过古稀之年的巴金率先疾呼要讲“真话”。他先后撰写了《说真话》、《再论说真话》、《写真话》、《三论讲真话》、《说真话之四》、《未来(说真话之五)》等数篇散文，也把自己的《随想录》第三集命名为《真话集》。巴老说：“五集《随想录》主要是我一生的总结，一生的收支总账。”文艺界人士认为这是一部“力透纸背、情透纸背、热透纸背”的“讲真话的大书”。

在这部“大书”里，巴老是怎样分析说谎的呢？他写道：“我不断地探索讲假话的根源，根据个人的经验，假话就是从板子下面出来的。”所谓“板子”，是指形形色色的体罚或酷刑。

那么，在解放后“左”的年代（尤其是“文革”时期），人们为什么常常讲假话呢？巴老坦诚地说道：“回顾我这一生，在这十年（即十年‘文革’——笔者注）中，我讲假话最多。讲假话是我自己的羞耻，即使在说谎成为风气的时候我自己也有错误，但是带着人讲假话的造反派应该负的责任更大……封建官僚还只是用压力、用体刑求真言，而我们（即造反派——笔者注）却是用压力、用体刑推广假话。”

总之，在巴老看来，人们之所以说谎，除了个人品质之外，更重要的原因是社会“带着人讲假话”。巴老的话当时对我震动很大，因为从小到大，不管是父母，还是老师，都教育我要诚实，并且把说谎归结于个人品质的不端，而巴老则指出说谎有

时是被社会逼出来的，这是当时的我前所未闻的。

但我觉得巴老说得还有点不到位。因为，巴老并没有剖析带着人们说假话的某种不健全的制度，没有在任何建立一种保障人们说真话的制度上泼墨构思，而给人一种只是良心谴责、义愤抨击的感觉。也许这对终身从事文学创作的巴老是一种苛刻的批评。

史学家论说谎

在读了巴老《真话集》数年之后的1990年，我购得了中年夭折的史学家谢天佑教授的未竟遗著——《专制主义统治下的臣民心理》。在此书中，谢先生通过剖析《韩非子·说难》，揭示了说谎不完全是一个人的品质问题，而更重要的是社会制度问题。

在封建社会，臣下与君主是很难相处的。“伴君如伴虎”，言行稍有大意之处，便遭杀身之祸。为此，韩非写下名篇《说难》，列举了臣下随时可能遇到的七种杀身之祸和八种猜疑。处在这样的困境中，既要进言又要避免杀身之祸，怎么办呢？韩非就叫进言者在君主面前讲假话。

由此可见，讲假话、不敢讲真话，是出于畏惧，而在手握臣民生杀予夺之权的专制君主面前又不可能不畏惧。因而，从这个意义上说，讲假话的根子在于对专制主义的畏惧。韩非写《说难》，公开传授讲假话的技巧，鼓励臣下去争取君主的信任，也属于情不得已的生存之术。

法家思想虽然在中国历史上不居统治地位，但韩非宣扬讲假话的技巧在中国却有生存的土壤。因为，中国被专制主义统治了几千年，影响很深。

文学家巴老揭示人们说假话是社会某些人“逼出来”的，史学家谢先生更进一步点明是专制政治害得人们讲假话。但

如何改变这种局面、营造一个人人敢讲真话的环境呢？对于这一点，也是最重要的一点，巴老和谢先生都未论及，也许已超出他们的专业范围，不该由他们来论述。

法学家论说谎

著名学者王亚南曾于“四人帮”横行时期在上海对一位朋友说，专制制度下往往会生出两种特产：一是聋子，二是骗子。专制制度是一个社会说谎行为的总根源，是酝酿骗子的温室。要想杜绝说谎，就要消灭专制。法学家们正是由此出发，设计了一套民主法制制度，以根除专制制度，确保人们敢于讲真话。

第一，以权力制约权力。法学家认为，它是为了自由而限制权力的最好的原理，是自由为体、民主为用的政治组织原理；它是以对国家权力及行使权力的人，持防范的态度为出发点的。自由和权力制衡是密切相联的，自由要得到保障，就一定要制止权力的滥用，为了制止权力的滥用，就要以权力制约权力。虽然西方的三权分立并不是放之四海而皆准的权力制约形式，机械照搬并非有效，但权力一定要受到制约，否则，权利就随时会遭到灭顶之灾。

第二，以权利规范权力。权利为公民所享有，权力为国家所独占。为了防止权力对权利的侵害，就必须划定国家权力行使的范围。宪法的职能即在于此，它是人民颁给国家的一张营业执照。其中注明国家的权限范围，如果国家违法经营，人民则可吊销其营业执照。宪法对于公民的权利，遵循“法不禁止皆自由”的原则，只规定哪些事情不能做，而除此之外皆系公民的自由天地。宪法诉讼制度和行政诉讼制度是实现“（对国家而言）法无授权不得行、（对公民而言）法不禁止皆自由”两大法治原则的两道屏障。

第三,以社会权力约束国家权力。当国家机关侵犯公民权利之后,公民虽然可以通过宪法诉讼和行政诉讼来起诉国家机关,但国家机关实力强大,公民个体势单力薄,即便胜诉,也难免“赢了一次,输了一辈子”。因此,为了克服公民个体的软弱性,就需要通过工会、妇女组织等社会团体来捍卫自己的权利。社会团体的权力是一种社会权力,它在制约国家权力方面比公民个体有力。

以上三点是法学家们设计的使人免于恐怖、敢讲真话的宪政制度。可以看出,文学家对说谎的抨击,着重于良心、道义的谴责;史学家对说谎的批评,着重于社会制度的剖析;而法学家则更着重于设计一套防范、制裁说谎,保障人们讲真话的制度规范。文学家多情,史学家明智,而法学家冷峻且实际。

“高尚是高尚者的墓志铭,卑鄙是卑鄙者的通行证。”没有法律的褒善抑恶机制,这样的结局就难以避免。古代的儒家努力了几千年,但最终也没有成功地从“内圣”开出“外王”,或成为专制制度的奴隶,或“英勇赴义”。为了建立温馨、真情的世界,我们还是选择“道是无情却有情”的法治吧!因为法治可以使人免于恐怖,可以为良知保驾护航。

(原载《法制日报》2002年11月14日)

从“统治”到“治理”

——一种新的社会管理理论

虽然治理理论目前还在讨论完善之中,但它打破了社会科学中长期存在的两分法传统思维方式,即市场与计划、公共部门与私人部门、政治国家与公民社会、民族国家与国际社会的两分,它把有效的管理看作是两者的合作过程;它力图发展起一套管理公共事务的全新技术;它强调管理就是合作;它认为政府不是管理权力的唯一来源,公民社会同样也是管理权力的来源;它把治理看作是当代民主的一种新的实现形式。这些对我们发育市场经济、发育社区、推进政府机构改革都有一定的积极意义。

“治理”理论产生于上个世纪 90 年代。英语中的治理(Governance)一词的原意是控制、引导和操纵。长期以来它与统治一词交叉使用,并主要用于与国家的公共事务相关的管理活动和政治活动中。但自 20 世纪 90 年代以来,西方政治学家和经济学家赋予治理以新的含义,形成了治理理论,以区别于过去的统治理论。

治理和统治的区别

一位法国学者说:“治理从头起便须区别于传统的政府统治概念。”这种区别至少有以下两个方面:

第一,治理理论认为社会管理的权力中心是多元的,可以