

法治需求及其動力

孫斌

# 法治需求及其动力

孙笑侠  
著

法律出版社



## 图书在版编目(CIP)数据

法治需求及其动力 / 孙笑侠著. —北京:法律出版社,2016.10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9140 - 2

I. ①法… II. ①孙… 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(2016)第026876号

法治需求及其动力

孙笑侠 著

责任编辑 易明群 黄倩倩  
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.625 字数 285千

版本 2016年10月第1版

印次 2016年10月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任校对 杨锦华

责任印制 陶松

印刷 固安华明印业有限公司

---

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9140 - 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)





孙笑侠 1963年8月出生，浙江温州人。教育部“长江学者”特聘教授，复旦大学特聘教授、法学院院长、博士生导师。中国社会科学院法学博士，哈佛大学高级访问学者。从事法理学—法哲学、司法理论、法律方法及行政法学研究。代表作有《程序的法理》（2005）、《法律对行政的控制》（1999）、《法的现象与观念》（1995）。在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等刊物发表文章近百篇。

## 序：法治，有需求才有动力

### —

2007年至2012年，这五年是当下中国法治重新启动的原点。而这五年中的2008年，注定成为中国历史上一个重要的年份。这不仅因为2008年是十七大换届后开启的元年，还因为2008年是中国社会转型期的制度断层、矛盾爆发、乱象丛生的最具代表性的一年。我整理了这一年较为典型的乱象：

1月1日《劳动合同法》正式施行，劳动力成本上升使中小型企业面临严峻挑战。1月10日开始，中国华中、华南遭遇持续大规模雪灾，损失重大。

3月14日拉萨发生打砸抢烧犯罪事件。3月，刘铁男担任国家发展和改革委员会党组成员、副主任。

4月28日安徽省阜阳市3321名儿童感染EV71，22人经全力抢救无效死亡。

5月3日北京奥运会圣火结束历经艰难的境外传递。

5月12日四川省汶川县发生里氏8.0级特大地震。

震,共造成69,227人遇难,374,643人受伤,17,923人失踪。5月22日,“许霆ATM机盗窃案”改判,自3月以来的沸沸扬扬的争议就此告一段落。5月29日,周永康主政的中央政法委通知要求在“大学习、大讨论”活动中,要集中抓好九项教育培训工作。

6月13日孝义安信煤业主井底发生炸药爆炸事故。6月21日正式在重庆市大中小学生中传唱市委书记薄熙来亲自推荐的27首经典革命歌曲。6月25日,“打黑英雄”王立军从辽宁空降到重庆。6月28日贵州爆发瓮安群体事件。6月29日陕西省政府新闻发布会公布“华南虎照”作假结论。

7月1日,杨佳手持利刃在上海闸北区政法办公大楼行凶,致6死4伤。7月19日,云南孟连橡胶林数百名胶农手持器械与警察发生冲突达11个小时,2名群众死亡,41名民警和19名群众受伤,9辆执行任务车辆不同程度损毁。

8月4日,喀什发生暴力恐怖袭警案。

9月8日——山西襄汾发生尾矿库溃坝事件,造成277人死亡,33人受伤,4人失踪。9月11日——三鹿牌婴幼儿奶粉被曝光,“三聚氰胺”导致婴儿食用后患上肾结石,6244例患儿中4例死亡。9月15日——前世界第四大投行,百年老字号雷曼兄弟公司于纽约南区法院递交破产申请,正式宣告破产。美国次贷危机至此演变为百年一遇的全球金融危机,随后中国出现“金融危机”。

10月国庆长假后,浙江绍兴政府方面透露江龙控股集团有限公司陷入了资金链危机,濒临倒闭,董事长失踪。10月21日,重庆市公安局通报夏季社会治安综合整治行动战果,为期80余天的整治行动中,全市公安共破获刑事案件32,771起,执行逮捕9512人。10月23日,中国人从南京中级法院宣判中获悉:苏州市原副市长姜人杰受贿金额达到1亿多元人民币的信息。10月29日晚上6点40分左右,中国政法大学

教授程春明被学生用菜刀杀死在教室。

11月17日，甘肃省陇南市武都区东江镇30多名拆迁户集体上访陇南市委，69名武警、2名民警和3名记者被打伤，砸烧房屋110间、车辆22辆，上访人数增加到200多人，围观群众超过1000人。11月17日，北京大学教授贺卫方调往浙江大学受阻，引发社会强烈关注和议论。11月21日，华东政法大学杨师群教授透露被举报“反革命”风波：两名大学生到上海市公安局和市教委检举他在上课时有批评政府等内容，被有关部门立案侦查。

俗话说“三十年河东，三十年河西”。从1949年到1978年，再从1978年到2008年，中国的许多事都是以30年为周期的。

在公元2008年这一年中，除了自然灾害、经济危机、政治事件、犯罪乱象、工程事故、思潮纷争等，还有频频爆发并席卷全国的群体事件。群体事件从2007年的23起发展到2008年的78起，2008年是之后五年群体事件波浪线上升的起点。<sup>〔1〕</sup>其中2008年6月的贵州瓮安“6·28事件”是最典型的。<sup>〔2〕</sup>从此以后群体事件数量成倍上涨。根据中国社

---

〔1〕 2008年因北京奥运会，信访在严防死守的情况下，仅公安部信访办共受理群众来信来访，仍然有46571件（起），同比只下降23.4%。尽管2008年是严防死守的一年，但是群体事件不断。发生在2008年内的78起群体性事件中，规模大影响广的至少包括：贵州瓮安6·28事件、陕西府谷县7·5警民抢尸事件、广东惠州7·17骚乱事件、云南孟连7·19事件、云南丽江8·4环保纠纷事件、川渝9~10月教师罢课事件、湖南吉首9·3非法集资事件、重庆巫溪9·19车祸事件、河北廊坊10·19铁路征地事件、江西铜鼓10·24山林纠纷事件、重庆出租车11·3罢运事件、深圳宝安区11·7对讲机砸人事件、湖北武汉11·18下岗职工上访事件、甘肃陇南事件、重庆开县11·21村民煤矿冲突事件、广东东莞11·25劳资纠纷事件。参见杨琳、张芝云：《群体性事件推动反思》，载《瞭望新闻周刊》2008年12月22日。

〔2〕 有关媒体对这起群体性事件真相的探究发现，在瓮安事件的背后是当地干部经商办企业现象的普遍化，是矿产资源开发、移民安置、建筑拆迁、国企改革中侵犯群众利益等诸多问题的长期积累沉淀，是社会治安恶化、社会管理失控、公共服务缺失，更是党群、干群、警民关系的紧张。参见杨琳、张芝云：《群体性事件推动反思》，载《瞭望新闻周刊》2008年12月22日。



会科学院法学研究所课题组的调查,仅以 100 人以上的群体事件为统计对象,2009 年 91 起、2010 年 163 起、2011 年 172 起、2012 年 209 起。<sup>[1]</sup> 然后就是重庆王立军出走牵出那部“系列剧”,以及十八大之后查处薄熙来、周永康,总结沉痛教训……

许多群体性事件,往往与公民直接利益受侵犯、政府工作失误、各种利益冲突相关,民意、民怨、民愤便从一个个事案的小口喷发出来,甚至形成火山喷发之势。历时四年专项研究群体性事件的中国社科院社会学所研究员单光鼐说,“群体性事件的激烈程度比以往大大升级了”,“这一方面缘于信息传播手段的多元化和人民对自身权利的认知能力提高了,一些以前能够捂住的事情被掀开了盖子;另一方面也说明矛盾已经积累到了一定程度,以高破坏性的形式表现出来,必须引起高度警惕”。<sup>[2]</sup>

社会乱象的背后必有经济的背景。现在看早一年的 2007 年的经济形势:经济高位运行状态持续,GDP 为 246,619 亿元,增幅为 11.4%,比上年增长了 0.3 个百分点。全年 CPI 上涨了 4.8%,比上年提高了 3.3 个百分点,2007 年 12 月单月上涨了 6.5%。全年全社会固定资产投资 137,239 亿元,比上年增长 24.8%,加快 0.9 个百分点。这种 GDP 经济中有大量的非市场因素。20 世纪 90 年代中后期以来,政府推动 GDP 造成的过热与中小型企业经济的过冷形成的二元结构形成。过热的集中在房地产、钢铁、水泥、政绩工程等,它是政治行为而非经济行为,没有真正的市场化,过热的占 20%~30%,过冷的占 70%~80%。这其中群体事件多数是与政府 GDP 经济或政绩工程相关,官员腐败也多与此

---

[1] 中国社会科学院法所研究所:《中国法治发展报告》,社会科学文献出版社 2014 年版。

[2] 单光鼐、蒋兆勇:《县级群体性事件的特点及矛盾对立》,载《领导者》2013 年第 29 期。

相关。这从刘铁男掌握的发改委能源项目审批权的案件中可以清楚地看到，他分管经济运行调节局、产业协调司、财政金融司，直接负责能源项目的审批。从被举报到正式接受调查的5个月时间，刘铁男在离职之前审批了50多个能源项目，典型地反映了政府审批程序与行政化市场的弊端。这就是后来2013年5月中央政府提出要处理好政府与市场、政府与社会的关系的原因，强调要把该放的权力放掉，把该管的事务管好；最大限度减少对生产经营活动、一般投资项目和资质资格等的许可、审批。我为什么认为经济先发地区会有法治的需求和萌芽？就是因为市场经济的规律要求规则至上而不是行政至上、要求权利本位而不是权力本位的市场环境。

从强制拆迁引发的群体事件中可以看到两点：一是建设项目审批中的官商勾结滋生腐败，市场成了政府的市场、腐败滋生的市场。二是公民在维权中产生对法治的需求，成为法治的原动力。2007年至2012年这5年强化了这两个方面，2008年则把这两个现象凝固在了史册。它告诉我们这样的事实：从虚化法治的“和谐”，到反对法治的“维稳”，从虚假法治的“滥权”到反思法治的“内需”，这一切都成为今天痛下决心实行法治的基础。

## 二

历史上，法治有虚有实，有深有浅，有真真假。但法治梦想能否成真，关键在于它是否成为真实需求，成为刚性需求。只有当法治成为社会和民众的真实需求与刚性需求，才会有自身的动力。今天的中国法治是否已经成为社会和民众的真需求？任何社会都存在多元利益主体和意见主体，唯有法治可能成为各方利益和意见的交汇点，目前这种交汇已经比较明显地交汇在了“法治”这一点上。只有法治能够成为不同利益和诉求的进行对话的平台，成为各方利益和意见能够达成共识的

地方。

经过近十年的社会转型所出现的激烈冲突和自然调整,各种利益主体都在想方设法寻找一种能够替代冲突和缓解矛盾的东西。这种东西就是今天被强调被运用的法治方式。比如,广东“乌坎事件”最后的圆满解决不是通过高压强制,而是通过官方与民间各委派一名代表的平等对话,这正是一种法治的方式,我们称为“程序优先”的法治思维方式。经过 17 年步履艰难的变革,法治已成了百姓的真实需求、刚性需求,我们可以认为,今天中国的法治化是社会变迁和自然演进的结果。

由于依法治国或法治这些宏大词汇所具有的包容性和开放性,因而也很容易被歪曲。在 20 世纪 90 年代末的经济改革成功而政治改革缺位的背景下,提出依法治国是个明智的替代物。因为依法治国大旗之下实行法治的具体内容是可多可少,可进可退,甚至在特定的分管人物的治理之下,还可真可假的。所以在 21 世纪以来的十多年里,法治的实践仍处在时而进步,时而原地犹豫,时而退步。

正是因为“法治”这词汇的宏大叙事,这十多年里出现了两个误区:一是在 20 世纪 90 年代末提出法治以后,就发展出“依法治×”的词缀形式的法治,这与工具主义法治、功利主义法治默契配合。我们重复着法家式的“以法治国”却迟迟未曾察觉和醒悟。二是法治建设一度有倒退表现,甚至有假法治和反法治的表现。具体表现在:首先,用“维稳”来冲击业已确立的法治方略,用“维稳”淡化法治、制约“维权”,以“警察国”的思维和方式,来取代“法治国”的思维和方式。比如,用非法手段截访、用非法手段侦查、以黑打的方式打黑等。其次,主管政法的人缺乏法治思维和法治方式。不仅不懂法律和法治,还轻视法律、蔑视法治、歪曲法治。认为与其观点不一致的,就是危险的,错误的,以至于中政委领导公然斥责法学界“只懂小技,不懂大道”。再次,轻率随意地解释或修改关于法治的大政方针,干扰司法机关依法独立公正地行使审

判权，审制的独立性和公正性大打折扣。打起“司法为民”的旗号，实际上却无视司法对人权的侵犯。渲染所谓的大局、维稳、民意等意识，实际上是为外行和强权干预司法找到了根据和机会。最后，用司法的行政化和大众化阻止了真正的司法改革。否定司法的职业化规律，司法的职业化改革目标受到质疑和否定，加重了司法的行政化和大众化。

在我们中国，许多思想的动员和行动的发动都是从统一口号开始的。依法治国这样的重大决策更是不例外，我们从1997年提出“依法治国”到2014年再次提出“依法治国”。值得我们关注的是为什么时隔十多年后仍然提出同样的口号？

回答这个问题，也有两个事实：一是先后两个口号的背景不同；二是两个口号的内涵不同。

这个新背景的实质是什么？可归纳为两个悖论：一是十年的平均高经济增长率（高达10.7%）与十年的贫富差距和环境资源恶化。二是我们经济社会的快速发展与权力膨胀、失范乃至严重腐败之间的关系。在这种悖论下，全国上下左右都意识到，需要下决心深化改革，尤其是政治改革的补课，完成国家治理现代化的建设。近年来深刻而鲜活的腐败滥权教训，使我们对法治的需求更真切、更具体。现在抓法治建设，其实质就是我们呼吁多年的政治体制改革，法治化是政改最合适的突破口，也是中国经济社会发展到目前的各方面的真实需求。

中国法治有自己独特的动力体系，它最主要地表现为官方、民间和职业三种动力；法治的原动力是人民，尤其是市场经济条件下，民众的力量是法治的基础性动力；同时在市场经济“先发区域”，法治的真实需求会表现得更为迫切；法治在政治国家的面向上，呈现出“宪法之治”的需求；在市民社会的面向上，出现了民间与地方的法治，公民的新权利需求不断涌现，行业的法治需求不断升级；在地方法治的实践中，官方、民间和职业三种动力交织在一起，互动推进；在部分领域，又出现了三

者的法律斗争与冲突,诸如征地拆迁、民意司法、警察权力、刑事诉讼、好心救助等问题上,真实展现了法治化过程的权利斗争与利益冲突的特点;这一切都体现了中国式法治的进路与任务,体现了中国式法治的需求与动力。这也正是本书的主要内容和精神。

法治被新一届领导人提到如此重要的位置,其背后的原因主要来自民间或市场的两个刚性需求。一方面是中国人从内心需要真法治了,我们需要法治来保证每人不会吃到有毒食物,需要法治保障教育与就业机会的公平,需要法治保障个人意见有正常畅通的渠道和方式得以表达,需要法治来改变拆迁或城管制度,需要法治来保证自己的官司受到法院公平对待,需要法治来保证自己不被侦查机关任意监控和关押,甚至现在关在看守所或监狱里的人,也都渴望法治……另一方面是市场的需求。市场经济发展到了瓶颈,需要从制度特别是公法制度上予以突破。比如,需要政府把政府权力清单挂在阳光底下,需要政府减少许可审批给市场主体更多自由,需要法治保障投资风险的减少,需要法治来确保税收正义,确保央地预算权力的合理化,当然也需要应对全球化经济以及对美国等西方国家在贸易金融霸权的回应,等等。

和十多年前不同的是,大家意识到推进法治不只是律师和法官们的事,不只是法学院教授和学生们的的事,还是企业家、知识人、政治家等社会各界的事,更是事关普通老百姓人权与民生的事。我们今天可以说,推行法治成为中国人的真实需求和刚性需求。我们今天尽管还有许多问题还在争吵,但是谁都希望有个真正的法治,除了个别精神分裂的人,几乎没有人反对法治。中国人难得进入了一个有新共识、有新追求的时代!被需求的法治才是真法治,才会有全面和深度的法治。

这种来自社会底层的民众对法治的真需求,促使执政党从自身执政方式的意义上理解法治。把法治这一治国方略同时又作为执政党的基本执政方式,所以在四中全会主题确定时,会确定“依法治国”主

题，其实是执政党重新确立执政方式——依法执政，这仍然是党建的主题。从这个意义上讲，这次仍然保持了一个传统——历届四中全会都是围绕经济或党建的传统。

### 三

法治的真实需求决定了法治原有含义的启用。

在新背景下，法治内涵的不同之处在于“全面”与“深化”。全面是广度问题，至少是法治的含义扩展了。然而，这里虽然是用“全面”，但其实不只是广度的问题，从这 17 年的时间纬度上比较，它还具有深度的问题。这个深度表现在，现时期我们比以往任何时候都更重视法治的专业性与体制性的兼顾、规律性与本土性的结合，这次尤其重视法治问题的专业性和规律性。新的法治是与深化改革紧密联系在一起的，对此，权威的解释是，依法治国与“深化改革”成了姐妹篇。

在这种背景下，我们不得不认真真琢磨“真法治”以及“深度法治”的问题，提出一些新思路。比如，新一届领导人上任伊始就强调“法治是治国理政的基本方式”“宪法高于一切”“坚决纠正违宪违法行为”，重大改革都要“于法有据”，各级领导干部要掌握“法治思维和法治方式”“把权力关进制度的牢笼”“法无授权无权力”“法无禁止即自由”“司法权是判断权，司法权是中央事权”等，这些提法都是内行、纯正的法治思想，也都体现了法治的某些真谛和精髓。这些符合法治内在精髓的提法也都反映了中国经济社会和各阶层民众对法治的真实需求，也体现了中国新一代政治家对现实社会需求的准确把握。

2014 年 10 月 23 日的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《依法治国决定》），可以说是中共党史上兼顾大众需求与专业需求的一个文件。如果不把握好大众性，则无法直面民间与社会需求，无法对若干重大需求问题作出回应。如果不把握好

其中的专业性问题,就容易出现专业性的漏洞和问题。因此所谓“升级版”法治,其专业含量和技术含量都提高了不少,更准确地说这是一个“深化版”的法治。升级版和深化版的法治,不仅表现在对法治的含义从多个方面作了拓展,还对法治体系中的若干关键需求问题作了深入阐述。

面对体制性的问题,重视法治的规律性,敢于触碰体制性的“硬骨头”。比如司法与行政的关系、领导干部与法律的关系,都从观念上和制度设计上去考虑;对于一些老难题,究竟是回避它们还是直面问题?比如执政党与法治的关系,党大还是法大?比如党与立法的关系,宪法的监督实施机制与宪法解释程序,比如重视司法的专业性,不简单地提“党的领导”;比如政府转型与权力控制、司法改革顶层设计、如何克服严重的行政化,等等。这个版本的法治,触及的关节更准确了,设计的结构更立体了,实施的方案也更可操作了。

“法治国家与法治政府和法治社会一体建设”这个提法,也是试图去深化20世纪90年代末的“法治国家”单一含义。这确实比单独讲“法治国家”要深入些。但这个提法并非没有被质疑——法治格局中究竟有哪些方面?这还是值得探索的。法治国家与法治社会当然是并列关系,能够构成对称关系的。但法治国家与法治政府是什么关系?个人认为,法治国家的重点是行政法治,而法治社会的重点应该是“行业法治”。完整的法治国家建设,应当把中央法治与地方法治统一起来,把政府法治和行业法治统一起来,这样才能具备法治的广度和深度。

20世纪90年代以来我们总结过法治的多层含义,目前也已成为法学教材的通说,它们是:(1)法治是有效的治国方略;(2)法治是注重规则的办事习惯;(3)法治是合理的法律精神;(4)法治是具有民主前提的法制模式;(5)法治还是指法律人之治,即职业化的法官、检察官和律师从事专门化的法律活动;(6)法治是严格的控权机制;(7)法治是有序的

社会关系。<sup>〔1〕</sup>

法学上关于法治含义的通说，并没有被接纳和落实下来。从1997年十五大提出依法治国以来到2012年十八大以前，我国的党政正式文件来看，主要是使用了其中的一种，“依法治×”的提法遍地开花，即治国方略意义上的法治。2012年十八大之后，党政正式文件中开始扩展了“法治”的含义，也在其他各种意义上使用“法治”。

来自民间大众与专业技术对法治的需求，决定了法治新内涵的拓展，包括：第一，法治是有效的治国方略，更是治国理政的基本方式；第二，法治是一种注重规则的办事习惯，更是一种理性的思维方式；第三，法治是合理的法律精神，更是一种核心的价值理念；第四，法治是具有民主前提的法制模式，更是一种人民主体的民主过程；第五，法治是法律人之治，更是法治共同体意识形态；第六，法治是规范化的控权机制，更是重大改革的依据和轨道；第七，法治是有序的社会生活方式，还是小康社会的目标和手段。

根据各国法治的经验，法治的内在构成大致有五个方面。法治是否真的实行以及实行到什么程度，要看五个内在构成，衡量法治成熟度也要看五个内在构成的深化程度。下一步的法治取决于五个问题：第一，法律体系完备到什么程度？第二，法律是否普遍具有权威性？第三，法治政府是否达到治官控权？第四，司法是否独立公正？第五，法律人共同体是否具有职业自治性？

中国什么时候能够真正实现法治？中央把2020年确定为建成小康社会的时间点，其中也涉及小康社会与法治的关系，描述了小康社会

---

〔1〕 笔者在1998年至2003年的相关论文中提出了法治的多重并列含义。参见本人主编的教材《法理学》（中国政法大学出版社1998年版，第278页），以及《法治发展的差异与中国式进路》，原载《浙江社会科学》2003年第4期。



的特征,其中包括法治的目标——依法治国基本方略全面落实,法治政府基本建成,司法公信力不断提高,人权得到切实尊重和保障。因此,可以从理论逻辑上来推测时间问题。但这不是问题的关键,关键是我们如何看待法治化这个运动的过程。建立法治国家的时间长短,在不同民族、不同传统、不同区域、不同国家是不同的。再者,法治国家是否存在统一标准,也一直是存在争议的,可能不同国家有不同的历史传统和政治经验。

中国实现法治要花费多少时间?这个“法治时间进度”的话题,随着大家对法治的关心引起越来越多人的热议。官方也总是试图去规划这个时间表,比如基本建成法律体系花了10年时间,准备到2020年,法治达到小康社会的水准。但谁都知道法治的时间表问题是个很玄很难的话题。要从理论上解释这个难题,我们必须承认两点:

第一,法治不是短期的工程,很多国家和地区都经历数十年甚至数百年的努力和斗争。

第二,法治也不是机械的工程,并不是说到了某个点上就达到百分百的法治。法治是个过程,有深浅度的,所以我宁可称为“法治化”,有浅度的法治化和深度的法治化。只要在法治化的路上往前走,时有阻力和困难,时有激烈冲突和原地踏步,但也会由人民通过博弈斗争而加以推动,那它就是法治。

确切的时间谁也无法预料。如果按目前的速度,我相信在10年后,中国人会感受到某些领域具体法治的进步。如果今后每5年进行一次深化,就是法治的加速度推进了。

“法治中国”的条件是多方面的,但真正的挑战是什么?可能有两个,一个是政治体制,另一个是“良心秩序”。现在法治就像被这两块大铁板夹着在行走。阻碍法治的体制因素很复杂,比如深度的法治,还需要在宪制上合理安排人大制度、人大选举制度、表达自由制度、人大与