

复旦大学社会科学高等研究院
复旦大学当代中国研究中心

转型中国研究丛书

郭苏建◎主编

转型中国的 法治研究

孙国东 等◎著



格致出版社  上海人民出版社

复旦大学社会科学高等研究院
复旦大学当代中国研究中心

转型中国研究丛书

郭苏建◎主编

转型中国的 法治研究

孙国东 等◎著

格致出版社  上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

转型中国的法治研究/孙国东等著. —上海:格致出版社:上海人民出版社, 2016.11

(转型中国研究丛书)

ISBN 978-7-5432-2658-6

I. ①转… II. ①孙… III. ①法治-研究-中国
IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 269649 号

责任编辑 裴乾坤

装帧设计 高静芳

转型中国研究丛书

转型中国的法治研究

孙国东 等著

出版 世纪出版股份有限公司 格致出版社
世纪出版集团 上海人民出版社
(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)



编辑部热线 021-63914988
市场部热线 021-63914081
www.hibooks.cn

发行 上海世纪出版股份有限公司发行中心

印刷 苏州望电印刷有限公司
开本 720×1000 1/16
印张 15.5
插页 3
字数 234,000
版次 2016 年 11 月第 1 版
印次 2016 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5432-2658-6/D·89

定价:48.00 元

“转型中国研究丛书”编辑委员会

主 编：郭苏建

副 主 编：刘建军 孙国东

编辑委员会：顾 肃 刘清平 林 曦

丛书序言

“转型中国研究丛书”是复旦大学社会科学高等研究院(以下简称“复旦高研院”)和复旦大学当代中国研究中心年度主题研究成果的丛书。该丛书以“前沿性、基础性、学术性、国际性”为理念,力争经过3—5年的努力,建设成为在中国社会科学领域具有较高水平的综合性、跨学科学术丛书。

2013年以来,复旦高研院进入到转型发展的新阶段。复旦高研院借鉴国外大学高研院的一般做法,通过一系列新型学术建制吸纳和整合校内外优秀研究人员开展对基础理论和重大实践问题的跨学科研究,力争生产出高水平的研究成果。“年度主题”(annual theme)是借鉴国际上大学高等研究院(Institute for Advanced Study)的有益经验而于2013年设立的新型学术建制。所谓“年度主题”,即研究机构根据自己的总体研究规划所设立的每年度研究主题。建立“年度主题”制度,引导本研究机构研究人员及驻院研究人员围绕某个主题分工协作、集体攻关,是国外科研机构特别是高等研究机构的通行举措。比如,现代高等研究机构的先行者普林斯顿高等研究院就在其二级研究院普遍采取了研究主题制度。如何结合现代中国转型中的重大理论课题展开专题性的深入研究,是中国社会科学提升自己研究水平的基础性工作。复旦高研院“年度主题”建制,正是为了推进上述历史使命而设立的基础性学术建制。

为了使“年度主题”制度更符合高研院的发展定位和预期目标,我们还建立了与之相配套的科研项目管理体制,即常规性的“研究项目”(research programs)——“价值建构研究项目”和“制度建设研究项目”。价值与制度是有机统一体,价值是制度建设的基础,对制度建设起着导向和主导的作用。价值和制度在实践中表现为价值建构和制度建设两个重要方面,涉及我国政治、法治、

经济、文化、社会等制度建设和价值建构范畴的一些根本性的问题;涉及群体与个体、个人与社会、个人与国家、人与人、人与自然等诸类主要关系范畴;涉及不同文明和发展模式的多元性、多样性及其它们之间的竞争、对峙与协调、融合关系;涉及现代性与传统的关系,普遍性与特殊性的关系,人类共同价值追求与中国主体价值的关系,以及中国未来发展目标和理想图景。因此,对价值和制度为核心的一般性问题和关系中国转型中一系列重大问题、中国未来发展的重大理论和实践问题进行理论探索、理论建构和理论创新,具有特别重要的学术价值和理论指导意义。

在具体运行中,我们以研究项目为组织形式,并通过“驻院研究员”“访问学者”等建制吸纳校内其他文科院系、校外乃至国外相关研究力量,组织专职研究人员和驻院研究人员围绕“年度主题”协同攻关,力争生产出一批有一定国内外影响力的品牌性学术成果。我们还专门设立了“年度主题席明纳”,每月由一位研究者做专题报告,“年度主题”研究参与者全体参与讨论,以期每一项研究都经过全体参与者的充分讨论,进而以集体力量形成复旦高研院的“核心产品”。

2014年度的“年度主题”是“转型社会的正义研究:价值建构与制度建设”。从“价值建构”和“制度建设”两个维度,对转型社会的正义问题进行跨学科的综合研究。价值建构,侧重从政治哲学、法哲学、社会理论、道德哲学等视角对转型社会之正义(特别是转型中国的社会正义问题)的规范性基础进行理论建构。制度建设,侧重从政治学与公共政策、法律科学、社会学、经济学等视角对转型社会之正义(特别是转型中国的社会正义问题)的制度依托进行社会科学研究。呈现在读者面前的《转型中国的正义研究》就是该年度主题项目的集体研究成果。

复旦高研院2015年的“年度主题”是“转型中国的法治研究:价值建构与制度建设”,预期2016年出版《转型中国的法治研究》。2016年的“年度主题”拟定为“转型中国的治理研究:价值建构与制度建设”,预期2017年出版《转型中国的治理研究》。

本丛书系复旦大学社会科学高等研究院副院长、教育部“长江学者”特聘教授郭苏建博士领导和主持的研究项目,并担任丛书主编。复旦大学当代中国研

究中心主任、复旦大学国际关系与公共事务学院教授刘建军,复旦大学社会科学高等研究院院长助理、副教授刘国东担任副主编。复旦大学社会科学高等研究院研究员顾肃教授、刘清平教授、林曦副教授为该系列丛书的编委会成员。

郭苏建

2016年3月

目 录

丛书序言	郭苏建	1
------------	-----	---

价值建构篇

现代法治理论及其对转型中国法治建设的启示	顾 肃	3
转型中国传统礼治与现代法治的深度张力		
——从政治哲学的视角着眼	刘清平	35
功能主义法治观		
——基于法治中国政治理想与实践约束条件的探析	孙国东	65
情理的创造性转化与转型中国法治理论建构	林 曦	105

制度建设篇

从工具主义法律观到治理主义法律观		
——全面推进依法治国进程中的观念革命	刘建军	131
法治与依宪治国	李 辉	155
立法体制与法治建构		
——以立法权的功能设计为核心的探讨	涂云新	181
法治与司法制度改革		
——社会转型时期的司法制度分析	王 峰	214

转型中国的法治研究

价值建构篇

现代法治理论及其对转型中国法治建设的启示

顾 肃*

建设社会主义法治国家,是我国政治法律制度建设的根本目标。依法治国是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求,关系到执政兴国、人民幸福安康,也关系到党和国家的长治久安。尤其是为了提高执政党的执政能力和执政水平,必须全面推进依法治国。中国的改革进入攻坚期和深水区,国内外形势复杂多变,矛盾风险挑战前所未有,执政党面临的改革、发展和稳定的任务十分艰巨,因而更需要全面推进和坚持依法治国。

依法治国已经成了人们普遍接受的原则,但仍然需要进一步澄清其基本原理,进行理论论证,并论述与之相配合的制度构建。这里主要用现代法治理论来分析依法治国的内涵、必要性和意义,在制度建设方面的基本原则和构架,包括权力制约、立法民主和司法独立公正行使审判权,以及针对中国转型时期法治建设中存在的问题,探讨从制度上努力关注和实施的根本任务。

一、法治的基本观念

法律的统治(简称法治)就是按照法律来治理国家,更具体地说,是依照体现人民意志和社会发展规律的法律来治理国家,而不是依照个人意志和主张治理国家;要求国家的政治、经济运作、社会各方面的活动都要依照法律进行,而不受任何个人意志的干预、阻碍或破坏。因此,依法治国是国家治理的根本途

* 顾肃,复旦大学社会科学高等研究院教授、专职研究人员。

径,体现了通常所说的法治的本质。

法治是现代法理学和法哲学反复讨论的一个基本理论问题。学界对此已经作了较充分的论述,但仔细考察有关的争议和论证,便不难发现颇多的模糊认识,远未形成定论。而且处于不同发展阶段的不同国度对此的认识也存在差别。例如,当今世界上的许多国家正试图确立或恢复法治并以法治现代化为目标,但西方特别是美国的一些法学家们却对法治概念发起了激烈的抨击。而我国法学界对社会主义法治的基本理论的阐述也仍未达到十分深刻透彻的程度,在实践上的问题则更值得我们进行认真的反思。

法治是指一个社会以法律进行的统治。从实质上说,这是一种进行社会控制的根本制度,它要求一个社会各行各业各级各类的人们,无论是统治者还是被统治者,都按照代表公众意志的法律制度或体制来处理人与人之间的关系,包括对各种侵权行为的控告、认定和制裁,处理民事争端,还有更重要的,即限制统治者的行为,使之符合法定的规范,如此等等。社会通过这种制度来引导公民从事符合社会正义和公众利益,同时也有利于自身利益的一切活动,限制并制止不可取的错误行为。

这就涉及一系列理论上的基本概念及其关系的问题。首先,法律的统治不简单地等同于法律条文或具体规则的刻板统治。在英语文献中,学者们注意将 rule of law(法律的统治)与 rule of laws(此处的“法律”为复数,指具体的法律条文或规则的统治)区别开来。这种区别的意义在于,法律的统治是一种根本政治制度和社会管理运作方式,也被称为宪政主义;它是一种政治精神,即按照社会的根本大法 and 准则所确定的方式行事。而如果只是拘泥于具体的法律条文和刻板的规则,忘却了这种宪政主义的基本精神,便有可能使法律成为少数人追求私利、实现个人野心和压迫广大民众的工具。

法治国也不同于法制国。法制(Legality, Legal System)国的统治者一般注意按照一套法律制度和规则来进行统治,办事通常有条文作为依据,因而不同于事事处处都依靠最高统治者和各级行政官员的口头或书面命令的主观统治方式。由于其统治方式有一定的规律、规则可循,人民对于统治者和自身行为的合理性有所预期,故法制国与人治国相比是一种进步。但法制国与法治国的最大区别在于,其最高统治者或立法者的权力仍然不受挑战和制约,比如封建

专制国家也可能是法制国家,只要其行政和司法行为主要依照写成条文的法律或规则。但由于帝王本人的权力仍然是至高无上、不受制约的,他仍可以随其意志而废除、修改律则,或制定新律;最重要的是各种法律只是约束臣民的,并不能约束帝王自己,因而其国家仍然不能避免主观随意的专制统治。君主立宪国也可以是法制国,其君主立一个宪法让其臣民执行,让内阁来执政,这样可以减少主观随意统治的专横程度。但君主立宪国仍然不是法治国家,因为作为根本大法的宪法的决定者不是人民及其代表,而是至高无上的君主。一个国家即使存在比较详尽的法律条文或诉讼制度,只要其最高立法者的权力不受人民的制约和监督,或者其最高司法权不能与最高行政权真正分立、相互制约,那就仍然是法制国,而非法治国。

西方资产阶级革命的思想家在反对封建专制、呼吁建立新的法治社会的过程中多次阐述过这种宪政主义的基本精神。近代英国革命中的共和派代表人物哈林顿在其著名的《大洋国》(1656年)中特别提出“法律的统治而不是人的统治”这一原则。他效仿亚里士多德明确地区分暴政与宪政,认为暴政靠的是个人专断,而宪政则按法律行事,为了公众的利益,一切由国民参与、得到国民同意的政府,都必须将政治实力与权威结合起来。而且政府的行为如受理性的支配,就是“法律的王国”;如受情绪支配,便是“人的王国”,这是法治与人治的政府在心理基础上的区别。C.H.麦克伊文(McIlwain)则对这种思想作了更加精辟的阐述,即法律的统治或宪政主义“是对政府的法律限制:它是专横统治的对立面”^①。

上述区别涉及法律和法治的基本性质。一个空谈法律条文、玩法律游戏、以打官司为趣味的社会,甚至是以欺骗手段和强制力量通过一系列不正义法律,强迫人民执行的社会,还谈不上真正的法治。最典型的例子是纳粹德国。在其早期阶段,许多事情都是打着法律的幌子“合法地”去做的。1933年帝国议会通过了所谓“授权法”(即《国民与帝国紧急状态法》),授予希特勒颁布政令进行统治的权力,该法实际上认可他可以无视法律,因而摧毁了宪政国家。该

^① [美]C.H.麦克伊文:《古代与现代的宪政主义》,伊萨卡:康奈尔大学出版社1940年版,第21页。

政权经常赦免那些“逃避魏玛共和国中布尔什维克主义的税收方法”的逃税行为,即对亲希特勒政权的人进行溯及既往的合法化。1934年的欧姆大清洗成了以溯及既往的法律进行的合法的镇压。尽管世纪之交的《德国大法典》从未正式废除,但该政权在觉得不方便时便无视该法典。1936年,司法部长汉斯·弗兰克通知法院,当该法典要求作出针对德国人民的健康利益的决定(这里显然首先指虐犹暴行)时,法官应当向他请示,他会提出许可此事的新法律。如此而已。当然还有纳粹将奥斯维辛集中营称为“公共卫生事业”的那种利用“法律”干出的惨绝人寰的罪恶行径。正因如此,当纳粹战犯在战后受审过程中以遵守当时德国的合法命令为借口替自己的罪恶行为辩护时,西方法学界展开了一场关于“恶法是不是法”的大讨论。法哲学家再度从自然法理论那里获得启示,特别是美国法哲学家富勒强调任何法律制度都必须符合一定的道德标准,违反这一标准的恶法不是真正的法律。人们更加清楚地认识到,这样以法律的名义干出一系列罪恶勾当的纳粹德国,决不能被当作真正的法治和正义国家,因为它像其他一些警察国家一样不存在权力的分立,以专横权力统治官僚机器。而且它即使保留了旧法,也融入了新的意识形态。一般来说,这种政权不会想到自己要受到自身法律的限制,并且经常违背公开宣布的规则与官方行为一致的原则。

由法律的统治不简单地等于法律条文的统治自然引出第二个需要澄清的基本问题,即法治中人的问题。过去我们已经多次讨论到法治与人治的对立,认为坚持法治就不能依靠人治,在我们的法治宣传中更是简单化地把法治当作严格地执行法律法规的代名词,因而必排斥一切人的因素。这至少是一种误解。其实再好的法律制度也是需要人去贯彻、执行、监督乃至发展的,没有真正懂法、富有正义感和敬业精神的强大而独立的执法队伍,以及真正懂得法律、尊重法律、自觉受法律制约的行政首长,也就不存在良好的法律制度可言,更谈不上法治。归根结底,法律是靠人去执行的,企望个别天才人物在一个晚上创立所有的良法供广大人民执行,或者把精力仅仅集中到组织一个好的立法班子,像制造产品一样大批订立新法,以为这样便可实现法治,那同样是天真幼稚的想法。如果真能如此,那么在今天的南美和非洲,早就应该有良好的法治秩序了,因为这些前欧洲殖民地不乏殖民者留下来的大量法律条文,即使没有留下

来的,派那些受过良好教育的法学家和律师去欧洲照搬一套也是轻而易举,连语言的障碍都不存在。可是,这些社会今天仍然存在着许多违背法治精神、侵犯人民正当权利、军政府专横统治的现象,即使已实现了民选政府,也还免不了许多旧式专横统治的遗迹,宪政经常受到破坏,所以还不能说已实现了正常的法治。

依法治国坚持的是法治,而不是人治,也就是依照人民意志的法律治理国家,而不是依照个人意志治理国家。人治是个人、少数人或集团的专横统治,主要依靠统治者个人的统治,即政府的主要命令均出自领导者个人主观随意的意志,而不是预先制定好的规则,其行为缺少可预测性,尤其是缺少程序上的公正性,常常因人而异,难以避免徇私枉法。没有规律、确定性可言,被统治者不能合理地指望自己的行为只要不违反公开发布、人所共知的法律规则,便不会受到统治者主观随意的惩罚。人治国最高统治者的权力是至高无上的,不受挑战、监督和制约。本来,法治与政体的性质并无必然的联系,封建社会也可能实行某种形式的法制,但历史上的人治的确与封建传统常常紧密联系在一起。在封建专制国家,皇帝的圣旨便是至高无上的命令,即使朝令夕改,其臣民也得无条件地服从。在专制传统根深蒂固的国家,人治往往不会随着封建帝制的垮台而销声匿迹。一些后起现代化国家在采纳了某些现代政治和经济形式以后,由于始终未能确立真正的法治,尽管也会定期举行政治选举,允许法院和律师制度存在,却未能根除人治。

可见法治决不仅仅是一套纸上的规则,还有赖于整个社会风气和民情的优良品性,包括全体统治者和被统治者的敬法守法的精神和习惯。法国大思想家孟德斯鸠在其名著《论法的精神》中即已看到这种综合社会体制的重要性,认为“法的精神”不光是一种主观精神状态或条件,还指包括了自然、政治和精神的因素在内的一般因素和原因。法律并不抽象地绝对地适合于一切国家、一切民族,具体法律在一个国家的好坏、适合程度,皆取决于这种综合因素总和的“法的精神”。各国有适合本国特点的良法,法律与政体、民族精神甚至气候土壤(这一点仍存在很大争议)都有关系。特别是在谈到民族精神时,孟德斯鸠指出,要接受最好的法律,人民的思想准备是必要的,这反过来对法律的影响也很大。当一个民族性喜交际,心胸豁达,爱好生活,风趣,善于表达思想,勇敢大度

而坦率时,就不必用过多的法律去约束他们,此时的法律就是简单的。反之,法律不但多而且复杂,以便约束人民。他说:“在不违反政体的原则的限度内,遵从民族的精神是立法者的职责。因为当我们能够自由地顺从天然秉赋之所好处理事务的时候,就是我们把事务处理得最好的时候。”^①他在此提出的一个重要而值得深思的问题是,立法和执法必须与具体民族的风俗习惯结合在一起,要实行良好的法治,就必须同时培养良好的风习。民风高尚纯洁,法律也简单易行。

法国另一位政治思想家托克维尔在《论美国的民主》一书中总结出美国民主制度的三个原因:环境、法制和民情。但这三种因素的重要性是不同的。因为在类似的地理环境下,南美就不如北美,甚至还不如地理环境差的欧洲。因此法制的作用大于自然环境,美国民主的成就在很大程度上取决于良好的法制。但拿墨西哥相比,其地理位置优于美国,也采用了与美国相同的法律,但却未能促使建立民主政府,其关键则在民情。因此民情的作用大于法制。同是美国,东部人由于长期形成了实行民主管理制度的经验和习惯,如扎根于历史上形成的新英格兰市镇自治制度,因而就比当时的西部管理得更加有条不紊和稳健成熟。^②所以托克维尔把民情看得比法制还重要。法律是由人去订立和执行的,没有良好的、适于民主和良法的民风,法律只能是一纸空文。

总之,法治不是法律条文的刻板统治,而是一种宪政主义的根本精神和制度,它要求符合正义的基本原则和法律的内在道德,以便人人遵守和自觉维护法律。因此,法治有赖于良好的民风和官风,是环境、民情、良好习惯等一套综合社会因素和体制的产物。

二、法治的基本原则

在澄清了一些基本观念之后,我们便可进一步讨论法治的基本原则。各个流派的法哲学家把自己对法治的基本属性的理解整理概括为若干原则,用作评

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,北京:商务印书馆1961年版,第305页。

② [法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,北京:商务印书馆1988年版,第356—357页。

判是否属于良法和实施真正的良法的标准。虽然各自的论述差别较大,但我们仍可从中摘取一些重要的内容,这对于我们理解法治具有不容忽视的启发意义。

在西方阐述法治的经典中,戴雪(A.V.Dicey)出版于1885年的著作《英宪精义》占有突出的地位,他在书中提出在法治下面有“三个相区别而又同源的观念”:

“首先,一个人除非在国家的普通法庭中以通常的法律方式被判为明确地违反法律,便不能受到惩罚或按照法律规定使人身或财物受损。^①

“第二,……每个人无论其地位或条件如何,都应受到所在区域普通法律的约束,或服从普通法院的管辖。^②

“最后,……我们的宪法法,在外国自然构成宪法法典一部分的那些规则,不是法庭所规定和保护的个人权利的来源,而是其结果……”^③

上述第一点几乎与欧洲大陆理论中的“法无明文不为罪”和“未经审判不可定罪”的原则完全一致。第二点则是法律面前的平等原则。前两点概括的是法治的形式特征,而第三个原则在戴雪看来则具有实质的内容,它表现在英国法律如何处理诸如个人自由权利、讨论的自由权利、公共集会的权利这类事情上面。

如前所述,法治是一种统治的理想,它体现了美国法学理论家朗·富勒所说的“向往的道德”。作为一种理想,它的实现有程度的区别,因此法治必须与具体法律是如何创制和实施的联系在一起。这一思想在富勒1958年与哈特的论辩中已初具雏形。^④实证主义分析法学家哈特承认,每一个法律制度包含了与社会道德一致的最小数量的规则,并称之为“有条件的必然性”问题,他在这样论述时尽管表现出向自然法学说靠拢的倾向,但实际上仍然基本站在实证主义关于法律与道德分离的立场上。富勒在《实证主义与对法律的忠诚》一文中答辩道,在他与哈特之间的关键问题不是对法律的定义问题,而是忠实于法律的

① A.V.Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis: Liberty Classics, 8th ed., 1982, p.102.

② Ibid., p.114.

③ A.V.Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p.121.

④ [英]哈特:《实证主义和法律与道德的分离》,载《哈佛法律评论》第71卷(1958年)第593页;[美]富勒:《实证主义与对法律的忠诚——答哈特教授》,同卷第630页。