

法治国家论

卓泽渊
著



卓泽渊
法论丛书

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治国家论

卓泽渊 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

·法治国家论 / 卓泽渊著. —北京:法律出版社, 2008. 2

(卓泽渊法论丛书)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8152 - 3

I. 法… II. 卓… III. 国家和法的理论—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 007368 号

© 法律出版社·中国

卓泽渊法论丛书

法治国家论

卓泽渊 著

责任编辑 刘彦津

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008 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 北京中科印刷有限公司

印张 19.375 字数 489 千

印次 2008 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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

苏州公司/0512-65193110

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 - 5036 - 8152 - 3

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)

卓泽渊，法学博士，中共中央党校政法部教授、副主任。中共中央党校、西南政法大学法学理论专业博士研究生导师，中国法学会法理学研究会副会长。发表学术论文约150篇，出版有《法律价值》、《法的价值论》、《法的价值总论》、《法治国家论》、《法治泛论》、《法政治学》等学术专著，主编《法学导论》、《法理学》等，总主编《法学论点要览》（10卷），副主编《马克思主义法学新探》、《社会主义市场经济法律问题研究》等，参编国家教委、司法部教材多部。曾任西南政法大学教师、副校长，兼任《现代法学》主编。先后当选司法部优秀教师，全国“跨世纪百千万人才”一二层次，第二届中国十大杰出中青年法学家；先后获得司法部法学教育优秀育人奖，国务院政府津贴。2003年根据组织决定调入中共中央党校政法部工作，为中央马克思主义理论研究与实施工程法学学科组主要成员，入选全国宣传文化系统首届“四个一批人才”。

总 序

法是什么,法的内容是什么,法的本质、功能和价值是什么,法与政治有着怎样的关系,法与国家是怎么联系的,等等,是一些看起来十分简单而又十分难以回答的问题。说它们简单,是因为这些问题几乎所有的法学入门者都必须首先学习,也都能说出一个子曰的问题;说它们困难,是因为这些问题几乎所有的法学家都感到十分棘手,甚至没有人能够自称并同时被大家公认已经毫无疑问地回答了这些问题。历史上许多法学大师都从这些问题起步,并取得了丰硕的成果,但是还没有一个法学家被公认穷尽了对法的解析与论说。

从法是什么来看:

在西方,从古希腊的苏格拉底、柏拉图、亚里士多德,经古罗马的西塞罗以及著名的五大法学家,中世纪的奥古斯丁、阿奎那,近代的格老秀斯、卢梭、孟德斯鸠、洛克,直到奥斯丁、庞德、凯尔森,乃至德沃金等人,无不关注这个问题,而且一直探讨着这个明知没有结论又要无限追寻下去的问题。

20 世纪中期,美国法学家庞德还一再思考“什么是法律?”或“法是什么?”^①英国的著名法学家哈特还写出了专门解析法律概念的著作,书名就是《法律的概念》^②,他们对法的论述,为人类法学发展作出了重要的理论贡献,灿若法学这一浩瀚星河中的点点星光。

在中国,从老子、孔子,经董仲舒、朱熹,到严复、康有为、梁启超以及今天的法理学家,乃至所有法学家,几乎都希望自己能在什么是法的问题上获得真知灼见,并对世人有所贡献。对于法是什么或者什么是法的问题,提出了种种解答方案。或者供后来者参考,或者为后来者提供一个新起点以帮助他们去继续那没有终结的探索。先贤们对于法的论述,像火炬一样照亮了人类法学理论的夜空,它们是一把把穿越历史的火炬,引导和照耀着后学们一段一段的前进里程。

我显然是一个微不足道的执迷不悟者。积二十多年的学习与研究概莫能离什么是法这一问题之左右。我曾经尝试着给法下一个自我的定义。^③但是这依然是难以令人满意的。它只是在中国关于法的若干定义之中较为独特地淡化了法的阶级性而已。^④我不敢肯定自己更接近了法的本质或内涵。

从法的内容是什么来看:

法的内容是什么?它是一个极小的问题,但它最起码涉及法的分类

① 庞德的《通过法律的社会控制》第二章即为“什么是法律?”,《法律的任务》第二章也是“法是什么?”,参见[美]庞德:《通过法律的社会控制——法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版。

② [英]哈特:《法律的概念》(中文版),张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版。

③ 参见笔者主编:《法学导论》,法律出版社1998年第1版,1999年第2版,2002年第3版,2003年第4版。其将法定义为:“法是表现为国家意志的,以权利义务为主要内容的,具有普遍约束力和国家强制性的社会行为规范。”笔者所著《法学导论》,法律出版社2007年版,对法的定义是:“法是由国家制定或认可的,以权利义务为主要内容的,由国家强制力保证实施的社会行为规范及其总称。”

④ 笔者也赞成法是具有阶级性的,但并不赞成对于阶级性的夸大。这一定义最终也只是面对阶级性被不恰当地夸大而做了一个不继续错误的努力。

等方面的众多学说。法的分类理论很多,具体的种类划分也特别复杂。其中包括宪法、刑法、民法、行政法、诉讼法;公法和私法;成文法与不成文法,等等。其实,这些对于法的划分是远不周延的。因为这些分类都主要还是立足于或着眼于制度的法而作出的,忽略了法在存在方式上的观念、制度与现实的三种形态。这三种形态也是法的三个层次。第一种形态或第一个层次,观念的法。观念的法是抽象而普遍的。社会大众可能不学习法律,但是只要他们生活在法律社会中,就会有法的观念,就有他们心目中的法的“定义”。他们中的许多人尽管不能从理论上对法进行阐释,但是他们关于法的理解是客观存在的,而且影响着他们的行为。第二种形态或第二个层次,制度的法。制度的法是明确而规范的,它是以立法的结果状态存在的。立法上,作为制度的法是规范而严格的。制度的法都以具体的法典或判例作为存在载体,或者表现为成文法或者表现为不成文法。它们都具有规范的意义,都能够明确地告诉人们可以做什么,不能做什么,以及必须做什么。在规范意义上,成文法与不成文法都是明确的,只是表达上具有差异,或因表达差异而有所区别。作为制度的法,都是严格的。即使有所模糊也是在有限幅度内的模糊。其含义相对确定,而不可随意变更。第三种形态或第三个层次,现实的法。现实的法是生动而变化的。它存在于社会的现实之中,具体来说,存在于政府行政、检察活动、法官审判以及社会民众的社会生活之中。它通过具体的法律行为、法律文件、法律文书,乃至社会生活的现实来表达,是最生动的法,最富于变化的法。

随着时代的发展,法的发展,对于法的认识也要发展。在我国社会的发展中,法的本质、法的功能、法的价值都发生着重要的变化;对于法的这三个方面的认识——本质观、功能观和价值观也应当得到更新。这些问题早已引起了一些法学家的注意和重视,他们还作出了许多精彩的论述,但是关于本质观、功能观和价值观这样的最基本的认知还没有得到普遍的认同,一些教科书还固守着早该抛弃的结论。

在当代,法的意志本质是什么?在理论意义上,曾经占据主导地位

的观点是,法是统治阶级意志的体现。一般认为其根据在于马克思主义经典作家的论述。马克思和恩格斯在《共产党宣言》中,在批驳资产阶级用其自由、教育和法律等观念来为其所有制辩护时,有过这样的论述:“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物,正像你们的法律不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样,而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”^①第一,马克思、恩格斯在这里只是对资产阶级法律意志归属的揭露,并不是对所有法的意志归属的结论;第二,即使马克思和恩格斯是对资产阶级法的意志归属的结论,也只是对阶级对立社会的法的意志归属的揭示,也不是对社会主义法的结论。因为社会主义社会是要最终消灭阶级的社会。如果一直保持着完整的统治阶级与被统治阶级或者完整的阶级对抗,社会主义就永远无法完成自己消灭阶级和阶级斗争的使命。从实践的意义上,社会主义时期法的意志本质在实践中恐怕也不能再归结为统治阶级意志的体现。如果一定要固守这样的结论,我们就必须回答出哪些社会成员构成了统治阶级,哪些社会成员构成了被统治阶级,统治阶级与被统治阶级之间的分野何在,两大阶级对立与斗争的事实为何,我们对于这种阶级斗争的立场与期待是什么?这些问题,我们是无法回答的。因为它根本就没有社会的现实依据。我国目前的法律,其本质属性,只能是也应该是全体人民意志的体现。

法的社会功能是什么?我们一直将其与法是统治阶级意志体现的本质属性相联系,以为法是阶级斗争的工具或者将其表述为阶级专政的工具。在这一认识的基础上,甚至认为法律机构就是专政工具,甚至将其形象地直呼为“刀把子”。历史发展到现在,这一功能认识也同样必须被修正。到了当代,中国法的功能也许应该被定位为社会管理的工具。在现实社会中,法作为社会管理的手段,应该是维护社会秩序与实现社会和谐的工具。其规范功能,包括指引功能、教育功能,以及社会功能中

^① 《马克思恩格斯选集》(第1卷),第298页。

的社会公共管理职能都应当受到特别重视。法的功能定位应该从阶级斗争工具转化为社会管理的工具。

法的价值目标是什么？从 20 世纪中叶以来很长的历史时期，我们一直否认法有价值存在，甚至错误地认为价值理论都是资产阶级的学说。似乎法根本就与价值无关。经过改革开放的发展，我们逐步认识到社会主义司法机关及其改革目标都应当在于实现全社会的公平与正义。其实就整个法律来说，其价值目标也应该是实现和维护全社会的公平正义，促进人类的全面自由发展。一个进步的社会，它的法律不是要不要公平正义的问题，而是在何种程度上实现了公平正义，是否真正地符合公平正义？我们必须改变那种既有的对于法的价值的无知状态，科学地把握法的价值，推进法学理论的进步，使法的制度及其实施最大限度地符合于公平正义。通过对公平正义的追求，最终促进人类的全面自由发展。

法与政治是怎样的关系？法学是回避它，还是正视它，都是十分重大而重要的问题。法学对于政治的简单追随，将导致灾难性的后果；法学对于政治的简单排斥，也同样会诱发导致灾难性的状态。法学作为仆役，就会失去法学应有的尊严，降格法律与法治。但是法学如果过度疏离政治，也会使政治被放任，容忍政治更加肆无忌惮地不受约束地横行。对这两个方面都必须科学而理性地认识，必须克服情绪、意气与冲动。只有理性才会使我们正确地面对灾难与现实。法学学术就应该为科学界定、正确处理法与政治或政治与法的关系提供学理依据。

法与国家具有怎样的内在联系？法与国家相互之间须臾不可分立。在人类社会的历史发展中，法从一开始就是组织国家、运行国家以至规制国家的重要工具。倒是国家常常摆脱法律的拘束，成为脱缰的野马，甚至破坏法治。人类的经验与教训都表明，只有当法律有效地发挥了规制国家的作用之后，我们才能说这样的国家是法治的国家。只有在法治国家，人民才可能不受国家或其他主体的非法侵害，人民的整体与个体的权益才能获得切实的保障。于是，法治国家就成为人类处理法与国家

关系的交结点。法治国家是人类国家发展的必由之路,法治国家的研究则是人类法治发展的题中之义,也是法学理论研究必须完成的重要任务。

对这些基本而重大的理论与现实问题的探讨,也许永远都没有绝对的定论,远无止境。能对法是什么做一个相对合理的回答,能在宏观上对法的内容做些研究,能对法的本质、功能、价值提出新的见解,能对法与政治的关系予以揭示,能对法与国家的联系包括更宏大的法治国家主题进行思考,或能在其中的某个领域有所发现,或能对某个方面的某些问题进行一些探讨,并获得某些成果,实为不易。我只是尝试着做了一些浅尝辄止的工作。所有这些都不过是希望对三种形态或三个层次的法作一些探索。现在将《法的价值论》、《法政治学》和《法治国家论》集中成一个系列出版,也许可以构成一个粗略的整体,以后还会有新的著作列入。几部著作跨度二十年左右,前后不断修订,其中的交错、重复和错漏繁多。这些往复交错的文字,都不过是为了对法有一番言说。在这三种形态或三个层次的法的研究中,我总是把自己在不同时期对于法的本质、功能和价值,法与政治关系,法与国家联系的认识熔铸于其间。形成了三种形态或三个层次与三个基本认识的交汇,逐步形成了本套丛书为代表的学术认知。综观所有的著作或所有的论述,几乎都没有离开过一个“法”字,于是就将我这套丛书命名为“法论丛书”,借以表达我个人的学术见解。

在不自觉与自觉,非理性与理性的人生旅途上,我与法结下了不解之缘。法的神圣、神秘与神异,牵引我不断思考和探索。之所以我能继续这些努力,老师的教导、朋友的关爱、家人的支持都是不可或缺的动力。我愿意把这一论丛敬献给我的老师、朋友和家人。是他们帮助我敲开了学术之门,使我由此远行。不知道我能走多远,但我深知身后的目光以及那期待的眼神。为了那无限的情谊,我也将努力为之!

卓泽渊

2007年12月于海淀大有庄

目 录

引言 法治与法治国家 / 1

总论

第一章 法治国家的概念解析 / 33

一、法治国家的国家意识 / 33

二、法与国家的关系解析 / 37

三、法治国家是法治化的国家 / 45

四、法治国家与法治社会 / 51

第二章 法治国家的基本特征 / 57

一、法治国家与非法治国家 / 57

二、法治国家的宏观特征 / 59

三、法治国家的微观特征 / 69

四、法治国家与国情差异 / 82

第三章 法治国家的整体法治 / 88

- 一、认识法治的整体性 / 89
- 二、法治结构的整体性 / 94
- 三、法治联系的整体性 / 97
- 四、法治时序的整体性 / 102

第四章 法治国家的理论基础 / 106

- 一、理论基础的解读 / 106
- 二、民主治国理论 / 112
- 三、权力控制理论 / 119
- 四、法治优越理论 / 125

第五章 法治国家的社会条件 / 133

- 一、市场经济是经济基础 / 133
- 二、民主政治是政治前提 / 139
- 三、理性意识是文化条件 / 143
- 四、公民社会是社会环境 / 158

第六章 法治国家与法制变革 / 166

- 一、法治国家建设与社会变革 / 166
- 二、建设法治国家需要法制变革 / 176
- 三、法治国家建设中的法制变革 / 182
- 四、中国法制变革的历史特点 / 190

第七章 西方的法治国家里程 / 194

- 一、西方古代法与国家认知 / 194
- 二、法治国家的德国模式 / 204
- 三、其他国家的法治国发展 / 219
- 四、西方法治国家辨识 / 239

第八章 法治国家的实践反思 / 245

一、中国与世界的重要基点 / 246

二、农村与城市的视域范围 / 250

三、传统与现代的时空背景 / 254

四、建设与革命的性质判定 / 261

第九章 法治国家的现实发展 / 269

一、中国法治国家的初步发展 / 269

二、民众法治意识的形成 / 278

三、法治国家建设模式与要素 / 283

四、法治国家的发展措施 / 292

第十章 法治国家的未来旅程 / 309

一、法治的理想结构模式 / 309

二、法治国家与法治社会的时段 / 314

三、法治国家建设的现实特点 / 320

四、影响法治国家建设的主要因素 / 325

分论

第十一章 法治国家与法律体系 / 333

一、法律体系的法治化架构 / 334

二、法律体系的整体结构 / 342

三、法律体系的要素结构 / 348

四、完备的中国特色法律体系 / 353

第十二章 法治国家与法治理念 / 358

一、法治理念的学理阐释 / 358

二、法治理念的意义与确立 / 364

三、法治理念要求树立法律权威 / 367

四、维护法律权威与人民当家做主 / 374

第十三章 法治国家与依法执政 / 380

- 一、法治国家必须依法执政 / 380
- 二、依法执政是时代发展要求 / 381
- 三、依法执政与现实任务 / 388
- 四、推进依法执政的现实路径 / 395

第十四章 法治国家与科学发展 / 398

- 一、科学发展观指导法治发展 / 398
- 二、科学发展观的法治要求 / 402
- 三、法治保障科学发展 / 408
- 四、促进法治科学发展 / 412

第十五章 法治国家与和谐社会 / 418

- 一、法治国家与和谐社会的联系 / 418
- 二、构建和谐社会与构建法治社会 / 429
- 三、法治与构建和谐社会 / 435
- 四、法治服务于和谐社会的构建 / 438

第十六章 法治国家与农村法治 / 444

- 一、农村法治及其特殊性 / 444
- 二、农村法治建设的障碍 / 449
- 三、农村纠纷及其依法化解 / 457
- 四、农村纠纷的法治化解决 / 462

第十七章 法治国家与民主立法 / 467

- 一、民主立法与体现人民意志 / 467
- 二、民主立法与人民民主 / 472
- 三、民主立法与法治建设 / 477
- 四、民主立法与提高立法质量 / 480

第十八章 法治国家与依法行政 / 484

- 一、法治国家的依法行政 / 484
- 二、依法行政与法治政府 / 494
- 三、依法行政与司法监督 / 496
- 四、依法行政的障碍及其克服 / 499

第十九章 法治国家与司法改革 / 506

- 一、法治国家的司法状态 / 506
- 二、司法改革与司法公正 / 508
- 三、司法改革的主要问题 / 520
- 四、体制是司法改革的重点 / 526

第二十章 法治国家与反腐倡廉 / 533

- 一、国家法治化与反腐倡廉 / 534
- 二、腐败猖獗的法律原因 / 536
- 三、反腐倡廉的目的追求 / 542
- 四、反腐倡廉的法治措施 / 545

第二十一章 中国法治与世界法治 / 560

- 一、世界视野的中华法文化 / 561
- 二、世界法治的现实状况 / 580
- 三、世界法治的历史走向 / 583
- 四、中国法治与世界法治 / 591

主要参考文献 / 594

后记 / 600

引言 法治与法治国家

一、法治的内涵

(一) 先哲的法治思考

最早定义法治的,应当是古希腊的著名思想家亚里士多德。他说:“法治应包括两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”^①这一定义包含了两层最基本的含义:一是法治是指已成立的法律获得了普遍的服从,即必须坚持守法原则;二是法律应该本身是制订得良好的法律,即必须坚持良法原则。在亚里士多德看来,良好的法律得到普遍的遵守即是法治。亚里士多德对于法治的定义,是非常宏观的。由于他没有在定义中对良法作出具体的限定,因此就为人们对于良法的理解留下了极为广阔的空间,这一定义也因其宏大的抽象度与概括力而具有了留传千古的不朽意义。不论对于良法作何种定义,亚里士多德的法治定义都为人们所赞同。

^① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

英国法学家洛克认为,法治即是政府应该以正式公布既定的法律来进行统治,这些法律不论贫富、不论权贵和庄稼人都一视同仁,并不因特殊情况而有出入。美国法学家潘恩也说,在专制政府中国王便是法律,同样地,在自由国家中法律便应该成为国王。其核心思想是要依法治国,法律面前人人平等,反对任何组织和个人享有法律之外的特权。^①英国法学家戴雪曾解释了法治的含义。他说,法治这一词有三个意思,也就是任何人不应因做了法律未禁止的行为而受罚;任何人的法的权利或义务几乎是不可变地由普通法院审判;任何人的个人权利不是联合王国宪法赋予的,而是来自宪法赖以建立的依据。^②现代西方一些辞书认为,法治是一个无比重要的,但未被定义也不是随便就能定义的概念。它意指所有的权威机构、立法、行政、司法及其他机构都服从于某些原则,这些原则一般被看做是表达了法律的各种特性,如正义的基本原则、道德原则、公平和合理诉讼的程序的观念,它含有对个人的至高无上的价值观念和尊严的尊重。在任何法律制度中,法治的内容是:对立法权的限制;反对滥用行政权力的保护措施;获得法律的忠告、帮助和保护的大量的和平等的机会;对个人和团体各种权利及自由的正当保护,以及在法律面前人人平等。^③

我国先秦法家就提出并推行过“以法治国”的“法治”,《中国大百科全书·法学》就认为法家推行过法治理论。“以法治国”的“法治”是法家法律思想的核心,也是它与儒家进行论争的焦点,法家与儒家在政治法律思想上的对立主要表现为“法治”与“礼治”、“德治”的对立。法家的“法治”要求“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”,其推行法治的方法主要为“以法为本”,使法令成为人们言行的唯一标准,善于运用赏罚,将法

① 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第114页。

② [英]沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,光明日报出版社1989年版,第790页。

③ [英]沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,光明日报出版社1989年版,第790页。