

中国法治实践学派书系

中国法治实践的 法理展开

张志铭 著



人 民 出 版 社

责任编辑：张伟珍

封面设计：周方亚

版式设计：严淑芬

图书在版编目（CIP）数据

中国法治实践的法理展开 / 张志铭 著. — 北京：人民出版社，2018.12

（中国法治实践学派书系 / 钱弘道主编）

ISBN 978-7-01-020001-9

I. ①中… II. ①张… 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 255827 号

中国法治实践的法理展开

ZHONGGUO FAZHI SHIJIAN DE FALI ZHANKAI

张志铭 著

人民出版社 出版发行

（100706 北京市东城区隆福寺街 99 号）

北京新华印刷有限公司印刷 新华书店经销

2018 年 12 月第 1 版 2018 年 12 月北京第 1 次印刷

开本：710 毫米 × 1000 毫米 1/16 印张：27.25

字数：419 千字 印数：0,001-2,000 册

ISBN 978-7-01-020001-9 定价：88.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话：（010）65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书，如有印制质量问题，我社负责调换。

服务电话：（010）65250042

本书系

国家2011计划·司法文明协同创新中心

系列成果

鸣 谢

北京合弘威宇律师事务所

赞 助

该律师事务所是在法治中国伟大实践的时代背景下，以中国法治实践学派学术思想为指导，以北京威宇律师事务所为前身，与国内外律师界深度合作，国内第一家以法学理论研究和法治实践紧密结合为鲜明特色的国际化律师事务所。作为中国法治实践学派的研究基地和前沿阵地，合弘威宇律师事务所践行“知行合一”精神，秉承“合力弘道，千秋伟业；法治中国，威震寰宇”理念，努力为实现法治中国梦而奋斗。

中国法治实践学派书系编委会

总 编 钱弘道

副 总 编 武树臣 邱 本 Susan Tiefenbrun [美] 张 巍

总编助理 武建敏

执行编辑 许久天 李 嘉 王朝霞 杜维超 康兰平

冯 烨 姜少平 钱无忧 鲁彩雯 刘 静

段海风 窦海心 解明月 Claire Wright [美]

Hamid Mukhta [巴基斯坦] Hafiz Abdul [巴基斯坦]

学术助理 赵时康 林丰挺 朱晓虹

主 办 中国法治研究院

(China Rule of Law Research Institute)

支持单位 北京合弘威宇律师事务所

(Beijing Great Way Great Win Law Firm)

中国法治实践学派书系

学术委员会

学术委员会（按姓氏笔画排序）

马怀德	王利明	王振民	王晨光
公丕祥	付子堂	朱新力	刘作翔
江 平	孙笑侠	李步云	李 林
邱 本	张文显	张守文	张志铭
张宝生	陈兴良	武树臣	林来梵
罗卫东	罗厚如	季卫东	郑永流
郑成良	赵秉志	胡建森	姜建初
姚建宗	钱弘道	郭道晖	黄 进
梁治平	葛洪义	韩大元	

Susan Tiefenbrun [美]

总 序

中国法治实践学派是对法治中国伟大实践的理论回应。

1999年,《宪法》修正案规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”中国终于选择了法治道路,并将之载入具有最高法律效力的宪法。

2014年,中共中央出台《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。这是中国共产党的法治宣言书,是法治中国建设的总纲领。

法治中国建设是一场伟大的政治实验。这场伟大实验的目标是开创一条中国自己的法治道路。这场伟大实验正在给中国带来深刻的变革。反腐败斗争正在改变中国的官场生态,立法正在朝着科学化方向发展,政府正在努力将工作全面纳入法治轨道,司法改革正在朝着公正、高效、权威的目标加快推进,全社会厉行法治的积极性和主动性正在逐步增强。法治正在对全面深化改革发挥引领和规范作用。法治普遍规律的中国表现形式正在展现其不可忽视的影响力。虽然在前行的道路上,有暗礁,有险滩,有种种困难,但全面推进依法治国这场治理领域的深刻革命正在改变中国。

中国法学研究已经出现重大转向,这个转向以“实践”为基本特征。法治的生命在于实践。走进实践,以实践为师,成为一大批法学家的鲜明风格。“中国法治实践学派”正是对这种重大转向的学术概括。中国法

治实践学派以中国法治为问题导向，以探寻中国法治发展道路为目标，以创新法治规范体系和理论体系为任务，以实践、实证、实验为研究方法，注重实际和实效，具有中国特色、中国风格、中国气派。

法治中国的伟大实践必然催生新思想、新理论，必然带来思想和理论的深刻革命，必然为普遍的法治精神形成创造条件。中国客观上正在进行一场持久的法治启蒙运动。在欧洲，发生在17—18世纪的启蒙运动的成就之一是孕育了一个在世界上占主导地位的法理学派——古典自然法学派。古典自然法学说成为新兴资产阶级反对封建压迫和争取民族独立的武器，成为美国《独立宣言》、法国《人权宣言》的理论基础。正是古典自然法学派的出现，私有财产神圣不可侵犯、契约自由、法律面前人人平等、罪刑法定等法治原则才得以提出。正是以古典自然法学派为代表的学术流派的形成，才使得西方法治理论、西方法治精神形成一个系统。启蒙运动、契约精神的弘扬、自然法学派的产生、现代法律体系的构建、西方法治理论和法治精神的形成，是一个合乎历史逻辑和社会实践的有机整体。启蒙运动从根本上打造了西方近现代意义上的法治精神。在中国，法治启蒙运动的一个伴生现象也必然是学派的形成。伴随这样一个法治启蒙运动，法治实践不断推进，法治理论不断创新，法学学派在中国兴起，法治精神终将成为社会的主流精神，法治终将成为信仰。

我们组织力量编辑出版“中国法治实践学派书系”，是为了强化中国法学研究的实践转向，展示中国法治理论的风貌，传播法治精神，支持中国法治的具体实践，扩大中国在世界上的法治话语权。我们每年精选若干具有代表性的著作，由人民出版社出版，形成系列。这些著作具有鲜明的问题导向，注重中国具体实践问题的探索，注重理论的实际效果。我们相信，这套书系一定会对法治中国建设发挥良好作用。

时代赋予我们一种不可推卸的责任，我们不会袖手旁观，我们不会

C 目 录 CONTENTS

中国法治实践的法理展开

自 序 /001

第一编 法治实践专题研究

第一章 共和国法治认识的逻辑展开 /010

第二章 转型中国的法律体系建构 /030

第三章 当代中国的法律解释体制 /068

第四章 中国司法的功能形态 /103

第五章 传媒与司法的关系 /113

第六章 司法判例的法理基础 /130

第七章 欧洲人权法院判例法中的表达自由 /162

第二编 法治实践的法理展开

第八章 法治释义 /208

第九章	法律价值解析	/233
第十章	法律规范三题	/251
第十一章	法律关系综论	/265
第十二章	法律现代化概论	/290
第十三章	法律解释概念探微	/306

第三编 20 世纪的中国律师业

导 言	/340
第十四章 中国律师业发展百年轨迹	/346
第十五章 中国律师业发展现状述评	/373
第十六章 中国律师业发展专题研究	/400

自序

哲人有言：人是一根会思想的芦苇；存在在于感知，思而在。尽管这些话听来属于唯心，我却闻之心喜，在我迄今为止的生活和工作中，确实也是一种写照。人是自然的定在，血肉之躯，七情六欲，食色自然，但是，人终归还是一种精神上的存在，人要思考，要有思想，有精神和精神生活。人生短暂，人生的质地与对自己和周围思考的成色密不可分。

本书根据我历年发表的专题论文选编而成，所涉论文前后跨越三十年。其中第11章“法律关系综论”，源于我1988年在《中国法学》上发表的《中国社会主义法律关系新探》一文。该内容涉及法学理论和中国改革开放初期法律关系问题的诸多方面，观点看法青涩而锐意，后来曾获得中国社会科学院优秀青年成果奖，被收入一些论文集，或变形为多本法理教科书的一章，影响至今。那时我26岁，青春放歌！如今我已过56岁，尽管去日已多，来日还有，思考和写作的步伐不会停止，但是，所有这些专题学术文章，基本上可以反映我作为一位中国的法学学者，之于中国法治实践和相应法理问题所做思考表达的特色和品质。

本书取名为《中国法治实践的法理展开》，既因应了丛书主编“中国法治实践学派”的宏愿，更显示刻画了自己一直以来的问题关切：中国社

会的法治化治理和法秩序构建。全书从内容和技术上分为三编，依次是法治实践专题研究、法治实践的法理展开和 20 世纪的中国律师业，想法大致是，一些专题论文的写作直接起因于中国法治变革中遭遇的问题，如中国法治进程的刻画和评价、法律体系构建、司法功能形态、司法与传媒的关系、权利的司法保障机制、法律解释体制，等等，皆属此类；另一些专题文章的写作则更直接地起因于法理学术上的追求，诸如法治、法律价值、法律规范、法律关系、法律解释、法律现代化等，破题释义，授业解惑，意图显明。前后两者的联系都在于法理，是针对问题的法理探讨，或者内含问题的法理学展开；知与行，行与知，终归还是相向而行，合而为一。对中国律师业的研究，直面中国的律师制度改革和律师业发展问题，应该归入第一编；之所以单列为第三编分设三章，主要是因为它起源于自己 20 世纪 90 年代初在《比较法研究》杂志连载发表的成名作《当代中国的律师业》。此文荣获“第二届全国青年人文社会科学优秀成果”一等奖和“第一届胡绳青年学术奖”，记录了同道好友一同思考问道的难忘时光，故心有偏爱。当然，在技术上也是因为这项专题研究在内容和体量上都过于庞大、厚重，纳入第一编，难免“厚此薄彼”，有失匀称和谐，自立门户，反倒可能在积极的意义上收到“尾大不掉”的效果。

全书在整体上按照实践和理论的偏重去编排，实践专题和法理专题皆意图体现自己对中国法治实践的整体认识，以及对法理学科内容框架的心得把握，内含了一个法理学者的体系性、系统性偏好和追求。第一、三编所涉主题，皆属中国法治变革实践中的重要问题，其中第一、二章更加宏观，前者在观念层面意图描述刻画当代中国法治认识的进程逻辑，后者名为在技术层面探讨当下中国的法律体系构建，实则思考探讨中国社会的法治化治理、法秩序构建的宏大问题。第二编各章，尤其是其中的法律价值、法律规范、法律关系、法治，属于我眼光中分析进路、化繁就简的法理学基本问题。法理学之经纬，在统合的意义上是法治，在

分设的意义上除上述三题外，还可以加上法学和法理学，以及法律的概念。集腋成裘，连点成面，一个学者的心路历程、问题关切、理论自信，也得以记录和呈现于本书之中。

本书各章所涉专题从出版发表的角度看，确有时序上的先后差异，但立足于当下这样一个时点看，皆为跟踪观察、持续思考的集成，并无时过境迁、过眼烟云的违和感。学者应该学有专攻，所言者，对研究对象持续关注而达厚积薄发之境地也！回想起来，对于法治、法律职业、法律解释、法律体系、判例制度、法律关系、法律价值等主题的关注思考，有所心得，有所自信，皆持之以恒之功也！个中体会是，理论研究的生命力在于追求以恒久的方式研究恒久的问题；这里确实有眼光问题，更有立场和态度问题，而见地之高下，就书生学者而言，则如荧荧之光，微不足道，不必太在意的。

当然，潜心向学，必功不唐捐。下面就本书所涉专题包含的理论看法，不避微末，敝帚自珍，择要列示如下：

1. 逻辑分析的前提源自“大范围经验”加上主体确信，在统合经验认知和逻辑认知的意义上，可以将当代中国的法治认识进程描述刻画为正名法治、定义法治和量化法治三个主题环节，它们既共时共存，又陈陈相因、推演张开。其中，正名法治围绕着法律、法制和法治三个概念构成的思维链条展开，定义法治基于普遍主义和国情主义两种对应的立场和思路进行，量化法治则是当下意图更加直接对接法治实践的另辟蹊径的努力。总体说来，当代中国的法治认识进程，已经使得法治作为问题在理论逻辑上完整展示开来；从结果看，完成了对法治的正当性正名，凸显了法治定义上的立场和观点分歧，开始了对法治实践的量化探索。认识当代中国的法治发展进程，评价法治成就，认定法治贡献，明确努力方向，以上可为基本的概念框架和理论坐标。

2. 中国社会转型背景下法律体系建设和法治秩序构建的整体思路及

布局，在描述的意义可以概括为四个方面的特征：认识论上的理性建构主义立场，政治哲学上的国家主义色彩，政体架构上立法中心—行政配合的运作模式，法律技术上的简约主义风格。认为这些特征在集合意义上铸就了当下中国在法律体系建设和法秩序构建上的某种封闭样态；主张就此进行建设性的深入反思，并从转型中国社会的需要和现代法治秩序形成的原理和要求出发，树立一种关于中国特色法律体系构建和法治秩序构建的开放性思考，作出相应的制度安排。

3. 近现代意义的法治是西方文明的产物，但它作为广泛时空场景下人类实践经验与认知逻辑相结合的治国理政方式，已然成为当今世界一种全球共享的意识形态。法治在不断发展演变的历史进程中，不仅在理论认识上呈现出了规则之治、法律主治和良法之治三种不同的逻辑形态，而且还在生活实践上成为了国家和社会实行良善之治的符号，呈现为一种开放的形态。现代法治是有品质德性的规则之治，不仅要求具备形式层面的良好特质，而且注重实质意义上的价值内涵。法治理念和法治原则是其品质德性的高度凝练与充分表达，构成了现代社会不同法治实践的共同分母，并为国家和社会的法治化治理提供了价值指引及操作路径。

4. 现代化是一个具有复杂实践、包含丰富理论想象力的概念。它是传统社会向现代社会的整体性结构变迁，是传统的价值观念和制度形态在功能上对基于科技进步、知识增长、生产力提高而引发的现代性要求的不断适应的过程。法制现代化是社会现代化的有机组成部分，是伴随一个国家和社会现代化而出现的由传统法制向现代法制转变的过程，涉及法律的组织构造、制度规范、运作程序以及深层次的法律观念等各个方面。实现法治是社会现代化的一个重要目标。可以设定一些具体的标准，将传统法制和现代法制转化为一定的理论形态或模型加以描述和把握。中国社会的现代化不仅在一般意义上包含有法制现代化的内容，而且还由于其后发性质和很大程度上的应急型特点，使得它清晰地表现为

一个“变法改制”的过程，在这里，社会现代化与法制的现代化改革密切相关，并以此作为自己最鲜明的表现形态。

5. 中国律师制度是清末变法改制效仿西方典章制度的产物，伴随着百年来中国的社会变革和政制更替，律师制度和律师业也经历了跌宕起伏、兴衰存亡的过程。贯穿其中至为重要的问题是，律师制度作为“舶来品”，如何化解来自中国传统法律文化和现实意识形态的双重排拒和扭曲，确立自己的价值正当性以植根于中国社会并开花结果。当下中国律师业正在进行的是社会化和行业化的宏大变革，错综复杂的问题现象，如商业化、“死磕派”等，使得我们不得不面向中国律师的长远发展在观念认识和实际操作上都有所反思、有所澄清。

6. 没有救济就没有权利，在现代社会，保障权利或人权的司法审查机制至关重要。从域外发达法治和司法实践的经验看，其可共享的技术步骤可以概括为：(1) 认定所涉权利或人权之于现代社会的重要价值，(2) 宽容地界定所涉权利或人权的含义和范围，(3) 全视角、不留盲点地看待对权利或人权的“公权干涉”，(4) 务实地审视对权利或人权行为“合法干涉或限制”的依据要求，(5) 更多肯定倾向地审查公权干涉行为的合目的性，(6) 更加偏向于权利或人权保障的审查干涉行为和目的之间的“合比例性”。

7. 把法律解释单列为一种权力，并在不同的国家机关之间对这种权力进行分配，构成了当今中国的法律解释体制。从规范、事实和观念三个层面对这一体制进行描述和分析，基本特征有三，即部门领域内的集中垄断、部门领域间的分工负责和立法部门（全国人大常委会）主导。这一体制在实际运行中出现的问题表征了其自身设计的合理性不足。认为应该深入反思立法解释制度的认识依据，并从司法规律和健全司法功能的角度，认真对待和解决法律解释权的分割和垄断问题。

8. 司法判例的含义可以从既定判决和相关性判决、影响性判例和规

范性判例这样两组四个概念来把握。理解司法判例的关键在于既定判决与后续裁判的相关性，以及由此生发的对后续裁判的作用；构建司法判例制度的关键则在于借助司法惯习或 / 和成文法规定使司法判例的作用具有合理有效的规范形态，涉及以司法判例作用的自然生发原理为基本依归，对司法判例制度的意义、含义和运作机理的理论阐说。有必要特别重视这样的理论阐说，审视、思考和改进当下中国案例指导制度的认识和实践。

9.“能动司法”是当今中国司法实务界为因应形势需要而提出的响亮口号。“能动司法”作为一个外来词较之其在中国的运用状况，具有明显不同的语境和语义。中国司法强调的“能动司法”，立足于司法职能的实现而非扩张，也不具有“司法克制”的反向常态制约，有司法过动、盲动之流弊，因而就中国司法的一般功能形态而言，更准确恰当的表述和追求应该是“积极司法”。

10. 法律调整的是社会生活关系，不仅是人与人之间的所谓“社会关系”，还包含有人与自然之间的关系；法律关系的内容是复合性质的，既有“物资社会关系”，也有“思想社会关系”，其基本功能是赋予社会生活关系以法律的外壳，使其规范有效。当今科技和社会的发展，人类遭遇的问题，需要我们在深刻的意义上重新认识和构筑人与自然之间的关系，重视生态伦理，反思人类中心主义之积弊。法律关系主体是自然认定的结果，更是法律拟制的产物，是一种“法律人格”。要认真思考自然不依附于人类的主体地位问题。在法律关系客体的认识上，则应该基于有用、稀缺的基本考量，开阔视野。与对法律关系的认识相适应，法律规范是一种社会生活规范。法律是法律规范的集合，不仅是法律规则，还包括法律原则、法律术语、法律概念、法定日期等规范形态。在法律规范的结构要素上，要从逻辑结构和表达结构两个方面加以分析把握。

11. 法律的价值存在于主体和客体之间的价值关系之中，主体的价值