

本书旨在揭示一般大众所承载的法律文化，

抛却传统法学教材局限于法律文化理论阐述的模式，

将『眼光向下』，

从图腾、文学、谚语、宗教、电影、司法个案等

对中外法律文化进行了细致的分析

● 王娜娜 高 健 编 著

Legal Culture

法律文化通识读本



南京大学出版社

法律文化通识读本

● 王娜娜 高 健 编 著

Legal Culture



南京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律文化通识读本 / 王娜娜, 高健编著. — 南京 :
南京大学出版社, 2011. 9

ISBN 978-7-305-08854-4

I. ①法… II. ①王… ②高… III. ①法律—文化—
电视大学—教材 IV. ①D909

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 181891 号

出版发行 南京大学出版社
社 址 南京市汉口路 22 号 邮 编 210093
网 址 <http://www.NjupCo.com>
出 版 人 左 健
书 名 法律文化通识读本
编 著 王娜娜 高 健
责任编辑 唐甜甜 编辑热线 025-83594087
照 排 南京南琳图文制作有限公司
印 刷 丹阳市兴华印刷厂
开 本 787×960 1/16 印张 13.25 字数 250 千
版 次 2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-305-08854-4
定 价 29.00 元
发行热线 025-83594756 83686452
电子邮箱 Press@NjupCo.com
Sales@NjupCo.com(市场部)

* 版权所有, 侵权必究

* 凡购买南大版图书, 如有印装质量问题, 请与所购
图书销售部门联系调换

前 言

如今,在人文社科领域里使用频率最高的词汇,恐怕就是“文化”了。用 GOOGLE 搜索文化一词,竟然有十亿三千万个结果。文化在汉语中实际是“人文教化”的简称,也就是说,先有人,才有文化。文化是讨论人类社会的专属用语。“文”是基础和工具,包括各种语言文字,而“教化”是这个词的重心所在,静态的“教化”是人类精神活动和物质活动的共同规范,而动态的“教化”是共同规范产生、传承、传播及得到认同的过程和手段。事实上,看似简单的文化概念,却是最难准确定义的词汇之一,也是内涵和外延最广泛的词汇之一。很多说不清的问题,用“文化”来解释,都能说得过去;很多简单明了的事情,用“文化”一渲染,就添了几分雅气。近代以来,随着学科和专业的划分越来越精细,研究者的研究领域也愈发单一,然而人类社会面临的很多问题却远非某一具体学科就能够解释,因此跨学科阐释成为解决问题的途径之一,而“文化”则往往成为社会科学领域跨学科研究的视角之一。

“法”作为一种文化现象,是人类根据特定规则干预社会的行为。世界上的文化,包括法律文化,因地域、语言、种族等因素的差异而呈现出不同的特质。因此,法律文化和文化一样,其内涵和外延都难以给出一个非常准确的定义,可以说人们的衣、食、住、行等各个方面都蕴含着丰富的法律文化内涵。当今世界,不同国家、地区和民族的法律文化内涵千差万别,不过“法治”似乎代表了当今人类对法律治理方式的某种共识,然而,对“法治”这一概念的理解,却存在着不同的看法。

随着人类社会交往的日益频繁,不同区域的法律文化也相互融合和渗透,当代各国法律文化从未吸取他国元素的极为罕见。但是,由于

法律文化本身具有的稳定性,某些汲取了其他法域元素的法律文化传统却并不会因为外来元素的渗入而瞬间消失,相反,它们与外来法域元素激烈地竞争,有的会继续保留下来,有的会被外域元素替代,有的则和外域元素结合,以一种新的方式出现。因此,有学者指出:法律文化的发展并非是单向和线性的,而是多向和复杂的。在法律趋同的背后涌动着趋异的潜流,在法律全球化的同时存在着法律民族主义的反叛,在现代主义的法律潮流中澎湃着法律原教旨主义的吁求。^①

清末至今,随着中华法系的逐步瓦解,中国开始大规模地引进西方法律文化,开始了中国法制现代化的进程。这一进程实质是传统中国法律文化伴随着社会发展从传统向现代转变的过程,也是移植西方法律文化的过程。然而,西方法律文化并非都能很好地和中国本土法律文化融合,这种矛盾和冲突并不会因为法律制度的改变而迅速改变。《秋菊打官司》、《刮痧》等电影作品就深刻反映了这种矛盾和冲突在中国法制现代化进程中带给人们的困惑。以至于有学者开始追问“中国法学(以及其背后的中国法律文化)何处去”的问题。对此,我们需要在求同存异的基础上进行“法律文化融合”,而这种融合的基础就需要我们了解和研究中外不同法律文化传统。

长期以来,学术界对法律文化的研究往往注重于对法律文本的解读,也就是关注于法律制度本身,认为特定历史时期的法律制度就代表了某个时期的法律文化。这种方法能够有效阐释官方文献承载的法律制度文化,但是却无法揭示一般大众所承载的法律文化。而事实上,法律文本体现的法文化内涵与实际生活展现的法文化内涵往往是大相径庭的。近几年来,一些学者已经认识到了这一问题,开始“眼光向下”,将小说、戏曲、图画、谚语、笑话、契约、碑文、电影等作为法律文化研究的对象。我们认为,研究当下法律文化,应该秉持这种全面视角和实证

① 高鸿钧等译:《法律移植与法律文化》,清华大学出版社,2006年版,译者前言。

精神。

本书就力图从图腾、文学、谚语、宗教、电影、司法个案等多个角度分析解读其中蕴含的中外法律文化内涵。限于篇幅和作者水平,仅选取了具有代表性的研究对象作为切入点,对其进行了解读和分析。当然法律文化是一个极其复杂庞大的系统,本书只是这一庞大系统的几个枝节,但愿读者能窥一斑而知全豹。

本书作为通俗读本,尽量采用了通俗的叙述方式,具有相当的可读性;同时,作为专业教材,也尽量做到叙述的严谨性。力图突出以下特色:

第一,体例新颖。本书没有遵循传统法学教材模式仅局限于法律文化理论的阐述,而是从生活中最常见的谚语、文学和电影等角度对中外法律文化进行细致的分析,是目前国内第一部以此体例安排的法律文化教材。

第二,内容丰富。本书尝试对中外法律文化有较为全面的介绍,从基本概念着手,重点介绍了图腾中的法律文化、文学中的法律文化、宗教中的法律文化、谚语中的法律文化、电影中的法律文化等,并对一些影响重大的经典个案从法律文化角度进行了全方位的解读。

第三,针对性强。本书作者均为高校教师,且都有多年法律文化课程的教学经验,对教学内容较为熟悉,同时也了解学生的知识需求,内容富有针对性。

第四,通俗性强。本书在介绍必要的基本理论知识的基础上,考虑到一般读者的阅读习惯,在文字上力求通俗易懂、轻松活泼,内容上力求密切联系社会生活。每一章节都辅以扩展阅读、学习思考等内容,以加深读者的理解和把握。

第五,适用面广。本书不仅可作为高等院校非法律专业学生,尤其是广播电视大学远程开放教育学生通识课程的教材或辅导用书,也可供法学专业学生课外阅读,还可作为公民教育读本使用。

本书编著者分工如下：王娜娜编写第一、二、三章，第七章的第二、五、六、七节；高健编写第四、六章，第七章的第一、三、四节；崔武编写第五章；王平编写附录。

全书最后由王娜娜、高健审改定稿。在本书的写作过程中，借鉴了一些专家学者的著作，也参考了不少报纸和网站的资料，在此一并表示感谢。尽管作者已经在引用处做了标注，但仍不免有挂一漏万之嫌，敬请包涵。同时，由于时间和水平有限，一定有不尽如人意之处，请有关专家和读者不吝赐教、批评指正，以便今后修订。

编 者

2011年8月

目 录

前言	1
第一章 法律文化概论	1
第一节 文化与法律	1
第二节 法治与法治文化	4
第三节 法律文化	16
扩展阅读书目	22
思考题	22
第二章 图腾中的法律文化	23
第一节 图腾与法律文化	23
第二节 怒目獬豸与中国法律文化	25
第三节 蒙眼女神与西方法律文化	32
第四节 其他各国法律图腾	36
扩展阅读书目	41
思考题	41
第三章 文学中的法律文化	42
第一节 法律与文学	42
第二节 中国古典文学与中国法律	44
第三节 古近代西方文学与西方法律	59
扩展阅读书目	65
思考题	65
第四章 宗教中的法律文化	66
第一节 宗教与法律	67
第二节 基督教法文化	72
第三节 伊斯兰教法文化	78
第四节 佛教法文化	92
扩展阅读书目	98

思考题	98
第五章 谚语中的法律文化	99
第一节 中国谚语中的法律文化	99
第二节 西方谚语中的法律文化	105
扩展阅读书目	119
思考题	119
第六章 电影中的法律文化	120
第一节 电影与法律	120
第二节 《秋菊打官司》的法文化解读	124
第三节 《刮痧》的法文化解读	132
第四节 《守法公民》的法文化解读	135
第五节 《失控的陪审团》的法文化解读	142
第六节 《律政俏佳人》的法文化解读	148
第七节 经典法律电影推介	156
扩展阅读书目	164
思考题	165
第七章 经典个案的法文化解读	166
第一节 美国宪政历史的里程碑——马伯里诉麦迪逊案的法文化解读	166
第二节 震惊世界的世纪审判——辛普森涉嫌杀妻案的法文化解读	170
第三节 20 世纪美国最大的反垄断诉讼——美国政府诉微软案的法文化解读	175
第四节 中国宪法司法化第一案——齐玉苓案的法文化解读	180
第五节 一个公民的死亡改写了一部法规——孙志刚案的法文化解读	185
第六节 中国乙肝歧视第一案——张先著案的法文化解读	189
第七节 法律之外的社会背景——邓玉娇案的法文化解读	194
扩展阅读书目	197
思考题	197
附录 律师为您解读维权中的法文化	198
后记	1

第一章 法律文化概论

关于“法律文化”(legal culture)的研究,中国法学界始于1985年。而在国外,如前苏联法学工作者是从1962年开始讨论“法律文化”问题,美国学者是从1969年开始使用“法律文化”一词,日本法学家1977年开始这一领域的研究。也就是说,中国学者着手研究“法律文化”比外国学者晚了20余年。在大力实施依法治国、推进民主法制进程的今天,对法律文化的研究,尤其是对当代中国法律文化的研究具有重要的意义。当代中国法律文化作为当代中国社会上层建筑的重要组成部分,必然被当代中国社会经济发展的现状所规定,也必然反映着当代中国社会上层建筑的发展特征,反映着政治社会发展的要求。本章就围绕文化、法律、法治、法治文化和法律文化的概念、内涵、功能等展开研究和探讨。

第一节 文化与法律

要了解什么是法律文化,首先要对文化与法律的概念有清醒的认识。

一、文化

著名学者梁漱溟先生在论述文化概念时说过:“你且看文化是什么东西呢?不过是那一民族生活的样法罢了。生活又是什么呢?生活就是没尽的意欲……和那不断的满足与不满足罢了。”可见,他将文化限定在一定民族的范围之内。实际上,广义的文化包括四个层次:一是物态文化层,由物化的知识力量构成,是人的物质生产活动及其产品的总和,是可感知的、具有物质实体的文化事物。二是制度文化层,由人类在社会实践中建立的各种社会规范构成。包括社会经济制度、婚姻制度、家族制度、政治法律制度、家族、民族、国家、经济、政治、宗教社团、教育、科技、艺术组织等。三是行为文化层,以民风民俗形态出现,见之于日常起居动作之中,具有鲜明的民族、地域特色。四是心态文化层,由人类社会实践和意识活动中经过长期孕育而形成的价值观念、审美情趣、思维方式等构成,是文化的核心部分。总之,文化可以泛指人类在认识和改造世界的历史过程中,形成和积淀下来的世代相传并不断创新的有关社会现象的认识和实践经验的结晶。

当前中国,在人文社科领域里使用频率最高的词汇,可能就是“文化”了。很多

说不清、道不明的事,都用“文化”来解释,都可以说得过去,大家也都能够接受;很多看上去简单的事情,用文化一词一渲染,也就添了几分雅气。“文化”这个词可称得上是化雅入俗、点石成金的神奇之词。这种现象事实上本身又是一种“文化”,近代以来学科和专业的划分越来越精细,所用方法和术语也越来越专业,往往会出现一篇论文、一部著作没几人能看懂的情况。而“文化”往往成为研究者进行跨学科研究的视角。

从20世纪80年代中期开始,社会政治经济发生了根本变化,消费主义观念也随之渗透到文化的创造和传播过程中,于是中国主流文化开始出现了一个巨大的转折。无论是国家意识形态文化或是启蒙主义的知识分子文化,都悄然退出或被挤出了文化舞台的中央。那些五彩缤纷的文化“快餐”几乎垄断了中国的文化市场。流行音乐、卡拉OK替代了古典音乐,街舞替代了芭蕾舞,通俗文学替代了严肃文学,千篇一律的肥皂剧替代了风格化的艺术电影。^① 电影、电视、网络等逐渐取代语言文字,一贯矜持自守的传统经典读物将不再成为人们的主要阅读对象,我们进入了一个彻底的“读图时代”、“快餐文化时代”、“流行阅读时代”。很多人对此表达了忧虑,但应看到,“快餐文化”等大众文化的勃兴是社会进步的一种表现。长期以来,由于历史、国情等诸多原因,我们文化的政治、教化功能比较强化,而审美、娱乐、休闲功能则相对不足,直到最近20多年,随着经济的发展、思想的解放,压抑长久的大众文化才逐步复苏和释放。大众文化的出现,某种程度上结束了长期的“文化话语霸权”,使我国文化的功能得以拓展,应该说大众文化是当代社会民主化的硕果,是社会稳定、文化平等、话语霸权解体的势力进步。

举个例子来说,如果有人几十年前说出:“好表现自己,有何不可?”这句话,仿佛在敞开胸口对着弓箭,等待着别人的攻击。笔者无意中看到一则招聘广告中公然打出应聘人员“必须有强烈的自我表现欲和追求个人成功的强烈愿望”时,被猛然触动:许多年来,在中国传统文化的熏陶和教育下,没有哪个单位敢在光天化日之下说出这样的用人标准。我们从小得到的教育就是枪打出头鸟,好表现自己的人命运不好。

作为一名普通职工,取得了骄人成绩,回答记者采访:这是领导指挥有方,大家共同努力的结果,荣誉并不属于我自己;作为一名单薄的个体,在强大的集体面前,我们必须服从组织的安排,叫你干啥就干啥,首先考虑自我价值的“家伙”会被扣上“个人主义”的大帽子。

当我们拜读西方名言:“一个人的价值胜过整个世界”时,也曾经迷惘过。如今,“有着强烈的自我表现欲和追求个人成功的强烈愿望”竟然成了用人单位考量

^① 佚名:《文化快餐的利与弊》,参见 <http://www.chddn.cn/fanwen/html/3965.html>。

人才的标准之一,真让人拍案叫好。那些曾被领导斥为“好表现自己”的人该找到舒展个性的机会了!

人类社会的发展史充分证明:个性愈分歧,则文化愈丰富。人类是由不同个体组合而成,没有一定程度的个性的张扬和表现,就没有文化的繁荣和进步。人类要成为思考中美丽而高贵的对象,不可能把自身一切个性的东西都磨平,而要在法律许可的范围内适度将其培养和发扬出来。如此,才能形成“百花齐放,百家争鸣”的局面。

而市场经济社会,为我们张扬个性、显示才华,为用人单位不拘一格用人,提供了广阔天地。因为市场竞争呼唤人财物的最佳搭配。通过市场选择人才,可以让不同个性的人各得其所。如今,面对自我表现的机会,我们不必担心“亢龙有悔”,大家可以在法律许可的范围内充分展示自我,实现自我!这种变化其实也是文化变迁和进步的一种表现。

二、法律

法律是人类社会发展的过程化产物,从人类社会早期调整行为和社会关系的习惯法的产生,到国家的诞生,诉讼与审判的出现,再到权利和义务的区分,在不同的国家、不同的时代,法律被赋予了不同的含义。而其中一成不变的是:法律是被国家赋予的强制性社会规范。法律一般限于宪法,属于上层建筑范畴,决定于经济基础,并为经济基础服务。法律的目的在于维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序,是统治阶级实现其统治的一个重要工具。所以,法律是阶级社会特有的社会现象,它随着阶级斗争的产生和发展而发展,也将随着社会阶级斗争的消灭而自行消亡。

古时,法律被定义为律令或刑法,即由立法机关制定、国家政权保证执行的行准则。在当代,法律已经衍生为人类社会层次的规则,人与人之间社会关系的规范。它以正义为存在的基础,由国家的强制力保证实施。随着时代的发展,法治和法律要逐渐变得适当宽容以利于社会和谐。

例如古罗马有句著名的格言叫做“法律不管床上之事”。意思是说与性有关的私密行为只要不伤害他人,法律一般不予主动介入。摒除道德因素,主要原因是法律是讲究证据的,性行为本身带有私密性,如果让公权力的手随便伸到个人的床上,那么个人的生活安宁将会被打破。而且,“床上之事”说不清,司法机关在证据收集上也会十分困难。法律如果纠缠这些私事将会消耗大量的社会资源,违反了设置公权力的社会本义。另外,法律带有强制性,法律如果介入了床上之事,意味着就要强制执行人身,而人身难以成为强制执行的对象。夫妻、情侣之间的个人隐私总不能动用警察来强制执行吧。以前,我国的民事诉讼中可以起诉要求法院判

决强制解除非法同居,现在最高法院取消了这条规定,并且明确:只有同居引起财产纠纷的,才可以单独就财产问题提起诉讼。这是很明智的做法。

有人曾建议将“性贿赂”入罪。笔者认为,“性贿赂”的司法操作的成本很大,实施很困难。因为“受贿人”往往有权有势,享有严密的安全保护,有多少警察吃了“豹子胆”,敢捉奸在床?而且,“性贿赂”不像“嫖娼”,如何拿“赃”实在很麻烦。与其“挖地三尺”找证据,“水中捞月”抓嫌犯,不如从规范权力入手。西方许多国家也曾经曝出领导人包养“情妇”,甚至像美国前总统克林顿到处拈花惹草,但他们利用公权力为情人牟取私利的还不多见。这说明公权力的合理运作比什么都重要。法律不是万能的,要提倡用“看不见的手”来管公务人员的床上之事,不要动不动就让警察上阵。纳税人负担不起不说,警察的休息权也无从保障。

再如,“木子美”可能是大家知道的名女人了,她和多名男人发生性行为,还把此事在网络上传播。奇怪的是,她越来越活跃,警察没抓她,居然没定她卖淫罪因为她不收钱,不是靠此为生,那这就是她的私事。警察也没定她传播淫秽物品罪。因为利用网络自曝隐私与传播淫秽物品之间很难划上等号。真应了“法律不管床上之事”。不过,“木子美”宣扬非主流价值,负面影响很大,中国的传统道德不应纵容,媒体不应该为其提供舞台,更不应该跟风炒作。“木子美”的走红,是互联网管理部门之耻!法律应该处罚的是失职的网管,而不是花心的“木子美”。

第二节 法治与法治文化

关于法治的思想大致可以追溯到古希腊思想家亚里士多德。他在其著作《政治学》中阐述了法治的含义,“法治应该包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从;而大家所服从的法律又应该是制定得良好的法律”。从他的论述中我们可以看出法治必须具备两个条件:其一,必须要有一套尽可能完善的能够适应社会生活发展变化的法治规范体系,这是法治得以实现的前提;其二,全体社会成员包括国家在内能够认同已有法律规范体系中所蕴含和追求的价值理念(自由、公平等价值法律至上,司法独立等理念),并能够始终不渝地遵守,这不仅是法律规范能够在社会生活中良好运行的前提,更是法治得以实现的关键和核心。简言之,除了健全良好的法律制度以外,法治社会还必须具备制度得以良好运行的软环境,即主权者和民众对法律的信仰,日常生活中人们对自由公平等价值的追求,统治者对法律至上、权力制衡等理念的认可。这是一种有关法治文化的软环境,与单纯的制度建设层面不同,并非简单的法律移植即可。^①

^① 郭晓杰:《法制与法治文化——从法治文化看我国法治建设》,载于《鸡西大学学报》,2009年第6期

党的十七大报告里,强调社会主义法治文化建设。社会主义法治文化既是社会主义法治的组成部分,也是社会主义文化的组成部分,建设社会主义法治和建设社会主义先进文化都必然包含着法治文化建设。报告的许多论述都涉及法治文化建设,强调加强公民意识教育和法治观念教育,树立社会主义法治理念,弘扬法治精神等。这些理论阐述和工作部署既指明了法治文化建设的方向,也指出了法治文化建设的着力点。

一、法治

法治是政治文明发展到一定历史阶段的标志,凝结着人类智慧,为各国人民所向往和追求。法治包含两个部分,即形式意义的法治和实质意义的法治,法治即两者的统一体。形式意义的法治,强调“以法治国”、“依法办事”的治国方式、制度及其运行机制。实质意义的法治,强调“法律至上”、“法律主治”、“制约权力”、“保障权利”的价值、原则和精神。形式意义的法治应当体现法治的价值、原则和精神,实质意义的法治也必须通过法律的形式化制度和运行机制予以实现,两者均不可或缺。中国人民为争取民主、自由、平等,建设法治国家,进行了长期不懈的奋斗,深知法治的意义与价值,倍加珍惜自己的法治建设成果。一国的法治总是由一国的国情和社会制度决定并与之相适应。依法治国,建设社会主义法治国家,是中国人民的主张、理念,也是中国人民的实践。

那么,法能包治天下吗?改革开放以来,建设社会主义法治国家成了人们最期盼的政治目标。诚然,也确实取得了不错的成就。于是,依法治国、依法治省、依法治市、依法治县、依法治乡、依法治村这些词汇成了各级领导们的口头禅。各种法规纷纷出台,各种法治评比验收层出不穷。这些现象自上而下地表达出我们的民族对一种理性秩序的渴望。然而,这种渴望的热情却极易导致另一种极端思维的产生,即法治浪漫主义。这是一种有害的思想倾向。

法治要受到经济发展水平制约。法律属于意识形态范畴,有什么样的物质生活水平,就有什么样的法治状况。首先,执法需要成本。不难想象,有的地方司法人员工资发不出来,办案经费不能保证,能够保证那个地方的司法公正吗?能够保证那个地方老百姓举报的案件都得到有力查处吗?有的地方提出“命案必破”,就是要将有限的人力、物力资源向最需要实现法治的环节倾斜,反过来也说明目前的物质基础,还不能保证“每案必破”。例如,笔者的一个朋友丢失了一部手机,要求公安动用定向测定系统进行破案,警察说该设备非常昂贵,除非涉及严重刑事犯罪,一般案件不会动用,否则得不偿失。笔者也问过一些反贪人员,是不是所有的举报他们都会调查?他们一脸无奈:由于人力和办案经费的限制,我们只能选择一些大案、要案、典型案件予以查处。因此,由于经济发展水平的制约,某些法律成了

无法兑现的白条也在常理之中。另外,贫穷也是诱发违法犯罪的温床。欧·亨利的小小说《警察与赞美诗》中说的那个索比为了有饭吃,便想着犯罪进监狱,就是最好的脚注。

法治还要与政治文明同步发展。目前,一些人把法律等同于规则,因而,法律至上就成了规则至上。规则至上本来没有什么错,它的浪漫之处就在于忽略了法治社会是以权力的分立为前提的,没有权力的分立和监督,仅在口号上呼吁法律至上,实际上是不可能使法律至上的。规则至上者拼命立法,结果法规多如牛毛,也改变不了当地的法治水平,甚至出现了“法令滋彰,盗贼多有”的怪现象。如明朝朱元璋最恨贪官,制定了很多严酷的法律惩治贪官污吏,但奇怪的是,贪官好像杂草越长越茂盛了。其实,政治、经济、法律之间是相互影响,相互促进的。“徒善不足以为政,徒法不足以自行。”任何忽视政治、经济发展现状,设想通过各种“运动”来跑步进入“法治社会”的做法都有似拔苗助长。

法律的调整范围也不是漫无边际的。法律虽然“上管天,下管地,中间还要留空气”,但运用法律调整的社会关系只能是意志能力所及的部分事情,而不是全部。所以,试图在任何问题上都运用法治加以解决只能是一种幻想。但由于我们在法律局限性问题上认识不足,已经导致了泛法治主义的出现,一些人说话办事不守法,好像法治能解决从中央到地方各条战线的各种问题似的。

法治本身也存在着与生俱来的缺陷。法律是明确的行为规范,但与复杂多变的社会现实相比较,它的确定性成分就可能大打折扣,其不周延性和不确定性就凸显出来。在社会转型时期,人们要冲破旧秩序的束缚,大胆创新,必然要做一些合理不合法的事情。法治浪漫主义者往往坚持法律至上,誓死捍卫法律权威,而不敢越雷池一步。其实,真正的法律是一种“活”的法律。依法办事所依之法不是僵死的东西,而是一种变量,会随着时间、空间和适用者的不同而变化。

因此,法治不能速成,也不是万能。我们搞法治必须循序渐进,全面推进。从哲学上看,法治就是人类意志能动性的一种体现,但法律不是规律,不可能像自然规律那样发挥作用,人的意志作用毕竟是有局限性的。但我们既然把人类的许多美好理想都设计在法律里面了,那么我们必须努力追求。这一点正像一位哲人讲的,地球是圆的,但建筑师不能放弃在地球上划直线的努力。

二、我国法治建设的主要成就

新中国成立 60 多年来,尤其是改革开放 30 多年来,法治建设取得巨大成就。法治观念日益深入人心,民主法治理论不断丰富,社会主义法治实践不断发展,依法治国基本方略得到重视和实施。在中国共产党的领导下,中国人民经过革命、建设、改革和发展,逐步走上了建设社会主义法治国家的道路。中国社会科学院法

研究所李林教授在他的论作《新中国法治建设的主要成就》里,将我国法治建设所取得主要成就总结为以下九个方面^①。

(一) 确立了依法治国基本方略

实行依法治国,建设社会主义法治国家,成为国家基本方略和全社会共识。以依法治国为核心内容、以执法为民为本质要求、以公平正义为价值追求、以服务大局为重要使命、以中国共产党的领导为根本保证的社会主义法治理念逐步确立。全社会法律意识和法治观念普遍增强,自觉学法守法用法的社会氛围正在形成。

(二) 全民接受依法治国理念,弘扬社会主义法治精神

法治观念的转变和更新,是 60 多年法治建设取得成功的重要条件:“从人治到法治”、“从法制到法治”,依法治国的精神理念得到传播和弘扬。依法治国在改变中国社会的同时,也改变着中国人的观念,法治、民主、自由、人权、公平、正义等理念正在潜移默化地影响着人们的价值观念,融入人们的生活方式。

(三) 国家坚持以人为本,尊重和保障人权

1982 年宪法突出了对公民基本权利的保障,将“公民的基本权利与义务”从 1954 年宪法第三章改为第二章,放在更加显著的位置。2004 年修宪,将“国家尊重和保障人权”载入宪法,成为宪法原则,体现了中国特色社会主义制度的本质特征。

(四) 坚持依法治国和依法执政,民主法治向着“三者有机统一”的方向迈进

依法治国,建设社会主义法治国家,既是社会主义初级阶段基本纲领的重要内容,又是实现社会主义初级阶段基本纲领、构建社会主义和谐社会的重要保证。坚持和实行依法治国具有重要意义:第一,依法治国有利于促进社会主义市场经济发展,促进生产力发展;第二,依法治国有利于促进社会主义民主政治建设,实现人民当家做主;第三,依法治国有利于促进社会主义精神文明建设,推动先进文化按照人民的期待和要求进行;第四,依法治国有利于党和国家的长治久安,营造稳定和谐的社会发展氛围。

(五) 立法成绩显著

新中国成立后,尤其是改革开放以来,我们制定了大量法律法规,目前以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系初步形成。截至 2008 年 2 月,全国人大及其常委会制定了 229 件现行有效的法律,国务院制定了 600 多件现行有效的行政法规,地方人大及其常委会制定了 7 000 多件现行有效的地方性法规,民族自治地方制定了 600 多件自治条例和单行条例。国家政治、经济和社会生活的主要方面基本做到有法可依。依照全国人大及其常委会制定的现行有效法律各部门立法数量的多少来排序,它们所占的百分比分别是:行政法 79 件,占现行有效法律的

^① 李林:《新中国法治建设的主要成就》,载于《中共中央党校学报》,2009 年第 5 期。

34.49%;经济法 54 件,占现行有效法律的 23.58%;宪法及宪法相关法 39 件,占现行有效法律的 17.03%;民商法 32 件,占现行有效法律的 13.97%;社会法 17 件,占现行有效法律的 7.42%;诉讼与非诉讼程序法 7 件,占现行有效法律的 3.0%;刑法 1 件,占现行有效法律的 0.43%。

(六) 依法行政稳步展开

依法行政是依法治国的重要环节。2004 年 3 月,国务院颁布了《全面推进依法行政实施纲要》,明确了用 10 年左右的时间基本实现建设法治政府的目标。依法行政从多方面稳步展开并取得了巨大成绩。

从 1979 年到 2008 年 11 月底,国务院共提请全国人大及其常委会审议法律议案 226 件,制定行政法规 1 116 件;国务院部门和有立法权的地方政府共制定规章 26 000 多件。其中,1989 年的《行政诉讼法》规定法院可以审查具体行政行为的合法性,行政诉讼与日俱增,“民告官”作为一项诉讼制度与刑事诉讼、民事诉讼并列;1994 年的《国家赔偿法》首次明确行政机关的违法行政行为给当事人造成损失的,要承担赔偿责任,为政府责任和人权保障提供了法律依据;1996 年的《行政处罚法》规范了行政处罚的设定权、行政处罚的程序,为行政处罚确立规矩,建章立制;1999 年的《行政复议法》规定当事人可以就具体行政行为向上级部门申请复议;2003 年的《行政许可法》明确了行政许可的创设以及范围,规范了政府的行政许可行为,推动了行政审批制度改革;2005 年的《公务员法》规定竞争上岗、公开选拔、领导干部引咎辞职等制度,充分体现了“责任行政”的理念。行政立法在行政组织法、行政行为法和行政救济法三个领域都构建了基础性的法律,而且在国防、外交、海关、人事、民政、侨务、公安、安全、教育、科技、文化、体育、旅游、城市管理、环境保护、医药卫生、食品安全等各个领域都已制定了相应的行政法律法规,形成了相对完善的行政法律体系,体现了规范行政权力、制约行政权力的行政法治理念。权力来自人民,应当为人民服务,因此要通过立法加强权力的制约和监督,保障权力为民所用,为民谋利。

(七) 司法改革初见成效

20 世纪 90 年代中期,司法改革主要是学术界和媒体谈论的话题。1997 年,党的十五大明确提出了“推进司法改革,从制度上保证司法机关独立公正地行使审判权和检察权”的任务。此后,各个部门开始出台系统的改革方案,如 1999 年 10 月,最高人民法院推出了《人民法院五年改革纲要》(1999~2003);2000 年 1 月,最高人民检察院推出了《检察改革三年实施意见》(2000~2004);各地方法院、检察院也纷纷出台了相关的改革方案。2002 年,党的十六大提出要“加强对执法活动的监督,推进依法行政,维护司法公正,防止和克服地方和部门的保护主义。推进司法体制改革,按照公正司法和严格执法的要求,完善司法机关的机构设置、职权划分