



刑事特别程序研究

蒋志如 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书系四川省哲社规划项目“刑事特别程序研究”（项目编号：SC12E019），四川省教育厅项目“刑事特别程序研究”（项目编号：15SA0037），四川社区矫正中心项目“程序与实体：未成年犯社区矫正问题与对策研究”（项目编号：SQJZ2014-04），犯罪防控研究项目“程序、刑罚与犯罪预防——以刑事和解程序为中心的分析”（项目编号：FZFK15-05）支持的最终成果。

刑事特别程序研究

蒋志如 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事特别程序研究 / 蒋志如著. —北京: 法律出版社, 2016. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9569 - 1

I. ①刑… II. ①蒋… III. ①刑事诉讼—司法制度—研究—中国 IV. ①D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 116331 号

刑事特别程序研究

蒋志如 著

责任编辑 韩满春
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 15.125 字数 364 千

版本 2016 年 7 月第 1 版

印次 2016 年 7 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 杨昆玲

责任印制 陶 松

印刷 三河市龙大印装有限公司

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 978-7-5118-9569-1

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 一

志如君学术新作——《刑事特别程序研究》完稿并付梓出版之际,请我为之作序,甚感惶恐的同时又涌感激之情。惶恐源于自己才学疏浅又非刑事诉讼专业学人,恐对君之心血做出误解;感激源于君之学术信任,斯世当我以同怀视之。故为这份信任,遂认真拜读、学习君之新作,以个人之读后感权充为序。

志如君新作之起源。我与志如君是2011年7月相识的,当时其刚从我国著名刑事诉讼法学家左卫民教授门下博士毕业来西南科技大学从教。因有一相同的境况:夫妻两地分居,故时常饭后一起散步聊些社会、生活及学术问题。在聊天过程中,顿感志如君学识渊博,读书涉猎甚广,除其主要研究领域刑事诉讼、司法制度、法学教育外,对中外法史学、刑法学、政治学、历史学、文学、社会学等书籍均有涉猎,并对其中一些问题的思考甚为深刻。在与其交流并获益匪浅的同时,亦感其司法实务经验

不足。于是,建议其多接触司法实务并为之提供方便。志如君亦认识到自身学术成长过程中的短板,遂转向于司法实务调研,以致其后成为我国首批“双千工程”专家。

2012年3月14日,第十一届全国人民代表大会第五次会议通过了《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》,与旧《刑事诉讼法》相比,修改后的新《刑事诉讼法》最大的变化在于新增一篇“特别程序”。其时,志如君便向我提出了要重点研究“刑事特别程序”并想今后出一本这方面的专著之想法,我便鼓励他利用现有司法实务方面的便利条件,多收集实证资料,写一本有特色的专业学术著作。志如君便请我为今后的书作序,为鼓励其志,未及多想便立时答应,此为本序之由来。

通观《刑事特别程序研究》之全文,感想有三。一是通篇布局合理,个中问题研究较为全面。本书首先提出了要研究的问题,采用的研究方法和使用的材料;其次,立足法律文本,结合实证材料,对犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序,依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序,未成年人刑事案件诉讼程序,当事人和解公诉案件诉讼程序这四种刑事诉讼法规定的具体程序进行了刑事诉讼构造层面上的运作型研究;最后,对四种具体的刑事特别程序存在的问题进行了深入分析并提出了一些个人见解与完善建议。实可谓通篇布局合理,所选法律文本范围的研究内容全面,程序运作解读较为妥当,对问题的个人见解虽有商榷之处,然不失法理念层面上的见解深刻。二是立足“刑事特别程序”之一叶,透视中国法治发展状况之全景。顾培东教授曾言:“由国家权力而非冲突主体来解决社会冲突,这是诉讼的本质特征所在。”故在刑事诉讼中,中外各国刑事诉讼学者莫不在刑事诉讼构造过程中,设计一种理想的权力运作状态去发现案件真相并保障被告人的权利上而毕生致力。本书以“刑事特别程序”为选题,深刻指出:2012年刑事诉讼法典一方面赋予了犯罪

嫌疑人、被告人刑事被害人大量的诉讼权利;另一方面赋予了司法机关相应的更多权力,其目的在于通过各方参与者在特别程序中展开有效的对话、交流和妥协,以形成高质量、效果佳的法律判决、裁定或决定,来显示程序正义,推进我国法治建设进程。此运作层面的关键在于审判权独立且司法相对方能监督、制约司法方。现实的情况是,我国当前虽大力推进司法体制改革,确保人民法院独立行使审判权,但是现实的司法状况与法治要求的状况尚有很大差距,故刑事特别程序在当下中国之现实背景下,在司法实践运行中,会存在进一步破坏既有司法生态,产生诸多负面效果的问题。因此,该制度的设计没有与实践妥善结合,会产生无法实现设计该制度的原有目的之效果。这些见解透视着作者立足本土,关注中国法治建设现实状况的人文情怀,透视着每一个法律学人所应具有“制约国家权力滥用、保障公民人权”的基本理念。三是以关注法律文本解释、关注司法实际运作状况之形,谋个体为推进中国法治建设、保障公民基本权利与自由尽力之实。本书通过对四种刑事特别程序的分析与批判,提出了自己的完善建构之意见,希望通过妥善的司法运作方式落实立法层面确定的权利、基本原则和理念。通观本书个中研究历程,彰显作者意欲洞察法律文本及法律实践背后之法治精神,以寻人间之公道、世间之正义,为国家民主、法治、人权之建设尽一法律学人之义务。学海无涯路漫漫,君当苦远行。唯愿君在今后的学术之路上永存对真理、法治追求的热忱,厚积而薄发,宁静以致远,在未来的学术之树上结出更大的硕果,为法学理论研究园地再添新葩。

馨香以祝之,是为序。

刘永强谨识于西南科技大学龙山陋室

序 二

关于刑事特别程序的别致言说
——为蒋志如《刑事特别程序研究》序

蒋兄志如博士托我为其新著《刑事特别程序研究》写篇小序。虽自知难以胜任,然美意难却,我只好赶鸭子上架作此小文。

鉴于对作品之优劣,读者诸君自有其判断。且作为本书作者的多年至交,笔者也有意避开对本书过多的赞美。小文仅谈谈个人对本书的读后体会,尤其是本书呈现给我的“别致”之处。是故,这里权且将本书称为一份关于“刑事特别程序”的“别致言说”。

一、风格

一如蒋兄此前多篇/部作品,本书依旧带着浓郁的作者个人风格。

一是用广泛的跨学科知识积累来支撑对具体问题的思考。诚如作者在“后记”中所交代的,促成

本书的,除了作者挂职期间的鲜活体验外,更有作者经年累月的阅读。而且,作者的阅读向来不拘于某一学科某一专业,而是触及人文社科各个学科和专业。于是,在本书的字里行间,熟悉的人不难察觉到行文背后作者的阅读所及——即便作者的某些阅读体验并没有以注释参引形式反映出来。

二是用极富个人特点的方式来展开言说。一直以来,蒋兄的书面言说方式都有着鲜明的个人特点,比如习惯于“:”后引出层层分析,习惯于使用长句表达,习惯于使用各类突出标记强调其某个观点或者命题,不刻意追求章、节、目标题表述的对称或者工整性以及喜欢使用带有强烈感情色彩的标点符号(如“!”),等等。这些特点,在其他学术作品中通常是不多见的。我理解,除了行文习惯外,这应该也是作者本人思想奔突与个性洒脱等个人特质尚未被学术写作的种种规矩拘束住的表现。

二、追求

作者将本书核心主题圈定在“刑事特别程序”上,主要章节也分别针对某一具体的“刑事特别程序”展开,但正如作者在“自序”、“结论”部分所陈明的,作者在本书中以及通过本书所关注的问题,却远不止于“刑事特别程序”,而是“中国司法”或“中国法治”这一更深层也更宏观的问题。

以个人体会来看,本书作者写作和思考的深层线索大致是:经由解读刑事特别程序诸项制度、观察诸项刑事特别程序的现实运作状况,进而观察刑事普通程序乃至整个刑事司法制度及其运作,最终促成对中国司法或中国法治的个性化认知、思考与判断。换作本书中频繁出现的核心词汇来讲,作者的写作理路或许也可以这样表述:通过解读构筑刑事特别程序的诸法律文本并观察诸刑事特别特别程序的实践运作,尤其是文本描绘的人/机构的诸项权利与权力以及这些权

利与权力在实践中的具体展现和发生的流变,思考包括刑事司法在内的中国司法及其实践过程中所形成的权利—权力之格局。

或许正因如此,本书对每一具体刑事特别程序的讨论,都是以“文本梳理—实践观察—学理评述”这样的顺序展开的。其中,“文本梳理”与“实践观察”部分更多侧重于描述性解析,而“学理评述”部分则更多侧重于规范性论证。“自序”、“第一章”以及“结论”部分,则几乎是纯粹的学理讨论。作者超出“刑事特别程序”这一具体主题的学术旨趣和理论追求,也更集中地流露在“学理评述”部分。

应该说,本书这样的写作安排,对于作者“经由具体问题(即刑事特别程序)而又志在思考宏观问题(即中国司法或中国法治)”的追求,是有益的,但也是有风险的。有益,乃在于既让写作不至于流于琐屑也让宏观思考不至于无所依托。风险,则在于如何使得对“微”的观察足够犀利,以及如何使见微知著不显牵强。

此外,本书在理论层面的追求也体现在作者对四种刑事特别程序特质或者据以区分四种刑事特别程序的理据的把握方面。本书将2012年3月出台的《刑事诉讼法》之第五编“特别程序”所规范的四种特别程序即违法所得的没收程序,精神病人强制医疗程序,未成年人刑事案件诉讼程序,当事人和解公诉案件诉讼程序的特质概括为“对‘物’的审理”、“对‘半物半人’的审理”、“对‘未成年人’的审理”和“对‘人’的审理”。以笔者有限的阅读所及来看,本书对四种刑事特别程序的这一概括着实不乏新意,作者着力创造性地言说问题之抱负亦跃然纸上。

三、商榷

除了集中阐述各具体刑事特别程序的章节外,中国刑事特别程序的缺陷之主要原因和改进中国刑事特别程序的主要建议问题在本书在结论一章中再一次得到了集中且突出的强调。

正是在这两个基本问题上,本书的某些命题或许值得进一步审视,或者说,本书的某些相关命题在经由进一步审视后有必要作出更恰切地表述。一方面,关于中国刑事特别程序缺陷的主要原因,本书认为“刑事诉讼程序(包括普通程序和特别程序)之深层缺陷就在于中国司法不独立的基本现实”,并进一步认为是司法部独立导致的法官不愿、不敢亦不能“不愿意付出更多时间、精力和成本以保障特别程序中犯罪嫌疑人、被告人(更多的)诉讼权利”。另一方面,与对中国刑事特别程序病状的诊断结论一致,本书就如何解决当下的中国刑事特别程序所存在的主要问题,提出“从根本上说,通过司法改革、顶层设计,在诉讼程序、刑事诉讼程序(包括刑事普通程序与刑事特别程序)领域确定审判权独立的基本制度”。

然而问题是,围绕中国司法病症的病因问题的种种言说都习惯于将病因归咎于司法“不够独立”,但少有作品能将司法“不够独立”究竟在多大程度以及如何引发了某一司法“病症”这一问题论证清楚。与此相通的是,就如何改进中国司法,难以计数的作品都在推荐一剂被视为具有根本性意义的药方,那就是让中国司法“独立”或者“更独立”。这两个彼此关联的命题及其反映出的思考和表达方式,想必关注中国司法问题研究作品的读者都不至于太陌生?如果这种感受是一种不好的阅读体验,本书就中国刑事特别程序这一具体主题作出的前述判断,是否能够避免给读者同样的体验?或者说,如果希望避免给读者这样的阅读体验,作者是否有必要对某些命题作进一步思考,进而寻求更细致的论证和更妥帖的表达?

寥寥数语,相比于本书近三十余万字之巨大篇幅而言,所及尚浅。

借蒋兄新著卷首宝地安置小文,权作序。

申 伟

2016年3月3日

自序：从刑事特别程序审视 中国法治发展状况

一、中国法治问题

在治理国家方略上,依法治国或者说法治或者说现代国家应是一个法治国家已是基本常识,毋庸对此再争论。^{〔1〕}但是,中国自秦、汉以来均以孔子之学说、思想治理中国社会,亦被称为“儒(孔)教社会”或者“礼治社会”;^{〔2〕}虽然也有法家(如韩非子)提出了“垂法而治”的主张,但其与现代法治之基本要义相去甚远,因为法家之法治理论与实践存在两个根本缺陷:其一,在商鞅的理论中,作为制度之塔尖、皇帝不在法律之下(亦即学者所谓的“最高法权”问题),法仅仅是皇帝统治“术”之一而已(亦即

〔1〕 其实,对此的争论,在柏拉图、亚里士多德的著作里已得到充分体现,但最终确立依法治国或者说建设法治国家、法治是工业社会的产物,因为工业社会要求“法治政府”、政府主要承担守夜人角色(程燎原、江山:《法治与政治权威》,清华大学出版社2001年版)。

〔2〕 费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京出版社2005年版。

守法问题);其二,商鞅在其理论中还没有解决法律应如何发展的问题(亦即良法问题)。^[1]

直到晚清新政革命时期(1898~1911年),西方的法律、司法、宪政等与法有关之事物、制度逐渐进入中国后,^[2]西方之法治理念、制度、规则逐渐在中国社会流传开来,但是法治之声音却被中国当时的社会背景所湮没,亦即20世纪中国上半叶,中国的主要任务是启蒙(开启现代理性和公民意识、国家观念、科技等启蒙)与救亡(即对中国处于亡国亡种之边缘的拯救),而且救亡压倒启蒙,^[3]其他均为无暇顾及之事(包括对“法治”与“人治”问题的讨论)。

1949年新中国成立,中国在整体上、至少从外部环境上处于和平时期,^[4]中共中央、中央政府、全国人民代表大会开始制定法律、法规、条例等系列规范,如1950年出台了《中华人民共和国婚姻法》,1954年出台了《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国人民法院组织法》、《中华人民共和国人民检察院组织法》等法律。虽然法律在逐步增加,但中国共产党的第一代领导人对“法治”与“人治”问题上的认识并没有更新,并根据一己的政治经验否定法治,主张人治,正如毛泽东所言,“法律这东西没有也不行,但我们有我们的一套……不能靠法律治多数人,民法、刑法那么多条文谁记得住?宪法是我参加制

[1] 费孝通:《中国绅士》,惠海鸣译,中国社会科学出版社2006年版,第7~9页;陈耿宇:《商鞅法治思想考论》,载《诸子学刊》(第6辑)2012年第1期;汤新祥、张雪梅:《成也法家,败也法家——商鞅、韩非法家思想异同论》,载《湖北大学学报》(哲学社会科学版)2008年第6期。

关于“法治”之本义、背景,及其在中国的“中国化”(在笔者看来,亦为对“法治”的误读)的分析,请参见林喆:《重述法治社会的形成及其特点——兼论法律职业共同体的形成如何可能》,载《金陵法律评论》2002年秋季卷。

[2] 任达:《新政革命与日本——中国,1898~1912》,李仲贤译,江苏人民出版社2006年版,第179~188页。

[3] 李泽厚:《中国思想史论》(下),安徽文艺出版社1999年版,第823~859页。

[4] 虽然1949年以后,中国与其他国家发生了几场战争(如朝鲜战争、中印战争、中越战争),但对中国本土影响甚小,与1949年前列强环视迥异。

定的,我也记不得”、“要人治,不要法治”;^[1]“文革”10年的惨痛经历(破坏法制、砸烂“公、检、法”)让以邓小平为代表的第二代领导人意识到法律的重要性,在改革开放之始亦重建中国法制,当然,不可否认其还没有上升到建设为法治国家的层面。

自1979年以来,为了适应经济发展和对外开放的进展,中国政府制定了一系列诸如《刑法》、《刑事诉讼法》、《民法通则》、《经济合同法》、《民事诉讼法(试行)》等基本法律规范,提出“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的基本方针,要求建立有中国特色的法制国家,亦即有中国特色的法制体系。^[2]随着市场经济的纵深发展,中共中央在1997年召开的第十五次代表大会,在报告《高举邓小平理论伟大旗帜,把建设有中国特色社会主义视野全面推向二十一世纪》中,首次要求建设法治国家,正如报告所言,即“……继续推进政治体制改革,进一步扩大社会主义民主,健全社会主义法制,依法治国,建设社会主义法治国家”。^[3]自此以后,虽然处于建设法治国家的道路之上,却也步履蹒跚、踟蹰前行,虽然不再有法治与人治的争执;换言之,法治已成为中国社会的基本共识,却也在“认真对待人治”、“以德治国”等主题中冲淡了法治建设这一主题,以至于有学者感慨,“中国法治在退步”。^[4]

[1] 转引自周叶中、江国华主编:《在曲折中前进——中国社会主义立宪评论》,武汉大学出版社2010年版,第336页;包万超:《儒教与新教:百年宪政建设的本土情节与文化抵抗》,载《北大法律评论》第1卷第2辑。

[2] 该理想在2010年左右实现,请参见蒋安杰:《立法60年呈波浪走势》,载《法制日报》2011年3月12日第9版;陈斯喜:《新中国立法60年回顾和展望》,载《法治论丛》2010年2期;朱景文:《中国法律发展的全景展示》,载《法制资讯》2011年第4期。

[3] 江泽民:《高举邓小平理论伟大旗帜,把建设中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪——在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告》,载《十一届三中全会以来历代党代会、中央全会报告、公报、决议、决定》(下),中国方正出版社2008年版,第611页。

[4] 江平:《中国法治在退步》,载网易, <http://news.163.com/10/1103/11/6KIIAEQ000014JL9.html>,最后登录时间:2015年10月2日;彭劲秀:《法治的倒退是国家的耻辱》,载央视网, http://www.21ccom.net/articles/gsbh/article_2011120750006.html,最后登录时间:2015年10月2日。

2013年,党的十八届三中全会报告《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》再次确认建设法治国家的基本目标,在《推进法治中国建设》部分对中国的法治国家从立法到司法作出了纲领性规定;^[1]2014年,十八届四中全会出台了报告《中共中央关于全面推进依法治国若干问题的决定》,该报告对中国未来的法治建设(建设有中国特色的法治道路)作出全面部署。

根据上述,中国法治问题可以归纳为两点:其一,传统中国并无现代法治之义,即使有法家之思想,也仅仅是君主统治之一“术”;其二,近代以来,法治之理念、制度、规则逐渐渗入中国,从形式上看,无论是学者,还是官方对此表示反对的人甚少,好像法治已成为社会共识,但从历史进程来看,可以发现一个有趣的现象,中国除了学者在真正鼓励法治外,社会其他人(特别是官方)均对其充满疑虑,以至于中国仍然处于建设法治国家的路上,并呈现出踟躅前行状态。

二、司法与法治的实现

从晚清新政以来的百余年历史,中国追求法治的角度从来停止。虽然在“文革”期间,有所中段,但从1979年以来的三十余年里,中国法治建设取得巨大进步,全国人民代表大会及其常务委员会在三十余年里通过系列立法构建了有中国特色的社会主义法律体系。但是,从实质上看,中国法治建设仍然处于法治路上并踟躅前行,^[2]在笔者看来,其根本症结在于商鞅法治理论中的两个缺陷仍然没有得到解决,

[1] 中共中央文献研究室:《十八大以来重要文献选编》(上),中央文献出版社2014年版,第529~531页。

[2] 不仅仅体现在官方的立场上,司法实践中,即使在法学者的讨论那里,也呈现出相似情景(对此有详细分析的文献,请参见蒋志如:《在中国的法治路上?》,载《法律书评》第6辑。

亦即所有人应在法律之下和法律发展两个问题在中国没有得到有效回应、解决：

揆诸西方法治国家，上述两个问题之实现可以简单描绘如下：

第一个问题：在中世纪，特别是英国，通过国王与贵族的系列战争、谈判与妥协，^{〔1〕}他们确立了一个基本法律原则，即所有人应在法律之下的原则，正如17世纪英国大法官柯克对抗詹姆斯国王的一句名言，“国王在万人之上，但是却在上帝和法律之下”。^{〔2〕}

第二个问题，即法律发展问题：近代以来，大陆法系主要以立法方式（成文法）确立法律之发展，英美法系主要以司法方式（判例法）实现。但是无论以成文法方式，还是以判例法方式发展法律，这些法律的发展与本国的经济、社会情况比较一致，进而言之，其在经济、社会发展的基础上，通过法院或者立法机关发展法律。到现代社会，两大法系虽然并没有改变其基本性格，但均对两种方式非常重视，进而言之，大陆法系仍然重视通过立法方式实现法律发展，却也在“二战”后通过宪法法院、行政法院等机构达致宪政，亦即通过司法方式辅助实现法律发展的目的；^{〔3〕}而英美法系仍然严重依赖普通法院发展法律，特别是传统的财产法、刑法等领域，但是其在诸如垄断法、知识产权等现代的领域、常常与现代国家干预相关的领域，也通过立法方式实现

〔1〕 [美]迈克尔·V.C. 亚历山大：《英国早期历史中的三次危机》，林达丰译，北京大学出版社2008年版；蒋志如：《英国宪政中的知识与智慧》，载《安徽警官职业学院学报》2015年第4期；蒋志如：《转型宪政社会的权利风险》，载《山东大学法律评论》2010年第1期；蒋志如：《试论英国早期的两次宪政制度演进》，载《求索》2010年第3期；蒋志如：《偶然事件对宪政制度变迁的意义》，载《山东大学法律评论》2011年第1期。

〔2〕 大法官柯克与詹姆斯国王的故事可谓经典之例，虽然有学者对此有所怀疑，但其意义对后世影响深远（于明：《法律传统、国家形态与法理学谱系——重读柯克法官与詹姆斯国王的故事》，载《法制与社会发展》2007年第2期；[美]布雷恩·Z. 塔玛纳哈：《论法治——历史、政治和理论》，武汉大学出版社2010年版，第32～36页）；[美]爱德华·S. 考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，北京大学出版社2015年版，第79页。

〔3〕 根据学者张千帆的观点，宪政、宪治是为法治的最高级别（张千帆：《宪法学导论：原理与应用》，法律出版社2004年版，第6～15页）。

法律发展,并成为其重要组成部分。

还有,如果对两大法系进行比较,两者之深层关系还可以做如下描绘:虽然法国、德国通过制定诸如《法国民法典》、《德国民法典》等方式发展法律,却由于没有宪法法院、行政法院等机构,其现代化的进程有不少波折,在“二战”之后,在宪法法院、行政法院等法院机关正式运行之后,其现代法治始实质确立;英国、美国普通法系国家,其从中世纪开始通过法官审案的方式(判例法)加强中央集权,即通过判例法方式确立了英国法治,并将此种法治模式带到美国,美国的司法审查、宪政审查推动了美国法律发展和历史进程,直到现代社会,英美等国才逐渐重视成文法,但仍然以判例法为主导。^{〔1〕}因此,我们可以作出这一判断,即虽然通过立方式发展法律很重要,但通过司法方式发展法律是更重要或者说更有效的方式;而且,以成文法方式推进法律发展的方式最终得依靠司法方式实现,而非相反,也因而在“二战”之后,更多的是大陆法系想英美法系学习、借鉴,而非相反。

因此,当该两个问题得到实现之时,法治、宪政之治均已为现实,法治国家亦毋庸强调。^{〔2〕}

在中国语境:

第一个问题,所有人应在法律之下。传统社会并未解决所有人应在法律之下的基本问题。新中国成立之后,特别是改革开放之后,党和政府在各种场合屡屡提及,并在宪法、法律等系列规范中确认了一个基本原则,即任何人、任何组织,包括中国共产党均在宪法、法律的

〔1〕 王希:《原则与妥协——美国宪法的精神与实践》(修订版),北京大学出版社2005年版;蒋志如:《宪法概念再探》,载《求索》2011年第11期。

〔2〕 在笔者看来,只有法治,没有宪治、宪政之治,法治也有不稳定性特点(或者说通过司法落实立法之法律发展也有深层缺陷),法国、德国,特别是德国之历史已充分证明了这一点(蒋志如:《宪法概念再探》,载《求索》2011年第11期)。

范围内活动和行为。^{〔1〕} 进而言之,在形式上,中国的确已确立了所有人(包括组织)在法律之下的基本原则,但揆诸中国既有实践和党、政府的各类文献、文件、条例,我们均能找到其他机关干预(行政执法、法院司法)的现象,比如说最近的重要文献《中共中央关于全面推进依法治国若干问题的决定》就列举了如下现象,亦即:“……一些国家工作人员特别是领导干部依法办事观念补强、能力不足,知法犯法、以言代法、以权压法、徇私枉法现象依然存在”。^{〔2〕}

因此,关于所有人在法律之下的基本问题,中国仍然没有得到真正落实、没有在实质上解决之。

第二个问题,关于法律发展问题。法律发展与经济、社会发展有关。在发展的基础上,国家可以通过立法方式实现法律发展,亦可通过司法方式达致;而且,后者更直接、有效,或者更确切地说,前者对法律发展之效果其实依赖于后者,否则前者就仅仅是“纸上的法律或权利”而已,因为法律发展之落实需要司法,而非立法。第一个问题在实质上并未得到解决的情况下,,其决定了第二个问题的解决方式只能是通过立法方式实现法律发展,因为司法方式的前提是判例(法),也即有纠纷之发生,有原告起诉,被告人应诉、法院受理、审理,当经济、社会没有发展时,也就不可能有体现经济、社会发展的纠纷发生,

〔1〕 现行《宪法》第5条规定:中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。

根据该条之意旨,包括中国共产党也应当遵守宪法、法律(《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,人民出版社2014年版,第22~23页)。

〔2〕 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,人民出版社2014年版,第20页。另注:十八大以来,落马的“老虎”与“苍蝇”无数,但纵观其从政经历,有一个共性:将其权力之置于法律之上,甚至是落马官员都可能在法律之上,而非之下,进而产生非法的保外就医(蒋志如:《试论中国保外就医制度——以职务犯罪为中心考》,载《前沿》2015年第7期)。