

On the Country Ruled by Law

卓泽渊 / 著

中国方正出版社

法治国家论



教育部人文社会科学研究规划项目
重庆市教委社会科学规划项目

卓泽渊 / 著

中国方正出版社

法治国家论

On the Country Ruled by Law

图书在版编目 (CIP) 数据

法治国家论/卓泽渊著. - 北京: 中国方正出版社, 2001.5

ISBN 7-80107-485-8

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 (2001) 第 031493 号

法治国家论

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

北京四季青印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 10.25 字数: 252 千字

2001 年 6 月第 1 版 2001 年 6 月北京第 1 次印刷

印数: 1--5000 册 定价: 17.50 元

(该书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

作者简介

卓泽渊，男，1963年2月生于重庆市长寿县农村，1980年考取西南政法大学，1984年获法学学士学位留校任教，1987年攻读法学理论专业硕士研究生，1990年再度留校任教，1991年评为讲师，1993年晋升副教授，1995年晋升教授，2000年获得中国社会科学院法学理论博士学位。1997—2001年先后当选中国行为法学会副会长、全国法理学研究会副会长、全国比较法学研究会副会长；当选中国十大杰出中青年法学家；入选国家“百千万人才工程”一二层次；被任命为西南政法大学副校长；获得司法部法学优秀育人奖，重庆市九五立功奖章、五四青年奖章、十大职业建设标兵称号。著有《法律价值》、《法的价值论》、《法治泛论》等个人学术专著和《法理学》VCD光盘一套，发表论文100多篇，学术随笔数十篇，总主编《法学论点要览》等，主编《法学导论》、《法理学》等，副主编《马克思主义法学新探》、《社会主义市场经济的法律问题研究》、《法理学》等。

目 录

第一章 法治国家的概念解析	(1)
第一节 法与国家的关系解析	(1)
第二节 法治国家的概念辨识	(10)
第三节 法治国家目标的提出	(23)
第四节 法治国家与法治社会	(38)
第二章 法治国家的基本特征	(44)
第一节 民主完善：法治国家的政治前提	(45)
第二节 人权保障：法治国家的显著标志	(48)
第三节 法律至上：法治国家的理性原则	(50)
第四节 法制完备：法治国家的形式要件	(53)
第五节 司法公正：法治国家的基本要求	(57)
第六节 权力制约：法治国家的切实保证	(61)
第七节 依法行政：法治国家的重要标志	(64)
第八节 权利本位：法治国家的明显特征	(68)
第三章 法治国家的理论基础	(72)
第一节 法治国家的理论基础解读	(72)
第二节 法治国家的理论基础之一：民主治国论	(78)
第三节 法治国家的理论基础之二：权力控制论	(86)
第四节 法治国家的理论基础之三：法治优越论	(93)

第四章 法治国家的社会条件	(101)
第一节 经济的市场化.....	(101)
第二节 政治的民主化.....	(107)
第三节 意识的理性化.....	(111)
第五章 法治国家的法律体系	(129)
第一节 法律体系的法治化架构.....	(129)
第二节 法律体系的整体结构.....	(139)
第三节 法律体系的要素结构.....	(145)
第六章 法治国家的法制变革	(151)
第一节 法治国家建设与社会变革.....	(151)
第二节 建设法治国家需要法制变革.....	(163)
第三节 法治国家建设中的法制变革.....	(169)
第七章 法治国家的法律行为	(178)
第一节 法律行为的基本含义.....	(178)
第二节 研究法律行为的意义.....	(180)
第三节 法律行为的认识误区.....	(182)
第四节 法律行为的类别划分.....	(188)
第五节 法律行为的构成要素.....	(195)
第六节 法律行为的法律调控.....	(209)
第八章 法治国家的反腐倡廉	(223)
第一节 腐败猖獗的法律原因.....	(224)
第二节 防止腐败的法治措施.....	(230)

第九章 法治国家的现实发展	(241)
第一节 法治建设的艰难课题.....	(241)
第二节 法治建设的模式.....	(274)
第三节 法治国家的基本构架.....	(280)
第四节 走向法治的现实道路.....	(284)
 第十章 法治国家的世纪旅程	 (302)
第一节 法治国家与法治社会的时段预期.....	(304)
第二节 21 世纪中国法治建设的基本特征	(309)
第三节 影响中国法治国家建设的主要因素.....	(315)
 后 记	 (319)

Contents

Chapter1	Analysis of the concept of the country ruled by law	(1)
Chapter2	The fundamental characteristics of the country ruled by law	(4 4)
Chapter3	The theoretical basis of the country ruled by law	(7 2)
Chapter4	Social conditions of the country ruled by law	(101)
Chapter5	The legal system of the country ruled by law	(129)
Chapter6	The legal reform of the country ruled by law	(151)
Chapter7	The legal behavior of the country ruled by law	(178)
Chapter8	Being against corruption and advocacy of incorruptibility in the country ruled by law	(223)
Chapter9	The present practical of the country ruled by law	(241)
Chapter10	The progress of the country ruled by law in the 21 st century	(302)

第一章 法治国家的概念解析

第一节 法与国家的关系解析

对法治国家进行理论研究，必须首先理清法与国家之间的相互关系。“人们已经在国家法律现实的条件下生活了几千年，他们成为特定国家的公民（或臣民），服从于国家权力，使自己的行为与法律规定和要求相协调。当然，很久以前他们就开始思考关于国家与法产生的原因和方式，并创立了许多完全不同的理论，对这些问题进行了不同的回答。”^① 法与国家之间的关系一直是政治学、社会学、法学等众多社会科学所探讨的重要课题。法学界对于法与国家的关系的研究一向是积极而热情的。苏联的法学家们在苏维埃法学创建之初即把法与国家紧紧地结合在一起，其法学理论学科的名称就是《国家与法的理论》或者《国家与法权理论》。在苏联解体后，俄罗斯等国的法学界依然保留了苏联在这一问题上的学术传统，近年又推出了一些命名为“国家与法”的学术著作和教科书。俄罗斯自然科学研究院院士 B. B. 拉扎列夫就

^① [俄罗斯] B. B. 拉扎列夫主编，王哲等译：《法与国家的一般理论》，法律出版社 1999 年版，第 47 页。

组织一批俄罗斯著名学者，编写了《法与国家的一般理论》，被俄罗斯国家高等教育委员会推荐为大学教材。在西方资本主义国家的法学界，法与国家也被联系起来研究。原籍奥地利后加入美国国籍的著名法学家凯尔森就于1945年出版了他的代表作《法与国家的一般理论》。第一编为“法论”，第二编即为“国家论”。对于法与国家之间的关系理论，学术界已经积累了大量的学术成果。“法要依赖国家”与“国家要依赖法”等理论命题得到了普遍的认同，然而也存在各种不同的见解。在这里，我谨从本法治国家研究课题所涉及的有关问题——法与国家的一元论与二元论，法与国家的优先问题着眼，从法学角度进行一些思考，为本课题的研究确立一些最基本的法与国家关系的观念。

一、法与国家的一元论与二元论

在我国社会科学学术界的各种理论学说中，法与国家，几乎无可争辩地被当作两个各自独立而相互联系的事物。法与国家自然而然地被视作二元存在物。很少有疑问者。其实，放眼世界学术领域，法与国家是一元的还是二元的，并无一致的看法。甚至有人十分明确地批评法与国家的二元论是一种神话，是错误的，进而主张法与国家关系的一元论。也有学者认为将国家与法混为一谈的一元论是没有意义的。

一元论的观点认为，“法律与国家是同一个事物，国家只不过是另一个角度看待法律秩序，即规范境内居民行为的集中化的法律秩序，或者说是由立法者、法官、行政官员和其他作为国家机器组成部分行动的人所执行的法律规则、法令的总和。”^①在一元论的主张者中凯尔森就是一个典型的代表。凯尔森在其《法与国家的一般理论》中写到：

“有时人们以国家具有或就是‘权力’(power)为理由，将它

① [英] 沃克：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1989年版，第523页。

说成是一个政治组织。国家被描绘为在法律背后的权力，实施法律的权力。”^①“法律和国家的二元论是我们认识对象的一个多余的重复或双重化；是我们先加以人格化然后又加以实体化的那种倾向的一个结果。我们在对自然的万物有灵论的解释里找到了这种倾向的一个典型例证，即原始人的这种观念，认为自然是有灵的，认为在每个东西的背后都有这个东西的一个灵魂、一个精神、一个神、一株树的背后有一个森林女神；一条河的背后有一个宁芙女神；月亮的背后有一个月神；太阳的背后有一个日神。这样一来，我们想象在法律的背后有它的被实体化了的人格化，即国家、法律之神。法律和国家的二元论是一种万物有灵论的迷信。”^②与之相应地认为，“国家的权力是由实在法组织起来的权力，是法律的权力；也就是实在法的实效。”^③“一个‘国家的机关’，就等于一个‘法律的机关’。”^④

凯尔森的认识有着他自己的论据。在他看来，国家与法是同一个规范性秩序，“既然我们没有理由假定有两个不同的规范性秩序——国家的秩序与国家的法律秩序，那么我们就必须承认我们称为‘国家’那个共同体就是‘它的’法律秩序。”^⑤“从甚至连社会学家也将国家的特征说成是一个‘政治上’有组织的社会这一事实来看，国家和法律秩序的同一性也是显然的。既然社会（作为一个单位）是由组织构成的，那么将国家界说为‘政治组织’就更加正确。组织就是秩序。但这一秩序的‘政治的’性质是在哪一点上呢？就

① [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社1996年版，第213页。

② 同上，第214页。引文中“一个神”后似乎不应是顿号，可能是译者笔误或排印错误。

③ 同上，第214页。

④ 同上，第216页。

⑤ 同上，第205页。

在于它是一个强制性秩序这一事实。国家之所以是一个政治组织，是因为它是一个调整如何使用强力的秩序，是因为它垄断了对强力的使用。然而，正如我们所已了解的，这是法律的主要性质之一。国家是一个政治上有组织的社会，是因为它是一个由强制性秩序构成的共同体，而这个强制性秩序便是法律。”^①

粗略看来，凯尔森的见解是有失偏颇的，我也不赞成这种一元论。他把法与国家的关系简单归结为一个“东西”与这个东西后面的“神”的关系，进而将“法与国家二元论”比之为“万物有灵论”加以批评，而证明其一元论的科学性。我认为这个证明过程本身就有问题。法与国家之间远不是月亮与月亮神，太阳与太阳神之间的关系。法与国家是同时产生，相互联系，协同发展，共存互动的两种社会上层建筑。但这并不意味着凯尔森的一元论毫无意义。他所坚持的法与国家的一元论，强调了法与国家的同一性，对于倡导法治是很有意义的。因为法与国家或者国家与法既然是同一的，国家当然就必须服从法律，实行法治。在国家实行法治的问题上就没有任何障碍。国家与法之间的统一就不会成为问题。也就是说，法与国家的一元论主张并非全无道理，至少在肯定法与国家之间的同步形成与内在联系上是有意义的，在寻求法与国家的同一性从而为法治寻找根据的目标期求上是无可厚非的。但是，法与国家的区别也是客观存在的，因此，将法与国家混为一谈显然是不科学的。

法与国家关系的二元论主张者，人多势众，尽管他们不一定以二元论自居，但其二元论的主张都十分清晰。苏联乃至现代俄罗斯的法学家们，以及中国的法学家们多持二元论的观点。

俄罗斯的一些法学家声称，“没有意义去研究那些从国家与法

① [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社1996年版，第213页。

产生方式和实质的不可知性出发的观点，以及那些将国家与社会混为一谈的理论。”^① 他们一再论述的是法与国家的独立性，这种独立性中包括法相对于国家的独立性和国家相对于法的独立性。在前述拉扎列夫主编的《法与国家的一般理论》的教科书中，专门设置了《国家与法的相对独立性》一章，论述了国家与法各自以及相互的独立性问题。

我国的任何一部法学理论著作几乎都肯定了法与国家之间的紧密联系，论证了法与国家之间的相互关系，但没有一部著作将法与国家视为同一事物。它们都在强调二者之间的相互作用时强化了二者各自的独立性。也就是说，我国所有法学理论著作实际上都不主张国家与法的一元论，都是国家与法的二元论的主张者。

法与国家的二元论主张显然是比较科学的，它本身并无什么错误可言，但是它可能导致将法与国家相分离的错误。往往会导致过分强调法的地位与作用或过分强调国家的地位与作用的问题。将法置于国家之上，虽然有抑制国家权力的重要意义，但是也有可能出现忽视国家在法的创制中的地位和作用的问题。将国家置于法之上，过分夸大法对国家的依赖，使法律的地位被贬低，形成法治倡导与发展上的障碍，会导致更为严重的后果。历史上的类似教训实在太多，我们需要牢牢记取。当然，法与国家的二元论也不必然导致强调国家否定法的后果。对于法与国家二元论中的优先问题的进一步讨论，会使问题更加明晰。这是下一部分所要论及的主题。

二、法与国家的优先问题

法与国家关系的一元论主张者既已把二者视为一元，一般地

^① [俄罗斯] B. B. 拉扎列夫主编，王哲等译：《法与国家的一般理论》，法律出版社 1999 年版，第 47 页。

说,显然不再有谁优先于谁的问题。其实并非如此。法与国家的一元论中有把国家归结到法的法律优先的一元论,或将法归结到国家上去的国家优先的一元论。凯尔森主张的是法律优先的一元论。凯尔森的一元论中包含着法律优先的观点。他认为:“我们从纯粹法学观点出发来研究国家时,情况就显得比较简单了。那时国家只是作为一个法律现象,作为一个法人即一个社团来加以考虑。因而它的性质在原则上取决于我们以前对社团所下的定义。惟一剩下的问题是国家如何不同于其他社团。其区别一定在于构成国家社团的那个规范性秩序。国家是由国内的(不同于国际的)法律秩序创造的共同体。国家作为法人是这一共同体的国内法律秩序的人格化。从法学观点来看,国家问题因而就是国内法律秩序的问题。”^①在凯尔森的眼中,国家是一种法律现象,国家理论也是法律理论的一个部门。“作为实在法经验体现的规范体系具有什么特殊性质,以及它们是怎样分界和怎样相互联系的。这就是国家作为法律现象所提出的问题,同时也是作为法律理论的一个部门的国家理论负有任务要解决的问题。”^②

法与国家谁优先的问题,更存在于二元论之中。在二元论主张者中法与国家之间一直有着谁优先的争论,根据学术界的不同认识,我将其称为国家优先论、法律优先论和法与国家互从论。

关于国家优先论。俄罗斯学者在其著作中总结到:“对于法与国家的相互关系问题,学术界在传统上有两种不同的观点。第一种观点是基于国家优先于法的论点,依据这一观点,法被视为国家活动的产物和国家的结果。这一观点在我国的法学著作中流传甚广。举例来说,法被认为从属于国家。倾向于把法看做国家附

① [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,中国大百科全书出版社1996年版,第203页。

② 同上,第204页。

属物的政治实践成为这一观点的事实条件，而将法视为由国家制定的规范总和的形式教条主义则成为其理论前提。”^①英国学者也注意到了国家优先论，并且还倾向于国家优先论，“法律制度和法律体系是国家的构成要素之一。它规定各种法律机构的权利和职责，确认其存在，维持社会秩序，提供维护公民之间利益和要求冲突的准则。法律制度的这种作用正是国家的基本职能之一。”^②“在一国境内发生效力的法律制度和法律体系通常主要是由国家制定的，同时立法机关不断地对之进行修改和变更。而对于效力较低的一般法律的修改和变更，则通过行政机关受权立法以及司法机关的司法解释和判例等途径。由此可见，国家是法律规则和原则的直接的实际的渊源。”^③中国学术界对于法与国家关系的认识普遍地既有互从论的观点，也有国家优先论的观点。先来看看国家优先论的表现，我国几乎所有的法学教科书在定义法或法律时（其他不相干的成分我们不必引证），与国家相关的表述都是，“法或法律是国家制定认可的，表现为国家意志的，并由国家强制力保证实施的行为规则的总和。”这种对于法的认识贯穿了所有法学著作的始终，似乎成为了我国法学界对于法与国家关系的一个基本的共同认知。

关于法律优先论。俄罗斯学者说，法律优先论的观点“则是按自然法观念确立的。这一被称为自然法学派的拥护者从社会契约中得出国家概念，他们从国家受制于法的观点出发，认为来自于自然法的不可违背性和建立在自然法基础之上的个人主体公共权力的不可转让性。从这一观点的立场来看，法与国家相比具有绝对的

① [俄罗斯] B. B. 拉扎列夫主编，王哲等译：《法与国家的一般理论》，法律出版社 1999 年版，第 75 页。

② [英] 沃克：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社 1989 年版，第 522 页。

③ 同上，第 522 页。

优先地位。法产生于国家形成之前,它早于国家,任何国家和政权都不是法的最初来源。”^①《牛津法律大辞典》也注意到了这种观点的客观存在,它说,“一种观点认为法律高于国家,国家从其产生之日起即受到法律约束。这种观点接近于自然法学派的观点。自然法学派认为,国家虽然可以制定实在法,但它必须受自然法的约束。一些现代思想家否定国家创造法律的观点,认为法律的渊源另有所在,例如公众权利的主观意识、社会休戚相关的事实等。”^②

关于法与国家互从论。法与国家相互从属的理论,没有人给它命名过,为了论述的方便,我们不妨将一元论和二元论之外的第三种观点称之为“法与国家的互从论”。有著作认为这种界于一元论与二元论之间的互从论观点,作为“第三种观点,它可以在某种程度上综合上述观点拥护者的看法,并且同时避免对法与国家相互关系评价的偏激性。”^③“依第三种观点,法与国家之间的关系并不具有如此一致的因果关系(国家产生法或者从法产生国家)。这一关系显然更加复杂,并且带有双向的相互从属性:国家与法彼此不能单独存在,即它们之间存在职能性关系。”^④我国的法学著作在具有国家优先论的表象之外,还具有法与国家互从论的特征。我国的每一部法学著作都在肯定法对于国家的依赖的同时,也会四平八稳地论述国家对于法的依赖。或者强调二元并存中的国家优先,或者强调法与国家的二元互从。是选择国家优先或是二元互从,学者似乎并不特别在意。

就国家优先论来说,我认为它是一个非常传统的理论。前苏联和目前一部分俄罗斯学者,中国的部分法学家都持有类似的观

① [俄罗斯]B. B. 拉扎列夫主编,王哲等译:《法与国家的一般理论》,法律出版社1999年版,第75页。

② [英]沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1989年版,第523页。

③ 同①。

④ 同①,第76页。

点。这种观点充分强调了国家的意义。在强调国家至上，忽视或否定法律作用的时代是很有响应者的。它对于法要从属于国家的片面强调显然是有失偏颇的。持有类似观点的学者，甚至以主张国家比法先产生来证明国家要优先于法，这是没有根据的。恰恰是这种片面强调国家意义的理论，为专制者无视法律、否定法律奠定了认识基础和理论基础。它本身的不科学性和它所产生的恶劣后果都要求我们必须将其抛弃。

就法律优先论来说，与前者是同样传统的理论，西方以自然法学为代表的法学家们多持有类似的观点。持有类似观点的学者常常以法比国家先产生作为论据。这一观点对于强调法，推行法治，有着不可置疑的优势，它“是在政治实践中确立法的统治地位思想的哲学纲领”^①。这一观点的追求目标是好的，但是这一观点的主张者常常以自然法先于国家，法比国家先产生作为论据，我以为同样是不妥当的。

就法与国家互从论来说，是在前两者基础上提出的比较中庸，而目前许多学术著作和教科书实际采用的观点。这种观点可以避免在法与国家关系上的片面认识，使我们更清楚地把握法与国家相互之间的影响与互动。更清楚地把握法对国家的作用与国家对法的作用。这种表面上的公允，也有实际上的问题。法与国家并存而相互作用，看似客观，其实其忽略了法与国家的不同性质所决定的应然关系配置，会导致主张者意想不到的后果发生。

在我看来，法与国家是在人类历史发展的过程渐变形成的，二者之间没有谁先产生谁后产生的问题。法与国家的产生是一个漫长的历史过程，其间各自萌芽的因素是相互促进、彼此互动、互为因果的。一定要去确定某一时刻国家产生了或者某一时刻法产

① [俄罗斯]B. B. 拉扎列夫主编，王哲等译：《法与国家的一般理论》，法律出版社1999年版，第75页。