

法治中国丛书

“十二五”国家重点出版物出版规划项目

通往法治的道路

社会的多元化与权威体系

季卫东 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

通往法治的道路

社会的多元化与权威体系

季卫东 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

通往法治的道路:社会的多元化与权威体系 / 季卫东著. —北京:法律出版社, 2014. 8
(“法治中国”丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6731 - 5

I. ①通… II. ①季… 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(2014)第187811号

季卫东 著

责任编辑 高山 李峰云
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8.125 字数 195 千

版本 2014 年 10 月第 1 版

印次 2014 年 10 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

印刷 固安华明印业有限公司

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. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www. lawpress. 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 - 6731 - 5

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

学术顾问



江 平 吴敬琏

丛书主编



季 卫 东

执行编辑



程金华 李学尧 许多奇

季卫东 1957年出生于南昌市。1983年从北京大学法律学系毕业后留学日本，获得京都大学法学博士学位。1990年就任神户大学法学院副教授，1996年升任终身正教授。1991年至1992年期间为美国斯坦福大学法学院访问学者。自2008年起担任上海交通大学凯原法学院院长兼讲席教授至今。曾经被遴选为社会学国际协会法社会学研究委员会（RCSL）指定理事，现兼任神户大学名誉教授、英文国际期刊《亚洲法律与社会》共同主编、中国经济体制改革研究会公共政策研究部学术委员、中国战略与管理研究会学术委员、上海市行政复议委员会委员、上海仲裁委员会委员、达沃斯世界经济论坛司法全球议程理事会理事等。

主要研究领域为法社会学和比较法学。主要著作有《超近代的法》（京都：密涅瓦书房，1999年。获日本法社会学会首届优秀著作奖）、《法治秩序的建构》（北京：中国政法大学出版社，1999年）、《现代中国的法制变迁》（东京：日本评论社，2001年）、《宪政新论》（北京：北京大学出版社，2002年；增补版，2005年）、《法律程序的意义》（文库本，北京：中国法制出版社，2004年；增订版，2011年）、《中国审判的构图》（东京：有斐阁，2004年）、《正义思考的轨迹》（北京：法律出版社，2007年）、《秩序与混沌的临界》（北京：法律出版社，2008年）、《法治构图》（北京：法律出版社，2012年）等。

法治兴，则中国兴

——“法治中国”丛书总序

江 平

从1978年改革开放到现在,中国的经济与社会建设取得了举世瞩目的成就。促成这些成就的原因是复杂的,既有执政者正确决策的个人因素,也有历史恩赐的机遇因素,也当然还有法律等方面变革的制度因素。短时期的建设成就及其原因的复杂性交织在一起,很容易让当代中国人——至少是部分当代中国人——自我感觉良好,并产生两种错误的认识。一种错误认识是把过去三十多年的发展路径作为历史性的发展模式固化下来,以便提炼一种可以值得自我骄傲和对外宣扬的价值观。另一种错误认识是很容易夸大政策和偶然性因素的功效,而忽略了制度因素的根本性。

放在人类历史的长河中,三十多年的繁荣与发展只不过是匆匆过客。对于一个国家的长久兴衰而言,

政策性和偶然性的因素,更像一个“药引子”。而真正能够让国家养成“健康体魄”的还是制度性的因素。其中,法治又是制度建设的核心,重中之重。法治的要义包括依宪治国、保障私权、程序正义、司法独立与社会正义。在当下的历史关口,中国领导人是否选择法治、建设法治、依赖法治,将最终决定中国过去三十多年的繁荣与发展是否只是历史上的昙花一现,还是中华民族实现伟大复兴的真正前奏曲。此时此刻,中国社会犹如一条大船正航行在“历史三峡”的最后险滩。唯有走向法治,中国才可能最后平稳地渡过历史三峡,完成现代国家建设,并开创新的太平盛世。

具体来说,法治至少可以发挥如下几个方面的历史性功效。

首先,在经济建设上,保护私有财产权和合同履行的法治将激发中国人新一轮的创业与投资热情,并通过释放制度红利来推动中国经济的转型与升级。反过来,如果政府对私权的保护不能加以改善,中国的精英阶层将继续采用“用脚投票”的方式,到其他国家去“做梦”。因此,如果不走向法治,中国经济之持续繁荣将不会有制度保障。

其次,在政治建设上,崇尚程序正义和司法公正的法治将为中国公民提供底线社会正义,为将来潜在的大规模政治冲突提前安装“社会减震阀”。进入新世纪以来,因为社会不公而引发的矛盾与冲突已经层出不穷。最近的一些个案也清楚地表明,社会不公所积累的公民怨愤,已经给中国社会累积了大量的负能量。法治,也只有法治,才能避免中国因社会不公而滑入革命化趋势,并避免由此导致的公民与执政者双输的局面。

最后,在社会建设上,只有保障价值多元和思想自由的法治才可能让中国社会出现“百花齐放、百家争鸣”的社会繁荣,并为多元价值观的求同存异、达成必要的社会共识提供制度保障。相反,因为没有法治保障,社会转型期所形成的形形色色的价值观都处于灰色地带,并非常敏

感地对任何潜在的冒犯行为都进行激烈的防御攻击，并导致中国社会的诸多价值观都采取霍布斯意义上的“丛林规则”以求生存。法治是把中国社会的各种价值观带出“丛林”的唯一通道。

简言之，只有走向法治才能帮助建设一个让全体中国人可以对自己未来的生活作长期规划的社会，一个中国人可以信赖中国人的社会，一个中国人可以认同中国人的社会。归根到底，法治能否在中国得以全面实施，将决定中华民族能否得以复兴，中华文明能否得以体面地延续。回顾1840年以来的中国历史，当代中国人有着一个前辈从来有过的历史机遇：以走向法治这样一种和平建设的方式为未来富强、文明和民主之中国奠定历史性基业。

当然，走向法治，不能只求“毕一役之功”。在1949年建立人民共和国以后，中国的法治建设经历了如下四个阶段：共和国初期的法律实用主义、“文化大革命”时期的法律虚无主义、改革年代的法律经验主义，以及目前我们要奋斗的法律理念主义。所谓法律理念主义，就是把法律从工具、从制度变成治国的理念。

幸运的是，在过去三十多年，在“摸着石头过河”的经验主义思想的指导下，中国已经至少在立法层面完成了法律体系的建构。在实践中，政府和社会也都初步尝到了法治的甜头。尽管，法治建设在最近几年出现了严重的滑坡，执政党的“十八大报告”还是指出“法治是治国理政的基本方式”，并承诺“全面推进依法治国”。换句话说，至少在文字层面，中国领导人已经认可了从法律经验主义通往法律理念主义的路径。

然而，如何让中国——在改革的操作层面上——走向法治的诸多问题依然悬而未决。因此，出版这套“走向法治”丛书，正是适逢其时。该丛书立足于当代中国法治现实，以问题为导向，以学术为根基，通过实证分析和学理探讨为中国的核心价值重建以及制度改革出谋划策。丛书的选题覆盖所有同中国走向法治相关的重大命题，包括比如宪政、

司法独立、选举制度、预算制度、财税制度、中央与地方关系、律师与民主政治等等。在论证风格上,作者无不强调理性建设。这套丛书的出版,将会对中国走向法治产生实质性的影响。

这些年,我本人也一直为中国的法治建设摇旗呐喊。之前,在给一本书写序时,我提过“律师兴则中国兴”。很显然,律师是法律体系的一部分,律师工作在很大程度上是服务于法治建设的。因此,今天,在为“法治中国”丛书写总序时,我想拔高一些:法治兴,则中国兴。是为序。

2013年5月

目 录

导论 001

第一章 中国的传统法律思维模式 011

1. 法家的权力观和工具理性 011
2. 融化在互惠关系中的权威 013
3. 秩序的阴阳配偶化 017
4. 怎样跳出法的平衡陷阱? 019
5. 作为复杂系统的法及其非随机化 021
6. 社会与法律的反转图形 026

第二章 现代法治的本质 028

1. 考察现代法治的中国视角 028
2. 价值的多元化与立宪主义 031
3. 司法审查和司法独立 035
4. 限制政府的权力 041
5. 法律的内在道德 043

6. 现代法治如何树立权威? 048

第三章 时代的挑战和法治范式创新 057

1. 问题状况的概括 057
2. 社会的网络化与法律制度的形状 060
3. 风险社会的响应型法律思维 067
4. 全球化与超国家法律体制 077
5. 新程序主义建构法学的视角 082

第四章 法治民主:权力与权威的重构 090

1. 作为法治方式的另类“三审制” 090
2. 自下而上的“预算议会”化 093
3. 行政问责与“大审计”模式 095
4. 通过司法审查激活宪法和各项制度 097
5. 以人民代表大会为舞台的地方法治竞争 105

第五章 司法改革的现状和目标 110

1. 现行司法体制的特征和问题 111
2. 地方党政机关干涉经济案件审判的若干实例 115
3. 政治制约与司法审查以及律师的作用 117
4. 最近十五年来司法改革路线的宏观分析 119
5. 责任与程序的结合:案件流程管理制度 122
6. 排除法官裁量权的尝试:电脑量刑 124
7. 监督法官裁量权的尝试:舆论审判 128
8. 怎样走出限制裁量权的中国怪圈? 130

结论 139**附录 151**

论依法治国 王家福 李步云 刘海年 刘 瀚

梁慧星 肖贤富 153

现代法治的精神——江平、季卫东对谈 167

法治中国的可能性——兼论对中国文化传统的

解读和反思 季卫东 200

中国:通过法治迈向民主 季卫东 232

导 论

在一个完全自由放任的市场,很容易出现博弈论的所谓“囚犯两难困境”,或者“免费搭便车”偏向,或者“公有地悲剧”,或者功利计算标准暧昧等问题;最终会造成当事人竟然不采纳一些可以实现共同利益的纳什均衡的选项这样的咄咄怪事,也会导致所谓“市场的失败”。由此可见,健全的市场经济必须以非市场的制度条件为存在前提,接受规则之治。投资者、贸易者、劳动者、消费者——无论个人还是团体以及企业,无论各自的利益诉求有多么巨大的差异——只有明确地知道行为准则,以及违反规则的后果,才能进行合理的规划和决定。但是,市场的规则之治不可能仅凭“弃尸于市”^{〔1〕}、“听谗于市”^{〔2〕},或者“国君过市则刑人赦”^{〔3〕}之类的传统做法而形成。在这

〔1〕《礼记·王制》。

〔2〕《战国策·韩策一》。

〔3〕《周礼·地官·司市》。

里,更重要的是,规则要平等适用于任何人,政府不得偏袒某一方,也没有超越于规则之上的特权,即形成某种以规则和管制为前提的近似完全竞争自由的状态。否则,不同群体之间的关系就难以协调,通过竞争产生效率的机制也就难以启动。因而,现代市场经济运行良好的国家都以现代法治原则为基础。

正是同时约束所有行为主体的那种法治秩序,才能适当划定权利和义务的界限,并借助利益的比较、计算、交换以及重新配置等法律技术的操作以及相应的交涉行为,来对经济系统的效率产生积极的影响。在作为独立的、客观的、公正的第三方的司法机构和执法机构的有效运作之下,法治可以使市场经济的参与者都不必担心其他人任意侵犯自己的正当权益,也无须就生产和营销中碰到的各种问题和纠纷解决与相关各方逐一进行谈判,因而可以全神贯注于各自的事业和绩效。由此可见,不仅限制公民侵权行为,而且还限制政府滥用权力行为的现代法治原则,才是财产权和契约履行的可靠保障,才构成自由竞争、公平竞争的前提条件,从而有利于减少交易成本,提高办事效率,防止“寻租”行为。中国在确立市场经济体制之后推行法治,乃改革开放时代制度变迁的必然逻辑^[1]。在一定意义上,也的确可以说,市场经济就是法治经济^[2]。

不言而喻,市场竞争机制会促进功能分化和利益集团分化,从而导致社会的结构和思想状况显现出越来越显著的多元性。实际上,当“强

[1] 当代著名经济学家吴敬琏教授在过去十年间一直关注法治问题,并把法治作为政治体制改革的首要目标。最近的论述参阅吴敬琏、马国川:《重启改革议程》,北京三联书店2013年版,第301~302页。法学界的代表性主张,可以举出江平、季卫东:“现代法治的精神”,载《交大法学》2010年第1卷,第1~21页。有关思想背景,参阅季卫东:“通过法治走向民主”,载《战略与管理》1998年第4期;“法治中国的可能性”《战略与管理》2001年第5期。

[2] 这是20世纪90年代中国法学界反复讨论的一个基本命题,代表性叙述可以举出张文显:“市场经济与现代法的精神论略”,载《中国法学》1994年第6期。

势群体”与“弱势群体”这样的区别第一次出现在中国官方话语(2001年3月的九届全国人大五次会议《政府工作报告》)和大众传媒中时,抽象的“人民”概念就开始裂变,既有的整体主义国家理论和权力一元化的国家治理结构就开始被重新审视,不同群体的利益如何表达、如何协调之类的问题就被提上议事日程。特别是在不同利益诉求发生冲突之际,关于政府究竟代表谁、其在使用规则时能否保持不偏不倚的质疑也层出不穷,形成日益强大的舆论压力。这意味着,在社会多元化的格局中,国家权力的中立化、客观化、媒介化以及治理方式的转换势在必行。也就是说,强势群体与弱势群体相对峙的格局,以及解决利益和价值冲突的现实任务,决定了政治体制改革已经无从回避。政治改革的目标是兼顾自由与平等的民主制,但其突破口或者最佳切入点,却是注重程序公正的法治。经济市场化和社会多元化对依照规则管理公共事务的内在需求,为法治国家的建构提供了基本动力。把这样的政治议题放到结构大转型的宏观背景中考察,可以发现,正是法治将成为中国开启另一个轴心文明时代的关键。

回顾中国两千余年的帝制历史,可以发现,各种合力作用的基本结果是:通过秦律形成了以皇帝为顶点的一元化权力结构(强制的秩序),通过汉儒形成了以三纲六纪为框架的对称化权威体系(承认的秩序),并借助君父大义和修齐治平的推演方式使这样的权力结构和权威体系耦合在一起。从19世纪中期开始,在西方现代文明的冲击下,中国传统的权力—权威框架不断动摇乃至溃散。1905年废除科举制度,是传统权威体系开始分崩离析的标志。1911年辛亥革命,则引起了传统权力结构的解体。两种巨变叠加在一起,造成社会长期无法整合,军阀混战,地方割据,宗族裂变。中国共产党作为一种极其强大的整合力量,在把个体从血缘和地缘的共同体以及关系网络中解放出来之后,又再次组织起来,重塑了一元化权力结构。并在一定期间内,把能够有效凝

结个体、动员民众的革命意识形态以及超凡领袖作为新的权威,或者制度性权威的替代品。但现在,我们面临的问题状况是:在全球资本主义大潮的冲击下,大量个体以原子化的形态游离于既有的社会结构之外,新的权威或者制度性权威的替代品已经失落,只能越来越乞灵于一元化的权力,而这种权力结构本身也再次濒临瓦解的险境。经济绩效本身并不能从根本上解决执政合法性的危机^[1],只能推迟危机的爆发;而在延宕的过程中,倒很有可能促进社会的结构性腐败,为新的社会革命创造条件。

显而易见,为中国重新塑造妥当的权力结构和权威体系就是我们这一代人的神圣使命。既然中国已经市场化、多元化以及国际化,那么新的权力结构和权威体系当然要以此为参照,适应社会发展的需要。这样多层多样、变动复杂的局面,很难继续采取一元化的绝对权力来控制。因而,政治体制改革的方向应该是,扩大公民个人自由、团体自主以及地方自治的空间,防止权力的滥用。由此可见,在确保有效整合的前提下,适当放权和分权就是题中应有之义。在某种程度上,这意味着权力结构的多元化,会诱发整合困境。因而,政治体制改革的任务绝不是仅仅放开规制那么简单。为了兼顾多元和整合这两个方面,需要进行顶层设计。通过合理的制度安排,解决中国现代政治中始终存在的所谓“一放就乱、一统就死”的问题。另外,还有一项重要任务,就是树立一个真正能得到人民内心认同、自愿遵循的权威体系,防止出现各行其是、无法合成公共选择的乱象。能把限制权力与加强权威、保障自由

[1] 赵鼎新在“当今中国会不会发生革命?”(载《二十一世纪》2012年12月号,第4~16页)一文中认为绩效也是合法性的一种来源,但会遭遇不断升级的承诺压力,因而绩效合法性的基础是很脆弱的。

与维护统一有机联系在一起的正现代法治秩序^{〔1〕}。

概括地说,重新塑造权力结构和权威体系的作业,可以分为两个步骤。第一,通过激活现行宪法的方式,把平等、自由、民主、人权等现代文明的普遍性价值与高度集中的国家权力结合起来,在加强法律规则的执行力和确立司法独立原则的基础上,实现权力的合理化、效率化、正当化,建构一个现代法治国家^{〔2〕}。在这里,现代文明的普遍性价值构成了权力的正当性基础,而在启蒙体制乃至所谓“发展型独裁(Developmental Dictatorship)”体制下形成的高度集中的权力,则能够突破既有利益格局的限制,在大转型的过程中确保社会的整合性。当然,普遍性的现代价值与高度集中的国家权力之间,会存在这样或那样的紧张和冲突。所以,在这个阶段的顶层设计,应该以“矛盾的制度化”和程序公正为基础,并通过司法独立原则及其他各种方式和手段来协调矛盾,保持不同构成部分之间的衔接和平衡。如果权力过于集中甚至绝对化,就会践踏现代文明的普遍性价值;如果权力过于分散甚至弱化,就会导致整合机制失灵,现代的价值体系也就失去了现实的制度载体。

在采取这个步骤之际必须充分注意,中国的问题状况跟西方相比,的确有太多的不同。因此,法治原理在西方语境下的表述与中国语境下的表述之间也往往大异其趣。在西方,超越规范、国家规范、社会规范之间的关系非常清晰,每一种规范的范畴是互相独立的,在规范效力上具有等级性。通过法律的解释共同体,这三个完全不同层

〔1〕 需要注意的是,对法治的理解存在本质性对立,会造成政治体制改革中“同床异梦”现象。因此,在推行法治之际首先必须厘清概念,明确理解有关的制度究竟是如何运作的,并善于在不同选项中进行明智的取舍,还需要保持必要的反思理性。关于这一点,丹尼尔·罗德里格兹等人的“法治之辩”(载《比较》2013年第2期)值得品读。

〔2〕 《炎黄春秋》2013年第1期刊登的编辑部新年献词《宪法是政治体制改革的共识》。