

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

Renmin University Law Review

人大法律评论

2014年卷第2辑·总第17辑

《人大法律评论》编辑委员会组编

“法治”是否仍然可以作为一个有效的分析概念? 於兴中

论法治主义在日本的形成与发展 江利红

中国大陆法治评估运动的回顾、述评与前瞻 孟涛

法律东方主义 [美] 络德睦 魏磊杰译

合同第三人的利益和保护 张默

林肯与美国宪法 林国荣



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



Renmin University Law Review

人大法律评论



法律出版社官方微信

法律出版社·法学学术与对外合作出版分社

一切为了思想



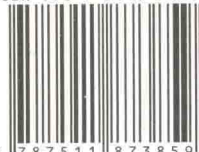
独角兽工作室

平面设计

上架建议

法学学术

ISBN 978-7-5118-7385-9



定价：52.00元

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

Renmin University Law Review

人大法律评论

2014年卷第2辑·总第17辑

《人大法律评论》编辑委员会组编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

人大法律评论. 2014 年卷. 第 2 辑: 总第 17 辑 /
《人大法律评论》编辑委员会组编. —北京: 法律出版社,
2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7385 - 9

I. ①人… II. ①人… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 302896 号

人大法律评论(2014 年卷第 2 辑)

《人大法律评论》编辑委员会组编

责任编辑 李峰沅
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 2 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 26.25 字数 418 千

印次 2015 年 2 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7385 - 9

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《人大法律评论》编辑委员会

主 编：于 浩

编 委（按姓氏笔画排序）：

于 浩 李振宁 孟凡壮 胡 明 袁 鹏

行政助理：王丽萍

卷首语

经过近半年时间的组稿,《人大法律评论》2014年第2辑在编委会全体成员的不懈努力下又与大家见面了。本辑的组稿、编印、出版,得到了法学院韩大元院长、指导老师张志铭教授、外审专家学者的大力支持,受到了法学院诸多师长及历届编辑的不断激励。我们在此向诸位表示衷心的感谢!

《人大法律评论》作为CSSCI来源集刊,来稿数量颇多。本辑《评论》,我们精选了十四篇文章,作者分别来自中国人民大学、美国康奈尔大学、美国天普大学、吉林大学、西南政法大学、华东政法大学、厦门大学、湖南大学、云南大学、西南大学、南昌大学、东北财经大学、首都经济贸易大学。本辑《评论》,我们继续落实双向匿名评审制度,并实行专家外审制度,最终完成组稿。我们对向本刊投稿的诸位作者表示衷心的感谢,对稿件被本刊采用的作者表示诚挚的祝贺。

本辑设“专题研讨”、“论文”、“评论”三个栏目。

在“专题研讨”栏目中,我们选取了有关法治的四篇文章。其中,於兴中先生的大作《“法治”是否仍然可以作为一个有效的分析概念?》,对当下域内外关于“法治”这一分析概念的有效性提出质疑,指出由于法治概念的工具化、人为的割裂、任意解释及政治化,使得法治概念含混不清。因此,关注具体制度和实践中的公正以及本土实践与经验相结合的法治成为更优选择。江利红先生的《论法治主义在日本的形成与发展》一文,对日本自明治维新至今的“法治主义”演变历程进行梳理,指出从“法治国”思想引入,到“明治宪法”中的形式法治主义,直至“二战”后的《日本国宪法》,日本最终实现了从形式法治主义向实质法治主义的转变;日本在实践中通过违宪审查、重视行政合理性,进一步发展了《日本国宪法》业已确立的实质法治主义。这为我国法治建设提供了有益借鉴。孟涛先生的作品《中国大陆法治评估运动的回顾、述评与前瞻》,具体研究了中国法治评估的基本原理、指标体系和评估方法,并借助例证、数据、表格等方式勾勒出迄今为止中国大陆法治评估的基本状况,指出中国法治评估一开始

就分化为法治环境评估和法治建设评估两大类型,而中国政府和学界至少可以在评估目标、评估指标、评估主体这三方面改善、发展法治评估。丁轶先生的《当代中国法治实践中的“转型法理学”——基于转型中国二元合法性间张力的考察》一文,重点研讨了我国法治实践问题,结合当代中国法治实践的特点,将国家置于当代中国法治实践的中心,通过介绍转型法理学的理论前提、分析框架,以及将转型法理学与规范法理学进行比较分析,建构“转型法理学”理论,并主张将其与规范法理学有机结合、相互补充,从而把握转型社会法律与政治间的复杂关系。

“论文”栏目选取了基础法学、宪法、民商法等领域著作七篇。

在基础法学领域,陈锐先生的作品《功利、逻辑与现代性——对边沁法哲学的另类诠释》,分析了边沁法哲学使法律获致“现代性”的两个途径,即“功利计算”和“逻辑计算”,指出“逻辑”是实现法律形式上现代化的重要工具,但边沁所追求的法律科学化可能陷入现代性的“迷思”。陈寒非先生的《权力、阶级与身体治理——以新中国成立初期土地改革运动为中心》一文,对新中国成立初期土地改革运动进行研究,考察国家权力借助运动式治理方式,将个体转变为“身体”,并对其加以治理的过程。魏磊杰先生所译的美国学者络德睦(Teemu Ruskola)的大作《法律东方主义》,对西方广泛流行的“中国缺乏法律”观点进行反思,通过分析功能主义的局限,提出“法律东方主义”的观点,并以此为起点探讨东方他者(Oriental other)现象;比较欧美不同历史语境下的法律东方主义观点,探讨通过不同方式构建法律主体的可能,主张一种更为开放的比较方法,尝试明晰法律东方主义的当代意涵。蒋海松先生的《东西二元对立的法政叙事及其解构》一文,分析了西方思想中东方专制主义简要谱系,解读了东西二元对立的思维模式,同时结合络德睦的“法律东方主义”,指出把东方政治在一段时间的落后误认为是东西文化本质的不同是一种文化偏见和歧视,因此应反思这种西方话语,构建多元的法律文明。

在宪法领域,沈寿文先生的作品《认真对待文化权利中的政治权利内容和消极权利性质——基于“文化宪法”视角的分析》,反思现行宪法文本中将“文化权利”理解为“社会权利”、“积极权利”的现象;从“文化宪法”的视角重新审视“文化权利”,发掘出其中“消极权利”、“政治权利”的内容,指出“文化权利”中的“政治权利”是根本属性,而“消极权利”性质是“积极权利”实现的前提,从而为全面保障“文化权利”的实现打下理论基础。程迈先生的作品《政党公共资

助法律制度研究》,关注“二战”以后政党公共资助制度在各国普遍兴起反映出的宪政民主发展的新动向;阐述了各国政党公共资助制度的实践形式及设立目的;结合政党公共资助制度实践中的问题提出,有必要加强宪法审查机关和选民的双重制衡,以便政党公共资助制度对政党制度及国家民主政治的发展发挥积极作用。

在民商法领域,张默先生的大作《合同第三人的利益和保护》,关注合同法中对合同第三人的利益的规定,从合同相对性原则和第三人利益、合同第三人的基本概念和分类、第三人利益合同和受益人的权利、第三人利益的取得和保护四个部分进行阐释,指出英美合同法对受益第三人利益的保护所历经的过程对中国合同法有借鉴之处,尤其是对合同相对性原则的再认识有一定启示价值,而确立和完善合同第三人利益保护制度是中国合同法亟待解决的问题。

“评论”栏目选登了三篇文章。其中,林国荣先生的《林肯与美国宪法》一文,从南北战争时期美国宪法遭遇的危机入手,梳理和分析了林肯与阿克顿、道格拉斯以及卡尔霍恩之间的宪法辩论的历史语境和关键原则,阐释了林肯着眼于“个体权利”的宪法理念;指出关于宪法危机的争论实际上更多涉及政治因素;这段历史并非政治理智之事,而是政治意志和道德热情之事。瞿郑龙先生的《“法律制度”解析:概念化与问题化》一文,从当下学界对“法律制度”一词的三种用法入手,选取“legal institution”意义上的“法律制度”进行探究。对目前“法律制度”规则论、组织论、行为模式论、实体论等理论模式的特征及缺陷进行分析,明确法律制度的六种特征,指出“法律制度”在法律理论和法治实践中的重要意义。陈肇新先生的作品《当“提倡”成为义务——承认规则的当下中国意涵》,从分析我国《人口与计划生育法》“提倡”生育一胎的法律规则入手,指出承认规则在中国语境下所具有的不确定性,运用哈特的法律规则说,结合中国的法治实践探讨承认规则,得出法律只有在具体实践中才能成为事实、被赋予权威的结论。

卷首语	(1)
-----------	-----

【专题研讨】

“法治”是否仍然可以作为一个有效的分析概念?	於兴中(3)
论法治主义在日本的形成与发展	江利红(17)
中国大陆法治评估运动的回顾、述评与前瞻	孟 涛(43)
当代中国法治实践中的“转型法理学” ——基于转型中国二元合法性间张力的考察	丁 轶(71)

【论文】

功利、逻辑与现代性

——对边沁法哲学的另类诠释	陈 锐(115)
---------------------	----------

权力、阶级与身体治理

——以新中国成立初期土地改革运动为中心	陈寒非(149)
法律东方主义	[美]络德睦著 魏磊杰译(180)
东西二元对立的法政叙事及其解构	蒋海松(250)
认真对待文化权利中的政治权利内容和消极权利性质 ——基于“文化宪法”视角的分析	沈寿文(269)
政党公共资助法律制度研究	程 迈(282)
合同第三人的利益和保护	张 默(313)

【评论】

林肯与美国宪法	林国荣(337)
“法律制度”解析:概念化与问题化	瞿郑龙(359)
当“提倡”成为义务 ——承认规则的当下中国意涵	陈肇新(388)
编后小记:我们还在路上	(406)
《人大法律评论》稿约	(408)
《人大法律评论》注释体例	(409)

专 题 研 讨

“法治”是否仍然可以作为一个有效的分析概念？

於兴中*

内容摘要：

本文对法治这个概念的有效性提出了质疑，指出了造成法治概念含混不清的若干主要原因，包括对法治这一概念的工具化、人为的割裂、任意解释及政治化。文章结尾强调，应该更多地关注那些能保障公正和权利的具体法律制度和实践。

关键词：

法治 法治国 法治指数 工具化 法的自主性

法治的观念最初产生时不过是一种理想，即用预先制定好的法律规则指导并约束人的社会行为以避免人的任意性。因为法律对每个人都一视同仁，每个人也就有义务服从法律。对统治者是如此，对一般人也是如此；任何人都不可以逾越法律而自行其道。从这种理想出发，产生了法治的若干原则，诸如法律至上原则，法律面前人人平等原则，以及稍后一点的无罪推定原则和罪罚相适应原则等。法治的理想和原则给法治的实现提供了可能性，但有了理想和原则还不等于实现了法治。如果没有体现法治理想和法治原则的法律和制度，很难想象这种理想和原则能够流传下来。于是便有了宪政主义，专门的立法机构、司法机构以及专门培养法律人才的学校。因此，理解法治应该从理想到原则、从立法到司法、从制度到意识各个方面入手，得到一幅完整的图景。

然而，人们往往都会从自己的立场出发，给法治披上一层神秘的面纱。有

* 康奈尔大学法学院王氏中国法讲席教授，杭州师范大学特聘教授，哈佛大学法学博士（SJD）。

关法治及其相关问题的研究文献真可以称得上浩如烟海,学者们提出的看法和观点也足以使人眼花缭乱。有所谓自然法学派的法治观,实证主义的法治观,自由主义的法治观,社会法学派的法治观,现代主义的法治观,后现代主义的法治观等,不一而足,使人无所适从。从任何一种观点出发都可以说出一番自圆其说的道理来。但是,众多的说法并不能帮助人们洞悉法治的真谛,说法越多,法治的概念反而越难理解。

其结果是,“法治”这个概念到20世纪末21世纪初的时候已经成为一个内涵外延都非常混乱的名词。法治似乎已经很难成为一个有效的分析工具。之所以如此,有着十分错综复杂的原因。但有几点主要原因比较明确,兹略作陈述。

第一个主要原因是,联合国和世界银行等重要国际组织出于了解并促进不发达国家发展的需要,将法治予以量化而使其成为发展经济的工具。^{〔1〕} 这种把法治商业化的做法在世界正义工程(the World Justice Project)的“法治指数”(the Rule of Law Index)里得到了充分的反映。^{〔2〕} 该工程在2006年启动,从2010年开始到2014年先后发布了四次所谓“法治指数”。该指数用很细致的社会、政治、法律和经济指标,衡量全世界范围内一百多个国家的法治状况——与其说是法治状况不如说是社会状况。^{〔3〕}

〔1〕 See Stephenson, Matthew, *Rule of Law as a Goal of Development Policy*, in World Bank Research (2008).

〔2〕 世界正义项目(the World Justice Project)(WJP),声称旨在世界范围内推进法治建设的独立的非营利组织。该组织成立于2006年,通过其开展的研究与学术和法治指数项目,寻求提高公众对法治的根本性意义的关注、促进政府的改革以及在社区层面开展具体项目。

〔3〕 WJP *Rule of Law Index* 2014, at <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index> (last visited Jul. 21, 2014). 关于中国法治指数的评论,参见蒋立山:《中国法治指数设计的理论问题》,载《法学家》2014年第1期;钱弘道、戈含锋、王朝霞、刘大伟:《法治评估及其中国应用》,载《中国社会科学》2012年第4期。

世界正义工程对法治的定义反映了形式主义和规则中心主义的基本立场。它把法治这一非常复杂的社会现象或者文明秩序简化为四条模糊的原则,并认为这四条原则是普遍适用的。第一,政府及其官员和代理人向法律负责。第二,法律须清楚、公开、稳定、公平,保护包括个人安全和财产安全在内的基本权利。第三,立法、司法和执法的程序方便、公平且有效。第四,获得正义的途径由胜任、独立并且有道德的审判者、律师或其代表以及司法人员提供。这些人员应该有充分的数量、足够的资源,并能满足他们所服务的社区的需要。^[4]

基于这一定义,世界正义工程提出了一套在不断调整的“法治指数”,并把它作为一件重要事情来做。从世界正义工程 2011 年的报告可以看出,该指数体系共分为 4 组 9 个主题 52 个指数。第一组指数强调了法治的宪法化和制度化,以此来保证执政权力受到约束;第二组指数侧重于法治是以公正、公开和稳定的立法体系为依托;第三组指数重点是法治在不偏不倚的司法过程中的公开、公平与高效性;第四组指数则突出了法治需以独立自主、德才兼备的法律人群体为保障。在 2014 年的报告中是 4 组 8 个主题 47 个指数。

“法治指数”主要利用两大数据来源对法治状况进行分析评估。首先采用“普通人口抽查”(GPP)方式,由资深的专业公司对每个国家中 3 个城市的 1000 名受访者进行抽样调查,每 3 年进行一次;其次采用“专家型受访者问卷”(QRQ)方式,每年进行一次,受访者包括民商法、刑事司法、劳工法和公共健康等各领域的专家学者。

这种做法的积极效果并不明显。因为该指数提供的结果既不具有理论重要性,也不具有现实重要性,所以尽管有比尔·盖茨等名人代言,除了项目的设计者和执行者之外,似乎并没有得到任何国家和个人的重视。反倒是消极的一面更为引人注目。至少,把法治看作一种产品,使它从一种理想和精神的境界降到了技术和工具的层面。这种机械的简化主义态度显然无助于任何国家的法治建设。相反,它以伪科学的手段把法治变成一种工具,从而降低了法治的重要性。当然,在实证研究和量化研究日益风靡的背景下,“法治指数”有可能发生的影响却也不可低估。因此,对它予以评价并指出它的一些致命的缺点是很必要的。

[4] *What is the Rule of Law?*, at <http://www.worldjusticeproject.org/what-rule-law> (last visited Aug. 1, 2014).

第一,该工程的设计者们假定世界上所有的国家都已经走上了法治的道路,因此可以用统一的指标来衡量各地法治的发展状况。然而事实是,世界上实行法治的国家都集中在西欧、北欧、北美或者澳洲。亚洲、拉丁美洲、非洲、中东地区实行法治的国家并不多。因此这种假定一开始就不成立。如果把范围缩小到已经实行法治的国家,也许“法治指数”还能说明一些问题。但把它扩大到全世界的范围,那就是一场出力不讨好的努力。职是之故,这个工程一开始就站不住脚。

第二,该工程的设计依据的是过时的法治理论。这种过时的法治理论顽固地认为法治是在一个整体的层面上发生的,完全忽视了法治存在的时间性和地域性。关于正义、法治、民主等现代社会的主要支柱的最新理解是:无论是正义、法治、民主,还是人权,都发生在具体的情境之中;只有具体的法治、具体的正义、具体的民主,而不存在抽象的民主、正义和法治。

第三,从方法的角度看,这个工程也是不可行的。该工程首先在所调查的国家中随机抽取三个城市,并在所选城市中随机选择一千位受访者。这种随机抽样的方法在某一个城市或者某一个小国家也许可以采用,但在中国、印度和美国这样的大国很难收到预期的效果。更何况法治是一种动态的存在,是由各方面力量,包括法律规则、法官的智慧、法律制度的约束、时代背景的限制等因素之间的相互作用而产生出的一种理想状态。这种理想状态是很难用抽象的静态的抽样调查方式来反映的。

第四,更重要的是,法治本身是一种精神状态。一个地方制定了缜密的法律规则,建立了好的法律制度,或是严格执法并不能证明这个地方就实现了法治。因为归根结底,法治的实质或核心是一种精神现象。一个法官或是政府工作人员是否坚持了法治并不在于他严格地执行了法律规定,而在于他面对多种选择,在诸多权威性的因素中,权衡斟酌,依据理性和法律做出公正的判决或者决定,哪怕是做出不利于政府或者有权有势之人的决定。有时候,严格执法反倒会破坏法治。这种状况岂能用一些数据予以说明!

第五,与此相联系的是法治是一种平衡的艺术。在很大程度上,法治是建立在经验基础上的,只能体会而不能描述。这种艺术只有训练有素、经验丰富并且具有很强的道德责任感和法治意识的人才能掌握并运用。

鉴于以上原因,世界正义工程的“法治指数”成功的可能性并不是很大。它最终很可能会沦为一种政治化的排名游戏。如同形形色色的排名游戏一样,是

当真不得的。

相比之下,联合国对法治的定义虽然没有新意,但也不仅仅着眼于形式和技术层面。“法治是指一个治理原则,在这个原则下所有个人、机构和单位,不论公有和私有,包括国家本身都对法律负责。该法律公开颁布、平等实施和独立裁决,符合国际人权规范和标准。而且它要求采取措施确保坚持这些原则:法律至上、法律面前人人平等、对法律负责、适用法律公平、权力分立、参与决策、法律的确定性、避免独断专行以及程序和司法透明等等。”^[5]这个定义基本上基于当下通行的自由主义法治观。只是联合国也太过于关注对法治的量化,反而欲速则不达。

以中国为例,我们知道 1978 年以来中国的法制建设已经取得了很大的成就。就立法而言,中国政府早就宣布基本上已经建成了社会主义的法律体系,而这个法律体系包括了很多法律部门:宪法、刑法、刑事诉讼法、民法、民事诉讼法、行政法等。就司法而言,中国现在大约有 20 多万名法官。他们工作在全国各级法院里,每天都在非常忙碌地工作着,而且每年全国法院判的案子达到几百万甚至上千万。就执法而言,检察院系统、公安系统以及相关部门的机构在不断健全,执法人员队伍也在不断壮大。如果我们用世界正义工程的“法治指数”衡量中国法律制定的状况,得分一定不低。

然而,人们看得越来越清楚的是,中国在制定了诸多法律之后,并没有很好地跟进这些法律的落实,法律在日常社会生活中并没有发挥应有的作用,结果是有法律几乎等于没法。中国官方一直提倡“有法可依、有法必依”。现在有法可依这方面可能取得了一些成就,但有法必依却似乎还没有起步。因此,没有充分理由说中国已经开始实行法治。世界正义工程 2011 年的报告把中国在基本权利保障方面的现状列为倒数第三名,2014 年列为倒数第四名。基本权利的保障既然如此之差,中国就不可能是一个法治国家,把中国纳入世界正义工程“法治指数”考察的范围岂不是笑话!

[5] *What is the rule of law?*, at http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=3 (last visited Jul. 30, 2014).