

法治中国丛书

法治东西

於兴中 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

法治东西

於兴中 著

图书在版编目(CIP)数据

法治东西 / 於兴中著. —北京: 法律出版社,
2014. 9

(“法治中国”丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6863 - 3

I. ①法… II. ①於… III. ①法治—研究—中国
IV. ①D92



数据核字(2014)第 212556 号

责任编辑 高山 韩满春
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015 年 1 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 固安华明印业有限公司

印张 6 字数 115 千

印次 2015 年 1 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 978-7-5118-6863-3

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法治中國叢書

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

於兴中 法学博士，现为美国康奈尔大学法学院讲座教授，西北政法大學特聘教授，杭州师范大学“浙江省千人计划”特聘教授。1982年兰州大学外语系毕业，获文学学士学位，分配至西北政法学院外语教研室任教。1985年5月至1986年9月，澳大利亚国立大学思想史研究所访问学者，1986年以后任西北政法学院法理教研室讲师。1988年，美国哥伦比亚大学访问学者，1991年取得美国哈佛大学法学硕士学位，1995年取得哈佛大学法学博士学位。1995年到1998年在贝克·麦肯思国际律师事务所工作，1998年3月至6月为北京大学访问教授，1998年8月任哈佛大学法学院高级研究员、讲师，2000年始受聘于香港中文大学，2006年任哈佛大学法学院访问教授，2012年起任康奈尔大学法学院讲座教授。

於兴中教授先后师从澳大利亚国立大学卡门卡教授、悉尼大学郑汝纯教授、美国哥伦比亚大学爱德华教授、哈佛大学安守廉、格伦登、米诺等教授。主要研究领域为法理学、法律与社会理论、法律文化、香港宪政、司法改革。主要著作有《法治与文明秩序》（中国政法大学出版社，2006年）、《法理学检读》（海洋出版社，2010年）、《法理学前沿》（中国民主法制出版社，2014年）等。代表性论文有《中国法律发展中的公私之争》《文明秩序的构成》《中国的法律实用主义》《法学中的现代与后现代》《权威系统与中国宪法》《批判法学与后现代法学》《公民权、意识形态与中国宪法》《秩序与文明秩序》《在中国实施人权公约的文化意义》《自然法学与法的神圣化和世俗化》《强势文化、二元认识论与法治》《价值转换与主体的失落——当代儒学面临的困境》《作为法律文明秩序的“法治”》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,更像是一个“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,包括比如依宪执政、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

前 言

本书集中呈现的是我多年来对“法治”这一人类社会文化现象思考的结果。本书从传统的法治概念入手,指出法治不仅仅是一个概念、一种理想、若干原则或制度,而是一种文明秩序,可以称之为法律文明秩序。建设法治就意味着开发并建立法律文明秩序。那种把法治分为形式性的、实质性的、宽的、窄的、薄的和厚的的看法割裂了法治的完整性,因此是不可取的。作为法律文明秩序的法治包含四个相互关联、相互依存的组成部分:以法治理想及其载体宪法文本为主导的权威系统,以权利和法律为中心的概念范畴系统,以司法制度为社会根本制度安排和以个人权利及法律为依归的文明秩序意识。法治建设必须注重这四方面的综合发展。

在中国现有的条件下实行法治,需要克服各种自然的、人为的、现实的和历史的障碍。实现法治的前提是一个社会必须要诚实,注重权力制衡,相信法律和法官。法律程序的不确定性、非终局性和意识形态化是建立法治的重大阻力。而认真落实宪法,走出规则中心主义的桎梏,从而关注法律的实施和运用,并在此基础上努力解决好解放与发展、权利与关系,以及法官与法律的矛盾和冲突,乃是法治建设的应有之义。本书对这些问题作了适当的解析。

全书分四部分。第一部分简述法治的概念,第二部分阐发作为法律文明秩序的法治的含义,第三部分列举了在中国实现法治的若干困难,第四部分勾画出法治建设应该努力的方向。书中有些内容曾见诸报章杂志,但比较零碎。本书系统地整合了笔者曾发表和未发表的讨论法治的观点,使它读起来具有一定的连贯性和系统性。书中一定存在诸多错漏之处,恳请读者指正。

作者谨识

2014年7月于杭州

目 录

导论：走向并超越法治 001

第一部分 什么是法治？

第一章 法治的概念 011

第二章 法治的历史发展 018

第二部分 作为法律文明秩序的法治

第三章 文明秩序的概念 033

第四章 人的秉性与文明秩序 043

第五章 作为法律文明秩序的法治 061

第三部分 在中国实现法治的困难

第六章 实现法治的前提：诚实社会 073

第七章 文化因素的制约：道德法律规范二元论 079

第八章 国家法制主义与法治 099

第九章 在中国实现法治的十大困难 120

第四部分 最低限度的法治

第十章 认真落实宪法 133

第十一章 尊重法官和法院 143

第十二章 法治是平衡的艺术 153

中文参考书目 175

英文参考书目 177

导论:走向并超越法治

“文革”结束以后,中国人有一种普遍认识:“文革”的悲剧是人治的恶果,中国要想富强,人民要幸福,必须要结束人治,代之以法治。从审判“四人帮”开始,到1982年宪法的制定和一批主要法律的颁布,二十世纪八十年代见证了中国决心走向法治社会的开幕礼。从文化与社会转型的角度来看,从人治走向法治意味着法律制度的建设,法律文化的培养,乃至整个社会框架的变化。

在某种意义上,这种转变面临着一种两难境地:这是一种全新的体验,但这种体验又必须要建立在旧的基础之上。旧的传统并非一堆废墟,它仍然充满活力,时时在制约着这种新的尝试,有时甚至规定着新尝试的航路。而新的体验、新的追求已然成为弦上之箭,不得不发。正是在这种新旧冲突

矛盾的背景下,中国的法治追求开始了步履蹒跚的万里长征。

什么是法治

十多年前,我写了一篇题为《作为法律文明秩序的法治》的文章。文中提出“法治”最初只是一种理想,在轴心时代就已为世人所知。那就是亚里士多德的“人人都应该守法,而且所守之法必为良法”的思想。不过,光有法治的理想,还不足以实现法治。实现法治不仅要靠明确的法治理念、法治原则,而且更重要的要靠与法治理想和原则相适应的制度。这便产生了独立的立法机构、司法机构和法律职业。然而,有了法治的理念、原则和制度,也不一定会实现法治,因为最重要的还是要有法治意识,即无论官员还是民众,都真诚地遵守、尊敬法律。

在这个意义上说,法治从理想开始,后来逐渐发展成了一种文明秩序。只有从文明秩序的角度出发,才可以比较全面地理解法治。直到今天,我还是认为,我对法治的看法是站得住脚的,而且较之亚里士多德的模式、戴雪—哈耶克的模式、富勒的模式、拉兹的模式,以及罗尔斯、德沃金等自由主义者的模式,还有晚近比较流行的所谓薄一厚的模式,应是一种相对全面的看法。而这种看法也只有在法治高度发达的今天才可能实现。

文明秩序是形成一个社会的政治、经济乃至文化秩序的基础,是一种元秩序。法律文明秩序,亦即法治,是人的智性对社会生活的反映,但同时也是对人向善的能力的怀疑。

一般而言,法律文明秩序是一种外向型的、权利本位的、重规则、权威文件至上的文明秩序。作为法律文明秩序的法治由四个方面的内容构成:以法治理想为主导的权威系统、以权利和法律为中心的概

念范畴系统、以司法制度为社会最基本的制度安排和以个人权利及法律为依归的文明秩序意识。

在法治社会中,政治活动被规则化、程序化。政治合法性的意义完全在于被合理化了了的程序的合法性。具体表现在选举程序、立法程序、司法程序及政治参与等方面。与政治的规则化、程序化相一致,法治社会中的经济活动也被规则化和程序化。

和关系经济或者伦理经济相比,可以称之为规则化的经济或市场经济。经济活动以纯粹营利为目的,经济活动的规则公开化、标准化、规模系统化。在法治社会中,社会秩序建立在法律之上,稳定而和谐。社会上只存在纠纷,而鲜有反叛或动乱,因为所有的社会关系都处在法律的调整之中。个人与个人之间的矛盾,个人利益与集体利益、国家利益的冲突都可以通过法律予以公正解决。

走向法治

那么,中国在过去 30 多年的法治建设达到了什么样的水平?中国是否已经进入了法治社会。答案是,由于受到各种条件的限制,中国走向的状态既不同于传统的人治社会,也有别于现代法治社会;既具有人治的特点,也兼有法治的内容。在这种状态下,法律被用作国家建设和社会控制的工具,但并不具有独立至上的地位,而国家则被看作是法律的唯一正当渊源,法的制定者、解释者和执行者,常常可以凌驾于法律之上。我将它定义为国家法制主义。

国家法制主义主要有如下特点:抽象的国家至上观念、规则中心主义的乌托邦理想、实用主义的法律工具论、相对主义的文化观和演绎推理的思维方式。在我看来,中国如要走向法治,在思想上首先应该克服国家法制主义。限于篇幅,在这里不能一一讨论以上诸多特

点。兹仅就规则中心主义、演绎推理的思维方式和行政与司法的关系略作说明。

首先,应该克服规则中心主义的立场。在法制建设的重心上,国家法制主义彻底拥抱了法律实证主义的规则中心主义立场,把法律看作由规则组成的规范系统,认为法制建设的重点在于制定完美的法律规则,而法官的作用就是将制定得完美的规则运用于具体案件,作出判决。用通行的话说,其重视书本上的法律而不重视行动中的法律。

而且定了那么多的法律并不等于就有了法治。这是需要明确的一个常识。

与规则中心主义相适应,国家法制主义的思维方法是演绎性的,即从一个既定的前提出发推导出结论来。这种思维方法的基本模式是亚里士多德的三段式:“凡人皆要死的,苏格拉底是人,苏格拉底会死。”或者,“十五月亮圆,今天是十五,今天月亮圆。”应用在法律的运作上,便是规则+事实=结论。这是一种必然性的推理,结论的正确与否取决于前提的正确与否。因此,规则中心主义才特别强调作为前提的规则的重要性。

这种思维方式符合规则中心主义的要求,但极度简化了法律活动的复杂性。从规则中心主义的立场出发,规则应尽可能清楚、具体,尽可能涵盖可能的法律关系,而法律制度的可预见性和公正性就在于有一批预先制定好的规则作为判案的准则。没有预先制定好的规则,就不可能有运作良好的法律秩序。规则中心主义者是规则决定论者。在他们看来,制定良好的规则加上严格的推理方法是确保司法公正的先决条件。

事实上,在法官作出司法判决的过程中起主要作用的成分,即规