

|天
Borderless
|下

法学新经典

法治国家论

第四版

——卓泽渊 著——

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

|天
Borderless
|下

法学新经典

法治国家论

第四版

——
卓泽渊
著
——

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治国家论 / 卓泽渊著. -- 4版. -- 北京: 法律出版社, 2018
ISBN 978-7-5197-1789-6

I. ①法… II. ①卓… III. ①国家和法的理论—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第313826号

法治国家论 (第四版)
FAZHI GUOJIA LUN (DI-SI BAN)
卓泽渊 著

责任编辑 韩向臣
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2018年1月第4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 32.75 字数 492千

印次 2018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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-1789-6

定价: 108.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

|天
Borderless
|下

博 稽 古 今 融 汇 天 下



卓泽渊 法学博士，中共中央党校政法部教授、主任，博士研究生导师。中国法学会常务理事、中国法学教育研究会副会长、中国法学理论研究会副会长、中国行为法学会副会长、中国特色社会主义法学理论研究会副会长。出版有《法律价值》《法的价值论》《法的价值总论》《法治国家论》《法治泛论》《法政治学》《法政治学研究》等学术专著，以及国家高校规划教材《法学导论》、高校文科教材《法理学》。主编《法学导论》《法理学》等，总主编《法学论点要览》（10卷）等，参编国家教委、司法部教材多部。曾任西南政法大学副校长，中共中央党校研究生院院长等职，挂职最高人民法院司法体制改革办公室副主任。先后入选全国“跨世纪百千万人才”国家级人选，第二届中国十大杰出中青年法学家、中国法学名家、全国首届“四个一批人才”、国家哲学社会科学首届领军人才、国家社科基金法学评审专家组成人员、影响中国法治建设进程的具有突出贡献的法学家等。分别为中共中央十六届、十七届政治局以及中共中央办公厅、国务院办公厅主讲法治讲座，独自担任了国家纪念世界反法西斯战争暨中国人民抗战胜利七十周年依法治国专场新闻发言人。

总 序

法是什么,法的内容是什么,法的功能和价值是什么等问题,看起来十分简单却又十分难以回答。说它们简单,是因为这些问题几乎是所有的法学人和法律人都必须首先学习的,也都能说出一个“子曰”的问题;说它们困难,是因为这些问题几乎使所有的法学家都感到十分棘手,甚至没有人能够自称并同时被大家公认已经毫无疑问地回答了这些问题。历史上众多法学大师都从这些问题起步,并取得了丰硕的成果,但是还没有一个法学家被公认穷尽了对于这些问题的解析与论说。

从法是什么来看:

在西方,从古希腊的苏格拉底、柏拉图、亚里士多德,经古罗马的西塞罗以及著名的五大法学家,中世纪的奥古斯丁、阿奎那,近代的格劳秀斯、卢梭、孟德斯鸠、洛克,直到奥斯丁、庞德、凯尔森,乃至德沃金等人,无不关注这个问题,而且一直探讨这个明知没有结论又要无限追寻下去的问题。20世纪中期,美国法学家庞德一再思考“什么是法律”或“法是什么”。^① 英国

^① 庞德的《通过法律的社会控制》第二章即为“什么是法律?”,《法律的任务》第二章也是“法是什么?”。参见[美]庞德:《通过法律的社会控制·法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版。

的著名法学家哈特写出了专门解析法律概念的著作,书名就是《法律的概念》。^①他们对法的论述,为人类法学发展作出了重要的理论贡献,灿若法学这一浩瀚星河中的点点星光。

在中国,从老子、孔子,经董仲舒、朱熹,到梁启超、康有为、严复以及今天的法理学家,乃至所有法学家,几乎都希望自己能在什么是法的问题上获得真知灼见,并对世人有所贡献。他们对法是什么或者什么是法的问题,提出了种种解答方案,或者供后来者参考,或者为后来者提供一个新起点,以帮助他们去继续那没有终结的探索。先贤们对于法的论述,像火炬一样照亮了人类法学理论的夜空,它们是一把把穿越历史的火炬,引导和照耀后学们一段一段的前进路程。

我显然是一个微不足道的执迷不悟者。积三十多年的学习与研究概莫能离什么是法这一问题之左右。我曾经尝试给法下一个自我的定义。^②但是这依然是难以令人满意的。它只是在中国关于法的若干定义之中的一种而已。我不敢肯定自己更接近了法的本质或内涵。

从法的内容是什么来看:

法的内容是什么?它是一个极小而又极大的问题,但它最起码涉及法的分类等方面的众多学说。法的分类理论很多,具体的种类划分也特别复杂。其中包括宪法、刑法、民法、行政法、诉讼法;公法和私法;成文法与不成文法;等等。其实,这些对于法的划分是很不周延的。因为这些分类主要还是立足于或着眼于制度的法而作出的,忽略了法在存在方式上的观念、制度与现实的三种形态。这三种形态也是法的三个层次。(1)第一种形态或第一个层次——观念的法。观念的法是抽象而普遍的。社会大众可能不学习法律,但是只要他们生活在法律社会中,就会有法的观念,有他们心目中的法

① [美]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版。

② 卓泽渊主编:《法学导论》,法律出版社1998年第一版、1999年第二版、2002年第三版、2003年第四版。其将法定义为:“法是表现为国家意志的,以权利义务为主要内容的,具有普遍约束力和国家强制性的社会行为规范。”卓泽渊:《法学导论》,法律出版社2007年第五版、2014年第二版,将法定义为:“法是由国家制定或认可的,以权利义务为主要内容的,由国家强制力保证实施的社会行为规范及其相应的规范性文件等的总称。”

的“定义”。他们中的许多人尽管不能从理论上对法进行阐释,但是他们关于法的理解是客观存在的,而且影响他们的行为。(2)第二种形态或第二个层次——制度的法。制度的法是明确而规范的。它是以立法的结果状态存在的。立法上,作为制度的法在总体上是规范而严格的。制度的法以具体的法典或判例作为存在载体,或者表现为成文法,或者表现为不成文法。它们具有规范的意义,能够明确地告诉人们可以做什么、不能做什么以及必须做什么。在规范意义上,成文法与不成文法都是明确的,只是表达上具有差异或因表达差异而有所区别。作为制度的法,都是严格的,即使有所模糊也是在有限幅度内的模糊。其含义相对确定,而不可随意变更。(3)第三种形态或第三个层次——现实的法。现实的法是生动而变化的。它存在于社会的现实之中,具体来说,存在于政府行政、检察活动、法官审判以及社会民众的社会生活之中。它通过具体的法律行为、法律文件、法律文书,乃至社会生活的现实来表达,是最生动的法、最富于变化的法。

从法的功能和价值是什么来看:

随着时代的发展、法的发展,对于法的认识也要发展。在我国社会发展中,法的功能、法的价值发生着重要的变化;法的功能观和价值观也应当得到更新。这些问题早已引起了一些法学家的注意和重视,他们还作出了许多精彩的论述,但是关于功能观和价值观这样的最基本的认知还没有得到普遍的认同,一些教科书还固守着早该抛弃的结论。

法的功能是什么?历史发展到现在,这一功能认识也同样必须被修正。到了当代,中国法的功能也许应该被定位为公民权利的保障和社会管理的工具。在现实社会中,法作为公民权利的保障,应该是每个公民乃至每一个人权利的确认者、维护者和保卫者;法作为社会管理的手段,应该是维护社会秩序与实现社会和谐的工具。其规范功能,包括指引功能、教育功能以及社会功能中的社会公共管理职能都应当受到特别重视。法的功能定位应该转化为公民权利的保障和社会管理的工具。

法的价值目标是什么?从20世纪中叶以来很长的历史时期,

我们一直否认法有价值存在,似乎法根本就与价值无关。经过改革开放数十年的发展,我们逐步认识到司法机关及其改革目标都应当在于实现全社会的公平与正义。其实就整个法律来说,其价值目标也应该是实现和维护全社会的公平正义,促进人类的全面自由发展。一个进步的社会,它的法律不是要不要公平正义的问题,而是在何种程度上实现了公平正义,是否真正地符合公平正义?我们必须改变那种既有的对于法的价值的无知状态,科学把握法的价值,推进法学理论的进步,使法的制度及其实施最大限度地符合公平正义。通过对公平正义的追求,最终促进人类的全面自由发展。

对这些基本而重大的理论与现实问题的探讨,也许永远都没有绝对的定论,远无止境。能对法是什么做一个相对合理的回答,能在宏观上对法的内容做些研究,能对法的功能、价值提出新的见解,或能在其中的某个领域有所发现,或能对某个方面的某些问题进行一些探讨,并获得某些成果,实为不易。我只是尝试做了一些浅尝辄止的工作。现在将《法的价值论》《法治国家论》《法政治学研究》集中成一个系列出版,也许可以构成一个粗略的整体,以后还会有新的著作列入。几部著作跨度二三十年,前后不断修订,其中的交错、重复和错漏繁多。这些往复交错的文字,都不过是为了对法有一番言说。在这三种形态或三个层次的法的研究中,我总是把自己在不同时期对于法的本质、功能和价值的认识熔铸于其间,形成了三种形态或三个层次与三个基本认识的交汇,逐步形成了以本丛书为代表的学术认知。

在不自觉与自觉、非理性与理性的人生旅途上,我与法结下了不解之缘。法的神圣、神秘与神异,牵引我不断思考和探索。之所以我能继续这些努力,老师的教导、朋友的关爱、家人的支持都是不可或缺的动力。我愿意把丛书敬献给我的老师、朋友和家人,是他们帮助我敲开了学术之门,使我由此远行。不知道我能走多远,但我深知身后的目光以及那期待的眼神。为了那无限的情谊,我将努力为之!

卓泽渊

2005年3月于海淀大有庄

2017年2月修订

目 录

引 言 法治与法治国家	1
上篇	
第一章 法治国家的概念解析	31
一、法治国家的国家意识	31
二、法与国家的关系解析	34
三、法治国家是法治化的国家	41
四、法治国家与法治社会	46
第二章 法治国家的基本特征	51
一、法治国家与非法治国家	51
二、法治国家的宏观特征	53
三、法治国家的微观特征	61
四、法治国家与国情差异	73
第三章 法治国家的整体法治	78
一、认识法治的整体性	78
二、法治结构的整体性	83
三、法治联系的整体性	85
四、法治时序的整体性	89
第四章 法治国家的理论基础	93
一、理论基础的解读	93
二、民主治国理论	98
三、权力控制理论	104
四、法治优越理论	110
第五章 法治国家的社会条件	116
一、市场经济是经济动力	116

二、民主政治是政治前提	121
三、公民社会是社会基础	124
四、理性意识是文化条件	130
第六章 法治国家与法制变革	143
一、法治国家建设与社会变革	143
二、建设法治国家需要法制变革	152
三、法治国家建设中的法制变革	156
四、中国法制变革的历史特点	163
第七章 法治国家的西方历程	166
一、西方古代法与国家认知	166
二、法治国家的德国模式	174
三、其他国家的法治国发展	188
四、西方法治国家辨识	205
第八章 法治国家的实践反思	210
一、中国与世界的重要基点	211
二、农村与城市的视域范围	214
三、传统与现代的时空背景	217
四、建设与革命的性质判定	224
第九章 法治国家的现实发展	231
一、中国法治国家的初步发展	231
二、民众法治意识的形成	238
三、法治国家建设模式与要素	242
四、法治国家的发展措施	250
第十章 法治国家的未来旅程	258
一、法治的理想结构模式	258
二、法治国家与法治社会的时段	262
三、法治国家建设的现实特点	268
四、影响法治国家建设的主要因素	272

下篇

第十一章 法治国家与法治理念	279
一、法治理念的学理阐释	279

二、法治理念的意义与确立	284
三、法治理念要求树立法律权威	286
四、维护法律权威与人民当家作主	293
第十二章 法治国家与法律体系	297
一、法律体系的法治化架构	297
二、法律体系的整体结构	305
三、法律体系的要素结构	309
四、完备的中国特色法律体系	313
第十三章 法治国家与依法执政	318
一、法治国家必须依法执政	318
二、依法执政是时代发展要求	319
三、依法执政与现实任务	325
四、推进依法执政的现实路径	331
第十四章 法治国家与民主立法	334
一、民主立法与体现人民意志	334
二、民主立法与科学立法	337
三、民主立法与法治建设	339
四、民主立法与立法质量	342
第十五章 法治国家与依法行政	346
一、法治国家的依法行政	346
二、依法行政与法治政府	355
三、依法行政与司法监督	356
四、依法行政的障碍及其克服	359
第十六章 法治国家与司法改革	365
一、法治国家的司法状态	365
二、司法改革与司法公正	368
三、司法改革的主要问题	378
四、体制是司法改革的重点	383
第十七章 法治国家与农村法治	390
一、农村法治及其特殊性	390
二、农村法治建设的障碍	394
三、农村纠纷及其依法化解	401

四、农村纠纷的法治化解决	405
第十八章 法治国家与反腐倡廉	409
一、国家法治化与反腐倡廉	410
二、腐败猖獗的法律原因	411
三、反腐倡廉的目的追求	416
四、反腐倡廉的法治措施	419
第十九章 法治国家与科学发展	432
一、科学发展观指导法治发展	432
二、科学发展观的法治要求	435
三、法治保障科学发展	439
四、促进法治科学发展	442
第二十章 法治国家与和谐社会	447
一、法治国家与和谐社会的联系	447
二、构建和谐社会与构建法治社会	457
三、法治与构建和谐社会	461
四、法治服务于和谐社会的构建	465
第二十一章 中国法治与世界法治	470
一、世界视野的中华法文化	470
二、世界法治的现实状况	487
三、世界法治的历史走向	489
四、中国法治与世界法治的互动关系	496
主要参考文献	498
第一版后记	504
第二版后记	508
第三版后记	510
第四版后记	512

引言 法治与法治国家

一、法治的内涵

(一)先哲的法治思考

最早定义法治的,应当是古希腊的著名思想家亚里士多德。他说:“法治应包括两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^①这一定义包含了两层最基本的含义:一是法治是指已成立的法律获得了普遍的服从,即必须坚持守法原则;二是法律应该本身是制定得良好的法律,即必须坚持良法原则。在亚里士多德看来,良好的法律得到普遍的遵守即是法治。亚里士多德对于法治的定义,是非常宏观的。由于他没有在定义中对良法作出具体的限定,因此就为人们对于良法的理解留下了极为广阔的空间,这一定义也因其宏大的抽象度与概括力而具有了流传千古的不朽意义。不论对于良法作何种定义,亚里士多德的法治定义都为人们所赞同。

英国法学家洛克认为,法治即是政府应该以正式公布既定的法律来进行统治,这些法律不论贫富、不论贵贱都一视同仁,并不因特殊情况而有所差异。美国法学家潘恩也说,在专制政府中国王便是法律,同样的,在自由国家中法律便应该成为国王。其核心思想是要依法治理国家,法律面前人人平等,反对任何组织和个人享有

^① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆 1965 年版,第 199 页。

法律之外的特权。^① 英国法学家戴雪曾解释了法治的含义。他说,“法治”这一词有三个意思,也就是任何人不应因做了法律未禁止的行为而受罚;任何人的法的权利或义务几乎是不可变地由普通法院审决;任何人的个人权利不是联合王国宪法赋予的,而是来自宪法赖以建立的依据。^② 现代西方一些辞书认为,法治是一个无比重要的,但未被定义也不是随便就能定义的概念。它意指所有的权威机构、立法、行政、司法及其他机构都服从于某些原则,这些原则一般被看作表达了法律的各种特性,如正义的基本原则、道德原则、公平和合理诉讼的程序的观念,它含有对个人的至高无上的价值观念和尊严的尊重。在任何法律制度中,法治的内容是:对立法权的限制;反对滥用行政权力的保护措施;获得法律的忠告、帮助和保护的大量的和平等的机会;对个人和团体各种权利及自由的正当保护,以及在法律面前人人平等。^③

我国先秦法家就提出并推行过“以法治国”的“法治”,《中国大百科全书·法学》就认为法家推行过法治理论。“以法治国”的“法治”是法家法律思想的核心,也是它与儒家进行论争的焦点,法家与儒家在政治法律思想上的对立主要表现为“法治”与“礼治”“德治”的对立。法家的“法治”要求“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”,其推行法治的方法主要为“以法为本”,使法令成为人们言行的唯一标准,善于运用赏罚,将法与势、术相结合等。这种“法治”根本不同于后来资产阶级提出的与民主制相联系的近现代“法治”。^④ 中国历史上的“礼治”“德治”乃至“法治”,都不过是人治的表现形式,都不是现代意义的法治。

(二) 法治的含义

法治,在英文中相当于“Rule of Law”,应是以民主为前提和目标,以严格依法办事为核心,以制约权力为关键的社会管理机制、社会活动方式和社会秩序状态,是包括形式法治和实质法治、法治国家与法治社会在内的统一整体。

① 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第114页。

② [英]沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,光明日报出版社1989年版,第790页。

③ [英]沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,光明日报出版社1989年版,第790页。

④ 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第98~99页。

民主是法治的前提。从应然的意义上看,法律是由人民设立的,法律的设立本身就是民主得以实现的结果。尽管实际上对于人民的含义有着不同的理解,人民的范围也因认识主体的不同而有所差异,但是这些都不能否定,在应然的意义上民主应该是法治的前提这一命题。在应然的意义上之所以法治必须以民主为前提,首先,没有民主,法律就不可能是多数人意志的体现。不体现多数人的意志,法律就失去了最基本的社会基础,就难以甚至无法得到社会大众的认同,依法而治就不可能进行。其次,没有民主,法律就不可能在社会中得到有效的贯彻实施。法治主要不是指完备的法律制度,它更要求完备的法律制度在社会中得到切实施行。没有民主,就没有社会公众对于法律的真诚信守,守法就难以成为社会普遍的现象,法治就不能起步和实现。最后,没有民主,法律就可能为专制者所垄断、所驱使。法律在没有民主的前提下,就只能是少数人实行专制统治的工具。法律成为专制手段的代名词之后,法便失去了应有的尊严和权威,结果必然是,人治取代了法治,专制取代了民主。所以,法治必须以民主为基础。

民主是法治的目标。民主应当是法的规定、法的实施和法的实现的基础、底蕴、精神和追求,是法治的目标。民主应贯穿于法的规定、法的实施、法的实现的各个环节和整个过程。民主与法治相对于人类的全面自由发展来说都是手段,相对于立法或执法、守法来说都是目的。在民主与法治二者之间,就局部看,民主、法治的手段与目的关系是相对的,民主与法治相应地互为手段和目的。就总体看,法治只能是手段,民主才是目的。法律或者法治不可能以自身为目的,因为法律或者法治如果最终追求的只是法治,而不是民主,法律、法治都会偏离方向;法律和法治都会因此而失去对于人类的更大价值,暗淡无光;人类也会在所谓“法治”的迷雾中丧失法治、丧失自我。把民主作为法治的目标,实际上是法治对于人的价值的最直接的体现,是将多数人的意志与对少数人的保护的有机统一,也是维护人类整体利益、反映整体意志的需要。民主乃人民主权、多数人的权力、多数人的统治。法治必须在民主的基础上又以民主为目的。不以民主为目标的法治必将演化为人治,甚至专制。

法治的核心是严格依法办事。依法办事是法治的最基本准则,是普遍守法原则的具体化。在亚里士多德关于法治的定义中,可以清晰

地看到他对普遍守法的强调与重视。在他看来法治最核心的就应该是“已成立的法律获得普遍的服从”。即使把良法的因素纳入法治的范畴加以考虑,也可以肯定地说,在立法民主基础上的法治,核心问题就是一个严格依法办事的问题。依法办事甚至是整个法治最直接的要求与体现。没有依法办事,甚至法律都会变得没有意义。离开了依法办事,再好的立法意图也不可能转化为社会的现实,有法不依比无法可依更为可怕。在无法可依的时候,人们渴望着有法,还有希望;在有法不依的时候,人们或许会渴望有法必依,或许会失望甚至绝望。人们常说有法不依等于无法,实际上有法不依恶于无法。作为法治的依法办事首先便是对国家机关及其公务人员必须坚持法律至上的要求。

法治的关键在于制约权力。在人类社会进入政治国家之后,国家的权力就成为最大的社会力量。国家是一种最巨大的社会公共力量,就必须受公共意志所支配,以实现公共意志为目标,为公共意志所约束。首先,国家必须受以公共意志作为表现形式的法律的支配。国家的公共性质一直受到责难,但可以肯定的是,任何国家都不会是由特定的个人所创造的。只要它不是由特定的个人制造的,就必须要用公共的意志来主导其行为。法律至少在形式上是公共意志的明确体现。其次,国家必须依法保护被指称的人民利益。人类设立国家这一公共权力的目的就在于保护自身包括保护其整体以及每个个体的利益。也就是说,国家必须为它的设立者——人民服务,尽管人民和人民利益在很多时候都被曲解,至少在应然的意义是应该如此的。法律在很大程度上就是人民利益的载体,为了人民利益或者被虚指为人民利益,国家也必须遵守法律的规定。最后,国家是一个必须受法律约束的暴力机构。国家由主权者、警察、检察官、法官、法庭、监狱乃至军队组成,具有极大的力量,以至于任何个人都无法与之对抗,无法抵抗其暴力。它作为社会的行为主体,如果不受法律的约束,其权力就可能成为肆无忌惮的暴虐工具。权力拥有者必须受到法律的制约。因为他们一旦不依法办事,破坏法治,就比一般社会主体难以追究,他们的违法犯罪行为对法治的破坏比其他社会主体更为严重,他们是最容易破坏法治,也可能是最严重地破坏法治的主体。所以法治必须首先对拥有权力的机关及其人员实行制约,其目的在于维护和实现法治,否则法治就可能因权力的不受约束而毁于一旦。