

江启疆 著



法治中国

现实与选择

群众出版社

法治中国

现实与选择

江启疆 著

群众出版社

2006年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法治中国 现实与选择/江启疆著. —北京:群众出版社, 2006. 1

ISBN 7-5014-3548-0

I. 法… II. 江… III. 社会主义法制-建设-研究-中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 117727 号

法治中国 现实与选择

著 者:江启疆

责任编辑:张忠华

封面设计:董 睿

责任印刷:张代英

出版发行:群众出版社 电话:(010)67633344 转

地 址:北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

邮 编:100078

网 址:www.qzchs.com

信 箱:qzs@qzchs.com

印 刷:北京国防工业出版社印刷厂

经 销:新华书店

开 本:850×1168 毫米 32 开本

字 数:195 千字

印 张:8.625

版 次:2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-5014-3548-0/D·1670

印 数:0001—3000 册

定 价:17.00 元

群众版图书,版权所有,侵权必究。

群众版图书,印装错误随时退还。

目 录

导论 中西方法治社会生成的不同历史进路·····	(1)
--------------------------	-----

第一篇 依法执政与法治国家

第一章 执政党与依法治国·····	(39)
第一节 确立法律的至上权威·····	(39)
第二节 党的领导权与国家权力实现的关系·····	(43)
第三节 政治廉洁与执政党廉政·····	(50)
第二章 党的执政权与国家职能权力的实现·····	(59)
第一节 正确解决“权与法”的关系·····	(60)
第二节 党政职能剥离，还行政权独立行使于政府·····	(61)
第三节 执政党与国家权力机关、司法机关职能 权力的科学剥离·····	(63)
第三章 政治廉洁与腐败治理·····	(72)
第一节 政治廉洁在于确保党对国家领导权实现的 方式科学化与法治化·····	(74)

第二节	政治廉洁在于保证国家职能权力行使的 独立化与效率性	(76)
第三节	政治廉洁应体现为对权力行为监督的严谨性 与社会化、实效性、制度化	(83)
第四节	政治廉洁在于干部选拔与任用上的严格化与 唯贤而举，腐败治理须从严治党与治吏 相结合	(96)

第二篇 制度完善与依法行权

第四章	完善人大廉政监督权制度	(111)
第一节	完善人大廉政监督权制度的基本理论及现实 成因	(112)
第二节	人大廉政监督权制度完善的几点看法	(117)
第五章	人大代表选举的相关制度问题	(125)
第一节	人大代表选举相关问题分析	(127)
第二节	直接选举中应引入竞争机制	(132)
第三节	建立选民对候选人和人大代表的有效的社会 审查与监督机制	(141)
第四节	广东率先全国在直选中引入竞争机制的若干 问题	(145)
第六章	政治文明与依法行政	(153)
第一节	社会主义政治文明的内涵	(154)
第二节	对行政权行使的合法控制	(156)

第七章 建立审判独立制度	(165)
第一节 我国现行司法体制的弊端.....	(166)
第二节 我国审判独立制度的构想.....	(171)
第八章 精神文明与司法行为认知	(180)
第一节 司法权力与司法行为认知.....	(181)
第二节 司法权滥用与司法行为认知.....	(184)
第三节 精神文明与司法行为认知.....	(189)
第四节 司法保障与司法行为认知.....	(194)

第三篇 和谐社会与依法治理

第九章 群体性上访事件的预防与处置	(201)
第一节 大量群体性上访案件得到妥善解决, 但信访 形势依然严峻.....	(202)
第二节 广东省群体性上访的特点与成因.....	(207)
第三节 构建务实、科学与合理的长效预防体系.....	(216)
第四节 建立科学、高效的处置机制.....	(229)
第五节 加强法制宣传与教育, 全面提高公民的法治 意识.....	(239)
第十章 完善和健全民主与法制, 促进广东经济良性 发展	(242)
第一节 深化政治体制改革, 保障市场经济良性 发展.....	(243)
第二节 进一步完善民主制度, 拓展经济发展的良性	

	空间·····	(245)
第三节	政府权力的运行机制应法制化、公开化和宏观化，加强政府对市场微观经济行为的监督与管理·····	(248)
第四节	顺应世界经济一体化格局，尽快清理、修改和制定市场经济法律法规·····	(251)
第五节	强化司法公正，注重维护司法信用，进一步推进司法改革·····	(252)
第六节	坚持“严打”，贯彻社会治安综合治理的方针，维护社会秩序和经济秩序的稳定·····	(253)
第十一章	依法“严打”整治，维护社会安全·····	(254)
第一节	社会情势的基本判断·····	(255)
第二节	“严打”整治是落实“三个代表”思想的具体体现·····	(257)
第三节	“严打”整治行动必须严格依法·····	(259)
第四节	“严打”整治行动应法治与德治并举·····	(262)
后记	·····	(266)

导论 中西方法治社会生成的 不同历史进路

第一节 简单的历时性描述

历史真实地向我们描绘了中西方国家走向法治社会的不同途径，也向我们展示了不同社会形态的国家在继承或发展人类文明的选择上必须依据国情而不能人为地违背社会发展的客观走向，当然这其中存在着自身内部变革的原因，也存在着外部作用的结果。但是，不同国家在对人类文明成果继承并为其所用这一点上，或许存在着时间差异。虽然不同社会形态的国家在向法治化发展这一问题上客观地表现为一种殊途同归的趋向，但是不同国家对这些人文明成果的主观继承和应用本身就具有了该国社会的同质属性，因此这就形成了不同的社会法治观。西方法治社会的形成应由资产阶级工业革命的推动，从而西方以社会形态更替的方式创造了近代历史的纪元。中国乃至整个东方社会主义国家在当代先后不同地走上社会法治化道路则与当代世界的政治格局、世界经济发展的趋向、国内民主政治的要求、人文科学发展等方面全面更新了人们的社会文明思想和理念难以分割，因此社会内部长久积储的要求变革的动

因就成为了推动社会变革的伟大力量。

就治国理论而言，西方呈现给后世的文明最显著的就是古希腊、古罗马时期出现过的辉煌文明，城邦民主共和政体制度，众多杰出思想家的法治学说和丰富的罗马法传统等，虽然上述共和城邦的出现存在着对原始社会曾经有过的“民主”和“大同”的某些承续的成分，^①当然这也离不开此时期一批理论家就治国的学术思想进行的论争活动和斯多葛学派的巨大推动，但是更直接的则是当时该社会内部已经孕育着的矛盾运动，即生产方式的重大变革、贸易自由的扩大与超出国界（城邦）的自由贸易培育出的原始商品经济的兴起与发展，^②这无疑促进了社会主体的贸易自由范围和贸易主

① 摩尔根经详细史实考证后认为：雅典人建立的这种新的城邦政治共和体制并不是他们新的发明，而是他们氏族内部一直遵循着的原始民主理念。他指出：“从远古以来，在他们祖先的知识和实践中，即已存在民主观念；到了这个时候，这种民主观念得以体现于一个更加精心组织而在许多方面较前更为进步的政府之中……这个果实就是以民主精神组成的国家。”“这个政府本质上也是民主政府，同他们祖先的观念和制度在这一点上是调协的；事实上，它乃是从前的观念和制度顺逻辑发展的后果，也只有这样才能解释得通。”参见摩尔根著，杨东纯等译：《古代社会》（上），253、265页，北京，商务印书馆，1983。

② 摩尔根对当时生产方式描述道：“到梭伦时代，雅典已经出了有能力的人物；各行手艺已经达到了很高的水平；海上贸易已经成为国计民生利害攸关的事业；农业和工业都很先进；用文字写成的诗篇已经开始出现了。”参见摩尔根著，杨东纯等译：《古代社会》（上），268页，北京，商务印书馆，1983。

恩格斯概括了当时简单商品经济已经具有了的四个明晰特征：即金属货币和商人的出现，出现了土地私有制和抵押制，以及出现了作为占统治地位的生产形式的奴隶劳动。参见《马克思恩格斯选集》第4卷，172页，北京，人民出版社，1992。

体范围的扩大,因此在这原始民主的基础上不断扩展的权利范围不仅刺激了社会主体对权利更高层次和更加丰富的要求,同时也促成了罗马法律制度的更趋完善。^①虽然封建社会以其历史的进步取代了奴隶社会落后的生产方式,但是中世纪的黑暗并不能压抑人们对自由的呐喊和对理性的追求,罗马法复兴、文艺复兴和宗教改革运动为迎接资本主义工业文明的来临创造了无数可歌可泣的史诗。理论的先导从古典民主社会^②和以往创造的诸多社会文明中汲取了历史的养分,历经数世纪的奋争,理论的发展中又融合了与时代进步同步的营养,生产方式的逐步变革最终为工业文明即将升起的曙光成就了适合工业文明初期的理论,以及推动了人民主权理念的更新,因此“天赋人权”、“人民主权”、“法律至上”和“法律面前人人平等”等理念在启蒙思想家的理论中得到了全面而深刻的阐述。西方封建社会末期所固有的内在矛盾的激烈冲撞,传统农业经济与新兴的工业经济在全新的人文理论的推动下不可

① 商品经济的一个显著特征,即商品生产与交换的平等和自由,这不仅要求国内市场主体在政治、经济与法律上具有平等地位,而且要求外国的市场主体与国内市场主体在经济与法律上具有特定同等权利。就古罗马城邦而言,罗马国家的形成是因“平民的胜利炸毁了旧的氏族制度,并在它的废墟上面建立了国家,而氏族贵族和平民不久便完全融化在国家中了。”参见《马克思恩格斯选集》第4卷,165页,北京,人民出版社,1992。公元前3世纪左右,罗马的平民无论在政治、经济和法律上都已经取得与贵族平等的地位,享有了完全的公民权,原来意义上的平民已经不存在。随着罗马时期商业的拓展与简单商品经济的发达,尤其是海上贸易的发展及其征服地域扩大使罗马建立了一个开放的世界性的商品经济体系,这造就了罗马人创造了以契约自由为核心的丰富私法体系,并严格区分了公法与私法、市民法与万民法,促使了罗马法更加体系化与完善。

② 为便于叙述,在此将古希腊、古罗马时期曾经出现过民主城邦共和社会制度称之为“古典民主社会”。

避免地发生了革命性的裂变，同时也激发了新兴阶级人性中的时代反抗性。在对抗封建贵族的斗争中，他们以“天赋人权”、“法律至上”、“人民主权”和“法律面前人人平等”等极具煽动性的革命口号与纲领向下层平民描述了一个崭新社会的轮廓，迎合了平民向往新生，渴望自由与平等的心理，并利用他们之中所蕴涵的最为巨大的反叛旧时代的力量创建了资本主义民主共和。无论我们如何津津乐道当代西方法治社会的成熟或“完美”，对人的发展创造了无比自由的空间，我们皆会沉浸于启蒙思想家们对社会所作出的最初的巨大贡献，当然，我们也会回溯古希腊、古罗马时代曾经有过的古典民主共和社会的理论与实践对近代的启蒙。

中国足以为其在五千年文明史中曾经创造的影响了世界发展进程的诸多辉煌文明而感到骄傲，但是遍寻史册的记载，我们则难以发现我国古代社会中曾经有过以任何民主形态为基石的法治国家的遗痕。虽然春秋战国时期，中国曾出现过法家与儒家就国家与社会的治理方式产生过激烈论争，法家的最终胜利造就了历史上我国的大统一，结束了分崩离析的诸侯分治的局面。短暂的秦王朝灭亡，代之而起的汉王朝随之复兴了儒家理论，“罢黜百家，独尊儒术”则成为这之后一直延续至近代的治国主流理论。当然，我们不能对这两种学说作出简单的谁对或谁错的评判，产生于中国本土的这些历史文化毕竟作为优秀文化传统成为中国文明的组成部分，对中国社会发展的进程曾经起过巨大影响，甚至对当代也存在着不同程度的影响与借鉴。实际上，法家的兴起与胜利难以与当时的历史条件、奴隶社会后期的生产方式发展状况相割裂；同样法家理论隐入历史的帷幕之后，儒家的复兴和得以延续至近代也难以与我国的社会人文传统、封建社会

的生产方式和政治制度相割裂。

我国历史上出现过的法家理论并不是近现代语境下的法治理论。该理论所依托的是与民主相对立的专制制度，和不能形成自由贸易经济的以小农耕为基础的生产方式，它所强调的是专制制度下君主实行人治基础上以法治国的特定治国方法，因此该理论也不能与古希腊、古罗马民主城邦共和社会的理论相提并论。虽然我国长达几千年的封建社会中不乏有法律制度的存在和承接，构成了我国较为丰富的法律传统和积淀，但它们并不蕴涵着近现代语境下体现法治要求的法律制度的意义，因为其缺少了民主制度这一重要的政治基础和要求权利平等的自由商品经济的经济基础，因此专制制度和以农耕经济为表现的自然经济状态下的法律不可能表现或肯定民主和权利平等的要求和内容。当然，这并不是说，历史上国人愚昧到不思自由与平等，一味愿意成为历代封建君主和帝王的忠实奴仆。事实上，国人所具有的反叛性或革命性并不逊色西方，历朝历代的农民反抗运动对朝廷的抗争实际上表达了人民渴望自由理想和行动，清朝末年的“维新变法”最为集中地表达了中国自秦汉至清代历史断代间觉醒的知识分子对民主的向往。然而，在中国历史上，生产方式的变革始终没有达到向民主社会转化所要求的全部条件，封建社会末期出现的规模不大的手工业作坊式的生产方式也不足以取代主流的农耕经济，同时也未产生强大的先进理论以抗衡几千年封建社会文化积淀而成的儒家的社会主流人文理念。^① 弱国的事实终而在西方列强的坚船利炮下

① 陈方正先生在谈到近代中国与西方法律发展道路的不同性时认为：“法律在中国为什么没有像在西方那样，形成一个高度精密与思辨性的系统，并且以此形式流传、发展，影响政治、文化、社会？明显的（转下页注）

得以证实。辛亥革命虽然终结了我国封建社会的历史，但是西方的强大和中国的积弱使我们多灾多难的祖国依然无可选择地进入半殖民地半封建社会性质的民国战乱时期。

第二节 西方法治社会的生成

西方工业革命兴起并最终推动西方向法治社会发展而创造了近代历史纪元并不是历史的偶然。这其中决定性的因素不能排除西方奴隶社会时期曾出现过的民主共和城邦、丰富和灿烂的古典法治理论与学说的影响，也不能排除中世纪中后期出现过的罗马法复兴、文艺复兴和宗教改革运动的推动，当然也不能排除资产阶级启蒙思想家们对新的理性思想、观念的普世性宣传，和对建立新的文明社会而鼓动新兴市民阶层进行革命性反叛的倡导。当然，更直接的动力则是源于西方社会本身内部

（接上页注①）答案是中国的大传统重礼而不重法，讲求个人道德修养的儒家是主流，讲究刑律的法家自秦以后便失去势力，这与西方文明源头重思辨的希腊精神以及重法律的罗马精神迥然不同，遂导致后来的发展相异”。参见陈方正：《法律的革命与革命的法律》，载泰格、利维著，纪琨译：《法律与资本主义的兴起》（代序），6页，上海，学林出版社，1996。的确，古希腊的重思辨与古罗马的重法律使西方罗马法复兴和人文主义运动的发生有着直接的历史依据，同时这种产生于奴隶共和社会基础之上的思辨精神与丰富的罗马法传统在经人文主义运动对它们提炼之后又成为启蒙思想家形成新的资产阶级先进理论与观念的基础而影响着近代西方社会、政治与文化的发展。中国历史上没有这种基础，自汉以后绵延的儒家思想作为正宗的封建“道统”驾驭着中国封建社会的政治、文化和法律，从未像西方封建社会“君权神授”的神学观那样受到近代资产阶级启蒙思想家的革命性挑战和批判，这决定了两者必然形成不同的发展之路。因此，近代中国经过改良的法制并不能改变其维护专制制度的本质。

基本完成了经济商品化的过程，即“从农业到商业，再由商业到工业的途径，逐步走出自然经济的低谷，迈向商品化、市场化和资本主义化的发展道路。”^①生产关系的巨大变革孕育着对社会生产力的最大释放，这种源自社会内部最基本、最伟大的生命冲动最终直接改写了世界的历史，创造了近代西方建立资本主义民主共和社会的神话。

（一）古希腊、古罗马时代的民主共和城邦社会与丰富的法治学说、灿烂的思想文化为近代西方法治社会的生成予以了实践与理论的奠基，而中世纪的人文主义运动则为西方近代进入法治社会架起了理论的桥梁

应该说，古希腊、古罗马时期曾经存在过的具有最初法治社会形态的民主城邦共和制度，繁荣、灿烂并延续了数世纪的人文科学与罗马法传统，以及众多思想家的法治理论与学说，使罗马法复兴、文艺复兴和宗教改革运动在中世纪中后期有了发生的源头，从而在某种意义上说，这就使西方近代启蒙思想家们有了承续的理论来源和反复论证应如何建立新型社会的史例。在整个西方封建社会专制时代，一直存在着两个突出的矛盾，即统一于神学政治的文化体系，以及世俗社会与教会的政治对抗、封建贵族与君主在政治利益上抗争而形成的政治分裂。这表现为：全部人文、社会科学皆被笼罩于神学的圣光之中而成为神学的统一奴婢。虽然统治者也亟望以神学和神的无上权威禁锢人们的精神与思想以压制人们对真理、理性与自由的追求和探索，但是即使在最黑暗

① 蒋先福：《契约文明：法治文明的源与流》，204页，上海人民出版社，1999。

的中世纪，人们对自由的呐喊，对理性的追求和对真理的探索步伐也从未停止。教权与王权的分离，以及贵族和国王在利益上的争夺形成的政治分裂，这构成了世俗王权与神权的对抗，贵族与国王在利益上的分庭抗礼，这激起了普世大众对世俗社会的向往和追求。

冻结经济的坚冰在 11 世纪中期逐渐融化，随之而来的是 11 世纪末期和 12 世纪初期城市自治与商业的再次复兴，^① 而在此阶段偶然对古罗马《国法大全》的发现使世俗社会发现了抗争长期统治他们的粗糙的日耳曼法和苛刻而压制权利、自由的教会法的最为恰当的理由和根据。这是因为基督精神长期强制形成的压抑和政治抗争分离造成的无政府状态的社会无序性自然使人们在内心产生出反叛的心理，冀想回归罗马时期有规则整合权利与义务行为的有序城邦社会秩序；复兴的经济带来的更加复杂的经济行为难以以简陋的习惯法和苛刻、呆板的教会法予以调整，同时以政教分离为特点的罗马法迎合了当时世俗王权崛起的要求。^② 上述原因成为了罗马法在西方首次复兴的决定性条件。当然，以历史的眼光认真看待这次罗马法复兴

① 参见〔美〕哈罗德·J·伯尔曼认为：“在紧接着的 11、12 世纪中，农业生产迅速扩展，城市的规模和数量急剧地增大和增加。同时，还出现了一个新的职业商人阶级，他们在乡村和城市从事大规模的商业交易。”〔美〕哈罗德·J·伯尔曼著，贺卫方等译：《法律与革命》，407 页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

② 〔法〕勒内·达维德认为：“随着城市与商业的复兴，社会上终于认为只有法才能保证秩序与安全，以取得进步。以仁慈为基础的基督教社会的理想被抛弃了；不再想在人间建立上帝之国。教会本身更明确地区别世俗社会与信徒的宗教社会、世俗裁判与良心裁判，并在这个时期制定了一部教会私法。”〔法〕勒内·达维德著，漆竹生译：《当代主要法律体系》，38 页，上海译文出版社，1984。

运动，其历史功绩在于：再现了罗马人关于理性、正义、平等和一切服从法律的法治思想一定程度上唤醒了民众的权利意识和重塑了民众的法思想、法观念，并使他们意识到平等、权利与法律之间存在的决定性联系，^①同时也为文艺复兴时期再次复兴罗马法，并使启蒙时期的思想家们将罗马法精神、原则、体系与当时的时代特点与要求结合起来研究，并阐明他们的理论和建立全新意义上的资本主义共和社会的政治主张提供了古罗马时期远不能提供的理论动力。

如果说仅仅局限于法学领域内的罗马法复兴运动难以摇撼统治欧洲数世纪的神权的霸主地位和专横的封建统治，同时也难以使其自身挣脱神学的桎梏，但是它毕竟为文艺复兴运动的兴起进行了必要的铺垫，为人文社会科学全面摆脱神学的统治，以及在政治上对抗神权统治拉开了历史序幕。可以说，以文艺复兴为特征的人文主义运动的伟大之处在于其高扬的“自由、平等、博爱”的伟大旗帜深刻地影响了世界历史的发展，当然囿于历史的局限性，在那特定时代它没有而且也不可能直接推动西方社会直接进入或创建资本主义民主共和社会，但她毕竟还原了人文科学的真实面目，并将人从神的奴仆地位逐步解放出来，启迪了人们心中生而具有的对人类的自然尊重精神，还原了人的尊严与价值，同时使人们经数世纪被压制进而僵化、愚昧的思想重新恢复了理性，并重新以理性思考世俗社

① “罗马法研究的恢复，其结果首先是在欧洲恢复了法的意识、法的尊严，法在保障社会秩序、使社会得以进步方面的重要性……罗马法研究的恢复，首先是把法看成世俗秩序的基础本身这一观念的恢复。”〔法〕勒内·达维德著，漆竹生译：《当代主要法律体系》，48～49页，上海译文出版社，1984。

会的全部活动和行为规则。^①就推动近代法治社会产生的影响而言,文艺复兴时期的人文主义法学者们所作的努力也不同于罗马法复兴运动前期出现的注释法学派或后期的评论法学派的工作,他们旨在注重挖掘蕴涵于罗马法中的自然法精神和真实思想,将它们上升为普遍的世俗社会的政治理念和原则,并因此确立或传播一种普遍社会的法治理念和原则,从而促动了封建社会以神为本的法治观念的衰退和启蒙思想家们以人为本的法治观念的萌生。就此而言,我们可以肯定地说,文艺复兴运动对近代西方法治社会确立所表现的历史功勋,正在于它在古希腊、古罗马时期形成的古典法治思想、法治理论与近代西方启蒙时期的法治思想与法治理论的形成与产生之间起到了一种继往开来、承前启后的作用。^②

(二) 资产阶级启蒙思想家为资本主义法治社会的生成提供了理论和新的思想观念

西方资产阶级启蒙时期是近代资本主义法治理论与国家政治学说形成与奠基的重要史期,它为资本主义共和的建立不仅广泛传播了资产阶级的革命性理论,并且这种长期的理论准备在市民阶层中广泛传播并为他们接受而作为一种新的

① [英] 约翰·西蒙兹认为:“文艺复兴把理智从地牢中解放出来。它既发现了人的内部世界,也发现了外部世界。”转引自张椿年:《从信仰到理性——意大利人文主义研究》,7页,杭州,浙江大学出版社,1993。

② 汪太贤认为:“当然,对近代法治思想,文艺复兴运动直接作用不在于新的理论建构,而在于新旧法治理念的沟通,从而架起了古典法治理论和近代法治理念的桥梁。”汪太贤:《西方法治主义的源与流》,203页,北京,法律出版社,2001。