

政治与法律思想论从第二辑
SECOND SERIES OF POLITICAL AND LEGAL THOUGHTS



法治的追求

——理念、路径和模式的比较

何勤华 任超 等著



北京大学出版社

法治的追求

——理念、路径和模式的比较

何勤华 任超
胡建会 潘小军 著
陈芳洲 刘金平



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法治的追求:理念、路径和模式的比较/何勤华等著. —北京:北京大学出版社, 2005. 10

(政治与法律思想论丛第二辑)

ISBN 7 - 301 - 09704 - 2

I. 法… II. 何… 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 107580 号

书 名: 法治的追求——理念、路径和模式的比较

著作责任者: 何勤华 任 超 等著

责任编辑: 徐 佳 王业龙

标准书号: ISBN 7 - 301 - 09704 - 2/D · 1291

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 16 印张 242 千字

2005 年 10 月第 1 版 2005 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 24.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

汤之《盘铭》曰：苟日新，日日新，又日新。

《康诰》曰：作新民。

《诗》曰：周虽旧邦，其命维新。

是故，君子无所不用其极。

——《大学》

主 编：高全喜

学术委员：李 强 季卫东 王 焱 高全喜
张千帆 曹卫东 杨立范 陈 明
谢鸿飞 刘海波

CONTENTS 目 录

导言	1
第一章 中国法治道路模式的检讨	4
第一节 中国近代以来的法治追求	4
一、中国近代百年对法治的追求	4
二、新中国法治国家目标的提出	7
第二节 中国的法治道路选择及原因	11
一、法治道路模式的种类及比较	11
二、中国的选择	14
三、中国走政府推进型道路的原因	15
第三节 中国政府推进型法治道路的 检讨与批判	17
一、政府推进型道路带来的理论困境	17
二、政府推进型道路的潜在矛盾	24
三、政府推进型法治的现实问题	27
第二章 “自然演进型”法治道路的选择	34
第一节 市民社会概述	34
一、市民社会概念的历史演变	34
二、国家与社会——市民社会理论的分析模式	39
第二节 市民社会与法治	45
一、历史与现实：市民社会的法治意义	45
二、市民社会促进法治形成的内在机制	51
第三节 中国市民社会的演变	66

一、近代中国市民社会的萌芽	66
二、计划经济体制下的社会	71
三、中国的市场经济改革与市民社会	75
第四节 社会演进型法治道路	84
第三章 法治社会的形成	92
第一节 法治理论内涵	92
一、法治理论的当代学说与国际共识	92
二、法治的法律属性	95
三、法治理念的核心——人权保障和权力制约	103
第二节 中国法治社会的基础条件	112
一、法治社会的物质基础——市场经济	113
二、法治社会的政治基础——政治民主	117
三、法治社会的意识基础——理性意识	120
四、法治社会的价值基础——法律信仰	123
五、法治社会的先导——法律家职业群体	127
六、成熟的市民社会	129
第四章 法治社会中的司法独立	133
第一节 司法独立学说与制度的历史发展	133
一、西方国家司法独立理论和制度的历史轨迹	133
二、中国司法独立制度的发展	141
第二节 司法独立的概念、要素及其必要性	142
一、司法独立的概念	142
二、司法独立的要素	147
三、司法独立的必要性	152
第三节 司法独立的实现	163
一、我国司法独立的现状	163
二、司法不独立的原因	167
三、司法独立的实现	171
本章小结	189

第五章 法治社会中的法律职业	
——西欧历史角度的考察	190
第一节 绪言	190
一、西欧中世纪的角色定位	190
二、法律职业阶层的贡献	191
三、法官抑或法学家	192
第二节 英国法律职业阶层的产生	193
一、12—13 世纪英国法律形势的变化	193
二、英国职业法官的兴起	198
三、律师阶层在英国的兴起(1199—1272 年)	202
第三节 欧陆法律职业阶层的起源	206
一、法国法律职业阶层的兴起	206
二、德国法律职业阶层的产生	211
第四节 法律职业阶层对法治文明的传承	217
一、古典法治文明的衰落与残存	217
二、法律职业阶层的作用	218
本章小结	224
第六章 法治社会中的权力控约	226
第一节 权力控约的历史考察	226
一、中国古代权力控约的思想渊源	227
二、中国古代社会权力控约的实践	229
第二节 权力控约机制形成的障碍	233
一、权力控约宪政传统的缺失	233
二、公权系统结构失衡	238
第三节 权力控约的制度建设	241
一、权力控约制度化的必要性	241
二、中国权力控约的制度设计	243

导 言

法治和民主是中国近百年来诸多仁人志士不断追寻的梦想。当今中国,“依法治国”的方略已经正式载入宪法,获得了崇高的宪法地位。追寻和探索一条具有中国特色的社会主义法治道路,进而把宪法的文本规定变为中国的现实,在中国真正实现由人治到法治的转变、实现现代民主,已成为我们所面临的迫切任务。

目前,学术界对法治的应然性问题,亦即法治的内涵已作出大量阐释,在充分论述法治的概念、特征、价值和方向等内容的基础上,绘制出一幅法治蓝图。但是,关于法治的实然性问题,即如何在中国实现法治则少有著者论及。本书研究的目的,即在于通过对中国社会形势的考察,分析最适合中国的法治道路模式,为中国法治道路的选择提供有助益之参考。

本书以人类社会秩序两分法及市场经济秩序理论为基础,分析在中国建设法治社会的具体路径。人类社会秩序分为内部秩序和外部秩序:在社会进化过程中产生的自生自发秩序(内部秩序),独立于人之心智之外而区别于建构论基础之上的外部秩序。它是人之行动的结果而非人之设计的结果,它能为社会个体的自由权益提供更好的保障,符合法治之公平、正义等价值理念。同时,在市场经济条件下,社会成员按契约性规则,以自治与自愿为前提,进行社会、经济及其他活动,推动着国家的法治进程。

基于上述理论预设,我国目前的“政府推进型”法治模式,由于要在一个较短的时间内人为地、强制地完成社会制度和社会法治状况的变迁,因而是不可能实现的,必须转向“自然演进型”模式,在社会发展过程中自发形成法治。该种转向必须以市场经济的形成和完善为前提,并以民主制度的完善、社会整体法治意识的提高、法律职业阶层的兴起

等为保障。因此,中国的法治目标应当在市场经济形成、民主制度完善的基础上通过社会本身的自然演进来实现。而在上述演进过程中,借鉴西方法治社会形成之经验,需要在司法独立、法律职业阶层的形成和权利控制等方面做大量的工作。

遵循上述思路,本书分为六个部分:

第一部分,法治的追求与中国法治道路的检讨和批评。作者从介绍中国近代以来的法治追求历程入手,分析了政府推进型和自然演进型两种法治道路模式的内涵及适用的社会环境。在此基础上,作者得出结论认为,最适合中国的法治道路应当是自然演进型法治道路模式,但保留适当的政府力量。

第二部分,自然演进型道路模式的选择。市民社会推动了西方近代法治的形成,它也将成为促进中国法治形成的内在机制。但是,中国经济改革与市民社会的重构最为突出的特点就是体现了鲜明的阶段性和渐进性,同样,法律转型也只能是一个渐进性的发展过程,而不可能呈跳跃性的发展过程。因而,我们的法治道路模式只能以自然演进型为主,依靠社会自身的推动力最终达到法治目标的实现。

第三部分,法治社会的形成。作者在这一部分论述了法治社会形成所需要的条件、法治社会的评价标准及中国走向法治社会需要解决的一些问题。

第四部分,法治社会中的司法独立。作者介绍了司法独立学说与制度的历史轨迹,并对司法独立的概念、要素及其必要性进行了论述,在此基础上指出了在中国实现司法独立的途径。

第五部分,法治社会中的法律职业阶层。通过对西欧中世纪法律职业阶层形成及其在传承法治文明中作用的考察,指出法律职业者对西方法律传统形成的作用,以期为我国目前正在兴起的法律职业阶层的定位提供借鉴。

第六部分,权力控约是权力自身的要求,因为权力是人类手中的双刃剑,在给人类带来福祉的同时又极易为人类所滥用并带来灾难。中国的权力控约存在着诸多障碍,但也应当看到其光明的前景,并为之努力。

在探索中国法治建设路径的过程中,虽然我们尽力而行,并取得本

书之成果,但是,对于法治道路这一宏大主题的叙述,我们的努力还只是沧海一粟。限于时间的短暂和篇幅的短小,有些问题的论述还未能完全深入和详尽,错误之处亦在所难免,敬请读者诸君指正。我们将继续努力前行。

何勤华

2005年4月于上海华政园

第一章 中国法治道路模式的检讨

1997年10月,中国共产党十五大报告明确指出:“依法治国是党领导人民治理国家的基本方略”;1999年3月,九届全国人大二次会议通过的中华人民共和国宪法修正案明确规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”上述事实说明,“依法治国”的治国方略和“法治国家”的治国目标最终在中国确立。

“依法治国”方略和“法治国家”治国目标的确立,是中国在20世纪最后十年所作出的最具有深远历史意义的战略举措之一,它不仅将对中国21世纪上半叶的民主法制建设实践和中国的经济、社会现代化及其历史进程产生巨大的影响,而且也将对此后的中国社会历史的发展产生深远而广泛的影响。

“依法治国”方略和“法治国家”治国目标确立之后,中国在实践中面临着—个“法治道路”模式的选择问题。由于历史和现实的社会条件的限制和制约,中国选择了一条“政府推进型”法治道路的发展模式。下面,我们拟对中国选择“政府推进型”法治道路的发展模式的深刻历史和现实原因,中国“政府推进型”法治道路在实践中存在的问题及潜在危险,以及模式如何转换等问题,作—粗浅探讨。

第一节 中国近代以来的法治追求

一、中国近代百年对法治的追求

中国古代并没有西方意义上的法治学说或法治实践,有的仅仅是将法作为手段或工具,体现为“以法治国”含义的法治。西方意义上的法治,尤其是西方资产阶级所主张的法治,在中国是近代才从西方引入的。梁启超等人是引入西方法治概念的第一批中国思想家。他在《中

国法理学发达史论》(1904)一文中就多次使用了“今世之法治国”的用语,并认为,“法治主义,为今日救时惟一之主义”^①。他在《管子传》一文中专门论证了管子的法治主义,并说:“今世立宪之国家,学者称为法治国。法治国者,谓以法为治之国也。夫世界将来之政治,其有能更微于今日之立宪政治者与否,吾不敢知。籍曰有之,而要不能舍法以为治,则吾所敢断言也。”^②

由康有为、梁启超等人倡导的法律变革,其目标就是要建立中国的法治或把中国建设成为法治国家。由此推算,法治国家已经是中国的百年梦想,也可以说是中华民族未了的百年心愿。

1895年,腐败无能的清政府在甲午战争中惨败给后起的资本主义国家日本,再一次处于割地赔款的境地。民族危机的日益严重,深深刺激了中国的知识分子。以康有为为首的中国知识分子一千三百余人发动了“公车上书”,认为“使前此而能变法,则可以无今日之祸,使今日而能变法,犹可以免将来之祸”^③,提出了拒签和约、迁都抗战、变法图强的主张,而在三主张中又尤重变法。

康有为主张:“立行宪法,大开国会,以庶政与国民共之,行三权鼎立之制,则中国之治强可计日待也。”^④梁启超也认为:“法治主义,为今日救时惟一之主义。”^⑤这实际上是中国民众法治之梦的开篇,是中国启动法治建设的准备。

1898年,光绪帝接受变法主张,颁“定国是”诏,重用变法维新人士,颁布了数十道维新法令,推行新政,内容涉及政治、经济、军事、文教等诸多方面。这就是历史上著名的“戊戌变法”。“戊戌变法”虽然仅有百日,且尚没有要在中国实现近现代“法治”的明确意识,但其无疑是中国政治当局谋求法治的朦胧开端。

在经历了大的动荡——义和团运动和八国联军入侵之后,维新派的

① 梁启超:《中国法理学发达史论》,载《饮冰室合集·文集之十五》,中华书局1989年版,第43页。

② 梁启超:《管子传》,载《饮冰室合集·文集之二十八》,中华书局1989年版,第14页。

③ 卓泽渊:《中国法治的过去和将来》,at <http://www.juristical.com/books/jiazhi/36.htm>。

④ 转引自刘瀚:《依法治国基本方略》,学习出版社2001年版,第39页。

⑤ 梁启超:《中国法理学发达史论》,载《饮冰室合集·文集之十五》,中华书局1989年版,第43页。

主张实质上又重新为清政府所采用。1901年,清政府发布了“变法自强”的上谕,拟制了宪法性文件、民律草案、商律草案、新刑律、刑事诉讼律、民事诉讼律,以及关于警务、新闻、教育、金融、税制,甚至商标、国籍等方面的行政法规,开创了与当时世界发达国家类似的六法体系,开始了中国法制发展的重大改革,迈开了中国法治化的漫漫征程的第一步。1902年,清廷降诏任命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣,要求他们“将一切现行律例,按照交涉情形,参酌各国法律,悉心考订,妥为拟议,务期中外通行,有裨治理”。自此以后,数千年固有的中国封建法制模式被逐渐抛弃。

1911年孙中山先生领导的辛亥革命,推翻了中国的封建帝制,建立了具有资产阶级性质的中华民国政府,也建立了与该社会转型和政权性质相适应的资产阶级法制。1911年12月3日颁布了《中华民国临时政府组织大纲》,1912年3月11日颁行了《中华民国临时约法》,根据资产阶级三权分立模式第一次在中国历史上确立了中华民国的民主政治体制。该临时约法规定,“中华民国之主权,属全体国民”,承认人民享有广泛的权利和自由。

《中华民国临时约法》的颁行,标志着中国资产阶级法制的正式确立。同一时期,南京临时政府颁行了一系列单行诉讼法规、刑事法规、民事法令等。这些法令的颁布,初步确立了资产阶级的宪法、行政法、民事法、刑事法及司法体制,在有着两千多年封建历史的中国第一次树立了“帝制非法”、“共和合法”的观念,在中国近代法治史上留下了值得一书的一页,开创了中国法治化的历史先河。

辛亥革命后的法治发展,还经历了北洋政府和国民党政府统治两个发展时期。总体而言,这两个时期在形式方面进一步补充和完善了资产阶级法律体系。但在法治的内容和价值理念上,却继承和保留了一些中国封建法律文化的成分,某些方面更是吸收了一些法西斯主义的法律制度,司法操作则采用和表现出一些野蛮、残酷、非人道的封建主义司法手段。基于历史的局限,他们根本就无法把法治国家的口号喊响,更不可能提出建设法治国家的目标。

二、新中国法治国家目标的提出

(一) 法律虚无与法治缺位

1949年,中华人民共和国成立。在中国共产党的领导下,我们开始了建设社会主义的壮举。虽然新生的共和国面临着建立和巩固新政权的重大任务,但在当时,国家领导人十分重视民主和法制建设,在一些重大而紧迫的问题上,注意用法律的方式解决问题。

1949年第一届中国政治协商会议制定的《共同纲领》以及同期通过的国家机构组织方面的法律,确立了新中国政治、经济、文化、军事、外交等方面的基本框架。虽然当时正处在新民主主义向社会主义过渡时期,政局不稳、社会动荡、经济正在恢复,立法活动多限于单行立法,尚无条件进行系统的立法,但是,自1954年9月第一部宪法颁布到1957年6月“反右派斗争”开始,新中国的法制建设仍然达到了高潮。1954年宪法的颁布,不仅正确规定了过渡时期的总路线,而且理顺了国家机关之间的关系,确认了公民的基本权利和义务,为新中国的法制建设打下了良好的基础。

1957年6月到1966年5月,受“左”的错误思想的影响,法律虚无主义盛行,新中国法制建设步入低潮。法治观念和“公民在法律面前人人平等”的宪法原则受到错误批判,全国人大的立法活动基本停滞,公、检、法的地位大为削弱,司法领域中的辩护制度、律师制度基本被废除,是否应“依法而治”成了疑问。首先,当时人们对马克思主义的理解存在错误,认为法律就是一个历史的存在,而且是与剥削阶级社会联系在一起的。到了共产主义社会,法律便要进入博物馆。事实上,苏联立国之初,也一度试图走消灭法律之路。其次,20世纪30年代之后确立的斯大林模式对我国影响至大。最后,毛泽东作为革命领袖所赢得的巨大声望和独特的个人魅力,在20世纪50年代之后成为法制建设的负面因素。

这样,我们走上了所谓“运动治国”之路。顾名思义,运动治国依赖范围广泛的群众运动,可以说是人治论的恶性变种。在那里,具有确定性的法律和权利都是不存在的,甚至罪与非罪的边界也变得模糊不清,行为的后果常因人而异,因时而异。司法机关也成为斗争机关,为了斗

争,可以置基本的法律程序于不顾,而仅仅需要站稳所谓立场,保持所谓旗帜的鲜明。理性主义蒙尘,道德主义盛行,本应当明确的法治国家目标不仅没有得以明确,甚至还没有来得及明确,人为夸大的阶级斗争就取代了一切法治建设。法治作为反动的资产阶级的东西被加以彻底批判,人们忌讳谈及法治二字。

(二) 改革开放背景下的法治建设

在上述背景之下,20世纪70年代末开始的法治建设历程显现出历史的重要性,因为它代表着中华民族命运转变的一个重要契机。人们最终认识到,法治是通向自由、和谐以及繁荣富强的不二法门。新一轮的法治建设开始启动,接下来的二十多年,又可以划分为以下几个阶段:

1. 拨乱反正,法治建设进入恢复和起步阶段(1978年—1981年)

1978年宪法的颁布,明确了我国新时期的总任务是实现四个现代化,强调了必须发扬社会主义民主和加强社会主义法制。1978年宪法的这一特征,虽然不能表明其已经开始了社会主义法治建设,但是它为社会主义法治建设作出了经济、政治、法制三个方面的准备。十一届三中全会前,邓小平同志在中共中央工作会议上讲话指出:“为了保障人民民主,必须加强法制。必须使民主制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。现在的问题是法律很不完备,很多法律还没有制定出来。往往把领导人说的话当作‘法’,不赞成领导人说的话就叫做‘违法’,领导人的话改变了,‘法’也就跟着改变。”^①

这实际上是宣布了我党以法治代替人治的决心。1978年12月,中国共产党十一届三中全会召开,社会主义法治的准备得到了党的政策的升华。这次会议制定了以经济建设为中心的政治路线,果断地废止了“以阶级斗争为纲”的口号,作出了把工作重点转移到社会主义现代化建设上来的战略决策;提出了健全社会主义法制和加强社会主义民主的方针;审查和解决了党的历史上一批重大冤假错案和一些重要领导人的功过是非。这次会议被誉为“开创社会主义现代化建设新局

^① 《邓小平文选》第2卷,人民出版社1993年版,第146页。

面的伟大起点”,社会主义法治的准备阶段被进一步确立。^①

2. 制定新宪法,推动法治建设走向纵深发展阶段(1982年—1991年)

1982年宪法的颁布和施行,是新时期法治建设的一件大事,标志着我国社会主义法治建设进入了一个新的阶段,法治建设在普法、立法、法律实施和加强执法监督等方面全面展开。

1982年宪法及1988年宪法修正案就是这个准备阶段法治发展状况的标志。从经济制度的角度看,它为市场经济的提出及法治建设进行了准备。这一宪法从根本大法的角度确立了我国社会主义初级阶段的基本路线为“一个中心,两个基本点”,即以经济建设为中心,坚持四项基本原则,坚持改革开放;规定了我国社会主义经济制度的特征为,以生产资料公有制为主体,多种经济成分并存,以按劳分配为主体,多种分配形式并存。与此相适应,这一宪法还具体确认了城乡劳动者个体经济、私营经济和外资经济在我国经济体制中的地位 and 作用,规定国家要保护其合法权益。从政治制度的角度看,它也为市场经济的提出及其法治建设进行了准备。宪法扩大了全国人民代表大会常务委员会的职权,加强了人民代表大会制度;赋予了省级人大及其常设机构地方性法规制定权;规定了国家领导人的任期制和期限制,从而废除了国家领导职务的终身制,等等。

党的十三大则提出了社会主义初级阶段的理论,系统地阐明了我国社会主义初级阶段的基本特征、主要矛盾、根本任务以及党在社会主义初级阶段的基本路线和指导方针。十三大报告把“高度民主,法制完备”作为建设有中国特色社会主义民主政治的一项基本内容和实现国家长治久安的重要保证,并提出“法制建设必须贯穿于改革的全过程”的思想,有力地推动了法治建设的纵深发展。

3. 适应建立市场经济体制的要求,法治建设进入全面发展阶段(1992年—1996年)

1992年召开的党的十四大,在确立社会主义市场经济体制的同时,把加强法制建设作为一项关系全局的工作任务,指出:“加强立法工作,

^① 参见卓泽渊:《法治国家论》,中国方正出版社2001年版,第30页。

特别是抓紧制定与完善保障改革开放、加强宏观经济管理、规范微观经济行为的法律和法规,这是建立社会主义市场经济体制的迫切要求。”根据形势发展需要,1993年宪法修正案将1982年宪法中原第15条关于计划经济的规定,即“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济。国家通过经济计划的综合平衡和市场调节的辅助作用,保证国民经济按比例地协调发展”,“禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序,破坏国家经济计划”,修改为“国家实行社会主义市场经济”,“国家加强经济立法,完善宏观调控”,“国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序”,从而启动了中国经济市场经济及其发展中的法治建设。

1993年11月中国共产党十四届三中全会通过的《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,从党的政策的角度进一步深化了上述宪法修正案。它明确提出要建设社会主义市场经济体制,要高度重视社会主义市场经济建设中的法制建设。它指出,社会主义市场经济的建立和完善,必须有完备的法制来规范和保障。要高度重视法制建设,做到改革开放与法制建设的统一,学会运用法律手段管理经济。法制建设的目标是:“遵循宪法规定的原则,加快经济立法,进一步完善民商法律、刑事法律、有关国家机构和行政管理方面的法律,本世纪末初步建立适应社会主义市场经济的法律体系;改革、完善司法制度和行政执法机制,提高司法与行政执法水平;建立健全执法监督机制和法律服务机构,深入开展法制教育,提高全社会的法律意识和法制观念。”

1996年,第八届全国人民代表大会第四次会议制定的《国民经济和社会发展的“九五”计划和2010年远景目标纲要》,更是明确地指出,到21世纪初要初步建立社会主义法治国家。中国共产党十四届六中全会通过的《关于加强社会主义精神文明建设若干重要问题的决议》,再一次肯定了依法治国、建设社会主义法治国家的社会理想。

4. 明确提出依法治国、建设社会主义法治国家的基本方略,法治建设进入崭新阶段(1997年以来)

1997年,在党的十五大上,江泽民同志明确提出要“进一步扩大社会主义民主,健全社会主义法制,依法治国,建设社会主义法治国家”。这标志着中国共产党的领导方式、执政方式的改革和成熟,是我国近二十年来法治实践的理论升华。十五大报告对社会主义民主法制建设提