

法治 误区论

池海平◎著

 希望出版社

法治误区论

池海平 ◎ 著

希望出版社
2004年12月

初版：2004 年 12 月

First Published: December 2004

版权所有 • 翻印必究

All rights reserved including the right of reproduction in whole or in part in any form.

海外发行需得到出版单位授权

Authorization from the publisher is needed for distribution in overseas.

法治误区论

作 者： 池海平

责任编辑： 许春友

封面设计： 夏 荷

出版发行： 希望出版社

Hope Publishing House

电 话： (65) 6795 7270

传 真： (65) 6399 2645

电子邮件： info@hopepublish.com

网 址： www.hopepublish.com

国际书号： 981-05-2663-6

定 价： S\$18.00

印刷： Laser Image Pte Ltd

如图书出现印装质量问题，请与本社联系调换。

序

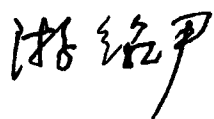
新中国法治建设已走过五十多年的历程，它曾有过辉煌，也曾遭受到挫折，认真总结建以来中国法治发展的历史经验与教训，是每一个从事法学研究和法律工作者义不容辞的职责。它对于今天中国法治建设的健康发展具有积极的意义。池海平同志的新作《法治误区论》是他在多年从事法学教学和研究工作，并吸收国内学者最新研究成果的基础上，几阅寒暑，呕心沥血，积极探索的结晶，为我们进一步探索这一问题提供了一个良好的开端。

全书共分为六章 33 小节，约计 30 万字，就总体而言，内容充实、论点鲜明、结构严谨、层次清晰。从法治的概念到法治学说的历史进化；从新中国法治发展的历史回顾与反思，到中国法治建设中的几个理论问题，再到中国法治的误区及对此的矫正等诸问题，都作了较系统较全面的具体阐释。书中有失误的挫折，也有成绩的辉煌；有材料，也有分析，构成了一个较完整的体系，有助于读者对法治误区问题有一个较全面的了解，因而具有较强的说服力和可读性。

据我所见，对中国法治误区问题的论述，在国内学者的研究中，尚没有像本书这样作全面探索和研究，多限于对其中某一问题的论著。作者经过辛勤努力，积极探索，较全面地提出了自己的观点，其中不乏作者的独到见解，从而填补了中国法治研究问题的空白。虽然其中也存在着一些值得商榷的地方，如有些提法还须进一步推敲与研究，但这种敢于探索的精神是值得肯定的。

还应该提出的是，作者在分析中国法治误区问题及其矫正问题时，力求理论与实践相结合，例举了大量近期发生在我们身边的案例来说明问题。这种研究方法，体现了作者求真务实的精神，是值得提倡的。

众所周知，中共十二大在总结历史经验教训的基础上，明确提出了“党必须在宪法和法律范围内活动”基本原则，随后将其载入宪法，成为国家政治生活的一项基本准则。这是对马克思主义政党学说和治国理念的历史性发展。最近，中共十六届四中全会通过的《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》再次重申：“要坚持依法治国，领导立法，带头守法，保证执法，不断推进国家经济，政治、文化、社会生活的法制化、规范化。”这为我国建设社会主义法治国家提供了根本保证，是我国历史上法治建设已有成效并大有希望的时机。是为序。路就在脚下，上下一心努力吧。

A handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '游', '经', and '尹'.

2004 年秋于武汉住所

目录

序

引言·····	1
第一章 法治的概念·····	7
一、法治的概念及其内涵·····	7
二、法治的基本条件和基本原则·····	20
三、法治的优越性和局限性·····	41
第二章 法治理论的历史演变·····	45
一、法治的发端：对王权的限制·····	45
二、自由法治的形成·····	50
三、自由主义法治的巩固和发展·····	58
四、功利自由法治和新自由主义法治·····	63
五、戴雪的放任自由主义法治观·····	69
六、建立在新自由主义上的积极法治·····	72
七、形式法治论·····	78
八、法国启蒙思想家的法治理论·····	83
九、德国法治国理论的历史发展·····	88
第三章 新中国法治发展的历史回顾与反思·····	101
一、建国初期对国民党旧法统废除的历史回顾与反思·····	101
二、1952 年司法改革运动的历史反思·····	111
三、1957 年后中国法制的停滞与毁灭·····	120
四、中共十一届三中全会后,中国法治的重建与发展·····	136
五、现阶段中国法治所面临的危机·····	145

目 录

第四章 中国法治建设中的几个理论问题·····	156
一、法治与法制·····	156
二、法治与人治·····	162
三、法治与德治·····	169
四、法治与政治·····	178
五、法治与党治·····	188
第五章 中国法治的误区·····	196
一、法治文化观念的误区·····	196
二、立法的误区·····	211
三、行政执法的误区·····	224
四、司法的误区·····	233
五、守法的误区·····	241
六、法律监督的误区·····	248
第六章 法治误区的矫正·····	259
一、重塑人们的法治观念，确立以人为本的法治理念·····	259
二、完善现行立法体制，建立科学的立法机制·····	271
三、改革现行行政体制，树立依法行政的现行行政执法理念·····	296
四、改革现行司法体制，重塑司法公正的司法理念·····	308
五、完善法律监督体制，建立科学的法律监督机制·····	328
主要参考文献·····	341
后记·····	342

引 言

法治作为一个国家安国治邦的手段，自古以来受到人们的普遍关注，也成为衡量现代世界各国政治文明发展程度的一个重要手段。1949年，伴随着新中国的诞生，法治也成为中国共产党人追求的治国目标而受到重视。然而，究竟什么是法治，法治究竟应达到怎样的程度或法治应当具备怎样的条件则历来引起人们的广泛争论。人们在对法治的认识上以及法治建设进程中存在这样或那样的设想，人们在按照自己的理念去构造法治的天地，按照自己设想的模式去构建法治的大厦。也正是由于人们认识的各不相同，法治误区现象也就应运而生，这种法治误区现象也必然在一定程度上影响着法治的进程。

那么，究竟什么是法治误区呢？在笔者看来，所谓法治误区是指在一国法治进程中，由于人们认识的偏差而导致法治出现的错误现象。这种错误现象的产生一方面是由于人们自身对法治认识的不同所产生的，另一方面也可能是由于法治自身的局限性和片面性所造成的。因此，在一国法治建设中，如何去正确认识法治误区现象，采取何种手段去纠正法治误区现象，使法治的构建达到最合理的状态是一国法治建设中必须面对的一个理论与现实问题。

1976年，历时十年的文革的结束，中国人民在恶梦中醒来，人们在沉思着这样的问题：为什么在二十世纪的六十年代，在现代文明发展的今天，在中国大地上会上演文革这样的历史闹剧，作为中华民族精英的中共第一代领导集体为什么没有能力去阻止这出闹剧的上演以至使它长达十年之久。人们在痛定思痛之后，无疑把目标放在法治制度建设上来，人们企盼法治，企盼通过构建有序的法治体系去避免文革历史闹剧的重演，使中国走向稳定的发展之路。

也正是由于人们对法治的这种企盼，使中共十一届三中全会作为新中国历史发展的里程碑而载入史册。中共十一届三中全会以来，中国法治建设取得了令人瞩目的巨大成就。中国从来没有像今天这样稳定地立于世界之林，中国也获得了更大的发展空间。

当我们庆贺成就之时，也不能不看到，三中全会以来，中国法治进程中也出现了这样或那样的问题，出现了这样或那样的矛盾，特别是进入市场经济体制以来，中国法治建设也面临着巨大的危机与挑战，这种危机的产生有新体制的原因，而更重要的则来自于传统法治观念误区的影响。这种传统法治观念误区的影响如同一个无形的巨手，它阻碍着中国法治的进程，也影响着人们对法治的正确理解。

例如，2004年5月，伴随着中国国奥足球队失去进军雅典奥运会的最后机会，一位湖南球迷以中国足协为被告人，打起了1元钱的官司，状告中国足协不作为为由，赔偿其精神损失1元钱。这事件被某些新闻媒体迅速炒作，现某法院已受理这起1元钱官司。联想起这近几年来，在中国大地出现了多起类似案例。我无意于指责这类案件的原告人，因为诉讼是他们的一项权利，他们有权使用这一权利。但应当提出的是，这类诉讼的法律意义究竟何在？按照诉讼成本理论来衡量，这类诉讼无疑是诉讼成本的巨大浪费，从这个意义上说，这种诉讼可以称为非正常或非正当诉讼。当然，隐藏在这类诉讼后的其它原因则不属于笔者探讨的范围。这类诉讼的出现，在笔者看来，其积极一面表明，中共十一届三中全会以来，中国国民的整体法律意识有了巨大的进步，从过去几年来的重调节、恶诉讼的传统观念中挣脱了出来，人们已经开始用法律的手段，用诉讼的方式维护自己的合法权益。而其消极面也是显而易见的，这种诉讼权的不当行使，是对国家有限的司法财力和人力的巨大浪费，也是对诉讼的一种“戏弄”。这种诉讼权力的不当行使，不能不说与人们对法治理解的片面性有密切的联系。

近些年来，在中国法治建设中，特别是治理犯罪中，“严打”似乎已成为治理犯罪的唯一有效手段，1982年起，“严打”此起彼伏，“严打”也成为一年之中司法工作的重中之重。而与“严打”相配合的各类“专项整治”也层出不穷，以至于人们在对刑法的理解上出现了一个重大的误区，似乎从严是刑罚的唯一手段，人们在对刑法修改的讨论中可以听到一片“严”声，甚至有些人不惜将某些道德问题也要纳入刑法调整的领域。如近几年来，笔者就曾看到某些人民代表或专家在刑法修改中建议增设“见死不救罪”，“见危不救罪”的罪名。这无疑是将法律与道德问题混为一谈，这种作法无疑是一种对法治的错误理解。这种严打的实际效果又如何呢？有关方面统计，自1983年“严打”以来，除1983年底至1984年中国刑事犯罪率呈下降趋势外，而近些年来，中国刑事犯罪率一直呈上升的趋势并高踞不下，人们不得不反思，“严打”究竟对中国社会治安的综合治理起到了怎样的作用，“严打”的实际社会效果如何？中国“严打”运动是否应当说“再见”了。而严打也成为某些政府机关政绩工程的重要方面，诚如有人戏言，中国的“严打”无疑属于“刑事审判的零存整取”，平时，将某些有劣迹的犯罪嫌疑人登记在册，一旦严打到来，再对其秋后算帐，以显示出“专政”的威力。这种运动式的治理犯罪的模式，无疑是对法治的破坏，使人们丧失了对法治的信任。而这种从严的立法行为在某些行政立法中更是司空见惯，如2004年7月新实施的《中华人民共和国交通法》大幅度提高了对违章驾驶者的处罚力度，似乎唯有这样才能保证道路的交通安全。这种做法无疑是对法治认识的误区，法治在强调其强制性一面的同时，也应包括自愿性，公民的自主愿望等其他属性。

据说一位中国法官在与一位美国法官交往时曾询问美国法官这样一个问题，在美国是如何解决“执行难”的问题的。美国法官听后感到大惑不解，“执行难”？在美国法院的最终判决是具有效力的，没有所谓执行难的问题，而在中国近些年来，执行难几乎已成为一

种病症，困扰着中国司法机关，以至于有的欠债者公开称：宁可坐牢，就不还钱。而暴力抗法的事件则在中国屡出不鲜。在有些人看来，法院的判决无非是一张盖有国徽的白纸条，我就不管看他能把我怎么办。而近些年来，某些企业借改制为名而恶意欠账的事件更是层出不穷。在中国似乎企业一改名称，所有债务都与我无关。于是乎，企业改名成为一种时尚，而工商部门则只负责收取费用而不管其它。在中国，似乎只要有钱什么都能办成。在有些人眼中，什么法律，不就是一张写满黑字的白纸而已。法不责众已成为人们的习惯，而司法权的软弱无力更助长了人们漠视法律的心理。法治在有些人眼中，不就是官员手中的橡皮筋而已。这种对法治的错误理解，也造成了法治权威的丧失。

而在另一类人看来，法治不过是由其随意滥用的发财工具，2004年轰动一时的西安宝马彩票案的当事人，正是利用所谓“合法公证”，大肆进行诈骗活动，如果不是另一方当事人的惊世一跳，这起彩票诈骗案怎能公众与世。联想起近几年来，各地彩票发行中所出现的各类事件，人们不禁要问法治的力度究竟如何？这里笔者不由想起前些年出现的“王海现象”，王海作为一名打假英雄而驰名一时，但人们在王海打假的背后却看到了法律误区的现象，王海打假也正是利用人们对法治的这种认识上的误区而成名。我们不妨对王海打假行为作法律的分析。王海打假所利用的法律是《消费者权益保护法》，他以购买假冒伪劣商品而获得经济赔偿。如果说王海第一次购买行为是一个消费者的话，当他再次成为购买这一商品时已不再是一个消费者，他通过购买大量假冒伪劣产品，通过《消费者权益保护法》的规定获得经济赔偿而获得利润，显然已超过了“消法”保护的范畴。而王海的成功之处则在于利用人们对法律认识的误区，错误利用法律达到自己的目的。王海的对错并不是我们要讨论的问题，实质在于当我们利用法律来保护自己的合法权益时究竟如何正确地理解法律规定的精神实质，而不是刻意去钻法律的漏洞，刻意去规

避法律。

中共十一届三中全会以来，中国立法工作取得了巨大的成就，具有中国特色的社会主义法律体系已初具规模，改变了过去一段时期内无法可依的局面。但伴随着社会主义市场经济体制的建立，中国入世的成功，我们发现中国立法已远落后于社会发展的需要，在许多领域无法可依的现象仍随处可见。而中国法律变动之频繁已引起人们的普遍关注，这种法律的经常性的修改和变动，一方面说明中国社会已发生巨大的变化，另一方面也充分说明中国立法的误区现象，法律频繁的变动无异于将影响法律的稳定性和连续性。造成执法的不公平现象，更为严重地是它也影响人们对法律的信任心理，甚至使我们失去对法治的追求。而立法中的误区现象也导致中国立法中的矛盾和冲突现象，造成大量规避法律行为的发生。如近些年来人们经常讨论的一个话题，“财产来源不明罪”究竟是惩治官吏腐败的利剑，还是腐败分子的法律保护伞？从近些年处理的大量腐败案件来看，“财产来源不明罪”的弊端已日渐显露，确有少数腐败的官员借这一罪名，而逃脱法律的严惩。而近些年来，大量外逃腐败官员的逍遥法外¹，则更显中国立法与司法之无奈。

从上述论述中可以看出，在中国法治过程中，特别是今天当我们高举法治的大旗，走向依法治国之路之时，正确认识法治误区问题已成为许多法学工作者和研究者必须面对的一个理论与实践课题，只有正确认识法治误区，才能使我们法治有一个清醒的认识，才能保证法治前进的方向。也只有正确认识法治的误区，才能使我们在迈向依法治国之路时避免和减少失误。笔者也正是基于这样的认识才写下这本专著，希望通过抛砖引玉，引起法学界的共鸣。

诚然，法治并非最美好的制度，法治不可避免地存在这样或那

¹据有关方面统计，中国近些年来外逃官员达 4000 余人，带走非法所得达数百亿美元。

样的局限性和片面性。法治也不可能是万能的，它绝非治理社会的唯一手段，也非治病的唯一良方。但法治无疑是当今治理社会的一种重要的手段。它的规范性、概括性和可操作性为我们管理社会事务提供了良好的济世良方。我们不可能企图通过法治能解决一切社会问题，但它确是当今世界各国在治国安邦中的首选手段，法治的稳定性、公平性无疑为保证国家的政治稳定、社会安全、人民幸福提供了良好的社会环境，因此，法治，依法治国也成为当代各国民主政治的发展方向。

第一章 法治的概念

我们要探讨法治的误区问题，首先必须对法治一词的概念有一个全面的了解。法治作为当代社会普遍接受的基本信念之一，经历了数百年历史的洗礼。在其漫长的历史演进过程中，它经历了从自由主义法治观到功利自由法治观的历史转变。经历了从形式法治论到实质法治论的历史转变。了解和认识法治的历史演进过程无疑对我们正确认识法治的误区问题具有理论意义。

一、法治的概念及其内涵

在西方两大法律文化传统中，法治的用语直接源于古希腊思想家亚里士多德的一语“法治应当优于一人之治”²。在亚里士多德看来：“法治包含两重意义，已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该是本身制定的良好的法律”³。亚里士多德对法治概念的表述成为后代思想家在论述法治这一概念的普遍推崇。

在法治思想的继受和发展过程中，英国人不仅首书了法治的最初篇章，借此使英国成为近代法治的发源地。而且凭着自己独特的历史体语，给人类堪引为典范之一的、以经验和渐进的自由为宗旨英国法治样式。英国不同时期的学者使用了不同的英文表述了法治的概念。据现有资料，用来反映法治思想的英文最初形式为“isonomy”，意指法律平等地适用于所有的人或国家公民政治权利的平等⁴。该术语系直接从意大利语“isonomia”中进化而来。1600年，英国人菲利蒙霍兰（Philemon Holland）在翻译罗马著名历史学家泰特斯·李维（Titus Livius）的《罗马史》时以“isonomy”一

²亚里士多德著：《政治学》，商务印书馆1983年版，第167-168页

³亚里士多德著：《政治学》，第199页

⁴The Oxford English Dictionary, Second Edition, 1989, p.127

词替之，是指法律对所有人平等适用以及行政官员也是负有责任的状况。⁵当然，无论是在霍兰以前还是以后的英国“isonomy”一词不能概括法治的全部内涵，但其法律平等界说却构成了法治始终如一的基本内核。

之后，英国人又创立一系列用于总体言说法治思想的英文形式，如“equality before the law（法律平等）”“government of law（法律之治）”、“government under law（依据法律统治）”，“lex. Rex（法律即王）”、“the empire of law（法律的王国）”、“the supremacy of law（法律至上）”，但就影响最大，使用最广而言，当属“rule of law”和“rule by law”据哈耶克，是霍兰在对李维的《罗马史》的翻译中“rule of law”之“rule”最早理解为“government”或“dominion”（统治），他译为：“法律的权威和法治，这较人治和人的权威更为强大，更具威力”。⁶而对这个词和法治原则的首次的正式确认则见于1610年在英国下议院针对詹姆斯一世提出的“控诉请愿书”（The Petition of Grievances），起因是詹姆斯一世此时颁布了许多管制伦敦的建筑和禁止从面粉中提炼淀粉的规定。该请愿书指出：“在处于您尊贵的祖先，国王们和女王们治下的您阁下的臣民所享有的诸多其它幸福和自由中，在他们看来，没有什么比受确定的法治(certain rule of law)”的引导和统治，而不受任何不确定的或专断的统治形式奴役更为珍贵⁷。

从上述论述中，我们可以看出，对法治概念的理解，一般都是建立在亚里士多德法治思想的基础之上，因此，亚里士多德的法治思想被各个时代的思想家和政治理论家们普遍接受，获得了绝对优势的统治地位。其对法治内涵解说又视为公理。不同时期的思想家们的工作主要是从自己的思维逻辑和认知兴趣出发对亚里士多德的

⁵哈耶克著：《自由秩序原理》，上海三联书店，1997年版，第205页

⁶哈耶克著：《自由秩序原理》，第384页

⁷中文译自：Geoffrey de Q Walker, The Rule of Law 一文引文 Melbourne Vnitvecity Press, 1988, p.2

“公式”予以符合其时代精神的发挥和阐释。这主要包括两个方面的内容：一是结合所处的历史时代的社会的、政治的、经济的、思想的、文化的精神背景和现实要求，论述社会成员普遍守法的正当性、合理性和神圣性，并精心设计整套用于保障法律获得社会成员一体化遵循的、切实可行的政治法律体制，如司法独立、权力分立与制衡等；另一方面在同样的历史背景下，论证什么样的法律才是“制定的良好的法律”，指出自己有关“良好法律”的一系列形式标准和实质标准。

现代西方法学，虽然从学术传统和思想主旨等各方面存在着一定的差距，但在对法治的阐述和论证上都存在着惊人的相似之处。从约翰·罗尔斯、J·拉茨，1959年国际法学家会议通过的“德里宣言”，以及前苏联法学家库德里亚夫采夫等对法治的若干原则的宣示来看⁸，这些法学家对法治的认识的焦点仍然是放在法律以及法律如何被遵守上。就法律而言，他们普遍认为：“良好的法律”应该首先体现在其所标示下的行为是关于“未来的”、“可行的”、“清晰”而“明确”的，在形式上应当是向社会“公开的”和“稳定的”。其次，良好的法律还体现在这些法律的制定应当遵循“罪刑法定”，尊重和保障“人权”、“平等”等基本原则，而且这些法律是在“公开”、“稳定”、“清晰”、且“一般”的规则指引下，按照民主的程序所制定的。如美国法学家罗尔斯主张法治首先表示“法无明文规定不为罪”，应当的行为意味着可行的行为。拉茨主张所有的法律必须是关于未来的、公开的和清晰的，即人们活动时，它必须是存在的，“法律应当是相对稳定的”。《德里宣言》指出根据全面正义的法治精神，立法机关的职能在于创造和维持使个人尊重、个人发展得到维护的各种条件。库德里亚夫采夫认为，“法治意味着‘在社会生活的一切领域里的法治和表达社会，法制原则的法律的首要地位’，以及人的自由及其权利和利益，名誉和尊严的不可侵犯，以及对权利的维护和

⁸以下评述，主要参见张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1993年版，第290-291页

保障。”

就法律如何被遵守而言，他们主要强调了法治活动的一系列原则、程序及制度的重要性，即用外在的制度化力量确保符合上述要求的“良好的法律”获得社会成员的一律遵循。具体说来，法学家们强调的方面有“自然的正义诸原则”，“争端的及时解决”，“有限的自由裁量权”，“司法独立与律师的自由”，“权力制约与法律监督”等。例如，罗尔斯看重“类似案件类似处理”以及自然正义的准则——合理的审判程序和证据规则；法官必须独立和公正，但不受公众舆论的控制。拉茨要求“司法独立应受到保障”，“自然正义诸原则必须得到遵守”，“法院对其它原则的落实情况有审查权”，“预防犯罪机关的自由裁量权不得妨碍法律实施。《德里宣言》提出“要有正当的刑事审判程序”“司法独立和律师自由”，即要防范行政权力的滥用，也要有一个有效的政府来维护法律秩序，借以保障人们具有充分的社会和经济生活条件，库德里亚夫采夫强调国家本身及其所有机构、社会组织、公职人员和公民受法律的约束。“国家和个人彼此负责”，以及为“实施的法律和其它规则法令，应该具备有效的监督形式”。

在我国法学界，张文显先生对于法治理论本身的内涵的论述是比较全面和有特色的，他从“法治是民主、自由、平等、人权、理性、文明和秩序、效率和合法性的完美结合”的基本认识出发，提出了法治社会的“六大基本标志”，并将这“六大基本标志”分为以下两大类：一类主要是针对法律本身的，意在认可法律对社会关系的广泛调整，说明法律应当包含的价值内容，指明效力的最高权威性。另一类是针对法律的具体操作的，即与守法、执法、司法和法律监督有关。

但是，近些年来，我国法学界的某些学者对传统法治理论的内涵也提出了某些质疑，认为传统的现行的法治理论存在着重大的理论误区，这种误区归纳起来它主要体现在以下几个方面：

第一，通行法治理论对“法治”的理解、描述和解释方面，形式的、现象的成份大大超过了其所蕴含或应当蕴含的内容的、实质