

DF124
220

SEEKING AFTER JUSTICE

the Theory and Practice on the Rule of Law

寻求公正

走向法治的法理与实践

黄晓慧 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

寻求公正

走向法治的法理与实践

SEEKING AFTER JUSTICE

the Theory and Practice on the Rule of Law

黄晓慧 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

寻求公正:走向法治的法理与实践 / 黄晓慧著. —北京:
法律出版社, 2008. 7
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8777 - 8

I. 寻… II. 黄… III. 法律—研究—中国 IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 138386 号

© 法律出版社·中国

寻求公正——走向法治的法理与实践
黄晓慧 / 著

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 韦钦平
装帧设计 马 帅

出版 法律出版社	开本 A5
总发行 中国法律图书有限公司	印张 7
经销 新华书店	字数 162 千
印刷 北京北苑印刷有限责任公司	版本 2008 年 7 月第 1 版
责任印制 陶 松	印次 2008 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792 / 9779

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781 / 9782

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816 / 2908

上海公司 / 021 - 62071010 / 1636

北京分公司 / 010 - 62534456

深圳公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8777 - 8

定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

黄晓慧,广东省社会科学院法学所副研究员。1986年毕业于中山大学哲学系,获哲学学士学位。在高校任哲学教师多年后,重返校园,1993年考入中山大学法律系攻读法学硕士,方向为经济法。1996年毕业分配到广东省社会科学院从事法学研究工作。至今已参与合著书三部,完成省级研究课题六个,发表学术论文30余篇,为《亚太经济时报》撰写社评近三年。

作者的研究兴趣包括法哲学、经济法学。

前言

公平“是社会经济病症的一剂良药、是民主的补充”。^①公平是构建和谐社会的核心价值，一个稳定和谐的社会，必定是一个公平的社会。毋庸讳言，现实社会中绝对的公平是不存在的。“在作为事实的平等和作为原则的平等之间，存在着如孟德斯鸠所说的‘天壤之别’”^②但是，这并不能成为我们只追逐效率、放弃公平的理由。坚持公平正义的立法原则，审慎的具体制度设计，最大限度地拉近现实与理想的距离，最大限度地接近公平正义是民主法治社会永恒不懈的追求，是构建和谐社会的要旨。

30年的改革开放成绩有目共睹。但是，贫富分化程度和城乡地域差距的拉大，展示出改革的深度、广度、难度、复杂度日增。以公正为导向在法治的基础上重建改革共识是当务之急。

如何实现公平正义，的确是个古老的传统话题。在依法治国的纲领指导下，更能趋近社会公平正义，更能有助社会稳定和谐，已是一个不争的事实。这既是先哲们历经数千年理论求索的结果，更是人类历经数千年实践检验的成果。然而，由于没有对法治的真正内

① [美] 路易斯·亨金等编：《宪政与权利：美国宪法的域外影响》，郑戈等译，三联书店1996年版，第137页。

② [法] 皮埃尔·勒鲁：《论平等》，王允道译，商务印书馆1988年版，第20页。

涵作透彻的分析,我们对法治的理解还十分表面肤浅,可以说是尚停留在字面上。我们的法治实践还仅仅体现在名义上,一不留神就又回到人治的轨道。由于没有对实现公正的理论基点和具体制度做细化研究,我们对公正的理解还十分混沌初泛,可以说是尚停留在原则上。我们的趋近公正往往是趋近平均,一不留神就又回到平均主义时代。由于没有真正的法治精神,混淆了公正与平均的概念,我们的改革仅仅关注效率,一不留神就走极端,效率取代了公正。

人类从来没有停止过对如何实现正义的理论思索。罗尔斯以权利为取向创设了其“作为平等的正义”的《正义论》,其“正义”独立于功利考量之外。波斯纳则将以功利主义正义观为基点的经济分析方法引入法律领域,给整个法律界带来了一场方法论意义上的“革命”。但法治、宪政、正义、公正等法理学传统概念仍然是其研究的基础,将正义与经济效益联系在一起,提出正义的问题事实上有一个经济上的标准,并不能归纳为“社会总量的最大化”标准,“效率优先,兼顾公平”标准,唯 GDP 标准。在这个问题上,一些学者犯了机械类比的逻辑错误。

反思我国多年的法治实践,法律移植总是不尽人意,凸显法学界对公平正义问题的理论研究不足,缺乏政治哲学上的基础思考。而理论的贫困必将导致现实抉择的犹疑与偏离。也许人世间并不存在绝对的公平正义,但是,最大限度地提升社会的公正程度,是哲学社会科学永不过时的研究课题。

2008 年 7 月

目 录

前言	/ 1
导论 接近公正	
——法治社会永恒的追求	/ 1
一、接近公正是构建和谐社会的必由之路	/ 2
二、漠视公平正义是深化改革的最大障碍	/ 6
三、公平正义是法治的内在价值和灵魂	/ 9
四、资源分配公正问题的法学缺位和审视	/ 12
第一章 权力制衡	
——社会公平正义的制度性保障	/ 17
一、官员选拔监督机制的结构性缺失是腐败的根源	/ 18
二、建立完善的公共财政制衡性预算审核法律制度	/ 32
三、以公平为首要原则,建立权利义务对等的纳税系统	/ 40
四、拓宽公民参政议政渠道,以民主限制政府权力	/ 45
第二章 公平与效率(上)	
——转轨时期劳动力市场的法律规制	/ 55
一、转轨时期劳资矛盾日益激化,劳动者维权成本高昂	/ 56

寻求公正——走向法治的法理与实践

- 二、以公平和协作为核心原则,拓宽劳资矛盾解决渠道 / 65
- 三、重构劳动纠纷解决机制,在公正与效率之间求得平衡 / 79
- 四、利用区域经济合作平台,逐步建立全国统一劳动力市场 / 88

第三章 公平与效率(下)

- 转轨时期资本市场的法律规制 / 94
- 一、资本市场法律规制缺失,“掠夺自己的公司”成为致富捷径 / 95
- 二、以保护中小投资者为立法的核心理念,构建公平资本市场 / 99
- 三、以良法规制行政权力,营造一个好的证券资本市场 / 105
- 四、立法遏制行政垄断,建立一个服务型的法治政府 / 111

第四章 分配公正(上)

- 权利回归中的城乡平衡发展 / 116
- 一、消除身份歧视,通过权利回归实现新农村建设中的制度创新 / 117
- 二、户籍制度的改革是一项系统工程,需要制度配套才能成功 / 119
- 三、新农村建设的核心是土地制度改革,需要新一轮思想解放 / 124
- 四、和谐社会的构建和实现,需要城市乡村的平衡发展 / 129

第五章 分配公正(下)

- 转轨时期对财产权的法律规制 / 137
- 一、建立在自然法哲学基础上的财产法与法的本土化 / 138
- 二、“公共利益”不受限制,财产平等保护权空壳化 / 144
- 三、城乡土地权利的不平等与“城中村”改造的法律障碍 / 156
- 四、信托参与城中村改造,创新集体土地使用权的流转方式 / 163

第六章 环境与公正

- 资源稀缺分配关系的法律调整 / 169

一、可持续发展观视野下的环境公正与发展模式的法制化	/ 170
二、寻求流域生态补偿法治之路,实现泛珠三角区域实质性合作	/ 186
三、正确认识旅游与环境的关系,完善旅游资源环境保护立法	/ 192

导论 接近公正

——法治社会永恒的追求

作为公平的正义是建筑在一个自然权利的假设之上的,这个权利就是所有的男人和女人享有平等的关心和尊重的权利,这个权利的享有不是由于出生,不是由于与众不同,不是由于能力,不是由于他的杰出,而只是由于他是一个有能力作出计划并且给予正义的人。

——[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》^①

正义是政府的目的。正义是人类社会的目的。无论过去或将来始终要追求正义,直到获得它为止,或者直到在追求中丧失了自由为止。

——[美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》^②

根本不存在没有法律的自由,也不存在任何人是高于

^① [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1996年版,第240页。

^② 汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第266~267页。

法律之上的。一个自由的人民,服从但不受奴役;有首领但没有主人;服从法律但仅仅是服从法律。

——[法]卢梭:《社会契约论》^①

一、接近公正是构建和谐社会的必由之路

(一)作为法经济学方法论分析工具的公平与效率

一个和谐的社会,必然是一个公平正义的社会。尽最大的努力,最大限度地接近公平正义,是人类社会永恒的不懈追求。

有学者认为研究法治、宪政、正义、公正之类的传统概念是过时的,是“自我限制”,“是目前法学研究的弱点”之一,“必须开拓理论法学的研究视野”。从美国法官兼学者波斯纳的《法律经济学分析》、《超越法律》等著作中,他们果真找到了“新的学术增长点”——用经济效率和经济博弈解释衡量一切,这是因为犯了机械类比的逻辑错误而产生的误读。

实际上,在文明法治社会,哲学社会科学从未放弃对公平正义的理论研究,亦从未以单一的经济效益标准衡量社会的公正程度。“约翰·罗尔斯的《正义论》在最近的实践哲学史上标志着一个轴心式的转折点,因为他将长期受到压抑的道德问题恢复到作为哲学研究之严肃对象的地位。”“罗尔斯以其特殊方式更新了探讨正义社会之组织化这一问题的理论进路。与功利主义和价值怀疑主义相反,他提出了一种康德自律原则的交互主体论版本:当我们遵守那些能够被所有相关的人在公共运用理性的基础上所接受的原则时,

^① [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第51页。

我们即是在自律地行动。”^①罗尔斯的《正义论》自发表以来引起了广泛的争论,但这些争论更多的“只是一种家族内部的争论”。^②可将这些争论归纳两种:第一种争论发生于功利主义者与坚持权利取向的自由主义者之间,即正义是应该基于功利,还是基于尊重个人权利要求,把正义作为独立于功利考量之外的基础。第二种争论发生在坚持权利取向的自由主义阵营内部的诸派别之间,即这些权利究竟是些什么权利,作为自由市场经济的捍卫者的激进自由主义者与作为福利国家的拥护者的平等自由主义者之间有不同的解释。但两派一致认为,具体规定着我们权利的正义原则证明,不应依赖于任何特殊的善生活观念。这就是说,政府应该对各种相互竞争的善生活观念保持“价值”中立的理念。^③

“罗尔斯《正义论》问世之前,功利主义是英美道德哲学和政治哲学中占支配地位的观点。而自《正义论》刊行以来,坚持权利取向的自由主义则逐渐占据上风。”^④但无论是坚持权利取向的自由主义者罗尔斯,还是坚持功利取向的经济法学派代表波斯纳,其理论和论据都源自于美国宪法的自然正义理念。美国法官理查德·A.波斯纳将以功利主义为其理论基础的经济分析方法引入法律领域,的确是给整个法律界带来了一场“革命”。但这场“革命”并非是抛弃

① [德]尤根·哈贝马斯:《理性公共运用下的调解——评约翰·罗尔斯的〈政治自由主义〉》,引自[美]罗尔斯等:《政治自由主义:批评与辩护》,万俊人等译,广东人民出版社2003年版,第15页。

② [德]尤根·哈贝马斯:《理性公共运用下的调解——评约翰·罗尔斯的〈政治自由主义〉》,引自[美]罗尔斯等:《政治自由主义:批评与辩护》,万俊人等译,广东人民出版社2003年版,第16页。

③ 参见[美]迈可·桑德尔:《对罗尔斯政治自由主义的回应》,引自[美]罗尔斯等:《政治自由主义:批评与辩护》,万俊人等译,广东人民出版社2003年版,第169~171页。

④ [美]迈可·桑德尔:《对罗尔斯政治自由主义的回应》,引自[美]罗尔斯等:《政治自由主义:批评与辩护》,万俊人等译,广东人民出版社2003年版,第169~171页。

法治、宪政、正义、公正等法理学传统概念的另起炉灶,而是在前人研究的基础上,继续阐释一个有关正义的理论。这实际上是一场方法论意义上的“革命”,是在法治格局下,将衡量社会是否更接近公平正义的标准细致化、精确化。这一理论将正义与经济效益联系在一起,提出正义的问题事实上有一个经济上的标准,而非仅限于法律或道德上的标准。法律体系的运行,即法律的创制、适用和执行,可以用经济效益的概念来理解和评价。该理论认为社会正义、政治和法律安排可以由福利最大化的概念来决定,法律的创制和适用的首要目的是为了使整个社会效用最大化,而不是某些学者曲解的“社会总量的最大化”标准,“效率优先,兼顾公平”标准,唯 GDP 标准。显然,毫不顾及法治文明发展的不同进程,机械类比只能推出荒谬的结论。

(二)在民主法治体制下,更能趋近社会公正和谐

一个和谐的社会,必然是一个民主法治的社会。“一个时代的法律精神是这个时代一切社会制度的价值基础,任何法律制度一旦权威地形成之后,人们必须以宗教式的虔诚去捍卫它,任何非正统式的否定、修改、曲解法律的行为或动议者是对社会正义的直接危害。”^①

中共十六届六中全会审议和通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》,是新时期中国和谐社会建设的指导性文件。该决定强调“我们构建的社会主义和谐社会,是在中国特色社会主义道路上,中国共产党领导全体人民共同建设、共同享有的和谐社会”,重申“必须加强社会主义民主政治建设,实施

^① [美] 罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏、廖湘文、高雪原译,法律出版社 2001 年版,“中文译序”第 12 页。

依法治国基本方略,建设社会主义法治国家,树立社会主义法治理念,逐步形成社会公平保障体系,促进社会公平正义”。这显示出中共全党已经达成普遍共识,即在深刻认识中国发展的阶段性特征的基础上,积极主动地正视矛盾,科学理性地剖析矛盾,准确把握社会不和谐产生的原因,最大限度地化解矛盾,构建“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会”。

只有践行民主法治,才能实现社会公正和谐。正如十七大报告中所指出的,“人民民主是社会主义的生命”。“人民当家作主是社会主义民主政治的本质和核心。要健全民主制度,丰富民主形式,拓宽民主渠道,依法实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督,保障人民的知情权、参与权、表达权、监督权。”而“扩大人民民主,保证人民当家作主”必须能过一系列法律制度的设计和设置才能得以实现。换言之,要将依法治国方略落到实处,真正体现国家一切权力属于人民,必须要从以改革创新精神加强执政党的自身建设入手。按照十七大报告的具体指示精神,就是以科学执政、民主执政、依法执政的要求,改善领导方式和执政方式,以扩大党内民主带动人民民主,以增进党内和谐促进社会和谐。

在十七大改革创新精神的总体思路下,如何通过具体细化的制度设计使执政党的主张经过法定程序成为国家意志,从制度上、法律上保证党的路线方针政策的贯彻实施,并保证这种制度和法律具有刚性,不因人而异;如何通过理顺关系以确保在加强和改进党对政法工作的领导的同时,不妨碍审判机关、检察机关依法独立公正地行使审判权、检察权,是依法治国方略能否落到实处所必须研究解决的问题,也是法学研究不能回避的课题。

二、漠视公平正义是深化改革的最大障碍

（一）价值观上的反思有助于进一步推动改革开放

近年来,关于反思改革方向的争论成为公众关注的热点。胡锦涛同志在十七大报告中明确肯定:“改革开放是决定当代中国命运的关键抉择,是发展中国特色社会主义、实现中华民族伟大复兴的必由之路。”他进一步指出:“改革开放是党在新的时代条件下带领人民进行的新的伟大革命,目的就是要解放和发展社会生产力,实现国家现代化,让中国人民富裕起来,振兴伟大的中华民族;就是要推动我国社会主义制度自我完善和发展,赋予社会主义新的生机活力,建设和发展中国特色社会主义;就是要在引领当代中国发展进步中加强和改进党的建设,保持和发展党的先进性,确保党始终走在时代前列。”

三十年的改革开放成绩有目共睹。但是,毋庸讳言,贫富分化程度之悬殊,城乡地域差距之拉大,展示出改革的深度、广度、难度、复杂度日增。但反思改革并不是否定改革,反思是为了确定改革的走向,使改革能够顺利地进行下去。转型期各种社会深层次矛盾日益凸显,改革中出现了诸多问题,如唯 GDP 指挥棒下的粗放式经济增长模式导致的资源消耗过高和环境恶化的问题;重效率、轻公平指导思想下的利益分配不均衡导致的贫富、城乡、地域差距过大和医疗、社会保障不足的问题。因此,认真探讨在什么基础上重建改革共识,并据此继续深化改革,是解决问题的关键所在。

在 2007 年的“两会”上,胡锦涛同志明确指出了进一步深化改革的新目标“同时注重提高改革决策的科学性,增强改革措施的协调性,使改革兼顾到各方面利益、照顾到各方面关切,真正得到广大人民群众拥护和支持”。这就是说改革必须是,也只能是“兼顾各方

利益”的改革,是要“让全体人民共享改革发展成果”的改革。这也是继续推进改革的全民共识,这种改革当然必须有人民大众的广泛参与。在十七大报告中,胡锦涛重申改革开放应遵循的原则:“在改革开放的历史进程中,我们党把坚持马克思主义基本原理同推进马克思主义中国化结合起来,把坚持四项基本原则同坚持改革开放结合起来,把尊重人民首创精神同加强和改善党的领导结合起来,把坚持社会主义基本制度同发展市场经济结合起来,把推动经济基础变革同推动上层建筑改革结合起来,把发展社会生产力同提高全民族文明素质结合起来,把提高效率同促进社会公平结合起来,把坚持独立自主同参与经济全球化结合起来,把促进改革发展同保持社会稳定结合起来,把推进中国特色社会主义伟大事业同推进党的建设新的伟大工程结合起来。”这些目标原则说明执政党已充分意识到:“改革开放作为一场新的伟大革命,不可能一帆风顺,也不可能一蹴而就。最根本的是,改革开放符合党心民心、顺应时代潮流,方向和道路是完全正确的,成效和功绩不容否定,停顿和倒退没有出路。”

(二)深化改革的充要条件是以公正为导向的法治

在法律体制还不够完备,政府运作仍然没有完全突破旧行政管理体制框架,民众充分表达自己利益的制度性安排尚未建立的情况下,任何匆忙达成的改革政策措施能否保持公正,能否真正代表广大人民群众的最根本利益,是值得怀疑的。事实也正如吴敬琏教授所言:“一些关键领域的改革,如大型国有企业的股份制改制、国家垄断的基本经济资源的市场化配置等,由于障碍重重而进展缓慢;现代市场经济正常运转所必需的法治环境迟迟未能建立;政府必须提供的教育、基本社会保障等公共服务不但没有加强,相反有削弱的趋势;由分配不公、贫富差距拉大等引发的社会问题解决的进展

也不大。”正是基于此,有学者提出“为不同的社会利益主体的利益表达做出制度安排,并把新的安排建立在民众自己的利益表达基础上”是深化改革尤其是涉及重大利益调整的改革的制度性基础。否则,只能“暂停改革”。^①“暂停改革论”显然不是要叫停改革,而是要求改革必须在严苛的法律制度框架下进行。^②

改革开放要坚定不移地继续深入下去是毋庸置疑的,“用改革开放和制度创新,解决经济社会发展中出现的问题和深层次矛盾”也是毫无疑问的,分歧的真正焦点在于如何深化改革。即先确立法律制度,再行市场化产权改革;还是先行市场化产权改革,再自发生成制度。市场化改革,首先是一个制度问题。它要求创建和培育像私人所有权、契约法和一般法律规则那样的基本制度。自主产权、自我责任心约束、法治是一个“好的市场”不可或缺、不可分割的必备要素。现实已证明,先产权私有化,再自发生成市场规制的国企改革思路,仅是部分学者一厢情愿的天真幻想。在依法治国的战略方针已经写入宪法的情况下,要求在严苛的法律制度下进行市场化产权改革是现实的,也是可行的。

面对改革困境,“只能用加快改革解决改革中的问题”应理解为加快“好的市场经济”所必备的法律制度的建设。法律要靠公正的、受规则约束的强制措施来执行,法治下的政府是被置于公正法律下的政府。纠偏转向,改弦易辙,以公平为导向,以法治为保障,是改革继续进行下去的充分必要条件。改革中出现问题,哪怕是非常严重的问题,的确不能成为阻滞改革的理由。但是,推进改革的措施是否公正,政策基点是否公平,却是改革能否真正得到广大人民群众

^① “改革话题成为两会焦点 中央明确方向不动摇”,载天水在线·新闻中心,2006年3月9日。原载:中国新闻周刊。

^② 参见孙立平:“政治体制改革的核心是有关利益表达的制度安排”,载《21世纪经济报道》2007年6月26日。