

中国如何炼成 软实力？

Soft Power

法学家谈法律与国家

江 平
韩大元
郑永流
赵秉志

许章润
夏 勇
朱苏力
吴汉东

高全喜
季卫东
王利明

林来梵
马怀德
史际春

著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国如何炼成 软实力？

 *Soft Power* 

法学家谈法律与国家

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国如何炼成软实力?: 法学家谈法律与国家/江平等
著. —北京: 中国法制出版社, 2009. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1433 - 3

I. 中… 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 (2009) 第 145611 号

策划编辑 罗莱娜

责任编辑 周林刚

封面设计 李宁

中国如何炼成软实力?: 法学家谈法律与国家

ZHONGGUO RUHE LIANCHENG RUANSHILI?: FAXUEJIA TAN FALU YU GUOJIA

著者/江平等

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2009 年 8 月第 1 版

印张/10.75 字数/101 千

2009 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1433 - 3

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66067024

邮购部电话: 66033288

编辑说明

法治是治国方略的重大选择。我国宪法规定,“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”这就要求每一位公民了解、认识和理解法治的内涵,以法治的精神熏陶自己,以法治的理想激励自己,以法治的训诫鞭策自己。本书的编辑即希望为此提供一种纲要性的法治读本。

法治不仅是治理的技术问题,也是治国的精神问题;不仅是法律层面的问题,也是政治层面的问题;不仅是客观的制度问题,也是主观的修养问题;不仅是国内建制的问题,也是世界秩序的问题。本书第一编立足于一种世界的与历史的视角,将法治放在中华文明复兴、中国参与国际秩序构建的高度,阐明法治作为国家精神与道义力量的重要意义,同时给出了关于法治与宪法之内涵的一个最低限度共识。

作为一个处在重大转型时期的发展中国家,我国当下的法制建设有其自身的历史境遇、道路与问题。可以说,在这个“时间的丛集”中,情况是极其复杂的,或者说,多元因素之间的角力还处在一个过程之中。为此,总结法制变革的历史,珍惜当下来之不易的机遇,提高反思的意识和能力,就尤其必要。法治政府有哪些特征?国家关于依法行政的纲要有何种历史意义?一个更具根本性的问题是:改革就

意味着要“变”，而法律一旦确立就要求稳定，要求遵守，那么，如何理解变与不变之间的关系？此外，改革意味着形成新的制度。在新制度形成的过程中，该如何理解作为行动者的人在其中所能发挥的和应当发挥的作用？本书第二编即针对这些转型时期的特殊而重大问题，收录了有代表性的论述。

本书第三编重点选取了若干具体法律部门的文章。法治最终要体现在具体的法律部门当中。近年来，我国在若干基本领域的立法方面取得了重大进展，改革的成果和方向得到进一步的明确和巩固。当然，就具体的制度设置来说，也还存在着这样那样的问题和不足。在宏观的层次上了解这些具体法律部门，对于把握当前的法制格局、把握未来的法制进程来说，是十分必要的。

本书编辑的初衷，是希望能为广大读者提供一种兼顾知识性、思想性与可读性的法治读物，同时它也表达了对于共和国理想公民形象的设想与期待。当然，由于相关的法学论述浩如烟海，本书所选难免挂一漏万，欢迎读者批评指正。

最后，谨对慷慨允许将自己的文章收入本书的各位作者，表示衷心的感谢！

目 录

上篇：大国的法制条件

许章润：现代法制是一种软实力	3
高全喜：大国、法治国与国家责任	6
林来梵：人类文明史中的法治	13
韩大元：论宪法规范的至上性	19

中篇：法制建设的道路

江 平：从法律实用主义到法律理念主义 ——中国 30 年法治进程再思考	37
夏 勇：宪法之道	53
季卫东：从法治到民主的里程碑 ——解读《全面推进依法行政实施纲要》 的内涵和体制改革的契机	61

马怀德：法治政府特征及建设途径.....	71
----------------------	----

郑永流：中国经济变迁中的多元秩序	
——以经济法为例.....	83

朱苏力：制度是如何形成的	
——关于马歇尔诉麦迪逊案的故事.....	99

下篇：法制的具体部门

王利明：物权法是社会主义市场经济的基本法律	117
-----------------------------	-----

史际春：《反垄断法》与社会主义市场经济	126
---------------------------	-----

赵秉志：我国刑事司法领域若干重大现实问题探讨 ...	138
----------------------------	-----

吴汉东：国际金融危机下的中国知识产权战略实施 ...	157
----------------------------	-----

上篇：大国的法制条件

现代法制是一种软实力

许章润

国家有大小，实力分软硬。硬者，经济、军事与科技也。软者，举凡文化传统、国家目的、伦理智慧、制度安排、社会资本、大众文化，乃至民心士气、名声信誉等等之统谓也。其中，文化的原创能力和制度安排，蔚为核心，决定着一个国族的存亡兴衰。所以，美国著名学者，“软实力”或者“软力量”（soft power）概念的始作俑者约瑟夫才会慨言：软力量是一种左右他人意愿的能力，从而能够将资源转化为力量，以取得所期望的结果。凡为大国，一定是软硬实力超强的文明共同体。

的确，远的不说，自近代肇始，各国各族不仅打拼硬实力，更且锻造软实力，特别是汲汲于营建现代法律文明。大凡法律文明粲然者，必定国运昌隆，浩浩泱泱。我们不禁要问，这其间究竟有何关联？现代法律或者法制究竟有什么本事，能够成为国族昌隆不可或缺的软实力？

综观东西，排比古今，概而言之，其因有三：

首先，法律是一种规则体系，经由自己的实践系统而构成制度安

排。此即秩序，一种人世生活方式。经济发展也好，科技开发也罢，无一不仰赖此秩序，而于第三方执法的安排下，提供安全保障，满足利益预期，始能丁一卯二，茁壮成长。君不见，产权债权的厘析，版权专利的保护，市场准入准出的设定，乃至公、私两权的划分，社会正义的实现，运用宪政以驯化民族国家等等，均为法律之治义不容辞之责，亦为现代法律文明的良知良能所在。否则，哪有经济发展，哪有科技进步。中国正在奋力走向世界性大国，缺了这一利器，经济和科技资源就难以转化为力量，也是不言自明的。朋友，你说现代法制不是一种软实力吗？

其次，法律是一种意义体系，既将伦理诉求传达于规则世界，同时并藉制度安排满足价值追求，实现形上意义与形下利益的制度性和谐。遍考现代制度安排，有此功效者，并世无俦。换言之，现代法制这种“上传下达”效能，正好适应并满足了“上帝死了”的时代的人世生活。于是乎，彼此陌生的现代人活在法律中，通过法律而生活，法律因而成为现代人性的向度之一。其利其弊，均在于此；或喜或悲，却无可摆脱，除非人类历史可以重来。如此一来，现代法制成为一种典型的软实力，即无形中左右他人意愿的力量，遂不求自来，登堂入室。

再次，近代以还，构成人类生存的基本单元是民族国家，公民经由法律信仰向民族国家输送政治忠诚，民族国家通过法制原理行使守夜人权责，其间所凭据者，即此法制；所成善果者，亦此法制而已。由此回环往复，将民族国家打造成一个不折不扣的法律共同体。如果说现代政治乃是合法性的竞争，那么，其合法性在此，也仅仅在此。

其于内政，以人权为高悬皋的，而驯化政治强权，蔚成宪政，避免一治一乱；站在国族立场说话，则国际秩序旨在反霸权，争主权，为人类永久和平添砖加瓦。

因此，硬、软实力的协调发展，齐头并进，乃是大国之道。当今之世，举凡大国均为保有充沛软实力的法律共同体。无此软实力，也就无此硬实力。其中，运用法律规训权力，特别是公权力，将其效能导入政治合法性的竞争轨道，而形成宪政之治，是现代法制所能奉献的最大软实力，也是一切转型社会必须面对的最大挑战。正是在此，不论是什么国家，只要它是一个现代国家，就必然是一个法律共同体，而且，作为政治共同体的国家只有蜕形为法律共同体，才具有合法性，也才具有“战斗力”，从而才有可能臻达强国之境。

由此可以看出，拥有一个现代法律体系是综合国力的重要指标。而将整个社会的方方面面包容于法制，使民族国家成为一个具有自我协调效能的法律共同体，为此法律体系完成的标志。

就此而言，不妨试问：中国，这十三万万人的“同福客栈”，你准备好了吗？

（《法制日报》2006.2.7）

大国、法治国与国家责任

高全喜

中国历来是一个大国，这没有什么可争议的，上下五千年，纵横八千里，无论从历史还是现实来看，我们的自然禀赋、人口规模、社会结构，乃至意识形态、人文风情等等，都注定了我国是一个大国。但是，大国不等于强国，更不等于优良的法治之国。我觉得对于现代中国人来说，如何从内政上厘清一个大国与强国之间的本质性不同，如何在外交上看待国与国之间的责任关系，这些都需要我们有一双“法眼”。

依靠法治来实现国家的凝聚力

我们所处的时代已经不同于古代，古代王朝政治的国家治理经验，例如被某些学者所褒扬的“德治”、“峻法”，以及“朝贡体系”等等，在当今世界，已经失去了原初的功能和效用，现代社会迫使我们建设一个新型的国家，即法治国。一个社会犹如一个活的生命体，法治是其中的骨骼和精髓，其他的所谓国之“大”者，不过是一堆肉而已。一个国家如果没有法治，尤其是正义的法律之治，它的国土再大，人

口再多，资源再丰，历史有多辉煌，文化有多灿烂，人民有多勤劳，这一切的一切，不过是人家或列强口中的尤物。

中国的近现代史，从某种意义上来说，就是一部寻求法治国的挫折史。我们知道，鸦片战争以来，中国这个老大的帝国逐步崩溃了，但如何重新建设一个共和国，却是歧路复歧路。我们有康梁变法、孙中山革命、五四运动和马克思列宁主义，有对于“德先生”、“赛先生”的呼吁，有实业救国、科学救国的梦想，直到今天，我们才意识到要建设社会主义的“法治国家”。我认为，强国梦的关键在于法治，只有法治国才能成就一个真正的大国，一个在当今全球化时代的强国。

建设一个强大的国家，必须有凝聚力，有支撑一个国家的法律和政治制度。从人类历史的经验来看，凡是真正的持续强大的国家，而不是消耗型的短暂的所谓一时之强国，必定是一个法治国，法治不但可以维护和保障一个社会秩序的稳定，树立国家的权威，而且可以使人民自由和幸福。法治与自由并不矛盾，恰恰相反，只有法律才能防范他人或政府的恣意侵犯，为人民自由地从事经济活动提供规则与秩序。法治是一个国家经济繁荣的基础，凡是法治优良的国家，人民追求财富的合法欲望不会受到压抑，私人财产受到严格保护，市场经济和市民社会在有效法律的调节之下健康而有序地发育和成长，经济和贸易必定繁荣兴旺，充满活力。

从西方近代资本主义的发展史中，我们可以看到，即便是一个政治上专制的国家，只要它的法律制度是独立的、公正的和有权威的，也仍然可能成为一个强国，例如英国和法国的有限君主专制时期就是如此。当然，如果能够继承自己的政治文化传统，建设出一个自由、

民主、共和的法治国家，那么，一个自然禀赋上具备了大国条件的国家，就必定是一个强国，而且是一个自由的强国，人民在这样的国家里充分享受了作为大国国民的自由、福祉和荣耀。因此，他们发自内心地把这个国家视为自己的祖国，可以奋不顾身地为自己的祖国牺牲，这就是哈贝马斯等人所说的“宪法爱国主义”，或公民爱国主义。其实，这种爱国主义可以追溯到古代罗马共和国，正像西塞罗所指出的，罗马人民对于国家的热爱，与其说是对于它的国土，不如说是对于它的法律，对于共和国的政体制度。这种宪法爱国主义与近代日尔曼国家的基于民族精神的爱国主义是大不相同的。

今天在中国的语境下重新思考建设自己的强大的国家，我认为，法治国以及与此相关的法律意义上的爱国主义更具有本质性的积极意义。在近二百年的中国近代历史中，我们的国家建设屡屡受挫，虽然其中的原因是多方面的，但法治不彰显然是一个根本性的原因。要说，我们不缺乏奋斗的勇气、革命的精神和爱国的激情，也不缺乏建国方略、五年纲要和十年规划之类的一系列政治、经济和文化的方针政策，但令人遗憾的是，我们少有法治主义的保守和审慎精神，少有法治国的恒久的建设目标。一百年来，我们的宪法总是废了创，创了废，无法无天，有法不依，这样废乱频仍，如何保持和维护一个稳定的社会秩序，如何树立一个国家的权威，如何保障人民的安全、财产、自由和幸福，如何依据法律来凝聚人民的爱国之心呢？

因此，建设一个法治国便成为首要的国家主题。法治昌明，政体稳定，人民才有追求财富的欲望和恒心，国家的税收才源源不断，公民美德才得以光大。对此，休谟曾经有过精辟的论述，他说：“在所

有杰出的留有难忘成就的人物中，首要荣誉看来应属于立法者和国家缔造者，因为他们为保障后代的安宁、幸福和自由，留下了法律制度和政治体制。”

大国责任的基础还是在于法治

在当今国际社会，人们经常谈到大国责任，做一个负责任的大国，这是大国或超级大国对于今日世界的基本承诺。随着中国的崛起，把中国视为理所当然的大国，并要求其承担必要的大国责任，这似乎已经成为国际社会的一致吁求。

2005年3月19日，美国国务卿赖斯在东京发表演讲说：“美国欢迎一个自信、和平和繁荣的中国的崛起，并且希望中国成为一个全球的合作伙伴。”但她提出要注意的一点是，中国“能够并且愿意将它正在增长的力量和国际责任结合起来”。9月21日，美国副国务卿佐立克在美国美中关系全国委员会发表了被称为对华关系“最全面的宣言”的《中国走向何处：从成员到责任？》的演讲。佐立克认为中国是一个大国，正在增强实力，在未来几年内将影响世界，美国欢迎一个自信、和平、繁荣的中国，并将促使中国成为现有国际体系的负责的利益相关者。

我们看到，无论是从内政还是从外交来说，国家责任都是我国目前面临的一个中心课题，而这一切又都必须依靠法治，法治国是实现国家责任的基础。在国内政治领域，作为国家的治理者和领导者，它的权力是人民赋予的，有责任保障人民的权利不受侵犯，有义务维护

政治、经济和社会秩序的稳定、和平与安宁，有责任和义务惩治腐败，建立廉洁、高效的法治政府。在对外关系方面，随着中国的日益强大，关于中国威胁的论调甚嚣尘上，对此，我们虽然提出了和平发展与和平崛起的方略，但国际社会的担心并没有太大的改观。这是为什么呢？在我看来，关键是法治还没有落实到位，也就是说，由于怀疑我们还不是一个法治国，所以对于我们的承诺，国际社会还大多视为政治上的修辞。

其实，建设社会主义的法治国家，对于我们不仅具有内政的意义，而且还具有深远的国际意义。在当今世界，所谓大国责任，最基本的是意味着法律上的责任，即一个国家在法律制度上要承担的国际责任。它首先要求的是一个法治政府的存在，一个遵循法治的国家，才可能是负责任的，否则无论如何表白，都具有权宜之计的性质。因此，和平发展也好，和平崛起也罢，关键在于要切实地建设一个法治国家。就近代世界历史来看，到目前为止，还没有出现过两个民主法治的国家开战的事件，所以，所谓民主和平论就成为了当今和平论的一个主流理论。无论从近期的国家事务还是长远的民族未来来看，世界和平对于中国来说都是非常必要的，因此，我们有理由把法治国的建设置入国际环境的大背景来考虑。

当然，中国在国际事务做负责任的大国，并不意味着要与美国一致，但也不意味着非要与美国对抗。关键在于要做一个具有独立主体意识的国家，而这个国家意识不是某个人或集团的一己之私，而是国家利益，是法治下的国家人格，体现的是人民的意志。就目前的情况来看，我认为我们要警惕两种极端的态度，一种是民粹主义的极端情绪，另一种是极端的亲