

法治中国问题研究

FAZHI ZHONGGUO WENTI YANJIU

高军 著



中国政法大学出版社



法治中国问题研究

FAZHI ZHONGGUO WENTI YANJIU

军
著



中国政法大学出版社

2014 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

法治中国问题研究 / 高军著. —北京：中国政法大学出版社，2014. 1
ISBN 978-7-5620-5228-9

I. ①法… II. ①高… III. ①法治—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第012402号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 10
字 数 230 千字
版 次 2014 年 1 月第 1 版
印 次 2014 年 1 月第 1 次印刷
定 价 36.00 元

教育部人文社科基金一般项目 (13YJA820006)

江苏省教育厅高校哲学社会科学项目 (2013SJD820004)

序 ◆

研究法治的真问题^{〔1〕}

高军博士的这部新作有两个核心词：“法治”、“问题”，可谓切中当代中国时弊，值得研究。作为舶来品的“法治”在中国的传播与践行真是举步维艰，处处皆问题。虽然早在清末，中国就选择了法治之路——预备立宪，但是不久，襁褓中的法治便亡于革命——人民等不及了。民国以法治立国，建立了六法体系，选举了国大，颁行了宪法，但是由于复杂的原因，法治未成而政府崩败。

1949年以后，由于革命的成功，人们把革命放在第一位，将法治作为有害的传统，逐渐走上了运动治国、领袖治国之路。更要命的是，领袖宣称“不断革命”，连自己制定的法律也不要，不去遵守，法治渐成禁语，其结果是造成文化大革命这一浩劫。文化大革命结束后，官民“久乱思治”，于是一切从头来过，首先是法治的观念传播。1979年9月9日中共中央发布的《关于坚决保证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示》（即64号文

〔1〕 本序发表在《法治论丛》2013年第3期。

件)文件中首先使用了“社会主义法治”的提法,同时开展了关于法治人治问题的大讨论,可谓朝气蓬勃,心向法治。但是积重难返,讨论中有人将法治与法家的“刑治”等同,有人主张法治、人治结合,有人认为法治是资产阶级的,直接主张人治。后来有人将法治与共产党的领导对立起来,因为“领导”具有至高性,法治再次“入笼”。又过了20年(1999年),法治终于入宪。

法治是什么?人们对它的理解虽然有差异,但是核心还是亚里士多德的话:“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本身是制订得良好的法律。”^[1]这就是形式和价值双重意义的法治,真正的法治,它不是“以法治人”,而是权力祛魅,是“将权力关进笼子”。在现代法治国家形成的过程中,康德提出了法治国家的五个充要条件:①公认的、明确的法律。法治国家必须具备公认的、明确的法律,对成员的权利、义务和自由做出规定。②公认的、对法律进行权威阐释的来源。当法律的含义或实际应用产生矛盾时,必须有一种公认的方式,来对法律进行权威性的解释。③完备性。法律必须具备完备性,覆盖个人的所有行为,如权利、义务和自由,不存在含混未决的领域。④一致性。对于法律的权威阐释必须具备一致性。当一个成员在履行权利与义务时,其他成员不能同时被许可阻止该成员行为的发生。⑤有效执行。法律必须通过公认的程序和机构来有效执行,使其规定的外在自由(external freedom)真正得以保障。^[2]我相信,这五大原则是中外普适的,在这个原则

[1] [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

[2] 《复旦大学社会科学高等研究院学术通讯》2011年6月(总第30期),第30页。

下，各地可以有不同的法治制度建构，但是违背了这些基本内容，就不是法治。

以这个法治观念为标准，我们可知，法治入宪归入宪，真正的法治观念在中国还远没有确立起来，人们用种种“中国实践”与“中国观念”来消解法治的价值。

一谓德治。所谓法治与德治结合，这是不得要领。从理论上讲，道德与法律是两个领域的规则，各有所用。而所谓德治之“德”，实乃“统治者的道德”，“德治”的实质是赋予统治者的道德偏好以强制性，实质是人治。当然，如果在行法治的同时弘扬人类社会的一般道德，尤其是“政治道德”，这没有什么不好。但是在法治社会，如果以道德来“软化”甚至“矮化”法律的权威，那就不是法治而是人治。进一步说，如果在缺乏法治制度与实践的地方提“德治”，这个“德”其实是“人治之德”，其结果就必然是越强化“德治”，离“法治”越远。

二谓否认普世价值，从而抽空法治的价值内涵。普世价值是任何可以称为现代文明的国家与组织都承认的价值，任何人都可以参与普世价值的论辩并主张自己的普世价值观，但是否认普世价值的存在就否认了价值讨论的基础，实际上就是赤裸裸的实利主义，将价值交给了魔鬼。事实上，任何法律体系、任何负责任的宗教与思想体系都不可避免地包含了普世价值。马克思主义所追求的价值——人的自由与解放——就是普世的，国际人权法所包含的价值大多是普世的。法治本身也是普世价值：人人平等的受制于体现人的尊严的规则。否认普世价值就是否认法治。

三谓否定法治的基本制度。法治不只是空洞的概念，它由一系列制度组成，否定法治的基本制度，就将法治消解为一个

没有内容的玩偶，成为法家的“刑治”。法治的基本制度很多，以这三项为中坚：司法独立，司法形式主义，自由的律师制度。法治，实为“法律下的法官之治”，如果司法不独立，司法为人所用，结果就是“法治面相下的人治”，这是毫无疑问的。而如果独立的法官不受法律约束，例如法官可以“能动司法”、可以“大局司法”、可以“强制调解”、可以“政治司法”、可以“社会效果司法”，等等，其结果必是法官专横或司法名义下的行政专横，同样没有法治。因此，法治的司法是司法形式主义的，或者形式优先的，它的最高原则是“法律至上”，法官忠实于法律。至于自由的律师制度，早在1959年世界法学家大会（印度德里）通过的《德里宣言》中就将它列为法治的基本要件之一。关于这一点，经历过纳粹统治的意大利法学家克拉玛德雷的话极为中肯。克拉玛德雷说，“在民主社会中，司法过程应成为平等主体间的文明讨论，这就很容易看出律师对民主法律秩序的重要意义……在司法过程中，律师代表自由；他们也许是现代民主核心原则的生动象征……对专制者来说，律师是危险的……”〔1〕而这个律师制度必须是自由的，它的制度支撑之一是自由的律师协会，如果“律师协会由自由职业团体向国家官僚机构的转型，意味着它的用途的终结，这也是司法的终结。”〔2〕

说到中国法治中的“问题”，我想起了学人尽知的胡适先生的大作：《多研究些问题，少谈些主义》。在那篇隽永的短文中胡适出语惊人：奢谈主义不研究问题，“是中国思想界破产的铁证”，他呼吁学界“多提出一些问题，少谈一些纸上的主义”。

〔1〕〔意〕皮罗·克拉玛德雷：《程序与民主》，翟小波、刘刚译，高等教育出版社2005年版，第60页。

〔2〕〔意〕皮罗·克拉玛德雷：《程序与民主》，翟小波、刘刚译，高等教育出版社2005年版，第60页。

“请你们多多研究这个问题如何解决，那个问题如何解决，不要高谈这种主义如何新奇，那种主义如何奥妙。”文章中胡适提出了一些“火烧眉毛”但为学界不屑一顾的真问题：“从人力车夫的生计问题，到大总统的权限问题；从卖淫问题到卖官卖国问题；从解散安福部问题到加入国际联盟问题；从女子解放问题到男子解放问题……”〔1〕

我认为胡适先生的话拿到今天仍然是切中肯綮的。真正的学问都是从问题开始的，发现问题，研究问题，解决问题。但是目前中国的学术研究“主义至上”是主流，而研究的问题又往往是伪问题。而真正研究问题的努力与成果太少了。人文学、社会科学与规范学中的问题，是人类在生存与发展过程中碰到的无知的世界或者需要解决的难题、需要超越的困境，例如胡适先生前述的车夫的生计、大总统的权限、卖淫、卖官、卖国等都是问题。

为什么会出现“胡适现象”？胡适将它归纳为一个字：“懒”。相信在大约 100 年前胡适的判断是对的，但是如果今天仍然单纯地责怪学者“懒”似乎有失公允。与胡适当年的情况不同，当年的研究是自主的，因此，胡适之论不谬；但是今天研究是“计划”的，不要说研究“问题”者难以拿到课题，难发表，甚至“研究问题”本身弄不好就是问题，会挨种种棍子：不满、别有用、没有正能量，等等，这是轻的；重一点的就会“吃不了兜着走”。人都有惰性，自利性，跟着“主义”转自然成为“大势”。当然，也有少数例外的人，他们抓紧“问题”，孜孜矻矻以求。

〔1〕 胡适：“多研究些问题，少谈些主义”，载《每周评论》第三十一号（1919 年 7 月 20 日），转引自 http://book.ifeng.com/special/yueduzhongguo/list/200909/0924_8167_1363410.shtml。

高军博士是少数例外中的一个，他研究起“吃力不讨好”的“法治问题”。中国法治中的问题是什么？当然是无法穷尽，因为不同的人从不同的学科、爱好、“前见”、处境出发会发现不同的问题。

高军博士是研究宪政问题的，在他的学科范围内，以法治为价值取向他发现的问题很多：社会管理模式法治问题、房地产领域的法治问题、社会安全中的法治问题、人权领域中的法治问题、司法中的法治问题等。对这些大的问题，作者不尚空谈，再研究其中的小问题。例如，城管暴力化问题、群体性事件问题、“维稳陷阱”问题、小产权房问题、房产税问题、环境危机问题，甚至包括“语同音”、同工同酬、刑事和解等“细小”、“琐碎”的问题。

提出问题本身就是超越，在他人视为当然的地方发现问题本身就是成果，但是仅仅发现问题还不够，最终目的是要研究问题并提出解决问题的方案。如何研究？我们不妨依然看看胡适的办法：“先研究了问题的种种方面的种种的事实，看看究竟病在何处，这是思想的第一步工夫。然后根据于一生经验学问，提出种种解决的方法，提出种种医病的丹方，这是思想的第二步工夫。然后用一生的经验学问，加上想像的能力，推想每一种假定的解决方法，该有什么样的效果，推想这种效果是否真能解决眼前这个困难问题。推想的结果，拣定一种假定的解决，认为我的主张，这是思想的第三步工夫。凡是有价值的主张，都是先经过这三步工夫来的。不如此，不算舆论家，只可算是抄书手。”〔1〕

〔1〕 胡适：“多研究些问题，少谈些主义”，载《每周评论》第三十一号（1919年7月20日），转引自 http://book.ifeng.com/special/yueduzhongguo/list/200909/0924_8167_1363410.shtml。

大家知道，胡适是个实证主义者，但是千万不要像我们一贯所妄言的那样诬指实证主义不讲价值，胡适的三步曲其实是经验+价值+假定的研究理路：以事实为基础，以价值为导向，加上“小心假设，大胆求证”的功夫。在“主义至上”的几十年，许多人弃胡适的三步曲如敝屣。那些反胡适的人们要么空谈主义，无视经验事实，其结果必然是“空谈误国”，其结果是没有价值基础的自说自话。更严重的是有些所谓研究连概念都不讲，连逻辑都不顾，这当然只能制造学术垃圾。但是值得高兴的是，高军博士的研究大体上遵循了胡适的套路。他以社会事实为依据，以法治这一普世价值为导向，辅之以想象、假设、推理的功夫，以求提出解决法治问题的方案。

使用这一经验与价值评价相结合的方法，作者提出并研究了中国法治建设中的真问题，提出了一些解决问题的思路，很有新意。略举一二：

在权力与权利的逻辑关联方面，作者批评了“出了问题就批评政府没有管好”的思维定势，指出这其实是权力万能思维。在许多问题上，强大的公权力恰恰就是产生问题的根源。政府无限扩权，管制的成本必然大大增加，甚至会超出社会的承载能力；过多的管制还会使权力寻租机会大增，导致腐败泛滥；政府无限扩权导致市民自治领域萎缩，使权力与权利的牵制关系失衡。据此，作者提出了“强化权利”、重构权力与权利间平衡模式的社会发展思路。在建设与法治相协调的价值观念方面，作者批判了畸形的社会发展价值观，片面的社会秩序至上观；批判了政府父爱主义，提倡为公民自由留出更大的空间；指出现在土地产权制度造成实际所有权人的缺位，造成征地、拆迁等诸多严峻的社会问题，提出解决之道在于确保公民的土地权利。在财政问题上，提出了现代法治政府应当奉行税收国家体

制，奉行政府中立，少干预经济的政策。在政府法治方面，揭示了片面维稳模式产生的种种弊端，指出，畸形的地方官员政绩考核指标催生了片面维稳的盛行，在这一模式下，滋生了金钱收买、暴力打压、牺牲弱势群体的表达权等政府非法行为，它损害了社会公正，影响了民权与民生，伤害了政府的合法性，导致一些地方政府陷入了“越维稳越不稳”的危险处境。据此，提出了维持公平正义、维护法律尊严，建设民主制度才是最大的维稳的观点。

当然，这些问题的解决是个社会工程，作者的一得之见是否可行，还有待读者批评和实践检验。

谨为序。

周永坤

2013年3月2日于苏州高尔夫花园

前言

如果你上网，特别是如果你开了微博，你会发现在网络虚拟世界中，每天都有无数人在控诉食品安全、环境污染、城管驱逐商贩以及富者广厦千间而贫者无立锥之地等现象。很多事情确实让人感到匪夷所思，难免使人产生人心不古、今夕何夕之叹。例如，国人出境大量购买婴儿奶粉导致奶粉售罄，当地政府不得不对国人实行“奶粉限购”，国内食品安全信任危机一至于斯，实让人无可奈何。一些无良企业向地下偷排工业污水，其行为令人发指。许多有关癌症村的报道，更是令读者伤心欲绝。现实中，公平正义已成为这个社会的稀缺资源，毒食品、雾霾、癌症……更是直接威胁到每个人的生存。经济发展了，总体而言人们的生活水平大幅度提高了，但却遭遇到了空前的生存危机，人们普遍为生存而焦虑，忧心忡忡。大家都明白，这个社会肯定是哪儿出了问题，不能再这样继续下去，必须改变了。

笔者认为，社会科学尤其是作为经世致用的法学，其学术研究无法回避以上现实问题。本书就是对这些问题予以回应的尝试。当代中国，由于政治体制改革的滞后，经济发展过程中积累了诸多矛盾，产生了诸多严峻的社会问题，可以说有价值的研究课题俯拾皆是。

目前中国出现的问题，是社会转型时期由于民主法治建设滞后而导致的一场全面的社会危机。当代中国正处于从传统农业社会向工业乃至后工业社会、由计划经济向市场经济、由单一封闭的社会向多元开放的社会、由人治向法治过渡的转型过程中。市场经济孕育了公民的平等、权利观念和法治意识，经济全球化与全球民主政治的发展催生了国内的“新民权运动”，互联网、手机通讯的飞速发展以及两者的结合，使信息大规模共享与传播成为现实，这一切对国家治理，特别是社会治理，提出了空前的挑战。本书中所讨论的城管制度、食品安全、环境危机、小产权房、限购令、房产税、城镇化建设、群体性事件、维稳现象等问题，政府的应对策略还是停留在计划经济时代、封闭社会里所形成的由政府包办一切的故有思维，目前已无法应对新的挑战。事实上，当前许多问题产生的根源即在于政府权力过大和不受或较少受到有效的制约，权力的越位与缺位并存。目前所采取的一些通过强化政府权力来解决问题的做法，对解决问题而言实则南辕北辙。例如，房价高，原因很复杂，解决方法绝不是采取“限购”赶走购买者那么简单，解决弱势群体住房困难问题也绝不是由政府造房子分给他们住那么简单，至于维稳亦绝不是拦住上访人不让人发出声音那么简单。现实中，政治与行政措施的简单化，实令人困惑。事实上，解决新的矛盾，根本出路在于民主法治，必须确立政府合法性来源于严格遵守宪法与法律、保障人权的理念，建立法治政府，明确政府与社会的边界，通过法律限制政府权力，培育公民社会，鼓励民间自我治理。简单地讲，在于通过政治体制改革，建立法治政府，实现社会的公平正义，舍此无他。

本书由作者近期发表的21篇学术论文组成，这些论文有一个共同的中心思想——法治，以法治为线将这些论文汇集成书。

写作这些论文时，由于作者并未刻意准备将来汇集出版，因此本书在体系的完整与逻辑的自治性方面自然会有所欠缺，不过作为独立写作的论文也有优势，即写作时可以信马由缰，较少受拘束，能充分表达作者的意图。需要说明的是，在汇集成书时作者对原文作了个别技术性增删。本书的内容存在不当之处可能在所难免，尚祈读者诸君批评指正。

高军

2013年5月1日

目 录 ◆

序	1
前 言	1
第一章 社会管理模式法治	1
第一节 行政法治视域中的城管制度初探	1
第二节 城管公务活动暴力化的体制性省思	14
第三节 严刑峻法能达到道路交通的善治吗?	27
第四节 转型时期群体性事件的法理思考	38
第五节 维稳陷阱及其破解之道	59
第二章 房地产法治	74
第一节 小产权房的法社会学透视	74
第二节 限购令的合法性探析	87
第三节 法治视域中保障房建设探析	100
第四节 开证房产税的正当性及其效能探讨	119

第三章 社会安全与法治	135
第一节 宪政视野中的当代中国环境危机	135
第二节 食品安全的法社会学思考	147
第三节 权利保障视野下的城镇化建设探析	157
第四节 完善社会保障法律体系初探	172
第四章 人权与法治	186
第一节 论当代中国宪政文化建设	186
第二节 公民基本权利宪法保障论纲	203
第三节 语同音与人权保障	218
第四节 同工同酬探讨	233
第五章 司法与法治	244
第一节 刑事和解：自生的司法秩序	244
第二节 论法官的良知	261
第三节 英美法官文化及其启示	273
代结束语 税收国家的宪政逻辑	286
后 记	295