

法治精神要论

FA ZHI JING SHEN YAO LUN

高振强
孟德楷
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治精神要论

ZHI JING SHEN YAO LUN

高 强
孟 楷
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治精神要论 / 高振强, 孟德楷著. —北京: 法律出版社, 2013. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5631 - 9

I. ①法… II. ①高…②孟… III. ①社会主义法制—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 266653 号



责任编辑 潘洪兴
装帧设计 贾丹丹

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2013 年 4 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

印张 11 字数 150 千
印次 2013 年 4 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 5631 - 9

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)

内容摘要

法治精神可指法治和良法善治的理想和价值取向。我们不能仅仅从字面意思上理解法治和法治精神,还要看人们创造、设定和赋予它什么以及它对制度和文化造成了什么样的深刻影响。根据不同的标准会有不同的分类,根据法的善恶性质是否明确或意指,可以分为依法治国精神与良法善治精神。法治精神既存在于现实中,又存在于理想中。在现实中法治总是不完美的,法治精神总是遇到这样或那样的问题,但是,人类社会从来就没有泯灭过对良法善治的期望和追求。作为法治精神的公平正义精神具有自身发展的独立性和逻辑性,它评价人也改变人;评价社会也改变社会。

法治精神为法治和政治文明提供了强大的精神动力和智力支持,是人类社会政治文明的伟大成果。我们应该注意学习借鉴西方的法治文明。西方法治思想在进行着反思,包括对自然法前提性虚构和局限的反思,对分析法割裂法律与道德关系的反思等,面对反思和困惑一些法学家采取了折中和模棱两可的办法。同时,西方资产阶级的宪法法律至上也出现了异化而难以走出他们视野的局限。中国社会主义法治注重统筹兼顾,科学、民主与法治相统一,党的领导、人民当家作主与依法治国相统一,党的事业至上、人民利益至上与宪法法律至上相统一,因而法治精神具有不同的特色。弘扬法治精神既要通过改变现实来影响和改变人们的观念,又要注意其本土文化的融合,保持文化自觉,还要加强宣传教育、营造舆论氛围,引领社会实践。

关键词:法治精神;依法治国;良法善治;公平正义;有机统一

Abstract

The spirir of the rule of law may refers to the ideal and pursuit of values of the rule of law and good law and kind governance. The essence of it is multiple, and man – made. We can not only understand from the literal meaning of the rule of law and the spirir of the rule of law, but also consider what we create, configure and give it, as well as what it causing a profound impact on the systems and culture. According to different standards we have different classifications. According to whether the good and evil nature of law is referred to or not, the spirit of the rule of law can be divided into the spirit of the rule by law and the spirit of the rule by good law and kind governance. The spirir of the rule of law not only lies in the reality, but also in the ideal. The rule of law in reality is not yet perfect, and the rule of law has always faced the problem of one kind or another, but human society has never been devoid of the pursuit and expectations for good laws and kind governance. As the spirir of the rule of law, the spirit of fairness and justice have its own evolutive independence and logic. It evaluated and changed humen and society. The spirir of the rule of law provides powerful spiritual motivation and intellectual support for the rule of law and political civilization, being the great civilization results society and political. We should pay attention to learning from Western civilization of the rule of law. Western rule of law has been criticized for its premise and limitations of natural law. The rule of law in China focus on

integrated method, making all factors of democracy, and the rule of law, and the party's leadership into consideration. It is necessary for promoting the spirit of rule of law not only to change the reality, but also to pay attention to the integration of local culture and public education, etc. .

Key words: The spirir of the rule of law; rule the state by law; good law and kind governance; fairness and justice; organic unity

前 言

十八大报告强调“深入开展法制宣传教育,弘扬社会主义法治精神,树立社会主义法治理念”。法治是我国治国理政的基本方式,弘扬社会主义法治精神对于全面推进依法治国、加强改善党的领导具有重要意义。

法治精神可指法治和良法善治的理想和价值取向。我们不仅要从字面意思上理解法治和法治精神,还要看人们创造、设定和赋予它什么以及它对制度和文化造成了什么样的深刻影响。法治精神既存在于现实中,又存在于理想中。在现实中法治总是不完美的,法治精神总是遇到这样那样的问题,但是人类社会从来就没有泯灭过对良法善治的期望和追求。作为法治精神的公平正义精神具有自身发展的独立性和逻辑性,它评价人也改变人;评价社会也改变社会。

法治精神为法治和政治文明提供了强大的精神动力和智力支持,是人类社会政治文明的伟大成果。我们应该注意学习借鉴西方的法治文明。西方法治思想在进行着反思,包括对自然法前提性虚构和局限的反思,对分析法学割裂法律与道德关系的反思等,面对反思和困惑一些法学家采取了折中和模棱两可的办法。同时,西方资产阶级的宪法法律至上也出现了异化而难以走出他们视野的局限。中国社会主义法治注重统筹兼顾,科学、民主与法治相统一,党的领导、人民当家作主与依法治国相统一,党的事业至上、人民利益至上

与宪法法律至上相统一,因而法治精神具有不同的特色。

弘扬法治精神既要通过改变现实来影响和改变人们的观念,又要注意其本土文化的融合,保持文化自觉,还要加强宣传教育、营造舆论氛围,引领社会实践。

本书在写作过程中得到了中国社会科学院法学研究所所长、著名法学家李林、著名法学家李步云等老师的悉心指导和帮助。本想就一些问题再做些深入的研究,等待学界再有新的研究进展以求新解。但由于近期报刊杂志和学界对宪政、法治等问题讨论非常热烈,乃至其成为重大理论难题,本书对其中的一些概念问题做出了较为深入的探讨,适时出版也许会有助于一些问题的澄清,有利于正确舆论的引导和形成,因此赶在了今年底之前出版发行。书中不足不妥之处在所难免,敬请大家批评指正。

目 录

导论	1
一、选题理由	1
二、研究现状	9
三、重点和难点	18
四、研究方法	20
 第一章 法治精神的概念	 22
一、法治精神的几个相关概念	22
二、法治精神的内涵和外延	25
三、法治精神与法治理念	28
四、法治精神与法治文化	32
五、法治精神与法的精神	35
 第二章 法治精神的本质	 38
一、法治精神的本质	38
二、法治精神的历史	42
三、法治精神的属性	46
四、法治精神的规律	48

第三章 法治精神的要素	53
一、法治精神要素的分类	54
二、依法治国精神	58
三、良法善治精神	59
四、法治精神要素的矛盾	62
第四章 法治精神的理想(以公平正义为例)	65
一、公平正义的人类理想	65
二、公平正义的政治理想	68
三、公平正义的物质基础	70
四、公平正义的政治基础	72
五、公平正义的法治标准	74
六、法治精神的地位和作用	77
第五章 法治精神的反思	83
一、西方法治精神的假设	84
二、宪法法律至上精神的异化	89
三、良法善治精神的困惑	98
四、资本主义法治精神的现实视野	103
第六章 法治精神的特色	109
一、对资本主义法治精神的超越	109
二、中国社会主义法治的特色	112
三、社会主义法治精神的统筹兼顾	116
四、科学、民主与法治的有机统一	119
五、党的领导、人民当家作主与依法治国的有机统一	121
六、党的事业至上、人民利益至上与宪法法律至上的有机统一	122

尾论 法治精神的弘扬	140
一、改变现实	140
二、文化自觉	144
三、宣传引导	147
参考文献	151

导 论

一、选题理由

法治和法治精神的相关问题,看起来简单,深究起来复杂,争论起来混乱,实践起来总会遇到困难。其中的复杂和混乱,有认识方面的原因,也有实践方面的原因。在认识上,文化传统不同、学术领域不同、人生阅历不同、观察角度不同,对法治问题的认识角度和结论往往也就不同,彼此难以说服对方。在实践中,历史文化条件影响者有之,利益相关者有之,“屁股决定脑袋”者有之,头脑不清者有之,由此造成了种种矛盾。有些问题主要是现实问题,现实的改变,可以从根本上改变人们的头脑,但是,让人们改变现实之前需要告诉人们是什么、为什么和怎么做。想说得再清楚一些,这便是本书的初衷。

(一) 认识上的混乱必须解决,概念不一和思想分歧影响了研究进展

概念不一和思想分歧使人不能很好沟通,甚至难以对话,浪费了大量精力。

1. 由于文化传统不同,中西方对法治精神几乎不可能有相同的理解

英美等西方国家对法治的理解一般为法律统治,即 rule of law,^①国内也

^① 参见李林:《法治与宪政的变迁》,中国社会科学出版社2005年版,序言第1页,正文第1、20页。“在英美模式中,法治(rule of law)表示法的统治、法律主治,与国家(state)并无直接联系。”在本书20页引自D. Neil MacCormick:“Rechtsstaat”and Rule of Law, The Rule of Law, edited by Josef Thesing, 1997, Konrad - Adenauer - Stiftung, pp. 68 - 77。

有不少学者讲法律统治,^①但有两种情况我们应该看到:一是我国官方文件,包括党的十六大、十七大报告和各级政府工作报告从来不讲法律统治,而是讲依法治国,^②依法治国之前多是讲以法治国和民主法制。^③二是很多讲法律统治的人也并不确信法律能够作为主体自行统治,并不能把法律统治坚持到底,最终把法治加入了人治内容。^④ 文化传统不同和思维方式的不同,造成了理解上的差异。

西方自然神观念或基督教精神为法律统治提供了坚实的文化基础,基督教的千年王国为法律超脱世俗社会而统治世俗社会提供了坚实的历史参照,法、法意、法律以神的荣光普照大地,以神的地位而至高无上,以神的力量而无所不能,人们听从法律的统治几乎是理所当然的。而在中国古代文化中,“政教合一”、天人合一、以人为本是主流,法以神的名义出现总是抵不过某些特殊人的力量,以言代法,以权代法,有着深厚的历史根基。中国儒家没有无处不在的自然神,一些人格神还要听从人的安排,中国传统风水学主张在建筑物上标明“姜太公在此,诸神退位”,^⑤有些事可以和土地神、山神、河神商量,总有融通之处。中国古代的法一般是指人定法,与西方文化中一般是和自然神相通秉承神的意志的自然法和神定法不同。由于这些差异,秉承了不同文化的人在一起讨论问题往往说不到一块儿,彼此认为对方不可思议。但是,最终一些问题仍要想办法解决。我们应该求同存异,寻找共同的交流语言。

2. 由于学术专业和职业领域的不同形成了认识的壁垒和隔阂,需要破除一些争论让人灰心丧气,对于对方的问题和结论感到惊讶,自己于对方

① 卓泽渊:《法治国家论》,法律出版社2008年版,引言第3页。

② 胡锦涛:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗》,人民出版社2007年版,第20、30页。

③ 参见国务院研究室编:《政府工作报告全编(2005)》,中国言实出版社2005年版,第7页。

④ 尚九玉、尚九宾:“法治之不及:亚里士多德法治思想再反思——兼评我国20世纪80年代以来法治与人治的讨论”,载《探索与争鸣》2006年第4期。

⑤ <http://www.tourunion.com/Info/htm/26851.htm>;在豫北一带,不管是城市还是农村,凡是盖上新房上梁的时候,都要用大红纸书写上一幅“姜太公在此,诸神退位”的条款,贴在花檩上,在地上放好供桌,摆好供品,白酒烧梁口,燃放鞭炮,由主家的当事人焚香叩头,然后由木匠和泥水匠将花檩拔上房顶,安放在正门的那间房的中间。想让姜太公长期住下去,永保主家平安。

也总能出其不意。哲学、政治、法学、社会学对于法律的理解有所不同。其中,政治学和法学、政治实践和法律实践的差异最为显著。法学家应该怀着对法律的信仰,矢志不渝;政治学家和政治家却总想把法律仅作为一种治理的工具,把政法工作国家工作的一部分。^①作为一种技术,法律仅仅是政治学的一种工具,作为社会现实,法律也确不是政治的全部,除了法律,社会的其他规范也在起作用,人们的理想、信念也在起作用。社会学善于从多方面分析法治问题,显得从容淡定,但远没有法学家对法治那样地执着和坚定,时而模棱两可,时而多方求证而举棋不定。哲学在缺乏法治的时候关注法治的正面意义,而在法治精神大行其道的时候则更加关注法律和法治的不合理成分,因为哲学总是反思的学问。^②在马克思主义的唯物辩证法面前,没有永恒不变的东西。在古代,天文学、物理学、医学等学科的大部分内容都在哲学之内,现在都分化成了科学门类,哲学的空间越来越小,人学和反思成为其主要内容。职业对人的价值观念影响极大,战场上杀死敌人多者为英雄,医生则以救死扶伤为高尚;企业家研究如何赚钱,慈善家考虑如何捐钱;政治家对异端邪说倾向于保守和排斥,思想家则对新思想新观点倾向于开放和激进。我们应善于吸取各派之长,兼容并蓄,拿来所用。

不同的学术专业和职业领域尽管有不同的思维习惯,但仍然可以求同存异,寻找共同的话语。这样可以使自己的观念更容易让人懂,使自己的学术更具魅力,同时,多种专业和职业领域的观点的组合才更能接近于事物的真实。马克思关于报刊的有机运动的论述可以使我们比照理解学术所反映的事物的本质真实问题。面对个别的新闻报道只能部分地、片面地反映事物的真实而难以反映事物的本质的真实这个问题,马克思指出:“一个新闻记者可以认为自己只是一个复杂的机体中的一小部分,他在这个机体里可

① <http://politics.people.com.cn/GB/1024/6699023.html>;胡锦涛在2007年12月25日同全国政法工作会议代表和全国大法官、大检察官座谈时强调:政法事业是中国特色社会主义事业的重要组成部分,必须随着中国特色社会主义事业发展而发展;政法工作是党和国家工作的重要组成部分,必须在党和国家工作大局下开展,为党和国家工作大局服务。切实维护党的执政地位,切实维护国家安全,切实维护人民权益,确保社会大局稳定,是政法战线的首要政治任务。

② 谢地坤:“中国的哲学现状、问题和任务”,载《中国社会科学》2008年第5期,第40、41页。

以自由地为自己挑选一定的职能。譬如,一个人多描写些他和人民来往时人民的贫困状况所给他的直接印象;另一个人,譬如历史学家,就研究造成这种情况的历史;感情丰富的人就描写贫困状况本身;经济学家就研究消灭贫困所必须采取的办法,而且,这个总的问题还可以从各个方面来解决:从地方范围,从整个国家范围等。这样,只要报刊有机地运动着,全部事实就会完整地揭示出来。……报纸就是这样通过分工——不是由某一个人做全部工作,而是由这个人数众多的团体中的每一个成员担负一件不大的工作——一步一步地弄清全部事实的。”^①恩格斯关于历史合力的论述对我们理解这个问题也有启发,尽管历史中的每个人和每种势力的想法和努力方向不同,但都对历史的发展起到作用,从而使历史按其应有规律发展。^②不同的学术专业和职业领域尽管对一些问题的看法不同,但是都从不同的侧面揭示了法治的本真,我们应该对不同的学派采取更加开放的态度。这就需要破除彼此之间的壁垒。

3. 观察角度不同,说法和结论也往往不同,而面对的法治实践是一定的,需要理顺澄清

文化背景、学术或职业领域相同的人也可能因为观察问题的角度不同而结论相异。在有些情况下,没有必要取得一致的角度和共识,但在一定条件下共识必须达成,否则就无法制定相应的政策和法律,无法采取一致的行动。我们不能企求政治权威或法学权威对法治精神的有关问题下一个一劳永逸的、让每个人都认可的结论,真理问题需要尊重客观真实,价值问题需要尊重多元的选择。比如,关于公平正义的观念,在制定法律的时候需要达成一定的共识,这种共识应是基于一定的相互理解和文化包容。这种理解和包容是我们的研究应该有所作为的。在学术上我们的公平正义观念永远不能说已经取得共识了。比如,公平与效率何者优先才是正义的?民主和自由都有一定的度,在什么样的度上才是正义的?正是基于对公平正义的理解上的差异,资本主义和社会主义对剥削一词的理解才是截然不同的。

① 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第211页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年版,第697页。

无论有多少争议,在制定的法律中都要确定下来,在共识不能达成时就要强制性地确定,这不是一种理想状态。理想的状态应是共识的普遍地达成。这种理想状态是难以实现的,但我们的研究工作可以将其向前推进。理解和包容应该在法律中定在一个什么样的度上,应是我们着力研究的。

(二)澄清其中的问题有助于解决实践中的难题

1. 不同的法治精神在实践中存在着矛盾,应该得到妥善区分对待

不同的法治精神要素之间可能存在着矛盾。德沃金关于法治原则之间存在矛盾的论述对我们理解法治精神之间的矛盾有启发意义。德沃金认为,当几个原则发生冲突时,人们要权衡几个原则的相对分量,其中一个可能是作为决定的主要依据,但其他原则也是必须考虑的。^①法治原则是法治精神的集中体现,与法治原则相一致,法治精神之间也存在着矛盾,这些矛盾在解决一定问题时应有合理的区分。

作为法治精神,民主自由与法律至上在一定条件下存在矛盾,一般来说法律至上可以保障民主自由的实现,但是在一定条件下它有限制着一定的民主自由,或者说最起码是限制着过度的民主自由。法律不可能代表所有人的意志。有人认为,党的领导也是法治精神,但在一定条件下它也与法律至上、监督制约公权力存在矛盾。司法独立与监督制约公权力也是一个对子。有些问题看起来解决了,深究起来在关键之处还远未见分晓,政治上没有最好只有更好,我们只能通过进一步研究,向前推动。

2. 消除实践上的误区

法律至上精神要求人们不能超越法律,但是,容易发现有些法律却明明规定了某些个人和组织可以超越法律的内容。这些情况在本文第五章、第六章有进一步的论述。法治实践中的矛盾,人们往往不能自知自觉,而听任这种状况的发展,在学术上搞清这个问题,有助于我们避免西方国家已经出现的问题,有助于我们保持一种警醒的状态。追求公平正义也有一个度的问题,公平正义水平要随着社会发展而变化。过分的公平正义看起来非常正义,实际上是一种不正义。法律上过分地追求公平往往造成了实际生活

^① 参见[美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第239页。

中更大的不公平。例如,我国税法规定个人所得税“超过 100 000 元的部分”的税率为“45%”,这牵涉效率与公平问题,且不说这种规定实际上是否合理,^①起码执行情况是非常不合理的,大量富人偷漏税成为公开的秘密。对富人实行高税收是为了追求公平正义,但是,多数人都觉得税收过高而不交税就对交税者造成了更大的不公平。是否税收太高了可以对不交税的人手软一点?税收人员是模糊的、动摇的,对许多偷漏税者采取了放任和宽容的态度。我国曾三次调整个人所得税的起征点,500 元到 800 元、1600 元,再到 2000 元。税收比例究竟多少才合情合理,似乎没有确定的答案。一些地方对外国企业入驻中国实行税收“减二免三”等减税政策,^②使其享受超国民待遇,引起了老百姓的不满,于是,有的中国人出国后,再打着外国企业的旗号入驻中国享受超国民待遇,便被老百姓戏称为“假洋鬼子”。实践中的一些不公平现象,有不少既是政治技术和实际操作技术问题,而同时往往也是指导思想 and 价值原则问题,因此,我们的研究需要把这些指导思想和价值原则搞清楚。

3. 有助于增强实现“三者有机统一”^③的自觉性

党的领导、依法治国和人民当家作主的有机统一,科学执政、民主执政和依法执政的有机统一,党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上的有机统一,是我国社会主义法治的政治要求。这种有机统一,在实践中总会遇到难题。应该统一不见得就能实际统一。党的领导和人民当家作主应该统一,但对具体事物而言,党的集中领导和民主的多数原则的矛盾对立不是不会存在的,党的意图和民主的结果有可能不完全一致,这在部分地区地方政

^① 董悦、李宜倩:“浅论我国个人所得税的偷漏税现象”,载《商业文化》(学术版)2009 年第 2 期,第 137 页。文中指出:税率也从 5% 累进到 45%,级差增加了 40 个百分点,导致高收入者个人的边际税率过高和逃税。

^② 1991 年出台的《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》第 8 条第 1 款规定具有代表性,即对生产性外商投资企业,经营期在十年以上的,从开始获利的年度起,第一年和第二年免征企业所得税,第三年至第五年减半征收企业所得税(俗称“免二减三”)。

^③ 本书将“党的领导、依法治国和人民当家作主的有机统一”,“科学执政、民主执政和依法执政的有机统一”,“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上的有机统一”这三个“三者有机统一”分别简称为或通称为“三者有机统一”。