

上海电机学院马克思主义中国化系列丛书


法治中国与 法治文化

罗薇 / 著

CHINA UNDER RULE
OF LAW AND
ITS LEGAL CULTURE



上海社会科学院出版社



上海电机学院
马克思主义中国化系列丛书

法治中国与 法治文化

罗薇 / 著



上海社会科学院出版社

本丛书由上海市教育委员会
上海高校马克思主义学院内涵提升建设项目资助出版

前 言

本书集中呈现的是笔者近年来对于法治这一社会文化现象思考的结果。本书从在中国实现法治的难点入手,提出在中国现有条件下,由政府主导的法治建设如何把权力关进制度的笼子,如何在缺少法治历史传统的背景下培养公民的法治意识、法治素养与法律思维,如何从“关系运作”盛行的熟人社会走向讲规则、讲秩序的法治社会,如何实现司法审判质量和司法公信力的共同提升。

人治下的德治与法治下的德治,法律地位不同,治理重点不同,两者产生的基础、赖以存在的条件和实现方式不一样,它们在不同的政治、经济、社会文化的基础上产生,并为不同的政治、经济、社会文化服务。今天,我们强调德治,绝不是向人治倒退,相反,是在依法治国的同时,充分估量道德对于调整社会关系的不可替代的作用。法治和德治,都建筑在法治社会的基础上。我们要坚持依法治国和以德治国相结合,实现从“人治”到“法治”的伟大转变。

法治信仰是人们对于法律发自内心的遵守和服从,是现代法治精神的内核。让法治成为国家信仰,关系到法治建设走什么样的道路、坚持什么样的原则、朝着什么方向努力等基本问题。法治信仰的形成既是自然历史的发展过程,也是人们有意识选择与培育的结果。必须承认,我国不具有西方国家自然生成的法治传统和语境,作为法治后发国家,我们要尽可能寻找解决现实法治信仰困境的对策,培育全社会的法治信仰。法治思维方式是指人们按照法治的理念、原则和标准判断、分析和处理问题的理性思维方式。法治思维方式以事实与规则认定为中心,根据法律规范,对存在争议的行

为、利益和关系进行分析、判断和处理。依法治国应当优先考虑法治思维方式。每一位国家公民都要增强法治信仰,树立法治思维,成为社会主义法治的忠实崇尚者、自觉遵守者、坚定捍卫者。

随着法官综合素养的提高,司法行为更加规范、严谨、公开、透明,人民法院的审判质量、效率和效果有着明显进步,然而人民法院的司法公信力却并没有随着案件质效的提高而相应提升。近年来,几乎每起重大案件背后,都有民意的强烈关注与汹涌表达,司法与民意的关系似乎越来越紧张。司法如何理性回应民意是司法必须直面的课题,也是在当前政治经济背景下颇具中国特色的问题。司法要以坚守司法底线为前提,尽量避免与民众发生激烈冲突。对于司法内外不同的民意诉求采取不同的应对方式,通过构建司法回应民意的技术通道,有效缓解司法与民意之间的冲突。

作为一名高校教师,一线的教学工作也让笔者深切感受到当代大学生具有较高的学习法律知识的热情,但是整体来看,法律知识欠缺、法治信仰不足、法律意识淡薄。大学生的法治信仰状况直接决定了未来国人法治信仰的具体走向。为改变当前大学生在法治信仰方面呈现的冷漠状况,要进一步加强高校法治信仰教育,进一步创建良好的外部法治环境。

全书分为5个部分。第一部分:法治。第二部分:宪法与监察法。第三部分法治信仰与法治思维。第四部分:司法与民意。第五部分:高校与法治。书中的部分内容曾见诸学术期刊,但较为零碎、陈旧。本书系统地融合了笔者曾发表和未发表的讨论法治及法治文化的观点,使其读起来更具有连贯性与系统性。由于才疏学浅,书中存在诸多错漏之处,恳请批评指正。

目 录

第一部分 法 治

- 第一章 中国依法治国的难点与实现路径 3
- 第二章 人治下的德治与法治下的德治辨析 15

第二部分 宪法与监察法

- 第三章 学习 2018 年宪法修正案 推进宪法全面实施 23
- 第四章 《中华人民共和国监察法》若干问题探讨 35

第三部分 法治信仰与法治思维

- 第五章 培养公众对法治的普遍信仰 45
- 第六章 养成一种法治思维方式 57
- 第七章 法治思维下信访工作的探索与思考 73
- 第八章 上海法治文化及其建设进路探究 89

第四部分 司法与民意

- 第九章 关于司法公正的几点思考 105
- 第十章 转型期司法公信力脉象与维护 115
- 第十一章 司法应对民意的原则与策略 125
- 第十二章 涉诉民意与当前司法应对 138
- 第十三章 传媒与司法关系新探 146

第五部分 高校与法治

第十四章	让法治成为青年大学生的信仰	155
第十五章	关于高校学生处分制度的法律思考	165

第一部分 法 治

第一章 中国依法治国的难点与实现路径

1997年9月,中共十五大报告正式提出“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略。1999年3月,“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”被写入宪法,“法治”的概念被宪法正式确认,并上升为一项不可动摇的宪法原则。然而,由于权力干预司法、司法不公、司法不廉、行政机关违法行政等情况时有发生,忧患之下,中共十八届四中全会将依法治国提升到了前所未有的高度,就全面推进依法治国作出了战略部署,明确提出建设法治体系与法治中国的总目标。中共十八届六中全会聚焦从严治党议题,审议通过了《关于新形势下党内政治生活的若干准则》和《中国共产党党内监督条例》,构建“制度铁笼”,使党内的政治生态逐步走向制度化和法治化。

什么是法治?法治是与人治相对立的治国方略,是社会治理追求的目标,强调法律至上、良法之治、保障权利、制约权力、程序公正的法律精神与价值原则。具体来说,法治应包括以下几个要素:(1)宪法与法律至上。一切法律、行政法规和地方性法规都不得与宪法相抵触。一切违反宪法和法律的行为,都要予以追究。任何组织和个人都没有超越宪法和法律的特权。(2)制约公权力,保障人权。国家机关行使公权力要遵循法定的权限与程序,权力运行要受到制约与监督,不仅包括公权力的相互监督,也包括私权利对公权力的监督。法律面前人人平等,国家尊重和保障人权,公民的人格尊严、人身自由不受侵犯。(3)司法独立、公正而权威。司法机关独立行使职权,不受任何行政机关、组织和个人的干涉,确保司法的独立和权威。法院实行公开审判、律师辩护、法庭辩论等制度,确保司法公正。(4)公民具

有法治信仰。法治国家不仅要有符合社会发展规律的法律体系,也离不开公众对于法律的忠诚信仰。只有公民对法律有强烈信仰,才能把法律的精神内化为自身的价值理念与行为准则,形成信法、守法的良好社会风尚。

通过比较中国的法治现状,我们很容易发现,尽管中国的法治水平已经取得了很大进步,却仍然远远落后于法治国家的要求。法治是一项系统工程,凝聚共识、凝神聚气、推进法治,已成为当前中国面临的重要任务。

一、法治为什么重要

(一) 历史经验告诉我们必须选择法治

习近平总书记说:“历史是最好的老师。经验和教训使我们党深刻认识到,法治是治国理政不可或缺的重要手段。法治兴则国家兴,法治衰则国家乱。什么时候重视法治、法治昌明,什么时候就国泰民安;什么时候忽视法治、法治松弛,什么时候就国乱民怨。法律是什么?最形象的说法就是准绳。用法律的准绳去衡量、规范、引导社会生活,这就是法治。”^①我们的经验和教训告诫我们,必须选择法治,否则会吃苦头。

(二) 社会现实要求我们必须依靠法治

当代中国正处于从站起来、富起来到强起来的关键节点上。一个强大的国家必然要求具有强大的构建秩序的能力。转变发展方式、化解社会矛盾、打击贪污腐败、实现社会正义、保护生态环境等,方方面面都需要有相应的法治能力。只有法治才能构建良好的社会秩序,只有法治才能让国家变得更加强大。因此,要解决当下中国的这些重大问题,只有法治才靠得住,只有选择法治才是出路。

(三) 未来发展要求我们必须坚守法治

2012年中共十八大把法治确定为治国理政的基本方式。2014年,中共

^① 中共中央文献研究室:习近平关于全面依法治国论述摘编[M].北京:中央文献出版社,2015.

十八届四中全会提出,社会主义法治必须坚持党的领导,党的领导必须依靠社会主义法治。我们要全面建成小康社会,要实现中华民族伟大复兴的中国梦,必然继续依靠法治,只有法治才是支撑国家兴旺发达的强大力量。

二、中国依法治国的难点

(一) 政府主导的法治建设如何把权力关进制度的笼子

依法治国的核心是依法治权、依法治官,要把“权力关进制度的笼子里”。我国的法治建设由政府主导推进,伴随着法治进程的深入,其局限性也会日益暴露,公权力将面对“自己的刀削不了自己的把”的尴尬局面,法治将面临重重阻力。如何有效控制权力,让权力在既定的规则框架内,在保障社会自由与权利的同时,按照法治的方式和原则治理社会,是当前依法治国的难点。

(二) 缺乏法治历史传统背景下的依法治国

我国几千年的封建专制历史,有法律制度却无法做到法律面前人人平等,有人治而无法治。我国古代自春秋战国时期就产生了自成体系的成文法典,至汉唐时期已较为完备。然而,虽有立法,法律却只治民而不治官、不治权。权大于法,法律成了权力的奴婢。“君为臣纲、父为子纲、夫为妻纲”是专制的集中表现,也是立国之本。虽有“五常”(仁义礼智信)试图缓和“三纲”的专制紧张,却无法从根本上动摇专制的本质。

中华人民共和国成立后,我们废除旧法,创建新的法律体系。邓小平同志说:“旧中国留给我们的,封建专制传统比较多,民主法制传统很少。解放以后,我们也没有自觉地、系统地建立保障人民民主权利的各项制度,法制很不完备,也很不受重视。”文化大革命结束之后,我们痛定思痛,只有认真建立社会主义民主制度和社会主义法制,才能解决问题。

当今中国,法治建设与改革开放相伴而行,其成就有目共睹。然而,在封建传统的惯性下,一些人置党纪国法于不顾,玩弄法律于股掌之间,法律成了摆设,不是把权力关进制度的笼子,而是有权任性、任意妄为。一些领

导干部,虽然也畏惧党纪国法,却缺少现代干部所应当具备的法治意识、法治素养与法律思维,决策办事不遵循法定程序、缺少法律依据。

(三) “关系运作”盛行于中国社会背景下的依法治国

当今中国社会,“关系运作”盛行,存在着关系大于公正、人情压倒一切、法治需求不足的现象。人们一旦在生活中遇到问题、发生纠纷,或是在开拓事业中想寻求发展,首先想到的是通过“关系”获取他人帮助,或是通过熟人之间调解说理解决,这甚至已经成了不少人的“条件反射”。全国政协十二届一次会议第三次全体会议上,全国政协委员、民建陕西省委副主委周新生作了《尽量让国人不求人少求人》的发言。他说,我们国人的生活中,存在大量求人的事,生老病死都要求人。生得好要求人;病了,治得好要求人;死了,烧得好、埋得好要求人;上好学要求人;找工作要求人,调动工作要求人;异地迁徙取得户籍要求人;职务职称晋升要求人,不一而足。求人者求人,被求者也求人,求人者也是被求者,相互交织构成了一幅壮观的中国式求人画卷。周新生的发言击中了很多人心中的痛点,在社会上激起强烈反响。在中国社会,人们离不开“关系”,除非万不得已,才会抛弃面子,走上“伤人情”的司法途径。当人们过于依赖关系,对法治的需求不足,就会导致法治的供给萎缩;而法治供给萎缩,势必导致法治需求进一步减少,如此陷入恶性循环之中。

(四) 审判质量提升与司法公信趋弱的现象交织

随着近些年来司法改革的推进和法官综合素养的不断提升,法院的审判质量与效率取得了实实在在的进步,纠正了一批冤假错案,维护了社会的公平与正义。然而,司法公信力却并未因此而提升,司法的社会评价并不高,出现了“人民法院的自我评价与社会评价之间存在差距”的局面。这种情况的发生并非空穴来风,司法不公的现象仍然存在,而进入公众视野、引发社会热议的典型案件,很多包含着公权力滥用、公民维权艰难等因素,司法活动与司法裁判很容易遭受公众的质疑。

三、中国依法治国的实现路径

(一) 科学立法,加强宪法实施

1. 完善中国特色社会主义法律体系

2011年,中国特色社会主义法律体系已经建成,这在我国法治进程中具有里程碑的意义,表明大立法时代告一段落,有法可依的目标已经实现。2014年,党的十八届四中全会引用“良法”的概念,并提出了“良法善治”的理论:“法律是治国之重器,良法是善治之前提。”2017年,党的十九大报告指出:“以良法促进发展,保障善治。”正如张文显教授所说,良法善治的理论和实践超越了工具主义法治和形式主义法治的局限,是现代法治理论的重大创新。

良法是善治的前提,立法质量关乎法治质量。“良法的标准表现为三个方面:在法的内容方面,必须合乎调整对象自身的规律;在法的价值方面,良法必须符合正义并促进社会成员的公共利益;在法的形式方面,良法必须具有形式科学性。”^①我国的一些法律法规还未能反映社会发展规律和人民意愿。我们有时会遇到这样的现象:法律与法律之间“打架”,“土法”与“国法”之间冲突,令人无所适从;一些领域的法律法规跟不上形势发展;有些法律法规可操作性差,形同虚设;有些法律法规衔接配套不够。法律先天不足会使法治实施陷入困境。要建成法治国家,必须提高立法质量,夯实“良法善治”的根基。

党的十八届四中全会强调深入推进科学立法、民主立法,使每一项立法都符合宪法精神、反映人民意志。我国宪法明确了统一且分层次的立法体制。《立法法》对全国人大、国务院、中央和地方的立法权限进行了划分,对于立法程序、法的适用规范以及备案审查制度进行了全面规范。伴随着经济发展与改革的深化,立法工作肯定会遇到新问题、新情况,下一步我们要继续完善立法体制机制与程序。为进一步提高立法质量,避免立法浪费、开门立法应成为立法工作的常态。要健全立法机关和社会公众沟通机制,建立基层立法联系点制度。进一步拓展公众参与立法的渠道,搭建公众表达

^① 李桂林.论良法的标准[J].法学评论,2000,(2).

立法意见的平台,建立意见采纳及反馈机制,力争使法律法规接地气、具有广泛的民意基础。总之,“法者,国之权衡也,时之准绳也”。立法是建设法治中国的头道“工序”。立法的完善离不开法治实践的推动,而科学立法、民主立法的推进,也必将为法治中国奠定坚实的基础。

2. 加强宪法实施与监督

宪法是我国的根本大法,具有最高的法律权威。习近平总书记指出,“宪法的生命和权威在于实施,依法治国首先在于依宪治国。要实现依法治国,就要保证宪法的最高法律效力”。

宪法实施是国家机关、社会组织和公民个人遵守和执行宪法的具体条文规定与原则精神的活动,是指宪法具体条文规定与原则精神在现实生活中的贯彻落实。^①我国现行宪法实施 30 多年以来,在国家与社会生活中发挥了重要作用。但是,宪法的实施状况仍然不尽如人意,不同程度的违宪现象依然存在。要使宪法真正落地实施,还需进一步努力。第一,形成以宪法为首的完整统一的法律体系,一切法律法规的制定与执行都要合乎宪法这一国家法制的最高标准。第二,普及宪法理念,培育全社会尊宪、守宪、执宪与护宪的宪法文化。在适用法律时,根据宪法的规定和精神解释法律条款,使宪法的理念与精神融入行政执法、司法和社会生活中去,促使人人心中有宪法,人人讲宪法。第三,切实强化宪法监督的机制与程序,对于违宪文件与行为的认定标准、追究程序与处罚措施应当作出细化规定。宪法监督既包括对规范性文件的违宪审查,也包括对国家机关工作人员言行的违宪评价,最终还是要施行宪法诉讼制度。如果社会仍然出现“黑头不如红头,红头不如白头,白头不如低头,低头不如口头”的现象,如果公民的宪法权利受到侵犯却投诉无门,宪法的权威就无法真正树立。

(二) 依法行政,加快建设法治政府

“依法行政”是政治学中的常识。建设法治政府是建设法治国家的关

^① 上官丕亮.法律适用中的宪法实施:方式、特点及意义[J].法学评论,2016,(1).

键。党的十七大、十八大提出在 2020 年前后基本建成法治政府。党的十九大报告提出,到 2035 年,法治国家、法治政府、法治社会基本建成。调整法治政府的建成时间,是我们理性审视法治政府建设不充分、不平衡的现状,综合考虑各种因素作出的判断,是符合科学的修正。法治政府与法治国家、法治社会本身是相互关联的,任何一个都不可能单独提前建成。

我们的法治政府建设面临许多的困境和难题,突出表现在:一是公权力不受约束。学者梁文道曾说:“当前中国最大的问题不是缺乏常识,而是缺乏常识的矛盾;不是价值的虚无,而是价值观念与社会现实间的断裂。”^①法治政府所要求的有限政府与政府职能的无限形成了突出的矛盾。二是转型中国社会矛盾剧增。当前依法行政中的主要问题主要集中在五大领域:住房保障与房屋管理、公安、人力资源与社会保障、工商管理、规划与土地管理。一些领导干部和工作人员缺少法治思维,具体表现在认定事实不清,适用法律错误,不履行或不正确履行职责,不遵守法定程序,不具备用法治思维和法治方法预防、减少、有效化解社会矛盾、维护稳定的能力,这些状况阻碍了法治政府建设的进程。

依法行政要真正落实绝非易事,清权、确权、晒权、制权,是建设法治政府的前提。若权力不受约束,无异于留下一道致命缺口,整个法治体系都可能遭受破坏。为了实现依法行政,核心问题是规范行政权力的运行。我们要建设职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信的法治政府,为了实现这一目标,第一,必须实现行政责任的法定化、具体化,推行政府权力清单制度。政府不能缺位,也不能越位,只能到位,而衡量是否到位的唯一标尺应是法律的职权设定与职责要求。权力的来源要有法定授权,只有明确了权力清单,政府才知晓什么可为,什么不可为,才能方便民众监督。然而,若没有倒逼的力量,要让政府放弃已有的权力,难度较大。第二,要大胆限权,即法无授权不可为,这来源于卢梭的《社会契约论》、孟德斯鸠的《论法的精神》中的相关表述与延伸。公民的权利与自由具有天然正当

① 《中国最大的问题不是缺乏常识,而是常识的矛盾》[EB/OL].<http://cul.qq.com/a/20140402/015599.htm>,最后访问日期 2016-8-4.

性,不需要国家法律授予;而任何旨在限制和剥夺公民权利的公权力必须有法律明确授权。第三,要规范用权。要树立法治思维,依法按权限和程序办事,把权力关进制度的笼子里,既不可乱作为,也不能不作为,该干的事就干好,不该干的事坚决不干。必须严格执法,明确具体的操作程序,重点规范行政处罚、行政强制、行政许可、行政检查、行政征收、行政收费等行政执法行为。严谨科学的执法程序是依法依规执法的制度保证。进一步健全行政裁量权的基准制度,细化执法标准操作规程,规范行政裁量的范围、种类和幅度,防止权力的任性与随性。进一步推进行政执法全过程记录制度的建设和实施,把行政执法责任制落到实处。第四,要加强行政监督。完备的监督制度是依法行政的保证。从外部看,要加强对行政工作的党内监督、人大监督、监察监督、行政监督、司法监督、审计监督、民主监督、社会监督、舆论监督的制度建设,整合监督力量,形成全方位、立体式监督。从内部看,要建立政府内部层级监督和专门监督、上级机关对下级机关的监督等常态化、制度化的监督制度。

(三) 公正司法,司法改革如何破局

1. 司法的去地方化和去行政化

公平正义是法治的生命线,司法机关是维护社会公平正义的最后一道防线。司法公正对于社会公正具有引领作用,司法不公会给社会公正带来致命的破坏。过去司法广受诟病的问题主要有两个:一是司法地方化。二是司法行政化,“审者不判,判者不审”“集体决策,无人负责”。由于司法的地方化和行政化问题,造成了一些严重的后果,形形色色的潜规则成为冤假错案幕后的推手,极大地伤害了司法公信力。

其一,司法要去地方化。谁控制了法官的薪水,谁就控制了法官的脑袋。司法的人财物若受制于地方政府,司法机关就会成为地方保护主义的工。司法机关不应当成为地方政府的一个工作部门,受制于地方政府工作,不能为了支持地方政府工作或是为了地方维稳就以丧失司法的居中裁判地位、牺牲司法的权威为代价。司法机关正在探索设立跨行政区划的人