

## 著作推荐

专著推荐

精品教材

热门文章

## 孙振中：当代中国法治建设三题

更新时间：2015/5/24 7:09:27

当代中国法治建设三题

孙振中\*

[内容摘要]：本文通过“方式的选择”、“特色的把握”和“条件的创造”三个题项，论述了当代中国法治建设的一些热门话题。文章的基本观点是，走进法治社会，是离不开强大的动力的，而动力可以来自社会上下左右诸多方面，西方如此，中国也不例外。从法治的形式、实质、理论、实践等多层面看，中国法治有着自己的种种特色。中国法治建设既要坚持法治社会的一般原则理论，又要保持自己的特色。既要坚守自我特色，又应注意不足，扬长补短，创造一切有利条件，努力实现法治化，提升我国社会的文明化水平。

[关键词]：法治、特色、唯我、华夏

## 一、方式的选择

这里使用“方式”的概念，同时下人们使用的“模式”是一个意思，而不对“方式”和“模式”作过细的分辨。法治的方式或模式，是指实现法治应采取的方法和途径。当代中国法治应选择什么样的方法和途径？（1）作为现代法治起始的17—18世纪西方法治，在实现的方式上对今日中国法治的实现有哪些启示？英国法治是通过社会长期历史演进和一定政治革命的冲击后实行的。法治的历史传统性特征尤为明显。法国法治是通过资产阶级政权建立，在自由主义理论的深刻影响下，进行系统立法活动后实行的。法治的规则性系统化特征最为突出。德国法治的实行由于晚于英法两国，在传统与现代磨合及民族国家的统一过程中形成法治，其法治的民族历史传统性因素保留不少。美国法治的实行是同美国国家的形成、独立和发展相紧密联系着的。其法治受英国的传统和欧洲大陆文化的影响。它的法治最突出的特点是法律思想、法律规则、法律制度的多元性。这些历史事实充分告诉我们，在17—18世纪法治现代化的潮流来临后，上述国家或早或迟都顺应了潮流，顺势向上。在实行法治的基本思想和原则下，各国具体做法、路径因历史传统不同、国情不同，都有所不同，各有其特色。我以为这就是对中国今天实现法治的一些启发。（2）自20世纪以来，近代西方法治受到了强烈的挑战，在法治的实践中出现了许多新的变化，这对今天中国法治的实现有何借鉴作用？国家对社会生活的干预，政府由市场经济的“守夜人”变为市场经济危机的“救市人”；采用福利国家的政策，缓和、平衡社会矛盾；由对法律的一般性、形式公正的重视，转变为同时要注重法律的特殊性（如特别法），使公正趋于实质化和结果公正；社会关系的突出和复杂化以及社会法的大量出现，引起公法与私法界限模糊，法律的分类和体系发生了新的变化；政府管理社会的地位和作用增加，行政立法任务重，授权立法扩大，议会立法的地位受到削弱；对“绝对所有权”出现行使中的限制，“契约自由”出现限制或要求标准化，“无过失不负损害赔偿”改为“无过失损害赔偿”原则；在法治的指导思想上，已从17—19世纪的理性主义、概念论法学转向现实主义、利益多元论和折中主义；两大法系相互吸收借鉴，出现超国家组织的法律。这些情况和现象，既可以说是西方国家自20世纪以来法治的新发展，也可以说是在此之前自由资本主义时期法治的反思和补充。而对中国今天的法治建设有着十分重要借鉴意义：中国今天的法治建设虽然要学习西方17—18世纪法治的历史经验和法治的基本原则和精神，但千万不能仅仅停留和局限在那个时代，同时要吸收20世纪以来西方法治的经验教训。西方国家政府在行政立法、依法管理社会等法治建设中的地位及作用越来越突出，这同中国一贯重视政府在国家和社会的重要作用就实质上来讲，是相一致的。在当代，世界各国政府已经成为建设法治的直接推动者，重要的是把政府立法、执法等行政行为纳入法律的监控之下。把力求形式公平与实质公平相统一，把程序公正与结果公正相统一，把维护私人自由、平等和幸福同保障社会公众自由、平等和幸福相统一。这三个相统一完全符合社会主义性质和基本原则。（3）前苏联是1917年十月革命胜利后诞生的第一个社会主义政权的国家，它走过的70多年的法治道路，可谓曲折多变。对此，我国著名法学家孙国华教授作过这样的描述，他指出，自1925年4月俄共（布）中央全体会议召开后，随着政治、经济形势的发展，苏维埃国家开始大规模的立法活动，强调要严格执法并能注意完善法律监督制度，要求全社会普遍守法，注意克服法律虚无主义和树立法律的权威。在此历史背景下，一些法学家还提出了如何实现社会主义法治的各种方案。后来由于斯大林个人崇拜的盛行，法治国家已成为不合时宜的资产阶级专用品，而被抛弃。孙国华教授特别强调，就是对社会主义法治的认识也是存在偏差，把社会主义制度简单地等同于社会主义法治，“社会主义制度是绝大多数人当家作主的国家制度，实行社会主义制度为实行社会主义民主提供了极大的可能性。但社会主义制度与民主制度绝不能简单地划等号，否则，就会产生在社会主义国家，不经过认真的努力，民主制度就会自然而然地达到高度发达的错误认识，从而忽视民主制度的建设。社会主义国家建成后，如果忽视具体的民主制度的建设，同样会造成领导人个人的专断独裁、一言堂等不民主、反民主的现象。前苏联的法学家们大多以社会主义等于高度发达的民主政治这一理论模式为前提，构

筑其法治理论体系。”〔①〕作为社会主义法治的中国，前苏联法治的教训更为直接和可靠，都是针对社会主义法治建设。尤其是既要毫不动摇地坚持社会主义国家制度，又要认真逐步实现民主制度，真正把社会主义制度的本质优越性，从机制上具体落实到社会基层。因为民主是法治的根本内容和理论基础，民主制度又是法治的基本形式和实际表现。孙教授在总结前苏联法学界研究法治问题的经验教训后，作了这样十分深刻的认识，他说：“建设社会主义法治国家，要以建设发达的社会主义民主政治为前提。不发达、不完备的社会主义民主制度，会给人治现象的存在和发展留下很大的空间；同时，发展民主，必须坚持社会主义的方向，不要社会主义的民主政治，由于要改变政权（民主制）的性质，改变民主建设的方向，必然导致社会的极大动荡，一时很难发展起来，即使发展起来，建设起来，这样的民主，也不再是社会主义民主了，这样的法治国家，也不再是社会主义法治国家了。”〔②〕

以上我们是从西方近现代法治发生发展的主要潮流，和前苏联法治建设的突出情形，描述他们走进法治社会的基本路子，并提出了值得中国今天建设法治社会所需要借鉴和吸取教训的地方。走进法治社会，是离不开一种强大的动力的。这种动力既可以来自社会，自下而上推动法治的建设和实现；也可以是来自上层社会组织和国家权力，自上而下推动法治的建设和实现；还可以是由政府到社会，又由社会到政府，上下互动，从而建设和实现法治社会。我想这些路径，在西方法治建设的实践过程中都是可以找到例证，至少今日中国之法治建设更是不能例外。再说，法治国家和社会的建设和实现，既有作为奋斗目标的一面，又有作为国家和社会运作行为过程的一面，即建设法治国家和社会既是目的又是过程。因此，在建设法治国家和法治社会的实践活动中，全世界各个地区和国家，在具体做法上，采取的方式和措施应该是千差万别，各具特色，这才是十分正常的现象。

我国法学界较为普遍的看法，认为中国现在的法治建设，走的是自上而下政府推进式的模式，〔③〕它是相对于社会自发演进式的模式，其特点是，政府是推动和领导法治进程的主导力量，以国家立法和行政执法及司法部门适用法律推展开法治建设。以模型化的方式分析和认识近现代世界各国法治进程的道路，只能看到一些简单粗略的发展趋向，多少存在些简单化作法。其实无论西方的法治现代化，还是今日中国的法治现代化，所走的道路都十分复杂和十分漫长的，它前进的动力在相对的历史时间段里，可能主要来自社会自下而上的力量或者是主要来自政府自上而下的推动力。但是在整个历史发展的长河和过程中，事实上社会力量推动与政府力量的推动，是相互补充，合力共济的。即便是西欧近代法治的形成也不例外。哈罗德·J·伯尔曼教授在论及西欧法治历史传统时，认为早在12至13世纪世俗的国家和政府以及世俗的法律就存在，但它的发展“自始就蕴含于教皇革命之中”，而教皇的革命又是“教会势力和世俗势力之间的历史斗争”的表现。在这里，伯尔曼并不否认世俗国家和法律是受古典时期罗马法的影响的事实。总之，近代西欧法治历史传统的形成，是由诸多因素和力量综合作用下形成的，正如他讲的“法治的概念既得到盛行的宗教意识形态的支持；又得到统治者流行的政治经济缺陷以及多元的权威和管辖权的支持；最后还得到在12、13世纪逐渐盛行于整个欧洲的高水平的法律意识和法律复杂性的支持。人们完全理解，维护法治不仅需要有关正义、公平、良心和理性的抽象准则，而且还需要诸如那些体现在1215年英格兰的《大宪章》中和1222年匈牙利的《金玺诏书》中的特定的原则和规则。”〔④〕

还有不少学者持“协调论”的观点。这种观点认为，从中国法治化发展的推动者的角度，可以把对法治道路的选择概括为两种，一是以政府为主导的政府推进型的法治道路，二是以社会力量为主导的社会自发演进型的法治道路，但必须是这两条道路相结合，达到自下而上和自上而下的双向互动，取长补短，才能为法治化提供强大的动力源。〔⑤〕显然，这种认识就比较全面，更加切合中国法治建设的实际。

## 二、特色的把握

特色这个概念，包含有特殊的意思，是相对于一般而言；还包括独特的意思，即就是除它以外的别的东西都不具备的地方，唯独它具有。我们这里论述中国当代法治建设的特色问题，就是从这两个层面和视角去展开思考的。

### （一）从法治的形式状态看

这里讲的法治的形式，可以从两个层面来理解，一是指用于表现法治内容的形式或载体；二是指相对于法治的实质意义的形式表现，如有的学者把法治分为形式法治和实质法治就是这样。〔⑥〕人类社会法治的历史从近代以来已经走过了近五个世纪，尽管世界不同地区和国家对法治的理解和实践各不相同，思想家和法学家的认识更是见仁见智，但这并不妨碍人们从这些方面把握法治的形式状态：（1）法的统治，即以法律管理社会和国家事务。管理社会和其他形式，如人事、政策、宗教等都应纳入法律和法律制度，或不得与法律制度相抵触为限。（2）形成完整的法律规范体系，使社会生活的方方面面和国家政治、经济、文化、安全等各项事务活动，都能有法可依。（3）法律应稳定、公开、明确、具有一般性，法律面前人人平等。（4）司法的独立，包括司法体制的独立，司法审判的独立，法官行使职权的独立。（5）维护个人自由，坚持市民社会与政治国家二元既要区分，又要协调统一，保证社会和谐文明。对于这些法治的形式状态，中国自十九世纪以来，作过几乎二百年的艰巨斗争，不断实践，逐渐得以基本实行。当然还存在许多不足，需要进一步去充实和完善。在这里需要注意的是，上述五项法治形式状态的表现，肯定会在不同地区和国家有不同的具体表现，但作为五项大原则都应一样坚持和基本一致。中国法治的实践在这五项原则上表现出自己不一样的特色，这就是：（1）法的统治，总是要受到道德影响的挑战。在立法上，法律的内容要反映道德的原则和精神。在执法和司法上，道德的规范作用冲撞着法律的作用，所以，正像西欧国家法律和宗教难于割舍的关系一样，中国需要把法律与道德的密切关系协调好，同时又不失为法的统治。（2）中国特色的社会主义法律体系。从立法机制，到规范性法律文本，至执法和司法系统，特别有机统一。自上而下，由基本原则到细化条文，由大权统一到小权分散，这世界上是独一无二的。（3）中国司法的独立与西方国家司法独立的外部条件不一样。不能绝对地讲，中国司法没有西方国家司法独立，任何地区和国家司法独立都

不是绝对的,是在相对条件之下的独立。关键得看影响和保证司法独立的条件是什么,是否符合法治基本条件和原则。(4)在中国以人为本,维护个人自由和权利的途径,直接性少,而间接性多。因为法律由一般到个体对象,中间环节多;政府的管理到具体落实,中间层次多;个人处于国家与社会二元矛盾关系之中,得到实惠,实现自由和权利的成本特别高;司法救助过程涉及关系复杂,成本高,风险大,于是厌诉较为普遍。(5)社会活动、国家管理,对政策尤其执政党政策的依赖性特别强。这样的好处是可以弥补法治的不足,灵活应对形势,及时调控社会和国家运转方向。不好的一面,往往会与法律顶起牛,发生冲突。因此,及时调整政策和法治之间的关系,对今日中国法治建设来讲,是经常性工作,也是极为主要的工作。既要使政策法律化、制度化,又要使法律及时反映和体现新的政策。这个特色对于中国法治的实践至关重要。

### (二) 从法治的实质状态看

法治的实质,就是指法治的本质、目的和价值。法治的本质,就是良好法律之治,即以法规范人(自然人和法人)的各种权利和义务,从而建立自由社会。法治的目的和价值,就是把法律上的民主、平等、自由,落实到现实,从事实上实现正义和人人平等。也可以这样理解,法治的实质包括两个层面:一是把法治的形式表现通过具体落实的过程,来实现事实上的民主、自由和平等的价值;二是把法治的形式表现最终真正正在事实上和结果上,使现实中的人人各得其所,达到事实上的平等,而不是仅仅停留在法律上的平等。法治的实质表现应包括:(1)是良法之治而不是恶法之治;(2)是正义之法,效率原则和公平原则相统一;(3)实现制约权力和政府依法干预社会相统一;(4)实现一般人的自由平等与特殊群体人人自由平等相统一;(5)做到程序平等与结果平等相统一。〔7〕那么,对于中国法治来说,其实质的表现,反映出的独特性是:第一,社会主义的性质和基本经济制度决定了法治的本质和目的,是人民大众的和公共的。第二,公民个人的民主权利和自由的实际获得,是在个人、国家、集体三者之间的统筹之下得以落实。第三,国家和政府既是代表每个人的,但又不是个人,所以公权力与私权力(权利)之间的矛盾是现实的,需要法律手段和其他手段逐一解决。第四,资本主义社会国家干预经济生活是被动式的,而社会主义社会,国家干预经济生活是主动式的,或者说,国家的重要职能就是管理社会经济。由于这样,国家的权力特别之大。如何把国家权力控制好,并使其惠及全社会和每个公民,是件非常不容易的事情,但又必须认真去作的一件事情。这是法治的任务和目的。第五,社会主义制度的优越性,并不能简单地等同于就是政治民主和每个公民事实上的民主和幸福,还必须依赖法治落实民主政治,落实每个公民的民主权利,达到全社会文明与和谐。

### (三) 从法治的理论与实践去看

中国特色的法治,即20世纪50年代至今的社会主义法治。这样的法治,既不同于17—18世纪西方自由资本主义时期的法治,也不同于19—20世纪垄断资本主义时期的法治,更不同于我国解放前国民党时期“法制的买办性。”〔8〕法治理论,这是要回答法治的基础理论,或是说,从理论的高度认识法治是什么?从理论上讲,法治就是民主与规则结合,或民主的法制化。它既反对专制特权的人治,又反对行为过程的任性和无序。它的核心价值是公平与正义,透明与有序,正义(公平)与效率和文明秩序的统一。这些是法治的理想层面的目标,是法治崇高的精神、原则、价值。也可以说这些是法治的理想境界。无论是什么国家、民族、社会,只要是去搞法治建设,这些价值目标都适用。评判17—18世纪西方的法治,和19—20世纪世界各国的法治,以及当代全球经济一体化下的法治,这些价值目标都适用。可以说,至今世界各国还在为这些法治价值目标而努力奋斗!将会永远奋斗下去!

中国法治理论的特色是什么?中国奉行的是马克思列宁主义理论,毛泽东思想理论,当代中国发展的马克思主义理论。马克思列宁主义、毛泽东思想和发展的马克思列宁主义毛泽东思想理论的总和,就是中国法治理论的特色。毛泽东把马列主义关于武装夺取政权理论与中国具体实践相结合建立了新中国;邓小平提出社会主义也能搞商品市场经济,集中发展经济;江泽民提出共产党要巩固执政地位,使社会不断发展,必须与时俱进;胡锦涛认为改革发展是硬道理,但要坚持科学发展观,才能永远立于不败之地。这些具有中国特色的思想理论,对我国法治建设有着直接指导意义。这些思想理论最核心的内容是坚持科学发展观,唤起劳动大众,解放他们的思想,使他们成为权利的主体,通过艰苦努力,去享受幸福生活,让社会大众共同富裕。拿中国当前来讲,就是让9亿农民和城市广大居民,普遍有知识、有文化、衣食住行有保障。这种理论和目标,就是目前和今后相当长时期内中国法治的理论特色。没有什么理论比它更高更重要更有现实的指导意义。依据这一理论就是体现公平正义,即社会大众享有的公平和正义。无论资本主义的西方,还是社会主义中国,社会要发展进步,人们要富裕和幸福,就必须发展生产,提高生产效率,增加财富,这是铁律。这个铁律也是法治的基本理论,中国也不例外。中国虽然也是发展市场经济(即自由、竞争、契约的商品经济),但它不能远离社会大众“共同富裕”的,这也是铁律,效率的最大化不能脱离社会化。效率必须与全社会大众的公平正义协调一致。

法治实践。理解、认识和把握法治,不能只停留在理想和理论的层面,必须从法治的实践层面决断,特别是对法治工作这样实践性极强的事情,尤其是这样,否则一切都是讲不清楚的。如,什么公平、正义、文明、幸福;什么为人民群众谋福祉,共同富裕,倘若没有加以实践,变为客观现实,落到实处,法治等于一句空话。法治实践包括两点:一是法治的精神、原则、理论、内容必须以法律条文和法律制度的法治形式加以事实化。二是行动中的法治,必须对法律和法律制度,加以严格执行、遵守,使之实实在在落实。法治的理想和愿望,如果没有法律化制度化,或虽有了完备的法律制度和法律体系,但却没有切实遵守和执行,都应视为无法治,至少讲法治不完善。

除上述两点实践,还有一个最为基础的条件,就是法治实践的主体问题。法治践行的主体,必须具有基本的法律和法治意识及文化知识。这样才能选出合格立法会议代表,行使好立法权,制定出良好的法律;这样才能有效地监督国家权力的行使;这样才能维护好自己的权利,履行好自己的义务。法治实践的主体公民、法人、国家机关、社会组织,既是法治的践行者,又是法治调整、服务的对象。一切国家机关、公

职人员、政党、社会组织、法人、公民,都必须在法治的轨道前行。这就是法治国家和社会。说到底,法之治,是为治人之治,为法之治于人。[9]

那么中国法治实践层面表现出什么特色?在这个层面,我以为中国法治表现出的特色是:(1)立法体制和法律体系的形成与发展,要受到中国几千年历史传统的影响,受到民国时期法制的影响,受到自19世纪以来西学的影响,受到前苏联法制的影响,尤其是受到当代西方发达国家20世纪50年代以来法制的影响。我国的立法体制和法律体系的形成,就是在这些影响中长期磨合中发生的。不能主观地认为这些影响孰对孰错,它们是历史的存在,有其合理性,别的民族和国家没有这些影响或不同于这些影响。而且要强调的是,这几个因素的影响不是以时间为顺序的单程影响,而是跨时空的复合式地影响着立法体制和法律体系。换句话说,中国立法体制和法律体系里包含有上述各种因素合力的影响。这就是中国法治在立法体制和法律体系方面表现出的中国特色。(2)人大与“一府两院”的纵横关系中,立法权独立、司法权独立(审判权、检察权)、行政权独立,都是业务上的而不是政治上的独立,相对的而不是绝对的独立。它们分别都存在来自上下左右,内部外部的监督或领导;它们都要接受党委的领导监督和广大群众的监督。这些有限的独立和广泛的监控,优势是便于协调统一,有利于把政治服从与业务依法相兼顾。不足的是这些相对独立的关系,互相监督制衡的有限性。而且对这些权力的监控往往或主要是靠事后监督纠错。但也要清醒地认识到,这些权力的独立由于是业务性和相对性或有限性,因此,即是某一权力的滥用,也无碍于大局。只能是靠事后监督纠错来弥补权力滥用造成的不良后果。

#### (四)从国家与社会关系去看

从国家与社会关系,特别是国家公权力与社会公民私权力之间的关系,中国现在表现出的特色是:从马克思主义理论上讲,社会尤其经济基础是国家产生和存在的前提,而国家作为上层建筑的主要组成部分,会反作用(或积极或消极)于社会及经济基础。但是,现实的经验告诉人们,社会与国家,私权利与公权力,始终存在着张力。如何使二者协调起来,这就离不开法律的完善和制度的完备。改革开放30年里,中国至今还在向这个目标去努力。西方国家实现这个目标是从社会力量的强有力发展,私权利基础雄厚,来对抗国家和公权力,使其依法行使公权力。而中国与西方国家实现这个目标的路子相反,要以国家高度集中统一的公权力,逐步过渡到或服务于社会和私权利,例如,“国家不能脱离社会”、“领导机关要面向基层”、“领导干部要深入群众办实事”、“为人民服务”等原则和政策就是充分说明。为什么中国要选择这样一个不同于西方国家,解决社会与国家,私权利与公权力之间的张力,从而达到法治化,这完全是因为历史传统和客观现实条件所决定的,不依我们主观所能左右的。

#### (五)从行业法治去看

社会的主要行业有工业、商业、农业、金融、环保、交通、文化、卫生、教育、科技。除国家对这些社会行业实行宏观控制外,它们均应社会化、法治化。所谓社会化,就是指这些行业生存变化是由社会的发展变化去自然进行优胜劣汰,或是说让市场经济的发展变化来决定它们的存亡。它们不应像在计划经济条件下,完全依赖政府的支撑来维持。它们的行为既要为国家大局负责,又要为社会负责;既要追求自身发展的效率,又要符合社会公平、正义、和谐的原则。所谓法治化,就是指这些行业必须走民主化、契约化和效率化道路,其中有的行业注重经济效率,如工商企业,有的行业则注重社会效益,如文化、卫生、教育。这些社会行业的成立、经营、扩大、缩小、解散等,完全纳入法制的轨道,国家政府仅仅是宏观监控。由于中国还是一个发展中国家,这些社会行业不是从工业化、商品化社会高度发展而走过来的,它们的社会化程度、法治化水平还处于低水平,尤其像农业,它们一下两下还难于脱离开政府保姆式的指导和帮助。因此,中国社会行业的法治化还需要相当长的过程。

### 三、条件的创造

无论西方什么国家,实行和达到法治化都离不开政治、经济、文化、社会等基础条件,中国也同样。当然,条件有普遍条件和本国具体条件两部分。这两部分条件还必须有机结合、协调统一,才会发生积极作用。

#### (一)法治的普遍条件

1、政治民主化。无论他们是哪个国家,哪个政党组织,无论他们实行什么样的国体,在政体上必须采取民主制,即少数服从多数的代议制,创立法律并监督法律执行(广义),反对任何形式的专制、独裁和腐败行为,切实以法保障社会和公民对国家公权力的有效监督。

2、经济自由化。无论你是公有制经济,还是私有制经济,面对商品社会的市场,要想提高经济效率,使经济快速发展,经济的主体必须享有充分的自由权,以法管理和经营企业。虽然宏观经济和微观经济都重要,但微观经济的充分自由发展则是整个经济迅速发展的前提和基础。2008年从美国引发的世界金融危机,有力说明对自由主义经济必须加强有力的政府干预政策,防止经济的畸形发展。经济发展的快慢速度是正常的经济现象,但出现畸形或失衡的发展是十分危险的。

3、文化社会化。这里的文化,主要指思想文化的宣传、教育,文学艺术的繁荣和发展。如果说政治民主化是法治的首要条件,经济自由化是法治保证条件,那么,文化社会化或大众化,则是法治的基础条件。没有对社会大众广泛而深入的文化宣传教育,从而极大地提高全民的文化素养,使其树立良好的人生观、价值观、金钱观、商品观,成为一个有知识、有文化、有教养、有技能的文明公民,要实现法治是很困难的。从一定意义上讲,法治化说到底就是公民文明化,进而促使和保障政治民主化和经济自由化。

4、社会秩序化。任何社会都会表现出特定的秩序状态。法治社会讲的社会秩序化,就是通过法制系统,使社会各方面的运行机制有秩序进行,良性发展。从而达到文明、进步、和谐、幸福。良好的法制系统会促成文明社会秩序的构建和运行,反之,它会阻碍文明社会秩序的形成及发展。当然,有个良好文明的社会秩序,又会促进法律体系的不断完善,促使法律制度进一步发展。文明社会的秩序化,是法治化的必然,

是文明进步的表现。也可以说法治化是文明秩序的强音符号。

## (二) 中国法治的特殊条件

1、共产党领导及多党参政的政治体制，是自决性的政治民主化模式。这样的政治民主化模式是中国法治化的核心部分，更是中国建立和实现法治化的决定性条件。其特点是：共产党的先锋性与多党的进步性，在合作与协商的机制中达到民主与集中统一。以中国共产党为领导的采取会议或内部协商的形式，践行民主与集中，而形成共同意志和政策。而外界社会的意见和建议完全依靠政党代表及政党组织领导的管道进入决策层。由于中国共产党在这个政治协商过程中处于领导地位，所以中国共产党的主张如何就显得特别的重要。于是提高中国共产党的领导水平和执政能力是至关重要。更为本质的是中国共产党始终努力学习，树立科学发展观，自身通过“批评与自我批评”的武器，永葆其先进性，才能带领全国人民群众不断前进。

一党制并不等于一党专政或独裁。两党或多党制并不必然等于真正的民主自由。本质的要看这一个政党或两个政党的根本路线方针和政策是不是为人民大众谋自由、平等和幸福。两个政党轮流上台执政，可能会有一些具体施政方针政策有所差别，但他们本质上的路线不会改变。因为这个本质上的路线，并不是完全由哪个政党所能左右而决定，根本决定的因素是他们所处的那个国家政治、经济、文化的传统和现实需要。它是不以这个国家社会的任何政党的意志为转移。你说美国的民主党与共和党有什么本质上的不同，上台执政的根本路线有多少不一样？最多是具体政策和执政策略因时不同而已。

中国共产党领导的多党合作和政治协商制度，说明在中国参加执政的政党不只是中国共产党一个政党，包括其他各民主党派。在重大政治问题上，中国共产党和各民主党派一样，共同平等进行协调，充分体现民主政治。中国共产党在这个政治活动过程中则起着组织和领导作用。这就是说，国家的重大政治路线和方针政策，不是中国共产党一党的主张和意志反映，而是全中国所有政党一致的主张和共同意志反映。因此，严格地讲，中国并不是中国共产党一党孤独执政，而是在各政党合作下，通过政治协商的方式，共同民主执政。

中国共产党的先锋作用，有待于它永葆其先进性。那么，如何做到这个最为本质最为极其重大的一条呢？从中国共产党成立88年的历史经验教训和新中国成立后执政60年的实践经验来看，基本的办法和措施有：第一，任何时候任何条件下，党的路线、方针、政策必须从广大的工人、农民、商人、知识分子的大多数人的权益出发，并予以彻底实践。第二，不断学习新思想、新理论，树立科学发展观，提高领导水平和执政能力。第三，民主选拔党政领导干部，让党内党外共同监督领导干部的行为。第四，建立完备系统的廉洁从政的党法体系，即以《中国共产党章程》为核心基础的党法党规体系。第五，建立健全党要管党的机制，把党要管党同社会监督共产党有机结合。〔10〕

2、人民代表大会制，是自我完善的政治民主化模式。这是中国法治的源头，由它立法产生国家机关，监督执法司法，代表人民保护公民的基本权利和自由，维护国家的统一、安全与和平。

这种一院制的政治制度，优点是能快速使民情、社情、国情上下传递，较少拖延推诿，易于统一思想，统一法纪，形成完备的法律体系。对于大而多民族的中国来讲，这种制度效率高，成本小。而不足的是没有像两院制那样，有来自外部权力机关的制约和抗衡。完全依靠自身觉悟，进行自我完善。这样，各级人民代表大会，尤其人大常委会自身即体内的民主化程度必须高强，才能确保其能力和水平。不管怎样，人大及其常委会最根本的是不能脱离人民群众，永远忠于人民，认认真真地为人民办实事、办好事、办实事。

人大要保证代表人民，必须确保民众以法自由选举代表；必须确保人大代表在人大会议中充分反映民意；必须确保人大及其常委会会议以法形成决议，这三个确保“元素”，对于一院制极其关键。

由于这种一院制靠自我完善的机制来保证其代表性和工作能力，因此，需要采取其他措施用以弥补缺陷，这些措施是：（1）必须有专家介入人大的决策。这里讲的介入具体有三个介入途径：一是人大代表必须保证有相当数量的各个领域的专家学者名额。二是人大各专门委员会的工作人员必须是哪些品行端正、有知识、懂专业、有能力的公务员胜任。三是人大必须有自己工作的专家顾问团，定期开会就重大决策问题向专家顾问团征询意见。（2）人大及其常委会的会议必须具有透明度，从而给人民群众和新闻及社会各界提供建言献策及监督的机会（这是公民行使权利的表现）。（3）加强各级党委对人大常委会工作的监督，加强代表大会对常委会工作的审议监督，加强上级人大常委会对下级人大常委会的工作监督。（4）人大及其常委会要定期召开会议，公开地向社会各界征求对自己所任命的领导干部的意见，并将意见处理结果公之于众。

3、中国法治化的建设离不开经济的快速发展。法治化建设是商品市场经济发展的必然要求，没有商品市场经济的存在和发展，法治化就不可能真正实现。而法治化是发展商品市场经济的根本条件和有力保障。所以说这二者是互为条件，相辅相成，相互作用，相互促进。中国发展商品市场经济不同于西方18至20世纪，是靠资本主义社会内部的矛盾斗争要求和对外侵略扩张而发展起来的，而是跨越式地来发展商品市场经济，是跨越了18世纪19世纪和20世纪60年代后，自20世纪80年以来的社会主义市场经济。这种市场经济既有西方的经验，又有社会主义建设的经验教训，主要靠国家改革开放的自上而下的推进式的市场经济。其最为突出的特征是：国有经济与私有经济并存，宏观经济与微观经济并存，中央经济与地方经济并存，大型企业与中小型企业并存，城市化发展与农村现代化并存，改革发展与开放发展并存，中长期发展与眼前发展并存，政府主导与社会自发并存，生产、分配与社会保障协调发展。所有这诸多方面的协调发展，都是在统筹兼顾的原则下进行。〔11〕这样的特定历史时期和跨越式商品市场经济所要求和发展起来的法治化，肯定是有别于已往西方的法治化。没有这种通过改革开放的跨越式的快速的经济发展，就不可能为包括法治在内的整个文化建设提供物质保障。解决十三亿人口的吃、住、行基本生活需求，始终是中国经济发展的首要任务，只有这样才能顺利地建设法制和实现法治化。

由于这种主要靠改革开放的政府推进式的市场经济，加之国有大中型企业又由政府在上人权上人事上的宏观控制，其积极方面的作用是法治化提供了强有力的政府支持和有力的物质保障，而不利的方面是一

些政府官员容易利用管理企业的机会, 而染指钱财, 给腐败现象的发生提供了便利。从而给法治化造成消极影响。

4、文化教育的大众化与精英化。中国不仅是物质上的现代化程度还不高, 而且精神上的现代化水标有待提高。虽然改革开放30年里, 基础教育和高等教育以及职业教育都有了长足的发展和进步, 但比发达国家的教育还是落后的。这样的状况不仅影响着经济的快速发展, 同时也影响着法治化的建设和发展。因为法治化的全过程, 有赖于充分发展人们的文化素养。法治化从社会个体的角度来理解, 只有个体有知识、有文化、有才能, 才能充分享有法定权力和利益, 实现个人自由和幸福。相反, 个体缺乏知识、文化和才能, 就很难做到这点。加上周围个体、群体等各种力量的竞争和抵压, 自己无能无力抗争, 权力和利益的获取空间会愈加狭小。因此, 法治化的先决条件是个人自信、自立、自强, 成为独立的人。然而要做到这点, 唯一道路是学习, 成为有知识、有文化、有能力。这样才能在法治的空间世界争得权力, 获取利益。法律只是给了人们生存的权利空间, 而不是权利的现实。在我国, 公民获取法定权利的空间是: (1) 通过人大代表把自己的意愿反映和体现到法律里面。(2) 在法定权利(自由)空间自由劳动和生活。(3) 通过执法司法权力维护被侵犯的权利。这三条基本获取权利的渠道, 实践起来都离不开个体的文化素养, 需要文化知识武装个体才能实现。从这个意义上讲, 中国法治化的实现确实有待于全民族整体文化素养的大提升。重视文化教育, 才能培养出高素质、高技能的科技人才, 造就出精英人才队伍, 使民族各项事业的发展走在时代的前列, 法治化的实现同样离不开精英人才。

5、社会安全、和谐、有序。这是开展现代化和法治化建设的基本社会条件, 而且这也是现代化和法治化建设需要实现的重要目标。中国是发展中国家, 有许多历史欠账, 又面临着国内外各种力量的挑战, 自身再不乘风破浪, 奋发图强, 上下左右, 齐心协力, 团结一致, 共同拼搏, 一心一意搞现代化, 一旦失去历史机遇, 那就是历史的罪人。我们需要社会安全、和谐、有序, 这既是法治化自我表现的一种社会和谐状态, 也是法治化所要追求和实现的目标状态, 比如, 通过法律体系和法律制度的系统安排就会出现社会和国家的安全、和谐及有序; 通过解纷止争, 惩罚犯罪, 维护社会的和谐与安定团结。

社会的安全、和谐与有序正是社会里人们对自由、民主实现的良好环境, 这并不意味着人们生活在压抑和恐怖的生活环境之中, 人们在法律和制度许可的范围, 按照正常的管道行使自由权利, 表达不同意见。个别人或部分人的意见表达, 不能干扰社会公共的秩序与和谐。法治化之下的社会和谐, 实际上就是用法律分割公共利益与私人权益; 配置国家权力与社会组织权力; 安排个人与国家及组织之间的关系等。把这些关系中的对立与统一纳入法律制度轨道。

(此文于2008年10月初稿, 2009年4月10日完稿)

\* 孙振中, 西北政法大学教授。

[①] 孙国华主编:《社会主义法治论》, 法律出版社2002年5月版, 第118页、第120—121页。

[②] 孙国华主编:《社会主义政治论》, 法律出版社2002年5月版, 第145—146页。

[③] 有学者把法制现代化的形式, 按照现代化最初的动力来源为尺度, 区别出内发型与外发型两种现代化模式。所谓内发型, 是指社会现代化的最初动力产生于本社会内部的现代化类型; 所谓外发型, 是指社会现代化的最初动力来自于社会外部严峻挑战的现代化类型。根据这样的看法, 西欧国家是内发型现代化模式的典型代表, 而非西方世界的大批国家和地区就是外发型的现代化。此种认识和观点可见: 公丕祥《法制现代化的理论逻辑》, 中国政法大学出版社1999年1月版, 第308—310页。葛洪义主编:《法理学》第13章第二节“中国法的现代化”, 中国政法大学出版社2002年9月版, 第204—212页。在这里我们要指出的是法制或法治的内发型与外发型模式同法的现代化模式的内发型与外源型是否可以划等号, 值得进一步去研究。

[④] [美] 哈罗德·J·伯尔曼著:《法律与革命——西方法律传统的形式》, 中国大百科全书出版社1993年9月版, 第356—357页。

[⑤] 参见叶传星:《中国法治发展的历史进程》, 引自孙国华主编:《社会主义法治论》, 法律出版社2002年5月版, 第363—366页。同时还可以参阅这样的法治观点:“当代中国法治应以国家制定的法律为主, 辅之以地方自治法和社群民间法, 形成公域与私域的良好互动, 国家法与民间法的良好互动, 法治发展中法律自上而下与自下而上的良性互动”。引自高鸿钧主编, 于安、江山副主编:《清华法治论衡》(第一辑), 清华大学出版社2000年11月版, 第55页。

[⑥] 高鸿钧教授, 把现代西方法治划分为“形式法治”和“实质法治”, 他指出形式法治的七点主要特征是: (1) 强调依法统治, 把法治作为治理国家、管理社会的主要方法。(2) 强调法律自治, 即法律与道德和宗教等相分离。(3) 强调法律面前人人平等, 即形式的平等, 反对旨在追求结果平等或限制实际不平等的措施。(4) 坚持法律的一般性和道德性, 反对特别法律, 认为无论是维护特权的立法还是给予某些特殊社会群体如处于不利地位的社会群体的特别关照或救助, 都是对法治的破坏。(5) 主张司法独立, 注重程序要件, 认为司法过程中的政策导向或脱离规定的衡平, 都与民主分权原则相背离, 都是对法治的破坏。(6) 维护个人自由, 坚持市民社会与政治国家的区分, 维护作为私域的空间, 使个人不受政府、团体或他人的非法干预。(7) 主张法律的稳定性, 反对朝令夕改。引自高鸿钧主编, 于安、江山副主编:《清华法治论衡》(第一辑), 清华大学出版社2000年11月版, 第8页。

[⑦] 实质法治概括有五点: 第一, 实质法治不仅强调依法治国, 管理社会, 不仅强调所有人都在法律之下和法律之内, 而且强调防止恶法, 主张以实在法之外的标准衡量和检测法律, 无论是“正义原则”、“道德权利”, 还是民众的“正义感”, 都是旨在设定检验实在法是否正义的终极准则。第二, 实质法治也重视法律平等即形式平等, 但与形式法治不同的是, 实质法治对形式平等的缺陷试图从制度安排上予以弥补。第三,

实质法治主张基本权利不可剥夺, 个人自由不可通约, 从而反对功利主义, 反对以“多数人的最大幸福”为借口牺牲少数人的权利与自由, 以未来的虚幻许诺牺牲当代人的权利和自由。第四, 实质法治主张法律不是一个自我封闭系统, 更不是自足领域, 而是始终与道德、经济、社会和文化条件相关联。实质法治不满足法律的形式合法性, 而旨在寻求法律的实质合法性, 并认为法律的实质合法性的终极源泉是法律背后的道义原则、道德权利以及民众的正义感等。第五, 实质法治虽然也重视程序, 但是, 主张在特定情况下, 为求得公正的结果, 可以超越固定的程序规定, 采取一些变通简易的程序作出持平裁断。见高鸿钧主编、于安、江山副主编:《清华法论衡》(第一辑), 清华大学出版社2000年11月版, 第29—30页。

[⑧] 详见蔡枢衡著:《中国法理自觉的发展》, 清华大学出版社2005年5月版, 第52页。

[⑨] 参见作者拙著:《法意要论》, 陕西人民教育出版社1998年8月版, 第289—306页。

[⑩] 可参阅《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》(2004年9月19日);《党政领导干部选拔任用工作条例》(2002年7月9日);《关于实行党风廉政建设责任制的规定》(1998年11月21日);《中国共产党党员领导干部廉洁从政若干准则》(试行)(1997年3月28日)等相关文件资料。

[11] 参见《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》(2003年10月14日)

关闭

Copyright© 2015—2020 nwjurisprudence.nwupl.cn 西北法学理论网 All Rights Reserved

西北政法大学法理学教研室主办 网站专用信箱: xbjuris@qq.com

中华人民共和国工业和信息化部备案/许可证号: 陕ICP备09024401号