

法治手段在内的各种治理手段来形成有效的国家治理能力,并基于具有现代化特征的治理能力来构建具有现代化特征的国家治理体系,形成健康有序和可持续发展的国家治理结构,这是中国走向现代化过程中所面临的艰巨任务。作为国家软实力的“现代化”,“国家治理体系和治理能力现代化”是与“工业、农业、国防和科学技术”四个现代化具有同等重要性的现代化事业,应当作为今后一段时期内党和国家的根本任务,全党和全国各族人民都应当齐心协力,为全面推进国家硬实力和软实力的全面现代化做好各项扎扎实实地理论准备工作,努力地将社会主义现代化事业不断推向前进。

## “法治中国”建设的转向与策略<sup>\*</sup>

马长山(华东政法大学教授)

35 年来的改革开放无疑取得了巨大成就,但既有改革开放能量却已基本释放完毕,中国又重新站在一个关键的十字路口。而“法治中国”建设方略的提出,则将带来法治进程的重大转向。

### 一 既有法治进路的不足与问题

三十多年来的法治建设固有诸多重大突破,但一些变革不到位、建设偏差或社会发展新形势所带来的法治问题也逐渐凸显出来,并成为法治进程深入推进的重要障碍。

其一,法条主义倾向。完备的法律体系无疑是法治的基本前提,并且会提升法治建设速度、降低成本,而“中国特色社会主义法律体系已经形成”也确实“有法可依”了。但另一方面却也出现了法条主义倾向,也即构建法律体系本身似乎已成了目的,甚至变成一种政治成就的标志。同时,在这种过度形式化追求的立法进程中,又存在着地方保护和部门利益法律化、权力扩张法律化、既得利益的法律固化等问题,而当具体行政行为具有被诉风险和阻力之时,便以立法这种抽象行政行为的方式来予以规避和强力扩张,如将拆迁政策上升为条例就是例证。事实上,在正义价值供给不足的情况下,过度追求法条主义很容易带来“法律专制主义”,而此背景下的注释法学、法教义学也必遭遇严重的困惑和危机。其直接后果就是法律“纸面化”——只存在于书面法典中,而未能变成生活中实际运行和遵守的规则,甚至变成抵制的对象,社会失序也就在所难免了。从某种意义上讲,这已成为法治进程的一个瓶颈。

其二,国家主义倾向。近年来,无论是法律体系构建、司法改革,还是法治国家方略、法治政府建设,都是以国家为主导的。也许在法治启动之初,公权力会以开明姿态来积极

<sup>\*</sup> 说明:本文为国家社科基金重点项目“建设法治国家的公民文化基础研究”(10AFX002)的阶段性成果之一。

推动法治建设,以获得更充分的统治合法性和社会秩序预期,但到法治进程中后期之后,法治越来越趋向于限制公权、保障私权的时候,公权力的动力就会锐减或丧失,国家主义法治进路所固有的局限性也会日渐暴露,某些公权力与既得利益集团的共谋还有可能成为法治进程的重要阻力。特别是在司法改革的攻坚阶段,还可能会出于“政治正确”的方向考量,而将一些政治思维渗入司法,构建并适用政治性的司法原则,这也正是当下法治进程所面临的困境和挑战之一。

其三,拿来主义倾向。35年来,迫于快速追赶世界法治进程的需要和基本国情,我们采取了成文法的建构主义路径,通过大量的移植、仿制方式,予以引进、创设和阐释。在制度层面,近年来的中国立法速度和数量都堪称世界前列,移植和仿制的成分不言而喻。尽管它带来了法律体系建设上的巨大成效,但某些“水土不服”的现象也随之出现;而在理论层面,西方理论常常被视为不容置疑的权威性资源和正当性标本,因此,一方面就出现了对西方理论某种程度的“贩卖式”引介传播,却缺少对其历史背景、特定文化和国情的深度理解,另一方面,又往往忽略了本土国情,对“中国问题”更加“视而不见”而难以“接地气”。这样,法治实践和法学理论之间交互作用与影响,并进而导致法律规则、法学理论与司法实践、社会生活之间产生了一定的裂痕和分离。直到最近,学界才开始探讨“中国法学向何处去”、“中国法治的自主型进路”等,<sup>[1]</sup>但成效并不明显。

## 二 “法治中国”建设的重大战略转向

十八届三中全会的“法治中国”建设战略,不仅是对既有法治进路的困境与问题的回应,也是对既有“依法治国”方略的全面升级,并促进了法治建设的重大转向。

1. 两轮整合驱动。35年来的改革开放主基调,是按照“顶层设计”的蓝图和规划来推进的,具有明显的国家单轮驱动的特征。但随改革开放进程的加深加快,使得社会日益摆脱国家的吞并、统摄与束缚而获得释放,进而越来越成为与国家并行,乃至反制公权扩张的广阔自主性空间。当改革步入深水区,各种社会矛盾日渐凸显,既有体制制度的滞后性日渐突出,它越来越难以吸纳、包容日益高涨的社会诉求,致使国家单轮驱动的法治建设方式遭遇一定的困境和危机。为此,《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(下称《决定》)提出,要进一步解放和增强社会活力,使市场在资源配置中“起决定性作用”,并着力“创新社会治理”。这样,“法治中国”建设就将实现国家力量与社会力量的两轮整合驱动,“顶层设计”与“民间实践”相促进,进而推动法治秩序的平衡发展与和谐建构。

2. 双重治理机制。基于破除“改革深水区”的体制机制障碍的需要,《决定》将“推进国家治理体系和治理能力现代化”作为全面深化改革的总目标,并要求“加快形成科学有效的社会治理体制”。它将带来两大深刻变革:一是国家管理方式要从“统治”走向“治

[1] 参见邓正来著:《中国法学向何处去》,商务印书馆2011年版;顾培东:《中国法治的自主型进路》,《法学研究》2010年第1期。

理”，二是“政府治理”与“民间治理”的双管齐下。这必然要形成既张力平衡、又兼容互补的双重治理规则、机制和秩序，“法治中国”建设也将深蕴其中。

首先，形成互控平衡的权力制约机制。从“统治”走向“治理”，意味着国家管理从纵向单元、命令服从、垂直控制的方式，转向横向多元、民主协商、水平共治的方式，因而就需建立公权力之间的多元互控平衡机制，既包括立法权、行政权和司法权之间的分立制约，也包括事权、财权、人事权在中央与地方之间的切割与平衡。这就要求超越以往工具化的“依法”来“治国”的方式，转向法治化的“国家治理”和“政府治理”，从而让权力由集中管控变分散制衡、由单元统治变多元共治、由纵向指挥变横向协作，进而推进理性的规则之治。

其次，建立私权利对公权力的同步分割分解机制。也即在全球化进程中公权力扩张增长的同时，确认和保障私权利的同步增长，并以不断成长的私权自由空间和“自由主义剃刀”，来划定公权力必须止步的边界，进而对公权力进行同步性的分割分解、平衡制约和促进民间自治。如《决定》提出的负面清单制度就确立了“法不禁止即自由”原则，它就是一把“自由主义剃刀”，既构筑了防止公权力过度扩张的有效屏障和堤坝，也为民间治理提供了不可或缺的必要空间和条件。另一方面，基于民主参与机制滞后而日渐引发的公共政策合法性危机，则需要通过听证、质询等方式扩大公民参与途径，深入开展立法协商、行政协商、民主协商、参政协商、社会协商等，以遏制公权的肆意性、保障私权的自主性。“法治中国”建设的重要任务，就是要切实将这些私权利对公权力的同步分割分解机制予以制度化、法律化、程序化，从而为双重治理机制的建立和运行提供可靠保障。

再次，培育理性自律的自生自发秩序。双重治理机制必然会造就国家的理性建构秩序和民间的自生自发秩序。一方面，国家会通过理性构建的努力来对自生自发秩序进行导引和调控，而民间力量通过经验理性所促成的自生自发秩序，则会对理性建构秩序产生补充和支撑作用，从而形成某种耦合与互动；但另一方面，它们之间也会产生一定张力，理性建构所赋有的规划和指挥会抑制和限定自生自发秩序的探索空间，而自生自发秩序反过来也会对理性建构秩序的过度发展形成某种抵御和消解。因此，“法治中国”建设需要改变以往过于注重理性建构秩序、而忽视自生自发秩序的取向，在治理和法治的框架下，促进二者的互动与整合，推动法治秩序的实现。

3. 宪法法律至上的多元规则之治。“治理”是一个多中心、参与性、协作化的博弈共治过程，它不再靠传统政治权威和强力控制方式来操作，而是一切都要通过规则和程序来予以设定、规范和保障，使多元性与一致性、自由性与秩序性、中央性与地方性在规制框架中得以整合和良性运行。因此，这就要求以时代的正义价值和治理精神，革除滞后的法律制度（如劳教、户籍），构筑和完善“良法”体系，并且宪法和法律权威要受到最大尊重。也即从执政党到施政的政府，都要以遵守宪法和法律来确立其合法性和正当性，进而在双重治理的构架中，形成应有的公信力、动员力和导引作用。另一方面，尽管“国家法”仍赋有主导性和权威地位，但不再独霸天下，而是“国家法”与“民间法”的共生互补。特别是各类民间组织的行业治理规则、社区自治规则、村规民约、风俗习惯等，都将成为民间治理的重要规制形式，从而实现官民互动的多元规则之治。

4. **司法独立与人权保障。**尽管 35 年来的司法改革也取得了很大进步,但仍滞后于社会发展的需要。而在新形势下,司法公信与权威建设将会对“法治中国”战略产生关键的、乃至决定性的影响,因此需按《决定》确定的目标大力推进司法改革。首先,是去行政化、去地方化;其次,是去政治化,但这并不是说司法机关要与政治绝缘,更不是要否认党的领导,而是说要避免过去那种以政治思维、政治原则、政治方式来干预、操控司法的不良习惯,还司法以独立的身份、品格和运行程式;再次,是人权保障,倡导司法独立运行,并不意味着它没有准则和约束。在建设“法治中国”的条件下,它必须遵循人权保障的价值原则和司法伦理要求,并承担相应的司法使命和责任。

5. **公民性品格塑造。**过去,我们过于注重规则体系建设而忽视主体身份品格的培育塑造,加之我国具有较浓臣民文化传统和“人民”、“主人”、“群众”的政治情怀,因此,导致社会成员虽有法律上的“公民”身份,却没有与之相匹配的现实公民权利和实践品格。一方面,存在严重的公民身份和权利等差(如户籍、就业、子女教育),参政议政和权利诉求渠道不畅,导致公民权利残缺和参与空间受限,公民角色认知和参与能力不足;另一方面,一些地方的公权滥用暴力与民间暴戾相互消长,使得一些维权行动和诉求表达非理性化、对抗化,缺少公民精神和“公民行动”的理性能力。这样,法律就很难内化为人们的自觉行为准则,反而成为外在“羁绊”,甚至催生群体性事件。因此,推进“法治中国”建设,就要通过深度改革拓展民主参与和权利表达渠道,强化权利保障机制,培养社会成员的公民性品格和精神,以推进法治秩序的形成。

### 三 “法治中国”建设的渐进平衡策略

“法治中国”建设的战略转向,无疑面临一定的困难、挑战和风险,而采取渐进平衡策略,也许才是代价更小、成效更大的现实选择。

其一,着力兼容“直通”,避免“另起炉灶”。众所周知,“中国特色社会主义”是目前不容置疑的前提,因此,对执政党地位与宪法权威、权力制约与党的领导、司法独立与党的领导等重大问题,如何妥善处理并予以民主化、法治化转型,将是“法治中国”建设成败的关键。总体而言,既要大力推进法治变革进程,又不宜采取“另起炉灶”式的激进策略,而应探索与现有体制能够兼容平衡的法治“直通车”,从而使“法治中国”建设能够有序推进。

其二,考量本土国情,培育法治根基。世界各国法治进程都是未完成性的,并呈非模式化、地方性和流动性的特征,“西方本身已经开始怀疑传统法律幻想的普遍有效性,尤其是它对非西方文化的有效性。”<sup>〔2〕</sup>因此,“法治中国”建设也必然是“中国”的,其根基在于社会而不是国家。这就需要克服纯粹的法条主义、过度的国家主义和“不接地气”的拿来主义倾向,积极培育法治的本土根基、加强公民社会建设。只有基于本土国情和国际经验的平衡考量来构建“良法”体系,构筑适应国情的司法独立运行体制,建立起与“国家治理”相并立、相呼应的多元“民间治理”机制,塑造出自主自律的理性公民精神,“法治中

〔2〕 [美]伯尔曼著:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 39 页。

国”才能在社会上扎根。

其三,守住法治底线,融入世界主流。无论法治有多少地方性和多样性,但都必然具有共通性。而“作为最低标准,法治要求建立一个使政府和人民都平等地受到法律的有效约束的体制”,“只有被治者基本上是自由的,‘法治’才有意义”。〔3〕可见,法治的核心要素和底线原则乃是治者与被治者要受法律的同等约束、被治者平等的权利和自由能够得到保障。如果丧失了这个世界法治共同的底线,就不仅使中国难以融入世界主流,也会使“法治中国”建设化为泡影,社会秩序将危在旦夕。因此,必须守住这个底线,这也是渐进平衡的法治策略的重要前提。

## 法治中国建设的三大要求

周汉华(中国社会科学院法学研究所研究员)

成功国家的经验和法治理论研究均表明,法治必须能够满足三个方面的要求。首先,法治必须具有最高权威,任何组织和个人都必须遵守法律,这是法治的规范要求;其次,法治必须体现公平、正义等基本原则,核心是权利保护,这是法治的价值要求;最后,法治必须与经济、社会协调发展,不能与经济、社会脱节,这是法治的功能要求。

法治的根本特征在于规则的权威性、稳定性、中立性,具有公开、一致、不溯及既往、程序保护、平等适用、第三方执行等特点。法治之下,宪法与法律具有最高权威,任何人都不得违反宪法和法律,违法行为必须承担相应的法律后果;法治之下,规则具有稳定性,不因个人意志改变而改变;法治之下,规则最终由独立第三方机构负责执行,可以摆脱各种不当因素对于执法过程的干扰。法治的对立面是人治、官僚化、特权化、等级化。正是法治的这些特征与作用,使其成为社会认同的基础和政府权威的来源。

我国漫长的封建社会并未发育出现代法治观念与制度,“有治人无治法”;改革开放之前的高度集中计划经济体制,进一步强化了行政权力的作用。因此,我国一直缺乏按规则办事的法治传统。时至今日,尽管我们已经制定了大量的法律,建成了中国特色社会主义法律体系,但法律的执行情况并不令人满意,很多法律规定长期都只是停留在书本之中,“潜规则”无处不在。因此,确立法治的最高权威,尊重宪法和法律,养成严格依法办事的习惯与文化,使法律成为人们普遍的行为规范,是构建法治中国必须解决的首要问题。

遵守并执行规则,预设的前提是规则本身符合公平正义的基本要求。规则之所以被遵守,不仅仅因为规则是一种外在的威慑或者命令,更重要的原因在于遵守规则是一种发

〔3〕 [澳]切丽尔·桑德斯:《普遍性和法治:全球化的挑战》,毕小青译;[德]埃尔哈特·丹尼格著:《新世纪初期的法治:关键问题、主要趋势与未来发展》,李忠译,载夏勇、李林、刘秋娅·弗莱纳主编:《法治与21世纪》,社会科学文献出版社2004年版,第273页、第292页。