

转型期的法治与司法政策

龙宗智

(西南政法大学法学院教授、博士生导师 重庆 430031)

摘要:我国目前正处于社会转型期。由于各方面条件的制约,转型期的法治是一种有限的法治,因此,必须尊重客观现实,以相对合理主义的方式推动法治建设。转型期的司法政策应当确立有利于成熟社会构建的规制政策与规制方法,同时还要注意与时代背景相协调。转型期的刑事司法应该是政策指导型刑事司法,而不是法规中心型刑事司法。

关键词: 转型期 法治 相对合理主义 司法政策

法治作为国家治理的一种基本方式必须立足于特定的社会条件与环境。目前我国正处于一个社会转型时期,在这种社会转型的状况下,我们既不能墨守成规,以传统的理念和治理方式来看待和应对当前的法治问题,也不能采用“拿来主义”,简单地套用西方成熟社会的理论与对策手段来看待和处理我国的法治问题。我们必须充分认识到转型期社会的特点,着眼于转型期特有的情况与条件来推动我国的法治建设与发展,在制度安排、政策措施以及实际操作上适应转型期制度变革与社会发展的需要。

一、转型期法治发展的特点与法治战略

(一) 法治及其意义

什么是法治?作一个总结提炼,可以将法治概括为四个要素(这也是现代法治理念的基本构成):(1)法治是规则之治,而非意愿之治。法治要求依法治国,要求将法作为实现国家管理和社会治理最基本的途径与手段,以法治代替人治,即以规则之治代替意愿之治。法治强调宪法与法律的权威,要求个人和组织必须在宪法和法律的范围内活动。(2)法治是良法之治,否认“恶法亦法”。法治重视规则,强调法律权威,然而,只讲规则不讲规则本身的内容只是法制而不是法治。法治所要求的法必须是良法,人定法必须服从“自然法”。所谓“自然法”,是超越于具体法律制度之上的人类社会建立与发展的普遍性要求。笔者认为,自然法就是天理人情。在当前,用比较时髦的语言来表述就是“三个代表”,即代表先进生产力的发展、代表先进文化的前进方向以及代表人民群众的根本利益。中共中央提出的建立和谐社会、实现经济与社会的可持续发展等,均是当前体现所谓“天理人情”的“良法”。如果归纳为一句话,则可以说良法最基本的原则是“以人为本”。(3)法治是民主之治,反对“权力无制约”。实现良法之治必须有一个政治前提与基础,即民主政治,没有这种体制基础,实践中就可能出现权大于法的现象,使法治成为空洞的口号。(4)法治是平等之治,禁止法外特权。平等是现代法治所追求的基本价值。这种平等是在法定权利与义务上的平等,它不承认法外特权,任何组织和个人都不能超越法律而为所欲为。

关于法治的意义,笔者认为主要体现在以下三个方面:(1)只有实行法治才能保证市场经济的正常运转。因为市场经济的竞争性需要公平规则、可预见性的规则、具有普遍适用效力与权威的规则、能够与国际惯例相协调的规则。这些规则的建立及有效运作,就是法治的功能,也正因如此,市场经济又被称为法

治经济。(2)只有实行法治才能实现国家的长治久安。法治不因人而异,它维系的是一种稳定的秩序;法治是充分协调社会利益关系的平衡机制,是和谐社会最重要的保障;法治是解决纠纷最合理、最有效而且具有“预后性”的手段。(3)法治具有普适性。现代法治理念是一种具有普适性的理念,它是人类文明的产物,是国家管理、社会治理的普遍、通用原则。虽然法治在各国有不同的实现方式,但作为管理国家与社会治理的技术性手段与规则,其基本的运作方式与原则具有普遍适用的意义。是否倡行法治,已经成为判断社会文明状态与现代化程度的基本标尺。

那么,应当如何理解社会主义法治与现代法治的关系呢?应当说,社会主义法治也必须是一种现代法治,只不过是一种特殊类型的现代法治,是现代法治在我国的一种表现形态。现代法治与现代经济(经济的现代化)是相辅相成的体系性概念,与现代社会(社会的现代化)也是相适应的概念。只要我们确立了经济与社会现代化的目标,我们就必须将法的现代化(现代法治的建立)作为最基本的任务。因此,社会主义法治与现代法治是相容的而不是相悖的。当然,这两个概念有不同的适用环境。当我们要突出法治的普遍性原则与要求时,我们直接讲法治或法治理念,不加前缀;然而要突出强调我国目前的特色、要强调法治运行的现实要求时,我们就讲“社会主义法治理念”。因此,笔者认为,我们讲树立社会主义法治理念,绝不是否定我国目前法治理念的现代特征,而是在特定语境之下,着重强调法治的社会主义特色。

(二) 社会主义法治理念的内容及其意义

转型期法治最突出的特点就是法治与社会主义的结合,从而形成转型期特有的“社会主义法治”。这种法治与社会主义的结合就像市场经济与社会主义的结合一样,在结合中会遇到一些矛盾和问题,需要我们认真分析,努力解决。

根据中共中央政法委员会的审定,社会主义法治理念包括五个方面的基本内容:依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导。¹笔者理解,依法治国,是指对国家与社会的依法治理及建立宪法与法律的权威;执法为民,要求观念敬民、措施便民、人员亲民、结果利民;公平正义,包括法律面前,人人平等与每个人得到自己应该得到的;服务大局,主要是指服务于党和国家工作大局的需要,即保障社会主义经济、政治、文化与和谐社会建设;党的领导,主要是指坚持党对政法工作的政治领导、思想领导与组织领导。这五个方面的内容反映了法治的普遍性要求,同时也具有明显的中国特色。其中,前三项反映了现代法治的普遍性要求。而第四项对于作为政策执行工具的行政性机构^④来说,在坚持法律原则的前提下,这一要求是正当的。但在一般的法治环境中,法院是独立的审判机构,只服从于法律,不需要服从执政党的执政方针与政策的要求,因此,对执法与司法机关均要求其“服务大局”,体现了我国社会主义法治的特色。而社会主义法治最关键的一点是党的领导下的法治建设与法律活动。党领导法治建设与法律活动,是指中国共产党领导立法、执法与司法活动,在依法治国进程中统揽全局,协调各方。如果进行体制界定,我国目前所建立并运行的体制可以称为“统揽型体制”。那么,如何理解这种体制的积极意义?笔者认为,可以从以下方面来理解:(1)它有利于集中各种资源服务于国家总体建设目标,迅速推动现代化建设;(2)它有利于协调各种矛盾,弥补目前法律与司法资源的不足,从而有效、全面地满足社会的需求(特别是转型期社会的需求)。然而,我们也应当看到,目前我们正在运行的政治与法的体制与法治的基本要求之间容易产生一些矛盾,应当注意加以解决。

(三) 在依法治国问题上可能遇到的矛盾及其对策

1. 在依法执政方面,政治权力的一元化与规则至上的法治原则之间的关系往往需要协调。党如何依法执政,在宪法和法律的范围内活动仍然是需要进一步解决的问题。我们坚持中国共产党领导下的多党合作与政治协商制度以及人民代表大会制度,反对三权分立。这种在政治构架与运作实质上的一元化与规则至上所要求的多元制约的体制前提不一致,我们要充分注意抑制各种打破法治的冲动。从统治技术上讲,考虑到长远的社会治理要求,维护法治比打破法治更有利于社会的长治久安,更有利于人民群众的根本与长远利益的维护。因此,在宪法与法律的范围内活动应当是我们党最重要的活动原则。考虑到这一要求,有些问题我们还可以作进一步的研究。例如,党的活动,尤其是处理具体问题涉及相关组织与个

人权益的决定,如何纳入法律评价系统;又如,党内文件,如何不超越法律的相关规定;再如,司法的功能是将社会政治问题转化为一种管理技术问题,还是将高度政治化的问题变为一个诉诸司法判断的技术问题,以防止对政治体系的冲击。在泛政治化的治理过程中,我们长期习惯于将涉及个案的司法问题政治化,而倡导依法治国,就是要善于将一些社会政治问题作为司法问题,以个案纠纷解决的方式化解矛盾。当然,法治的施行也是有代价的,它会使我们在许多方面受到束缚,但为了长远的全局的利益,我们还是应当接受法治。我们也要承认,法治的运行是有条件的,需要逐步推进。

2 在建立法治政府和有限政府方面,依法行政、建立有限政府的要求与转型期强化政府的调控能力之间可能存在矛盾。虽然我们的政府有强大的资源调配能力,但由于转型期社会关系不稳定,从而要求在一定程度上,在某些方面加强政府的调控和管理。另外,建立有限政府,有所为有所不为,也是现代法治政府的基本要求。《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)的颁布,就是为了让政府从社会能够自行解决、民众能够自行解决、市场能够自行解决的事务中退出来,给社会以更大的活动空间与活力。然而,《行政许可法》的执行并不顺利。这一方面是由于转型期为促进经济迅速发展同时保证社会稳定而需要在一定程度上强化政府调控能力;另一方面是由于政府机关为了体现自身存在的价值有一种天然的扩权冲动,而且还可以借转型期社会矛盾突出、社会发育不成熟等客观情况,为自身扩权寻找一些冠冕堂皇的理由。因此,我们在注意保持政府调控能力的同时,应当抑制政府自我赋权、自我扩权的冲动,关键是注意合理性与必要性,注意掌握一个“度”。

3 在建立责任政府方面,建立权责明确的责任政府的要求与国家管理体制中存在的分工不够明确,尤其是党政关系不够清晰造成的权责不清之间可能存在矛盾。例如,重庆市政府问责制已经建立,这是建立责任政府的要求,也是该市地方法制创新的一个重要内容,并得到中央政府的肯定。^[6]但笔者疑惑的是,在一个地方,最重要的行政问题的决定权是在党委手中,如果只对政府首长问责,那么对党委领导怎么办?党委领导要求的是集体领导,但党委主要领导在重大问题上实际行使着类似于“党委行政”的权力,并不是彻底的委员会制。因此,一个地方出现了大的问题,应当说总是与党委的领导有关,可见问责制应当全面建立。这个问题涉及党政关系等大的问题,我们还需要进一步研究解决。

4 在保障司法的独立和公正方面,对司法机关加强领导和监督与维护司法的独立、权威以及遵循司法建设的规律之间可能发生某些矛盾。马克思说:“法官除了法律没有上司。”^[7]法官依法独立审判是司法的规律,我国宪法和法律也规定了审判、检察机关独立行使职权的原则,但如何协调独立依法办案与坚持党的领导之间的关系,如何坚持党委在思想、政治、组织上的领导同时又能保证司法机关独立行使职权原则的有效贯彻,这是目前仍然需要解决的问题。中共中央1979年9月9日发布的《关于坚决保证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示》对党委如何领导司法作了明确的规定,限制了党委批案等做法,但这个文件目前在各地执行的情况应当说不是太好。此外,我们现在强调加强队伍建设和强化干部交流,但是如果我们承认司法是一项专业,而且是技能性很强的专业,那么,我们对法院和检察院的干部交流是否要注意它的专业性,是否应当充分注意《中华人民共和国法官法》与《中华人民共和国检察官法》对司法干部包括领导的任职要求。笔者认为,鉴于司法官员,特别是法官,在法治社会中具有特别的功能,我们在管理上有必要作为特殊公务员来进行管理,提高地位、待遇以及入门门槛。只有这样,才能从根本上解决抑制司法腐败以及提高司法质量的问题。

综上所述,就转型期的法治及法治发展,笔者提两点看法:(1)由于各方面条件的限制,我国转型期的法治仍然是一种有限的法治。所谓有限法治,就是法治的方式与人治以及其他非法治的治理方式将在相当长的时间内并存。究其原因,在转型期缺乏全面实现法治的必要条件是根本。因此,我们只能以法治与其他治理方式并用来实现国家管理与社会治理。如此看来,有限法治是不可避免的,关键在于我们必须认识法治的意义,真正将法治作为我们努力奋斗的目标。(2)尊重客观现实,以相对合理主义的方式推动法治建设。所谓“相对合理主义”,就是在不尽如人意的法治环境中,在多方面条件的限制之下,我国无论是法治改革还是司法操作,都不能企求尽善尽美,而只能寻求相对合理。^[8]简言之,相对合理主义就是在法治

的公理与法治的现实之间进行妥协,同时坚持法治的目标,维系法治最基本的底线。

二、转型期的司法政策及其实施

提出转型期司法政策问题,是出于一个基本的考虑——转型期应当确立有别于成熟社会的规制政策与规制方法,同时也是考虑到我国现实的司法政策需要与时俱进。

(一) 转型期一般司法政策的设定

1. 承认司法资源与司法能力的有限性,注意法律手段与政治行政手段的综合运用,同时应努力扩大法律手段尤其是通过司法解决社会纠纷的能力。司法机关,尤其是法院,是法律的守护神,是法治社会中的平衡器与调节器。依法治国,意味着司法功能的强化,必然要求贯彻“司法最终解决”而非行政最终解决或政治最终解决的原则。然而,我们也要承认转型期法治的有限性,首先这意味着法的资源与法的能力有限,因此,我们不得不较多地利用政治与行政的手段去解决社会冲突。但随着依法治国的推进,以法的手段,通过司法途径解决纠纷的方式应当更为普遍和有效,因为如前所述,法的方法,是保障国家长治久安的基本方法。

2. 以法律为据,从实际出发,在法的空间内兼顾法律效果与社会效果。在转型期,我国社会问题的产生、社会纠纷的形成有复杂的因素,我们不仅要考虑纠纷处理的现实合法性,也要考虑形成纠纷的复杂社会因素,同时兼顾纠纷处理的社会效果。

3. 适当注意“软性的”司法手段,即调解等化解矛盾的手段的运用,但应注意底线要求。也正是由于上述形成矛盾与冲突复杂的社会因素,同时充分考虑在转型期建设和谐社会的需要,必须十分注意“软性的”司法手段的运用,即多用调解、和解等协商性司法手段,通过谅解与必要的妥协化解矛盾,解决纠纷,真正做到“案结事了”。但是,采用“软性的”方法不能离开“硬性的”依法判决手段,否则,法律界限不明确,是非不清楚,也难以达成调解协议。而且“软性的”方法的使用要有限度:有条件的,当调则调;已经不具备调解条件或者一味要求妥协、严重背离了公平要求的,则应当使用依法判决手段,分清是非,明确权益,避免因案件久拖不决而损害司法的效率与权威。

4. 在司法管理与队伍建设上,既要注意社会的要求,又要注意司法建设的规律。目前以“统揽式”行政为特征的权力运作与管理方式,必然会对司法形成相应的社会要求。因此,在当前的转型时期强调按照司法建设的规律(通过为司法的独立提供有效保障的方式来建设司法机关、管理司法人员)虽然很有意义,但难以做到。比较可行的做法还是承认社会逻辑的影响,采用某些具有行政化特点的内部管理方式“严管”司法队伍。但与此同时,努力创造条件按照司法建设的规律去建设司法机关,尤其应注意对司法人员高素质的要求,禁止不符合条件的人员进入并采用不同的方法适时淘汰不符合条件的在岗人员应成为司法建设的重点。

(二) 转型期刑事政策的设置

在法的资源十分有限同时又要考虑经济与社会发展的前提下,我们不可避免地要实行选择性司法,即有重点、有政策指导地实施刑事法。这就使得目前刑事司法的特点是政策指导型刑事司法,而非法规中心型刑事司法。转型期刑事司法的基本政策要求是:贯彻抓大放小的刑事政策,“轻轻重重”的应对方法,注意“宽严相济”。应当注意的是,近年来我国刑事政策已经有一定程度的转变:中共中央政法工作会议对于“宽严相济”的问题已经给予了充分的关注;而2006年的最高人民法院和最高人民检察院的工作报告,则进一步强调了“宽严相济”,强调不仅要打击犯罪,而且要注意保障人权。然而,由于传统思想与习惯做法的影响,我们仍然需要关注和调整我们的刑事政策。之所以需要调整刑事政策,一方面是因为长期的“严打”并没有从根本上解决犯罪日益严重的问题;另一方面,党中央提出建设和谐社会,也为我国刑事政策的设定提出了新的要求。为此,我们应当反思刑事政策:

1. 反思重刑思想。长期以来,由于受重刑思想的影响,我们对于以下两个问题注意不够:(1)对给人戴上罪犯的“帽子”所产生的负面效应重视不够。社会学的标签理论指出,一个人被贴上某种标签以后,他就

容易标签化;一个人被贴上罪犯的标签后,他就容易犯罪化。³因此,不能轻易给人贴上罪犯的标签。(2)对短期自由刑的弊端重视不够。对严重犯罪必须打击,但是对于轻微犯罪,不宜轻易就将犯罪人监禁或投入劳改场所。实践证明,将轻微犯罪人投入监狱和罪犯一起服刑,虽然可能在一定程度上使他们获得改造,但也完全可能使其结交一帮狐朋狗友,学一些犯罪伎俩。加之出狱后生活的道路较窄,他们极有可能再次实施犯罪并危害社会。鉴于这种情况,现代刑法制度对于短期自由刑的弊端应保持高度的警惕。而注意采用社区矫正、恢复性司法等方式,将一些偶然失足、犯罪轻微以及青少年罪犯从轻处理,或者采取适当的执行方式,减少其对社会的消极影响不失为一种两全之举。

2. 反思“严打”方针的贯彻。“严打”是1983年7月邓小平同志针对当时严峻的社会治安形势而提出的。他指出:“解决刑事犯罪问题,是长期的斗争,需要从各个方面做工作。现在是非常状态,必须依法从重从快集中打击,严才能治得住。”^④然而,我们对“严打”方针应当有一个正确的理解:(1)要坚持长期斗争,多方面做工作。(2)“严打”是非常状态下的方针,不是常态法治社会中的一般刑事政策。(3)从重从快要依法进行,不能离开法律讲“严打”。(4)“严打”的对象与时间是有界限的。“严打”的对象主要是爆炸、抢劫、杀人等七类严重犯罪,基本任务是以三年为期,实施三个战役,实现治安秩序根本好转。^⑤然而,在“严打”方针贯彻的过程中有泛化和异化的倾向,几乎每次专项斗争都是“严打”,从重从快的依法前提常被忽视。从重则顶格,从快则越快越好。严打对象也出现扩大和泛化。我们反思“严打”,不是否定“严打”,而是坚持在需要的时候对某些类型危害严重的案件实施严厉打击,但同时要严格依法办事,还是要坚持“宽严相济”。

3. 反思死刑的效用。根据中共中央的决定,死刑复核权收回,由最高人民法院统一行使。笔者认为这是对死刑适用的反思。长期以来,受杀人抵命的报应主义以及重刑思想的影响,我们对死刑的效用过于看重,慎杀、少杀政策不能得到有效贯彻。中共中央决定收回死刑复核权,其目的十分清楚,就是要减少死刑的数量,提高死刑案件的审判质量,统一死刑的适用标准。减少死刑适用势在必行,这也是我们调整刑事政策的一个重要内容。

4. 反思规制经济的刑事政策。打击经济违法犯罪对于维护经济秩序、维护国家和人民的利益十分必要,但是我们也要看到,在经济转型时期,在规范操作的条件不足、经济行为普遍不规范的情况下,如果刑罚过于严苛,将会导致经济发展缺乏必要空间。目前,一些所谓的“富豪”由于担心将来会被清算,不敢继续发展,短期行为十分突出,这对我国市场经济的良性运转非常不利。因此,我们一方面要注意运用刑事手段规范经济行为,维护经济秩序;另一方面,也要注意经济违法行为产生的条件与原因,注意为经济发展创造一个比较宽松的环境。因此,对于改革开放之初相当程度上由于环境与条件的原因而产生的违法行为,对于法律没有明确禁止性规定的行为,对于虽然违法但社会危害不大而且实施比较普遍的违法行为,应当适当从宽处理。

注释:

¹ 参见中共中央政法委员会编:《社会主义法治理念教育读本》,红旗出版社2006年版,第1-5页。

^④在我国,检察机关与人民法院都属于司法机关,而在西方国家,检察机关是作为政策执行工具的行政性机构。

^⑤参见重庆市政府法制办公室:《重庆市创建法治政府“四项制度”荣获第三届中国地方政府创新奖》,http://WWW.cqfzb.gov.cn/index.asp.

^{④5}马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第76页。

^{④6}参见龙宗智:《论司法改革中的相对合理主义》,《中国社会科学》1999年第2期。

^{④7}参见[美]杰克·D.道格拉斯等:《越轨社会学概论》,张宁等译,河北人民出版社1987年版,第151-161页。

^{④8}《邓小平文选》第3卷,人民出版社1993年版,第34页。

^{④9}参见刘复之:《“严打”就是专政——记小平同志对“严打”的战略决策》,《人民公安报》1992年1月14日。

责任编辑 张泽涛