

中国法治建设的经验与进路

——在新的历史方位上的思考

沈国明

【摘要】处于中华人民共和国成立70周年和改革开放40多年的历史交汇点,在新的历史方位上,中国的法治建设需要做一个回顾与总结,以期为今后的法治建设提供更好的启迪和借鉴。法治实施的基础是法律,中国法治的进步,得益于正确的发展道路,选择了正确的战略——渐进式的发展路径,适时发展公民权利和民主政治,设置了阶段性目标,不争论、重实践。此外,中国法治的进步,还得益于实事求是地修正目标,遏制公权力扩张,坚持依法行政,坚持司法改革,领导干部不得干预具体案件,坚持从严治党等经验。未来,实施法治,我们还要坚持深化改革,坚持有序推进社会主义民主政治建设,及时进行改革与法治建设的顶层设计。

【关键词】法治中国;依法治国;民主政治;法治体系;渐进式改革

【作者简介】沈国明,上海交通大学凯原法学院讲席教授,博士生导师。

【原文出处】《地方立法研究》(广州),2020.3.61~75

【基金项目】本文系作者主持的国家社会科学基金重点项目“当代中国改革创新试点的法治问题研究”(项目编号:17AZD017)阶段性研究成果。

在1978年实行改革开放之前,我国是世界上较为贫穷的国家之一。通过70多年的努力,中国现已跃居世界经济总量第二,成为一个高度开放的经济体。取得这一举世瞩目的成就,与中华人民共和国成立后前30年(即1949年至1979年)的基础性工作、所吸取的教训等因素分不开;而在后40年,中国的法治建设则取得了令世人公认的巨大进步。1978年,中国没有刑法,没有诉讼法,也没有政府组织法。因此,1978年12月召开的党的十一届三中全会提出的“发展社会主义民主,健全社会主义法制”16字方针,第一句便是“有法可依”。^①中国是以“有法可依”作为法治建设的目标而起步的。时至今日,“法治中国”的提法包含了法治国家、法治政府、法治社会三位一体。经常有人问,“我们国家离法治有多远?”笔者认为,法治有着不同的层级,如果说我们从起始阶

段到实现法治目标的距离是“十万八千里”,到当下为止,我们大概走过了一万里,路途还很遥远。法治需要几代人的努力才能实现,并非易事。经过改革开放前30年的接力跑,中国接下来的法治建设应当更为理性、更富主动性。处于中华人民共和国成立70周年的历史交汇点,在中国特色社会主义进入新时代的新的历史方位上,中国的法治建设需要做一个回顾与总结,以期给今后的法治建设提供更好的启迪和借鉴。

一、法治进步依赖于正确的发展道路

法治实施的基础是法律。法律属于上层建筑。按照马克思主义原理,经济基础决定上层建筑。马克思认为:“社会不是以法律为基础,那是法学家的幻想。相反,法律应该以社会为基础。”^②因此,中国法治发展至今,原动力是得益于选择了正确的发展

道路。中国在1978年开始了大的转型,这个转型至今尚未完成。法治和法律体系化便是随着这个转型的发展而发展的。如果没有这样一个经济体制的转型,中国法治便走不到今天,许多法律原理将难以自洽,许多法律规范将会互相冲突。

根据马克思主义基本理论,一定经济条件下的法权表述是经济关系的意志化;离开对经济关系的考察,就无从认识法律现象的本质属性。这对于认识法治发展尤为重要,中国据此选择了自己的法治道路。扬弃计划经济,向社会主义市场经济转型,决定了中国必然会走一条独特的法治建设道路。为避免突变引起的恐慌与抵触,中国采用了渐进式的转型发展路径,最终为人民群众所接受,极具中国特色。以苏联为例,因选择了“华盛顿共识”方案而导致东欧剧变和苏联解体。1989年,世界银行和国际货币基金组织对于计划经济国家向市场经济转型达成了“华盛顿共识”,提出了“华盛顿共识”方案。“华盛顿共识”有四根支柱:第一,私有化;第二,市场化,即价格反映供需,反映真实的价值;第三,稳定化,控制财政赤字;第四,自由化,减少政府对国际贸易、资本流动等的干预。^③苏联按照“华盛顿共识”的方案实施转型,导致了经济严重衰退。20世纪80年代的苏联,一个卢布可以管一顿饭;而苏联解体之后,买一个冰激淋要1000多卢布。^④价格发生了巨大变化,币值调整,百姓深受其苦。按照“华盛顿共识”向市场经济转型,必然是休克疗法,存在导致社会动荡的巨大风险。由于长期实行计划经济,当时的中国不存在市场,没有价格机制,价格的形成是人为制定的,并非由市场形成,所以中国没有接受“华盛顿共识”的做法。而苏联接受了,接受的后果就是,即便俄罗斯拥有1700余万平方千米的国土、丰富的物产资源,其GDP(国内生产总值)总量却只抵得上中国的一个广东省。^⑤可见,中国的道路选择是正确的。

另外,改革开放前,中国的技术水平和当时世界的先进技术差距非常大。改革开放以来,通过大量引进国外企业、先进技术,进行学习、模仿和创新,40

多年的努力让中国拥有了自己的优势技术。如果当时搞“一刀切”全部市场化,中国也会像巴西、墨西哥等国一样,陷入中等收入国家的陷阱。巴西、墨西哥等国为什么长期陷于中等收入国家的陷阱,而不能跳出这样的陷阱跃入发达国家的行列?深挖根源,主要在于创新能力不足。没有原创的高新技术,没有技术创新,怎么可能产生高附加值的产品从而促进更大规模的生产。

中国也不会接受新自由资本主义模式,因为这种模式无法解决中国的根本问题。美国在2008年国际金融危机爆发之后,整个社会陷入了比较动荡的状态,暴露出这种经济模式存在很大缺陷。各国学者、政界人物纷纷评论、分析美国金融危机爆发的原因,萨科齐说“市场自我规范的时代已经结束”^⑥。幸而中国当时没有施行“华盛顿共识”的方案,也没有接受新自由资本主义的道路,而是摸着石头过河,开创了一条独特的道路,并且在这条道路上越走越明晰。

中国的目标模式是一个从1978年起到1992年逐渐清晰的过程:1978年至1979年,仍坚持实行计划经济,但已开始利用商品交换价值规律,即在经济体制当中引进了市场因素。1979年,进一步提出以计划经济为主,以市场调节为辅,即市场的分量进一步加大,计划的刚性进一步降低。1984年,一是提出将计划由指令性改为指导性,即将“五年计划”改为“五年规划”。“规划”具有一定的弹性和柔性,“计划”的刚性则强得多。现在,关于“计划”和“规划”的表述仍在沿用,包括立法机关。以年度立法计划和五年立法规划为例:年度立法计划内的项目一般来说都是必须进入立法程序的,而五年立法规划则柔软得多,包括各年应当进入计划的项目、预备项目(条件尚未成就,但纳入立法考量范围)、调研项目。综上所述,规划和计划存在区别。二是提出“有计划的商品经济”,落脚点在于“商品经济”,进一步加重了市场的分量。1987年,提出“国家调节市场,市场引导企业”,厘清了国家与企业的责任。1989年,提出了“计划经济与市场调节有机结合”。1992年,邓小

平同志南方谈话,使得中国很快发生了巨大变化。他说:“市场经济,资本主义可以用,社会主义也可以用。”^⑦至此便形成了中国的目标模式——社会主义市场经济。

现在,人们对市场经济耳熟能详,但在当年,邓小平同志是以极大的勇气提出了“社会主义市场经济”的概念,让改革有了明确的方向。这种事关前途命运的方向明确了,对于经济发展的作用非常巨大,对于法治建设同样意义非凡。首先,从经济发展方面来说,经济总量取得了巨大成就。1987年,中国GDP总量3000多亿元;2001年,中国GDP总量100000多亿元;2018年,中国GDP总量900000多亿元。以上数据可以说明问题。其次,从法治建设而言,法治建设成就斐然。起初,按照计划经济模式重建法律体系时,即1979年开始的立法工作,都是以计划经济思路作为指导思想。1992年起,目标模式变换为市场经济,所以当年在19世纪八九十年代初面临的立法上的窘境都解决了。以民法典为例,当时在经济所有制的情况下难以界定物权概念,因此无法起草民法典,退而求其次地出台了民法通则。但在明确社会主义市场经济模式后,经济快速增长;特别是现在,民营经济得到了巨大发展,各种财产关系发育得比较充分,为民法典的制定提供了必要的社会基础。由此,目标模式的清晰对法治建设的影响至关重要。

中国的发展令全世界瞩目,很多经济学家表示,如果能研究透中国经济快速增长的奥秘,就可以获得诺贝尔经济学奖。中国的发展成就得到了极大关注,人人都想参透其中的奥秘。有人说,这是世界上最好的第三种模式,可以与美国模式、欧洲模式并列;也有人说,这是对苏联模式的突破;更有人说,这比印度模式更有效,可以成为发展中国家的模式。琢磨这些问题的人很多,不断有新的提法。比如,著名经济学家张五常称找到了中国经济快速发展的奥秘——以县级竞争发展模式为基础。^⑧笔者在很大程度上认可他的这种观点。对此,笔者感受过放权让利带来的巨大能量。20世纪80年代末90年代初,

上海处于“老牛拉破车”的状态,以交通为例,当时的上海没有高架桥,没有地铁,只有平面交通,很多时候步行都比公交快。面对这种情况,时任市长朱镕基决定放权给10个区10个县,他说:“像上海这样1200多万人口的城市,靠一个市长、几个副市长是干不好的……所以我希望12个区的区长就成为12个市长,这样的话,上海的工作才能做好。”^⑨当时几乎把很多能放的权力都下放去了,包括规划权。各区县积极性非常高,上海的城市面貌迅速得以改变,这便是张五常所说的县级竞争模式起作用的最好例证。但是,面对成绩,面对认可,中国更要“韬光养晦,永不当头”,遑论向世界提供一个“中国模式”。中国所做的仅仅是根据国情自我发展的一个案例,各个国家都应当根据自己的国情来设计自己的道路。此外,中国目前遇到的问题也是空前的。过去实行平均主义,人际关系简单;现在人群分裂了,阶层更为精细化,社会呈现出越来越差别化、复杂化的特征。毛泽东同志说过差别就是矛盾。这是社会处于实现了发展却没有实现足够发展的特殊阶段所必须经历的矛盾时期,而法治同样面临这样的挑战。法律的主要职能是分配权利义务,要分配得基本公平,要平衡各方利益,要让全社会各有所得。面对如此复杂的矛盾局面,法律人可谓责任重大。党的十九大明确,现阶段的社会主要矛盾是“人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分发展之间的矛盾”^⑩。人民的需求是多方面的,比如对司法公正的需求,对良好的空气质量的需求,等等,这些是经济文化所不能涵盖的部分,是对美好生活的需求,范围非常广泛。现阶段,中国的生产力走过了落后的阶段,部分地区、某些阶段甚至表现为生产力过剩、产能过剩。而矛盾的另一面是发展的不平衡、不充分,比如东部与西部地区、城镇和农村等,各种各样发展不平衡、不充分的情况较为普遍。要解决上述问题并非易事,这一进程具有长期性、艰巨性,国家还要具备良好的抗击打能力、抗波折能力。如果没有原创的技术,没有高附加值的产品,没有可替代的产品,国家的抗击打能力会很

弱。现在提出的创新,包括技术创新、制度创新等各方面的创新,在很大程度上就是为了提升抗击打能力、抗波折能力。唯有如此,才能做到可持续发展,实现共同富裕,建成和谐社会,从而达成社会主义现代化强国的目标。

二、渐进式的法治发展模式

实施法治,除了得益于选择了正确的道路,还得益于选择了正确的发展方式。中国要在改革的进程中实现法治,但是由于法治本身的实现要受到社会、政治、经济以及传统文化等条件的阻碍和制约,所以,中国的法治进程不会一蹴而就。从中国现实的国情来看,由于传统社会是一个伦理社会或人治社会,缺乏法治意识和习惯,正如皮拉特的观点所表明的那样,华人经济的共同特征是不具备西方人意识中的那种规范化、理性化的制度结构,非正式的行为规则和具体情况下的随机的行为控制居于支配地位。其表现之一,就是在华人文化的传统中,更注重的是“人治”而不是“法治”;一切正式的法律、规章,都可因人而异、因事而异地加以打破和改变。而法治意识和观念的培养难以在短期内透过简单的教育和宣传实现,中国历次普法的现实状况就很好地说明了这一点。它需要人们生存方式和生活方式的转型,“在某种意义上,法治是一种典型的社会民情和社会心态,它既是个人的一种思想方法与行为方式,又是社会公众的一种普遍的生存方式和生活方式”^⑩。“中国社会转型,涉及政治、经济以及文化的各个方面,而这种转变的根源来自市场经济。”^⑪在一定程度上来说,中国40多年的改革开放就是以市场化的改革为基本线索的,但由于市场化改革的阻力和对市场经济本身规律的认识的有限性,决定了这场改革在刚开始就具有一定的探索性和风险性,是一场“摸着石头过河”试错的过程。

(一)中国法治采取渐进式发展是建立在国情基础上的必然选择

具体而言,中国法治采取渐进式的发展方法,理由如下:

第一,由改革的性质决定。世界没有提供由计

划经济向市场经济转型的成功经验,需要中国自己摸索,“摸着石头过河”。

第二,由改革的复杂性和艰巨性决定。改革,各种复杂的社会关系牵扯在一起,特别是到了全面深化改革的关键阶段,更是牵一发而动全身。作为一个法律体系,要求体系内各部门法互相不得冲突,而中国早期的立法秉承了计划经济思路,后期则贯彻了市场经济思路,因此,要在协调中进行规则替代谈何容易。每一部法律的制定,都有当时特定的历史条件和现实需要。而今时今日,环境和条件都发生了巨大变化,必须对社会有比较深刻而充分的认识,才能完成好这个任务。规则的替换不可能瞬间完成,也经不起试错式的推翻重来,改革的艰巨和复杂即表现于此。所以,立法的试错需要选择试点再全面推开,这是一个很长的过程,必须以渐进的方式推进。

第三,长期受计划经济的影响。受计划经济思想的灌输,甚至一度把实施计划经济还是市场经济作为社会主义和资本主义的判断标准。这种情况下进行的转型要全社会都接受必须循序渐进。从改革的进程可以发现,从某种意义上而言,不断加重市场因素的过程是不断增加获益者的过程,这可以让人们认同改革,增加改革的动力。

(二)我国法治渐进式发展的路径探索

形成共识需要时间,如果不采用渐进式改革,也许中国就与俄罗斯一样,在改革初期陷于争吵,无休无止。

1. 我国法治渐进发展建立在整个社会转型基础之上,渐进式改革如何走

关于这个问题,概括起来,有四个路径:

一是先农村,后城市。最早改革是由安徽省凤阳县小岗村农民私下搞大包干,一年解决了温饱问题。从地方到中央的干部都觉得这是解决农村问题的好办法,然后家庭联产责任制由试点推向了全国,成果喜人,5年时间年粮食产量增加了1亿多吨,解决了长期困扰国家的吃饭问题。农村改革成功之后,大家都觉得大包干好,改革进入城市,很大

程度上引入了包干的思路。所以当时社会上流行一种说法叫“一包就灵”，现在看来，这种说法也是非常幼稚的。

二是先发展乡镇企业、个体经济和外资经济等非国有经济。这些经济成分对整体经济的影响不大，因为国有经济的体量非常大，所以放开这部分经济成分对大局没有影响，而产生的增量对国家发展是有好处的。所以，乡镇企业当年蓬勃发展，每个省都有大量的乡镇企业，而且涌现了一批很好的品牌。改革深入后大浪淘沙，留下的乡镇企业并不多，却都是精英企业。

三是先改革日常性的经济领域，再向垄断性的领域推进。当时，所谓“抓大放小”的改革，将很多小企业都放掉了，纳入改制。以前的理发店、小饮食店全是国有经济，服务态度不好，客人也不满意，对这部分经济进行改革，使很多人获益。然后逐步向垄断性企业、大企业推进。

四是先实行价格双轨制，再实行并轨。如果要问，我们做错过什么，笔者认为在价格改革方面，我们曾经做错过。1988年决定实施价格闯关，此前实行两种价格，好处是政府可控，但也带来了很大弊病，尤其是腐败。谁拿到批条，谁便享有优惠价格，谁就能够得利。双轨制慢慢并轨效果较好，如果突然进行价格闯关，就会带来很大问题，当时价格闯关就导致了通货膨胀，而后国家花了5年时间才慢慢把并轨问题解决好。但从宏观角度出发，仍然遵循了渐进式的改革路径，先双轨制，后实行并轨。

2. 法治渐进式发展的思路

在法治领域，渐进式改革表现得也很充分。1979年，7部法律颁布后，邓小平同志指出国际上认为中国有了新的开端，不单指四个现代化，还有加强民主法治。1978年12月，邓小平同志说：“现在立法工作量很大，人力很不够，因此法律条文可以粗一点，逐步完善。有的法规，地方可以先试点，经过总结提高，制定全国通行的法律。修改补充法律，成熟一条就修改补充一条，不要等成套配备，总

之，有比没有好，快搞比慢搞好。”^⑩这清晰地表达了法治渐进式发展的思路，不要也不可能一步到位。具体来说：

第一，急用先立。围绕“把经济搞上去”这一中心工作，把急需的法律先制定出来，在当时就是要让社会把能量爆发出来，放权让利。那时候，出台了很规范国家与企业、企业与企业、企业与个人的法律法规，为的是让每个企业都能成为市场主体，让国家与企业之间的权力边界变得清晰，让每个职工能够发挥积极性。邓小平同志还说：“没有立法，只能按政策办事；法立了之后，坚决按法律办事。”^⑪在这样的背景下，出台了很多事关重大的法律。

第二，先易后难。所谓的“难”，一是指法律关系归属不清，二是指存在争议，难以统一。法律对经济体制改革是以让利起步，发展到一定阶段，必须要厘清各方关系。当时彭真同志有句很著名的话，“立法是在矛盾的焦点上砍一刀”^⑫。几代立法人都深以为然，是经验的总结。立法是分配权利义务，难免有争议，是谁得益多谁得益少的问题，但是立法不能对此予以回避，必须在矛盾焦点上有所反应。改革的过程是市场因素逐步加大的过程；而立法从股份制一直到宪法修改经济体制的表述，也是逐步演进的。经过14年的改革，1993年宪法修正案才把经济体制表述由“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济”改为“国家实行社会主义市场经济”，这是对经济体制的变革性表述。目前，市场因素已发挥了更大的因素，这源于中国发展距离世界前沿更近了。比如，中国的5G(第五代移动通信技术)发展已经走在了世界的最前沿。与此同时，劳动力成本的提升，对社会保障更为重视，地区间、城乡间差距愈加凸显等矛盾，必须加以缓解。国家发展战略由过去的“亲商”转变为了“亲劳工”，是更加注重人权保护和对农民工、普通职工的权利保护，也是市场经济发展经历的一个过程。

第三，逐步完善。渐进式改革，法律表现出逐步完善。以民营经济地位的巨大转变为为例，1988年允许私营经济出现，但须在国家允许的范围内，由国家

进行引导、监管；1999年确立私营经济是社会主义市场经济的重要组成部分。随着经济的发展，国家对市场主体的保护思路也发生了变化，这是一种进步。发展到今天，民营经济已经成为市场经济发展的主力军。习近平总书记在评价民营经济贡献时说：“民营经济贡献了50%以上的税收，60%以上的国内生产总值，70%以上的技术创新成果，80%以上的城镇劳动就业，90%以上的企业数量。”^⑥所以，轻视民营经济的看法是不对的。笔者认为，国企保值增值的压力很大，所以，创新动力不足；而民营经济为了生存，创新动力十足，很多高新产品都是由民营经济研发的。现在提出要保护民营经济，鼓励创新发展，特别关注民营经济，是非常正确的，也是立法上必须予以考量的重点。不能以所有制来论英雄。在市场经济的体制下，所有制之间是平等的。

第四，突破口，法律助推生产要素市场的结果。法治进步得益于法治选对了突破口。从调整农村经济组织开始，小岗村大包干之所以能推行，说明人民公社这一经济组织形式已经不适应生产力发展的需要。1993年宪法修正案取消了农村人民公社，确认了家庭联产承包责任制的法律地位，效果非常明显：中国粮食产量5年内，由3.04亿吨增加到4.07亿吨。实践是检验真理的唯一标准，法律制定的好坏也要靠实施效果来检验。在此之后，通过法律调整了很多新兴的社会关系，形成了包括国企在内的各种市场主体。从前，国企在很大程度上政企不分，不是独立市场主体。但是随后，法律规定国有企业在法律规定的范围内有权自主经营，改变了以前受计划经济影响所制定的关于国有企业的法律定位的法规，让国有企业成为独立的市场主体。1993年12月，中国颁布了《公司法》，推出了股份制。从1994年起，大规模的企业启动改革，国家真正实现了经济起飞。

生产要素市场包括资金市场(金融市场)、劳动力市场、房地产市场、技术市场、信息市场、产权市场等。法律在建立这些市场的过程中发挥了基础性作

用。以劳动法领域为例，在厘清劳动者和企业关系时，确保了劳动者的各项权利。在笔者经历的立法项目中，争议最大的是劳动合同法，这个争议到目前尚未平息。当年制定劳动合同法的过程中，争议非常大。在劳动合同法的制定过程中，发生了山西黑砖窑事件，窑主虐待煤炭工人，激起了全国人大常委会组成人员的愤怒。平心而论，劳动合同法的要求并不高，它要求企业和每个劳动者签订劳动合同，做到全覆盖。首先，为了保护劳动者的权益，劳动合同法提出，若签订了两次固定期限劳动合同则转为无固定期限劳动合同，这给劳动力市场带来了极大的冲击，导致人们对劳动合同法持批评态度。其次，劳动合同法规定仅辅助性、临时性工作可以启用劳务工，其设计初衷是好的，但是后来经调查，哪怕像东方航空、宝钢这样的大型企业，在一线工作的基本上也都是劳务工。通过劳务中介公司雇佣，企业和劳动者不发生直接的劳动关系，规避了劳动合同法的规定。这就是关于劳动力市场中法律制定的问题，立法者应当认真反思或实地调研，让劳动合同法少受实务部门的批评。

还有在要素市场建立过程中起重要作用的房地产市场，关于土地制度的改革。1982年宪法规定“任何组织或者个人都不得侵占、买卖、出租或者以其他方式非法占有土地”。改革进入城市，特别是面对城市大规模改造时，我们缺少资金。但是，其实我们有钱，我们是捧着金饭碗讨饭吃。按照马克思主义的地租理论，土地是巨大的财富。所以，当时中央考虑选择深圳、广州、上海、天津四个地方进行城市土地管理体制改革的试点。这实属不易，因为在当时概念中土地属于国有。要推行改革，只有先搞试点而后形成新的规则再全面铺开，土地问题也是如此。第一块批租的土地位于深圳，是国内的航空公司拿下的。第二块土地也在深圳，当时讨论草稿时甚至不敢用“拍卖”一词。再说上海，当年为了实行土地批租，政府起草了地方性法规，提交市人大常委会审议都没通过。后来是时任市长朱镕基以政府规章的形式发布出去的。

可见,当年的土地改革,除了算经济账之外,还有一个思想解放、转念转变的过程。正因为如此,经过试点,看到了好的效果,宪法才进行了修改,确认“土地使用权可以根据法律的规定转让”。后期,由于看到了土地转让的巨大财富,部分地方政府从农民手中抢地,导致官民矛盾激化,进而宪法进一步规定“国家为了公共利益的需要,可以依照法律对土地实行征收或者征用,并给予补偿”。随着改革的进一步发展,2019年土地管理法对农村土地问题做了进一步修改,增加了“对土地总体规划确定为工业、商业等经营性用途,并依法登记的集体经营性建设用地允许土地所有权人通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用”的革命性规定。以前农村土地要想出让,必须由国家收购,再由国家以高价出让,农民不能获利。早期这样的矛盾不突出,当人们对土地价值的意识觉醒,认识到周边的土地会增值后,矛盾就明显突出了。这就倒逼政府必须思考如何缓解这一矛盾。国家拿出近百个试点,3年不够还延长1年,2019年土地管理法终于修改了:农民集体组织也可以作为土地出让的主体,可以从土地出让中获得比过去多得多的收益;而且,规定政府征地前要与农民协商;还规定哪怕所有权人已迁至城镇,也不得对宅基地进行强行征收。关于宅基地,在物权法制定时就予以考虑。当时对于宅基地能否流通,全国人大常委会非常重视,时任全国人大常委会委员长的吴邦国亲自听取各省的意见,上海的意见是在对农民没有形成完善的社会保障的前提下,宅基地不宜流通。这次土地管理法修改后对于宅基地的规定比较合理,同时也顾及现状。可以看出,法律在助推要素市场形成过程中发挥了非常重要的作用。

(三)阶段性目标特征明显且不断根据实践调整

党的十一届三中全会,可以说法治建设再出发,提出16字方针“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”,希望法律能够得到切实的执行。法律制定出来应该得到很好的实施,特别是高级干部必须依法办事。邓小平同志说:“越是高级干部子弟,越是高

级干部,越是名人,他们的违法事件越要抓紧查处,因为这些人犯罪危害大。抓住典型,处理了,效果也大,表明我们下决心克服一切阻力抓法制建设和精神文明建设。”^①1979年大规模立法,到1997年党的十五大,中央提出了新的阶段性任务,即到2010年形成社会主义法律体系。何谓形成社会主义法律体系,事实上有争议。民法典尚未出台,何以谈得上形成了社会主义法律体系?这是当时很多人,包括梁慧星教授在内的很多专家提出的意见。但是,在笔者看来,鉴于7个法律部门自治性的法律都已存在,可以认为法律体系已经形成。法律体系的形成并不意味着法律已经完善,这与后续的立改废并不矛盾。基于此,2011年全国人民代表大会上宣布社会主义法律体系形成,党的十五大提出的任务对于自觉地做好立法工作十分有益。

另有一例,2004年国务院提出纲要,提出政府要以10年时间基本建成法治政府。2008年,国务院针对现状做了《关于市县加强依法行政的决定》,也是为了2014年基本实现法治政府的目标。这对于推进依法行政很有好处。党的十八届四中全会,提出了新的目标“科学立法,严格执法,公正司法,全民守法”,在全民守法中特别指出要抓领导干部这一关键少数。党的十八届四中全会还提出了全面依法治国的总目标“建设社会主义法治体系,建设社会主义法治国家”。法治体系包括五个子体系:法律规范体系、法治实施体系、法治监督体系、法治保障体系、党内法规体系。法律规范体系相当于法理学意义上的法律体系;法治实施体系包括执法、司法、守法;法治保障体系,司法机关人财物省级统筹,摆脱地方保护主义;党内法规体系纳入法治体系。这些都是国家设置阶段性目标的体现。

与此同时,结合所遇到的问题和实际,实事求是地修正目标。上文提到,2004年国务院提出纲要,到2014年基本建成法治政府,党的十八大又提出,到2020年全面建成小康社会,其中就包括了基本建成法治政府的要求。这是实事求是调整阶段性目标的务实做法。

中国社会的转型为法治提供了良好的社会环境和有利的社会条件,同时,因为中国社会本身的特点和问题也构成了法治进程的限制和障碍。而这些特点决定了中国法治进程的渐进性和复杂性。中国法治要在社会转型成功的基础上,对传统的以及现在的社会阻碍和制约条件进行改造和整合的基础上以及在中国社会本身的发展的进程中形成良好的制度化和理性化的制度治理模式,而这些社会条件的形成需要一个过程,这就决定了中国法治进程的长期性和渐进性。“我们必须清醒地看到,法治化是个逐渐推进的过程。地方立法达到比较理想的状态,需要有完善的市场经济体制为基础,需要立法者有成熟的法治理念,需要国家提供好的法律,还需要社会具有接受法治的基础。”^⑧

从法治所实现的社会条件来看,市场经济改革的深入和社会转型的定型,是法治实现的社会基础。而中国市场经济改革和社会转型本身是渐进式进行的^⑨,市场经济的基本目标模式刚开始就具有一定的尝试性和试错性,并在实践的检验下不断地修正和改进。这样对社会结构的调整和法制制度的形成产生了很大的影响和制约,使中国法治带有自己本身的特征:中国法治的进程要受到中国社会转型的特点和市场经济改革程度的影响,并呈现出中国社会问题和法治问题本身的特殊性和复杂性,因为法治本身要随着改革目标模式的修正而做出自己的调整,并在调整中出现法律本身的困境和难题。

三、适时发展公民权利和社会主义民主政治

实施法治,我们要适时发展公民权利和民主政治。苏联当时改革时先改政治体制,整个电视节目从早到晚在那里夸夸其谈。我们则崇尚“实干兴邦”,中国的改革很多都是水到渠成的,首先表现为法治推动公民权利和民主政治建设方面。

在改革的过程中让农民富起来,农民有了经济实力后,会有政治诉求,所以中国就城乡比例选举人大代表做了重要改革。中华人民共和国成立初期,

城市1万人产生1名人大代表,农村8万人产生1名人大代表;后来,城市1万人产生1名人大代表,农村4万人产生1名人大代表;再后来,又做了进一步修改,但城乡仍不平权。2019年修法后,城乡平权了,各省区市全国人大代表数量都有所调整。比如,从前宁夏代表团的代表人数都不足以独立形成一个议案。这次调整后,上海、北京等地的代表团人数压缩,而农村占多数的地区代表团人数有所增加,全国形成了按相同人数比例来选举人大代表的格局,这是发展人权和民主政治建设的典型表现。还有,基层民主不断发展,社会治理创新并进。我国有根本政治制度——人民代表大会制度,也有基本政治制度——民族区域自治制度、政治协商制度、基层群众自治制度。在城市叫居民委员会,在农村叫村民委员会,但要发展好并不容易。基层自治组织需要不断进步和完善,要做好这项工作必须要深入实际,而不是从书本到书本、从条文到条文。总体而言,基层民主在发展,社会治理在创新。

其次,行政体制改革及法治政府建设。这方面,党和政府花了很大的力气。现在的行政审批和10年前完全不同了。10年前行政审批多而杂。而现在是三张清单:一是负面清单,明确什么不能做,大大减少行政审批事项;二是正面清单,明确审批的内容;三是责任清单。三张清单对于推动政府体制改革、提高行政效率作用非常大。现在提出的“一网通办”,按照以前行政审批的环节和程序,是根本不可能做到的。

在民主政治建设方面,国家改革了户籍制度。中国为什么以前治安好,第一是计划经济,第二是票证制度,第三是最根本的原因——户籍制度。在人不能流动的情况下,搞好社会治安是很容易的。但现在情况改变了,户籍制度基本放开,比如上海户籍的积分制,中小城市甚至没有门槛,这是改变人的身份而不是把人的身份固化的一个革命性创举。上海为什么要设积分制?这是基于城市功能和承受力的考量。安泰经济学院的陆铭教授所著的《大国大城》中提出,中国应该有几个特大型城市,甚至人口可达

上亿。笔者认为,这种提法在经济理论上虽有道理,但从实际管理者的角度出发,恐怕并不希望看到这样的局面,因为特大型城市的管理难度太大。上海的管理者、参与者能让上海达到现在的管理水平已属不易。而户籍制度的改革,使得许许多多的人看到了发展的希望。此外,社会保障全覆盖,也是发展人权的一个很重要的表现。

四、法治进步与重实践和限制公权力

法治进步的经验和原因还有很多,笔者认为不争论、重实践是基础,限制行政权力是关键。

(一)不争论、重实践

实干兴邦,空谈误国。不争论、重实践,是推动我国改革开放以来法治进步的重要经验。举例而言:

第一,关于私营经济。按照教条马克思主义的观点,雇工8人即为剥削,到底姓社还是姓资问题就显得很突出。对此,不争论,因为邓小平同志做了很好的诠释。当年,安徽的“傻子”瓜子老板年广久因将小作坊发展到100多人的“大工厂”被抓被判刑,邓小平同志认为对于这样的人应该给他出来试试。所以,此后,私营经济一下子活了过来。

第二,关于证券市场。邓小平同志指出:“也有不少人担心股票市场是资本主义,所以让你们深圳和上海先搞试验。看来,你们的试验说明社会主义是可以搞股票市场的,证明资本主义能用的东西,也可以为社会主义所用。证券、股市,这些东西究竟好不好,有没有危险,是不是资本主义独有的东西,社会主义能不能用?允许看,但要坚决地试。看对了,搞一两年对了,放开;错了,纠正,关了就是了。关,也可以快关,也可以慢关,也可以留一点尾巴。”^①对此,不争论,证券市场现在仍在运行当中,而且品种比过去的还多。

第三,关于物权法。在交付表决之前,北京大学巩献田教授给全国人大常委会领导写信,认为物权法会导致私有制。这样的言论对于中央领导来说,尤需警惕,因而本来很快就要表决的物权法被叫停了。但是,这件事没有在全国形成轩然大波,而是由

全国人大常委会有关领导和巩献田对话。对话后,有关领导感觉到他不是反对制定物权法,而是在主张如何更好地完善物权法的社会主义形式,如何更好地保护国有资产。巩教授也很坦率地承认了,于是事情就此终结。第二年,物权法出台。这也是不争论的好示例。

第四,上海自贸区。当时提出在上海自贸区范围内,外资三法要暂时停止实施。这个议案由国务院提交全国人大常委会审议后,受到了诸如“法律特区”之类的质疑。笔者认为这是误解。如果全国人大常委会制定决定,外资三法在上海自贸区范围内暂时停止实施,那么上海据此进行改革就是依法办事。^②对此,也没有进行争论。现在已经不存在类似质疑了,自贸区的试点也已经走向了全国。

所以,不争论很重要,这是把力气花在实际上的基础。

(二)限制公权力取得良好成效

此外,实施法治,笔者认为非常重要的一点是遏制公权力扩张,坚持依法行政。从改革与法治的关系而言,改革需要法治的保障和巩固,市场经济本身对法律有着内在的需求并产生与之相适应的法律规则;政府在面对利益多元化和复杂化的社会需求时,不断地提升自己治理社会矛盾和问题的能力,也需要依法行政;而我们党本身也要面对市场化改革和社会转型过程中,党和政府以及党和民众、新兴阶层的利益调整和协调问题,需要不断地提升执政的能力和水平;同时,我们在改革中所碰到“不再主要是‘是非’之争,而主要是‘利益’之争”^③。计划经济条件下的意识形态的争论演变为当代社会的物质利益矛盾,特别是改革本身客观上也会损害到部分人的利益,“改革是一个根本性的利益调整过程,其中有些群体的利益会得到强化,有些群体的利益会受到损害”。“其中最具有爆炸性的热点问题就是伴随市场经济而来的人们之间收入差距的扩大和社会财富的重新分配”,特别是在农村土地征收征用、城市房屋拆迁、社会保障等问题上,地方政府因为强调政绩而相对忽视社会民

生,片面地强调发展而简单和错误地动用暴力和武力等非法律手段,以致激化社会矛盾的现象时有发生,危害社会稳定。而这些问题的根本解决需要“着眼于长远,着眼于建立长效机制和制度安排”^⑧,需要实现理性和制度化为机制的法治。但是,由于中国的改革,在刚开始就是在没有一整套完整而系统的法律体系和法律制度下进行的,许多改革本身就是在没有直接的法律依据的情况下进行的,甚至是在“违法”的情形下而进行的。^⑨再加上,改革本身是自上而下进行的,政府权力本身就是一种可贵的资源,如果没有政府权力对改革的引导和拉动,我们的改革不会得到强有力的保障和顺利地开展。^⑩因此,在当下,改革和法治二者总会表现出表面上和暂时的冲突和对立。但随着改革的深化,这种冲突和对立就成为我们现代化的一种阻碍。为此,我们进行了种种改革,如坚持从严治党;加大人大对政府的预算、决算的审查力度和范围;依法行政的覆盖面比以前扩大;还有坚持司法改革,领导干部不得干预具体案件;推进监察体制改革;等等,都取得了很好的成效。

五、深化改革与法治建设

对于实施法治,我们还要坚持什么?笔者认为有以下三个方面。

(一)坚持深化改革

中国仍然存在陷入中等收入国家陷阱的可能。很多人认为这是一个伪命题。笔者认为,如果不深入改革,不进行创新,不实行转型,或许会让利益集团固化,那么很有可能会陷入中等收入国家陷阱。

拉美国家无法跳出中等收入国家陷阱,除了之前提到的创新能力不足,另有一个重要原因便是形成了利益集团。既得利益集团为了巩固所取得的利益,反对一切改革。中国绝不能让既得利益集团固化,如果不加强反腐,存在这种风险的可能性很大。从这个角度来看,反腐败是推进现代化过程中必须要做的,转型创新也是必须要做的。现在,国家面临经济下行的压力,必须依靠改革,否则没有出路。但

是,改革要触及真的问题,要真的触及问题,也绝非易事,对系统性、协调性的要求很高。

以司法体制改革为例,为了实现司法公正,这一轮的司法体制改革的核心是建立司法责任制,即谁审理、谁裁判,由裁判者对所裁判的案件终身负责。这就对裁判者的综合素养、专业素质提出了很高的要求,因而产生了遴选制、员额制,并对入额的司法人员给予了比较好的保障,这需要综合配套改革来支撑,巩固司法体制改革的成果。但是相关的综合配套往往涉及组织人事、社会保障等多个部门,不是司法系统独立可以完成的。这就是努力的方向。

(二)推进社会主义民主政治建设

民主政治在西方人的眼中是一人一票,是和美国经济上适者生存的竞争原则相冲突的,所以一人一票平等分配政治权利实质上会落空。所以,客观地看待所谓的一人一票的民主尤为重要。笔者认为民主是一个逐步推进的过程。

实行社会主义市场经济,不可避免地会带来社会的分层,产生利益冲突。^⑪我们要做的便是克服市场经济的弊端,避免市场规律与民主价值观的冲突,避免社会群体之间的冲突。法治在这方面责任重大。笔者认为,实施法治,我们总体上是做对了,法治回应了改革开放的要求,推动了改革开放的进程。但是,我们也得到了很多的教训,也有做错或者做得不好的时候。这样的教训必须要吸取。在回顾40多年改革进程的时候,正视过去犯过的错,对于做好下一阶段法治工作有着正面积极作用。

(三)改革与法治的顶层设计

如果要做一个更为全面、更加顶层的反思,笔者认为有以下两点应高度关注:

第一,改革开放40多年来,中国法治虽然取得了很大的成绩^⑫,但中国法学的话语权和实战能力仍显不足。在设置引领改革开放的话语权方面,法学较为薄弱。回想一下,40多年中,有哪些话题是法学界引领设置的呢?很少,笔者认为影响全局的可能没

有。两权分离,经济学界提出的;分税制,经济学界提出的;甚至涉及房地产财产权的使用权出让,也是经济学界先启动的。近年来,影响全国的营业税改增值税,本应属于法学领域的话题(因为其中的法律关系受税法的调整),但也是经济学界提出的;为应对美国政府意图脱离WTO(世界贸易组织)的贸易框架、意图另起炉灶的做法,国家开始推行自贸区试验,由上海积极主动向中央提议让上海来试点探索。如此重要的话题,也是经济学界提出的。因此,在设置议题和话语权引导方面,法学界做得还远远不够。

第二,面对当今复杂的外部环境和外界挑战,法学的应对能力很弱。中国和菲律宾就南海岛屿问题发生争执,法学界发挥参谋和智囊团的作用还有待提升。在中美贸易战过程中,美国的谈判代表身后有强大的法律队伍支持,中国的谈判代表身后的法治人才队伍支撑相对不足。对此,我们应该怎么做?法学界应齐心协力,帮助国家在中美贸易战中拿出好的方案、好的策略。另外,在实施法治的过程中,对于社会的复杂性认识还不足,对于解释中国现状的能力严重缺乏,所以要更多地关注现实,对中国现状做出清晰的、实事求是的描写。这样,才能使设计的方案更为对路,更具有有效性。

注释:

①参见《邓小平文选》第2卷,人民出版社1993年版,第146-167页。

②《马克思恩格斯全集》(第6卷),人民出版社1961年版,第291-292页。

③参见陶一桃《从经济特区谈中国道路的实质与内涵》,《社会科学战线》2018年第6期。

④参见《贬值了2000多倍卢布有多坚挺?》,搜狐网:https://www.sohu.com/a/121628766_542871,最后访问时间:2020年4月20日。

⑤参见《中国一个省份的GDP总量超过了大国俄罗斯?》,

搜狐网:https://www.sohu.com/a/212558423_772387,最后访问时间:2020年4月20日。

⑥转引自吴易风《当前金融危机和经济危机背景下西方经济思潮的新动向》,《经济学动态》2010年第3期。

⑦《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第367页。

⑧参见张五常《地区间经济竞争造就中国奇迹》,搜狐网:<https://business.sohu.com/20121217/n360632099.shtml>,最后访问时间:2020年4月20日。

⑨《朱镕基上海讲话实录》编辑组:《朱镕基上海讲话实录》,人民出版社、上海人民出版社2013年版,第46页。

⑩习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》,人民出版社2017年版,第11页。

⑪沈国明:《渐进的法治》,黑龙江人民出版社2008年版,第33页。

⑫李惠斌、薛晓源:《中国现实问题研究前言报告》,华东师范大学出版社2006年版,序言。

⑬邓小平:《邓小平文选》(第2卷),人民出版社1994年版,第147页。

⑭《邓小平思想年谱》,中央文献出版社1998年版,第122页。

⑮秦醒民:《感悟与启迪——浅议彭真同志关于立法工作的精辟论述》,《中国人大》2005年第17期。

⑯《民营企业 and 民营企业家是我们自己人——习近平总书记主持召开民营企业座谈会侧记》,新华网:http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2018-11/01/c_1123649947.htm,最后访问时间:2020年4月20日。

⑰《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第152页。

⑱沈国明:《渐进的法治》,黑龙江人民出版社2008年版,第156页。

⑲改革开放初期没有明确的目标模式,广大社会成员,包括政府,所有接受和认同的改革目标,始终都是不断调整变化的,从利用商品经济价值规律到以计划经济为主、市场调节为辅,到有计划的商品经济,到“国家调节市场,市场调节企业”,

到计划经济与市场调节的有机结合再到社会主义市场经济,就可以说明这一点。参见沈国明:《渐进的法治》,黑龙江人民出版社2008年版,第27-28页。

⑳转引自李灏:《终身难忘的教诲——忆1992年陪同邓小平视察深圳》,《党的文献》2002年第2期。

㉑参见沈国明:《法治创新:建设上海自贸区的基础要求》,《东方法学》2013年第6期,第124-128页;贺小勇、许凯:《上海自贸试验区立法实践与思考》,《地方立法研究》2019年第2期,第25页-35页。

㉒沈国明:《渐进的法治》,黑龙江人民出版社2008年版,第77页。

㉓沈国明:《渐进的法治》,黑龙江人民出版社2008年版,第33页、第57页。

㉔如家庭联产承包责任制就是在没有修改宪法中人民公社的条款的条件下开始的。参见沈国明:《渐进的法治》,黑龙江人民出版社2008年版,第113页。

㉕参见沈国明:《渐进的法治》,黑龙江人民出版社2008年版,第78页。

㉖参见沈国明:《新时代拓展法律规范体系建设的价值取向》,《地方立法研究》2018年第4期,第46页。

㉗参见沈国明:《改革开放40年法治中国建设:成就、经验与未来》,《东方法学》2018年第6期,第60页。

The Experience and Path of China's Rule of Law from a Perspective in the New Era

Shen Guoming

Abstract: At the historical juncture of the 70th anniversary of the founding of People's Republic of China and the reform and opening-up for more than 40 years, China's rule of law needs to be reviewed and summarized to provide better enlightenment and reference for the future construction of the rule of law. The progress of the rule of law in China benefits from the correct development path, including the strategy of gradual development path, developing civil power and democratic politics in due time, setting phased goals, the experience of revising the goals realistically, curbing the expansion of public power, lawful administration, judicial reform, leading cadres not interfering in specific cases, strict party management, etc. In the future, in order to implement the rule of law, China must continue to deepen the reform, promote the socialist democratic political construction in an orderly way, and carry out the top-level design in a timely manner for the reform and for the construction of the rule of law system.

Key words: China ruled by law; ruling the country by law; democratic politics; the system of rule of law; progressive reform