

免“旧病”未除、“新病”叠加，反而形成疑难杂症；在采用新体制、推行新制度时，也要注意分析新体制、新制度可能带来的弊端，并预设举措予以消除和克服，避免因新的弊端而削减或抵消改革成效，或使改革无功而返。总之，要坚守中道，不走极端，留意平衡，统筹兼顾，如此，则司法改革成功在望，公正司法可期，司法公信力大幅度提升指日可待。

## 构建法治引领和规范改革的新常态

陈 甦（中国社科院法学所研究员）

在当代中国的社会实践与历史进程中，改革与法治是两大时代主题，全面深化改革与全面推进依法治国是正在进行的两大社会系统工程。改革如何进行，法治如何建设，不仅是在其各自领域需要持续性地提出与解决的理论与实践问题，也是在改革与法治之间必须联系性地提出与解决的理论与实践问题。改革与法治之间存在着本质上的系统关联和实践上的机制互动。

### （一）改革与法治之间具有内在的统一性

在社会的动态系统中，改革与法治固然有各自的结构体系与运作机制，然而，改革与法治能够在同一个社会系统中达致动态共处，必有其内在的关联与契合。实践中的改革与法治关系还存在诸多尚待解决的问题，其原因并不是改革与法治之间存在本质上的冲突，而是我们对改革与法治关系还缺乏足够深入的科学认识与充分恰当的经验总结。

改革与法治之间存在着相辅相成、机制互动的关系，二者互为目的与手段。在新时期新形势下，要达致全面深化改革的目标，必须通过推进法治的方式来实现；要达致全面推进依法治国的目标，也必须通过深化改革的路径来实现。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）强调，“法律是治国之重器，良法是善治之前提”。改革亦属治国，旨在善治，其与法治同为实现国家善治的重要机制。

在改革与法治的实践中，存在着一个较为流行的关于二者关系的论证结构，即认为，改革就是要打破一切不符合“三个有利于”的体制机制，包括其中的法律制度，因此，改革可以不受过时的保守僵化的法律约束。所谓“改革就要突破法律”、“改革要勇于闯红灯”等观点，就是改革与法治必有冲突这一论证结构的具体反映。深入解析这个论证结构，可以发现其中存在着严重的逻辑缺陷，它是用“好的改革”与“差的法治”作为结构要素建立的。能够打破不符合“三个有利于”的体制机制的改革，显然是“好的改革”；内含“过时的保守僵化的法律”的法治，显然是“差的法治”。尽管在我国改革与法治的实践过程中，确实在某些领域或方面曾有“好的改革”与“差的法治”并存的社会实态，并且这种社会实态在当前或今后仍会程度不同地随机展现，但是，“好的改革”与“差的法治”正是良法善治所要消除的社会状态，不能作为改革与法治一般性关系的论证结构要素。

改革就是要打破一切不符合“三个有利于”的体制机制，这是建设宏大事业的目标界

定与评价标准。就具体的改革政策措施而言,好的改革动机或目标未必与好的改革结果相一致,好的改革结果也未必与好的过程或手段相一致。在动机或目标都良好的前提下,改革与法治的过程、手段与效果都有好与差之分,以“好的改革”与“差的法治”来建构改革与法治的一般性关系,既不符合逻辑也不符合实际。法治并不以维持保守僵化的法律及其秩序为本质特征,法治不只是体制性的社会存在,更是活的机制性的社会存在。良好的具有现实活力的法治机制,内含使法治本身不断得以改进以维持其现实性的结构与动力,即法治本身就包含了如何突破过时法律束缚的机制功能。所谓“保守僵化的法律”,会因良好的法治机制运行而不断消除。因此,“好的改革”与“好的法治”才是改革与法治应有关系的结构要素,才是理论上阐释改革与法治关系的应有前提,实践上建构改革与法治关系的应有目标。“全面深化改革”旨在建构“好的改革”,“全面推进依法治国”旨在建构“好的法治”,“全面深化改革”与“全面推进依法治国”构成新时期社会前进车之两轮、事业腾飞鸟之双翼,显然是基于改革与法治之间内在统一性的科学认识而形成的实践态势。“那些认为‘改革与法治两者是相互对立和排斥的’,‘要改革创新就不能讲法治’,‘改革要上,法律就要让’,‘要发展就要突破法治’等错误观念和认识,都是有违法治思维和法治原则的”(李林:《全面深化改革与法治的关系》,载刘作翔主编:《法治与改革》,方志出版社2014年版,第201页)。

基于改革与法治的内在统一性,就要用法治思维和法治方式推进改革。改革有改革思维与改革方式,法治思维与改革思维能否兼容,决定了法治方式与改革方式能否协调。只有法治思维与改革思维兼容,法治方式与改革方式协调,才能实现用法治思维法治方式推进改革。有观点认为,改革与法治有不同的思维路径,“改革思维的关键是变,是要改革现有的法律与秩序;……法治思维的关键是守,即固守现行的法律制度和秩序”(陈金钊:《如何理解法治与改革的关系》,《苏州大学学报》法学版2014年第2期)。这固然表述了改革思维与法治思维的某种差异性,但是,其一,改革的“变”并非改革思维的全面描述,法治的“守”也并非法治思维的全面描述;其二,在改革思维的“变”与法治思维的“守”之间,并不存在必然的对应关系。改革思维的关键固然是“变”,然而,改革思维中的变与秩序之间有复杂的认知及体现,既有旨在解构秩序之变亦有旨在建构秩序之变,既有偏好无序之变亦有偏好有序之变。如果把作为改革思维关键的“变”,仅仅局限于解构秩序之变、偏好无序之变,那么“改革开放永无止境”岂非导致永无秩序可言。法治思维的关键未必是“守”,因为既有保守之法治,亦有积极之法治。有生命力的法治,必须是能够适应现实需要的法治,旨在维持法治现实性与生命力的法治思维中,必然呈现出建构积极法治以适应现实社会的求变特性。因此,不能以保守特性来概括法治对秩序价值的追求,作为法治价值取向的秩序,既包含了稳定之秩序亦包含了变革之秩序。可见,在有序之改革与积极之法治之间,存在高度的思维兼容性,由此必然能够实现改革方式与法治方式的协调性。

## (二) 用法治引领和规范改革是新时期现实需要

用法治引领和规范改革,已经成为新时期处理改革与法治关系的基本原则。《决定》中的诸多决策与要求,如“使我国社会在深刻变革中既生机勃勃又井然有序,……必须更好

发挥法治的引领和规范作用”，“实现立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要”等，均是用法治引领和规范改革这一基本原则的体现。法治与改革之间具有内在的统一性，为用法治引领和规范改革这一基本原则的确立，提供了现实可能性。法治所具有的权威性、统筹性、公正性和秩序性，则是新时期改革应具有的目标属性和手段属性。必须用法治引领和规范改革，这既是改革与法治关系本质的社会反映，也是改革开放以来改革实践与法治实践的经验总结。

在改革与法治关系转化为实践的策略形态上，用法治引领和规范改革可以被简要概括为“先变法后改革”，从而与“先改革后变法”的主张相对应。究竟“先变法后改革”与“先改革后变法”孰优孰劣，应在改革与法治的有机联系下分析阐释。“先改革后变法”作为一种改革形态及其经验的观念概括，其中的“法”显然应是具有强制性的宪法或法律，否则“先改革后变法”的命题就毫无意义。能够赋予“先改革后变法”正当性的依据，就是所谓的“良性违法”（包括“良性违宪”）理论。“所谓良性违宪，就是指国家机关的一些举措虽然违背当时宪法的个别条文，但却有利于发展社会生产力、有利于维护国家和民族的根本利益，是有利于社会的行为”（郝铁川：《论良性违宪》，《法学研究》1996年第4期）。对于“良性违法”，亦可以“法律”一词置换其定义中的“宪法”一词后做同样界定。“良性违法”的理论基础，是所谓的“实质法治可以否定形式法治”，即只要一个改革政策在实际效果上是良性的，即使违反法律的现行规定，仍然应获得法律上的肯定，对其违法性质应当给予宽容。在“违法”前冠以“良性”二字，这在法治知识体系中属于逻辑矛盾的语言表述，却是改革进程中一些事例的似乎颇有说服力的理论解释。例如，在与现行宪法法律不相符合的情况下，安徽小岗村率先实施土地承包责任制，温州先行允许私营经济发展，深圳先行实行土地使用权有偿转让等，它们不仅为后来的事实证明是正确的，也为后来的宪法修改和法律制定所肯定。但深入分析表明，以“良性违法”来解释上述改革事例的正当性，完全是一种似是而非的论证，以类似“论据证明‘良性违宪’和‘良性违法’的合理、正当更是非常有害的”（姜明安：《发展、改革、创新与法治》，《中共中央党校学报》2011年第4期），“良性违法”在本质上与法治格格不入。不彻底消解“良性违法”在理论上的解释力和在实践上的示范效应，用法治引领和规范改革的理念与原则就难以在实践中稳固确立。

无论对“良性违法”持何种态度，一般都承认“良性违法”是在我国法治极不完善的历史条件下，为力行改革而不得不采取的做法。既然“良性违法”具有不得不为的性质，对“良性违法”所赋予的合理性，就未必使其足以构成可传承或可仿效的经验。本文认为，通过“良性违法”来推进改革根本就不是经验，而是改革史和法治史上应汲取的深刻教训。（1）那些用以证明“良性违法”正当性的改革事例，不过是对改革经验的选择性记忆。从各种改革经验中选择出符合“良性违法”的典型事例，并不足以构成改革与法治关系的一般性论证。在改革的经验记忆中，还有很多突破法律的改革措施不具有“良性违法”性质，最终也得不到法律肯定。即使是那些表面上属于“良性违法”的改革事例，也是特殊历史条件下的政治处理而非法治处理的结果。因为当时法治机制极为简陋，改革仍需在计划经济体制的外壳下进行，认可那些“良性违法”的改革措施，在本质上是体制的容忍，而不

是法治的容忍。(2) 一项改革是否属于“良性违法”，在经验上是一种事后判断，即根据实践检验来确定该项改革效果是否符合“良性违法”的界定。“良性违法”忽略了改革过程的法治化，只能实行改革的结果控制，而不能实行改革的过程控制。改革过程的合法性控制与改革结果的“良性违法”控制，在逻辑上与实践上都是不能兼容的。(3) “良性违法”的最大问题就是徒有抽象的判断标准，但在实践中不能建构“良性违法”的判断机制，即无法确定应由哪个主体以及按照什么程序来判断一项改革措施是否属于“良性违法”。如果任何机构或个人都以改革措施属“良性违法”自诩而任意推行，改革秩序与法治秩序将不复存在。虽然“良性违法”的持论者也主张对“良性违法”给予限制而不能放任自流，但在应然的法治体系中，并无“良性违法”判断机制得以建构的合理处所。如果真能建构“良性违法”的法定判断机制，这又落入逻辑自戕的陷阱，因为任何“良性违法”的法定判断机制都可以“良性违法”为由而再行违背。可见，所谓对“良性违法”应给予限制而不能放任自流的观点，看似论述平衡，却不过是“良性违法”避免遭到彻底否定的“防身马甲”。(4) “良性违法”的持论者也不是不要法律的权威与约束，也主张对“良性违法”的改革成果应及时予以立法肯定和法治保障。可见，改革可以“良性违法”与“先改革后变法”确属同构兼容。但这里仍然存在着逻辑自戕，因为对“良性违法”改革成果的立法肯定与法治保障，可随时再以“良性违法”的改革而突破。显然，基于“良性违法”理念，既不能建构改革中的法治秩序，也不能建构改革后的法治秩序。(5) “良性违法”作为一种改革理念与方法，极大消解了法治的凝聚共识、定分止争功能。在改革政策的设计、实施、评价过程中，“良性违法”的论证逻辑是从原理论述展开的，而从抽象原理到具体结论之间难以实现简明的一致性。法治的重要功能之一，就是剪短改革措施的论证链条，法律制度体系实质上是改革措施正当性论证的大前提。“良性违法”抛开既有的法治论证体系，要么导致改革正当性论证上的武断，要么导致改革进程中出现不必要的争论与拖延。

可见，对“良性违法”以及赖以实行的“先改革后变法”模式予以肯定是非常错误的。那些具有“良性违法”性质的改革事例被后来的法律认可，并不意味着这些改革事例具备应有的改革效益。如果历史上那些“良性违法”的改革措施，在当时能够依法推行，或许改革成本更低而改革效益更高，更能降低社会矛盾冲突的程度。所以，“良性违法”可以作为改革与法治的历史教训来汲取，而非可以仿效示范的改革经验。

在新时期新形势下，必须新的历史起点上全面深化改革，既包括改革任务、改革思路的深化，也包括改革方式和改革机制的深化。随着改革实践的深入和改革经验的积累，用法治引领和规范改革，是重构改革形态与改革秩序的必然选择。

第一，改革居于其中的体制机制环境发生了根本性的变化。在社会主义市场经济体制确立之前，改革是在愈来愈破碎的计划经济体制外壳内逐渐扩展的，计划经济体制与市场经济因素在事实上并存，在结构上严重冲突，与之相应的法律制度非常简陋，并存在严重的内部冲突。确立社会主义市场经济体制目标后，建构完善的市场经济体制成为改革的主要方向。市场经济在本质上是法治经济，与之相应的法律体系已经形成并正在不断完善。因此，当前的改革是在市场经济体制及与之相应的法治环境中进行，改革须在法治引领和规范下进行，既有市场经济体制和法治体系的基础，也是市场经济体制和法治体系有序运

行的要求。

第二，改革任务的重点与难点发生了重大变化。当前改革进入攻坚期和深水区，经济体制改革是全面深化改革的重点，核心问题是处理好政府和市场的关系，用法治引领和规范改革成为必要之举。为了实现使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用，依法限定政府的权力及其行使方式，是处理好政府和市场关系的主要路径（参见陈甦：《商法机制中政府与市场的功能定位》，《中国法学》2014年第5期）。限定政府权力和规范政府权力的行使方式，既不能完全依赖政府部门绅士般的权力自觉，也不能依靠市场主体反抗式的“良性违法”，只能依靠法治思维法治方式来进行处理。

第三，改革的价值取向逐渐呈现多元一体的特征。随着对改革本质的认识不断加深，改革追求的价值由改革初期的偏重效率，进而均衡效率与公平，再到同时追求法治价值和秩序价值。其中的法治价值具有不应减损的特性，即不论改革如何进行，在通过改革追求效率价值和公平价值时，不能减损或放弃社会的法治价值。例如，社会对法治权威的认同程度主要不是逻辑推演的结果，而是法治实践经验长期积累的结果。法治权威一旦受损，长期经验积累形成的社会认同就会遭到破坏，而且只能再通过长期的经验积累才能恢复。所以，无论改革措施如何，包括改革法治体系中不适当的结构与功能，都决不能以损害法治权威为代价。既要改革突破不合理的体制机制，又要维护法治权威与社会秩序，除了依法引领和规范改革之外，别无他途可供选择。

第四，改革自身的能力建设有了质变性质的提高。随着改革实践的经验不断积累和对改革规律的认识不断深化，新时期的改革更加注重系统性、整体性和协同性，因此必须通过法治机制，更好地统筹社会力量、平衡社会利益、调节社会关系、规范社会行为。口号倡导、典型示范在推进改革方面的作用依然存在，但作用效益已大幅度降低。通过制度化改进体制、通过机制化建构改革过程，将是今后改革的主要方式。加强改革的顶层设计，用法治引领和规范改革，将是改革自身能力建设不断提高的表现与要求。

第五，改革有序进行需要对改革的全程控制。在改革开放以来的很长时期，对于改革的控制更多地表现为目标控制和结果控制，而改革的过程控制尚未提升到应有的高度。只有加强改革的过程控制，才能确保改革有序进行。随着改革的不断深入，对于改革需要有序进行的认识与要求也在不断提高。例如，在十一届三中全会公报和十二届三中全会《关于经济体制改革的决定》中，“有序”一词并未出现；在十四届三中全会《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》中，“有序”一词出现了2次；在十六届三中全会《关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》中，“有序”一词出现了6次；而在十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》中，“有序”一词出现了16次。法治是最为有效的社会运行过程的秩序控制机制，要强化对改革的全程控制以实现有序改革，使我国社会在深刻变革中既生机勃勃又井然有序，必须依靠法治的引领和规范作用。

### （三）用法治引领和规范改革的机制建设

在改革与法治实践中构建两者之间应有的关系结构，应从改革的发生与运作机制的重构入手，在改革的观念创新、政策设计、组织实施以及评估调整等各个环节，有机地融入法治思维和法治方式，以形成能够更好地发挥法治引领和规范作用的改革新常态。

首先,要处理好改革观念层面突破法律和改革实施层面遵守法治之间的关系。改革应否受法律的约束,不是一个可以得出笼统结论的问题,而是应当将改革的观念形成与政策实施相区别后,再做出适当的分析。基于用法治引领和规范改革的原则,对于改革应否受法律约束的问题,笔者认为,在改革观念的形成上可以不受法律的约束,而在改革政策的实施上则必须受法律的约束。改革就是要突破一切不符合“三个有利于”的体制机制,因此必须先行形成突破旧有体制机制包括法律束缚的改革观念,也就是“思想解放永无止境”。没有改革观念上的突破,就没有改革政策的形成与实施,改革就会停滞不前。但是,改革观念上的思想解放,并不等于改革政策实施上的无拘无束,任何改革观念在认识范畴的形成,并不应径行转化为实践范畴的政策实施。改革政策的实施必须遵守现行法律,包括其中被认为应当破除的现行法律。如果现行法律确实妨碍了改革观念向改革实践转化,则应当通过法治方式进行改进,否则,改革效益的实现就会以法治价值的正当损耗为代价。例如,十八届三中全会决定,“在符合规划和用途管制前提下,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,实行与国有土地同等入市、同权同价”。这一改革观念实际上突破了现行物权法、土地管理法的相关规定,充分表明了在地制度上进一步深化改革的政策取向。但是,在现行物权法、土地管理法等尚未依照十八届三中全会的政策指向做相应修改的情况下,如果各地可以自行其是地实施农村建设用地的“同等入市、同权同价”,就会造成我国土地法律制度体系的崩解。

其次,要处理好改革先行试点与法律普遍适用的关系。对于改革政策的实践效果尚无充分把握的时候,通过在特定领域或范围的改革试点,评估改革政策的可行性,是我国改革实践中形成的经验性做法。过去,改革试点的实践特征是“先行先试”,如果改革政策有突破现行法律的需要,可以在不变动现行法律的情况下,率先实行不符合现行法律的改革政策。可见,在改革试点领域或范围中不适用相关法律,实际上限缩了相关法律的适用范围。法律适用的普遍性是法治的基本原则,如果确有限缩法律普遍适用的改革实践需要,也必须通过法治方式实行。只有按照法定程序做出授权后,与现行法律不一致的改革政策方可先行先试。这种做法既可保障改革创新,又可维护法治秩序,从而实现改革与法治在实践上的统一性。经过法定程序授权后,改革试点就获得了合法性,其在性质上与“良性违法”完全不同。对改革试点依法定程序授权的过程,也是改革试点方案进一步完善的过程,可以最大限度地实现改革政策的统筹协调及有序实施,其在实践效果上也肯定优于“良性违法”的做法。

再次,要处理好改革过程与法治过程的关系。用法治引领和规范改革,就要在改革的全过程中加强法治思维和法治方式的运用,使改革过程与法治过程在实践中形成有机联系。“先改革后变法”、改革可以“良性违法”等观点所据以阐释的改革过程,可以简要划分为改革决策→改革实施→改革评价→法律确认四个环节;而“先变法后改革”、“用法治引领和规范改革”等观点据以阐释的改革过程,应是改革决策→法治化处理→改革实施→改革评价四个环节。可见,是否坚持用法治引领和规范改革,关键不是改革要不要法治,而是法治在改革过程中所处的环节地位。用法治引领和规范改革,要求在改革决策形成后并不能直接实施,必须将决定实施的改革政策先进行法治化处理,然后再予以实施。所谓“法

“法治化处理”，是指将改革政策进行合法性检验并与法治体系相协调的机制。改革政策的法治化处理机制主要包括：（1）改革政策的合法性审查机制，即检验具体的改革政策在内容上是否符合法律规定，在实施上是否符合法定程序。须特别注意的是，“改革的权力和改革权力的运作必须受法律的约束。……因为任何权力，即使是改革的权力，如果没有制约，都必然导致滥用”（姜明安：《改革、法治与国家治理现代化》，《中共中央党校学报》2014年第4期）。（2）当改革政策虽与现行法律有抵触或冲突但又必须推行，或者改革政策虽不抵触现行法律但应当依法推行才能达到改革目标时，必须启动立法程序进行相应法律的立改废释，以实现改革政策与法律制度的协调。（3）对于内容上符合法律的改革政策，应当预先建构法治化的实施措施，确保改革政策能够有序推行。（4）针对改革政策实施的各种可能结果，制定法律对策预案，提升用法治方式应对改革风险的能力，确保对改革全过程的有效控制。

## 坚持党的领导与依法治国

莫纪宏（中国社科院法学所研究员）

十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）以党的文件形式第一次就执政党与依法治国的关系作了全面和系统的论述，明确指出：“把党的领导贯彻到依法治国全过程和各方面，是我国社会主义法治建设的一条基本经验。”认真贯彻落实《决定》关于党的领导与依法治国相互关系论述的重要精神，必须从历史和逻辑相统一、理论和实践相结合两个角度，全面准确地考察和把握“把党的领导贯彻到依法治国全过程和各方面”的意义及其在制度操作层面应当采取的具体措施。

第一，依法治国作为基本方略始终依托“党的领导”获得自身的正当性。

“依法治国”作为基本方略首次出现在十五大报告中。十五大报告明确规定：“依法治国，就是广大人民群众在党的领导下，依照宪法和法律规定，通过各种途径和形式管理国家事务，管理经济文化事业，管理社会事务，保证国家各项工作都依法进行，逐步实现社会主义民主的制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人看法和注意力的改变而改变。依法治国，是党领导人民治理国家的基本方略，是发展社会主义市场经济的客观需要，是社会文明进步的重要标志，是国家长治久安的重要保障。党领导人民制定宪法和法律，并在宪法和法律范围内活动。依法治国把坚持党的领导、发扬人民民主和严格依法办事统一起来，从制度和法律上保证党的基本路线和基本方针的贯彻实施，保证党始终发挥总揽全局、协调各方的领导核心作用。”根据十五大报告对党的领导与依法治国相互关系的论述，依法治国的性质可以作以下几个角度的描述：（1）依法治国是人民群众在党的领导下进行的，依法治国的主体既是“人民群众”又包括“执政党”；（2）依法治国是作为党领导人民治理国家的“基本方略”被提出来的，与治国理政的大政