

中国法治国家建设的战略转移： 法律实施及其问题^{*}

刘作翔

【提要】在中国特色社会主义法律体系已初具规模的情况下，中国法治国家建设的战略重点应转移到法律实施的广阔领域，法律实施应该成为下一阶段中国法制建设的重点；在法律实施中，法律观念、法律意识起着重要的基础性作用。而在法律观念、法律意识中，规则意识则是最重要的归结点。当前中国法律实施的最大障碍是规则意识的缺乏，也是目前法律实施不甚理想的主要症结。应通过教育和制度约束的双重手段，大力加强和确立全社会的规则意识；在法律实施中，培养公民的现代法律观念是关键，也是实现法治国家的观念、心理和文化基础。现代法律观念应该是一个包括古今中外法律历史和实践总结出来的系统性、开放性“图谱”，这个“图谱”目前至少包括30余种观念种类。

【关键词】法治国家建设 战略转移 法律实施 现代法律观念

〔中图分类号〕D90 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2011)02-0055-09

2010年10月15日至18日在北京举行了中国共产党第十七届中央委员会第五次全体会议。全会提出：“坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一，发展社会主义民主政治，加快建设社会主义法治国家。”如何才能加快社会主义法治国家建设？我个人认为现在中国的法治国家建设面临一个战略性转型。

一、在中国特色社会主义法律体系初具规模的情况下，中国法治国家建设的战略重点应转移到法律实施的广阔领域，法律实施应该成为下一阶段中国法治建设的重点

（一）我们的立法背景

1 中国特色社会主义法律体系即将形成

中共十五大、十六大、十七大连续三次党的代表大会提出一个任务，就是在法治国家建设方面有一个宏观描述，立法方面有一个目标体系，即“2010年形成中国特色社会主义法律体系”，这是一个战略目标。当然概念是有一些变化的。比如十五大提的是“到2010年形成有中国特色社会主义法律体系”。到了十六大时又提出：“要适应社会主义市场经济发展、社会全面进步和

加入世贸组织的新形势，加强立法工作，提高立法质量，到2010年形成中国特色社会主义法律体系”，去掉了一个“有”字。到了十七大提法又有了变化：“要坚持科学立法、民主立法，完善中国特色社会主义法律体系”。在前一段时间召开的一个会议上，有人主张中国特色社会主义法律体系基本形成。但是在讨论中我提出基本形成以后怎么办？法律体系作为一项立法任务，是应社会需求而不断发展的。按照辩证法原理，只要社会不断发展，法律体系也就在不断变化。社会关系在不断发展，新的问题在不断产生，怎么理解中国特色社会主义法律体系基本形成呢？最后我在会上发表了一个观点，

^{*} 本文是作者受邀于2010年11月25日晚在中国社会科学院法学研究所廊坊研究生教学基地学术报告厅第65期“社科法硕”学术沙龙上以“现代法律观念与法治国家建设”为题为研究生所做的演讲录音整理稿。感谢魏书音、陈宇博两位同学为这次演讲的录音整理所付出的辛劳。作者对文稿进行了校正和修改——作者注。

把它理解为“阶段性的目标”就解决了所有问题。不能说完成了以后就不再发展了,这也不是十七大的意思。全国人大的一些官员用了“中国特色社会主义法律体系即将形成”这样一个判断,“即将形成”就是还有一些任务目标没有完成。

2 中国特色社会主义法律体系的基本框架

我们有一个基本判断,就是中国特色社会主义法律体系已初具规模。截止到2010年10月28日十一届全国人大常委会第十七次会议结束时,通过了两个法律,即《社会保险法》、《涉外民事关系法律适用法》。至此共有237部法律,这个是国家层面的立法,具体的表述就是全国人大和全国人大常委会立的法,在宪法上的准确表述就是“基本法律和基本法律以外的其他法律”。为什么要讲这个问题呢?我认为我们有两个法律概念,在一些学术讨论中,这两个概念是经常被混淆的。一个是立法法意义上的法律概念,另一个是法理学或法学中的法律概念。立法法意义上的法律概念就是全国人大和全国人大常委会制定的法律。法理学意义上的法律概念就是法律渊源理论框架下的法律概念。按照我们的法律渊源理论和立法法的规定,我们的法律渊源有:宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治规章、政府规章等等,所有这些都是法理学意义上的法律概念。我们讲的这237部法律是立法法意义上的法律概念,有的也叫中央立法。严格地讲,中央立法这个概念不科学,因为中央立法还包括国务院的行政法规。全国人大和全国人大常委会制定的法律有一个职权分工:全国人大制定的法律叫“基本法律”,全国人大常委会制定的叫“基本法律以外的其他法律”。但是在立法实践中也存在着问题,有学者认为人大常委会有越权现象,有些法律本来应该属于基本法律这个范畴的,但是却由全国人大常委会来制定。最典型的就是《侵权责任法》由人大常委会通过。一般认为《侵权责任法》属于基本法律的范畴,应该由全国人大来制定。当时在梁慧星教授在所里介绍《侵权责任法》的报告会上,我提出了这个问题,他也觉得这是个问题。很多人提出了这个问题。《侵权责任法》是一个基本法律,它应该由每年三月份的全国人大通过,但是为什么由常委会来通过呢?梁慧星教授做了一个解释,就是说到2010年要形成中国特色社会主义的法律体系,如果这部法律拖到次年大会通过就来不及了,其后的一些立法任务就完不成了,所以为了完成这个任务,《侵权责任法》由常委会来通过。

国家层面237部法律囊括了我们现行法律体系的七大部类。这七大部类是怎么来的呢?1998年当时的法律委员会主任王维澄牵头,有十多位专家参加做了一个课题研究,专门研究中国特色社会主义法律体系,提出了七大部类。这一分类被第二年的全国人大在开会时所接

受,所以我们写教材的时候也按七大部类来安排写作内容。现在大家议论比较多的就是七大部类是否科学?是否合理?比如有学者提出军事法应该成为一个独立的法律部门。还比如有学者说环保法很重要,应该成为一个独立的法律部门,等等。这方面的呼吁也很强烈。现在全国人大法工委也在做调研。另外还有一些提法,比如说“宪法及其相关法”这样的提法是否科学,也是在讨论。这个提法很别扭,什么叫“相关法”,有人说所有的法律都和宪法相关,所以列出宪法和宪法相关法也不科学。可能会恢复到我们过去提出的“宪法性法律”的提法,这个比“宪法及其相关法”的提法要科学。

除了上面提到的国家层面的237部法律,还有行政法规600多件,地方性法规8800多件,自治条例和单行条例700多件,这些就是我们现代中国的一个基本的法律体系框架。这样一个背景就是我们立法的大背景。不管这个法律体系是否完备,它已经为我们中国的社会生活、经济生活、政治生活提供了一个基本的框架。当法律体系初具规模以后,我们就要对法治国家的宏观战略做一个重新思考。

(二) 对我国法律实施状况的分析

1 法治国家建设中的法制机制理论

中国的法治国家建设,有一系列的理论和实践问题。其中一个重要的理论就是法制机制理论。法制机制理论主要是指法律从产生,经过实施,到法律实现的全过程。它将法制的运行看成是一个有机运行的机制过程。简单讲,就是指从立法开始,经过行政执法、司法、公民守法、法律监督,到法律的实现的全过程。用最通俗的话讲,就是法制建设的十六字方针,即“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”。按照十六字方针,现在的情况是基本上做到了有法可依。余下的任务就是有法必依,执法必严,违法必究。这三点是否做到了?是要打问号的。中国制定的法律在现实中是否都得到了实施?这个情况是很不乐观的。所以我们提出法治国家建设的战略应该转移到法律实施的广阔领域。

2 法律实施理论以及对“司法中心主义”的批判

法律实施理论也即法律在制定出来之后,如何在社会生活中贯彻实行的问题。它包括行政执法、司法、守法、法律监督等环节。我们为什么提出法律实施是下一阶段中国法治建设的重点呢?要回答这一问题,首先应该考察一下我们制定的这么多的法律在现实中到底实施得如何?一个基本的判断是法律实施不甚理想。法制建设十六字方针中的有法必依,执法必严,违法必究,还没有真正落实到位,直接影响着已制定的法律的效果。因此,法律实施问题应该作为一个重要的问题纳入议事日程中。

在法律实施中,也有一些不同的声音。比如有学者

提出我们应该从“立法中心主义”转向“司法中心主义”，这一提法实质上是对中国法治路线的批判，认为我国走的是一条以立法为中心的法治路线，应该转移到以司法为中心的法治路线。这个说法我一直是批驳的。我觉得这个说法是没有经过分析提出的一个说法。过去说我们是“立法中心主义”不完全对，但是立法是先行的，这是中国作为制定法国家的特点所决定的，行为必须以法律作为依据，没有法律做依据，其他的后续性法制机制就跟不上来，所以我们必须首先要做到有法可依。“立法先行”是我们的法制机制所决定的。但是，是不是立法中心主义呢？也不见得，其他领域的建设也都在进行。是不是一定要由“立法中心主义”转向“司法中心主义”呢，这个要进行分析。比如说在分析了法律实施这个问题之后我们会看到一个现象：法理学中的法律实施理论包括四大块，行政执法、司法、守法和法律监督，这四大块构成一个法律实施的广阔领域。我们仔细分析一下，在这四大块里面有一个比例关系，我们如何来看法律在现实中的实现？

2009年全国人民法院受理的案件数已经超过一千万件，包括刑事案件和民事案件，是破纪录的一个数字。但是我们用一千万件来比照行政执法这个领域那就太少了。以交通执法为例，在中国的公路道路以及大街小巷每天发生的交通执法行为有多少起？交通执法行为不能仅理解为纠正违章行为，交通警察在道路上维持秩序都是在行使着一个执法行为。再比如说工商行政的执法、城市管理的执法，每天发生的数量是无法用数字来统计的，所以说行政机关的行政执法是非常重要的一个领域，在法律实施方面来讲非常重要。尽管2009年全国法院的收案量超过了一千万件，但是如果用比例关系来讲，与行政执法是无法比的。另外从守法的角度来讲，每个公民每天都有守法行为，比如说过马路，遵守交通规则，这就是守法。还有到银行去要遵守银行的规则，经营者要遵守经营的规则，守法的行为就非常广泛了。现在大家都把焦点放在司法这个领域了，但是忽略了行政机关的行政执法和公民守法这个更广阔的领域。法律监督是个事后的机制，是现在比较薄弱的一个环节。这四个环节里面有个特点，从行政执法到司法这两块，是可以主动作为的，是可以经过人的努力来主动作为的，像执法就更加凸显主动行使职权，而我讲的司法的主动性和现在提的能动司法有区别，它主要是指通过全国各级司法机关的努力，在提高司法的效率、司法的质量、司法的公正性方面会做出一些成果的。而公民守法是最具特殊性的。公民守法是个常态性的行为。我们可以通过教育及其他方式来提高公民守法的自觉性、公民守法的程度，但我们无法对公民守法施加更多人为的方式，它是

一种常态性行为。所以公民守法是在教育和制度约束等多重因素作用下产生的一个结果。法律监督就更加代表了一种权力主动性的特点。

所以在立法已初具规模的大背景下，法律体系已经初具规模的情况下，法治国家建设的重点是不是要做出一个转移？这个转移并不是说立法不重要了，立法还要不断完善。但中国法制的主要问题是制定的法律不能得到很好地实施，那么这就应该做为一个重点来抓。在政法委召开的专家座谈会上我也谈了这个观点。作为中共主管政法工作的最高机构，政法委是不是应多重视这方面的工作。

（三）法律实施对于已经制定的法律也是一个极其有效的检视机制和反馈机制，并对未来的立法提供实践性积累素材

近几年在中国的法治建设中有一个现象，就是许多立法中存在的问题是通过法律实施过程被发现的。例如河北省的一位王姓农民妇女在办理有关土地批复的过程中发现河北省的地方性法规与国家的土地法不一致，就写信给全国人大常委会。常委会经过审查后认为确实存在问题，就通过程序，要求河北省人大常委会纠正。河北省人大常委会接受了这一建议，对立法进行了修改。还有比较典型的像河南省洛阳市法官李慧娟的关于“种子法”的案件判决所引起的巨大反响。这个案件虽然并没有触动河南省的立法，但至少暴露出了问题。其他的如“孙志刚被殴致死案”引发的收容遣送条例的废止；重庆一所高校的一对“在读大学生因结婚被开除案”所导致的最终在教育部的规章中取消禁止学生结婚的条款，等等，这些案件都是因在法律实施中发现立法中的问题而导致立法的变化。所以，我们将这种现象看作是“通过司法促进立法”，“通过行政执法改变立法”。因此，法律实施对于已经制定的法律也是一个极其有效的检视机制和反馈机制，并对未来的立法提供实践性积累素材。

二、在法律实施中，法律观念、法律意识起着重要的基础性作用。而在法律观念、法律意识中，规则意识则是最重要的归结点。当前中国法律实施的最大障碍是规则意识的缺乏，也是目前法律实施不甚理想的主要症结。应通过教育和制度约束的双重手段，大力加强和确立全社会的规则意识

（一）在法律实施中，法律观念、法律意识起着非常重要的基础性作用。而在法律观念、法律意识中，规则意识则是最重要的归结点

我研究法律文化，比较注重观念和意识形态的作用，而且从实践上、从认识论来讲，这是一个一般常识：一个人的认识水平和知识水平决定着一个人的行动水平，意识决定行动，观念支配行为。所以法律观念、法律意识对于法律实施起着非常重要的基础性作用。而在法律

观念、法律意识中,规则意识是最重要的归结点。我这里所说的规则意识是指对规则的执行和遵守的观念,它是一个涵盖很广泛的概念,对规则的执行和遵守贯通法律实施的所有领域。行政执法中需要规则意识,司法活动需要规则意识,公民守法更需要规则意识,法律监督也离不开规则意识。上海的火灾,河南的“12·7”瓦斯爆炸案,山西的矿难,深圳的火灾等等,各有原因,但归结起来,都是因为不守规则而导致的。不守规则所导致的人间悲剧在不断地上演着。

以下以交通规则为例,来观察中国人的规则意识状况。因为交通规则是一个国家、一个社会中最显性、最广泛、最普遍、也最容易捕捉的一种规则状况,是一个国家的公民规则意识最集中的体现,也是最能反映一个国家和社会对规则遵守状况的标志。

1 我在北京的观察 北京电视台有个“红绿灯——平安行”栏目,是一个播放交通实况的节目。我观察其所播放的交通事故,除了一小部分是不可抗力造成的外,其他都是因为不守规则造成的。“红绿灯——平安行”栏目的节目主持人也有个结论:所有的交通事故都和交通违法行为有关。不守规则包括驾车人的不守规则和行人的不守规则。前几年我在住处附近散步,特意观察一下行人遵守红绿灯的情况,也算是一种田野观察吧。很失望的是,我看了大约十人次左右,几乎没有红绿灯意识。当然,这几年经过宣传教育,情况有所改观。

2 北京电视台的实验:前几年北京电视台做了一个节目非常有趣,专门调查行人的红绿灯意识。节目分两个阶段,第一阶段,派一个工作人员站在斑马线上看能不能影响到其他行人,结果没人理睬。第二步增加到两个人,仍然没有人理睬。第三步派了四个人,把斑马线都挡住了,可是行人还是绕了过去,没有反应。第一阶段的实验算是以失败告终。然后进入第二阶段:劝说行人不该闯红灯,有的人还听劝说,有的人却骂多管闲事。

另一个节目是北京电视台派工作人员暗中架设摄像机,看能否拍摄到遵守红绿灯的行人,如果拍到,准备奖励一台价值2000多元的电视机。拍了一天下来,没有拍到一个人。第二天还是没有拍到。当天把这条新闻播出去。第三天电视台很幸运地拍到了一位母亲领着孩子遵守红绿灯的镜头,电视台就采访这位母亲,结果小孩子的一句话漏了馅:我妈妈昨晚看电视了!这位母亲就领着孩子在十字路口走过来走过去。这个节目带有戏剧性和黑色幽默,但确是电视台的真实报道。

3 上海的案例:数年前,上海搞了一些强化行人交通规则意识管理的措施。结果一位大学里的女硕士,还是位讲师,因为闯红灯,被交警拦下,这位女硕士对抗,还打了警察,结果给了这位女硕士十五天的行政拘留,

引起很大的社会争议。一些人说闯个红灯就给十五天的行政拘留,是否太重了!实际上不是因为闯红灯给了十五天的拘留,而是她对抗警察的执法行为,因抗法行为而拘留。最后这个女硕士也认了错。社会上对这个案例议论很多。我在这个案例中看到是应对交通规则引起足够的重视。前两天世界交通日有一个数据,全世界每天死于交通事故的有3900多人,而亚洲占三分之一,非洲占的比例也较大,可以看出大部分发生在发展中国家,这与规则意识是密切相关的。这是我对中国的观察。

4 对丹麦、瑞典、瑞士等国家的观察:看看国外如何来树立公民的交通规则意识。2002年左右我们去丹麦的哥本哈根做学术访问,注意到两种情况:一种是绿灯时行车毫不减速,即使在闹市区,我都有点害怕,你要稍微迈出脚去肯定没命了;另一种是在没有红绿灯的情况下,行人绝对优先,这也是跑了好多国家共同的感觉。中国人刚到国外不习惯的就是,在国内是行人给车让路,在国外是车给行人让路。我们经常停下来等车过,而驾车人示意让我们过;在中国,驾车人几乎没有斑马线意识,这里我指的是没有红绿灯的斑马线,行人和驾驶者都没有。如果在国外住一段时间回到中国,又有另一种不适应。有一次过斑马线我就想“以身试法”,试一试,看看车是否能给人让路,但是车一点也没减速。有一个数据,每年交通事故中斑马线上的死亡率特别高。在我住的楼下的斑马线,我就看到过两起交通事故。我到瑞士、瑞典,看到大巴车和小客车行驶在十字路口时,司机有一个动作:将车停下,用手向左、向右、向前比划三下,等确认之后才开车。后来才知道这是交通规则的规定,用这种方式确保没有车和行人,当然这是在没有红绿灯的路口,非常严格的。不严格的也是要左右前后各看一下,才开车。这是从小就培养的规则意识并形成习惯。还有就是我在巴黎乘旅游车,导游讲在几点之前必须赶到旅店,否则会回不去,这是因为他们有规则规定,司机每两个小时必须休息一次,而且每天开车不得超过十小时。我问谁来监督啊?又没有警察。他说根本不用监督,也不需要警察,车上有自动记录仪,会把你休息的次数和每天开车的总时间都记录下来,用技术手段来约束你,警察只要看记录仪就可以了。司机如果违反规定,那可能丢掉饭碗。所以我也在想,并不是外国人的规则意识天生有多么强,他也需要制度的约束,久而久之就变成了一种习惯。所以,规则意识的培养还须制度的约束。

(二) 规则意识如何培养?

1 法制宣传教育

我们今天从交通规则意识上观察中国人的规则意识不强,但是比几年前要好很多,至少有红绿灯的时候一

些人会看灯了。但还是很可惜很多人没有这个意识。比如说我们看到一些老人领着孩子根本不看红绿灯就闯，有些悲剧就发生在这一瞬间。国外家长从小就培养孩子的规则意识，告诉孩子有一些规矩必须遵守。至少在孩子还没有自主意识的情况下，父母的监护权应该充分行使。这样一种家庭教育非常重要。可惜的是，我们的社会教育、家庭教育跟不上去，学校教育倒是做得还可以，从幼儿园阶段一直到学校，但是这样的教育很容易被家庭教育推翻，毕竟身教胜于言教。遵守社会规则首先应该把它看成是一个自保的东西，是自我保护的一种手段，这是非常重要的。我现在走路，有人行道的地方我一定不走那个主道，你们都知道马路上的“二把刀”很多，有时候你不找他他来撞你，所以你还是遵守你的规则，走到人行道上，相对来说安全一些。有些人驾车，尤其是醉酒驾车，横冲直撞，说不定哪一天你就碰上了。所以这种规则意识，尤其是交通规则意识，我觉得应把它看做一种自保的手段。

2 制度约束和有效的法律惩戒

规则意识如何培养？第一个办法是通过教育。每个人从小到大，都要经历社会化的过程，要从未知人转变成有知人，从未成年人长成成年人，这个社会化过程是通过教育方式去完成的。所以规则意识的培养是通过各种不同的教育方式如家庭教育、社会教育、学校教育去完成的。但是教育的作用是有限的，比如说成年人不知道红绿灯意识吗？有些人是明明知道，但就是不去做，还领着自己的孩子闯红灯，所以说教育的作用是有限的，怎么办呢？那就要靠第二个办法，即制度约束和法律惩戒。在教育不起作用的情况下，制度约束和法律惩罚就是最有力的方法。比如说我们国家有没有对交通行驶时限的规定呢，其实也是有的，连续驾驶机动车超过4小时未停车休息或者停车休息时间少于20分钟的扣2分，每天驾车时间不能超过8个小时。但是这个规定缺少一个约束的条件，比如说自动记录仪。中国有的地方给车安装了行车记录仪，但并不普及。中国许多事都要靠人去监督，一些技术手段完全可以采用为什么不采用呢？我看过一个非常惊险的案例，就是由疲劳驾驶引起的，北京有位出租车司机开了一天的车，已经非常疲劳了，从早上开到晚上12点，本来打算收工了，但是拉到一个大活，到达目的地后，在返回的路上就睡着了，结果把路上一个人撞出十多米远，撞完以后他的车还跑了一百多米才停下来。这样的疲劳驾驶到现在依然没有有效的监督机制，还是停留在不十分有力的宣传教育上。所以，要靠制度的约束和法律的惩戒。我们有驾驶时间的规定，但没有监督手段。国外也是靠有效的监督手段来制约司机的超时驾

驶行为的。

(三) 一定的法律观念同一定的法律知识的关联性：一定的法律观念同一定的法律知识相结合。法律观念以法律知识为基础，法律知识为塑造法律观念奠定前提

1 法律观念以法律知识为基础，法律知识为塑造法律观念奠定前提

一定的法律观念同一定的法律知识相结合，法律观念的培养离不开法律知识。在开始“一五”、“二五”普法的时候，我们强调要树立公民的法律观念。法学界不太提倡对公民进行过多的法律知识的普及，说连专家都懂不了那么多，何况普通公民？强调主要树立公民的法律观念，比如说你有了什么问题，可以去找律师、法院，有律师为你做专门的服务。但后来我对这个问题进行了反思，法律观念的培养不是凭空而来的，树立什么样的法律观念？这个观念从何而来？我主编的法律硕士教材《法理学》的前言部分，专门写了法律观念和法律知识的关系，一定的观念是建立在一定的知识基础上的。你如果缺乏对一定知识的了解，你这个观念也是空的，也不牢固。我们光知道树立法律观念，不知道是什么样的法律观念，法律观念是非常具体的，在不同的行业、不同的领域、不同的案子里面表现得不一样。比如我们强调公正意识，但怎么做到公正，是有具体所指的。比如说在案件判决中，刑事有刑事的公正，民事有民事的公正，怎样才能做到公正？相似的案子如果判决不同，我们怎么来判断？同样是两个受虐杀人案犯，在上海浦东区法院就被判14年，在包头法院被判3年有期徒刑，5年缓刑，你说哪个是公正的？我们无法做出判断，这是我们中国司法现在面临的最尴尬的局面。当我们面对两个相似的案件而法院做出不同的终审判决时，我们无法说其中哪个判的是对的哪个是不对的，我们无法做判断，因为我们没有标准。你当然可以有你自己的认识，每个人都可以做判断，但你的判断没有法律意义。去年北京理工大学召开了一个“影响性案件”的学术讨论会，我谈了这个观点，一位媒体的评论人听了我的话后感到很悲观，说刘教授认为我们这些（媒体）人（对案件）的议论都没有意义，我们都是在做无用之功。后来我强调，你要准确理解我的这句话，我的话是“没有法律意义”，是指你不能改变判决的结论，除非经过审判监督程序。判决的结果公布后，你说三道四，可能会影响它的申诉，但是申诉在中国的启动是非常艰难的，这是我们的尴尬，我们没有办法解决这个问题。现在案例指导制度公布之后，准备去解决这方面的问题。但是我不否认对这些案件进行讨论和研究的意义。所以我说这个观念不是凭空的，观念是建立在知识基础上的，是以知识为基础建立起来的。

2 法律观念和法律知识相互关系的案例：无驾照送孕妇案和紧急避险理论

这里我想讲一个案例和一个理论，即无驾照送孕妇案和紧急避险理论。这个案例能充分说明人的法律观念和法律知识的重要性。这个案例大家都熟知：一个孕妇乘一辆小面包车到医院生孩子，结果“小面”被警察拦住，警察严格执法，因为驾车人无照驾驶，怎么能让你走呢，最后因为耽误了时间，导致孕妇和胎儿死亡。这个案件当时在全国引起很多讨论。有位学生提出问题说这是不是一种权利冲突。我觉得这个案子确实很有分析价值，但它不是一个权利冲突案件。表面上看好像是一个警察的执法权和这个孕妇和胎儿的生命权的冲突，但是实际上通过我们现有的法律理论和法律制度，完全可以解决这个问题，就是紧急避险理论和制度。但是民警不知道也不善于运用这个知识去处理相关的案件。紧急避险理论简单地讲就是牺牲小的利益保全大的利益。如果这位交警懂得紧急避险理论，他完全可以采用多种方法解决这个问题，比如说第一步放行，驾车人没有驾照放行，警察可能是渎职了，可能会造成事故（可能性），但这里有一个更大的利益，就是这个孕妇的生命和胎儿的生命，为了保全这个大的利益选择放行。警察事后完全可以以紧急避险作为抗辩理由的；第二个选择办法，比如说警察做得再周全一些，可以拦一个出租车把这个孕妇送到医院，自己再来处理无照事情；第三个选择，他也可以拦一个有驾照的人，然后把这个车开到医院去；第四种，自己亲自驾车把她送到医院。这样可能说警察失职了，没有坚守岗位，但是为了另外一个更大的利益，这样的一种抗辩完全是可以成立的，可以免去擅离职守的责任。我最近看到的一个案例，就是一位交警遇到一位无照驾车人送病人去医院的案例，这位警察在纠正违章后，亲自送这位病人去了医院。

但是很可惜的是，这样一种法律制度，也是一个法律知识，在实践中不能得到很好地运用。当然这是在法律上需要讨论的一个问题，比如说紧急避险是刑法上一个非常明确的制度，那么在民法中有没有紧急避险的制度做抗辩理由？民法中紧急避险后的责任能否免除可能需要根据具体的案情以及是否避险过当等因素来判断，但是可以做抗辩理由。比如说我们经常举的例子就是大型旅游车的驾车人，在紧急情况下为了避免车掉下山崖，毅然把车撞向旁边的山墙上，这样一来，车可能遭到损毁了，人可能受到一些伤害，但避免了车掉下去以后遭受更大的伤亡，这是紧急避险最典型的案例。这样的案例其实不是一个刑事问题，而是一个民事问题，这样的案件是不是要有相应的民事赔偿，可能要有有的。

然后我们来看行政执法。行政执法属于行政执法，

行政执法有没有紧急避险的规定，这个至少在制度上是够明确的。但是我觉得紧急避险制度应该是打通包括刑事、民事、行政执法的一个法律制度和抗辩理由。有些权利冲突就是可以用紧急避险理论得到解释的。我举前面例子是想说明法律知识是非常重要的，可以帮助你处理紧急状态下的一些法律问题。还有一个典型案例就是前些年在陕南山区发生的一个案子，一头野猪闯进一户农家，农户家里面有两个人，野猪把一个人咬死了，另外一个也处在危险中，护林人员这时也赶到了，也有枪，但是就是不能打，因为野猪是保护动物啊，然后就逐层请示，等请示程序走完了，另外一个人的生命也保不住了。所以这样的情况下也可以用紧急避险的理论来解决。可惜这一理论在我们实践中运用得不是太好，所以就会出现这样的问题。

三、在法律实施中，培养公民的现代法律观念是关键，也是实现法治国家的观念、心理和文化基础。现代法律观念应该是一个包括古今中外法律历史和实践总结出来的系统性、开放性“图谱”，这个“图谱”目前至少包括30余种的观点种类

1 现代法律观念“图谱”

在法律实施中，培养公民的现代法律观念是关键，也是实现法治国家的观念、心理和文化基础。中国法治国家的建设和发展，需要法学家对现代法律观念进行一个系统的、全面的总结，提出一个全方位的现代法律观念的“图谱”，为实践中的中国法律观念现代转型提供思路和学习、借鉴之处，为中国法治国家建设的各个层面提供观念方面的扎实基础。古今中外的法律历史和法制实践以及法律观念的发展变化也给我们的研究提供了这样一种可能，使我们有可能系统地、全面地总结一下现代法律观念体系，提出一个全方位的系统性的开放性的现代法律观念“图谱”，这个“图谱”应该包括目前我们所能认识到的所有现代法律观念系统。

循着这样一个思路，我初步地概括，它们应该包括以下观念系统：平等、民主、自由、公平、正义、契约、人权、权利、尊严、责任、法制统一、权利限度、信用、选择、自愿、依法、合法、守法、自由意志、合意、对等、宽容、幸福、效率、独立、公平竞争、利益平衡、弱者保护、法治、宪政、权力制约、相对性、局限性，等等。

2 对一些法律观念的简要解释

以上这个图谱我个人考虑了很多年。我也没有对这三十多个种类的观念进行很具体的逻辑上的划分，现在还不到做这个工作的时候。它们里面有没有逻辑关系、交叉重合关系等等，当然是有的。我们先列出来，再做下一步的工作。有些观念大家耳熟能详，但对其中的有些观念我可能需要做一下简单的解释，因为时间关系我不可能展开。

平等的观念。这一观念是被大家所普遍认同的，但在实践中的认识差异是很大的。我这几年写过很多关于权利平等保护的文章，大家有兴趣可以看一下，包括在学术层面，在实践层面，问题很多。实践层面比如如同龄退休问题，到现在也没解决。北京市搞了个规定（可能是国家的规定），副处级和副高级以上的女性可以延长到60岁退休，我说你这个规定本身也是违反平等原则的，为什么你副处级和副高级就可以，普通老百姓就不行呢？我们为了解决男女不平等问题，却制造出了个女性之间的不平等问题。前几年河南省平顶山市有一个姓周的女士，在银行工作，55岁到了，银行让她退休，她不退，然后她就提出劳动仲裁，仲裁输了，提出起诉，一审、二审都输了，肯定要输的，因为她面对的是强大的国务院的行政法规，单位让她55岁退休的文件依据是国务院的行政法规。仲裁委员会也好，法院也好，没有权力去对国务院的行政法规做出一个裁决，因为这直接涉及到行政法规的法律效力问题。还有最近北京市有一个高校的女教授，学校叫她退休，她说有政策规定60岁退休，她就起诉，起诉后学校的抗辩理由是我们承认有这个政策规定，但是学校又有一个更充足的理由，说还要根据学校的需要，但学校没有岗位需求，这个案子还在僵持。还有我们许多学者在平等的问题上，讲到主体平等一般都不会有太大的争议，但是具体到案件里面，讲到权利种类的时候差异就非常大。

民主的观念。民主的问题将会成为下一个阶段中国的主题词。最近《人民日报》连续发表了三篇社论，政治体制改革成为一个被重新提起的话语。我们也开了一些小型的专题座谈会。中国的民主还是一个要不断地发展和解决的问题。中国的民主问题在党的会议上强调的是基层民主，中国的民主是自下而上进行的，在基层放的是比较开的，比如村民自治、社区自治等等。但是对高层次的民主问题，还是有局限的。有所进展的是一些地方搞的副厅级干部的推选机制，如江苏等省近年搞了一些公推副厅级干部的实验，南京每年都搞一次，其他城市也搞，还有一些大学选副校长等等之类的，还有干部的任用搞一些民主测评，但是这个和公选的民选的机制还不一样。

自由的观念。理解中国的自由一定要注意，现代法律观念中的自由，一定是法律下的自由。就是说我们生活在法律社会，政治社会也是一种法律社会，你没有绝对的自由。所以如果要倡导绝对的自由，和自由的观念是不太吻合的，想做什么就做什么，那是不可能的，包括鲁宾逊在荒岛上也是受条件的限制的，何况那种状况也是很少见的。所以，自由一定是法律下的自由或者法律中的自由。

公平的观念。有几对概念非常接近，比如说平等、

公平、公正、正义等等，但是其中也有一些细微的差别。现在公平成为一个重要的问题。财富的差距这么巨大，比如这几年报道的保险公司老总年薪六千万，有些人说这个计算有问题，但是说几百万的确有其事，银行行长几百万的年薪。另外一方面还有食不果腹的、看不起病的、上不起学的这样一些贫民阶层的存在。虽然说我们不提倡绝对公平（没有绝对公平，人类从来就没有绝对公平，这也是一种乌托邦），但是贫富要是差距太大，超出了社会容忍的底线，那也是有问题的，所以需要社会公平的调整机制。

正义的观念、契约的观念。契约的观念是一个重要的观念。过去说人类社会就是一种契约结构，比如说一个法律的产生，人类社会的组织结构，包括家庭的组织形式，家庭、婚姻本身就是一种契约。前一段讨论的一个问题是夫妻相互忠实的协议是否有效，实际上这个问题是把感情的问题契约化了，这是不是契约所能解决的问题？夫妻忠实协议是想靠契约来约束行为，如果违反了契约，可能导致财产的流失。最高法院民庭的一个法官是长期从事民事和婚姻审判的，她也不同意这一条，她和我们讨论，说主张夫妻相互忠实协议有效的人说这是一个合同呀，谁又没有强迫你去签字的。我说这固然是个合同，但是用合同去解决这一类的感情性的问题，本身是和这个问题的本质不符的。

人权，人权的问题，人权的概念，人权的观念，权利的观念，尊严的观念，责任的观念。温家宝总理在去年人大会上提出“要使人民生活的更有尊严”。尊严怎么理解，温家宝给了一个全方位的解释，《北京日报》约我写篇稿子，就是写尊严的。我写了尊严问题首先是个经济发展问题，是个生存问题，真正要提高尊严确实要建立在发展的基础上。我举了个例子，我们每个人每天要上班上学，中国成千上万的人每天要挤公共汽车，挤地铁，尤其在大热的夏天人挨着人，不分男女老幼，这个时候讲尊严都觉得是件很奢侈的事情。所以从这个角度讲，我们首先要发展交通，发展公共交通设施，使大家能在一个非常宽敞的、有座位的空间来乘交通工具。我们经常讲，当一个人连肚子都填不饱的时候，他能为得到一口饭去乞讨，甚至去偷点食物，管它什么尊严不尊严，没有尊严可谈。所以尊严首先是生存问题。当然我不是停留在此来理解尊严，我理解的尊严主要就是人格的平等，人格平等我认为是体现尊严最重要和最关键的。我在文章里写到，上至国家主席，下到黎民百姓，人格上都是平等的。人可以有贫富的差别，但是没有贵贱的差别。一个理性的社会，人不应该有贵贱之分。贫富差别我们永远消灭不了，但是贵贱之分是不能有的，所以我一般不太主张“贵族”、“精英”这样一些提法，

从我的情感里是抵制的。我曾经写过一篇文章,对三大观念的反思,这篇文章很多地方都不愿意登,最后登在中国民盟办的《群言》杂志上。我反思了三个观点:一个就是“落后就要挨打”。因为当时中国驻南斯拉夫大使馆被炸以后,我们的一些领导人就对着媒体向全世界讲这样的观点,我听了很不是滋味,为什么落后就要挨打?当然说我们要建设强大的国家,才能摆脱被动的、挨打的处境,所以这个说法从动机上,从出发点上讲都是没有问题的,但这是公理吗?落后为什么一定要挨打呀?我就想起我们国家在万隆会议上提出的处理国际关系的和平共处五项原则,你怎么解释?国家不分大小,不分贫富,不分强弱,一律平等。落后就要挨打是一个历史的实证结论,而不是一种公理。所以,我的文章标题就是“经验事实不等于公理”,它是一个经验事实。第二个观点我批评了“贫穷就要受欺”。我举了个案例,就是吉林省派了二十几个女劳工到中东的一个国家去做家务工,在这个国家受尽了欺凌,最后在大使馆的帮助下才把这些妇女解救回来。那些妇女到那里的待遇和处境就跟当年的奴隶差不多。第三个观点就是“弱国无外交”。这一个问题和前两个问题有关系。1919年的“巴黎和会”就典型地反映了这个问题。弱国为什么无外交?这是一种霸权和强权下的逻辑。所以我说,如果我们承认这三个都是公理,我们就回到了一个非常荒唐的逻辑上去,用英文表达就是“*Might is Right*”,即“强权就是公理”,这不是公理,这是历史事实。当然从一个国家的角度鼓励人民勤奋、发奋,建设、强大自己的国家,是有意义的,但是我们不能把它们当作公理看待。

法制统一的观念。法制统一,比如说司法统一,我们前面讲到的同案不同判,就是严重地破坏司法统一。有很多人为同案不同判辩护,还有很多辩护理由。其实案例指导制度开始最初的出发点就是为了解决频繁出现的同案不同判现象。从河南省郑州市中原区人民法院2002年、2003年的那个试点开始,以及后来扩及到全国的其他省市,我考察了好多省市的试点,包括天津的判例指导制度、成都的示范性案例制度,等等,起点都是由于大量出现了同案不同判的情况。为了解决这个问题,各地不得不寻找解决办法,因为它破坏法制统一。

权利限度的观念。这个观念不是轻易地得出的,是我经过十几年的思考才认可的。因为过去我们说,权利只要法律赋予,我们就应该无限地张扬,不应该有限制。后来当我们的观察和思考成熟了以后,通过大量事实才发现权利是有限度的。这个限度既有主观方面的因素,也有客观方面的因素。比如说你有教育权,但如果这个地方没有学校,你到不了学校,你怎么实现这个权利?还有你家里比较穷,没有钱供你上学,包括义务教育阶

段都无法完全实现。前不久凤凰城出现的跳楼自杀的案件,我看了电视节目的调查过程,说她姐姐考上了中学,她父母就给她做工作说家里只能供你姐姐一个人去上学,所以她才出来去温州打工,然后到凤凰去玩,就出了那件事,跳楼自杀了。所以说权利的限度是一个客观的存在,不是说法律规定了什么就完全能实现什么。法律上规定的叫法定权利,法定权利要实现还有一个过程,还有一个差距。如果所有的法定权利都实现了,那这个社会就相当美好了,那就不需要再为它做什么了。恰恰是因为法律规定的权利在现实中有很多障碍,才需要我们法律人的存在。所以,权利限度的观念不是轻易得出来的。我们过去说,权利至上,权利神圣,等等,喊了很多口号,喊口号很容易。后来我们发现,客观地分析,权利是有限度的。权利的限度其实就是权利行使过程中所需要的各种各样的条件性。

信用的观念(也有叫诚信的观念),选择的观念等。选择是一个很重要的现代观念,也是一个现代的法律观念。比如说同学选择来法学所读硕士,这就是一种选择。既然选择了,你自己就要承担你的选择带来的一切结果。

自愿的观念。自愿是民法中最重要的观念。自愿、合法、依法、守法等等,我就不解释了。

自由意志的观念。这个观念容易误解。马克思、恩格斯在《德意志意识形态》讲到“法律是一种社会意识”的概念时反对将社会意识解释成自由意志。什么是自由意志?马克思、恩格斯在书里面有一个权威解释:“自由意志指的是脱离现实基础的意志”,我理解的自由意志主要是体现在精神领域,或者思想观念领域,当然也包括行为,我们的行为是和自由意志相联系的。

合议的观念。有人说合议的观念和契约差不多,我觉得契约包含着合议,契约的概念比较大。合议就是我们做什么事情,在有很多主体参与的情况下才会出现的问题,凡有两个以上主体参与的事项都有个合议的问题。

对等的观念。对等的观念大家可能在民事领域里较能接受,但在刑事领域里能做到对等吗?我一直在考虑这个问题,要解决这一步,难度非常大。公诉人和被告人能对等吗?前几年关于刑事审判席位的设置,就出现了严重的争执。法官出庭,要所有的诉讼主体集体起立,检察院不同意。检察院说我和你法院是平级,我干嘛要向你起立呀,他就不接受这样一个程序的安排,所以最后改成一起入场。其实这个问题的实质不是对法官起立,而是因为法官代表着法律,法官出庭时所有人起立,不是向法官起立,而是向法律起立,是代表着法律的尊严。但是这个观念上的障碍仍还存在。公诉人固然代表国家,被告人可能有罪,但我们讲的是一个诉讼过程。在法庭里面你即使代表一个强大的国家,但是你也只是一个诉讼

主体，而被告人他是一个犯罪分子，他尽管十恶不赦，但在法庭上他是一个被告。被告人有他的诉讼权利，他也是一个诉讼主体，那么公诉人和被告人能不能处于平等的或对等的地位？这样的观念要让我们接受是很困难的。一个犯罪分子怎么能够和我们国家平起平坐呢？其实我们变换一个视角，各方都是诉讼参与人或者叫诉讼主体，把它放在法庭这个场景下来看待问题。

宽容的观念。宽容是一个现代理念。宽容的社会文化基础是多元文化的社会机制的形成。宽容原本来自宗教。大家知道不同宗教教派之间相互攻击，最后提出宗教宽容的问题。现在把它引入到法律的领域，把它看作一个现代的理念和现代的观念。但面临的问题往往是我们要求别人宽容，但是我们自己能不能做到宽容别人呢？这个很难。鲁迅先生在他临死之前有一句话，决不宽恕，就是他对敌人甚至论敌绝不宽恕，因为他觉得这些人从来没有宽恕过他，所以他绝不宽恕。所以每个话语都有它特定的背景。

幸福的观念。幸福的观念大家觉得太抽象，边沁的功利主义把幸福作为所有价值中的最高点，功利主义把追求人类生活的幸福作为它的最大的最高的追求，是最高目标。

效率的观念、独立的观念、公平竞争的观念、利益平衡的观念，等等。利益平衡主要是在立法中体现出来的，我们的立法有很多方面体现利益平衡。在司法中有没有利益平衡？也是有的。上海一中院每年有一个法院院长论坛，有一年的主题就是利益平衡，司法中的利益平衡，我在会上有一篇评论专门讲述这个问题。

弱者保护的观念。弱者保护从什么意义上来理解？立法上肯定没有问题。比如说《残疾人保护法》就体现

了对弱者保护。但有些我们不能叫弱者，尤其像《妇女权益保护法》，广大的妇女半边天，不能被看作是弱者。但未成年人、老年人、残疾人，至少这三大主体应该是弱者。

还有像法治的观念，宪政的观念，权力制约的观念。（略）

相对性的观念。相对性的观念理解起来比较困难，要对法律进行很深的参透之后才可能理解。尤其是权利问题。权利问题的相对性表现得非常明显。

局限性的观念。局限性问题主要表现在法律功能和法治国家这样的法制功能的局限性，不要看得太高，太大，但是应该作为社会的重要的调节机制和国家目标。

现代法律观念是一个体系，是一个系统，而且是一个开放性的系统。我们应该对这些人类的精神遗产加以继承，不能轻易地对它加以否定。马克思主义者历来认为，文化是属于全人类的，包括我们党的决议对这都有明确的表态。我们要继承人类历史上古今中外（不分中西）一切优秀的文化遗产。当然是不是优秀的，我们要判断，要有鉴定。不能以符号化、概念化的东西来判断事情。所以这些现代法律观念对法治国家的建设都是非常重要的。法治国家是一个大的目标，它需要很多的机制，但是法律观念是一个基础性的东西，基础做好了，法治国家的每一个具体的领域的工作做得就更好一些，法治国家的宏大目标就会按照它既定的路径实现。

本文作者：中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师

责任编辑：赵俊

The Strategic Diversion of the Construction of a Rule of Law Country in China: The Implementation of Law and its Problems

Liu Zuoxiang

Abstract: As the socialism legal system with Chinese characteristics has been formed to a certain extent, the strategic emphasis should be diverted to the broad area of law implementation. In the next step of the construction of Chinese legal system, the implementation of law should be the main focus. The idea of law and the consciousness of law have basic functions in the implementation of law, and the latter plays most important role. The absence of consciousness of rule is the most influential obstacle in the implementation of law in China and the main reason why the implementation of law is far from what they had been expected. The consciousness of rule of the whole society can be established through both education and rule binding. Cultivating modern idea of law is the main focus in law implementation and it is also the conceptual, mental and cultural foundation for establishing a rule of law country. The modern idea of law should be a systematic and open map in which the idea of law of all kinds: historical and practical, Chinese and other countries', should be included. More than 30 categories of ideas are included at present.

Key words: construction of a rule of law country; strategic diversion; implementation of law; modern idea of law