

【编者的话】徐显明,生于1957年,山东省莱西市人,著名法学家,教授、博士研究生导师。曾任中国政法大学、山东大学校长。2013年当选第十二届全国人民代表大会法律委员会副主任委员。同年10月,任中央社会管理综合治理委员会办公室专职副主任。前不久,张伟、张健一就大学理念、学术繁荣、法学教育、司法改革、立法实践、法治研究等方面的问题,采访了徐显明教授。

# 大学、法律及其他

## ——徐显明教授访谈录

张 伟 张健一

### 一、大学理念

张 伟(中国政法大学人权研究院常务副院长,副教授):您提出了“大学是一个生态系统”的论断,这是一个崭新的观点,极大地改变了人们对大学生主体地位的片面想法。那么,应该如何理解这个论断?

徐显明:有一流的氛围,大学就是一个生态系统,什么样的环境出什么样的人。如果把大学比作一个发酵池,文化就是酵母。学生受到酵母的熏陶,必然要带有学校的风格。在校园里,一砖一瓦,一草一木,甚至一条道路的命名、教师的穿戴等等,都可以影响整体的氛围。

在这个生态系统里面,学生可以是植物,也可以是动物,如果是动物应该允许他长成老虎,也应该允许他长成猴子,因为老虎有老虎的威猛,猴子有猴子的机智;如果他是植物,应该允许他长成参天大树,成为栋梁,也应该允许他长成一朵艳丽的奇葩,供人欣赏。在这个生态系统中,可以保持生物的多样性,允许其生长过程中的自我选择和自我满足。如果学生在大学里面具有这样的地位,就是恢复了他的主体地位。大学里面允许学生选专业、选教师、选课程,就是恢复学生主体地位的基本表现。

张健一(中国政法大学2009级法理学博士研究生,美国密西根大学访问学者):中国大学经过多年的发展,在数量上增长很快,但是在服务范围、培养质量、过度行政化等方面备受质疑。您认为中国大学当前面临的主要问题是什么?

徐显明:中国高等教育三十年跨越式发展取得了巨大成绩,到2020年,中国高等教育毛入学率有望达到30%左右。把巨大的人口压力转化为丰富

的人力资源,高等教育的贡献就是历史性的。肯定成绩的同时,也应清醒地看到,舆论对高等教育批评的声音越来越多、越来越杂,这就要求我们必须正视并认真思考、解决高等教育所存在的问题。我归纳了一下,存在的问题大致有十个方面:一是中国高等教育的基本矛盾,即优质高等教育资源供给严重不足与人民大众强烈需求之间的矛盾,将长期存在;二是受教育机会的不公正已受到社会的广泛关注;三是我国高校与政府的关系尚未纳入法治状态;四是中国高等教育过度分层导致大学的尊严受到伤害;五是经济快速发展而管理相对滞后带来高等教育领域的腐败;六是中国高等教育管理成本居高不下,管理体制需要改革;七是大学里学生的主体地位尚未得到有效恢复;八是中国高等教育正陷入市场经济的陷阱;九是中国大学“有工程、无价值”的现象正使其作为社会思想库的功能在弱化;十是要警惕高等教育沦为“高级应试教育”。

张伟:我们很认同您的观点,中国大学当前面临的问题已经到了必须尽早解决的时候了。一些有识之士认为,要解决上述问题,应先看到中国高等教育管理在理念层面上的不足。您如何诠释中国高等教育管理的理念?

徐显明:大学管理的理念通常分三个层面。处在基础层面的是大学的传统。传统是一种内在的力量和方向,一所大学的传统一旦形成,其他外来侵扰就很难改变他,优秀的大学传统就是最优秀的大学理念。大学之大在“四大”;“四大”之首仍是大师,没有大师的大学,不能称其为大学,大师就标识着一所大学的水平和声望,也是一所大学的吸引力所在。大师之外要不要大楼?高校对大师的争夺异常残酷,要想获得大师,首先要建“大楼”。这里的“大楼”除原有建筑之意外,重要的指办学条件,其中包括实验设备等,甚至包括教师的待遇。大楼之外还应该有什么?《大学》有言:“大学之道,在明明德,在亲民,在止于至善。”“德、亲、善”就是指大学里面应有仁爱、大爱,教师要爱学术,更要爱学生,管理者要爱服务,更要爱大学。没有大爱的大学,学生离校时带走的可能是仇恨。大学里面还应该有什么?“大树”。这里的“大树”不仅仅指植物与园林化的校园,更重要的是表明有“大树”的大学才有学术氛围和已形成自己的传统,首先是学校历史悠久,传统已经深深扎根,不因其他诱惑而改变。大学里的“树”,是其文化之根的象征。常被利益与世俗所诱惑的大学,表明其传统尚未固化,这种大学的理念通常是肤浅的。

育经过改革与发展,形成了以下八个主流意识(1)大学的根本使命是培养人,这是大学区别于其他社会组织的主要特征。不同的大学在于培养不同特色的人。基础教育的目的是“使人成其为人”,高等教育的目的则是“使人成其为才”,而研究生教育的目的则是“使才成其为器”,不以人才为使命的大学就是不入流的大学。(2)大学的中心工作是教学和科研。教学和科研对大学而言,犹如车之两轮、鸟之双翼。上世纪30年代,在教学和科研之外又增加了为社会服务,使大学和社会紧密地结合在一起,大学成为社会的发动机和推动社会进步的主动动力。进入21世纪,要消除文化与文化之间的冲突,应该通过大学这个场所来进行,这也就是现在越来越多的人认为大学应增加的第四使命。但是无论如何变化,教学、科研仍是大学的立命所在。(3)提高教育教学质量是大学永恒的主题。这一意识表明,其一,数量、规模与效益是有止境的,而质量是无止境的,优秀的大学不是以规模论而是以质量论;其二,质量的优劣是以受教育者是否享受到了优质的教育为评价标准的,学生既是教育质量的享用主体,又是教育质量的评价主体;其三,教育质量与教学质量是统一体。教育质量保证因素中包含着理念质量、校长水平、师资素质、校园文化、教学设施、学术传统等。这些要素的质量决定着教学质量。(4)学术创新是大学的灵魂所在。大学里面的创新,在自然科学领域的最高表现是对新知识的发现;在工程技术领域里的最高表现为创新一种方法;对社会科学而言,最高水平的创新应当是创新一种思想;对所有的学科来讲,大家共用的方法论和思维上的创新就是哲学上的创新,也就是创新一种思维;而对管理者来讲,它应该有能力创新一种制度。这五种创新应该是大学的灵魂所在,而这五种创新中处于核心地位和基础地位的是学术创新。(5)学科建设是大学的龙头工作。什么叫学科?学科由三个要素构成,第一个要素是师资,这是学科的主体要素;第二个要素是拥有高水平的科研成果,也叫客体要素;第三个要素是学生,这是学科最具特色的要素。所以一个大学如果不抓这三项的话,这个大学的校长一定是失职的;如果抓住了学科建设这个龙头工作,学校的全面工作就可以被带动起来。(6)师资队伍是大学的主体工程。一所大学可以面向未来实施许多工程,但是师资队伍一定是主体工程。中国大学和西方大学最大的差别表现在两个方面,一是师资,二是管理水平。如果将一所大学比喻为一只鸟,先进的办学理念就是鸟的大脑,学科建设是鸟头,师资是鸟身,教学和科研是鸟的两翼。(7)改革是大学发展的不竭动力。中国的高等教育资源非常有限,投入不足是高等教育世界性的难题。在资源不足的情况下,依据中国的国

情,大学内部的改革就是其发展动力,因为在中国无论大学与政府的关系还是大学与社会的关系,乃至大学内部的关系都有充分的改革余地,一个保持旺盛生命力、具有较强竞争力的大学,主要看改革的力度和深度,这是被中国高等教育跨越式发展成果所证实了的。(8)服务是大学管理的价值所在。管理者对大学发挥的作用表现在四个方面:一是对大学的引导作用,主要体现在办学方向和大学校长的办学理念上;二是为大学提供规范和秩序,即依法治校、民主决策及校园内的安全有序;三是提供保障,为学校的发展提供各种保障,包括制度保障、人才保障和物质保障;四是提供服务,大学的所有管理都是为中心工作服务的。如果离开教学、科研而进行管理,大学将不成其为学府而变成官府。

处在第三层面的是大学现任校长的办学理念。一所好的大学往往是以一位好的校长为表征。西方高等教育学里有一句话:“一位好的校长就是一所好的大学。”现在大学都面临着生源、师资和资源的竞争,能否在竞争中取胜,最终都取决于校长,大学和大学之间的竞争最终展示为校长和校长之间的竞争。校长的办学理念异常重要,它是一所大学现阶段的特色所在、方向所指。在我看来,一个优秀的大学校长需同时是三个方面的专家:其一是学问家,无学问的校长不会得到教授们的尊重;其二是教育家,校长的第一责任是提供办学理念,校长不是教育家,他不会受到学生的拥戴;其三是管理方面的专家,他既要有将教师、管理者和谐于一体的能力,又要具有管理与指挥的权威性,没有管理能力的校长,其理念难以得到管理层的理解。

张健一:在依法治国的战略背景下,高等教育管理与法治建设息息相关。您认为,应如何依法治校,以促进高等学校管理?

徐显明:依法治校是根据“依法治国”的战略提出来的,已经成为高等学校管理的基本原则和重要理念。依法治校可以从三个方面着手:

(1)把握科学内涵,将依法治校作为大学重要的办学理念。一是深刻领会依法治校的科学内涵。依法治校是依法治国方略的一个重要组成部分,是为贯彻落实法治国家原则,实现高校管理的法治化目标,以法律方式规范高校管理的过程。具体包括了国家对高校实施管理的法治化和高校自我管理的法治化这两个层面的内容。二是确立依法治校的办学理念。具体体现为:根据有关法律法规,学校积极尝试以“立法”的方式确立学校的“宪法性”文件,调整学校内部各种关系,以符合法治原则和学校自身特色及发展规律的方式对涉及学校管理的各个环节和方面做出规范。同时,实现学校

在机构设置、人员聘用、招生和学籍、经费和设施使用、教学和科研服务等方面的自我管理,最大限度地实现学校自主管理的法治化。

构建完善的“党委领导、校长负责、教授治学、民主监督、依法治校”的工作体系。实现校内公共管理权力的制约与平衡,最大限度地保障高校自主办学和学术自由,推动学校整体快速发展。以法律方式实现高校自我管理方式的法治化转型,做到依法治国的一般要求与高校自身特色的统一。

在制度设计和实施上,强调“以教师为本位,以学生为主体”的办学理念。一切制度设计均以保护教师、学生权益为根本出发点,在制度实施上,体现依法治校与人文关怀的统一,构建以人为本的和谐校园,充分保障教师和学生的合法权益。

(2)建立依法治校的实践机制。一是加强领导、明确目标、完善机制,全面推进依法治校工作。建立依法治校的领导体制和工作机制,加强法制教育,提高师生的法律素质;加强制度建设,建立依法决策、自我管理、自主办学的工作机制,依法加强管理;推进民主建设,完善民主监督,全面落实校务公开制度;严格教师管理、完善学校保护机制,建立完善的权益救济渠道,依法保障教师和学生的合法权益;保证国家教育方针的贯彻落实,实现教育的公平,保证学校正确的办学方向。设立法律事务工作机构,建立法律专家咨询队伍。成立法律事务办公室,代表学校处理对外涉及法律事务方面的工作,履行依法治校领导小组办公室的职能,负责指导学校各部门相关规定的制定及实施工作。法律事务室承担对学校重大决策咨询、重大活动商询、各项制度出台审查等管理职责。

二是在依法治校过程中创造自身的特色。完善教代会、工会制度,强化民主监督职能。加强校务公开制度建设。校务公开制度化主要涉及六个方面内容:政务公开、财务公开、人事公开、党务公开、学生教育管理公开、项目资产公开。定期召开学校工作情况通报会。

建立健全申诉制度,包括维护教职工权益和学生的权益,实行了公示制度,确保了利益方面的知情权、监督权和及时申诉的权利。

有形的制度是无形观念转变的基础条件,如何在制度运行中使之进一步完善,最终使良好的制度融入社会生活,使法律规范内化为人们“心中的法”,进而让这些制度在大学里生根发芽、开花结果才是我们的真正的价值追求。

(3)正视问题,深入探索。一是由于我国高校(公立学校)与作为高校举办者政府的关系尚未纳入法治状态,致使高校的相关权利并未完全明确。

高校与政府的关系比较模糊,这与法治的目标是矛盾的。因为建立一个法治校园的前提是与大学有关的所有法律关系的明确化,而只有法律关系明确才能促使与大学有关的所有主体地位的明确。这又是权力受到约束和权利获得保障的前提。因此,关系的模糊必然导致权利的模糊,进而使所有主体的利益都受到伤害,当然也包括国家。这种情况也制约了大学章程及围绕着章程的一系列的制度的进一步制定。因为在大学的章程里必须明确国家和大学的关系,进而以章程的形式来确定大学的自主权。二是大学本身的定位问题。即大学作为教育的管理者,本身又具有某种行政职能。大学的这种特殊职能决定了某些因大学行使这种特殊权力而侵犯的权利应当有获得司法救济的机会。三是学生的主体地位尚未得到有效恢复。正是因为大学本身的定位有问题,必然导致学生主体地位的不明确。而在我们讨论学生主体地位的同时,也不能忽略教师在办学中的主体地位问题。实际上,目前在大学里,教师的主体地位也不是特别明确。特别是对教师的权利保障问题及教师权利受到侵害后的司法救济问题。

张伟:现在全国有各种各样的大学工程和评价标准,在客观上推动了大学教育的大规模扩充,但是也遭受了很多批评。您认为在中国要办成什么样的大学?

徐显明:关于要办成什么样的大学,现在的表述越来越多。我不反对,甚至还非常鼓励,还很羡慕一些大学要把自己办成世界一流大学。但在我们要把自己的大学办成世界一流大学之前,需要首先思考的是如何使这所大学受人尊重,基础目标是办一所受人尊重的大学。

一所受人尊重的大学有四个特征:第一,一定是有德性。它是社会道德的楷模,是社会的灯塔。你有道德,人们才向往你,才尊重你。第二,一定是有思想性。有思想的大学能成为社会良知的仓库,能成为社会思想的储存地,当打开这个大学的大门,能够有各种思想为社会服务。第三,一定有它的贡献力。不同类别的学科有不同观察点,比如自然科学,最高贡献是贡献一种新的支持;工程技术类学科,最高贡献是贡献一种方法,包括新的工艺;社会学科,最高贡献是贡献一种思想;文史学科,最高贡献是贡献一种新的文化,或者是给人们贡献一种新的生活方式。受人尊重的大学应该是有贡献力的大学,通过这些贡献,这所大学具有了不可替代性,这就是独特的,有特色的。

大学的德性、大学的思想性、大学的贡献性和大学的独特性,这“四性”合起来,我们才认为这所大学受人尊重。但我们现在评价大学的时候,因为

德性是不能量化的,思想性也是不能量化的,特色性还是不能量化的,所以现在对大学的评价已经陷入一个单一化的状态,仅仅以知识、以数量为标准来排名,忽略了大学的德性、思想性和特殊性。

张健一:您在很多场合反复强调了大学教育中的德性问题,您认为高等教育当中和德育教育有关的命题有哪些呢?

徐显明:我思考了四个:第一个,教育本质是什么?教育本质始终在引领我们的灵魂,这是我们所有从事教育的人都应该思考的。我个人认为,传授知识是排在德育之后的第二位的使命。人的一生是动物性和德性相互较量的过程,因此教育最本质的含义是引领人的灵魂,使人的德性不断增加。第二个,教育的功能是什么?在现代教育学当中,教育最重要的功能应该是消除人和人之间的差别,尤其是在基础教育过程当中。第三个,教育的价值是什么?教育的价值在于构筑社会公平和正义的一种生态。没有教育,社会的公平正义就难以树立起来。所以,构筑这种生态才是教育的基本价值。第四个,教育的意义是什么?我认为教育的意义就在于体现人的主体性、人的德性和人的智性这“三性”的统一。在这四个命题之下我形成了几个判断。第一个判断,没有德育的教育便是一种罪恶。第二个判断,没有公正的教育,受教育权只是一种特权。第三个判断,没有正义的教育,教育便会以功利为目的。第四个判断,没有主体性的教育,受教育者只能是处在教育关系的客体,它永远成为不了主体。

张 伟:既然大学中的德性问题和道德教育如此重要,那么大学道德教育应当怎样进行?

徐显明:道德是一个体系。这个体系应由三部分构成:处在基础地位的是公民道德,就是使人成其为人的道德;比公民道德高一个层次的是职业道德,职业伦理一定比公民伦理更高;处在道德顶层的,我把它叫做政治道德。现在我们的道德教育是倒置的。比如说中小学教育正在对学生进行政治道德的教育,很小的孩子就要树立远大的共产主义理想、社会主义理念。可是到了大学阶段,反过来对他进行公民教育,大学生里面要开设公民读本、要开设法律常识。大学正在承担着基础教育应该承担的责任,基础教育的任务推后到了大学教育里。使人成其为人的教育,目前竟成为中国高等教育的基础使命。这是我们现在要面临的问题。

在整个道德中,如果按照另外一种标准来划分,可以把道德分为小德、中德和大德。大学应该是养大德的地方,但现在大学的大德不得不从教小德做起。小德的表现是“三心”:一是侧忧之心,就像孟子所言当你看到一个

人掉到井里的时候,坐而视之,兽也;起而救之,人也。二是报恩之心,孩子要关心父母、感恩父母,凡是有恩于你的,都要报答。三是敬畏之心,要对人、对事业、对社会保持敬畏之心。这些小德现在都不得不在大学课堂里进行教育。中德是仁义礼智信。仁者,爱人也;义者,有所反报也;礼者,有所恭攀也;智者,能胜人也;信者,践之所诺也。这些中德我们现在也缺乏。最后是大德,这其中有四个表现:一要有政治信念,要树立共产主义的理想,要相信我们党领导的正确性;二要有价值观,就是公平正义;三要有制度的安排,就是民主法制;四要关注人权、关注民生。这些德才是政治道德,才是大德。我们教育中的道德体系应该从小到大,从基础到最高,安排好这样的过程,使之有更好的教育效果。

## 二、学术繁荣

张健一:近年来,学术不端行为此起彼伏,大有愈演愈烈之势。做出不端学术行为者,既有初入学界、谦虚谨慎的新手,又不乏德高望重、名声在外之学者。为了防止和应对学术不端行为,制定学术规范是必要的举措。您多次直接组织和参与了国内基本的学术规范的制定和执行,您认为学术规范有何作用?

徐显明:我个人认为,学术规范的作用可以概括为五个方面:第一,它应该具备指引即引导的功能,就像一个路标,提示学人在从事学术行为的时候,哪些是可为的,哪些是不能为的,哪些是禁为的。在这一层面上,学术规范类似于交通路口上的红灯、绿灯和黄灯对行人的功用。第二,对于学术行为主体来说,它有一种最强烈的预测作用。根据这个规范,作为学术从业者,我们可以预期自己的行为将带来一个什么样的后果。如果违背了学术规范的话,那么相关行为主体可能会处在一种恐惧当中,因此规范应是要求越明确越好,因为越明确就越能消除人的恐惧心态,并且能增加对预测前景的把握性。第三,要明确学术之所以是学术,学术论文之所以是学术论文,就必须建立和健全客观公正、行之有效的学术评价标准。学术规范是学术共同体内部对行为主体的评价的学术标准。第四,学术规范对几乎所有的学术人都具有不同程度的教育意义。如上所述,规范本身就有引导的正面功用。对规范的违反者来讲,受到惩处则是对当事人的直接教育,而学术惩处事件本身也对其他人具有警示意义。第五,学术规范对人的学术失范行为具有强制性和矫正作用。所以,规范一定要明确违规者

应负有的道义责任和法律责任。“每个人都必须能够期待所有人会遵守有效的规范。有效的规范要能够代表可期待的东西，它们必须能够在事实上针对违反规范的行为而强制实施”。没有强制性的规范，在现实社会中，就会使其效应大打折扣。

在中国当前的学术语境下，学术规范设置的迫切性、必要性和重要性，恐怕是无论怎样强调也不过分的，因为目前“学术失范已成为制约我国人文社会科学发展的一个瓶颈”。

张 伟：目前存在一种担心，认为学术规范的确立与强调会危害学术自由，您怎么看待这种担心？

徐显明：在以往的讨论中，我们注意到对学术规范的疑虑以及目前对教育部《学术规范》的质疑，往往是把学术规范与学术自由对立起来，甚至认为学术规范的确立与强调会危害学术自由，或者担心由教育部发布《学术规范》会“为其他权力干预学术活动确立一项‘先例’并为之打开方便之门”。这种担心，当然是出于对学术自由的爱护与珍惜，用心良苦，不过平实而论，却未必如此。

我认为，从一般意义上来讲，学术规范应该是促进学术自由的一个桥梁。学术规范应当是保障学术自由运行的基本条件之一，同时还应该是设定学术自由最终得到保护机制的一个制度。在这个意义上，学术规范就成为学术自由最好的朋友，而不是敌人。学术规范与学术自由之间的辩证关系，应该是相互促进的，学术自由越发展，学术规范就越完善，学术规范的制度越完善，学术自由也越应该能够得到保障。

提倡学术规范与维护学术自由，这两者之间可能会形成某种紧张关系，但在正常情况下，更多的是契合与化解的一面。就对学术进步和学术发展的保障机制来说，学术规范与学术自由都是不可或缺的；学术规范为学术自主创造了条件，也就为学术自由提供了可能的秩序与空间。更重要的是，在目前学术浮躁、学术无序、学术失范的转型期，“对于学术研究而言，学术规范固然是一种约束机制，但同时也是一种预警与引导机制。因此，它与自由探索的学术实践与精神追求的正常关系应是互动的、能动的”。

张健一：正如法律不可能调整所有的社会关系，学术规范的作用是否应当有一个限度？如果是，其限度在哪里？

徐显明：学术规范尽管是非常必要、极端重要的，但对其定位也应准确和明确，学术规范也应有其边界。或者说，学术规范不是也不可能是万能的。因此，我们既要明确学术规范能做什么，也要清楚学术规范不能做什么。与

学术规范的有效功用即“能”相对应,我认为它至少也存在以下五个“不能”:  
第一,学者从事学术的动机可能是学术规范不能调整的。第二,学术规范调整不了学者的人生观与价值观。第三,学术规范难以做到对学术本质的调整。第四,学术的意义或学术的功能与学术规范缺乏关联。第五,学术创新与学术守成的关系问题与学术规范有关,但关系不是很密切。

张健一:人文社科研究要实现创新,当下面临着什么困难?

徐显明:第一大困难是文化层面的困难。中国的主流文化是不是一种创新文化?目前在世界范围内有三大文化主流,这三大文化都与创新有关联。第一大文化主流就是科技文化,科技文化对应的是这个社会的物质文明。第二大文化主流是人道主义文化。最大程度地承认人的主体地位,把人当作主体而不是客体,亦即以人为主,这种文化才能使人产生创造性。当人被当作客体来使用的时候,他是没有创造动力的。所以我理解,人道主义文化应该对应这个社会的精神文明。第三大文化叫做权利文化。权利文化中包含人的行为自由、学术自由、科学研究自由、思想自由、信仰自由。这些自由的全面实现,就可以最大限度地调动人的创新积极性。权利文化应该对应这个社会的制度文明。这三大文化都和人的创新有关系。中国要建设创新型国家,就要弘扬创新文化。

第二大困难是如何改革和完善中国的教育体制?中国的高等教育是不是创新式的教育?在创新型的大学中,学生应该有四个方面的素质被培养或训练出来。首先是强烈的问题意识。一个人的创新能力和他思考问题的多少有关系。其次是求异的思维。创新不是求同,一定是求异。在科学研究上,一定要提倡张扬个性、标新立异。第三是批判的能力。学术的本质就是批判。对人文社会科学来讲,最高水平的批判是思想上的批判。最后是有求是的态度,即探求规律的科学态度。人文以个人兴趣及修炼为其创新的基础,人文不求其是而求其应,以价值判断为主,社会科学则以事实判断为主,且把价值判断与技术判断连接起来,以求得规律,“是”是社会科学成其为科学的真谛所在。但是,中国目前的教育可能还不适应这种要求。有人批评说,学前教育可能是管制式的教育,基础教育是“应试式”的,高等教育是“灌输式”的,研究生教育可能是“雇佣式”的。所以,要培养创新型人才,要使我们国家成为创新型的国家,就应该从教育抓起,从改革教育模式、教育方式、教育体制和机制开始。

第三大困难是创新的保障体制。中国有没有束缚我们创新的体制和机

制?对社会管理有两种方式,即“底线管理”和“上线管理”。“底线管理”意味

着禁止你做什么,而“底线”之外的所有领域都可以选择。要是这样的话,大学里培养出来的人就会具有独立的人格、自由的精神和平等的观念;大学的个性也容易形成,也会办出特色、办出水平。到那个时候,才有可能接近世界一流大学的水平。“上线”管理就是我要求你做什么、你必须做什么,除此之外你几乎没有选择的余地。要是这样的话,对大学校长来说,只要你完成了所要求的那些内容,那就是一个好的大学校长。但在这种体制之下,所有的大学大概都是一个模式,所有的大学都会失掉自己的特性。所以,中国的高等教育改革被称作“模式化”的改革,而不是“个性化”的改革。

### 三、法学教育

张 伟:我国法学教育发展至今,取得了很大的成绩,但是与当前的大学教育一样,我国的法学教育目前也听到了不少否定的声音。您认为目前我国法学教育存在什么问题?

徐显明:法学是正义之学、治国之学、权利之学、思维之学、经验之学。对一个法律人来说,价值观的培养、操守的培养、公正意识的培养、职业意识的培养、职业技巧的培养,离开理论的指导是无法完成的。如果从这个角度来研究法学的话,目前我们的法学教育中存在的几种矛盾,我把它叫做四个基本矛盾和两个根本性缺陷,必须予以解决和克服。

第一个矛盾就是我们法学教育的低起点与法律职业高素质之间的矛盾。第二个矛盾,法学教育到底是大众化的还是精英化的?第三个矛盾,就是法学教育到底是素质教育还是职业教育?第四个矛盾是最基础的,就是法学教育到底是科学教育还是人文教育,或者还是两者的融合?以上四方面就是我认为的四个基本矛盾的问题,除此之外,我国法学教育在职业化方面有两个缺陷。第一个是缺乏司法伦理的训练,不具有司法伦理的法官、检察官和律师是很危险的,司法腐败与缺乏职业伦理教育有极大的关系;第二个是缺乏职业技巧培训。没有职业技巧的法官、检察官和律师无法适应职业要求。这两个缺陷将引导我们对当前的法学教育方式进行反思。

张 伟:与您刚才所提到的这些问题相关的一个现象是,当前中国的法学院已经达到六百多个,但是水平参差不齐,高水平的法学院数量极其有限。您认为高水平的法学院应当是怎么样?

徐显明:简言之,高水平的法学院应当同时担负五大使命:培养治国理政和从事法律职业的杰出人才;改善对正义的管理,营造社会的价值观;创

新法学理论和思想,以指引法治实践;补漏社会付阙和改革完善制度,为国家、社会和公民提供优质的法律服务;营造和弘扬法治文化,推动社会成员把法治作为稳定的生活方式。

张 伟:您如何看待当前中国法学教育的发展趋势?

徐显明:当下中国法学教育的处境,已经与十年前大为不同。十年前还处在十字路口上徘徊不定,经历了十年艰难探索后的今天,共同性的发展方向已经渐趋明朗了。我国法学教育的发展趋势,可以从五个方面来加以把握:

第一,职业化。过去我们曾讨论中国法学教育到底走学术型道路还是走职业型道路的问题,这个问题曾困扰我们多年。受困的主要原因是几乎所有法学院都从争取硕士点到争取博士点,再到争取二级学科重点博士点,再到争取一级学科重点博士点,试图把所有的法学人才都培养成创新学术型人才。这实际上是法学教育在被误导的情况下走了弯路。现在大家的共识终于形成了,那就是向职业化方向发展。职业化这个趋势的基本形成,是法学理论界与法律实务界共同的期待。当然,这个大趋势并不排除保留或者说由其自己形成以学术为主并以思想创新为追求的学术型法学院的存在,也不排除以培养司法实务人才为主导目标的职业型法学院。深厚的理论修养能够提高人对具体问题的洞察力和理解力,这对于法科学学生的职业前景而言也是十分必要的。同样,不经受实际情况挑战和磨炼的理论,可能是苍白无力的。

第二,多元化。法学教育追求形成法律职业共同体,但并不妨碍多元化这一发展方向。多元化是早已形成的一个趋势,现在仍处于发展过程中。多元化趋势恰恰要求法学教育要办出特色。法学教育越是普及,规模越是扩张,特色办学的价值就越是凸显出来,这不仅仅是法学教育自身发展的要求,也是各法学教育单位适应市场竞争所面临的挑战。多元化是法学教育的表象,其内涵是不同的法学院办出自己的特色,多元化趋势就是特色化趋势。每一所法学院今后的发展,要体现出不同于其他法学院的独特品格或不可替代性与独有魅力。没有特色就没有多元化。从这个意义上来说,没有特色的法学院就是缺乏存在价值的法学院,也就是质量无法体现的法学院。

第三,精英化。改革开放三十年来,我国已成为世界上发展速度快、规模最大的法学教育大国。大学教育整体上的大众化,是符合高等教育发展趋势的,但法学教育却要另当别论。大众化论者认为法学教育还远

未满足法治国家建设的需要,需要继续扩张。这种观点是值得商榷的。法学教育大众化的结果,将是法学的贫困和危机。人们已经慢慢认识到,未来的法学教育应该向精英化方向发展,并不是所有的大学都有条件办法学院,也并不是所有考上大学的人都可以学习法学。一个好的法学院,应该是能够给学生提供较高的成才率和事业的成功率。法学教育不能再对质量、就业和声誉三大危机充耳不闻了,不能对学生的未来发展负责的法学教育,就不是好的法学教育。如何在法学教育的起点上吸引精英、如何把进入法学院的学子培养成为精英、如何使精英成长为引领社会发展进步的领袖,是精英教育的基本内涵。精英教育应该成为中国今后法学教育的一个发展趋势。

第四,正规化。那些快马加鞭兴办法学教育的校长或院长对法治及高等教育规律认识是何等的肤浅。我认为,中国法学教育以规模求发展的时代已经结束。结束这个时代在制度上的表现是什么?就是走向正规化。正规化的法学教育是什么?它一定要以结束非正规化的法学教育为前提。在法学院校接受过系统法律思维训练的人和没有接受过系统训练的人的区别,首先表现在对法律态度的不同上。对法律的信仰是在专业训练当中形成的。但是非正规化的法学教育,受教育者一开始就只是把法律当作未来谋职求生的一种手段,在其起步的法律意识中,法律是被当作工具来对待的。因此,这样的法律从业人才既不会忠诚于法律,更不会对法律有献身精神和形成信仰。所以应该尽快结束中国非正规化法学教育的时代,否则,法学教育的质量就无法得到保障。当良莠不分时,劣币驱逐良币就是必然的。

第五,国际化。中国的改革开放为法学教育提供了发展机遇,也提出了挑战。开放的社会和健康的市场经济都需要法律不断发展。这个趋势在当今全球化的大背景下更显突出。中国自加入WTO开始,就已感觉到了国际法律谈判人才及跨国诉讼人才的短缺。目前中国已是世界公认的大国,我们参与世界的深度、广度都在加大,参与全球规则制定的机会和空间也在增大,法学教育有责任培养国际型人才。一部分高水平法律院校早已有了这种自觉。当然,法学教育的国际化是多方面的,不仅包括提高法科学生外语能力、优化知识结构,也包括培养方式、培养目标等多个方面的变革。而且,顺应法学教育的国际化趋势,不仅在涉及法科学生的培养上提出了更高的要求,也需要在改善教育管理体制、师资知识结构、评价机制等方面做出积极的努力。

总之,要讲中国法学教育的发展趋势的话,以上“五化”所涉及的方面,

是首先应该给予思考的。

张伟:您所提到的发展趋势,已经在最近几年的法学教育改革中发挥了一定影响,法大、北大、清华、人大、吉大、武大、山大、浙大等校,都已在国际型法律人才的培养上做了各具特色的探索,一些后起的法学院校在彰显国际色彩方面也在奋起直追。然而,在制度上的改革和完善尚未大规模地启动。您怎么看这种努力和尝试?

徐显明:就这个问题而言,主要有四个方面需要我们去重塑或者加以完善。

第一,法学教育的起点或者终点方面的制度改革。法学教育到底是以高中为起点适合中国?还是以大学后为起点适合中国?或者还有第三条道路?在以高中为起点的四年制法学教育中,恐怕是很难培养出合格的法律人才来的。法律职业的高素质要求和目前法学教育的低起点之间,存在着不可克服的矛盾。这就给我们提出一个问题,即如果法学教育不能改变起点,那么只有一个选择——改变终点。所以,要么改变起点,要么改变终点。这就需要重新思考我们法学教育里的招生制度。然而,我们从事法学教育的人可能对此是无能为力的,这是国家的教育制度,我们能够做的是努力推动它的改革。我的提议是:把四年制的本科法学教育改为六年制的法律职业硕士教育,这个改革,中国政法大学、浙江大学、山东大学正在进行探索。

第二,法学学位制度。中国现在的法学学位制度是一片乱象。主管部门只习惯于用“加法”解决问题,即如果发现一种学位不适合中国,他们就去再造一种,新造的那种不适合,就再造一种,这就是我国法学学位品种越来越多,也越来越乱的原因。看来,今后我们也需要用“减法”的思维方式去解决问题,对于重复性的学位种类,应该大胆砍掉。乱象的背后有一个事实是清楚的,那就是中国没有一个基本的与法律职业相对应的学位。拥有任何一种学位都可以从事法律职业,而这个学位不管是什么,也不管学位的拥有者是否受过法学教育。这种状况不能再持续下去了。我们需要推动法律职业基本学位制度的建立,即只有一种学位与法律职业相对应,其余都应取消或归一。中国政法大学尝试改变法学教育的学制有三个目的:一是用六年的时间去探索培养高素质的法律职业人;二是探索能否建立起法律学位与法律职业的对接,即寻找到一种作为法律职业入门的基本学位;三是用这种方式可以淘汰一部分不合格的法学院校及终结非正规法学教育。

第三,法学教育与司法考试及公务员招录制之间的关系改革。这方面存在的问题,是目前人们对法学教育出路感到困扰最大的一个。没有

像我国这样复杂的考试制度,参加了司法考试之后,如果要做法律职业人的话还要参加一次公务员考试。考试次数的增加,事实上都是社会成本的付出。两次考试使得我们的法学教育面临着一个困境:当知道从事法律职业如此复杂和困难的时候,社会上最优秀的人士可能不再愿意选择法律职业。多重的考试制度实质上导致了法学教育最优秀生源的流失。怎样使我们的法学教育、职业考试制度有一个科学的衔接关系,是我们未来法学教育在录用制度上创新的重点和难点所在。在法学教育资源过剩的情况下,司法考试门槛统一设定为只有正规法学院校毕业且具有基本法学学位的人才可获得资格,是当下首先应当改革的。但这个制度的改革不是一蹴而就的,它涉及公务员法、司法考试制度、律师法、法官法、检察官法等多个方面的协调。

第四,法学教育评估制度。这里的一个重要问题是法学教育的入门制度,即要设立一所法学院需要具备哪些条件。直言之,即建立法学教育的资质制度。该资质可分为两个等级,少量的法学院可以被评为A级,A级法学院可开展法学的博士与职业硕士教育,B级只开展法律职业硕士教育。有资质的法学教育毕业生方可参加司法考试。要明确这个制度,但其标准是依靠行业标准还是国家标准需做出选择。前者出自法律职业共同体自身,由法学家们共同组织权威机构来制定。这个行业内部的标准能把法学教育自身的规律和要求更好地体现出来;后者出自政府,国家标准可能需要把法学自身特征之外的特定公共政策因素和利益要求考虑进去。此外,对法学教育质量的评估制度也是一个重要问题。法学教育的评估也是需要我们去创立的一个制度。只有充分体现法学自身的规律和价值追求,评估体系才能发挥促进法学教育水平的功能。我们需要在精英教育和职业教育并重的基础上,综合理论修养、专业技能、职业伦理等多重评估标准,方可建立起一套科学合理、体现法学特色的评估制度。

法学教育的制度要创新,上述四个方面是必不可少的,这些也是法学教育发展趋势当中必然伴随着的问题。

#### 四、司法改革

张 伟:我们都知道您在1999年写过《司法改革二十题》,对司法改革诸多重点难点问题进行了深入的剖析,此文当时也引起了学界和司法界的密切关注。您现在怎么看待检验司法改革成败的标准问题?

徐显明 :在司法改革这个问题上 ,我认为司法改革的判断标准不是单一的 ,它应当是一个立体的坐标 ,包含三个方面 :

第一个判断坐标是价值方面的 ,中国的司法在价值上并没有走向合一。在这之前大家可以看到 ,不同的司法部门在追求不同的价值 ,可是在司法上有一个概念 ,叫司法一元化 ,司法一元化当中讲的第一问题一定是司法价值的一元化。如果不同的司法机关在追求价值的时候是割裂的 ,那么它的价值冲突就必然表现在法庭上 ,而社会在最终实现公平正义的时候 ,那个价值就被割裂了。

所以怎样用一个共同的价值准则来判断我们的司法 ,这应当处在第一层面的价值标准。现在越来越清楚 ,公平正义就是我们共选的价值 ,整个司法应该以公平正义作为共同的价值追求。

第二个判断的坐标就是要看司法的功能。在我们法治的几个大的环节里面 ,立法的本质是在分配国家的权力资源。把人民群众、公民共同的权利概括出来、表达出来 ,所以立法是在表达权利。执法的功能是在把人们所要求的那些权利通过行政权的行使得到落实 ,所以政府的主要责任是落实人的权利。守法的本质就是鼓励你去获得各种各样的权利 ,只有在守法的状态当中 ,你获得的权利才是可靠的。法律监督的目的就是要排除在权利落实和实现过程当中各种障碍 ,是保障人的权利。

司法的功能在哪儿 ?只有人的权利受到侵害的时候 ,司法才成为必要 ,所以司法最重要的功能就是救济和补偿权利。如果我们的司法改革背离了使人的权利获得救济和补偿的这个目标 ,司法的所有改革都应该是失败的。

最后一个坐标就是司法的权性 ,我们的所有司法改革 ,应该是符合权力性质的一种改革 ,不能使司法权改的越来越不像司法权。

张 伟 :在您看来 ,司法权到底是什么性质的权力 ?

徐显明 :这要和其他权力比较才能获得准确的定位。立法权的本质是“议决” ,大家通过“议” ,最后集体决定 ,所以它是“议决”式的权力。行政权是处理式的权力 ,所以它的行使方式是靠命令、靠服从 ,在命令和服从当中达到权力的目的。司法权的本质就是判断 ,所以它是判断式的权力。我曾给司法权确立了这样几个性质 :

一是司法权是被动性权力。这与行政权截然不同 ,行政权可以而且往往必须主动行使 ,而司法权在任何时候都必须被动行使 ;二是司法权是程序性权力。程序是司法的生命 ,没有程序便没有司法公正可言 ;三是司法权

是中立性权力。它在公与私、官与民、中央与地方乃至国家与国家之间都必须持中而立,不能偏袒任何一方当事人;四是司法权是判断性权力。行政权是执行性、处理性权力。对于行政权力行为,司法可以行审查之权;五是司法权是自足性权力。司法权无需它权力的指挥与命令,它只接受制约与监督;六是司法权是终极性权力。所有的公共权力都应接受司法的合宪性、合法性审查,且其审查的结论具有终局性。司法改革的第一步,就是要从理念上恢复到司法权的本性上来,舍此,改革就会变成投机,任何改革都注定会是南辕北辙。备受诟病的司法权的行政化、功利化、地方化是司法制度建设疏离司法权性质的集中表现。行政权运行中的命令与服从关系一统司法,商品交换过程中的牟利本性入侵司法,区域利益竞争中的地方保护主义染指司法,导致的必是司法的职业特质解构。

张健一:司法权的性质与司法独立息息相关,对司法权的性质的探讨和思考必定与司法独立不可分割。怎么样在整体上把握司法独立的意义?

徐显明:司法权的性质可凝练外化为一项立宪原则:司法独立。司法独立既是宪政的支柱性原则,也是政治文明的应有之义。走向司法独立包括三个层面:一是理念层面的认同,二是制度层面的归位,三是操作层面的技术配置。单是制度层面的归位又可分三步进行:一是恢复司法独立原则的本来面目。我国现行宪法第126条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”,这一规定以列举的方式将不得干涉司法的主体局限为行政机关、社会团体和个人,明显是宪法的硬伤。根据联合国大会1985年通过的《关于司法机关独立的基本原则》决议,司法机关的独立是指:司法机关应不偏不倚、以事实为根据并依法律规定裁决其所受理的案件,而不应有任何约束,也不应为任何直接或间接不当影响、恫吓、压力、威胁或干涉所左右,不论其来自何方或出于何种理由。就此观之,我们不能不说1954年宪法第78条“人民法院独立进行审判,只服从法律”的规定更接近司法独立的真谛。二是调整审判权与立法权、行政权、检察权的宪定关系,在人民代表大会制度的框架内为司法权(审判权)的独立确立可行的制度支撑,使法院真正实现独立,使法院成为法律帝国的首都(德沃金语)。三是在独立的法院内实现法官独立。法官依其法律知识、社会经验和良知不受任何干涉地裁判案件是司法独立的最终落脚点。法院对法官而言,不过是由时间(时效)、空间(法庭)和程序构筑起的工作空间,在其中,法官是法律的喉舌;通过法官的言说,法律的意义得以阐明,有拘束力的判决得以做出,社会正义得以伸张。

## 五、法理思辨

张伟:您从事法理学研究几十年来,发动和参与了三十年来我国法学界历次重大的学术论战和思想启蒙活动,现在您又担任中国法理学研究会会长一职,应该说您对我国法理学研究的过去、现在和未来都是非常具有发言权的。能请您概括一下中国法理学研究总体状况吗?

徐显明:当前中国法理学研究呈现出以下四个特点。第一是十分关注法理学的现实问题。面向当下社会、面向政治实践是中国法理学研究的一个重要特点。观察法理学研究的主流话语我们注意到,除了法治、权力、权利等传统论题,几乎每年都有一两个引领法理学学术生产的主题标志。法理学研究主题的变化体现了政法实践对其造成的影响。学者们努力进行着解答,提出了一些具有本土特色的范畴和命题,其中不乏具有普遍意义者。当然,我们也不得不指出,学者们的解答不免因更多是思辨的而不是经验的,更多是设计的而不是归纳的,而导致其符号意义大于工具意义、文本价值大于操作价值,因此返回法理学的形而下是一个方向。法理学研究的另一个特点是它具有明显的反思批判性,无论是反思法治实践还是法学发展,但是这种反思似乎缺乏建设性。

第二是主题颇有变迁,仍处于探索阶段。不但现实问题的法理学研究随政治话语的转变而有变化,就一些纯粹法理学的论题而言,法理学的关注点也屡有变迁。从2001年到2007年,法律文化、法律移植和法律解释都呈现一种由升温到热点再到降温的过程,而法律论证则呈现升温态势。这一结果与我们日常的感受大体是一致的,它表明法理学界仍在不断探索属于自己的主题,逐步形成属于自己的研究领域、研究积累和研究规范,这是一个学科由初创到成长再到成熟的必经阶段,它还将伴随中国法理学一个较长时期。

第三是十分关注学科发展的交叉与分支。近几年,法学走上了交叉发展的道路,法文化学、法美学、法人类学、法律语言学等方兴未艾,相关论文和著作不断涌现,表明法学工作者不甘于在狭隘的小圈子里皓首穷经,能够综合相关学科的知识和方法,主动拓展研究领域,这是一种大气的学术发展思路,也是学科走向成熟的必然途径。

第四是不同时代的学者研究对象不同。学者研究倾向的变化是一个学科发展的方向标。法理学是一门颇具思辨精神的学科,从事法理学研究必须具备完善的知识积累和多年的社会角色训练。知名学者较多的从事更为

宏观、博大的主题的研究,更多借助思想实验室的思辨研究方法,而青年学者则将规范和规范分析作为主要研究对象与研究方式。

张健一:在这样的多元化学术图景中,您认为转型期的中国法理学应当有怎样的转变呢?

徐显明:法理学的使命在于为一个时代的法律生活建构一个深广的、一元化的理念世界,以之统摄、承载法律的有序运动。能够支撑一个时代法律生活的法理一定是与该时代的精神相契合的。三十年来逐渐形成的开放性的市场经济、理性的法治政治、以人为本的和谐社会要求中国法理学要实现从革命到建设、从斗争到和谐、从政本到人本的精神转向。如果在一个时间切面上,有纷争竞技、自说自话的各路学说,而无相对稳定、大致认同的价值取向与问题面向,就意味着这一时期的法理学尚存在着内部空洞与外部紊乱,尚未实现“形体”与“精神”的统一,尚不可能内在化于法律实践之中。毕竟,思想多元不同于各自为政,思想多元必须有一元化的价值观予以统摄和引领。具体而言,要注意以下三点。

第一,中国法理学的时代面向应是由革命主义转向建设理性。经济体制的开放必然会带来社会利益的多元、政治权利的重组、执政模式的重构,而最具有实践意义的应当算是执政党执政理念的转变。在革命为建设所取代、计划为市场所取代、人治为法治所取代的时刻,也是中国法理学由革命主义向建设理性转变的时刻。

第二,中国法理学的精神转型目标应是人本地位与和谐理念。法理学的中心问题是法律的精神问题,法理学的功能在于为法律的运动提供一般性的精神指引。哲学的元问题是人的问题,法理学的元问题是法律中的人的问题,展言之,就是人与自身、人与自然、人与社会的关系在法律视野中的展开问题。

第三,中国法理学应基于对实践问题的思辨实现范式转换。实践性的问题思考模式无疑是中国法理学发展的出路所在。但是,实践性的问题思考模式的倡导并不应成为对“形而上”思辨的否定。我们所要否定的是没有问题根基的“形而上”而不是“形而上”思辨本身。

## 六、人权建设

张 伟:您在2005年提出了“和谐权是超越前三代人权的第四代人权”的论断,并在2006年指出:“中国文化固有的和谐精神与源远流长的西方人

权文明传统相互交融、化合,将把人权推进到一个新的时代——和谐权本位时代。”这些观点在学界激起了很大反响,也引起了一些争议。时至今日,您对此有何评价?

徐显明:孔子基于对大同世界的梦想,柏拉图基于对理想国的追求,而缔造了东西方思想的起点。和谐,一开始便是超越地理和社会形态的人类共同追求的价值。和谐内含着人身与人心的和谐、人与人的和谐、人与自然的和谐三重要素。在此意义上,和谐社会中人们对人权的诉求就具有了与前三代人权迥然不同的视野与境界。

自西方资产阶级革命至今的人权运动史可以分为自由权本位的人权、生存权本位的人权和发展权本位的人权三个历史阶段。自由权本位的人权意欲造就自由的政治制度;但它忽略了人与人事实上的不平等,不平等的人权使人权体系难以和谐。生存权本位的人权意欲造就平等的经济、社会、文化制度;但它压制了资本与劳动力结合的积极性,社会从创造型转向福利型,一个社会活力不是增加而是减弱的社会仍是不和谐的。而发展权的主题则是连带东方世界和西方世界;但是在发展权的保障方式未从道德领域转向法律领域之前,发展权的过度主张则会引发人权体系的紊乱,从而带来社会的不和谐。三代人权的代际更替,循着特定时代的历史主题,在人类的文明进步史上确立了自由、平等、公正发展三个里程碑式的权利理念。在人权理念与制度的递进中,人们的自由与尊严获得了历史性的提升,人类的物质与精神文明有了长足的进取。但是,三代人权又具有共同的历史性局限。其一是片面性,传统三代人权由人权运动特定的历史背景和历史任务所决定,人权追求不同时期有不同的重点,不同国度有不同的侧重,其整体性总是处于被埋没、被忽视之中。其二是恢复性,在权利的起源方面,传统人权理论论证主要遵循了“权利固有,但求复兴”的逻辑。其三是对抗性,三代人权在理论论证方面,是建立在人与国家、社会对抗紧张关系之上的,自由权生成于压迫者与被压迫者之间,生存权达成于社会强势群体和弱势群体之间,发展权成就于被压迫民族与殖民者、欠发达国家与发达国家之间。而在实践方面,三代人权则又是在血与火的斗争中开路前行的。传统三代人权重在人类局部,而非人类整体;重在矫枉,而不在开新;重在斗争,而不在和谐。

和谐社会之人权诉求,在人本身,欲达身与心的谐调平衡;在社会,欲达人与人的和美共荣;在宇宙,则欲达人类与自然的同韵合律。和谐之权的提出,是对传统三代人权的整合与升华。相对传统三代人权而言,和谐权重

在开新,而非复兴;重在超越,而非守成;重在弥合,而非对抗。和谐权的诞生和被凝练,向传统人生理念、现有国家政治理念、当下国际关系理念提出了重构的时代命题。和谐,作为权利,首先其被证明是应然的,由此它既是衡量人际关系的价值尺度,又是人在关系中的美德。作为道德的和谐权,它主要指人应当被无条件地善待。

在法律上,和谐权对公共权力的要求超过以往任何时代,不独追求幸福是获得个人身心和谐的权利定在,国家治理中的善政良治更是达致人与人和谐即社会和谐的必要条件。人人被公权力善待是和谐权的价值所在,也是和谐权的法律要素。和谐权将改造民主的内涵,人人被善待,尤其是少数人和弱势人被善待,将是新式民主的标志。

人在友好的环境中生存与发展,是和谐权对国家与他人提出的新要求。和谐权的提出,将改造现有的权利义务关系。我们现在所拥有的生态、环境和资源不是从祖先那里继承下来的,而是从子孙那里借来的。要把对自然的权利观转化为义务观。这是达到天人合一这种人类最高生活境界的和谐的伦理基础。

张健一:能不能这样理解:相对于基督教的以上帝为本、资本主义的以物为本,和谐理念是以人为本的?从人权史的角度上看,人类至今为止追求自由权、生存权和发展权的过程其实充满了血腥暴力和纷争战火。但是将这个过程放在人权发展视角中,这也是人类追求共存共荣、和谐发展的历程。人权发展总是离不开背后的文化熏陶和融合,和谐权的文化基础是什么?

徐显明:中国文化“和而不同”的思想,当能够提供真正的依托与智慧。中国传统文化包含着对人与自然、人与人、人身与人心关系的深刻体认与把握。我将其概括为“天人合一”的宇宙观,“宽厚仁爱”的人际观,“恬淡平和”的身心观。老子讲:“人法地,地法天,天法道,道法自然。”庄子讲:“天地与我并生,而万物与我为一。”孔子讲以“仁”待人、以“仁”待物、“推己及人”、“成物成己”,在这些观点的背后,便是天、地、人合一和谐宇宙观。在人际关系上,孔子讲:“君子和而不同,小人同而不和。”《礼记·礼运》云:“故人不独亲其亲,不独子其子。使老有所终,壮有所用,幼用所长,鳏寡孤独废疾者皆有所养。”孟子讲:“老吾老以及人之老,幼吾幼以及人之幼。”这些均集中展现了儒家宽厚仁爱、悲悯豁达之情以及立意高远的和谐人际追求。在人身与人心的关系上,中国传统文化虽有宋明“存天理,灭人欲”的极端,但更主张心态恬淡、身心平衡,更有“富与贵,是人之所欲也;不以其道得之,

不处也。贫与贱,是人之恶也;不以其道得之,不去也”这样的伦理情怀。中国传统立意高远、完满深邃的人生观、世界观、宇宙观,虽然数百年来在表面上,对人类文明的解释力和推动力弱化了,但不容置疑的是,人类文明轴心时代的几大文明中,唯有中华文明绵延至今不断;而在近几百年异军突起的各色文明,有的已成夕阳丽影,有的渐趋衰微之时,中华文明的价值却日趋彰显。和谐社会这一概念本身,就承载了国人他求之后向中国文化的回归欲望。

作为东方典型的中国文化侧重对超验人生价值的追问,而西方文化则侧重现实的致用;中国文化重视群体的正义,而西方文化则重视个体的正义;中国文化重视人际的和谐,而西方重视人际的界分;中国文化侧重人生价值的完满,而西方文化侧重人生日用目标的实现。文化路向的差异,提供了东西方文化互补的必要性和可能性。西方文化的致用性、个体性、务实性可以补中国文化“有神却无体”之弱;而中国文化的高远性、和谐性、完满性则可修西方文化“有体却无神”之弊。中国文化固有的和谐智慧,唯有加以新质料的化合,方能实现现代化的转换和开新,这新的质料就是人权,这新的化合之物便是和谐权。

和谐权不独是达成一国内人与社会、人与自然和谐的基础,而且也是达成国际间文化与文化、宗教与宗教、民族与民族、国家与国家相互和谐的纽带。和谐权是21世纪的人类消弭文化冲突,在“不同”中求“和”,又能在“和”中存其“不同”的依靠与凭借。

张健一:您提到“在法律上和谐权对国家公共权力的要求超过以往任何时代,人人被公权力善待是和谐权的价值所在,也是和谐权的法律要素。和谐权将改造民主的内涵。”这实际上宣称了人权价值对政治文明的推动作用。那么反过来,对于一种政治文明来说,其衡量标准是否也是人权呢?

徐显明:政治文明的标准是人权,这是一个法律上的判断。立党为公,“公”作何解?当曰公众,公民。执政为民,为民之何?当谓民之利益,民之权利。立党为公,执政为民,二者结合,答案简约:为公民之权利。其根据来自:一切政治结合的最终目的,都是为了人的权利。一切政治运作的最终表现,都是实现人的权利。一切政治制度的最终内容,都是展示人的权利。一切政治文明的最终标准,都判断于现实中的人的权利。一切政治上的判断,都应转化为法律上的判断,并且,只有转化为法律上的判断,才是有意义的判断。

张伟:一个国家的政治文明程度越来越受国际社会关注,而国内人

142 | 社会科学论坛 2014/1 人权保障状况尤其成为该国在世界舞台上的一张名片。人权实践也呈现出了

规范化、普遍化的趋势,成为各国制度体系无法拒绝的价值内核。近几十年来,各国国家人权机构的纷纷建立更是将人权的制度化保护推进到了一个新的境地。您怎么看待在中国建立国家人权机构这一设想?

徐显明 1993年世界人权会议通过的《维也纳宣言和行动纲领》重申国家人权机构在保护人权方面有着重要的、建设性的作用,呼吁各国政府加强国家人权机构的建设。依照联合国大会1993年12月20日第48/134号决议之附件——《关于促进和保护人权的国家机构的地位的原则》(简称“巴黎原则”)的规定和各国在建立国家人权机构方面的探索与实践来看,国家人权机构的主要职责是:就有关促进和保护人权的事项,向政府、议会和其他主管机构提出意见、建议、提议和报告;促进并确保国家的立法规章和惯例与该国所加入的国际人权文书协调及有效执行;鼓励批准上述文书或加入这些文书并确保其执行;按照条约义务向联合国机构和委员会以及区域机构提交的报告做出贡献;与联合国及其系统内的其他组织、各区域机构以及别国主管促进和保护人权工作的国家机构进行合作;协助制定人权问题教学方案和研究方案并参加这些方案的执行;通过宣传和教育提高公众对人权的认识。

国家人权机构在推进人权事业方面必将起到举足轻重的作用。就国内层面而言,国家人权机构的设立能够有效地提升我国的人权保护水平。

首先,国家人权机构是落实宪法规定的内在要求。2004年,“国家尊重和保障人权”条款写入宪法,这充分体现了我国重视人权的基本精神。但由于传统保障模式存在的缺陷,人权在从应然层面向实然层面转换的过程中仍然面临林林总总的问题。就我国目前的人权保障体系而言,它主要体现出以下两个方面的特点:一方面为分散性。中国目前虽然没有专门的人权机构,但在不同程度上承担着人权保护职能的机构却是多种多样。从人民代表大会、法院、政府机构等立法、司法和行政机关到妇联、残联等人民团体,人权保护职能可以散见于各机构的职能之中。这种局面容易导致各机构的人权职能相互交叉,并由交叉产生重复管理或相互推诿的情况,从而使得人权问题难以得到及时、有效的解决。另一方面为或然性。尽管各机构都在不同程度上被赋予了保护人权的职能,但这些职能的运行缺乏确定的制度做保障。由于各机构的人权保护职能行使与否并不受具体的制度制约,而是以各机构工作人员的人权意识为依凭,这使得各机构的人权保护职能的行使始终是一种或然性作为。因此,我们有必要设立一个统一的专门负责人权事务的机构来解决当前体制所面临的问题,使宪法赋予人们的

神圣权利能够得到切实落实。

其次,国家人权机构是普及人权观念、培育人权文化的重要基地。一国人权事业的发展离不开该国人民人权意识的增强,离不开一国人权文化的形成。而国家人权机构通常所承担的宣传与教育职能无疑有助于增强本国人民的人权意识,促进人权文化的形成。通过组织宣传活动、进行人权教育、接受民众咨询等形式,国家人权机构将人权理念植入民众的生活,使人权成为民众重新认识自己、塑造自己的一个角度,从而促进人权文化的形成。

就国际层面而言,国家人权机构已经在人权保护领域确立了举足轻重的地位。为了推进人权事业的发展,联合国一直在推动国家人权机构的建立与推广。根据国家人权机构网站提供的资料,目前全球范围内,已设立的各种类型的国家人权机构达108家,其中完全符合巴黎原则,被评定为A级资质的机构有61家。与此同时,联合国人权高专署已接受大约40家国家人权机构的代表以自己的名义独立参加联合国人权委员会的年会。国家人权机构已经成为得到普遍承认并且行之有效的人权保护形式。

在这样的背景之下,国家人权机构将成为中国与世界进行人权对话的重要平台和有效渠道。在人权成为普适价值的今天,人权问题也已成为国际社会评定一国形象的重要因素。作为拥有十三亿人口的大国,中国的人权问题历来备受瞩目。要想树立人权大国的形象,中国有必要建立一个专门的机构来增强自己就人权问题与国际社会进行对话、沟通的能力。借助国家人权机构的平台,中国在人权领域所取得的成就无疑能以更令人信服的方式昭示世界。与此同时,中国也能通过国家人权机构这一渠道,与各国人权机构以及国际人权组织进行合作,汲取其在水权保护领域的宝贵经验,从而推进中国人权保护事业,提升中国的人权保护水平。

张健一:您认为在宪法上还需要增设哪些基本人权呢?

徐显明:系统性地进行分析,宪法上还应增设九项基本人权。

一曰生存权。生存权是社会主义国家在水权问题上的独特贡献。1991年中国政府发表人权白皮书,强调生存权是中国人民首要的人权,把生存权置于众权利之首,但“首要”的观点却缺乏宪法上的根据,因为宪法上没有生存权的概念表达。目前,我国在生存权的保障方面已出现了现实与立法的不协调,如何把生存权宪法化并根据此建立社会保障制度已成修宪之首。

二曰环境权。有无环境权已是宪法是否当代化的标志,它被认为是社

人权家族中与生存权并列的第二大类。环境权可以使人们产生这样的观念：我们现在所拥有的一切，不是从祖先那儿继承的，而是从子孙那里借来的。由此，环境权要强制人们形成“债务”意识，我们要完好无损地将现存的环境、资源像还债那样交于我们的后代。

三曰发展权。发展权在我们对外发展时，它是一项集体人权，主张它的意义在于要求发达国家为发展中国家履行和承担更多的义务，它是重调国际政治经济秩序的手段。而它在对内主张时，也是一项公民个人人权，其含义是指人人具有享受社会进步所带来的成果的权利和向社会要求条件使自己与他人共同发展的权利。发展权是一项人与人的连带权，被称为第三代人权的代表。

四曰知情权。该权亦称“知道权”或信息获得权。它是现代民主制度及信息化社会建立的基础性权利。政治活动如果被认为是公共产品，那么该产品的生产进程及工艺与成分，获得产品的人就有权知悉。该权利被认为是社会走向光明的保证。

五曰隐私权。我国宪法中有保护人的尊严不受侵犯的原则，但未把原则上升为权利。而隐私与人的尊严是密不可分的。由于我国尚未建立起人权推定制度，所以隐私目前在尊严未成为基本人权前还只是在民法层面上受保护。在信息时代，如何预防媒体侵权，已成宪法问题。

六曰经济自由权。此中包括职业选择自由、契约自由、经济体结成协会的自由、经济活动自由及兼职自由等。经济自由是市场经济形成的基础条件。

七曰迁徙自由权。当劳动力是有计划地安排的时候，迁徙自由是无意义的，而当劳动力是由市场配置的时候，迁徙自由就是必须的。无迁徙自由，即等于无劳动力市场。

八曰平等权。目前我国公民在权利面前仅有平等原则而无要求平等的权利。宪法上所有人的人格均平等地被称为“公民”，但在实际享有权利时却又被按身份分为两类，如何消除人权主体上的二元结构及真正实现权利平等，将是我国人权建设上的最艰巨的任务。

九曰受公正审判权。该权利要求国家重构司法制度，把司法的功能限定在权利救济上，把司法的价值定位于追求公正上，把司法的性质定位于被动与判断上，以期通过接受公正审判而达到社会正义。

以上九权，在我国已有辉煌实践，现在该是将其用宪法固定化的时候了。期望未来修宪，能以之为本基。民主、法治、人权是一面多棱镜。民主的

表是法治,民主的里是人权,法治的真谛在人权。人权进则法治兴,人权滞则法治衰,百世不移。

张伟:从法律角度,您如何看待三十年来中国人权事业及其未来发展?

徐显明:在新的历史发展时期,中国人权事业所取得的成就,为世界瞩目。其中,特别突出的是在人权法律方面的表现。

第一,中国积极参与国际人权法律体系。对于重大的国际人权法律文件,中国非常重视。早在1981年,中国就派出政府专家组参加联合国人权委员会组织起草《发展权利宣言》的历届会议。1986年,第41届联合国大会通过这份世界性的人权文件,中国同时加入这个《宣言》。1998年,时任中国国家主席的江泽民为纪念联合国发表《世界人权宣言》五十周年致贺词,首次表示中国承认“人权具有普遍性”。1997年10月和1998年10月,中国政府先后签署了《经济、社会及文化权利国际公约》与《公民权利和政治权利国际公约》。2001年2月28日,第九届全国人民代表大会第二十次会议审议并批准了《经济、社会及文化权利国际公约》。目前,中国已经加入了二十一个国际人权公约。这充分显示了我国开展国际人权合作的积极态度,也表明了我国促进人权、保护人权的坚定信心和决心。

第二,中国全面加强国内人权法制保障。当前,我国人权法律的立法司法执法工作所遵循的一系列原则主要有,科学发展观的思想,以人为本的理念,和谐社会的理论,党的领导、人民当家作主和依法治国有机统一的人民代表大会制度,科学执政、民主执政、依法执政的基本执政方式,法治政府的目标。人权条款入宪,集中体现在“一个条款和五种制度”。

一方面通过修正宪法第33条,提出“国家尊重和保障人权”条款。这一条款从五个方面修正了先前的人权理念。一是人权主体观的根本变化。变“公民主体观”为“人人主体观”,预示着宪法保护的主体由此指向了所有的人。二是人权体系的设定变化。变“封闭式人权体系”为“开放式人权体系”,避免了宪法不能列举人的所有基本权利的问题。三是人权标准的衔接变化。变“国内标准”为“国际标准”,预示着我国在法理层面上承担了接受国际人权标准的义务。四是执政理念方面的人权理解变化。“执政为民”由政治原则转化为法律判断就是,把“为了最广大人民的根本利益”表述成“为了全体人民的各项权利”。五是司法理念方面的人权理解变化。即使法律没有规定和明示的权利,只要能够证明它具有法义,司法机关也要给予保护。

另一方面依据宪法第33条第2款,用十四个条文增设五种人权制度。

一是经济权利平等制度,使得处于不同所有制之中的人们因此获得了平等的经济权利。二是私有财产制度,使得财产权由一般权利上升为基本权利和由民事权利上升为宪法权利。三是社会保障制度,使得人权主体在需要社会救济的时候,能够找到与生存权相对应的、与经济发展水平相适应的制度依托和宪法保障。四是紧急状态制度,使得非常情况下的国家权力能够有限制地克减公民权利,防止公权力合法地侵害私权利。五是公益补偿制度,使得征收征用公民个人的财产和集体的土地、财产,必须是为了公共利益的需要、能够依法进行和给予补偿。

第三,人权法制保障的执政党宣示。党的十七大报告确立了21世纪初叶中国人民把全面建设小康社会推进到构建社会主义和谐社会的行动纲领。从法律的角度看,它提出了以人为本的法律观、民主和谐的法治观;从人权的角度看,它深化了已有的人人平等观,重新设计了我国的人权体系。报告通篇都关系到“民”——民情、民意、民生、民族、民主。而这些“民”,最后都转化为“权”,即民权。由经济权利到政治权利再到社会权利,报告在理论上实现了当代中国三大类人权内容的体系化,并且把尊重人权和保护人权具体上升到治国理政的高度,预示着中国特色的社会主义人权体系正在形成。报告专门强调改善民生的五大突出问题。而与之相联系的人权就是:“学有所教”涉及人的受教育权;“劳有所得”涉及人的劳动权和报酬权;“病有所医”涉及人的健康权和治疗权;“老有所养”涉及人的养老保障权;“住有所居”涉及人的居住权和财产权。

党的十八大在人民的权利方面,无论在广度上和深度上都有了新的阐述,报告通篇贯穿着以人为本的科学发展观,突出了人民至上的重要思想。据统计,“人民”一词在报告中出现一百四十五次之多。报告中所说:“必须坚持人民主体地位。中国特色社会主义是亿万人民自己的事业。要发挥人民主人翁精神,坚持依法治国这个党领导人民治理国家的基本方略,最广泛地动员和组织人民依法管理国家事务和社会事务、管理经济和文化事业、积极投身社会主义现代化建设,更好保障人民权益,更好保证人民当家作主。”“必须坚持维护社会公平正义。公平正义是中国特色社会主义的内在要求。要在全体人民共同奋斗、经济社会发展的基础上,加紧建设对保障社会公平正义具有重大作用的制度,逐步建立以权利公平、机会公平、规则公平为主要内容的社会公平保障体系,努力营造公平的社会环境,保证人民平等参与、平等发展权利。”“必须坚持走共同富裕道路。共同富裕是中国特色社会主义的根本原则。要坚持社会主义基本经济制度和分配制度,调

整国民收入分配格局,加大再分配调节力度,着力解决收入分配差距较大问题,使发展成果更多更公平的惠及全体人民,朝着共同富裕方向稳步前进。”总之,报告中涉及人民权利的表述由许多。

人权事业是人类的一项进步事业。改善中国的人权状况,最大限度地尊重人权和保障人权,我们仍然面临着长期而艰巨的任务。

## 七、立法实践

张健一:您现在同时担任全国人大常委会常委、全国人大法律委员会委员和全国人大代表,经常参与国家立法工作,这在学界并不多见。根据您的多年来的亲身经历,您认为,当前转型时期的人大工作应当围绕哪些主题展开?

徐显明:我认为人大工作是围绕着三条主线而展开的。

第一条主线,是民主的主线,也就是民主的制度化、民主的法律化、民主的程序化问题。大家谈民主时不应仅理解政治上的民主,也有经济上的民主,经济上的民主最集中的表现就是国家预算制度的议会化问题。政治领域的民主只是民主的一个方面,而不是全部,有时候我们还谈司法是否民主,比如陪审制度,首先应该理解为司法民主化的一个表现。在政治领域中谈民主,第一方面,民主的选举;第二方面,民主的决策;第三方面,民主的管理;第四方面,民主的监督。这四个方面的可以叫做民主的政治制度,其实就是制度意义上的民主。当然谈制度意义上的民主,最早提出的是列宁,列宁曾把国体与政体统一于一起,他称之为国家制度的民主。我们人民代表大会制度中的民主,首要的和根本的应是这种意义上的民主。这就是我们全部工作的第一条主线。在保障人民当家作主,实现我们国体的过程当中,我们的政体怎样和它相适应?我们人大的工作还有经济上的民主以及其他方面的民主。怎样实现全面的民主?所以,民主是人大工作永恒的主题,是我们制度的生命所在,如果背弃了这条主线,等于是否定了人大制度本身。

第二条主线,是法制统一性的工作。维护法制的统一性是对我们人大工作的基本要求,其职能是其他任何一个机关都无法替代的。

法制的统一性当中提出的第一个问题就是必须有高质量的立法。一个高质量的立法应该通过一系列的标准来判断。

第一个标准应该是价值标准。在制定法律的时候,应当正确判断和选

择以下四个价值标准,构建一个和谐的社会。第一组是正义和利益;第二组是自由和秩序;第三组是公平和效率;第四组是生存和发展。从以上四组的价值对立看,管理国家的本质就是首先要进行价值判断,然后进行价值选择,再次要消除价值和价值之间的冲突,把价值之间的冲突降到最低点。

第二个标准应该是合法性标准。在立法学中有个概念叫“立法的不法”,指的是制定出来的法律如果违背了更多人的意志和利益,这个法只是在形式上,而不是在本质上满足了多数人的利益。这个问题的提出就使我们要思考立法的意志和它的分解问题。立法意志的分解,特别是现在法学界批评比较多的是“部门立法”。部门立法在学术上现在受到两个诘难:一个批评叫做“法治幌子下的人治”,另一种批评是和以权谋私相对应,属于一种“以法谋私”,即通过立法谋求本部门、本单位的利益,把本部门、本单位的利益法律化。这种情况一旦出现,就破坏了法治的统一性,在本质上就不是绝大多数意志的体现,所以这个标准被称作合法性标准。

第三个标准叫做科学性标准。规律就是科学的,所以制定出来的法律如果是符合规律的,那么这个法就是一个科学的法。当涉及到人和人之间关系的时候,要以和谐为判断;当涉及到公民的权利和国家权力之间关系的时候,要以最大限度地尊重公民的权利为判断;当涉及到人和自然之间关系的时候,特别是涉及到一些技术规范的时候,一定要体现出它的科学性。凡是违背这些规律的,就被认为是不科学的法。

第四个标准是成本标准。现在社会学上正在研究法的成本。我们立法是需要成本的,而法的成本更多地是体现在法的运行当中。法被制定出来容易,如果在运行当中社会要为此付出很高的成本,这个法可能也会被认为是一个缺乏效率的法,甚至被认为是无效的法。所以从法的社会成本上去分析它,把成本降到最低的立法就是好的立法。

第五个标准是立法的技术标准。是不是用了法言法语?是不是使用了概括性的条款?是不是在列举的时候已经把所有可能都已穷尽?权利义务是否已经统一?与其他法是否发生冲突?权利与权力边际是否清楚?法律责任如何追究?权利能否诉讼等等,就是用技术性标准和可诉性的标准来判断。

法的有效性和法的无效性,可以通过对两类规范的触摸去做一个试探。比如在我们禁止性的规范中,法律所禁止的行为,如果你为了、去做了,最终没有受到法律的惩罚,这个结果就证明那个规范是无效的。另一类判断:法律所倡导的、所鼓励的,如果你做了,最后没有得到肯定和褒

扬,你同样可能反过来认为这个规范是无效的。这样的话加强法律的监督可能就是人大非常重要的一项工作,保证法的有效性主要体现在对法实施的监督上,所以高质量的立法、保证法律的有效性,对法进行监督,这几项工作统和起来,就是我们人大工作应该履行的第二条主线——法制的统一性工作。

第三条主线,人大工作的本质在于维护和实现人民的权利。最终不能保障人民权利的一切的政治形式最终可能都要归于失败。所以人大的本质如果就在于保障人民当家作主的话,在法律上的表现应该是保障人民权利的实现。实现人民的权利是人大工作的基础。可以把法治建设的几个环节都分解为人民的权利。

法治的第一个环节是立法。立法就是在总结、概括和表达人民的权利。第二个环节是执法。法制定出来以后,一切国家机关对法律的执行,本质都是在“落实人民的权利”,把写到纸上的人民的权利转化到现实当中。第三个环节是司法。司法的本质就是当人民的权利受到侵害或者遇到障碍的时候,通过司法的方式来补偿和救济人民的权利。第四个环节,就是我们所有的国家机关、各政党、武装力量、社会组织、公民个人都要守法。守法的本质就是鼓励你去获得各种权利。所有的社会主体守法都是在获得一种取得权利的鼓励。第五个环节是法律监督。其本质在于保障人民的权利,去纠正那些侵害人民权利的事情,最终使人民的权利恢复原状。

根据以上人大工作三条主线的理解,我个人认为,提高执政能力对我们人大工作来讲,实质上就是提高这三个能力:建设好民主制度的能力、维护好法制统一性的能力和保障好人民权利的能力,这三个能力的提高就是我们人大工作提高执政能力的具体表现。

张健一:随着改革开放的日益深入,一方面需要扩大公民有序的政治参与,完善公开办事制度,另一方面必须完善决策机制,推进决策科学化民主化,建立社情民意反映制度,建立与群众利益密切相关的重大事项社会公示制度和社会听证制度。应该说,这为我国建立健全公民参与制度指明了方向。在人大工作中,这些趋势如何体现?应当怎样完善公民参与立法制度?

徐显明:我们需要认真研究公民参与立法的制度及其相关制度。

第一,根据国内外的实践,公民参与立法制度得以建立并能充分发挥实际功效,离不开相关制度的配合。其中,最为重要的莫过于,建立健全并严格实行立法公开制度。因为,若没有立法公开制度,要建立并实行公民参与立法的制度就是不可能的,或者说,其效果是要大打折扣的。道理很简

单,公民要参与立法,就必须首先了解所要参与的法律的有关情况,否则就无法发表意见。

立法公开制度,作为立法机关议事公开的重要组成部分,它本身就是“现代议会民主制度的另一重大发展,也是以现代的标准衡量一个国家的立法民主化程度的重要指标”。它的基本含义就是要“将立法程序的各个阶段及其阶段性成果向社会公开”。它主要包括两个方面:一是要公开有关规范性文件的各种草案、说明、背景资料、立法讨论中的会议记录等;二是立法机关的会议本身也要公开。总之,立法公开制度是法律公正、公平特性的重要保证,也是公民参与立法的前提之一。

第二,就实际运作情况来看,包括立法听证制度在内的公民参与立法制度,既有积极作用,也有负面影响。比如,在美国、英国等普遍实行立法听证的国家和地区,它也存在消极影响。主要是:它妨碍了立法机关的效率;增加了立法成本;委员会听证容易产生误导与偏见。当然,这些批评与质疑,有的是实行立法听证制度所必须付出的“代价”,如在立法实践中可能感到“麻烦”,立法效率也可能降低。而且,要花费的成本会增加,这个问题在我国资源不足而又要加快立法步伐的情况下,就显得更加突出。有的则是通过完善这一制度本身就可以解决的,如建立立法听证代表选择决议制、听证意见听取与选择的表决制,就可以在在一定程度上杜绝委员会听证容易产生误导与偏见的问题。

我们指出这一点,并不是反对实行立法公开制度,而是要说明,在引进或者移植国外的包括立法听证在内的公民参与立法制度时,要全面认识这一制度本身的特点与内容,也要弄明白它得以有效运作的制度环境,否则会出现一些新的问题。这些问题我们应该预见到,并且努力加以避免。

第三,立法法的有关规定尚需完善。新中国成立以来,在立法过程中还是比较注重公民的积极参与,强调走群众路线的。正是在对以往实践中成功的做法进行总结的基础上,九届全国人大三次会议于2000年3月通过的《立法法》进一步明确了有关公民参与立法的制度。根据该法第34、35条的规定,列入常委会会议议程的法律案,法律委员会、有关的专门委员会和常委会工作机构应采取座谈会、论证会、听证会等多种形式听取意见;列入常委会会议议程的重要法律案,经委员长会议决定,可以将法律草案公布,征求意见。

但是立法法的规定还不明确,还缺乏可操作性。主要体现在(1)上述这些形式在什么情况下使用,没有明确规定。这样,在实际执行过程中,随

意性就会比较大,其结果就不利于公民参与立法制度的实施。(2)《立法法》也未规定座谈会、论证会、听证会等形式之间的区别,因为座谈会、论证会与听证会是有很区别的。特别是要明确举行听证会的法律效果,否则,建立并实行立法听证制度就失去了它本身应有的意义。(3)《立法法》也未规定座谈会、论证会、听证会的程序规则。只有使举行这些会议的程序明确并具有可操作性,才能使公民参与立法的这些形式真正得以实施。

解决这些问题,可以对《立法法》的有关规定进行修改完善,但鉴于这部法律颁布实施不久便修改,不太合适,可以采取另一种办法,就是在《全国人民代表大会议事规则》《全国人大常委会议事规则》中增加有关规定。

## 八、法治研究

张健一:建设社会主义“水治”状态下的“法治国家”,法学界为此做了很多努力,1997年3月召开的法治研讨会,您在会上把法治的构成要件做了一个全面解释,并建议将“刀制”改为“水治”。现在对法治国家的解释基本上还是您当时提出的“法治”三要素。

徐显明:依法治国,建设社会主义法治国家,两句话合起来才是一个完整的价值表述,如果把它们割裂开,就可能出问题。法治国家应当做到“三个四”。

(1)法治国家应当奉行四个观念:一是法治状态下的法一定是善法、良法,社会主义法治一定是社会主义的善法之治、良法之治。二是法治国家里面要奉行法律至上的观念。如果一个国家能够找到的最终权威不是法律,而是一个机关或者一个人,那么这个国家一定不是法治国家。在法治国家里面,法律应具有至高无上的地位。三是法治国家里面应当奉行法的统治的观念。法治国家里面应当是法律在统治一切,而不是某个人或他的喜怒哀乐及政策或经验在统治。四是法治国家应当以权利文化作为构建的基础。这个权利不是公共“权力”(Power),而是私权利(Rights),法治国家应该把最大限度地实现人的权利作为一种文化。

(2)法治国家应当遵从四个基本制度:一是国家的一切公共权力都来源于法律,而最终都受制于法律。没有法律依据的公共权力不得设立,更不得行使。二是公共权力的行使必然附带法律责任。任何公共权力的行使都要附带责任,这个责任最终都要转化为法律上的责任。三是法治国家里面

152 | 社会科学论坛 2014/1 公民的权利受法律保护。法治的真谛是保障人权,这是实体法治和形式法

治之间的本质区别。四是公民义务法定化原则。公民有权拒绝法律规定以外的义务,只履行法律规定的义务,这是法治国家的特征。

(3)法治国家应当具备四个技术性条件:一是法律内部必须保持协调一致,维护法律的统一性。二是必须有一支精通法律的国家公务员队伍。三是必须有一个独立公正的司法系统。四是法治国家里面必须有一个发达的法学教育。

张 伟:法治的实现不可能是一蹴而就,它总是需要各种各样的准备。在您看来,要实现法治目标,需要什么样的前提条件?

徐显明:法治的实现条件有三:

首先,要建设社会主义法治国家,必须有一系列和它相适应的理念,这个理念就是精神要件。其实质是,法律与权力交互作用时人们所做的价值选择和持有的立场。

第一个理念是善法恶法标准理念。法治国家里面的法律一定是善法,是善法之治。恶法,非法也,不可能催生法治。第二个理念是法律至上理念。第三个理念是法的统治理念。法治和人治是水火不容的,有人治便没有法治,实行法治就要排除人治。最后一个理念,法治社会要奉行人道主义文化和权利文化。人道主义文化的哲学表达就是以人为本。人道主义最终要解决的就是人的主体性问题。

其次,法治的实体要件,是国家在建设法治国家过程中应该尊崇的基本制度。我们可以用制度构建的四个原则予以说明。

第一个原则,是一切公共权力都来源于法律,并且最终都受制于法律,没有法律授权的公共权力不得行使。这是法治国家最基本的要求。第二个原则,国家责任的不可逃避。古典的法治理论,总以行政权为防范对象,其实,立法权和司法权同样可能侵害公民的权利。因此,任何公共权力的行使都要附带责任,这个责任最终都要转化为法律上的责任。第三个原则,国家尊重和保障人权。我把它概括为“法治的真谛是人权”。这是实体法治和形式法治之间的本质区别。形式法治只是表面上的依法办事、依法行政,实体法治则是依法办事、依法行政,最终保障人权。第四个原则,公民义务的法定化。这也被称作“公民法外无义务”。就是说,公民只履行法律以内的义务,任何对公民施加的法律以外的义务,公民都有权拒绝。上述四个基本制度原则,前两个是约束公权,后两个就是保障私权,这就是法治国家的实体制度要件。

仅有理想的法治实体内容,而缺乏适合于它的形式,法治仍是不完整

的。实体要件与形式要件的统一,才有良好的法治。

第一,要保障国家法制的统一性。这一项实际上是对立法提出来的要求,法律的内部不能有冲突,立法的科学化、立法的一体化、立法的价值化都要在这里得到体现。第二,要有一支懂法、守法,并且对法律形成信仰的公务员队伍。执法者一定要懂法,养成对法律的信仰,执法者如果不懂法,就如同盲人上路,别人危险,自己也危险。第三,要有一个独立公正的司法系统,赋予法院以解决社会纠纷和矛盾的权威地位。最后还有一个发达的法学教育给社会提供法治理念、提供法治的主体。只有这几项合起来,我们才可以说,构筑法治的基本条件已经具备了。

张健一:您指出,法治是和谐的基石之一,那么法治的和谐在社会和谐中占有什么样的地位?其意义何在?

徐显明:法治的和谐是社会和谐的题中应有之义。法治的和谐主要包括以下七个方面内容。

第一,法治价值的和谐。法治理念是适应社会利益多元与社会需求多样的要求而产生的,它建立在价值冲突的逻辑之上,没有价值冲突便无需法治。法治的价值可以分为实体价值和形式价值。就实体价值而言,法治就是借助其规则理性,在正义与利益、公平与效率、自由与秩序、人权与自律、生存与发展等冲突着的价值中建立起平衡。就形式价值而言,法治则是借助其技术理性,实现规则的普遍性、一致性、至上性、稳定性和公开性的统一。法治价值的和谐体现在形式价值与实体价值的和谐之中。因此,形式法治与实体法治相统一,才是真正意义上的法治。

第二,法治自身的和谐。法治是规则之治,法治的和谐必然要求法律自身是统一和谐的。我们国家的法律渊源大致包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治法规、行政规章、特别行政区法、缔结或加入的国际条约。法治的统一与和谐有赖于立法权的统一。如果立法权被分割,那么法律中的矛盾就不可避免。如果立法之外的各类解释在法律应用的过程中比立法本身更受尊重,这些解释便会在实质上取代立法,其结果必然是破坏法治的统一。法治的统一与和谐也有赖于立法中合宪原则的坚守。在一个国家的全部法律规范中,宪法是基准的定盘星,它决定了法律法规所处的效力位阶。

第三,法治运行的和谐。法治的统一是静态的和谐,法治的良好运行则是动态的和谐。法治的运行包括立法、执法、司法、守法和法律监督五个环节。这五个环节均是围绕公民权利展开的。立法是以法律的形式分配、固化权利,这是法治的前提环节;执法是通过政府作为,落实公民权利,这是法

治的关键环节 ;守法是鼓励人们积极享受、行使权利 ,这是法治的基础环节 ;司法是当公民的权利受到侵害时恢复、救济公民的权利 ,这是法治的调节环节 ;法律监督是通过对公权力的监控督察来保护人们的权利 ,这是法治的保障环节。五个环节的和谐最终体现为公民权利保障的制度化。法治运行的和谐还有赖于法官、检察官和律师等法律职业者具有一元化的司法理念、职业操守、知识结构和从业标准。

第四 ,权利与义务关系的和谐。法以权利和义务为机制调整人的行为和社会关系。权利和义务贯穿于各个法律现象、各个法律部门和法治运行的各个环节之中。没有无义务的权利 ,也没有无权利的义务。在法治状态下 ,每一个法律主体都应具有平等的法律人格 ,既享有法律赋予的权利 ,也履行法律规定的义务 ;不允许只享有权利而不履行义务的特殊主体存在 ,也不允许只履行义务而不享有权利的主体存在。权利与义务的和谐状态可以表现出一个社会的平等状况。各个社会主体承担的义务与其享有的权利的统一是法治和谐的基础。

第五 ,公权力与公权力的和谐。公权力之间的和谐 ,指的是各公权力部门各司其职又相互监督 ,在国家政治体制内行使公权力 ,确保充分实现国家的政治、经济和社会目标。我国宪法规定 ,全国人大是最高国家权力机关 ,国家行政机关、审判机关、检察机关都由其产生 ,对其负责 ,受其监督 ,以保证国家权力的统一和行使效率。这一目的的实现有赖于宪法规定的权力分工与监督原则的贯彻。公权力体系不和谐的根本原因在于各权力部门间利益与利害关系交叉 ,职权与职责交叉。公共权力如果分工不明、权责不清会导致两方面的问题 :一是多个公共权力部门会争权去责 ,或为共同利益而选择不利于公众的行为 ;二是各部门因责任不清 ,相互推诿 ,难以追究失职责任。公权力和谐的要义既不是指一个部门无原则地妥协于另一个部门 ,也不是仅指各部门间的相互配合 ,而是各公权力均忠诚于宪法和法律 ,在此基础上最大限度地发挥本部门的效能。

第六 ,私权利与私权利的和谐。私权利间的和谐有赖于个体自由自治、群己权利界限明晰、人人权利平等三大要素的有机统一。机会的平等、权利的平等、规则的平等在法治状态下最终都可归结为立法平等。立法平等的基本要求是不以身份而以法定人格作为权利与义务配置的基础。

第七 ,公权力、社会权力与私权利的和谐。在一定社会发展阶段 ,社会总的权利(力)是一个定量 ,而公权力、社会权力与私权利之间则成反比例关系。在这三种权利(力)中 ,私权利是基础 ,社会权力是调节器 ,公权力则

是手段。要实现三者间的和谐,就需要使政府权力与责任分配达到均衡,如果政府控制经济资源多、干预市场多而提供服务少、提供公共产品少,那么公权力、社会权力与私权利之间的比例就会失衡。

张伟:社会主义法治理念被概括为依法治国、执政为民、公平正义、服务大局、党的领导五个方面。您如何理解这一理念?

徐显明:社会主义法治理念是社会主义法治实践的指导原则,是发展中的马克思主义法治观在当代中国的最新理论成果,其价值取向为公平正义。公平正义应是社会主义法治的灵魂,是“以人为本”为本质要求的科学发展观的重要组成部分,其核心是社会基本制度的公平正义,其实现有赖于和谐社会的构建,有赖于执法机关和执法人员公平公正执法司法理念的树立。

第一,公平正义是社会主义法治的灵魂。社会主义社会一定是以公平为基本特征、以正义为最终价值的社会。依法治国,建设社会主义法治国家的目标就是在全社会实现公平正义。公平正义是评判社会善恶的首要标准。有关社会价值的学说可谓精彩纷呈,“利益”说、“自由”说、“效率”说、“秩序”说就是其中较有代表性的。承认、肯定和保护人们的正当利益,是一个社会发展的动力源泉,但是一个社会如果奉“利益”或“功利”为最终的依归,这个社会将成为德性尽失的社会;“自由”是社会生命力、创造力的源泉,但是极端的自由主义将会使社会退化为原始丛林;“效率”为社会发展所必须,但是“效率优先”在任何时候都不应成为漠视公平、践踏正义的借口;“秩序”是社会稳定的基础,无秩序便无社会安全可言,但是当秩序成为社会最高价值的时候,则有可能将社会导向活力窒息的境地。由此可见,利益、自由、效率、秩序作为社会价值之一,固然为社会发展所必须,但都不能作为社会的终极价值准则,它们最终都要受公平正义这一基准的评判和检验,它们中的任何一项均不具有超越社会公平正义价值的力量。

建设国家、管理国家所要实现的理想境地是经济富足、政治进步、文化昌明、社会和谐,这些目标的实现皆有赖于社会公平正义价值的统领。从人类历史的发展经验来看:社会的主流价值决定着社会的文明走向和发展方向。一个良善的社会必定是将公平正义奉为圭臬的社会,而一个公平正义不彰的社会必定会走向经济的衰退与凋敝、政治的专制与腐化、文化的消沉与堕落、社会的混乱与无序。在一个国家中,利益需求是多种多样的,冲突与矛盾也是变化多端的,因此执政者的首要任务是要进行价值判断与选择,进而消除冲突,维护公平,匡扶正义。在此意义上,我认为管理国家的本

质就在于价值选择。当公平正义成为社会主义法治的灵魂,成为全社会的人们看得见、感受得到并能够分享得到的结果的时候,社会主义法治就能惠及广大人民群众。

第二,公平正义的社会是一个“以人为本”的社会。公平正义如果不是抽象的教条,就应拥有反映时代要求的具体内容。公平正义的社会首先应是一个“以人为本”的社会。“以人为本”首先要回答的是“以什么人”为本的问题。一个国家的权利保障体系有三个层次:一是“人人”的层次,二是“公民”的层次,三是“弱势群体”的层次。公民权利主要指向政治参与、担任公职、劳动就业和社会保障等领域;弱势群体权利主要指向妇女、老人、儿童、身体残障者等特殊对象;而第一个层次,也就是“国家尊重和保障人权”中的层次指的是“人人”“所有的人”,也就是《世界人权宣言》所讲的不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份的差别,平等享有基本人权和人格尊严中的“人人”。

“以人为本”其次要回答的是“以人的什么”为本的问题。这一问题涉及两方面内容,首先,“以人为本”必须以人的共同需要为本,人的共同需要就是最广大人民的根本利益,就是社会民众的共同的普遍的要求,所以,满足人民的共同要求就是党和国家工作的基本出发点和落脚点。其次,“以人为本”还必须以人的全面而自由的发展为本,每个人的自由而全面的发展当成为其他人自由而全面发展的条件时,公平正义的社会与社会主义和谐社会便是告成之时。

“以人为本”最后还要回答“如何将人的需要转化为法律上的权利”这一问题。人的需要唯有转化为法律上的权利才是现实的、安全的。“以人为本”与“科学发展观”“和谐社会”理论在价值上是一致的,它们一方面解决了目的性问题,那就是实现人的自由而全面地发展;另一方面又解决了一系列关系问题,即政治建设、经济建设、文化建设、社会建设的统一与和谐。社会主义法治理念的提出正是这些理念逻辑的产物,因此,对作为社会主义法治价值追求的公平正义的理解也必须建立在这些理念基础之上。

第三,公平正义的核心是制度的公平正义。公平正义是历史久远的人类理想,它的基础是社会制度的公平正义。从直观的层面看,社会不公现象是形态各异的,但概括言之不外乎起点的不公、机会的不公、规则的不公、结果的不公四个方面。可以说,没有公平正义便没有稳定的社会秩序,也没有社会的和谐。因此,构建社会主义和谐社会与构建公平正义的社会是等义的。

第四,公平正义的实现有赖于制度的和谐。制度的本质在于调整社会各种权利和权力之间的关系,制度的和谐是社会公平正义的前提和基础。法治所要求的和谐里面第一个要素便是公共权力和公民权利的和谐。国家之成型,是人民意志的产物。因此,国家或曰公共权力存在的目的就只有一个,那便是以人民利益为本,更好地服务于人民。然而,公共权力自其诞生起,就存在着暴力性、过度膨胀等弊端。自近代以来,民众所努力致求者、思想家所竭力思考者不外乎如何驯服公权力这个问题。法治社会,公共权力应具有谦抑性、去暴性,公共权力之行使必须以保护公民权利和公共利益为前提,公民的权利诉求应当能够通过适当程序反映给权力执掌层,权力和权利之间应当能够形成一种良性互动。可以说,什么时候公共权力和公民权利和谐相处了,法治社会就形成了,和谐社会的基本特征也就具备了。

制度和谐的第二个要素是公权力之间的和谐。制度和谐的第三个要素是公民权利和公民权利之间要和谐。公民权利的和谐至少包括三个方面。其一是权利内容的和谐。法律对公民权利内容的规定应符合人类发展的趋势,不同等级效力的法律对权利的规定应逻辑统一、体系严谨,对特殊人群应给予特殊的权利保护等等。其二是权利与义务的和谐。马克思指出没有无义务的权利,也没有无权利的义务,这是我们分配公民权利与义务是应把握的总原则。其三是权利主体之间的和谐。建设法治社会,我们不仅要高扬规则意识,还要努力锻造团结友爱、诚信文明的社会文化。讲求规则,并不意味着我们处处要以规则制人,而在于我们在行为时应谨奉规则,尊重他人的权利边界。权利主体的和谐还应该包括所有公民应平等地参与到法治的整个进程中来。

制度的和谐最终要和谐于制度的正义这一核心点上。在法治国家建设中,如果全社会的规则意识没有养成,如果各个公权力机关不能从实现公平正义社会的高度上把握公权力的性质,实现和谐运行,社会的公平正义定难实现。

建设社会主义法治国家,其终极目标在于公平正义,其现实道路在于保障和发展人权,其具体途径在于公平执法。国家尊重和保障人权这一原则的入宪,为社会主义公平正义理念确立了现实的基准、法律的标杆。和谐社会的构建,为社会主义公平正义的实现提供了思想和社会条件。社会主义公平正义不再仅仅是一句口号,不再是一个理论术语,而是已经成为我们这个社会的价值共识,已经融会进我们的法律制度和执政理念,成为执