

中国法治论丛

鲍禄 主编
蒋立山 杨继春 谷川 副主编

Tribune on Rule of Law
in China

2014 ~ 2015年卷



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国法治论丛

鲍禄 主编
蒋立山 杨继春 谷川 副主编

Tribune on Rule of Law
in China

2014 ~ 2015年卷

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法治论丛. 2014 ~ 2015 年卷 / 鲍禄主编. —北京: 中国法制出版社, 2015. 12

ISBN 978-7-5093-7087-2

I. ①中… II. ①鲍… III. ①社会主义法制—中国—文集 IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 289941 号

责任编辑 刘晓霞

封面设计 杨泽江

中国法治论丛

ZHONGGUOFAZHILUNCONG

编者 / 鲍 禄

经销 / 新华书店

印刷 / 人民日报印刷厂

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16

版次 / 2016 年 1 月第 1 版

印张 / 34.5 字数 / 455 千

2016 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7087-2

定价: 108.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码: 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66066627

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

对外经济贸易大学法学院法学理论学系
对外经济贸易大学比较法与欧盟法研究所
中国政法大学城镇化法律问题研究中心

《中国法治论丛》顾问

张恒山 刘金国 罗玉中 朱景文 朱力宇

编委会成员

刘永艳	李雅云	蒋立山	吉 雅	鲍 禄
于兆波	刘双舟	杨继春	李 俊	侯 猛
杨 贝	谷 川	马 茵	王宏哲	王称心
吴 平	张 莉	程 滔	姜晓敏	

序

2012年、2013年，都是深秋，在北京，由对外经济贸易大学法学院主办、法学院的法学理论学系承办，召开了“回应与创新：十字路口的中国法理学”、“抉择与推进：十字路口的法治中国”两次“十字路口”学术研讨会。彼时，惠园行政楼会议室，群贤毕至、少长咸集。主要围绕着“法治中国”、“中国法理学”的理论和现实话题，与会学者进行了主题发言，展开了有益的讨论和交流，在一些方面，达成了初步的、大方向上的共识。

这本论文集，主要就是这两次研讨会成果的体现。文集中收录的，除个别外，都是提交到研讨会的发言论文，在文集收录、文集编辑的过程中，大部分作者又对自己的文章进行了调整、补充和完善。因此，客观地说，虽然这本论文集叫“2014～2015年卷”，但所反映的，大体上，是学者们截至2014年上半年的研究成果。

2014年深秋，中国共产党按例召开了十八届四中全会。会议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，提出了“为建设法治中国而奋斗！”的任务和目标。这次全会，以“依法治国”、“法治中国”为主题。完全以法律的事项作为一次中央全会的讨论和议定主题，这在党的历史上，到目前，还是绝无仅有的。

这本文集，之所以要标注年份序号，是因为它是前两辑的延续。这是若

千名法学者、特别是法理学者为主的一个小小的、松散的学术圈子坚持做了十来年的一项工作。在我国，在法学界，这样的圈子有很多。作为中国法学的一部分、一分子，我们跟大家一起，以此为法学增加成果、增长智识。同时，这是我们生活的重要内容，作为学者，我们以此为生。

重要的是，我们恰恰是中国的学人；更重要的是，我们生活的时间碰到了中国快速变化和发展的年代；更更重要的是，我们中国人跟世界各族人民一起，正在经历着可能是历史演进的重要转折期和发展期的全球化时代。

这让一切多多少少变得有些不同寻常。

快速的变化和发展导致国人普遍焦虑，体现在方方面面。法理学关注的主题、问题，大多，也可以说是由社会所处在的焦虑期所导致的、引发的。比如，中西的法律、法制、法治是不是一样？我国的法治建设和发展要不要借鉴西方，如果要，什么可以引进借鉴、什么应该排斥摒弃？西方的法律，其具体的规则和制度，以及机制，即使是历史实践证明成功、有效的，引进和借鉴的时候，要不要进行、进行怎样的，实质上的还是技术层面的改造和加工？学者们有的在重申或者变形重申西方的原理、理念，有的在尝试改造已有的学术堡垒，有的则呼吁或努力建造“我们自己”的出发点和基础。无论哪样，这个过程都是充斥着矛盾和纠结的。于是，时间长了，或者冷不丁一下，对自己的这个工作，对法理学也开始焦虑了：它的学术基础在哪里？它所秉持的知识逻辑是否清楚“正确”？它所关注的问题和进行关注的方式与路径是否得当“有效”？以及，我们的法理学、法学跟西方现在早已经显示出成熟度的法理学、法学究竟应该是怎样的关系、要不要相互学习、要不要和应该如何合作？不少学者在反思着这件事，过程中，有的梳理出西方法学、法理学源流，分析出其发展增长的脉络，有的在强调法学知识系统中的基础性概念、范畴和逻辑结构的正宗，更有的，则对“我们自己”的法学、法理学知识基础和系统进行分析和批判，尝试解构、建构其中某些。

这是中国法学中的双重焦虑：对问题的焦虑和对自身的焦虑。这种焦虑症在我们的法理学中表现得更集中和明显一些。

焦虑意味着什么？积极地说，意味着“穷则思变”的觉悟和心情。在“十字路口”又一次出现在我们眼前，且它的出现令我们不能不回忆起以前的若干次的错过和错误选择的时候，出现在21世纪的这次选择，就不能不让我们真切地感觉到，机会之门应该是，在空间上、在时间上，都有着严格的条件和限制的。研讨会上，大家曾自嘲地说过，就像“中国式过马路”一样，我们人多势众，一起哄、互相壮着胆儿，这个路口就过去了。社会历史的发展真的会如此这般吗？

一百多年前，在中国历史碰到近现代第一次“十字路口”的时候，梁启超在1896年8月9日为其系列政论文《变法通议》的“自序”中说道：“今夫自然之变，天之道也；或变则善，或变则敝。有人道焉，则智者之所审也。语曰：‘学者上达，不学下达。’惟治亦然：委心任运，听其流变，则日趋于敝；振刷整顿，斟酌通变，则日趋于善。”

知变应变以致求变，我们都经历过、主动追求过了。但是，是不是能够真正地因变而趋善，特别地，能不能尽量做到不因变而成敝，这是摆在从泱泱帝国走出百年之后的今天，摆在我们这些后辈国人面前的真正课题。前赴后继、荫庇子孙，这也是我们应该承担并完成的历史责任。

法学，包括法理学的任务，因此说起来“简单”，就是求得、求证“自然之道”。这项工作，并不是由我们从今天开始的，古今中外，几千年的知识积累，为我们提供了智慧宝库。我们要做的，就是针对当下，同时必须考虑历史时间关系的前后，以及中国与他国和世界关系的左右，悉心给出我们的探索结论。前有丰厚的智识基础，身边有同辈学人的努力相伴，可以有紧迫感，但过度的焦虑大可不必。

其实关键的事情还有一个，那就是梁任公所言“振刷整顿，斟酌通变”

的实际操作环节了。学者大多虽难参与，但设计出详尽有效的“规划图”、“路线图”，却是当今学人的本职任务。

因此，当西方的法理“大咖”们翩翩起舞的时候，我们，可能还须努力地日耕夜读。

感谢对外经济贸易大学“学科建设经费”对两次研讨会和本书出版的资助。感谢与会学者的热情参与。感谢对外经济贸易大学学校领导、法学院办会时任领导、法学院同仁，特别是理论法学系的几位同事，以及参加会议组织和服务工作的博士生、硕士生同学和后勤工作人员！

平铺直叙，以此为序。

鲍禄

2015年8月

目 录

法治的顶层设计

全面推进依法治国五大原则	张恒山 (3)
如何用法治凝聚改革共识	陈金钊 (21)
中国法治为何需要“大历史”?	张洪涛 (58)
全球化视野下的法治运动	鲁 楠 (81)
法治转型与国家能力	支振锋 (95)
“法律 3.0 时代”背景下的“法治中国”	鲍 禄 (106)

法治的理论元素

简论现实主义的法治改革观	蒋立山 (127)
关于形式法治与实质法治的分野与融合	
——对于我有关法治理论观点的一个检讨	朱力宇 (139)
中国法治建设之难	高其才 (153)
法治的四个维度及其延伸	杨 贝 (160)
常识理性与法治	毕竞悦 (169)

法治的微观思考

再论指导性案例效力的性质与保证 张 骐 (189)

法律程序为什么重要?

——反思现代社会中程序与法治的关系 雷 磊 (222)

信访制度的法治化转型 李红勃 (275)

论“八二宪法”对检察院之双重界定及其意义 田 夫 (290)

国际组织的问责制

——从世界银行监察组角度考察 ...R. Oleschak-Pillai (译) 林碧崢 (303)

法理纵横

《学说汇纂》的再发现与近代法学教育的滥觞 舒国滢 (337)

法学末世论：法律移植的思想根源 凌 斌 (371)

法学与理学之间的中国法理学 胡水君 (408)

论法律规范冲突的识别及其解决困境 王莉君 (437)

法律规范如何存在

——一种本体论研究 马 驰 (460)

司法独立原则的引进与晚清司法制度近代化转型 李 俊 (483)

霍菲尔德与法律中的授权 张书友 董 敏 (505)

法学院的社会科学：反思与建设 侯 猛 (531)

法治的顶层设计

全面推进依法治国五大原则

张恒山*

摘 要：十八届四中全会决定提出的为实现全面推进依法治国总目标而必须坚持的五大原则各自包含丰富的内容，对整个法治建设具有统领作用。

关键词：党的领导 人民主体 人人平等 德治 中国实际

中国共产党第十八届四中全会决定在阐释了全面推进依法治国的总目标之后，提出实现这个总目标必须坚持5大原则：坚持中国共产党的领导；坚持人民主体地位；坚持法律面前人人平等；坚持依法治国和以德治国相结合；坚持从中国实际出发。五大原则各自包含丰富的内容，它们对全面推进依法治国实践具有重要的引领、指导作用。对五大原则精神内核及其主要内容需要我们认真加以研究、把握。

* 中共中央党校政法部一级教授，法学博士。

一、坚持中国共产党的领导之原则^①

在当代中国，之所以要坚持中国共产党的领导，主要是由中华民族所面临的历史任务决定的。

自 15 世纪以来，人类进入由农耕文明形态向商工文明形态转型的时代，世界各国、各民族都被市场之手强制性地抛入一个统一的国际竞争环境中。在这一竞争中，后发国家要想追赶上先发国家，必须以超常高效的方式组织动员自己的人力、物力、财力，凝聚自身力量，有计划地发展自己的科学技术、生产技术、管理技术和建设目标，实现跨越式、赶超式的发展。这种组织动员的功能，或者由既有的国家组织来担负，或者由后发国家的民族精英分子们组成的政党来担负。在中国因满清政府未能承担起组织民众、积极参与国家竞争的职能，所以，只能依靠政党组织来承担这种职能。在中国，经过大浪淘沙式的竞争、角逐，形成了中国共产党这样的成熟的政党组织。中国共产党实际上就是由中华民族的先进分子组成的政党，其负有率领中华民

① “坚持中国共产党的领导。党的领导是中国特色社会主义最本质的特征，是社会主义法治最根本的保证。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。我国宪法确立了中国共产党的领导地位。坚持党的领导，是社会主义法治的根本要求，是党和国家的根本所在、命脉所在，是全国各族人民的利益所系、幸福所系，是全面推进依法治国的题中应有之义。党的领导和社会主义法治是一致的，社会主义法治必须坚持党的领导，党的领导必须依靠社会主义法治。只有在党的领导下依法治国、厉行法治，人民当家作主才能充分实现，国家和社会生活法治化才能有序推进。依法执政，既要求党依据宪法法律治国理政，也要求党依据党内法规管党治党。必须坚持党领导立法、保证执法、支持司法、带头守法，把依法治国基本方略同依法执政基本方式统一起来，把党总揽全局、协调各方同人大、政府、政协、审判机关、检察机关依法依章程履行职能、开展工作统一起来，把党领导人民制定和实施宪法法律同党坚持在宪法法律范围内活动统一起来，善于使党的主张通过法定程序成为国家意志，善于使党组织推荐的人选通过法定程序成为国家政权机关的领导人员，善于通过国家政权机关实施党对国家和社会的领导，善于运用民主集中制原则维护中央权威、维护全党全国团结统一。”——《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（2014 年 10 月 23 日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过），载 2014 年 10 月 30 日新华网。

族投入赶超式的竞争、实现把中国由落后的农耕文明转变为现代商工文明状态的历史任务。在当代中国，要坚持中国共产党的领导，首先是由实现这一历史性任务而要求和决定的。

中国共产党自身的先进性特点也使其适宜于担当这样的领导角色。中国共产党从一开始建立，就以建设一个强大的现代文明国家为目标，以坚持正义原则和全心全意地谋求全中国最广大人民群众的根本利益为己任。这是一个有着强烈的道德意识、强烈的道德责任感的政党。中国共产党一直寻求以人类最先进的理论、思想来指导自己率领中华民族所从事的历史性实践；中国共产党在长期的政治实践中形成了成熟的组织结构、严密的组织纪律，并不断清除腐败追求自身队伍的纯洁，以至其有能力带动人民群众行动并完成任何历史性的重大任务。中国共产党善于从自身的和他人的经历中学习、获取经验教训、修正自身错误，这使得中国共产党有着超卓的执政能力。所以，在中国只有中国共产党才有能力带动全中国人民前进，有能力组织动员中华民族参与世界性竞争，去争取和实现民族的独立发展、文明的转型、文化的繁荣。

中国共产党领导中国人民和世界各民族竞争的过程，也是中华民族发展、繁荣、追求和实现自身幸福的过程，也是实现和满足中国人民的利益要求、提高人民生活水平、提升中华民族文明层次的过程。人民全体的最基本利益要求主要是社会有序、生活富裕、公平正义。对这三大基本利益要求的满足，都离不开法治。社会秩序要通过立法给人们在政治、经济、社会、文化等领域的活动提供规则指引，通过严格执法、司法惩治各种刑事犯罪、裁决各种民事、经济类型的纠纷和矛盾才能得以实现。生活富裕要通过完善和执行社会主义市场经济法律、促进社会主义市场经济健康发展、社会财富增长以及形成合理的经济利益分配法律制度得以实现。公平正义更是要通过在经济、政治、文化、社会、生态等领域全面贯彻实施宪法、法律，全面落实人的义

务和权利得以实现。所以，中国共产党的领导作为满足人民利益要求的实践必然是依靠社会主义法治的领导。

社会主义法治并不是一个既定的、已经存在的社会现象，而是一个有赖人为地建设、推进才能形成的国家治理状态。在中国这样一个有着崇尚人治的浓厚封建文化传统的国度，若非人为地推进法治国家建设，而是依赖社会自发地演变进入法治状态，那将是一个极其缓慢、漫长的过程。中国所处的历史环境条件不允许我们等待法治国家慢慢地自发形成，而是要人为地大力推进。在中国，有能力较快地推进法治国家形成的力量只有中国共产党。因此，中国共产党不可避免地负有领导、推进依法治国的历史使命。

中国共产党领导依法治国在实践中就是通过领导立法、保证执法、支持司法、带头守法来实现其领导依法治国使命。中国共产党领导依法治国要坚持三个统一原则，即把依法治国基本方略同依法执政基本方式统一起来，把党总揽全局、协调各方同人大、政府、政协、审判机关、检察机关依法依章程履行职能、开展工作统一起来，把党领导人民制定和实施宪法法律同党坚持在宪法法律范围内活动统一起来。中国共产党领导依法治国要善于把握四个要点，即善于使党的主张通过法定程序成为国家意志，善于使党组织推荐的人选通过法定程序成为国家政权机关的领导人员，善于通过国家政权机关实施党对国家和社会的领导，善于运用民主集中制原则维护中央权威、维护全党全国团结统一。

中国共产党的执政理念的贯彻，党的执政功能的实现，党的执政方式的改进，都要依靠党所选拔、任用的各级党政干部，尤其是主要领导干部。全面推进依法治国，主要依靠各级党政干部的自觉地推进法治的行动。各级党政领导干部要重点学习宪法，学习与自己所担负的领导工作密切相关的法律法规。要通过宪法和相关法律学习，明确自己的权力职责定位，明确自己的权力范围和边界，明确自己的权力行使的程序和规范，等等。各级党政领导

干部要带头遵守法律、执行法律，带头营造办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法的法治环境和氛围。要用法治的思维谋划工作，用法治的方式处理问题，做到在法治之下、而不是法治之外、更不是法治之上想问题、作决策、办事情。

地方各级党政机关、各级领导干部必须明白，强调党在依法治国中的领导作用，主要是强调党中央在全国范围对依法治国的领导。地方各级党委、政府组织，各级党政领导干部的首要职责是服从和遵守宪法和法律，绝不能法外行权，绝不能把党的领导作为个人以言代法、以权压法、徇私枉法的挡箭牌。

二、坚持人民主体地位之原则^②

人民主体地位是指人民是国家治理的主人，人民在依法治国中处主要地位，起主要作用。人民通过法治的方式实现当家作主，人民以法治的方式治理国家，人民也在法治中自我约束、遵法守制。

在依法治国中坚持人民的主体地位原则，这是由人民在国家中的主人地位、由我国宪法规定的根本政治制度、由法的意志本源所决定的。

首先，由于人民拥有国家主权，人民是国家的主人，所以，人民是治理国家的主体。近现代法治国家是伴随着近现代民主政治形成、发展起来的。

② “坚持人民主体地位。人民是依法治国的主体和力量源泉，人民代表大会制度是保证人民当家作主的根本政治制度。必须坚持法治建设为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民，以保障人民根本权益为出发点和落脚点，保证人民依法享有广泛的权利和自由、承担应尽的义务，维护社会公平正义，促进共同富裕。必须保证人民在党的领导下，依照法律规定，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。必须使人民认识到法律既是保障自身权利的有力武器，也是必须遵守的行为规范，增强全社会学法尊法守法用法意识，使法律为人民所掌握、所遵守、所运用。”——《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过），载2014年10月30日新华网。