

纪念改革开放30周年丛书

何勤华
◎ 主编

法治境界的探求

全国纪念改革开放30周年重点图书

Fazhi
Jingjie
De
Tanqiu

上海人民出版社

纪念改革开放30周年丛书

何勤华
◎ 主编

法治境界的探求

全国纪念改革开放30周年重点图书

Fazhi
Jingjie
De

 上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法治境界的探求/何勤华主编. —上海: 上海人民出版社, 2008

(纪念改革开放 30 周年丛书)

ISBN 978 - 7 - 208 - 08186 - 4

I. 法... II. 何... III. 社会主义法制—建设—概况—中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 160180 号

责任编辑 毕 胜

封面设计 储 平

· 纪念改革开放 30 周年丛书 ·

法治境界的探求

何勤华 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 16.75 插页 2 字数 279,000

2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 08186 - 4/D · 1452

定价 30.00 元

总序

中共上海市委常委、宣传部部长 王仲伟

在隆重纪念改革开放 30 年之际,上海市委宣传部组织撰写的纪念改革开放 30 周年丛书同大家见面了,这是上海市理论界献给改革开放 30 周年的一份礼物。

30 年前,我们党果断结束“文化大革命”,把工作重点从以阶级斗争为纲转到以经济建设为中心上来,作出改革开放的历史性决策,勇敢开辟中国特色社会主义道路,领导人民谱写中国改革发展的壮丽史诗。从此,坚持改革开放,建设中国特色社会主义,成为中国人民历史活动的主题,党的命运、国家的命运、中华民族的命运,紧紧同改革开放联系在一起。

30 年来,党和人民高举改革开放的大旗,义无反顾地在建设中国特色社会主义的伟大历史征程中锐意创新,开拓前进。经济体制改革、政治体制改革、文化体制改革、社会管理体制改革等全面改革和不断扩大的对外开放,极大地调动了亿万人民的积极性,极大地解放和发展了社会生产力,极大地改善了广大人民群众物质文化生活,使中国成功地实现了从高度集中的计划经济体制到充满活力的社会主义市场经济体制、从封闭、半封闭到全方位开放的伟大历史转折。中国人民的面貌、社会主义中国的面貌、中国共产党的面貌发生了历史性变化。今天,一个面向现代化、面向世界、面向未来的社会主义中国巍然屹立在世界东方。中国的发展不仅使中国人民走上了摆脱贫困、逐步富裕的广阔道路,而且为世界经济发展和人类进步作出了重大贡献。

在改革开放伟大实践中形成的邓小平理论、“三个代表”重要思想和科学发展观等重大战略思想,是中国共产党和中国人民最可宝贵的精神财富,是新的历史阶段全国各族人民团结奋斗的共同思想基础。她使社会主义和马克思主义在中国大地焕发出勃勃生机,给中华民族的伟大复兴带来了光明前景,给当今世界社会主义运动带来了信心。30 年中国特色社会主义的伟大实践,不仅创造了中国社会主义现代化建设举世瞩目的伟大成就,而且开辟了中国特色社会主义道路,创立了中国特色社会主义理论体系,中国特色社会主义道路和中国特色社会主义理论体系,不仅是我国改革开放取得成功的根本原因,也是我们继续推进改革开放伟大事业的根本

保证。只有中国特色社会主义理论体系能够引领中国发展进步;只有中国特色社会主义道路能够指引中华民族实现伟大复兴。

回顾改革发展 30 年的历程,我们清楚地看到,改革开放每向前推进一步,都伴随着解放思想、理论创新。改革开放的重大推进,既是解放思想、创新理论的结果,又是新的思想解放、理论创新的起点。解放思想、创新理论是开辟新路、深化改革开放、实践创新的先导。推进理论创新,关键在坚持与时俱进的马克思主义理论品格。新时期最突出的标志是与时俱进。邓小平理论、“三个代表”重要思想和科学发展观等重大战略思想,清楚记载了我们党在推进改革开放实践创新中推进理论创新的历史轨迹。坚持与时俱进的马克思主义理论品格,解放思想,发展理论,创新理论,是我们理论工作者在新的历史起点上的历史使命,是我们继续推进理论发展的思想保证。

在改革开放 30 周年之际,市委宣传部组织沪上理论界有关专家深入研究 30 年来我国经济、政治、文化、社会等若干领域的发展变化,撰写出纪念改革开放 30 周年丛书(12 种)。《中国和平发展道路的历史选择》一书,着重分析世界大局中的中国因素、中国发展中的世界因素和中国发展的历史方位,对中国和平发展道路作历史总结,对中国国际地位的未来发展作展望。《现代化的模式选择——中国道路与经验》一书,探讨改革开放 30 年经济发展、政治发展、社会发展、文化发展模式与道路选择,农村与城市、沿海与内地、东部与中部、西部的发展策略、模式等问题,分析探求大国的治理之道。《民族复兴的思想纲领——科学发展观的重大理论与实践价值》一书,研究阐述了坚持改革的前进方向、坚持科学发展、和谐发展、和平发展等重大战略思想形成的背景、内涵、意义、实践基础、实现条件等问题。《走向自主创新——中国现代创新的路径》一书,研究梳理了改革开放以来引进和创新的历史进程,论述了中国特色自主创新道路、国家创新体系能力、科技管理体制改革、知识产权战略等问题。《经济奇迹的解读》一书,试图研究回答中国经济奇迹及其背后的道路和理论,奇迹发生的推动力量和政治保证,发展走向等问题。《资本与劳动的共赢逻辑》一书,研究分析改革开放 30 年来资本和劳动双重解放,资本、劳动与财富创造、财富分享问题,资本与劳动和谐发展的阶段性特征、阶段性矛盾,资本与劳动和谐发展的制度基础等问题。《法治境界的探求》的研究,涉及法治的科学内涵,改革开放 30 年法治的发展轨迹,构筑法治中国的框架,依法治国基本方略等问题。《中国发展的精神因素》一书,研究梳理改革开放 30 年思想解放的伟大历程与辉煌成就,中国人精神生活发展和精神世界的成长,时代精神、民族心理、生活态度、道德情操、审美趣味、价值取向的发展变化等问题。《文化繁荣的追寻》一书,概述了改革开

放 30 年文化事业与文化产业成就,研究阐述了新闻出版、广播影视、文学艺术、网络文化发展、社会主义意识形态建设、文化体制改革、推进文化创新、中华文化走向世界等问题。《社会的生产:1978 年以来的中国社会变迁》一书,从社会群体分化、中产阶级发育,教育、劳动、医疗的变化,分配制度改革,社会公平、社会保障、社会管理和社会治安防控体系,突发事件与应急管理机制等方面,研究了改革开放 30 年来生活方式变化的轨迹。《生态文明与绿色发展》一书,研究了生态文明的内涵,人类文明发展的历史轨迹,改革开放以来对生态文明的认识过程,生态现代化,生态修复与生态转型,生态文明与科学发展、社会和谐,建设资源节约型、环境友好型社会,可持续发展体制机制等问题。《走向国际大都市》一书,对改革开放 30 年上海这座特大型城市的发展成就、发展战略、发展经验、发展理念和城市面貌、城市功能、城市精神建设等进行了研究总结,对上海市情的深刻变化、发展中面临的诸多新挑战作了分析。总之,这套丛书选题重大,内容丰富,涉及问题众多,具有广阔的研究空间和阅读思考空间。

30 年的伟大实践充分证明,改革开放是决定当代中国命运的关键抉择,是发展中国特色社会主义,实现中华民族伟大复兴的必由之路;只有社会主义才能救中国,只有改革开放才能发展中国、发展社会主义、发展马克思主义。改革开放符合党心民心、顺应时代潮流,方向和道路是完全正确的,成效和功绩不容否定,停顿和倒退没有出路。同时,我们必须清醒看到,改革开放作为一场新的伟大革命,不可能一帆风顺,也不可能一蹴而就。在深化改革开放、实现科学发展的新的征程中,还有许多可以预见和无法预见的矛盾和问题,需要不懈探索实践,需要奋力开拓前进。

中国改革发展正处在科学发展的新的历史起点上。改革未有穷期,发展永无止境,新事物、新情况、新问题不断涌现。我希望,上海理论界能够不断深化对社会主义初级阶段基本国情的认识,不断深化对上海基本市情的认识,不断深化对世界基本世情的认识,继续深入研究深化改革开放过程中提出的理论问题和实践问题,特别是立足上海建设“四个中心”和现代化国际大都市的实践,研究新情况,回答新问题。在深刻研究当前国际国内形势下我国发展面临的前所未有的机遇和挑战方面、在深刻分析我国全面参与经济全球化的新机遇新挑战、深入研究工业化、城镇化、市场化、国际化、信息化深入发展形势下我国改革开放和各项事业发展面临的新课题新矛盾方面,在深入研究上海坚持科学发展,推进“四个率先”面临的新课题新矛盾方面,努力提出富有价值的理论成果、政策建议和体制设计,取得更加可喜的成绩,作出应有的理论贡献。

是为序。

目 录

1 总 序

1 导论 改革开放与法治理念的确立

- 1 (一) 全面解放思想,“法治”开始受到重视
- 9 (二) 法治在中国的艰难历程
- 15 (三) “人治与法治”大讨论的影响
- 17 (四) 制定新宪法,推动法治建设向纵深发展
- 20 (五) 适应市场经济要求,法治建设进入全面发展阶段
- 23 (六) 依法治国的基本方略最终确立,法治建设进入新阶段
- 26 (七) 法治进步带来的中国社会的进步

28 一 社会主义法律体系的建构

- 29 (一) 改革开放要求与时俱进的立法理念
- 39 (二) 改革开放推动立法体制的完善
- 46 (三) 改革开放为各部门法的发展创造历史机遇
- 74 (四) 立法变革与社会生活的良性互动

77 二 依法行政的制度化

- 78 (一) 改革开放与依法行政理念的成长
- 88 (二) 依法行政的制度建设
- 105 (三) 依法行政对社会的巨大影响
- 117 (四) 问题和对策

三 司法体制的改革

- 127 (一) 引言
- 129 (二) 司法领域的制度建设与技术进步
- 146 (三) 司法领域的人才建设和素质提高
- 160 (四) 司法领域的思想创新和改革共识
- 170 (五) 展望

四 法律教育的进步

- 173 (一) 改革开放与法律教育的发展
- 176 (二) 法律专业本科教育的扩张
- 191 (三) 法律专业研究生教育的发展
- 200 (四) 法律专业培训事业的展开
- 205 (五) 司法考试与法律教育
- 209 (六) 小结

五 民众法律意识的普及

- 213 (一) 民众法律意识与社会主义法治建设
- 219 (二) 改革开放推动民众法律意识的复苏
- 223 (三) 普法运动与民众法律意识的进步
- 232 (四) 民众法律意识的现代化

结束语 法治改变了中国

后 记

导 论

改革开放与法治理念的确立

1978年12月底召开的党的十一届三中全会,揭开了新时期法治辉煌历史的序幕,由此,中国正式开始走上法治之路,这代表着中华民族命运转换的一个重要契机。中国人也由此开始意识到,法治是通向自由、和谐以及繁荣富强的不二法门。改革开放30年来的发展历程,同时也是我国法治事业全面进步的历史。

(一) 全面解放思想,“法治”开始受到重视

当1978年底党的十一届三中全会高举思想解放的大旗,号召全党全国人民一切向前看,开创社会主义建设新局面时,中国的法学界可能并不清楚在即将到来的新时期它将承担的是何种重任。因为经历法律虚无主义多年破坏之后,法学界早已是满目疮痍。但是,十一届三中全会后出现的解放思想浪潮,却给中国的法学界带来了复苏的希望,人们开始思考“法治”课题,并由此拉开了中国30年法治建设波澜壮阔的序曲。

其时,法学界的思想解放在十一届三中全会前已经开始。在全国关于真理标准问题的大讨论背景下,法学界思想活跃的人开始思考以前的理论禁区,提出了一些新观点。1978年12月6日,《人民日报》发表了中国社会科学院法学研究所李步云的《坚持公民在法律上一律平等》一文,第一次提出了法律面前人人平等的主张,这也打响了中国法学界拨乱反正的第一枪。1979年1月5日,《人民日报》又发表了吉

林大学乔伟的《独立审判,只服从法律》一文,朦胧的“法律至上”的观点被提出来。《人民日报》上述两篇文章的发表,标志着法学界思想解放的开始。

党的十一届三中全会的召开,进一步推动了法学界思想解放的进程。三中全会制定了以经济建设为中心的政治路线,果断地停止了“阶级斗争为纲”的口号,作出了把工作重点转移到社会主义现代化建设上来的战略决策,并提出了加强社会主义民主、健全社会主义法制的历史性任务。三中全会的《公报》明确指出:“为了保障人民民主,必须加强社会主义法制,使民主制度化、法律化,使这种制度和法制具有稳定性、连续性和极大的权威,做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”;“要保证人民在自己的法律面前人人平等,不允许任何人有超于法律之上的特权”;“宪法规定的公民权利,必须坚决保障,任何人不得侵犯”;“从现在起,应当把立法工作摆到全国人民代表大会及其常务委员会的重要议程上来”;“检察机关和司法机关要保持应有的独立性,要忠实于法律和制度,忠实于人民利益,忠实于事实真相”。上述有关社会主义法制的阐述,表明我们党吸取了以往的经验教训,痛定思痛,其中也蕴含着求实的气魄和巨大的智慧。三中全会也指出了未来中国的航向:靠民主、靠法制,因此,可以将其视为中国30年法治历程的开端。

从1979年开始的“法治与人治”大讨论,则把法学界的思想解放运动推向高潮。对法治的呼唤最早来自人民群众。历经十年浩劫,人们对法律虚无主义有着切肤之痛,他们开始呼唤法律,思考法治。1979年7月1日的《人民日报》发表了《人心思法、人心思治》的五届全国人大二次会议的报道,该篇报道引用代表们的原话写出了人们对法治的呼唤:“盼望法治早就成为我国人民的共同愿望”;“有了法,亿万人民办事就会有章可循,有了法,坏人坏事就会受到约束和制裁,有了法,人民就能享有充分的民主,有了法,就能安定团结搞四化。”^①虽然这里的法治被人们从实用主义的角度进行了阐释,法治仅被作为推动“四化”建设的工具和手段,但在人们的思想尚未完全解放的年代,这样的法治呼唤也具有开拓人们视野并进而引发人们思考的作用和意义。尤其是经过“人治与法治”的大讨论之后,人们开始反思我们以往对法治的认识和态度,法治开始受到重视,举国上下慢慢形成了对法治所具有的重大社会历史进步价值的共识。

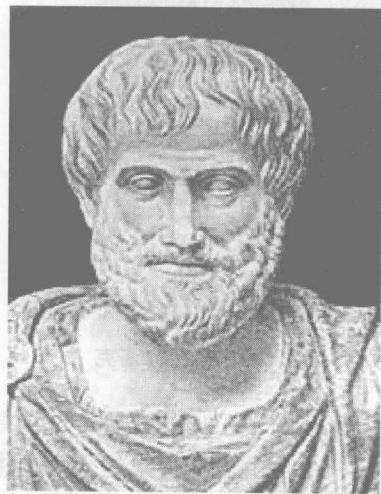
1. 法治是人类文明的产物

大家认识到,法治是人类文明的产物,具有悠久的历史,最早可以追溯至古希腊

^① 转引自张辉毅:《法治理论在当代中国的历程》,《南京师大学报》(社会科学版)2001年第2期。

时期。从现有资料来看,法治这一术语最早由古希腊雅典“七贤”之一的毕达库斯提出。在公元前7世纪至前6世纪,毕达库斯提出了人治不如法治的主张。^①此后的古希腊先贤柏拉图,在其晚年也认为,在“贤人政治”不可得的情况下,法治的国家便是第二等好的国家。由此,人类世界有关法治理论的探讨正式开始,并波澜壮阔地不断发展。

而最早对法治的含义进行解释的是古希腊哲学家亚里士多德。亚里士多德在其《政治学》一书中说道:“法治应包含两层含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该是良好的法律。”^②这一解释可谓是古代西方对法治最经典的语义解释,它包含了两层最基本的含义:其一是法治是指已成立的法律获得了普遍的服从,即必须坚持守法原则;其二是法律应该本身是制定良好的法律,即必须坚持良法原则。这一解释从法律在社会中的实现程度和对法律自身的要求两个方面,最早揭示出法治应当具备的两个基本的属性:法律的权威性和法律本身的优良品性。他的这一解释奠定了后世法治解释的根基,因而自近代以来,西方一些政治家和思想家对法治含义的揭示都或多或少受到亚里士多德对法治解释的影响,一直把“法律至上”和“法律正当”作为法治的应有之义。



古希腊哲学家亚里士多德

由古希腊人开始的法治理论的思考并没有被古罗马人所承继,但是古罗马人却开始了法治的初步实践,古罗马时代发达的私法体系,自由、公平等法律原则的推广均表明古代法治在古罗马取得了巨大的历史成就。及至中世纪,整个欧洲处于一种混乱的近乎无政府的状态中,亚里士多德式的完整、独立成型的法治观念没有任何存在的可能和空间。但是,国王的权力必须受到限制,人人(包括国王)都必须遵守法律(尤其是体现神意的法律)等观念,在教会法学家和罗马法学家的演绎下,成为人们的基本共识。因此,以论证限制权力的合理性为基本特征的观念,成为中世纪法治观念的重要表现形式。

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1983年版,第142页。

② [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1983年版,第199页。

在17、18世纪,近现代意义上的法治观念在资产阶级革命的大背景下产生,资产阶级启蒙思想家和政治家们将法治视为消除封建专制和特权的重要武器及制度保障。其中,洛克、孟德斯鸠和卢梭的法治理论和观念最具特色。



近代启蒙思想家洛克

洛克是西方近代最先阐释法治含义的思想家,被誉为西方自由主义和法治主义的奠基人。他的法治观念极大影响着西方主要资本主义国家宪政模式的选择。洛克的法治主张包括个别要求和一般原则两个方面。就前者而言,洛克主张国家的最高权力机关——立法机关“应该以正式公布的既定的法律来进行统治”;就后者来说,他主张“无论国家采取什么形式,统治者应该以正式的和被接受的法律,而不是以临时的命令和未定的决议来进行统治”。^①而对于据以统治国家的法律的性质,洛克认为它应当是以保护公民自由权利

为核心的。正如洛克所言:“法律按其真正的含义而言与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益,法律是自由的宣言和保障。”^②在洛克的法治理论中,法律保护个人自由不受绝对的、任意的政治权力的约束,法律应当成为个人自由不受政治权力任意干涉的屏障。

洛克之后,法国的孟德斯鸠也探讨了法治的问题。孟德斯鸠法治理论中最重要的内容就是三权分立的理论。他认为,对公民自由和安全权利最严重的破坏来自权力的滥用,只有在权力不被滥用的地方,公民才有安全的自由。“但是一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一个经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休息。”由此他得出结论认为,要用权力来约束权力,就只有实行三权分立,形成权力的互相制约。另一方面,孟德斯鸠还强调法律至上,法律是人们自由行为的界限和范围。他认为自由就是“做法律所许可的一切事情的权利;如果一个公民能够做法律所禁止的事情,他就不再有自由了,因为其他人也同样有这个权利”。^③

卢梭的法治理论则更为激进,他将法治视为共和政体的唯一标志。他说:“凡是实行法治的国家——无论它的行政形式如何——我就称之为共和国,因为唯有在这

① [英]洛克:《政府论》下篇,叶启芳等译,商务印书馆1981年版,第88页。

② [英]洛克:《政府论》下篇,叶启芳等译,商务印书馆1964年版,第38页。

③ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,商务印书馆1982年版,第154页。

里才是公共利益在统治着,公共事务才是作数的。”^①卢梭的法治观点大致也有两方面内容,即立法和守法。就立法而言,他特别强调法律必须是公意的行为,并以自由和平等为目标;而在守法方面,卢梭则认为遵守法律是公民的一种光荣的骄傲,而不是耻辱,任何人都不能摆脱法律的光荣的束缚。

在近代的法治观念和理论中,有关法治的含义,人们一般是从限制政府权力、保障公民个人自由权利角度进行解释和阐述的。正如当代美国学者昂格尔所说的,自民主自由主义在欧洲汹涌澎湃之后,法治被定义为:独立的司法官僚所支配的法律秩序,依照普遍规则制约着政府的行为;授予个人以固定的权利和义务;在法律制度所保障的私人生活领域内,商人可以和平地交易,学者可以或多或少地自由发表自己的意见。^②与古代的法治概念相比,近代法治的含义中增加了自由、民主的元素,法治的价值追求更为人们关注和重视。

进入现代社会后,法治理论得到更大的发展,与启蒙思想家将法治当作需要努力争取或建立的一种比较理想的状态不同,现代社会中的理论家已经将法治视作现实政治制度的基本特点,法治是存在于现实之中的制度和规则,国家的立法、执法和司法活动都必须遵循法治原则。现代西方法学界的占主导地位的法学流派——新自然法学派、新分析法学派和新自由主义法学派的法治理论,都体现出上述特点,极大地丰富和修正了自古希腊起源的法治观念和理论。

新自然法学派的法治理论是在新的历史条件下继承和发展启蒙思想家的法治理论而形成的,主要强调法律的道德性和正当性。该学派的代表人物朗·福勒在其代表作《法的道德性》一书中系统阐述了自己的法治理论。福勒认为,法律制度必须符合一定的内在道德即程序自然法,以及外在的道德即实体自然法。法的内在道德是有关法律的制定、解释和适用等程序上的原则或法治的原则,法的外在道德是法的实体的目的或思想。福勒特别强调法的内在道德,并对此做了详细的论述,认为它必须具备下列八大要素:即一般性或普遍性、公开性、非溯及既往原则、明确性、一致性、可行性、稳定性、官方行为和法律的一致性。^③上述要素在福勒看来也就是对立法的要求和实行法治的原则。

新分析法学派中,英国法学家约瑟夫·拉兹的法治理论最具有代表性。拉兹指出,法治具有两方面的含义:一是人们应当被法律统治并服从法律;二是法律让人

① [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1982年版,第50页。

② [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,中国政法大学出版社1994年版,第174页。

③ 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第76页。

能够受其指导。拉兹由此也提出了法治八大原则：所有法律都应当可以预期、公开和明确；法律必须相对稳定；特别法（特别的命令）的制定者应当以公开、稳定、明确和一般的规则为指导；必须保持司法独立；遵守自然正义的原则；法院应当拥有适用其他原则的审查权；法院必须易于接近；不允许犯罪预防机构的自由裁量权歪曲法律。^①

新自由主义的代表人物是哈耶克，他的法治理论也是其法哲学理论的重要组成部分。哈耶克从自生自发秩序的理论出发，认为法治是个人自由的必要条件，而非障碍。围绕这一核心观点，哈耶克阐述了秩序与规则、私法与公法、法与自由、自由与正义、自由与民主等问题，提出了他的法治理论。哈耶克主张法律面前人人平等，强调权力分立原则，限制行政裁量权，同时主张个人之间及个人与国家之间的每一个争执都可以适用普遍性的法律来解决。

2. 法治的内涵及其社会意义

在现代汉语中，“法治”一词是从西方语言中翻译而来的。“法治”在西语中主要有“rule of law”（法的统治）、“rule by law”（依法统治）、“rule according law”（根据法的统治）、“government through law”（依法治理）、“government by law”（通过法律的治理）等多种表述形式，而其中文表达方法则有“法治”、“法治主义”、“依法治国”、“法治天下”等。除表述形式具有多样性外，法治的含义也同样内涵丰富且内容生动。正如《牛津法律大辞典》所说：它“是一个无比重要的，但未被定义，也不能随便就能定义的概念”^②。究其原因，在于法治概念本身并不是固定不变的专用名词，而是一个极具涵盖力的概念，其虽具有确定和稳定的内涵，但其外延却极其宽泛和模糊，并且处在不断变化发展之中。因此，对于这样一个极具张力且难以定义的概念，人们一般采用实证描述的方式阐释其内涵，而很少采用直接定义的方式解释其含义。而以下几种对法治含义的实证描述，具有一定的代表性。

其一，就法治的最基本属性从多角度进行描述。英国法学家戴雪在《英宪精义》一书中，就对法治的基本属性——法律至上，从多种角度进行了描述。戴雪指出，法治这一词有三个意思，也就是任何人不应因做了法律未禁止的行为而受罚；任何人的法的权利或义务几乎是不可变的由普通法院审判；任何人的个人权利不是联合王

^① [英]约瑟夫·拉兹：《法治及其德性》，郑强译，载夏勇主编：《公法》（第2卷），法律出版社2000年版，第91、92—95页。

^② [英]沃克：《牛津法律大辞典》，邓正来等译，光明日报出版社1988年版，第790页。

国宪法赋予的,而是来自宪法赖以建立的依据,这意味着自由权利只受法律的制约,而不受政府的任意干涉。^①

其二,从多视角、多层次描述法治的多重属性和含义。1959年,来自53个国家的法官、律师和法学教师在印度新德里召开国际法学家大会,与会者讨论并通过了《德里宣言》。这个宣言集中了各国法学家对于“法治”的一般看法,并权威性地总结出了法治的三条原则:第一,根据法治原则,立法机关的职能就在于创设和维护得以使每个人保持“人类尊严”的各种条件;第二,法治原则不仅要对制止行政权的滥用提供法律保障,而且要使政府能有效维护法律秩序,借以保证人们具有充分的社会和经济生活条件;第三,司法独立和律师自由是实施法治原则必不可少的条件。^②《德里宣言》对法治的阐释,就是从立法、行政执法和司法角度,对法治提出的要求和定义。

其三,对法治的构成内容的详细描述定义法治概念。《牛津法律大辞典》就是以这一方式阐释法治的含义的。法治意指所有的权威机构,立法、行政、司法及其他机构都要服从于某些原则。这些原则一般被看作是表达了法律的各种特性,如:正义的基本原则、道德原则、公平和合理诉讼程序的观念,它含有对个人的至高无上的价值观念和尊严的尊重。在任何法律制度中,法治的内容是:对立法权的限制;反对滥用行政权力的保护措施;获得法律的忠告、帮助和保护的大量的和平等的机会;对个人和团体各种权利和自由的正当保护;以及在法律面前人人平等。它不是强调政府要维护和执行法律及秩序;而是说政府本身要服从法律制度,而不能不顾法律或重新制定适应本身利益的法律。^③上述对法治内容的详细阐述,亦即法治的核心定义。

其四,通过对法律本身的价值分析而定义法治。与《牛津法律大辞典》具有同样权威的《布莱克法律辞典》对法治的解释就采用了上述方法。该辞典认为:“法治是由最高权威认可颁布的并且通常以准则或逻辑命题形式出现的,具有普遍适用性的法律原则称为法治。”“法治有时被称为法律的最高原则,它要求法官制定判决(决定)时,只能依据现有的原则或法律而不得受到随意性的干扰和阻碍。”^④

但是,虽然我们很难通过直接定义的方式对“法治”内涵进行准确和全面的解释,而只能通过描述的方式对法治的某些特征和性质进行阐述,从上述法治内涵的相关阐述来看,几乎所有的法治阐释均或多或少涉及以下几个方面的内容。由此,

①③ [英]沃克:《牛津法律大辞典》,邓正来等译,光明日报出版社1988年版,第790页。

② 王人博、程燎原:《法治论》,山东人民出版社1998年版,第97页。

④ [英]布莱克:《布莱克法律辞典》,英文版第5版,第1196页。

我们在综合上述法治阐释的基础上,可以将法治的内涵归纳为以下几个方面:

首先,法治是一种观念、一种意识,一种视法为社会最高权威的“法律至上”的理念和文化。“法律至上”的观念意味着法律在整个国家生活和社会生活中的权威及其至高无上的地位,它也表明:法律在最高的、终极的意义上具有规制和裁决人们行为的力量;法律既是公民行为的最终导向,也是司法活动的唯一准绳;不论是私人还是政府,都必须首先和主要受法律的约束,服从和遵守法律;任何人包括政府都没有超越法律的特权,在法律面前人人平等。^①这种“法律至上”的观念、意识、理念和文化尊崇的是以社会集体成员的意志为内容而形成的法律规则体系,它重视个人在社会中的价值和尊严,但却排斥个人在社会运行机制中的权威地位。

其次,法治是一种以“法的统治”为特征的社会管理方式和治理机制。作为社会管理方式和治理机制的法治,是与人治相对应的,它是社会管理者通过法所进行的社会运作过程和社会组织形式。在这一社会管理机制中,法的规定是社会管理的根据和手段,法的实现是社会管理的目标和要求,法的实施是连接法的规定和法的实现的桥梁。^②而法治这一管理机制能够发挥作用的核心,在于严格依法办事,做到有法必依。同时,作为社会管理机制的法治并不排斥道德等对人们内心的影响和外在行为的自我约束,但它排斥以人为轴心的统治方式。法治社会中评判人们外在行为的标准是法律,而不是道德,表面看法治标准低于道德标准,但它更有利于社会文明的进展,从最终目标上是向道德准则的接近和迈进。

再次,法治是一种价值的体现。法治不但要求整个社会在形式上遵从具有普遍性特征的法,更为重要的是它还强调人们普遍遵守的法律应当具备的实质价值内涵。亦即,被普遍遵守的法律制度必须具有公正的价值内涵和精神品德,这些法律必须是好法、良法、善法。而法治的实质价值即是指法治社会中,法律能够遵从的最高原则和服务的最高目的,这种目的和原则从根本上说并不是法律自身所具有的,而是独立于法律,是由法治所决定的社会最高价值目标。^③一般来说,法治的实质价值包含民主、自由、人权、平等、公平、正义等人类价值要素,而法治社会的立法者所制定的法律,必须接受上述法治价值的评判和检验。

第四,法治的核心是权力制约。在人类社会进入政治国家后,国家的权力就成为最大的社会力量。而权力本身所具有的天然的侵犯公民自由和权利的倾向,就决

① 郑江平:《论现代法治的一般含义》,《民主与法治》2003年第2期。

② 卓泽渊:《法治国家论》,法律出版社2008年版,第5页。

③ 王人博、程燎原:《法治论》,山东人民出版社1998年版,第103—104页。

定了其必须受某些限制和约束,否则法治社会所追求的民主、自由、人权、公平正义等价值就无从保护。正如孟德斯鸠所说,对公民自由和安全权利最严重的破坏来自权力的滥用,只有在权力不被滥用的地方,公民才有安全的自由。但是,“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验,要防止滥用权力,就必须以权力约束权力”^①。因此,以法律规范权力,以法律约束权力,从而保障公民自由,应是法治的核心价值,也应当是法治内涵中应有之义。

(二) 法治在中国的艰难历程

在这场“人治与法治”的大讨论中,人们对法治在中国的艰难历程也有了更加深入的理解和认同。一个显著的事实是,1840年鸦片战争后,中国逐渐沦为半殖民地半封建社会。为了改变国家和民族的苦难命运,一些仁人志士试图将近代西方国家的法治模式移植到中国,以实现变法图强的梦想。但由于各种原因,他们的努力最终以失败而告终。

1. 戊戌变法——中国法治实践的开端

中国古代,并没有西方意义上的法治学说或法治实践,有的仅仅是将法作为帝王统治手段或工具的“以法治国”意义上的“法治”,但这与西方现代的法治思想有着原则性的区别。^②西方意义上的法治,尤其是西方资产阶级革命以来所主张的法治,在中国是近代才从西方引入的,而最早引进西方法治概念的思想家中,最具代表性的即为梁启超。梁启超在其《中国法理学发达史》(1904)一文中就多次使用了“今世之法治国”的用语,并认为:“法治主义是今日救时惟一之主义。立法事业,为今日存国最急之事业。稍有识者,皆能知之。”^③他还在《管子传》一文中专门论证了管子的法治主义,并说:“今世立宪之国家,学者称为法治国。法治国者,谓以法为治之国也。夫世界将来之政治,其有能更微于今日之立宪政治者与否,吾不敢知。籍曰有

^① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,商务印书馆1982年版,第154页。

^② 我国先秦法家提出并推行的“以法治国”的“法治”,是法家法律思想的核心,也是它与儒家进行论争的焦点,是与儒家的“礼治”相对应的概念。法家的“法治”要求“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”,其推行法治的方法主要是为“以法为本”,使法令成为人们言行的唯一标准,善于运用赏罚,将法与势、术相结合。

^③ 梁启超:《中国法理学发达史论》,载范忠信选编:《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社2000年版,第71页。