

第一章

历史的抉择

在历史上，法治与人治是两种根本对立的治国方法，随着时代的发展，法治愈来愈显示出优越性，且已普遍为世界各国所认同。中国是一个具有长期人治传统的国家，虽然在其历史的进程中，曾创造过灿烂的古代文明，但是进入近代以后开始落后了。近代中国何以落后于西方，原因何在？很值得我们深思。特别在世界正在发生巨变，各国现代化进程加快步速，即将迈入 21 世纪之际，中国如何审视自己、面向世界、面向未来？怎样参与 21 世纪激烈的国际竞争？在竞争中怎样把中国建设成社会主义强国？更需要我们认真思考。应该说，我们面临着一系列严峻的问题，其中一个很关键的问题就是确立怎样的治国基本方略。在这一点上，历史的选择是，必须彻底抛弃传统的人治，建设法治，建设面向 21 世纪的中国社会主义法治。

第一节

两次红灯：人治之路不通

一 清末第一次红灯 近代人治被迫转型

1840 年前后，西方资本主义正在崛起、勃兴，可古老的中华帝国还在哼着“人治”曲，迈着夜郎步，蹒跚前移，始终难以迈进近代文明的门槛。趁此机会，西方列强的战争风云，裹挟着资本主义先进的法律思想东渐华夏，古国文明面临着挑战，传统人治思想面临着考验。西来的“风”，传统的“根”，使华夏古国的参天大树摇曳不定，帝国主义国家通过与清政府签订一系列不平等条约，确立了在华领事裁判权，分割了完整的中国司法主权；日本以小击大，取得了中日甲午海战的胜利，破坏了中国领土的完整；中国以“墨守旧章”之法律，“授外人以口实”，外国以“中国司法状况不良”而无视中国原有之法制，“拒绝服从中国的刑事管辖权”^①，结果是“外人不受中国之刑章，而华人反就外国之裁判”^②，此时，中国近代第一批睁眼看世界的人敏锐地意识到，历史已经亮出红灯：人治之路不通。因此，沈家本提

《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 418 页。

转引自张晋藩主编《中国法制史纲》，中国政法大学出版社 1986 年版，第 342 页。

出学习“西国首重法权”，对自己固有之法律实行“考订”变通，以收“长驾远驭之效”。还有一些思想家发出了“非取法欧美，不足以自强”的呼声。在此“特殊时期”，中国开始仿效西方设计中国近代法治。可惜的是“法治未成正果”，却留给了人们无尽的思索。

1. 在法治思想层面上。

以龚自珍、魏源、林则徐为代表的有识之士，真正从揭露封建法律的种种弊端出发，提出了“更法”、“改图”的主张。如龚自珍指出：“一祖之法无不敝，千夫之议无不靡，与其赠来者以劾改革，孰若自改革！”^① 魏源也一针见血地说：“天下无数百年不变之法，亦无穷极不变之法，亦无不除弊而能兴利之法，亦无不易简而能变通之法。”^② 尽管龚、魏上述主张尚未涉及如何对待西方资本主义法治思想的关键问题，但魏源的更可贵之处，在于他开始宣传西方国家的法治制度和思想：“议事听讼，选官举贤，皆自下始，众可可之，众否否之，众好好之，众恶恶之，三占从二，舍独循同，即在下预议之人，亦先由公举，可不谓周乎？”^③ 虽然，作为封建地主阶级改革家的龚、魏终究难以跳出封建法律思想的窠臼，但他们毕竟开启了中国近代法治的筭路蓝缕之路。

受龚、魏思想的影响，另一类思想家通过中西法制（治）的对比，有了更进一步接受西方法治思想的认识。所谓“法苟不

① 《龚自珍全集·乙丙之际著议第七》。

② 《魏源集·筹赈篇》。

③ 《海国图志》卷 59。

善，虽古先，吾斥之；法苟善，虽蛮貊，吾师之”^①。郑观应在《易言》和《盛世危言》中明确指出：“仿泰西之良法，体察民情，博采众议，务使上下无杆格之虞，臣民泯异同之见，则长治久安之道有可豫期者矣。”他还认识到，西法之所以为“良法”，因为有“公议政事”的议院，它能“集众思、广众益。用行政，一秉至公，法诚良意诚美矣”。相反，“无议院，则君民之间，势多阂隔，志必乖违，力以权分，权分而力弱。”因此，他极力主张中国“必先设议院以固民”。他特别推崇英国，凡事虽有上下院议定，仍奏其君裁夺，君谓然即签名准行，君谓否则发下再议。其立法之善，思虑之密，无逾于此。王韬也主张效法英国的君主立宪制，实行“君民共治，上下相通，民隐得以上达，君惠亦得以下逮”^②。可见，郑、王等人对于西方法治思想认识较龚、魏的思想又深化了一步。但是，郑、王所认识到的西方法治思想中的议会制和君民共主思想还没有找到其中最根本的东西，即权力分离又制衡与主权在民的理论精华。稍后的马建忠深化了这种思想认识，他在《适可斋记言·上李伯相言出洋工课书》中认为，西方各国，无论君主之制、民主之制或君民共主之制，其共同特点是“定法、执法、审法之权，分而任之，不责于一身，互不相侵”。“人人有自主之权”。可见，马建忠对西方法文化的推崇由议会转向三权分立原则，从君民共治到人人有自主权的主权在民的机制，在近代起着重要的启蒙作用。^③

① 《盛世危言·议院》。

② 《出使日记续刻》卷四。

③ 张培田：《中西近代法文化冲突》，中国电视出版社 1994 年版，第 106 页。

以康有为、梁启超、沈家本为代表的思想家，在中国近代法治的转型中，勇敢地联系实际，在变法修律实践中开始容纳和移植西方法治。一是康有为、梁启超、谭嗣同和严复等人在已有认识成果的基础上，提出了比较系统的法治主张，并在皇帝的支持下，推行法治实践——戊戌变法。变法中他们一方面尖锐地批判传统人治的大病巨弊是“锢其耳目，桎其手足，压制其心思，绝其利源，窘其生计，塞蔽其智术”^①。另一方面，在批判的基础上提出变法主张。如康有为从“变法者，须自制度法律先为改定”出发，提出“立行宪政，大开国会，以庶政与国民共之，行三权鼎立之制”。并且肯定若能如此，“则中国之治强，可计日待也”^②。美好的法治思想恰好与有作为的光绪皇帝的改革意图相吻合，因此，光绪帝急急下诏：“速详慎酌拟条款汇条咨送，毋得迟延。”又屡下诏令，催促六部，快速操办。可惜的是，历史却在此停滞，一个权力被架空的皇帝，一批用心良苦的变法图治的思想家，虽有心补天，却回天无术。在顽固派的极力反对下，刚刚起步的戊戌变法运动流产了，光绪被禁，六君子被杀，康、梁被逐。一次中国近代法治转型的良机被历史地错过，留下的是无穷的遗憾和痛苦的思索。二是沈家本等人主持的清末法制改革，真正开始了容纳和移植西方法治的实践。戊戌变法失败后，由于内外矛盾的交错复杂，统治阶级又不得不重提变法，并请出中国近代法学泰斗沈家本主持变法。沈家本以此为契机，学习西方法治思想，移植西方法治。因此，后人评价他是“中国近代资产阶级进步思想的启蒙者和前驱”，“代表了早期的中国资产阶级

① 谭嗣同：《仁学》卷下。

② 康有为：《上皇帝第六书》。

进步法制思想的主流”。^①

以张之洞、劳乃宣、叶德辉等人为代表的守旧力量却坚持传统人治思想，死守“国粹”的立场。认定“立国之道，尚礼义不尚权谋”，对外来先进思想一概采取排斥和鄙夷的态度，坚持“自我中心论”，认为清王朝是“体现文明本身的中心王国”，是“东西世界的自然中心”——“中国是内部的，又崇高又伟大；非中国的‘蛮夷’是外部的，既渺小又低贱”。因此，在思想认识上产生出一种本能的轻视与抵抗。如果说鸦片战争后，清王朝“自我中心”论尚未彻底打破，那么，“甲午之役挫于日本。举国大哗，方知国力不足恃，旧法不足尚，对于人亦一变前日骄矜之态度。”^② 尽管如此，顽固势力仍然坚持三纲五常的不可动摇性，鼓吹三纲是中国“神圣相传之圣教，礼教之原本”。并主张民主不可设，民权不可重，议院不可开。否则，则“乱民必作、纪纲不行、大乱四起”。显而易见，清末守旧派的陡起风云，使传播进来的法治思想面临着头撞南墙之虞。

因此，中国近代构建新的法治理论，只能在各种法律理论碰撞中进行。沈家本等人以比较冷静的态度审察中外各种法律思想，并通过分析、综合比较的方法形成了自己的法律思想。认为：“夫吾国旧学，精微之处，仁至义尽，新学要旨，‘已在包涵之内，乌可弁髦等视，不复研求。新学往往从旧学推演而出，事变愈多，法理愈密。然大要总不外情理二字。无论旧学新学，不能舍情理而别为法也，所贵融会而贯通之。保守经常，革除弊

① 李光灿：《评寄籁文存》。

② 李大钊：《我国外交之曙光》。

俗，旧不俱废，新亦当参，但期推行尽利。”^①很明显，沈氏主张中国近代法治思想的“旧学”（传统人治思想）与“新学”（西方法治理论）的“融通互补”，形成了沈家本“折衷各国大同之良规，兼采近世最新之学说”的法治观。

在构建中国近代最先进的法治思想方面，当数以孙中山为代表的“民主立宪”观。他在深刻批判传统人治的同时，又清醒地认识到西方法治的不足，最终形成自己的“三民主义”立法观和“五权分立”的宪政思想。“五权宪法”理论继承了优秀传统文化和吸收了西方宪政理论。正如他所言：“兄弟历观各国的宪法，有文宪法是美国最好，无文宪法是英国最好。英是不能学的，美是不必学的。英的宪法所谓三权分立，行政权、立法权、裁判权各不相统。”而美国宪法“把那三权界限更分得清楚，在一百年前算是最完美的了。一百二十年以来，虽数次修改，那大体仍然是未变的。但是这百余年内，美国文明日日进步，土地财产也是增加不已，当时的宪法已经不适用的了。兄弟的意思，将来中华民国的宪法是要创一种新主义，叫做五权分立”^②。孙中山的“五权分立”是指在“三权分立”基础上增监察权和考试权而成。它的重大的意义是，克服了美国选才不公，影响国务；纠察不力，造成议院专制；实行代议，缺乏直接民主的弊端，真正代表了当时法治理论的最高成就。

但是，无论是沈家本，还是孙中山的法治思想，都存在其理论的缺陷和不足。前者存在着法治思想的矛盾性和不坚定性：在对待传统人治问题上，仍然大谈“仁”和“德”，盛赞“礼”和

^① 《寄移文存·法学名著序》。

^② 《孙中山选集》上卷，第 89 页。

“义”；在对待西方法治问题上，也有其偏颇之处。后者也存在理论缺陷。无可置疑，孙中山的法治思想有其创造性和先进性，正如孙中山自喜之言：“余之谋中国革命，其所持主义，有因袭吾国固有之思想者，有规抚欧洲之学说事迹者，有吾所见而创获者。”^①但其“主义”和理论的完整性、科学性和实践性如何，孙中山并没有真正很好解决，后来的实践也证明了这一点。因此，它仍然难以成为中国近代法治转型的科学理论。

2. 在法治规范制定和法治实践层面上。

清末法治转型中的法律制定和实践，总的特点是，修旧又制新，既呈阶段性，又含交错性。同时，由于封建统治外壳仍存如故和传统法律思想的影响，法律的制定和实施迭宕起伏，复杂多变。

修改清律是法治转型的前奏。从 1840 年至 1901 年期间，在没有触动封建法律根本性质和基本体系的前提下，曾有四次较大的修改《清律》活动。如果还包括其他方面，清律也多少发生些变化。特别值得一提的是 1910 年颁布的《大清现行刑律》。从时间上看，《大清现行刑律》跨越了一般意义上的旧律修改阶段；从主持者来看，它为主持制定新律的沈家本所作；从性质上看，它是一部过渡性刑法典，也是“中国法律朝近代化方向迈出的第一步”的法典。实际上，只要将《大清现行刑律》与《大清律例》稍作比较，清楚不过的事实是，它不过是封建法典《大清律例》的修改品，这正好体现了清末修新变旧相结合又相交错的特点。其重大意义在于，清末法治转型，一定意义上说是以修改旧律、制颁《大清现行刑律》为契机，奏响近代法治序曲的。

^① 《孙中山全集》第 7 卷，第 60 页。

建馆修律，体系全新。清朝政府在光绪二十九年成立修订法律馆。法律馆按照“参酌各国法律，首重翻译”的原则，着手大量翻译外国法律。所译西国法律中以日本法律为巨。^①法律类别广及宪法、刑法、民法、诉讼法、国籍法、商法、监狱法等，但以刑法为主。同时修律馆还延请日本法学家来华帮助制定法律。据粗略统计，从 1903 年法律馆成立到 1911 年辛亥革命爆发的近 10 年中共制定的主要法典法律有《大清民律草案》、《大清新刑律》、《大清刑事民事诉讼法草案》等等。另外，还在预备立宪中产生了《钦定宪法大纲》和《重大信条十九条》两部宪法性文件。由此可见，清末法律以大陆法系为模式、以日本法律为蓝本，从宪法到部门法、程序法，分门别类制典订律，形成了中国近代一个全新的法律体系，可谓成绩斐然，面目一新。

法律实践，仓促有限。可以说，法治转型有三个重要参数：一是科学的法治理论确立；二是以之作指导的法典法律的完备制定；三是法律的有效实施。三要素俱备，标志着法治转型的成功；反之，法治转型不属失败也属不彻底。由此看来，中国近代法治转型，仅从法律实践来看，由于各种主客观因素制约，确实非常仓促有限^②，因而决定了其转型的不理想。

3. 法治转型迅速，但未成正果。

^① 据统计：光绪三十一年共译出或正在校正的 4 个国家 12 种法律中，日本法律占有 7 种，到光绪三十三年时，新译或正在译的法律、法学著作共 11 个国家 33 种，日本占有 15 种。宣统元年统计又新译 10 个国家 45 种法律，日本占有 13 种。

^② 清末修律主要集中在 1910 年前后，清王朝 1911 年被推翻，大部分制定的法律来不及正式颁布或实施。其中 13 部主要法典或法律，真正颁布实施的只有 6 部，其余未及公布或公布而未实施的则有 7 部。

中国传统人治走向尽头，被迫转向法治，由于复杂的条件、原因和改革主体，因而出现复杂的结果。第一，缓步中快启动，转型真正开始。从时间上看，1840年至戊戌变法前为第一阶段，是为转型缓步期，其中戊戌变法是快速期的始点。在前一时期，两次鸦片战争失败，也未引起清朝统治者的深刻反省，仍然麻木、自大。西方列强的炮声充其量也只给其微微一惊，尔后又“处在一种酣睡状态中，它用并不继续存在的强大和威力的幻想欺骗自己。而且像个麻疯病人一样，极力避免同外界接触”。同时，“还粗暴地标出‘不要摸我’的警告”。^①可以看出，妄自尊大的统治者无视两种制度和文化的优劣，更没有以此作为动力、契机进行近代法治改革。即使此时有一批思想家能够敏锐地意识到“天朝帝国万世长存的迷信受到了致命的打击，野蛮的、闭关自守的、与文明世界隔绝的状态被打破了，开始建立起联系”^②。而且，当时的思想家们都深刻地感到需要学习外国，变更古法，并且主张变古愈快愈尽愈好。正如魏源所言：“小变则小革，大变则大革；小革则小治，大革则大治。”先进思想家的声声呐喊，无情地揭露和批判了传统法律的极端不合时宜性和腐朽性。可惜的是，他们没有也不可能在当时拿起批判的武器进行武器的批判，也没有设计和提出法治转型的方案。虽然，当时的早期资产阶级改良派提出了“君民共治”的主张，进而宣扬“三权分立”的思想，但他们没有理性地从传统人治中自我解救出来，相反，“国有万年之民，君保万年之位，君者，民之父母也”^③的传统

① [法]施阿兰：《使华记：1893—1897》。

② 《马克思恩格斯选集》第2卷，第2页。

③ 何启：《新政真诠·新政论议》。

人治思想仍起主导作用。加之，统治阶级本身的麻木迟钝、顽固守旧，法治转型在当时要发生质的变化，显然，既不具备条件，也不逢时。但是要看到当时的先进思想毕竟不失为理论界的阵阵响雷，是催醒民族的序曲。在后一时期的起步阶段，以康、梁、严、谭为代表的维新变法思想家们，积极改革法律，实行法治，发动戊戌变法，真正开始了中国近代首次以制度改良为主要内容的法治转型运动。第二，发展曲折，转型艰难。应该说，戊戌变法是近代法治转型中有重大意义的可喜开端，预示着法治转型将进入迅速发展时期。然而，出乎意料的是短短十几年中出现两次大反复，推迟了法治转型的步伐和影响了法治转型的质量。一次是戊戌变法的流产，维新志士被害。康有为提出开议院、设国会、定宪法的主张，遭到张之洞等人的反对，先进的思想和理论，最终为顽固守旧派所扼杀，无以制颁宪法、建立国会和实行君民共治。另一次是清末修律中的礼法之争。戊戌变法失败后，中国社会不断的内乱与外侮，更加危及着清朝统治，因此，慈禧被逼宣布改革。还是沈家本以此为契机，主持法制改革，力求实行法治。但是，当修律变法顺利发展之际，守旧派又开始责难，出现法治转型中的第二次反复。礼法之争，以沈家本为代表的法理派的退让而告终。这样，法治转型的第二次反复，给中国近代法治进程带来了重重阻力，蒙上了层层阴影。第三，法治转型的复杂结局。应该说，中国近代法治的转型，由于错综复杂的因素的影响，既不是直线发展，也不是加速度反向，而是成败交织。从成功之处看，封建人治思想的天经地义地位开始被打破，法治思想开始在中国传播，为以后民主宪政、五权分立理论体系的建立奠定了基础。同时，也比较理想地完成了中国古代法律样式的转型，终于打破了诸法合体、以刑为主的中华法系，形成了

以宪法为主，部门法和程序法齐全的近代法律体系。其失败之处集中表现在无论是龚、魏的改革思想，康、梁的改良理论，还是沈家本的法治主张，都是一种难成气候的“修补理论”。历史反复证明，在前提条件错误下的任何“修补理论”，是决不能指导法治转型顺利进行的，充其量只能暂时或局部地改善、改良传统人治。除此以外，其失败之处，还体现在比较科学的法律样式是夹杂封建法律内容的夹生饭，无论是宪法，还是刑法、民法、诉讼法，随处可见封建法律内容成条成款地规定在法典中，强烈地体现了法律坚持封建人治的立场和皇权至上的主旨。

二 20 世纪 70 年代法治未行，第二次红灯

1. 新民主主义时期革命法制的初始实践。

清末法治的转型，虽然失败，但是，它给中国近代提供了认识法治问题的契机，树立了一种前所未有的全新认识：“传统政法的合理性”和“在传统政治体制内实现改革性”，通过实践证明，“现在它的合法性受到了怀疑，那么就要在另外的基础上考虑组织政体的可能性了”^①。以孙中山为代表所倡导的资产阶级法治思想，在推翻封建专制政权后有了真正意义上的法治实践，可惜它只昙花一现，不到三个月。紧接着中国近代又逆转到法治的黑暗社会：北洋政府的军阀统治，国民党政权的个人独裁体制。几十年实际上的人治历史再次呼唤法治。遵循历史的逻辑，崭新意义上的社会主义法制行将横空出世。因此，从 1930 年前后开始的新民主主义革命法制正式步入征途。

法制实践的转型。中国共产党领导中国人民在极其险恶的条

^① [美]费正清：《剑桥中国晚清史》下卷，第 321 页。

件下，一方面要推翻实行人治的旧政权，另一方面又要承担起新型法制的构建，可谓任重而道远。如果从井冈山根据地的开创为起点，到 1949 年中华人民共和国的建立为终点，20 余年的新民主主义时期人民民主政权创建史，也就是 20 余年人民民主政权的法制转型史。在法制转型上做了前所未有的工作，成绩是巨大和空前的。具体表现为，第一，开展土地、劳动立法及其实践。众所周知，在此以前的所有法制都是保护少数人利益。法律能否为广大无产阶级、劳动人民服务，是旧型法制转向新型法制的标志。因此，从 1927 年开始，中国共产党领导的新民主主义政权为了解决这个问题开展了前所未有的土地、劳动立法。由于土地立法和劳动立法，标志着法律由保护少数人利益到保护大多数人利益的历史性转变，确立了新型法律崭新的价值体系和目标。第二，制定人民宪法。井冈山根据地开辟后，为了建立新型法制，毛泽东曾主张，由“中央制订一个整个民权革命的政纲，包括工人利益、土地革命和民族解放，使各地有所遵循”。随着工农民主政权的创立，制颁了第一部由劳动人民当家作主，确保人民民主制度的根本大法——《中华苏维埃共和国宪法大纲》。到抗战时期，在毛泽东“抗日统一战线政权的施政方针，应以反对日本帝国主义，保护抗日的人民，调节各抗日阶级的利益，改良工友的生活和镇压汉奸、反动派为出发点”^①的思想指导下，制定和实施了抗日根据地政权《施政纲领》和《人权条例》，从而保障了抗战的胜利。尔后，毛泽东又指出：“一定要争取民主和自由，一定要实行新民主主义的宪政。”^②毛泽东进而说明“新民主主义

① 《毛泽东选集》合订本，人民出版社 1964 年版，第 701 页。

② 《毛泽东选集》合订本，人民出版社 1964 年版，第 697 页。

宪政”就是“几个革命阶级联合起来对于汉奸反动派的专政”，它“‘为一般平民所共有，非为少数人所得而私’，就是我们所说的新民主主义宪政的具体内容，就是几个革命阶级联合起来对于汉奸反动派的民主专政，就是今天我们所要的宪政。这样的宪政也就是抗日统一战线的宪政”^①。1946年制定的《陕甘宁边区宪法原则》，充分体现了毛泽东的宪政主张和宪法思想。抗战胜利后，无产阶级领导的以工农联盟为基础的人民大众的，反对帝国主义、封建主义和官僚资本主义的人民民主专政政权，代替昔日的统一战线形式的抗日民主政权，在毛泽东宪法思想指导下，为了适应革命形势的发展，或颁布宪法文件，或适用中国人民解放军布告、命令。可谓因时而宜、因地制宜。随着解放战争的胜利，全国日趋统一，又适时制定起宪法作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》。《共同纲领》的颁布实施，保证了解放后三年国民经济的恢复，并为1954年宪法制定打下坚实的基础。第三，制定刑法。井冈山根据地开辟后，开始了人民政权的刑事立法，制定了以《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》为代表的一系列刑法文件。抗日民主政权时期制定了以《陕甘宁边区惩治汉奸条例》为代表的一系列刑事法规。解放战争时期的刑法，继承了人民政权的正确思想，颁布了《中国人民解放军宣言》、《关于废除国民党六法全书与确立解放区的司法原则的指示》等法律文件。除此以外，新民主主义革命时期的法制实践，还包括婚姻法、民法和经济立法、司法制度等法制实践。

当然，应该清醒地看到，新民主主义的法制实践还谈不上是完全意义上的法治实践。首先，它是在与国民党政府对峙中艰难

^① 《毛泽东选集》合订本，人民出版社1964年版，第691页。

起步的，当时在全国范围内，国民党政府掌握法，革命政权首先的任务是推翻掌握全国法的旧政权，废除旧政权的法律体系。其中推翻旧政权是第一位的，而打破一个旧政权，建设一个新政权又是一件很艰难的事，需要集中全部的精力，讲究策略，否则容易成为旧政权的牺牲者。因此，首先不可能集中精力建设法制，特别是在统一的全国政权创建以前。加之，在 22 年的新民主主义革命法制建设中，由于经常受到“左”、右的思想影响，不可避免地经常出现失误与偏差。如在历史上出现过的肃反扩大化，路线斗争中以“左”或右划线，思想问题成为路线问题，政治问题演变成敌我矛盾，政策代替法律，刑罚代替教育，一切简单化从事。同时，由于 22 年的新民主主义革命史就是 22 年的政治、军事斗争史，频繁的战争使国家缺少一个相对稳定的环境，法律的主客体关系在动态中不固定、不成熟，调整关系的法律规范，必然处在一种不完备的状态中，因此，法律制定有时多，有时少，甚至有时无，以致法律内容、法律原则呈现一定程度上的不科学性，或者极端性。如工农民主政权时期没收地主富农土地财产后，“地主不分田、富农分坏田”的错误规定；定罪科刑中讲出身、贡献论；解放战争时期以中国人民解放军的命令和布告作为法律文件，等等。因此，虽然可以说新民主主义革命法制是中国近代一种新型法制，而且是社会主义法制的前身，但严格意义上说，它根本谈不上是法治，特别是其中“有法律依法律，无法律依政策”的传统还直接影响社会主义法制建设。

同时，也要充分认识到，中国共产党领导的新民主主义革命法制，同中国历史上任何一切剥削阶级的法制有着本质的不同，它体现的不再是少数人的意志，保护的不再是少数人的利益，而是体现和保护广大人民的意志和利益，它彻底否定了传统的君权

至上、封建人治、重刑主义，在新型法制建设上成绩斐然，功不可没，并为社会主义法制建设奠定了坚实的基础。

2 社会主义法治的初始建设。

1949年中华人民共和国成立，新民主主义革命法制建设转为社会主义法制建设。应该说，社会主义法制建设已有了前提条件。加之，确立以马克思主义、毛泽东思想为指导，社会主义初始法治建设又具备了理论基础。但是，由于长期坚持“阶级斗争”的理论指导，经济和政治体制上过分集中权力；也由于一些不可忽视的历史、文化、思想上的主客观原因；加之，由于忽视了民主建设和以民主为基础的法制建设，因而严重地影响了社会主义法治建设的速度和质量。在法治努力方面，表现为：第一，1949—1953年是新民主主义向社会主义的过渡期，为了适应过渡时期的特点，在宪法方面，把解放前夕的《共同纲领》暂时作为根本大法。同时，制定了许多单行法规，如《惩治反革命条例》、《惩治贪污条例》、《土地改革法》、《婚姻法》等等。在此时期，旧的法律废除后，新的法律还没完全制定出来，因此，在一定程度上还依靠党的政策，毛泽东明确指出，不能“只讲政策，不要法律”。第二，1954年后，开始社会主义建设时期，毛泽东强调社会主义法制建设的重要性，提出了建设社会主义的法律体系，包括宪法和其他各方面的法律。所以，毛泽东在1954年《关于中华人民共和国宪法草案》的讲话时指出：“一个团体要有一个章程，一个国家也要有一个章程，宪法就是一个总章程，是根本大法。”通过宪法“把人民民主和社会主义原则固定下来，使全国人民有一条清楚的轨道，使全国人民感到有一条清楚的明确的正确的道路可走，就可以提高全国人民的积极性”。这样，毛泽东不仅指出了制定宪法的原则和重要性，而且亲自担任宪法

起草委员会主席，主持起草宪法草案。这部宪法集中反映了毛泽东的“领导和群众相结合，领导与广大积极分子相结合的方法”和“原则性与灵活性相结合的原则”，充分体现了中国人民的意志和利益，因而成为我国第一部最民主、最科学、最进步的宪法。

在制定根本大法的同时，还颁布了其他法律，建立起了社会主义法律体系。1956年9月，党的八大决议指出：“我国目前的国家工作中的迫切任务之一，是着手系统地制定比较完备的法律，健全我们国家的法制。”1962年，毛泽东强调指出，除了宪法外，“不仅刑法要，民法也需要，现在是无法无天。没有法律不行，刑法、民法一定要搞。不仅要制定法律，还要编案例”。因此，到1957年前后，全国颁布了近千件重要法规。尔后又起草民法、刑法。同时，毛泽东又提倡“学法”、“守法”，使人民法制成为真正保卫人民利益，巩固人民政权的工具。1957年，他在《在省市自治区党委书记会议上的讲话》中指出：“一定要守法，不要破坏革命的法制……我们要求所有的人都要遵守革命法制，并不是只要你民主人士守法。”对一些干部中“典型的官僚主义、命令主义和违法乱纪的事例”要揭发，对其中违法者也“必须给予法律的制裁”，不能姑息迁就，做到人人守法、“有法可依”、“有法必依”。

3. 法治建设的停步

“文革”十年，初始的法治建设基本处于缓慢甚至是停步时期，从1966年5月16日中共中央召开扩大会议通过《五·一六通知》开始，全国掀起了“怀疑一切，打倒一切”的全国内乱，大鸣大放、大字报、大辩论铺天盖地而来，“大民主”代替了以法制保障的真正民主。大批领导干部被打成叛徒、特务、走资