



Shouhu Fazhi

守护法治

孙 赓◎著

无法律、法制绝无法治；有法律、法制未必有法治。法治是人类政治文明的最重要成果。法治是当代中国实现政治清明、国强民富、社会公正、文明和谐、长治久安的必由之路。法治中国是中国法律人的崇高价值追求。



中国政法大学出版社



守護法治

孙
康◎著

(作者自书)



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

守护法治 / 孙赓著. -- 北京 : 中国政法大学出版社, 2013.7
ISBN 978-7-5620-4846-6

I. ①守… II. ①孙… III. ①法治—中国—文集 IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第162648号



书 名 守护法治

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 720mm × 960mm 16 开本 17.5 印张 290 千字

版 本 2013 年 7 月第 1 版 2013 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4846-6/D · 4806

定 价 49.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

自序

1979年7月，笔者16岁，第一次参加高考名落孙山，暑假无事以读报看书为乐。有一天看到《光明日报》公布的《刑事诉讼法》全文，细读几遍，仍然觉得深奥难懂，但“对于一切公民，在适用法律上一律平等，在法律面前不允许有任何特权”这一条文却印在了脑海，也由此产生了对法律的兴趣。1980年8月至1982年7月，笔者在天水市第一中学复读。某一日晚上，在学校的黑白电视上看到最高人民法院特别法庭公开审理林彪、“四人帮”两个反革命集团案件的新闻，见王洪文、江青、张春桥、姚文元等被告人站在被告席上接受法庭审判，那情景令人震撼，心想“法律是个好东西”，于是决定报考大学法律专业。这两件看似偶然的事，使笔者与法律结缘。

1982年9月，笔者如愿考入西北政法学院（现西北政法大学）法律系，开始了学习法律和以法律为职业的生涯。从步入大学之门以来的三十多年中，法律、法制和法治及其相互关系，是笔者关注和思考最多的法学问题。究竟什么是法律、法制和法治，人类数千年来，无数的法学家和法律人都在探寻它的内涵和外延，并给出了无数的答案。只要人类社会存在一天，人们还将继续探究下去。记得大学里学习的第

一门法学课程是《法学基础理论》，第一堂课是关于法律的本质和特征。马朱炎教授以他厚重而洪亮的声音和特有的动作讲道：“法律是统治阶级意志的体现，是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的行为规范的总和，法律归根到底是由统治阶级的物质生活条件决定的……”对老师为法律所作的定义，笔者当时深信不疑。后来读了自然法学派的一些论著，自然法学派关于自然法高于实定法，自然法是人类正义和理性的体现，人民的福祉是至高无上的法律，凡实定法与自然法冲突者属非法之法，以及把自由、平等、人权归结为正义的思想，深刻影响了笔者对法律、法制和法治及其相互关系的思考。在某种意义上说，法律人在其职业活动中，都在以不同的方式探寻和诠释法律、法制和法治的含义。1986年7月，笔者大学毕业后选择到中共甘肃省委政法委员会工作。近七年的机关工作，现在看来对社会对国家几无多大益处，俸禄不多但一文不少，颇有惭愧之感。然而，在这近七年的时间里，笔者最大的收获是看到了理论上的法律、法制与社会现实中的法律、法制的矛盾甚至对立之大，也看到了人治在社会现实和司法活动中的影响之深。1993年2月，笔者辞去公职，放弃仕途，开办律师事务所，成为一名执业律师，也成为一名自食其力的自由职业者。在《辞职报告》中笔者写道：“今年初，邓小平同志南巡发表了极其重要的谈话，为中国改革开放指明了前进的方向，也为中国青年知识分子指明了前进的方向。目前，党政机关机构臃肿，人浮于事，腐败滋生，冗员充塞，食之者众，生之者寡，已到了国家难以承受（实际是人民难以承受）的地步……我对此强烈不满，并深感压抑和不适。基于上述考虑，我决定自谋生路，减轻一点人民负担，按照党中央有关文件精神开办律师事务所。”时光流逝，光阴如梭，笔者从事律师职业迄今已有20年，有时重读上述文字，不禁感慨万端，辞职时的艰难抉择仿佛就在昨天。真可谓：“知我者谓我心忧，不知者谓我何求。”亦可谓：怪象依旧在，慷慨付笑谈！

值得所有法律人为之鼓舞的是20年来，国家以世界历史上少有的立法速度，制定了大量的法律、法规等法律规范，几乎每年五一、十一、元旦这些时间点，都有几部甚至十多部法律、行政法规或部门规章生效实施。2010年底，我国已基本形成中国特色社会主义法律体系。建设法治国家也取得了重大进步，依法治国，建设社会主义法治国家载入了宪法，法治中国的理念开始深入人心，与法律、法制和法治有关的一系列理念与制

度，在社会生活和国家政治发展进程中的作用日益凸显，并将深刻影响中国未来的走向，法治中国的大趋势已不可逆转。在这 20 年中，笔者办理了近千件各种法律事务，直接触摸和面对社会现实，所经历的形形色色的法律、法制和法治问题，涉及政治、经济、文化的各个领域和立法、司法、执法的各个方面，使笔者得以在实证的角度，理性而深入地思考法律、法制和法治的现象和规律。与法同行究法理，痛并快乐二十载。孔子云：“五十而知天命。”如今，笔者已到知天命之年。

无法律、法制绝无法治，有法律、法制未必有法治，如同有宪法不一定就有宪政。法治是人类政治文明的最重要成果。法治是当代中国实现政治清明、国强民富、社会公正、文明和谐、长治久安的必由之路，舍此别无其他正路。原最高人民法院院长肖扬在其所著《肖扬法治文集》中说：“经过百年摸索，人们终于懂得：‘法律是人类最伟大的发明。别的发明让人类学会了驾驭自然，而法律的发明，则令人类学会如何驾驭自己’。所以，为了体现人民意志的宪法和法律的尊严不蒙污受辱，法律的殿堂不被摧毁，法律的光辉不黯然失色，法律和公平正义不被任意践踏，我们所有从事法律、法治、法学教育和法学研究的人们必须肩负起神圣使命，实践依法治国基本方略，努力建设社会主义法治国家。”他又说：“法治是国家带给每个公民的福祉，更是每一个法律人的梦想。没有法治的时代是残缺精神的时代，没有法治的人生是缺乏安全的人生。法治是一项具有深远历史感、复杂多维性和极其人性化的伟大事业，是法律人的终极精神寄托和最高价值追求。”无独有偶，著名法学家何家弘在“一个法律人的信仰”一文中写道：“作为一名法律人，我信仰法治。法治是一种理想和追求，是可以也应该被信仰的。如果我国的法律人——法官、检察官、律师、执法者、法学教师、法科学生都能够真正信仰法治，把它作为一种崇高的追求，不惜牺牲个人利益乃至生命，‘痛并快乐着’地践行法治，那么，法治中国就不再遥远了。”他们的精辟观点，笔者深以为是。在笔者看来，对法律人而言，法律是安身立命之本，法治中国、法治天下是光荣与梦想，守护法治则是天命所系！这也是笔者把这本个人文集取名为《守护法治》的原因所在。

这本文集，是笔者自 1986 年 7 月大学毕业以来写作的论文和评论性文章的汇编，其中大部分已在国家级或省级刊物以及地方报刊上公开发表，只有“建设社会主义法治国家的路径”、“加快政治体制改革与把权力关进

制度的笼子”、“最高人民法院院长应开庭审案”和“我国现行法院设置的弊端与改革的路径”这四篇没有发表。这些拙著从不同的侧面反映了笔者对当代中国现实下的法律、法制和法治的某些具体问题的观察和思考。由于时间跨度 26 年有余，有些观点已因法律的修改完善和国家法治的发展进步而失去现实意义，有些观点本身的不足因笔者水平所限而在所难免。因为是个人文集，笔者对其内容未作修改，所涉法律条文未按修订后的规定进行调整，只对个别文字和语句作了技术上的处理。如蒙读者不吝赐教，则笔者幸甚！

以上，是为序。

孙 康

2013 年 3 月 18 日于兰州



作者近照

目 录 自 序 / I

法学原理篇

- 我国法学研究亟待转变 /3
- 关于我国法制建设协调发展问题的思考 /5
- 略论研究和建立社会主义法制建设学 /13

法治篇

- 为“宪法和法律至上”辩护 /21
- 关于发展民主政治与建立法治国家若干问题的思考 /25
- 加快政治体制改革与把权力关进制度的笼子 /32
- 建设社会主义法治国家的路径 /44

司法改革篇

- 国外司法改革的启示与我国司法改革的出路 /59
- 为什么真凶现身才发现错案？ /76
- 诱惑侦查与诱骗犯罪辨析 /81
- 司法机关无权修改法律
——质疑最高人民法院两条民事法律政策 /90
- 司法独立不是实现司法公正的唯一条件 /93
- 谁妨害了司法公正？ /97
- 最高人民法院院长应开庭审案 /103
- 我国现行法院设置的弊端与改革的路径 /105
- 实施修改后的《刑事诉讼法》须过五道关 /110

部门法学篇

- 强制性规定适用问题初论 /123
- 国有资产界定及相关犯罪认定的法律问题 /131

• 非法举报法律责任初探	/138
• 几种特殊公司纠纷的司法救济与法律完善	/145
• 有限责任公司股东资格认定的法律实证分析	/157
• 关于制定强制执行法若干问题的思考	/164
• 《民事诉讼法》第204条适用疑难问题探讨	/173
• 审判机关消极不作为的赔偿责任	/180
• 民事案件发回重审制度的检讨与重构	/186
• 初论医疗纠纷的法律防范	/196

律师制度篇

• 法律人的良知与责任	/215
• 构建和谐社会与律师的社会责任	/217
• 《律师法》修改中律师及律师事务所执业 准入与准出	/223
• 律师“刑辩难”的出路	/226
• 以德治国方略与加强律师职业道德建设	/230
• 西部大开发·法治·律师	/232
• 加强律师依法执业管理之我见	/236
• 律师事务所要走可持续发展的路子	/239
• 律师鉴证业务及其法律责任	/242

犯罪预防与控制篇

• 论社会治安综合治理的几个问题	/247
• 农村社会治安问题管见	/253
• 对提高“严打”质量问题的几点思考	/257

政论篇

• 腐败与苏共亡党的教训及其启示	/263
• 社会主义市场经济与换脑筋	/267
• 社会主义的生命力在于改革	/270

法学原理篇

我国法学研究亟待转变*

谁都难以否认近几年我国法学研究的成就。但是，我们也不能不承认这样一个事实，即法学研究还不能满足法制建设实践的客观要求，法学研究不能及时地就许多重大的法制建设的实践问题和理论问题作出科学的回答。例如：怎样保证党的一切组织和个人在宪法和法律范围内活动的法律问题；通过法制的手段和杠杆，创造比资本主义更高更切实的民主的问题；运用法律手段保障经济体制改革深化的问题；精神损害赔偿之债和国家侵权损害赔偿之债问题；等等。这种现状妨碍了法律科学应有作用的发挥。任何一门社会科学，如不能科学及时地解决现实问题，它就没有多大的存在价值。贯彻邓小平同志“一手抓建设，一手抓法制”的战略思想，丰富和发展我国法律科学，满足法制建设的客观要求，不能没有理论上的突破。为此，法学研究必须改革自身，进行一系列转变。

第一，要实现从对现行法律制度、党的有关方针、政策的阐释和颂扬向科学分析的转变。长期以来，我国法学界驻足于对现有法律制度、党的有关方针、政策进行阐释，很少对其进行深入而理性的考察，这恰恰是我国法学研究难以创新发展的症结所在。新中国成立三十多年来的实践证明：这种状况既不利于法学本身的发展，也给法制建设带来了消极的后果。法律作为一门社会科学，它的真正价值就在于预见性和先导性。法学研究为法制建设和党的方针、政策服务，应该主要是为法制建设决策的民主化、科学化服务，为法制建设的发展、为党的有关方针、政策的制定及时提供理论依据和科学分析，提出可行性方案，使党领导法制建设的活动建立在科学的基础之上。法学研究工作者要敢于正视现实问题，敢于解决现实问题。

第二，要实现从对一般抽象概念的研究向面对法制建设现实问题研究的

* 本文原载于《法制导报》1986年10月24日，第2版。

转变。任何一门科学如果一味地在一般概念上兜圈子，从概念到概念，而不是通过研究生动而丰富的现实问题来丰富、修正原来的概念、原理甚至体系，那么它的发展就失去了活力，它的生命就要中止。同时，它就只能变成文字游戏，而绝不是科学。我们应树立这样一个观念，即判断一种观点、一种学说是否有科学价值，主要的标准应为是否有助于解决实际问题（理论问题和实践问题）。从概念到概念的学风应当休矣！

第三，要实现从一家之言式的研究向百花齐放、百家争鸣式的研究方法的转变。建设具有中国特色的社会主义法学，是前所未有的创造性工程，要在马克思主义经典作家或权威的书里、话里找到现成答案，是十分荒唐的。我们只能以马克思主义的正确原理为指导，从中国实际出发，实事求是进行探索。任何理论都不能自视为超稳定的理论，因为，事实上根本不可能有超稳定的现实存在。我们应该采取在法学研究面前人人平等的态度，反对任何人俨然以权威自居，或以某种特殊身份横加指责他人观点。任何人都没有干涉正常学术自由争鸣的特权。

第四，要实现从引经据典式、纯粹思辨式、简单概括式的研究方法向综合性、反馈性、开放式的研究方法的转变。在我国法学研究领域，引经据典式、简单概括式、纯粹思辨式的研究方法为人们广为使用。但是，这种传统的研究方法已难以解决越来越复杂的法学问题。没有研究方法的改革，法学研究就难以有所突破。我们要研究和解决当今中国一系列前所未有的法学问题，必须重视运用或吸收诸如系统论、信息论、控制论、软科学的理论。

第五，要实现从单一型知识结构向复合型知识结构的转变。法制建设的根本任务，归根结底是为了实现对社会关系的法律控制和调整，即实现通过法律的社会控制。社会生活的复杂性决定了法学研究工作者要具有复合型的知识结构，不仅要掌握法学专业知识，而且要掌握政治学、经济学和自然科学方面的相关知识，并要掌握国外法学的最新动态，汲取和借鉴世界各国法制建设的文明成果和有益经验，只有这样我们的法学研究才能适应改革开放的历史机遇和挑战，才能回答和解决我国社会主义现代化向法学研究提出的复杂多样的现实问题，从而实现法学自身的繁荣和发展。

关于我国法制建设协调发展问题的思考*

几年前,法学界曾就我国法制建设协调发展问题进行过热烈的讨论。但是,我国法制建设协调发展的原理是什么,我国法制建设发展不协调究竟有什么表现,我国法制建设怎样协调发展等问题并没有解决。本文就这些问题试作探讨,兼论法制建设发展的水平问题。

一、我国法制建设协调发展一般原理探析

法制建设是一系列法制活动和过程的有机统一,是由法律的制定、法律的实施、法律的监督、法律专门人才培养、法制社会教育、法制科学研究等构成的巨大复杂的动态系统。不同的国家在不同的历史时期,社会发展和进步以及实现社会文明的具体内容、要求及其表现形式是不同的,但是,在推进法制建设以推进社会发展和进步以及社会文明的实现上是相同的。因此,适应、满足社会发展和进步以及社会文明实现的法制要求,保障和促进社会发展和进步以及社会文明的实现,这是法制建设的基本功能。从这种意义上来说,所谓法制建设协调发展的基本涵义之一是法制建设与社会发展和进步以及实现社会文明的法制要求之间的协调,即法制建设动态系统在其运行中,可以最大限度地适应、满足社会发展和进步以及实现社会文明的法制要求,那么,法制建设的发展就是协调的,反之就是不协调的。从这个角度来说,衡量一个国家法制建设发展水平高低的一条基本标准就是:法制建设能否最大限度地适应、满足社会发展和进步以及实现社会文明的法制要求。如果可以最大限度地适应和满足社会发展和进步以及实现社会文明的法制要求,法制建设发展水平就比较高,反之就比较低。

然而,法制建设能否最大限度地适应、满足社会发展和进步以及实现社会文明的法制要求,取决于法制建设系统内部各子系统能否在运行中相互协

* 本文原载于甘肃政法学院《政法学刊》1993年第2期。

调。按照现代系统论原理,某一社会系统只有相互依赖、相互制约的各子系统协调运行、协调发展,成为有机统一的动态系统,才能产生最佳整体效能。例如:国家无法自然就没有司法可言。然而有了法,一方面“徒法不足以自行”,另一方面法盲施法实则乱法,因而,必须有完备的司法系统和高素质的司法队伍。但现行法律如果已经过时,不符合变化了的社会实际状况,那么法律的严格实施则无益于社会发展和进步。这就说明不仅要有完备的立法系统,而且要有完备的司法系统,同时二者必须协调运行、协调发展。可见,所谓法制建设协调发展的另一基本涵义是法制建设系统内部各子系统在运行中的相互协调。也就是说,衡量一个国家、一个社会法制建设发展水平高低的另一标准是法制建设系统内部各子系统在运行中能否协调。如果各子系统在运行中保持相互协调,那么法制建设发展的水平就比较高。反之,就比较低。

法制建设协调发展有一定的具体表现形式,主要是:

(1) 社会发展和进步以及实现社会文明的法制要求能被法制建设系统作出及时反应。即立法机关能及时按照社会发展和进步以及实现社会文明的具体要求,制定(立、改、废)必要的法律、法规,而且法律部门完备,构成完整的法律体系,并保持动态完备性、协调性。

(2) 法律在国家生活和社会生活中得到全面、准确的实施,与此相适应有完备的司法系统及其相应的物质、技术设施以及完备的司法体制,有高素质的司法队伍。

(3) 全体公民一体遵循法制。任何政党、组织、个人均在宪法、法律范围内活动,均无权超越宪法、法律,国家一切活动均纳入法制轨道。

(4) 有效的法律监督系统,法律的实施得到充分有效的监督。

(5) 发达的高等法学教育系统,为法制建设培养输送高素质的法律专门人才。

(6) 发达的法制社会教育系统,法律为绝大多数公民所掌握,并自觉守法、护法,法律意识和法制观念深入人心,构成公民社会意识的重要组成部分。宪法和法律的权威至高无上的社会风尚在国家和社会生活中建立起来。

(7) 完备的法制信息反馈系统,及时、准确反馈法律制定、法律实施、法律监督、法律专门人才培养、法学研究等子系统运行的动态及要求,为法制建设协调发展提供科学依据,发挥使法制建设保持动态协调的效能。

(8) 发达的法律科学研究活动,能就法制建设的实践问题和理论问题做出及时而科学的回答,发挥促使法制建设协调发展的理论导向作用。

(9) 完善的律师法律制度以及合乎社会实际要求的律师专业队伍。

这些具体表现形式是法制建设协调发展的综合效应。换言之，在法制建设协调发展的建设状态下，法制建设动态系统的运行必然导致上述具体效应的产生，也就是说上述具体表现形式的产生或存在可以表明法制建设发展的协调性，从而反映出法制建设发展的水平。

以上这些一般原理，不论对资本主义法制建设，还是对社会主义法制建设都是普遍适用的。这些原理是人类社会法制建设的基本经验和文明成果，不姓“资”，也不姓“社”，同样适用于我国社会主义法制建设的协调发展。当然，我国社会主义法制建设有其一定的特殊性。所以，研究我国社会主义法制建设协调发展的一般原理还必须考察我国法制建设的特殊性问题。只有这样才能完整揭示我国社会主义法制建设协调发展的一般原理。笔者认为我国法制建设的特殊性在于怎样实现党的领导与法制建设的协调，即党怎样正确、科学地实现对法制建设的领导。我国是共产党领导的人民民主专政的社会主义国家，我国法制建设是党领导下的社会主义法制建设，党的路线、方针、政策对法制建设具有指导作用。这一客观状况决定了党的领导在法制建设中处于非常重要的地位。显而易见，党对法制建设领导上的正确或失误，必然作用于法制建设的协调发展。所以，党的领导必须与法制建设之间实现协调。可见，我国社会主义法制建设协调发展的一个基本涵义是党的领导与法制建设之间的协调。从我国社会主义法制建设的实践和要求看，实现党的领导与法制建设之间的协调必须满足下列条件：一是党对法制建设的领导必须在宪法和法律范围内进行，党应通过与宪法和法律不相抵触的方式和活动来实现对法制建设的领导。二是党应以国家意志的形式即法制形式来实现对法制建设的领导，要以国家意志的形式来表现自己的意志。三是党对法制建设的领导应是政治领导，是路线、方针、政策的领导，不是对法制建设具体活动的领导。四是党的路线、方针、政策与宪法、法律在动态上保持一致性，不相冲突或矛盾。五是不能赋予党的政策以法律效力，不能以政策代替法律；党的任何组织不得妨碍或干预司法机关正常活动，应保证司法机关依法独立行使司法权；党的任何组织或个人违宪或违法行为均须无一例外地予以追究，并承担相应法律责任。只有在这些条件下或者说只有在实践中实现这些条件，才能使党的领导与法制建设相协调，才能实现党的领导的正确性、科学性，从而真正加强和改善党对法制建设的领导，使法制建设协调发展。能否实现党的领导与法制建设的协调，这是我国社会主义法制建设协调发展的一个关键问题。