

中国法治建设

——
理念、方法及实践

魏小强 宫宝芝 主编



江苏大学出版社

江苏大学社会科学重点项目建设社会主义和谐社会系列法律前沿问题研究

中国法治建设

——理念、方法及实践

魏小强 宫宝芝 主编



江苏大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国法治建设:理念、方法及实践/魏小强,宫宝芝
主编. —镇江:江苏大学出版社,2008.12
ISBN 978-7-81130-077-2

I. 中… II. ①魏…②宫… III. 社会主义法制—建设—
中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 214158 号

中国法治建设

——理念、方法及实践

主 编/魏小强 宫宝芝

责任编辑/汪再非 张 平

出版发行/江苏大学出版社

地 址/江苏省镇江市梦溪园巷 30 号(邮编:212003)

电 话/0511-84446464

排 版/镇江文苑制版印刷有限责任公司

印 刷/丹阳市兴华印刷厂

经 销/江苏省新华书店

开 本/787 mm×960 mm 1/16

印 张/20.75

字 数/400 千字

版 次/2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷

书 号/ISBN 978-7-81130-077-2

定 价/40.00 元

本书如有印装错误请与本社发行部联系调换

融通中国法治建设的事实、规范与价值维度(代序)

杨春福*

1978年—2008年是改革开放和现代化建设取得重大成就的30年,是中国经济社会快速发展的30年,也是中国法理学乃至中国法治建设辉煌发展的30年。从某种意义上说,经济的发展、社会的昌盛必然呼唤法治的诞生。在这30年里,我们的理论研究突破了一系列禁区,取得了一系列丰硕的成果,学者们在引介西方理论的基础之上融入了具有地域性的研究要素。可以说,贯穿于30年理论发展的关键词便是法治。对法治的追求和认同已为法学界人士所公认。党的十五大首次明确将“依法治国”、“建设社会主义法治国家”作为党领导人民治理国家的基本方略和政治体制改革的根本目标,并对依法治国的理论与法治发展战略作出了精辟的阐述。以此为契机,法治这一极具感染力的词语在中国取得了至上的殊荣,学者们对法治的研究进一步呈现出全面化、多元化的局面。我们认为,法治崇高地位之确立可能导源于法治本身的双重面向,亦即通过法治可以建立可预期的普遍规范,进而在制约公权力的同时,使自由民主等理念得以规范化、可欲化。全部人类发展的历史也充分证明了法治是迄今为止我们所能发现的一种最为理想的治理方式,它提倡用良善的法律对社会关系加以合理调整,对国家事务加以有效管理,对民众幸福给予制度保障,因此,它为社会的稳定、国家的繁荣、民众的幸福提供了切实可行的依赖路径。

笔者认为,法律之现代性是法治的一个核心评价指标,一个具备现代性的法律系统/体系必将导引出一个法治社会,两者之间在一定程度上可以相互印证。在此,我们可以借鉴德国学者贡特尔关于法律现代性的精彩论述,他认为:“法律之现代性可以被概括成一个平等权利的系统,个人的自由平等权利又在该系统占据了第一优先的地位。这一权利系统又引发了一种普遍性的要求。对此,我们可以从三个纬度进行理解。从其社会纬度来看,任何单个个体都必须被平等地包容于权利体系之内;从其物质纬度来看,该权利系统应该渗透到所有的社会关系,以使个人从任何违背其主观意愿的依赖性中解放出来,最终,从时间的(世俗的)纬度来看,该权利系统应该是可以不断地制定成法律,能够参照新的环境和变化了的形势而不断修订实证法。这一权利系统应该覆盖所有的案件和所有变化了的社会状态。”^①根据贡氏理论,法律之现代性的核心指向是一个完善的且平等的公民权利系统,该

* 杨春福,江苏省法学会法理学与宪法学研究会会长、南京大学法学院教授。

① [德]克劳斯·贡特尔:《全球化背景下的法律现代性方案》,《清华法学》第9辑。

系统可以分解为社会、物质及时间三重纬度,无疑,这三重纬度在一定程度上可以表征为对经济、社会、文化权利的凝练。可以说,该论断紧紧抓住了对个体权利的充分保障这一核心主题,将社会的诸多因素置于对权利的完善、保障之中。

置于中国的语境之下,贡特尔的论述亦具有适用价值。笔者主张评价当代中国法治的核心指标不在于法律是否完善,不在于执法是否严格,也不在于司法是否公正,而在于我们所有的法制实践是否都以保障公民权利为其核心,一切的制度设计和观念培育是否都围绕它而展开。换句话说,保障公民权利应当是评价中国法治化进程的核心指标。因为,权利无疑是法治的核心,对法治的追求在很大程度上即是对权利的追求,只有每一个人的权利都得到了很好的保障和实现,才无愧“法治”二字。对权利的追求成为我们这个时代的一种动力,而且是非常重要的动力。^①换言之,中国法治建设的核心价值目标就是实现权利的应有、法定与实有之间的等值的比例关系,通过将权利理念贯穿于法治建设的始终,以权利理念统领立法、司法、执法、守法、法律监督等各个环节,使法治建设步入充分实现和保障权利的快车道,以此来推动中国的法治化进程。

正是以此为观照,江苏省法学会法理学研究会 2008 年年会的主题定为“改革开放三十年与中国法治建设”。这次会议吸引了众多的专家学者以及司法实践部门的人员参与,他们从不同的视角立论,对 30 年以来法治建设的成就作出了极具个体性与智识性的论述。例如,有的学者从法律意识的角度入手,以对法律个体的关注为担当,跟踪了 30 年来中国法治进程中公民法律意识的进化,同时也指出了在转型时期彰显的几个关于法律意识异化的类型;有的学者以现代化的范式为理论前提,通过对中国法理学“理想图景”的追问对 30 年法理学的发展作了回顾,并提出了要以中国(文化)为蓝本、以中国法治建设的实践为皈依,推进中国法理学研究的广度、深度以及现实度;有的学者基于当下中国的实情以及世界法治发展的潮流,对法律谈判的理念及实践把握进行积极陈论,以此来化解诉讼爆炸并帮助构建和谐的社会环境;还有学者就行政机关法律监督机制的形成发展、现状与特点作了富有意义的论述,并就未来行政机关法律监督的范围、重点以及基本程序作了建构与设想……虽然学者们的微观论证存在一定的差异,但其宏观关注却是高度一致的,那就是对公民个体权利的高度关注,对中国法治建设的高度关注。每一位具有责任意识与历史担当的法理学家都企盼中国的法治建设能够取得更为卓越的成就,都期待中国法理学能够享有世界声誉!

对于魏小强、宫宝芝同志主编的年会论文集的出版,谨致以热烈的祝贺和美好的祝愿!

^① 杨春福等:《自由、权利与法治——法治化进程中公民权利保障机制研究》,法律出版社 2007 年版,第 10,86 页。

目录CONTENTS

第一篇 法治理念 / 1

对当代中国“法治理论”近三十年发展的省思 孙文恺 / 2

中国未走上法治之路的一种社会学解释

——中国法律运行动力机制研究 张洪涛 / 14

现代化范式与中国法理学的“理想图景”

——中国法理学 30 年的回顾与反思 刘旺洪 / 25

论法律全球化与民族国家观念 朱祥海 / 39

法治成长的信仰之维 李义松 吴国振 / 46

改革开放与民众法律意识的进化 胡玉鸿 / 54

代表人诉讼制度的设计缺陷及对法治建设的启发 吴英姿 / 62

当代中国社会规则共治的实践构想 张 镭 / 80

当代中国的政治合法性问题

——以协商性民主理论为视角 李炳烁 / 91

行业协会利益表达功能及其法治价值 宫宝芝 / 106

第二篇 法理探索 / 113

论法律谈判的理念及其实践把握 刘同君 陈东梅 / 114

类型归属法律适用技术范式研究 朱良好 / 123

论法规则与法原则之区分 杨 建 / 133

析个人主义与整体主义对“鲁滨逊”的两种解读 潘云华 / 143

试论农民工受教育权的内涵 刘耀辉 / 151

德国基本权阶层保障理论的评析与借鉴

——兼论宪法意义上的比例原则 田 芳 / 160

我国控制出生人口性别比立法的回顾与述评 邓红梅 赵 越 / 172
性别不平等起源新探

——兼与周安平先生商榷 魏 曦 / 179

法学研究应当重视法标准 卜安淳 / 190

关于公司章程解释方法的若干思考 黄建文 / 201

利益衡量、规范协调与纠纷解决

——以嘉兴护猫事件为例 魏小强 / 209

第三篇 法治实践 / 217

大学自治中司法介入的有限性 夏 民 / 218

安保义务的双面性

——以公共场所中的实现为例 张洪波 周 宁 / 224

从风暴到制度

——官员问责制的法理思考 徐祖澜 / 234

论合宪解释在司法实践中的应用 上官丕亮 / 246

我国检察机关行政法律监督制度研究 尹 吉 / 253

公诉案件证人出庭作证问题研究 张海波 / 261

刑事立法与构建刑事司法和解制度 冯兆江 陈必建 / 272

行政诉讼简易程序缺位的反思

——兼议行政诉讼简易程序的构建 宁 杰 马 倩 / 282

法官专业伦理在民事诉讼中的指引 葛 文 / 292

制约与解释“情理”规则在现代司法中的功能解读 谢新竹 / 302

关于对司法社会认同四个问题的梳理与回答 仇慎齐 / 309

司法不能承受问题之重

——评“马海涛诉李玉兰案”及判决 张 波 / 317

后 记 / 325

对当代中国“法治理论”近三十年发展的省思

孙文恺*

十一届三中全会以来,我国经济持续30年的高速增长带动了政治、经济、法律等学界开始对各自领域理论发展的阶段性反思。这是一个反思的季节;也是一个需要反思的季节。毕竟,与经济的增长交相辉映,这些学科也取得了长足的理论进步。

在过去的30年里,恰如“依法治国”之已升华为基本的治国方略,我国的“法治理论”研究也实现了质的飞跃。

一、我国“法治理论”三十年发展的历史脉络

1978年至今,围绕十一届三中全会的召开、“依法治国”写入宪法和社会主义法治理念的提出等事件和政策而展开,我国的法治理论研究大体上经历了三个重要的发展阶段。

(一) 围绕“社会主义法制”的确立而进行的“法治”与“人治”之争(1978年—1988年)

“十年浩劫”带来的切肤之痛,使人们对法制产生了一种发自灵魂深处的企盼。1978年12月发布的十一届三中全会公报指出:“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,使这种制度和法律具有稳定性、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。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;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。”^①公报确定的加强社会主义法制建设的基调,消除了束缚学界讨论法治问题的政治因素。按照李步云先生的回忆,原北京大学法律系主任陈守一教授曾于1978年10月中国社会科学院法学所举办的一次学术研讨会上,蜻蜓点水般地提出过是否有必要讨论“人治”和“法治”的问题。^②而此后于1979年发布的《中共中央关于坚决保

* 孙文恺,南京师范大学法学院副教授,法学博士。

① 《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》,《人民日报》,1978年12月24日。

② 李步云、黎青:《从“法制”到“法治”,二十年改一字》,《法学》,1999年第7期。

证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示》，成为第一个使用“法治”概念的党和国家的重要文件。^①彭真则成为第一个使用“法治”概念的党和国家领导人。他曾在一次讲话中指出：“现在要依法办事，依法治国，你是领导，不懂法怎么行。”^②在这样的氛围下，法学界就“法治”问题展开了第一次大讨论。

“法治”与“人治”之争是第一次法治理论大讨论的核心论题。第一个公开发表文章探讨法治与人治问题的是王礼明同志。他在1979年1月26日《人民日报》上发表过一篇题为《人治和法治》的文章，主张法治。^③此后，1979年12月2日《光明日报》发表的《要实行社会主义法治》、1980年11月22日《人民日报》发表的《社会主义民主和法制的里程碑》，成为这次讨论的标志性文章；而中国社会科学院法学研究所于1979年12月在北京市高级人民法院大法庭召开的法治与人治专题讨论会，以及《法学研究》杂志在1979年第5期上开辟的关于法治和人治的讨论专栏又进一步将讨论推向了高潮。这场持续到1980年下半年的讨论，形成了关于法治和人治关系的三种主要观点：第一种为“法治论”，主张法治和人治是对立的，二者不可能实现有效的结合，实行法治是唯一的选择^④；第二种可称为“结合论”，认为“徒法不足以自行”，法是人制定的，也需要人去执行，法就像“武器”，而人则是“战士”，只有人和武器结合才能有战斗力^⑤；第三种观点可概括为“否定论”，认为法治和人治都是历史上陈旧的理论主张，皆应被抛弃而代之以“社会主义民主和社会主义法制”^⑥。

“法治论”于争论中胜出。但令人困惑的是，在讨论中占尽优势的“法治”只得到了政府局部的认可——“社会主义法制”得以确立。“法制”之取代“法治”，在很大程度上是由于法治理论研究的薄弱。由此，法学界为加强法治理论研究的深度，开始研究与法治理论密切相关的系列问题。例如，对法的本质、法的阶级性与社会性、法与党的政策的关系等理论的探讨，就是“法治”与“人治”之争的延续。^⑦

（二）以“依法治国”写入宪法为中心的法治内涵的研究（1988年—1999年）

改革开放带动的经济发展和思想解放及其引发的诸多问题，使人们认识到人治总是与超经济掠夺，趁机捞一把的短期行为为伍，带来的是野蛮、落后、消极、动乱；而法治则是在法

① 该文件认为：“它们能否严格执行，是衡量我国是否实行社会主义法治的重要标志”。转引自张懋、蒋惠岭：《法院独立审判问题研究》，人民法院出版社，1998年，第333页。

② 彭真：《关于社会主义法制的几个问题的讲话》，《红旗》，1979年第11期。

③ 李步云、黎青：《从“法制”到“法治”，二十年改一字》，《法学》，1999年第7期。

④ 这种观点可参见谷春德、吕世伦、刘新：《论人治和法治》，《法学研究》，1979年第5期；李步云、王礼明：《人治和法治能互相结合吗？》，《法学研究》，1980年第2期；何光辉、马克昌、张泉林：《实行法治就要摒弃人治》，《法学研究》，1980年第4期；吴大英、刘翰：《正确认识人治与法治的问题》，《人民日报》，1980年3月21日。

⑤ 廖竞叶：《法治和人治没有绝对界限》，《法学研究》，1980年第4期。

⑥ 范明辛：《我们应该抛弃法治和人治的提法》，《法学研究》，1980年第4期。

⑦ 谷春德：《二十世纪中国的法学》，党建读物出版社，2001年，第61-82页。

律允许的范围内公平竞争,自由创造,奋发开拓,以注意长远发展为特征,带来的是文明、进步、进取和长治久安。因此坚决摒弃人治,厉行法治,是社会主义初级阶段治国安邦,健全社会主义民主政治,发展社会主义商品经济的根本大计。^①因此,法治的呼声在蛰伏了一段时期后,于1988年再度兴起。1989年《法学研究》第2期刊登的《论法制改革》的纲领性文章,标志着第二次法治讨论的开始。

在1989年2月22日—23日召开的“中国法制改革学术讨论会”上,包括专家学者和政府官员在内的与会者几乎众口一词地表达了推进法制改革的要求,“法治”又成了人们讨论时的统一用语。^②1989年的政治风波并未中断法治理论的探讨^③,且这一讨论在邓小平南巡讲话之后还达到了新的高度。在明确了建设社会主义市场经济体制的改革目标后,法学界围绕着“市场经济就是法治经济”的基本命题展开的研究拓展了法治理论的广度和深度。从1992年起,论述法治的文章越来越多地见诸报刊。法学家们从不同角度、不同层面去探讨法治的种种理论和现实,文章数量之多,研究范围之广,论述程度之深,都是两次前讨论难以与之相比的。^④

就在中央领导听取了“关于依法治国,建设社会主义法制国家的理论和实践问题”的第三次法制讲座后不久,1996年3月17日召开的八届人大四次会议批准了《国民经济和社会发展规划“九五”计划和2010年远景目标纲要》(简称《纲要》)。《纲要》将“依法治国,建设社会主义法制国家”列为奋斗目标和指导方针的举措,极大地激发了法学理论界的热情,《中国法学》开辟了“依法治国,建设社会主义法治国家”专栏;《法律科学》举办了“中国法治实现方略”笔谈会;《法学》刊登了“著名学者论依法治国”的专题系列论文。法学界举办了一系列有关法治的学术会议,“仅1996年法学界召开的以‘法治’为主题的有影响的研讨会就有10多次;各种报刊中有关法治的文章更是难以胜数”。^⑤

在政府文件仍然沿用“法制”概念的前提下,法学界的这次讨论却坚持使用“法治”一词——因为法学界普遍认为“法治”与“法制”有着不同的含义。^⑥法学界以积年的理论沉淀造就的这份对“法治”的执著,获得了党和国家的认可:1997年9月党的十五大报告明确提出了“依法治国,建设社会主义法治国家”;1998年3月九届人大一次会议批准的《政府工作报告》明确提出了“依法治国,建设社会主义法治国家”的任务和目标;次年,这一目标又被明

① 《健全法制,厉行法治》,《群言》,1988年第6期。

② 《中国法制改革学术讨论会发言摘要》,《法学研究》,1989年第2期。

③ 1989年9月26日,江泽民在中外记者招待会上郑重宣布:我们决不能以党代政,也决不能以党代法。……我们一定要遵循法治的方针。具体内容参见1989年9月28日《人民日报》。

④ 张毅辉:《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。

⑤ 同④。

⑥ 关于“法制”不同于“法治”的论述,可参见孙国华:《法治与法制不应混同》,《中国法学》,1993年第3期;《应当区分“法制”与“法治”》,《光明日报》,1996年4月28日;吕世伦:《法理念探索》,法律出版社,2002年,第125—129页;郭道晖:《法的时代精神》,湖南出版社,1997年,第493—498页。

确地写入宪法。

法治内涵的明确性是其得以成为基本治国方略的前提。反观之,为使“法治”获得制度上的认可,学界亦将法治的内涵作为这一时期研究的中心议题。^① 经过深入的探讨,人们对法治的内涵基本达成了如下共识:法治是一种宏观的治国方略;法治是一种理性的办事原则;法治是一种民主的法制模式;法治是一种文明的法律精神;法治是一种理想的社会状态。^②

(三) 以“社会主义法治理念”为内核的法治实现途径的研究(2000年至今)

“依法治国”成为基本的治国方略,大体上消弭了法治内涵的争论,将人们的关注点导向了实现社会主义法治的机制问题。“社会主义法治理念”的提出既是对此前法治理论研究的概括,也为以后的研究指明了方向。

围绕“以德治国”展开的讨论为“社会主义法治理念”的提出作了理论上的铺垫。关于法治与德治的关系,人们大体上认为,社会主义道德建设非常重要,但它不能取代“依法治国”的基本方略,也不能认为有两个并行的“法治”与“德治”的基本方略。^③ 法治具有优于德治的位阶。这一理论凝练又顺势推动了此后的“依法行政”理论的研究。

以西方的法治理论观之,法治的核心就是权力制约,如何约束行政权力就成为法治理论的重要部分。因此,“行政法治为近年来学者们所深切关注,而转型期的行政法治可能面临着更多的问题”。^④ 学者们对行政法治的讨论是多方面的,其中特别值得一提的是人们对中国共产党依法执政的研究。^⑤ 这些研究丰富了法治理论,并为社会主义法治理念的提出奠定了基础。

社会主义法治理念应构建和谐社会的现实之需而提出。在构建社会主义和谐社会的九大目标和主要任务中^⑥,“社会主义民主法制更加完善,依法治国基本方略得到全面落实,人民的权益得到切实尊重和保障”的目标位居榜首。2005年底,党中央决定开展社会主义

^① 关于此点,只要翻阅一下刘海年、李步云、李林主编的《依法治国,建设社会主义法治国家》(中国法制出版社,1996)一书中的文章,就不难发现“法治的内涵”是这一时期的研究主题。

^② 张文显:《法理学》,法律出版社,1997年,第236-238页。

^③ 吕世伦:《法理念探索》,法律出版社,2002年,第156页。此间,关于“以德治国”的文章频频见诸于各种学术刊物中。例如,李兰芬:《以德治国:路径·功能·框架》,《哲学研究》,2004年第12期;程东阳:《依法治国与以德治国相结合的哲学思考》,《社会主义研究》,2004年第2期等。

^④ 李小明、常山:《中国法学会法理学研究会2003年年会综述》,《中国法学》,2003年第2期。

^⑤ 此类著述主要有龚廷泰:《中国共产党执政合法性的法哲学思考》,《中国法学》,2005年第3期;周祖成:《论依法执政的时代意义与价值》,《社会主义研究》,2005年第1期;杨海坤、李兵:《依法执政:党领导人民依法治国理论的丰富与发展》,《江海学刊》,2005年第5期等。

^⑥ 2004年秋,中国共产党十六届四中全会通过的《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》,首次提出了建设和谐社会的执政理念。构建社会主义和谐社会的九大目标分别是:完善民主法制、致力共同富裕、构建社保体系、强化公共服务、提高公民素质、激发社会活力、维护社会稳定、实现人与自然的和谐、建设小康社会。

法治理念教育。在2006年4月11日-13日中央政法委召开的会议上,社会主义法治理念的内涵被概括为“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导”等5个方面。^①这5个方面的基本内容中,“依法治国是社会主义法治的核心内容,执法为民是社会主义法治的本质要求,公平正义是社会主义法治的价值追求,服务大局是社会主义法治的重要使命,党的领导是社会主义法治的根本保证”。^②

社会主义法治理念的提出有着重要意义。第一,其重要目标是推动依法治国方略在执法、司法等政法工作中的贯彻和落实。依法治国意味着“法律面前,人人平等”,意味着“树立和维护法律权威”,意味着“严格依法办事”,而这三点的实现都必须经过执法和司法的途径。第二,社会主义法治理念赋予了法治意识形态层次的内涵。与法律制度相比,法律意识的滞后性和隐蔽性往往使人们不经意间就可能做出与社会主义法治理念不相协调的行为。^③因此,提高人们特别是法律职业者的法治理念,使“法律至上”的信念渗透于每一个法律职业者的言行中,社会主义法治才有可能在现实生活中得到最大限度的实现。第三,社会主义法治理念的提出为法治理论的研究指出了基本的方向。学界对社会主义法治理念的内涵、本质、理论基础、现实表现及其与和谐社会建设的关系进行了大量的论述,^④可以预见,关于社会主义法治理念的基本理论研究还将持续下去。

二、我国“法治理论”研究的现实基础和基本特点

我国法治理论30年的发展,始终紧扣不同历史阶段的现实国情。法治理论的发展满足了中国人民在不同历史阶段的现实之需,凸显了法治理论研究的必要性;而1982年《宪法》规定的言论自由、科学研究自由的真正贯彻,以及我国法学家职业群体的壮大与主体意识的提高,则使法治理论的讨论成为可能。

上述一系列必然发生也已经发生的法治理论讨论,基于密切关注我国的现实问题而烙上了浓浓的“中国特色”。

① <http://news.sina.com.cn/c/2006-04-14/09308694941s.shtml>. 此内容亦可参见《解放日报》(2006年4月14日)。

② 中共中央政法委员会,《社会主义法治理念教育读本(简编本)》,中国长安出版社,2006年,前言。

③ 2008年“两会”期间,最高人民法院就“许霆案”发表的意见就很有代表性。在面对媒体时,最高人民法院副院长姜兴长认为,广州市中级人民法院对于“许霆案”的一审量刑“明显过重”。这一表态无疑会对正处于二审程序的该案审理产生影响,而这种影响又恰恰是与“司法独立”的基本原则背道而驰的。依照常理,人们会普遍认为法律职业者应该是最具法律意识的人,但这一事例却又说明真正使社会主义法治理念渗透到人们的生活、思维习惯中是何等的艰难!笔者无意臧否最高人民法院副院长的做法,只是希望人们能够通过此例更深入地了解国人当下的法律意识水平。关于最高人民法院副院长对“许霆案”的相关评论,可以参见2008年3月11日的《京华时报》。

④ 比较有影响的著述有谢鹏程:《论社会主义法治理念》,《中国社会科学》,2007年第1期;范沁芳:《社会主义法治理念概念初探》,《苏州大学学报》,2007年第2期;张庆旭:《试论社会主义法治理念的理论基础》,《科学社会主义》,2007年第4期等。

（一）30 年的法治理论研究与我国社会主义法治建设的伟大实践紧密相关

我国的法治理论讨论从生发的那一天起,就带有极强的实践性和针对性。“文革”对法制的荼毒和毁坏,构成了第一次法治大讨论的现实背景。经历了“十年浩劫”的中国人民,带着对“无法无天”的恐惧,热情而理性地诉求于法律制度。第一次大讨论用“法治”优于“人治”的答案,回答了人们对法律制度的现实渴求。第二次大讨论解读的“法治”内涵,满足了“依法治国”成为基本治国方略的理论需要。在“法治”被写入宪法的前提下而展开的第三次大讨论,则旨在探讨法治实现的具体路径问题。概言之,改革开放 30 年来学界进行的三次法治理论探讨,都回应了我国不同历史阶段的现实需求。

（二）30 年的法治理论研究始终以马列主义、毛泽东思想和邓小平理论为指导思想

马列主义、毛泽东思想,特别是作为当代中国马克思主义的邓小平理论,对法治的理论探讨有着直接的指导意义。

十一届三中全会后,邓小平更为明确地提出了加强社会主义法制建设的要求:“要继续发展社会主义民主,健全社会主义法制。这是三中全会以来中央坚定不移的基本方针,今后也决不允许有任何动摇。我们的民主制度还有不完善的地方,要制定一系列的法律、法令和条例,使民主制度化、法律化。社会主义民主和社会主义法制是不可分的”。^① 在 1986 年中国经济已有很大发展的形势下,邓小平重申了法制建设的重要性:“搞四个现代化一定要有两手,只有一手是不行的。所谓两手,即一手抓建设,一手抓法制”。^② 邓小平的法治思想是非常丰富的,它包括民主与法制的关系、建设有中国特色的民主与法律制度、提倡法治反对人治、法律面前人人平等、党也要在宪法和法律的范围内活动以及加强立法、执法、司法等内容。^③ 邓小平的法治思想是我国理论界研究法治问题的重要指针。

（三）30 年的法治理论研究实现了理论探讨与政府决策的良性互动

十一届三中全会公报对建设社会主义法制的重视,激发了学界对“法治”和“人治”孰优孰劣的探讨。虽然这场持续了近两年的争论使法学界多数同仁达成了“法治”优于“人治”的共识,但由于各种原因,“法治”未能获得决策层的认可。此后,法学界孜孜矻矻地对法治的相关问题进行了系统的研究,并最终对法治内涵进行了明确的理论界定。在政府决策层尚

① 《邓小平文选》第 2 卷,人民出版社,1994 年,第 359 页。

② 同①,第 154 页。

③ 关于邓小平的法治思想,可参见李龙:《依法治国:邓小平法制思想研究》,江西人民出版社,1998 年;周世中:《马克思主义民主与法制理论的中国化》,广西民族出版社,2007 年,等著作。

未首肯“法治”概念的前提下,学界坚持运用“法治”这一表达方式所展示的高度自信引起了政府决策层的重视,从而使“依法治国”最终被写入宪法。法治理论研究与政府决策之间真正地实现了良性互动。

当下学界进行的社会主义法治理念的研究,也凸显了理论研究与政府决策良性互动的基本表征。纵观理论界与政府的关系,二者间大致经历了一个从早期的较少来往,到实现良性互动、共创双赢局面的发展过程。

(四) 30 年的法治理论研究较多地吸收和借鉴了西方发达资本主义国家的法治理论

这一特点是相较于我们对“法治的本土资源”的利用而言的。

诚然,与民主制度密切相关的法治理论确实肇始于西方。亚里士多德所论述的法治应包含两重意义: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本身是制定得良好的法律^①,是一种我们所没有的、与奴隶制的民主制度紧密相关的法治。这种与民主相关的法治,经过中世纪西欧各国教权与王权之争的洗礼,到资产阶级革命前夕又形成了与分权紧密相关的一种制度设计。这种与民主、分权不可分割的法治理念与制度,自资产阶级政权巩固以来一直在世界上占据着支配性的地位。

我国历史上法家的法治理论与西方的法治理论有着霄壤之别。传统中国这种服务于绝对君主专制制度的法治理论,使我们没有论证与民主、分权息息相关的现代法治的理论资源。因此,现在俯拾皆是现象是:我们几乎不能找到一篇论述我国法治,却无需引注西方法治理论的文章!

(五) 30 年的法治理论研究呈现出“百花齐放、百家争鸣”的局面

在十一届三中全会以来的法治讨论中,学者们充分展示、阐发了自己的观点。第一次大讨论所形成的“法治”优于“人治”的共识,是经过法治论者、法治和人治结合论者以及法治否定论者的激烈交锋后达成的。第二次法治大讨论虽然对“法治”一词的运用不存在争议,但参与讨论的学人却从各种不同的角度对“法治”内涵各抒己见^②,从而成就了法治理论的研究厚度。目前进行中的“社会主义法治理念”问题的讨论,以及“法治”和“德治”之间的争论,也给人们提供了充分阐释自己观点的机会。法治论者、德治论者以及德法共治论者的理论交锋,使我们更为清晰地把握了法治和德治之间的关系。

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆,1965年,第199页。

② 第二次法治理论的探讨以多种不同的视角研究了法治的基本理论问题,其间出版和发表的各种书籍和论文梳理、论证了法治的历史发展、法治的主体、内容以及法治的制度环境、社会条件、思想条件等各种与法制的基本理论相关的问题。

（六）30 年的法治理论研究唤醒了我国法学界的主体意识

改革开放后,卷入西方法治思想大潮的我国法学界,在感受着随波逐流的新鲜与刺激的同时,却迷失了自我。随着我国改革开放的深入,经济地位和综合国力不断提高,法学界在进行法治理论研究的过程中逐渐找回了久违的主体性。苏力教授的《法治及其本土资源》,就是法学界寻找主体性的早期尝试。他此后出版的《送法下乡》、《道路通向城市》以及《也许正在发生》等著作,都基本延续了《法治及其本土资源》所开辟的思路。邓正来教授则通过追问中国法学的走向,以《中国法学向何处去》一书宣布了中国法学寻找主体性过程的终结,它留给了人们思考如何选择自己的法治道路以真正地实现我国的法治的问题。^①

或许,以柏拉图的“洞穴比喻”来描述中国法学新中国成立以来历史进程^②是相当合适的。建国初期,我们只知道苏联的法律制度和法律思想,这便如被缚双手面向洞壁的人们只能看到火光投射于洞壁上的各种事物的影子一样,人们认为这些影子就是世界的全部和绝对的真实!改革开放后,我们被缚的双手获得了解放,从而有机会转过头来并看到了矮墙后面的火堆。《中国法学向何处去》的问世,则把中国法学界带到了洞穴入口:我们发现,天上还有一个太阳。久居暗处的人们不能立即习惯于太阳的光明,但可以预见:在不久的将来,我们会发现阳光是如此和煦、明亮、温暖,那时中国法学的主体性不仅能够获得自我的证明,也必将获得世界的尊重和认可。

三、我国“法治理论”研究的未来走向

察今不仅为了知古,其更重要的目的还在于知未来之兴替。以此观之,在提出社会主义法治理念以推动社会主义法治国家建设的背景下,已经找回了主体性的中国法学必将保持继往开来、联系实际的特点,使未来的法治理论研究沿如下道路踽踽前行。

（一）我国法治理论的研究必将与建设社会主义法治国家的实践相结合

诚然,“理论和实践的脱节”已经构成了改革开放以来我国法治理论研究的一大特点。^③

^① 苏力:《法治及其本土》,中国政法大学出版社,1996年;《送法下乡》,中国政法大学出版社,2000年;《道路通向城市》,法律出版社,2004年;《也许正在发生》,法律出版社,2004年;邓正来:《中国法学向何处去》,商务印书馆,2005年。

^② [古希腊]柏拉图:《理想国》,郭斌和、张竹明译,商务印书馆,1986年,第272-274页。为了说明受过教育的人和没有受过教育的人的不同,柏拉图想像了一个有着很长通道通向外面的洞穴式的地下室。这个洞穴只有很少光亮透进来,而一些手脚被绑住的人只能在洞穴的最深处面壁待。这些人的背后不远处有一堵矮墙,而墙的后面则有一堆火光。当一些人在火光和矮墙之间走动时,他们的影子就映射在洞壁上。这些手足被缚的人每天谈论着这些影子,并认为这些影子就是世界的全部。当其中的一个人被解除了桎梏并走到矮墙的背后时,他虽然对火光有些不适应,但却发现了一个新的世界。当他步出洞外的时候,他又看到了太阳。笔者认为,这个比喻可以很好地说明新中国成立以来中国法制理论研究的历程。

^③ 马小红:《法治的历史考察与思考》,《法学研究》,1999年第2期。

然而,理论和实践必须结合:没有理论指导的实践必然盲目,没有实践根基的理论必然空泛。当下摆在国人和政府面前的建设社会主义法治国家的实践课题,是一个完全不同于此前侧重从理论方面界定法治内涵的新事物。因此,我国的法治理论研究完全可以以此为契机,将有助于法治实现的诸多实践环节纳入法治理论研究的视野,并由此强化法治理论与实践的互动与合流。概言之,这种互动与合流又可以通过以下两种途径进行探索。

1. 未来的法治理论研究必将密切关注与社会主义法治国家建设相关的基本理论

基础的法治理论研究对建设法治国家的实践具有重要的指导意义:立法理论教会我们掌握创制良法的技巧,构建完美的法律体系;对法律实施的具体环节进行基础的理论研究,有助于我们真正实现执法为民,促进公平正义,切实做到尊重和保障人权;法律意识作为法律调整过程中的润滑剂,贯穿法律运行的整个过程,法律意识的研究必将改善社会主义法治国家建设的“软实力”。^①

理论与实践的哲学关系充分说明:注重提升法治基本理论的研究水平,就是对社会主义法治国家建设实践的一种关怀。

2. 法治理论必将更加关注对具体法律实践问题的对策研究和理论透析

西方发达资本主义国家长期的法治理论和实践发展的历程说明,法治理论应将更多的关注点置于法律实践层面。一些著名的法治理论研究者,就做到了将理论和实践的研究合于一身:目的法学的创始人、德国法学家冯·耶林是民法学专家;历史法学派的代表人物、德国的萨维尼和英国的梅因分别是罗马法专家和民法学专家;纯粹法学的创始人凯尔森曾担任过奥地利宪法法院法官,一如新分析法学派的代表人物哈特也是刑法学者一样。

社会主义法治理念要求的法治理论与法律实践的结合,首先可以通过法治理论与部门法研究的结合得以实现。近年来,部门法的研究者从法治理论的视角分析部门法的科研成果越来越多,这种研究趋势不仅丰富了法治理论研究的内涵,也激发出了法治理论研究的活力。

密切关注具体的法律操作问题,是实现法治理论和实践相结合的另一个重要途径。当下的法治理论研究已经显露出这一可喜的倾向,而且我们也有充分的理由相信越来越多的学人将加入到这种研究方法的队伍中去。^②

① 有关法治基础理论研究的著述越来越少见于各种学术刊物,这是一个需要引起人们重视的问题。毕竟,基础理论研究永远都是任何学科发展的逻辑前提。

② 将法治理论和实践问题结合起来进行研究的早期尝试,可见夏勇主编的《走向权利的时代》(中国政法大学出版社,1995年)。其后舒国滢主编的《法理学》(中国人民大学出版社,2005年),继续了这一思路。刘作翔教授撰写的长文《中国法治进程中的权利冲突》(见徐显明、刘翰主编《法治社会之形成与发展》(下),山东人民出版社,2003年),通过对典型案例的理论剖析,堪为进行法治理论与实践研究结合的范例。