

博士文库

# 行政立法的 正当性研究

曾祥华 著

On the Legitimacy of  
Administrative Legislation



中国人民公安大学出版社

博士文库

# 行政立法的正当性研究

曾祥华 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

**图书在版编目 (CIP) 数据**

行政立法的正当性研究/曾祥华著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007.5

ISBN 978 - 7 - 81109 - 711 - 5

I. 行… II. 曾… III. 行政法—立法—研究—中国  
IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 057167 号

**行政立法的正当性研究**

On the Legitimacy of Administrative Legislation

曾祥华 著

---

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

---

版 次: 2007 年 5 月第 1 版

印 次: 2007 年 5 月第 1 次

印 张: 11.25

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 301 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

---

ISBN 978 - 7 - 81109 - 711 - 5/D · 671

定 价: 26.00 元

---

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

[www.phcpress.com.cn](http://www.phcpress.com.cn)

[www.porclub.com.cn](http://www.porclub.com.cn)

## 序

行政立法作为现代法律实际存在的一个重要组成部分，其数量之多以及对公民生活的实际影响往往超过权力机关所制定的法律。因此，对行政立法的研究具有重大的理论和现实意义。虽然近年来国内学术界，特别是行政法学界开始关注对行政立法的研究，但是对行政立法深层次的研究，特别是对行政立法从正当性追问的视角进行研究的著作尚付阙如。我指导的博士生曾祥华勇于创新，不畏艰难，在读博期间就选择了这一富有挑战性和现实性的题目进行研究，经过两年多的刻苦钻研，终于完成了这部二十多万字的《行政立法正当性研究》，并顺利地通过了论文答辩。这篇论文即将作为专著出版，作为导师自然感到高兴，并欣然为之作序。

对于这个成果的诞生，我有一个比较清楚的了解。这本书的特点大体可以概括如下：

第一，具有一定的创新性。行政立法的问题在行政法学中并不算一个新问题，早在 20 世纪 80 年代就被人们提起并关注，研究的文章也陆续问世，但是作者选取了一个比较新的角度，即从研究其正当性的独特角度进行研究，应该说是富有创意的。我们过去看到的成果，大多从实证的层面对行政立法的概念、权限、程序或技术进行研究，虽然也包含一些法理学的思考，但是缺少从高屋建瓴的视角对行政立法进行根本性的价值追问。而本书作者则不仅在总体上选取了一个新颖的视角，而且在具体内容的阐述方面迭出新意，尤其是多侧面地对行政立法的道义正当性、社会正当性、经济正当性、生态正当性等问题进行论述，可谓创新之举，同时，作者还提出了“人权是行政法的逻辑起点”等许多新观点。不仅如此，对

于一些前人已经有所论述的老问题，作者也作出了许多富有新意的探索，如对行政立法的概念和性质的认识、关于授权立法权来源的正当性、关于职权立法的正当性、对公众参与原则的论述、关于对行政立法的司法审查的必要性、可能性及其机制的论述等方面，这部著作不仅体现出作者具有的开拓精神，而且还时时透出作者作为一个法学工作者对法治的执著追求和强烈的人文关怀。

第二，具有较强的系统性。本书内容全面，结构完整。除导言外，全书共分五章，从实际内容来看，可以分为三大部分。第一部分即第一章对行政立法的正当性进行总括性研究，用排除方法对行政立法进行界定，并从学术角度深入分析了行政立法的性质。在对正当性的问题作了探讨之后，自然地引入本书主题。第二部分即第二章、第三章及第四章是本书的主体部分，作者不惜笔墨对行政立法的正当性从不同的层面作出尽可能详尽而深入的研究，其中不乏蕴涵精华之处，如果读者能细细阅读的话，相信一定会从中得到启发，有所收获。第三部分，也是本书的最后部分，作者对行政立法正当性的保障机制进行了探索，这是不可或缺的部分，是为了避免行政立法的正当性陷入空谈而为我国行政立法的健康发展建言献策。

第三，具有明显的现实性。尽管从本书的题目来看，不能不说是一个理论层次较高的选题，但通读全书，就不难发现本书内容所具有的强烈的现实性。首先，选题本身就来源于对现实的思考，正是当年引起全国上下广泛关注的孙志刚事件促使作者最初选择了将行政立法的正当性作为毕业论文的研究主题。其次，本书的内容虽然理论色彩很浓，但读者不难体会到本书处处透露出作者对现实问题的关注，作者力图使理论与现实紧密结合，并解决现实中存在的问题。比如，作者在关于行政立法的社会正当性一节中，不仅对利益平衡问题作了理论探讨，而且结合当前突出存在的城市拆迁问题进行论述，包括选择嘉禾拆迁事件作为典型进行了利益分析，很有说服力。本书很多地方反映了作者努力针对现实中行政立法的弊病

进行诊断并试图开出“良方”。这种追求理论研究的实践意义的做法以及言之有物的学风是值得提倡的。

当然，作为对于行政立法正当性研究的初创性成果，本书还存在着一些不尽如人意之处，如法的正当性问题是一个极为复杂的问题，本书虽然已经作了一定深度的探讨，但需要挖掘的问题还很多，因此建议作者今后还要继续努力进行更深入的探讨；另外，本书中对一些新观点的论证力度还可以加强，个别观点有待进一步的推敲；对于制度创新的建议也需要在深入研究中国国情的基础上进一步完善。总之，研究未有尽头，希望作者在今后的研究中能够有更深入地思考和进一步地提高。

本书作者进入法学领域的时间并不算长，但其可贵的精神在于能够珍惜分分秒秒，勤奋刻苦，对法学研究有着强烈的热忱，长于创新，因此取得了一些进步。希望作者在未来的学术道路上能够持之以恒、“衣带渐宽终不悔”，取得更多的成绩。

杨海坤

2006年初夏于姑苏

# 目 录

|                                      |        |
|--------------------------------------|--------|
| 导 言 .....                            | ( 1 )  |
| 一、行政立法正当性研究的意义 .....                 | ( 1 )  |
| 二、研究的现状和基础 .....                     | ( 3 )  |
| 三、研究思路与论文架构 .....                    | ( 7 )  |
| 第一章 行政立法的正当性阐释 .....                 | ( 11 ) |
| 第一节 行政立法的概念和性质 .....                 | ( 11 ) |
| 一、行政立法的概念界定 .....                    | ( 11 ) |
| 二、行政立法的性质探析 .....                    | ( 18 ) |
| 第二节 法的正当性 .....                      | ( 29 ) |
| 一、正当性界说 .....                        | ( 29 ) |
| 二、法的形式正当性 .....                      | ( 33 ) |
| 三、法的程序正当性 .....                      | ( 37 ) |
| 四、法的实质正当性 .....                      | ( 42 ) |
| 五、法的形式正当性、程序正当性与实质正当性之间<br>的关系 ..... | ( 50 ) |
| 第三节 行政立法的正当性 .....                   | ( 54 ) |
| 一、行政立法的必要性 .....                     | ( 55 ) |
| 二、行政立法的弊端 .....                      | ( 61 ) |
| 三、行政立法的正当化 .....                     | ( 65 ) |

|                            |         |
|----------------------------|---------|
| <b>第二章 行政立法的形式正当性</b>      | ( 71 )  |
| <b>第一节 行政立法权来源的正当性</b>     | ( 71 )  |
| 一、授权立法权来源的正当性              | ( 71 )  |
| 二、我国有无职权立法之探讨              | ( 79 )  |
| 三、职权立法权应当取消                | ( 81 )  |
| <b>第二节 行政立法权空间的正当性</b>     | ( 84 )  |
| 一、法律优先                     | ( 84 )  |
| 二、“不抵触”原则和“根据”原则           | ( 90 )  |
| 三、法律保留                     | ( 94 )  |
| <b>第三节 授权立法与整个法律体系的一致性</b> | ( 102 ) |
| 一、授权立法的概念和类型               | ( 103 ) |
| 二、授权立法的法律冲突及其成因            | ( 107 ) |
| 三、授权立法的法律冲突的解决途径           | ( 110 ) |
| <b>第三章 行政立法的程序正当性</b>      | ( 118 ) |
| <b>第一节 公众参与是行政立法正当性的基础</b> | ( 118 ) |
| 一、公众参与与行政立法的民主正当性          | ( 118 ) |
| 二、公众参与的实质要求                | ( 125 ) |
| 三、公众参与的比较研究                | ( 128 ) |
| 四、我国行政立法公众参与的不足及其完善        | ( 137 ) |
| <b>第二节 公开是行政立法程序正当性的关键</b> | ( 144 ) |
| 一、行政立法公开的意义                | ( 144 ) |
| 二、行政立法公开的基本内容              | ( 147 ) |
| 三、我国行政立法公开制度的完善            | ( 150 ) |
| <b>第三节 听证是行政立法程序正当性的核心</b> | ( 154 ) |
| 一、听证何以是行政立法程序的核心           | ( 154 ) |
| 二、行政立法听证的困难                | ( 161 ) |
| 三、行政立法听证制度的基本内容及其完善        | ( 165 ) |

|                                    |       |
|------------------------------------|-------|
| <b>第四章 行政立法的实质正当性</b> .....        | (179) |
| <b>第一节 行政立法的道义正当性——人权保障</b> .....  | (179) |
| 一、人权：行政法的逻辑起点 .....                | (179) |
| 二、行政立法与人权（上） .....                 | (188) |
| 三、行政立法与人权（下） .....                 | (197) |
| <b>第二节 行政立法的社会正当性——利益平衡</b> .....  | (213) |
| 一、从一个案例说起 .....                    | (213) |
| 二、利益冲突与利益平衡 .....                  | (215) |
| 三、利益平衡的标准 .....                    | (220) |
| 四、对嘉禾拆迁事件的利益分析 .....               | (231) |
| <b>第三节 行政立法的经济正当性——效益最大化</b> ..... | (236) |
| 一、行政立法效益研究的基本理论与方法 .....           | (237) |
| 二、行政立法的成本——效益分析 .....              | (241) |
| 三、降低行政立法成本，提高行政立法效益 .....          | (246) |
| <b>第四节 行政立法的生态正当性——人与自然的和谐</b> ... | (252) |
| 一、指导思想：生态文明观与可持续发展观 .....          | (252) |
| 二、立法原则：生态化的新内涵 .....               | (256) |
| 三、范围扩展：人与自然的关系 .....               | (269) |
| <b>第五章 行政立法正当性的保障</b> .....        | (275) |
| <b>第一节 立法监督控制</b> .....            | (275) |
| 一、国外立法监督 .....                     | (275) |
| 二、我国立法监督制度的现状 .....                | (280) |
| 三、我国立法监督制度的不足及其完善 .....            | (283) |
| <b>第二节 司法监督控制</b> .....            | (292) |
| 一、建立对行政立法的司法审查制度的必要性 .....         | (293) |
| 二、建立对行政立法的司法审查制度的必要条件 .....        | (297) |
| 三、对行政立法司法审查的机制 .....               | (302) |

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| 四、对行政立法的司法审查标准（上） ..... | (310) |
| 五、对行政立法的司法审查标准（下） ..... | (316) |
| 结    论 .....            | (329) |
| 参考文献 .....              | (332) |
| 后    记 .....            | (346) |

# 导 言

## 一、行政立法正当性研究的意义

在现代社会生活中，行政立法几乎像空气一样包围着我们，以至于我们几乎忘记了它的存在。就像空气污染和“非典”流行才让我们想起清洁的空气对我们是多么重要一样，“孙志刚”事件、劳动教养、“三乱”、野蛮拆迁等现象使我们意识到我们需要正当的行政立法。行政立法是目前世界各国普遍存在的一种现象，并且在整个立法中占相当大的比重，其数量远远超过权力机关的立法，正如王名扬先生在《法国行政法》和《美国行政法》两书中所言：“在法律和条例的关系上，条例是汪洋大海，法律是大海中几个孤岛。”“在美国法律秩序的结构中，法规犹如汪洋大海，法律只是漂浮在大海中的少数孤岛。”<sup>①</sup>行政立法不仅数量庞大，而且在实际生活中所发挥的作用超过了议会立法。行政立法在使法律具体化、调整各种社会关系中具有不可替代的作用。行政立法的产生和发展是社会形势发展的结果，因为议会立法不能完全满足社会对立法的客观需求。但是，行政立法同时潜藏着巨大的危险，它容易危及公民的权利与自由。在我国，行政立法在发挥巨大的正面作用的同时，也存在种种弊端：行政立法相当混乱，良莠不齐，立法人员的素质、立法技术、立法程序、立法效果等问题颇多，部门保护主义及地方保护主义泛滥，越权立法、无权立法、以法争权、以法争

---

<sup>①</sup> 王名扬著：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第142页；王名扬著：《美国行政法》，中国法制出版社1995年版，第353页。

利的现象普遍存在。更重要的是,很多行政立法侵犯了公民的权利甚至是基本权利,如限制公民的人身自由、迁徙自由、言论自由,侵犯公民的平等权、财产权、受教育权、工作权、结社权甚至生命权等,无论在立法权的来源上还是价值目标的选择上都存在问题。《立法法》出台后,情况虽有所好转,但有法不依的现象依然大量存在,行政立法的正当性依然得不到保证,更何况《立法法》的某些规定本身也存在缺陷。在总结行政立法现实的基础上对行政立法进行根本性的正当性评价和反思,无疑对行政立法体制的改进和立法价值目标的正确选择具有重要的指导意义。行政立法是行政行为的依据之一,而现代政府的行政行为关系到社会生活的方方面面,行政立法的正当性是建立一个良好政府的保证,也是公众对政府信任的保证,它对保障公民的权利、建设法治政府以及改善政府与行政相对人的关系、建立和谐社会都有积极的作用,对走出人治、建设法治国家具有重要意义。

目前,对行政立法的研究很多,但大都从规则及技术的层面出发,对行政立法的主体、程序、技术等方面进行探讨。这些研究往往停留在实践经验教训的总结上,而对行政立法的正当性的思考却鲜有人问津。目前对法的正当性研究逐渐引起理论界的重视,这是我国法学理论研究更加深入的一种表现。但是,关于行政法正当性的问题还没有引起行政法学界的广泛关注,所以行政立法的正当性的选题具有一定的前沿性,是一个值得研究的新课题。而本文正试图超越规则与技术的层面对行政法的正当性予以追问,从整体上对行政法进行宏观的反思和价值评价。而立法的正当性是一种“初生”的正当性,它对于执法、司法等“派生”的正当性具有一种前导作用,况且行政立法是行政法的主体部分,因此,行政立法的正当性关乎行政法的健康和生命。本文既对行政立法的正当性进行整体的评价,又对判断行政立法正当性的具体标准以及如何保障行政立法的正当性进行研究。对行政立法的正当性研究,如同对行政立法进行整体的透视、检查和诊治,对保证行政立法的健康发展具

有重要意义。本文也试图以小见大,抛砖引玉,通过对行政立法正当性的研究,达到对行政法的正当性研究的效果或者引起行政法学界对行政法正当性的研究兴趣。笔者以为这种研究非常重要,因为如果行政法正当性缺失,它存在的价值和意义就会缺失。

## 二、研究的现状和基础

目前,国内对行政立法的实证研究已有相当的进展,也不乏对行政立法的比较研究,其中对行政立法的概念、行政立法的权限、行政立法的程序和技术、行政立法的监督,从规则和技术层面已经有比较系统的研究,同时也含有一定程度的理论思考。<sup>①</sup> 这类研究分为两种,一种是在对整个立法进行研究的时候将行政立法作为其研究内容的一部分,对行政立法进行简单的概括。这种研究主体大都是法理学学者,他们从立法学的角度来研究行政立法。<sup>②</sup> 另一种是行政法学学者的研究,目前国内几乎所有的行政法学教材都专辟一章讲解行政立法,但大都是对行政立法进行简单的分析。关于行政立法的文章数量也不少,大多是就现实中行政立法存在的某一个问题进行研究。行政法学学者主要是从作为行政机关的一种行为的角度研究行政立法。另外,目前国内也有研究授权立法的专门著作,<sup>③</sup> 而授权立法与行政立法的主要部分是交叉重叠的,并且在大多数国家行政立法就是授权立法(但授权立法不完全属于行政立法),因此授权立法研究也基本上属于行政立法研究。此类著作中,有的引用了大量的资料,特别是国外授权立法的资料,对我们

---

① 刘莘著:《行政立法研究》,法律出版社2003年版。

② 李步云、汪永清主编:《中国立法的基本理论和制度》,中国法制出版社1998年版;周旺生著:《立法学》,法律出版社2000年版;戚渊著:《论立法权》,中国法制出版社2002年版;马怀德主编:《中国立法体制程序与监督》,中国法制出版社1999年版,等等。

③ 陈伯礼著:《授权立法研究》,法律出版社2000年版;邓世豹著:《授权立法的法理思考》,中国人民公安大学出版社2002年版。

了解国外的授权立法以及进行比较研究很有帮助；有的试图从宪政的角度对授权立法进行法理学的思考，其中也不乏精辟的见解。据笔者了解，尚未出版的关于行政立法研究的博士论文有：中国人民大学武学华的博士论文《论行政立法》以及苏州大学陈宏光的博士论文《行政立法权研究》。但是，总体上说，国内对行政立法的研究大都停留在实证法的层面上，缺乏对行政立法整体上的价值透析，即使是对行政立法的法理学研究，仍然没有上升到足够的层次，即没有以自然法的观点来研究行政立法。我国台湾地区对行政立法的研究总体上走在大陆的前面，正在以一种理论与实践的良性互动推动着行政法学的发展和行政法治的实现。从对行政立法的研究上可以看出以下几个特点：第一，理论方面的研究比较深入，行政法治的理念正在发生变化，如对职权命令的地位和必要性出现否定的趋势；第二，由于对行政立法的司法审查在制度上已经实现，判例法对行政立法研究的作用日益凸显；第三，受德国和美国尤其是德国的影响非常明显，但由于立法、执法、司法实践以及文化的影响，仍然具有本土特色。<sup>①</sup>

关于国外行政立法的研究资料主要有两类：一类是中文资料，包括译著和国内学者撰写的介绍国外行政法的著作，这类著作的研究范围是整个行政法或者宪法领域，而没有专门研究行政立法的著

---

<sup>①</sup> 叶俊荣著：《行政命令》，载翁岳生编著：《行政法》，中国法制出版社2002年版；汤德宗著：《行政程序法论》，元照出版公司2000年版；翁岳生著：《行政法与现代国家》，中亨有限公司1982年版；许宗力：《行政命令授权明确性问题之研究》，载《法与国家权力》，月旦出版股份有限公司1995年版；许宗力：《订定命令的裁量与司法审查》，载《当代公法理论：翁岳生教授六秩诞辰祝寿论文集》，月旦出版股份有限公司1993年版；李惠宗著：《行政程序法要义》，五南图书出版股份有限公司2002年版，等等。

作。译著往往都是国外的经典著作,<sup>①</sup>从中不仅可以了解国外的行政法的情况,而且可以学习国外行政法治的理念。如果没有这些译著,中国的行政法研究不可能达到现在的水平。在大陆学者撰写的介绍国外行政法的著作中,王名扬先生的三部著作堪称经典之作,<sup>②</sup>它们不仅是给笔者和本文以深刻的影响,而且可以说开启和推动了整个中国的当代行政法学。其中,关于英、美、法三国行政立法的介绍不仅给国内行政立法的理论研究奠定了基础,而且也不乏深刻的理论见解。除此之外,一些年轻学者的研究国外行政法的著作也为我国行政法学的进一步发展提供了更加丰富的资料。<sup>③</sup>由于这些学者有在国外生活和学习的经历,使他们对国外行政法有更加贴切的理解。但他们的著作中对行政立法的介绍相对简单,与译著及我国台湾地区对国外行政立法的研究相比,这些著作有些单薄甚至个别地方出现谬误。我国台湾地区的行政法学界对国外的行政法的研究起步较早,尤其对德国的行政法包括行政立法的研究比大陆的研究更加深入,可以给我们的研究提供很多借鉴。第二类是外文资料,从笔者了解的情况来看,关于行政立法研究的英文著作的类型与中国行政立法的研究情况类似:第一种是在研究整个立法时

---

① [英] 威廉·韦德著,徐炳等译:《行政法》,中国大百科全书出版社1997年版;[美] 伯纳德·施瓦茨著,徐炳译:《行政法》,群众出版社1986年版;[美] 理查德·B·斯图尔特著,沈岍译:《美国行政法的重构》,商务印书馆2002年版;[德] 哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译:《行政法学总论》,法律出版社2000年版;[德] 奥托·迈耶著,刘飞译:《行政法》,商务印书馆2002年版;[德] 平特纳著,朱林译:《德国普通行政法》,中国政法大学出版社1999年版;[日] 盐野宏著,杨建顺译:《行政法》,法律出版社1999年版;[日] 室井力主编,吴微译:《日本现代行政法》,中国政法大学出版社1995年版,等等。

② 王名扬著:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版;王名扬著:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版;王名扬著:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版。

③ 杨建顺著:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版;于安著:《德国行政法》,清华大学出版社1999年版;张越著:《英国行政法》,中国政法大学出版社2004年版,等等。

包含行政立法的著作；第二种是包含行政立法研究的行政法学著作；第三种是专门研究授权立法的著作。<sup>①</sup>但是，笔者直接掌握的英文资料主要是第二种。笔者从掌握的英文著作中发现一些共同的特点：一是英美国家比较注重程序法，特别是美国的行政法学者，主要是从行政立法程序的角度研究行政立法；二是由于英美判例法传统，这些著作中充满了各种法院的判例，主要从判例着手分析推导出一些原则性和规律性的东西；三是虽然这类著作不像我国著作那样喜欢汪洋恣肆、立意宏大，而是注重实证，但是自然法思想、英美法的传统和宪法原则如自然公正原则（或正当法律程序原则）、越权原则等可谓根深蒂固，对行政法的影响切切实实。不过，有一点与我国的情况类似，就是同一国家关于行政法的教材也是大同小异，但从英文著作中了解英美法系的行政法包括行政立法，毕竟还是更加直接和真切。

对正当性的追问是超越形式意义的法治的一种重要途径，是法学研究由规则研究上升到价值评价的一种很好的方法。正当性是正义在权力领域的体现，因此古今中外的关于正义的理论都可以作为正当性研究的借鉴，尽管正当性（legitimacy）概念的提出是从韦伯才开始的。目前，我国法学界对正当性的概念的理解却呈现混乱的状态，有的称为合法性，有的称为合理性，还有的称为正统性、合宪性等不一而足。正当性问题已引起我国法理学界的广泛兴趣，已有较多的文章发表并且有专著出版。<sup>②</sup>这些研究的特点是理论层次较高，但是争论也多，不过这也是正常的现象，正如博登海默所言：“正义有一张普洛透斯似的脸，变幻无常、随时可呈现不同的

---

① 第一种如：William J. Keefe, Morris S. Ogul: *The American Legislative Process*, Sixth edition, 1995; David. Miers & Alan. Page: *Legislation*, 1982, London; G. C. Thornton: *Legislative Drafting*, Third edition, 1987; 第二种不胜枚举；第三种如：Denys C. Holland, John P. McGowan: *Delegated Legislation In Canada*, Carswell, 1996; John Mark Keyes: *Executive Legislation*, 1992。

② 周世中著：《法的合理性研究》，山东人民出版社 2004 年版。

形状，并具有极不相同的面貌。”<sup>①</sup> 在应用法学中从部门法的角度研究正当性的著作有多部已经面世，主要集中在诉讼程序的正当性研究，如刑事诉讼程序的正当性以及行政诉讼的价值等。<sup>②</sup> 而据笔者了解，目前尚未出版的关于行政法的正当性研究的博士论文已有数篇，如武汉大学司久贵的博士论文《行政权的正当性研究》，北京大学何海波的博士论文《实质法治主义——行政判决正当性视角》、章剑生的博士论文《论行政程序法的正当性》等。而关于行政立法的正当性的研究尚付阙如。

### 三、研究思路与论文架构

在本文的选题过程中，笔者一直在反问自己或者说是在不停地拷问自己，这个选题到底有没有意义？书生之见会不会“百无一用”？写作坚持的原则是什么？这些或许是很多人曾经思考过的问题，笔者也还没有完全找到答案，今后还会继续思考下去，但是笔者不得不将现在的思考结果做一总结。

理论研究的意义何在？理论与实践到底是一种什么关系？我们都知道“实践是检验真理的唯一标准”、“理论来源于实践”，这是我们一直强调的。但是，理论的价值是什么？理论是不是应当永远跟在实践的后面，做实践的尾巴？如果如此，理论还有什么价值？因此，理论必须是来源于实践，高于实践，指导实践。法学理论研究者与法律实务工作者的区别在于前者具有超脱性，超越利益，甚至超越眼前的所见所知，追求正义，追求真理，从已知推导未知，从现实预测未来，从规则深入价值。学者不是律师，有的律师为了被代理人或者被辩护人的利益而不惜钻法律的空子；学者不是法官

---

① [美] E·博登海默著，邓正来译：《法理学哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第352页。

② 梁玉霞著：《论刑事诉讼方式的正当性》，中国法制出版社2002年版；马贵翔著：《刑事司法程序正义论》，中国检察出版社2002年版；刘善春著：《行政诉讼价值论》，法律出版社1998年版。