

高等学校通识课程系列教材

教育法学

——学校法律问题导引

吴回生 著



 中国人民大学出版社

高等学校通识课程系列教材

教育法学

——学校法律问题导引

吴回生 著

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

教育法学：学校法律问题导引/吴回生著. —北京：中国人民大学出版社，2014. 8
高等学校通识课程系列教材
ISBN 978-7-300-19765-4

I. ①教… II. ①吴… III. ①教育法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. ①D922.161

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 197988 号

高等学校通识课程系列教材

教育法学——学校法律问题导引

吴回生 著

Jiaoyu Faxue——Xuexiao Falü Wenti Daoyin

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京密兴印刷有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2014 年 9 月第 1 版

印 张 12.5

印 次 2014 年 9 月第 1 次印刷

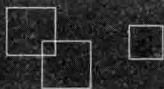
字 数 288 000

定 价 29.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

序



改革开放以来中国教育改革与发展的历程，既是中国社会主义教育法制建设的历史，也是不断推进教育法治的历史。从1949年到1979年的三十年间，在颁布实施的法律法规中，除了《中华人民共和国宪法》有关教育的条款，没有任何一部由国家权力机关制定和实施的教育法律。20世纪70年代后期，人们在历史的反省中开始领悟到废除人治、建立法治的重要性和迫切性。邓小平指出：“民主和法制，这两个方面都应该加强，过去我们都不足。要加强民主就要加强法制。没有广泛的民主是不行的，没有健全的法制也是不行的。”十一届三中全会以后，中国社会主义法制建设逐步走上了健康发展的道路，出现了前所未有的新局面，而教育法制建设也开始了自身的征程。1980年2月12日，第五届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议审议通过了《中华人民共和国学位条例》，正式拉开了新中国教育立法的序幕，其后又颁布了《中华人民共和国义务教育法》、《中华人民共和国教师法》、《中华人民共和国教育法》、《中华人民共和国职业教育法》、《中华人民共和国高等教育法》、《中华人民共和国民办教育促进法》，2006年6月29日又修订颁布了《中华人民共和国义务教育法》。地方各级权力机关制定了地方性教育法规，各级政府及其教育行政部门也制定了一系列教育行政法规和规章以及管理制度，基本上形成了以教育基本法为统领，以教育单行法律为主干，以地方性教育法规、教育行政法规和规章为支撑的相对独立的教育法规体系，为教育法治提供了法律依据。与此同时，全面推进依法行政，着力加强普法与依法治教，切实保护学生受教育权，积极维护教师、学校的合法权益，教育法治水平不断提高，有力地推动了教育事业的发展。可以说，新时期的教育改革发展与教育法制建设是相互促进的，得益于教育改革发展的不断深化，教育法制建设有了现实的需要和鲜活的实践；得益于教育法制建设，教育改革有了引领规范和法律保障。

当然，在推进教育法制建设实现教育法治的进程中，涌现出了大量的教育法律问题和大量的教育法律研究成果，有力推动了教育法学学科建设和理论发展，但也应该看到，总体上中国教育法学的研究比较侧重于教育立法成果的阐释与说明，侧重于思辨层面上的研究，对教育法律法规本身的关注多，考察教育法的运行少；对教育法律法规条文诠释多，考察教育法的实际运作少；对国外教育法的理论研究与实践译述多，而结合中国实际进行分析借鉴者少。这种状况未能充分发挥教育法律的效能，未能有效解决教育法律实践和教育法律研究“双迷惘”的困境。

近年来，随着中国社会经济的快速发展、教育的不断深化，教育法律关系主体也

相应发生了变化，政府、学校、学生及家长之间的关系日益复杂，除了传统的教育行政法律关系，还出现了大量的教育民事法律关系，甚至教育刑事法律关系，调整和处理这些关系也越来越困难。于是，教育相关主体权利保障和义务履行便成为现实关注的焦点。作者以学校与政府、教师、学生、社会之权利和义务的关系作为研究对象，分别对相关的教育法律问题从科学建设、基本理论和法治实践等层面进行探讨，体现了重视法律实践、现实问题和行为实质的研究取向。个人认为，这种“行为教育法学”的取向也许会给人理论色彩不浓的感觉，但它却是教育法学的发展极为重要的选择。

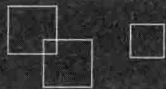
吴回生老师长期从事教育法学的教学研究工作，非常勤勉，乐于思考，多有心得，写作本书时间虽然不长，但思考和讲授这些内容的时间则很长，在广东省中小学校长培训班上，他讲的这些专题是很受欢迎的，但愿他的这部著作给读者带来许多实际的功效。

肖建彬

(广东第二师范学院院长、教授)

2014年5月于广州

前言



教育法治不仅是现代教育改革发展的的重要手段，而且已经成为教育民主化、教育科学化的重要组成内容。为此，全面、深入研究教育法律问题，构建教育法治的理论体系，为实现教育法治和教育现代化提供理论指导和操作工具，这是教育法研究的根本任务。基于学校作为教育实施机构，学校教育在人才培养工作中起着主导作用，依法治校成为教育法治的落脚点和关键，这就需要围绕学校教育和管理的实际，按照法治精神和法律准则规范各项工作。本书以学校教育与管理工作中需要处理的各种关系，以法治原则和法律制度为依据，力求对学校教育与管理工作的法律问题展开深入研究。

一、创新教育法学研究——学校法律问题的视角

本书尝试教育法学问题研究新的视角——以学校教育与管理活动的法律关系研究教育法律问题。选择教育法律关系的视角研究教育法律问题，主要基于两个方面的考虑。其一，自教育法学兴起以来，绝大多数的学者是从教育法律关系主体的视角开展教育法学研究，这也就是现有教育法学著作基本都是以国家（政府）、学校、教师、学生等教育法律主体为逻辑构建理论体系，这种理论框架有利于教育法学理论的阐述，但与教育实践行为相脱节。就教育行为而言，每一种行为都有其行为对象，如教师开展教学，实施教育教学行为，往往以学生为指向的对象，由此形成复杂的教育教学关系。所以，为了更好地指导学校教育活动中的主体行为，需要从处理教育法律关系主体的角度，把握相关法律问题，才能有效指导学校做好依法治校的工作。其二，教育立法产生以来，调整学校教育活动主体之间的关系一直是教育立法的目的，以此确定各个主体的权利与义务，建立正常的教育教学秩序，使人才培养工作顺利进行。因此，从教育法律关系理论出发，研究学校教育与管理的关系问题，在此基础上建构学校法律问题的基本框架和范畴体系，更加合乎法理逻辑，并在一定程度上创新教育法律问题的研究方法。

二、结构与思路——学校法律问题研究的安排

从“学校法律关系的处理是依法治教的根本内容和关键”的理念出发，本书的思路和

结构安排主要围绕学校法律关系的理论和学校与其他主体的法律关系分析学校教育与管理中的法律问题,并就处理学校与其他主体的法律关系的准则和要求进行深入探讨。

本书共分为七章。

第一章为“法治社会、教育法治与依法治校”。本章主要分析学校法律问题的背景。主要内容包括:人类社会的治理模式,法治是中国社会主义现代化的必然选择,教育法治的概念和内涵、基本要求、现状与展望,依法治校的内涵和要求、意义和具体措施等。本章的内容构成是学校法律问题研究的出发点。

第二章为“学校教育与管理的教育法学基础”。本章探讨教育法治与学校法律实践的四个法律基础问题:什么是教育法?教育法有哪些?教育法是怎样的?教育法如何实施?在什么是教育法的问题上,重点分析了法的概念、特征与本质,教育法及其特点。在教育法有哪些的问题上,在主要分析教育立法的概念、教育立法体制与教育立法权限、教育立法的程序的基础上,对教育法律体系的横向构成、纵向构成进行了归纳和整理,并对教育法规和教育政策的联系和区别进行分析。在教育法是怎样的问题上,着重对教育法律规范和教育法律关系进行分析,厘清教育法律文本和法律条文的内容、规则,分析教育法律关系主体之间的法律关系的结构和特征。在教育法如何实施的问题上,从教育法实施的要求出发,对教育法实施的方式、教育行政执法的原则和要求进行分析。本章的内容是学校法律问题的重要理论依据和分析基础。

第三章为“国家教育权、学校教育权与公民受教育权”。本章主要分析影响学校法律关系形成,并贯穿学校法律关系始终的国家教育权、学校教育权、公民受教育权。对国家教育权的形态及其行使要求,学校教育权的内容、行使原则,公民受教育权的内容、性质和国家保护等方面的问题进行分析。

第四章为“学校与政府的法律关系”。本章对学校与政府的行政法律关系、学校与政府的民事法律关系展开深入分析。在对学校与政府的行政法律关系的形成、内容、特征进行探究的基础上,阐述了正确处理学校与政府的行政法律关系的法律准则和要求,并对教育改革与发展过程中的各种民事法律关系进行探讨,分析处理学校与政府的民事法律关系的途径和方法。

第五章为“学校与教师的法律关系”。本章分析现行法律制度下的学校与教师的聘任关系、管理关系和职务委托关系。从教师聘任制的建立,教师聘任制的法律精神和法律规制,分析教师聘任制的性质和特征,着重探索学校与教师聘任关系的建立、维持与解除的法律问题,并对公办学校与民办学校的教师聘任关系纠纷的不同救济途径进行分析。对学校与教师管理关系,分析学校与教师管理关系的形成和性质,并对学校与教师管理关系的主要法律问题进行理论分析,阐述正确处理学校教师管理关系的法律行为。在学校与教师的职务委托关系问题上,对教师的职务行为进行理论分析,然后对学校与教师的职务委托关系的形成、职务行为的法律后果的特殊性进行阐述。

第六章为“学校与学生的法律关系”。本章主要对学校与学生的民事法律关系、教育法律关系、管理关系进行分析。从学生的人身、财产的民事权利与学校保护的民事法律关系出发,分析学校对学生人身、财产保护的义务。学校与学生的教育法律关系,从学校教育权行使和学生受教育权保护的角度,对学校的教育教学工作进行分析,阐述规范学校的招生、教育教学活动等方面的规范化问题,分析学校切实保障学生受教育权的实现的法律

问题。学校与学生的管理关系,首先介绍了学校与学生管理关系的主要理论,然后就学校与学生管理关系的性质进行分析,对学校管理权与学生权利的冲突进行探讨,阐述学校管理权行使与学生权利保护的平衡。本章还对学校事故问题进行探讨,通过对学校事故的类型进行分析,对学校事故的归责原则进行重点探讨,最后对学校事故的防范对策提出建议。

第七章为“学校与社会的法律关系”。学校与社会各种主体形成多种多样的法律关系。本章主要分析学校与社会的财产所有权关系,学校与社会的相邻关系,学校与社会的合同关系。

三、融合教育法学原理、规范与应用——学校法律问题研究的特点

现有的教育法学著作主要有两种体例。第一种是以“教育法学”或“教育法制”命名,内容主要分为两部分,前部分为法学和教育法学原理,后部分是对各部教育法律进行阐释。第二种是以教育法原理和教育法律主体展开研究,前部分为法学思想、法学理论和法学原理,后部分阐述各种主体权利、义务。上述两种教育法学著作虽然有其合理性,有利于对教育法学的原理和法律规范的把握,但都难以有效指导和解决现实的教育法律问题;而且从教育法学的逻辑分析来看,存在理论与实践“两张皮”的现象,同时难以解决学校管理和教育教学中的各种法律问题。

有鉴于此,本书力图把教育法学原理、规范与应用相融合,选择从学校教育与管理主体之间的法律关系的视角出发,注重教育法原理的阐述,并运用这些原理对现实教育法律问题进行研究,期望实现对学校教育与管理工作的指导价值。本书非常重视典型案例的分析和使用,一方面解决了抽象的法律条文晦涩的弊端,另一方面通过典型案例分析用法的准则和程序,密切教育法原理、规范与应用的关系。

本书对教育法学原理、规范与应用作出了较为系统的阐述,对于掌握教育法律知识和运用法律工具有巨大帮助。本书可以作为本科、专科的“教育法学”课程教学的教材,也可以作为中小学校长、教师培训的教材。

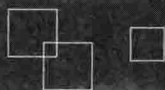
教师信息反馈表

为了更好地为您服务，提高教学质量，中国人民大学出版社愿意为您提供全面的教学支持，期望与您建立更广泛的合作关系。请您填好下表后以电子邮件或信件的形式反馈给我们。

您使用过或正在使用的我社教材名称		版次	
您希望获得哪些相关教学资料			
您对本书的建议（可附页）			
您的姓名			
您所在的学校、院系			
您所讲授课程的名称			
学生人数			
您的联系地址			
邮政编码		联系电话	
电子邮件（必填）			
您是否为人大社教研网会员	☐ 是，会员卡号：_____ ☐ 不是，现在申请		
您在相关专业是否有主编或参编教材意向	☐ 是 ☐ 否 ☐ 不一定		
您所希望参编或主编的教材的基本情况（包括内容、框架结构、特色等，可附页）			

我们的联系方式：北京市海淀区中关村大街甲 59 号文化大厦 1508 室
 中国人民大学出版社教育分社
 邮政编码：100080
 电话：010-62515905
 网址：<http://www.crup.com.cn/jiaoyu/>
 E-mail：llhong2605@vip.sina.com

目 录



第一章 法治社会、教育法治与依法治校	1
第一节 法治社会	1
一、社会治理的主要模式	1
二、法治是我国社会主义现代化的必然选择	2
第二节 教育法治	7
一、教育法治的内涵和要求	8
二、教育法治的现状与展望	11
第三节 依法治校	14
一、依法治校的主体定位、含义及基本内容	14
二、依法治校的意义	16
三、依法治校的具体措施	17
第二章 学校教育管理的法理学基础	20
第一节 法的概念、特征与本质	20
一、法与法律的概念	20
二、法的特征	21
三、法的本质	21
第二节 教育法及其特点	22
一、教育法的概念	22
二、教育法的特点	24
第三节 教育立法与教育法律体系	26
一、教育立法	26
二、教育法律体系	28
三、教育法效力	32
四、教育法规与教育政策	33
第四节 教育法律规范与教育法律关系	34
一、教育法律规范	35
二、教育法律关系	38
第五节 教育法实施	42
一、教育法实施的含义	42

二、教育法实施的方式	42
第六节 教育违法及法律责任	55
一、教育法律责任概说	55
二、教育法律责任的归责要件	58
第三章 国家教育权、学校教育权与公民受教育权	61
第一节 国家教育权	61
一、国家教育权及其行使	61
二、国家教育权行使法治化	64
三、国家教育权的重要表现形式——教育方针的制定和落实	66
第二节 学校教育权	70
一、学校教育权的含义	70
二、各国学校教育权的落实	71
三、学校教育权行使的原则	75
四、新中国的学校教育权及其行使	77
五、依法落实和扩大学校办学自主权	85
第三节 公民受教育权	86
一、关于受教育权的理论	86
二、公民受教育权是权利与义务的统一	91
三、受教育权的国家保护	92
第四章 学校与政府的法律关系	104
第一节 学校与政府的行政法律关系	104
一、学校与政府的行政法律关系的形成	104
二、学校与政府的行政法律关系的主要内容	105
三、学校与政府的教育行政法律关系的特征	107
第二节 学校与政府的民事法律关系	110
一、学校与政府的民事法律关系的形成与特征	110
二、学校作为民事法律关系主体的条件与权能	111
第五章 学校与教师的法律关系	114
第一节 学校与教师的聘任关系	114
一、教师聘任制及学校与教师的聘任关系	114
二、学校与教师聘任关系的建立、维持与解除存在的困境	116
三、学校与教师的聘任纠纷的解决	118
第二节 学校与教师的管理关系	124
一、学校与教师的管理关系的形成	124
二、学校与教师的管理关系的性质	125
三、学校管理教师的若干法律问题	128
第三节 学校与教师的职务委托关系	135
一、职务行为的概念与类型	135
二、教师职务行为认定的法律依据	136

三、教师的职务行为侵权责任由学校承担·····	137
第六章 学校与学生的法律关系 ·····	141
第一节 学校与学生的民事法律关系·····	141
一、民事法律关系的立法与司法考察·····	141
二、学校与学生之间民事法律关系的类型·····	143
第二节 学校与学生的教育法律关系·····	145
一、在校学生的受教育的权利与义务·····	146
二、学校对学生实现受教育权的保障·····	147
第三节 学校与学生的管理关系·····	157
一、学校与学生管理关系的多种理论·····	157
二、学校与学生管理关系的性质·····	159
三、学校管理权与学生权利的冲突·····	160
四、学校管理权行使与学生权利保护的平衡·····	162
第四节 学校事故的处理与预防·····	164
一、学校事故概述·····	164
二、学校事故的责任认定·····	165
三、学校事故的处理方式·····	169
四、学校事故的防范·····	171
第七章 学校与社会的法律关系 ·····	174
第一节 学校与社会的财产所有权关系·····	174
第二节 学校与社会的相邻关系·····	175
第三节 学校与社会的合同关系·····	177
参考文献 ·····	180

法治社会、教育法治与依法治校

教育是人类社会的一项特殊的活动，其治理模式与现实社会治理模式密切相关。在建设中国特色社会主义，实现社会主义现代化的过程中，加强社会主义法制建设，法治成为重要的治国方略。在这样的背景下，教育法治成为依法治国的重要内容和必然要求。学校是教育实施的组织机构，全面推动依法治校是教育法治的落脚点和基础。

第一节 法治社会

自人类产生以来，人们就以群居和群体生活、生产的方式形成了复杂的社会关系。为确保社会生产和社会生活顺利开展，社会中的人就需要遵循一定的准则来处理各种社会事务，进而创造和经历了不同的社会治理模式。在漫长的人类和社会发展过程中，随着社会生产力的发展和人类文明进步，人们逐渐探索和采取了多种多样的治理模式，主要包括宗教模式、人治模式、德治模式、法治模式等。

一、社会治理的主要模式

在人类历史发展进程中，人们采用了多种多样的社会治理模式，不同治理模式与社会生产力发展水平以及人类的意识水平密切相关。对社会治理模式进行考察，其发展进程表现为：从宗教模式到道德模式再到法律模式，这是人类社会治理模式发展规律的一般表现形式。^①

在人类社会的早期，由于生产力水平低下，人类生活的秩序主要受自然环境的影响，人们只能被动地顺从自然界。由于人们认识世界的能力十分低下，对周围事物及自然现象无法正确认识和准确把握，对自然现象和社会现象难于全面、深刻解释，往往归结为“一种神秘的力量”主宰着一切。基于人们对自然秩序的敬畏心理，逐渐形成了一种与自然秩

^① 参见刘双舟：《人的独立意识：分析社会治理模式变迁的一个视角》，载《政法论坛：中国政法大学学报》，2008（3）。

序相对应的宗教秩序，从此人类社会就跨入了神权时代。在神权时代，人们的社会生产与社会生活的行为，以及处理各种社会关系，主要以宗教秩序进行规范，这种社会治理模式一般被称为宗教治理模式，无论是东方还是西方，在人类社会的早期都经历过以宗教规范作为维系社会秩序的主要元素的历史时期。例如欧洲自从进入中世纪以来，宗教治理模式占据主导地位，犹太人奉为经典的《圣经》旧约里，上帝的形象多是赏罚分明、公平正义、铁面无私的，其创造主的身份被强调；而到了基督教赖以出现的新约中，上帝派耶稣道成肉身降格来到人间，行异能、传福音，其救世主的身份得到强化。

应该指出的是，早期社会的宗教治理模式所依赖的宗教，不一定像当今流行的佛教、伊斯兰教或基督教等体系化的宗教，绝大多数情况下是一种朴素的、原始的自然神宗教。对社会的治理也不是阶级社会统治者对社会的管理意义上的治理，而更多的是指对社会秩序的维系。

随着生产力的发展和人类认识事物能力的提高，人类社会的组织结构逐渐发生了较大的变化，如相对稳定或稳定的婚姻形式开始普遍化，由此出现了家庭。人们的生活方式也开始由游移的方式变为定居。除了人与神的关系外，人与人之间的伦理、人情、利益等精神的或物质的社会关系得到发展，伦理道德规范对社会关系调整的作用越来越重要，人类社会从此进入了主要依靠伦理道德规范来维系社会秩序的时代，道德治理模式也就顺理成章地被采用。

在宗教与道德社会规范发挥作用的历史时期，法律这种与阶级社会紧密相连的社会规范也开始萌芽，并与国家这一独特的社会上层建筑得到同步发展。法律在产生的初期，是与宗教和道德等社会规范混为一体，并难以进行准确区别的。也就是说一些宗教规范或道德规范具有法律的特征，这些具有法律特征的宗教规范或道德规范其实就是法律规范的雏形。早期法律规范的外在形态往往是以宗教规范或道德规范的形式存在的，法律的发展过程实际上是一个从宗教道德体系中逐步独立的过程。由此，人类社会也就存在法律治理模式的两种不同的阶段，即法制阶段和法治阶段。法制阶段是法律治理模式的低级阶段，在这一阶段中，法律的作用受到普遍的重视，法律成为社会控制的主要手段，但是，在这一时期里，受到重视的主要是法律“工具性”的一面。因此，这一时期在人类社会的发展中往往表现为程度不等的专制。在法律治理模式的高级阶段，法律治理模式融入的民主性元素越来越多，法律成为约束“管理者”的有效机制，这就是法治社会。

总的来说，社会治理模式的划分就是从维系社会秩序的主要元素的角度出发，对社会治理模式进行的大体划分。事实上，在人类社会发展的历史进程中，并不存在依靠单一“元素”进行治理的社会。任何社会都是同时依靠多种规范共同来治理的，只不过在不同的历史时期，发挥治理作用的主要规范有所不同而已。例如，在依靠宗教规范治理的原始社会，也应当存在宗教以外的其他社会规范，而在道德治理模式中，宗教规范仍在发挥作用，即使到了以法律为主要治理元素的社会时期，宗教规范和道德规范的作用也是不能忽视的。

二、法治是我国社会主义现代化的必然选择

从当前社会发展状况来看，我国逐步进入工业社会乃至所谓的后工业社会，社会关系

的性质与状况发生了重大的变迁,人们的社会关系也从原来的“熟人社会”演变为“陌生人社会”,导致在现代化进程中出现了许多前所未有的矛盾和挑战,传统的农业社会和计划经济时代的治理模式很难解决出现的各种新问题,以法定规则之治对于现代社会治理、推动社会的文明和进步显得至关重要。可以这样认为,由于工业化、城市化的进程加速,人的个体性大大增强,人际关系处理和交易方式日益复杂化,传统的治理手段对人的控制大大弱化,必须通过法治来加强对人的保护和对个人行为的规范。此外,随着社会经济的发展,市民社会已逐渐培育和建立起来,社会各个阶层也有了明显的分化,要保证国家和社会之间的良性互动,在社会各阶层之间建立良好的关系,也需要按照法律规范予以调整。特别是对于我国的社会实际状况来说,随着改革开放的不断深化,权力作为社会中枢的特征在社会经济领域也在逐渐发生变化,这主要表现为地方性权力、部门性权力的强化与国家权力的相对弱化,因而完全靠国家政权对社会实现深度控制已越来越困难^①,这在一定程度上需要通过法治来合理规范权力。除此之外,处理好各种利益关系,解决好各种利益冲突,也需要借助法治的力量。为此,建设富强、民主的社会主义现代化中国,需要加快社会主义法制建设,推动法治社会模式的构建。

(一) 法治的含义

在人类社会发展的历史进程中,法治思想最早是由亚里士多德提出的。亚里士多德指出,法治应包含两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家服从的法律本身又应该是制定的良好的法律。按照亚里士多德的思想,只有制定出一种好的法律,并将其作为治理国家的基础,才能达到实施法治的目的。^②因此,古代西方社会法治的实施,保护了公民的权利,维护了社会正义,完善了民主制。然而,法治思想经过近现代社会的法治实践,被赋予了更加丰富的内涵和外延。在法学的理论和实践领域,对“法治”有着不同角度、不同方法的解释。

(1) 法治作为一种理性的治国方略,它的基本含义就是“依法治国”。这是法治最基本也是最重要的理念价值和实践价值,也是法治的政治含义。

(2) 法治作为民主化法制的法制模式。应该这样说,法制是中性的,它可以与民主联姻,也可以与专制结合。当实行民主与法制结合时,法制才可能是法治。当法制与专制结合时,法制可能成为专制的工具。所以说法治是法制模式中的一种。

(3) 法治作为普遍的办事原则或既定规则严格执行,即形式主义法治。这种法治思想要求任何主体在社会生产和社会活动中,严格按照制定的规则、准则、规范办事。应对“形式主义法治”作出正确的理解,因为它极容易被误解为机械的“教条主义”和“本本主义”,被误解为对实质正义的反动。

(4) 法治作为法律内在精神的法治理念。法治意味着某种法律精神或理念,它包括法律至上、权利本位、程序正当、权力制约等一系列观念、原则和精神。

(5) 法治是指法律人之治,即职业化的法官、检察官和律师从事专门化的法律活动。也就是说社会应当交由法官、检察官和律师进行管理和治理。

(6) 法治作为理想社会关系的法治秩序。法治是一种社会关系,它是国家与公民、组

① 参见郭为桂:《群众路线与现代中国的国家建构——纪念中国共产党成立九十周年》,载《东南学术》,2011(4)。

② 参见吴巨洪:《浅谈中国古代法家法律思想与古代西方法治思想之差别》,载《法制与社会》,2012(12)。

织与组织、组织与公民、公民与公民之间的关系，这些关系中的权利和义务被明确界定、被自觉遵循，形成相互尊重、相互和谐的关系，因此法治又称为“法治秩序”。

(7) 法治作为人们生活方式的法治传统。法治成为人们生活中不可或缺的组成部分，成为人们的生活方式，这种生活方式习惯成为自然之后，成为人们社会生活的组成部分。

上述法治的不同概念，均是从某个特定的角度得出的结论。对“法治”的全面理解，需要从理念、规则、行为、秩序和生活方式的多层次、多维度的社会制度建设和运行模式进行把握。“法治”不仅有“依法治国”的政治含义，而且有建立完善的法律体系和法律制度、处理各种社会关系应当依照法律准则、具有完善的法律运行机制的含义。

然而，在建设社会主义现代化中国的过程中，许多人却停留在“法治”即“依法治国”的片面认识中，造成推进法治化进程缓慢、法治工作频频出现失误。“依法治国”作为政治家的一种治国方略，它是相对于其他治国方略而言的，如礼治、德治、人治、政策治、命令治、运动治等。在人类社会的发展进程中，政治家们采用过多种多样的治国方略，经过比较，人们发现法治是最具有优越性的。从依法治国的理念和实践来看，依法治国的方略的基本含义是依照法律治理国家的社会事务。应该明确指出的是，依法治国的“国”不是指地域概念，而是指法律意义和政治意义上的“国政”，即国家的政务活动，其中最主要的是国家权力的运行活动。这里的“国”是不可分割的。如果“国”被分割了，那就出现了对法治的误解。正因为这样，在推动依法治国的进程中，不少地方出现依法治省、依法治市、依法治县、依法治镇、依法治乡、依法治村的机械模仿情形。在行业和部门中，也出现交通部门依法治路、铁路部门依法治路、水利部门依法治水、林业部门依法治林、农业部门依法治农、税务部门依法治税、教育部门依法治教、土管部门依法治土等简单照搬的现象。实际上，法治更加强调民主的法制、办事原则、法治精神、法治秩序和生活方式，这绝不是简单运用法律工具施政就能实现的。所以，法治和依法治国并不能等同，两者之间的内涵和外延相差甚远。

进一步对依法治国和法治问题进行探讨，不难发现，“依法治国”思想起源于德国的实证主义法学，其基本主张是：不论是君主、独裁者、统治阶级，还是民选的立法机关，都要遵循法则、受到法律的束缚。然而，法律约束的行为不等于实现了法治。哈耶克明确指出了“法治”和“依法治国”的区别：“认为只要政府的一切行动都经过立法机关正式授权的话，法治就会保持不坠，但是这是对于法治意义完全的误解。法治与政府的一切行动是否在法律的意义合法这一问题无甚关系，它们可能很合法，但仍可能不符合于法治。某人所做的事有充分的法律上的根据，但这并没解答这个问题——法律是否给他专断权力采取专横行动，或是否法律明确规定他必须如何行动。很可能，希特勒获得了无限的权力是出之以严格的合乎宪法的方法，因而从法律的意义来说，他的所作所为都是合法的。但是，谁会因为这种理由而说德国仍然盛行着法治呢？……如果法律规定某一机关或当局可以为所欲为，那么，那个机关和当局所做的任何事都是合法的——但它的行动肯定不属于法治的范围。通过赋予政府以无限制的权力，可以把最专横的统治合法化；并且一个民主制度就可以建立起这样一种可以想象得到的最完全的专制政治来。”^①

① [英] 哈耶克：《通往奴役之路》，北京，商务印书馆，1962。

中华民族的传统文化和价值观与西方不同,在社会生活秩序的建立、维持和调节等方面,我国自古以来都采取轻法、息讼的统治策略,更强调礼乐教化、贤人支配、乡规民约、调解妥协的作用。《韩非子·心度》曰:治民无常,唯以法治;而儒家观点的“治”,则更具有目的性境界,“治”者,“平”也,天下太平,治世大同;其奉行的是“外儒内法”、“德主刑辅”,“法”是“礼法”,“治”为“德治”。所以,尽管我国古代就产生了法治的思想,创立了法治理论,但在漫长的封建社会里,国家和社会治理却处于“人治”状态,法治的理想蓝图远远没有实现,更没有成为人们的社会生活方式。中国传统文化的另一个特点就是“中国人没有把法和伦理区分开来,两者处于直接结合的状态”^①。而且,在社会现实生活中体现为道德伦理高于法律规则。正因为这样,滋贺秀三将中国明清时期的法源概括为“情、理、法”三方面,其中代表着中国式良知的“情理”是一种“最普遍的审判基准”,造成“人情”被视为一切基准之首。^②在这样的状况下,中国古代的政治家也就不可能重视法制建设,存在大量的轻视普遍规则和制度在实现社会正义过程中的作用现象。与此同时出现了普遍把实现社会正义的希望寄托在道德伦理上的现象,试图借助于不受“游戏规则”约束的行为及道德伦理,处理社会生活中的各种复杂的关系,由此建立良好的社会秩序。历史经验证明,这种理想往往沦为幻想,即使获得短暂的成功,也与偶然性因素有着必不可少的关系。在漫长的中国社会历史长河中,法治理想难于实现的另外一个原因是制度构建和法治要求相去甚远。在中国古代,行政和司法“一体化”,由政治家和行政官来行使审判权,因此就有了宋代作为“开封市市长”的包拯大人直接兼任“市级法院院长”。把行政权与司法权统一于一个机构或一个人,以此解决行政和司法的矛盾。这样的制度和运行方式与现代政治文明背道而驰。近代启蒙思想家早就说过,“把司法权放在已经拥有行政权的人们的手中,这是再坏不过的”^③。司法与行政不分离的结局就是人民遭殃。因为,在这样的体制中,社会生活中每一个人的权利没有哪个机构来负责保障,人们在一个没有相互制约的权力结构中是没有平等、自由和幸福的。

(二) 法治社会是我国社会主义现代化的理想和追求

古代法家就提出了“奉法者强则国强”、“奉法者弱则国弱”的观点。这就是说,如果在一个国家里,遵纪守法的人占多数,那么这个国家就能保持强大;如果民众都不遵纪守法,那么这个国家必然衰弱。实现中华民族的伟大复兴,推进我国特色社会主义事业的发展,保证社会主义现代化的实现,需要加强社会主义法制建设,实现依法治国方略,推动法治社会建设,加快社会主义现代化建设的步伐。从当前的社会实际出发,全面实现社会主义法治,需要做好以下几方面的工作:

1. 培养和提高政府公务员的社会主义法治理念和素质

增强国家工作人员的法律观念,发挥国家工作人员的法治理念和表率作用,是保持和提高国民法律信仰的重要方面,也是培育现代法治精神的深厚基础和不懈动力。国家工作人员执掌国家的公权力,是法律的具体执行者和操作者。其身正,不令而行;其身不正,

① [日] 川岛武宜:《现代化与法》,北京,中国政法大学出版社,1994。

② 参见[日] 滋贺秀三:《明清时期的民事审判与民间契约》,北京,法律出版社,1998。

③ [法] 孟德斯鸠:《论法的精神》,北京,商务印书馆,2011。