

中国法治的发展阶段和模式特征

冯玉军

(中国人民大学法学院, 北京 100872)

[摘要] 改革开放以来,中国法治的各个领域都取得了长足的进步。回顾与市场经济相适应的民主法制建设的不平凡历程,揭示法制改革的现实成就及其面临的困境,总结法律发展的经验教训,在国际比较法学的研究中具有突出的样本意义。纵览中国法制改革的历史阶段及其标志性成就,可以总结出如下八个中国法治建设的模式特征及正反两方面经验:中国共产党领导下各机关部门分工负责的协商型法治,自上而下推进的权力主导型法治,中国传统法律文化、苏联法律文化和西方法律文化交织于一体的混合型法治,“一国两制三法系四法域”的开放型法治,强调理性主义目标规划的建构型法治,先易后难小步快跑的渐进型法治,注重实践不断试验和总结经验的学习型法治,追求公平正义与社会和谐的意识形态法治。

[关键词] 中国法治; 发展阶段; 模式特征; 回顾与展望

On the Development Stages and Model Characteristics of the Rule of Law in China

Feng Yujun

(Law School, Renmin University of China, Beijing 100872)

Abstract: Since the Reform and Opening-up, China has made significant progress in various fields of the rule of law. This article will provide a significant sample within the international comparative legal studies by reviewing the remarkable development of democracy and legal system, elaborating on the achievements and difficulties of legal reforms, and summarizing the experiences and lessons acquired from the legal development.

Based on the analysis of the reform route, principles and policies of the Chinese Communist Party and the practice under its leadership during the new period, the following four key factors contribute to the progress of China's legal reform: first, the correct political objective of improving socialist democracy and legal system; second, the demand of social development and the driving force from the economic system reform — the determining factor; third, the globalization of economic and public affairs — the external challenge; fourth, people's growing

[收稿日期] 2016-01-29

[本刊网址·在线杂志] <http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

[在线优先出版日期] 2016-04-25

[网络连续型出版物号] CN33-6000/C

[基金项目] 国家社科基金 2014 年重大项目(14ZDC008); 北京市社科基金重大项目(15ZDA03)

[作者简介] 冯玉军(<http://orcid.org/0000-0002-5457-8831>), 中国人民大学法学院教授, 博士生导师, 甘肃政法学院“飞天学者”特聘教授, 主要从事法学理论、法经济学、立法学和宗教法治研究。

awareness of democracy and the rule of law — the internal driver.

Observing the ideology and strategic decision-making changes of the ruling party, the 38-year history of China's legal reform and the rule of law development since the Reform and Opening-up can be divided into three phases: Phase I: 1978—1996, symbolized by developing the "Constitution" (1982), "General Principles of Civil Law," "Criminal Law," "Criminal Procedure Law," this phase started a new voyage of China's socialist legal system construction. The legalization and institutionalization of social governance has made primary progress through developing a series of important laws and promoting several rounds of democratic and legal reforms, rebuilding the social management order, protecting fundamental human rights and democracy, setting up the strategic objectives of establishing a socialist market oriented economic and legal system. Phase II: 1997—2011, symbolized by building a socialist country under the rule of law as the fundamental strategy of governing. As China joined the WTO, unprecedented importance was attached to the rule of law, and in-depth legal reforms started with globalization. Legal values became important elements of the national spirit and image. The authority of law has been increasingly maintained and respected by the ruling party and state organs. Principles of the rule of law (such as protection of human rights, restrictions on public power, procedural fairness, etc.) were integrated into the legal system and law enforcement — the second leap from legal system construction to the rule of law construction has been achieved.

Phase III: from 2012 to the present. The Party's 18th Congress has made a comprehensive strategic plan to enhance the rule of law, the Third Plenary Session of 18th Central Committee of the Chinese Communist Party (CCP) has established the overall objectives of further comprehensive reforms as "improving and developing the socialist system with Chinese characteristics, promoting modernization of the national governance system and governing ability," by taking the wisdom of the Party and the people, the Fourth Plenary Session of the 18th Central Committee of the CCP progressively established the strategic objectives of "constructing socialist rule of law with Chinese characteristics and building a socialist country under the rule of law," proposed scientific and systematic fundamental principles, work layouts, and key tasks of comprehensive improvements of the rule of law, which was the third major breakthrough and it opened up a new chapter in the contemporary history of the construction of a socialist country under the rule of law.

Reviewing the historical stages and landmark achievements of China's legal system reform, the following eight aspects of model characteristics, positive and negative experiences of China's rule of law construction, can be summed up:

First, from the perspective of the leadership system, the rule of law in China is the consultative rule of law based on the division of responsibilities among different institutions and departments and overall planning and cooperation among different regions under the leadership of the CCP. It eventually arrives at a consensus and common approach to achieve the development objectives set up by the People's Congress System, the Chinese People's Political Consultative Conference System, grassroots democratic institutions and the extensive internal discussion among the various departments, regions, social groups, and people under the leadership of the CCP.

Second, from the perspective of implementation, the rule of law in China is top-down power-led. Benefited by this system, various reform measures are less influenced by traditional values, diverse social forces, complex interests, and therefore objectives can be achieved timely.

Third, according to the perspective of cultural background, the rule of law in China is a hybrid in that the Chinese traditional legal culture was integrated with the Soviet and Western legal cultures. These legal cultures should be taken with a dialectical perspective and tolerance, guided by Marxism and the opening up policy in China's reality, fully reflecting the spirit of the times and inheriting the historical wisdom. A socialist legal culture with Chinese characteristics will be constantly developed to adapt to the requirements of modernization.

Fourth, from the perspective of the framework, the rule of law in China is an open system as it is featured by "one country, two systems, three legal systems, four jurisdictions." Different political legal systems and ideas interact with each other in practice, which does not only make China a great laboratory for the globalization of law, but also brings a vivid sample of integration and convergence of legal systems to the world.

Fifth, from the perspective of how institutions are established, the rule of law in China stresses rationalistic object programming. In the aspects of national economy and social development, there are the "First-Five-Year-Plan" and the "Second-Five-Year-Plan," until the recent "Thirteenth-Five-Year-Plan;" in the aspect of legal system construction, there are many detailed national five-year plans and annual plans on legislation, administration of justice, law enforcement and public legal education. This clearly indicates that the reform of the rule of law in China is not broken, non-constructive or aimless, but it is constructive under leadership and with planning.

Sixth, from the perspective of system operation, the rule of law in China is the progressive rule of law with increasing difficulties and at a reasonable pace. Deng Xiaoping asserted that "reform is the second revolution in China... our principle is to be bold, steady, proceed without plans beforehand." In practice, from central to local, from scientific legislation to judicial reforms, reform programs are carefully prepared to prevent risks and to gradually achieve the objectives.

Seventh, from the perspective of performance evaluation, the rule of law in China focuses on practice and constantly tests ideas and summarizes experiences. The actual process of the reform of the rule of law is: constantly learning from experiments, seizing opportunities, adjusting, which relieved the contradiction between conservatism and innovation. This experimental approach can be vividly summarized as "feeling the stones when crossing a river;" this is a prominent experience of both legal practice and governance.

Eighth, from the perspective target value, the rule of law in China is ideological and pursues fairness, justice and social harmony. The strong and distinctive ideological feature of the rule of law in China is related to the 170-year modern history of impoverishment, and weak and very uneven economic and social development. Only socialism can save and develop China — this understanding of truth constitutes the background of the rule of law in China.

Key words: rule of law in China; development stages; model characteristics; review and prospect

1978 年底至今,中国共产党推行以经济建设为中心的改革开放已经 38 年了。在这个崭新的时期,中国作为一个发展中的东方大国,各方面都发生了巨大的变化,无论是经济、政治、文化,还是法制建设和法律发展。面向现代化、市场化、全球化和信息化的社会转型迅猛而深刻,影响深远。虽然起步较晚,道路曲折,步履维艰,但发展速度却超过了世界上很多国家,可以说尽享后发优势,创造了“中国奇迹”。值此之际,回顾三十多年来民主法制建设的不平凡历程,深入探讨法制改革的成就与挑战,归纳中国法治建设的主线和模式特征,具有突出的实践意义和理论价值。

一、中国法制改革的三个历史阶段

客观分析新时期党的改革路线、方针、政策及其指导下的实践,中国法制改革的持续推进得益于如下四个关键因素:第一,确立了健全社会主义民主、加强社会主义法制的正确政治目标。1978 年 12 月召开的中共十一届三中全会结束了 1976 年 10 月以来党的工作在徘徊中前进的局面,开始全面、认真地纠正“文化大革命”及以前的“左”倾错误。确定了解放思想、开动脑筋、实事求是、团结一致向前看的指导方针;果断地停止使用“以阶级斗争为纲”这个不适用于社会主义社会的口号,做出了把工作重点转移到社会主义现代化建设上来的战略决策;提出了健全社会主义民主和加强社会主义法制的任务;审查和解决了党的历史上一批重大冤假错案和一些重要领导人的功过是非问题。这次全会以及后续实施的一系列路线、方针、政策,遵循建设民主法制的目标,拨乱反正,有步骤地解决了新中国成立以来的许多历史遗留问题和实际生活中出现的新问题,实现了对党和国家具有深远意义的伟大转折。第二,社会发展的需要和经济体制改革的推动是决定力量。经济体制改革向前发展的每一步,都需要并实际促进了法律制度的创新与保障。如 1984 年提出“计划为主,调节为辅”;1987 年提出“有计划的社会主义商品经济”;1992 年提出“社会主义市场经济”;2000 年提出“知识经济”与“经济全球化”;2003 年提出市场经济建设要为和谐社会服务;2013 年提出“推进国家治理体系和治理能力现代化”。这些经济领域的重大变革无一例外地带来了法律观念、法律制度、法律规范和法治方式的因应创新。第三,经济与公共事务全球化是外部挑战。在“地球村”时代,不管是发达国家还是发展中国家、大陆法系还是英美法系、资本主义法治还是社会主义法治,都面临国内外法的规则趋同和应对解决各类全球性问题的法律挑战。在民商法、反垄断法、知识产权法、国际贸易法等一系列法律的制定过程中,我国广泛借鉴了国外的立法经验,这对形成吸收世界法制文明成果的中国法律体系,发展一种“异而趋同,同而存异”的法治文明格局,并最终实现公平正义、可持续发展的法律全球化前景具有极大助益。第四,人民日益增长的政治民主要求和法治权利意识是内在动力。邓小平多次强调,改革要坚持“一手抓建设,一手抓法制”,“两手抓,两手都要硬”的方针。所谓“两手抓”,其实就是社会主义初级阶段要着力解决经济和政治两方面的矛盾。经济矛盾是落后的生产力与人民日益增长的物质文化需要之间的矛盾,解决这一矛盾的基本方针是全面深化经济改革,优化市场经济条件下的资源配置,促进民生问题的解决和社会和谐发展;政治矛盾是指匮乏的民主法制供给与人民日益增长的公平正义及自由民主需求之间的矛盾,解决这一矛盾的基本方针是全面推进依法治国,深化领导和政治体制改革,扩大人权和政治民主。其本质就是构建和谐民主的社会政治秩序,使人民安居乐业,实现更加充分的意志自由、行动自由、良法善治和公平正义。

观察执政党思想意识形态和战略决策的变化,可以比较清晰地将改革开放 38 年来中国法制改革和法治发达史分为三个阶段:

第一阶段:1978—1996 年,以制定 1982 年《宪法》和《民法通则》《刑法》《刑事诉讼法》为标志,

开启了中国社会主义法制建设的新航程。通过制定一系列重要法律、推进多轮民主与法制变革,重建社会管理秩序,保障基本人权和民主,确定建立社会主义市场经济法律体系的战略取向,初步实现了社会治理的法律化、制度化。

“文革”结束后,保障人民民主、加强法制建设,实现“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”成为国家最重要的工作之一。邓小平提出:“为了保障人民民主,必须加强法治。必须使民主制度化、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,不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”^[1]¹⁴⁶1981年6月召开的中共十一届六中全会通过了《关于建国以来党的若干历史问题的决议》,特别强调要吸取和反思“文革”的沉痛教训,把逐步建设高度民主的社会主义政治制度作为社会主义革命的根本任务之一,根据民主集中制的原则加强各级国家机关的建设,使各级人民代表大会及其常设机构成为有权威的权力机关,在基层政权和基层社会生活中逐步实现人民的直接民主,完善国家的宪法和法律并使之成为任何人都必须严格遵守的不可侵犯的力量,使社会主义法制成为维护人民权利,保障生产秩序、工作秩序、生活秩序,制裁犯罪行为,打击阶级敌人破坏活动的强大武器。

以立法工作为例,新成立的第五届全国人民代表大会承担起加快立法的历史重任。在法制委员会主任彭真的领导下,1979年上半年,仅用了三个月的时间就制定和颁布了刑法、刑事诉讼法、全国人大和地方各级人大选举法、地方各级人大和地方各级政府组织法、人民法院组织法、人民检察院组织法、中外合资经营企业法等七部法律^①。随后,又于1982年制定了新中国第四部宪法,1986年制定了体现改革精神的《民法通则》。需要指出的是,从人权荡然无存、公民权利被践踏的“文革”阴影中走出来,人民群众对基本人权和秩序安定的强烈要求成为这一波法制改革的巨大动力,国家顺应了人民的这一需求,恢复重建人民法院和人民检察院,建立和完善刑法、刑事诉讼法,拨乱反正,甄别纠正了大量冤假错案,为后续的改革开放奠定了政治和法律基础^②。

20世纪80年代中期开始,中国经济体制朝向市场经济方向进行改革,但由于思想认识和形势变化等原因,也经历过一些波折。1992年,邓小平南方谈话提出,社会主义可以有市场经济的问题。随后,党的第十四次代表大会正式提出了“建立社会主义市场经济”的战略方针。以此为契机,引发中国政界、思想界在观念、理论和制度上的全面革新,法学界随之掀起了“法制”和“法治”大讨论,现代法律精神得到弘扬,体现计划经济和僵化教条的法律观念、法律政策得到清理,宪法对经济问题的表述也做了重大改变,如强调资源配置的市场经济导向,突出了国有经济的实现形式多样化,承认私有经济、非国有制经济是社会主义经济的重要组成部分等等。在立法领域,加快了市场经济立法,特别是民商法律的创制,制定或修改了公司法、合同法、担保法、反不正当竞争法、专利法等一系列符合市场经济发展需求的法律。在司法领域,提出司法改革路线图:强调当事人举证责任↓庭审方式改革↓审判方式改革↓诉讼制度改革↓各司法机关联动改革↓全面法制改革,尽管之后的实践一波三折,但当时这份路线图的提出还是给知识界人士和社会公众带来了很大的希望。

第二阶段:1997—2011年,以确立依法治国,建设社会主义法治国家为治国基本方略和加入世界贸易组织为标志,法治的地位和作用获得空前的重视,开启了全球化条件下深层次的法治改

^① 1979年6月26日,彭真在五届全国人大第二次会议上做关于七个法律草案的说明时,特别强调了法律贯彻执行中的三个重要问题:“一是把法律交给九亿人民掌握,使他们运用这个武器监督国家机关和任何个人依法办事;二是建立一支强大的专业的执法队伍;三是坚持法律面前人人平等。”参见《彭真传》第四卷,(北京)中央文献出版社2012年版,第1365-1366页。

^② 在十年动乱中,公、检、法机关统统被砸烂,不能有效地行使审判权和监督权。粉碎“四人帮”后,人民法院和人民检察院在复查、纠正“文化大革命”期间判处的约120万件刑事案件的特殊历史背景下才逐渐得以恢复、重建。

革。法律价值成为国民精神和国家形象的重要元素,法律权威日益受到执政党和国家机关的维护和尊重,法治原则(如保障人权、限制公权、程序公正等)在法律体系建构和法律实施中得以体现,实现了从法制到法治的第二次飞跃。

其一,确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略,全国人大多次修宪予以落实。1997年10月,党的十五大报告中正式提出“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国基本方略和奋斗目标^①。次年3月,第九届全国人民代表大会第一次会议以宪法修正案的形式,将其规定在国家宪法中。2004年,第十届全国人大对宪法又修改了十多处,主要有:国家尊重和保障人权^②;公民的合法的私有财产不受侵犯;国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展;国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用,并给予补偿;国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度;等等。与此同时,历届人大还通过制定《国民经济和社会发展五年规划》,详细规定民主法制建设要点,引领和推进法治建设目标的实现^③。

其二,以中国加入WTO为契机,适应中国在经济、政治和公共事务上全面融入国际社会的客观需要,加快相关立法和法律清理,按照国际通行规则全面推进中国的法制改革。根据中国政府代表入世时所签署《中国加入工作组报告书》第22条之规定:“(我国)将保证所有法律、法规和行政要求自中国加入之日起全面遵守和执行在本国产品和进口产品之间的非歧视原则,除非议定书(草案)或报告书中另有规定。中国代表声明,不迟于加入时,中国将废止和停止其实施效果与WTO国民待遇规则不一致的所有现行法律、法规及其它措施。这一承诺是针对最终或暂行法律、行政措施、规章和通知或任何其他形式的规定或指南作出的。”^[2]法律创制和清理的具体工作包括:(1)1999年制定的新合同法结束了“三足鼎立”的局面,2001年修订的著作权法、商标法和专利权法全面构建了我国知识产权法律体系,还有2007年颁布的中国物权法及此前颁布的担保法等。(2)在电信管理、外资证券公司、外资保险公司、国际海运管理、农业补贴等领域,制定一些世贸规则所允许和要求的、符合市场经济运作的新的法律法规,如服务贸易方面的立法、保障措施法、电信法以及保护集成电路布图设计的法律需要提上全国人大的立法日程。(3)修改现行法律法规中不符合世贸规则的一些内容,或者补充某些规定不充分的内容。对于明显违反世贸规则的,一律修改。(4)加速国际立法,特别是国际经贸方面。(5)废除那些不符合世贸规则的规定。内部文件要废除,不能作为法律依据,一些时过境迁不再使用的法规也要明令废止。总之,中国的立法部门始终强调转变观念,更多地学习、借鉴、吸收甚至移植国际立法的经验,注意同国际立法接轨和向国际惯例靠拢,显著提高了立法体制的民主化、立法行为的程序化、立法技术的规范化,为构建中国特色社会主义法律体系奠定了基础。

① 中国政府于2008年发表了《中国的法治建设》白皮书。全面介绍了新中国成立以来,特别是改革开放30年来国家法治建设取得的成就。全文近2.9万字,分“前言”“建设社会主义法治国家的历史进程”“中国特色的立法体制和法律体系”“尊重和保障人权的法律制度”“规范市场经济秩序的法律制度”“依法行政与建设法治政府”“司法制度与公正司法”“普法和法学教育”“法治建设的国际交流与合作”“结束语”和“附录”等部分。

② 中国政府于1991年发表了《中国的人权状况》白皮书,2008年之后又连续发布年度《国家人权行动计划》,向国际社会阐述了中国在人权问题上的基本立场和实践,通告未来一年在人权行动方面的详细计划,以推进国家各项人权事业的发展。

③ 以2006年3月16日通过的《国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》的“民主法制建设要点”为例,其主要内容有:(1)扩大民主,健全法制;(2)坚持和完善人民代表大会制度、中国共产党领导的多党合作和政治协商制度、民族区域自治制度;(3)积极稳妥地继续推进政治体制改革;(4)健全民主制度,丰富民主形式,扩大公民有序的政治参与,保证公民依法实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督;(5)加强基层民主建设,保证公民依法行使选举权、知情权、参与权、监督权;(6)尊重和保障人权,促进人权事业全面发展;(7)贯彻依法治国基本方略,推进科学民主立法,形成中国特色社会主义法律体系;(8)推进司法体制和工作机制改革,规范司法行为,加强司法监督,促进司法公正,维护社会正义和司法权威;(9)实施“五五”普法规划和法制宣传教育,提高全民法律素质;(10)加强廉政建设,健全教育、制度、监督并重的惩治和预防腐败体系。

其三,整体推进司法改革,实施统一司法考试和庭审制度、羁押制度以及证据认定等改革。党的十五大明确提出“推进司法改革,从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权”的要求。1999年10月,最高人民法院制定并下发了《人民法院五年改革纲要》,纲要涉及审判方式、审判组织、诉讼程序、证据制度、法官管理等各个方面。纲要的制定和实施为推进深层次的人民法院司法改革积累了经验、打下了基础,为促进观念更新、确立一系列现代司法理念,推进人民法院的全面改革提供了必要的思想准备和理论准备。2001年,最高人民法院进一步明确提出“公正与效率”是21世纪法院工作的主题,是审判工作的灵魂与生命。2002年,整合了法官、检察官和律师的准入门槛,开始举行全国统一的司法考试。2003年5月,中央政法委牵头成立司法改革领导小组,参加单位有全国人大法工委、最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办、财政部等二十多个中央部门和国家机关。2012年11月,中国共产党第十八次全国代表大会提出要“进一步深化司法体制改革,确保审判机关、检察机关依法独立公正行使审判权、检察权”。

其四,全面落实依法行政,打造责任政府。2004年3月22日,中国国务院审议通过了《全面推进依法行政实施纲要》,明确提出建设法治政府的奋斗目标。这是中国行政法制建设的一个重要成就,是依法行政原则在自身不断完善和发展过程中的一个新的里程碑。2007年,中国共产党第十七次全国代表大会又提出加快行政管理体制改革,建设服务型政府的目标,要求健全政府职责体系,完善公共服务体系,推行电子政务,强化社会和公共服务。加快推进政企分开、政资分开、政事分开,与市场中介组织分开。2010年10月,国务院发布《关于加强法治政府建设的意见》,为在新形势下深入贯彻落实依法治国基本方略,全面推进依法行政,进一步加强法治政府建设,提出九条具体意见:(1)加强法治政府建设的重要性、紧迫性和总体要求;(2)提高行政机关工作人员特别是领导干部依法行政的意识和能力;(3)加强和改进制度建设;(4)坚持依法科学民主决策;(5)严格规范公正文明执法;(6)全面推进政务公开;(7)强化行政监督和问责;(8)依法化解社会矛盾纠纷;(9)加强组织领导和督促检查。

第三阶段:2012年至今,党的十八大做出全面推进依法治国的战略部署,十八届三中全会进一步把“完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化”作为全面深化改革的总目标,十八届四中全会则由线到面、由面到体,凝聚全党全国人民智慧,确立了“建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家”的战略目标,科学系统地提出全面推进依法治国的基本原则、工作布局和重点任务,这是当代中国社会主义法治建设史上的第三次重大突破,揭开了中国法治建设的新篇章。

中共十八大在之前历次大会上所提出的依法治国方略的基础上,做出了“全面推进依法治国”的战略部署,开创了法治建设的新局面。会后,习近平总书记就法治建设发表了一系列重要讲话,对弘扬宪法法律权威、树立法治信仰、加强法律实施、发挥人民在法治建设中的主体作用、领导干部带头守法等提出了明确要求,发表和阐述了一系列新的科学观点、命题和论断。

中共十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》把建设“法治中国”作为法治建设的最高目标。这一崭新提法既尊重法治发展的普遍规律,又联系现实的国情民意,是法治一般原理与中国法治实践紧密结合后在法治道路、法治理论、法治制度上进行创造性转换的产物,对打造中国法治模式、探明法治路径、振奋中国精神、增强民族凝聚力、开创中国法治建设的新局面意义深远。该《决定》提出60大项全面深化改革的实际举措,所有改革事项都与法治息息相关,几乎都涉及现行法律的制定、修改、清理、废除问题。全面深化改革的过程就是同步实施法制改革和全面推进法治建设的过程,一方面,是法治“自身改革”,即法治适应社会现代化的发展趋势与客观规律而对自身的体制、机制、方法等进行改革创新;另一方面,是法治“配套改革”,即为了

保证、引导和规范经济社会生态等领域的改革而进行与改革相适应、相协调的法制改革,以及法律的立、改、废等^{[3]5-20}。

中共十八届四中全会通过了《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》),这是建党 93 年,也是新中国成立 65 年来中央全会第一次以“全面推进依法治国”为主题的决定。它是党在全面总结我国社会主义法治建设成功经验和深刻教训的基础上,凝聚全党智慧做出的战略决策,有突出的历史性和里程碑意义。该《决定》确立的全面依法治国战略目标,规划的 180 多项重要法治举措,提出的一系列创新思路 and 观点,既是对以往法治文明经验的高度总结与凝练,又是以问题为导向,扎实推进依法治国的现实行动指南。

这是一百多年来中国的仁人志士不懈努力追求民主法治理想,实现中国腾飞梦想的伟大成就;必将对未来十年乃至更长一段时间内形成系统完备、科学规范、运转协调的社会主义法治运行体系,实现国家和社会治理的现代化、法治化,建成因应中华民族伟大复兴和全球善治潮流的法治中国起到战略引领作用。

二、中国法治的模式特征及其经验教训

如上所述,中国的法治改革和经济建设一样,三十多年来都取得了长足进展。当前,“中国模式”及其经验教训成为国内外学者研讨的热门话题^①。抛开法哲学(或政治哲学)层面在学理上的繁杂争论,依笔者拙见,中国法治建设的模式性特征,或者说改革成就的密码可概括为八个方面。就这八个模式特征自身而言,是一种优势与缺陷同在、机遇与挑战并存的情形。我们既能从中看到中国法治建设的卓越成就和巧妙经验,又能发现其与生俱来的危机与困难,随时面临颠覆性风险。这在学理上可以被概括为“法治改革相对论”,以下分述之。

(一) 协商性法治

从领导体制角度看,中国法治是中国共产党领导下各机关各部门分工负责,各地方各区域统筹兼顾、互助合作的协商性法治。通过人民代表大会制度、人民政协制度、基层民主制度以及共产党领导下各部门、各地区、各社会团体、各方面人士广泛的内部协商讨论,最终凝聚共识、统一步调,实现发展目标。

根据执政党的权威说法,中国共产党的领导是中国特色社会主义最本质的特征,坚持中国共产党这一坚强领导核心,是中华民族的命运所系^[4]。坚持党总揽全局、协调各方的领导核心作用,是社会主义法治的根本保证,是支持和保证人民实现当家做主的关键。其基本要义在于:(1)法治是全体人民通过立法、执法、司法、法制监督、法治教育和法律实践等环节所建立起来的社会主义法律秩序,具有鲜明的阶级性和人民性,中国共产党作为这种阶级性和人民性的代表,凝智聚力、依法执政。(2)社会主义民主是法治的基础和前提,共产党是争取民主、发扬民主、扩大民主、建设社会主义民主政治的领导核心,没有党的领导就不会有真正的民主,也就不会有社会主义法治。(3)法律的制定过程是党领导立法机关把党和人民的意志转化为国家意志,保证

^① 在改革开放步入 40 年之际,学界总结中国法治经验教训的各类著作和文章非常多,有从现代性角度进行的观察,有立足于文化传统与本土资源所做的研究,还有基于全球化时代命题提出的论断,其间混杂着自由主义、保守主义、社群主义、民族主义、马克思主义的思想纠葛,众说纷纭,莫衷一是。如邓正来《中国法学向何处去》,(北京)商务印书馆 2011 年版;季卫东《大变局下的中国法治》,(北京)北京大学出版社 2013 年版;高全喜《法制变革及“中国经验”》,载《中国政法大学学报》2009 年第 2 期,第 73-86 页;张文显《全面推进法治改革,加快法制中国建设》,载《法制与社会发展》2014 年第 1 期,第 5-20 页;等等。

党的路线方针政策和决策部署在国家工作中得到全面贯彻和有效执行的过程。(4)法律的实施过程是党领导各级行政机关和司法机关依法行政、公正司法,尊重和保障人权,保证政治、经济、文化、社会和生态建设协调发展的过程。

“协商”是典型的中国概念,其核心理念是:利益相关者以商量的方式,沟通意见、协调利益,以达成共识,实现共存与共赢。笔者以为,中国和西方国家都奉行民主政治,但实现民主的核心方式则有不同,西方国家以选举民主为核心,中国则基于历史和现实的原因,以协商民主为主。表面上看,协商民主在形式上、外观上、程序上似乎较选举民主(特别是直接选举)有着不足和缺陷之处,但通过人民政协制度、人大制度和共产党领导下各部门、各地区、各社会团体、各方面人士广泛的内部协商和反复讨论(而非公开辩论的外部民主),能够凝聚共识、统一步调,最终实现社会发展目标。

新中国的协商民主源于中共革命建政的探索与实践。其制度实践包括以下三个要点:(1)协商民主是由共产党领导的,党的领导是整个政治框架的前提性条件。政治权力运行的基本结构是在中国共产党领导下,全国人大及其常委会、国务院、最高人民法院、最高人民检察院等国家机关各负其责、平等协商,共同完成执政党代表人民确立的中心任务。(2)人民代表大会制度。人民民主是社会主义的生命,人民性是人大制度的鲜明特征。坚持党性和人民性的统一,决定了人大工作要将选举民主和协商民主相结合,通过发挥协商民主的独特优势来进一步彰显人大制度(包括代议制、票决制、民主集中制)的优势,不断丰富其实践特色和时代特色,健全民主制度、丰富民主形式、拓宽民主渠道,推动人大制度与时俱进。(3)中国人民政治协商会议制度,它是中国共产党把马克思列宁主义统一战线理论、政党理论和民主政治理论同中国具体实践相结合的伟大创造,人民政协作为统一战线的组织和协商机构,具有搭建执政党与其他民主党派和非党人士协商对话平台的功能,联合团结各族、各阶层人民实践人民当家做主的功能,对国家大政方针的实施发挥重要的协商作用。

这一宏观政治环境决定了中国的协商民主截然不同于西方的协商民主,且具有以下独特优势:(1)使党的领导与国家治理体系现代化形成相互促进的关系。协商民主能够从促进和完善党的群众路线和统一战线这两个方面巩固和增强党的领导。(2)使超大规模的社会在中国特色社会主义制度下保持持久的和谐发展。中国协商民主内在地具有团结人民、整合国家、协调利益、促进和谐的功能,能促进协商民主的广泛、多层、制度化发展,有助于增强党的执政能力、国家整合能力、政府民主科学决策能力、社会自我调节能力以及公民的有序参与能力。(3)使人民当家做主的实践与国家治理体系和治理能力现代化有机统一。基于人民民主所形成的人民参与国家事务管理,不同于西方基于利益表达所形成的参与,它是专业化国家管理与有序化人民参与的有机统一。协商民主的平台和路径能够有效保证党和国家所运行的公共权力做到以民为本、为民服务、为民谋利^[5]。(4)使党总揽全局、协调各方的领导核心作用能够全面有效地发挥,并通过人大制度、人民政协制度等支持和保证国家政权机关依照宪法法律积极主动、独立负责、协调一致地开展工作,从而保证党领导人民有效治理国家,切实防止出现群龙无首、一盘散沙的现象。

但从现代法治角度看,这种党领导下各部门分工负责的协商型法治尚存在四个方面的弊端,需要严肃看待。

(1)一切以党组织和党的领导人的决议意见为圭臬,在权力得不到制衡与监督的情况下,难免出现突破既有法律规定,法律为政策服务、为领导人服务的反法治现象。“文革”教训殷鉴不远,薄熙来在重庆以“黑打”方式“打黑”更值得法律人高度警惕。党的权力过分集中、凌驾于人大之上的直接后果之一,是在实践中将民权体现的各级人大和常设办事机构变成由内部圈定的业余、兼职代

表参与的“橡皮图章”。在人民政协内部,党际协商民主也存在着协商制度不健全、协商意识不强、协商过程不够民主等问题。所以,全面推进依法治国,关键在于党能够科学而又有效地依法执政。通过依法执政的丰富实践,把党建设成善于运用法治思维和法治方式治国理政的执政党,带头守法、在宪法法律范围内活动的执政党,坚持宪法至上、维护法律尊严和权威的执政党,崇尚、尊重和保障人权、促进社会公平的执政党,领导、支持和监督国家机关依法行使国家权力的执政党,从而实现党的执政方式和执政活动的法治化。

(2)虽然就中国政治的目前发展阶段来说,协商民主比竞争性的选举民主更受到执政党的重视,也更容易在社会中推广,但这并不能证明协商民主可以替代选举民主,或者选举民主可有可无。一般认为,民主制度包括“授权”与“限权”两个部分,授权体现为竞争性的选举民主,人民对国家的统治离不开代表,而代表就离不开选举,所谓“权为民所赋”;限权体现为众议公决的决策民主也即协商民主,即通过政党之间、国家机构之间、中央与地方之间、基层政治中政府与民众之间的协商对话,民主决策。这两个环节中,授权是限权的基础,解决权力产生问题的选举民主是协商民主之根,过分强调协商民主或以协商民主代替选举民主,其实就是伪民主,违反了国家的人民性和人民主权原则。

(3)中国共产党依法执政所依据的“法”,包括国家法律体系和党内法规体系,这两大体系再加上社会制度体系(政治协商和基层自治制度等)共同构成了国家治理体系。但略显遗憾的是,目前国家法律体系和党内法规体系之间缺乏一定的衔接机制,关于党对国家机关的领导程序,党向立法机关提出宪法修改建议和其他立法建议的程序,党委推荐、选派党员干部担任国家公职人员的程序,党委领导、监督政府和司法机关执法的程序,各级党委对党的领导干部及公职人员的监督、决定程序等,都需要法律和党内法规的双重形式加以规定。在人大、政府、司法机关的工作中,也要进一步在法律上和党内法规上理顺党组与国家机构的关系,既发挥党组在国家机构中的领导核心作用,保证党的路线方针政策和决策部署得到落实,又支持人大、政府、司法机关依照宪法法律独立负责、协调一致地开展工作,确保宪法、法律、法规的正确有效实施。

(4)宪法和有关法律已经确定了法律监督制度,但尚未真正运作起来,无论全国人大常委会还是国务院几乎没有正式启动过一次违宪和违法的行政法规、地方性法规审查。所谓“改变撤销机制”基本处于闲置状态。应当清醒地看到,在市场经济、利益多元化的环境下,维护法制统一就是维护统一、公平、有序的市场秩序,就是维护国家的统一和党的领导。当出现地方与中央、行政机关与立法机关相抵触的制度和规范时,应当把法律监督制度严肃运作起来,除应从法律制度上建立违宪审查制度外,还应启动对违反宪法法律的规范性文件“改变撤销机制”。实际操作中,可先选择某些违宪违法严重、负面影响大的典型规范性文件,予以改变或撤销,以发挥警示作用,提高各级各类机关、组织维护法制统一的自觉性,而不宜一律采用以往的“党内解决”“内部协商”的办法。这是现代民主法治的应有之意。

(二) 权力主导型法治

从实现方式角度看,中国法治是自上而下推进的权力主导型法治。这种体制使各种改革措施较少受到传统价值观念、社会多元力量、现实复杂利益的钳制,能够快速实现目标,及时获取成果。

如果放宽我们的视野,考察整个东亚区域的历史文化及其现代化进程,这种自上而下的权力主导型“变法改制”或法律发展模式十分普遍,远者如日本“明治维新”,近者如韩国、新加坡等。究其原因,首先,东亚传统社会具有集权性、封闭性、等级性、家长制、官本位等特点。在从传统走向现代的过程中,这些传统治理要素必然对转型中的国家权力、社会结构、组织方式、决策过程以及社会控制系统产生影响,进而在总体上制约着法治道路的选择和法律调整的效果。其次,东亚区域各国(地区)的法治现代化普遍存在以公权力为主导的“路径依赖”特征。“二战”之后,东亚各个新兴经济体(以亚洲“四小龙”

“四小虎”为代表)的政治运行模式大多数都奉行新权威主义(New Authoritarianism)^①,以“开明专制”为主臬,强调政府在现代化进程中的主角地位,其策略内涵是在政治上保持权力高度集中,通过强制性的政治整合来维持秩序和稳定,同时发挥现代自由经济和市场配置资源的优势。事实证明,采取这种转型策略的国家(地区)几乎都创造了举世瞩目的经济奇迹,达到了促进社会进步的目的。最后,新中国成立后的最大变化就是结束了旧中国“一盘散沙”的局面,依靠执政党的组织体系和计划经济模式,将各项权力高度集中起来,由此形成一个高度集权的单一制国家。改革开放以来,尽管不断向地方“放权让利”、向企业和社会组织“简政放权”,但中国共产党始终保持对经济体制改革和法治改革的坚强领导,确保了中国社会朝着快速现代化、法制化的方向迈进。

然而,这种自上而下推进的权力主导型法治模式也存在一些问题:(1)纵向公权力集中过多,横向私权利缺乏保障,发挥市场作用不足。市场经济是法治经济,权力过分集中,就会导致市场主体、市场关系、市场监管的法治化不到位、各种经济“失范”现象严重。(2)政制专制主义与理性建构主义的独断论结合曾经对中国法制造成了巨大的灾难。(3)发扬民主不足。人民民主走形式,各种选举摆样子,直接表现为人大制度虚设,无从体现人民代表大会的人民性和执政模式的民主性。(4)社会治理参与不足。社会团体、非政府组织存在制度空白、权力捆绑现象,地方特别是基层组织自治不足,公民权利的保障机制相对缺乏等等。(5)市民社会相对弱小,社会治理体系不健全,社会治理能力弱,各类中间组织和公益团体尚不发达,对政府权力的监督更是付之阙如。对上述弊端,也许有人会反驳说过去三十多年的法制改革并不全是自上而下推进的,也有自下而上的社会力量以及轰动性新闻事件(个案)的推动,如曾引发国内关于收容遣送制度的大讨论,进而由政府颁发新法规废除收容遣送制度的“孙志刚案”等。但需要指出的是,这类法律自主性的扩展和推进基本上都是在现有政治体制和权力运作的框架下进行的,其内在动力存在很大的制约因素,许多自上而下的制度创新常常偏离初衷甚或改变了正常路径,致使法条主义盛行,形式主义泛滥,引领法制改革的思想观念成为扭曲的法治主义或修辞学的法治主义^[6]。

这种法治模式在立法方面的突出问题是,过于强调维护国家法制统一而忽视了地方立法^②的特殊性和创新性,在很大程度上限制了地方立法的主动性和积极性,造成地方重复立法以及特色不足。主要表现在:(1)对地方立法权限限制过紧、过死,使之无所适从。典型者如《行政处罚法》第十一条第二款规定:“法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定,地方性法规需要作出具体规定的,必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。”事实上,各地情况千差万别,国家法律、行政法规设定的行政处罚行为只能是带有共性的社会危害行为。将违法行为严格限定在此范围内,各地就难以及时有效地进行规范和处理。这导致了实践中地方性法规增设行政处罚和超出行政处罚幅度的现象普遍存在。尽管我国宪法和宪法性法律规定全国人大常委会有权撤销同宪法或法律相抵触的行政法规以及同宪法、法律、

① 作为一种政治实践,新权威主义有如下五个特征:(1)在经济上具备明确的现代化导向;(2)在政治上凭借庞大而有效的官僚体制及强有力的军事力量,进行自上而下的权威统治;(3)对西方的资本与先进技术、文化采取开放的政策;(4)在意识形态与价值观方面,新权威主义政治往往借助传统的价值体系与符号作为凝聚全社会成员的精神支撑点;(5)其合法性并非立基于某种终极性的价值原则之上,而是立基于政治实效,尤其是经济发展。参见李炳烁《新权威主义、立宪政体与东亚法治转型》,第七届东亚法哲学研讨会提交论文,2008年。

② 地方立法是我国立法体制的重要组成部分,我国享有地方立法权的主体涵盖31个省级立法主体(省、自治区、直辖市,未含港、澳、台地区),27个省会市,18个经国务院批准的较大的市,4个经济特区所在地的市。1979年至2009年10月1日,我国31个省、自治区、直辖市总共制定一般地方立法和特殊地方立法约3万件。其中,地方性法规约1.7万件。全国人大法工委原副主任张春生对地方性法规发展状况评价道:“地方性法规从当地实际出发,对法律、行政法规进行补充细化,对地方的改革、发展、稳定起了很大作用。”引述和数据参见王亦君、崔丽《中国式民主的生动实践——地方人大设立常委会30年》,2009年7月20日, <http://politics.people.com.cn/GB/1026/9680765.html>, 2016年1月29日。

行政法规相抵触的地方性法规,国务院有权改变或撤销不适当的部门规章和地方政府规章,但迄今为止,这些机构没有一个行使过撤销权,没有一件地方性法规因“抵触”而被“撤销”的案例^①。与其对这种“违法立法”情况采取视而不见的“鸵鸟政策”,还不如区分不同情况,该撤销的撤销,该授权的授权。(2)地方立法中存在大量“重复立法”现象,即一些地方立法在内容甚至条文上大量重复和照搬照抄中央立法或上位法。地方立法重复中央立法的情况,一般占地方立法全部条文的三分之二左右,更有甚者达到80%—90%之多^②。“重复立法”不仅使地方立法篇幅冗长,而且使一些符合本地实际的特色内容也被冲淡了。它不是创造性地运用立法资源来解决本地迫切需要通过法律形式来解决的问题,而是造成了地方立法资源的浪费,使地方立法的大量投入归于低效甚至无效^{[7]59-60}。究其原因,主要还是将地方立法的任务局限于根据中央立法或上位法制定在本地贯彻落实的实施细则和配套措施这样狭隘的范围里,因而表现为地方立法不敢贸然进行自主性和创新性立法,大多数只是在中央已经有相关立法的前提下,在中央立法设定的框架内,围绕一些具体事项进行实施性立法^③。而像第十二届全国人大常委会授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定,鼓励地方创制性立法,对加快政府职能转变、创新对外开放模式、进一步探索深化改革开放的经验,具有重要的现实意义。当然,在强调和鼓励地方创制性立法的同时,也要对地方越权立法或同中央“争权”立法的现象保持足够的关注^④。尽管学界就越权立法有所谓“良性违法”甚至“良性违宪”的争论,但毫无疑问,保持立法统一性和地方立法自主创新的平衡,对于我国这样一个正处于快速发展和转型进程中的社会主义国家来说,非常必要。

(三) 混合型法治

从文化背景角度看,中国法治是本国传统法律文化、苏联法律文化和西方法律文化同时并存、交互影响的混合型法治。对这些法律文化应采取一分为二、兼容并包的态度,在此基础上形成以马克思主义为指导,既面向世界,又立足中国,既充分体现时代精神,又继承优秀历史传统,适应现代化要求的、不断发展的有中国特色的社会主义法律文化。

法律文化泛指一定国家、地区或民族的全部法律活动的产物和结晶,也可以仅限于法律观念、意识或心理领域。法律文化与现行法、法律实践、法律意识等法律现实有着密切的联系。当代中国的法文化在形成和发展过程中受到多种法文化的影响,主要包括:中国传统法律文化、西方法律文化、苏联法律文化以及社会主义建设和改革过程中形成的法律文化。具体而言,清末中国社会遭逢“数千年未有之变局”(李鸿章:同治十一年五月《复议制造轮船未可裁撤折》),成为现代化道路上的后发国家,被迫全面放弃中华法系的典章制度,远学德国、近学日本,立宪修律,变法自强;新中国建立后,采取“一边倒”的政治方针,全面学习引进苏联社会主义法律体系、法律思想、法学研究范式和法学教育体系;改革开放之后,又大规模地使我国法律“同国际通行规则接轨”,向欧美国家和我国

① 参见肖迪明、谭鹏《关于完善我国立法权限划分的思考》,中国立法学研究会 2013 年年会论文。

② 参见封丽霞《中央与地方立法关系法治化研究》,(北京)北京大学出版社 2008 年版,第 451 页注释 1。

③ 例如,据不完全统计,全国各地截至目前共有《教师法》的实施办法 31 部,《义务教育法》的实施办法 23 部,《消费者权益保护法》的实施办法 30 部。

④ 例如,有的地方立法在未经授权的情况下对本属于中央立法范围的事项做了规定,如《福建省普及初等义务教育暂行规定》中实际上就增设了刑法的罪名,规定阻挠女学龄儿童入学的父母,情节恶劣构成犯罪的,按照虐待妇女儿童罪论处;如《广东省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》中明确规定了精神损害赔偿,而《消费者权益保护法》中并没有关于精神损害赔偿的规定;又如抚顺市人民政府 2000 年制定的《价格调节基金征管办法》,涉足了只能由中央和省级权力机关才能设定的基金和收费项目。参见崔卓兰等《地方立法实证研究》,(北京)知识产权出版社 2007 年版,第 62-63 页。

台湾、香港地区学习现代法治的理念、制度与实践体系。与此同时,受基本国情、政治制度、经济社会发展的影响,逐渐形成了扎根于本国土壤的中国特色社会主义法律文化。

过去几十年中国法律发展的一个成功经验,就是面对现代化道路、全球化浪潮、新技术革命的时代潮流和巨大挑战,积极融入世界主流法制体系,确立现代法治观念,健全法律体系,在迎接而不是抗拒中逐步调适我们自身的法制模式,构建一种回应时代需求的法治中国框架。这种融入世界、走向现代,不但排除了闭关锁国、固守旧制的僵化观念,也拒绝照搬西方的法律体系和制度模式,或者翻版苏联强调法律阶级性和专政作用的片面做法,而是对外国先进法律文化和中国传统法律文化采取一分为二、兼容并包的“扬弃”态度,既肯定又否定,既批判又吸收,在保持中国特性的前提下,积极学习,博采众长,锐意改革^[8]。

从中国法现代化的百年历史看,中国法始终处于一个不断学习、借鉴、吸收、消化外国法律和法治经验的进程之中,与欧美法和日本法律密不可分,这是一个不争的事实^①。当前中国法律体系中的各项制度、原则和用语,许多都是从欧美以及日本移植或改变而来,只是在充分考虑到中国国情和文化传统的基础上有所变化,原本来自外域的法律已然成为现代中国法重要的、不可分离的主体部分。从改革开放近四十年的法治发展看,中国法治是在与外部世界广泛交往的过程中发展演变出来的,绝非自我封闭、独自构建。外部世界的刺激,以及我们与世界经济、贸易、政制、文化、军事、技术等方面的全方位联系,促使我们的法制必须形成现代体系,与国际接轨。条约法、国际法、WTO规则、海洋法公约、国际人权公约等都迫使我们的法制如同我们的社会一样全方位地开放,走向世界,参与国际事务的规则制定,既捍卫国家利益,又维护世界和平,这是一个成熟的大国法制的姿态。尽管我们三十多年的法制变革还不能说已经塑造出一个从容的大国政制,但它表现出来的面对世界的开放性,以及形成的促进中国走向世界的法制路径,不失为中国经验的一个表征^②。需要指出的是,中国法治的“混合型”表征不仅体现在立法、司法、执法、守法等各个法治环节,而且在法学教育、法律研究、法律职业和法律观念等各个方面都能得到充分印证。仅以法学高等教育为例,目前的法学教育课程体系基本上就是以苏联社会主义法系为基调,以大陆法系公认的部门法划分为主干,以英美法系的特色法律领域和法教义学为前沿,再辅之以中外法律思想史、制度史,共同为法律专业的学生描绘出一幅色彩斑驳、交错融合的学术油画。

然而,坦率地讲,这样一种“古今”与“中外”冲突交错、时空交叠的混合型法治(文化),既有不少特殊优势,也存在许多不利因素,需要谨慎对待。上述法律文化并非内在融贯、并行不悖,其中必定有许多不相适应甚至彼此冲突之处。例如传统法律文化中存在等级制度、神判报应、清官意识等思想,而现代法律文化主张主体平等、程序正义、客观证据;苏联法律文化强调党权至上,注重法的阶级性和专政功能,西方法律文化则强调分权制衡、选举民主和个人权利。这些内在的矛盾冲突既表现在价值理念层面(如情理法的矛盾、主权与人权的冲突、国家主义与自由主义的冲突、集体主义与个人主义的冲突等),也存在于法律规范层面,自然也杂糅在丰富的法律实践和个案操作中。

^① 何勤华教授等认为:“中国近现代法的基干,并不是中国传统社会的法律,而是外国法,主要是西方法。法律移植是中国近现代法发展的一个基本历史现象。”详细参见何勤华、李秀清《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》,(北京)中国政法大学出版社2002年版。另外,贺卫方在《比较法律文化的方法论问题》(载《中外法学》1992年第1期,第30-35页)中指出:“现代中国法律制度的概念分类、结构、司法机构设置乃至法律教育模式等均是来自西方学来或自日本‘转口’而来”;张乃根在《论西方法的精神——一个比较法的初步研究》(载《比较法研究》1996年第1期,第1-28页)中亦指出:“自清末民初,除了在一个不太长的时代,中国一直面临着西方法的移植问题。”

^② 参见朱景文《全球化条件下的法治国家》,(北京)中国人民大学出版社2006年版;朱景文《比较法社会学的框架和方法——法制化、本土化与全球化》,(北京)中国人民大学出版社2001年版。

(四) 开放型法治

从法治格局角度看,中国法治是“一国两制三法系四法域”的开放型法治。不同政治法律制度和思想观念在实践中相互摩擦、冲突、博弈、协调,使我国成为法律全球化的伟大实验室,也给世界带来了法系融合、趋同的生动样本。

“一国两制”是中国共产党为解决台湾问题以及在香港、澳门恢复行使中国主权的问题而提出的基本国策。即在中华人民共和国内,中国大陆坚持社会主义制度作为整个国家的主体,同时允许台湾、香港、澳门地区保留资本主义制度。从法律角度看,这四个区域存在“三个法系四个法域”:中国大陆属于社会主义法系,施行中国特色社会主义法律制度;香港特别行政区原有的法制是从英国留传下来的普通法法制,在殖民时期又有独特的法律发展;澳门特别行政区受原殖民宗主国葡萄牙的影响,属于大陆法系的拉丁一支;台湾地区施行的法律传统上受到德国、日本法的影响,“二战”后则受美国法影响甚深。因此,中国是一个“复合法域”或“多法域”国家。

难能可贵的是,这四个法域之间法律制度相互冲突、相互博弈、协调融合的过程,为三大法系及其法律制度的融合、趋同提供了珍贵的实验模本。中国是法律全球化的天然“实验室”,举凡立法体制、司法体制、监督体制、反腐肃贪体制、警察体制以及各种法律规范设计、机制运转和案件审理等各个层面,“两制度三法系四法域”都形成了鲜明的对比,可以相互借鉴学习^①。目前四个法域之间已经建立了很多沟通平台,并取得了很好的效果。

但同样不可否认,一些涉及基本价值、法治理念、体制模式的基石性问题在四个法域之间还存在差异性认识,一些原本就有的矛盾冲突可能愈演愈烈,在某种程度上阻碍了彼此融通。作为一个复合法域国家,四个不同地区之间日益紧密的经济文化和政治联系必将进一步加剧其法制制度中原本已有的矛盾冲突。仅以全国人大常委会解释香港基本法引发的广泛争议为例,几个释法案例中最具代表性的是居港权案。1999年1月,香港终审法院裁定所有香港永久居民在内地所生的子女均拥有居留权。香港政府估计会有167万人来港,故行政长官提请人大常委会解释基本法。人大常委会通过关于基本法的解释,指出只有在出生时父或母已成为香港永久居民的内地子女,才可拥有居港权。而有关申请必须在国内申请,同时,释法亦宣布将单程证与居留权证明书重新挂钩。该释法遭到香港法律界强烈反对^②。这些冲突对香港的法治和法律文化都产生了重大影响。从法律文化角度观察,基本法释法问题使香港比较统一的法律文化出现了赞成或反对人大常委会释法的二元法律文化,造成意见对立、政争不断。

(五) 建构型法治

从制度形成角度看,中国法治是强调理性主义目标规划的建构型法治。在国民经济和社会发展方面,有“一五”规划、“二五”规划,直到“十三五”规划;在法制建设方面,国家关于立法、司法、执法以及普法宣传工作的五年规划和年度规划也很多、很细。这清楚地表明,我国的法治改革不是断裂、解构或漫无目标的,而是有领导、有规划和建设性的。

从社会现代化的角度看,中国属于后发现代化国家,与许多已经完成现代化的发达国家相比,

^① 例如,有学者指出,四个法域在死刑政策和立法、司法上是不一致的。然而这种冲突不仅不会成为废止或限制死刑的障碍,反而会成为一种促进。参见卢建平《“一国两制三法系四法域”语境下中国死刑废止前景展望》,载《法学杂志》2009年第10期,第30页。

^② 普通法与基本法(基本上属于大陆法)的冲突具体体现在以下几个问题:(1)行政长官是否有权向全国人大常委会提请释法;(2)若行政长官有权提请全国人大常委会释法,但他应否动用该权力去启动人大常委会释法程序;(3)应否使用普通法原则解释基本法;(4)释法的定义。

在各个方面皆有“赶英超美”的远大理想,并具体表现在经济建设和法治建设中的理性主义建构态度上。这种基于“历史使命感”和“改革责任感”的理性主义建构态度,让中国的法治改革者在文件表述和政策传达时都呈现出某种思辨的、教条的、唯理主义特点。中共中央、全国人大及其常委会、国务院、最高人民法院和最高人民检察院等政权机关均高瞻远瞩,有能力制订出绝佳的法制改革方案。这与其他国家(除苏联)的情况明显不同,既不同于普通法系国家,也有别于大陆法系国家。以立法当局对法律体系的认识和实践为例,1997年中共十五大明确提出“建设法治国家”“到2010年形成有中国特色的社会主义法律体系”,中间只有短短13年时间,但从上到下,从未有人对立法者从事和完成法律体系建设和能力和手段产生过质疑。立法者们也确信自己经过不懈努力必将完成建立自足圆满的法律体系的目标。而按照中国立法当局对法律体系的理解——一个国家所有法律规范依照一定原则和要求分为不同的法律部门而形成的有机联系的统一整体,唯有采取理性主义的建构态度,才可能不仅在数量上完成拟议建成的法律体系,而且要实现对应由法律调整的社会生活关系的充分覆盖,同时实现法律体系内容有机整合的系统性要求^[9]。事实上,这种理性主义建构态度体现在立法、司法、行政执法以及普法等各个法治环节。从20世纪90年代起,全国人大就开始制定五年立法规划、年度立法规划;司法改革方案也以五年规划和年度计划方式公之于世;即便是司法行政部门的普法工作,也是按照中央、省、市、县、乡逐级有计划、分步骤地贯彻实施^①。

诚然如此,这种理性主义建构的实践结果并不完美。以法律体系的建构为例,按照预先设想的“到2010年形成中国特色的社会主义法律体系”,即便从1978年中共十一届三中全会提出加强社会主义民主和法制建设起算也只有32年,这与西方发达国家大多经历数百年才有的法律体系形成了鲜明的反差。2011年3月10日,中国全国人民代表大会吴邦国委员长在第十一届全国人民代表大会第四次会议上做报告,宣布法律体系如期形成。但仔细分析报告措辞,也只是强调基本制度、主体框架已经形成,而非体系完备无缺。众所周知,法律体系是动态发展的,需要不断在解决实际问题的基础上完善和发展。而且,相对政治家的宏伟决策和“纸面上”的法律法规逐步完善,法律思维和法治理念深入人心、法律得到全面彻底实施、法律权威真正树立才是最重要的。

再看立法规划,通常认为其“主要任务和目的在于使立法工作有计划、有步骤、有目的地进行,从而使立法工作科学化、系统化”^{[10]502}。有学者甚至指出,立法规划源于内生性需求,它适应了国家或个人对制度需求的预期和理性选择。在立法资源有限的前提下,立法规划在立法需求与供给关系中可以节约立法成本,优化立法次序,寻求立法均衡,从而实现科学立法、民主立法、有序立法和有效率的立法^{[11]167}。但就1991年至今全国人大及其常委会立法规划的实现率来看,具有理性主义建构风格的立法规划表现出“可行性差”“执行率低”,落实情况并不理想。七届人大常委会立法规划中一类项目21件,已审议13件,占比61.9%;总项目为64件,已审议15件,占比23.44%。八届全国人大常委会立法规划项目中,规划一类项目共115件,已审议70件,占比60.87%;总项目152件,已审议78件,占比51.32%。九届全国人大常委会立法规划项目中,规划一类项目共63件,已审议45件,占比71.43%;总项目89件,已审议56件,占比62.92%。十届全国人大常委会立法规划项目中,规划一类项目59件,已审议39件,占比66.10%;总项目76件,已审议43件,占比56.58%^②。十一届全国人大常委会立法规划项目共64件,其中一类立法项目49件,二类立法项目15件,实际立法中属于立法规划项目的仅占

① 中国自1986年起连续开展了六个五年普法(法制宣传教育)活动,迄今已有30年时间。考虑到中国幅员辽阔、人口众多,这种持续的大规模普法活动已经创造出一项世界之最。

② 参见全国人大常委会法工委立法规划室《中华人民共和国立法统计》,(北京)中国民主法制出版社2008年版,第325-326页,转引自李雅琴《立法规划与科学立法》,中国立法学研究会参会论文。

47.62%，这说明立法规划对实际立法的影响力逐届减弱，立法规划的实施率和科学性有待提高。究其原因，主要有以下几个方面：(1)立法规划制定后，社会客观情势发生了重大变化，导致立法规划中原定的某些立法项目的紧迫性或必要性发生改变，使其不具备制定条件。(2)立法规划编制缺乏科学性，立法调研和立法预测不够，部分立法项目脱离客观实际，未经筛选和充分论证，重点不突出，随意性较大，在编制立法规划时“盲目上马”，同时体系设计不合理，立法项目之间及立法项目和现行法律、法规之间既有交叉重叠，又有空白地带，难以立法落实。(3)立法规划缺乏制度规范，权限归属、效力等不明确，使已制定的立法规划没有约束力，是否实施随意性很大，相关单位或部门组织实施不够得力。(4)立法规划制定和实施过程中过分强调部门和地方利益，立法“寻租”问题突出，发生利益冲突时，缺乏有效的协调机制，而实际立法中回避矛盾、避重就轻、拈易怕难，在一定程度上影响了立法规划的有效落实^①。

(六) 渐进型法治

从制度运行角度看，中国法治是先易后难、小步快跑的渐进型法治。法治实践中，从中央到地方，从科学立法到司法改革，都审慎拟定改革方案，防范改革风险，渐次实现改革目标。

作为改革开放的总设计师，邓小平有过这样的论断：“改革是中国的第二次革命……我们的方针是，胆子要大，步子要稳，走一步，看一步。”^{[12][113]}改革是难事，每项改革都是利益的重新调整，都会受到既得利益者显性或隐性的反抗。在过去三十多年的法治变革中，中国政府和民众恰当地发挥了传统的实践理性精神，没有强行突破改革开放前初步定型的路线政策、法律制度，而是通过“放权让利”，鼓励人民群众的创新精神，大搞“增量改革”。

所谓“先易”和“后难”其实都是相对的。无论经济体制改革、政治体制改革、文化体制改革还是法治改革，都是一个相当长的、复杂的历史过程，或者说是一项系统工程，实际改革中应该首先明确目标，尽快组织专门班子，对改革方案进行系统研究和设计，细分成许多个改革单元，一个一个、一步一步地解决、推进。有些事比较简单，可以马上办，例如反腐败交给执政党的纪律检查委员会、人民检察院和政府监察部门，信访交给司法行政部门，这样小步快跑、不停步地改革，最终取得了良好的效果。根据经验观察，这种策略可以有效避免改革走过场或者“大呼隆”式改革，也可以避免欲速则不达的情况。

当然，这种做法在实践中并不总是能达到良好的效果。在改革开放初期法治基础缺乏、法律体系尚不完备的条件下，我们提出了要“摸着石头过河”，先探索实践、试点试验，改革成果经过检验后，再通过立法予以确认。这种政策推动型的改革在当时特定历史条件下有其合理性和必要性，也发挥了积极作用。但随着依法治国基本方略的全面落实，实践先行立法附随的改革模式也日益显现出弊端。第一，改革中一味埋头拉车，不去抬头看路，发现“石头(困难)大了就绕着走”，回避紧迫的矛盾和困难，却积累了后患矛盾，导致最后积重难返，可能错过立法和法治改革的最佳时机。例如，《劳教条例》这项行政法规执行了五六十年，到后来其不利于人权保障的一面愈演愈烈，但直到2013年中共十八届三中全会才决定废除。又如计划生育，中国自1980年开始实行一胎化生育政策，当时声明30年后政策可以作相应改变。尽管有专家从人口学、经济学、历史学、社会学、统计学、遗传学、法学、医学等多角度对该政策予以反思和批评^[13-14]，但由于制度惯性等多方面因素的阻碍，直到2013年才正式推行单独两孩政策，2016年才正式实施全面二孩政策。第二，改革与法治长期处于紧张状态，在一定程度上损害了法律的权威性，并导致“改革就是要突破现有法律”的认识误区，一些人打着改革的旗号理直气壮地绕开法制，甚至冲击法治。随着中国特色社会主义法律

^① 参见易有禄《科学立法规划与法律体系的完善》，中国立法学研究会参会论文。

体系的形成和各方面制度体系的成熟,我们有条件也有必要从政策推动改革转变为法治引领改革,实现改革决策与立法决策的协调同步。立法不仅仅是对实践经验的总结,更要通过立法转变顶层设计、引领改革进程、推动科学发展;立法不仅仅是对实践的被动回应,更要对社会现实和改革进程进行主动谋划、前瞻规划和全面推进^①。

(七) 学习型法治

从绩效评估角度看,中国法治是注重实践、不断试验和总结经验、以点带面的学习型法治。

法治是规则之治,法律是一种能建立确定预期的正式制度,其主要功能在于建立和保持一种可以大致确定的预期,以便利人们的相互交往和行为。中国法治改革的实际过程是:反复试验、不断学习、抓住机遇、持续调整。这种情形可以形象地概括为“摸着石头过河”,本质上就是一种中国式实用主义,即为了灵活应对外界的不确定性,行为主体必须不断尝试各种方法、步骤和组织机构,以适应具体环境,从而找出与可行性成本相符的适用政策。这是在理性主义建构前提下采取有机的、试错的、缓进的发展模式,从而使中国具体的改革试验很少具有整体配套改革的特征,而更多的是一种分期分批的改革过程。这种做法的好处不在于统一性而在于开放性。从中国当代的法治实践看,法律试行是消解法律保守性与创新性之间张力的有效办法。如同有些外国人很难理解中国改革将经济中的大胆实验与政治上的稳健发展巧妙结合起来一样,在必须具有能对抗事实变更的预期稳定性的法律领域中,也充满了实验主义精神,这是中国法制改革的特点和优点。法律试行,在内容上包括立法、司法、执法几大领域,形式上则包括法律试行、暂行和区域(单位)试点多种办法。从经济学角度看,由法律试行而带来的法律创新主要是法律主体“边干边学”的经验积累过程,它可以汲取由反复试错而来的学习收益、反思收益、决策主体多元化收益、体系化和日常化收益等^{[15]374-380}。

以立法为例,如果从1949年公布的海关总署试行组织条例及1950年公布的契税暂行条例算起,法律试行在新中国已经存续了六十多年。数以百千计的试行、暂行法律法规,特区立法、特别行政区立法以及刚刚开始推进的中国(上海)自贸区立法,构成了波澜壮阔的法治实验运动,其效果是非常显著的。但需要指出的是,法律试行及其关联现象也可能引起法治变革的矛盾和紧张关系:(1)在法律的变与不变、创新与保守、稳定性与灵活性之间存在着深刻的矛盾:既要紧跟时代脉搏进行必要和有效的法律创新(改革),又必须避免因法律试行或频繁“修改完善法律法规”而难以建立法律的预期和权威,甚至破坏法律所要保证的已经建立的社会预期的情况。大量试行法在给人以除旧布新的印象的同时,多数只开花不结果,迟迟不具有确定的法律效力,容易造成人们观念上的混乱^②。(2)为适应社会根本性变革的需要而颁布的试行法律,常常引起上下位之间、平位法律效力关系的紊乱。例如,我国地方性破产法规和国有企业破产法(试行)公布时,国有企业法和公司法均未制定,相关配套措施也不到位,导致企业改革中的债权债务机制改革严重滞后,经济效益不能依法实现。有时因法律试行还会发生违宪问题,例如我国宪法(1982年)曾经禁止土地使用权转让,至1988年4月七届人大才通过关于土地使用权的宪法修正案,但以深圳特区为代表的一些省市允许土地使用权转让的法律条例却已经运行了很长时间。(3)法律试点地区(如经济特区、沿海开放城市、计划单列市等)或单位内部的权利义务

^① 参见王乐泉《从摸着石头过河走向法治引领改革》,2014年9月4日,http://news.ifeng.com/a/20140904/41866718_2.shtml,2016年1月29日。

^② 有些暂行法律的实施期限超出一般预想的程度,如1951年6月8日公布的《保守国家机密暂行条例》,至1988年已实施了37年之久。

关系与其他地区不同,同一种行为产生不同的法律后果,往往导致人们利用地区差异合法“寻租”。这种人为的不公平以合法的形式存在,对法律的尊严构成了挑战。加之社会过程的不可逆性,法律试行的错误就会产生深刻持久的不良影响。(4)法律的成熟与完备总是相对的,试行措施在实践中往往具有长期化和固定化的倾向。如果不能从法理上予以清晰解释和说明,或从制度上(主要是立法法、行政法规制定程序条例、规章制定程序条例等程序性法)加以解决,当法律试行成为恒常性制度时,规范的稳定性和可预测性必然受到减损。(5)法律试行的主体(即立法者)是权力机关的“委任立法者”,实践中常常是由国务院及其所属各部委担纲,由行政机关制定的各种暂行条例和试行法规约占试行法律总数的95%以上。因此,试行法律在实践中往往还具有部门化、本位化和垄断化的倾向。许多试行规定在立法之初就深深地打上了行政干预的烙印,其典型表现是试行规章中的强行性规范条款数量远多于任意性规范,管理性规范条款远多于平权性规范,从而出现了地方立法只强调地方利益、行业立法只强调行业企业效益而忽视国家整体利益和公民利益的局面。(6)法律作为具有普遍性和强制性的行为规范,要求逻辑上首尾一贯和效力上范围明确,否则在适用于具体案件时就会无所适从。法律试行通过授权立法、暂行措施和正当性追认等技术手段来缓和上述紧张关系,这是可行的,但仍不充分。立法和法律试行的权限划分及程序步骤应该进一步立法,使之合理化、制度化,在规则变更和规则不完备的情况下,法律系统就会失去自我依据的完整性。此外,有必要完善发现、补充和修改具体规范的法律解释,而后者是以法官的良好职业素养和独立审判为前提的^{[15]380-381}。

(八) 社会主义法治

从价值目标角度看,中国法治是追求公平正义与社会和谐的社会主义法治。中国法治之所以带有浓厚鲜明的意识形态属性,与中国近代以来积贫积弱的历史有关,与经济社会发展极不平衡的特殊国情有关,只有社会主义才能救中国,只有社会主义才能发展中国,这个真理性认识的凝结构成中国法治的底色。

毫无疑问,法治中国的建设具有明确而浓厚的意识形态属性,这是中国法治不同于西方资本主义法治的核心特质。官方文件是这样表述的:“我国的法治和依法治国,是从中国国情和实际出发,立足于社会主义初级阶段,具有中国风格、中国文化和中国特色的社会主义法治。我们走的是一条坚持中国共产党领导、人民当家做主和依法治国有机统一的法治发展道路。它同时也意味着我国已经拥有了严谨的、科学的、系统的中国特色的社会主义法治理论,有自己独立的话语体系,从而破除了西方在法治理念上的话语霸权。”^{[16]6-7}

公平正义是社会主义理论体系和国家制度的核心价值追求,也是社会主义法治的核心价值追求^①。公平正义的基本含义是:(1)国家尊重和保障人权,保证所有社会成员,不论其年龄、性别、民族、地域、文化程度、职业、身份、贫富等状态,在法律地位和权利义务方面一律平等。(2)公正合理地调整利益关系,在公平正义理念与和谐精神的指导下,实现各个阶层、群体利益的最大化。(3)通过公正、高效、权威的社会主义司法制度,维护人民权益,让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。坚持公平正义的价值追求,就要尊重每一个人,维护每一个人的合法权益,在自由平等的条件下,为每一个人创造全面发展的机会。如果说发展经济、改善民生是政府的天职,那么推动社会公平正义就是政府的良心^[17]。

^① 2014年1月7日,习近平总书记在中央政法工作会议上强调:“要把维护社会大局稳定作为基本任务,把促进社会公平正义作为核心价值追求,把保障人民安居乐业作为根本目标,坚持严格执法公正司法,积极深化改革,加强和改进政法工作,维护人民群众切身利益,为实现‘两个一百年’奋斗目标、实现中华民族伟大复兴的中国梦提供有力保障。”

社会和谐稳定是社会主义法治的基本任务。相对人治而言,法治是现代文明的产物,是国家形态由传统走向现代的标志。国家主要以法律手段来治理国政和进行社会管理,将社会生活的基本方面和社会关系纳入法制的轨道,使国家权力的行使和社会成员的活动处于严格依法办事的状态,社会调控和管理才能摆脱随意性和特权,经济、政治、文化和谐发展与社会全面进步才能得到基本的秩序保障,整个社会才能既充满活力又和谐有序,成为一个民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。

从法制改革的实现方式角度看,追求公平正义与社会和谐的崇高价值首先体现为经济社会法制的先行发展,私权保护和市场法律秩序的日益完善,社会公益和民生立法的不断发展。以改革开放三十年的立法实践为例,民商法、经济法、社会法和涉及经济管理的行政法,占全部已制定法律的80%以上(见表1)。

表1 中国制定的各类法律的数量和比例(1979—2009)

年代	总量	宪法及其相关法		行政法		刑法		民商法		经济法		社会法		程序法	
		数量	比例(%)	数量	比例(%)	数量	比例(%)	数量	比例(%)	数量	比例(%)	数量	比例(%)	数量	比例(%)
1979—1989	96	30	31	28	29	2	2	12	13	17	18	2	2	5	5
1990—1999	138	21	15	49	35	3	2	23	17	29	21	9	7	4	3
2000—2009	140	12	9	44	31	6	4	29	21	37	26	8	6	4	3
总计	374	63	17	121	33	11	3	64	17	83	22	19	5	13	3

注:根据《中国法律年鉴》等相关数据资料制作;又参见朱景文主编《中国法律发展报告 2010:中国立法 60 年——体制、机构、立法者、立法数量》,(北京)中国人民大学出版社 2011 年版。

我国于 1979—2009 年制定的 374 件法律中,宪法及其相关法所占比重下降明显,从 20 世纪 80 年代的 31% 下降到 2009 年的 9%;民商事立法在改革开放前 30 年只制定了 3 件,改革开放后无论在绝对数量还是比重上都急剧增加,由 20 世纪 80 年代的 13% 上升到 2009 年的 21%;经济法所占比重的上升趋势更加明显,由 20 世纪 80 年代的 18% 到 2009 年的 26%;社会法共制定 19 件,最近几年增长较快;程序法领域共制定和修改法律 13 件,占 3%,是各部门立法中比重最小的。

追求公平正义与社会和谐的崇高价值还体现为国家与社会之间的良性互动。国家与社会的关系是政治哲学与法学长期关注的经典问题。西方的讨论主要围绕“国家与 civil society”展开,并产生了诸多理论模式。20 世纪 90 年代初,市民社会理论以及“国家与社会”分析范式开始在中国学界勃兴,该理论认为,伴随着中产阶级人数占全部人口比例的日益提高,中国应当自觉地为市民社会与国家之间的良性互动创造条件和基础,实现国家与社会间良性的结构性安排以及这种安排的制度化^①。在成就与危机中启动的全面深化改革的目标是:(1)在国家领导体制和政治制度层面,全面推进依法治国、加快建设法治中国,推进国家治理体系和治理能力的现代化,使权力运作法治化、程序化、透明化。(2)在国家与社会关系层面,党和国家从更多的社会领域中退出,依法设定国家机关的权限范围和运作方式,合理划分中央和地方事权关系和支出责任,扩大人民有效参与国家公共事务的通道,通过发展人民民主、完善法治以及保障个人权利等为国家重新奠定正当性基础。(3)在社会建设层面,继续发展社会主义市场经济,建设社会主义新农村,创新社会治理,激发社会组织活力,创新有效预防和化解社会矛盾的体制,健全公共安全体系,形成有序、自治与公正和谐的

^① 参看邓正来、景跃进《建构中国的市民社会》,见邓正来《国家与社会:中国市民社会研究》,(北京)北京大学出版社 2008 年版,第 1-20 页;邓正来《国家与社会——回顾中国市民社会研究》,见张静编《国家与社会》,(杭州)浙江人民出版社 1998 年版,第 263-302 页。

社会。

需要强调的是,党的十八届四中全会提出了全面推进依法治国的九十多个重要举措,希望借以推进社会主义法治体系和法治国家建设。但这轮改革面临的困难之大、问题之多也是空前的。例如,在政治制度领域要解决权力过度集中和权力寻租(贪污腐败)问题;在政治权力与市场之间、国家与社会之间要划定边界,在缩小国家权力空间的同时推进治理能力的提高;采取合适的进程与步骤,避免重蹈苏东国家和中东阿拉伯国家“颜色革命”的覆辙,即因大规模民主化导致国家、社会失控;重组和优化国家领导体制和治理体系,维护社会总体上的和谐稳定,避免城乡之间、沿海与内地之间、不同地区和阶层之间的利益失衡与断裂;借助社会主义公有制的基础,推进政治民主与经济民主建设,促进政府治理和社会自我调节、居民自治良性互动,协调社会财富的初始分配和再分配,构建一个党委领导、政府主导、社会各方面积极参与的社会救助、保障、福利制度体系,实现人的现代化,避免官民矛盾、贫富差距、食药风险、生态危机等造成社会倒退^①。毫不夸张地说,这些危险已经成为法治中国发展乃至国家富强文明的重大挑战。

三、结 语

英国哲学家伯特兰·罗素在其 1928 年所著《怀疑论》中曾说过:“中国是一切规则的例外。”^[18]我们且不去管他是否在刻意贬低中国,他至少提醒我们,在中国进行法治建设,其困难不是构建西方式法治的困难。由于问题、语境和背景的“例外”,中国既无必要也不可能建成西方式的法治,只能建成中国式的法治,也即法治中国。

诚然,法治作为一种国家治理模式,是社会文明发展到今天最能体现全人类价值追求、协调处理社会关系、配置社会资源、维护社会秩序的一整套制度体系及其实践。但就其起源和各国的实践来看,它又是一种“地方性知识”,从来没有统一的标准和模式。时至今日,不仅当代西方各国运行中的法治已与古希腊罗马传统大相径庭,而且各国之间的法治也由于不同国情、历史传统和特殊社会背景而存在很大差异。近代以来,欧美国家逐渐发展出不同的法治模式:英国“法的统治”(Rule of Law)模式、德国“法治国”(Rechtsstaat)模式、法国“合法性”(Legality)模式,美国的宪政分权法治模式。以美国法治模式为例,随着 20 世纪以来“美国霸权”的持续影响,世界各国唯美国式法治马首是瞻。尽管不少人赞赏美国人将法治理解为保护人权、实现自由、限制权力、诉讼救济的一整套实体与程序兼备的制度和实践体系,但若要简单照搬美国式法治到中国,显然不行。

笔者认为,任何现实而良善的法律都是在实然和应然中寻找和谐与平衡。除了前文已经提及的重要建议外,未来法治中国建设与发展的任务还有:政府权力运作公开透明、信息公开;积极吸纳、整合本土资源,实现中华法制创新;法律规则及其运作必须与本土生活相适应;法律制定和实施必须有助于实现基本人权;平等保护公民、法人的财产权利和人身权利;避免意识形态干扰,推进具体法治;彼此靠拢,避免政治家的法治决策与学术研究和建言方案相互脱节。这样的法治应该是一个开放的、民主参与的、不断试错的法治,是多元统一、合理均衡的法治。

只要我们脚踏实地,坚守法治理念和法治精神,总结和吸取我国近 40 年民主法治建设的经验教训,就会为共和国法治发展的第二个 60 年奠定坚实的基础,开启美好的未来。

^① 参见江兴景《法治的中国语境与当代使命——国家与社会的视角》,载《中外法学》2009 年第 6 期,第 1 页;王绍光《安邦之道:国家转型的目标与途径》,(北京)生活·读书·新知三联书店 2007 年版,第 536-537 页;孙立平《断裂——20 世纪 90 年代以来的中国社会》,(北京)社会科学文献出版社 2003 年版。

[参 考 文 献]

- [1] 邓小平：《解放思想，实事求是，团结一致向前看》，见《邓小平文选》第2卷，北京：人民出版社，1994年，第140-153页。[Deng Xiaoping, "Emancipating the Mind, Seeking Truth from Facts, Unite as One Looking to the Future," in *The Selected Works of Deng Xiaoping: Vol. 2*, Beijing: People's Publishing House, 1994, pp. 140-153.]
- [2] 中国加入工作组：《中国加入工作组报告书》，www.people.com.cn/digest/rswj/bgs.pdf，2016年2月25日。[Working Party on the Accession of China, "Report of the Working Party on the Accession of China," www.people.com.cn/digest/rswj/bgs.pdf, 2016-02-25.]
- [3] 张文显：《全面推进法制改革，加快法治中国建设》，《法制与社会发展》2014年第1期，第5-20页。[Zhang Wenxian, "Comprehensively Promote the Legal Reform, Accelerate the Building of a Rule of Law China," *Law and Social Development*, No. 1(2014), pp. 5-20.]
- [4] 习近平：《在庆祝全国人民代表大会成立六十周年大会上的讲话》，《法制日报》2014年9月6日，第1版。[Xi Jinping, "Speech on the Meeting of Celebrating the 60th Anniversary of the National People's Congress," *Legal Daily*, 2014-09-06, p. 1.]
- [5] 林尚立：《协商民主是我国民主政治的特有形式和独特优势》，《求是》2014年第6期，第14-16页。[Lin Shangli, "Consultative Democracy Is a Unique Pattern and Advantage of China's Democracy," *Qiushi*, No. 6(2014), pp. 14-16.]
- [6] 高全喜：《法制变革及“中国经验”》，《中国政法大学学报》2009年第2期，第73-86页。[Gao Quanxi, "Reform of Legal System and 'Chinese Experience'," *Journal of CUPL*, No. 2(2009), pp. 73-86.]
- [7] 游劝荣：《法治成本分析》，北京：法律出版社，2005年。[You Quanrong, *An Analysis of the Cost of Nomocracy*, Beijing: Law Press, 2005.]
- [8] 冯玉军：《法律与全球化一般理论述评》，《中国法学》2002年第4期，第179-182页。[Feng Yujun, "A Review on the General Theory of Law and Globalization," *China Legal Science*, No. 4(2002), pp. 179-182.]
- [9] 张志铭：《转型中国的法律体系建构》，《中国法学》2009年第2期，第140-158页。[Zhang Zhiming, "The Construction of Legal System in Transforming China," *China Legal Science*, No. 2(2009), pp. 140-158.]
- [10] 周旺生：《立法学》，北京：北京大学出版社，1998年。[Zhou Wangsheng, *Science in Legislation*, Beijing: Peking University Press, 1998.]
- [11] 苗连营：《立法程序论》，北京：中国检察出版社，2001年。[Miao Lianying, *On the Procedure of Legislation*, Beijing: China Procuratorate Press, 2001.]
- [12] 邓小平：《改革是中国的第二次革命》，见《邓小平文选》第3卷，北京：人民出版社，1994年，第113-114页。[Deng Xiaoping, "Reform Is the Second Revolution of China," in *The Selected Works of Deng Xiaoping: Vol. 3*, Beijing: People's Publishing House, 1994, pp. 113-114.]
- [13] 穆光宗：《中国人口转变风险前瞻》，《浙江大学学报(人文社会科学版)》2006年第6期，第25-33页。[Mu Guangzong, "The Risk Prospect of Demographic Transition in China," *Journal of Zhejiang University (Humanities and Social Sciences)*, No. 6(2006), pp. 25-33.]
- [14] 易富贤：《大国空巢——走入歧途的中国计划生育》，北京：中国发展出版社，2013年。[Yi Fuxian, *A Big Country in an Empty Nest*, Beijing: China Development Press, 2013.]
- [15] 冯玉军：《法经济学范式》，北京：清华大学出版社，2009年。[Feng Yujun, *The Paradigm of Law and Economics*, Beijing: Tsinghua University Press, 2009.]
- [16] 中共中央政法委编：《社会主义法治理念读本》，北京：长安出版社，2009年。[Central Political and Legal Affairs Commission(ed.), *A Reader on the Socialist Idea of the Rule of Law*, Beijing: China Chang'an Press, 2009.]

- [17] 温家宝:《公平正义是社会主义国家制度的首要价值》,2008年3月18日, http://www.china.com.cn/2008lianghui/2008-03/18/content_12946346.htm, 2016年1月29日。[Wen Jiabao, "Fairness and Justice Are Primary Values of Socialist System," 2008-03-18, http://www.china.com.cn/2008lianghui/2008-03/18/content_12946346.htm, 2016-01-29.]
- [18] [英]罗素:《怀疑论集(上)》,严既澄译,北京:商务印书馆,1933年。[B. Russell, *Sceptical Essays* (I), trans. by Yan Jicheng, Beijing: The Commercial Press, 1933.]



论学术不端防范的类型

陈雯兰

(浙江水利水电学院学报编辑部, 浙江 杭州 310018)

教育部发布的《高等学校科学技术学术规范指南》指出:“学术不端行为是指在科学研究和学术活动中出现的各种造假、抄袭、剽窃和其他违背科学共同体道德惯例的行为。”学术不端的存在是不争的事实,但限于篇幅,这里仅就学术不端的防范类型展开讨论,以供相关决策者参考。目前的学术不端防范类型可分述如下:

1. 管理层立法阻止型

此类防范办法中最典型的有国家自然科学基金监督委员会2005年3月制定的《对科学基金资助工作中不端行为的处理办法(试行)》,科技部于2006年11月颁布的第11号令《国家科技计划实施中科研不端行为处理办法(试行)》以及《关于在国家科技计划管理中建立信用管理制度的决定》,教育部于2009年3月颁布的《关于严肃处理高等学校学术不端行为的通知》。这几个“办法”“决定”“通知”是目前我国最重要的调查处理学术不端行为的规范性文件。

此外,还有中国科学技术协会于2007年1月颁布的《科技工作者科学道德规范(试行)》,教育部于2009年6月颁布的《高校人文社会科学学术规范指南》和2010年6月颁布的《高等学校科学技术学术规范指南》,以及科技部2009年11月出台的《科研活动诚信指南》等。

2. 数据库技术屏蔽型

国内知名的数据库有中国知网、维普、万方等,各数据库也在防范学术不端上煞费苦心,目前来看,最有成效的就是各类学术不端检测系统的出台,试图通过技术手段把学术不端论文屏蔽于初审之外。以知网为例,同方知网自主开发了“学术不端文献检测系统”,供所有签约杂志社、编辑部使用,一定程度上抑制了抄袭、剽窃、一稿多投、不当引证、不当署名等学术不端行为,这也是目前立竿见影的防范学术不端的办法。

3. 联合声明共同防范型

这种办法,比较典型的是福建省49家高校学报在2009年12月发布了《关于联合抵制学术不端行为的声明》。声明中有“来稿如出现以下任何一种情况:抄袭剽窃,篡改他人学术成果,伪造或篡改数据、文献,捏造事实,虚假注释等,一经发现,立即撤稿”以及“凡被发现有严重学术不端行为者,本声明签署学报将相互通报情况,5年内将共同拒绝刊发其任何文章”等严厉规定。

4. 编辑部例行声明型

这是最常见的一种,一般名为《关于处置“学术不端文献”的暂行办法》或《作者须知》等,特别是在中国知网的学术不端文献检测系统出台后,绝大多数杂志都以此为威慑武器。常见的说辞是:自某某年起,本刊对“学术不端文献”的作者将采取以下四条处置措施:(1)依照本刊与某某电子杂志社签署的协议,删除该文献在“中国知网”已经发表的电子版;(2)将检测结果复印件寄送作者本人、作者所在单位及相关部门;(3)本刊每年定期公布被审定为“学术不端文献”的篇名、作者姓名及其单位;(4)自被审定为“学术不端文献”之日起5年内不再刊用该作者的论文。

5. 编辑教育严格把关型

防范学术不端的具体任务,最终还要落到预防第一线——编辑的身上。许多相关研究论文从编辑角度出发,对如何防范具体的学术不端行为做了很多探讨。比如要求编辑规范作者和作者单位署名,细化编辑加工程序;认真落实参考文献审查工作;严格审稿环节,充分发挥编委会的学术力量,坚持“同行评议”和“三审制”;规范稿件处理程序,接受舆论监督等。

除以上五种防范类型外,也还有一些研究者多方面探讨了防范学术不端的举措,得出的对策主要有:加强学术道德教育,改进评价指标体系,制定可操作的学术规范,健全学术监督及惩罚机制等。