

综论百年法学与法治中国

张晋藩

内容提要 本文从理论与历史的结合上,阐述了一百多年来中国法学与法治的发展过程与时代特征,并且总结出值得反思的历史借鉴,那就是法学与法治互补互动;政治体制民主是繁荣法学的保障、建设法治中国的前提;兼取中西,走中华民族自己的路;法学兴则法治兴,法治明则法学荣。

关键词 法学 法治 历史借鉴

当人类社会的历史进入 20 世纪以后,中国发生了惊天动地的剧变,中华民族经历了前所未有的艰难险阻的考验和磨炼,就百年中国法学与法治而言,也经过了迂回曲折跌宕起伏的发展过程。这中间蕴含着创建者的艰辛和实践者的风险,也反映了学者们的执著追求和领导人的胆识与魄力,最终不仅使法学走出了百丈低谷,依法治国的方略也终于载入了宪法。回顾百年中国法学与法治的历史,将会使我们深切认识到为了建立法治中国,人民群众曾经付出了多么大的牺牲;也会使我们具体体验到中国近代法学的成长之路,以及它与法治相互促进的互动关系,从而领悟法学兴则法治兴,法治明则法学荣的规律。

一、西学东渐与中国近代法学的兴起

19 世纪中叶,中国的国门被西方侵略者的炮火轰开,西方的法文化通过各种媒体和途径,并在政治特权为后盾的背景下,也同西方的商品一样涌进中国。各种译书的出版,以及新闻事业的创办,冲破了清朝专制禁锢下思想文化万马齐喑的状态。西方的古典经济学、哲学、社会学、逻辑学的输入,为中国迫切需要的“新知”提供了重要的元素。特别是孟德斯鸠的《论法的精神》、穆勒的《自由论》、卢梭的《社会契约论》等中译本的出现,使得当政者和在野的士大夫,开始接触到西方先进的法律学说。如果说,中国几千年的法文化发展史,基本上是纵向的传承,那么现在引进了丰富的新资源以后,有可能进行横向的比较。从比较中人们发现,传统律学的精神实质、理论基础和价值取向,都不同于西方的法学。中国传统律学以经学为主导,以注释国家的基本法典为职能,以统一地适用现行法律为目的。无论是历史源流的阐述,还是立法原则与制度的诠释,都表现出由中国国情所决定的重公权、重伦理、重义务、重家族、重传统等特点。这些传统律学的支撑点,恰恰是与西方法学的基本区别点,正因为如此,在引进西方文化以后,传统的律学和法观念遭到了尖锐的挑战和冲击,并在激烈的冲突中开始转型:由固守成法转向中体西用,由维护三纲转向批判三纲,由专制神圣转向君民共主,由以人治国转向以法治国,由司法与行政不分转向三权分立。至高无上的君主光环,在西方民主思想的映照下,开始暗淡了;日益成长的私法观念,侵袭着“以刑为主,诸法合体”的传统法典模式;以人权为基础的权利观念,也在悄悄地取代单纯的义务观念;传统法律中的伦理制约力在减弱,法律评断力在提升。以严复、梁启超为代表的一代新的法律思想家开始出现,与中国原创型的律学完全不同,中国近代法学是以西方法学为渊源和理论范式的。

梁启超作为资产阶级杰出的思想家,在论著中系统地阐述了西方的宪政理论、民权学说、法治学说,对于冲破中国传统的封建法文化的束缚和近代法治思想的形成,起了极大的启蒙作用。

资产阶级民主派,还从多角度、多侧面,论证了在共和制度下实行以法治国的法治原则,并在权力所及之地、之时作了尝试性的实践。正是经过诸多思想先驱披荆斩棘的奋斗,西方国家的法治原则逐渐为

中国民众所认识,莫下了依法治国的群众性基础。

适应发展近代法学和培养实施法治的人才,法律教育在晚清统治的最后十年也取得了长足的发展。洋务运动时期,为了培养熟悉洋务人才而设立的同文馆,成了翻译西方法学著作,输入西方国家法律的重要基地。在洋务派创办的以学习西方文化为目的的22所学堂里,《万国公法》均被列为必修的课程。特别是伍廷芳、沈家本奏请于1906年设立的京师法律学堂,由于修律大臣亲自主持,又有重金聘请的参加修律的日本法学专家充任教员,使得法典制定过程中所遇到的各种专业问题,能够及时地反映到课堂教学中去。因此,无论是师资还是获取最新的法律资料,京师法律学堂都得天独厚,远非当时其他公私立法政学堂可比。据统计,至1909年,全国共有法政学堂47所,学生13282人,分别占学堂总数的37%和学生总数的55%。^①

基于清廷预备立宪和改革司法的需要,而设立的法律学堂,不可避免地带有应急的实用性,存在着忽视法学基础理论教学,和简单模仿外国,不务实际的弊病,甚或以利是求。但是法律学堂的遍布全国,不仅促进了近代法律教育的发展与法律人才的培养,也成为新法学的渊藪。

二、晚清法治目标下的新法律体系与司法改革

晚清在西方法治学说的引导下,开始仿大陆法系构建中国近代法律体系,同时,遵循司法独立的原则改革司法。修律大臣沈家本根据“法与时转”、“治与时宜”的进化历史观,论证了修律的合理性与必要性;阐述了“务期中外通行”的修律宗旨;在翻译西法与考察调研的同时,初步建立了以大陆法系为渊源的近代法律体系。他说:“窃维法律之损益,随乎时运之递迁,往昔律书体裁虽专属刑事,而军事、民事、商事以及诉讼等项错综其间。现在兵制即改,则军事已专属陆军部之专责,民商及诉讼等律钦遵明諭特别编纂,则刑律之大凡自应专注于刑事之一部,推诸穷久通变之理,实今昔之不宜相沿袭也。”^②

早在19世纪七八十年代,改良派的一些代表人物,如王韬、马建忠、薛福成、陈炽、郑观应、何启、胡礼垣等人,便提出修改旧律、制定新律的主张。尽管他们主张制定的新律还仅限于商律,但不可否认是对封建法律体系的最初冲击。至19世纪末,改良派集大成的人物康有为,在光绪二十四年(1898年)《上清帝第六书》,通称《应诏统筹全局折》中,比较明确地提出仿西方的法律体系取代传统的封建法律体系,他说:“今宜采罗马及英、美、德、法、日本之律,重定施行,不能骤行内地,亦当先行于通商各口。其民法、民律、商法、市则、船则、讼律、军律、国际公法,西人皆极详明,既不能闭关绝市,则通商交际,势不能不概予通行。然既无律法,吏民无所率从,必致更滋百弊,且各种新法,皆我所夙无,而事势所宜,可补我所未备,故宜有专司,采定各律,以定率从。”^③康有为未能实现的理想,由沈家本、伍廷芳等人加以实现。

沈家本不仅积极制定实体法,也十分重视制定程序法。他举刑事诉讼法为例,指出:“大体以刑法为体,以诉讼法为用;体不全,无以标立法之宗旨;用不备,无以收行法之实功。二者相因,不容偏废。”^④值得注意的是在中西法文化开始对接时,较多地接受英美法系的影响,而后逐渐以大陆法系为取向,这是由中国固有的法典化的传统,以及中国司法官群体的素养低下,再加上日本宪政维新的成功范例等诸多因素所决定的。

经过沈家本等人的努力,晚清修律与大陆法系接轨,建立起以《宪法大纲》为核心,内含实体法与程序法的近代法律体系,这是中国传统法律在移植西方法律的基础上,所发生的历史性的变化。

至于晚清的司法改革,是以西方三权分立学说为理论指导,以收回治外法权为驱动力,企图在预备立宪的背景下,从极端腐败的司法危机中寻找出路。

① 王申:《中国近代法律教育探微》,载《政法高教研究》1997年第3期。

② 《秦刑律分则草案告成由》,《档、法、律例80号》。

③ 《戊戌变法》第二册。

④ 《大清法规大全·法律部》卷一。

晚清通过制定程序法和法院组织法,触动了传统的司法体制和诉讼审判制度与方式;并且借助预备立宪、改良政治的大环境,建立起与行政机关脱离的新的司法机关体系;并在反对顽固守旧者的斗争中,注意发挥锐意改革者的主观能动性。很难设想在固守成规的条件下,会出现近代意义的司法改革。

晚清司法改革是走向近代司法文明的改革,它所取得的明显的成就不是偶然的。在由传统的封建专制向君主立宪变革的过程中,清廷对于触及中枢权力基础的议会,采取缓设之计,权且代之以作为舆论机关的资政院和咨议局。同样,缓设责任内阁,也是为了防止专制主义的行政大权的分散与削弱。只有司法权在传统的权力结构中的地位较之立法权与行权为轻,可以适当地放权进行必要的改革。既能满足遵照西方三权分立的原则,构建新的政体框架的舆论要求,又不至于更多地损害传统的权力基础。因此,晚清以司法独立为中心的司法改革,有可能在走向司法文明的艰难而又漫长的道路上,迈出重要的一步。

三、民国时期的法律教育与法学

1911年10月10日,在孙中山民主共和思想的指导下发生了辛亥革命,推翻了清朝,创建了民国,制定和颁布了巩固“创亘古未有之制”的《中华民国临时约法》。南京临时政府存在的时间虽然短暂,但却规划了以法治国的方案,实施了必要的立法建制,创立了文明审判的方式,它所确立的法统是深入人心的。北洋军阀集团之间为了夺取中央政府的合法统治权而展开的“法统”之争,和孙中山所进行的两次护法战争,都表现了由南京临时政府所创立的民主的法统的影响力。

然而无论是北洋军阀把持下的北京政府,还是国民党领导下的南京政府,都是以武力为资源的,不可能给政府权力提供真正民主性的基础,也不可能动员民众强化非军事化的政府管理职能。它们所标榜的法统和宪法,实质上是对近代宪政精神所蕴涵的保障人权的摧残。但是在世界历史潮流不断发展的大趋势中,民国时期的法律教育和法学较之晚清却取得了明显的进步。

民国时期,法学教育的规模远远超过了晚清,呈现出多元化的发展趋势。据初步统计,20世纪40年代,国内已有各种类型的法学院(科或系)60余个,每年毕业的各层次的法科学生超过万人。为了保证法学教育的质量,北京政府教育部公布了《大学令》、《大学规程》、《法政专门学校规程》等法规,力图使中国的法律教育与国外的法律教育接轨。同时根据“留良汰秀,勿失法政教育之精神”,整顿和撤销因时而立,唯利是图的一些私立法律院校,借以实现“法政专门学校以养成法政专门人才”的宗旨。南京国民政府为使法律教育规范化,也陆续公布了《大学组织法》、《大学规程》、《专科学校组织法》、《专科学校规程》、《学位授予法》、《学位分级细则》等法规。正是在严格的规制之下,当时国立大学中北京大学法律系、中央大学法学院、武汉大学法学院等已跻身于中外知名的法律院校行列。在私立法学院中,一直流传着“北有朝阳(朝阳法学院),南有东吴(东吴法学院)”的美誉。1923年朝阳大学同学会创办的《法律评论》(周刊),是民国时期最著名的法学刊物之一。东吴法学院由于注重英美法和比较法,成为蜚声海外的“中华比较法律学院”。

民国时期的法学较之晚清已有重大发展,而且形成了新的特点。主要表现为法学研究在广度和深度上得到拓展、深化。晚清法学主要是继受日本的法律学说,法学家们还缺乏批判地吸纳和创新的能力。至民国时期,中国学者已经学会了从比较法的角度来选取自己所需要的法律。1930年完成的《中华民国民法》就是在借鉴德国民法、瑞士民法的同时,也吸纳了日本、法国、苏俄等国民法的要素。如果说晚清法学主要是翻译外国著作和外国教习的讲义,那么民国时期已经从译书开始转向独立著述,不仅有教科书,并有大量的专业论文和著作。可以说,民国时期的法学研究已具有了相对的独立性和系统性。当然,民国时期法学研究的局限性也是显而易见的。由于法学家们主要围绕着紧迫、繁重的立法使命进行思考、著述,仍然没有超出以外国同类著作为宗的巢臼,无论理论体系与研究方法都缺乏原创性。此外,法学研究与现实生活和司法实践之间也缺乏有机地结合,立法中还存在着一些理想化的内容。

民国时期的法学家,以晚清以来的留学生为中坚力量,他们既受过中国固有文化的熏陶,又不同程

度地接受了西方的法学教育。就知识结构而言,可以说兼通中国传统文化与西学,具有双重法律知识背景;又由于他们大多数具有在法律机关的工作经历,因而兼备法律理论与实践经验,已经成为一个成熟的职业群体,其中不乏国际知名学者如:王宠惠、史尚宽、王世杰等。

四、六法体系的完成与判例法的移植

南京国民政府时期,最终完成了近代化的法律体系——六法体系的建构。六法体系以六个部门法(即宪法、民法、商法、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法,或宪法、民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、法院组织法)的基本法典和相关的单行法为主干,并附以司法院的判例、解释例。在六法体系中,基本法典具有相对稳定性,是法律统一适用的基础;单行法和司法解释则以其灵活性和针对性强的特点,更有效地发挥基本法典的作用,以实现国家的政策需要。

六法的体系来源于大陆体系。欧洲大陆国家中,法国是世界法典化法律体系的开创国,1804年至1810年拿破仑执政期间,相继颁布实施了《拿破仑法典》(即民法典)、《民事诉讼法典》、《商法典》、《刑事诉讼法典》、《刑法典》“五大法典”,加上多次修改的法国宪法,形成了由六个相对独立的法律领域所构成的法律体系。德国在1871年至1900年完成了德意志式的六法体系。日本明治维新时期,仿照法、德等国制定了各项法典,并且编纂了《六法全书》。此后《六法全书》成了大陆法系各国制定法体系的代称。

南京国民政府自1928年至1947年期间,采取以法典为纲、以相关法规为目,将法典及相关法规汇编成《六法全书》,标志着六法体系的完成,实现了法律形式上的现代化。

鉴于晚清的制定法主要取法于欧美及日本,与中国社会实际情况难以完全符合,因此,民国时期大理院在适用制定法时,往往需要通过判例加以变通,或补充制定法的不足,如同民国时期法学家胡长清所说:“民事法规,既缺焉未备,于是前大理院,乃采取法理,著为判例,以隐示各级法院取法之矩矱。各级法院遇到同样事件发生,如无特别反对理由,多下同样之判决,于是于无形中形成大理院之判决而有实质的拘束力之权威。”^①在南京国民政府公布的《法院组织法》中也承认了“判例”的普遍效力,以及“变更判例”的适用。

此外1947年修订公布实施的《司法院组织法》还于第3条规定:“司法院设大法官会议,以大法官十七人组成之,行使解释宪法并统一解释法律命令之职权。”这项规定仿自美国联邦法院大法官解释宪法、法律的制度,从而表现了美国法的因素也已植入中国的法律体系之中。

综上所述,制定法与判例、司法解释相联通,构成了一个具有互补功能的法律体系,但是,南京国民政府的木质决定了它虽然建构了中国历史上现代化的法律体系,却不可能实现宪政与法治。它颁行的宪法虽然是民国时期最具民主形式的宪法,但是旋即公布实施了一系列与宪法民主原则相违背的法律法规。如:《戡乱总动员令》、《动员戡乱完成宪政实施纲要》、《动员戡乱时期临时条款》、《戡乱时期危害国家紧急治罪条例》等,宪法成了悬在空中的纸片。

又如,南京国民政府制定的民法典及商事单行法,虽然采纳了世界上最新的学理,立法技术也颇为精审。可是,整个私法体系是建立在一种不公平的现实基础上的,官僚资本家和大地主们利用形式完备的私法体系,继续维护他们的特权,而不是实现“耕者有其田”和“节制私人资本”。

就南京国民政府的刑事立法而言,虽然继承了西方国家通行的罪刑法定、罪刑相适应,以及刑罚人道主义等刑法原则。可是在国民政府的刑法体系中,存在着大量的单行法,其效力高于普通法,成为维护国民党专制统治的重要工具。

与此相类似,南京国民政府的司法制度尽管建构了完备的民事、刑事、行政诉讼审判体系,但在特别审判制度盛行的情况下,法定的司法制度经常受到破坏,而且愈演愈烈。

民国时期,许多法学家对宪政与法治的追求是真诚的、执著的,他们发展了中国的近代法学;在塑造

^① 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第35页。

中国近代化的法律体系中也倾注了智慧和心血。但在北洋军阀和国民党的专制统治下,纵然有完备的法律体系与制度,却不可能实现法治的中国。法学家们的法治理想依然是镜花水月,可望而不可及,以至把希望转向人民民主政权。例如,陈瑾昆(1887—1959)在国民党当局 1946 年 4 月制造北平中山公园音乐堂“四·二一”血案之后,愤然离开北平,奔赴延安,投身解放区新民主主义法制建设。钱端升(1900—1990)、杨兆龙(1904—1979)等,也在国民党败退台湾时,毅然留在大陆,为新中国的法学教育以及立法、司法工作服务,渴望在新中国实现他们梦寐以求的法治国的理想。

五、新中国法学与法治发展的艰难历程

1949 年 2 月中共中央发布《关于废除国民党的六法全书与确立解放区司法原则的指示》,宣布“在无产阶级领导的工农联盟为主体的人民民主专政的政权下,国民党的六法全书应该废除,人民的司法工作不能再以国民党的六法全书为依据,而应该以人民的新的法律为依据”。从而划清了新旧法律的界限,明确了新中国司法工作中适用法律所依据的原则,阐明了法制建设的理论基础和取向。1954 年制定颁布了《中华人民共和国宪法》,以 1954 年宪法为核心,初步构建了新中国的法律体系,营造了良好的法治氛围。与此相适应,法学也步入了一个全新的发展阶段。

新中国的法学是以马克思列宁主义的国家观、法律观为理论指导的,是在批判资产阶级法律观的基础上建立的,是为当时的立法建制和政治任务服务的。这一时期的法学界同其他学术界一样,思想活跃,学术自由空气较为浓厚,不数年间出版了 350 余种法学著作、译作和资料汇编,并在全国 40 余所高等院校中建立了法律院系。

但是,这一时期在“一面倒”学习苏联的影响下,存在着脱离中国实际的教条主义倾向,在出版的 165 种译作中基本上是苏联的法学著作和教科书。而且在批判资产阶级法律观的过程中,完全否定和割断了近百来先进的中国人所推动的、中国法制现代化的历史联系和成果。而有些苏联专家片面强调法律的镇压功能,对新中国的法学与法制建设都产生了消极的影响。

1957 年以后,从当时中国社会的主要矛盾是“无产阶级和资产阶级的矛盾,社会主义道路和资本主义道路的矛盾”的错误认识出发,导致了否定和批判此前关于完善社会主义法制的一系列正确决定。法学教育和研究在批判资产阶级观点、旧法观点和修正主义观点的环境中,已经不可能正常进行。而无产阶级专政不受法律限制、破除资产阶级法权残余等错误理论,又助长了法律虚无主义的倾向,损害了宪法与法律的权威,扰乱了人们的思想,使得刚刚培植起来的法律意识成了批判的对象。

从 1957 年以后发展起来的法律虚无主义倾向,到“文化大革命”的无法无天,可以说达到了极致。“十年浩劫”使人们充分体会到了在没有法律秩序的条件下生活是何等的艰难,他们在心底呼唤着、期盼着社会主义法治能够复苏、重建、发展,以挽救和振兴国家。

六、法学的复兴与依法治国方略的提出

经过了“文革”前所未有的变局,法学界痛定思痛,迫切感到建设真正的社会主义民主与法治国家的重要性。1978 年底中国共产党十一届三中全会做出的“加强社会主义民主,健全社会主义法制”的决定,反映了全国人民的愿望,使法制建设和法学发展得到根本的转机。在前所未有的宽松环境中,法律教育迅速发展,法学研究真正迎来了自由讨论的春天。

随着市场经济的发展,全方位、多层次、大规模的法学教育体系已经形成,法学学科体系也在不断调整中日益成熟,形成了一支老、中、青相结合的法学研究与法律工作者队伍。一个有中国特色的法学体系已经展现在世人面前,而为世界瞩目的研究成果也如雨后春笋般不断涌现。伴随着中华民族的伟大复兴,法学也正在经历着它自己的伟大复兴。

1996 年 2 月 28 日,江泽民在中央领导同志法制讲座课的重要讲话中明确提出了“依法治国”的思想,他说:“加强社会主义法制,依法治国,是邓小平同志建设有中国特色社会主义理论的重要组成部分,

是我们党和政府管理国家和社会事务的重要方针。坚持依法治国,就是广大人民群众在我党的领导下依照宪法和法律的规定,通过各种途径和形式参与管理国家,管理经济文化事业,管理社会事务;就是逐步实现社会主义民主制度化、法律化。”1997年9月,江泽民在党的十五大所作的报告中进一步提出:“依法治国,是党领导人民治理国家的基本方略,是发展社会主义市场经济的客观需要。”1999年3月15日,第九届全国人民代表大会第二次会议通过的宪法修正案中,在第五条增加一款:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”,从而将这一治理国家的基本方略以宪法的形式确定下来。

依法治国的核心是依宪治国,全国人大通过的2004年的宪法修正案,既维护了宪法的稳定性,又保证了宪法的适应性,进一步确立了宪法在社会、国家生活中的权威性。

2002年11月,江泽民在党的十六大报告中要求:“党员和干部特别是领导干部要成为遵守宪法和法律的模范”。新修改的党章重申:“党必须在宪法和法律的范围内活动”,这两个重要政治文件都把宪法和法律作为党领导和执政的基本依据。2002年12月4日,胡锦涛在首都各界纪念宪法公布施行20周年大会上的讲话中强调指出:“在全社会进一步树立宪法意识和宪法权威,切实保证宪法的贯彻实施。”这标志着我国将坚定不移地沿着依法治国,建设社会主义法治国家的道路阔步前进。

依法治国,树立宪法权威,建设社会主义法治国家,是百年中国宪政运动的奋斗目标,是举国上下的共识,也是历史发展的必然,它在中华法制文明发展的征途中树立了一座新的里程碑。

七、百年法学与法治中国的反思

从百年法学与法治中国发展的轨迹中,充斥着传承与创新、排斥与吸纳、成就与挫折、理性与梦想的种种矛盾与斗争,它以确切的史实提供了值得珍视的经验与借鉴。

(一) 法学与法治互补互动

法学是对法律现象、法律发展规律等系统思考的结晶,而法治则是理性的法律精神的具体表达和实施。无论是建立科学的法律规范体系,还是确立与实现先进的法律价值,都离不开法学所提供的理论指导,没有科学的理论,就没有科学的实践。法学通过对法律基本范畴的阐述和对法律技术的研究,使立法者得以使用准确的法律术语和先进的立法技术,确立科学的法律规范体系,从而确保国家权力正常、高效地运行;公民的权利和义务得以在法律规范的行为模式中获得保证和履行。法学还通过对人权、公正、自由、民主、秩序等法律价值的阐明,使各种社会主体领悟法律中的人文关怀,从而构筑深厚的法律意识,培育严格的守法精神,深植广泛的法治理念。除此之外,法学还借助各种形式的教育和训练,培养推行法治所必需的法律职业阶层,并以科学的法律知识武装他们的头脑。法学绝不是供人赏玩的景物,也不是无人喝彩的内心独白,法学的研究成果应当在法治实践的诸环节如立法、执法、司法中得到落实和运用。

另一方面,法治是法学研究的重要目标,失去法治目标的法学是空虚的,没有价值的,也是法学家的悲哀。为了使法学研究紧紧依附于实现法治的理想,就需要总结推动法治过程中的规律性因素,分析法治建设中出现的问题和提出解决的方案。总之,法治的现实需求是法学发展的源头活水,法学的价值则体现为对法治建设的服务功能;法学为法治提供理论指导和思维建构,法治为法学提供制度保障,是法学的落实与实施。

从近现代以来西方法治国家的历史中,人们认识到法治的基本要求和表征在于运用法律约束权力。但是对于法治运行的具体模式和制度设计,根据各国国情的不同,而有所差异。因此,研究各国法治建设的经验与教训;总结各国法治实施中的一般性规律和特殊性规律;探寻法治理想与本国文化传统和国情之间的契合;设计法治的基本模式和具体制度等等,都有赖于发挥法学所特有的思维建构功能和提供必要的参照。

法学作为一种学术思维活动,不仅需要一般学术发展所必需的坚实的物质基础和科学的教育体制作为基本条件,还需要充分的思想自由空间,以保证法学的良性发展,这要求必要的法治环境和制度保

障。如果说法学兴,则法治行是一种历史的必然性,那么法治明,则法学荣同样是一种历史的必然性。晚清修律以来,曾经造就了一批法学家,刚刚诞生的近代法学也发挥了启蒙的意义,但是统治者急功近利的心态淹没了理性的思考,使得法学成了预备立宪政治的附庸。至于奉武力治国为信条军阀们,更是把法学视为一种空谈的说教。法学不兴,法治不行,军阀独裁,战乱频仍,国力衰微,民族危机,是中国近代史上一段痛史,由此可见,法学的兴衰和法治的存废,确实是衡量国家治乱强弱的一个重要尺度。

(二)政治体制民主化是繁荣法学的保障、建设法治中国的前提

在中国漫长的专制主义社会,除了君主和少数特权者享有较大的自由度以外,广大民众处于被支配的地位。在这种权力高度集中的社会治理模式中,法是治民之法,权是治民之权,权力的运行往往处于恣意的、不受约束的状态,法律的权威不敌君命,司法不能独立,公民的自由得不到切实保障。只有在民主政治体制中,国家的各项权力包括立法、行政、司法、因其以人民主权的理念为精神基础,而获得了合法性的支持。民主政治体制不仅赋予广大民众以法治的理性和自觉追求,而且使他们对国家和社会事务管理的参与得以制度化、法律化和程序化。除此之外,法治的核心是控权,也就是通过权力之间的合理分配与制约,以及广大公民的有效监督,防止滥用国家权力或侵犯公民个人自由。在这方面,民主政治体制通过法律实行对国家权力的控制具有可操作性,进而使法治成为现实,公民的各项权利得到切实的保障。

至于法学的繁荣,同样是以政治体制民主化作为保障的。法学是以揭示法律的本质和发展规律为基本使命的一门科学,它贵在求真,因此法学的研究活动必须具有不受外来力量的牵制和干扰的相对独立性。同时法学又具有经世致用的特征,即以服务于现实的社会需求与政治法制建设为基本目标。正是由于这种不可分割的紧密联系,使得政治状态决定着法学的发展方向和兴衰。只有在民主化的政治体制下,法学研究才有可能获得发展所必需的物质和精神的的支持,法学自身发展的规律才能得到尊重和认可;法学家们才有可能成就一家之言,构建理论体系,进而发现真知,推动法学从幼稚走向成熟。

(三)兼取中西,走中华民族自己的路

在建设法治中国的历程中,不断地遭遇价值取向和制度模式选择的问题,如何回应全球化带来的挑战与机遇,是一个关系到中华民族伟大复兴的重大问题。纵观西方国家建设法治国家的模式和道路,也不尽统一,既有英国为代表“法治”模式,也有德国为代表的“法治”模式,这是由每一个民族国家的国情特点所决定的。因此,中国在建设现代法治国家过程中,既要注重吸收代表人类法制发展趋势的法制文明成果,又要根据本国的历史传统和现实国情,设计符合中国需要的法治模式,只有这样,我们的法治建设才可能既是先进的,又是具有中国特色的。

兼取中西,走中华民族自己的路,不仅是中国法治建设的基本思路,也应当是中国法学发展的基本原则。与中国法制近代化进程相似,中国近代法学的建立同样是西学东渐的产物,晚清是中国传统律学的终结和向近代法学转型的开端,中国法学家的撰著,缺乏原创性是不可避免的,他们参与的修律,也基本上是西方法律的简单移植。至民国时期,中国法学家在吸收西方法学成就的同时,虽已注意中国的国情,但在他们参与制定的法律中,依然没有彻底扭转简单拿来主义的倾向。法国著名法学家爱师嘉拉曾经中肯地指出:若“纯取外国法律,太源于国情,即不足以供人民之需要,名为法典,实则具文耳”。^①美国法学家庞德也就宪法问题指出,中国需要一种具有中国性格,合乎中国国情的中国宪法,不必抄袭外国。然而迄今为止,无论是深入而广泛地推动中国原创性的法学研究,还是解决法律的全球化与本土化的关系,仍然是一个需要研究的课题。如果说中华法系曾经得到世界的公认,中国的传统法学也曾经影响过周边国家和地区,那么中国法学要想在世界法学领域取得更大的发言权,是与“兼取中西,走中华民族自己的路”的学术发展道路分不开的。

总结百年法学与法治中国的发展历程,使我们深深感到中国古圣先贤留给我们的遗训:“以史为鉴,

^① 转引自《中国宪政史纲》。

可知兴替”是历久常新的真理。历史是无情而又有情的,它不遗忘每一个对历史的贡献,也不宽容每一个对历史的障碍,让我们在反思历史中,面对和建设中国法治的现在和未来。

Abstract: Basing on the combination of theory and history, this article expatiates on the course and time characteristic of more than one hundred years development of the science of law and the rule of law in China, and concludes the considerable historical reference, that is, the science of law and the rule of law advance and reinforce each other; the democratic political system is a guarantee of prosperity of science of law and a precondition of building China ruling of law; the merits of both China and the Western are adopted concurrently, and the Chinese Nation goes own way; the more the science of law prospers, the more the rule of law does, and vice versa.

[作者单位:中国政法大学]

(责任编辑:李小明)

《东方法学》稿约

《东方法学》由上海市法学会和《中国法学》杂志社联合创办,立足上海,面向全国,旨在推动学术交流,开展学术争鸣,倡导理论创新,繁荣法学研究。

1.《东方法学》所载文章以学术论文为主,兼有形式多样的文体。暂设学科专论、热点评论、近期争点、书评、人物评介、法学随笔、法条评析、案例评析、法律轶事等栏目。

2.《东方法学》向国内外征集稿件。学术论文可长可短,但务求观点鲜明,论述缜密、充分。其他文章力求灵活多样,文字精湛。

3.《东方法学》采用页下连续编码注释。一般结构次序为:著者、书名、出版社、出版时间、页码。如引用期刊、报纸文章,注释次序为:著者、论文名、刊物名称、卷(期)号、页码(版本号);如引用外文书刊,请按国际标准注释。

4.《东方法学》聘请学科专家双向匿名审稿。所有来稿的正文中不要出现任何个人信息。请作者将论文题目、著者姓名、单位、职称、学位、职务、论文字数、联系方式等,另页单独打印。

来稿寄至上海市法学会《东方法学》编辑部(地址:上海市昭化路490号;邮编:200050),来稿统一使用A4纸打印稿,并附软盘,联系电话:021—32120533;电子版请发电子邮件至 dffxtg@126.com。