

中国部门法制 现代化

法制现代化研究丛书

刘 敏 主编

Modernization of Departmental Legal System of China



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中國出口貿易

陳大元

1

中國出口貿易

中國出口貿易

法制现代化研究丛书

中国部门法制 现代化

刘敏主编

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国部门法制现代化 / 刘敏主编. —北京:法律出版社,
2008. 11

ISBN 978-7-5036-9055-6

I. 中… II. 刘… III. 社会主义法制—研究—中国
IV. D920. 0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 187956 号

© 法律出版社·中国

法制现代化研究丛书

中国部门法制现代化

刘 敏 主编

责任编辑 田会文

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 16.25 字数 405 千

印次 2008 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9055-6

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

21 世纪的钟声即将敲响。

伴随着向新世纪迈进的时代脚步,当代中国的社会变革正在以空前的广度和深度波澜壮阔地展开。这场伟大变革的进程已经并且将继续深刻地改变着中国社会的基本面貌,导引着中国社会的未来发展走向。

综观 20 世纪的全球历史进程,我们可以看到,在不同的区域或国度,尽管法律变革的过程、特点和目标有所差异,但是作为一种模式或势态,法制现代化却几乎成为这一历史过程的基本法律表现。诚然,这个进程在不同的文明国家中的具体实现程度是不同的;不过,它所昭示的法律文明成长的时代走向却是激动人心的。

法制现代化属于法律发展的范畴。法律发展论所要探究的乃是社会发展与法律进步之间的互动关联结构,它所要建构的正是法律成长的一般模型。在法律发展论领域中,法制现代化理论关注的重点,是从前现代社会法律系统向现代社会法律系统的转变这一特定过程,寻

找这一转变的内在机制。从广泛的意义上讲,法制现代化是一个变革的概念,是传统法制向现代法制的历史性跃进。这个进程或是因内部诸条件的成熟而从传统走向现代,亦称“内发型”法制现代化;或是因一个较先进的法律系统对较落后的法律系统的冲击而导致的进步转型,亦称“外发型”法制现代化。但不管是哪一种变革形态,法制现代化无疑是一个创新的进程,其实质乃是从人治型的价值—规范体系向法治型的价值—规范体系的转变。

从世界范围来看,关于法律变迁与发展的理论研究,早在17、18世纪就已经开始了。到了19世纪后半叶,对于法律发展的研究由历史哲学分析模式转向类型学的分析范式。在这方面,以马克斯·韦伯为典型代表。韦伯把法律的现代化视为理性化的过程,是形式合理化的过程。而这一过程只发生于西欧社会,在其他地区,法律由于各种因素的影响而未能走上现代化的道路。到了20世纪60年代,在西方主要是在美国兴起了关于法律与现代化、法律与发展的研究思潮。这一思潮从一开始就具有两个鲜明的特色:一是重点研究发展中国家经济发展的非经济环境,也就是法律制度和政治结构的转型问题;二是关注法律发展的普适性问题,也就是研究不同社会文化背景下的法律向现代法律转变的共同特征,把法律发展或法制现代化看做是第三世界国家法律体系移植西方法制进而逐步“西化”的过程。这一思潮有其特有的政治功利性,这集中地表现为西方国家力图把广大非西方的第三世界国家法律发展纳入西方化的轨道之中。随着西方式法律改革试验在一些第三世界国家的相继受挫或破产,人们对20世纪60年代法律现代化理论模式开始怀疑、质难和批判性反思。许多学者日益认识到,西方法制只不过是人类法律文明体系中的一个系统,是西方社会生活条件的法律表现。诚然,它体现了人类法律文明的某些共通性因素,但它并不是世界法制现代化进程中的唯一的标准模式。非西方社会的法律应当反映各民族各国家各

地区的社会条件、经济因素、民族精神及其现实需要,因而必然要形成具有自身特色的法制现代化模式和法律发展道路。在这一反思过程中,出现了法律发展多样性的理论学说。时至今日,以世界范围内的法律发展为对象的理论研究依然兴盛不衰。

时下正在历史性地展开的中国社会变革,实际上是要完成从传统社会向现代社会的历史转型。正是在这一转型过程中,当代中国法制呈现出创新乃至现代化的发展趋势,其目标是“依法治国,建设社会主义法治国家”。从本质意义上讲,这一法律发展趋势,意味着法律文明价值体系的巨大创新。它所体现的,乃是整个社会的经济、政治、社会结构、意识形态、文化传统等的大变革潮流;它所反映的,是从前现代社会向现代社会转变这一特定过程中法律文明及其价值基础变迁的激动人心的画面;它所要展示的,是从我们这个民族的法律思想到法律行为的各个领域变化的多方面进程;它所要确立的,是同世界法制现代化进程相协调的但又充满浓郁的民族意味的制度安排、价值观念及其生活准则系统。中国法制现代化是中国人在本国的历史条件下所进行的一场法律变革运动,有其特殊的历史运动轨迹,具有独特的发展道路。即使在进入所谓的“地球村”时代以后,世界变得更加相互依赖,法律发展中的共同性日益增多;但是,世界法制现代化进程并不是由此而变得呆板划一,而是更加多样化。中国法律发展的特殊性,恰恰显示了中国法制现代化的世界性意义。

以理性的目光,与现实世界相撞击,自觉地审视我们时代的法律变革进程所提出的重大问题,这是当代中国法学的历史使命。在当代中国,从20世纪80年代后半期开始,法学界日益注意到研究法制现代化问题的重要意义,一些著述和文章愈益频繁地使用“法制现代化”这一术语来界定相关的研究范围。进入20世纪90年代以来,对于法制现代化的理论与实践的学术探讨,引起了更多学者的关注和兴趣。这充分体现了当代中国法学工作者对这一重大时

代课题的理论使命感。在时代精神的激荡下,《法制现代化研究》丛书应运而生。

《法制现代化研究》是一套由南京师范大学法制现代化研究中心主持编撰的以法制现代化理论、中国法制现代化、比较法制现代化和部门法制现代化研究为主要内容的法学研究丛书。其学术宗旨和研究范围是:总结世界法律文明发展的历史进程和现实态势,深入研 究法制现代化的基本理论,建构法制现代化的理论逻辑和研究范式系统;比较不同国家法律文明成长和发展的独特道路,分析当代世界主要国家或不同类型的法制现代化的取向、走势及特质,架构比较法制现代化研究的多样化模式;深刻把握法律发展全球化与民族化彼此互动的时代脉搏,探讨法律发展与社会现代化及人类进步的互动关系及运行机理;深入探讨中国传统法律文化的内在特征及现代价值,探讨法律传统与中国法制现代化的内在关联及其机制,揭示中国法制现代化进程的基本规律和目标模式;考察当代中国走向法治进程中部门法制现代化的基本特征、条件、价值目标、发展趋势及实现途径。

《法制现代化研究》丛书的编辑出版,得到了海内外法学界专家学者的指导和帮助,得到了法律出版社领导和同志们的全力支持,也得到了江苏省人民政府法学理论重点学科和南京师范大学国家“211 工程”重点学科建设项目的资助。在此,谨向他们致以诚挚的敬意和谢忱。伴随着当代中国建设社会主义法治国家的时代进程,我们将会与法学各界同仁一道奋发进取,深入拓展法制现代化研究的学术视野和领域,以严谨踏实的学术研究和富有价值的理论成果,推动中国法制现代化向新的法律世界迈进,以不辜负新世纪的挑战和变革时代的法学期待。

南京师范大学法制现代化研究中心

1999 年 10 月

前 言

伴随着走进新世纪的时代脚步,当代中国正处于一个深刻的社会变革过程之中。正是在这一变革进程中,当代中国法制呈现出转型、创新乃至现代化的发展趋势。这一时代进程的基本目标,乃是坚持和实行依法治国,建设社会主义法治国家。从本质意义上讲,这一法律发展趋势,意味着法律文明价值体系的巨大创新。它所要展示的,是我们这个民族从法律思想到法律行为的各个领域变化的多方面进程;它所要确立的,是同世界法制现代化进程相协调的但又充满着浓郁的民族意味的制度安排、价值观念及其生活准则系统;它所要描绘的,乃是在全球性法律重构背景下当代中国法制走向现代化的激动人心的绚丽画面。因此,深入研究中国法制现代化及其在 21 世纪面临的新挑战,具有十分重要的意义。

在这方面,国外学者虽然自 20 世纪 60 年代以来就开始研究法制现代化问题,但这一研究有两个

明显缺陷:一是研究著述大都带有浓厚的“西方中心主义”的色彩;二是对当代中国法制现代化问题缺乏有充分说服力的理论阐释。在国内法学界,一些学者充分注意到中国法制现代化问题研究的重大意义,但从总体上看,研究工作较为分散,成果水准有待提高。自20世纪80年代中后期开始,南京师范大学的法学工作者们就已经开始涉足法制现代化研究领域,相继发表了一系列集体的或个人的研究成果。1995年成立的南京师范大学法制现代化研究中心,致力于有组织地推动法制现代化研究的深入发展。面对着新世纪当代中国法制变革的伟大进程,作为全国唯一的研究法制现代化问题的专门学术机构,我们有责任在以往研究工作的基础上,组织专门力量,展开“21世纪中国法制现代化研究”这一前沿性的重要论题的系统研究,提升学术水准,以无愧于伟大时代的挑战。

本课题是江苏省哲学社会科学“十五”规划的重点工程项目之一,其研究宗旨是:在马克思主义法律发展理论的指导下,比较分析中外法制现代化的模式选择及其特征,深入考察中国法制现代化的历史进程,努力探讨中国部门法制现代化的内在机理,悉心把握21世纪初叶全球化背景下中国法制现代化面临的新情况、新问题与新挑战,进而提出21世纪中国法制现代化的理论思路。

本课题研究的最终成果是四卷本的《当代中国法制现代化研究》。第一卷《比较法制现代化》(刘旺洪博士主编),旨在于把中国法制现代化放置到全球法制现代化的进程中来加以把握,比较分析中国与西方、中国与其他发展中国家、中国与其他东亚国家法制现代化进程的异同机理。第二卷《中国法制现代化的历史进程》(李玉生博士主编),着力考察20世纪以来中国法制现代化的艰难曲折的百年行程,进而昭示当代中国法制现代化的运动方向与发展趋势。第三卷《中国部门法制现代化》(刘敏博士主编),则在于深入分析在当代中国经济变革与社会转型过程中当代中国主要部门法制所发生的历史性变革,并且进行功能分析,揭示部门法制现代化运动的实现机制。第四卷《全球化与中国法制

现代化》(公丕祥博士主编),在概述 1500 年以来三次全球化法律重构进程的基础上,对全球化背景下当代中国法律发展问题进行了深入的探讨,藉以确证“法制现代化的多样性统一”之命题的时代意义。

最后,本课题研究的全体参与者要衷心感谢江苏省哲学社会科学规划办公室、南京师范大学社会科学处、南京师范大学法学院等方面的大力支持,并且对法学界同仁们的热情关顾表示深深的谢忱。我们将继续不懈地努力,不断提升法制现代化问题的理论研究水准。

公丕祥

2007 年 10 月 13 日于南京

序 言

中国法制现代化是一项系统工程,既要从宏观上深入研究中国法制现代化的基本理论,又要从微观上系统探讨中国各部门法制现代化的具体的理论和实践问题。中国部门法制现代化本身又是一个宏观性的课题,它既涉及实体法的现代化,又涉及程序法的现代化;既涉及公法的现代化,又涉及私法的现代化。根据法律部门的不同,中国部门法制现代化包括宪法现代化、行政法制现代化、民法现代化、经济法制现代化、刑法现代化、刑事诉讼法现代化、民事诉讼法现代化等部门法制现代化。在我国学术界,中国部门法制现代化研究已经取得了一些成果,既有论文类的成果,又有著作类的学术成果。然而,即使是著作类成果也很少对该部门法制现代化的一般理论和实践问题进行系统展开,大多集中在对部门法制现代化的实现机制研究。

部门法制现代化指的部门法由传统的法

律——价值规范体系向现代的法律——价值规范体系的创造性转化的过程。中国部门法制现代化研究就是要研究中国部门法制现代化的起点、历史进程、目标、途径等重要问题。本书是江苏省哲学社会科学“十五”规划重点工程项目“21 世纪中国法制现代化研究”的子项目之一“中国部门法制现代化研究”项目的成果。作为中国部门法制现代化研究的初步成果,本书着重研究中国宪政制度现代化、中国行政法制现代化、中国民法现代化、中国经济法制现代化、中国刑法现代化、中国刑事诉讼法制现代化、中国民事诉讼法制现代化等部门法制现代化的一般理论问题和实践问题。本书试图通过深入分析在当代中国经济变革与社会转型过程中的主要部门法制所发生的历史性变革,并且进行功能分析,揭示部门法制现代化运动的实现机制。

全书共分七章。第一章研究中国宪政制度现代化问题,本章着重分析宪政制度现代化的概念内涵、中国宪政制度现代化的发展历程、动力和障碍,并在此基础上进行价值评估。第二章研究中国行政法制现代化问题,本章着力揭示行政法制现代化的规定性、考察中国行政法制现代化的历史进程,分析中国行政法制现代化的动力机制和模式特征。第三章研究中国民法现代化问题,本章着力探讨中国民法现代化的发端、中国民法现代化的价值定位、传统习惯与中国民法现代化的关系、全球化与中国民法现代化关系、民法典的制定与中国民法现代化等理论和实践问题,以揭示中国民法现代化的运动机理。第四章研究中国经济法制现代化问题,本章着重分析研究了中国经济法制现代化的社会背景、中国经济法制现代化的变革路径、中国经济法制现代化的历程、中国经济法制现代化的基本理念、市场经济法律体系的构建与中国经济法制现代化等理论和实践问题,以揭示中国经济法制现代化的一般规律。第五章研究中国刑法现代化问题,本章从分析 20 世纪之前中国传统法律文化对中国的刑法现代化产生的重要影响出发,考察了中国刑事法制现代化的基本进程,探讨了中国刑事法制现代化进程应当确立的现代刑法理念,

在此基础上,阐述中国刑事法制现代化的实现机制。第六章研究中国刑事司法法制现代化问题,本章具体探讨刑事司法法制现代化的历史起点、中国刑事司法法制现代化的历程、中国刑事司法法制现代化的标准、中国刑事司法法制现代化进程中传统与现代的关系、国际化与本土化关系等理论和实践问题,以展现中国刑事司法法制现代化的个性特色。第七章研究中国民事司法法制现代化问题,本章着重研究中国民事司法法制现代化的历史起点、中国民事司法法制现代化的历史进程、中国民事司法法制现代化的标准、中国民事司法法制现代化的实现机制等若干重大理论和实践问题,以揭示中国民事司法法制现代化的基本规律。

本书是集体智慧的结晶,提交初稿的有:刘旺洪(第一章、第二章),眭鸿明(第三章),秦国荣(第四章),王敏(第五章一、二部分),蔡道通(第五章三、四部分),秦策(第六章),刘敏(第七章),最后由刘敏修改定稿。

在当代中国的法制现代化进程中,部门法制现代化具有重要的意义,本书只是对中国部门法制现代化的初步探讨,有许多问题尚待深入研究,不妥之处,敬祈学界同仁和广大读者批评指正。

刘敏

2008年3月于南京

目 录

第一章 中国宪政制度现代化/1

- 一、宪政制度现代化界说/1
- 二、20 世纪上半叶中国宪政制度现代化的发展阶段/15
- 三、20 世纪下半叶中国宪政制度现代化的发展历程/24
- 四、中国宪政制度现代化的动力与障碍/44
- 五、中国宪政制度现代化的价值评估/54

第二章 中国行政法制现代化/60

- 一、行政法制现代化的界说/60
- 二、中国行政法制现代化的历史进程/69
- 三、中国行政法制现代化的动力机制/94
- 四、中国行政法制现代化的模式分析/114

第三章 中国民法现代化/134

- 一、中国民法现代化的发端/134

二、中国民法现代化的价值定位/141

三、传统习惯与中国民法现代化/159

四、全球化与中国民法现代化/170

五、权利模式之民法典与中国民法现代化/185

第四章 中国经济法制现代化/195

一、中国经济法制现代化的社会背景/195

二、中国经济法制现代化的变革路径/199

三、中国经济法制现代化的历史回顾/203

四、中国经济法制现代化的基本理念/217

五、市场经济法律体系的构建与中国经济法制现代化/241

第五章 中国刑法现代化/254

一、20世纪前中国刑法现代化的文化根基/254

二、中国刑法现代化的历史进程/261

三、现代刑法理念与中国刑法现代化/295

四、中国刑法现代化的途径：一种合宪性的探究/345

第六章 中国刑事诉讼法制现代化/358

一、中国传统刑事诉讼制度的总体特征/360

二、中国刑事诉讼法制现代化的基本历程/366

三、刑事诉讼法制现代化的形式合理性解析/383

四、刑事诉讼法制现代化的价值合理性之维/397

五、刑事诉讼法制现代化的效益化原则：民国时期司法独立状况的个案分析/409

六、传统与现代之间的刑事诉讼变革/421

七、刑事诉讼视野中的国际化与本土化/435

第七章 中国民事诉讼法制现代化/454

一、中国民事诉讼法制现代化的历史起点/454

二、中国民事诉讼法制现代化的历史进程/457

三、中国民事诉讼法制现代化的标准/461

四、当代中国民事诉讼法制现代化的若干途径/482