



法制现代化研究资料选编 ①

BASIC THEORY  
OF LAW AND  
MODERNIZATION

庞 正◎主编

法制现代化  
基础理论

法律出版社 LAW PRESS · CHINA



法制现代化研究资料选编 ①

BASIC THEORY  
OF LAW AND  
MODERNIZATION

庞 正◎主编

法制现代化  
基础理论

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法制现代化基础理论 / 庞正主编. —北京:法律出版社,2016.9  
(法制现代化研究资料选编)  
ISBN 978-7-5118-9999-6

I. ①法… II. ①庞… III. ①社会主义法制—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 230304 号

|           |         |                      |
|-----------|---------|----------------------|
| 法制现代化基础理论 | 庞 正 主 编 | 责任编辑 王 扬<br>装帧设计 乔智炜 |
|-----------|---------|----------------------|

© 法律出版社·中国

|                        |                       |
|------------------------|-----------------------|
| 开本 787 毫米×1092 毫米 1/16 | 印张 33.75 字数 690 千     |
| 版本 2016 年 11 月第 1 版    | 印次 2016 年 11 月第 1 次印刷 |
| 出版 法律出版社               | 编辑统筹 独立项目策划部          |
| 总发行 中国法律图书有限公司         | 经销 新华书店               |
| 印刷 固安华明印业有限公司          | 责任印制 张建伟              |

|                               |                        |
|-------------------------------|------------------------|
| 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073) | 销售热线/010-63939792/9779 |
| 电子邮件/info@lawpress.com.cn     | 咨询电话/010-63939796      |
| 网址/www.lawpress.com.cn        |                        |

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908  
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9999-6 定价:108.00 元  
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 《法制现代化研究资料选编》

## 编辑委员会

---

主任委员：公丕祥

副主任委员：夏锦文 龚廷泰 李 力 刘旺洪

委员（按姓氏笔画为序）：

公丕祥 方 乐 刘旺洪 孙文恺 李 力 严海良 张 镭  
庞 正 夏锦文 姜 涛 龚廷泰 睦鸿明 屠振宇 蔡道通

---

## 总 序

由南京师范大学法制现代化研究中心编辑的《法制现代化研究资料选编》第1~5卷,经过中心研究人员多年的协同努力,终于和广大读者见面了。这是进一步深化和推动当代中国法学界加强法制现代化理论研究的一项学术基础工作,无疑有着重要的理论与现实意义。

第二次世界大战结束后,特别是20世纪60年代以来,随着现代化理论或发展理论在全球范围内的广泛兴起,法制现代化或法律发展理论日益传播开来。在当代中国,1978年12月召开的“中共十一届三中全会”,开启了改革开放的伟大时代,中国法制由此进入了恢复重建与迅速发展的历史新时期。伴随着当代中国法制转型变革的历史进程,从20世纪80年代中期开始,中国法学界愈益重视研究法制现代化理论,深刻探讨社会变革与法治发展之间的互动机理,借以为社会转型条件下的中国法制现代化进程寻求理论分析架构,取得了一系列重要的研究成果。应当说,这一学术努力是富有成效的,时至今日依然方兴未艾,并且随着新的时代课题的提出与回应而不断深化。

马克思曾经提出这样一个科学研究的方法论原则:“一个时代所提出的问题,和任何在内容上是应当的因而是合理的问题,有着共同的命运:主要的困难不是答案,而是问题。因此,真正的批判要分析的不是答案,而是问题。”“问题就是公开的、无畏的、左右一切个人的时代声音。问题就是时代的口号,是它表现自己精神状态的最实际的呼声。”<sup>①</sup>因此,每一个历史时期的法学研究,应当密切关注自己的时代所提出的种种问题。法学绝不能醉心于淡漠的自我直观,也不能成为游离于现实世界之外的主观遐想,而必须参与生动的现实生活,反映并解读时代生活的种种关系,使之成为时代精神的体现,成为法律文明的活的灵魂。这乃是法学的时代生命力之所在。

那么,我们的时代提出了什么样的问题呢?应当看到,随着迈进新世纪新阶段的时代脚步,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持续深刻地改变着中国社会的面貌,导引着中国社会的未来发展走向,推动中华民族的伟大复兴。这场伟大变革实际上是要完成中国社会深刻的历史转型发展。正是在这一社会转型发展的过程中,当代中国法治发展呈现出创新乃至

---

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯全集》(第40卷),人民出版社1982年版,第289页。

现代化的基本趋势。这一时代进程的基本目标,就是要全面推进依法治国,加快建设社会主义法治国家。1997年9月召开的“中共十五大”,郑重提出了坚持依法治国、建设社会主义法治国家的战略任务。2007年10月召开的“中共十七大”,对全面落实依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家作出了战略部署。2012年11月召开的“中共十八大”,进一步把“依法治国基本方略全面落实,法治政府基本建成,司法公信力不断提高,人权得到切实尊重和保障”确立为到2020年全面建成小康社会宏伟目标的重要内容。2013年11月召开的“中共十八届三中全会”作出了《关于全面深化改革若干重大问题的决定》,从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这一全面深化改革的总目标出发,提出“推进法治中国建设”的重大历史性任务。2014年10月召开的“中共十八届四中全会”,在中国共产党的历史上第一次专题研究全面推进依法治国重大问题,第一次专门作出《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,强调要坚定不移走中国特色社会主义法治道路,提出全面推进依法治国的总目标是建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家,进而促进国家治理体系和治理能力现代化。显然,这具有重大的现实意义和深远的历史意义,对当代中国法学研究提出了全新的要求,也为中国法制现代化理论研究开辟了广阔前景。

在当代中国,法制现代化与国家治理现代化之间有着密切的关系。一方面,国家治理现代化构成了法制现代化的总体目标。也就是说,法制现代化的进程在很大程度上反映了国家治理体系与方式的转型过程,这是一个人治的式微、法治的成长进程,是从人治型的国家治理体系与方式向法理型的国家治理体系与方式的历史性的转型与变革的过程。建构法理型的国家治理体系与方式,乃是国家法制现代化的基本目标与必然选择。国家治理体系是包括法律制度在内的一整套制度安排,内在地蕴含着法制现代化的重要内容,决定着法制现代化的目标设定与路径依赖。另一方面,法制现代化亦是国家治理现代化的基础。一般来说,国家治理体系与法治之间并不具有必然的联系。传统的国家治理体系是建立在人治型统治方式基础上的,人治型统治方式决定着传统的国家治理体系的本质特征,而现代国家治理体系与法治之间联结为一个有机的整体。作为一种制度安排体系的创新发展的产物,国家治理现代化总是与现代法治相联系而存在。只有在法治成为国家治理体系之基础的情况下,才有可能谈得上建构现代国家治理体系、实现国家治理现代化的问题。也就是说,只有在实行现代法治的国家,才能提出并实现真正的现代化的国家治理体系。因之,推进国家治理现代化、完善与发展中国特色社会主义制度和推动法制现代化、建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家,处于同一个时代进程之中,二者相辅相成、内在关联、不可分割。这一进程集中反映了建设法治中国、探索法制现代化的“中国道路”、“中国经验”或“中国模式”的客观要求,它所昭示的当代中国法制现代化的时代走向无疑是激动人心的。

因此,坚持以马克思主义法律观和中国特色社会主义法治理论为指导,深入研究

当代中国法制现代化进程的重大理论与实践问题,悉心把握中国特色社会主义法治道路的基本要义,科学揭示法制现代化的“中国道路”的内在机理,从而不断坚定全面推进依法治国、加快建设法治中国的道路自信,这是当代中国法学的时代精神之体现,是当代中国法学发展的时代使命。

《法制现代化研究资料选编》(第1~5卷)从一个侧面清晰地再现了当代中国法学界致力于法制现代化理论探索研究的思想轨迹,生动地反映了当代中国法学理论工作者从理论与实践的结合上回应法制现代化的时代挑战的学术历程,从而构成了法制现代化问题研究的“中国图景”。全书由五卷本的研究资料选辑所组成,每一卷的内容包括该卷前言、相关领域代表性论文和研究资料目录索引。第一卷由庞正教授负责,中心法制现代化基础理论研究室具体组织选编,主要选取当代中国法学界关于法制现代化基本理论研究方面的代表性文章。第二卷由龚廷泰教授、孙文恺教授、屠振宇副教授负责,中心国别法制现代化研究室具体组织选编,主要汇集当代中国法学界关于亚洲、欧洲、美洲和非洲等若干国家法制现代化问题研究的代表性文选。第三卷由刘旺洪教授、姜涛教授负责,中心部门法制现代化研究室具体组织选编,主要辑录了当代中国法学界关于宪法、行政法、民法、刑法等领域现代化问题的代表性研究成果。第四卷由夏锦文教授、方乐副教授负责,中心司法现代化研究室具体组织选编,主要辑录了当代中国法学界关于司法改革与现代化、诉讼法制现代化等方面的代表性论文。第五卷由李力教授、严海良副教授负责,中心全球化与法制现代化研究室具体组织选编,主要涉及当代中国法学界关于法律与全球化的理论和历史、全球化与中国法制现代化、全球治理与法治发展等领域的代表性论文。

在这套研究资料选编的辑录与出版过程中,得到了论文作者的同意和支持(还有一些作者尚未联系上),得到了南京师范大学法学院的大力支持,得到了江苏省法学优势学科专项经费的资助;法律出版社领导给予了鼎力支持,王扬同志精心编辑,保证了全书的顺利面世。在这里,我们谨表示衷心的感谢!本书是由大量的相关研究文献选编而成的,一定会有疏漏不当之处,尚祈学界同仁和广大读者指正。

公丕祥

2014年11月于南京

## 前 言

现代化理论作为一套较为成熟的学说体系自 20 世纪 60 年代被确立以来,“现代化”一词的规范内涵迄今尚未获得绝对一致的共识,但众说纷纭的学术主张并没有使这个概念变得模糊,反之,多向度的观察与思考让“什么是现代化”这一问题的答案变得日渐丰富和清晰。一般说来,从社会生产方式演进的角度看,现代化是指从传统农业社会向现代工业社会、从自然经济向市场经济转变的历史过程;从社会制度变革的角度看,现代化是指经济制度、政治制度、社会管理制度不断革新以满足新的生产方式需要的过程;从观念和意识形态进步的角度看,现代化是指社会主体的心理态度、价值观念和理论学说发生根本改变的过程,其实质内核是承认、弘扬人的主体性;从社会关系结构的角度看,现代化是指从等级化的、封闭的、超稳定的社会关系结构向平权型的、开放的、流动的社会关系结构转换的过程。法律,作为社会生产方式、社会基本制度、社会文化和社会关系结构的镜像,必然直接反映着社会诸要素的现代化进程,亦即在内容上不断跟着社会整体现代化的步伐而发生变革,同时法律作为一种具有自治功能的独立事物,在表现形式和技术化程度上也不断实现着自身的现代化。故此,法制现代化,是一个社会共同体现代化进程的有机组成部分;法制现代化的理论研究,是法学学术共同体无以回避的重大学术论域。对于我们这样一个正奋力跋涉于现代化征程的国度而言,研究法制现代化的理论与实践问题显得更为急迫和富有学术担当意义。

回顾百余年来中国法律学人的耕耘历程,用最宽泛意义的标准考量,法学界乃至法律实务界所付出的智识努力及其知识产品,无一不是对中国法制现代化问题的学术担当。这是因为,在整个民族国家现代化进程的大背景下,但凡事关这个国度的法学问题,都或显在或隐在地被现代化这一红线牵引,即便是那些纯粹引介外域法学理论或法律制度的作品,背后也都浸润着作者欲图向这个国度展示法制现代化曲线之正负坐标的拳拳之心。可以说,从抽象的法律本体论、价值论、认识论和方法论,到具象的法律体系、立法体制、司法机理和法律实施,从宏观的法治理论、权利理论、责任理论,到微观的法律原则、法律规则、法律概念,从理论法学的基本范畴、原理和方法,到部门法学的制度安排、规范构造和适用技术,从国内法律制度的建设与改进,到国际法律制度的借鉴与接洽,在中国法学的语境下,都不可避免地贯穿着从落后走向先进、从愚昧走向科学、从偏狭走向理性、从人治走向法治的法制现代化之学术旨趣和价值主张。

因而,在中国,法制现代化作为一个学术范式伴随着整个国家现代化进程的出现,与其说是一种人为的理论创设,毋宁说是这个国家的现代化主题在学术领域的必然体现。

知识累进的现实轨迹还表明,法制现代化一旦成为一种独特的学术范式,就不再是一个仅仅停留于现象意义上的描述性概念,也不再试图囊括所有的法律制度与法律理论的进步,而是逐渐化约为一个具备特定内涵的规范性范畴。围绕这一范畴展开学术研究的是这样一群人,他们致力于从历史事实中发掘一国法制从传统向现代演进的基本脉络,致力于在理论层面澄清法制现代化的一般规定性;他们致力于法制现代化的普遍性规律的总结,致力于法制现代化的应有价值取向的追问;他们致力于洞察一个国家实现法制现代化的各种社会条件,致力于指明法制现代化的不同路径选择和可能的偏颇。所有这些学术努力都是由法制现代化范畴开放而出的基本理论问题,这个人群由这一系列问题集结起来,构成了一个学术共同体,他们拥有共同的学术志趣,使用共同的分析工具,磨合共同的研究方法,在异见中寻找共识。长期以来,这个学术共同体已经做出了卓有成效的智识贡献,其丰厚的成果使得我们认为有必要将之汇集起来。确切地说,正是这个共同体所生产的知识产品的巨大价值,决定了我们开展这项文献资料汇集和选编工作的学术意义。

这部《法制现代化研究资料选编》的第1卷,是以“法制现代化基础理论”为专题的分册。它与法制现代化这一学术范式本身的关系最为紧密。在编辑这部著作的过程中,我们首先力图将涉及法制现代化理论与实践的国内学术成果全部纳入采集视阈,然后将其中与上述法制现代化基础理论问题直接相关的著作和文章的标题和来源编辑成“研究资料目录索引”,继而在该目录索引中挑选出若干具有代表性的文章,全文再现其内容原貌。因此,这部“法制现代化基础理论”研究文献资料的合集是由两大部分组成的:一是“研究资料目录索引”,二是研究论文选编。为了阅读方便起见,我们将研究论文选编安排在本书的前面,将“研究资料目录索引”置于后部。其实这样的编排是与编辑本书的逻辑顺序相反的。之所以做这样的强调,是因为我们并不认为“研究资料目录索引”相对次要,反之,我们认为就提供学术资源的目的而言,呈现一套较为完整的有关法制现代化基础理论研究的资料目录索引或许是一项更为重要的学术贡献。

“研究资料目录索引”由境内期刊发表的学术论文和境内出版社出版发行的学术著作组成(个别著作除外),其中学术论文又包括国内作者原创文章和译文两类。目录索引共吸纳了学术论文1300余篇,学术著作70多部,时间跨度从民国时起直至2013年年底,编排的顺序完全按照文献发表或出版的时间先后为标准。在编制目录索引的过程中,我们首先面临的问题是以什么样的尺度去甄别法制现代化基础理论研究的文献。如前所述,在中国这样一个持续经历着百年现代化进程的国度,所有法律观念的提出和倡导、所有法律制度的创设和实践、所有法学理论的探索和争鸣,在最宽泛意义上都是与法制现代化命题息息相关的。为此,从包括法律史学在内的理论法学研究成果中挑选出法制现代化基础理论研究的文献,需要确立一系列的学术标准。在

筛选文献的过程中,我们遵循了以下一些原则:首先,进入目录索引的文献是围绕法制现代化展开理论研究的文章和著作,其论题与法律发展和法律变革及其社会条件直接相关,不包括研究其他法学一般理论问题的作品,也不包括专门讨论某一具体法理学问题的作品;其次,进入目录索引的文献具有较为鲜明的纵向历史感和从传统向现代转换的动态考察特点,不包括静态地研究某一历史时期的法律制度和法律事件的作品,即便以一定历史阶段的法制整体面貌为研究对象,也是以揭示该阶段法制的现代化(近代化)转型为理论目的的;再次,鉴于这套丛书的其他各卷将分别专门搜集、整理有关“外国法制现代化”“宪法和部门法制现代化”“司法现代化”和“全球化与法制现代化”等论域的研究文献,所以本卷的目录索引原则上不再包括有关宪制、司法、全球化等原本属于法制现代化基础理论的作品,也不包括专门研究其他国家法制现代化一般理论的作品。

当本卷的“研究资料目录索引”基本成型时,我们欣喜地发现,中国法制现代化基础理论研究的大致走向和诸多特征已跃然纸上。它为人们今后对这一学术范式进行学术史的梳理和理论演进线索的总结提供了极好的反思依凭。仅从直观上我们即可以看到的是,其实早在20世纪20~30年代,我国就有学者开始研究法制现代化的一般理论问题,发表了多篇专题文章,只不过当时他们普遍使用“法律进化”这一术语展开讨论。在新中国成立后的不到20年时间里,史学界有多篇文章研究清末的法制变革问题和辛亥革命前后的立宪运动问题。1966年之后的十年动乱期间,法律发展和法制变革研究随着整个法学研究的停滞而消失。中共十一届三中全会之后,尤其是20世纪80年代国家进入改革开放时期之后,随着“人治”与“法治”的大讨论,随着执政党提出加强民主与法制建设的方针,随着改革成为整个国家现代化建设的主旋律,以“法制建设”为主题的法学研究成果开始涌现,至80年代中期,开始有学者将“法律”或“法制”与社会主义现代化建设联系起来。<sup>①</sup>根据目录索引的显示,我国法学界最早使用“法制现代化”作为专门术语出现在80年代中后期,自此有学者开始尝试对这一术语进行规范的界定。<sup>②</sup>“法制现代化”作为一个特定的学术范式正式形成于20世纪90年代初。这不仅表现在以这一范畴作为分析工具的学术论文大量涌现,更表现在学者们围绕“法制现代化”的概念内涵、基本特征、动力机制、发生条件以及类型理论展开了系统性的研究,并诞生了以“法制现代化”为主题的专著和专门性学术刊物。<sup>③</sup>20

① 如吴大英:《我国的立法预测与社会主义现代化》,载《中国法学》1984年第1期;梁治平:《法制传统及其现代化——东西方法观念的比较与〈当代主要法律体系〉》,载《读书》1986年第1期;倪正茂:《论现代化建设与法制观念的更新——兼谈法制建设的协调发展》,载《法学》1986年第3期。

② 如贺晓荣:《法制现代化的观念阻碍及其文化背景》,载《西北政法学院学报》1987年第1期;牟平人:《与友人论法制现代化书》,载《比较法研究》1987年第2期;程岗:《论法制现代化》,载《广西大学学报》(哲学社会科学版)1988年第1期;李立秋、张维远:《社会主义初级阶段与我国法制现代化》,载《现代法学》1988年第2期。

③ 学术专著如公丕祥主编的《中国法制现代化的进程(上卷)》,中国人民公安大学出版社1991年版,和梁临霞独著的《中国传统法律文化与法制现代化》,中国政法大学出版社1992年版。以法制现代化或法律发展为主题的学术刊物包括吉林大学主办的《法制与社会发展》和南京师范大学主办的《法制现代化研究》,这两份学术刊物都是在1995年创刊的。

世纪90年代我国法学界的研究主题可以归结为从“法制”到“法治”,以“法治”为关键词的学术作品呈井喷式爆发。学界的不懈努力最终使“依法治国,建设社会主义法治国家”写进了中共党的十五大报告和现行宪法修正案。从“法制”到“法治”的理论发展逻辑恰恰契合了法制现代化范畴的基本内在规定性。相应地,这一时期的法制现代化基础理论研究开始由“法制现代化”理论范式本身延伸到法制现代化的价值目标、道路选择和社会条件等富有实践意义的论域。也正是在这一时期,“政府推进型”“本土资源论”等法治理论同时登场,不同的学术主张产生了有益的正面交锋。由于这个时期讨论法治的作品十分丰富,我们在目录索引中只收纳了有关法治的道路(模式)选择和法治赖以实现的社会条件等动态研究法治问题的成果。时至世纪之交,以中国加入WTO这一法律大事件为契机,我国的法制现代化基础理论研究注入了一个新命题——“全球化”。于是,法制现代化的理论研究迅速在全球化的语境之下得到伸进和拓展。也正因此,“法律移植”作为发展中国家法制现代化的基本手段成为了法学理论领域的热门话题。到了21世纪的第一个十年,我国的法制现代化基础理论研究发生了向特定时间、特定空间的具体化转向,诸如专门研究清末修律、南京国民政府时期法制建设甚至革命根据地时期法制建设,专门研究农村法制发展、城市法制发展、少数民族地区法制发展等。这种从宏大叙事向具体时空和实践的转向,体现了法制现代化理论研究的应有科学发展方向。

除了上述时间向度的理论演进走势而外,改革开放以来我国的法制现代化研究还呈现出许多鲜明的理论旨趣。举如学者们的研究一直以经济体制改革和对外开放为社会历史背景,以建立社会主义市场经济法律体系和发展民主政治为理论关注点;又如学者们比较注重以标志性年代为历史分期,以新中国成立50周年、60周年或改革开放20周年、30周年为节点,对当时的法制现代化进程做出阶段性总结;再如关于法律文化、法律观念与法制现代化的关系问题始终是法制现代化理论研究的热点,有趣的是,早期的理论研究更多地注重中国传统法律文化对法制现代化的消极影响和阻碍作用,晚近的学术成果则更加强调中国传统法律文化在法制现代化进程中的积极因子和利用价值。

为了更加充分地体现我国法制现代化基础理论研究的重点问题,我们从研究资料目录索引中选取了38篇代表性的文章,转载其全文以展示上述研究走向和研究特点。由于法制现代化范式成型于20世纪90年代初,所以不可避免地被选编的这些文章的发表时间大多集中在90年代初以降的20年内。至于这些文章的选择标准,一是论题的专门性和典型性,二是文章本身的学术分量和学术影响,三是不同时期研究成果的代表性。不言而喻,后两个标准都带有明显的主观性。遗憾的是,限于篇幅,编者无法将许多同样高质量的学术成果呈现在这里。在全文转载的代表性成果中,有专门针对法制现代化范畴本身的探讨,有关于法制现代化模式的类型学分析,有围绕法制现代化的动力机制和社会条件的研究,有为中国法制现代化进程指明价值目标的努力,有力图揭示中国法制现代化内在矛盾的尝试,有对中国法制现代化道路的历史回顾和阶

段性总结,有就中国法制现代化道路多种选择方案展开的争论,有将中国法制现代化方案与西方既有发展路径的比较,有对中国法制现代化进程中法治方案的检讨,有立足于中国法制现代化理论本身的反思。为了重现这些研究成果的真实原貌,在录入文章的过程中,我们秉持完全尊重原文的原则,除了将注释一律统一设置为脚注并每页单独排序外,其他格式均不予变动。由此,便出现了这些文章格式相互不一致的情况,比如有的文章有内容摘要和关键词,有的则没有;少数文章有英文摘要,多数文章则没有。还需说明的是,由于许多刊物在早期的学术规范要求较低,导致了有些作品缺少注释,或者注释中的文献缺少页码等要素,对此我们因技术障碍没有予以修正。

这部法制现代化研究资料选编第一卷(法制现代化基础理论卷)是由南京师范大学法制现代化研究中心理论与历史研究室的全体成员共同编辑完成的。南京师范大学法学理论专业2013级硕士研究生孙超、刘晋、龙飞、赵小雷、庄秀明、王冰洁、高寒梅、闻雁、王伟丹、岳岚培、许欣怡、罗冰清12位同学参加了本卷的编辑工作,工作内容主要包括文献目录的搜集和选编作品的录入、校对。他们通过期刊杂志和网络平台,分别按照不同时期、不同信息来源、不同搜索方法多维度地搜集、汇总文献资料,力争最终形成的“法制现代化基础理论研究资料目录索引”在范围上是全面的,在数据信息上是准确的。不难想象,这一任务的工作量是巨大的,其间还时时出现不可预料的技术难题。在选编作品的录入、校对工作中,12位同学本着对学术成果负责的态度,以高度的责任心和细致的工作方法追求真实地还原作品的原貌。当然,由于工作量和技術上的原因,本书选编的作品有可能在细节上仍然存在与原出版物不尽一致之处,在此有必要向原作者提前表示歉意。与此同时,还需要说明的是,在本卷编辑的过程中,编者与入选论文作者进行联系,得到各位专家学者的大力支持;但因多种原因,尚未与少数入选论文作者取得联系,尚祈相关专家学者在本书出版后尽快与编者联系,以便及时支付稿酬、寄上样书。在此,谨一并致以深切的谢忱。

生活的经验告诉我们,通往美丽风景的道路往往是曲折崎岖的,法制现代化的道路亦不例外。读者不妨将这本汇编当作中国法制现代化道路上暂时的一辑学术影像记录,它不仅能够帮助你回味沿途的帧帧实景,更能够帮助你体会到影像创作者当时脚下的坎坷。道路还在延伸。我们有理由相信,更为震撼心灵的画卷将在不远处展开。

让我们一起在路上。

编者

2014年11月25日

# 目 录

|                             |             |
|-----------------------------|-------------|
| 前 言 .....                   | 001         |
| 中国法制建设的现状、发展与未来 .....       | 石泰峰 001     |
| 中国步入法治社会的必由之路 .....         | 张文显 008     |
| 从义务本位到权利本位是法的发展规律 .....     | 张文显 021     |
| 法和现代化:两种对立的理论解释 .....       | 朱景文 034     |
| 冲突与融合:外域法律文化与中国法制现代化 .....  | 公丕祥 041     |
| 中国法律近代化简论 .....             | 李贵连 050     |
| 继承·移植·改革:法律发展的必由之路 .....    | 张文显 075     |
| 中国法制现代化面临的四大矛盾 .....        | 公丕祥 086     |
| 中国法制现代化建设特征分析 .....         | 蒋立山 091     |
| 变法,法治建设及其本土资源 .....         | 苏 力 101     |
| 法制的进化与中国法制的变革               |             |
| ——走向法治之路 .....              | 蔡定剑 112     |
| 现代化进程中的中国法治                 |             |
| ——方法论的检讨与重整 .....           | 杜宴林 122     |
| 历史与现实:中国法制现代化及其意义 .....     | 公丕祥 夏锦文 131 |
| 偏好与疏离                       |             |
| ——中国法制现代化的价值取向分析 .....      | 孙 莉 143     |
| 20 世纪中国的现代化和法治 .....        | 苏 力 150     |
| 中国法制现代化的进程与前景 .....         | 公丕祥 165     |
| 十一届三中全会以来民主法制建设的回顾与前瞻 ..... | 孙国华 黄文艺 172 |
| 20 世纪中国法制变革与法律移植 .....      | 周少元 184     |
| 法制现代化概念、释义和实现目标 .....       | 刘作翔 191     |
| 20 世纪中国的三次法律革命 .....        | 公丕祥 199     |
| 新中国法治 50 年论略 .....          | 曾宪义 211     |

|                        |         |     |
|------------------------|---------|-----|
| 论中国法律发展研究的两大范式 .....   | 黄文艺     | 223 |
| 中国法律现代化的三条道路 .....     | 范忠信     | 237 |
| 法制现代化的分析工具 .....       | 公丕祥     | 246 |
| 中国法制现代化的方法论立场 .....    | 夏锦文     | 268 |
| 中国法律演进的历史时空 .....      | 蒋立山     | 275 |
| 法治发展的差异与中国式进路 .....    | 孙笑侠 胡瓷红 | 291 |
| 综论中国法制的近代化 .....       | 张晋藩     | 303 |
| 飘忽的法治                  |         |     |
| ——清末民初中国的变法思想与法治 ..... | 夏 勇     | 316 |
| 法制现代化:一个西方的“幽灵”? ..... | 齐延平     | 335 |
| 对新时期中国法制现代化的理论反思 ..... | 黄文艺     | 348 |
| 中国现代法治的反思 .....        | 卓泽渊     | 362 |
| 中国法治历史进程的回顾与展望 .....   | 李步云     | 378 |
| 法律文化与法律移植:中西古今之间 ..... | 高鸿钧     | 388 |
| 法律与发展研究的理论倾向 .....     | 姚建宗     | 402 |
| 论中国特色社会主义法治道路 .....    | 张文显     | 421 |
| 中国法治的自主型进路 .....       | 顾培东     | 433 |
| 中国法治的悖论与重构 .....       | 季卫东     | 451 |
| 研究资料目录索引 .....         |         | 458 |

# 中国法制建设的现状、发展与未来

石泰峰\*

20 世纪即将结束,对于我们这代人来说,21 世纪已经不是非常遥远的梦幻,而是行将来临的现实。当越来越多的人开始预测和描绘未来世纪的经济、政治和文化发展前景,不能不涉及有关的法律观念、法律技术等问题。目前中国的法制建设正处于一场深刻的前所未有的变革之中。从现在起到 21 世纪中叶,将是我国法制建设发展的关键时期,在这一时期内,我们将逐步摆脱传统的人治模式,实现从人治到法治的转变,建成社会主义的法治社会。目标已经确立,能否如愿以偿,是人们十分关心的问题。我们以为,目前对这个问题持绝对的乐观或悲观的结论都为时尚早,不能完全排除法制建设发展过程中的各种偶然因素的影响。但是,我们可以依据法制建设的现状和发展趋势,对未来法制建设的图景进行一番粗线条式的勾勒。

## 一、中国法制建设的现状

我国是一个法制先天不足的国家。旧中国留给我们的封建专制传统太多,民主、法制传统太少,可以说几乎是一片空白。新中国成立以来,基于我国国家工业化所面临的特殊困难及对解决问题方式的选择和传统法律文化等因素的限制,我国的法制建设经历了一条与西方和苏联、东欧各国截然不同的历程,法制建设不仅没有与国家的工业化同步发展,相反,在短短几年的初步发展之后,进入了长达 20 多年的徘徊和停滞期。直至 70 年代末,这种不正常的状况才得以改观。因此,严格说来,我国法制建设真正起步于党的十一届三中全会之后。九年来,全国人大和常委会制定了 60 多个法律,国务院制定了 600 多个行政法规,其中,1987 年制定 76 个行政法规,比 1986 年增加了 30%,这期间,各省、自治区和直辖市也制定了 1000 多个地方法规。现在,在我国已初步形成以宪法为基础的社会主义法律体系,相继恢复和建立了一系列法律机构和法律组织,并开始在全国范围内进行规模浩大的普法教育。从整个情况看,我国在国家政治生活、经济生活、社会生活的基本的主要的方面确立了相应的法治原则和

---

\* 中共中央党校教授。

有关法律规范,过去那种长期无法可依的局面得到了根本的改变。在实行全面改革的现代化进程中,法制建设正在对整个社会产生愈来愈深刻的影响,法制建设的社会功能日益为人们所认识,法律逐渐成为人们衡量和判断事物的标准(尽管还不是所有人的基本标准)。可以说,我国法制建设已经进入由传统人治向现代法治转变的新阶段。这一客观事实是我们研究、预测法制建设未来前景的基本出发点。

中国的法制建设正在逐步走向正规化和制度化,但仍存在许多特殊困难和矛盾冲突。目前,我国法律和社会在新的层次上呈现出极其复杂的两难关系,使得法制建设在大规模立法的繁荣景观中,突出了法律实施过程步履艰难的处境。虽然制定了不少法律、法规,然而真正在社会生活中发挥实效的还达不到50%。公民对法律的认识程度达不到近几年来法律制定总数的5%。这反映了我国法制建设的基础还相当薄弱,长期以来阻碍法制建设的主要因素还没有从根本上加以消除。我们认为,当前制约我国法制建设发展的因素主要包括以下三个方面。

1. 资源贫乏。首先,经济资源有限。旧的经济体制使一切经济行为和大部分社会行为都与行政权力联系在一起,所以,不可能产生法律调整的需求,即使某些涉及经济关系的法律,其功能也是十分有限的。目前正处于新旧体制交替时期,旧体制没有完全消失,新体制还未进入稳定有效的运行状态,新的经济关系还不具备充分的条件来培育和建立新的法律规范,或者为法律运行提供足够的资源保障。其次,由于经济条件决定,导致组织资源严重不足。法制建设发展规模和速度在很大程度上受制于国家财政预算。经费不足限制了司法机构、司法人员的扩大和发展。尽管这几年国家花了很大的气力来扭转这种局面,但就法律组织和人员的现状与法律纠纷急剧增加的需求相比,显然不能适应。我国人口相当于美国的4.5倍,律师人数却不及美国的1/20。全国现有律师3万余人,平均4万人左右才有1名律师(占人口的万分之零点三)。据权威人士估计,目前至少需要增加100万司法工作人员。组织资源不足也受到政治方面的限制。由于权力过分集中,缺少职能分化和制约的机制,使得司法机构失去了应有的独立性,非要牺牲自己的主动性和活力才能被纳入正规组织领域内。党的组织和行政机构经常涉足司法领域,而司法权却很难对党组织和行政机构进行有效的合法控制。因此,司法组织很难通过自组织过程来保证法律的运行和效率。

2. 观念落后。中国法制建设的困难在很多情况下来自观念方面的阻力。我们在法律观念方面所承继的历史遗产是:视法为刑,以义务为本位,依据人情伦理来判断行为的正当性,将法律的功能仅仅局限于刑罚制裁。这样一种狭隘的道德化的法律观念,在根本上降低了法律的社会地位和功能,同时造成了只讲义务、不讲权利的价值取向。人们最关心的莫过于法律规定什么戒条,以免因误入法网而身陷囹圄,却不是首先争取法律的保护和支持。新中国成立以后,我们又接受了苏联的法律观念,将法律归结为统治阶级意志、国家强制力、行为规则几要素之和。这就导致传统的法律观念在新的形式下进一步强化。直至今日,仍有许多人以为法律是惩治犯罪的同义语,宁愿以人情调解每年发生的几百万起纠纷,也不愿诉诸法律。

3. 结构畸形。资源贫乏和观念落后必然造成法律结构畸形化。长期以来,我国法律以刑法为主体,民商法和行政法很不发达。在刑法运行组织中,又以公安警察为主体。频繁的群众运动和片面强调打击更加剧了这种状况。与此同时,法院组织发展极为缓慢,规模也很小;检察机关和司法行政机关曾经一度被取消。十一届三中全会之后,随着司法行政机关的恢复,法院和检察院扩大规模编制以及大量的法律制定活动,法律结构得到了一定调整。但是,在法律运行的组织结构中,只重立法、轻视执法,只重公安、轻视其他法律机构和组织的格局依然存在。畸形化的法律结构尚未得到根本改变。

总之,我国的法制建设正在矛盾冲突中艰难地向前发展。在这个过程中,传统的束缚和新生的成长同时存在。矛盾是发展中的矛盾,也只有在未来的发展过程中得到解决。停滞和倒退是没有出路的。

## 二、中国法制建设的发展趋势

从现在到20世纪末,我国法制建设将在现有的基础上面临着更为激烈的矛盾与冲突,并将继续在矛盾冲突中向前发展。就全社会范围而言,70年代以来,由于改革带来了社会关系的重大结构性调整,社会利益正在日益分化的基础上重新整合,人民的权利意识和法制观念已经苏醒并日见强化,人们的行为愈来愈复杂化、多样化;传统的调整手段及运行机制逐渐失灵,社会生活愈来愈依赖于法律来进行组织和调节,从而为法制建设的大规模发展提供有利的客观条件。在未来十余年的发展进程中,影响法制建设的根本原因就是改革。法制建设的发展规模和速度直接决定于改革的规模与速度。首先,经济体制的改革和国民经济的发展,将使越来越多的经济关系和经济活动准则需要用法律形式固定下来。改革的进一步深化,将从组织创新发展到制度创新,政策催生的改革成果要通过法律制度来稳定和巩固,以规范化的方式成为制度性成果,促进市场机制全面形成和大规模运用。其次,政治体制改革将把加强和完善法制作为其长远目标和根本手段,党政分开、下放权力、政企分开、改革干部制度、建立社会协商对话制度等一系列民主化措施都将经过法定程序进行,运用法律手段加以实施。用法律来调控国家机构及其工作人员,保障公民的合法权利不受侵害,保障司法机关独立行使职权,是贯穿于改革全过程的重要内容。最后,观念变革将会促动法制建设深层结构的历史性更新,公民法律意识的培育和提高无疑将成为法制建设进一步发展的重要动力。

当然,也必须看到,改革所造成的不均衡社会条件和多样化的社会实践也给法制建设带来一定的难度。社会关系的变革和严格稳定的法律规范在某些时候、某些领域甚至会发生冲突。改革的特点和我国法制建设受传统束缚的现状决定了我国在今后一个时期内,法制建设的中心任务不是法律关系的解释与稳定,而是法律关系的建立、变革与创新。因此,我国法制建设将会出现几个明显的发展趋势。

1. 立法大规模进行的趋势。逐步制定比较完备的法律、法规,是法制建设的基本前提。我国现行的法律体系与社会变革与发展的需求扩张决定了立法工作在法制建设中将继续保持重要的位置,立法工作将会并向大规模、多层次、系统化发展。到