

本卷要目

财税法总论

【Frans Vanistendael】

中国：税收、避税与法治

【梁灯】

国家课税权的合法性解释

税收实体法与程序法

【魏敬森】

矿业权转让税收问题的探讨

海峡两岸税收程序法比较

【洪家殷 江彦佐】

两岸税务行政内部救济程序之比较研究

【柯格钟】

税捐主体在两岸税捐稽征程序中的地位

国际税法与外国税法

【王鸿貌】

当代世界各国税收征管改革的最新趋势

【韩姗姗】

美国纳税人诉讼制度及其对中国之借鉴

财税法案例

【董剑飞 王震】

税务案件证据规则探析

硕博学位论文选登

【朱智跃】

企业所得税课税理论的反思与重构

FINANCE AND TAX LAW REVIEW VOL. 11 刘剑文 / 主编

财税法论丛

第11卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第11卷

财税法论丛

FINANCE AND TAX
REVIEW VOL. 11

◆ 刘剑文 / 主编

◆ 刘天永 / 副主编

◆ 李 刚 / 本卷执行编辑



法律出版
LAW PRESS CH

图书在版编目(CIP)数据

财税法论丛. 第11卷 / 刘剑文主编. —北京: 法律出版社, 2010. 12

(财税法论丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1616 - 0

I. ①财… II. ①刘… III. ①财政法—法的理论—中国—研究②税法—法的理论—中国—研究 IV.
①D922.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 253103 号

财税法论丛(第11卷)

刘剑文 主编

责任编辑 田会文
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 14 字数 394 千

版本 2010 年 12 月第 1 版

印次 2010 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

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 - 1616 - 0

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

导 读

在论丛主编刘剑文教授的组织领导下,分散于国内三个城市的三位责任编辑通力合作、历时数月(期间有两位编辑还先后短期出国访问),编辑成了本论丛的第11卷,作为中国财税法学发展进程中的一页,呈现给读者。

本卷论丛分为七个栏目,共计十七篇论文,各栏目设置与论文编排说明如下:

【财税法总论】收录了四篇论文。Frans Vanistendael 所作、曹明星翻译的“中国:税收、避税与法治”一文在首先比较了中西法治之后,以有关反避税的法律规则为例进一步探讨了法治对税收的影响。该文最后指出:“如果我们要建立有效的国际贸易关系,或者在更高层面而言,有效的国际人际关系,我们就应致力于建立对法律关系的双方意义相同的法治。税收领域也别无例外。”这句话不由让人想起1993年国际货币基金组织法律事务部专家小组一行五人在考察中国税收法律制度之后所撰写的题为《中国税收与法治》的考察报告中所说的“显然,法治是一个超越税收的概念。……依法治税取决于整个法律制度的发展,但税收这一领域足以显示法治的优越性和要求”。^①对比《中国税收与法治》和《中国:税收、避税与法治》两文,十七八年过去了,外国学者仍然“纠结”于中国语境下税收与法治之间的关系,理应深思反省的也不该仅仅是学者了吧。闫海的《日本公共预算的宪政机理与制度规范》从宪政角度介绍了日本公共预算性质的学说、预算审议、地方自治与地方预算以及预

^① “中国税收与法治——国际货币基金组织考察报告(1993)”,载许善达等:《中国税收法制论》,中国税务出版社1997年版,第284页。

算执行的多元监督等内容。梁灯的《国家课税权的合法性解释》按照从现代国家课税权的合法性危机到重释国家课税权之合法性的朴素逻辑,综合了哲学、政治学、历史学、法理学等多学科知识,在主张既有的经济学和宪政解释理论失败的同时提出了“国家—市民社会”的解释进路和理论框架。周刚志的《再论税收债权债务关系》论述角度不同于通常主要从私法出发论述的角度,而是侧重于从公法层面运用“行政法律关系理论”阐释了税收债权的产生、保全与消灭等基本问题。

【税收实体法与程序法】收录了两篇论文。魏敬森的《矿业权转让税收问题的探讨》基于矿业权转让制度与矿业权转让营业税制度的现状,在分析现行矿业权转让营业税制度存在的问题之后,提出了在将矿业权定性为具有浓重的公权色彩的私权、作为准不动产的基础上,区分探矿权转让和采矿权转让,按照“销售不动产”税目征收营业税,且前者应适用较低税率等具体改革建议。向逢春的《质疑税收优先权》从优先权的性质问题起步,经由界定税收优先权的概念和类型和分别罗列日本、我国台湾地区和大陆地区设立税收优先权的理由的路径,推演出税收优先权的内在矛盾和外在冲突,进而在质疑设立理由之后指出了立法实践对税收优先权的限制与纠正。

【海峡两岸税收程序法比较】是本卷专设的特色栏目,收录了两篇来自海峡对岸的论文,体现了本论丛对两岸在税收程序法方面开展深入比较研究的关注。洪家殷、江彦佐的《两岸税务行政内部救济程序之比较研究——以税捐稽征(征管)法为中心》不仅详细展示两岸各自关于税务行政内部救济程序的有关规范,更以德国法上的相应规范为参照,为两岸制度的各自改进互相提供借鉴。较之大陆地区学者通常在作对比之后多以“他山之石可以攻玉”为名行“移植嫁接”之实、忽视自身制度优势所在的文风,该文得从客观立场出发阐释彼此“有来有往”的互相借鉴之意:如该文既指出大陆地区关于人民对非纳税争议的其他税务争议具有救济程序选择权的做法,值得台湾地区参考——所谓“有来”,亦认为台湾地区现行“税捐稽征法”目前对于人民申请救济者,已无先行缴纳税款或提供担保的限制性规定,值得大陆地区用以检讨税收征收管理法第88条——所谓“有往”。柯格钟的“税捐主体在两岸税捐稽征

程序中的地位”一文以大陆地区的《税收征收管理法》和台湾地区的“税捐稽征法”为来源,逐一对比两岸关于纳税人(或纳税义务人)和扣缴义务人规定的异同,以及关于纳税担保人、代征义务人和代缴义务人规定的有无,使我们较为全面地了解两岸在税收义务人方面的“同中有异”。需要说明的是,台湾地区学者的注释风格不同于大陆地区,为使其论文能够最大程度地保持原貌,我们只作了必要的编排,因此该两文与本卷其他论文的注释体例有所差异。

【国际税法与外国税法】收录了四篇论文。王鸿貌的《当代世界各国税收征管改革的最新趋势——以美、加等七国近五年税收战略规划为蓝本》从美国、爱尔兰、澳大利亚、荷兰、加拿大、挪威和南非七国税务主管当局近五年的税收战略规划中分析概括出其中所蕴涵的如下税收征管新理论和新观点:引入客户理论——建立新型的税收征纳关系,提高税收遵从——修正税收征管工作的重心,提升纳税服务水平——加强对遵从纳税人的帮助,强化执法力度——加大对不遵从纳税人的查处,完善配套措施——优化税收征纳环境,对我国当前正在进行的《税收征管法》的立法修订工作应有较强的借鉴意义。张卫彬的《数字化产品贸易税收立法探讨——以欧盟增值税改革法案为视角》介绍了以美国为代表的免税派和以欧盟成员国为代表的征税派关于应否对数字化产品征收增值税以及其究竟属于产品还是服务等问题的各自态度和观点,还探讨了 OECD 推动数字化产品课税的进程,最后提出了我国从欧盟增值税改革法案中可资借鉴之处:调整现有流转税体制,将数字化产品视为提供服务,征收增值税;借鉴 OECD 建议和欧盟模式确定纳税地点,强化来源地税收管辖权。韩姗姗的《美国纳税人诉讼制度及其对中国之借鉴》在较为充分的资料基础上,比较详细地考察了美国纳税人诉讼的产生、发展和模式,在对比中美两国纳税人诉讼之后,提出了构建我国纳税人诉讼制度模式的“三步方略”: (1) 短期方略——利用现有法律资源保障公民的财政知情权; (2) 中期方略——修改预算法并推进纳税人诉讼制度的建立; (3) 长期方略——扩大诉讼范围,将政府财政行为纳入公民日常监督的轨道。崔威等翻译的《消除双重征税的制度比较:美国国家对外贸易理事会〈境外所得项目:21 世纪国际税收政策〉报告摘选》让我们

较为全面地了解了作为全球最大的500家公司的主要所在国——美国、加拿大、法国、德国、日本、荷兰和英国在消除双重征税方面所采取的各种制度,对检视我国《关于企业境外所得税收抵免有关问题的通知》等文件所存在的问题助益良多。

【财税法案例】收录的董剑飞、王震的《税务案件证据规则探析——三则案例的结合论证》结合三个实务案例依次探讨了税务案件证据规则的内涵、证明责任、证明标准以及证据的运用等问题。

【硕博学位论文选登】收录的朱智跃的硕士学位论文“企业所得税课税理论的反思与重构”以应能负税原则为基点,考察美国公司所得税制,特别是其对S公司、有限责任公司和开放式合伙等有别于一般公司制度的经济组织形式,灵活适用所得税制的做法,提出了重构企业所得税课税理论的相对独立性理论,并以特殊营业信托所得课税和合伙企业所得税制为例对相对独立性理论进行了验证。

【财税法研究综述】栏目收录了三篇分别由三位责任编辑负责完成的综述,除《2009年财税法理论研究综述》之外,还补上了之前两卷论丛未及收录的《2007年财税法理论研究综述》和《2008年财税法理论研究综述》,从而使本论丛的这一传统得以保持。

本卷论丛责任编辑:李刚(执行编辑)、闫海、汤洁茵。

《财税法论丛》编辑部

2010年10月28日

中国财税法网(www.cftl.cn)

目 录

【税法总论】

- 中国:税收、避税与法治 … Frans Vanistendael 著 曹明星 译(1)
日本公共预算的宪政机理与制度规范 …… 闫 海(20)
国家课税权的合法性解释 …… 梁 灯(44)
再论税收债权债务关系 …… 周刚志(82)

【税收实体法与程序法】

- 矿业权转让税收问题的探讨 …… 魏敬森(99)
质疑税收优先权 …… 向逢春(111)

【海峡两岸税收程序法比较】

- 两岸税务行政内部救济程序之比较研究
——以税捐稽征(征管) 法为中心 …… 洪家殷 江彦佐(157)
税捐主体在两岸税捐稽征程序中的地位 …… 柯格钟(192)

【国际税法与外国税法】

- 当代世界各国税收征管改革的最新趋势
——以美、加等七国近五年税收战略规划为蓝本 …… 王鸿貌(209)
数字化产品贸易税收立法探讨
——以欧盟增值税改革法案为视角 …… 张卫彬(226)
美国纳税人诉讼制度及其对中国之借鉴 …… 韩姗姗(244)

- 消除双重征税的制度比较:美国国家对外贸易理事会《境外
所得项目:21世纪国际税收政策》报告摘选…………… 崔 威(268)

【财税法案例】

税务案件证据规则探析

- 三则案例的结合论证…………… 董剑飞 王 震(301)

【硕博学位论文选登】

- 企业所得税课税理论的反思与重构…………… 朱智跃(317)

【财税法研究综述】

- 2007年财税法理论研究综述…………… 汤洁茵(362)
2008年财税法理论研究综述…………… 本课题组(381)
2009年财税法理论研究综述…………… 本课题组(408)

Contents

General Issues of Fiscal and Tax Law

China: Taxation, Tax Avoidance and the Rule of Law

..... *Frans Vanistendael, Translator; Bristar M. Cao* (1)

Study on Constitutionalism Mechanism and Institutional Norms

of Public Budget in Japan *YAN Hai* (20)

Explanation of Legitimacy of State Taxation *LIANG Deng* (44)

On Debtor-Creditor Relationship of Tax *ZHOU Gang-zhi* (82)

Substantive and Procedural Tax Law

On Tax Issues about the Transfer of Exploration-mining Right

..... *WEI Jing-miao* (99)

To Query about the Tax Priority *XIANG Feng-chun* (111)

Comparison of Procedural Tax Law of Cross-Strait

A Comparative Study on Procedures of Administrative Remedies for

Tax Matters of Cross-Strait—Focusing on Issues Regarding the

Tax Collection Act *HUNG Jia-yin JIANG Yan zwo* (157)

An Analysis of the Legal Status of Taxpayers in the Tax Collection

Procedures of Cross-Strait *KE Ge zhong* (192)

International Tax Law and Foreign Tax Law

Latest Trends of Tax Collection and Administration of Various

Countries at the Present Age—With Recent Five Years of Tax

- Strategies of Seven Countries such as the USA, Canada as
a Blueprint *WANG Hong-mao*(209)
- An Analysis of the EU VAT Legislation of Digitised Products
..... *ZHANG Wei-bin*(226)
- Taxpayer's Litigation in the United States and Its Experiences to
China *HAN Shan-shan*(244)
- Comparisons of Approaches to Eliminating Double Taxation:
Excerpts from the National Foreign Trade Council "Foreign
Income Project; International Tax Policy for the 21st Century"
..... *CUI Wei*(268)

Cases for Fiscal and Tax Law

- On Tax Evidence Rules—Take three Cases as the Angle of
View *DONG Jian-fei WANG Zhen*(301)

Thesis for Master's & Doctoral Degree

- The Research of Reflection and Reconstruction of Enterprise
Income Taxation *ZHU Zhi-yue*(317)

Fiscal and Tax Law Research Summarization

- 2007 Fiscal and Tax Law Research Summarization
..... *TANG Jie-yin*(362)
- 2008 Fiscal and Tax Law Research Summarization
..... *Group for the task*(381)
- 2009 Fiscal and Tax Law Research Summarization
..... *Group for the task*(408)

财税法总论

中国:税收、避税与法治*

Frans Vanistendael** 著 曹明星***译

目 次

- 一、引言:中国与古罗马,相同的起点
- 二、法治的历史沿革
- 三、法治在西方
- 四、法治在中国
- 五、法治对税收的影响
- 六、结论

* 本文系基于2010年3月31日在北京千禧大酒店“国际财政文献局中国办事处成立典礼”上的主题演讲稿修改而成。比利时鲁汶大学汉学家 Stijn Deklerck 教授为本文提供了关于中国法律的历史发展方面的意见;作为法律方面的背景资料,本文参考了北京大学法学院教授、北京大学比较法和法社会学研究所执行主任张骐先生的两篇文章:1) *The Dynamics from the Ideal to the Reality, the Rule of Law in China, Social Science in China*, 2002, pp. 14 - 29; 2) *Towards a Precedent System in China—One Method of Institutionalisation of the Rule of Law in China*, V *Harvard—China Review* 1 (Spring 2004), pp. 60 - 64。

** Frans Vanistendael 教授,本文作者,荷兰阿姆斯特丹国际财政文献局学术委员会主席,鲁汶—蒂尔堡欧洲税务学院主任。

*** 曹明星,本文译者,法学博士,中央财经大学税务学院讲师。特别感谢 IBFD 中国办公室运营代表杨后鲁先生对演讲稿所做的前期工作,这为译者的翻译打下良好基础。

一、引言:中国与古罗马,相同的起点

税收是一种建立在法治基础上的经济和社会现象。税并不是依据经济或社会的原始事实进行征收。税收(制度)是更为广泛的法律制度的一部分,而这个更为广泛的法律制度的性质也就决定了作为其组成部分的所有税收制度的法律特征。

在中国传统上,法律制度也被称为“法”。“法”,作为由统治者颁布的法规或命令,是与“礼”相对应的,后者有时也被不很准确地翻译成“人治”。“礼”是儒家传统中的一个艰深的概念,意思是仪式、神圣的习俗或道德准则。在西方的古罗马传统中,法治与道德规则之间的类似的对立似乎也存在过。古罗马人有句谚语:“Quid leges sine moribus?”,意思是“没有道德,法律或法规有什么价值?”在拉丁文中,“mos”(复数形式 mores)的意思是习俗或道德,就像“礼”指的是祖先的传统,这些传统通过不断重复成为习俗,同时也受宗教和道德的启发影响。因此,表面而言,大约20个世纪前,在汉代与古罗马王朝,两个帝国的人们行为规则似乎产生于两个类似的源头:实在法、道德传统和习俗。

在当今的西方,法律制度通常被描述成“法治”的制度体系,而中国,如我们在后文将要讨论的那样,^①也已决定迈向“法治”之路。这是否意味着,今天我们在英文和中文中使用“法治”这一表述指的是同样的事物,抑或,作为两个社会中的法律制度的构成部分的税收制度,它们在应用与解释上也采取类似的方式?经验告诉我们,事实并非如此。问题是为什么?与其只是盯住差异本身不放,不如研究更有趣的问题:这些差异是为什么和如何产生的,以及是否有一种方法可以调和这些差异?在经济和社会全球化的世界里,针对后一个问题的答案非常重要。对于“法治”理念的共通理解和其在税收领域的适用,将不仅简化和促进跨境贸易关系,也推动人际关系更加简洁。

^① 参见本文第四部分中“1.”。

二、法治的历史沿革

用短短的几句话来概括法律与社会习俗的几千年演进,这是一件“不可能完成的任务”,如此分析将不可避免地流于肤浅。但极简而言之:在中国,“礼”仍然是决定社会行为的主要规则,“礼”仅以非常缓慢的速度在发展;而在西方却发生了几项重大事件:(1)随着基督教对古罗马帝国的征服,古罗马人的旧道德也被一个全新的基督教道德所取代;(2)但是由教会来贯彻执行并启发了世俗立法的基督教道德在上个时代失去了影响,这意味着在西方对道德规则的内容几乎没有残存的共识存在;(3)现代西方的“法治”理念不是发源于古罗马法,而是从“启蒙”的政治理念发展而来,这些理念表述在美国和法国伟大的革命宣言里和许多西方成文宪法里;(4)在法制(包括制定法和法院的判例法)的发展过程中,一种道德理念深植其中,该理念认为法律制度需要得到“诚信”遵守,而这暗含着在一个法律关系中各方之间相互信任的态度。

虽然“礼”的演变是缓慢的,但自1911年清王朝灭亡后,中国发生了许多事件。到“文革”结束时,“礼”与“法”之间的传统区别看上去几乎已经荡然无存。自那以后,特别是在1992年提出了“社会主义市场经济”理念以来,中国一直以惊人的速度进行立法,特别是在包括税法在内的经济法律领域。在许多情况下,中国看似在从西方引进立法样板,比如增值税制度的引进。但是,当人们对规则的建构方式稍加注意时,就会发现这些制度存在着实质性的差异,而这些差异与“法治”理念的不同有关。

三、法治在西方

1. 西方的法治理念

在西方,法治并不是那么多地涉及成文法,而是与一系列的法律基本原则相关联,这些基本原则是构建社会的基础,它们可以在国际条约中看到,也可以在成文宪法或在法院建立的基本判决规则中发现。我们只探讨法治中有关税收的那些方面。

从税收角度而言,法治有以下几个主要特征:(1)合法性原则;

(2)平等原则;(3)三权分立原则;(4)人身保护和审判的权利。前两个是税收立法和解释方面的重要原则,后两个原则在界定税收管理上的执法调查权以及逃避税案件中的司法检查权方面具有重要意义。

2. 合法性原则

税收的合法性原则是一个有着悠久历史的原则,开始于1215年的英国大宪章。在那个时代,欧洲盛行的封建制度不是基于法治,这依赖于领主与其封臣之间的一种人身依附关系。封臣从领主处得到一个“feodum”或封地^①(公国、县或郡)的使用权,被授予对封地居民的管辖权和征税权。该封臣将宣誓效忠领主并通过养兵或提供其他服务对其承担义务,这被称为贡。随着时间的推移,当领主再向其封臣提出纳贡要求时,原先对领主的具体的、人身的忠诚义务和军事的支持义务逐渐演变成成为一种更为普遍采用的金钱上的贡献。封臣本身也可以成为其他更小的封臣的领主,依此类推。

1215年,当英国国王约翰向他的封臣和贵族提出纳贡要求时,这种对领主提供的封建人身支持义务遭到质疑。这时批准贡赋需要满足一个条件,即相关税费征收必须有那些需要纳税的人的代表们的同意。由此产生了“无代表不纳税(不得征税)”的原则。这一原则在西方历史中慢慢发展,近600年后在美国和法国革命的《人权宣言》里得到了庄严确认。这个时候最重要的变化是,批准税收的代表不是原来的贵族或封建诸侯,而是议会中经过民主选举产生的群众代表。

合法性原则以这种方式出现在19世纪和20世纪的大多数西方宪法里。它被认为是限制国王或领主随意进行专断征税的一种保障。其结果是,在这个原则下,只有以议会通过的明确的、毫不含糊的法律条文为基础,税收才能发生。

3. 平等原则

在启蒙运动的同一历史时期,平等原则也体现在几乎所有的宪法之中。一般来说,这个原则可以解释为:(1)法律的适用一定不能考虑人的

^① 封地是封臣受封于领主的一片领土(称为公国、县或郡),条件是封臣就封地向领主提供军事服务或其他(金钱上的)支持。

身份;(2)如果人们情况相同,法律的适用应该一视同仁;(3)在法律上作出区分的标准应是客观的、符合法律的目的的。在税收领域,这一原则被认为是反对昔日相当普遍的特权和豁免现象的绝对保证。

但是,在实践中这一原则的运用表现得非常混杂。在许多国家,税收法律的合宪性不能在法庭受到质疑,由此,这一原则仍然只是立法人员的一种理想或政治目标,而不是纳税人可以在法庭上适用的法律规范。在宪法性的平等原则可以在法院适用的那些国家,法院有不同的做法。像比利时和德国一些国家,宪法法院在税收案件中一直非常积极地适用平等征税原则,产生了大量的判例法,而这些判例法往往又不能明确并前后一致。正相反,在联邦税收领域,美国最高法院一直非常不愿意适用美国宪法中的平等保护条款,理由是:非民选的税务法庭不应代表纳税人的民选的国会通过的税收法治上的差异作出判断。^①

4. 三权分立原则与公正审判

法治也受到孟德斯鸠在他的著作“*L'Esprit des Lois*”(《论法的精神》)一书中提出的“三权分立”学说的影响。这一学说区分了一个国家中政府的三个部门:立法部门、行政部门和司法部门。这些部门中每个都必须是独立和相互分开的。在大多数西方国家,立法和行政部门之间的分权在相当程度上已变得模糊,因为行政机关已经获得了对立法者的某种控制。但是司法部门保持了独立,并更加成为制衡行政部门的重要力量。事实上,分权独立的司法机构已经在很大程度上成为个体公民法律保护的唯一保证,在公民作为纳税人角色时亦是如此。在行政部门和纳税人的税务纠纷中,法官是最终的仲裁者。

这种独立的司法机构也保障了公正的审判,这在刑事法律中特别重要,在涉及逃税等税收刑事法律方面尤为如此。在司法审判中,纳税人被赋予了和税收管理者“同样的(法律权利)武器”。纳税人有权查看自己的档案文件,可以提出辩护反对税务机关要求自证其罪,另外,还有一整套的保护纳税人的权利安排。

^① Frans Vanistendael,“欧洲税收平等的经济与比较分析”,载《弗兰兹·瓦塞迈尔纪念文集》,贝克出版社,慕尼黑(2005年),第523~525页。

四、法治在中国

1. 中国的法治理念

在儒家传统中,“法”只有在惩罚那些不遵守“礼”的人时才需要。因此,强制性的社会行为规则的主要来源是“礼”(习惯和传统)。“法”只是被当作一种工具来帮助建立和执行“礼”。“礼”的目标是建立一个和谐的社会。因此,冲突最好的解决办法不是通过诉讼而是根据调解来完成。法官与律师在冲突解决中没有发挥大的作用。冲突常常通过乡村长者、朋友和家庭成员的干预得到解决。有一种说法是“进公堂如入虎穴”。作为法定的规则,“法”被视为国家的规定,是皇帝颁发给地方官员的命令,这些地方官员负责执行这些命令。

这个传统几乎被战争和20世纪的革命所摧毁。当邓小平上台后,法律特别是制定法作为经济发展的稳定因素而再次变得重要。1992年,中国共产党的十四大确认,在建立“社会主义市场经济”,特别是在中国向国际经济开放方面,“法治”具有重要作用。在当时的讨论中,尚不清楚法治在意义上是定义为“以法而治”还是“法律之治”:法律上的控制还是法律至上。在1978年到1999年间,中国花了几乎20年时间弄明白法治的理念。^①后一个坚持法律至上的定义最终占了上风,并被写入中国宪法。在这个期间,许多中国法治得到修订,国际惯例也被纳入中国法规;这样,笼统而言,中国的法治开始看上去像是西方的法治。

然而,现代中国的“法治”理念与西方的很不相同。它的目标是建立一个尽可能全面的法律制度,以涵盖社会行为的各个方面,从而让大家知道什么可以做,什么不该做。法律应成为社会的最高规范,同时应成为调整人的行为的无所不包的规范:“法治”。这完全不同于传统意义上的“法”,也与表现为西方社会“法治”特征的那些基本原则有所不同。

^① 讨论集中于这样一点,即在“法”字后面加上什么字比较合适。第一种解释要在“法”后面加上“制”,第二种解释要在“法”后面加上“治”。最后,第二种解释方法赢得了胜利,意指“法治”与“人治”相对,从而保障公共权力在法律的最高控制下得到有效检查控制与合理行使。