

Contemporary Chinese Legal
Development

中国社会转型时期的
法律发展

许传玺 主编



法律出版社
LAW PRESS

Contemporary Chinese Legal
Development

中国社会转型时期的
法律发展

陈瑞华 著

法律出版社
LAW PRESS

Contemporary Chinese
Legal Development

中国社会转型时期的
法律发展

许传玺 主编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国社会转型时期的法律发展/许传玺主编. —北京:
法律出版社, 2004. 4

ISBN 7-5036-4798-1

I. 中… II. 许… III. 社会主义法制—建设—研
究—中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 014194 号

法律出版社·中国

责任编辑/孙东育

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

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

开本/A5

印张/20.25 字数/594 千

版本/2004 年 5 月第 1 版

印次/2004 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939686 传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

网址/www.Chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 7-5036-4798-1/D·4516 定价: 38.00 元

■ 作者简介(以论文编次为序)

江 平 莫斯科大学法律系法学学士;曾应邀在国外多所院校和研究机构担任访问教授和访问学者。原中国政法大学校长、第七届全国人大代表、第七届全国人大常委会委员、第七届全国人大法律委员会副主任;中国法学会副会长。曾主持、参加多部重要法律(如《民法通则》、《行政诉讼法》)的起草和修订。现任中国政法大学教授、博士生导师;中国经济法研究会副会长;北京仲裁委员会主任;中国国际经济贸易仲裁委员会顾问;全国人大法律工作委员会民法起草小组组长。

柯 恩 Jerome A. Cohen,美国当代中国法研究的开创人和资深权威。耶鲁大学法学院法博士(J. D.)、耶鲁大学政治学学士。曾任美国哈佛大学法学院副院长、教授;哈佛大学法学院东亚法律研究中心创建人、主任;美国宝维斯国际律师事务所(Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison)合伙人;北京—纽约姐妹城市美方主席。现任美国纽约大学法学院资深教授、美国对外关系委员会资深研究员。

夏 勇 北京大学法律系法理学专业法学博士、法制史专业法学硕士;西南政法学院法学学士;美国哈佛大学法学院访问学者;哈佛大学肯尼迪政府学院博士后研究员。现任中国社会科学院法学研究所所长、研究员,研究生院教授、博士生导师,法学系主任等。兼任北京大学教授、中国法理学研究会副会长、北京市人民检察院特约监督检查员、青海省政府科教顾问等职。

梁治平 中国人民大学法律系外国法制史专业法学硕士;西南政法学院法学学士;美国哥伦比亚大学法学院访问学者;哈佛大学法学院访问学者。曾在中国人民大学法律系任教;后担任中国艺术研究院中

国文化研究所研究员及法律文化研究中心主任;曾受邀赴欧美及亚洲多所大学和学术研究机构访问、出席会议和讲学,包括担任法国高等社会科学院访问教授和普林斯顿高等研究院研究员。现为上海法律与经济研究所所长。

裴文晔 Randall Peerenboom,美国哥伦比亚大学法学院法博士(J. D.);夏威夷大学比较哲学博士、中国宗教硕士;威斯康星大学文科学士。曾任哥伦比亚大学法学院《中国法学刊》(Journal of Chinese Law)编委;英国富而德国际律师事务所(Freshfields Solicitors)驻北京律师。现任美国加利福尼亚大学洛杉矶分校法学院执行教授(Acting Professor of Law)。

季卫东 日本京都大学法学博士、法学硕士;北京大学法律系法学学士;美国斯坦福大学法学院访问学者。现任日本神户大学法学部教授、研究生院法学研究科教授;社会学国际协会法社会学研究委员会指定理事;日本法社会学会理事;亚洲太平洋论坛(淡路会议)学术委员会委员;日本关西亚洲民商事法研究会理事;英国《法社会学国际杂志》编委;香港《二十一世纪》双月刊编委。

冯华健 Daniel R. Fung,英国伦敦大学法学硕士;香港资深大律师、御用大律师(Queen's Counsel);香港特区政府原律政专员(Solicitor General);曾任哈佛大学法学院东亚法律研究中心访问学者、耶鲁大学法学院访问学者;现任香港特区政府广播事务管理局主席。其合著者王鸣峰为英国牛津大学法学学士,香港特区大律师;黄庆康为香港特区政府高级助理律政专员;尹平笑为香港特区政府高级政府律师。

王利明 中国人民大学法学博士、法学硕士。美国密执安大学法学院访问学者;哈佛大学法学院访问学者。中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师;中国民商事法律科学研究中心(国家教育部人文社会科学重点研究基地)主任;中国国际经济贸易仲裁委员会副主任;第九届全国人民代表大会代表;第九届全国人民代表大会财经委员会委员;全国人民代表大会法律工作委员会民法起草小组核心成员。

梁慧星 中国社会科学院研究生院法学系民法专业法学硕士;西

南政法学院法学学士。1981年10月起在中国社会科学院法学研究所从事民法学研究;曾任《法学研究》杂志副主编、民法研究室主任等职。现为中国社会科学院法学研究所研究员、研究生院教授、博士生导师、《法学研究》杂志主编;国务院学位委员会委员;全国人民代表大会法律工作委员会民法起草小组核心成员。

方流芳 中国人民大学法学博士、法学硕士;南京中医学院医学学士;美国哥伦比亚大学法学院访问学者;哈佛大学法学院访问学者。曾多次担任全国人大常委会、国家经贸委、国家体改委、中国证监会等部门的专家咨询委员,就《公司法》、《证券法》等重要法律的起草和/或修改提供咨询,并担任世界银行、亚洲发展银行的专家咨询员。现为中国政法大学教授、博士生导师,民商经济法学院学术委员会主席。

刘洪 美国哈佛大学法学院法硕士(LL. M.);北京大学法学学士。曾任中国证监会首席律师兼法律部主任、证监会《证券法》起草小组组长、美加国际性律师事务所合伙人级别责任律师、全球性投资银行董事总经理等。兼任北京大学法学院副教授、牛津大学工商管理学院客座研究员、斯坦福大学法学研究员等。曾获得瑞士世界经济论坛“青年成就奖”及《商业周刊》“亚洲之星奖”。

江伟 中国人民大学法律系法学学士。曾作为全国人大常委会民事诉讼法起草小组成员参加1979年后民事诉讼法的起草和修订。在中国人民大学法学院任教多年,现为中国人民大学法学院教授、博士生导师;中国法学会诉讼法学研究会副会长,民事诉讼法专业委员会主任;最高人民检察院专家咨询委员会委员;全国人大财经委员会破产法起草小组顾问。其合著者邵明现为中国人民大学法学院讲师。

陈兴良 中国人民大学法律系刑法专业法学博士、刑法专业法学硕士;北京大学法律系法学学士。曾任中国人民大学法学院教授、博士生导师。现任北京大学法学院副院长、教授、博士生导师、学术委员会主席,兼任北京大学刑事法理论研究所所长、中国犯罪学研究会副会长、中国刑法学研究会干事、中国比较法学研究会干事。1998年入选国家教委首批跨世纪优秀人才培养计划,并获国务院政府特殊津贴。

郭丹青 Donald C. Clarke, 美国哈佛大学法学院法博士(J. D.); 英国伦敦大学东方及非洲研究学院中国政府与政治专业硕士; 美国普林斯顿大学威尔逊公共及国际事务学院学士。曾任《哈佛法律评论》及《哈佛国际法学刊》编委; 美国华盛顿大学法学院教授; 美国宝维斯国际律师事务所律师; 耶鲁大学法学院中国法中心研究员。现为美国华盛顿大学法学院教授; 美国对外关系委员会研究员。

陈光中 北京大学法律系法学学士。原中国政法大学校长。曾积极参与《刑事诉讼法》的起草、修订和其他重要立法活动。现为中国政法大学教授、博士生导师、诉讼法学研究中心名誉主任; 中国法学会副会长; 中国法学会诉讼法研究会会长; 国务院学位委员会法学评议组成员; 最高人民法院特邀咨询员; 最高人民检察院咨询委员会委员; 国家教育部人文社会科学研究专家咨询委员会委员等。

徐益初 原中国社会科学院法学研究所刑法研究室主任、研究员; 中国社会科学院研究生院教授、硕士生导师; 中国法学会诉讼法研究会理事、顾问。现任最高人民检察院政策研究室顾问。主要从事刑事訴訟法、司法公正等课题的研究, 并多次参与相关的立法咨询、法律起草等活动。

黄 进 武汉大学法学院法学博士、法学硕士、法学学士; 瑞士比较法研究所及荷兰海牙国际法学院访问学者; 美国耶鲁大学法学院访问学者。曾任武汉大学国际法研究所所长、法学院副院长、校长助理。现任武汉大学法学院教授、博士生导师, 武汉大学教务长; 国务院学位委员会法学评议组成员; 中国国际私法研究会副会长兼秘书长; 中国国际法学会理事; 中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员; 澳门政府立法事务办公室法律专家。

陈弘毅 Albert Hung-ye Chen, 美国哈佛大学法学院法硕士(LL. M.); 香港大学法学院法硕士、法学士。原香港大学法学院院长、法律系主任。现任香港大学法学院法学教授, 《香港法律学刊》(Hong Kong Law Journal)共同主编; 香港特区基本法委员会委员; 《社会与法律研究》(Social and Legal Studies)国际编委会成员; 国际比较法学会(The International Academy of Comparative Law)会员。

贺卫方 中国政法大学法学硕士;西南政法学院法学学士;美国密执安大学法学院访问学者;哈佛大学法学院访问学者。曾在中国政法大学任教多年并主持《比较法研究》季刊的编辑工作。现任北京大学法学院教授、博士生导师、北京大学司法研究中心主任、《中外法学》主编。兼任全国外国法制史学会副会长、中国法学会比较法学研究会副会长、法理学会理事等社会职务;并担任国内多所院校的客座教授或兼职教授。

李 本 Benjamin L. Liebman, 美国哈佛大学法学院法博士(J. D.);英国牛津大学政治经济哲学学士;美国耶鲁大学文科学士。曾任《哈佛法律评论》论文编辑、编委;美国联邦第一上诉法院法官助理;美国联邦最高法院大法官助理;美国苏利文·克伦威尔国际律师事务所(Sullivan & Cromwell)驻伦敦律师。现任美国哥伦比亚大学法学院副教授、中国法律研究中心主任。

目 录

中国社会转型时期的法律发展(代绪言)·····	许传玺(1)
-------------------------	--------

第一编 总 论

国家与社会关系的转变

——论中国现今法律观念之变化·····	江 平(31)
中国近二十年法律发展之回顾·····	[美]柯 恩(41)
论和女士及其与德、赛先生之关系	
——兼议现代中国的人权意识·····	夏 勇(48)
法治:社会转型时期的制度建构	
——对中国法律现代化运动的一个内在观察·····	梁治平(62)
依法治国:当代中国的法治和法律的角色 ·····	[美]裴文睿(117)

第二编 宪 法

中国宪法改革的途径与财产权问题·····	季卫东(167)
基本法诉讼与司法审查	
····· (香港)冯华健 王鸣峰 黄庆康 尹平笑	(192)

第三编 民法 商法 民事诉讼法

关于中国合同法的基本原则·····	王利明(231)
制定中国物权法的若干问题·····	梁慧星(253)
国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突 ·····	方流芳(280)
中国证券监管工作指导思想暨监管理念·····	刘 洪(314)
走向 21 世纪的中国民事诉讼法学 ·····	江 伟 邵 明(325)

第四编 刑法 刑事诉讼法

- 新旧刑法比较研究..... 陈兴良(393)
中国修订《刑法》评价..... [美]郭丹青(448)
中国刑事诉讼法学的发展..... 陈光中 徐益初(493)

第五编 港、澳、台问题 区际法

- 中国法制的新发展:从单一法制到多元法制 黄 进(533)
“一国两制”的概念及其在香港的适用..... 陈弘毅(547)

第六编 司法制度 法律职业

- 中国司法管理制度的两个问题..... 贺卫方(567)
中国的律师、法律援助与合法性 [美]李 本(587)

- 后记..... (633)

中国社会转型时期的法律发展

——代绪言

许传玺

以 1978 年开始的经济改革为起点,中国社会在其经济、政治、法律等诸方面都经历了逐渐深入、逐渐全面的转型。这种转型首先表现在经济上:通过放松对人们经济行为和经济活动的管制,中国政府在愈来愈大的程度上允许和鼓励人们对经济利益的追求,实行从计划经济向市场经济的转变。在政治上,这种转型不仅体现为行政机制和行政手段从经济领域的逐步退出,而且体现为随着市场经济的发展而逐渐确立的民主意识,以及在这种意识推动下原有政治体制的逐渐民主化。在法律上,这种转型不仅存在于以法律形式对经济和政治转型予以确认,而且——在更重要的意义上——存在于对法律本身价值的体会、认同和向法治的演进。

本书所收录的 19 篇文章,对中国法律改革在不同领域(包括权利和法治意识、宪法、民商法、刑法、国际法与港澳台问题、法律职业等)所取得的成就和仍存在的问题进行了较集中的讨论。作为对本书所收文章的背景介绍和某种程度上的补充,本文试图对中国法律改革的发展做初步的探讨和分析。因篇幅所限,涉及的重点将主要包括:(1)法律改革的背景;(2)法律改革的基本脉络和走向;(3)立法的发展及其仍然存在的问题;(4)司法和法律执行的发展及其仍然存在的问题;(5)在第五部分(即结论部分)将试图提出若干结论和具体的建议。

一、法律改革的背景

无论是在时间上还是在实质上,中国近期的社会转型都是以其经济体制改革为先导的。在经历了“文化大革命”所带来的十年动乱之后,中国政府在政策上最突出的转向是着重发展经济,实行改革开放,恢复和改善国计民生。^①总的来看,在经济改革于1978年底开始以后,相应的政治改革和法律改革才随之逐步展开,使中国社会逐渐进入了全面的转型时期。^②

作为中国社会转型的主要动因,经济上的改革在很大程度上导致了法律上的改革。法律发展被当成经济发展的有力工具和必要要求,成为——在某种意义上——经济改革的一部分。例如,从改革初期在农村试行的“联产承包责任制”开始,中国的经济改革对国家、集体和个人之间在经济领域内的相互关系进行了各种调整。这些调整,如在所有权、经营权、使用权等各方面的调整,本来就是既属于经济方面,又属于法律方面的改革。各种新的经济政策的制定和实施,反映在法律层面,便不可避免地构成了对有关权利义务、行为规范等在法律意义上的(重新)界定和实行。

经济改革,以及经济改革给中国社会所带来的广泛深刻的社会变革,因此构成了中国法律发展的主要背景。通过经济改革,中国的经济景观和经济活动经历了重大的变化。无数的个人和家庭摆脱了原有计划经济体制的约束,成为经济领域新的活跃的主体;私有、半私有和其

① 见1978年12月22日公布的《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》。根据该公报,作为执政党的中国共产党决定将其工作重心“由阶级斗争转移到经济建设上来”,从而开始了迄今已持续20余年、成绩斐然的经济改革。参见《中共中央关于经济体制改革的决定》(1984)。

② 有些学者,如梁治平先生,采用了一种更深远的历史视角,强调这段时期的社会改革与清朝末年开始的社会改革之间的连续性,所以是在更宽泛的意义上使用“社会转型”一词(详见本书梁治平文,结论部分)。将中国的“社会转型”看成是由清末开始的持续的历史过程当然不无道理(如,对中国传统法律的有系统的批判和反思的确始于清末,并延续至今)。但是,这种历史的“长镜头”似乎是以牺牲历史细节和历史事实为代价的:当代中国所经历的社会转型,如从计划经济向市场经济的转变,主要是以对中国当代具体的社会现实的体认(如对“文化大革命”的反思)为动机、为起因的。基于这种考虑,本文所论及的“社会转型”仅限于中国大致于1978年后所发生的社会改革。

他形式的国内经济组织大量涌现、发展；外国资本和经营者相继进入；原有国有、国营企业要么在其所有制（如通过股份化、企业并购等手段）和经营方式上做出适应市场需要的转变，要么逐渐萎缩、衰退；证券市场在经历了其初建时期的混乱和无序之后已逐渐成熟，成为众多企业和个人经济活动愈加重要的组成部分，等等。这些变化都逐渐改变着中国人的经济、法律和政治生活，改变着他们在这些方面的观念和追求，^③并且因此——在根本上——影响着法律改革、政治改革以及进一步的经济改革。在与经济生活密切相关的法律法规（如中外合资经营企业法、中外合作经营企业法、合同法、公司法、证券法、价格法等）的发展变化中，经济改革充当了无可争议的主导者和推动者。即使在——按照传统眼光——与经济关系不甚密切的法律法规（如刑法）方面，经济改革也发挥了不可忽视的、实质的影响（譬如在经济犯罪的界定和处理方面）。^④此外，由经济改革所带来的各种观念的变化也在更深刻、或许更不易为人察觉的层面上影响着包括法律观念在内的各种价值取向和相应的社会进步。^⑤

③ 这些变化归结到一点，便构成了经济改革给中国社会所带来的最重要的转变，即：在愈来愈广的范围内和愈来愈大的程度上增加企业和个人对财产的（私人）占有。如果说现代民主制的根基在于公民对财产的占有（而公民对财产的占有又以自由、广泛的市场机制为其必要条件），那么，对于财产的占有对公民体认其自身的民主权利、增强其相应的权利意识也必定会起到积极的作用。如江平教授所说，经济改革通过从承包制向股份制（包括职工持股）转化等方式所带来的“股权多元化”和“产权社会化”可使众多的公民——作为财产所有者——切实体会到其相应的权利与义务（见本书江平文，第36～38页），从而影响其相应的经济、法律和政治观念。参见本书柯恩文，第44～45页（拥有股票对股民的权利观念也应有实质的影响）。有关股票市场和股民行为的人类学研究，可参见 Ellen Hertz, *The Trading Crowd: An Ethnography of the Shanghai Stock Market*, Cambridge, UK: Cambridge University Press (1998)。

④ 参见本书陈兴良文，第394页；郭丹青文，第462～463页。有关刑法与经济改革一般关系的论述，参见陈兴良文，第397～398页（民事立法、经济立法是市场经济法律体系的主体部分，但不能因此忽视刑事立法在建立市场经济法律体系中的地位和作用）；又见陈兴良著：《当代中国刑法新理念》，中国政法大学出版社1996年版，第111～112页。

⑤ 参见上注3。这些观念的变化对中国社会向公民社会（civil society）的演进和中国的进一步法治化、民主化当能产生潜移默化的积极影响。

与经济改革相比,政治改革构成了中国当代法律发展较为次要(但仍然颇具实际意义)的背景。“文化大革命”给邓小平等新一代的中国领导人以多方面的警醒和反思。这其中不仅包括对原计划经济体制的逐步放弃和(如前文所述)经济改革的开始,而且——或许在更直接的意义上——包括对“文化大革命”所代表的“无法无天”的政治动乱和法律瘫痪的强烈不满。针对“文化大革命”中的个人专断和对人权、对法律的践踏,^⑥邓小平等国家领导人因而提出重建“民主集中制”和“建立、健全社会主义法制”。^⑦这种政治和与政治紧密相连的法律方面的改革和重新定位,在经历了十年浩劫的中国领导人心目中,对保障社会稳定、纠正“文化大革命”的错误有着积极、直接的作用。^⑧一些关键的政治性的法律文件,如宪法,因而较快地得到了修改;刑法和刑事诉讼法在“文化大革命”结束仅3年后便已推出;公安、检察和法院等核心司法机关得到恢复和重建;在全国人大常委会专门设立了法制工作委员会,等等。如下文所述,后者在中国的法律发展中,尤其是立法方面,发挥了举足轻重的作用。

总的来说,“文化大革命”后中国所进行的法律改革,是以经济改革和政治改革为其重要背景的,并与后两者在一定程度上同为对“文化大

⑥ “文化大革命”最富有政治和法律意义、最惨痛的一幕或许就是时任国家主席的刘少奇在被红卫兵押走批斗之前,手举《中华人民共和国宪法》申诉自己作为中国公民的人身权利而不被理睬,反遭辱骂毒打。

⑦ 参见邓小平:“解放思想,实事求是,团结一致向前看”(1978年12月13日在中共中央工作会议闭幕会上的讲话,收入《邓小平文选》第2卷,人民出版社1994年版,第140~153页)(“当前这个时期,特别需要强调民主。因为在过去一个相当长的时间内,民主集中制没有真正实行……”;“为了保障人民民主,必须加强法制……”)。随后召开的十一届三中全会正式确立了“加强社会主义法制”的方针(见《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》,上注1)。

⑧ 参见邓小平在十一届三中全会上的讲话:“为了保障人民民主,必须加强社会主义法制,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性,做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究……”(见《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》,上注1)。即使在今天看来,这段有关民主和法制(如果不是“法治”的话)的表述仍然颇具深度;倘能真正实行,对促进中国社会的稳定、公正和理性发展当会有实质的作用。不过,虽然中国的政治改革因为可以理解的原因一直落后于其经济改革,这种政治方面的改革和追求仍然构成中国法律改革的一个重要背景。

革命”的反思。就其主要动机和具体内容而言,这段时期的法律改革在很大程度上是经济的,尤其是在经济改革的要求或推动下,以经济为主要内容的法律改革(如商法改革和部分民法的改革);在较小的程度上是政治的(如对宪法所做的修改和在1997年颁布的新刑法中对政治犯罪——原“反革命”罪——的删除);余下的——在较为狭隘的语义上——是法律的,即法律本身(操作)规范的改革,如民事诉讼程序、刑事诉讼程序的确立、改进和正在进行的民事证据法和刑事证据法的起草。下一部分将对此作进一步的说明。

二、法律改革的基本脉络和走向

在经济改革和政治改革的背景下,中国当代法律改革主要呈现出以下基本脉络和走向:(1)从1978年底经济改革开始,直至1995年9月召开的中国共产党第十四届五中全会,中国的法律改革基本上是为经济改革的辅助工具,并且主要以此得到重视和发展;(2)从1995年9月中国共产党第十四届五中全会正式提出“依法治国”这一口号至今,中国的法律改革开始更明确地追求法律自身的价值和权威。“依法治国”和“(社会主义)法治”正式成为官方的政治话语,甚至作为国家的一项基本制度,被反映到1999年的宪法修正案中。法律的自身价值——而不仅是作为经济发展工具的价值——开始得到承认,而法治也逐渐成为和经济繁荣同样值得追求的目标。具体讨论请见下文。

(一)作为经济改革工具的法律改革

如上所述,中国的法律改革在从其开始到目前的绝大部分时间内都是被当作经济改革的工具来看待和实施的。这在话语和实质这两个层面上都有具体表现。

在话语层面,这种“法律工具主义”(legal instrumentalism)被明确地表现在法院要“为改革开放服务”、“为经济建设保驾护航”、“市场经济就是法制/治经济”、“建立市场经济所需要的法律”等一系列口号和提

法当中。^⑨ 这些口号和提法明显地表露出将法律作为经济发展工具的观念;法律之所以被看重,主要是因为它对经济改革的保障和促进作用。按照这种观念,法律改革不过是经济改革的一个辅助成分,是国家政府在其治国实践中为实现经济发展这一目的可以选用的一种手段和措施。

但在另一方面,与经济改革和法律改革开始前的状况相比,这些口号和提法至少部分地认识到法律在现代社会中的功能,并因此在较大程度上提高了法律的地位。按照正统的马克思列宁主义经典作家的观点,法律——作为上层建筑和国家机器的一部分——是统治阶级压迫其他阶级的暴力工具。^⑩ 这种观点强调了法律的制裁、镇压作用,而未充分地认识到法律在建立和维持现代经济秩序、设定现代市场规范等方面的作用。与这一传统观念相比,上述口号与命题无疑是一个相当大的进步。

例如,风行一时的“市场经济就是法制/治经济”这一口号至少将法制/治提升到与经济发展几乎同等重要的地位。在中国,经济改革与市场经济的重要性和必要性——虽然几经挫折——已经被置于不容置疑的地位。^⑪ 将“法制/治”作为市场经济的一个定义性的特征(defined characteristic)对法律改革无疑会有相当实际的推动作用。至于这一口号所包含的另一个重要观念——法律能够促进经济的发展——虽然其

^⑨ 对“市场经济就是法制/治经济”这一命题的有关论述,可参见孙国华主编:《市场经济是法治经济》,天津人民出版社1995年版。对这一口号的批评与质疑,可参见苏力:“关于市场经济与法律文化的一点思考”,《北京大学学报》1993年第4期;林喆:“对‘市场经济是法制经济’的一点质疑”,《中国法学》1994年第1期。

^⑩ 这种观念更是一种不加掩饰的法律工具主义。参见本书陈兴良文,第434~435页(在中国改革开放前以国家集中垄断为特征的社会结构中,刑法成为国家推行其意志的暴力工具;因此,工具性便成为当时刑法的根本特征)。

^⑪ 虽然在1989年后,中国经济改革的前景曾一度很不乐观,在邓小平于1992年初发表其著名的南巡讲话后,经济改革已成为中国政府不容改变的基本国策。