

1978-2008

中国法学30年

舒扬 主编

于静 副主编



中山大学出版社

1978—2008

中国法学30年

China Law 30 years

舒 扬 主 编

于 静 副主编

中山大学出版社

· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法学 30 年: 1978—2008/舒扬主编; 于静副主编. —广州: 中山大学出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 306 - 03235 - 5

I. 中… II. ①舒… ②于… III. 法学—研究—中国—1978—2008
IV. D920. 0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 189213 号

出 版 人: 叶侨健

策划编辑: 方 立

责任编辑: 李 文

封面设计: 纪泽西

责任校对: 赖艳艳

责任技编: 黄少伟

出版发行: 中山大学出版社

电 话: 编辑部 020 - 84111996, 84113349

发行部 020 - 84111998, 84111981, 84111160

地 址: 广州市新港西路 135 号

邮 编: 510275 传 真: 020 - 84036565

网 址: <http://www.zsup.com.cn> E-mail: zdcbs@mail.sysu.edu.cn

印 刷 者: 广州市新光明印刷有限公司

规 格: 787mm × 1092mm 1/16 30 印张 540 千字

版次印次: 2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 58.00 元

本书如发现因印装质量问题影响阅读, 请与出版社发行部联系调换



前言

30 是一个吉利的整数。30 后面要是加上了年辰，那就必定是一个不短的历史。中国时间的 1978—2008 年，整整 30 个连串叠加起来的年头，酿成了给予人类世界的一个猛然的震撼，一个巨大的惊骇；生成了一个世界上惠及人口最多的法律的革命性变异。放眼远望，古往今来，人类法律史和法学史上波澜壮阔的文明运动，孕育和出产了多少令人不得不顶礼膜拜的法律世界的先进制度和睿智学理。因为她们均是在数以千年计的岁月里陆续有来的，所以，后人对她们的追溯与回望，大可以是法律森林中情绪松弛的信马由缰，或者可以是法学后庭里欣赏式的漫步。然而，中国法律与法学的 30 年（1978—2008），却是绝地逢生，风雷激荡，摧枯拉朽，改弦更张，万船竞发，气冲霄汉，成就卓著，光彩照人的 30 年。回顾 30 年的法律与法学的中国进程，我辈大有一种喜悦的“紧张”，庆幸的“吃惊”，因为所有的动静与发生，都框定在一个不长的时间段落里；所有的事件与变故，都浓缩在一个有限的机会空间之中。法律人对这段历史的回望，真有如沐春风、如坐快车、如梦未醒、如入异境的感觉。正可谓：沧海桑田，世事惊变，法律如炬，神州有眼。法治中国，方向对头，路基坚固，长车驰动，惯性冲力，谁可阻挡？！

言及泱泱大中国之法律与法学，谁敢掐头去尾，武断定格 30 年？诚然，中国的法律与法学也是根源深邃的。远古神话里已有法的思想与言辞，公元前 4 世纪，管子就首倡“以法治国”的理念。孔孟之道沿袭千年而不衰，在其中，也有关于法权与治国理政的丰富而精深的说理。先秦法家对法的意义与作用，早已作过一系列论述，特别彰显了中国传统法理学的初期成就。先贤大哲韩非子就曾成功地宣明过：“国无常强无常弱，奉法者强则国强，奉法者弱则国弱”。“法制兴则国兴，法制废则国危”早早地已成为华夏古国

的历史镜鉴。史记的“文景之治”、“贞观之治”等名朝盛世，无一不是以厉行法制著称天下的。遵法守礼、社会和谐，并非只是西洋诸国一朝一代的专美。

然而，中华的法统又确实多有被纠缠不清或胡乱切割的厄运，法律与法的理念和精神，总是容易被外力弄得支离破碎和混沌不清。帝王的换班，朝代的更替，天道的接驳，国制的洗牌也总找不出一个恒常贯通于历史的根据。砍人头砍出个江山，放人血凝成个铁律，权力世界的“天经地义”由此而生，久而久之，不再被人存疑。一直到公元1978年的前夕，社会竟然要以“无法无天”为时尚、为荣光。一切法统的秩序荡然无存，法的声音和思想销声匿迹，国家和众生濒临彻底毁灭的边缘，我们所处的世界几近跌入末日。

公元1978年骤生的中国社会改革风云，呼唤法律的紫气云集、徐徐东来。可以称之为救亡图存的改革劲风，让那些残存于华夏文明巨库已久的完全干瘪了的法律和法学的种子，重落沃原水土，滋滋速生，哗啦啦在华夏大地冒发出一大片、一大片的法律制度与思想的绿色森森树林……

站在公元2008年尾回望，始发于1978年的中国现代法律及现代法学30年流光岁月，你掩隐了多少经历、多少故事、多少曲折、多少悲情、多少拐点、多少进步、多少挫败、多少成功、多少跃进……本书就是一段集体的记忆、一段社会胶片、一种众志成城的印象。30年能诠释出一个什么样的法律与法学的历史？也许有人会这样提问。我这样说吧，历史实则就是万千气象的事后叙述的拼凑与合成，历史可以有多种复述和解读，但最好不再有一种复制式的上演。防止拙劣的复制“升格”为“皇帝的新衣”，警示何种创新实为倒退，这是本书的目的。时间赋予了任何人都逃避不了的发展的义务，尽管时光的流淌是悄声的，但它永不停顿并誓不回头。已经构成的事物的发展，其实本身就是科学的，被人叫着发展的东西会主动淘汰非科学而客观固执地去选择科学。以此为据，已经算是30年厚积薄发的中国现代法律与法学，将再一次出发，将继续朝着历史的看似未知的深处出发。

舒扬

2008年10月于广州麓湖山居

目录 Contents

第一编 重建与创新，法学走出虚无主义 ——中国法学 30 年之 1978—1987 年

(执笔：蒋余浩 舒扬)

第一章 当代中国法学复兴的时代背景	3
一、结束“文革”和拨乱反正	3
(一) 总结历史，中国走上发展的正轨	3
(二) “两案”审判，中国走向民主和法制	5
二、真理标准大讨论和突破思想束缚	9
第二章 法理再造	15
一、法治的正当性论证	15
(一) 法治和人治问题的讨论	15
(二) 法律的本质：社会性抑或阶级性？	22
(三) 马克思主义法学的中国发展	28
(四) 中国式的社会主义法学体系和法律体系	35
二、法律原则的莫立	42
(一) 法律面前，人人平等	42
(二) 审判独立的原则	45
三、法文化探析	47
(一) 批判儒家法伦理	47
(二) 传统中国法文化的现代转化	49
(三) 中国法文化的固有特征	52
(四) 对西方法律思想研究	56

第三章 宪政研究	64
一、宪法规范	64
(一) 改革开放宪法的提出：从 1978 年修宪到 1982 年修宪	64
(二) 四项基本原则和宪法的关系	70
(三) 公民基本权利	73
(四) 国家机构的重建	81
二、人民代表大会制度研究	86
(一) 人大法律制度的健全	86
(二) 选举制度的民主化发展	89
三、中央与地方关系的研究	94
(一) 从行政性分权开始的改革主张	94
(二) 关于地方立法的讨论	99
(三) 基层民主建设	106
第四章 市场化压力下的法制发展	111
一、民商事立法研究	111
(一) 涉外经济立法先行	111
(二) 市场经济的法律制度框架	116
二、刑法研究	123
(一) 刑事秩序的正常化：平反冤假错案	123
(二) 严打：从阶级斗争走向打击普通刑事犯罪	125
(三) 刑法保护经济秩序的功能	130
三、审判研究	133
(一) 恢复公检法机构	133
(二) 诉讼法律制度的制定	136
(三) 民事、经济审判方式改革	138
第五章 法律教育	141
一、法律院系的恢复与建设	141
二、学科重建：经济法与民法之争	145

三、普法运动	148
--------------	-----

第二编 “依法治国”，划时代的方略之选 ——中国法学 30 年之 1988—1997 年

(执笔：于静 彭颖)

第六章 法治建设的时代背景及法学的发展	157
一、“法治”，法律实践活动的总体精神	157
(一) 从“法制”到“法治”	159
(二) 邓小平法制理论	162
(三) 中南海讲法	166
二、法理学的发展	170
(一) 初步发展时期	172
(二) 加快发展时期	173
(三) 全面发展时期	175
三、主要的理论交锋	176
(一) 法律解释	176
(二) 本土论和移植论之争	178
第七章 求索理想的法制建设与法学研究	181
一、宪法与行政法	182
(一) 1988 年修宪：为“私营经济”正名	182
(二) 1993 年修宪：为“富强”而奋斗	182
(三) 依法行政得到贯彻和加强	184
(四) 国家赔偿制度化、法律化	193
二、民商法	194
(一) 《公司法》为市场主体多元化提供了广阔平台	203
(二) 商品房法律制度逐渐形成	204
(三) 金融立法，完善金融服务与加强金融监管并举	204
(四) 《劳动法》、《工会法》相继出台	211

(五)《破产法》得到进一步完善,允许企业法人破产	216
三、刑法	219
(一)为改革提供法律保障,突出了对社会主义市场经济 的保护	222
(二)取消“类推”,“罪刑法定”得到进一步明确	222
(三)取消三个“口袋罪”,即渎职罪、流氓罪、投机 倒把罪	226
(四)增设“贪污贿赂罪”一章	227
(五)刑罚人性化	228
(六)“单位犯罪”	228
(七)刑事诉讼更强调对犯罪人权益的保障	232
四、法律职业立法体系雏形初现	233
(一)《法官法》	234
(二)《检察官法》	241
(三)《律师法》	246
第八章 彰显忠诚的法治实践	253
一、审判制度改革	256
(一)“立审分离”	256
(二)民事审判方式改革	260
(三)案件审批制度改革	263
二、检察制度改革与发展历程	266
(一)发展历程	267
(二)设立机构	269
三、关于我国的仲裁、律师、法律援助等相关制度	275
(一)仲裁制度	275
(二)律师职业的法治历程	281
(三)法律援助制度	288
第九章 法学教育的发展及全民“普法”运动的继续	292
一、法学教育的发展	293

(一) 法学教育规模迅速扩大	294
(二) 法学教育的层次日趋齐全, 结构日趋完善	300
(三) 法学学科学位制度从无到有, 成效显著	301
二、全民普法运动的继续	302
三、“二五”、“三五”普法的具体实施	304
四、关于普法的理论认识	306

第十章 反思	312
---------------------	------------

第三编 繁荣与发展, 中国法律现代化的全面展开 ——中国法学 30 年之 1998—2008 年

(执笔: 柳立子 董克难)

第十一章 我国向现代化法治转型	317
------------------------------	------------

一、法治前行	318
二、宪政框架稳固发展	324
三、宪法学的发展	330

第十二章 依法行政与建设法治政府	335
-------------------------------	------------

一、理论探索	336
二、依法行政制度发展	339
三、机构改革	343

第十三章 市场经济法治化的进一步发展	347
---------------------------------	------------

一、市场经济与依法治国	347
二、民商法学的全面发展	349
三、商法制度体系的成熟完善	353

第十四章 权利意识全面觉醒	368
----------------------------	------------

一、公民法律意识迅速提高	368
--------------------	-----

二、关注保护民生蔚然成风	377
三、社会法的理论诞生和制度发展	381

第十五章 我国法制积极回应全球化 388

一、学术争鸣	388
二、WTO 协定成我国国际法重要渊源	392
(一) 关于我国国内法与 WTO 协定适用的关系问题	393
(二) 关于将世贸规则转化为国家法律和法规问题	395
(三) 关于透明度原则对我国立法、司法、行政等提出的 新要求	396
三、加入 WTO 促进我国经济法体系基本形成	398
(一) 外贸法律体系日益完善	399
(二) 金融法律法规纷纷适时修订	401
(三) 反倾销立法不断进步	404
(四) 《反垄断法》终于出台	405

第十六章 刑事法治不断完善 407

一、基本刑事政策向宽严相济转变	407
(一) 宽严相济刑事政策的提出	407
(二) 宽严相济刑事政策的推行	412
二、最高人民法院收回死刑复核权	415
(一) 死刑复核权放与收的全过程演变	415
(二) 下放死刑核准权弊病重重	418
(三) 死刑核准权收回的成效	420

第十七章 法律职业化向前迈步 423

一、学术探讨	423
二、我国司法改革与法律职业化建设	427
(一) 法官职业化建设的实践	430
(二) 检察官职业化建设的实践	436
三、律师制度的新发展	440

第十八章 法学教育蓬勃发展	445
一、法学教育空前发展	445
二、法学教育改革的实践	448
(一) 法学教育改革的背景	448
(二) 法学教育改革的具体实践	450
三、法学教育现代化探讨	452
(一) 法学教育现代化的宏观背景	453
(二) 法学教育现代化的各种认识	454
(三) 法学教育界就我国高等法学教育改革与发展战略形成 一定共识	456
编后杂谈	462

1978—1987

第一编
First

重建与创新， 法学走出虚无主义

——中国法学30年之1978—1987年

执笔：蒋余浩 舒扬



第一章

当代中国法学复兴的时代背景

The Background of Revival of Law in Contemporary China

一、结束“文革”和拨乱反正

（一）总结历史，中国走上发展的正轨

历史无法改变，但是历史留下的印迹却可以作为未来的基石，因此，哲学家克尔凯郭尔会说：只有向后看历史才有意义，而生活总是要向前。新中国在完成新民主主义革命任务之后，进入社会主义建设阶段，在探索道路上辗转反复，既创造了迅速恢复国民经济的伟大奇迹，也产生了过激运动的人为悲剧，其中的经验和教训值得我们不断地深入检讨和学习。20 世纪 70 年代末期，中国领导层果断地结束“文革”，在政治路线和思想指导方针上实行拨乱反正，使中国走上务实、发展的现代化建设道路，这是新时期一切工作的起点，同样也是中国法学事业得以大力发展的时代背景。认真回顾这段历史，有助于我们理解所经历的历史，也更有助于我们判断未来应该如何行进。

1976 年 10 月，“文革”结束，中国步入正常政治秩序。两年后的 12 月 18 - 22 日，中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议在京召开，全会的中心议题和最大成就，是确立了把全党的工作重点转移到社会主义现代化建设上来的重大决策。在大会开幕之前，召开了历时 36 天的中央工作会议，



党的许多老一辈革命家和领导骨干出席会议，就“文革”结束后两年来党的领导工作发表了意见，对党的工作重点的转移、对今后在经济政治方面的具体部署、对如何恢复和发扬党的优良传统等，提出积极的建议。邓小平同志在工作会议闭幕式上作了题为《解放思想，实事求是，团结一致向前看》的重要讲话，提出“解放思想，开动脑筋，实事求是，团结一致向前看”的主张。他指出：“只有思想解放了，我们才能正确地以马列主义、毛泽东思想为指导，解决过去遗留的问题，解决新出现的一系列问题，正确地改革同生产力迅速发展不相适应的生产关系和上层建筑，根据我国的实际情况，确定实现四个现代化的具体道路、方针、方法和措施。”在这个重要讲话中，邓小平明确强调，“处理遗留问题为的是向前看”，而以“向前看”为根本原则的工作部署就是务实和求新：“要向前看，就要及时地研究新情况和解决新问题，否则我们就不可能顺利前进。各方面的新情况都要研究，各方面的新问题都要解决，尤其要注意研究和解决管理方法、管理制度、经济政策这三方面的问题。”在这次会议上，党的领导层就工作重心的转移、就现代化建设事业的发展方向，达成了高度的共识，为三中全会的胜利召开做了充分准备。

五天之后，中共中央十一届三中全会召开，会议解决的主要问题有：①确立正确的马克思主义思想路线。全会坚决批判了“两个凡是”的错误方针，高度评价了关于真理标准问题的讨论，确定了解放思想、开动脑筋、实事求是、团结一致向前看的指导方针。②确立正确的马克思主义政治路线。全会果断地停止使用“以阶级斗争为纲”和“无产阶级专政下继续革命”的口号，作出把工作重点转移到社会主义现代化建设上来的战略决策，并提出了对党和国家各个方面的工作进行改革的任务。③确立了党的正确的组织路线。提出要健全社会主义民主和加强社会主义法制的任务，提出“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”的十六字工作指导方针，审查和解决了党的历史上一批重大冤假错案和一些重要领导人的功过是非问题，纠正了过去对彭德怀、陶铸、薄一波、杨尚昆等同志所作的错误结论。

十一届三中全会是新中国建立以来党的历史上具有深远意义的重要会议。它总结历史，从根本上冲破了长久以来“左倾”错误思想的严重束缚，端正了党的指导思想，重新确立了党的马克思主义的正确路线；通过拨乱反正，提出了改革任务，作出富有务实精神的战略决策，推动农村经济改革事



业向纵深发展，确定了社会主义现代化建设的战略方针。至此，中国不但已经在政治思想意识上结束了“文革”，而且在具体的决策部署上也完成了对于“文革”错误路线的纠正。中国开始走上发展的正轨。

（二）“两案”审判，中国走向民主和法制

1981年6月27日，中共中央十一届六中全会通过《关于建国以来党的若干历史问题的决议》（以下简称《决议》），全面回顾历史，总结经验和教训。《决议》认识到，“逐步建设高度民主的社会主义政治制度，是社会主义革命的根本任务之一”，而“新中国建立以来没有重视这一任务，成了‘文革’得以发生的一个重要条件，这是一个沉痛教训”。因此，党和国家在下一阶段的任务将是，“必须根据民主集中制的原则加强各级国家机关的建设，使各级人民代表大会及其常设机构成为有权威的人民权力机关，在基层政权和基层社会生活中逐步实现人民的直接民主，特别要着重努力发展各城乡企业中劳动群众对于企业事务的民主管理。必须巩固人民民主专政，完善国家的宪法和法律并使之成为任何人都必须严格遵守的不可侵犯的力量，使社会主义法制成为维护人民权利，保障生产秩序、工作秩序、生活秩序，制裁犯罪行为，打击阶级敌人破坏活动的强大武器。决不能让类似‘文革’的混乱局面在任何范围内重演”。

《决议》的这一认识是透彻的。“文革”期间，激进的群众运动冲击了正常的社会秩序，而对于法制手段的错误摒弃，则毁坏了维护秩序的最后一道屏障。于是，赤裸裸的文攻武斗可以在光天化日下上演，人与人之间的相互倾轧变得肆无忌惮，政治谎言、欺诈、不可理喻的个人崇拜、迷信，都充斥在这个国家的每一个角落。很多人都在反复思虑：一个有着悠久文明传统、崇尚礼仪的伟大民族，怎么会成了这样？有人从文化属性上寻找“劣根性”，有人在人的道德意识上求病因，反思的角度以及得出的结论不一而足。不过，必须承认，从制度层面最深刻的反省还是邓小平所言：“为了保障人民民主，必须加强法制。必须使民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”刚从“文革”走出来的中国人认识到，只有在民主和法制的基础上，国家才能发展、社会才能进步、人民才能幸福。借助这个视角作为基点，中国人不断地