



中国法治论丛

ZHONGGUO FAZHI LUNCONG

(2008年卷)

蒋立山 主编

法学与中国的制度崛起 (序)

【中国法治三十年暨宪政百年：法律与社会转型】

中国法治历史进程的回顾与展望 (李步云)

法制化的趋势与反思 (朱景文)

社会权力：社会体制改革的核心 (郭道晖)

【立法及法律运行问题】

多元化纠纷解决机制的建构与理论证成 (范愉)

行政许可设定的评价 (吴平、张笑滔)

【法学理论与法律思想文化】

再论卢梭的人民主权学说 (张恒山)

【国际视角与域外法律经验】

欧盟法制构建与发展的五十年 (鲍禄)

印度现代化进程中的法典化运动 (刘永艳)

中国政法大学法学院法制现代化研究中心
对外经贸大学比较法与欧盟法研究中心 联合创办
华中科技大学法学院中国政治与法律研究中心

知识产权出版社

中国法治评论



中国法治论丛

ZHONGGUO FAZHI LUNCONG

(2008年卷)

蒋立山 主编

知识产权出版社

内容提要

《中国法治论丛》以推进中国法律与社会转型问题研究为宗旨,以法治理论的综合性 and 跨学科研究为特色,以推动法学的“中国问题”研究为目标,全面反映法律与社会转型、法律与社会变迁及法律制度、法律运行等方面的重要学术成果。《中国法治论丛》2008 年卷共设有“法律与社会转型”、“立法与法律运行”、“国际视角与域外法律经验”等栏目,收录了李步云、朱景文、郭道晖、张恒山、朱力宇、范愉、冯玉军、鲍禄、刘永艳和蒋立山等人的学术作品。

责任编辑:汤腊冬

责任校对:董志英

文字编辑:王金之

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

中国法治论丛. 2008 年卷/蒋立山主编. —北京:知识产权出版社, 2009. 1

ISBN 978-7-80247-175-7

I. 中… II. 蒋… III. 社会主义法制—中国—文集 IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 188844 号

中国法治论丛 (2008 年卷)

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号院

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000893 82005070

责编电话: 010-82000860 转 8108

印 刷: 北京市兴怀印刷厂

开 本: 720mm×960mm 1/16

版 次: 2009 年 1 月第 1 律

字 数: 455 千字

ISBN 978-7-80247-175-7/D·743

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000893

责编邮箱: tangladong@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 24.25

印 次: 2009 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

法学与中国的制度崛起

(代 序)

蒋立山

中国的经济崛起，已经成为一个世界性的话题。无论是否看好中国的经济前景，人们都不会否认经济背后的制度元素所发挥的关键性作用。与此同时，中国仅仅作为经济大国崛起是远远不够的。人们还期待中国能够作为现代政治文明或制度文明的大国崛起。无论是作为经济大国的崛起，还是政治文明、制度文明的大国崛起，制度元素都是一个更加深刻和长远的话题。

中国法学应该关注中国经济、政治发展背后的制度元素，关注中国作为制度文明大国的崛起。

一

中国法学如何关注中国经济、政治发展背后的制度元素，如何关注中国的制度崛起？这是一个需要认真对待的大问题。

在中国社会法治化进程中，法学界始终扮演着制度设计的参与者的角色，并为中国社会主义法治国家建设作出了重要贡献。然而，也应该看到，中国法学理论在关注中国的制度发展与制度崛起方面存在诸多不如人意的地方。

当代中国法学基本上是以成文法体系为研究对象、以法律概念和规则解释为主体内容、以概念和规则之间的逻辑联系为组织脉络而构建起来的、相对静态封闭的法学体系。特别是教科书体系的法学理论，相对忽视了不同国家、社会或民族的历史特殊性和世界法律的多样化图景，相对忽视了法律制度与社会、经济、政治、文化

条件及国际政治之间的内在复杂关系,相对忽视了法律运行与制度演变。

在此种法学背景下,关乎制度发展的诸多问题没有得到满意的解答。

当一种法律制度已经显得不适应社会生活需要的时候,现有法学理论无法较好地解释在全部“推倒重来”构建全新法律与逐一逐项地渐进“修补”原有法律制度之间应该如何选择;无法较好地解释如何看待和处理移植过来的法律制度与内部千差万别的社会生活之间的紧张与冲突;无法较好地解释新的制度构建与其所期待的法律秩序之间的联系与区别;无法较好地解释如何处理某项法律制度的合理性与可行性之间的关系;无法较好地解释大国社会转型与法律变革的特殊复杂性。

在此种法学背景下,正如人们经常看到的那样,“法治理想主义”^①一直是法学界的主流。这不仅体现在法治化进程初期法学家对中国法治蓝图的描绘中,也突出表现为当中国进入法治化进程的中期阶段时,法学家如何面对法律与社会协调发展及法律秩序生长等一系列复杂的现实难题。

——法治理想主义通常是从法律的理想范式(主要是从西方法学移植过来的理想化预设)或概念出发,而不是从现实状况出发来

① 本文所谓法治理想主义,是概念法学或法律形式主义、法律教条主义在中国法治问题上的某种具体体现。按斯图尔特·麦考利关于西方现实主义法学流派的“对手”的描述,本文所谓法治理想主义,在学术渊源上应该属于麦考利所说的“法律形式主义”,即“那些以原理之逻辑为中心的传统法学流派”。参见[美]斯图尔特·麦考利:“新老法律现实主义——今非昔比”,范愉译,载《政法论坛》2006年第4期。按范愉教授的说法,“法律形式主义……最大的特点就是仅仅以一些现代理念或概念(例如人权、隐私权、知情权、自由权等)作为立法的出发点 and 价值取向,而不问这些概念背后的利益和条件究竟是什么,不关心社会环境和基本事实,更不关心法律的道德基础”。参见范愉:“新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思”,载《中国法学》2006年第4期。本文后面所要谈到的所谓法治现实主义,与范愉教授提倡的“法律现实主义”在学术主张方面基本相同,即要“提倡一种以经验(实证)研究为基本方法、从事实和具体问题出发、以解决问题为目标的现实主义法学研究方法和立场”。参见范愉:“新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思”,载《中国法学》2006年第4期。另外,在20世纪90年代中后期,曾有学者对中国法学界及法律实践部门存在的“法治浪漫主义”持批评态度,本文作者认为,法治浪漫主义与法治理想主义具体表现不同,但根源相同。关于对法治浪漫主义的批评,参见陈金钊:“走出法律万能的误区——中国浪漫主义法治观的述评”,载《法学》1995年第10期。

研究法律问题。

——法治理想主义不倾向于研究事物的现实进程及其制约因素，不愿意直面法律问题的现实复杂性。

——法治理想主义倾向于事先预设一个理想化的单一终极目标，如理想的法治社会、公民社会、法律人的统治、法律帝国等，这无助于揭示法律发展进程中的不确定性或法律演进趋势的开放性。

——法治理想主义本身容易导致一种简单化的、直线式的、论理式的思维方式，用价值理念的逻辑替代行动的逻辑，它的“理想——现实”的直线式思维模式或多或少带有激进变革的倾向。

——法治理想主义通常习惯于孤立地看待抽象化的、逻辑化的规则世界，容易忽视一个国家复杂的内部因素，容易忽视各国的不同国情以及由此带来的法律变迁的差异性和复杂性。

凡此种种表现说明，在西方法学学术传统基础上建立起来的静态封闭的中国法学，在研究中国制度崛起的时代主题方面，已经显出了众多不适应的地方。虽然法治理想主义有着不可否认的法治启蒙作用和规范指导作用，并对中国未来的法治建设仍然具有长久的重要意义，但对目前的中国而言，在一系列具体法律实践层面上的“法治改革如何可行”的问题更为突出，法治改革的可行性设计与现实合理推进问题更为迫切，法治建设的长途依然艰辛遥远，人们更需要的是科学理性的学术精神与切实可行的实践智慧。

二

由此，人们不得不对与法治理想主义相反的另一种研究思路——法治现实主义的思路产生某种期待，不得不呼唤某种着眼于中国政治文明与制度发展的、现实主义的法学理论，呼唤建立在科学精神和社会实证方法之上的中国法学理论。

与法治理想主义的立场方法不同，法治现实主义在宪政建设、立法民主化、司法改革和发展非政府组织等一系列关乎中国政治、法律等极为复杂的现实问题上，更关注法治的现实进程、制约因素及其可行的条件。

与法治理想主义的立场方法不同，法治现实主义的研究立足于

事物的现况及与此相关的趋势,不为事物的未来进程预设一个固定的理想前景,而是把各种趋势的可能性都置于理论研究的视野之中。

与法治理想主义的立场方法不同,法治现实主义在一般性地关注法学家在书本上构建的“规则世界”的同时,也同样关注不同国家民族的法律命运,以及由此带来的法律经验差异。^①

当然,这里提倡法治现实主义,与其说要否定法治理想主义,毋宁说是倡导法治理想主义与法治现实主义的结合。

实现法治理想主义与法治现实主义的结合,从目前情况看,中国法学至少要做到以下几点:

——推动法学的规范制度研究与法律制度可行性研究的结合。法律规范与法律制度的可行性研究,是中国法学的一个弱项。在许多具体法律问题上,无论是理论法学家还是部门法学家,他们都更擅长根据书本上的概念逻辑“推论”法律应该如何的问题,而对法律在实践中“如何可行”的问题却缺乏必要的关注。

——推动法律制度层面的研究与法律秩序层面研究的结合。法律秩序研究,一直是中国法学研究的疏漏环节。法学忽略对法律秩序的研究是由多方面原因造成的,比如,法律秩序是综合因素作用的结果,法律制度在其中的作用效果无法精确分离并予以评估;正统西方法学不注重研究秩序问题,那是由其他学科来承担的;法律秩序的研究需要实践的信息与数据,那是由法律实践部门掌握的。然而,诸多原因均不应该构成让法学家无视秩序的理由。法律秩序不仅是法律制度的社会目的,也是检验制度绩效的最终场所。特别是,众多法学家不仅参与制度设计的工作,同时也在培养中国未来的制度设计者。不研究法律秩序,就无从切实评估法律制度、法律规

① “法治理想主义与法治现实主义之间有方法之分,却无优劣之别。……法治理想主义多富有规范指导功能,法治现实主义多富有客观认识功能。法治理想主义有助于树立合理的、合乎时代趋势的思想理念。当理想与现实之间的差距较大、且现实的不合理性已经成为合理行动的巨大障碍时,法治理想主义的思想变革作用便会非常明显。在理想与现实的差距较小或属于日常偏离的条件下,它可以直接用于指导人们的日常法律行为,指导人们正确地认识法律概念及其背后的理念。……相比之下,法治现实主义更富客观认识的功能。法治现实主义热衷于描述事物在事实层面上的状态与运行趋势,分析影响事物运行与演进的内外因素,求证未来可能的趋势空间”。参见蒋立山:“法治理想主义与法治现实主义——读《法治进程中的‘民间治理’》有感”,载《法制与社会发展》2007年12月。

则，无从在整体上分析、研究法律的运行效果，也无从培养学生们把制度理念转化为实践的能力。

——推动西方法学理论的知识、理念、方法研究与“中国问题”研究的结合。发展中国家的已有经验和中国近年法学研究的状况表明，运用西方法学的知识和方法研究本国问题，比单纯引进西方法学知识要难得多。这也是许多国内法学工作者的切身体会。这些年来，比起其他相关学科，中国法学在引进外国学科知识方面是比较落后的，在运用外国学科知识解决中国问题方面就更显不足。这提示人们要在运用西方法学解决“中国问题”方面下大工夫。

——推动法学学科的自身建设与“以法律问题为导向”的跨学科研究的结合。当今中国的法律实践问题，很少是单一法学学科能够独立解决的，必须与其他学科协同完成。而法学的封闭研究局面，加之法学内部对自身独立学科地位的某种忧虑，使得法学在解决实践问题方面的跨学科研究进展不大，在独立面对法律实践问题时无法借助其他学科的知识形成“合力”。

——推动法理学研究与部门法学研究相结合，实现法学内部的跨学科研究。这些年来，诸多原因致使法理学与部门法学之间的关系渐行渐远。部门法学研究的问题，法理学不掌握；法理学研究的问题，部门法学不理解。由此，法理学愈发失去了在法学学科中的基础性地位。重建法理学与部门法学之间的应有联系，需要法理学合理定位自身的功能角色，把服务于中国制度发展与制度创新作为本学科的前沿方向，紧密围绕部门法学所关注的重大理论与实践问题，开辟理论创新的新天地。

三

10多年前，经济学家米尔顿·弗里德曼曾经说过一句让中国经济学界十分振奋的话：“谁能成功地解释中国经济改革和发展，谁就能够获得诺贝尔奖。”

国内经济学人士的解读是，“经济理论是用来解释经济现象的，经济理论的重要性取决于该理论所要解释的现象的重要性。……从历年诺贝尔经济学奖评奖的情况看，世界经济中心在哪里，世界级

的经济学大师就更多地出现在哪里。……随着中国经济在世界经济中的地位进一步提高,在中国土地上也必将产生领导世界经济学思潮的大师级的经济学家”。^①

按照此种逻辑,至少到本世纪中叶,中国经济学走向世界只是中国作为世界经济大国崛起的某种必然结果。同样,中国法学走向世界似乎也是一种必然。

问题是,中国法学拿什么走向世界?

中国建设社会主义法治国家的实践是人类历史上一次意义重大的制度改革实验。如果说,成功地解读中国经济发展,是一项具有世界意义的理论课题,那么,解读中国法治的成长,解读人类历史上这场规模宏大的制度实验与法律变迁,可能同样具有世界意义,也是中国法学对世界法学的贡献。

具体而言,虽然西方学者的著作中有不少关于什么是法治和什么东西构成法治的论述,并对中国法律改革起着某种借鉴作用。但是,法治社会是如何从人治社会中产生出来的?能否以及怎样在一个较短的历史时期内有目的地推动中国传统社会向现代法治文明社会转变?如何以较小成本和代价实现法律制度的变迁?这些都不在西方主流法学理论的视野之中。

换言之,在迈向世界经济大国的艰难历程的同时,中国能否以及如何作为政治文明和制度文明的大国崛起?如何处理“普适价值”与具体国情的关系?如何走出“有法律无秩序”的转型风险期?如何处理法治发展中的快变因素(如制度构建)与慢变因素(法律秩序与法治精神生长)之间的矛盾?如何使法律更有效、更低成本地回应社会急剧变化的挑战?如何理解和处理经济发展与政治(法治)、社会发展之间的复杂的目标冲突问题?这些都是中国法学面临的特殊问题,而西方法学不能提供现成答案,只能靠中国人用自己的理论实践与生活实践来回答。

在未来几十年里,中国法治依然面临一系列长期性的难题与挑

① 林毅夫:“经济发展决定诺贝尔经济学奖花落谁家——新华社记者张乃欣访著名经济学家林毅夫教授”, <http://news.sina.com.cn/o/2004-10-17/12353947134s.shtml>.

战：中国建设社会主义法治国家的目标本身就是一种挑战，这是没有任何现成模式可以参照的；中国又是一个有着 13 亿人口的、最大的发展中国家，大国的转型秩序本身即具有特殊的复杂性和艰巨性；随着“无法可依”问题的逐步解决，中国的法治建设将更多地面临快速构建起来的法律制度与生长缓慢的法律秩序和法治精神之间的矛盾。破解上述这些法治难题，既要靠法治实践的经验探索，也需要法学为其提供理论智慧。

一句话，中国法学要走向世界，就必须在向世界开放、顺应人类进步价值趋势的基础上，回归法治的“中国经验”，把中国的制度崛起作为法学的时代主题。

目 录

1 法学与中国的制度崛起（代序）

【中国法治三十年暨宪政百年：法律与社会转型】

- 1 中国法治历史进程的回顾与展望 /李步云
- 12 法制化的趋势与反思
——中国立法与诉讼量的数据分析 /朱景文
- 38 社会权力：社会体制改革的核心 /郭道晖
- 57 转型期我国法治秩序建构的现状分析 /刘金国 闻立军
- 72 近代中国的宪政模式选择反思 /卞修全
- 80 论犯罪与现代化
——法律经济分析的宏观视角 /冯玉军 罗 煜
- 105 中国的转型秩序与法治发展战略 /蒋立山

【立法及法律运行问题】

- 145 多元化纠纷解决机制的建构与理论证成 /范 愉
- 159 公民参与立法研究 /孙 丽 蔡春红 苏 东 万其刚
- 177 行政许可设定的评价 /吴 平 张笑滔
- 185 论首都城市立法的适度超前性
——以建议制定《北京市科技资源共享促进条例》为例 /于兆波
- 193 案例指导制度的几个问题 /白 晟
- 200 论文化市场综合行政执法机构建设的完善
——以北京市文化综合执法机构建设为例 /刘双舟
- 208 斡旋腐败的形成与制度根源 /邓 超 刘淑丽
- 222 为什么法律得不到有效实施
——相关理论的综述与点评 /马 茵

【法学理论与法律思想文化】

- 230 再论卢梭的人民主权学说
——兼评极权主义是否适合卢梭 /张恒山

- 244 法律文化的同一与多样及其在中国的体现 /朱力宇
249 言论自由及相关概念分析 /马 岭
270 90 年代法治道路讨论的反思与问题的新前景
——中国“阶段转化型的法治路径模式”初步构想 /王称心

【国际视角与域外法律经验】

- 278 世界法律的高度复杂性
/ (法) 米海伊·戴尔马斯-玛蒂 文/石佳友译
291 欧盟法制构建与发展的五十年 /鲍 禄
302 印度现代化进程中的法典化运动 /刘永艳
310 后自由化时代的印度及其法律改革的重要性
/ (印) 桑基夫·桑亚尔/齐崇文译、刘永艳校
319 人权、责任追究与赦免：以塞拉利昂为个案
/威廉 A. 沙巴斯/王立峰译
337 司法均衡：宪政司法的美国样板与启迪 /廖 奕

【法治随笔】

- 350 在历史与未来之间：对现行死刑政策的思考 /赵志华
360 死刑的阿基里斯之踵 /张 婕
364 参考文献
365 《中国法治论丛》2009 年卷将编辑出版“经济下行周期背景下的
法律与秩序”专辑（征稿启事）

CONTENTS*

Legal Science and the Rising of Chinese System (Preface)	
.....	Jiang li—shan (1)
【Legal Construction in China during 1978—2008 & One—century Chinese Constitutionalism: Law and Social Transformation】	
Review and Prospect for Historical Process of Chinese Legal Construction	
.....	Li Bu—yun (1)
Trend and Introspection of Legalization—Data Analysis of Chinese	
Legislation and Lawsuit	Zhu Jing—wen (12)
Social Power	Key to the Reform of Social System, Guo Dao—hui (38)
Current Situation Analysis of Chinese Legal Order Construction during	
the Social Transformation Period ...	Liu Jin—guo, Wen Li—jun (57)
Introspection of Choosing a Constitutional Mode in Modern China	
.....	Bian Xiu—quan (72)
On Crime and Modernization—the Macroscopic Perspective of	
Economical Analysis of Law	Feng Yu—jun, Luo Yu (80)
Social Transformation Order and Development Strategy of Legal	
Construction in China	Jiang Li—shan (105)
【Legislation & Operation of Law】	
Construction and Theoretical Grounds of Multifarious Disputes—	
resolution System	Fan Yu (145)
Study on Citizen Participation in Legislation	
.....	Cai Chun—hong, Su Dong, Wan Qi—gang (159)
Evaluation of Establishment of Administrative Licensing System	
.....	Wu Ping, Zhang Xiao—tao (177)
On Moderate Foresight of Urban Legislation in Beijing	
.....	Yu Zhao—bo (185)

* 李广义根据中文目录翻译。

- Several Issues of Case—guiding System Bai Sheng (193)
- On the Improvement of the Construction of the Comprehensive Law
Enforcement Agency Responsible for the Administration of the
Cultural Market Liu Shuang—zhou (200)
- Formation and Institutional Origin of Mediate Corruption
..... Deng Chao, Liu Shu—li (208)
- Why has not the Law been applied effectively—Overview and
Comments from Relevant Theories Ma Yin (222)

【Legal Theory & Thoughts and Culture of Law】

- A further Study on the People's Sovereignty of Rousseau—with
discussion of whether Totalitarianism is fit for Rousseau
..... Zhang Heng—shan (230)
- Identity and Diversity of Legal Culture and Their Embodiment in
China Zhu Li—yu (244)
- Freedom of Speech and Analysis of Relevant Concepts Ma Ling (249)
- Introspection and New Prospect on the Discussion of the Mode of
Legal System in China during the 1990s—Preliminary Idea of
the Alternate Transformation of the Mode of Legal System
..... Wang cheng—xin (270)

【International View & Foreign Law Experience】

- The grand legal complexity of the world
..... Mireille Delmas—Marty/Translated by Shi Jia—you (278)
- Construction and Development of Legal System of European
Union during 1958~2008 Bao Lu (291)
- Compilation and Characteristics of Indian Law Code during Indian
Process of Modernization Liu Yong—yan (302)
- Post—Liberalization India and the Importance of Legal Reform
..... Sanjeev Sanyal/Translated by Qi chong—wen,
Corrected by Liu Yong—yan (310)
- Human Rights, Accountability and Amnesty, with Particular
Reference to the Case of Sierra Leone
..... William A. Schabas/Translated by Wang Li—feng (319)
- Judicial Balance: American Model and Enlightenment of Judicial
Constitutionalism Liao Yi (337)

【Essay on Rule of Law】

Between History and Future: Thinking about the Policy of

Current Death Penalty	Zhao Zhi—hua (350)
Heel of Achilles in Death Penalty	zhang Jie (360)
Announcement for Soliciting Contributions in 2009	(365)

【中国法治三十年暨宪政百年：法律与社会转型】

中国法治历史进程的回顾与展望*

李步云**

在当代中国，法治也常被人们称做“依法治国”和“法治国家”。法治是全人类的共同价值追求，是最理想的一种政治法律制度模式，是各国人民通向民主、自由、幸福、安康的必由之路。

以中国共产党的十一届三中全会为标志，当代中国的法治建设，经历了两个历史发展时期。1949～1978 年的前 28 年，曾经历法治初创（1949～1956）、停滞不前（1957～1966）和彻底破坏（1966～1976）3 个阶段。它的基本特征是实行社会主义的“人治”。其主流意识形态可概括为 5 个主义：一是法律虚无主义——认为法律可有可无，主张以党代政，以党代法。二是法学教条主义——把马恩列斯毛的话句句当真理；将领袖人物的语录编辑和注解，就是马克思主义法学。三是，法律经验主义——否认理论的价值，拒绝借鉴古今中外的法律文化遗产与成果。四是法律工具主义——否认法律的伦理价值，仅仅将其视为工具；认为法律束手束脚，往往以党的政策和长官意志替代法律。五是法律实用主义——强调法律为无产阶级专政服务，不能正确处理法律和政治的关系，不尊重法律应有的尊严和权威。

1978～2008 年的后 30 年，作为改革开放新时代的重要内容，中国开始了依法治国的历史性进程。在此期间，以 1996 年为界，大致经历了先期的理论准备和法治实践，以及后期的正式确立依法治国方略并进一步推进法治国家建设这样两个发展阶段。

1978 年之后的早期法治实践，有 4 件大事将作为标志性事件载入史册。一是党的十一届三中全会。它的公报指出：“为了保障人民民主，必须加强社

* 本文是 2008 年 10 月 8 日李步云教授在中共中央党校为学员作的“中国法治进程的回顾与展望”报告的文稿，发表时略有删改。——编者

** 中国社会科学院荣誉学部委员。