

教育部人文社会科学重点研究基地重大项目资助
(08JJD820173)

齐延平 主编

LAW

当代中国的法制转型
——以权利为视角的考察

山东大学出版社

教育部人文社会科学重点研究基地
重大项目资助(08JJD820173)

当代中国的法制转型

——以权利为视角的考察

齐延平 主编

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

当代中国的法制转型:以权利为视角的考察/齐延平主编. —济南:
山东大学出版社, 2016. 10
ISBN 978-7-5607-5639-4

I. ①当… II. ①齐… III. ①法制史—研究—中国 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 244567 号

责任策划:尹凤桐

责任编辑:姜 明 李艳玲

封面设计:张 荔

出版发行:山东大学出版社

社 址 山东省济南市山大南路 20 号

邮 编 250100

电 话 市场部(0531)88364466

经 销:山东省新华书店

印 刷:济南新科印务有限公司

规 格:720 毫米×1000 毫米 1/16

19.75 印张 333 千字

版 次:2016 年 10 月第 1 版

印 次:2016 年 10 月第 1 次印刷

定 价:37.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

目 录

引 言	(1)
第一章 当代中国法制转型的背景	(5)
第一节 近代中国法制建设概况	(5)
第二节 近代中国法制转型的发展逻辑:以立宪为中心	(12)
第三节 法治中国与国家治理现代化的汇流:以宪法变迁为视角 ...	(29)
第四节 主权与权利双重变奏下的中国法制转型	(39)
第二章 当代中国法制转型期的权利观	(46)
第一节 法制转型与权利观的形成	(46)
第二节 作为法律技术层面的权利观	(57)
第三节 作为法律价值层面的权利观	(67)
第四节 作为社会事实层面的权利观	(81)
第五节 权利观与当代中国法制转型	(96)
第三章 当代权利取向的立法转型	(103)
第一节 从基本权利性质看立法者的义务	(105)
第二节 中国当代基本权利立法的现状	(110)
第三节 基本权利立法对公民权利发展趋势的回应	(126)
第四节 新兴权利群的扩展与立法的应然转向	(133)

2 当代中国的法制转型——以权利为视角的考察

第四章 当代权利取向的执法转型	(145)
第一节 普法运动与民众权利意识的觉醒	(147)
第二节 工具主义取向的执法观	(151)
第三节 转向权利取向的执法观	(157)
第五章 转型期中国的司法变迁	(171)
第一节 用话语分析透视中国的司法转型	(172)
第二节 转型期人民法院政治话语的转变	(176)
第三节 转型期人民法院司法手段的转变	(187)
第四节 转型期人民法院对公共政策的执行	(201)
附 录	(225)
一、中国人权法学的学科独立性初探 ——以 2008 年的研究成果为基础	齐延平 于文豪(225)
二、中国人权法学学术自主性的探寻 ——以 2009 年的研究成果为基础	齐延平 于文豪(247)
三、中国人权法学研究的多学科实践面向	齐延平 于文豪(272)
主要参考文献	(289)
后 记	(311)

引言

就中国的社会发展来看,自晚清国门洞开之后,现代化就一直是无数志士仁人矢志奋斗的目标。与中国社会现代化转型相辅相成,制度领域先后发生了三次法制转型。^①前两次转型由于时局的影响以及各种政治因素的左右,并没有能够持续下去,开花而未结果。党的十一届三中全会以后,中国法制转型进入了一个前所未有的历史时期。这次法制转型以经济方面的法律改革为先导,用经济法制方面的改革来带动有关政治、社会领域的法律发展。从整体趋势来看,当下中国法制转型试图完成从身份到契约、从权力到权利的运动,以及从义务本位到权利本位、从人治到法治的变迁。在这一过程中,权利意识的萌兴、权利观念的上升、权利文化的养成、权利法治体系的完善、权利保护的落实,是中国法制转型成功与否的关键。然而,从道德权利到法定权利,再到现实权利的权利逻辑中,存在从道德权利到法定权利的“惊险一跳”。没有权利的法定化,道德权利就会失去国家强制力的保障;没有权利的法定化,权利的实现就缺乏了最基本的条件。因此,权利的法定化在权利的逻辑中居于承上启下的地位。基于此,本研究主要以权利法定化为研究视角,系统分析在将道德权利逐步上升为法定权利过程中,中国立法、执法和司法发生或应当发生怎样的转变,以及由于权利法定化程度受制于各种社会因素影响,中国立法、执法和司法又是如何对这些社会制约因素进行有力回应的等核心问题。

^① 第一次法制转型主要包括清末改制、共和革命、北洋政府时期的法律发展以及南京国民政府时期的法律建设;第二次法律转型主要是指从新民主主义革命时期至“文化大革命”时期进行的一系列法制探讨;第三次转型主要是指当代的法制建设,特别是指十一届三中全会以后中国进行得如火如荼的法制建设。(参见公丕祥:《中国的法制现代化》,中国政法大学出版社2004年版,第205~663页)

2 当代中国的法制转型——以权利为视角的考察

就中国法学界有关法制转型问题的既有研究而言,学者们主要采取了以下几种进路:第一种是“法制现代化”的研究进路。这种研究进路的主要特点是把现代化理论运用于法律发展研究,其主要涉及法制现代化的目标、模式、动力和内容等。^①第二种研究进路是运用价值分析的观点和方法,从人权、民主、法治等“高位”价值标准出发,将中国法制转型作为人权、民主、法治等价值目标的实现过程来把握的,并以价值追求引导法制的变革和转型。^②第三种研究进路是把法制转型作为社会转型的一个组成部分,在法律与社会的相互关系中来把握法制转型问题的。^③从这种进路来看,社会转型包括经济、政治、文化、传统、法制等多个方面,而法制转型只是其中的一个子系统,并受制于其他子系统的影响。从这个意义上来说,法制转型并不是一个独立自主的系统,而是一个不断受到经济、政治、文化、传统等因素影响和制约的非自主的子系统。总体来看,这些研究对于推进中国法制转型具有重要的理论和现实意义,也反映了学者们对于当下中国法治建设高度关注的理论自觉。但是这些研究主要还是采取一种较为宏观的研究,即从法治精神的转换、法律理念的变革、法律功能的转变等角度来展开分析,而较少从具体法律运行的角度来思考中国法制转型这一问题。另外,这些研究也没有从权利法定化这一内部视角来较为系统地考察当下中国法制转型。因此,本项研究具有以下几个方面的意义:

首先,在研究方法上有自己的特点。法学界以往对中国法制转型的研究主要采用了法制现代化的研究范式,此外还进行了大量的法律与社会关系研究,即从法律与经济、政治、文化、传统的复杂关系方面把握法制转型问题。总体上看,法学界主要采用了哲学、历史学、社会学的研究方法,而没有真正站在法学的角度、采用法学方法来研究法制转型问题。所谓法学,按照卡尔·拉伦茨的

① 相关研究成果主要有公丕祥教授的《中国的法制现代化》(中国政法大学出版社2004年版)、《法制现代化的理论逻辑》(中国政法大学出版社1999年版)、《当代中国的法律革命》(法律出版社1999年版)等,强世功教授的《法制与治理——国家转型中的法律》(中国政法大学出版社2003年版)。

② 相关研究成果有夏勇教授的《中国民权哲学》(三联书店2004年版)、齐延平教授的《人权与法治》(山东人民出版社2003年版),相关论文有徐显明教授的《生存权论》(载《中国社会科学》1992年第2期)。

③ 相关研究成果有张千帆教授等的《宪政、法治与经济发展》(北京大学出版社2004年版)、王建均的《市场经济与人权——社会主义市场经济条件下的人权问题》(社会科学文献出版社2006年版),对法制转型与政治转型研究的相关成果有夏勇教授的《依法治国——国家与社会》(社会科学文献出版社2004年版)、季卫东教授的《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》(北京大学出版社2003年版)。与对法制转型与政治、经济的关注相比,学界对法制转型与文化、传统、历史的关系表现出了更多的兴趣。相关成果有王人博教授的《宪政的中国之道》(山东人民出版社2003年版)等。

定义,即以某个特定的、在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问。因此,本研究在方法论上将在已有的哲学、社会学、历史学向法学渗透过程中所产生的学术成果的基础上,采用法学方法来研究权利是如何法定化、现实化的。

其次,在研究内容上更加具体细致。法学界以往对中国法制转型的研究多为宏大叙事,如法制现代化研究范式,或者边缘交叉研究,即研究影响法制转型的经济、政治、文化、传统等社会因素。需注意的是,法制转型乃是法律制度自身的转型,必须深入到法律制度中去,研究法制本身是如何变迁的,而不能仅仅止步于宏大叙事和交叉研究。为此,选择权利法定化这一内部视角考察当代中国的法制转型,恰恰能把握当代中国法制转型的核心和主题。“权利”不仅是时代的主题和关键词,也是法律与法治的核心范畴。透过权利及其法定化,可以使深入到法律制度内部,研究权利法定化在不同的法部门中是如何具体推进、展开的,因此所进行的研究主要不是价值论的,也不是社会学意义上的,而主要是法学意义上的。所谓“权利的法定化”,在成文法国家的中国必然考察到立法文本,又由于习惯法作为法源之一种而必然考察到法律解释、司法案例,因此,宪法、法律、行政法规、司法解释、行政规范性文件等等都将成为权利法定化的考察对象。

再次,本研究具有时代意义。自党的十一届三中全会以来,对当代中国三十年的法制转型进行客观评估具有重要的实践意义。不容否认,三十多年的法制建设不论在立法、行政还是司法上都取得了巨大成就,但问题依然很多,立法数量的剧增并没有带来人们所期望的法治。如何真正实现法制转型成为中国人百年来始终不懈追求的梦想,这个梦想在我们当代人手中能否实现?或者说在多大程度上已经实现?必须对当代中国的法制转型进行认真研究和客观评估后才能作答。

就本研究设定的问题而言,它主要研究了“中国法制转型的背景”“当代中国法制转型期的权利观”“当代权利取向的立法转型”“当代权利取向的执法转型”“转型中国的司法变迁”等基本问题。具体而言:

第一章“当代中国法制转型的背景”,分析了中国近代法制转型的基本历程,厘清了中国法制转型的发展逻辑。在本研究看来,改革开放以前高度同质化的中国社会(无论是传统社会,还是通过特定政策改造而成的社会)慢慢发展为价值多元的社会,个体与社会的自治得到极大发展,传统的宗族社会与国家管控一切的父权社会几乎消亡,从而引发道德、伦理、文化领域的价值重构是中

国当下法制转型的基本背景。

第二章“当代中国法制转型期的权利观”，分析了中国当下权利观形成的基本过程、当下中国权利观的基本特点、当下中国权利观的基本层次等重要问题。研究认为，权利观念和制度的转型既是法制转型的核心内容，又是法制转型成功与否的前提。就当下中国法制转型而言，它主要经历了（经历着）权力本位范式到权利本位范式这样一个转换过程。这一转换过程体现在立法、执法、司法等法制运行的各个环节，并日趋形成了中国特色权利观。当代中国法制转型期的权利观既有作为法律技术层面的一面，也有作为法律价值层面的一面，还有作为社会事实层面的一面。

第三章“当代权利取向的立法转型”，对中国当下公民基本权利立法保障状况进行了梳理，在此基础上指出了中国权利立法存在着选择性作为和消极作为等问题。为了推进公民权利的保护，基本权利立法应当实现从偏重秩序追求向权利保障的转向，以及从选择性作为和消极作为向全面积极作为的转向，通过多方面的立法举措，尽快为法治国家建设奠定良善的法规范体系基础。

第四章“当代权利取向的执法转型”，认为当下中国政府在执法过程中仍然具有强烈的工具主义取向，这种执法取向需要向权利取向转变。通过分析，本研究得出的基本结论是政府权威的推动与顶层设计是中国执法转型的主要推动力。在这个转变过程中，中国既要强调政府思维模式和行为方式需要进行法制化转轨，又要强调培育民众理性地“为权利而斗争”的精神对于当下执法转型具有重要意义。

第五章“转型中国的司法变迁”，在研究了中国当下司法向权利保障转型的同时，也极为强调政治功能的实现。因此，中国在构建现代司法制度时需要高度关注中国司法权力运作的环境空间，需要强化用正当法律程序的方式来实现政治的目的或体现现实的政治需求的意识，需要坚持宪法这一最低底线，维护宪法的权威，用宪法来引领中国政治制度、政治架构、政治意识形态以及公共政策的发展。

第一章 当代中国法制转型的背景

自清末以来,中国开始踏上现代化转型之路。清末修律与清末立宪为中国近代法制之开端,修律开启了中国律法的现代化之路,而立宪则从根本上扭转了中国的政治组织原则、制度与理念。对于人权保障而言,立宪相较修律具有更为重要的象征意义;但就整体而言,立宪又是清末修律的组成部分,并构成了清末修律以后中国法制走向现代化的精神与制度基础。在中国由帝制向近代立宪国家转变的过程中,传统以礼入法的观念就要发生根本性转变,传统律法的根本原则、规则体系以及文化基础也要发生根本性颠覆。因此,权利观念就构成了当代中国法制转型的一条主线。

第一节 近代中国法制建设概况

一、清末修律——中国法制现代化之开端

1. 清末修律的历史背景与内容

19世纪中后叶,列强的坚船利炮轰开了封闭的国门,民族资本主义伴随着自给自足的自然经济的瓦解而产生和发展,孤立封闭的传统文化受迥异的西方文化思潮的猛烈冲击而遭受质疑、瓦解,内忧外患、主权沦丧之时局促进民族独立意识之觉醒。在经济基础、社会结构、文化主流悄然改变之际,上层建筑之变化也成了历史的必然。“庚子国变”后,社会各界的有识之士呼吁整顿时弊,力求通过改良封建的上层建筑,以利资本主义的发展。于是,一场旨在改革中国传统法律制度的修律运动拉开了帷幕。

随着政治、经济以及社会环境的变化,清末修律大致经历了两个阶段:第一

阶段(1902~1905年)主要侧重于删除旧律例,调整旧法体系,同时制定一些单行法规以满足当时社会需要。第二阶段(1906~1911年)以“预备立宪”为契机,开展与法律制度相关的活动,主要有三项:其一,仿效西方议会制度,设立中央资政院与地方咨议局;其二,实行司法领域之官制改革,采各国公例,将司法从行政中剥离;其三,颁布《钦定宪法大纲》和《宪法重大信条十九条》。此外,在各部门法建设方面,编纂了大量的法典,如《大清新刑律》《大清民律草案》等,打破了“以刑为主,诸法合体”的中华法系,使基于西方法律框架的“六法体系”在中国初步确立。

2. 清末修律的历史评价

随着清政府的灭亡,短暂的修律运动戛然而止,但其对中国法制现代化的进程却有着深远的影响。第一,权利法定、法治理念初现端倪。在具有宪法作用的《钦定宪法大纲》附录中,明确规定了“臣民”有参政权与言论、著作、出版、集会、结社自由权等基本政治权利,长达数千年的封建法律传统中的“义务本位”思想受到动摇,“臣民”的权利第一次以“宪法”的形式被规定出来,首次探索实行权利法定,体现了现代国家中国家与公民之间的权利义务关系,吸收了近现代的法治理念。第二,以“六法体系”取代“诸法合体”,中华法系走向终结。以沈家本为首的修律者们打破了中华法系的束缚,比照西方的法治理念、法制结构,对法律体系进行重构,初步搭建了体系较为合理的法律制度的基本框架。第三,革司法行政不分之弊。通过中央机构的改革,实行审检合署,结束了中国长期的司法行政不分的旧体制,开始了中国近代新兴司法机关的设置与试运行。在诉讼审判制度上,确立了四级三审终审制,明确了回避、审判公开等现代诉讼基本原则,规定了刑事案件公诉制度、民事案件自诉及代理等制度,使诉讼程序更趋规范、合理,符合社会发展趋势。

在取得巨大成就的同时,清末修律的历史局限性也是显而易见的。首先,在立法指导思想上,清末修律自始至终贯穿着“借用西方近代资本主义法律形式,固守中国封建法制传统”的基本方针,把法制作作为统治阶级统治的御用工具,并未树立真正的法治理念。其次,在内容上,清末修订的法律表现出封建专制主义传统和西方资本主义法学最新成果的奇怪混合,使得保守落后的封建内容与先进的西方法律形式同时出现在新制定的法律法规中。

清末修律作为中国法制现代化的开端,开启了中国法制发展的新纪元,初步架设了中国现代法律的基础性框架,后世之法制变革或多或少都受此影响。

二、民国时代的中国法制进程(1912~1949年)

1. 中华民国南京临时政府时期

辛亥革命是中国新旧时代的转折点。1912年,孙中山在南京就任中华民国临时大总统,南京临时政府宣告成立。南京临时政府是具有资产阶级共和国性质的革命政权,其法制建设带有鲜明的资本主义色彩。首先,在立法指导思想上,坚持以“建设共和,倾覆专制”为一切立法之基本原则。其次,立法成果是多产的、显著的。处于社会转型期的南京临时政府,为建立国家生活的新秩序,出台了大量的行政法律规范,颁布了大量的经济法规。最为重要的是,制定并颁布了中国历史上第一部真正意义上的宪法性文件——《中华民国临时约法》(以下简称《临时约法》)。这部临时政府的宪法文件吸收了西方资产阶级革命中所倡导的“天赋人权”“主权在民”等理念,规定了“中华民国之主权,属于国民全体”(第2条),用根本法的形式规定了人民的自由民主权利,促进了民众政治权利意识的觉醒与参政议政的世俗化。在国家的政体设计上,《临时约法》参照美国宪法中的“三权分立”思想,创造性地建立了议会制与责任内阁制,实现由君主专制向民主代议制的历史性跨越,试图为公权力运行套上法律的绳索。但在法制建设的过程中,南京临时政府过于注重立法工作的开展,忽视了执法、司法等一系列环节,大部分的法律规范成为一纸空文,无法得到贯彻落实。此外,南京临时政府未建立完备的司法系统,导致行政与司法合一,司法失去独立地位。

总体而言,南京临时政府的法制建设将中国法制现代化事业推向了一个新的阶段,在法制建设方面做了大量开创性的工作,书写了中国法制建设的新篇章,其历史功绩理应得到肯定。

2. 中华民国北京政府时期

随着政治中心的北移,中华民国进入北京政府时期。政权更迭、军阀独裁、内战频繁的时代,决定了中华民国北京政府(以下简称“北京政府”)的法制建设是复杂的、多元的、矛盾的。北京政府处于社会转型的过渡时期,继承了清末修律以及南京临时政府法律现代化转型的成果,又为日后南京国民政府的法制构建奠定了基础,其承上启下的历史作用是不可忽视的。在立法上,北京政府采用并根据社会的发展适当地删改清末新律,采用西方资本主义国家的某些立法原则及近代化法律体系和内容,以制宪为核心对各部门法进行了大量的修订,建立了制定法与司法解释(判例、解释例)相结合的复合型法律体系。在司法制度上,建立了较为完备的司法系统,对普通法院与特别法院作了区分,并建立了

中国行政法院的雏形——平政院；在诉讼审判中基本实行四级三审制，大量运用判例和解释例，创立了“特别法优于普通法”的司法原则；在狱政改革方面，修订了中国首部监狱法典——《监狱规则》，并开设女监、幼年监之先例。

不过，北京政府的实质是维护军阀独裁统治与代表帝国主义及封建地主买办利益的工具，基于自身政治属性的局限，在立法上过于强调“隆礼”“重刑”，频繁的修宪也只是为军阀统治粉饰正名。在执法过程中，将法律束之高阁，肆意践踏民众的自由民主权利。司法上，军事审判取代普通审判，并成为常态；法院系统过于庞杂，机构臃肿，司法效率低下。百姓面对混乱不堪的法制局面，连做个守法看客资格或兴趣都没有。

3. 中华民国南京国民政府时期

轰轰烈烈的清末修律运动和南京临时政府、北京政府的修律工作已开启了中国法制现代化的征程，法律制度在南京国民政府阶段已经积累了一定的经验。“南京国民政府的法制建设延续了自清末以来的法律改革，进一步把西方资本主义国家的某些法律制度引进我国，并结合中国的实际情况予以发展，从而把近代中国半殖民地半封建的法制建设推向了最为完备的阶段。”^①第一，在立法指导思想上，南京国民政府的立法者们吸收了西方法治文明传统又予以创新，确立了以“民族、民权、民生”为基础的社会公正原则，“洞悉西方法制个人主义的缺陷，在结合中国传统家族本位基础上创新性地创立了‘社会本位’的立法原则，主张法律公正济弱的社会功用”^②，希冀通过法制治疗资本运作中个人主义造成的社会弊病，预防资本主义的内在危机。第二，在法律结构上，南京国民政府在结合中国国情时理智地采用了大陆法系为范本的立法体例，并兼容了一种类似普通法系判例法的司法院大法官会议制度，为宪法和其他法律提供统一而权威的司法解释，汇编司法判例，补充现行法律的不足，最终形成以法典化形式的普通法为第一层次、单行的特别法为第二层次、司法院的判例与解释例为第三层次的近代化法律体系。第三，在法律内容方面，在注重中国社会实际生活的前提下，吸收西方先进的制度，追求法律规范的实用性和可操作性。第四，在司法制度上，仿效德法的司法体系，设立了三级三审制，并将审判公开、陪审、辩护等审判原则制度化。

不过，与国民党政权的阶级本质相适应，其法律是地主、买办、官僚资产阶

① 曾宪义：《中国法制史》，北京大学出版社、高等教育出版社2009年版，第311页。

② 张晋藩：《中国法制通史》，法律出版社1999年版，第401页。

级意志的集中体现。南京国民政府标榜其法制理念是孙中山三民主义的继承与延续,无非是企图提高其“法统”地位,以三民主义之权威掩盖法律反动之本质,增强对民众的欺骗性,以领导手令替代法律的本质无法改变。优越的制度设计因立法与司法的脱节而成为一纸空文,人民的民主自由权利只是写在了法典里,在现实生活中则无处找寻。司法成为国民党一党专政的工具,公开审判、陪审辩护也成为特务机构大行其道的遮羞布。

南京国民政府的法制建设是极其矛盾的。它处在一个十字路口,上接清末封建法律制度,下接清末修律和北洋政府制定之律,特殊的位置使其具有重要的地位。但随着新中国的建立,中国的法制转型走向了一条全新的道路。

三、新中国的法制现代化^①

1. 创立时期(1949~1956年)

新中国成立伊始,百废待兴。为了巩固新生的革命政权,建立国家政治、经济生活的新秩序,法律进入了党和政府的视野并受到了高度重视,法制建设被提上国家议程并如火如荼地展开。

第一,摧毁“六法”,创制新法。在新中国建立的前夕和初期,中国共产党旗帜鲜明地提出并切实废除以“六法全书”为代表的国民党政府伪法统,其实质就是摧毁旧政权的一切法律、法令和司法制度,并在马克思主义指导下,开创新的法制建设进程。1950年5月,新中国第一部法律——《中华人民共和国婚姻法》颁布,使广大妇女从旧的婚姻桎梏中解放出来。1954年,中国历史上第一部由人民制定的宪法诞生,史称《五四宪法》。《五四宪法》是由全国人民代表大会制定的,这次人民代表大会代表的选举是中国历史上第一次真正意义上的普选,在此基础上召开的一届人大一次会议是真正的人民代表会议,由它制定的《五四宪法》具有广泛的群众基础。这一时期,党和政府以实事求是的态度,以巩固政权和恢复经济为中心,开始着手创建宪法统领下的各个部门法体系,立法体

^① 对于新中国成立后的法制时期的划分,学界有不同看法。张友渔教授从中国法学的产生和发展的角度,将新中国成立后的法制时期分为产生和初步发展时期(1949~1956年)、在曲折中发展时期(1957~1966年)、遭受严重破坏时期(1966~1976年)、迅速恢复和蓬勃发展时期(1977年至今)四个时期。郭道晖教授认为,第一个时期为初步创立人民法制到破坏法制时期(1949~1976年),第二个时期为恢复与加强社会主义法制时期(1979~1997年),第三个时期为走上法治道路、建设法治国家时期(1997年至今)。韩延龙教授认为,应分为四个时期,分别是创立时期(1949年10月至1957年5月)、曲折发展时期(1957年6月至1966年4月)、全面破坏时期(1966年5月至1976年10月)、恢复和发展时期(1977年10月至今)。

制也经历了由中央与地方分权到中央高度集权的过程并逐步得到完善。

第二,建立与完善司法体制。新中国建立后,党和政府设置了较为合理的司法组织机构,逐步建立起了公、检、法和司法行政机关的组织体系,审判制度、检察制度、司法行政制度、人民调解制度、公证制度、律师制度等基本制度得到初步确立,审判独立、适用法律一律平等等司法原则得以确认,人民检察院实行垂直领导体制。行政组织法、行政检察制度和公民控告国家机关及其工作人员违法失职行为的制度也得以建立。

第三,执法力度得到加强,守法意识得以普及。新中国成立后,一部分意志不够坚定的党政干部受到资产阶级腐化作风的影响,出现了以权谋私、贪污受贿、滥用职权等现象,政权机关中腐败现象滋生。为保障经济建设,维护法律权威,加强执法力度,党和政府采取“着重打击大贪污犯,对中小贪污犯则采取教育改造不使重犯”的方针,依法严惩腐败现象。新中国成立初期,中共中央对公民尤其是党员干部的守法意识高度重视,要求共产党员要起模范带头作用,一切行为要在法律法规允许的范围内进行。此外,根据当时的国内外形势,党和政府提出了培养人民群众守法意识的要求,号召人民自觉地遵守宪法和法律。

新中国成立初期的法制建设取得的成就是巨大的,新中国社会主义法制体系开始创建,但在法制建设的过程中,也出现了严重的法律工具主义倾向和法律虚无主义隐患,以政策代替法律成为国家政治生活的常态,高度集权的政治体制阻碍了民主政治的进程,这一切都为以后法制建设遭破坏埋下了伏笔。

2. 曲折发展与严重破坏时期(1956~1978年)

“革命胜利后的中国,如果能够始终坚持正确的思想路线和指导方针,坚持以经济建设为中心,发展商品经济,推动民主政治建设,定会加速中国法制现代化的历史进程和步伐。但是,社会的发展并不取决于人们的良好愿望,而是受各种主客观因素的制约和影响。在此后的20多年间,由于指导思想上的严重失误,在忽视经济建设和民主政治建设的同时,也严重忽视和轻视了法制建设,使中国法制的进步和发展受到严重影响。”^①20世纪50年代中后期,随着高度集权的政治体制和高度集中的计划经济体制的建立,中国法制建设的指导思想陷入了误区,出现了偏差。传统的无视法律的社会心理与强大的否定法律的政治潮流相结合,法律工具主义大行其道。法律作为一个制度实体,其在运行中遭遇了无法化解的困境——文本与现实之间的断裂,最终使法律权威消解于政

① 刘作翔:《中国法制现代化历史道路》,载《西江大学学报》1999年第2期。

治权威之中,法制工作遭到严重破坏,法制建设一度停滞不前。受极“左”思潮的严重影响,1966年,“文化大革命”全面爆发,国家的政治经济生活陷入一片混乱。随着阶级斗争愈演愈烈,“砸烂公检法”成为法制建设的口号,革命的法制观占据主流,政策位居法律之上,程序性规定成为空谈。人民代表大会制度地位虽未改变,但在国家政治生活中的实际作用逐渐削弱。法制沦为阶级斗争的工具,民主和人权荡然无存。

这一时期留给后人太多的教训。“以计划经济、集权政治一体化为基础的社会统治模式过多地依靠执政党的政策治国,导致法制建设围绕政治运动转,使法制建设失去相对独立存在与稳定发展的基本条件,使法律制度在社会、政治、经济等领域基本上没有受到应有的重视、发挥应有的功能作用,而且还使前期初步建立起来的法律体系、司法体制和现代法治观念破坏殆尽。”^①

3. 迅速恢复与蓬勃发展时期(1978年至今)

中国的发展道路是曲折坎坷的,它总是在经历惨痛的失败或灾难后而浴火重生。十年浩劫让人们充分认识到,在没有法律秩序条件下的生存是困难重重的。伴随着“文化大革命”的结束,以党的十一届三中全会为契机,中国的法制事业迎来了蓬勃发展的春天。经过“文革”前所未有的变局,党和人民逐渐认识到了法制建设的重要性,开始以一种全新的态度面对法制建设,尊重其自身发展的规律性,新时期中国的法制建设进入了新的阶段。

第一,恢复和加强社会主义法制时期(1978~1997年)。党的十一届三中全会以后,党的路线发生了根本性的转变,停止“以阶级斗争为纲”,开始“以经济建设为中心,解放与发展生产力”,并提出了“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”。立法工作受到高度关注,并重新提上国家议程,立法速度加快。1982年宪法实施后,五届、六届、七届全国人大及其常委会先后制定了138部法律,对10余部法律进行了修改,包括《民法通则》《刑法》《诉讼法》以及一系列有关国家机构的法律和一系列单行民事法规,同时一批涉及经济方面、外事方面、保障人权方面、行政管理方面的法律法规在很短的时间内得以完善,逐步形成了以宪法为核心,以法律为骨干,行政法规、地方性法规、行政规章和其他规范性法文并存的多层次法律法规体系。1992年,党的十四大召开,提出了我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济

^① 全承相:《新中国法制现代化建设的基本历史经验》,载《中共党史研究》2005年第2期。

体制,立法重点转变为“抓紧制定关于规范市场主体、维护市场秩序、加强宏观调控、完善社会保障、促进对外开放等方面的法律。同时,还要适时修改和废止同建立社会主义市场经济体制不相适应的法律和法规”。新时期的立法工作进入一个新阶段。在执法方面,随着经济和改革的发展,政府职能开始发生变化,政府法制工作得到发展。各级政府的经济部门努力学习运用法律手段来管理经济事务,各级司法行政机关逐步运用法律手段参加管理经济事务。各级行政监察和监督机关逐步建立,依照法律规定独立行使监察权和监督权,对加强政府执法工作具有重要作用。司法工作成绩效果显著,以“文革”前判处的政治性案件为重点,对“文革”期间判处的冤假错案进行了复查纠正,为改革开放创造了安定的社会环境和经济秩序;通过审判活动,依法从严打击严重危害社会治安和严重破坏经济的犯罪活动,处理了大量经济纠纷案件、海事案件和行政案件,维护了社会主义经济秩序,促进了经济发展,保护了公民和法人的合法权利。

第二,走上法治道路,全面建设法治国家时期(1997年至今)。随着党的十五大的召开与“依法治国”方略的提出,中国的法制建设走上了全面依法治国的道路,进入崭新的发展阶段。“这是以中国共产党十五大提出‘依法治国,建设社会主义法治国家’的治国方略与目标,并将它纳入中华人民共和国宪法为标志,告别人治的历史,向法治化道路迈进的时期。”^①将“国家尊重和保障人权”写入宪法,基于控制政府权力与保障人民权利理念,一系列围绕着公共权力在法律的框架下运行的制度设计环环相扣、迅速完善,有关权力主体、权力行为、监督与救济等方面出台了一系列法律规定,如《地方组织法》《行政诉讼法》《国家赔偿法》等等。同时,一批民商、经济、社会领域的法律法规相继制定,中国特色社会主义法律体系的各个法律部门已经齐全,以宪法为统帅,由法律、行政法规、地方性法规和行政规章组成的中国特色社会主义法律体系基本形成。

第二节 近代中国法制转型的发展逻辑: 以立宪为中心^②

从上文对近代中国的修法和法制概况梳理中可看出,近代中国的修法既有进步之处,又存在诸多缺憾。毕竟,修法在身处“历史三峡”期内的中国并非根

① 韩延龙:《中华人民共和国法制通史(1949~1995)》,中共中央党校出版社1998年版,第48页。

② 本节中的部分内容曾以《从制宪权角度透视新中国宪法的发展》为题发表于《中外法学》2014年第3期。