



韬奋园法学文丛

当代中国与法制现代化

郝铁川 著

FAXUEWENCONG



浙江人民出版社

韬奋园法学文丛

FAXUEWENCONG

当代中国与法制现代化

郝铁川 著

浙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

当代中国与法制现代化/郝铁川著. - 杭州:浙江人民出版社, 1999. 11

(韬奋园法学文丛/曹建明主编)

ISBN 7-213-01760-8

I. 当… II. 郝… III. 法制-现代化-中国-当代
IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 66492 号

韬奋园法学文丛

当代中国与法制现代化

郝铁川 著

- 出版发行 浙江人民出版社(杭州体育场路 347 号)
责任编辑 张建江
封面设计 王俊华
责任校对 朱晓阳
经 销 浙江省新华书店
激光照排 杭州天天电脑信息处理有限公司
印 刷 浙江大学印刷厂(杭州玉泉)
开 本 850×1168 1/32
印 张 12.125
字 数 29.6 万 插 页 2
印 数 1-1500
版 次 1999 年 11 月第 1 版
1999 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-213-01760-8/D·253
定 价 20.00 元
- 如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

总 序

这是一个走向新世纪的时刻，这是一个反思即将过去的世纪，展望未来新世纪的时刻，这更是一个需要大法学家并创造大法学家时刻。历史曾经将革命家推向前台，历史也曾将思想家、哲学家甚至科学家推向前台，但是，在中国社会走向新世纪的今天，历史也将并必然将法学家推向前台。历史需要法学家，并非因为法学家保守与拘谨，并非法学家的理论与修养，而是法学家对新世纪秩序的洞察，对人类规则的历史性贡献的诠释以及对人类的深刻理解和关怀。法学家被社会接受和认同不是由于社会对法学家的同情，而是法学家能以其特有的方式持续不断地、长期有效地服务于社会和人类。

中国法学家在中国现代史上曾经长时期扮演了一个诠释者的角色，一个说明者的角色。这应当成为历史，或者应当尽快成为历史。如今法学家的历史定位已经在市场化进程中，在“依法治国”的社会变革中移至其新的起点。法学家应当并且必须成为历史进步的创造者和推动者。为此，法学家必须在改造社会的过程中完善自身，必须彻底摆脱满足于口号、号召、动员意义上的研究风气；必须完全清除粗糙、主观随意、非理性化的研究风格；必须牢固树立更为积极向上、更为自主独立的学术人格；必须真正将人类关怀、社会责任置于高于自我的位置之上；中国法学家必须是吸收人类法学之精华并从中国大地上站立的法学家。

2 当代中国与法制现代化

华东政法学院与浙江人民出版社合作出版的这套法学丛书，就是新一代法学家努力的成果。

《韬奋园法学文丛》编委会

目 录

第一章 从官本位到民本位	(1)
一、从官本位到民本位:邓小平法律思想的核心	(2)
二、从官本位到民本位:中国改革开放的主旋律	(7)
第二章 中国法制现代化历程的特点	(13)
一、从公法到私法	(13)
二、从经济法到民法	(15)
第三章 中国法制现代化的难点和重点	(20)
一、中国法制现代化的难点	(20)
二、中国法制现代化的重点	(25)
第四章 中国法制现代化与移植西方法律	(30)
一、在“知彼”中“知己”	(32)
二、中西法律文化差异的实质	(36)
三、近代中国对大陆法系的选择	(40)
四、法的民族性与创造性地移植西方法律	(52)
五、中国法制现代化的主要途径是创造性地移植部分西方法律	(57)
六、法与姓“社”姓“资”	(63)
七、中国法律国际化的有限性	(65)
第五章 利益主体多元化与中国法制现代化	(71)
一、利益主体多元化与中国法制现代化的渐进性	(73)
二、利益主体多元化对现代立法的影响	(80)

第六章 民法与法制现代化	(91)
一、民法是法制现代化的核心内容	(91)
二、民法是其他法律现代化的基础	(94)
三、民法精神集中体现了法制现代化的理论价值观念	(97)
四、民法精神与中国法学理论的重构	(99)
五、法治经济的内涵辨析	(104)
第七章 从比较的角度看中国宪法的现代化	(107)
一、中西宪法基本观念的差异	(113)
二、中西国家政体的差异	(121)
三、中西国家结构形式的差异	(130)
四、中西国家公民权利与义务观的差异	(140)
五、中国宪政发展的症结与出路	(144)
第八章 从比较的角度看中国行政法的现代化	(159)
一、中西行政法基本观念的差异	(161)
二、中西行政执法观的差异	(166)
三、中西行政行为观的差异	(170)
四、中西行政责任与行政赔偿观的差异	(172)
五、中西行政诉讼制度观的差异	(175)
第九章 逻辑思维与法律思维的现代化	(177)
一、形式逻辑是法律思维的主要工具	(178)
二、辩证逻辑在法律思维方式中是对形式逻辑的必要补充	(181)
三、形式逻辑、辩证逻辑与合法、合理及良性违法	(183)
第十章 法学家与立法现代化	(187)
一、法学家与立法观念的确立	(188)
二、法学家与立法起草	(190)
三、法学家与立法特色的形成	(191)
四、法学家与法律的修改	(193)

五、从理想法到实然法——法学家的使命	(194)
第十一章 论法学家主体意识	(197)
一、法学家主体意识结构	(197)
二、法学家主体意识的优化	(202)
第十二章 文化传统与当代中国立法特色的形成	(206)
一、古代少数民族区域自治传统与宪法民族区域自治制度的确立	(206)
二、古代重视教化传统与宪法关于精神文明建设的规定	(209)
三、古代重视家庭、家族的传统与民法关于“两户”的规定	(211)
四、古代性善论、“明刑弼教”传统与刑法“管制”、“死缓”制度	(213)
五、古代“中庸”、“和为贵”传统与人民调解制度	(217)
六、古代“德主刑辅”思想在当前社会治安综合治理中的创造性转换	(219)
第十三章 依法治国的理论和实践	(226)
一、三代党中央领导集体对依法治国认识的演进过程	(226)
二、依法治国的必要性	(241)
三、西方资产阶级法治理论评介	(249)
四、邓小平法治思想简述	(253)
五、关于依法治国的若干思考	(288)
第十四章 社会主义精神文明与法制建设	(301)
一、社会主义精神文明建设 with 法制建设相结合的重要性	(302)
二、社会主义精神文明法律体系	(310)
三、社会主义精神文明法律的实施	(323)

第十五章 论司法制度现代化	(326)
一、通过确立司法民主、司法独立原则而逐步把司法 权力还原为社会权力	(327)
二、关于司法独立的若干设想	(332)
三、积极防范司法专横现象的产生	(337)
四、综合利用职权主义和当事人主义两种审判方式 的优点	(338)
第十六章 儒家法文化与法制现代化	(341)
一、儒家法文化与近代西方宪政文化	(341)
二、儒家法文化与现代西方宪政文化	(347)
三、儒家“义利之辨”与民法文化	(356)
四、现代法治必须否定传统的泛道德主义	(366)
五、防止现代法制被传统观念侵蚀	(369)
六、中国法制现代化对传统法文化的批判与转化	(371)

第一章 从官本位到民本位

——邓小平法律思想和中国法制的进步

100多年前,著名的英国法律史学家亨利·梅因在考察了西方社会从中世纪到近代的法律变迁历史之后,写下了这样一段结论性的文字:“所有进步社会的运动,到此处为止,是一个从身份到契约的运动。”^①这段文字对学术界影响巨大,以至于在100余年后的今天,中国的许多学者把改革开放以来中国的法制变迁依旧归结为“从身份到契约的运动”。笔者亦曾采用过这种意见,但近年来经过深入的思考,感到采用“从官本位到民本位”的提法胜于采用“从身份到契约”的提法。梅因所说的“从身份到契约”,是指西方个人逐步摆脱家族关系束缚的演变过程。而中国改革开放以来发生的社会变迁,是一种“从官本位到民本位”的法律变革。所谓“官本位”,是指在计划经济年代,形成“官农”、“官工”、“官商”的官本位体制,国家垄断一切资源,无所不能,在一定程度上忽略了民众的经济、政治权利;所谓“民本位”,是指中国改革开放以来,公民、法人冲破了官本位法制的束缚,获得了一系列切实的政治、经济权利,逐渐成为独立的权利主体,使“人民当家做主”落到了实处。

① 亨利·梅因:《古代法》,商务印书馆1984年版,第97页。

一、从官本位到民本位：邓小平法律思想的核心

邓小平同志是中国改革开放的总设计师，他的法律思想指引了中国法律发展的道路。学术界对邓小平法律思想论述颇多，但对其核心或实质缺乏明确的概括。我们认为，把传统的官本位法律体制转变为公民本位法律体制，是邓小平法律思想的核心或实质。

通读《邓小平文选》1至3卷后，我们感到第2卷中的《党和国家领导制度的改革》一文，是研究邓小平法律思想的重要依据，而正是这一点被法学界所忽视。

在《党和国家领导制度的改革》一文中，邓小平对官本位的传统体制作了深刻的剖析。

（一）官本位体制的主要特征

一是政治上的官僚主义、权力过分集中、家长制、干部领导职务终身制和形形色色的特权现象。官僚主义的主要表现和危害是：“高高在上，滥用权力，脱离实际，脱离群众，好摆门面，好说空话，思想僵化，墨守陈规，机构臃肿，人浮于事，办事拖拉，不讲效率，不负责任，不守信用，公文旅行，互相推诿，以至官气十足，动辄训人，打击报复，压制民主，欺上瞒下，专横跋扈，徇私行贿，贪赃枉法，等等。”^① 权力过分集中的主要表现和危害是：在加强党的一元化领导的口号下，“不适当地、不加分析地把一切权力集中于党委，党委的权力又往往集中于几个书记，特别是集中于第一书记，什么事都要第一书记挂帅、拍板。党的一元化领导，往往因此而变成了个人领导。全国各级都不同程度地存在这个问题。权力过分集中于个人或少数人手里，多数办事的人无权决定，少数有权的人负担过

^① 《邓小平文选》第2卷，人民出版社1994年版，第327页。

重,必然造成官僚主义,必然要犯各种错误,必然要损害各级党和政府的民主生活、集体领导、民主集中制、个人分工负责制等等”^①。家长制作风的主要现象和危害是:个人高度集权,凌驾于组织之上,“组织成为个人的工具”,“权力不受限制”,别人都要唯命是从,“甚至形成对他们的人身依附关系”,上下级之间的关系成了“猫鼠关系”、“君臣父子关系或帮派关系”^②。干部领导职务终身制的主要现象和危害是:没有退休解职制度,干部的选举、招考、任免、考核、弹劾、轮换制度不健全。今天的特权现象和危害主要是:享有法律和制度之外的政治经济权利。虽然违法乱纪,但可逍遥于法律、纪律的制裁之外,“不把自己看作是人民的公仆,而把自己看作是人民的主人,搞特权,特殊化,引起群众的强烈不满,损害党的威信,如不坚决改正,势必使我们的干部队伍发生腐化”^③。

二是经济领域中的某些“官工”、“官商”、“官农”式的体制和作风。具体说,就是政企不分、政社合一、官商一体。在计划经济体制下,企业成了政府分属的一个“经济机构”,它的内部组织基本上是按政府模式设计的。管理企业的各类负责人,又是官本位网络的一个组成部分,同各级政府官员一样,不仅有统一的行政级别,而且更重要的是由政府任免调配,当厂长、经理也就是当政府的一级经济官员。当时的国营企业和大部分集体企业模式,既不是商品经济下的古典企业制度,更不是现代市场经济下的现代企业制度,而是高度集权管理下的一种特殊的“官工”式、“官商”式体制。在农业领域亦是如此。

三是“文化领域中的专制主义作风”。不尊重知识,不尊重人才,压制百家争鸣,片面地强调学术研究为“政治”服务,片面地把

① 参见《邓小平文选》第2卷,人民出版社1994年版,第329页。

② 同上,第329—331页。

③ 同上,第332页。

文学艺术从属于临时的、具体的、直接的政治任务,不允许不同观点和学派的自由讨论。用行政命令领导文艺创作、文艺批评和理论学术研究。

上述旧体制的主要特征,就是官本位。只承认国家为唯一的利益主体,只确认国家为权力主体,而漠视乃至否认公民、法人等权利主体的合法存在。官本位的实质是“有官无民”。它强化权力,轻视(公民)权利对(国家)权力的制约;它用超经济的手段管理经济,使经济活动主体没有自己的独立性;它用行政命令控制文化领域,使百家争鸣变成一家独唱。

(二) 官本位体制产生的原因

一是封建主义传统的影响。在《党和国家领导制度的改革》一文中,邓小平指出,官僚主义、权力过分集中、家长制、干部领导职务终身制,官工、官商、官农式的经济体制和作风,文化领域的专制主义作风,等等,多少都带有封建主义色彩。邓小平指出:“我们进行了 28 年的新民主主义革命,推翻封建主义的反动统治和封建土地所有制,是成功的,彻底的。但是,肃清思想政治方面的封建主义残余影响这个任务,因为我们对它的重要性估计不足,以后很快转入社会主义革命,所以没有能够完成。现在应该明确提出继续肃清思想政治方面的封建主义残余影响的任务,并在制度上做一系列切实的改革,否则国家和人民还要遭受损失。”^①

二是苏联模式的影响。按照邓小平的分析,官本位体制之所以在我国长期存在,“同我们长期认为社会主义制度和计划管理制度必须对经济、政治、文化、社会都实行中央高度集权的管理体制有密切关系”^②。把企业等单位所办的事情“统统拿到党政领导机关、

① 《邓小平文选》第 2 卷,人民出版社 1994 年版,第 335 页。

② 同上,第 328 页。

拿到中央部门来”，这是“一个总病根”^①。这同照搬苏联模式相关。1986年9月，邓小平在同原东欧国家的一位领导人谈话时说：“我们两国原来的政治体制都是从苏联模式来的。看来这个模式在苏联也不是很成功的。”^②这一模式更不符合其他国家的实际。其中，领导制度、组织制度导致一系列弊端，诸如自上而下的官本位体系贯穿于各个领域，家长制作风和上下级的人身依附关系，搞特权，特殊化，甚至“资本主义制度所能解决的一些问题，社会主义制度反而不能解决”^③。

三是共产国际领导方式的影响。邓小平在剖析我国官本位体制的弊端之后说：“这种现象，同我国历史上封建专制主义的影响有关，也同共产国际时期实行的各国党的工作中领导者个人高度集权的传统有关。”^④

总之，解放后官本位体制的形成，既与封建主义历史传统有关，又与社会主义实践中的某些失误有关。

（三）通过改革来改变传统的官本位体制

一是发展社会主义市场经济，纠正国家过去对经济统得过多过死的弊端，发挥市场在资源配置方面的基础性作用，建立“不找市长找市场”的经济运行机制，从而为官本位体制向公民（法人）本位体制的转化奠定坚实的基础。计划经济体制曾在历史上起过一定的积极作用，但随着经济规模不断扩大，经济联系日益复杂，这一体制某些统得过多过死的弊端逐渐显露出来，使本来应该生机盎然的社会主义经济在很大程度上失去了活力。从1979年以来，

① 《邓小平文选》第2卷，人民出版社1994年版，第328页。

② 《邓小平文选》第3卷，人民出版社1993年版，第178页。

③ 《邓小平文选》第2卷，人民出版社1994年版，第333页

④ 同上，第329页。

邓小平多次指出要把社会主义同市场经济结合起来,根据他的这一思想,党的十四大明确确定把建立社会主义市场经济体制作为经济体制改革的目标,解决了一个关系社会主义现代化建设全局的重大问题。这一新的经济体制,就是要使市场对资源配置起基础性作用,使经济活动遵循价值规律的要求,适应供求关系的变化;通过价格杠杆和竞争机制的功能,把资源配置到效益较好的环节中去;使企业成为一个独立的市场主体,在竞争中优胜劣汰;运用市场对各种经济信号反应比较灵敏的优点,促进生产和需求的及时协调。这一新的经济体制旨在纠正过去国家对经济统得过死、统得死的弊端,对整个旧的官本位体制不啻是一个重大突破。

二是进行经济体制改革,打破官本位体制外壳,形成利益主体多元化的格局。在所有制结构上,邓小平指出,要坚持以公有制为主体,同时允许个体经济、私营经济、外资经济和其他经济并存;在分配制度上,要坚持以按劳分配为主体,同时允许按资分配等多种分配方式并存。对原来的国营大中型企业,邓小平强调要“用多种形式把所有权和经营权分开,以调动企业积极性”^①,并指出“企业下放,政企分开,是经济体制改革,也是政治体制改革。下放总会遇到障碍。现在机构臃肿,有的部委据说有上万人,必须精简。否则,这么多人,就要当‘婆婆’,揽权”^②。邓小平这些论述的实质,就是要使原来的国营企业,冲出官本位体制的驱壳,摆脱“婆婆”的束缚,成为独立的市场主体。

三是进行政治体制改革,确保各项公民权利的实现。邓小平在《党和国家领导制度的改革》一文中指出,我们要充分发挥社会主义制度的优越性,当前和今后一个时期,必须在政治上“充分发扬人民民主,保证全体人民真正享有通过各种有效形式管理国家、特别是管理基层地方政权和各项企业事业的权力,享有各项公民权

① ② 《邓小平文选》第3卷,人民出版社1993年版,第192页。

利,健全革命法制”^①。对大众权利的关怀,是中国人伦文化的特色。邓小平从人民主权思想出发,“把‘人民拥护不拥护’、‘人民赞成不赞成’、‘人民高兴不高兴’、‘人民答应不答应’作为制定各项方针政策的出发点和归宿”^②。他特别强调从制度上解决民主问题。他认为,在民主建设中,制度问题“更带有根本性、全局性、稳定性和长期性。这种制度问题,关系到党和国家是否改变颜色”^③,“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”^④。邓小平强调从制度上、法律上解决民主问题,启动了我国民主建设从政策指导到法律规范的转化,使中国由以“人治”为主向以“法治”为主转化,从而向以民本位为特征的现代民主迈进了一大步。

总之,邓小平利用改革,从政治、经济等方面打破传统的官本位体制,而向公民本位体制迈进。他把这一历史性的转变称作“中国的第二次革命”。

二、从官本位到民本位:中国改革开放的主旋律

从1978年党的十一届三中全会全开始,中国的改革开放已走过了20个年头。而贯穿其中的一根主线,则是从官本位向民本位的转化。

① 《邓小平文选》第2卷,人民出版社1994年版,第322页。

② 江泽民:《在学习〈邓小平文选〉第3卷报告会上的讲话》,载1993年11月2日《人民日报》。

③ 《邓小平文选》第2卷,人民出版社1994年版,第333页。

④ 同上,第146页。

(一) 从“官工”到法人

法人是自然人的拟制,改革开放以前,我国的企业是政府的附庸,人、财、物、产、供、销统统由国家支配,根本不是一个独立的法人。

党的十一届三中全会以后,党和政府逐步采取措施,将企业从官本位体制下解放出来,推向市场。这一转变大体经历了放权让利、两权分离和建立现代企业制度三个阶段。

第一个阶段为放权让利(1978—1984年)。1979年7月13日,国务院将《关于扩大国营工业企业经营管理自主权的若干规定》、《关于国营企业实行利润留成的规定》、《关于开征国营工业企业固定资产税的暂行规定》、《关于提高国营工业企业固定资产折旧率和改进折旧费使用办法的规定》、《关于国营工业企业实行流动资金金额信贷的暂行规定》等五个文件发给各地方、各部门,扩大企业自主权。这些规定扩大了企业的财权,但在缺乏竞争性市场的条件下向企业放权让利,既不能使企业真正获得自主权,又缺乏迫使企业努力改善经营管理和进行技术革新的竞争压力,结果出现了“负盈不负亏”、“工资(包括奖金)侵蚀利润”的现象。

第二个阶段为两权分离(1984—1991年)。1984年10月20日,党的十二届三中全会通过《中共中央关于经济体制改革的决定》,明确指出:“根据马克思主义的理论和社会主义的实践,所有权同经营权是可以适当分开的。”“由于社会需求十分复杂而且经常处于变动之中,企业条件千差万别,企业之间的经济联系错综复杂,任何国家机构都不可能完全了解和迅速适应这些情况。如果全民所有制的各种企业都由国家机构直接经营和管理,那就不可避免地会产生严重的主观主义和官僚主义,压抑企业的生机和活力。”“过去国家对企业管得太多太死的一个重要原因,就是把全民所有同国家机构直接经营企业混为一谈。”1986年4月《中华人民