

交通大學法學叢書 III

中國大陸法制之變遷

王文杰 著



元照出版

中國大陸法制之變遷



王文杰 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

中國大陸法制之變遷 / 王文杰著, —— 初版, ——

臺北縣土城市 : 王文杰出版 ; 臺北市 : 元

照總經銷, 2002〔民91〕

面 : 公分

ISBN 957-41-0579-2 (平裝)

1. 法制史 — 中國大陸

580.928

91017466

博览会订单

TYZ 9574105792 (D9 C BIBF2003)

中國大陸法制之變遷/初版1刷

by. 王文杰

2002 373pp. 平裝

ISBN:957-41-0579-2

TWD/400.00

Publisher: 元照出版有限公司 (Angle

Publishing Co., Ltd.) (展台号:

7025-7027,7034-7036)

出版

www.angle.com.tw

定價 新臺幣 400 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-41-0579-2

蘇 序

研究中國大陸的法律其實不需要理由，因為它已經大量的存在，而且世界上已經有可觀的研究人口和發表，它已經是一個獨立的研究領域。台灣不論以它的語文、地緣與歷史淵源的優勢，或就它與大陸切不斷的政治利害、經貿往來而言，居然到今天還沒有形成中國法研究的重鎮，這才需要理由。但現在再去找理由也大可不必，趕快補這個缺口才是正辦，文杰這本書來得正是時候。

文杰從法律移植的角度切入寫大陸的法制發展，用的是大歷史的筆法。近代中國的現代化本來就源於變法，清末開始學習西方法律，從法典、法院到法學教育及各種法律職業，全套搬過來用。文化衝擊的力道，較五百年前羅馬法從南歐移植到中歐，猶有過之。到了一九四九年十月，新政權又把這些西方來的東西丟掉，在馬克斯主義的思想領導下，改以蘇聯為師。再經過「無法無天」的轉折，到一九七九年，西方的法律才又跟著市場經濟一起回潮。大擺盪之後的二次移植，文化的障礙無疑更多了一層，但基本上解構了的傳統社會，在某些方面似乎又更容易接受西方的權利義務觀念。要把這五十年發生的法制變化，從規範面的立法、解釋，到操作面的司法制度、法律教育等，用一本書講清楚，談何容易。文杰的寫法，比較像是給研究者的教戰手冊，讓人一次看清楚中國大陸法制的變遷，掌握它的發展方向，使研究者更能正確看待手邊研究的題材，選擇適當的研究方法。以他商法的研究背景，其實大可以等別人寫這樣的書，結果空谷等不到足音，他自己一腳踏了進去。

我真的希望這本書可以帶動台灣對大陸法律的研究浪潮。

說來慚愧，我自己對於大陸法律的了解，真的是連皮毛都談不上，但投入公私法的研究二十多年，比較的工夫總是做了一些，過去三年跑了幾趟大陸，多少也看出了些許門道。台灣廢續大陸時期的歐陸法制，在一開始，也只徒具形式。法治的活起來，主要還是源於市場經濟的動力。大陸在轉入社會主義法制以後，明白把法律定位成「上層建築」，是社會生產力的果，而不是社會生產力的因。但隨著市場經濟的重建，多數新法固然仍只是反映市場規律，台灣的經驗卻顯示，法律的自主性還是會在這個過程中逐漸浮現，到了後來，大批法學院訓練出來的法律人會從邊緣走到中間，法律漸漸成為獨立變項，而不只是依變項，社會也就確定轉型了。對研究者而言，從一開始只能整理分析幾乎徒具名目的法律條文，到必須觀察法院的實戰才見真章，挑戰增加何止百倍。當我看到大陸政府在學界幾個人呼籲之下，今年就開始舉辦三合一的考試，已經可以感受到那裡一丁點的法律自主性。相信未來幾年，我們還會看到更了不起的變化。

我對這本書的「貢獻」，其實只是挑動了文杰的雄心壯志，和作一個優先的讀者和討論者。文杰如果沒有在大陸行走十年，不可能寫出這樣深入的東西。而且他和金庸射雕英雄裡的主角郭靖一樣幸運，大概有七、八個師父傳授他不同的武功，才有今天的功力。家裡還有一個慧黠的黃蓉幫他打理，書成之日更為他生了一對龍虎雙胞胎，可以說是自助、人助、天助。我就以「爬得更高，看得更遠」來作為對他未來的期許吧。

蘇永欽

自序

半個世紀以來，兩岸從政治的對立，一直是一個互不交叉的平行線狀態，直到八〇年代經由探親、文化、經貿投資的互動，轉為頻繁而密切的交流，促使對於大陸法制的發展也在台灣的法學研究領域中開始受到關注。這些關注不僅在於兩岸經貿往來所衍生的需求，更重要的原因還在於特殊政治經濟體制變遷下日漸崛起的大陸法制所呈現的內涵。

大陸本身法律制度發展就其體制變革的歷程間接反映出不同時期法律制度或是政策變化的風貌，在短短的半個世紀內，歷經幾次法制的翻轉，其接受不同法律體系的資源作為法律制度發展的依託，再加上大陸本身固有法律文化背景和社會主義經濟體制建構和鬆脫的過渡歷程，使得法律制度、立法和司法程序、法律職業團體的作用、法律在其社會關係所呈現的功能，在不同階段的時期內都出現迥然不同的風貌。因此，對於大陸法制的研究與檢視，不容我們簡單地以商業顧問式的點，或是單一法律領域探討的線為已足，而是必須以全方位的投入與關懷作為對待，藉以宏觀地掌握正在快速變遷且舊體制和新事物交錯凝聚所發展出的大陸法制全貌。

本書的每一章節幾乎都是可以擴張為一本專著，礙於筆者本身學植尚淺，僅以高度濃縮、提綱挈領地以鳥瞰式加以呈現，猶如國畫中一幅潑墨山水畫所呈現的精神一樣，在探長達半個世紀的大陸法制變遷時，試圖以寥寥幾筆潑染的點和線來勾劃出整體的結構和意境。筆者長期投入於大陸法制發展的關注，也經由在這個領域的研究擴張視野，再來便是需要更多的學術贊助——批評與指正。

對於一位後起的研究者而言，來自師長的關懷與提攜是永遠不嫌多的。針對一個複雜且變遷歷程經歷多次翻轉的大陸法制作嘗試，政治大學法律系蘇永欽教授給於本書最多的指導與關懷，這彌補了論述中深度與廣度的不足。

政治大學賴源河教授、法治斌教授、劉宗德教授、黃立教授、林秀雄教授、張新平教授、陳惠馨教授、董保城教授、林國全教授、陳自強教授、周祝瑛教授等人長期關注筆者研究歷程表示感謝。交通大學劉尚志教授重視於大陸法制的發展，使筆者得有一張安靜的書桌從事大陸法制教學研究工作，僅致謝忱。

投入於大陸法制的研究，並在大陸作長期的研究學習，若不是有大陸更多師長們的協助與支持，那麼將難以開拓宏觀的研究視野。中國政法大學江平教授、中國社會科學院法學所謝懷拭教授兩位望重大陸法學界的耆老，其本身就是大陸法制發展歷程的現身見證，對於筆者的啟發助力不少。

中國政法大學方流芳教授、北京大學法學院賀衛方教授與筆者熟識多年，亦師亦友，在諸多的互動中總是不斷提出尖銳且富建設性的意見，讓本書添加一份有益的著力點。中國社會科學院王家福、梁慧星、夏勇、信春鷹、張志銘研究員等，清華大學王保樹教授、北京大學朱蘇力教授、中國人民大學王利明、張新寶教授等人長期對於筆者不忘提供建言與關懷，在此一併表示謝意。

內人明珠長期體恤於研究上對於家務付出的不足，並給於堅實的鼓勵與支持，提供了一個後盾，雙胞胎的誕生也帶給了我們一份生命中努力的祝福。

王 文 杰

二〇〇二年九月

作者簡介

王文杰

學 歷

國立政治大學法學博士

中國政法大學法學博士

經 歷

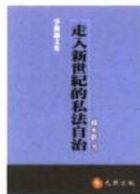
中國社會科學院法學所博士後研究員

現 職

國立交通大學科技法律研究所助理教授

走入新世紀的私法自治

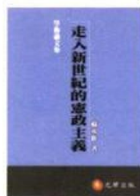
作者：蘇永欽
定價：480元



私法自治作為民法的最高指導原則，在國家與社會關係起了巨大變化的二十世紀，並沒有任何動搖，剛好相反，人類在走入新世紀時，對於這樣一個大原則似乎有了全新的領悟，導航政府、管制革新、夥伴關係、第三條路，只是從不同角度描繪同一個願景：讓個人有更大的決定權，也承擔更大的責任。

走入新世紀的憲政主義

作者：蘇永欽
定價：520元



破繭而出的臺灣民主政治，以令人倒盡胃口的誇張方式展現它的五顏六色，幸虧我們還有一部憲法，和一群護持憲法的大法官，從催生多數決的民主體制，到防堵多數決的濫用，都可以看到他們的身影。進入新世紀的第四四九號解釋，堪稱臺灣式憲政主義的登峰造極之作。

目 錄

蘇 序

自 序

第一章 緒 論

第一節 大陸法制變遷研究的緣起.....	3
第二節 研究方法.....	8
第三節 論文框架的設計.....	16

第二章 法律繼受理論與大陸法制發展的選擇

第一節 法律繼受的理論.....	29
第二節 法律繼受的種類.....	42
第三節 法律繼受的發展.....	49

第三章 無產階級專政階段的法制發展

第一節 革命後法制繼受選擇的背景.....	67
第二節 社會主義法制的建構內涵.....	75
第三節 計畫經濟體制的建構與政治運動 對法制的摧殘.....	101
第四節 文化大革命期間的法律運作分析.....	114

第四章 改革開放的法制轉型發展

第一節 計畫經濟體制與法制恢復的碰撞.....	129
-------------------------	-----

第二節	制度恢復與繼受的選擇·····	151
第三節	民法與經濟法理論之爭·····	172
第四節	司法制度的重建與法學教育的復甦·····	180
第五節	法律編纂的試行·····	209
第六節	對外開放所引生的法制衝擊與繼受選擇·····	217
第五章 市場經濟體制改革後的法律變遷		
第一節	市場經濟體制下的法律繼受模式分析·····	237
第二節	經濟法制的著重與社會發展需求·····	269
第三節	司法改革與市場經濟的互動·····	295
第四節	經濟法制建構與世界體系的融合·····	318
第六章 大陸法制對台灣法制的繼受考察		
第一節	政府播遷來台後法制的蛻變與重新塑造·····	339
第二節	台灣法律制度對大陸發展的影響及其考察·····	345
第三節	台灣法律制度對大陸的影響以及 兩岸法律的互動·····	352
第七章 大陸法制變遷的回顧與展望		
第一節	前 言·····	359
第二節	大陸法制發展的回顧·····	361
第三節	大陸法制發展的展望·····	366

第一章 緒 論

第一節 大陸法制變遷研究的緣起

- 壹、大陸法制發展的必要關注
- 貳、繼受何以作為大陸法制發展的依託

第二節 研究方法

- 壹、親身經歷的第一手觀察
- 貳、政經體制變遷對於法制發展的引動
- 參、大陸法制發展階段劃分之剖析

第三節 論文框架的設計

- 壹、憲法——體制改革的認可與祝賀
- 貳、制度變遷的內核——意識型態的調整
- 參、實體法的觀察
- 肆、司法改革的發展
- 伍、法學教育
- 陸、經濟發展與全球化國際壓力

第一節 大陸法制變遷研究的緣起

壹、大陸法制發展的必要關注

每個國家的法學各自在不同的歷史文化條件下發展，在受政治經濟體制的影響，也都有其侷限，因此從法學發展的軌跡與功能的蛻變，可以看出整個社會的變遷歷程。一九四九年十月，建立於北京的中華人民共和國（本文以下簡稱大陸），其法律制度的變遷歷程至今半個世紀，在二十一世紀的此刻，法律制度看似已經架構齊全，但實際上卻是歷經幾次的翻轉才有現行粗具規模的體例。對於在建國之後很快轉變為一個社會主義國家的大陸而言，這個法制歷經顛簸甚至受有中斷的變遷過程，是受什麼樣的因素所左右？何以大陸又在最近的二十餘年間，法律制度從計畫經濟體制的基礎上走向市場經濟的體制，其法律建構速度好像石頭從空中向地上降落，越接近地面，速度就越快？政治經濟體制的變化，是否影響著法律制度的內涵，其影響的體制背景為何？在全球經濟與技術快速一體化的今天，法律體系的塑造如何面臨融入全球經濟體之中？生活在台灣，投入這樣的關注和觀察（尤其在法律制度面上）在大陸改革開放之前似乎沒有受到此間的重視。

在八〇年代末期，兩岸開展民間性的交流，促使因人為的政治阻絕得到鬆綁，這種交流尤其是台商赴大陸投資的增加，而使得台灣開始對於陌生的大陸法制問題進行研究，但這些動機往往是出於商業上的考慮，因實務上的需求，促使對於大陸法律問題的研究形成迫切的課題，但這僅僅是實務上問題的解決，使得國內對於大陸法制研究往往停留於法律顧問層次之上，猶如便利商店的交易一樣，頻繁而沒有體系，無法讓我們更為掌握其具體的法制轉變的全貌。晚近，大陸法律的研究也逐漸吸引國內研究者的關心，進而對

單一部門法律的研究成為國內學者與研究生的寫作主題，這些豐富的成果使我們更為深度地理解大陸個別法律制度的內涵。然而當這兩者的經驗累積與研究成果達到一定程度的時候，大陸多面向的法制變化與快速的社會經濟發展，促使我們必須開始思索更全方位的大陸法律制度的歷程本身，必須朝向一種不同社會秩序安排方式的關注，一種發自內心對於大陸法律制度發展理論上的關注。選擇這樣一個主題猶如第一次到大陸留學，背負著一個沉重的行李，回到國內置換的是一個塞滿種種對於大陸法律制度發展歷程的思索，也對於自身法律與大陸法律之間的關係有著更為敏銳的感覺。正因為如此更覺有期許對此一問題作出回應。¹

貳、繼受何以作為大陸法制發展的依託

近代中國百年法制變革歷程中，它是一個怎樣的「變法」模式？直觀地說，它是一種「法律繼受」的變革模式。一個非常清楚的事實是：一個相沿數千年之久具有本土特色的法律文化傳統，就在清末與外國勢力的碰撞之後，一夕之間分崩離析。與此同時，一個規模巨大，門類齊全，結構嚴謹的西方「法律文本」迅速地在中國被建構起來。面對此一情境，很難讓人有任何理由懷疑「法律繼

¹ 兩岸的確存在政治上的隔閡與對立，國內早期對於大陸法制的研究者也多少涉入一些主觀的意識在其中。但是，如果只有距離，那麼它既不能打開我們的視野，也無法使我們看得更清楚。只要外國的地方僅僅看上去像或不像本國，只要外國的法律文化僅僅好像是不同尋常的或是野蠻的，只要它們被看做同類誤會不同類物予以對待，它們便無法表達自己。為了破除我們以自己尺度衡量別人的無意識解讀，同時又不放棄批判的益處，觀察者的觀點與經驗應該被審慎予以考慮，尤其是在對於兩岸的法律問題解讀時，迴避於主觀色彩的涉入，而加諸一些背景體制的近距離觀察，對我們在研究大陸的法律議題時應該會有更好的成果。至少要避免含糊不清的東西被硬性地加以限定，或被削足適履地適應觀察者的模式；本國法律在論述中被定位為自然的、規範的、標準的法律，並且只通過它們本身的因素而加以批判地理解。

受」是近代中國變革取得成功的一條可行途徑。然而，真正問題似乎在於：面對中國近百年以來法制繼受的經歷或效果，到目前也無法確認或者相信近代中國在移植西方法律究竟是建立在何種意義上的成功。在此一問題尚未得到確切答案之前，同樣的模式卻似乎又在一九四九年以後大陸的法制²發展舞台上又再重演一次，³為什麼大陸在法制建構的過程中存在一個必須繼受的事實？如何存在？從清末以來中國都是一個法律西方化的繼受過程，何以在一九四九年大陸土地上發生政權更替後，由中國共產黨所建立的中華人民共和國仍是回到對外國法律的繼受？這是不是一種路徑的選擇？

半個世紀以來大陸的法制發展過程，隨著其經濟體制變遷的發展，一直是一個過渡的軌跡。先是（社會主義）改造，後是改革。第一次，計畫經濟和公有制成為神聖的「彼岸」，市場經濟和私有制是「此岸」，過渡就是經過社會主義改造由此岸達到彼岸。第二次，計畫經濟體制成了「此岸」，大家紛紛找船搭橋，要過渡到「彼岸」去。兩次過渡都是由同一個國家政權所主導。這樣一來一返的本身卻導致法律制度的構造與內涵出現不同的風貌。

大陸法制的發展儘管戲碼不同，例如一開始的繼受對象是指涉向蘇聯，一九七八年之後又逐漸轉回以西方法制為繼受的軌道之上，但是這場到目前都尚未有完結篇的繼受歷程，何以過程鉅力萬

² 本文主要探討的重點在於圍繞著1949年以後的中國大陸法制的發展變遷歷程，惟1949年之後的中國大陸本身亦為中國法制發展的一環，儘管在此之後亦有更不同的發展風貌。為求一個語意上表達的區隔，論述中凡在1949年之後皆以「大陸」作為表述，涉及傳統上文化意義上的法制內容以「中國」作為表述。

³ 中國大陸在邁向市場經濟過程的急迫性，決定了其經濟立法的根本旨意在於以法律為社會變遷的槓桿，用以驅動並規範社會的互動模式，而不應是對現實社會習慣的再制度化。然而目前的經濟立法自始仍隱含著較強的國家干預經濟生活的色彩，按照市場經濟的內在規律，規範行為主體權利義務的法律不僅在法的形式上，更在法律的內容上不盡理想，立法的實際工作遠遠沒有能夠擺脫計畫經濟體制所籠罩的陰影。王文杰著，國有企業公司化改制之法律分析，中國政法大學出版社，1999年5月，頁49。

鈞？是大陸政府有步驟地將計畫經濟體制朝向市場經濟體制的轉換致使主角在戲中換角？或是有其他的因素所影響？如何加以考察並獲致一個初步的成果（還不至於是最後的結論）將是本文所將著墨的重心。

立國已經半個世紀的中華人民共和國，一個廣土眾民的超大規模國家，在社會轉型與法律制度的轉換有它自己的獨特歷程，同時為一個社會主義國家，在朝向現代化的過程中，更具有政治、經濟體制結構的複雜因素夾雜其中，其在法制現代化建設的歷程更為艱辛曲折。同是以仿效西方變法圖強，為什麼日本能在變中達到目的？而大陸卻在變中進退維谷？在日本能行之有效的措施，在大陸卻失去了威力？如果日本在法制現代化的時間表適用年（year）作單位的話，那麼大陸法制現代化的時間表則要用年代（decade）作單位的。要找尋其中的原因，就必須重新審視大陸在這半個世紀以來的法制發展歷程，也就是「變」的歷程。

中國本身事實存在一個不可忽視的固有法律體系，然而它在許多方面已經顯得蒼然古老、陳舊落後，需要按照近代法律觀念和實際加以轉變。但是在清末民初以來的法律繼受中，幾乎以西方法律體系作為主要的框架，導致了在西方法律範式的條文形式之上，面對著是已經深深地紮根於中國人生活當中的固有法律制度和法律意識。繼受本身導致的就是一種文化間的碰撞，當前大陸學術界所側重關注的問題中，法律移植論和法律本土論之間的潛在的論爭無疑構成了大陸主流法律理論中一個長期的核心關注焦點：前者所主張的主要是將西方法律傳統中有益的東西經由立法而納入大陸的法律制度之中；而後者則主張將中國的各種傳統中有益的資源經由立法而融入大陸當下的法律制度當中。⁴

大陸本身法律制度的變遷歷程（應該說就其體制變革的歷程間

4

鄧正來著，法律與立法二元觀，上海三聯書店，2000年10月，頁1。