

汕大

SHANTOU

法学

UNIVERSITY

评论

LAW REVIEW

第一辑

PUBLISHED BY
LAW SCHOOL OF
SHANTOU UNIVERSITY

汕头大学法学院 主办

顾问: 胡红玉 主编: 杜钢建

副主编: 邵俊武 陈瑞林 李广辉

知识产权出版社

汕大法学评论

杜钢建 主编

知识产权出版社

图书在版编目(CIP)数据

汕大法学评论. 第1辑/杜钢建主编. - 北京:知识
产权出版社, 2005. 4

ISBN 7-80198-283-5

I. 汕… II. 杜… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 017742 号

本书的所有版权受到保护, 未经出版者书面许可, 任何人不得以任何方式和
方法复制抄袭本书的任何部分, 违者皆须承担全部民事责任及刑事责任。

汕大法学评论(第一辑)

杜钢建 主编

责任编辑: 范 荔

责任校对: 张春燕

装帧设计: 汕头大学长江艺术与设计学院

责任出版: 杨宝林

知识产权出版社出版、发行

地址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

通信地址: 北京市海淀区蓟门桥西土城路 6 号 邮编: 100088

<http://www.cnipr.com>

邮箱: BJB@cnipr.com

(010)82000893 (010)82000860 转 8101

北京市兴怀印刷厂印刷

新华书店经销

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

印数: 1~2 000 册

开本: 787mm×1092mm 1/16 印张: 16.5 字数: 364 千字

ISBN 7-80198-283-5/D·330

定价: 20.00 元

如有印装质量问题, 本社负责调换。

汕大法学评论编辑委员会

编委会主任:吕世伦

编委会副主任:杜钢建

编委:

张月姣:汕头大学法学院教授

曹培:汕头大学法学院教授

王恒涛:汕头大学法学院教授

Cohen:美国纽约大学法学院教授

王晨光:清华大学法学院院长

刘素华:中央党校博士

陈根发:中国社科院法学所副研究员

吴玉章:中国社会科学副主编

杨建顺:中国人民大学法学院教授

李曙光:中国政法大学研究生院副院长

甘功仁:中央财经大学法学院院长

王仲兴:中山大学法学院教授

铃木敬夫:日本札幌学院大学法科大学院院长

李黎明:日本福岡大学法学院教授

金哲洙:韩国济州大学校长

崔钟库:韩国汉城大学法学院教授

沈在宇:韩国高丽大学法学院教授

安守廉:美国哈佛大学法学院教授

何杰森:美国耶鲁大学法学院教授

何意志:德国科隆大学教授

顾 问:胡红玉

主 编:杜钢建

副主编:邵俊武、李广辉、陈瑞林

责任编辑:

诉讼法学:邵俊武(兼)

刑法学:陈瑞林(兼)

法学理论与法律史:聂铎、郑素一

宪法学与行政法学:邓剑光

民商法学:郭丽红

经济法学:李婉丽

国际法学:杨玲梅

环境与资源保护法学:钟卫红

编委会秘书:王 澎

目 录

第一部分 宪政与人权研究	(1)
坚持以人为本的法制建设与国家主义价值观的转变	刘素华(3)
略论中国法律思想近代化的缺憾	郑素一(9)
人权保护与刑事政策	王仲兴 李文丽(18)
论通信自由的宪法保护	刘素华(29)
第二部分 法制建设与立法研究	(39)
秘密侦查制度的价值分析	邓剑光(41)
规制改革全球展望	Robert W. Hahn 王拙译(48)
普通程序简化审之检讨与反思	田志荣(60)
强化财政监督职能的理论与实践	刘素华 杜钢建(66)
第三部分 民商法论坛	(89)
论国家公权介入婚姻家庭案件	郭丽红(91)
企业商业秘密保护探讨	杨玲梅(106)
董事对第三人侵权责任承担的理论与政策	王占明(112)
论格式条款的解释	聂 铄 胡克敏(156)
第四部分 国际法律论坛	(163)
STATE AID CONTROL AND NEW TECHNIQUES OF ECONOMIC GOVERNANCE: AN EU PERSPECTIVE	廖学全(165)
STATE AID CONTROL IN THE EU: SECTOR-SPECIFIC SIGNIFICANT MARKET POWER	廖学全(178)
论互联网技术对国际私法的影响	李广辉(212)
WTO 下的欧盟反倾销法对中国的影响	李婉丽(226)
第五部分 法窗话语	(237)
论法学本科教育实践性教学的内容及其实施	邵俊武(239)

绚丽的夕阳

- 怀念美国哥伦比亚大学瓦尔特·盖尔弘(W. Gelhorn)教授……曹 培(249)
- 仡佬文化的历史沉思……………韩敏霞(252)

第一部分 宪政与人权研究

坚持以人为本的法制建设与 国家主义价值观的转变

——“入世3周年中国法制建设与政府 改革回顾与展望研讨会”综述

刘素华*

2004年12月18~19日,汕头大学法学院主办了“入世3周年中国法制建设与政府改革回顾与展望研讨会”,国内(包括香港)50多位学者与会。会议围绕3年来中国法制建设和政府改革的宏观发展与微观演进展开研讨,中国改革开放20多年了,中国政府一直在推进法制建设和政府改革的进程,特别是入世后的三年来,我国大幅修订了包括宪法、行政法、外资法、外贸法在内的2500多个法律法规,各地清理了19万多个地方性法规、地方政府规章和其他政策措施。国务院先后三次取消和调整行政审批项目1806项,各地政府取消了数十万件行政审批项目。这一切的价值取向和价值基础是什么呢?

一、中国法制建设和政府改革的价值基础——以人为本

在“入世3周年中国法制建设与政府改革回顾与展望研讨会”上,我国著名法学家吕世伦教授指出,简单说就是“四个字——以人为本”。公元前7世纪,管仲第一次提出“以人为本”,现在提出有新的意义。中共十五大提出“依法治国,建设社会主义法制国家”,定位为我国的基本治国方略;党的十六届三中全会又提出“以人为本,建立科学发展观”;四中全会提出“建设以人为本的社会主义和谐社会”,说明我国的法制在一步一步推进。但是“依法治国,建设社会主义法治国家”没告诉我们以人为本是政治改革、法制建设的价值基础,其目标就是“建立以人为本的社会主义和谐社会”,大家知道,法治主要解决的是法律的形式问题,是法律形式化。马克斯·韦伯说,主要是解决形式法律的底线问题。具体说解决规则和规范问题、制度问题和程序问题。从“以人为本,建立科学发展观”的角度去看法治,可见法治的目的是为了人。

著名法学家郭道晖教授认为,入世之后,我们走出去,融入全球经济一体化的潮流,WTO规则主要规范政府的行为,这些年我们的经济取得很大的成就,政治改革也有一些进步,“以人为本”、“执政为民”、“人权入宪”等概念的出现,在理论上有很大进展,但在实

* 中央党校政府部人权教研室讲师,宪法学、行政法学博士。

践上落实却相差很远,最近经常发生灾难和交通事故,一下子就死了 100 多人,最基本的人权——生命权已经失去。经济改革单轨运行是不够的,政治改革滞后,必须双轨进行。建设法治国家,单是依法行政不够,还要依宪行政,中国共产党要依宪执政。对于宪法的认识,我们还很落后。认为“宪法是治国安邦的总章程”,这种提法把宪法的主体只限于执政党和政府,宪法只是执政党和政府的工具,这样是不对的。宪法是人民权利的保障书和制约国家权力的章程。宪法不仅是国家大法,更是社会大法。宪法的主体,首先是人民和社会,然后才是政府。人民授权国家之后,国家才成为管理社会的主体。英国学者戴雪说,宪法不是个人权利的渊源,而是个人权利的结果,也就是个人权利的产物。人权、公民权利在宪法产生之前就有了,然后通过人民才产生宪法。

国家行政学院魏宏教授认为,法治建设的根本目标是推进民主政治,而民主观念是基础。人与人生而平等,文明是指多元文化的存在,不同文化之间相互尊重,文化在法律上是中性的概念。人人生而平等的理念和主权在民意识对各级领导干部十分重要,各级领导所掌握的国家权力来自人民,法学界提出人人平等的理念,有助于各级官员克服官气,树立平民意识,真实地代表人民利益。法治不是在设计中形成的,而是在现实生活中解决问题中形成的。

我国当年人世谈判代表团主要成员原外贸部条法司司长、现亚洲银行区域局局长张月姣女士认为,法律上不能有虚无主义,要看到我们法律上的缺点,也要看到法律上的优点。我们的法律都是从国情出发的,有很多做得很好,我们要培养更多的法律人才,国际性人才最重要的是要防止司法腐败。加入世贸是从我国根本利益考虑的,从长远看是利大于弊的。首先,明显促进外贸体制的改革和政府职能的改革,打破了外贸经营管理权的垄断,配额的取消使以权换钱现象得到抑制,冲破了保护主义及权力的滥用。其次,打破了美国最惠国待遇审议,争取在国际间平起平坐的权利。在建设法治国家和政府改革中,要用 WTO 规则捍卫国家利益。关于国民待遇原则,我国给外商超国民待遇,外资享受特别待遇,经济特区给很多优惠政策。我们要给民营企业撑腰,使其在世界上有竞争力,贸易原则要在贸易区内统一执行,要用 WTO 规则指导推动国内改革,争取在国际交往中的平等地位,公平贸易,反对不公平竞争,反对倾销,反对补贴,在世界上没有市场经济的标准,没有哪一个国家是完全的市场经济,而且和 WTO 没有关系。

二、建设社会主义法治,贯彻“以人为本,建立科学发展观”面临的主要问题

1. 正确认识法的阶级性和社会性

吕世伦教授认为法的社会性是讲普遍的人性。马克思称为人类的本质,即共同本质,就是在处理法的阶级性和社会性的关系中,应该以法的普遍人性为本,不应以其阶级性为本。人类文明社会越古老,以人为本的精神就越差,奴隶社会,封建社会中我们很少看到以人为本的精神。社会越发展,特别是进入资本主义社会,以人为本的制度就拓宽了很多,这是历史性的变革,把个人从整体主义的压制中解放出来,马克思追求的是以社会为本位、以人为本位,把社会从国家的压制之下解放出来,反对自由国家和人民国家。无产阶级需要的是个人的解放和社会的解放,并不是国家的自由。马克思在 1843 年,从激进资本主义思想家转变成马克思主义者,关键的一步就是对黑格尔国家主义哲学的批判。

人民本来不是一种法律概念,而是一种政治概念。人民作为公民主体,是一种权力,仅仅谈人民不谈个人,人民就成为压抑个人的义务概念。只有全体才是人民,人民就成为一种国家主义、权力主义。

马克思和恩格斯最先讲全世界无产者联合起来,就是为了实现普遍的人权。主权是国家的内部制度,而人权是全人类的一个远大目标,这是马克思主义本来的东西。国家存在的要素:第一是自由,第二是平等,第三是权利义务。法律只是把已经存在的权利砌成法律的权利而已。所以说权利在前而权力在后。没有国家,没有法律,人们连基本的权利都没有,这种说法是很荒谬的,是绝对的国家主义。

郭道晖教授认为,公民不仅要有权利、自然权利和人权,还要有权力。社会组织和非政府组织所控制的资源对社会、对国家的影响力,就是权力。我们要提倡以权利来制约权力,进一步使用社会权力,媒体就是一种社会权力。实行宪政,需要社会权力。魏宏教授认为在公民权利的实现方面,舆论监督和非政府组织在搭建公民与政府之间的对话桥梁作用是不可忽视的。张月姣女士认为,加强研究力量,建立民间组织,尊重知识,尊重人才,要允许多种声音出来。比如美国纺织学会学者做舆论说我国纺织品世界占有量太大,对其产业造成破坏,要求启动保护措施。我国学者应该跟踪研究。外而只能听到政府的声音,听不到民间的声音。对外有不同的声音对谈判有好处,最终保护本国公民权利。香港理工大学李荣彬教授认为,利用知识管理工具在法律界建立民间知识库,专家小组推动向群众宣传法律观念及举些案例,提高民众对法律知识的了解,提升民间力量。

2. 在处理整体和个体的关系时,应以个体为本位,而不应该以整体为本位

吕世伦教授认为现在我们讲社会主义意味着整体主义,而把社会主义理解为国家主义是歪曲马克思主义。马克思讲,历史是由许多的个人的力量组成的发展的历史。自然人才是实践存在的。真正的人是个人。马克思主义认为应实现个人的解放,成为有个性的人,充分发展。所以第一应该要把个体从压制下解放出来,成为真正的个体。这样的个体组成的整体才是真正的整体,目标就是自由人的联合体。反对国家主义和集体主义的压制,并不是无政府主义。郭道晖教授认为“社会主义”是以社会为主义,社会至上主义,就是人民至上、人权至上。社会主义不是与资本主义对立的。社会主义是和国家主义相对立的,国家主义就是国家至上,以权力为本位。希特勒就是搞国家至上、领袖至上。真正的马克思主义者主张国家最终是要消亡的,欧共体中的国家的权力在缩小,这是最好的证明。

中山大学法学院王仲兴教授认为,人世以后,面对我国的基本形态,在法律上应该作改革和修定,在观念上应该由国家本位引申到个人本位。2004年的修宪在第20条第1款增加了“国家”,主体加了国家,利益也加了国家的性质;权利方面也加了一个“财产”,这里而就有一个问题。正当防卫究竟会是一个公权还是私权的问题。我个人认为,新修改的宪法加上了“国家”和“财产”是混淆了国家自身的职能和个人正当防卫权的私权之间的关系。

3. 处理好自由与非自由的关系

吕世伦教授说,马克思认为没有自由是最大的威胁。世界上没有一个人是反对自由的,顶多是反对别人的自由。人的自私性让人为了自由可以抛头颅,洒热血。裴多菲说自

由是各种基本权利最根本的东西,应该以它为本,其他的东西都是自由派生出来的。自由的人和自由的人才能平等。自由人和自由人之间才有正义。正义和其他一些价值都是由自由派生来的。

郭道晖教授认为,宪法规定的自由应是公民、人民的自由,而不是国家的自由。马克思说,国家自由了,人民就失去自由。马克思反对建立自由的人民国家,赞成建立自由人的联合体。每个人的自由是其他人自由的前提。只要还有一个人没有自由,只要还有一个人没有解放,其他人就没有自由。

4. 在处理权利和义务关系时,应该以权利为本

吕世伦教授认为,权利义务是对应的,在处理权利与义务时,都应该以权利为本。

张月姣女士认为,人世后,要特别注意对公民权利的保护。在国际法与国内法的关系问题上,我国采取了国际法优先的做法,而美国是联邦法优先。我们参加了许多国际公约,老百姓都不知道,我们的立法人员也不知道。我们参加国际公约要通过法律程序,要不违宪。另外,我们总是被审议,而且要被审议到2008年。我们应该要求基本的平等,我们不要都好大喜功地说我们是世界贸易第三,实际上,我们只是个世界加工场,外贸依赖达到60%,企业利润少,工人工资收入少。要进国际社会将有很多挑战,要转被动挨打、被审议为主动出击。我们也要堂堂正正认真地审查各成员国的贸易制度,我们要有一大批人去研究国外的法律,去跟踪它,特别是他们对我们有哪些歧视,我们要提供大量的子弹供我们在谈判第一线使用,今后,我们不能再被动挨打,被人家审议。我国的媒体应该出现更多关于哪个国家对我们歧视的、不公平的评论。法律法规要有透明度,若能彻底解决这个问题,对法制建设是个进步和推动。我们在对外中,承诺把我们的法律法规都用英文翻译,别的国家没有这样承诺的,我们承担了比较多的负担,我们最后应该取得一个平等竞争的地位,不然只做二等公民就没意思了。中国在遵守世贸规则的同时,应该要求其他国家遵守世贸规则对我国的企业也要实行公民待遇,对内对外要避免“超国民待遇和低国民待遇”。

中央党校政法部人权教研室教师刘素华博士认为,中国政府的体制改革应该依法进行,在中国进行政府体制改革时,政府各部门的改革非常重要。局部部门的改革直接影响整体改革,特别是在一些专业技术性很强,又涉及经济利益的部门改革,直接影响公民多种权利的实现。比如电信领域的改革,在网络信息时代,电信网络的互联互通,公民通讯自由和言论表达自由、知情权、财产权、经济权、文化权与政治权利等多种权利融合。在此种情况下,电信领域的改革具有重大的宪政意义。中国人世前,电信一直是垄断经营的,信息产业部成立后,主张政企分开,把电信企业从信息产业部剥离出去,并成立了一些新电信企业,例如联通等。但这些企业的很多管理人员来自原邮电部,那这种情况下,难以从根本上保证政企分开。2001年我们在人世谈判时,基于从民族和国家利益的大方面考虑,承诺允许外资在当年进入中国的电信市场,但外资进来之后政府应怎么办?应把利益还给我们的国民。上个世纪,仅电话初装费一项据估计,中国电信从民众手里拿走了30000亿。电信市场如此大的利润,电信市场开放后应当还给民众,现在我们首先对外资开放,没有对民营资本、民族资本开放。实际上这部分利润应是中国民众的,却由外资和中国部分团体把这个利益拿走了。这直接影响中国民众的利益,电信费用的居高不下又

直接影响公民通讯自由权利的实现,而通讯自由权利的实现更直接地影响了多种权利的实现,比如说,电子商务、电子签证实际是通讯内容的保密、通讯秘密问题,电子签名的投入成本加大财产的支出,这就影响公民的多种权利。所以政府对电信怎么改革,从小看是一个部门的事情,实际上它是中国整体改革的缩影。英国上世纪电信领域的改革是完全伴随着《电信法》的完善进行的,应该值得我国借鉴。

2004年12月11日,按照我们入世时间表,外资在中国电信市场的领域和市场份额不断扩大,从12月11日外资开始进入北京、上海、广州的电信领域,明年将进入深圳、杭州等14个城市,外资的大量进入会直接影响通讯安全和国家安全。在履行义务时必须保护公民的权利。

三、树立以人为本的价值理念

中国法制建设和政府改革的价值基础是以人为本,怎样在实践中落实这个价值目标,要从以下方面考虑:

1. 确立以人为本的法律意识

吕世伦教授认为,社会应该树立一个基本法律意识,应当把每一个人都当作一个人,当成一个自由的人,这个社会就有希望了,奔向共产主义就有希望了,否则都是空的东西。没有自由,选择民主与法制是奢谈。现在是要解决温饱问题,要把生产力搞上去,把人们从手工业中解放出来,否则民主法制不能实行。魏宏教授认为,现阶段法律意识对公民重要,对官员更重要。政府官员可以接受理念,但不能依法办事,因为他们的命运掌握在领导手中,而且法律显规则和现实潜规则的冲突,以及立法的不确定,令依法行政难以实现。要改革人事制度,用明确的规则。官员要自律,但更要有制度的保证。湖南大学曹培教授认为,入世三年来现代法律制度在完善,2004年3月人大通过的宪法修正案首次将“公民的合法私有财产不受侵犯”写入了国家的根本大法。显示了我国在意识形态上的重大修正,我国的价值观念已进一步与国际社会融合一致,这也标志着法律观念的巨大进步。

2. 要确定以人为本的立法精神

郭道晖教授认为,入世后,我国立法与国际接轨,要求大量修改现行立法中与“人世”规则冲突的实体法律,要求革新有关立法程序和国内法与国际法的关系理论。我国已相继批准和签署《经济、社会和文化权利国家公约》和《公民政治权利国际公约》,根据公约的规定,每一缔约国对该公约所确认的权利,凡未经现行立法或其他措施予以规定者,应承担按照该国宪法程序和本公约的规定,采取必要步骤,制定必要的立法或其他措施,以实现本公约所确认之权利。现国内立法与公约接轨还有脱节,有关公民政治自由的宪法权利的立法还有很大空白,入世后,有利于推动及早采取相应的立法措施。吕世伦教授认为,我国的立法现在还缺乏以人为本的精神。我国著名政治学家吉林大学王惠岩教授认为,我党领导中国政治体制改革,重要是国家立法权的运用。

3. 政府改革,建设以人为本的和谐社会

吕世伦教授认为,政府改革建设以人为本的和谐社会,适当的差距是有必要的,但东部和西部的差距越拉越大,农村和城镇的差距越拉越大,富人和穷人的差距越拉越大。工人阶级都变成下岗的阶级,现在工人阶级是哪一部分的阶级已经说不清了。是什么阶级

不重要,但是不要差距拉得太大。要消除不和谐的因素,才和以人为本的精神吻合。王惠岩教授认为,现阶段,国内各种利益群体多元化,并成为社会主要矛盾,建设和谐社会,要注重消除各利益团体之间的矛盾,加强党的执政能力建设,“以人为本”是根本。汕头大学法学院郭剑鸣副教授认为,和谐社会首先需要和谐文化,文化对社会治理提供不同机制,文化可以巩固治理的效果,社会文化在社会治理承担了许多公益事务,家文化可以转化为公共认同的社会文化,对基层稳定和基层政府的改革中,具有积极作用。曹培教授认为儒家文化中的宽容、和谐的精髓,为世界和平作出了贡献。

4. 确立以人为本的执法理念

魏宏教授认为,法律应是规范政府行为,保护公民权利。法治不是在设计中形成的,而是在现实生活中解决问题形成的。依宪治国,建立违宪审查制度。应成立一个隶属于人大,直接对其负责,和全国人大常委会、国务院、最高人民法院和最高人民检察院几乎平行的宪法委员会或者是宪法法院。依法行政是重心,公正司法是保证。社科院徐柄教授认为,作为法官应当给当事人一个公正的判决,法官有责任命令被执行他们的判决去先知政府当局。

汕头大学法学院法学首席杜钢建教授认为,人世对我们整个法制建设,乃至整个国家近百年的发展都奠定了新的基础。而对国际规则,要融入国际文明主流,我们原有的观念知识的陈旧、既得利益格局的阻碍、各种体制深层的弊端,都需要逐步地革除旧弊。十六大四中全会提出“以人为本”,人权写进宪法,这对我国法制建设、各个部门法的不断改革和完善,提出了新的要求。在公共管理、政治学发展中,要讲以人为本,而任何一个问题的解决,都是综合性的、体制性的。十六大之后提出三个创新:体制创新、机制创新和制度创新。让我们认清了体制弊端的根源——官本位。行政体制官本位使“为人民服务”等很多宗旨性的东西落空。要解决这些问题,必须加快政治体制改革。政治体制中各种集团的利益、各种层次的利益、部门的利益、系统的利益和单位的利益等等,这些利益僵局已成为阻碍中国体制改革重要因素。在过去这几年,中央政府每当想推行一项新的政策创新时,一到利益格局面前就大打折扣。面对这些问题,我们必须要有新体制,创造一些体制,必须对政府职能进行新的调整,如食品安全立法问题,关系每一个公民的基本人权,政府相关部委的部长们能深切地认识到食品安全立法的重要性、必要性。但是背后各个部门有各个部门的利益,都强调自己部门的利益,强调对现有法律做一点修改就够用了,不需要搞食品安全法。但谁来站在国家立场和民众立场来考虑食品安全问题呢?法制领域国家主义现象的背后实质上是局部利益、部门利益、系统利益和官员的私利在作祟。

略论中国法律思想近代化的缺憾

郑素一*

【摘要】由于中国法律思想的近代化是“外启内发”模式的,因此充满艰辛并存在许多缺陷与不足。总结、研究、借鉴这些教训对促进全民法律思想的进步,推动中国法治现代化进程有重大意义。

【关键词】中国法律思想 近代化 缺陷 启示

On the Modernization of the Chinese Legal Thought

Zheng Su-yi

(Law Department, Shantou University, Shantou,
Guangdong, 515063, China)

【Abstract】 The model of modern process of chinese legal thought in neo-teric time is “Enlightened from abroad and initiated at domestic”, So it was filled with hardships and there was lots of limitation and shortage in it. To summing up, Researching and using all these lesson for our reference will be much useful in promoting the legal thought in the people, and impelling the process of our law modernization.

【Key words】 Chinese legal thought modernization flaw enlightenment

法律思想是人们对一定法律现象、法律制度及法律运行模式的理性认识;是社会特定意识形态的重要组成部分;是由社会存在决定的。法律思想对法制变革具有先导作用,反过来,法制变革又会促进新的法律思想的形成。中国春秋战国时期,形成的在中国传统社会居主导地位的法律思想,其主要内容就是以三纲五常为核心的儒家伦理思想。这种传统的法律思想在西汉取得了封建正统的地位,三国两晋南北朝时期得到不断的发展、完善,隋唐时期发展到鼎盛,它不仅支配着当时社会人们的行为模式,也是国家修律的指导思想,宋元明清时期随着这种法律思想传统的不断完善与精致,逐渐变得僵化与腐朽,开始成为社会发展的羁绊。所谓法律思想的近代化,就是指由这种传统、封建、落后的法律思想体系向现代、文明、民主进步的法律思想体系的演变和发展,以期形成一套完整、成熟的引领国家和民族走向现代化法制的思想体系。中国法律思想的近代化是中国近代历史发展的要求,是中国走出传统社会、实现现代化的一项不可缺少的内容。是建立先进的法

* 郑素一(1968~),女,汕头大学法学院讲师。主要研究方向:中国法律思想史、西方法律思想史。

律制度、法律秩序的前提,是争取民族独立和国家富强的前提。

中国法律思想的近代化是从清末开始的,1840年以后,中国社会逐渐沦为西方殖民者的半殖民地。与此前的中国社会相比较,在经济基础、上层建筑等方面都发生了剧烈的变化。面对日益迫近的民族危机和西方列强咄咄逼人的态势,先进的中国人开始“冷眼看世界”,思索富国强民之策。从林则徐、魏源、马建忠到洪秀全;从洋务运动到戊戌维新;从辛亥革命到新中国建立,一代又一代的中国人,为寻求进步的法律思想,建立反封建的近代化乃至现代化的法律制度而努力奋斗着。这一历史进程是一个峰回路转、艰难曲折的历程。其中有难以克服的宿命难题,有认识上的错误,操作上的失当,这些缺陷与不足作为历史的教训,将成为我们进一步推动法律思想近代化、现代化的宝贵思想财富,因此,认识、反省这一近代化进程有特别重要的现实意义。

一、中国法律思想的近代化

在近代中国,最早向传统法律思想挑战的是龚自珍,他猛烈地批判了君权至上、君权神授观念,提出:“自古及今,法无不改,势无不积,事例无不变迁,风气无不移易”^①。认为只有砸碎因循守旧的传统思想枷锁才能使社会焕发生机,他作为“开一代风气之先的思想家”,虽没有为中国法律思想的近代化找到道路,但他认为必须要“变”。这打破了明清之际“万马齐喑究可哀”的低潮局面,预示着中国反封建的近代化风暴的到来,从而揭开了中国法律思想走向近代化的序幕。

鸦片战争时期,以魏源、林则徐为代表的地主阶级改革派初步认识了西方法律制度,他们不满于腐败的封建政治制度,肯定了西方近代政治法律制度的合理性,以及学习西方先进技术的必要性。林则徐的《四洲志》、魏源的《海国图志》将英国君主立宪政体及美国民主共和政体同时介绍到中国来,毫无成见地给西方两种不同类型的民主政治以高度评价。如魏源就认为美国既不专制又不世袭的民主制度,比起乾纲独断的中国式的“古今官家之局”优越得多,又“公”又“周”,尽善尽美^②。他还称赞实行民主政治的瑞士是“西土之桃花源”^③。地主阶级改革派在中国法律思想近代化道路上确定了方向——借鉴西方的法律制度与法律思想。

太平天国革命时期,是农民阶级的思想家接受西方资本主义法律制度的历史时期。洪仁玕的《资政新篇》主张走资本主义的道路,建立资本主义的政治法律制度。

洋务运动时期是地主阶级的思想家对西方政治法律制度加深认识,亦明确主张引进的时期。张之洞提出“中学为体,西学为用”,虽主张“三纲五常”不能变,但主张参酌西方法律制度,对封建法律制度作局部的改良。在维持纲常名教不变的情况下,采用部分西方法律制度来改革中国的刑事司法制度。同样是洋务派的郭嵩焘则认为纲常名教亦需改变,因而他主张学习西方的宪政,采用西方的议会民主制。这表明地主阶级的思想家开始思索如何引进、借鉴西方政治法律制度,比改革派大大深化了一步。

戊戌变法时期,是资产阶级改良派引进、借鉴、实施西方民主立宪制度的时期。康有为利用传统经学为君主立宪制度寻找依据,把西方的政治法律制度说成是古已有之。梁启超则径直地大量翻译、介绍西方法学名著,力主用西方的民主法律制度代替封建君主专制制度,大胆地抨击纲常名教,将先前开议院的议论作为政治口号正式提了出来,同时输