

THE 21ST CENTURY
CHINESE LEGAL SYSTEM

石文龙 著

21世纪
中国法制
变革论纲

THE 21ST CENTURY



CHINESE LEGAL SYSTEM



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS



THE 21ST CENTURY
CHINESE LEGAL SYSTEM

石文龙 著

21世纪
中国法制
变革论纲

THE 21ST CENTURY



CHINESE LEGAL SYSTEM



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS

内容简介

随着改革开放的深入发展，中国社会已经发生了翻天覆地的变化，加入WTO后，这一变化将更加深刻。作为上层建筑的重要领域之一，法律也将随之发生变革，这一变革体现在社会生活的方方面面，如法律观念、法律制度、法律研究方法等的变革，这一变革的基本线索为法律与世界接轨，在实现全球化或者说国际化的同时，也使其本身实现本土化，最终结果是诞生出体现中国特质的“中国法”。因此，“中国法”是法律全球化与本土化双向交流的结果。

本书正是在这一背景下产生的，作者力图通过现实法制的种种变化的态势，结合中国法制的过去和现在，揭示出中国法制的发展态势与未来走向，探讨在全球化背景下“中国法”实现的可能性与方法，以期能对这一将重新影响世界的新的中华法系——“中国法”的诞生作必要的心理上的准备与理论上的铺垫。

图书在版编目(CIP)数据

21世纪中国法制变革论纲/石文龙著. —北京:机械

工业出版社, 2004. 10

ISBN 7-111-15434-7

I. 2... II. 石... III. 法制—研究—中国—现代

IV. D920.0

中国版本图书馆CIP数据该字(2004)第107009号

机械工业出版社(北京市百万庄大街22号 邮政编码100037)

责任编辑:王政 版式设计:张冰

封面设计:张冰 责任印制:石冉

三河市宏达印刷有限公司印刷·新华书店北京发行所发行

2005年1月第1版第1次印刷

1000mm×1400mm B5·7.625印张·1插页·224千字

0001—4000册

定价:28.00元

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社发行部调换

本社购书热线电话(010)68993821、88379646

封面防伪标均为盗版

关于本书 ——

随着改革开放的深入发展，中国社会已发生了翻天覆地的变化，加入WTO后，这一变化将更加深刻。作为上层建筑的重要领域之一，法律也将随之发生变革，这一变革体现在社会生活的方方面面，如法律观念、法律制度、法律研究方法等的变革，这一变革的基本线索为法律在与世界接轨，在实现全球化或者说国际化的同时，也将使其本身实现本土化，最终结果是诞生出体现中国特质的“中国法”。因此，“中国法”是法律全球化与本土化双向交流的结果。

本书正是在这一背景下产生的，作者力图通过现实法制种种变化的态势，结合中国法制的过去和现在，揭示出中国法制的发展态势与未来走向，探讨在全球化背景下“中国法”实现的可能性与方法，以期能对这一将重新影响世界的新的中华法系——“中国法”的诞生作必要的心理上的准备与理论上的铺垫。

关于作者



石文龙

石文龙，上海师范大学法律系副教授、北京大学法学硕士。主要研究方向：国际法、当代中国法制建设，曾从事过近十年的法律实务工作。在国家级报刊杂志发表有影响力的论文二十多篇，代表性著作：《现代行政法原理与实务》（合著）等。



策 划：王 政 马云龙
封面设计：张 冰

飞业艾斯 022-23716859

法律变革与 21 世纪“中国法”的生成

20 世纪 90 年代初期,全球化问题在西方学术界引起激烈的讨论,全球化是指在国际范围内统一运作的一种“同质性”战略过程,无论是政治、经济还是军事、法律甚至文化取向、价值判断等方面的国际化趋势。经济全球化是全球化中的重要组成部分。全球化过程本质上是一个内在的充满矛盾的过程,它是一个矛盾的统一体:它包含有一体化的趋势,同时又含分裂化的倾向,既是国际化又是本土化。改革开放使当今的中国社会发生了巨大变化,西方人在将中国的改革开放与其他国家的发展改革模式比较后,把中国改革的特点归结为“渐进式”改革,这一改革的过程是平缓的,但其后果和影响却是极其深远的。进入 21 世纪,随着中国的“入世”,中国的社会结构、人们的行为方式以及上层建筑领域的变革,使法律制度也将发生重大的变革,这一变革将深深地影响中国未来的发展与走向。事实上,当今中国已经步入法律剧变的时期,有人称之为“变法时代”,这一变化最集中地表现在法律观念的变化、制度的变化、法律研究方法与手段的变化,特别是法律大规模的修改等方面。而法律变革的最终结果是诞生体现中国特质的“中国法”。我们所称“中国法”,就好比罗马法一样,专指特定时期代表特定体系的法律整体,而非法律制度的“碎片”,更不是其他西方法律与思想的“只言片语”。“中国法”形成于 20 世纪,定型、成熟于 21 世纪。“中国法”是当代中国法制的理想,反映了中国法律人一个多世纪的不懈追求与 21 世纪中国法制的走向,它集中体现了中华民族在新世纪的精神状态与社会风貌,是闪耀中国精神的法律品牌,是中国与世界文化交融的结果,又是与世界文化对话的平台,是中国走向世界的见证,是全球化背景下法律本土化的过程。“中国法”是建立在健康的心理机制上的法律体系,它追求的境界是“人与自然”、“人与社会”的和谐,实现“公民应成为法律的主人”^①这一理念。在中国法制发展史上,曾诞生过辉煌的中华法系,这一影响了世界的法系一度衰落了。在某种意义上说,“中国法”就是新世纪的中华法系。“中国法”一词,不仅

① 倪正茂主编. 中国法制史研究反拨. 北京: 法律出版社, 2002 P5

序

仅是新世纪法律人的新的语境与话语，而且是对整个20世纪中国法制的重新梳理或者说“洗牌”，是对20世纪中国法制的概括与总结，“中国法”既是对传统中国法制的重新整合与组装，又是全球化背景下的产物，它体现了中国特质，是新时代赋予了其新内涵。

法律在社会变革中的作用有两重性，一方面，法律对社会变革具有“滞后性”，法律需要对相对“成熟”的社会关系进行表达与规范，因此，法律需要体现适当的“稳重”；另一方面，法律对社会变革具有巨大的推动作用。研究法与社会变迁的先驱者弗里德曼（Wolfgang Friedman）教授曾经提出过如下命题：“相对于社会变迁而言，法既是反应装置又是推动装置；在这两种功能中，尽管法对社会的被动反应得到了更加普遍的认知，但法对社会的积极推动的作用正在逐步加强。”^①

20世纪的最后20年，中国实现了三大历史性转变：一是从以阶级斗争为纲转变到以经济建设为中心，二是从封闭半封闭转变到改革开放，三是从计划经济时代转变到社会主义市场经济时代。社会转型必然引起法律的变迁。事实上，我们已经进入了一个修法时代，在这个时代法律人不应该仅仅是法律的旁观者，对法律研究者与司法工作者特别是法学家而言，应该积极发挥自己的主观能动性，使中国能尽早地步入“法制大国”，这是时代赋予法律人的历史使命。同时，法律人的壮大，特别是法律职业共同体与法学家集团的形成是“中国法”诞生的必要条件。

社会的进步首先表现为观念的进步与思想的解放，思想与观念是行动的先导，没有思想观念的进步与更新，就不会有人类社会不息的探索与总体上永恒的进步，“中国法”的诞生离不开法律观念的不断变革。“官本位”的淡化与权利价值观的形成以及有学者提出“生态本位”可持续发展的法律观^②等，都将对我国的法制建设产生重要影响，也是“中国法”诞生的必要营养。

立足新世纪，鸟瞰20世纪以来中国法制的风雨历程，展望21世纪中国法律的发展，会有不一样的收获与发现，这也是本书形成的时代背景。因此，本书一方面力图在社会变革与法律变革的现象中，把握法律运行的规律，以

① 李卫东著：《宪法新论》，北京：北京大学出版社，P117

② 陈泉生著：《可持续发展与法律变革》，北京：法律出版社，2000 P125

序

求“中国法”生成的规律；另一方面也希望通过变革中法律现象的研究能积极地推动这一变革，以尽早使中国法制建设走上自觉的、健康的道路，实现作者“法律不是任意揉捏的橡皮，寻找法律的规律，让法律自动运行”的理想，并最终实现“中国法”。

目 录

CONTENTS

■序 法律变革与 21 世纪“中国法”的生成 /Ⅲ

第一章 观念的变革 /1

第一节 法律不是纯意志的反映,而是对规律的发现与表达
——从羊与草的故事谈起 /3

第二节 当前我国法制环境中应强化的最根本观念 /6

第三节 “入世”与我国法律观的变革 /8

第四节 中国传统法行为的特征、心理机制和价值取向 /15

第二章 “人”的变革 /23

第一节 “人”是法学研究的基本范畴之一 /25

第二节 重“物”不重“人”是现实法制的不足 /29

第三节 法治对中国人的塑造与当代中国人的十大变化 /32

第四节 关注法律人 /39

第三章 政府与大众关系再建构 /45

第一节 培养权利——政府在法制建设中的重要
职责与历史使命 /47

第二节 小康社会与城市公民的基本生存状态 /48

第三节 对“为人民服务”内涵的新解读——“为人民服务”对政府
而言也是一种法律要求 /50

目 录

CONTENTS

第四节 “不要把自己混同于社会上的一般人”思想之校正/55

第五节 法律变革与中国公法之勃兴/57

第四章 让法律富有人性 /63

第一节 法律与道德关系新探

——新时期法律与道德关系融合趋势及其应用 /65

第二节 法伦理学诞生的现实基础与时代机缘 /74

第三节 准法律是法伦理学研究的基本范畴

——仅有法律是远远不够的 /80

第四节 良知,法官断案的隐性依据 /82

第五节 当前我国公民道德建设的发展模式

——“差序发展”与先锋模范的带头作用 /84

第五章 法律运行与制度变革 /87

第一节 法律监督与我国宪法制度的完善 /89

第二节 行政法律制度在司法审判中的移植与运用 /96

第三节 协调论与现代行政法的理论基础 /103

第四节 我国民事诉讼证据规则的再建构 /114

第六章 对律师职业的新解读 /117

第一节 对我国律师职业的再认识 /119

目 录

CONTENTS

- 第二节 话说律师的组织——律师事务所 /126
- 第三节 律师业务的垄断与律师队伍的“打假”
——律师业呼唤合法竞争与公平竞争 /129
- 第四节 让“土律师”退出诉讼 /132
- 第五节 律师贿赂犯罪的危害、治理及其他 /137

第七章 法学教育与社会变革 /143

- 第一节 法学教育与研究中的假定律 /145
- 第二节 如何创造法律教学的境界 /146
- 第三节 法律学习中的 WWH 法 /149
- 第四节 学术检讨与学术出路
——法学研究中的“打破封闭”与“走出去,引进来”
战略 /150

第八章 21 世纪的政府与司法机关 /157

- 第一节 WTO 与我国政府行政职能的转变 /159
- 第二节 “入世”与中国法官的新形象 /166
- 第三节 WTO 与我国司法审查制度的建立与完善 /168
- 第四节 建立良性的法律人才循环机制,启动司法机关自主的
“造血工程” /170
- 第五节 法院自主的法律宣传制度的建立与司法为民 /175
- 第六节 成立行政法院完善我国的专门法院体系 /177

目 录

CONTENTS

第九章 变革时期的法制建设 /183

第一节 法制建设中需防止“泡沫” /185

第二节 我们是怎么“伤害”法律与法制的 /187

第三节 重谈法制的内涵与价值 /189

第十章 法律变革与“中国法”的生成 /191

第一节 20 世纪“中国法”成长的模式与启示 /193

第二节 新中国法制的历程与转型 /197

第三节 “中国法”之精义与境界 /206

第四节 全人类共同利益原则与当代中国国际法的新发展 /210

■附录/223

附录 1 走在路上——献给变革中的中国与“中国法”/223

附录 2 我们是中国律师/224

附录 3 部分观点集锦/228

■后记/231

■参考文献/233

第一章

观念的变革

社会的进步首先表现为观念的进步与思想的解放，思想与观念是行动的先导，没有思想观念的进步与更新，就不会有人类社会不懈的精神追求与社会总体上永恒的进步。

“中国法”的诞生离不开法律观念的不断进步与变革，“官本位”的淡化与权利价值观的形成以及有学者提出的“生态本位”可持续发展法律观等，都将对我国的法制建设产生重要的影响，也都是“中国法”诞生的必要营养。

第一节 法律不是纯意志的反映，而是对规律的发现与表达

——从羊与草的故事谈起

翻开目前最新版的教科书，我们对法律的解释仍然停留于法律是“统治阶级意志的体现”^①或者“国家意志的体现”，甚至在《国际法》教科书中，仍有类似的说法，如：国际法的效力的根据是各国统治阶级的意志，但是这种意志不可能是各国的共同意志，而是体现在国际习惯和条约中的“各国的协调意志”。总之，最主要的观点仍可归结为“意志说”，而对社会规律没有予以注意，本节试图用一则故事开始我们的话题，所要表达的观点为法律是对规律的发现，并力主“规律说”。

一、羊与草的故事梗概

在一片草地上，一只羊刚想低头吃草时，只听见草儿一声怒吼：

“且慢，尊敬的羊先生，难道你要剥夺我生的权利吗？难道你想侵犯我的人权吗？你这种行为是极不道德的！”

“但是，”羊说，“如果我不吃你的话，我就会被活活饿死，那样的话，所有的食肉动物也将饿死，人也会……”

“住口！”草儿怒目圆睁说，“连世界上最最凶猛的狮子打我身边经过时，还能给我温柔的一瞥，难道你竟然堕落到连猪狗都不如的地步了吗？”

“亲爱的草先生，上帝造我的时候，就注定了我要吃你的，这就叫一物降一物，我总不能违背了自然的法则吧。”

“放肆！”草吼到，“法律是人为的，当然也是可以修改的。你怎么就不想想法子去改改你的臭德行呢，你完全可以去喝水啊，你看看人家鱼妹妹多善良，每天都以喝水为生，从不伤害任何人，您怎么就不能向她看齐呢？”

“这……”

① 张文显主编。法理学。北京：高等教育出版社，2004 P59

“我们草儿协会将考虑制定一部《草儿保护法》，专门对付你们这种缺乏人性的家伙！”

“这……”

“而且，就今天的事件，我将去法院起诉你，起诉你侵害了我的人身自由权，要求你赔偿我的精神损失。”

“这……”

上述故事事实上是对人世态的一个比拟，我们无意于故事本身，我们只想通过这一故事，谈谈法律与道德等行为规则的形成这一古老的话题。从这一寓言中可以拓展出许多思想，而我们想要表达的思想为：一是法律不纯粹是某些人的意志或者某些集团的意志表达，也是对社会规律的发现与表达；二是人所制定的法律不能违背自然规律与客观规律，否则，法律将打破自然法则，引起社会的巨大动荡与不安；三是评价某一具体行为是否道德、合法的标准表面上是人所制定的法律，实质上是社会规律，如果法律不合乎社会规律必须作出相应修改，就是说书面的法律最终受制于社会的内在规律。

二、“意志说”反映了意志在法律形成中的作用，但没有反映法律的最终来源

在上述案例中，草的观点是，羊吃草是违背道德与法律的，因此羊吃草行为就是一种侵犯人权的行为，这就是草的“意志”；而羊的意志为：我必须吃草，否则就被活活饿死。在这两个意志中，显然羊的“意志”是既符合道德又是符合法律的，因为，羊吃草是自然规律的反映。那么，是否可以说羊把自己的意志上升为“国家意志”后，就成了法律呢？我们说上升为“国家意志”的法律，是书面的法律，但这个体现“国家意志”的书面法律并不是随意表现的，它最终来源于客观规律、受制于客观规律，因此羊不能随意制定体现自己意志的法律。回到我们的教科书最喜爱表达的“统治阶级意志”与“被统治阶级意志”上来，是不是可以说羊的意志是统治阶级的意志，国家的法律由羊的意志而定呢？我们说羊的意志是表象，其实质为“规律”这一“看不见的手”在起作用。

现实生活中，一些人将“法律”和“意志”划了等号。实际上，决定法律最本质的东西是客观规律。马克思曾经讲过：连最专制的君主也不能对法

律发号施令。法律是客观规律的表达，为客观规律所制约。当然，客观规律要经过人的意志加工之后才能成为法律，但人的意志毕竟是第二性的。人的意志如果不符合规律的要求，就像某些人的“一意孤行”，所产生的法律不仅不可能在现实生活中有效地发挥作用，而且会遭到失败。只讲主观愿望，无视客观规律，就会成为“唯意志论”，而不是马克思主义。总之，法律是通过人的意志产生的，但人的意志最终来源于客观规律，因而最终决定法律的是客观规律，而不是人的意志。

正因为如此，狄摩塞尼斯曾言：“每一种法律都是一种发现，是神赐予的礼物——明智者的戒规。”^①这句话即证明发现观是一个古老的观念。库利奇总统也说：“人民并不是制定法律，他们只不过发现法律而已……如果一种政体具有发现法律的最佳机制，那这个国家就再幸运不过了。”^②同样，在与法律相同的道德问题上，我国学者也提出道德都是人制定的。但是，只有恶劣的道德才可以随意制定；而优良的道德只能通过社会创造道德的目的，即道德的终极标准，从行为事实中推导、制定出来；所制定的行为应该如何表现道德规范的优劣，完全取决于对行为事实即客观规律与道德目的的认识之真假。^③

三、法律的制定与修改必须反映客观规律

不是说“人有多大胆、地有多大产；不怕做不到、就怕想不到”，无论是制定法律还是修改法律，必须反映客观规律。否则，法律将打破自然法则，引起社会的巨大动荡与不安。正如故事中所言，草儿将要制定的《草儿保护法》就是草儿的一厢情愿，它不可能实现。因为一旦这部“法律”得以实施，整个人类将走向毁灭。那时，“羊”不得以草为食，而改由以“水”为食，显然，羊以及其他食草动物，在这部“法律”颁布不久，将首先死去，之后所有的肉食动物因失去食物也将渐渐地死去。那么人类自己，开始还能吃到蔬菜，随着蔬菜们纷纷起来效仿草儿，相应颁布《蔬菜保护法》，人类也将因为“法律”的阻碍不能吃所有的蔬菜，之后，因所有动物已经死去，

①② [美] 爱德华·S·考文著. 美国宪法的“高级法”背景. 强世功译. 生活、读书、新知三联书店, 1996 P1

③ 王海明著. 新伦理学. 北京: 商务印书馆, 2001, 扉页作者题论