

# 20 世纪 中国 法制的 的

## 回顾 与 前瞻

张晋藩 主编

中国政法大学出版社

D927-53  
Z 284

# 20 世纪中国法制 的回顾与前瞻

张晋藩 主编

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

二十世纪中国法制的回顾与前瞻/张晋藩主编. - 北京:中国政法大学出版社,  
2001.7

ISBN 7-5620-2104-X

I.二… II.张… III.法制史-中国-现代 IV.D929.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 044820 号

责任编辑 齐 心

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

---

787×1092 16 开本 25.5 印张 580 千字

2002 年 9 月第 1 版 2002 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-2104-X/D·2064

印数:0 001-3 000 定价:33.00 元

---

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

邮 编 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

## 序 言

20 世纪的中国法制充满了震古烁今的巨变。在这百年里,传统的中华法系发生了转型,开始与世界现代法制衔接。传统的以纲常为核心的法观念,更新为以民主与法治为主导的法观念,这是中国法制现代化的思想基础。而自鸦片战争以来,以救亡图存、富国强兵为目标的爱国主义精神则是推动中国法制现代化的动力。近代中国国情的特殊性决定了先进的思想家、爱国者和改革先驱经常是三者合一的。至于经济的现代化发展和政治制度的不断趋于民主,无疑为法制的现代化提供了必要的物质基础和政治保障,在这个过程中,先进的法律文化的移植也起着某种导向的作用。

由于中国经历了两千多年的封建专制统治,自然经济结构十分牢固,家族组织盘根错节,儒家礼治文化广泛渗透,在这样的历史条件下,中国法制的现代化必然要面对重重阻力和思想羁绊,必然要遭遇顿挫与失败,但是无论怎样艰难曲折,终究还是走上了依法治国的道路,为中国法制的现代化奠定了辉煌的里程碑。

百年中国法制的历史,反映了历史发展规律的不可抗性,提供了极具现实借鉴意义的经验教训。总结这段历史,不仅会增添推进依法治国方略的信心,而且有助于在 21 世纪建设具有中国特色的法律体系和司法制度。这对于中国在激烈竞争的国际环境中能够自主、自强是十分重要的。为了探讨 20 世纪中国法制发展的客观规律,展望 21 世纪中国法制发展的前景,中国政法大学科研处、法律系、法制史研究所于 2000 年 4 月召开了“20 世纪中国法制回顾与前瞻”的研讨会,出席的海内外专家学者约 120 人。这本论文集就是专家学者们的研究集锦,从中可以看到他们注意的焦点和审慎的探索精神,以及各种思想火花的碰撞。

继这次研讨会后,2001 年 3 月,还在美国洛杉矶召开了第二次研讨会,虽然时隔仅仅 1 年,但是提供的论文却更有深度,反映了学者们对这个问题的不断思考和钻研,我们也准备出版第二本论文集,以飨读者。

张晋藩

2002 年 6 月

## ／ 目 录 ／

- 1 | 20 世纪中国法制回顾与前瞻研讨会综述
- 5 | 世纪沧桑话法治 / 张晋藩
- 11 | 中国法制现代化的历史哲学反思 / 陈弘毅
- 19 | 人文精神与中国传统法律的历史借鉴 / 陈景良
- 31 | 中国法律早期现代化保守性价值评析 / 王 涛
- 42 | 中国走向行政法治的回顾与展望 / 俞荣根 莫于川
- 56 | 近代法制回顾与当代法制思考 / 郭成伟
- 76 | 依法治国及法官的选拔、任用与完善 / 包 恒
- 81 | 法律移植与本土化改造——法制现代化的二重奏 / 江旭伟
- 87 | 20 世纪两岸法制之殊途及今后之归趋——百年来台湾地区法制之回顾  
与前瞻 / 黄静嘉
- 109 | 释唐律“出入得古今之平” / 蒲 坚
- 114 | 中国改革开放以来的地方法制建设 / 杨一凡 樊 文
- 130 | 中国 50 年民族法制建设的回顾与前瞻 / 吴大华
- 138 | 20 世纪前 50 年我国蒙藏地区法制建设的经验和教训 / 徐晓光
- 146 | 中国法制改革认知取向的考述与评析 / 徐忠明
- 157 | 司法解释批复四题 / 汪世荣
- 170 | 程序正义与中国——从文化的视角观察 / 罗洪洋
- 177 | 论民国初期议会政治失败的原因 / 朱 勇
- 189 | 民国第一个行政诉讼审判机关——民初平政院裁决书整编与初探 / 黄源盛
- 216 | 民国初年的法制改革与司法独立理念的实践 / 欧阳正
- 227 | 禁止把持与保护专利：试析清末商事立法中的苏州金箔业讼案 / 邱澎生
- 247 | 严复与近代中国法制现代化思潮 / 陈金全
- 256 | 台湾地区百年来婚姻家庭相关法规的变迁及未来的展望——从尊卑走向平等的婚  
姻家庭关系 / 陈惠馨
- 268 | 清末官制改革中的大理院(1906 年~1911 年) / 韩秀桃
- 280 | 民初大理院民事判例要旨的性质与效力 / 张 生

2 目 录

- 286 《中华民国临时约法》的主要缺陷 / 曹正权
- 293 20 世纪中国民法的曲折历程和我们的历史任务 / 童光敏
- 304 罪刑法定在 20 世纪中国的历史命运 / 李艳华
- 309 20 世纪中国监狱法治进程评价 / 郭 明
- 322 《清会典》的纂修与封建行政管理制度的完善 / 郭成伟 林 乾
- 335 宪政的中国语境: 目标和价值 / 王人博
- 360 公元第二个千年初期中国法制回顾——关于宋代法制的一点思考 / 杨 堪 张梦梅
- 367 高丽律初探 / 韩相敦
- 373 论道德法律化 / 张德真
- 383 法学理论体系建设的世纪回顾与前景展望 / 刘双舟
- 393 CHINA'S DEVELOPING CIVIL LAW: THE CASE OF TORTS  
(中国民法的发展: 侵权法的演变) / WILLIAM C. JONES

## 20 世纪中国法制回顾 与前瞻研讨会综述

2000 年 4 月 4 日至 6 日, 由中国政法大学科研处、法律系、法制史研究所主办的“20 世纪中国法制回顾与前瞻”研讨会在北京友谊宾馆召开。来自中国政法大学、中国社会科学院、北京大学、中国人民大学、西南政法大学等院校和科研机构以及美国、韩国、我国香港、台湾地区的专家学者约 120 人参加了研讨会。会议收到学术论文 31 篇, 举办专题学术报告会 19 场。研讨会采用论文撰写人报告、评论人评论和旁听人提问、自由讨论相结合的方式, 就 20 世纪中国法制的艰难历程进行了回顾、总结和反思, 研究依法治国的客观规律, 并对 21 世纪法制的发展提出了构想和展望。研讨会紧张有序, 气氛热烈, 富有创新和开拓精神。老中青三代法律史学者就一些学术前沿和学科热点问题进行了广泛而深入的探讨和交流。

现将本次研讨会之学术讨论综述如下:

### 一、20 世纪中国法制回顾与前瞻一般理论研讨

#### (一) 20 世纪中国法制历程总体评价

20 世纪的中国法制是由传统向现代化转型的重要时期, 虽然其发展进程迂回曲折, 充满了矛盾斗争, 但终究还是伴随着社会的进步、国家的发展取得了震古烁今的成就。“依法治国”载入宪法, 便是明证。多数学者认为, 晚清修律以来的中国法律现代化之路是极为艰辛的, 强烈的文化碰撞和法律冲突使得 20 世纪中国法制改革奏出的并非是和谐动人的乐章, 法制文明的痛苦蜕变与知识精英的心灵煎熬伴随始终。也有学者认为, 尽管由于政权的频繁更迭导致近代中国法律秩序的不稳定, 但是近代中国法律在制度和体系方面均是稳定的、一致的。这是由于其生长于中国传统的法文化环境之上, 同时又借鉴吸收了大量西方法文化的内在理念和具体制度。这一特征本身使得中国近代法律和中国国情具有深厚的相合性。

#### (二) 近代法制经验的总结和传统法律基本精神的探讨

对于百年中国法制, 有学者提出了四个方面可资汲取的经验: 法观念的更新是法制现代化的思想前提; 经济现代化是法制现代化的物质基础; 政治制度的民主化是法制现代化的保障; 引进先进的法律是加速法制现代化的外部条件。有的学者则着重总结了 20 世纪后半期即新中国法制建设的经验教训。

与会者认为, 实现法制的现代化, 离不开对本民族历史文化的研讨和借鉴, 因而对传统法律的内在精神进行深层次的挖掘十分必要。有学者指出, 人文精神作为古代中国治国安邦、实现秩序期待、建立理想盛世的内在价值源泉, 在中国文化中源远流长。它

所要求的重视人的生命及价值尊严,否定神学权威及酷吏暴君的滥杀行为,折射出中国传统法律文化缓和社会压力、追求和谐及以人为本的理性之光,是传统法文化的合理因素。

### (三) 对 21 世纪中国法制的前瞻

为了贯彻依法治国的方针,与会者认为应坚持行之有效的法制宣传教育,进一步提高公民的法律意识;完善立法程序,提高立法质量;改革司法,确保司法公正;牢固树立依法行政观念,发挥行政程序法的作用;加强法学研究,为依法治国提供理论指导;建立新的道德体系,使法律与道德互补互动。有些学者则提出了建立包括八类法律部门的具有中国特色社会主义法律体系的构想,并具体论述了构建这种法律体系的措施。

## 二、学术前沿和学科热点问题的讨论

### (一) 关于重塑中华法系和建立新的中华法系问题

张晋藩教授从复兴中华民族的历史使命的认识出发,提出了重塑中华法系的新命题。他认为中华法系是中华民族共同智慧的结晶和创造。晚清修律以后,中华法系解体了,但并未消亡,其中一些基本的精神和价值是中国法文化赖以生存和发展的核心,在新的历史条件下重塑中华法系,不是简单地复古,而是要创造性地继承,学习西方乃至一切外来民族先进法文化来丰富中国的法文化。我国台湾地区学者也通过对海峡两岸法制发展的历史趋向的考察,提出新中华法系的建立是两岸法制发展的前景。各种理论的架构尽管尚未丰满成熟,类似观点甚至也非本次研讨会上首次提出,但仍然引起与会者的广泛关注和认同。有人认为这种观点较之于 20 世纪 30 年代“复兴中华法系”的提法,已有理论上的提升,是值得学界深入研究的新的时代课题。

### (二) 晚清以来的法制改革与中国法律现代化的认识和评价

与会者对中国百年法制变革的认知取向与改革路径进行了考述和评析,具体分析和重点说明了 20 世纪不同历史时期“法律移植”与“本土资源”、“法律文本”与“法律实践”之间脱节背离的情形。传统社会自发积累起来的那些法制“本土资源”能够融入现代社会的极为稀少。法制改革关涉一个“超巨型”社会结构性的转变,是一部需要时间不断锤炼的“西行漫记”。另有学者则着力阐释了中国法律早期近代化的保守性及其存在的合理性,强调法律发展中对传统的认同与继承的重要意义。

有学者从宪政语境转换的角度论述了中国近代宪政现代化的困境。指出西方宪政的民主语境被置换为中国的富强语境,实质上是消解了宪政本身的价值。中国的实践者和思想家总是越出宪政的原生价值去寻找在他们看来更根本、更“实用”的功效,把宪政看作是达到民族主义目标最重要的器具。因而决定了中国人对宪政价值和目标的选择无法直接模仿西方,宪政在中国成了一把顽钝的“双刃剑”,既不能为国家富强提供可靠的途径,也无法建构起结构性的法律空间。另一些学者则分别从议会政治、地方自治、宪法文本等方面实证地考察了近代宪政运动的命运,揭示出其自身的先天不足和深重的社会文化背景。

我国台湾地区学者欧阳正对民国初年的法制改革与司法独立理念的实践作了系统考察,认为以近代西方法政制度为蓝本的司法审判系统,始终未能独立、完整地存在与运动。司法独立的理念因受到种种内在和外在条件的制约与限制,已被稀释转化成为一种

工具性的价值理念。法官（审判厅）与行政机关（县知事衙门）“二元化”司法审判系统的发展与延续，足以证明。

香港学者陈弘毅则从历史哲学的角度对中国法制现代化进行了深刻反思，他以康德的历史哲学作为铺垫和参照，认为法制现代化不单是因应世界现代的经济和社会转变而作出相应的法律调整，更是人类对其传统制度和实践进行理性反省的过程，是人类通过法制改革谋求道德进步的事业，即以法制保障人的价值、尊严和权利，使人类理性得以更充分的体现，人的天赋秉性得以真正的发挥和实现。

### 三、部门法制史回顾与前瞻的研究

回顾 20 世纪中国民法文明演进的曲折历程，有学者认为中国民法的近现代化理性地选择了法典化的道路。民法的文明演进具有历史继承性，是现实社会关系的反映，并与民法思想、观念的进步与更新相伴相随，相互促进。我国台湾地区学者陈惠馨就台湾地区百年婚姻家庭相关法规的变迁与未来展望作了深入研究，指出婚姻家庭法的发展主线乃是从尊卑走向平等。美国学者钟维理从侵权法特别是侵权责任角度描述了一个外国人眼里中国民法的发展。

刑法方面，有学者考察了罪刑法定在中国 20 世纪经历的从引入到迷失再到重新确定的历史过程，认为罪刑法定原则在中国的历史命运，映照出 20 世纪中国法制建设的跌宕起伏，强调了法制现代化发展所需要的社会结构的转型、变迁，价值观念的重塑，内、外部环境的改善。

有学者则对中国走向行政法治的百年历程做了检讨，并对中国 21 世纪行政法治的发展趋势作了一般论、主体论、行为论和救济论的前瞻。

在诉讼程序和司法制度方面，我国台湾地区学者黄源盛对民国第一个行政诉讼审判机关平政院的组织、职权、审判程序作了详细的实证性分析和研究，指出它为后来国民政府时期的行政诉讼制度莫下了根基。有学者还对民国初年大理院民事判例要旨的性质与效力进行了探讨。美国律师包恒则更多地从现实角度对中国法官制度、司法改革提出了有益的见解。

### 四、法律史学研究领域和方法的拓新

#### （一）地方法制史

我国台湾学界对台湾地区法制历史的研究受到众多与会者的瞩目。黄静嘉回顾了百年台湾法制从日据到光复后发展的历程，并对 90 年代台湾重要法律作了举例说明，指出台湾法制面对的问题是司法绩效之改善及法律文化之提升。在分析两岸法制之殊途的基础上，对其今后之趋归作了前瞻。陈惠馨则主要从婚姻家庭法方面阐述了台湾百年法制之变迁与未来前景。也有学者总结了改革开放以来中国地方法制建设的重要成就，指出其存在的亟待解决的问题，并提出了立法中的改进措施。

地方法制史的研究方兴未艾，研究会上有学者介绍了他们正在从事的地方法制史项目的研究情况，引起了一些与会者的兴趣。

#### （二）民族法律史

民族法律史愈来愈成为法律史学科研究的一项重要内容，提交本次研讨会的这方面论文有两篇，一篇总结了 20 世纪前 50 年代我国蒙藏地区法制建设的经验和教训，另一

#### 4 20 世纪中国法制的回顾与前瞻

篇则对 20 世纪后 50 年新中国民族法制建设作了回顾与前瞻。

##### (三) 研究方法和视角的创新

许多学者特别是外国和我国台湾学者很注重运用中西比较和个案(判例)分析的方法研究法律史学。如韩国的韩相敦对高丽律的探析主要是从与中国法律的比较研究入手;美国杰夫里·托马斯对中美近代法律作了较系统的比较分析;我国台湾学者邱彭生通过对光绪三十二年至三十四年的苏州金箔业讼案的剖析,说明清末法律继受与变迁过程中,商会对政府立法的参与影响。

法律史研究视角的拓新也愈来愈受到学界的关注,从法理学、文化学、哲学、社会学、人类学乃至经济学等角度切入研究课题,拓宽了法律史学研究的思路和视野。

回顾百年法制之变迁,与会者深刻认识到法治乃是历史的必然选择,“法制兴则国兴,法制废则国危”,这是一场深刻的观念更新和制度变革,任重而道远。历史的回顾与总结给予我们以前瞻未来的勃勃雄心,积极建设社会主义法治国家,是中华民族肩负的历史使命,也是对于 21 世纪中国所面临的各种挑战的一种回答。

(顾元整理)

## 世纪沧桑话法治

张晋藩\*

20 世纪已经过去，百年的时间在人类社会发展史上只不过是一瞬，然而在 20 世纪的百年里却经历了几个世纪所不曾有过的风雷激变，以至于人们在回顾历史时既充满了对艰难历程的慨叹，也洋溢着对人类创造的伟大业绩的自豪。

—

20 世纪的中华民族，是在被侵略被奴役的苦难上争独立，争生存；在军阀混战与专制暴政的压迫下争民主，争自由；在有法几同无法的环境里争法治，争人权。其中每一项任务都异常地艰巨，都付出了巨大的代价。但是，历史的车轮终于碾碎了中国走向独立、富强、民主、法治道路上的重重障碍。迎来了中华民族的伟大复兴。

百年中国所经历的艰难曲折，给予我们深刻的启迪，使我们在认真的反思中体验历史发展的必然规律；在总结各种经验教训中探索通向自由王国的途径；在建设法治国家的伟大事业中增强主动性和预见性。

站在新世纪的起点，总结过去，展望未来，法治不失为一个绝好的视角。20 世纪的中国法制是由传统向现代化转型的重要时期，虽然其发展进程迂回曲折，充满了矛盾斗争，但终究还是伴随社会的进步、国家的发展取得了震古烁今的成就。“依法治国”载入中华人民共和国宪法，便是雄辩的例证。这是中国人民一个多世纪的追求。

中国古代的法律，曾经以其历史悠久、内容丰富而雄踞于世界法制文明之林。然而至鸦片战争发生前夜，开明的官僚士大夫已经痛感祖宗之法弊端百出，严重束缚了社会的进步，因而要求改制更法。龚自珍、魏源、徐继畲、包世臣等人从天下兴亡匹夫有责的义务观和振兴中华的使命感出发，在著述中表达了改革清朝法制的呼喊，和对于西方民主与法治的朦胧赞美。在他们的推动下，“睁眼看世界”，学习西方法律文化的新思潮逐渐兴起。鸦片战争以后，有识之士更提出了“师夷变法”的主张。师夷变法不仅在技术上师夷之长技，也包括学习泰西之法。他们开始意识到西方的民主与法治对于富国强兵所具有的价值。所谓“富强之本，不尽在船坚炮利，而在议院，上下同心，教养得

---

\* 中国政法大学教授、博士生导师。

法”。

太平天国起义所创建的“天法”，是农民企图改变传统法制的一次尝试。尤其是太平天国后期洪仁玕，在《资政新篇》中设计的以西方国家的法治为原型，改造“天法”的方案，具有鲜明的独创性和时代性，基本摆脱了封建法制的窠臼。然而，太平天国的失败，使得这个开拓性的探索方案也化作泡影。

此后，清朝统治集团中的洋务派提出了“中学为体、西学为用”的改革思路，在法制上力求某些西法，如国际公法，以应对外交涉的需要。中体西用是师夷变法的进一步发展。

19 世纪末，以康有为、梁启超为代表的改良派，广泛宣传了资产阶级法治学说，提出了召开议会，制定宪法，建立民、商、刑、诉讼等部门法为主干的法律体系，以及实行司法独立等变法主张。改良派的努力虽然失败，却起到了开拓民智，伸张民权与法治意识的作用。

至 20 世纪初，沈家本参照德、日、法等国法律，全面修订了清朝律例，与“西方法系连结”，传统的中华法系由此发生解体和蜕变，大陆法系逐渐主宰了中国法律的发展。清末修律由于清朝的覆亡而未得以实施，但它标志着中国法制现代化的开端。由此肇始的现代化进程仍在艰难中继续发展着。

以孙中山为代表的民主派，也以移植西法作为改造中法的出路。他们不仅进行了理论上的阐发，而且领导了辛亥革命以后南京临时政府的法制建设。孙中山曾两次举起护法的旗帜，与任意毁法的北洋军阀进行斗争。长期的奋斗经历使他认识到“法律不能生效，民权无法保障，政治无由进化”，都是“蔑法律而徇权势”。〔1〕

北洋政府时期，处于军阀割据之势，顿挫了中国法制现代化的势头，只是在清末司法改革的基础上建立起来的司法机关体系，循着新的法律规范实现着司法的职能。

国民政府建立以后的最初 10 年，在传承清末以来广泛吸收世界立法新成果的基础上，完成了六法体系的架构。

1949 年中华人民共和国成立，以马克思列宁主义为指导，以苏联的法制建设经验为借鉴，创造了新的法律体系和司法制度。但由于封建专制传统和“无产阶级专政不受法律限制”的理论误导，使得国家活动缺乏严格依法办事的观念，尤其在十年动乱期间，法律虚无主义更是甚嚣尘上。直到十一届三中全会实现了全面的拨乱反正以后，中国法制才由崎岖走向了辉煌。

近二十几年来，中国法制的发展呈现良性态势，以市场经济为中心的法律体系的框架已经基本形成，依法行政与司法公正的机制正在逐渐完善，自上而下的法治意识普遍增强，在此基础上才有可能提出并以宪法的形式确认依法治国的方略。

19 世纪末，先进的思想家为了挽救危亡的中国，曾经提出了依法治国的主张，但他们没有力量加以实施，只是停留在舆论上。而在极“左”思想占统治地位的一段时期，依法治国曾经被作为资产阶级法律至上观点加以批判。历史证明，只有在今天，才有可能全面实施依法治国的方略，它表明国家领导人决心与影响中国几千年的“人治”

〔1〕“民权主义第五讲”，载《孙中山全集》第 9 卷，第 325 页。

传统彻底决裂和建设社会主义民主法治国家的胆略。

## 二

百年中国法制的历史，为我们提供了丰富的经验：

### （一）法观念的更新是法制现代化的思想前提

中国在法制现代化的道路上经历了多次法观念的更新，并由此引发了法制的深刻变革。譬如，19世纪末20世纪初的思想家们，利用西方法律观念对传统法律的理论基础、体系和司法体制进行了批判，由固守成法转向师夷变法；由维护三纲转向批判三纲；由礼法结合转向礼法分野；由以人治国转向以法治国；由以刑为主转向诸法并重；由君主专制转向君宪共和；由司法与行政不分转向司法独立；等等。上述法观念的更新，是晚清修律与司法改革的思想前提，也是中国法制现代化的时代先声。

又如，“四人帮”覆灭以后，左的思想桎梏被彻底粉碎，出现了前所未有的思想解放，法观念经历了又一次更新；一度存在的法律虚无主义逐渐转向法律权威主义；依政策治国、依人治国转向依法治国；义务本位、权力服从转向权利本位、法律服从；畏讼、贱讼转向诉讼权利；等等。如果说没有清末法观念的更新，就不会有晚清修律所揭开的法制现代化的序幕；同样，如果没有20世纪末法观念的更新，也不会有经济法律体系的建立和依法治国方略的提出。

### （二）经济现代化是法制现代化的物质基础

在各种社会现象中，法与经济的联系是最基本的联系，经济基础的性质决定着法的性质，经济基础的发展变化决定着法的发展变化。传统的中华法系之所以陈陈相因，延续几千年，就在于它是建立在经久不变和极少变化的小农经济基础之上。直到近代打破了闭关锁国的状态和自然经济结构，民族资本主义取得了明显的发展，才产生了适应调整经济需要的新的法律，尽管这个过程是缓慢的。

在本世纪最后的二十几年间，中国进行了以建立市场经济为核心的经济体制改革，使得社会生活和社会结构都发生了巨大的变化，经济法律体系也在废、改、立的急遽变动中建立起来。历史证明，法制的现代化是以经济的现代化作为物质基础的，没有经济的现代化，就不可能有现代化的法制。而法制改革的深化，又转而促进了经济的发展。1986年邓小平提出：“搞四个现代化一定要有两手，只有一手是不行的。所谓两手，即一手抓建设，一手抓法制。”

### （三）政治制度的民主化是法制现代化的保障

中国法制现代化的目标是实行法治，而法制的本质不过是人民群众行使民主权利的一种形式和基本保障。因此，推进法治要务本、固本，就是要创造民主的政治体制，以及权与法相制衡的机制。只有建立完善的民主制度，才能保证法制的实施和依法治国的实现。清末的新政与立宪虽然是被迫的、残缺不全的，但毕竟是对于极端专制制度的一种变革和限制。没有清末的新政与立宪，就不会有沈家本的修律与改革。近20年的历史也充分说明了没有政治体制的改革，没有制度的民主化、法律化，也就不会有环绕依法治国而展开的一系列法制改革与建设。

#### (四) 引进先进的法律是加速法制现代化的外部条件

引进先进的法律推动本国法律的改革与发展, 是世界各国通行的惯例。中国自鸦片战争以后通过各种渠道引进西方的法律和法学著作, 不仅促成了中国人法观念的更新, 也确立了改革传统法制的目标和模式, 因而成为法制现代化的外部条件。但引进外国的法律需要与本国的国情相结合, 在这个问题上曾经出现过简单拿来主义的弊病, 随着立法者视野的开阔和不断地进行总结, 这方面的经验正在臻于成熟。

### 三

由于中国经历了两千年专制主义的统治, “留给我们的封建专制传统比较多, 民主法制传统很少”, 因此建国以来的一段时间不重视法律的作用, 缺乏依法办事的观念, 有其历史的和社会的根源。尽管势移时易, 但人们的意识仍或多或少的落后于存在。为了自觉地贯彻实施“依法治国, 建设社会主义法治国家”的方针, 在 21 世纪伊始之际, 对以下几个方面的工作应该给予充分的注意。

#### (一) 坚持行之有效的法制宣传教育, 进一步提高公民的法律意识

公元前 4 世纪, 著名的法家代表人物商鞅曾经提出: “吏明知民知法令也, 故吏不敢以非法遇民”,<sup>〔1〕</sup> 因此他把推行变法的基点放在民众知晓法律, 遵守法律, 运用法律之上。史书说: 商鞅变法时期“妇人婴儿皆言商君之法”。<sup>〔2〕</sup> 无论历史的和现实的经验, 都证明了推行法治的动力和深厚的基础在于民众之中。近 20 年来通过普法的宣传教育, 使得全民族的法律意识有了空前的提高, 对于法律的价值、功能、作用都取得了共识。尤其是在运用法律维护自己的合法权益和诉讼权利观念方面, 表现出了前所未有的自觉。这是对于国家机关依法行政和公正司法的有效监督力量, 也是贯彻依法治国的深厚的群众基础。

由于我国政治、经济、文化的发展还存在着不平衡性, 因此提高全民族的法律意识与法制观念, 还须深入持久地开展法制的宣传教育。这是一项社会主义法制建设的基础工程, 也是社会主义精神文明建设的重要内容。只有国民的素质提高了, 才能在 21 世纪的激烈竞争中, 使中华民族立于不败之地。

#### (二) 完善立法程序, 提高立法质量

近 20 年来, 立法工作取得了很大的成就, 不仅彻底改变了无法可依的状态, 而且初步建立起具有中国特色的社会主义法律体系。但在 21 世纪仍然面临着繁重的立法任务。以经济法为例, 在现有的经济立法的基础上, 急需制定国有资产法、金融监管法、税收基本法、港口法、电信法、外商投资法等等。为此需要根据立法法的要求进一步改进立法体制, 提高立法的科学预见性与现实可行性; 制定立法纲要和立法规划, 健全法律草案的起草审议制度; 明确划分立法权限, 使授权立法规范化; 加强立法监督和法律解释, 以维护法制的统一和尊严。在立法过程中要注意总结汲取国内外的立法经验, 并

〔1〕《商君书·定分》。

〔2〕《战国策·秦策一》。

依民主程序认真听取人民群众和专家的意见和建议,使立法的数量与质量达到平衡,立法与其他法治环节协调整统一。如能做到立一法,行一法,那将极大地树立法律的权威。

### (三) 改革司法, 确保司法公正

在解决了有法可依之后,有法必依、执法必严、违法必究便凸显出来成为司法改革的焦点。由于传统习惯的束缚,以及民主制度的不完善,使得权力与权利经常发生冲突,法律与金钱也时有错位,以致在某些地区、某些问题上,不能做到法律面前人人平等,损害了司法的公正性。

为了发挥司法机关在维护社会正义、保护公民权利、惩治犯罪、实现社会稳定的职能,首先,要加强司法干部队伍建设,提高整体素质,建立充满生机与活力的用人机制,把对于司法干部的政治性、专业性、技术性要求置于可靠的基础之上。其次,要充分发挥宪法所赋予的法律监督的职能,使法律监督进一步具体化、程序化,成为可操作的经常有效运转的机制,借以保证司法的民主、公正和廉洁。最后,要切实实行法官法,对于徇私舞弊、枉法审判的司法人员严肃查处。

### (四) 牢固树立依法行政的观念, 发挥行政程序法的作用

近年来,行政机关在依法行政方面取得了显著的成绩,反映了社会的进步、政治的民主化和行政管理方式的巨大变革。但由于缺乏依法行政的传统,还存在着滥用行政权力的弊端。因此用法律来制约行政权力,使行政行为具有严格的法律依据,行政机关及其工作人员还须要牢固树立依法行政的观念,进一步清除依人行政,依政策行政的影响。与此同时,也要注意发挥行政程序法在保护和监督行政权的正确行使和提高行政效率方面的作用。

### (五) 加强法学研究, 为依法治国提供理论指导

近代中国法制的现代化,是和法学的先导分不开的。为了在 21 世纪建设具有中国特色的社会主义法治国家,尤其需要系统的、先进的法学理论的指导。为此要对立法、司法工作中积累的丰富经验进行总结和理论综合;要结合当前法制建设中存在的实际问题进行理论探索;要认真研究世界上进步的法学观点以开阔我们的视野。过去说没有革命的理论就没有革命的实践,这同样适用于 21 世纪中国的法治建设。

### (六) 建立新的道德体系, 使法律与道德互补互动

中国古代法律之所以辗转相承,历经数千年之久,除政治、经济等原因外,道德也起着十分重要的维系作用。以三纲为核心的礼,既是法的指导思想,也是法的基本内容。在道德规范法律化的背景下,守法不仅是对国家的义务,也是道德的要求,而且具有社会舆论的强制和内在良知约束的特点,其作用潜移默化,往往大于法律的制裁,直到清末时期反对修律的保守势力,仍以三纲为辞抵制新律的制订与实施。

经过十年动乱,传统的道德受到批判,而新的道德体系一时还没有建立起来,以至于出现了道德上的空白,加上舆论的误导,使得社会上出现了种种以假充真,以恶代善,以丑为美的现象,不仅破坏了市场经济的正常运行,也削弱了法律的调整作用。因此,在依法治国方略的指导下,加快道德体系建设也是一项紧迫的任务,使法律与道德在新的时代背景下互补互动,既为守法提供新的道德上的支持,也以法律的力量提升道

德教育的功能。在这方面可资借鉴的历史经验是非常丰富的。

百年来中国法制的改革总是和救亡图存、民族复兴联系在一起的，反映了人们对于法制与富国强兵之间关系的认识。如果说为救亡图存而改革法制是中华民族处于侵略威胁下的被动行为，那么今天中国所处的历史环境已经完全不同与往昔，改善法制是自上而下自主的主动行为。尽管依法治国是一场深刻的观念更新和制度变革，还会遇到各种困难。但是百年沧桑的历史已经雄辩地证明了，中国法治之路的必然性。历史给予我们以信心。

百年法制的历史，也使我们领略了法制兴则国兴，法制废则国危的规律，因此，积极建设社会主义法治国家，是中华民族肩负的历史使命，也是对于 21 世纪中国所面临的各种挑战的一个回答。

## 中国法制现代化的历史哲学反思

陈弘毅\*

—

司马迁作《史记》，“欲以究天人之际，通古今之变”。究竟历史的意义何在？除了是个别人物和事件的记载外，历史还是什么？历史是否不外是无数历史现象的偶然的、杂乱无章的结合？还是历史背后有其规律、逻辑或隐藏着的目的？历史中充满苦难，也有光明，然而，我们过去的历史，是否可以作为我们对未来的希望的凭借？人类在其历史中有没有进步？这些都是历史哲学的中心课题。

上述的问题，不但可就一般的历史而提出，也可就法制史提出。法制史与历史的其他方面有共通性，也有其特殊性。例如，就“历史中是否有进步”这个问题来说，如果我们把焦点放在人类的物质和科技文明方面，答案是十分明显的：综观过去数千年的物质和科技文明史，人类的确取得了巨大的进步，尤其是17世纪科学革命以来，科技的发展更是一日千里。但是，如果我们关注的是法制史，并提出同类型的问题：在法制史中我们是否可以看到进步？这便带出了在法制史中如何量度“进步”的标准问题。在物质和科技文明的范畴，“进步”的标准是较为容易确立的，例如，我们可注意人类通过科技去实现自己意愿的能力的提升：以前人类不能飞上天空，现在不但飞翔于天空，更能飞上月球。那么，在法制史的范畴，“进步”的标准是怎样的呢？

“法制现代化”的问题也是与法制史中的“进步”问题息息相关的。当我们谈到中国法制的现代化，通常我们已经假定法制现代化是一件好事、是应该争取实现的一个目标或理想。这样，我们其实已经预设这样的一个命题：从尚未完全现代化的法制过渡到一个现代化的法制，这是一种进步，亦即是说，追求法制现代化便是追求法制的进步。于是，我们回到上面的问题：法制史中的进步是可能的吗？进步的标准何在？

---

\* 香港大学法律学院院长、教授。