

王文杰 著

嬗變中之中國大陸法制



國家圖書館出版品預行編目資料

壇變中之中國大陸法制／王文杰著．——初版

——新竹市，交大出版社，民 93

面；公分

參考書目；面

含索引

ISBN 957-28473-9-2(精裝)

1.法制史—中國大陸

580.928

93024000

壇變中之中國大陸法制

著 者：王文杰

發行人：張俊彥

出版者：國立交通大學出版社

地 址：新竹市 300 大學路 1001 號

電 話：(03)5736308

電子信箱：publish@cc.nctu.edu.tw

總經銷：交大出版社

地 址：新竹市大學路 1001 號

印 刷：三億打字機商行

出 版：九十三年十二月一刷

定 價：新台幣 480 元

■局版台省業字第捌捌零號

■版權所有・翻印必究

ISBN 957-28473-9-2

93.12.1000

推薦者序

蘇永欽

中國大陸法制的重要性，隨著中國在世界經濟和國際政治舞台的角色轉變，也隨著法律在大陸社會的角色轉變，而快速提高，說起來，應該是最先體會到這個變化的台灣法律社群，也許因為歷史形成的對立，主觀的不情願或者政治的敏感，在研究上反而落後於日本和許多歐美國家，王文杰教授的這本書，多少可以縮短這樣的落差，如果它可以起一點領頭的作用，也許可以很快填補這不應該存在的落差。

王教授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，較五百年前羅馬法的移植歐洲各國，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，到了一九七九年，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，很不容易，但如果沒有這樣的「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，研究者一頭栽進已經汗牛充棟的法律材料，難免如霧裡看花，會得出什麼樣奇怪的結論，也都不足為怪了。所以王教授這本書，可以說是一本帶路的書，對於想要正確了解大陸法制的人——不論基於什麼動機——仔細的讀過之後，可以少走很多冤枉路。

大陸法制的發展，方興未艾，台灣的經驗在過去二十年有不小的「潛移」作用，這種單向的影響一定會隨著情勢改變，法律畢竟是建立在社會的實踐基礎上，中國大陸從開放市場以來的豐富實踐，終將反映到它的法制上，王教授這本書從變遷切入，應該也是看到了這樣的未來性。大陸法制的變化，會帶動兩岸關係的變化，將來可能也會對台灣法制的發展，起一定的作用，這給了我們另外一個非讀這本書不可的理由。

目 錄

第一章 緒論.....	1
第一節 大陸法制變遷研究的緣起.....	1
壹、對大陸法制發展的必要關注	1
貳、繼受何以作為法制發展的依託.....	3
第二節 研究方法.....	6
壹、親身經歷的第一手觀察.....	6
貳、政經體制變遷對於法制發展的引動	7
參、大陸法制發展階段劃分之剖析.....	9
一、一九四九年至一九七八年(體制起承與文化大革命的歷程) 10	
二、一九七八年至一九九三年(改革開放與法制發展的過渡) ..	11
三、一九九三年至現在(市場經濟法制的建構).....	13
第三節 本書框架.....	15
壹、憲法—體制改革的認可與祝賀.....	15
貳、制度變遷的內核—意識型態的調整	17
參、實體法的觀察.....	19
肆、司法改革.....	20
伍、法學教育.....	22
陸、經濟發展與全球化的國際壓力	23
第二章 法律繼受理論與大陸法制發展的選擇.....	25
第一節 法律繼受的理論.....	25

壹、法律繼受在法制發展上的討論	25
一、法律繼受的衍生	25
二、法律繼受可行與否	27
貳、法系對繼受的影響	31
參、法律文化對於繼受的影響	35
第二節 法律繼受的種類	38
壹、被迫型的消極繼受	38
貳、主動積極型的繼受	39
參、西方中心主義的法律繼受發展	40
肆、繼受選擇的回應	43
第三節 法律繼受的發展—以中國大陸為例	45
壹、西方法學範式的進入—清末法制繼受考察	45
貳、中西法律文化意識碰撞的摩擦	48
參、大陸歷來繼受的變遷與路徑選擇	52
一、建國初期的繼受環境	52
二、經濟體制改革的繼受法制環境	53
三、確立市場經濟體制以來的繼受環境	57
四、本土化對於外來法制的抗擯	58
第三章 無產階級專政階段的法制發展	61
第一節 轉型時期法制創新的背景	61
壹、政權更替之際的法律繼承	61
貳、法律階級意識的塑造	63
參、法的繼承性探討	66

肆、蘇聯理論模式對於大陸法學影響的後遺症	68
第二節 社會主義法制的建構內涵	69
壹、法律制度重新建構的歷程	69
一、中國人民政治協商會議共同綱領階段的法制建設	69
二、制憲前的法制體系建構模式	71
貳、一九五四年憲法的頒布與實施	74
一、一九五四年憲法對蘇聯的繼受	77
二、法律體系的建構	76
參、司法體系的建構歷程	78
一、法院體系的建構	78
二、馬錫五式的審判方式	81
三、對於蘇聯審判模式的借鑑	83
肆、最高人民檢察院的繼受評析	83
一、檢察制度的初步雛形	83
二、一九五四年憲法對於檢查制度的定型	84
三、檢察制度對於蘇聯體制的繼受考察	85
四、檢察制度的廢止	87
伍、律師制度	87
陸、法學教育的發展	89
一、蘇聯法學教育模式的引進	89
二、政法教育對法學教育的替代	92
三、以政治成分為對待的法學教育	94
第三節 計劃經濟體制的建構與政治運動對法制的摧殘	96
壹、計劃經濟體制的建立與法律適用的扭曲	96
一、泛政府計劃經濟—計劃竟是法律的替代	96

二、計劃經濟對法治的影響.....	99
貳、單位社會—計劃經濟體制下的社會結構與運作.....	100
參、政治運動對法制的破壞.....	103
第四節 文化大革命期間的法律運作分析.....	107
壹、文化大革命的衍生與法律制度的蕩然無存.....	107
貳、法律虛無主義下的官式運作.....	114
一、最高指示.....	114
二、各式的行政指令.....	115
三、兩報一刊.....	115
參、沒有法律的秩序—另類法律的運作.....	116
第四章 改革開放的法制轉型發展.....	119
第一節 計劃經濟體制與法制重建的碰撞.....	119
壹、經濟體制改革的啓動.....	119
貳、改革初始法律觀念的蛻變與建構.....	122
一、法的階級性與繼承性問題.....	123
二、政策與法律的關係.....	126
三、人治與法治的問題.....	127
四、法律面前人人平等.....	129
五、法學研究對象與法學體系的問題.....	130
參、政治的劃清界線與法律的清理整頓—對過去的否定還是繼承.....	132
一、關於建國以來黨的若干歷史問題的決議.....	132
二、法律法規的清理整頓.....	133
三、逐步推展的改革路徑選擇.....	135

肆、一九八二年憲法所引動的法律制度變遷與繼受環境	136
第二節 法律制度恢復與繼受的選擇—以經濟合同法、國有企業改革為例 ..141	
第一項 國有企業的改革	142
壹、國有企業改革發動前的背景	142
貳、漸進式的企業改革模式	144
參、國有企業法制化	147
一、企業法的施行與探討	147
二、企業轉換經營機制條例的探討	150
第二項 經濟合同法律制度	153
壹、經濟合同的角色與定位	153
一、經濟合同法的立法	153
二、經濟合同法體制的呼應	154
三、經濟合同法的不足	157
貳、合同法律體系的建構與配套	158
一、涉外經濟合同法的立法	158
二、技術合同法的立法	159
三、合同法律體系的配套行政法規	161
第三節 民法與經濟法理論之爭	162
壹、體制發展所導致的民法經濟法之爭	163
貳、民法通則的頒布和與實施	165
一、制定民法通則的背景考量	165
二、民法通則的弊病	168
第四節 司法制度的重建與法學教育的復甦	171
第一項 程序正義的運作	171
壹、結構要素	172

一、司法機關在憲法上的地位	172
二、審判委員會—制度內抑或制度外的法院組織	172
貳、實體要素	175
參、主體要素—法官的素質	176
肆、功能要素	178
伍、司法解釋對立法的衝擊—另類立法的替代	181
一、司法解釋的法源基礎及其形成原因	181
二、司法解釋對於法律的具體補充作用	183
陸、體制外的紛爭解決模式	185
一、信訪的作用與具體制度的運作	185
二、具有中國特色的糾紛解決機制—調解	187
柒、律師職業團體的復甦	188
一、律師法定地位的確認	188
二、律師執業資格	191
第二項 法學教育的再出發與不足	192
壹、法學教育的復甦與背景條件	192
貳、教育規模與質量的矛盾	194
參、法學教育的內涵	195
一、教材部份	195
二、教研室組織與師資的能力	196
肆、法律教育與法律職業的分離	197
伍、制度外的法學推廣—普法教育	199
第五節 法律編纂的試行—在事實與規範之間的反思機制	200
壹、成熟一個制定一個宜粗不宜細的立法模式	201
貳、法律試行的高張—因應法律體系建構中的不足	203

參、授權立法的高度利用	206
第六節 對外開放所引生的法制衝擊與繼受選擇	208
第一項 經濟特區的設計與繼受問題	208
壹、經濟特區構想的產生	208
貳、經濟特區法律繼受考察	210
一、深圳對於香港體制複製的可行性	210
二、經濟特區法律移植的觀察	212
參、經濟特區發展上所衍生的矛盾	213
一、經濟發展超前性與整體國家立法的矛盾	213
二、市場立法需求與市場法律滯後的矛盾	213
三、改革創新的需求與現行法的衝突	214
肆、經濟特區法律移植設計	214
第二項 大陸外商投資企業法律體系之變遷	215
壹、改革開放的激化—引入外資	215
貳、外商投資企業的法律架構	217
一、憲法	218
二、法律	219
三、行政法規與部門規章	220
四、地方法規	220
參、市場經濟體制前外商投資企業的立法特點	221
一、從單個立法到三個涉外企業立法的合併	221
二、內外有別的雙軌制模式	222
三、以企業組織形式為本位的外資立法	223
四、主要法律體系均在計劃經濟體制階段前完成	225

第五章 市場經濟體制改革後的法律變遷	227
第一節 市場經濟的確認與法律繼受模式分析	227
壹、市場經濟體制確立的條件.....	227
貳、對應於經濟體制改革所引動的憲法修正.....	229
一、市場經濟的定調與發展.....	229
二、依法治國的宣示.....	233
三、人權入憲與私有財產保障.....	239
四、立法法—帶有實質憲法的意涵.....	246
參、自發創新的代價與後發者利益.....	255
一、後發者優勢的條件.....	255
二、法律制度的建構—本土與外來法制的互動.....	256
三、市場經濟立法的擴張與繼受.....	258
四、發展的實際與世界接軌的繼受.....	260
肆、市場經濟體制轉換下的法律精神變遷.....	261
一、意志本位到規律本位.....	261
二、管理本位到法律本位的更替.....	262
三、產權高度國有化到產權社會化.....	264
四、從完全國家意志到意思自治.....	265
五、從人治到法治—行政法律的興起作為行政管制的替代.....	267
第二節 經濟法制的著重與社會發展需求—以公司法、合同法為例	268
第一項 公司法—市場主體積制的建立	269
壹、公司法立法與市場經濟下的企業體制改革.....	269
貳、公司法利於企業改革的主導地位.....	271
參、公司法的立法意義.....	274

肆、國有企業轉型與公司化—對既有結構的法制化	276
伍、公司制度與體制背景的扞格	281
第二項 合同法的統一與市場體制的因應	282
壹、統一合同法的頒布	282
貳、過去合同法律體系存在的缺失	284
一、帶有濃厚的計劃經濟的痕跡	284
二、三個合同法間的不協調	285
三、缺乏適應市場經濟體制的規範	286
四、原有合同類型不足以適應市場之需求	288
參、合同法立法目的與制定內涵	288
一、整體合同立法著眼點的立場之爭	289
二、合同立法中的吸納內	290
三、從行政管制到意思自治的變遷	291
四、合同適用主體的擴大與平等主體的確認	292
第三節 司法改革與市場經濟的互動	295
壹、市場經濟所引發的司法體制改革	295
貳、順應市場體制改革需求的訴訟程序變遷	300
參、司法人員素質的提昇與遴選改革	302
肆、由法院工具論到司法獨立的道路	305
伍、律師職業團體的專業塑造	308
一、律師參與社會變遷的動力	308
二、律師角色的定位與訴訟制度的變遷	310
陸、市場經濟體制下的法學教育的發展	312
一、法學教育的發展與資源	312
二、因應快速變遷與需求的生員擴張	313

三、多元化的培養模式—以法律專業碩士為例	315
四、課程教學設計的豐富與多元	316
五、法律教育與法律職業的合流	318
第四節 經濟法制建構與世界體系的融合	319
壹、WTO 下的新型態法律繼受模式	319
一、WTO 對大陸法制發展進程的壓縮	319
二、對於 WTO 法律架構下的因應	322
貳、由高密度立法轉向頻繁修法的調整	328
參、民法典的制訂	331
一、民法典遲未制定的原因	331
二、完整民法典立法的高度需求	333
第六章 大陸法制對台灣法制的繼受考察	337
第一節 政府遷台後法制的蛻變與重新塑造	337
第二節 台灣法制對大陸法制發展的影響及其考察	342
壹、兩岸法制發展的關聯—二條互不交叉的平行線	342
貳、改革開放以來的兩岸法學互動關係	344
參、九〇年代以後的兩岸法學互動關係	348
第三節 台灣法律制度對大陸法制建設的影響以及兩岸法律的互動	350
壹、經濟體制改革衍生對台灣法制的借鑑	350
貳、不平衡的兩岸經貿往來所引動的兩岸法制問題	352
第七章 大陸法制的回顧與展望	357
參考文獻	373
索引	399

第一章 緒 論

第一節 大陸法制變遷研究的緣起

壹、對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（本書以下簡稱大陸），其法律制度的變遷歷程至今已超過半個世紀，在二十一世紀的此刻，其法律制度體系看似已經架構齊全，但實際上卻是歷經幾次翻轉才有現行粗具規模的體例。對於在建國之後很快便朝向為社會主義國家體制轉變的大陸而言，法制發展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，法律制度又從計劃經濟體制的基礎上轉向市場經濟的體制，其法律建構速度好像石頭從空中向地上降落般，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，大陸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，但隨著兩岸經貿往來的開展，大陸法制的具體內容與適用卻也成為一個不可迴避的議題。

在八〇年代末期，兩岸開展民間性的互動交流，促使兩岸長期來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，而使得台灣也開始對於陌生的大陸法制問題進行研究。的確，對於一個家或地區

法律制度的評價與研究很大的起因在於使用¹，因經貿上的往來，台灣已經成為頻繁使用大陸法律的國家之一，也許這是我們著手研究大陸的動機之一，但這些動機往往是出至於商業上的考慮，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，但這僅僅是對實務上問題的解決，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，無法讓我們進一步掌握其具體法制轉變的全貌。晚近，大陸法制研究也逐漸吸引國內研究者的關心，進而對個別單一實體法律的研究成為國內學者與研究生們寫作或研究的主題，這些豐富的研究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發展歷程，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更深層次的關注。

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觸覺。正因為如此，更覺有需要對此一問題作出回應²。蓋大陸法學之研究雖不致是國內法學研究

¹ Cass R. Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press(1997), at 72.

² 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。只要外國的法制看上去不同於本國的規範，只要外國的法律文化背景呈現於其法制中好像不同尋常或是過於乖詭，只要它們在同一事務上的規範被以不同類物予以對待，初階研究者往往便無法掌握具體法律制度的深層次內涵。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，觀察者的視角與經驗應該被審慎予以考慮，尤其是對於兩岸法律問題的解讀時，更應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，如此，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思維模式：本國法律在論述

與教學的主流，但卻已是不可或缺之一環³。國內法學界有必要認真對待崛起中的大陸法制的變化風貌與內涵。

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。一個非常清晰的事實是：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⁴發展舞臺上又再重演一次⁵，為什麼大陸

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所分析的對象。

³ 王文杰，認真對待崛起中的中國大陸法制——一個客觀檢驗標準的建立，月旦法學第一百期，第二〇〇頁。

⁴ 本文主要探討的重點在於圍繞著一九四九年以後中國大陸法制的發展變遷歷程，惟一九四九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，論述中凡在一九四九年之後皆以「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。

⁵ 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劃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，一九九九年五月，第四十九頁。