

B

LUE BOOK OF
RULE OF LAW

法治
蓝皮书

中国法治发展报告

No.1 (2003)

The Development Report of Rule of Law in China



主 编/夏 勇 张广兴 冯 军
王敏远 吴玉章 邹海林

社会科学文献出版社
Social Sciences Documentation Publishing House

B

lue Book of Rule of Law

法治蓝皮书

中国法治发展报告

No. 1 (2003)

The Development Report of
Rule of Law in China

主 编 夏 勇 张广兴 冯 军
王敏远 吴玉章 邹海林

社会科学文献出版社

Social Sciences Documentation Publishing House

主 编 / 夏勇 张广兴 冯军 王敏远 吴玉章 邹海林

出 版 人 / 谢寿光
出 版 者 / 社会科学文献出版社
地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号
邮政编码 / 100005
网 址 / <http://www.ssdph.com.cn>
责任部门 / 皮书事业部
(010) 85117872
项目经理 / 张大伟
责任编辑 / 颂 茵
责任校对 / 华 王
责任印制 / 盖永东

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部
(010) 65139961 65139963
经 销 / 各地书店
读者服务 / 客户服务中心
(010) 65285539
法律顾问 / 北京建元律师事务所
排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司
印 刷 / 北京季蜂印刷有限公司

开 本 / 787×1092 毫米 1/16 开
印 张 / 31.75
字 数 / 470 千字
版 次 / 2004 年 4 月第 1 版
印 次 / 2004 年 4 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 7-80149-951-4/D·012
定 价 / 65.00 元 (含光盘)

本书如有破损、缺页、装订错误,
请与本社客户服务中心联系更换



版权所有 翻印必究

“法治蓝皮书”编委会成员

主 编 夏 勇 张广兴 冯 军
 王敏远 吴玉章 邹海林

撰 稿 人 (按文章顺序排列)

吴玉章	冯 军	邹海林	张广兴	王敏远
冉 昊	刘兆兴	李 忠	刘楠来	柳华文
徐爱国	刘作翔	谢鸿飞	张毅辉	薛宁兰
徐 卉	宗建文	徐雨衡	熊秋红	陈欣新
宋华琳	周汉华	肖和保	周 林	王晓晔
邱 本	刘翠霄	苏亦工	才 媛	朱晓青
吴高盛	王 卫	陈国庆	徐志群	陈士渠
潘玉宗	顾迎莉	孙 帆	顾祝祥	林勇胜
张泽钢	马守献	王艳彬		

编辑组组长 张广兴

副 组 长 冯 军 王敏远 吴玉章 邹海林

成 员 谢海定 冉 昊

目 录

总 报 告

二十五年来法治历程	1
-----------------	---

热点问题报告

“先例判决”引发争论	刘作翔 / 49
民法典草案的结构之争	谢鸿飞 / 63
“艾滋女”能否结婚	张毅辉 / 74
离婚前财产“蒸发”	薛宁兰 / 82
医疗损害谁来举证	徐 卉 / 90
法律介入“黑哨”	宗建文 徐雨衡 / 102
“枪下留人”与死刑复核	熊秋红 / 109
“辩诉交易”第一案	熊秋红 / 117

理论研究报告

法理学研究状况	陈欣新 / 129
---------------	-----------

宪法学研究状况	李 忠 / 147
行政法学研究状况	宋华琳 周汉华 / 159
民法学研究状况	谢鸿飞 / 182
婚姻家庭法学研究状况	薛宁兰 张毅辉 / 208
商法学研究状况	肖和保 / 224
知识产权法学研究状况	周 林 / 240
经济法学研究状况	王晓晔 邱 本 / 252
劳动和社会保障法学研究状况	刘翠霄 / 263
民事诉讼法学研究状况	徐 卉 / 269
刑法学研究状况	宗建文 徐雨衡 / 285
刑事诉讼法学研究状况	熊秋红 / 301
中国法律史学研究状况	苏亦工 才 媛 / 317
国际法学研究状况	柳华文 朱晓青 / 332

法律实务报告

2002 年人大立法工作	吴高盛 / 347
2002 年审判工作	王 卫 / 374
2002 年检察工作	陈国庆 / 403
2002 年国务院法制工作	徐志群 / 416
2002 年公安工作	陈士渠等 / 425
2002 年司法行政工作	张泽钢 / 448
2002 年消费者保护工作	马守献 / 462
2002 年条约法律工作与国际人权活动	刘楠来 / 478
后 记	/ 492

Contents

Main Report

The Development Process of Chinese Legal Rule in the Past 25 Years	/ 1
---	-----

Report of the Hotspot Issues

Debates Arising from the Judgment According to the Precedent	Liu Zuoxiang / 49
Contention of the Structure of the Draft of Civil Code	Xie Hongfei / 63
Could the Woman Infected with AIDS Marry	Zhang Yihui / 74
Disappearance of the Property Before the Divorcement	Xue Ninglan / 82

Who Assumes the Proof Burden for the Damages in Medical Treatment	Xu Hui / 90
---	-------------

Legal Intervention in the "Black Whistle"	Zong Jianwen & Xu Yuheng / 102
---	--------------------------------

"Leave the Person Under the Gun" and the Review of Death Sentence	Xiong Qiuhong / 109
---	---------------------

The First Case under Plea Bargaining	Xiong Qiuhong / 117
--	---------------------

Report of the Theoretical Research

Research Status of the Jurisprudence	Chen Xinxin / 129
--	-------------------

2 Research Status of the Constitutional Law	Li Zhong / 147
---	----------------

Research Status of the Administrative Law	Song Hualin & Zhou Hanhua / 159
---	---------------------------------

Research Status of the Civil Law	Xie Hongfei / 182
--	-------------------

Research Status of the Marriage and Family Law	Xue Ninglan & Zhang Yihui / 208
--	---------------------------------

Research Status of the Commercial Law	Xiao Hebao / 224
---	------------------

Research Status of the Intellectual Property Law	Zhou Lin / 240
--	----------------

Research Status of the Economic Law	
..... Wang Xiaoye & Qiu Ben / 252	
Research Status of the Labor and Social Security Law	
..... Liu Guixiao / 263	
Research Status of the Civil Procedure Law	Xu Hui / 269
Research Status of the Criminal Law	
..... Zong Jianwen & Xu Yuheng / 285	
Research Status of the Criminal Procedure Law	
..... Xiong Qiuqiong / 301	
Research Status of the Chinese Legal History	
..... Su Yigong & Cai Yuan / 317	3
Research Status of the International Law	
..... Liu Huawen & Zhu Xiaoqing / 332	

Report of the Legal Practice

Legislation Work by National People's Congress in 2002	
..... Wu Gaosheng / 347	
Judgment Work in 2002	Wang Wei / 374
Prosecution Work in 2002	Chen Guoqing / 403

Legal Work by State Council in 2002	Xu Zhiqun / 416
Police Work in 2002	Chen Shiqu etc. / 425
Judicial Administration Work in 2002	Zhang Zegang / 448
Consumers Protection Work in 2002	Ma Shouxian / 462
Treaties and International Human Rights Protection Work in 2002	Liu Nanlai / 478
Postscript	/ 492

总 报 告

二十五年来法治历程

 编辑组

新中国成立以来，我国的法治建设经历了一个曲折的发展过程。1949年2月，中共中央发布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，它是指导新中国成立初期我国法制建设的重要原则。根据这一指示，新中国不仅逐渐开始了自己的立法工作，而且通过调整改造旧大学的法学院系和建立新的法学院校，为新中国的法制建设培养了骨干人才。1954年新中国第一部宪法，既是治国安邦的总章程，也是国家法制建设的良好开端。但从1957年夏季开始，随着反右斗争的扩大化和法律虚无主义的盛行，法制建设逐渐停步。在“文化大革命”期间，社会主义法制遭到严重破坏。

“文化大革命”结束后，我国的法制建设重新起步，并得到迅速蓬勃的发展。中国共产党十一届三中全会提出“加强社会主义民主，健全社会主义法制”，确立了健全法制的16字方针“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”。1982年，制定了新中国历史上的第四部宪法，为改革开放和现代化建设奠定了雄厚的法制基础。随

后,法律体系逐渐形成,法学教育初具规模,法律逐渐从书本走进生活,并在社会生活中发挥着越来越重要的作用。普法运动使人民的法律知识和法治观念不断增强。1996年,党中央明确提出“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略,并将其写入宪法和政府工作报告。2002年,中共十六大报告继续强调了“建设社会主义法治国家”的方略。这不仅充分反映了我国社会进步的要求,而且必将推动我国的法治建设发展到一个新的阶段。

一 法学理论研究

从1977年算起,25年来,治学理论工作者不断突破理论禁区,积极参与国家的立法工作,为建设社会主义法治国家做出贡献。法学界先后讨论了法律面前人人平等、法律与政策的关系、法律的阶级性与社会性、民主与法制、法治与人治的关系以及法制与法治、权利与义务、依法治国、人权、司法改革、中西法律文化比较、法律体系、法律关系、法律解释、法律效力等重大理论问题。这些问题可以分为两个部分:一是那些对国家法制建设有影响的重要理论问题。一是那些对于法理学学科建设有积极意义的理论命题。同时,理论法学除了法理学之外,还包括其他一些学科对法治基本原理和原则的研究,这些研究也取得了较大的进展。

(一) 法治理论问题

1978年前后,法学界出现了恢复1954年宪法里“法律面前人人平等”原则的讨论。学者们论证说,按照我国宪法和法律的规定,凡属我国公民,一律平等享受他们应该享受的权利,履行他们应该履行的义务。公民在法律面前人人平等,主要指公民在适用法律上一律平等。即使对于犯罪分子,我们可以依法剥夺他们的政治权利,但是,他们的其他权利则与其他公民一律平等。

70年代末到80年代初,法的阶级性问题引起广泛关注。学者们对长期以来处于主导地位的“法的统治阶级意志的体现”的提法提出质疑。在讨论法的阶段性与社会性、法的阶级性与法的继承性、法的主观意志性与法的客观性等问题的过程中,一致明确承认法的社会性、人民性和继承性,从而限定了法的阶级性的适用领域,客观上论证并服从于以经济建设为中心的党的基本路线。

80年代初,法学界讨论了政策与法律的相互关系,讨论中突出的问题是政策与法律是否需要划分彼此不同的界限。讨论这样的问题有着重要的意义。因为长期以来,在我国的革命和建设事业中,党的政策是党的生命,同时也是人们的行为准则。讨论中,主流的意见是,在我国,法律必须以党的政策为指导,但是,党的政策只能在原则上指导法律,而不能取代法律。根据“文革”时代的经验,如果党的政策可以取代国家的法律,则不仅会导致法律毫无权威,而且还有可能导致类似“文化大革命”那样的局面。人们还认为,法律对国家正常秩序的作用是不能抹煞的。由于法律具有相对的稳定性和独立性,在某种意义上与社会经济发展所需要的稳定秩序有密切的关系。

关于民主与法制的关系,学者们进行了较多的讨论。“文化大革命”结束之后,人们一直在思考如何正确理解民主与法制的关系,学界中方方面的议论也很多。党的十一届三中全会公报明确提出,“为了保障人民民主,必须加强社会主义法制”。学者们普遍认为,社会主义民主与法制是密切联系在一起的。民主是法制的前提和基础,法制是民主的确认和保障。我们的法制是广大人民意志的体现,不充分发扬社会主义民主,人民的意志就不能充分体现在法律之中。从这个意义上讲,社会主义民主是法制的前提和基础。同时,法制又是社会主义民主的确认和保障。没有法律,人民群众的民主权利就很难维护,侵犯民主权利的人就受不到法律制裁,受害者也无法得到法律上的救济。一直到今天,当我们概括社会主义民主与社会主义法制的关系时,这样一种前提与确认的表述还是得到人们的认可。

90年代开始,理论法学经常关心的问题之一是人权问题。在我国,由于某些原因,人权问题长期被认为是资产阶级的口号。最早肯定人权积极意义的是在1979年《光明日报》上刊登的一篇文章“论人权与公民权”。90年代末,随着对外宣传的需要,人权问题被再度提出,并逐渐发展成为理论法学的核心概念之一。这一发展过程说明国家的政治气氛越来越开放,学者们的讨论越来越深入,而讨论的结论也越来越得到社会公认,成为共识。在讨论中,学者们分别涉及了人权的历史、分类和概念,产生了一批重要的研究人权问题的成果,它们在梳理人权问题历史、阐发人权理论精义、对比中西人权观念等方面,皆有重要贡献。人权问题的讨论,反映了我国社会的发展需要。随着社会主义经济建设和民主政治的发展,人

们对于自己的权利和利益越来越关心，这就迫使学者们思考如何在法学理论研究中充分表达人们的要求，使这种要求在理论上具有合法性。同时，还有些学者通过社会调查来描绘公民的权利意识，多角度审视权利保护机制和现状，并认为中国正在走向权利的时代。

在理论法学关注的问题中，“法治”始终名列前茅。“文化大革命”结束后，人们就一直呼唤法治，希望通过法治使个人权利得到维护，使国家可以长治久安。与社会上的呼声一致，1979年学者们就提出了“依法治国”的问题。在关于法治的讨论中，首先引起争论的是人治还是法治的问题。当时学界大致上有三种观点，它们分别是主张法治、主张人治以及人治与法治相结合。虽然这三种观点的论点论据都不重要了，但是，这种讨论涉及如何预见未来我国社会中法律的作用。争论的结果是法治主张逐渐流行起来。在讨论中，学者还讨论了法制与法治这两个名词之间的区别。长期以来，学者们更愿意使用法制一词，并有意无意地将法制与法治等同起来。然而，学者们在讨论中逐渐明确，法制与法治不能混为一谈，因为它们分别对应不同的对象。法制主要指法律制度，但有了法律制度也并不一定意味着存在法治。而法治强调法律在国家生活中的最高地位，它涉及治国理论或原则。而法治与法制比较彻底地分开，并取代了法制一词的地位，还是20世纪90年代的事。一词之辨，花费了将近20年的时间。

90年代中后期开始的围绕司法改革的讨论非常热烈，至今还没有结束。在讨论中，有几个特点值得注意。第一，这是一个引起法律界整体关注的问题。与以往的讨论主要由学人组成不同，司法改革的讨论除了学人之外，还有官员、法官、检察官和律师参加。第二，这是一次既有理论思考又有具体建议的讨论。人们关心域外司法改革的经验，关心司法权的组织和特性，从而丰富了自己对于司法的认识。人们还关心如何在现在条件下改进司法工作，因此，才有了具体的庭审方式改革，有举证责任倒置，有法袍和法槌等。地方各级人民法院的改革措施更是丰富多彩，有所谓先例制度，有还权于审判员，有判决书附带“异议”，有为解决执行难问题而采取的具体措施等等。第三，这是一次海峡两岸学者共同参加讨论的理论法学话题。虽然两岸相关领域学者研究的问题具有普遍性，但由于意识形态和政治法律制度等方面的原因，海峡两岸在法律理论问题上一直缺乏合作研究。司法改革问题的讨论集中了两岸公法学者的

智慧,也使两岸学者得以分享对方的经验。第四,在司法改革的讨论中,学者和实际部门的人们不断建议,为了提高司法人员的素质,应该设立全国统一的司法考试制度。最终,2001年九届全国人大22次全体会议通过的《法官法》和《检察官法》,正式规定了国家统一司法考试制度,并在2002年完成了首次司法考试。司法考试对于我国的司法改革和法治建设,具有重要的影响。

(二) 法理学学科建设问题

25年来,理论法学讨论了一些对于学科建设特别有意义的命题,这些命题使得理论法学可以区别于其他法学学科。在这当中,法理学的确立具有重要意义。新中国成立以后,由于深受原苏联法学思想的影响,法学基本理论一般被称为“国家与法的理论”。改革开放之后,由于其不能突出法律理论研究的意义,学者们对这种把政治理论与法律理论合在一起的做法提出异议。1981年,北京大学法律学系的教材把“国家与法的理论”改称为“法学基础理论”,突出了法律理论问题。而在80年代末,学者们又将“法学基础理论”再度改名,将法律理论问题的研究称为法理学的研究。

1983,法学理论界开始关注法律体系问题。对于法律体系,人们有广狭两种理解。广义的法律体系包括法律意识、法律制度和法律实践三个组成部分;狭义理解则认为,法律体系就是以宪法为核心,以部门法为主体的形式统一、内容和谐的法律规范整体。学者们还讨论了划分法律部门的标准。有人认为,这一标准只能是法律调整的对象,即社会关系。第二种观点认为,除了调整对象,人们还应该注意调整方法的重要性。第三种观点主张,在对象和方法之外,还要关注社会关系的发展。第四种意见认为,不应该坚持某一种方法的至高地位。这种讨论对于了解法律规范之间的逻辑联系,了解法律规范的整体性,甚至对于国家的科学立法,都产生了积极影响。

1988年,在长春举行的法学基本范畴座谈会上,有学者提出了“权利本位”的观点。在后来逐渐深入的讨论中,有学者提出了“义务本位”论或“权利义务一致”论等观点。“权利本位论”主张,法律或法学应该以权利为本位,权利是了解法律的根本途径。而“义务本位论”主张,义务才是整个法律的关键特征,只有掌握了义务的特点以及它与权利之间的联系,人们才正确而充分地理解法律的

本质。“权利义务一致论”则主张，权利与义务本没有谁更重要、更基本这样的含义。在社会主义社会中，法律设置权利和义务的目的是一致的，都是要维护公民的自由和利益。围绕权利义务关系的讨论在当年是一件大事。这一讨论的意义在于，法律或法学应该有自己的理论核心或理论出发点。这一出发点不是政治信念，而是一种体现人们追求自由和解放的精神。

90年代中期以前，学者们特别关注法治问题的意义，关心它对于国家正常秩序的重要作用。因为这时的听众主要是国家和地方领导人，学者希望使他们重视法治问题。从中期开始，学界对于法治的研究开始了一个新动向，那就是不再特别关注法治的重要意义，而是开始探索法治究竟是什么。因为这时的听众主要是学界和大众，他们需要明白法治究竟是什么。90年代中期之后的学者论著回应了这种需要。同时，与探索法治究竟是什么有关，学者们开始讨论法治的本土资源问题。这种研究告诉人们关注我们所面临的实现法治的环境是什么，在这样的环境下，又该如何部署实现法治的安排。

理论法学对于法律解释展开了比较深入的讨论。法律解释是一个相对技术化的问题，是法律理论中不能忽视的问题，甚至还是一个使理论法学能够与其他学科相互区别的问题。学者们具体分析了法律解释的特点、方法和解释体制，对理论法学的学科建设起到了较大的作用。

如何在文化的层次上认识法律现象，即法律文化问题一直是理论法学和法律史学的关注点之一。有人主张法律文化是特定民族、国家和地区内所有法律活动的产物；也有人认为，法律文化就是法律产生、发展和运行的观念的总和。充分地认识法律文化问题有积极的意义，因为它可以使人们暂时脱离形式各异的法律规则而思考其总体精神，可以使人们对于当下法律的认识提高一个层次，以便从变化多端的法律现象中发现它持久而稳定的一面。当然，要真正回答法律文化的问题并不简单，因为这需要有大理论来加以说明。同时，鉴于这种问题的研究除了需要高远的理论框架之外，还需要比较扎实的史学基础，需要对于历史上的典章制度、书判笔记，甚至轶闻趣事都有所了解，否则，对于我们民族的“生活样式”和法律在其中的作用很难有所发现。

·与理论法学的学科建设有关，理论法学的研究开始注意到研究

方法问题。从 80 年代开始,理论法学界间或有人提出法学研究,特别是理论法学研究的方法问题。有的学者提倡哲学研究,即运用若干哲学基本范畴来说明法律现象,例如整体与部分、形式与内容等。由于这些范畴比较陈旧,且其合理性仍需证明,因此,其议论难以引人注目。也有人运用社会学的某些方法和假设来研究法律现象,其论虽然新鲜,但失之于零散。还有的学者认为,根据其所依据的资源不同,有政法方法、解释方法和社科方法三种。政法式研究以当下之政治话语为根据,否定法律领域内过去的政治话语。解释方法则先强调一个体系,然后顺势而下强调规范分析。社科方法则关心实际生活中的法律规则和它的适用,发掘其中的道理。

法学理论工作者所讨论的上述问题中,有些有逻辑上的联系,有些则没有。但是,这些讨论有一些特点:第一,对马克思主义经典作家法律思想观念的重新解释,这在思想解放之初非常重要。从某种意义上说,它把被误解或歪曲的马克思主义理论又恢复过来,使人们可以完整地准确地理解马克思主义关于法律的基本思想。第二,对于古今中外法律思想的借鉴和吸收。随着思想解放,大量的关于外国法律制度的介绍和学说不断输入,同时,人们对于民族的优秀法律文化遗产也开始重新研究,加深了人们对于法律的认识。第三,法学研究方法的逐渐多样化。除了从哲学角度研究法律,人们又开始从社会学、历史学、人类学以及经济学的角度研究法律,改善了人们认识法律的知识结构,扩大了人们的视野。第四,学者研究态度的改进。学者们树立了科学精神,提倡认真治学态度,使法律理论研究成为一种科学研究,使理论法学能够成为科学。第五,研究材料的丰富和论证方法的严谨。学者理论研究的材料越来越丰富,并且对其进行了科学的整理,同时十分注意论证,尽量使证明严密周全。第六,回应现实的需要。例如,1978 年提出的不把“诬告反坐”写入刑法的建议,1983 年提出的把反革命罪改为危害国家安全罪的建议,1992 年提出的我国应尽快签署加入国际人权公约的建议,1993 年关于我国加入世界人权大会的理论对策和建议等等,都是在深入研究法律问题的基础上提出的。第七,与法律实践相结合。学者积极参加国家的立法和司法改革活动,为使法律深入社会生活发挥了积极的作用。例如,学者们参加了《刑法》、《刑事诉讼法》的制定和修改,参加了 1982 年《宪法》的起草修订和后来的历次修改,参加了《民法通则》和《民事诉讼法》、《公司法》、《合同法》、《国家赔偿法》、《行政诉讼法》等法律的制定。学者们还应经济司法机关的邀请,为疑难案件