

当代中国法学研究

RESEARCH ON LEGAL SCIENCES OF
CONTEMPORARY CHINA

陈甦 主编

中国社会科学出版社

当代中国法学研究

RESEARCH ON LEGAL SCIENCES OF
CONTEMPORARY CHINA

陈甦 主编

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

当代中国法学研究 / 陈甦主编. —北京: 中国
社会科学出版社 2009. 9

ISBN 978 - 7 - 5004 - 8120 - 1

I. 当… II. 陈… III. 法学 - 研究 - 中国
IV. D920. 0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 157581 号

出版策划 任 明
责任编辑 陆 人
责任校对 郭 娟
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂 装 订 广增装订厂

版 次 2009 年 9 月第 1 版 印 次 2009 年 9 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

印 张 34.75 插 页 2

字 数 600 千字

定 价 60.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

目 录

上编 1949—1978

导论	3
第一章 中国社会主义法学的艰难初创	(8)
一、国家与法的理论在我国的兴起	(8)
二、中国法学界对苏联法学理论的继受	(13)
三、新中国对旧法观点的批判	(20)
四、法律虚无主义的泛起及后果	(26)
第二章 社会主义宪法学的初始建构	(33)
一、新中国宪法制定过程中宪法观的形成	(33)
二、以阶级斗争学说为基础的宪法学	(37)
第三章 历经坎坷体系支离的部门法学	(42)
一、阶级斗争理论指导下的刑法学	(42)
二、民法学的社会主义转型	(48)
三、成为时代异数的婚姻家庭法学	(56)
四、苏联经济法理论衍变映照下的中国经济法学	(65)
五、社会主义司法制度的初创研究	(70)

中编 1978—1992

导论	(79)
第四章 法学基础理论的形成与发展	(84)
一、法学研究对象的争论与确立	(84)
二、法学基本概念与范畴的界定	(90)
三、人权与公民权利的理论兴起	(95)

四、比较法学基础理论的形成与发展	(101)
五、中国法制史研究的复兴	(108)
第五章 因重建社会主义民主而兴起的宪法学研究	(114)
一、宪法学教育和研究事业的恢复与发展	(114)
二、宪法学对什么是“宪法”的追问	(117)
三、重筑人民代表大会制度的理论基础	(118)
四、国家结构形式与“一国两制”的宪法学阐释	(121)
五、“违宪”概念的理论生成	(124)
第六章 法制时代开创时期的刑法学研究	(127)
一、1979年刑法的颁布与刑法学研究的复苏	(127)
二、刑法学知识的更新与注释刑法学的兴起	(130)
三、刑法原理研究的全面展开	(134)
四、折射社会变迁的刑法学热点问题研究	(140)
第七章 改革开放时代中成长的民法学	(147)
一、民法经济法大论战	(147)
二、民法学体系的基本形成	(152)
三、改革年代的婚姻法与婚姻家庭法学研究	(158)
四、从附丽民法到脱颖自立的知识产权法学	(166)
第八章 中国经济法学的产生与发展	(171)
一、从蓬勃兴起到初步发展	(172)
二、部门经济法的定性之争	(177)
三、经济体制改革与经济法学研究的互动	(185)
四、对外开放中的经济法学	(196)
第九章 改革开放中兴起的环境法学	(200)
一、环境保护法的颁布与环境法学的兴起	(200)
二、环境法学兴起中的重大理论问题研究	(203)
第十章 为强化行政管理而衍生的行政法学	(207)
一、曲折起伏的行政法学发展历程	(207)
二、行政法理论体系的初步建构	(212)
三、行政法学的理论拓展	(219)
第十一章 追求程序正义的诉讼法学研究	(223)
一、体会法治从程序开始的诉讼法学初创	(223)

二、1979年刑事诉讼法与刑事诉讼法学研究	(226)
三、1982年民事诉讼试行法与民事诉讼法学研究	(228)
四、1989年行政诉讼法与行政诉讼法学研究	(230)

下编 1992—2009

导论	(237)
第十二章 观照现实的法理学研究	(242)
一、中国法理学的三大理论资源	(242)
二、法学理论新的构建和探索	(246)
三、法理学文化主体性的张扬	(251)
四、法律移植与法律全球化趋势的理论探讨	(256)
五、现代化进程中的中国法制史研究	(264)
第十三章 依法治国与宪法学的新发展	(269)
一、宪法学的“方法论觉醒”	(269)
二、宪法学理论体系的重构	(273)
三、宪法监督理论的重大发展	(277)
四、宪法学新领域的再拓展	(281)
五、宪法权利理论的新发展	(285)
六、“宪政”理论的构建	(291)
第十四章 刑法学的现代化	(301)
一、因刑法修改而兴起的刑法学研究	(301)
二、刑法理论的新发展	(305)
三、刑事政策学的兴起	(312)
四、国际刑法学在中国	(316)
第十五章 时代的发展与民法学的繁荣	(322)
一、繁荣发展的民法学	(322)
二、民法总论研究的长足进展	(327)
三、民法物权研究的迸发进展	(334)
四、民法债权研究的全新进展	(345)
五、回归民法后的婚姻家庭法学研究	(353)
第十六章 市场经济体制下的商法学繁荣	(369)

一、商法基础理论的形成与发展	(370)
二、适应市场经济发展需要的公司法研究	(379)
三、关注资本市场稳定发展的证券法研究	(386)
四、与企业改制密切相关的企业破产法研究	(394)
第十七章 知识创新时代的中国知识产权法学	(401)
一、知识产权法学发展概述	(401)
二、知识产权法学发展过程中的主要观点与探讨	(404)
三、知识产权法学的发展趋势展望	(420)
第十八章 与时俱进的经济法学变革	(423)
一、从走向成熟到理性繁荣	(423)
二、有关经济法学基础理论的探讨与争鸣	(429)
三、市场竞争及其法律保护机制的研究	(438)
四、经济全球化中的宏观调控法研究	(452)
第十九章 科学发展中繁荣的环境法学	(461)
一、市场经济转轨期迅速转型的环境法学	(461)
二、科学发展观指导下走向繁荣的环境法学	(466)
第二十章 依法治国进程中的行政法学	(474)
一、行政法学一般理论的基础性建构	(474)
二、行政法主体理论的全面更新	(477)
三、行政行为理论的体系化建构	(480)
四、行政程序研究的蓬勃发展	(486)
五、行政法律责任与行政救济研究的深入进行	(488)
六、行政法其他方面研究的多维展开	(491)
第二十一章 和谐社会构建中新兴的社会法学	(495)
一、中国社会法学的兴起	(495)
二、社会法基础理论在辨析中发展	(498)
三、倾注人文关怀的劳动法学研究	(502)
四、关怀弱势群体的社会保障法学研究	(505)
五、持续进展的社会法其他方面的研究	(511)
第二十二章 沿着程序正义之路拓展的诉讼法学	(516)
一、前瞻与反思中发展的诉讼法学	(516)
二、关于刑事诉讼法学基本理论问题的研究	(521)

三、关于民事诉讼法学基本理论问题的研究	(530)
四、不断拓展理论视野的行政诉讼法学	(538)
五、以司法改革为主线展开的研究	(542)
后记	(548)



导 论

在这一编中，我们选择了1949年与1978年作为这一时期的始点与终点。很清楚，1949年是新中国成立的年份，中国社会政治生活中重要的一切（包括法学），翻开了崭新的一页，于是，中国法学的一切开始与此前截然不同；1978年则是中国改革开放起始的年份，有中国特色社会主义道路由此张旗延展，于是，中国法学的一切又开始与此前截然不同。当然，两个截然不同，并不意味着中国法学历经几近三十年后又回到了原点，而是表明中国法学选择了与1949年之前及1978年之前均不相同的路径，走向一条崭新的可以标识自我又融入时代的康庄之路。

既往的年份可以清晰划分，中国法学的理论存在形态与流变过程却不能如此清晰地按年份划分，例如从事刑法研究的学者们，更愿意以1979年刑法的颁布作为刑法学复苏的起始；研究宪法的学者们，更愿意以1982年宪法的颁行作为宪法学新时期的肇端。但是从新中国的历史来看，恐怕再没有更好的年份来作为这一时期法学发展阶段的起止划分标志了。因为在这两个年份中所发生的政治事件，不仅彻底改变着中国整体的观念变化与社会走向，也彻底地改变着中国法学的基本理念与体系形成。当然这只是一个学理意义上的阶段分期，因历史事实的连续性与关联性，有关中国法学发展历程的叙述或可溢出这一时期的分界之外，如《中国人民政治协商会议共同纲领》制定时的制度观念形成，实际上风起于1949年之前；苏联法学对中国法学形成中的理论影响余波，实际上未靖于1978年之后。

当提及1949年至1978年之间的岁月时，从法学的视角观察似乎只能引发喟然浩叹，因为历史似乎并没有给予中国法学以起码的眷顾，社会政治生活中的无法无天，以阶级斗争为纲一统意识形态天下，使得中国法学既无制度形态的法律体系得以附丽，也无观念形态的知识体系得以容纳。其实不尽其然，尽管以阶级斗争为纲的政治运行机制和高度集中统一

的计划经济体制主导了国家治理和社会运转，但是法律机制也在当时社会或多或少、或强或弱地发挥功能，相应的，还是有法学的容身之处和萌发之机的，当然，法学的容身之处极为逼仄，法学的萌发之机倏忽即逝。其一，法律还有，如宪法还在（尽管“文化大革命”中宪法只是形式上的合法存在），再如婚姻法还发挥作用。其二，法学仍在，尽管是在国家与法的理论体系中依附性的存在，还是有人孜孜以求地注释现行法律，有人勤勤恳恳地传介苏联法学理论。其三，法学教育还在，一些院校开设了法学教育课程，尽管法学教育内容单薄简陋、法学教育过程断断续续，但是中国法学的一脉香火还是由此得到传承，以至于能够在改革开放之后迅速形成蓬勃行进的法学界。总的来看，这一时期的法学存在状态与流变轨迹，明显呈现出一条下行曲线：法律愈来愈荒废，法学愈来愈荒芜，法学人才愈来愈凋零。幸而不绝如缕，终归得以继绝。既然过往曾存在着，就有回顾与反思的必要。

在这一时期，法律工具主义与法律虚无主义交替盛行的法律观，直接决定了法学理论的艰难存在。无论是在治国理念层面还是在政策选择层面，在这一时期并没有形成以一贯之的法律观，相反，“人治”却得到推崇，“往往把领导人说的话当做‘法’，不赞成领导人说的话就叫做‘违法’，领导人的话改变了，‘法’也就跟着改变”。^①在20世纪50年代初期，国家制度建设始被重视，于是便有宪法与婚姻法的颁行；在50年代后期基于人治的便利与社会形势的变化，于是法律又处于可虚无的境地。到了20世纪60年代初期，基于对前期政策失误的反思和社会形势的变化，法律又重新得到重视而现一线生机，一些立法工作也提到议事日程；但是到了60年代中期，因对社会形势判断的变化和国家治理策略的重新选择，法律又转瞬再置于被废弃的境地。可见，法律工具主义与法律虚无主义是同根相连的孪生观念，因其可作为政治的适当工具则可实有，因其作为政治工具不适当则可虚无。在法律工具主义与法律虚无主义交替盛行的社会环境中，不可能形成真正的法学，因为法律工具主义使法学庸俗，法律虚无主义使法学无着。

在这一时期，中国的法学并没有成为独立的理论体系或学科体系。当时中国法学的存在状态，是以“独立性的双重缺乏”为特征的。其一，在

^① 《邓小平文选》第2卷，人民出版社1994年版，第146页。

知识体系上，这一时期的法学只是政治学的附庸，是在国家与法的理论笼罩下有关国家学说的分支理论，法学只是对法律这一政治学现象的一种解说。改革开放之前的法学被称为“政法法学”，其实是以政治理论为主导，政治理论统帅法学理论。^①因此，无论是在学科构成上还是在理论体系上，中国法学均不是独立的存在。其二，在知识来源上，中国法学知识体系的形成主要来源于对苏联法学理论的整体继受，由此导致中国法学对苏联法学理论的过度依赖。这一时期的中国理论界，还缺乏直接从马克思主义出发独立阐释社会主义法律观的能力，只能在继受苏联法学理论的过程中，接受了经过苏联学者在先阐释的已经教条化且有偏颇性的所谓“马克思主义法学观”。当时更是缺乏独立建构中国自己的法学知识体系的能力，回顾这一时期的法学理论，从法学概念的界定、法学体系的建构、法律机制的认识，到用法学指导法制实践的方法，以及传递这些法学理论的物质载体转换，无不承继于苏联。例如在新中国成立后的前十年间共出版165种译作，基本上都是苏联的法学著作和教科书。^②苏联法学在这一时期对中国法学的观念性影响至深至久，并未因后来的中苏交恶而被排除，只是除去了表面上的苏联标签，但就其理论实质，仍相沿于一辙。客观地说，中国法学界对苏联法学理论的继受，多少也是有选择性的，例如对于苏联的经济法理论就引进甚少，个中缘由值得分析，盖因我国的计划经济体制自始就排斥法律机制的介入，以致当时就已经没有经济法理论的置喙余地。

在这一时期，作为中国法学据以阐释的核心理论主线，是以阶级斗争为纲的政治观念与国家理论。如同法律被看做用于阶级斗争的政治工具，法学亦被看做阶级斗争理论的延伸，或者是被专业精细化了的阶级斗争理论。当阶级性成为法律的本质属性时，阶级斗争理论也成为法学的核心理论以及法学研究展开的逻辑基石。因此，“法学的立论、推论、结论、结构、体系，对法律资料和法学文献的收集、分析、使用，以至行文方式和语言，无不围绕着‘阶级性’这个中轴旋转，法学实际上成了‘阶级斗争学’。……把‘阶级性’置于法学基石范畴的位置，作为法学的参照系

^① 张文显主编、黄文艺副主编：《中国高校哲学社会科学发展报告·法学（1978—2008）》，广西师范大学出版社2008年版，第4页。

^② 张友渔主编、王叔文副主编：《中国法学四十年》，上海人民出版社1989年版，第5页。

或观念模式，必然使法学丧失其作为一门独立学科的资格和地位”。^①作为这一时期的法学思维定式，法律现象被理解为是阶级斗争的反映并用阶级斗争学说予以解释，法律功能被理解为是阶级斗争的工具并以阶级斗争方法予以取舍，法学研究当然是为阶级斗争服务的理论活动。当“文化大革命”中不再需要法律作为阶级斗争工具时，法学也就被冷落到偏僻的社会角落。

在这一时期中国法学的理论形成与知识体系的建构上，一个突出的特点是除旧务尽而布新不足。在新中国建国那一刻起，清除“旧法观点”便成为法制与法学建设的一个重要政治任务与理论前提。要建设全新的政权体制，必然伴随对旧政权体制包括法律及附着其上的意识形态的清除，因此，对“旧法观点”的批判是不可避免的政治选择和基本的政策指向。但是，伴随对“旧法观点”的批判与清除的结果，却并不当然是中国法学的全新建构。除了继受所得的苏联法学理论之外，这一时期并没有建立中国自己的法学体系。当然，以今天的视角要求当时的人们做到这一点，并不符合历史实际。但是，除了当时缺乏社会主义法治的实践经验和理论准备之外，不适当地对待法律与法学的政治决策，对中国法学的独立形成与持续发展起到了严重阻碍的作用。在20世纪50年代后期，法学领域成为反右派斗争的重灾区，一些本来持有正确观点或者提出对民主法制建设有益建议的人，被认为是发表错误的或攻击性的言论而被打成右派；许多法学理论问题，包括已被宪法所确认的基本原则或具体制度，也都成为不得讨论的禁区。^②当今天的人们不得不从当时出版的右派言论集中寻找有关法学的学术关切与理论智慧时，使人不得不产生一丝抚摸历史创口的忧伤。

然而，从这一时期中国法学的形成与流变中，如果仅仅是得出负面的评价和批判性的结论，那同样是片面而有失公允的。应当承认，当时的中国缺乏社会主义法治的实践经验，也缺乏社会主义法学的理论准备，而苏联的法制实践是社会主义法律的最近经验，苏联的法学理论是马克思主义法律观的最新阐释，因此，继受苏联法学理论是中国当时最为合理与便捷的选择，问题是，在继受苏联法学理论时丧失了中国法学的自我。还应当承认，以当时的中国社会现实，阶级斗争是必要的政策选择；在没有经验

① 张文显：《论法学的范畴意识、范畴体系与基石范畴》，载《法学研究》1991年第3期。

② 张友渔主编、王叔文副主编：《中国法学四十年》，上海人民出版社1989年版，第6页。

的情况下进行社会主义法制建设，弯路和挫折也在所难免，问题是，阶级斗争何以“为纲”且“为纲”得如此持久？法制建设的弯路和挫折何以如此巨大且如此持久？最先开始总结这一时期中国法制经验与教训的人，最先开始反思这一时期中国法学成果与缺陷的人，正是历经这一时期社会风云、政治波涛的那些法律工作者与法学研究者。可见，尽管经历挫折与磨难，中国法学的思想脉络仍然不绝如缕，追寻社会主义法治的思考并没有中断。实际上，当代中国法学的基本理论主导思想，至今存在于法学知识体系中的许多概念方法，日后发挥重要作用的法学领军人才，改革开放后法学队伍快速的恢复建制，法学知识传承得以及时接续，以及中国法学研究迅速的规模化展开，等等，都凭借这一时期的积淀之功与陶冶之力。对于这一时期那些勇于深入探索、坚持独立思考的法学研究者，以及他们为中国法学的理论积累与学术传承所作出的贡献，我们尤其应当表达后来者的应有敬意。

第一章

中国社会主义法学的艰难初创

一、国家与法的理论在我国的兴起

20 世纪的中国是变动频仍、变化巨大的中国。回顾中国历史乃至世界历史，恐怕没有哪个世纪像中国的 20 世纪那样，短短的一百年却容纳了那么多的苦难与成就、除旧与布新、沮丧与希望。交互出现、交错进行的政治革命、文化运动、内外战争、社会动荡和经济浪潮，不断地改变中国的现实与历史，同时也在不断地改变中国人的行为方式与观念形态。新中国的成立是 20 世纪最伟大的历史事件，这一事件不仅彻底创建了中国历史上全新的政制与法律，也使得与政制、法律相关的法律观及其指导下的法学出现了全新的面貌与性质。社会主义法律观与社会主义法学知识体系的肇始，就是马克思主义指导下的具有鲜明社会主义法学特色的“国家与法的理论”的形成与发展。

由于历史的原因，社会主义“国家与法的理论”在中国的推衍，既不是通过法学理论著述的宣导，更不是通过教科书的普及，而是通过政策的推行与政令的宣示。1949 年 1 月，《关于接管平津国民党司法机关的建议》宣布，“国民党政府一切法律无效，禁止在任何刑事民事案件中，援引任何国民党法律。法院一切审判，均依据军管会公布之法令及人民政府之政策处理”。1949 年 9 月，《中国人民政治协商会议共同纲领》规定，“废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度，制定保护人民的法律、法令，建立人民司法制度”。而 1949 年 2 月发布的《关于废除国民党〈六法全书〉和确定解放区司法原则的指示》，最足以用来说明指导这些决定的法律理论。这一“指示”中的关键段落有必要引用如下：

法律是统治阶级以武装强制执行的所谓国家意识形态，法律和國家一样，只是保护一定统治阶级利益的工具。……在实际上既然没有超阶级的国家，当然也不能有超阶级的法律。……在统治阶级与被统治阶级之间，剥削阶级与被剥削阶级之间，有产者与无产者之间，债权人与债务人之间，没有真正共同的利害，因而也不能有真正平等的法权。因此，国民党全部法律只能是保护地主与买办官僚资产阶级反动统治的工具，是镇压与束缚广大人民群众的武器。……任何反动法律……不能不多少包括某些所谓保护全体人民利益的条款，这正和國家本身一样，恰是阶级斗争不可调和的产物和表现……因此，不能因国民党《六法全书》有某些似是而非的所谓保护全体人民利益的条款，便把它看作只是一部分而不是在基本上合乎广大人民利益的法律，而应当把它看作是在基本上不合乎广大人民利益的法律。……在无产阶级领导的以工农联盟为主体的人民民主专政的政权下，国民党的《六法全书》应该废除，人民的司法工作不能再以国民党的《六法全书》作依据，而应该以人民的新的法律作依据，在人民的新的法律还没有系统地发布以前，则应该以共产党的政策以及人民政府与人民解放军所已发布的各种纲领、法律、命令、条例、决议作依据。……同时，司法机关应该经常以蔑视和批判国民党《六法全书》及其他一切反动法律法令的精神，以蔑视和批判欧美日本资本主义国家的一切反人民法律法令的精神，以学习和掌握马列主义、毛泽东思想的国家观、法律观及新民主主义的政策、纲领、法律、命令、条例，决议的办法，来教育和改造司法干部。只有这样做，才能使我们的司法工作真正成为人民民主政权工作的有机构成部分……

这一“指示”不仅是关于废除国民党《六法全书》和确定解放区司法原则的政令性文件，更是宣示马克思主义国家观、法律观的政论性文件。它充分反映了国家与法的理论的基本观点，并且对此后中国社会的主流法律观的形成与普及、法学知识体系的建构与充实，产生了重要影响。

大致来说，国家与法的理论主要包含了关于国家与法的起源、本质、作用和发展四个基本理论。概而言之就是：国家与法是人类社会发展到一定历史阶段的产物，是阶级矛盾不可调和的产物；法是建立在一定物质生活条件基础上的统治阶级意志的集中体现，阶级统治是国家与法的本质所