

当代中国法律制度的基本特征、  
结构与未来发展展望

王江雨

东亚论文 第 86 期

ISSN 0219-1415  
ISBN 978-981-08-6751-5

版权所有 · 未经同意 · 不得转载

出版日期：2010年8月19日

# 当代中国法律制度的基本特征、结构与未来发展展望

王江雨\*

对中国法律制度和法律传统进行学习和研究的课程在很多法域（jurisdiction）日渐受到关注。这在很大程度上当然是因为一种功利的目的：中国在经济和地缘政治上的重要性不仅使得许多国家的政府必须重视中国的实力，也使得很多外国机构和个人与中国建立了难以分割的商业、文化和其他方面的联系，因此需要了解中国的法律。

尽管直到 1970 年代末中国的国民生产总值（GDP）还挤不进世界前十名，到 2010 年它已经以将近五万亿美元的国民生产总值成为世界第二经济大国。<sup>1</sup> 虽然各个国际组织和财经机构对中国经济未来的发展速度看法不一，但保守的估计也认为中国将在三四十年之内超过美国，成为世界第一大经济体。<sup>2</sup> 在如今严峻的国际经济危机下，中国是唯一可以保持高速增长的经济大国，甚至有评论者认为因为危机对西方国家的影响更大，中国经济总量可能于 2030 年左右就能赶超美国。<sup>3</sup> 中国庞大的经济具有很强的外向性：中国在 2008 年是世界第二出口大国，第三进口大国。到 2009 年末，中国可能超越德国成为世界第一出口大国。<sup>4</sup> 从 1993 年以来，中国一直就是居于世界第二的外商直接投资目的地。随着“走出去”战略的实施，中国的对外投资增长也极为迅速，<sup>5</sup> 中国企业在世界各地新建子公司或进行收购兼并，大量的中国企业也在香港、新加坡、美国 and 英国证券市场上市。这一切对外国企业和个人来说，意味着巨大的市场和就业机会。<sup>6</sup> 要充分利用这些机会，了解甚至通晓中

---

\* 王江雨，新加坡国立大学法学院副教授（Email: [lawwjy@nus.edu.sg](mailto:lawwjy@nus.edu.sg)）。

<sup>1</sup> World Development Indicators database, World Bank, 1 July 2009.

<sup>2</sup> 参见 Goldman Sachs (2003)。

<sup>3</sup> Keidel (2008)。见“易纲：中国已是全球第二大经济体”，FT 中文网，2010 年 8 月 2 日（at [www.ftchinese.com](http://www.ftchinese.com)）。

<sup>4</sup> 世界贸易组织（World Trade Organization）统计资料。

<sup>5</sup> 至 2007 年底，中国对外直接投资（Foreign Direct Investment）累计为 1,393 亿美元，在世界 79 个经济体中排名第 21 名。见童振源（等作者）（2009）。

<sup>6</sup> 2009 年 8 月 11 日《纽约时报》的一篇报道称，越来越多的美国毕业生开始在北京和上海工作。见 Seligson (2009)。

国法律有时候会对事业大有帮助，有时候则是事业顺利发展所必不可少的。<sup>7</sup>

但是国际社会以及外国人对中国法律的兴趣也并不全然是基于功利的经济目的。一个社会的法律是了解该社会的最佳媒介。任何人类社会都有可以被泛泛成为法律的规则。不论法律的好坏，法律如何被制定、解释和实施，以及法律本身在该社会中的地位（即法律是社会中某些人统治其他人的手段还是全社会共同接受的至高无上的规则，或者是介乎两者之间），都是该社会的全部社会关系的产物，而法律本身也在推动着社会关系的形成和演变。在这个意义上，了解法律在中国经济发展和社会变革中的作用也是一个引人入胜的学术课题，尤其是我们面对的现实是当代中国在作为世界上经济发展最快的国家的同时也是一个非法治国家——或者至少没有达到世界上许多发达国家已经实现的完善“法治”（rule of law）的基本要求。

中国的执政党中国共产党已经明确提出，到 2010 年要形成“中国特色社会主义法律体系”（“Socialist legal system with Chinese characteristics”）。<sup>8</sup> 如何理解“社会主义”、“法律”、“中国特色”以及它们结合起来的总体意义目前还是一个说不清道不明的问题，但毫无疑问，中国目前正在法治化的道路上逐步前进。

## 一、中国当代法律制度的基本特征

### 1. 当代中国法制体系受到西方化、马克思主义和中国传统法律思想和制度三个源流的影响

当代中国法制体系<sup>9</sup>具有相当的独特性，即不同于帝制时代（Imperial China）<sup>10</sup>的法律，也有别于西方社会的法律体系，这在于它是三个源流

---

<sup>7</sup> 高嵩、文一（2009）。

<sup>8</sup> 吴邦国（2009）。关于法律体系的涵义见下注 9。

<sup>9</sup> 在中国大陆的中文语境中，法制体系（legal system），即法律制度体系，亦称为法制系统，指“法制运转机制和运转环节的全系统 ... 包括立法体系、执法体系、守法体系、法律监督体系等”。平常所通称概称的“中国法”（Chinese law），指的一般是法制体系。而法律体系（the system of laws）则指的是成文法体系，即“一国现行的全部法律规范按照不同的法律部门分类组合而形成的一个呈体系化的有机联系的统一整体”。就这两个概念的相互关系而言，“法制体系包容着法律体系，而法律体系则组合在法制体系之中”。见张文显（2007），第 127 页。

<sup>10</sup> 即中国当代马克思主义史学所讲的“封建社会”时代，指从秦朝（公元前 221 年 – 公元前 206 年）建立到清朝（公元 1616 年 – 公元 1911 年）灭亡的中国历史时段。应当注意这里所说的“封建社会”与西方史学所谓的 feudal society（直译为封建社会）基本不同。Feudal society 指的是在一个弱势的中央王权之下受到分封的领主在各自的领土上治理和剥削民众的政治制度。

(Origins) 互相影响的产物。一是自清末修律以来中国法律的西方化 (Westernization of Chinese law)。所谓晚清修律, 指的是清朝末年以西方法律为蓝本对中国法律制度进行改造的官方运动。光绪二十七年 (1901) 元月, 清朝帝制政府下诏变法, 以很优美的修辞提出“世有万古不易之长经, 无一成罔变之治法”, 结论是“大抵法积则弊, 法弊则更”。<sup>11</sup> 1903 年建立修订法律馆, 任命对西方法律颇有修养的沈家本和伍廷芳<sup>12</sup>任修律大臣。如张晋藩 (1997) 所指出的, “熟悉旧律的沈家本, 在接受西方法律文化的影响以后, 深感旧律的落后与野蛮, 已处在非变不可之势。因此在他主持下制定的新律, 无论体系和内容都仿效西法……”。<sup>13</sup> 此后无论是民国时期 (1911-1949) 还是中华人民共和国时期, 中国法律在形式与实质方面, 都大幅度从西方的法律体系中学习和借鉴有关的制度、概念、体系、术语等。在 2001 年中国加入世界贸易组织 (World Trade Organization, WTO) 之后, 中国法律制度西化的趋势更为明显。

当代中国法律发展的第二个源流是马克思主义 (Marxism) 意识形态指导下的中国社会主义实践。官方的法理学教科书指出,<sup>14</sup> 马克思主义从阶级斗争的角度, 将法的本质归结为两个方面, 一是法是统治阶级 (Ruling class) 意志的体现。在阶级对立的社会, 统治阶级就是掌握国家政权的阶级。统治阶级把自己的集体意志通过国家机关制定为法律, 法律只能体现统治阶级的意志, 维护统治阶级的根本利益和整体利益。第二, 法的内容是由统治阶级的物质生活条件所决定的。这里的物质生活条件主要是指物质生活资料的生产方式, 尤其是生产关系, 即生产过程中所发生的人与人的关系。<sup>15</sup> 生产关系代表一个社会的经济基础, 而法是经济基础之上的上层建筑。根据马克思主义, “经济基础决定上层建筑” (The economic base of production determines the political superstructure of a society) 而不是相反。<sup>16</sup>

这些貌似空洞的理论可能不是很容易理解, 但其在共产主义/社会主义国家的现实应用却是显而易见的, 即由一个组织严密的列宁主义政党“代表人民的意志”, 控制国家政权和各级国家机关, 通过一定的程序将该党的主张上

<sup>11</sup> 《清德宗实录》卷四六七, 转引自张晋藩 (1997), 第 435 页。

<sup>12</sup> 沈家本 (1840-1913) 是清朝官僚出身, 精研中国传统的法律制度, 但对西方法律一直有极大兴趣。伍廷芳 (1842-1922) 生于马六甲, 三岁随父回居广州, 后赴英国伦敦大学学习法律, 是第一个取得英国律师资格的华人。

<sup>13</sup> 张晋藩 (1997), 第 440 页。

<sup>14</sup> 张文显 (2007)。

<sup>15</sup> 同上, 第 80 至 82 页。

<sup>16</sup> Marx (1977)。

升为国家法律，并在国家机器的保障下予以执行。这种体制可能不会永远排除民主、自由、人权等西方舶来的所谓“普世价值”，但并不以这些价值为追求目标，并且这些价值不能与执政党的利益和目标相冲突。中国共产党领导下的法治建设，如陆思礼（Stanley Lubman）所谓的“笼中鸟”（bird in cage），<sup>17</sup>也必须在这一框架内发展。在现实中的具体表现是，法制建设必须在中国共产党的领导下进行，所有的立法必须维护而不能挑战共产党的领导地位，所有的立法、司法和执法机关必须坚持共产党的领导，执行党的路线、方针、政策。虽然共产党关于法治的论述（discourse）不承认“党大于法”（the party is above the law），但在政治现实中如果党的领导和法律有冲突，后者必须让位于前者。当然，在许多情况下，这种冲突并不必然存在，因为一定程度的法治（rule of law）符合党的利益，能够增强党的统治的合法性（legitimacy）。

当代中国法律的第三个源流是帝制时代的传统法律思想和制度。关于中国法的一个常见的误解是，当代中国法律体系在经过西方化和共产革命之后，已经完全脱离了古代中国的法律传统。在中国，主流学者（包括官方学者）都不肯承认传统法律思想和制度对于当代法律的实质影响，甚至对传统法制表现出一定程度的轻慢。在批评一些国人的“文化失语症”时，中国法律学者夏勇指出，

中国是注重治道的文明古国，法治是传统治道的重要内容。传统的治道理论所蕴含的丰富思想和学识，所包括的成功和失败的经验教训，尤其是中华民族所独有的精神气质、道德追求、思维逻辑、政治经验乃至语言风范，都是值得我们认真体会、认真学习的。… 遗憾的是，最近一百多年来，我们对传统的治道，尤其是法治思想采取了某种简单化的甚至粗鲁的态度，对本民族的思想传统，变得越来越不认得了。即使偶尔看上几眼，也是带着变色的眼睛，贴上几道不明不白的标签，甚至给予全盘的否定。<sup>18</sup>

其实抛开文化传承和身份认同的情怀，单从功用的角度看，中国古代法律传统也对当代有着巨大的影响。这是因为无论如何努力，一个文明都无法和自己的传统相割裂。如陈建福教授所指出的，

一个社会在特定历史阶段，其法律的特征不仅取决于该社会所处的时代环境，也取决于该社会的文化遗产，虽然文化与传统对法律形成所发生的影响可能是通过一种静默的、含蓄

---

<sup>17</sup> Lubman（2000）。

<sup>18</sup> 夏勇（2004），第57页。

的甚至是不知不觉的方式。因此对当代中国法律的研究需要一些对中国法律传统的基本理解。<sup>19</sup>

中国传统的法律思想主要来自儒家（Confucianism）和法家（Legalism）两个学派。<sup>20</sup> 儒家主张以德治国，认为人治优于法治，礼教纲常优于强制性法律，法家则主张以严刑峻法为手段治理社会，其目的是为了建设君主制下的富强的国家（state）。虽然此二学派貌似“完全立于极端相反的立场，本无调和之可能”，<sup>21</sup> 根据瞿同祖先生的说法，中国古代法律在汉朝以后就逐渐儒家化（the Confucianization of law），以礼入法，实现了儒法学说的配合，以服务于帝国的统治者。<sup>22</sup>

传统法律制度中的大多数元素基于专治、特权和宗法家族观，比如强调人治，基于人与人不平等的纲常伦理，压制个人主义，公法和私法不分，司法与行政合一，诉讼和实体法合一，强调实体正义而忽视程序正义等等，这些与现代（来自西方的）法律理念完全冲突的东西虽然在形式上已经被抛弃，但在实质上仍然体现于当代中国法律制度的运作逻辑之中。此外，传统法律文化中的某些方面，如关心道德伦理，重视社会和谐等等，被认为在今天仍有一定的价值，能够克服西方法律体系的一些根本弊病。<sup>23</sup>

## 2. 中国法制体系以大陆法系为基础，但处于向“混合体系”快速演变的过程中

自晚清修律开始，中国法律制度体系就以德国与日本的大陆法系为蓝本而建立起来，但在发展的过程中吸收了很多英美法系的术语、原则和理念。虽然中国在传统上被认为是个民法法系国家，但它实际上是一个大民法法系与英美法系的混合体。

法系（或称法律传统，legal families/legal traditions）是法学家们根据一定的不变因素和可变因素对各个国家法律的分类，如果某些国家的法律具备一些共同的特点，就被归于某个法系。法系分类所依照的标准经常包括：“法律制度的历史背景和发展、法律渊源的理论和层次、特定法律制度中的法律家的

---

<sup>19</sup> Chen Jianfu (2008), p. 5.

<sup>20</sup> 关于这两个学派的具体主张将在本书第二章详细论述。

<sup>21</sup> 瞿同祖（1981），第 304 页。

<sup>22</sup> 瞿同祖（1981），第 304-346 页。

<sup>23</sup> 关于传统法律制度和文化对当代法律的具体影响见本书第二章。

操作方法、该法律制度所运用的具有特色的法律概念、该制度中的法律机构以及制度内所采用的法律分类”。<sup>24</sup> 依据这些标准，大多数比较法学家倾向于认为当今世界上存在着三个主要法系，即英美普通法传统（Anglo-American common law tradition）（简称“英美法系”或“普通法系”），罗马日耳曼民法传统（Civil law tradition）（简称“民法法系”或“大陆法系”），以及社会主义法传统（Socialist legal tradition）。<sup>25</sup> 冷战以后，社会主义法律传统渐渐消亡，社会主义国家进行的法律改革的方向是渐渐向英美法系或大陆法系趋同。

中国被认为是既属于社会主义法系也属于民法法系。概括而言，民法法系和普通法系的主要区别是：

- 1) 在法律渊源（sources of law）上，大陆法系以制定法为主（legislation as the basis of civil law），可以说立法机关制定的成文法是最主要的、甚至是唯一的法律渊源，其他渊源之所以具有据约束力是来自制定法的认可，而在普通法系，判例法（precedents），即高级法院判决中所确立的法律原则或规则，则是最主要的法律渊源，虽然普通法系国家现在也有相当数量的制定法作为对判例法的补充。
- 2) 在制定法的结构方面，民法法系承袭古代罗马法的传统，将法律区分为宪法、行政法、民（商）法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法等部门，一般是以一部综合性法典和若干单行法规的形式对该部门的法律规则作出规定，法典必须是一个包括总则和分则的有机整体，要求完整、清晰、逻辑严密。普通法系则没有严格的部分法概念，一般以单行成文法作为对判例法的补充，不制定完整的法典，其单行法一般也是有关规则的机械集合，不具有系统性。
- 3) 就诉讼程序而言，民法法系一般采用“纠问式”（inquisitorial system），诉讼以法官为中心，审判的目的是为了法官查清事实（investigate the case）以适用成文法。法官为此目的甚至可以越过当事人自行收集证据。此外民法法系诉讼一般没有陪审团（Jury），但有些审判有陪审员参加。普通法系则采用“对抗式”诉讼模式（adversarial system，亦译为“抗辩式”），庭审中法官的角色不是那么主动，法官

---

<sup>24</sup> 格伦顿（1993），第3页。

<sup>25</sup> 格伦顿（1993），第3页。欧洲大陆上的法、德、意、荷兰、西班牙、葡萄牙等国和拉丁美洲、亚洲的许多国家的法律都属于大陆法系。英美法系又称英国法系。普通法系或判例法系，是承袭英国中世纪的法律传统而发展起来的各国法律制度的总称，英、美、澳大利亚、新西兰、新加坡、香港等国家和地区的法律制度均属于英美法系。

依赖控辩双方当事人（及其律师）提供证据甚至是法律理由，法官完全不会自行搜集证据。庭审如有陪审团参与，则有陪审团作出事实上的结论和法律上的基本结论（有罪与否），由法官在判决中作出法律上的具体结论。

- 4) 就审判案件具体的法律适用和法官的权力而言，在查明事实后，民法法系法官必须从现有的法律中找出明文规定，将事实代入（*subsumption*），推论出必然的结果。如果法律没有明文规定，法官绝对没有自行“造法”的权力。而面对同样的案子，普通法系的法官则会首先考虑“遵循先例”（*stare decisis*），即查找以往类似案例的有约束力的判例，将本案与先例加以比较，适用与类似先例相同的法律规则。如果没有先例可循，法官可以在判决中创制新的规则，即所谓法官法（*judge-made law*）。

此外，两大法系在法律术语、法学教育、司法人员录用、培训和升迁以及政治司法体制等方面，也有许多不同之处。<sup>26</sup>总的来说，虽然大陆法系和英美法系在历史上差异显著，但二十世纪以来，随着英美法系对于成文法的利用及大陆法系对于判例的重视，这种差别开始缩小。

中国的法律制度体系既然是以德日的大陆法系为蓝本建立起来的，就拥有上述大陆法系的基本特色。但在改革开放以来的三十多年里，中国有意无意地借鉴了大量的英美普通法系的元素，尤其是在价值中性的商事法领域，比如中国的合同法基本上是民法法系规则与普通法规则的混合体。中国的公司、证券法律从基本概念到主要的交易与监管规则都借用美国、英国和香港相关的法律制度。尽管中国法律没有明确承认判例的法律约束力，最高人民法院和各省高级人民法院通过公布“指导案例”、“典型案例”等，对下级法院的审判工作产生影响。更重要的是，最高人民法院发布了大量的司法解释（*judicial interpretations*），这些解释在中国的法律体系中是最重要的具有约束力的法律渊源之一，且其中的很多解释都是最高法院总结各级法院审判经验的结晶，可以说是基于先例原则的立法。此外，中国的审判体制，包括法官角色和证据规则方面，也逐渐向“对抗制”演变。这些事实说明中国法律体系虽然以大陆法系为基础，但也日渐走向“混合型”。

### 3. 当今中国的法律制度体系缺乏必要的自主性，依然附属于政治和政府

无论是在理论上还是在现实中，中国的法律制度体系都不能独立于中国共产党垄断性地领导下的政治体系。在某种意义上说，中国法律系统附属于中

---

<sup>26</sup> 见格伦顿（1993），达维德（1985），Merryman（1985）。



国共产党，在政治上接受共产党的全面领导，而这又不可避免地影响到司法体系日常的运作和审判工作。就目前的状况看，中国虽然有众多数量的法官、检察官、律师和法律学者，但却并不具备一个独立执掌司法权的“法律人集团”或“法律职业共同体”。一党垄断政权的政治体制使得每一个法律人只能以个人主体的形式存在，而无法形成有自主性（autonomy）和自我管理（self-governing）的团体，更无法形成一个全国性的作为国家权力之一极的“法律职业共同体”。<sup>27</sup>所有的法律机构以及法律人的任何结社活动都被置于党领导下的国家权力之下，包括法院、检察院、律师事务所、律师协会、法学会等等。如最高法院院长在其向全国人民代表大会提交的报告的一开头就必须指出，<sup>28</sup>

最高人民法院在以胡锦涛同志为总书记的党中央坚强领导下，在全国人大及其常委会的有力监督下，认真贯彻党的十七大和十一届全国人大一次会议精神，深入贯彻落实科学发展观，坚持“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的工作指导思想，坚持为大局服务、为人民司法，及时把握国内外经济社会发展的新变化，努力满足人民群众维护合法权益的新要求，切实履行宪法和法律赋予的职责，各项工作取得新进展。

附属于政治的法律系统必须服从中央和地方政权的政治目标。在某些情况下，这甚至包括各级党和政府领导人的个人目标。因此，当党的目标是“严打”（“严厉打击刑事犯罪分子”）时，<sup>29</sup>国家的立法机构可以迅速通过刑事诉讼法的修正案，以追求速度为目标，缩减诉讼程序，给予被告人很短的辩护准备时间，甚至将上诉时间由十天减为三天。<sup>30</sup>而法院系统则“迅速及时审

---

<sup>27</sup> 贺卫方（1998）指出，“所谓法治，不过是那些受到严格法律训练的人们对社会生活的管理和调整。由于法律知识以及表达这种知识的法律语言的稳定性，由于法律推理技术的稳定性，由于法律职业伦理规则的稳定性，由于法律职业者决策过程的通常表现出的公开性，从而导致这种决策具有相当的可预期性，从而克服了其他统治类型不可避免的恣意妄为的特征。因此，如果我们不能够造就一大批尊重规则、追求正义的法律家（lawyers），并且使这样的法律家来操作法律的程序，那么，制定再完备的法律规范，设置再合理的司法制度，最终的结果仍将是徒劳无益的。”

<sup>28</sup> 最高人民法院（2009）。

<sup>29</sup> 自1983年以来，中国政府发动了数次“严打”（Strike Hard）活动，目标是解决改革开放以后新出现的社会治安问题和犯罪高峰。按照当时的政策，对严打期间查获的“犯罪分子”，一律“从重”、“从快”、“从严”判处。“严打”尽管打击了犯罪活动，但也造成了无数的冤假错案。

<sup>30</sup> 《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》和《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》，第六届全国人民代表大会第二次常委会1983年9月2日通过。

判”，将许多今天看来完全不构成犯罪的行为，处以极重的刑罚以至于死刑。<sup>31</sup> 当党和政府的主要目标是应对经济危机时，法院就要“坚持服务大局，依法保障经济社会又好又快发展”，不仅要通过司法解释和审判工作为经济发展提供友好的环境，并且“慎用查封、扣押、冻结等强制措施，及时提出司法建议，帮助困难企业渡过难关，积极发挥审判工作为国家宏观调控政策服务的作用”。<sup>32</sup> 为了时时紧跟政治，法制系统在很大程度上牺牲了自身的独立性和自主性。

关于中国社会对法治的理解和适用，下文还会有更充分的论述。

## 二、中国当代法律制度的基本结构和体系

### 1. 法律体系

中文里的法律体系指的是“由一个国家的全部现行法律规范分类组合为不同的法律部门而形成的有机联系的统一整体”<sup>33</sup>。当代中国的法律体系，主要有七个部门和三个不同层级的法律规范组成。<sup>34</sup> 这七个部门是：

- 宪法及宪法相关法
- 民商法
- 行政法
- 经济法
- 社会法
- 刑法
- 诉讼与非诉讼程序法

而三个不同层级的法律规范则是指：

- 法律
- 行政法规
- 地方性法规、自治条例和单行条例

---

<sup>31</sup> 同上。例如，西安市一名中年妇女马燕秦因为在自己家里组织舞会而被法院以“流氓罪”判处死刑，于1985年4月被枪毙。1997年中国修改刑法，将流氓罪取消。见“‘流氓大案’是怎样炼成的？流氓罪曾可判死刑”，中国新闻网，2009年7月14日，网络版见<http://www.chinanews.com.cn/cul/news/2009/07-14/1774142.shtml>（2010年5月30日访问）。

<sup>32</sup> 最高人民法院（2009）。

<sup>33</sup> 《中国大百科全书·法学》，第84页，转引自沈宗灵（2003），第329页。亦见前注9。

<sup>34</sup> 国务院新闻办公室（2008）。

中文语境中的“法律部门”（亦称“部门法”）的概念甚为重要，“它是指根据一定的标准和原则，按照法律规范自身的不同性质、调整社会关系的不同领域和不同方法所划分的同类法律规范的总和”。<sup>35</sup> 一国的法律体系是由各个不同的法律部门组合起来的，如上述的七个部门。同时，每一个法律部门又可区分为若干个“子部门”，主要调整该部门内的具有共同性质的一些特殊种类的法律制度和法律规范。譬如宪法部门下属有立法法、选举法、组织法等子部门，而在民商法这个大部门内，又具体划分为合同法、物权法、侵权法、婚姻法、继承法、公司法、票据法、海商法、保险法等子部门。一个法律部门或者子部门可能是以一部或数部法典为基础建立起来的。如民商法，中国有《民法通则》，也有单独的《合同法》、《物权法》、《侵权法》、《婚姻法》、《继承法》、《公司法》、《票据法》、《海商法》等数十部法典或法律。本章附录包含了各个部门法下的法典或法律。

法律规范的层次指的是成文法的上下位关系。最高阶位的成文法是全国人大（及其常委会）制定的“法律”，其次是国务院制定的“行政法规”，再次是地方人民代表大会指定的地方性法规和民族自治地方的人民代表大会制定的自治条例和单行条例。阶位越高的法律，效力越高。

## 2. 国家结构与立法、司法与执法机构简介

中国《宪法》将中华人民共和国定义为“工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家”，<sup>36</sup> 在这个国家“一切权力属于人民”，<sup>37</sup> 国家机构“实行民主集中制的原则”。<sup>38</sup> 此外，中国还是一个“统一的多民族国家”。<sup>39</sup> 从法律的角度讲，中国的国家机构体系及其所附属的相关政治体系具有如下制度化的特征：

第一，就国家结构形式和中央地方关系而言，中国是一个统一的单一制国家（unitary state），而非联邦制国家（federal state）。单一制的含义是：（1）中国只有一部宪法、一个最高立法机关、一个中央政府和一套司法系统；（2）中国的国家权力关系是自上而下的，地方政府自身没有独立的权力，其权力由中央授予，必须接受中央的统一领导；

---

<sup>35</sup> 张文显（2007），第128页。

<sup>36</sup> 《宪法》，第一条。

<sup>37</sup> 《宪法》，第二条。

<sup>38</sup> 《宪法》，第三条。

<sup>39</sup> 《宪法》，“序言”。

(3) 整个国家是一个独立的实体，中央政府是唯一能代表国家进行国际交往并签订有约束力协议的主体；(4) 在上述原则之外，国家允许香港和澳门作为特别行政区存在。<sup>40</sup>

第二，理论上讲，中国是一个“议会主权”（Parliamentary sovereignty）国家。<sup>41</sup> 根据宪法，人民拥有权力，而“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”，<sup>42</sup> 且“全国人民代表大会是国家的最高权力机关”。<sup>43</sup> 在此体制之下，完全没有“三权分立”的空间。

第三，中国统一的国家组织包括四个体系：人民代表大会、政府、法院和检察院。在某种意义上，军队也可被纳入国家体系，虽然目前军队只接受党的领导，而“军队国家化”在中国是一个禁止讨论的课题。所有其他的权力机构，理论上要对全国人民代表大会负责，向其报告工作。

第四，但是，无论是在官方理论还是现实中，各级国家机构的最核心领导都是共产党的组织。国家的最高领导机构是共产党的“政治局常委会”（the Standing Committee of the CPC Politburo）。

关于中国的立法、执法和司法体制，在此简单介绍一下各自的功能和三者之间的关系。简而言之，中国的政治制度并不实行权力分立，因此法制体系并不具备独立的权力基础。在法制体系内部，虽有职能分工，却并没有明确的分权与制衡。

根据中国《宪法》和《立法法》，国家立法权主要由全国人民代表大会及其常务委员会（统称最高“国家权力机关”）来行使。国务院，作为最高行政机构，可以制定行政法规，省、自治区直辖市的人民代表大会可以制定地方性法规（在民族自治区成为自治条例和单行条例）。此外，国务院各部门可以

---

<sup>40</sup> 在与单一制相对应的联邦制国家，国家权力的源泉来自地方，是一个自下而上的过程，即中央政府的权利来自联邦的各个成员，凡未明文授予联邦的权利由成员保留。美国是个典型的联邦国家。

<sup>41</sup> “议会主权”，亦称“议会至上”（parliamentary supremacy），指议会是国家最高的权力机构，代表绝对的国家主权（absolute sovereignty），高于任何其他国家权力机构。议会可以制定任何法律，也可以改变任何其他国家机构（包括司法机构）的决定。其他国家机构也无权质疑议会的决定。议会主权据称发源于英国，但在英国也有实质上的三权分立。

<sup>42</sup> 《宪法》，第二条。

<sup>43</sup> 《宪法》，第五十七条。

制定部门规章，省、自治区、直辖市和较大的市的政府可以制定地区性部门规章。

执法（Law enforcement）有广义和狭义两种概念。广义的执法指一切执行和适用法律的活动，包括所有国家司法机关和行政机关贯彻实施法律的活动。狭义的概念仅指国家行政机关及其公职人员在行政管理的过程中实施法律的活动。<sup>44</sup> 在这个意义上，执法是国家行政机关的独立职能。<sup>45</sup> 根据宪法，中国的国家行政机关是国家权力机关的“执行机关”，负责贯彻执行国家权力机关制定的法律和其他规范性文件。国务院，又称“中央人民政府”，是中国的最高行政机关，也是最高执法机关。但就国家政策的大政方针而言，国务院并不是一个决策机构，而是国家权力的职能中心。

中国的司法体制是以苏联模式为基础建立起来的，包括人民法院，称为国家的“审判机关”，<sup>46</sup> 以及人民检察院，成为“国家的法律监督机关”。<sup>47</sup> 各级法院和检察院与政府的行政级别相对应，此外还有一些专门法院和检察院。司法机关也有广义和狭义两种概念，并且在党和国家的正式文件上也经常不加区别地混合使用。狭义的司法机关仅指检察院和法院。广义的概念则还涵盖公安系统，或称为“侦查机关”，以及行政机关内部管理司法工作的部门，包括中央的“司法部”和地方上的司法厅、司法局，统称为“司法行政机关”。

关于立法、行政、司法三者的关系，以及司法系统内部各机构的关系，可以简单称为“分工合作”（Separation of functions and mutual cooperation），而不是基于三权分立的“分权制衡”（Separation of power and checks and balances）。当然，法律也要求司法机关之间在分工的基础上有一定程度的制约，如《刑事诉讼法》第七条规定，“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律”。

无论是广义还是狭义的司法机关，都处于党的绝对领导之下。党对司法系统的领导，一是通过司法机关内部的党的组织，如党委或党组，二是通过共产党的一个职能部门“政法委员会”（CPC Political-Legal Committee，简称政法委）。各级政法委对辖区内的司法机构（包括公安、检察、审判和司法行政

---

<sup>44</sup> 张文显（2007），第 246 页。

<sup>45</sup> 同上。

<sup>46</sup> 《宪法》，第一百二十三条。

<sup>47</sup> 《宪法》，第一百二十九条。

机构)的工作进行领导和指导, 监督执法司法工作, 督促大案要案的查处工作, 研究和协调有争议的重大、疑难案件, 确保司法工作能够执行党的“路线、方针、政策和部署”, “统一政法各部门的思想和行动”, 保证实现党的政治目标。同时, 政法委还协助党组织考察和管理司法干部。<sup>48</sup> 毫无疑问, 政法委员会的存在, 是为了保证法律和司法系统成为党进行社会控制和实现政策目标的工具。然而中国司法系统的日渐职业化、专业化以及法治观念的逐渐普及, 已经对政法委所代表的列宁主义的“党国”观念提出了严峻的挑战。<sup>49</sup>

### 三、法律与法治概念在中国的演变

“法治”(Rule of law)在很大程度上是一种观念和信仰。法治社会能否实现有赖于立法、执法、守法和司法的主体对法治观念的主动接受、信奉和实行。为了理解当代中国社会对法治的理解和接受程度, 我们必须首先问中国语境中的“法”是什么。梁治平(1994)指出, 中国古代的“法”只是指刑律(penal law), 是统治阶级镇压和惩罚的工具, 并不包括权利和正义的概念。相对应而言, 西方的法律观念将法、权利和正义放在一起, 构成一种与中国古代法制观念完全不同的思维防止。<sup>50</sup> 知道这一点对理解当代中国的法治建设有着重要意义, 因为虽然自清末变法以来, 中国人已经接受了西方的法律概念, 但在国民心理的深处, 无论在政府还是民间, 法律还是被许多人当作统治的众多手段之一。

#### 1. “法治”概念辨析

中国已经宣称要建立一个“社会主义法治国家”。<sup>51</sup> 然而何为“法治”是一个必须回答的重要问题。在此我们要在概念上对三个常见的中文法律术语加以区分, 即法制、法治和以法而治。法制的对应词是 legal system, 指一国的法律制度体系, 其中包含静态的法律规范体系(成文法与判例法)和动态的法律运作体系(立法、执法、司法机构及其运作)。法制本身是中性的, 可以

---

<sup>48</sup> 关于中央政法委职能的表述见“中国平安网”( [http://www.chinapeace.org.cn/2006-07/26/content\\_1377.htm](http://www.chinapeace.org.cn/2006-07/26/content_1377.htm) )。“中国平安网”是由中央政法委主办的官方网站。

<sup>49</sup> 2002年12月5日, 河南省商丘中级人民法院作出一审判决, 以故意杀人罪判处中国男子赵作海死刑, 缓期二年执行, 河南省高级法院于2003年2月13日核准商丘中院的一审判决, 赵作海被收监。在侦查起诉的过程中, 商丘市检察院本来认为证据不足, 拒绝起诉, 但当地政法委员会召集公安检察和法院三家协调, 要求尽快诉讼判决。在政法委的压力下, 检察院被迫起诉, 法院尽快做出了此一判决。2010年4月30日, 根据警方指控的被赵作海“杀害”10多年的“被害人”赵振响突然活着回到家中, 证明对赵作海的指控完全不成立。这一案例导致了中国媒体和公众对政法委以政治干预案件行为的强烈批评。

<sup>50</sup> 梁治平(1994), 第289, 296页。

<sup>51</sup> 国务院新闻办(2009)。

成为治理的手段。以法而治（rule by law）则意指统治者以严厉的法律维持自身的统治，唯有统治者享有“治”权，“以”法律为手段来管制被统治者，统治者自身却无需受到法律的制约。中国古代的法制就被认为是一种典型的“以法而治”。<sup>52</sup> 与此相反，法治（rule of law）体现的是一种法律至上的观念，要求一个社会所有的主体依照法律规定行事，法律高于一切，任何人都不能凌驾于法律至上。虽然如此，法治本身却是一个备受争议的术语，对其更具体的含义从来都没有广泛认可的统一说法。

然而美国学者裴文瑞（Randall Peerenboom）正确地指出，“尽管对于法治的确切解释仍不乏争论，大家就其核心思想和基本要素已达成普遍共识”，即“法律至上，法律政府以及法律面前人人平等”。<sup>53</sup> 裴文瑞将法治理论区分为两大类型，即广义说（Thick theory，或称实质说）和狭义说（Thin theory，或称形式说）。狭义说强调法治形式上的要素和工具性的价值，包含了“任何法律体系为了有效履行其职能所必须具备的特征，而不论该法律体系是民主还是非民主、资本主义还是社会主义、自由还是神权社会的一部分”。<sup>54</sup> 而广义说则包括了特定的政治伦理和价值观念，如特定的政府形式、政治制度或者人权观念。<sup>55</sup> 比如现代西方所推崇的自由民主派法治观，作为一种广义法治观，在上述形式要素之外，还包括：资本主义自由市场经济、多党民主制和自由主义人权观。

具体地说，狭义法治包括如下要素：<sup>56</sup>

- 立法合乎程序：法律必须由有权的立法机关依据程序性规则来制定方为有效。
- 透明度：法律必须透明，即公开且可为大众所知晓。
- 普遍适用：法律必须普遍适用于每一个人，而不是针对个别人。
- 清晰：法律条文必须清晰易懂。
- 不溯及既往：法律必须是对未来的情况，而不能拘束过去已经发生的事情。
- 统一：法律在整体上必须统一。
- 稳定：法律必须保持适当的稳定性，不能朝令夕改。

---

<sup>52</sup> 梁治平（1994），第 303 页。

<sup>53</sup> 裴文瑞（2002），第 34 页。

<sup>54</sup> 同上，第 35 页。

<sup>55</sup> 同上。

<sup>56</sup> 裴文瑞（2002），第 42 页。必须指出，这里的狭义说的要素基本来自法哲学学者 Lon Fuller, John Finnis 和 Joseph Raz. 关于上述三位学者对法治的讨论见 Wang（2004）。

- 公平：法律必须被公平地适用。
- 执行：法律必须得到执行。
- 大众性：法律必须可以被大多数受到法律影响的人所接受。

裴氏认为，在讨论和衡量中国法制时，采取狭义的法治理观作为分析范畴更有意义。狭义说“保证了一定程度的可预期性，对政府的专断行为进行了一定的限制，因而对个人自由和权利给予了一定的保护”。<sup>57</sup> 狭义说避开了对政治道德的要求，聚焦于法治的核心要素，“使持不同政治主张的人能够就法治进行集中的、富有成效的探讨”。<sup>58</sup> 如裴氏所言，

如果人们能够至少就狭义法治概念的某些特征达成共识，那么在一个多元化的社会和世界建立规范价值观所带来的理论和实践问题就可以在某种程度上得到避免。批评将被认真对待，并由于大家对法治取得了共同的认识，因而能带来切实的变化。与此相反，那些针对中国的法律体系在很多方面不符合自由派法治观的批评，很难被中国听得进去，并可能带来其抵触情绪，这将不利于中国对法治的支持。结果适得其反，阻碍了中国进行自由派所欢迎的改革。<sup>59</sup>

对于狭义和广义法治两种概念在中国学界颇有争论，但某些调查发现，中国学者大多倾向于广义理论。<sup>60</sup> 裴文瑞认为这有一些现实的原因，因为“广义理论是他们可以在法治的旗号下讨论一些其他情况下无法直接涉及的敏感问题。例如，将民主和人权纳入法治的保护伞下，为讨论多党选举、分权和思想自由等问题创造了条件”。<sup>61</sup> 著名的左派学者潘维因而声称，“企图领导政治的法界名人屡见不鲜。有些法界学人‘制宪’欲膨胀，图籍司法独立做左右中国前途的巫师”。<sup>62</sup> 但裴文瑞也正确地指出两种对于狭义概念的合理反对理由：首先是狭义论会被独裁政府用作强化权力的工具，其次是它也缺乏道德基础。“对很多中国和海外学者来说，像纳粹德国那样在道德上应受到谴责的法

---

<sup>57</sup> 裴文瑞（2002），第 44 页。

<sup>58</sup> 同上。

<sup>59</sup> 同上，第 45 页。

<sup>60</sup> 同上，第 46 页。

<sup>61</sup> 同上。

<sup>62</sup> 潘维（2009），第 51 页。



治并不值得去追随”。<sup>63</sup> 备受尊敬的中国法学家李步云提出的如下“法治国家的十条标准”就是此方面的一个例子，反映了代表法学界主流的自由主义法律人希望在狭义的程序要素之上再加上实质的政治道德追求：<sup>64</sup>

- 法制完备：即具有一个完整科学严谨的法律体系，实现有法可依。
- 主权在民：法律要体现人民的意志和利益，法制应以民主的政治体制为基础。
- 人权保障：法律必须按照普世标准全面充分地实现和保障人权。
- 权力制衡：法律必须保证以制度制衡党和国家的权利，尤其是要建立以宪法监督为内容的违宪审查制度。
- 法律平等：包括分配平等（保障社会物质与精神财富在全民中公平分配）和程序平等。
- 法律至上：法律具有至高无上的权威，反对权大于法。
- 依法行政：一切行政抽象与具体的行为都必须遵守法律。
- 司法独立：保证法院的审判工作不受任何来自任何力量的干涉。
- 程序正当：包括民主、公开、公正、严明。
- 政党守法：执政的共产党必须在法律的框架之内活动，党的意志不能取代法律。

与此相反，另一个中国著名法学家夏勇（现为中国国家保密局长和国家主席胡锦涛的智囊）将法治的要素所归纳十个方面，则充分体现了为中国政府所更能接受的狭义法治观念：<sup>65</sup>

- 有普遍的法律（There are laws that are generally applied）
- 法律必须为公众知晓（The laws must be known to the public）
- 法律可预期（laws must be predictable）
- 法律明确（The laws must be clear）
- 法律无内在矛盾（The laws must not have inherent contradictions）
- 法律可循（The laws can be followed）
- 法律稳定（The law is stable）
- 法律高于政府（The law is above the government）
- 司法权威（Respect for the authority of the judiciary）
- 司法公正（Impartiality of the judiciary）

---

<sup>63</sup> 裴文瑞（2002），第 46-47 页。

<sup>64</sup> 李步云（2008），第 78-83 页。

<sup>65</sup> 夏勇（2004），第 22-34 页。

## 2. 从“法制”到“法治”

当邓小平在 1979 年将法律重新提上日程之时，他用的词是“法制”：“为了保障人民民主，必须加强法制”。<sup>66</sup> 邓小平的“法制”的含义是，“必须使民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变”，进而实现“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”。<sup>67</sup> 显而易见，邓的法制的含义包含了我们上述的狭义“法治”概念的重点内容。然而随后的实践表明，这一指导思想下的中国法制建设是以“以法而治”为导向的。虽然自 1979 年以来，中国制定了庞大数量的法律，并且强化了司法和执法队伍，但在统治精英的内心深处，法律还是用来治理“他人”的工具。在应对重大的政治和社会事件时，掌握权力的中国党和政府还从来没有将“遵守和执行法律”作为首要的考虑。相反，法律常常被选择性适用，成为实现政治目标或强化现有秩序的手段之一。

尽管如此，中国法治理论的话语（discourse）仍然在 1990 年代的下半期有了重大改变。1996 年，中国政府所属的智库中国社会科学院法学研究所的研究员们在给中共中央政治局领导所写的讲话稿中公开提出了“依法治国，建设社会主义法治国家”的概念，同年，一位资深的法学家，中国社会科学院法学研究所研究员李步云在中国最有影响力的法学期刊之一《中国法学》上发表题为“实行依法治国，建设社会主义法治国家”的学术文章。1997 年 9 月，中国共产党第十五次全国代表大会将“依法治国，建设社会主义法治国家”作为治国方略和奋斗目标确定下来，<sup>68</sup> 中国官方政治话语中的一个新的“提法”正式诞生。<sup>69</sup> 1999 年 3 月召开的九届全国人民代表大会二次会议正式将“实行依法治国”写入《中华人民共和国宪法》，标志着“法治”在中国法律的主流话语体系中得到正式接受。这一转变的意义在于，如夏勇所指出的，“第一，从一般地要求‘加强法制’到要求告别人治；第二，把法治看法制的一种品德，并且认识到这种品德不是所有的法制都具备的，也不是一朝一夕养成的。”<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> 邓小平（1978）。

<sup>67</sup> 邓小平（1978）。

<sup>68</sup> 见“高举邓小平理论伟大旗帜，把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪——江泽民在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告（1997 年 9 月 12 日）”，网络版见 [http://news.xinhuanet.com/ziliao/2003-01/20/content\\_697189.htm](http://news.xinhuanet.com/ziliao/2003-01/20/content_697189.htm)。

<sup>69</sup> 在中国的政治语言中，“提法”（formulation/wording）。

<sup>70</sup> 夏勇（2004），第 54 页。

#### 四、未来：法治中国，抑或是法制的中国模式？

虽然中国知识界对建立法治国家的必要性已经有基本的共识，但对于中国应该奉行何种政治体制下的法治却仍有很大的争执，具体表现为“民主的法治”和“威权的法治”之间的分歧。自由民主派法治观认为，中国的法治应该基于自由市场的经济制度、民主选举和有限政府的政治制度，保护个人权利和私有财产的制度和规则安排，以及独立的司法。<sup>71</sup> 梁治平指出，“要实现法治，必须有民众的参与，必须有一个‘国家’之外的多元社会的存在。易言之，法治的实现与民主制度的发展有密切关系。一种健全的民主制度将有助于克服法治所面临的挑战，确立法治的正当性”。<sup>72</sup> 季卫东认为，民主的法治在中国不仅有其必要性，也有其可行性，只要对中国社会现有的各种制度和秩序按照“程序正义”（Procedural justice）的原理进行“改编重组”即可。<sup>73</sup>

另一种有代表性的观点则认为，中国可以在不根本改变现有政治体制的情况下实现法治。著名新左派学者潘维认为，民主并不适于中国这样的发展中国家。民主可能给了人民“充分的政治自由—争夺政权的自由，却常常使社会四分五裂，甚至陷入无政府状态”。<sup>74</sup> 发展中国家面临的困境是“抛弃了专制，却又无法支撑民主制，社会长期面临失序危险”。<sup>75</sup> 解决方案是实行法治。潘维所理解的“法治”是“以职业公务员体系来执法并主导立法的政治体制，是没有‘领袖’强权地位的体制，目的不是给人民以争夺政权的自由，而是严格、中立、公正、廉洁和高效率地执行已有的法律。”<sup>76</sup> 潘维主张在中国建立起一个“咨询型法治”治理模式，其包含五个政体支柱：（1）中立的公务员系统；（2）自主的司法系统；（3）独立的反贪系统；（4）以全国和省人民代表大会为核心的广泛的咨询系统；以及（5）受法律充分保护但也受法律严格限制的新闻出版自由。<sup>77</sup> 显而易见，潘维所主张的是在现有的中国共产党一党威权体制下的狭义法治观。

未来的中国法制到底会发展成一个什么样的模式在今天看来仍有极大的不确定性。基于民主的法治模式不仅在理论上存在重大缺陷，其推行也面临现实

---

<sup>71</sup> 裴文瑞（2002），第 79 页。

<sup>72</sup> 梁治平（2002），第 143 页。

<sup>73</sup> 季卫东（2001），第 10-11 页。

<sup>74</sup> 潘维（1999），第 30 页。

<sup>75</sup> 同上。

<sup>76</sup> 同上，第 31 页。

<sup>77</sup> 同上，第 32-33 页。

中的重重困境。如果民主制度被生硬地套用在条件不成熟的社会，效果可能适得其反。简而言之，民主制度有一些与其基本功能相联系的而其自身又难以克服的缺陷：第一，民主体制下不同的利益和立场的竞争容易导致社会的分化，甚至有可能导致分裂和对抗。第二，民主体制本身也难以避免多数人的暴政。第三，不具有一定素质、不能理解议事日程和事项（包括替代方案）的选民很容易被某些野心家利用，从而支持民主伪装下的专制。第四，民主议事程序很可能导致议而不决，在国家建设与发展方面可能导致低效率。第五，民主体制下的政府官员容易受到随时变化的民意的压力，在为国家制定长远发展战略方面面临较大的困难。如新加坡的李光耀就曾经表示，新加坡的发展就得益于自己的政府不需要几年就面临一次被替换的风险，所以才能为国家发展制定几十年的规划。第六，民主体制更容易导向民粹主义、极端主义和民族主义。因此必须指出的是，只有好的民主才是我们所需要的民主，而好的民主，如同其他任何事物一样，需要一定的成就条件。换言之，民主只是手段而不是目的。为了民主而民主，在条件不成熟的情况下将其强加于某个社会，这个社会可能不仅享受不到民主的好处，反而会遭受民主体制的折磨。这是因为民主制度本身也有其缺陷。在条件不成熟的情况下，这些缺陷会被无节制地放大，形成动荡、冲突和低效率，很多情况下甚至会侵犯人民的基本权利，造成美国著名政治思想家扎卡利亚（Fareed Zakaria）所说的“不自由的民主”（Illiberal democracy）局面。

然则威权下的法治能否建立和持久存在？从历史经验看，信奉法治的有远见和决心的国家领导人，完全可以在短时间内使法治一时成为治国的主体思想。中国历史上其实不乏这样的大臣或君王。<sup>78</sup>然而，这种为了某种特定政治目的或基于领导人个性的“法治”状态注定是短暂的，无法形成长期性的、摆脱个人痕迹的可持续性制度安排。究其原因，是因为威权体制内的掌权者在制度上不对人民大众负责（no accountability），也不接受人民的实质性监督，最后必然走向对权力的滥用。如潘维的“咨询型法治”，无法回答一个根本问题：如何去保证以及谁去保证公务员行政中立、司法独立、廉洁反贪、公众有效参与以及新闻自由？

---

<sup>78</sup> 如张晋藩所指出的，唐朝的前期形成了中国历史上比较好的法制状态。唐太宗李世民君臣重视以法律为治理国家的主要手段，建立完备的法律体系。对于法律的执行，李世民严申“人有所犯，一一于法”，并且自己以身作则，遵守法律。如在贞观初年，针对有些人伪造资历求官的现象，唐太宗敕令这些人限期自首，否则处死。后来一个伪造资历者被抓之后交付大理寺（当时的中央级法院）审理，大理寺少卿戴胄依据当时法律规定对其处以流刑（即发配到外地）。太宗责怪戴胄的这个判决使作为皇帝的自己失信于天下，戴胄则说，“法者，布大信于人，言乃一时喜怒所发”，意为国家制定和严格执行法律是为了取信于社会公众，而君王之言经常出于一己的喜怒哀乐，不应该干扰国家法律的施行。史载“帝大感悟，从其言”，并奖赏了戴胄。见《新唐书·戴胄传》，以及张晋藩主编（2003），第140页。

民主成功实现的首要好处是能够实现对权力的制约，将权力的行使置于选民定期性的监督之下，使得不被多数人认可的领导至少能在任期结束后被替换，这建立了人民与政府之间一种授权和被授权的关系，统治的合法性来自人民明示的接受，最大程度地限制对本国人民的暴政（当然并不是说民主就能一定限制多数人的暴政）。在此基础上，真正的民主制度天然地倾向于保障人民的基本权利和自由，虽然民主并不必然保障这些权利和自由，但理论和经验均表明，选举民主和自由秩序之间存在着强劲的联系。其他任何制度之下，人民的基本权利和自由或者荡然无存，或者依赖开明统治者的恩赐而并不具有可持续性。

总而言之，虽然没有民主也能建立一定的法治，但这样的法治因为其原动力还是来自少数统治者而无法持久。另一方面，没有民主不等于就没有法治，即使一个社会的民主付诸阙如，也还是可以进行法治建设。加强法治在长远来说能够创造一种多赢的局面。法治国家不仅能够保护公民个人权力，维护私有财产权，通过公正解决纠纷实现社会正义，也能够建立良好的政治和社会秩序，强化公民的凝聚力，最终树立国家和政府的权威。

当前中国社会法治建设事业具有的一个独特优势是，在全社会已经形成了一种“法治共识”。如於兴中所指出的，“20世纪80年代以来，中国政府、学者和民众对法治表示出莫大兴趣。政府把法治作为治国方略加以推行；学者们自愿地组成拉拉队，为法治鸣锣开道，普通人也开始运用法律寻求正义、维护自己的权利……追求法治成为一种时尚，甚至变成一种情结。”<sup>79</sup>换言之，中国社会已经形成了一种推进法治建设的“势”（momentum）。这样的情势下，推进法治建设尽管会遇到种种阻碍，但依然是顺应民心，得到社会的种种正面反应，而反对法治则被认为是逆流而行，受到包括官方与民间在内的全社会的声讨。因此，不管中国的政治制度在未来如何演变，利用当前这种良好局面，大力建设符合（狭义）法治精神的种种制度，包括法律体系及透明公开地运作，公正的程序，独立的司法，高效的执法等，对中国社会有益无损。

---

<sup>79</sup> 於兴中（2006），第6-7页。

## 中文参考文献:

布迪.D, 莫里斯.C. (1995). 《中华帝国的法律》, 江苏人民出版社。

陈弘毅 (1998). 《法治、启蒙与现代法的精神》, 中国政法大学出版社。

—— (2003). 《法理学的世界》, 中国政法大学出版社。

达维德, 勒内 (著), 漆竹生 (译) (1984). 《当代主要法律体系》. 上海译文出版社。

邓小平 (1978). “解放思想, 实事求是, 团结一致向前看” (一九七八年十二月十三日), 《邓小平文选》第二卷, 互联网版本见 <http://web.peopledaily.com.cn/deng/>。

范瑜 (2002). “简论马锡五审判方式”。载北大法律信息网 ([www.chinalawinfo.com](http://www.chinalawinfo.com))。

高道蕴 (Karen Tuner) (2004). “中国早期的法治思想”, 载高道蕴、高鸿钧、贺卫方 (编), 《美国学者论中国法律传统》, 清华大学出版社。

高嵩、文一, “从‘讲关系’到‘讲法律’”, 英国《金融时报》中文网, 2009年1月3日 (<http://www.ftchinese.com>)。

格伦顿 (等) 著, 米健 (等) 译 (1993). 《比较法律传统》。北京: 中国政法大学出版社。

国务院新闻办公室 (2008). “中国的法治建设”。见中华人民共和国中央人民政府网站 ([http://www.gov.cn/zwgk/2008-02/28/content\\_904648.htm](http://www.gov.cn/zwgk/2008-02/28/content_904648.htm))。

哈耶克 (1999): 《自由宪章》, 杨玉生等译, 中国社会科学出版社 1999 年版。

贺卫方 (1998). “呼唤法律职业共同体”, 载《粤港信息报》1998年5月17日。

—— (2010). “冤案责任追究: 谁追究, 追究谁?” 博客文章, 见 [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_488663200100iyyv.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_488663200100iyyv.html) (同时发表于《南方周末》2010年5月13日)。

胡建淼 (主编) (2005). 《公权力研究: 立法权. 行政权. 司法权》, 浙江大学出版社。

—— (主编) (2010). 《法律适用学》, 浙江大学出版社。

胡锦涛（2002）。“在纪念宪法实施二十周年大会上的讲话”，2002年12月4日（[www.xinhuanet.com](http://www.xinhuanet.com)）。

黄宗智（2009）。“法律不能拒绝历史”，《财经》杂志 2009 年第 8 期（出版日期 2009 年 4 月 13 日）。网络版：[www.caijing.com.cn](http://www.caijing.com.cn)。

季卫东（2001）。“法治中国的可能性 – 兼论对中国文化传统的解读和反思”，在《战略与管理》，2001 年第 5 期，第 1-15 页。

强世功（2003）。《法制与治理 – 国家转型中的法律》，中国政法大学出版社。

李步云（1996）。“实行依法治国，建设社会主义法治国家”，《中国法学》，1996 年第 2 期（第 14-27 页）。

———（2008）。“法治国家的十条标准”，《中共中央党校学报》，第 12 卷第 1 期（2008 年 2 月）。

梁慧星，“宪法修正案对私有财产权的保护”，中国法学网（<http://www.iolaw.org.cn>）（undated）。

梁治平（1994）。《法律的文化解释》，生活·读书·新知三联书店。

———（1997）。《寻求自然秩序中的和谐 – 中国传统法律文化研究》，中国政法大学出版社。

———（2002）。“法治：社会转型时期的制度建构 – 对中国法律现代化运动的一个内在观察”，载梁治平（编）：《法治在中国：制度、话语与实践》，中国政法大学出版社 2002 年版。

潘维（1999）。“法治与未来中国政体”，载《战略与管理》1999 年第 5 期。

———（2009）（主编）。《中国模式 – 解读人民共和国的 60 年》，中央编译出版社 2009 年版。

裴文瑞（2002）。“百家争鸣，百花齐放：中国关于法治概念的争论”，载梁治平（编）：《法治在中国：制度、话语与实践》，中国政法大学出版社 2002 年版。

瞿同祖（1981）。《中国法律与中国社会》。北京：中华书局。

沈宗灵（主编）（2003）。《法理学》（第二版）。北京：高等教育出版社。

孙宪忠（2003），《中国物权法总论》，北京：法律出版社。

苏力（2004）。《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社。

—— (2006). 《中国司法中的政党》,载苏力(主编):《法律和社会科学(第一卷)》.北京:法律出版社。

唐文基、罗庆泗(1994).《乾隆传》,人民文学出版社。

童振源(等作者)(2009).“中国经济世界排名报告”,(台湾)国立政治大学中国经济资料库。

王胜俊(2009).“坚持‘三个至上’工作指导思想,努力推动人民法院工作科学发展”,《法制日报》,2009年12月14日。

王胜明,“我国的物权法制度—十届全国人大常委会法制讲座第十一讲”,2004年10月27日。见中国人大网(<http://www.npc.gov.cn>)。

王泽鉴(著):《民法概要》,北京:中国政法大学出版社2003年版。

王兆国(2007),“关于《中华人民共和国物权法(草案)》的说明—2007年3月8日在第十届全国人民代表大会第五次会议上”。

吴邦国(2009).《全国人民代表大会常务委员会工作报告(2009年3月9日在第十一届全国人民代表大会第二次会议上)》。

武树臣、李力(2007).《法家思想与法家精神》,中国广播电视出版社。

夏勇(2004).《法治源流—东方与西方》.北京:社会科学文献出版社。

谢维雁(2005).“中国五十年宪政建设的困顿和前景”,《社会科学战线》2005(1)。

於兴中(2006).《法治与文明秩序》.北京:中国政法大学出版社。

张晋藩(1997),《中国法律的传统与近代转型》,北京:法律出版社。

张晋藩(主编)(2003).《中国法制史》.北京:高等教育出版社。

—— (2007),《中国法制史》,北京:高等教育出版社。

张千帆(2004).《宪法学导论》,北京:法律出版社。

张千帆、黄岳(2007)。“从宪法到宪政—中国大陆宪法审查制度的历史、现状和未来”,载于汤德宗、王鹏翔主编《两岸四地法律发展:违宪审查与行政诉讼》,台北:中央研究院法律学研究所。

张文显(主编)(2007),《法理学》(第三版)。北京:高等教育出版社。



张勇健（2006）. “从马锡五审判方式到人民法庭审判方法”，载人民法院网（[www.chinacourt.org](http://www.chinacourt.org)）（最近访问：2010年7月20日）。

郑永年（2010）. 《中国模式: 经验与困局》，浙江人民出版社。

最高人民法院（2009）. 《最高人民法院工作报告 – 2009年3月10日在第十一届全国人民代表大会第二次会议上》。

英文参考文献:

Chen, AHY (2000). "Socialist Law, Civil Law, Common Law, and the Classification of Contemporary Chinese Law", in JM Otto, MV Polak, J Chen and Y Li (eds), *Law-Making in the People's Republic of China*. The Hague: Kluwer Law International.

\_\_\_\_\_ (2004) *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*. Hong Kong: LexisNexis.

\_\_\_\_\_ (2009). "Legal Thought and Legal Development in the People's Republic of China 1949-2008". Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1369782>

Chen, Jianfu (1999). "Market Economy and the Internationalization of Civil and Commercial Law in People's Republic of China".

\_\_\_\_\_ (2008). *Chinese Law: Context and Transformation* (Leiden and Boston: Martinus Nijhoff Publishers), in Kanishka Jayasuriya, ed., *Law, Capitalism and Power in Asia* (London: Routledge, 1999).

Ch'u, T'ung-Tsu (1961). *Law and Society in Traditional China* (Paris: Mouton & Co.).

Clark, David (1999). "The Many Meanings of the Rule of Law", in Kanishka Jayasuriya (ed.), *Law, Capitalism and Power in Asia* (London and New York: Routledge).

Clarke, Donald C (2005). "The Chinese Legal System", 4 July 2005, available at <http://docs.law.gwu.edu/facweb/dclarke/public/ChineseLegalSystem.html> (last visited 20 July 2009).

Clarke, Donald, Peter Murrell, and Susan Whiting (2008). "The Role of Law in China's Economic Development", in Loren Brandt and Thomas G. Rawski (eds.), *China's Great Economic Transformation* (Cambridge: Cambridge University Press).

Cohen, Jerome (2008). "Body blow for the judiciary". *South China Morning Post*. 18 October 2008.

Cohen, Jerome A. and John E. Lange (1997). "The Chinese Legal System: A Primer for Investors". *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 17.

Dam, Kenneth W. (2006). *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development* (Washington D.C.: Brookings Institution Press).

David, Rene, and John E.C. Brierley (1985). *Major Legal Systems in the World Today* (3<sup>rd</sup> edition). London: Stevens & Sons.

Dobbins, James *et al.* (2007). *The Beginner's Guide to Nation-Building*. Santa Monica, California: Rand Corporation.

Dong, Xin, and Cai Xiaoli (2009). “Zhongguo Gaoyuan Yuanzhang Yiban Wei Dangzheng Chushen, Duoren Weizai Fayuan Gongzuo” [Half of the High Court Presidents were Formally Party or Government Officials, and Many of Them Never Had Judicial Experience]. Sichuan Online/Chengdu Commercial Daily, 20 July 2009, available at [http://news.xinhuanet.com/local/2009-07/20/content\\_11736366.htm](http://news.xinhuanet.com/local/2009-07/20/content_11736366.htm) (last visited 8 August 2009).

Dowdle, Michael William (2002). “Of Parliaments, Pragmatism, and the Dynamics of Constitutional Development: The Curious Case of China”. 35 *New York University Journal of International Law and Politics*.

Fairbank, John King, and Merle Goldman, *China: A New History*. Cambridge, MA (USA): The Belknap Press Harvard University Press (2<sup>nd</sup> enlarged edition, 2006).

Goldman Sachs (2003). *Dreaming with BRICs: The Path to 2050*, Goldman Sachs Global Economics Paper No. 99, October 2003 (网址: <http://www2.goldmansachs.com/ideas/brics/brics-dream.html>).

He, Qinhua and Li Xiuqing (2002). *Waiguo Fa Yu Zhongguo Fa--Ershi Shiji Zhongguo Yizhi Waiguo Fa Fansi* (Foreign Law and Chinese Law--A Reflection on the Transplantation of Foreign Law in China in the 20<sup>th</sup> Century) (Beijing: China University of Political Science and Law Press).

Hinton, William (1966). *Fanshen: A Documentary of Revolution in a Chinese Village*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.

Huang, Philip C. (1996). *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*. Stanford: Stanford University Press.

\_\_\_\_\_ (2001). *Code, Custom and Legal Practice in China: The Qing and the Republic Compared*.

Huntington, Samuel P. (2006). *Political Order in Changing Societies*. New Heaven and London: Yale University Press.

Keidel, Albert (2008). “With the crisis, the Chinese economy could catch up with the United States’ by 2030”, *Les Echos*, 18 December 2008 (<http://carnegieendowment.org/publications/index.cfm?fa=view&id=22575&prog=zch>, last accessed 1 September 2009).

Keller, Perry (1994). “Sources of Order in Chinese Law”. (1994) 42 *American Journal of Comparative Law* 711-759.

Leftwich, Adrian (2000). *States of Development: On the Primacy of Politics in Development*. Cambridge: Polity Press.

Luo, Ke, and Wu Ting, “Dalu Sifa Tizhi Gaige ZhuanXiang” [Judicial reform in the mainland has turned to a different direction]. *Fenghuang Zhoukan* [Phoenix Weekly], 25 February 2009.

- Liebman, Benjamin L. (2007). "China's Courts: Restricted Reform". *Columbia Journal of Asian Law* 21:1 (Fall 2007).
- Lubman, Stanley (2000). *Bird in Cage: Legal Reform in China After Mao*. Stanford University Press.
- Mercurio, Bryan (2007). "Growth and Development: Economic and Legal Conditions". *UNSW Law Journal* 30 (2), 437-476.
- Merryman, John Henry (1985). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (2<sup>nd</sup> ed). Stanford: Stanford University Press.
- Marx, Karl (1977). "Preface", in *A Contribution to the Critique of Political Economy*. Moscow: Progress Publishers.
- Michelson, Ethan (2007). "Lawyers, Political Embeddedness, and Institutional Continuity in China's Transition from Socialism". *American Journal of Sociology* 111:2 (September 2007): 352-414.
- MoJ (Ministry of Justice of the People's Republic of China) (2009). *Guanyu 2009 Guojia Sifa Kaoshi Youguan Shixiang de Gonggao* [Public Notice on the Relevant Matters Concerning 2009 National Judicial Exam], Public Notice No. 85, 25 May 2009.
- North, Douglass C. (1981). *Structure and Change in Economic History*. New York and London: W.W. Norton & Company.
- \_\_\_\_\_ (1990). *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- OECD (2005), *OECD Economic Surveys: China* (Paris: OECD).
- Peerenboom, Randall (2002). *China's Long March toward Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press).
- \_\_\_\_\_ (2006). "Courts as Legislators", *The Rule of Law in China: Policy Brief 1*. Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society.
- \_\_\_\_\_ (2007). *China Modernizes: threat to the West or model for the rest?* (Oxford: Oxford University Press).
- Peerenboom, Randy (2004). "Competing conceptions of rule of law in China", in Randall Peerenboom (ed.), *Asian Discourses of Rule of Law: Theories and implementation of rule of law in twelve Asian countries, France and the U.S.* (London and New York: Routledge).
- Ren, Xin (1997). *Tradition of the Law and Law of the Tradition: Law, State and Social Control in China* (Westport, Connecticut: Greenwood Press).
- Rodrik, Dani (2007). *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*. Princeton: Princeton University Press.

SCIO (State Council Information Office) (2008). *China's Efforts and Achievements in Promoting the Rule of Law*. Beijing: the Information Office of the State Council of the People's Republic of China, February 2008. Online version available at [http://www.china.org.cn/government/whitepaper/node\\_7041733.htm](http://www.china.org.cn/government/whitepaper/node_7041733.htm) (last visited 30 July 2008).

Seligson, Hannah (2009). "American Graduates Finding Jobs in China", *New York Times*, 11 August 2009, B1.

SPC (Supreme People's Court of China) (2009). *Work Report of the Supreme People's Court at the Second Session of the 11<sup>th</sup> National People's Congress*, 10 March 2009.

Tamanaha, Brian Z. (2004). *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (Cambridge: Cambridge University Press).

Thio, Li-ann (2002). "Lex Rex or Rex Lex? Competing Conceptions of the Rule of Law in Singapore." *UCLA Pacific Basin Law Journal* 20:1 (2002-2003).

Waldner, David (1999). *State Building and Late Development*. Ithaca and London: Cornell University Press.

Wang, Jiangyu (2004). "The Rule of Law in China: A Realistic View of the Jurisprudence, the Impact of the WTO, and the Prospects for Future Development". (2004) *Singapore Journal of Legal Studies* 347-389.

Wang, Qijiang (2009). "Xin Yilun Sifa Tizhi Gaige Zhixiang" [The Direction of the New Round of the Judicial Reform]. *Liangwang Xinwen Zhoukan* [Outlook News Weekly], 5 January 2009.

Whaites, Alan (2008). "States in Development: Understanding State-building". DFID Working Paper.

Woo-Cumings, Meredith (1999). *The Developmental State*. Ithaca and London: Cornell University Press.

World Bank (1997). *World Development Report – The State in a Changing World*. Washington D.C.: The World Bank.

Yu, Xingzhong (1989). "Legal Pragmatism in the People's Republic of China". 3 *Journal of Chinese Law* 29-51.

Zhao, Lei (2007). "Zhongguo Fayuan Yu Jieshu Chuilian Duan'an" [Courts in China want to end the practice of holding the court from behind a screen], *Nanfang Zhoumo* [Southern Weekend], 15 November 2007.

Zhou, Yongkang (2008). “Shenru Guanche Luoshi Kexue Fazhanguan, Cujin Jingji Pingwen Jiaokuai Fazhan, Baozhang Shehui Gongping Zhengyi, Weihu Shehui Hexie Wending” [Deeply implement the concept of Scientific Development, promote stable but relatively fast economic growth, safeguard social fairness and justice, and maintain social harmonization and stability], speech at the National Conference on Political-Judicial Work, 17 December 2008.

Zhu, Jingwen (2007). *Zhongguo Falu Fazhan Baogao – Shujuku he Zhibiao Tixi* [China Legal Development Report – Databank and Assessment Criteria] (Beijing: Renmin University Press).

Zou, Keyuan (2006). *China’s Legal Reform: Towards the Rule of Law* (Leden and Boston: Martinus Nijhoff Publishers).