

中国特色社会主义法律体系： 结构、特色和趋势^{*}

朱景文

摘要：中国特色社会主义法律体系的形成为研究中国法律体系的结构、特色和发展趋势奠定了现实基础。可以规范性法律文件的归属和法律规范的性质两个向度作为研究法律体系的框架。前者的目的在于描述中国立法的现状，后者旨在分析不同性质的法律规范在各个法律部门的分布。改革开放以来，由于市场经济、民主政治、和谐社会、生态文明、法制建设和全球化的影响，使各类法律规范在不同法律部门中的分布发生有意义的变化，这种变化一方面反映世界各国法律体系发展的共性，另一方面又有鲜明的中国特色。

关键词：法律体系 法律规范 公法与私法 实体法与程序法 国际法与国内法

作者朱景文，中国人民大学法学院教授（北京 100872）。

中国共产党十五大提出，到2010年形成有中国特色社会主义法律体系，十六大重申到2010年形成中国特色社会主义法律体系的目标。作为一项政治使命，现在这一任务已经完成。一个以宪法为中心，包括宪法相关法、民法商法等法律部门在内的中国特色社会主义法律体系已经形成，这就为从理论上深入研究中国法律体系奠定了现实基础。中国社会主义法律体系如何划分很早就是法学界关注的问题，但是由于缺乏现实立法的根据，除了引用国外的材料，难免无的放矢。作为一项科学研究，中国特色社会主义法律体系的内在结构如何，它未来的发展趋势，这种趋势和世界其他国家的法律发展有什么关系，其中中国的特色在哪里，均是中国法律体系今后向着更高的目标发展所应该弄清楚的问题。本文试图对上述问题作一探讨，以求教于法学界同仁。

本文的分析框架是双向度的，即规范性法律文件和法律规范的性质。规范性法律文件和法律规范的关系是表现形式和内在结构之间、现象和实质之间的关系。分析单元之一是规范性法律文件，研究它们在各个法律部门中的大致归属，借以分析中国立法的现状；另一个分析单元是法律规范，分析公法与私法，实体法与程序法，国际法与国内法规范在现行法律文件中的分布和构成。这里不涉及诸如公法和私法之类的划分是否恰当的争论，而只是把它们作为一种分析工具或理想类型，借以从不同角度分析法律体系、法律部门的性质和变化。

选择公法与私法、实体法与程序法、国际法与国内法作为衡量法律结构变化的指标不是任

* 本文是朱景文、张春生和杨立新主持的中国法学会十大专题项目之一“完善中国特色社会主义法律体系研究”的中期成果。

意的：一是由于它们在法学研究中有悠久的学术传统；二是由于它们在法律体系中的覆盖面，不只是涉及个别法律制度，而具有整体性，能够大致涵盖改革开放以来中国法律结构变革的范围；三是它们与中国社会变革相联系。其中公法与私法代表公共权力行使和私人自治的两个维度，可以分析公权力对社会的干预和公民对公共事务的参与程度；实体法与程序法代表实体权利和实现实体权利的程序的两个维度，它们是一个国家法治的两个相互依赖的方面，可以分析法治本身变革的程度；国际法与国内法代表法律变革中的国际因素和国内因素的互动，可以分析国际因素对国内法律变革的参与度。借助这些工具，可以分析中国法律体系过去、现在和将来在不同维度之间发生的变化，进而通过法律规范性质的变化解释中国法律体系的复杂结构和发展趋势。

一、法律体系结构的历史演变

一个国家法律体系的发展与社会关系的发展一样，有一个从简单到复杂的过程。

在人类刚刚进入文明社会初期，社会关系简单，调整它们的法律规范也简单，法律主要以习惯法的形式表现出来，而且调整社会关系的法律规范与其他社会规范也没有严格的界限，法律与道德、宗教往往是一而二、二而一的，法律部门更谈不到什么划分。中国古代社会的法律“民刑不分，诸法合体”，从现在的观点虽然也可以分辨出刑法、民法、行政法、诉讼法等成分，但是它们都混杂在一起，始终停滞在诸法合体的状态。

随着社会关系的复杂化，特别是随着社会分工的发展，开始出现简单的法律门类的划分，如罗马法中的公法与私法，中世纪的教会法与世俗法，英国法中的普通法与衡平法等。所有的法律，要么可以归入这一类，要么可以归入那一类。以大陆法系公法与私法划分为例，在古罗马时代这种分类适应了当时社会关系简单划分的要求，那时的一切社会关系要么属于私人自治的领域，要么属于公权力行使的领域。普通法与衡平法的划分也具有这种非此即彼的性质，衡平法的出现是为了弥补普通法的不足，如果普通法的救济能够达到公正，不得使用衡平法的救济手段。万民法和市民法的划分也是这样，凡是调整罗马公民之间关系的属于市民法，凡是调整罗马公民和异邦人关系，异邦人之间关系的法律属于万民法。中国古代社会的法律也是这样，大致可分为“礼”和“刑”，所谓“治之经，礼与刑”。^①

到18、19世纪，随着法典编纂运动，大陆法系逐渐形成了现代法律体系的雏形，包括宪法、行政法、刑法、民法、商法、民事和刑事诉讼法等法律部门。法律部门的划分总是跟编纂法典相联，对部门法典的产生具有决定意义的是1804年《法国民法典》，它被公认为近代资本主义社会的第一部民法典，标志着大陆法系的形成，其后世界上的每部民法典都或多或少地受到了《法国民法典》的影响。法国在编纂民法典之后几年，又相继制定《民事诉讼法》、《商法》、《刑法》、《刑事诉讼法》等四部法典，加上《宪法》，构成了法国的法律体系。而行政法由于其自身的特点，形成法典的可能性与必要性不大，但它在整个法律体系中的特殊地位是任何其他法律所不能代替的。中国在民国时期也仿照大陆法系制订了包括宪法、民法、商法、刑法、民事诉讼法和刑事诉讼法在内的“六法全书”。应该看到，这些部门的划分，虽然与它们调整的社会关系有关，但这几大部门不像通常的那样划分为政治法、军事法、经济法、文化法、教育法等，这一方面决定于历史传统，另一方面是由调整方法的特点所决定的。由于调整方法的不同，

^① 《荀子·成相》，王云五主编：《丛书集成初编》，上海：商务印书馆，1936年，第543页。

在宪法与部门法、民法与行政法、确认权利法(包括宪法、行政法、民法)与保护权利法(刑法)、实体法与程序法之间的差别中,似乎可以看到这几个法律部门的基础性和纯粹性。宪法的一般(原则性)调整与部门法的具体调整,民法的平权型调整与行政法隶属型调整,宪法、行政法和民法确认权利的方法与刑法保护权利的方法,民法、刑法对实体权利的确认与民事诉讼法、刑事诉讼法对程序权利的确认形成了一一对应的关系。一些法学家甚至赞叹,这些基本的法律部门具有法律上的纯粹性、鲜明的对比性、法律上的不可兼容性的特点。尽管各部门的法律制度多种多样,但仍然存在法律工具的一些基本的、原始的因素(调整性和保护性,集中原则和任意原则,实体的和程序的原则),而所有这一切在这几个基本法律部门中都获得了最详尽的体现。^①这是一幅多么理想的法律部门划分和组合的图画啊!一切都是那么和谐、自然、恰当,似乎它可以应对任何社会关系,社会关系的任何变化似乎都可以纳入整个体系之中。实际上,19世纪后半期的概念法学以及在此基础上形成的经典法学学科体系就是这样建立起来的。

进入20世纪以来,随着社会关系的发展,法律部门及其之间的关系也日益复杂。这种复杂化一方面表现为法律部门越分越细,各个基本法律部门中都出现了进一步分化的趋势,如宪法之下的国家机构组织法和人权法,行政法之下的行政组织法、行政运作法、行政救济法等,民法之下的家事法、物权法、知识产权法、债权法等,商法之下的公司法、合伙法、票据法、证券法、保险法等,程序法除了民事和刑事诉讼程序法之外,又出现了行政程序法和宪法程序法,还出现了仲裁法、调解法等非诉讼程序法。另一方面出现了许多新的领域,国家利益、社会利益与私人利益相互渗透,公权力与私权利相互影响,诉讼法与实体法相互作用,以至国际法与国内法相互转化,出现了大量的兼有不同法律部门特点的新领域,兼有几个基本法律部门特点的混合法律部门也出现了,最典型的就经济法、环境法和社会法。再用公法与私法的两分法,甚至宪法、行政法、刑法、民商法、诉讼法等基本法律部门来归纳不同的法律文件就太简单化了。面对新的社会关系,在原有部门中首先出现一些不那么纯粹的规范,它们处在原有部门的边缘,于是就在这个部门中出现了不那么协调的现象。后来,这类条文变得越来越多,原有的法律部门再也不能容纳它们,最后逐渐形成一个或若干个调整同类关系的法律文件,经过法学家的理论化,新的部门产生了。从实践来看,无论法学家还是实务工作者都正在学会用一种新的方法认识问题和解决问题,而不再是站在某一法律部门的立场,甚至不再以法律规范为中心,而是以问题为中心,找出解决这一问题的各种规范,可能是宪法的、也可能是民商法、刑法的或行政法的,甚至可能寻找处理该问题的非法律的规范,习俗、道德、社会团体规范。

原有的法律部门相互渗透、相互影响的现象,在当代几乎所有的国家都发生了。现实主义法学在1930年代就针对罗斯福新政时期国家干预的强化提出,公法与私法、私人自治领域与公共权力行使领域之间没有一条明显的界限。就最典型的私权,私有财产权和契约自由而言,都不是纯粹私的。它们都必须得到国家的确认和保障,与法律强制有着必然的联系。所谓“私法”只不过是公法的一种形式。^②公法与私法、公共权力行使领域与私人自治领域之间的界限不是固定不变的、绝对的,而是流动的、活的,而且正在形成一些介于公法与私法之间的兼有两个领

① 参见阿列克谢耶夫:《法的一般理论》(上册),黄良平、丁文琪译,北京:法律出版社,1988年,第258页以下。

② Mossis L. Cohen, "Property and Sovereignty," *Cornell Law Quarterly*, vol. 13, 1927, p. 8; Robert L. Hale, "Bargaining, Duress and Economic Liberty," *Columbia Law Review*, vol. 43, 1943, p. 603; Robert L. Hale, "Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State," *Political Science Quarterly*, vol. 38, 1923, p. 470.

域某些特征的“中间领域”。这涉及许多法律领域，如管辖权的界限、契约与非契约行为之间的界限、违约责任与侵权责任的界限，甚至生与死之间的界限也不是绝对的，而是相对的、流动的。如美国联邦最高法院关于堕胎问题的判决指出，妇女怀孕3个月之内的堕胎受到隐私权的保护，属于私法领域；怀孕最后3个月的堕胎在法律上属于公权；而在中间3个月则部分属于私权，部分属于公权。^①西方社会中这些新的变化在法学界引起不小的反响。梅利曼提出，由于政府、经济和社会的巨变，当代大陆法系传统“公、私法的划分正处在危机之中”。^②昂格尔认为，当代西方社会“国家与社会的逐步近似，公法与私法的逐步混合”，导致了法治的解体。^③伯尔曼则明确指出，公法、私法和社会法领域发生了根本性变化，当代西方国家协调一致的法律体系正在变得零乱不堪，西方法律传统面临崩溃的威胁。^④

中国特色社会主义法律体系的形成有自己的特点。和资本主义的自发形成相伴随，西方法律体系的形成经历了漫长过程，以大陆法系为例，宪法、民商法、行政法、刑法、诉讼法经过了几百年，新兴的法律部门经济法、社会法、环境法也经历了一百多年。中国作为一个后发国家，经过“文化革命”的惨痛教训，在确定走法治道路之后，要改变无法可依的局面，使社会生活法制化，必须加快立法的步伐。西方立法发展几百年的道路，中国浓缩在改革开放以来的30几年。在党中央的领导下，把形成中国特色社会主义法律体系作为一项政治使命，使立法工作有计划有步骤地进行，一直是中国立法的鲜明特色。与西方法律体系相比，中国特色社会主义法律体系形成的时间性、阶段性特别明显。西方法律体系的形成也有阶段性，其中立法者的目的也起着重要作用，但是总的来说这种阶段性是后人总结出来的，而中国则是按预期计划有步骤推进的。当然，这种计划性不是盲目的，它来源于并且受制于社会的实际需要。中国特色社会主义法律体系形成的这种计划性在中国共产党一系列重要的会议上都表现出来。1978年十一届三中全会在提出“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”法制建设方针的同时就指出，从现在起，应当把立法工作摆到全国人民代表大会及其常务委员会的重要议程上来。从那以后，党的历次全国代表大会都把法制建设和立法工作放到重要地位。1997年十五大、2002年十六大明确提出，到2010年形成中国特色社会主义法律体系。2007年十七大进一步提出完善中国特色社会主义法律体系的任务。党中央所提出的这些目标在全国人大的工作中得到贯彻。2003年李鹏委员长代表九届全国人大常委会宣布，中国特色社会主义法律体系初步形成。2008年吴邦国委员长代表十届全国人大常委会宣布中国特色社会主义法律体系基本形成。2011年吴邦国委员长宣布中国特色社会主义法律体系形成，这是中国法制建设史上的里程碑。为了完成形成中国特色社会主义法律体系这一历史使命，全国人大常委会和国务院从20世纪80年代开始就制定立法规划，从五年规划到年度规划，虽然立法规划不是立法的法定程序，许多列入规划的立法由于种种原因并没有制定，但是它确实反映了中国立法的目的性、计划性，在推动中国特色社会主义法律体系形成方面起到了重要作用。

① Chicago v. Wilson, 75 Ill., 2d 525 (1978).

② 参见约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，北京：法律出版社，2004年，第95—105页。

③ 参见R. M. 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，南京：译林出版社，2001年，第186—196页。

④ 参见哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，北京：中国大百科全书出版社，1993年，第39—49页。

二、规范性文件归属的分析：当代中国立法的现状

从规范性文件的归属角度，截至2010年，中国已经制定宪法和现行有效法律237件，按照全国人大常委会法工委的分类，包括七个法律部门，即宪法及其相关法、行政法、刑法、民商法、经济法、社会法和程序法。此外，现行有效行政法规690多件，地方性法规8600多件。^①

中国宪法部门共有法律39件，占全部有效法律的16%，包括宪法和宪法相关法。中国已经制定1954年、1975年、1978年和1982年四部宪法，现行宪法也已经有1988年、1993年、1999年和2004年四个修正案。但它们始终都是在一个统一的宪法框架内，不可能存在与宪法典并存的单行宪法。宪法相关法^②是与宪法相配套、直接保障宪法实施和国家政权运作等方面的法律规范的总和，主要包括四个方面：有关国家机构的产生、组织、职权和基本工作制度的法律；有关民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度的法律；有关维护国家主权、领土完整和国家安全的法律；有关保障公民基本政治权利的法律。

中国行政法部门共有法律77件，占全部有效法律的33%，是法律最多的部门。行政法部门的内在结构包括特别行政法和一般行政法。特别行政法又称部门行政法，指规范各专门行政职能部门如治安、民政、国家安全、统计、邮政、海关、人事、军事、教育、科技、文化、卫生、体育等方面的管理活动的法律。一般行政法规定国家行政管理的基本原则、程序，国家行政机关的地位、产生、职权和职责等，是横跨各个行政法领域、规范行政行为的法律，包括行政组织法、行政运作法（包括行政许可、处罚、制裁、监察等）和行政救济法（行政赔偿法、行政复议法、行政诉讼法）等。

中国刑法部门有法律1件，即《刑法》。中国刑法部门除了刑法典之外，过去曾经存在过单行刑法，即全国人大常委会关于刑法的决定和附属刑法即非刑事法律中设置的附属刑法规定。1997年之后，刑法的修订则采用刑法修正案和刑法解释的形式，这对于保证刑法典的统一性、稳定性和权威性无疑具有积极意义，也使得刑法成为中国各个法律部门中法典化、系统化程度最高的部门。

中国民商法部门有法律33件，占全部有效法律的14%，包括民法和商法两个子部门。其中民法已经完成了《民法通则》、《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《物权法》、《商标法》、《专利法》、《著作权法》、《合同法》、《侵权责任法》、《涉外民事关系法律适用法》等主要法律的制定，欠缺的是编纂民法典。商法包括《公司法》、《合伙企业法》、《票据法》、《保险法》、《证券法》、《担保法》等。如果中国采取目前世界各国大多采取的民商合一的体例，设想在编纂了民法典之后，商法总则与民法总则合一，将具体的商事法作为民商事特别法保留在民法典之外。

中国经济法也是一个庞大的法律部门，共有法律59件，占全部有效法律的25%。就其核心

① 中国现行有效法律的数字，来自全国人大常委会法工委立法规划室编：《中华人民共和国立法统计》（北京：中国民主法制出版社，2008年）；2008年3月以后的数字来自中国人大网法律法规库。行政法规和地方性法规的数字参见王兆国：《关于形成中国特色社会主义法律体系的几个问题》，《法制日报》2010年11月15日，第2版。

② 对宪法相关法的称谓有不同意见，其范围包括哪些，实际上一切法律都和宪法相关，不仅仅包括有关国家机构、区域划分、国家领土、主权和公民权利与义务的法律。有人主张用宪法性法律，但这一名称往往特指不成文宪法国家对这类法律的称谓。也有人主张用过去曾经使用的名称，即国家法或宪法法、宪法部门。

公共经济管理法而言，可以分为综合职能管理法和行业管理法两个部分。综合职能管理法包括宏观调控的各个领域，有《预算法》、《审计法》、《统计法》、《价格法》、《反垄断法》、各类银行法、《银行业监督管理法》、《反洗钱法》、《税法》、《税收征收管理法》、《产品质量法》、《计量法》、《标准化法》、《会计法》、《注册会计师法》等。行业管理法包括农业、林业、畜牧业、工业、交通、贸易、对外贸易、邮政等各个产业法。

从目前全国人大常委会对中国法律部门的划分看，环境资源法横跨行政法和经济法两大部门，包括环境污染防治法和资源法两个子部门。中国现在已经制定的环境污染防治法包括《环境保护法》、《环境噪声污染防治法》、《大气污染防治法》、《水污染防治法》、《放射性污染防治法》、《海洋环境保护法》、《海岛保护法》、《环境影响评价法》、《固体废物污染环境防治法》、《防沙治沙法》、《清洁生产促进法》、《气象法》、《野生动物保护法》等；资源法包括《森林法》、《草原法》、《水法》、《水土保持法》、《土地管理法》、《矿产资源法》、《节约能源法》、《可再生能源法》等。无论从国内需要还是国际环境看，环境资源法形成一个独立的法律部门的时机已经成熟。

中国的社会法部门共有法律 18 件，占全部有效法律的 8%，主要由劳动保障法、社会保障法、社会公益与慈善法三部分组成。劳动保障法主要包括《劳动法》、《劳动合同法》、《工会法》、《就业促进法》、《矿山安全法》、《职业病防治法》、《安全生产法》，国务院制定的《关于工人退休退职的暂行办法》、《关于职工探亲待遇的规定》等；社会保障法包括《社会保险法》和特殊群体权益保障法，如《残疾人保障法》、《未成年人保护法》、《老年人权益保障法》、《妇女权益保障法》等；社会公益与慈善法包括《公益事业捐赠法》和《红十字会法》，《社会救助法》正在审议。

中国程序法部门有法律 10 件，占全部有效法律的 4%，包括诉讼和非诉讼程序法两类。其中诉讼程序法现已编纂《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》三大法典，而宪法程序法主要涉及违宪审查制度问题，中国的违宪审查权不由法院而由人民代表大会行使，目前主要由《宪法》、《立法法》和《各级人民代表大会常务委员会监督法》组成。非诉讼程序法《仲裁法》和《人民调解法》已经制定。

从规范性文件归属的角度进行法律部门的划分，只不过是对现行规范性法律文件的一种归类方法。上述划分只具有相对性，在它们之外是否还存在其他的部门，如军事法，从这些部门之中是否还可以析出新的部门，如行政法部门中的教育法、经济法部门中的财政法，民商法部门中的家事法、知识产权法，都是见仁见智的。因此，法律部门的划分不是绝对的。更何况随着社会关系的发展变化，还会有新的部门产生。

三、法律规范性质的分析：公法与私法

立法的发展为法律体系的形成奠定了基础。应该看到，立法是为了适应社会的需要，古今中外都是如此。但是，法律的表现形式即规范性文件与它的内在结构可能不一致：一个规范性文件可能包含多种性质的法律规范，一个法律规范的不同部分也可能分布在不同的法律文件中。而且，同一法律文件从不同角度完全可以作出不同的划分，例如，《行政诉讼法》既可以归属于行政法，也可归属于程序法；国家机构组织法既可以归属于宪法相关法，也可以归属于行政法，等等。在这种意义上，各个法律部门法律的数量只具有相对意义。法学研究的任务主要是研究一个国家法的内在结构，而这个内在结构不是凭感觉就能认识到的，需要人的理性思维活动。

在某种意义上,从立法实践上升到成熟的法律体系,恰恰是法学研究的任务,是法学研究不可推卸的责任。

值得注意的是,全国人大常委会所提出的七个法律部门的分类只是给我们提供了法律体系建构的大体框架,规范性文件的大致归属,并没有代替、更不可能穷尽法的内在结构和法律规范性质的研究。这里不涉及七个法律部门的划分是否合理的问题,只要不僵化,不把这个问题定尊一格,而是把它作为一个既成事实,一个能把各类法律文件放置其中的框架,以这一划分为基础对进一步的研究是有好处的。不同的学者对法律部门的划分无论中外都有很不相同的意见。^①在笔者看来,中国特色社会主义法律体系研究的重点并不仅仅在于划分为几个部门,而且在于怎样在不同部门的众多法律文件背后发现其内在的变化逻辑,寻找产生这种变化的社会原因,研究其发展趋势。

如果换一个视角,不是从规范性文件的归属而是从法律规范本身的性质出发,就会发现这些规范性文件呈现出相当复杂的特点。我们把公法和私法,实体法和程序法,国际法和国内法看作是分析法律规范性质的单元,是理想类型,把它们看作是相互对称、互不兼容、非此即彼的构成因素,而规范性文件则是由这些因素的不同组合而形成的载体。在此框架下,分析处在不同法律部门的规范性文件的性质和发展趋势。

(一) 公法与私法的传统划分

公法与私法是法律体系,特别是实体法最常见的一种划分。公法,通常认为包括宪法、行政法和刑法,私法则包括民法、商法。

在传统上,宪法、行政法和刑法之所以被视为公法,主要是因为:第一,它们的主体都包括行使国家权力的国家机关;第二,它们所调整的关系具有不平等的性质;第三,它们所保护的利益是公共利益、国家利益;第四,它们所包含的规范不是任意性的,而是强行性、命令性的,作为主体的国家机关必须按照法律规定的模式行为,否则就是越权或滥用权力,所谓“法律不允许就是禁止”。就私法而言,民商法则具有完全不同的属性。私法规范的特点是:第一,主体是个人或法人,而不是国家;第二,私法所调整的关系具有平权性,而不具有隶属性,虽然国家作为国有企业的所有者也参加到民事关系中,但在这种情况下国家不具有行使国家权力的性质;第三,私法所保护的是公民或法人的个人利益,而不是国家或公共利益;第四,私法规范具有任意性,而非强行性。长期以来,私权神圣和契约自由是民商法的两大原则,这充分表现了公民和法人在处置自己的财产和私人事务时不受政府、社会团体和其他任何个人干预的

^① 例如,孙国华认为,中国法律体系可以分为宪法法(国家法)、行政法、民商法、婚姻家庭法、经济法、财政金融法、劳动和社会保障法、生态(环境)法、刑法和诉讼法十个部门,其中五个部门即宪法法、民商法、行政法、刑法和程序法是基本部门;另外五个部门即婚姻家庭法、经济法、财政金融法、生态法、劳动和社会保障法是分化和组合的派生部门。而所有这十个部门又分别归属于三个大的部门群,即公法、私法和社会法(参见孙国华主编:《中国特色社会主义法律体系研究——概念、理论、结构》,北京:中国民主法制出版社,2009年,第164—171页);沈宗灵认为,中国法律体系划分为宪法部门、行政法部门、民法(民商法)部门、经济法部门、劳动和社会保障法部门、教科文卫法部门、资源环境保护法部门、刑法部门、诉讼法部门、经济法部门(参见沈宗灵主编:《法理学》,北京:高等教育出版社,2004年,第336—341页);张文显根据全国人大常委会的有关报告,将中国特色社会主义法律体系分为宪法及宪法相关法,民商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼和非诉讼程序法(参见张文显主编:《法理学》,北京:高等教育出版社、北京大学出版社,2007年,第130—134页)。当然,揭示法律体系的内在结构是人的理性思维活动,不同的人对法的内在结构的认识可能就不一样,但不能因此认为关于法律体系内在结构的理论是无用的。

特点，“法律不禁止即允许”，即私权自治。

上述关于公法与私法划分标准，无论从主体、关系、利益还是规范的性质看，都具有对比性、不兼容性，非此即彼。从实际操作的层面，这种划分有相当大的争论，我们不难在宪法、行政法和刑法中找到私法性质的规范，而在民商法中同样可找到具有公法性质的规范。^① 这里，我们的着眼点不在于把所有法律部门区分为公法和私法是否合理，而是把公法和私法作为分析单元，看它们在不同法律部门中是如何分布的，从而研究各个法律部门的性质和发展趋势。公法与私法区分的标准仍然不变，只不过问题不再是宪法、行政法、刑法是否属于公法，民商法是否属于私法，而转变为这些法律部门中包括多少公法或私法因素，它们是如何组合的。

就实际意义而言，公法与私法代表了国家干预和私人自治之间的关系，是能够衡量当代中国社会和法律变革许多方面的重要指标。不难发现，当代中国由于国家干预的加强和市民社会对政治领域影响的双重作用，各个法律部门都发生了有意义的变化，公法与私法因素在各个部门中相互混杂，这主要表现为私法公法化、公法私法化和兼具公法与私法特征的混合法律部门的出现。

（二）中国的私法公法化

所谓“私法公法化”，即传统上属于私法领域的民商法，越来越多地受到国家干预的影响。在当代西方社会，自由资本主义时期所形成的作为私法核心的私权神圣、契约自由原则正在受到挑战：私权自治不是绝对的，它不得侵犯社会公共利益和他人合法权利。西方的私法公法化发生在19世纪资本主义从自由竞争发展到垄断之后，公法私法分离在前，私法公法化在后。而中国私法公法化和私法与公法剥离发生在同一过程，其背景都是从计划经济向市场经济的转轨。

中国《民法通则》确定了民事活动的基本原则，它包括两部分，一部分是传统民法所具有的，规定当事人在民事活动中的地位平等，民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿的原则，公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯；另一部分则体现了国家对个人的约束，规定民事活动应当遵守法律、尊重社会公德，诚实信用、不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序，这成为私权自治原则必不可少的前提。

《物权法》一方面把国家、集体、私人的物权受法律的平等保护确定为基本原则；另一方面又规定“物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益”。在其他条款中对物权的不同形式也作出了许多强制性、限制性的规定。第41条规定国家所有权制度，“法律规定专属于国家所有的不动产和动产，任何单位和个人不能取得所有权”。第71条规定业主的建筑物区分所有权，“业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益”。第77条规定“业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房”。在相邻关系方面，第84条规定：“不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系”。关于用益物权，第120条规定“用益物权人行使权利，应当遵守法律有关保护和合理开发利用资源的规定”。关于农村土地承包权，第128条规定：“土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定，有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。流转的期限不得超过承包期的剩余期限。未经依法批准，不得将承包

① 关于公法与私法划分的标准及其批判参见美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，北京：中国政法大学出版社，2003年；勒内·达维德：《当代世界主要法律体系》，漆竹生译，上海：上海译文出版社，1984年，第74页；Charles Szladitz, "Civil Law System," in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1974, Ch. 6; J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, Palo Alto: Stanford University Press, 1985, pp. 94-100.

地用于非农建设”。上述这些原则和规定显然体现了国家对私权自治的干预。

《合同法》一方面规定，合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方，当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预，从而确定契约自由、意思自治的原则；另一方面又将诚实信用原则和遵守法律、尊重社会公德、不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益作为契约自由原则的重要前提。第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定”。第54条规定：“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”。

《婚姻法》一方面确定实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度，另一方面又把保护妇女、儿童、老人的合法权利，实行计划生育共同作为婚姻法的基本原则。第39条在谈到离婚财产分割时，提出夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，依照照顾子女和女方的权益的原则判决。

《公司法》把“公司从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任”与公司独立经营、自负盈亏、有限责任等一起确定为公司法的基本原则，还对公司经营活动作出了一系列强制性、限制性的规定。第17条规定：“公司必须保护职工的合法权益，依法与职工签订劳动合同，参加社会保险，加强劳动保护，实现安全生产”。第18条规定：“公司职工依照《中华人民共和国工会法》组织工会，开展工会活动，维护职工合法权益。公司应当为本公司工会提供必要的活动条件。公司工会代表职工就职工的劳动报酬、工作时间、福利、保险和劳动安全卫生等事项依法与公司签订集体合同。”第19条规定：“在公司中，根据中国共产党章程的规定，设立中国共产党的组织，开展党的活动。公司应当为党组织的活动提供必要条件。”第20条规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。”第21条规定：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”第22条规定：“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。”

当然，上述私法公法化的趋势，并没有改变在民商法领域私人自治的实质，不能因此认为民商法已经变成以国家干预为主的法。民商法的实质没有变，只不过给私人自治设置了条件。

（三）中国的公法私法化

所谓“公法私法化”，即传统上属于公法领域的法律，由于市场化和民主化的潮流，逐渐受到私法的影响，采用私法的运作方式，呈现私法的影子。

行政法作为公法的典型代表，其私法化的表现最有代表性，出现了从管制到自治，从命令一服从到协商一参与，从刚性管理到柔性指导的转化。^①在行政法领域越来越多地采取公众参与、行政指导、行政合同、行政和解等一系列方式，在很大程度上使传统行政法所具有的行政的单方面性、强制性、命令性和行政制裁的性质发生了有意义的改变。首先，公众参与，即《行政许可法》、《行政处罚法》都规定行政主体实施行政行为，应通过一定途径、一定方式充分

^① 参见姜明安：《全球化时代的新行政法》，《法学杂志》2009年第10期。

听取行政相对人的意见，在吸收行政相对人参与的前提下作出。虽然相对人同意不是行政行为作出的必要条件，但与相对人协商却是行政行为作出的一般程序。其次，行政指导，即《行政处罚法》、《行政许可法》出台后，行政部门已经不能随意运用行政处罚、行政许可等手段实施管理，行政指导逐渐成为有效手段。再次，行政合同，即中国目前使用行政合同的领域十分广泛，包括国有土地使用权出让合同、全民所有制工业企业承包合同、公用征收补偿合同、国家科研合同、农村土地承包合同、国家订购合同、公共工程承包合同、计划生育合同等。最后，行政和解，即无论是通过行政途径，还是司法途径，当事人之间的行政和解都是一个重要的选择方式。^①

刑法作为被国家干预最强的法律部门，出现了诸如刑事自诉制度的确立、刑事和解、罪犯的社区改造及有关犯罪的非刑罚、轻刑处理等现象，有的国家还存在辩诉交易、赔偿性替刑措施（即通过赔偿被害人损失作为刑罚的替代措施）、监狱的私有化、侦查权的私人化等其他私法性质的制度和实践。值得注意的是，自从走出私人报复阶段以后，刑罚一直为国家机器所垄断，犯罪和惩罚都不再被看作是个人之间的私事，而被看作是关涉国家利益、公共利益的事情。但是，如何避免释放者重新犯罪，使他们回归社会，一直得不到很好的解决。因此，不能把重点只放在刑法的规制犯罪的功能上，如何预防犯罪、规制犯罪、改造犯罪应该是刑法部门综合考虑的问题。刑法改革还涉及到中国的刑罚制度。近年来，中国改变过去一味严打的方针，提出宽严相济的刑事政策。有学者主张，在严格限制死刑数量的前提下，实行重者更重、轻者更轻的刑事政策。某些过去判处死刑立即执行的犯罪，改判死缓或者无期徒刑。为改变生刑过轻的倾向，应当加重死缓和无期徒刑的惩治力度。轻者更轻，即对较轻的犯罪，尽量减少关押，实行非监禁化。在当前社区矫正试点取得初步成绩并全面推广以后，将会使非监禁刑的执行走上正轨，从而为非监禁刑的扩大适用创造条件。^②

当然，行政法和刑法的上述私法化倾向，并没有改变它们的实质，不能因此认为行政法和刑法是以私人自治为主的法，行政法和刑法的实质没有变，否则国家强制就变得没有必要了。行政法和刑法的私法化只是部分改变了它们的实施方式，从而使国家的命令能够更好地得到社会的支持。

在宪法领域，宪法是否仅仅是公法一直存在着争论。实际上宪法作为国家法一方面具有公法的性质，规定国家的政治架构，国家的性质、国体、政体，各类国家机关和上下级国家机关之间的关系，另一方面宪法关于公民基本权利和义务的规定又显然不具有公法的典型特征，即主体的不平等性。而且，现代社会的宪法一般都主张人民主权的原则，作为宪法的这两大组成部分——国家机关和公民基本权利与义务之间的关系，显然不能说国家机关优先于公民基本权利。因此，把宪法单纯看作公法是成问题的。从宪法在法律体系中的地位来看，它既是行政法、刑法和民商法的源泉，也是经济法、社会法、环境法以及程序法的根据。虽然在各国法律体系中的结构不同，有的有公法与私法的划分，有的没有，但是就宪法在整个法律体系中的地位而

① 2008年1月16日，最高人民法院公布了《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》。该司法解释第1条明确规定：“人民法院经审查认为被告具体行政行为违法或者不当，可以在宣告判决或者裁定前，建议被告改变其所作的具体行政行为。”中国行政诉讼高达30%的原告撤诉率，与通过行政和解的方式解决行政诉讼有着密切的关系。（参见朱景文主编：《中国法律发展报告：数据库和指标体系》，北京：中国人民大学出版社，2007年，第228页以下）

② 参见陈兴良：《减少死罪是宽严相济的具体体现》，《光明日报》2010年9月2日，第9版；《四位刑法学家视野中的死刑改革》，《检察日报》2005年12月27日，第3版。

言都是至高无上的。就中国而言,无论如何,把宪法仅限制在公法范围内就太窄了。实际上任何法律部门都把宪法看作是自己最重要的来源,从宪法中寻找自己的合法性。在这种意义上,宪法不是公法,而是一个国家法律体系的母法。

(四) 中国的混合法

所谓混合法主要包括经济法、社会法和环境资源法。^①按照哈贝马斯的说法,这一领域产生于“国家社会化和社会国家化这一互动过程中……公共利益的公共因素与契约的私法因素糅合在了一起……这既不是一个纯粹的私人领域,也不是一个真正的公共领域;因为这个领域既不能完全归于私法领域,也不能完全算作公法领域”。^②

经济法、社会法、环境资源法的出现有共同的社会背景,在某种程度上它们都是19世纪以来资本主义工业化、社会化过程的必然产物。经济法注重的是经济部门、经济利益之间的综合平衡与协调,社会法注重的是劳资之间、经济与社会发展之间的综合平衡与协调,而环境资源法注重的是经济社会发展与环境、资源之间的综合平衡与协调。它们都反映了单纯依靠私法调整经济和社会关系的不完善和不成功,必须加强国家干预,从而保持经济和社会的可持续发展,保证资本主义的整体利益。但它们又不是单纯用行政法的手段,退回到“警察国家”,通过命令一服从的方式或强制性规范,而采取民事的、行政的、刑事的多种法律手段,包括社会化、市场化的手段。它们调整的原则也有共同性,不是像私法那样个人本位、私权自治,而是社会本位,考虑经济与社会发展的综合平衡,特别是注意经济与社会发展中对弱势群体的保护,对社会整体利益和经济与社会发展一般条件可能造成的危害。

经济法、社会法和环境资源法与民商法、行政法既有密切的联系,又有明显的区别。民法的调整,是把社会关系作为私人之间的平等交往来对待,实行当事人自治,调整的目标是当事人之间利益的平衡,旨在保证民事交往合乎当事人的真实意愿,安全而有效率,并消极防止这种交往损害他人利益、集体利益和社会公共利益。而经济法、社会法和环境资源法的调整,是把经济和社会关系作为整个社会乃至社会一自然交往的一部分,调整的目标是通过积极的手段,力求使这种交往对整个经济生活、社会生活产生有利的影响。经济法、社会法和环境资源法与行政法的关系也很密切。有学者认为所谓经济法就是经济行政法,社会法和环境资源法都只不过是经济法或行政法的一个分支,调整的是纵向经济关系、社会关系。但是,现代经济法、社会法和环境资源法的发展并不局限于调整所谓纵向关系,对横向关系如经济合同、劳动合同、社会保障合同、环境合同关系也进行调整。比如中国目前存在的政府采购合同、政府特许经营合同、国有土地使用权出让合同、农村土地使用权出让合同、社会保障合同、社会保险合同、环境保护合同等,这类合同是直接体现政府意志并具有经济、社会、文化内容的合同,其本质是国家或政府实施经济—社会管理、分配公共资源、执行产业政策、提供公共服务的一种手段。^③

由此可知,当今社会,“各种社会关系越来越多,它们无法再用私法或者公法加以分门别类”,^④几乎每个法律领域都不同程度地混合着公法与私法的因素。如果我们把公法因素(公共权力的行使)从强到弱和私法因素(私人自治)从弱到强地用一个闭联集来表示,中国各个实

① 混合法有时又称社会法。但是社会法一词,有时专指劳动和社会保障法,为了与这种意义上的社会法区分,我们称之为混合法。

② 哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,上海:学林出版社,1999年,第179页。

③ 参见史际春:《经济法的地位问题与传统法律部门划分理论批判》,《当代法学》1992年第3、4期。

④ 哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,第176页。

体法律部门的排列大致为：

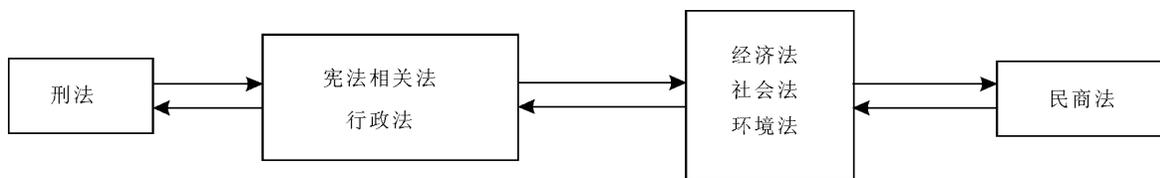


图1 包含公法与私法因素的中国各实体法部门的闭联集

在这个闭联集中每一个法律部门都包含着公法与私法的因素，从左到右代表国家干预因素即公法因素的减弱、私人自治因素即私法因素的加强，而从右到左则相反，代表公法因素的加强和私法因素的减弱。而宪法作为根本法，则表现出各个法律部门公法与私法因素大体的平衡。即使公法和私法的传统划分依然存在，公法包括宪法、行政法、刑法，私法包括民法、商法的观念依然存在，国家对市民社会的干预和公民对政治生活的参与实际上已经大大改变了原有公法和私法的观念和范围，它们所包含的已经不是两个截然相反、互相对比的法律部门群，而是作为两种调整社会关系的方法，渗透在所有的法律部门之中。

四、法律规范性质的分析：实体法与程序法

实体法与程序法是法律体系的又一传统分类。程序法有别于实体法，它不具体规定个人的实体权利和义务，而是用来主张、证明或实现权利义务的手段，或者确保被侵犯的权利得到救济。^① 英国学者哈特（H. L. A. Hart）把法律规则分为主要规则和次要规则，主要规则是规制行为的规则，但它面对争端往往具有不确定性、静态性和无效性，于是需要通过次要规则加以补充，其中承认规则通过授权使主要规则获得法律效力，改变规则授予公权力或私权利实行或修改新的主要规则，审判规则授权个人或机关就是否违反主要规则，应处何种制裁，作出权威性决定。^② 实际上，哈特所说的主要规则就是实体法，而全部次要规则，承认规则、改变规则和审判规则都属程序法的范围。值得注意的是，只有主要规则而缺乏次要规则，法律不可能有效力。由此可见程序对于法治的意义。就实际意义而言，实体法与程序法的关系反映了一个国家的实体权利在多大程度上得到程序的确认和保护，归根结底实体法与程序法是一个国家法治的两个方面，是衡量一个国家法治化程度的重要指标。

程序和实体不分是古代法的基本特征，中西皆然。在罗马法中，执政官授予诉权将引起当事人实体请求权，表明诉权中包含着程序与实体两个因素。中世纪仍然延续实体与程序不分的传统。二者的分离是18世纪法国大革命以后出现的，1806年法国颁布世界上第一部独立的《民事诉讼法》，1808年颁布世界上第一部独立的《刑事诉讼法》，实体法与程序法分离成为一种潮流，在大陆法系流行。德国直到1900年《民法典》施行以后才结束了程序和实体的合一。中国的程序法是与实体法同时产生的。“皋陶治狱，令羊触之。有罪则触，无罪则不触。”^③ 虽然是神明裁判，但又是定罪量刑必不可少的程序。中国虽然历朝历代统治者为准确、有效地执行司法职能，都试图制订诉讼法规，建立和健全诉讼制度，但程序法从来没有从实体法中独立出来，

① 戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，北京：法律出版社，2003年，第21页。

② H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1961, pp. 97-107.

③ 《论衡·是应》，《丛书集成初编》，北京：中华书局，1985年，第189页。

大部分程序法规散见于刑法典，也少有一部分程序法内容见于行政法中。中国程序法的独立是在清末改革的过程中实现的，1910年分别颁布了《大清刑事诉讼法草案》和《大清民事诉讼法草案》，但未及施行，清王朝即告覆灭。改革开放以来，人们越来越认识到程序法的重要性，程序不仅具有保障实体法实现的附属性，还具有自身的独立意义，通过程序正义实现实质正义。

但是，在区分实体法和程序法，认识程序法在实现实体权利的重要意义的同时，还应该看到二者之间的相互联系与相互渗透，以致二者的统一性。程序本身就有实体性的意义，某些程序的瑕疵或程序的违反可能导致行为本身的不成立或者无效。比如，《行政处罚法》第41条规定：“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前，不依照本法第三十一条、第三十二条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据，或者拒绝听取当事人的陈述、申辩，行政处罚决定不能成立；当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。”《行政处罚法》第3条第2款规定：“没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。”另一方面，同一个法律规定从不同的视角可以作出不同的界定。相同的规定或原则同时为程序法和实体法所接受，这种情况在中国法律中并不罕见。司法机关依法独立行使职权的原则，人民法院、人民检察院和公安机关在刑事案件中分工负责、互相配合、互相制约的原则等就同时规定在《宪法》和《刑事诉讼法》中。独立审判原则、适用法律一律平等原则、适用本民族语言文字原则、审判公开原则、辩护原则、合议原则等也都是《人民法院组织法》和《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》的基本原则。

程序法与实体法的关系更经常地表现在，许多法律文件往往同时包含实体性和程序性规范。这种实体与程序的混合在行政法里表现得尤其突出，《行政处罚法》、《行政监察法》、《行政许可法》等法律都表现了这一特点，如《行政许可法》中“总则”、“行政许可的设定”、“法律责任”等章节以实体性规则为主，而“行政许可的实施程序”则显然以程序性规定为主。又如《行政处罚法》包括“总则”、“行政处罚的种类和设定”、“行政处罚的实施机关”、“行政处罚的管辖和适用”、“行政处罚的决定”、“行政处罚的执行”、“法律责任”等章节，更是一个实体规则与程序规则的混合体。《行政监察法》由“总则”、“监察机关和监察人员”、“监察机关的职责”、“监察机关的权限”、“监察程序”和“法律责任”构成，体现的仍然是实体与程序的混合。

在刑事和民事法律方面，中国已经分别制定了《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》，它们与相应的刑事实体法和民事实体法的关系虽然不如行政法那样表现在一个法律文件中，但是也呈现出你中有我，我中有你的状况。特别是在刑事法律方面，国际刑事法院《罗马规约》就被认为是实体法和程序法结合的典范，不仅规定了普遍义务原则、个人国际刑事责任原则等基本刑罚原则，规定了灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪等犯罪构成，也规定了法院的设立、组成、职权和奖惩等组织法内容，还规定了刑事责任追究的调查、起诉、审判、执行以及国际合作和司法协助等程序性内容。值得注意的是，国际和国内刑法学界近年来都有人提出“刑事一体化”的思想或“整体刑法学”，一种代表性的观点认为“实现刑法的最佳社会效益是刑事一体化的目的，刑事一体化的内涵则是刑法和刑法运行内外协调”。¹所谓刑事一体化包括刑事实体法、刑事程序法、刑事证据法、刑事执行法、犯罪预防法和轻微处罚法。刑事法律体系是关涉预防犯罪、规制犯罪、追诉犯罪、执行刑罚的法律相互联系而形成的统一整体。这种构想打破了中国现行法律体系的结构，不仅将刑法与刑事诉讼法都放在刑事法律体系中，而且将目前属于行政法的

储槐植：5再说刑事一体化6，5法学6 2004年第3期。

禁毒法、监狱法、劳动教养制度、治安管理处罚法，属于经济法的反洗钱法，属于社会法的预防未成年人犯罪法等都属于在刑事法律体系中。实际上，刑事法律一体化的思想打破了长期以来在法律部门划分问题上以法律调整对象和调整方法为标准的 / 纯科学主义⁰ 倾向，而转到以问题为中心，即如何预防犯罪、规制犯罪、追诉犯罪和改造犯罪的路上。

值得注意的是，强调程序法的重要性无论如何都离不开实体法，强调程序法的重要性也不一定就意味着采取程序法与实体法相分离的形式。马克思曾高度评价程序法对实体法的意义：/ 诉讼和法二者之间的联系如此密切，就像植物外形和植物本身的联系，动物外形和动物血肉的联系一样。使诉讼和法律获得生命的应该是**同一种精神**，因为诉讼只不过是**法律的生命形式**，因而也是法律的内部生命的表现。⁰¹ 把实体法与程序法综合考虑，不仅在理论上更体现出体系性和协调性，在实践上，也可以避免由于实体法与程序法以及其他相关法律在制定和修改时间上的不同而造成的法律在内容上的不一致。

实际上，刑事一体化的思想同样可以适用于民事法律，包括民事实体法（民商法、经济法、社会法、环境资源法）、民事程序法、民事执行法、民事证据法、民事仲裁法和民事调解法等在内，其好处同样在于以解决民事纠纷为中心，统一协调解决民事纠纷的一揽子法律。当然民事法律有其特殊性，它不像刑事法律中实体法与程序法的一一对应关系，与民事程序法对应的不仅仅包括民商法，而且包括经济法、社会法、环境资源法。⁰

这种以问题为中心的思路的贡献在于，不是把法律体系看作是封闭的、凝固不变的，而是把它视为开放的、与社会生活息息相关的，不断从社会生活中吸取养分，改善自己。在法律与社会之间，法律规范与非法律规范之间，官方与民间之间，通过问题建立起良性互动的纽带，问题的关键不在于书本上的法律是怎样规定和划分的，而在于怎样解决实际问题。

应该看到，以问题为中心的思路并不是否定传统的法律部门划分，而在于以解决问题为中心把现行的规范性法律文件进行重新组合。无论是哪种思路，它们的起点都是各种各样的现行的规范性法律文件。由于编纂法律文件主要考虑方便和实用，一个法律文件经常包含着不同的法律部门的规范，究竟把它们放到哪个部门中往往是相对的，会发生一些不必要的争论。而以问题为中心的思路，可以较好地解决划分难的问题，我们可以完全不管这些文件在学理上的归属，只要能够解决所面临的问题，以解决问题的过程为中心考虑它们的安排。但是，以问题为中心的思路又会造成法律体系结构的不稳定性，一个问题有一个问题的思路，法律可以根据不同的问题作出不同的划分，因而缺乏相对稳定性。因此如何把不同的划分方法结合起来，扬长避短，仍然是一个值得探索的问题。》

5 马克思恩格斯全集6 第1卷，北京：人民出版社，1995年，第287页。

实际上，实体与程序一体化的思想在中国宪法中也不是没有根据的。按照5宪法6 第26条规定，全国人民代表大会有权制定刑事、民事、国家机构和其他基本法律，这里所说的刑事的、民事的基本法律，当然既包括作为实体法的刑法、民法，也包括作为程序法的刑事诉讼法和民事诉讼法。

法国学者戴尔马斯-马蒂指出，在全球化条件下，随着国际法与国内法的相互渗透，法律体系不再像凯尔森所说的僵固、静态的金字塔式的体系，而像是一个飘散的、有聚有散的 / 有序的云⁰，随解决问题的方式（合作、和谐、统一）、处理问题的层次（国家、地区、全球）、领域和速度的不同而不同。参见 Mireill Delma²Marty, A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World in the Land of Orderly Clouds, "Legal System in Transformation: China and the World, International Forum, Beijing, 2010. 这一观点对于我们考虑国家的法律体系也是有启发性的。

五、法律规范性质的分析：国际法与国内法

通常所说的法律体系，指的是一个国家内部全部现行法的有机整体，不涉及国际法。在国际法学界长期有一种二元论的看法，国际法和国内法是两个不同的概念，构成不同的法律体系，互不隶属。德国学者特里派尔 (Hl Triepel) 认为，国际法与国内法是两个不同的体系，第一，国际法和国内法规范的社会关系不同。国内法规范个人之间以及个人与国家之间的关系。而国际法则规范国家之间的关系。所以国际法只能约束国家，不能直接约束个人。第二，国际法与国内法的主体不同，国内法的主体主要是个人，而国际法的主体是国家。第三，国际法与国内法的法律渊源不同，国内法无疑是一个国家的意志的体现，国际法虽然也是国家的意志，但是与国内法不同的是，国际法是众多国家的共同意志。因此，特里派尔提出，国际法和国内法虽然有密切联系，但绝不是互相隶属。¹ 在国家交往较少、国际联系不紧密的条件下，国际法处理国家间的关系，而国内法处理国内关系，在主权原则的指引下二者界限清晰。但是随着全球化的发展，国家、国际组织及其相互之间的联系日益紧密，国际法与国内法的因素越来越多地交织在一起。

在国际法不同领域，国际法与国内法之间的关系呈现出不同的状态。在国际私法和国际经济法领域，法律渊源都既包括国际法也包括国内法。国际公法是调整国家之间关系的法律，因此其法律渊源只能是国际条约和习惯。所以国际法与国内法相分离的情况在国际公法领域表现最为突出。国际法调整的是国家间的关系，不调整国家和公民、法人之间的关系，不得干涉主权国家的内政，而国内法也不得适用于国际领域，不得把一国国内法的原则强加于其他国家。² 当代国际法与国内法的相互渗透表现在两方面，一方面是国内法的国际化，另一方面是国际法的国内化。

(一) 国内法的国际化

国内法的国际化，有学者称之为 /全球化的地方主义0 (globalized localism)，即在一国或一个地区范围内通行的法律制度由于某种原因而在更广泛的领域，在全球流行。国内法的国际化往往与某一国家或某些国家在世界经济或政治中的主导地位相关。而就接受国而言，或者出于依附地位，或者出于文化影响，接受这些制度和规则。国内法的国际化，实际就是法律移植。

近代以来，在世界范围内国内法的国际化曾经发生过多次：一次发生在私法领域，即19世纪中叶到20世纪从欧洲开始扩展到世界的仿照法国民法典和德国民法典的编纂法典运动；另一次发生在公法领域，即二战以来在欧美兴起、扩展到亚非拉第三世界国家的以建立宪法法院或宪法委员会和司法审查制度为标志的潮流。³ 20世纪90年代以来，与经济全球化相联系，随着争夺市场和投资的国际竞争的加剧，在世界范围内，特别是第三世界国家和苏联及东欧国家，出现了一股受新自由主义的支配、以市场导向、私有化和放松管制 (deregulation) 为目的的法

转引自王铁崖：5国际法引论6，北京：北京大学出版社，1997年，第181) 182页。

参见王铁崖主编：5国际法6，北京：法律出版社，1995年，第29页；吴慧：5国际法与国内法的关系6，余民才主编：5国际法专论6，北京：中信出版社，2003年，第1) 5页。

Boaventura de Sousa Santos, *Towards A New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York: Routledge, 1995, pp.250-2378.

M. A. Glendon, M. Gordon and C. Osakwee, *Comparative Legal Traditions*, St. Paul: West Publishing Corp., 1985, pp.32&354.

律改革潮流，这可看作国内法国际化的 / 第三波¹。

中国改革开放以来，在各个法律领域立法过程中广泛借鉴了国外相关立法。² 中国借鉴外国法的形式包括三种：第一，在改革开放初期主要是在涉外领域，如涉外经济、贸易、婚姻、继承、犯罪、诉讼等，参照国际惯例和外国法，制定和修改中国相关领域的涉外立法。第二，随着改革的深入，在完全属于国内事务、没有涉外因素的领域，借鉴国外相关立法，如在宪法领域关于人权、法治、私有财产保护、社会保障的制度；刑法的两大原则，即罪刑法定原则、罪刑相一致原则，法人犯罪、危害国家安全罪、巨额财产来源不明罪等具体制度；刑事诉讼法中的无罪推定制度、对犯罪嫌疑人权利的保护、对庭审方式的改革；行政法中的行政救济制度、行政许可制度、立法听证会制度；民商法中无过错责任、公司、证券、担保等制度；婚姻法中的离婚过错赔偿、探视权、有关家庭暴力的处理等等，都借鉴了国外有关立法。第三，随着全球化的进程，中国加入越来越多的国际组织，国际标准对中国立法也起到重要参考作用。

(二) 国际法的国内化

国际法的国内化，有学者称之为 / 地方化的全球主义³ (localized globalism)，即国际条约、习惯为内国所接受，转变为对内国具有法律拘束力的规则。由于越来越多的国家加入到某一国际组织中，从而使该组织的规则成为全球性的规则。比如，世界贸易组织在世界经济中的作用越来越大，其目标不仅在于排除对外商的歧视措施，而且试图调节 / 国界背后⁴ 的政策内容和国内市场结构，如政府对农业的补贴政策、环境和劳工标准等。⁵ 对内国来说，加入某一国际组织，必须承担相应的义务，往往必须对自己国家或地区原有的法律制度加以调整，以适应国际条约或习惯的要求。

国际法对国内法的影响主要通过两种方式，即采纳和转化。采纳即国际条约在内国直接适用，如欧盟法对成员国来说就可以直接适用；转化即国际条约须转化为内国的国内法，如 WTO 的规则对于成员方来说需转化为成员方的法律，制定、修改或废止与 WTO 规则不一致的国内有关法律，以履行加入世界贸易组织的承诺。从中国的实际情况看，这两种方式都存在，很难说国际条约适用中国仅仅局限于其中的一种方式。例如《民法通则》第 142 条第 2 款规定：/ 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。⁶ 由此可以看出，国际条约不仅可以直接适用于中国，而且还有相对于国内法律的优先权。1991 年《民事诉讼法》第 238 条、1989 年《行政诉讼法》第 72 条也有类似规定。⁷ 联合国国际货物销售合同公约⁸ 自 1988 年 1 月 1 日起对中国生效，自那时起，它便直接对中国的进出口合同产生效力，而中国并没有通过立法行为才使其具有法律效力，而是直接采纳。采取转化形式的公约有：中国 1997 年签署《经济、社会、文化权利国际公约》⁹，全国人大常委会 2001 年批准了该公约；1998 年签署《公民权利与政治权

参见朱景文主编：《比较法社会学的框架和方法》，北京：中国人民大学出版社，2001 年，第 13 章。

参见朱景文主编：《全球化条件下的法治国家》，北京：中国人民大学出版社，2006 年，第 28 章。

Boaventura de Sousa Santos, *Towards A New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, pp. 25-378.

参见克里斯多夫·阿尔普：《全球化与法》的一个形成中的交接点，载《南京大学法律评论》1997 年第 1 期。

该公约是联合国国际贸易法委员会于 1980 年 4 月 11 日在维也纳召开的外交会议上通过的。公约是对国际贸易实践的总结，具有可行性，并且由于充分考虑了发达国家和发展中国家的不同利益，而具有广泛的代表性，从而被世界许多国家接受，对国际贸易产生巨大影响。

利国际公约⁶，该公约在审议的过程中，这都属于转化的形式。中国于1975年和1979年分别加入5维也纳外交关系公约⁶和5维也纳领事关系公约⁶；为履行公约，于1986年和1990年分别制定5外交特权与豁免条例⁶和5领事特权与豁免条例⁶。5专利法⁶、5商标法⁶、5著作权法⁶的制定和修改也是有关知识产权国际公约转化的结果。2001年中国加入世界贸易组织后，为使中国法律体系与世贸组织规则保持一致而进行的大规模法律清理亦是典型的国际法国内法的转化形式。

总之，在一个全球化的时代，国内法受国际法影响、受其他国家及地区法律制度的影响是一个客观事实。中国法律制度的发展不可能在封闭的环境中进行。国际法、外国法，对中国法律制度来说既是一个难得的学习机会，从国际法、外国法处理相同问题的经验中吸取经验，加快中国法律发展的进程；又会面临新的挑战，即使在别的国度运行再好的规则，由于条件不同，可能产生 /南橘北枳⁰ 的效果。中国特色社会主义法律体系应该是一个具有开放性、能够吸收世界各国法律文化优秀成果、结合中国实际、具有中国风格的法律体系；而且改革开放以来中国法制建设的实践也证明，只要面对中国的现实，应对挑战，我们离这个目标就一定会越来越接近。

六、当代中国法律变革的原因：什么是中国特色

中国特色社会主义法律体系在不同法律部门的变化，公法与私法，实体法与程序法，国内法与国际法之间的相互渗透和相互影响，不是中国所独有的，世界许多国家法律体系都发生了这些变化，并形成了不同的理论，如 /从身份到契约⁰、/科层制⁰、/福利国家⁰、/正当程序⁰、/去国家化⁰ 等。这些法律体系变化的特点是什么？是否能用这些西方理论解释中国的法律变革？在什么程度上能，在什么程度上不能？如果不能，什么是中国的理论？

中国特色社会主义法律体系形成和发展的原因不能从体系自身理解，法律体系自身固然有是否完备和协调的问题，但是为什么法律体系会向着这个方向而不是其他方向发展，从法律体系自身找不到答案。法律体系的协调和完善毕竟是第二位的，中国立法的实践表明，不能为体系而体系，它必须服从于中国社会本身的变化。¹ 法律领域的这些变化不是在封闭的领域中进行，不是法学家在书斋中的创造，而是发生在改革开放这样一个特殊的历史阶段，市场经济、民主政治、和谐社会、生态文明、法制建设和全球化等一系列变革是出现公法与私法、实体法与程序法、国际法与国内法之间相互影响、相互渗透的社会基础。

在公法与私法的关系上，中国法律变革明显受到市场经济和民主政治的双重影响。中国的私法公法化的发生既有与西方国家相似的原因，也有自己的特殊性。西方是在资本主义由自由竞争发展到垄断、特别是在国家垄断的背景下发生的，原有私法高度发达、私权自治的原则具

比如，20世纪70年代末、80年代初，在制定了5刑法⁶、5刑事诉讼法⁶之后，曾有制定民法典的计划，组织了起草民法典的小组，并形成了四个民法草案。但是，实践证明，由于当时中国社会正处在从计划经济向市场经济的转轨初期，许多经济关系还没有摆脱计划经济的束缚，因此制定民法典的计划并不现实，后来决定 /改批发为零售⁰，先制定民法所包含的各个法律，包括5民法通则⁶，5合同法⁶、5技术合同法⁶、5对外经济合同法⁶，后来三个合同法合一，制定统一的5合同法⁶，5婚姻法⁶，5继承法⁶，5物权法⁶，5侵权责任法⁶，5涉外民事关系法律适用法⁶。参见王利明：5中国民法典制定的回顾与展望⁶，5法学论坛⁶ 2008年第5期；江平：5沉浮与枯荣：八十自述⁶，北京：法律出版社，2010年，第276）311页。

有普遍性，因此需要用国家干预改变市场造成的社会不公。而中国私法公法化包括两种情况，一种是在从计划经济向市场经济过渡的情况下，私法性质的规范刚刚产生，还很不发达，调整市场关系、商品关系还带有许多国家干预的色彩，私权主体平等的原则还经常受到挑战，所谓私法公法化只不过表明向市场化的过渡不彻底，还带有许多计划经济的痕迹，公私不分；另一种情况是中国市场化的改革在一些领域确实出现了类似当代资本主义国家所出现的那种 / 市场失灵⁰，再加上腐败、寻租， / 看不见的手⁰ 需要用 / 看得见的手⁰ 加以辅佐，需要通过国家干预加以纠正。值得注意的是，中国社会主义市场经济的改革不是单向度的，而是一方面建立市场经济，另一方面加强宏观调控。对这两种情况需要用不同的手段治理，对前者需要进一步推进市场化的改革，国家减少行政干预；对后一种情况则需要通过国家干预，防治私权自治带来的危害国家、社会 and 他人利益的后果。这两种情况都是事实，否定哪一方面都是片面的。曾经有一个时期，人们热衷于用梅因所说的 / 从身份到契约⁰ 来解释中国改革开放以来的法律变革、特别是民商法变革。其实这是不恰当的，与 / 从身份到契约⁰ 相适应的最多只是前一种情况。中国法律制度的变革不可能是 18、19 世纪西方法律制度的翻版。作为后发国家，中国立法所走过的道路相当于西方几百年的历程，我们不可能在西方的后面亦步亦趋。更何况中国 1949 年以来走上社会主义道路，坚持公有制的主导地位和社会主义方向对民商法的影响是极其深远的，对国家利益、社会利益和弱势群体的保护，国家的宏观调控更是 / 从身份到契约⁰ 根本不能概括的。中国民商法的改革今后仍然会在这两个维度上推进，最终目标应该是建立把市场经济与宏观调控有机结合起来社会主义市场经济的新秩序。

中国的公法私法化发生的背景也不同于西方，西方的公法私法化发生在 / 行政国家⁰、 / 科层制⁰ 建立以后，需要通过公民的积极参与、民主化克服职业垄断、精英政治，需要通过 / 软⁰ 的办法、私法的手段，体现政府除了刚性的手段，还有柔性、人性的一面，增加行政亲和力，也需要通过行政机构包括监狱、劳动教养机构的民营化减轻庞大的财政负担。马克思 # 韦伯认为，作为理想类型的科层制具有专门化、等级制、规则化、非人格化、职业化、技术化的特点，因而能高效率地协调成员的活动、达到其特殊目标，这也是资本主义产生于欧洲的主要原因之一。¹ 虽然最终的决策操纵在某些统治集团手中，但是大多数日常的政府活动基本上成为各个科学技术领域（包括社会科学和公共管理科学）的专家从事的事务。然而，西方科层制的实践表明，科层制带来的不仅仅是效率，而且带来职业垄断，排斥公众参与，职业团体不是没有自身利益的技术官僚，不食人间烟火的社会精英，为了赢得自身利益的最大化，他们往往背离良知，依托于社会的强势集团。⁰ 而中国的公法私法化的背景却很不同，改革开放前中国虽然已经建立了庞大的行政管理系统，但是专业化、职业化、技术化水平并不高，专业化的进程是在改革开放后加快的。在这种意义上，所谓公法私法化可能表明公与私之间还处在相互交融的状态，在职业化、专业化的过程中市民社会与政治国家的分离还不发达，职业化的进程还不完全，由于政治运动的影响，始终有 / 脱离群众⁰ 的担心。但是，也不可否认随着职业化的进程，中国也确实出现了脱离群众，干部以权谋私等问题。正是在这种意义上，中央近年来一再强调 / 立党为公、执政为民⁰、 / 执法为民⁰。针对这两种情况所采取的策略也不同，针对前者，需要进一步加快职业化进程，增强行政管理的科学化水平，增强行政效率；针对后者，则需要促进行政管

Max Weber, *Economy and Society*, trans. E. Fischhoff et al., New York: Bedminster Press, 1968, Ch. 9, S. 2.

Martine Shapiro, The Globalization of Law, "Indiana Journal of Global Legal Studies", vol. 27, 1993, pp. 3264.

理的民主化、亲民化,防治官僚化和精英政治的弊端。中国行政体制改革的目标也不是单一的。中国公法改革应该朝着既增强行政效率、增强行政的专业化、科学化水平,又增强行政民主化的方向发展。因此在中国实行公法变革,特别是在增强行政科学化、专业化时,千万不要忽视行政的民主化,不要忘记中国共产党的立党之根、执政之本。

以经济法、社会法和环境资源法为代表的混合法的变革动力是和谐社会、生态文明建设。在某种程度上它们都是要解决由于经济高速发展所带来的不同经济部门之间、经济发展与社会发展之间,经济发展与环境之间的不平衡问题。在西方它们被看作 /后工业社会0 所面临的问题。而中国的工业化和后工业化几乎是同时出现的,不实现工业化中国就不可能摆脱贫穷,而实现工业化 /后工业社会0 所带来的问题就会显得更加突出,尤其是在全球范围的产业转移、中国成为 /世界工厂0 的情况下。当西方人提出福利国家的理论,企图医治西方后工业社会的社会病,用 /从契约到身份0 描述市场条件下人们身份的不平等,强调不能无视弱势群体的权益时,中国人发掘中国文化的传统智慧,提出和谐社会理论。这两种理论虽然有异曲同工之处,但它们的立足点显然是不同的。前者是为了挽救资本主义,后者是为了发展社会主义。由于中国是社会主义国家,人民当家作主,工人阶级是领导阶级,这就决定了中国经济法、社会法和环境资源法与西方在本质上的差别,国家不应该有与人民利益不同的自己的利益,必须以人民的根本利益为出发点和归宿。但是,随着中国从计划经济向市场经济的转轨,在用工制度方面铁饭碗的打破, /单位办社会0 所产生的 /大而全0、/小而全0 的福利体制的解体,全球化所带来的企业外部竞争的压力,片面助长了以经济发展、特别是 GDP 的发展为中心,以致于经济发展以牺牲劳工的权益为代价,以环境污染为代价。在这种条件下,中国经济法、社会法和环境资源法的发展就成为迫在眉睫的事,必须通过国家的强力干预使劳动者的权益得到保护,使弱势群体的基本生活条件得到保障,使广大人民群众的经济、社会、文化权利得以实现,为经济和社会的可持续发展奠定法治基础。

在实体法与程序法的关系上,中国法律变革明显受到法制建设、特别是司法改革的影响。中国在法治化的进程中强调程序法的作用是完全必要的,因为强调法治就意味着强调程序,无论是立法、司法还是执法,无论是取得财产、接受处罚还是打击犯罪,尤其是在发生法律争端的情况下,程序对于实体都是必不可少的前提。程序对于行使国家权力的立法机关、司法机关和行政机关来说,更具有特殊意义。没有程序,运用国家权力的行为就变得没有约束。在英美曾经用 /正当程序0 的理论来说明程序对法治的重要意义,在某种意义上,所谓 /正当程序0 就是法治的同义语。在实体法已经规定了实体权利的分配,谁应该有什么权利、义务和责任时,要取得和实现这些权利,程序的意义就显得尤为重要。按照这一原理,从某种意义上,如果说中国实体法是把经济、政治、社会、文化领域的改革成果法律化,那么程序法则是实体权利的确认和保证形式,是法治本身的改革成果。讲法治,就必须讲程序。另一方面,也必须看到严格程序可能带来的弊端,例如,程序的时间限制,可能加快或延缓审理案件的速度,从而影响实体权利的实现;不熟悉程序的当事人在 /法言法语0 和陌生的程序面前可能不知所措,从而使自己的利益受到损害。而且,在是否应该赋予执法者更大的自由裁量权从而避免规则的僵化,还是应该赋予较少的自由裁量权以避免执法者的个人偏好的影响,在法治改革的导向上一直存在着较大的争论。因此,近年来人们又重新反思程序法与实体法的关系,认为不能舍本逐末,片面强调程序而忽视实体公正,片面强调 /只要程序公正,实体则必然公正0。程序不是可以脱离实体、价值无涉的操作流程,程序本身也有是否正当的问题,有什么样的实体法就会有怎样的程序法。对程序法与实体法关系的这些认识反复,反映了中国司法改革实践的曲折过程,

也反映了对法治认识的深化。中国司法改革不是在真空中进行的，也不是单纯按照职业法律人的逻辑，它必然受到中国固有的法律传统、群众的法律意识的影响，必然受到司法为民的理念的指导，因此它的导向也是双向度的，一方面强调法治，强调程序公正，另一方面强调公平正义，强调实体公正，强调程序公正是实体公正的外部形式，是实体公正得以实现的重要途径和保证；实体公正是程序公正的内在目标，也是程序公正的价值和意义所在。

在国内法与国际法的关系方面，中国法律变革明显受到全球化的影响。中国越来越多地参加国际组织、加入国际条约。无论采取直接采纳还是间接转化，中国加入的国际条约都已经变成自己国内法的一部分。那种把国际法与国内法割裂开来，认为它们是两个不相干的独立体系的理论在全球化的时代显然过时了。中国立法过程中借鉴国外法律反映了世界各国立法的普遍潮流，在政治、经济、文化、社会等领域的一些问题具有共同性，因此可以借鉴其他国家处理同类问题的经验。但是否因此能够认为，国际法高于国内法，甚至认为国家主权已经成为全球化的障碍呢？在西方的理论中，全球化曾经被认为是 /非国家化0、/去国家化0，一种常见的说法是 /全球化和去国家化是一个硬币的两面0，实际上这是一种对全球化的片面理解，一种被全球化的实践不断纠正的误读。国家在全球治理中担当着任何组织或个人都不可替代的角色。尽管随着全球化的进程，国际组织的作用在日益加强，在某些领域甚至对国家主权起到限制的作用。但是，全球治理的任何一个问题，离开国家的作用是根本不可想象的。全球治理之所以要发挥国际组织的作用，只是为了弥补单纯依靠国家治理的不足，而不是取代国家治理。¹ 中国制定有关立法并不是由于国外的规定，或什么普世性的国际潮流，而是中国自己的客观需要，如果不是中国改革开放本身社会关系的新变化，仅仅是国外存在有关立法，根本不可能产生中国的立法动机。如果不借鉴国外立法，中国通过自己的实践摸索，最终也可能制定出类似的法律规定，但可能需要更长的时间，借鉴外国相关法律大大缩短了中国的摸索过程。中国借鉴其他国家立法不是照搬照抄，而是结合自己的国情，作出适合中国国情的解释。以法治入宪为例，法治确实不是中国的创造，英国早在 1215 年的《大宪章》中就确定了王权的有限性原则和社会的法治精神，1789 年法国《人权与公民权利宣言》和美国联邦宪法正当程序条款也确定了法治原则，但西方法治是与多党制和三权分立的政治体制相联系的。1999 年中国宪法修正案法治入宪，不是简单照搬西方国家的法治原则，而是作出符合中国国情、中国基本社会制度的自己的解释。中国赋予法治社会主义的内涵，是与中国共产党的领导、人民当家作主有机联系的整体。因此，在全球化的条件下，如何处理全球性的普遍潮流与中国国情之间的关系将会始终伴随着中国的法律变革。

1 责任编辑：刘 鹏 责任编辑：张芝梅2

参见戴维·赫尔德等：《全球大变革》），《全球化时代的政治、经济与文化》，杨雪东等译，北京：社会科学文献出版社，2001 年，第 574）613 页。

ABSTRACTS

(1) Balance and Loss of Balance in Human Rights Law *Luo Haocai and Song Gongde # 4 #*

Legal practice with regard to the protection of human rights, and especially China's post-reform experience in this regard, shows that a human rights law that comes into being and operates against a background of public governance should be a balanced law that corresponds to harmonious relations in human rights protection. In terms of mechanism, such law is expressed in the matching of goals with institutional arrangements; in terms of content, it reflects rationally determined civil rights and the means of achieving them; in terms of form, it is expressed as consistency with a normative system of human rights law; in terms of behavior, it is based on a deliberative consensus in the process of human rights protection; and in terms of outcome, it maximizes achievements in human rights protection. There are tensions between different human rights; human rights protection crosses different fields of law; and international human rights law has to transform into or link up with domestic law. For these reasons, human rights law tends to become unbalanced, restricting the country's ability to fully realize the goal of respecting and protecting human rights. To solve the problem of imbalance in human rights law, it is necessary to conform to the rise of public governance, select an open model of public-private consultation and carefully weigh up human rights law in accordance with rational standards.

(2) The Socialist Legal System with Chinese Characteristics: Its Structure, Features and Trends
Zhu Jingwen # 20 #

The formation of the socialist legal system with Chinese characteristics has laid the practical foundations for studying the structure, features and trends of China's legal system. Our framework for such study is constructed along two dimensions: the classification of normative legal documents and the nature of legal norms. The aim of the former is to describe the current situation of China's legislation, while the purpose of the latter is to analyze the distribution of different legal norms in different fields of law. Since reform and opening up, the impact of the market economy, democratic politics, the harmonious society, ecological civilization, the construction of a legal system and globalization have resulted in significant changes in the distribution of various legal norms in different legal fields. On the one hand, these changes reflect the shared features of the development of legal systems across the world; on the other, they are stamped with strong Chinese characteristics.

(3) Historical Materialism and Contemporary Socio-historical Reality *Yi Junqing # 40 #*

The relations between Marxist socio-historical theory and contemporary socio-historical reality should be a special focus for deepening the study of Marxist socio-historical theory in our