

# 不均衡發展下的中國法制

王文杰\*

## 目 次

- 壹、前言
- 貳、濃厚國家主義與公有經濟為訴求的憲法框架
  - 一、公有制與非公有制的差別待遇
  - 二、一味強求於經濟體制的改革
- 參、強調經濟改革為訴求下的法制不均衡發展
  - 一、經濟烏籠鬆脫與政治的烏籠箝制
  - 二、以管理為本位的經濟立法
- 肆、過渡模式發展下的法制
  - 一、分批零售的立法模式
  - 二、漸進式的法制發展
  - 三、法制建構滯後於經濟發展的窘境
- 伍、內外有別區分適用的對待
  - 一、內外資分別立法的雙軌制模式
  - 二、市場誘因與市場准入的反差
- 陸、程序正義運作與法學教育發展的悖離
  - 一、法院體系的地位差異和低度品質的法官
  - 二、法學教育的擴張與教育品質的反差
- 柒、結論

投稿日：95年1月10日

接受刊登日：95年7月19日

校對：謝 豪、連建良

\* 國立交通大學科技法律研究所助理教授



## 摘要

中國法律制度的恢復，伴隨著上世紀七〇年末期以來的改革開放而展開，儘管中國在經濟體制發展上受到外界廣泛的注目，但是法律制度的建構歷程相對呈現一個不均衡的態勢。這種不均衡的態勢取決於既有計畫經濟體制的制約與公有制主導思維的影響，促使法律制度的內涵著重於公有制主體的青睞，非公有制企業受到諸多不平等的對待與市場准入的阻卻；中國以漸進式改革為模式，間接使得法律制度亦帶有過渡性的表彰，以成熟一個制訂一個的立法進程，加上以模糊、概括的表述為呈現，致使法律制度本身落後於經濟體制改革的需求；法律著重於管制，並賦予行政機關居於管理的地位，在經濟上逐步鬆綁，但在政治上與法制上卻是緊握在手上，致使法律制度的內涵具有濃厚的管制性；吸引外資一直列為帶動經濟發展的模式之一，但在立法上以內外有別作為對待，由此衍生更多的不正義；經濟的高度發展，但司法正義程序的法院，卻因結構性的歷史遺留，大量低素質的法官以及法律職業與法學教育的鮮明區隔，使得法律制度的適用與執行形成障礙，造就對法律的嘲諷與不信任。

**關鍵字：**計畫經濟、市場經濟、公有制、過渡、外商投資企業法、法學教育

## 壹、前言

一九七八年，中國展開關於「實踐是檢驗真理的唯一標準」的大討論，衝破了對毛澤東的個人崇拜和「兩個凡是」的束縛，中共十一屆三中全會更拋棄了「以階級鬥爭為綱」的路線，解放思想，開始了它從傳統計畫經濟體制轉向市場經濟體制的大範圍體制變遷改革。儘管改革是一種共識，中國社會也面臨著一種困境：一方面理論工作才剛剛起步，說服自己都尚需要時日，同時利益格局才剛現端倪，較量、妥協、共識都還路漫漫兮其修遠；另一方面人口膨脹、教育素質偏低且經濟環境高度低落。但幾乎從一開始，人們就意識到這一改革絕非單純的經濟體制變革，然而在傳統的實用思維範式之內以及既有體制的牽制，激進或徹底的變革方案實施起來並非易事。

伴隨著改革開放，中國的法律制度也恢復建構並受到了外界的高度關注。在短短的二十餘年期間內，快速地頒布數量龐大的法律與法規和地方性法規，並形成一個具體而龐雜



的體系<sup>1</sup>。這期間所進行的法律制度恢復措施，若僅以政策作為施政的依據，在文化大革命期間已經有著痛苦的經驗，政策文件的形式具有高度的不確定性，不能再作為提供改革所需要的基礎，透過法律的施行方能明確改革的指針，並確認改革的成果。以起草法律的形式，協調一致的共識，方能使改革得以有序，蓋法律的改革不僅是著手於體制改革的一個條件，同時也是改革的一部份。姑且不論對於法律應視為規範而加以尊重者，絕非因其為法律之故，而在於其具有規範的妥當性，至少法律的制定程序有其正當性並經遵守，比政策來得有厚實基礎。在改革以來，中國已經具備架構完整的法律體系，其具體內涵的適用與規範是否得能契合實際發展所需要？實際上的經濟體制運作與法律規定之間是否存在更多的衝突與不規範？

中國在一九七八年以來的經濟體制改革，並沒有事先設計好所謂「一攬子的改革方案」，已發布的改革措施及其改革強度，係針對經濟運行中出現的主要問題和社會的承受力來確定的，具有「摸著石頭過河」的基本特徵。亦即是一個邏輯鮮明的「問題導向」。正因為是問題導向的發展模式，導致中國對於國家法制現代化的總體設計，一開始並不表現出具有一個完整的法制建設藍圖，相對是表現為逐步隨著經濟體制改革的深入而不斷提出新的法律規劃以為因應。如此造就了中國法律制度的發展一開始便不是一個體系連貫的模式，加上經濟的快速發展，進而使法律的運作不可能架構在一成不變的空間之上，也因此促成了法制建構與經濟體制發展互動之間的矛盾，這期間所顯現於外的不均衡特徵便更為鮮明。

本文嘗試從憲法框架、經濟改革、過渡模式、外商投資、司法制度等幾個不同的面向，考察中國法制建構（特別是從改革開放以來），基於經濟體制背景環境與法律實際發展的互動關係下，其所形成的不均衡態勢和背景原因。

---

1 中國自改革開放以來，全國人大及其常委會、國務院，國務院所屬之行政機關、地方政府人大因應具體經濟體制的發展與實際需要相繼制定了一套體系龐雜的法律、法規、規章與地方性法規。在短短的期間內所做的立法數量不可謂不小，並形成一個巨大法律體系框架。儘管各國在法律體系的劃分上有不同的方法，但中國官方（全國人大常委會）根據立法工作的實際需要，從橫向上看，依照法律規範的調整方向與調正方法，將中國的法律體系分為七個法律部門：憲法及憲法相關法、民商法、行政法、經濟法、社會法、刑法、訴訟與非訴訟程序法；從縱向上看，有憲法和全國人大及其常委會制定的法律，國務院制定的行政法規，地方人大及其常委會制定的地方性法規、自治條例和單行條例三個層次。參見李鵬，全國人民代表大會常務委員會工作報告，全國人大常委會公報，2001年第3期，2001，243頁。吳邦國，在十屆全國人大常委會第二次會議上的講話，全國人大常委會公報，2003年第3期，2003，323頁。



## 貳、濃厚國家主義與公有經濟為訴求的憲法框架

### 一、公有制與非公有制的差別對待

一九八二年所制訂的中國現行憲法，儘管在改革開放之後頒布，但是制訂之際中國仍處以計畫經濟體制之時空背景之下，因此，憲法內容除肯定一些基本的政治、經濟、文化和社會現實外，大部分憲法內涵係以國家政策為取向，以公有制結構為主導。基於經濟體制改革伊始之際，經由以國家的主導性規劃係為主要思維，迫切建設強大國家與全能政府作為訴求是為訴求，進而使憲法內容呈現著濃厚的國家主義的色彩。因此，以公有制為主體的經濟體制，國家與社會意識為主導的內涵成為貫穿整部憲法內容的主旋律，從而也影響了法律制度建構的走向。

正因為改革伊始公有制經濟佔了整體經濟體制大部分結構的現實<sup>2</sup>，致使整體法律制度的建構思維亦圍繞著以公有制經濟為主軸。畢竟，中國的制度與組織變遷不是簡單地採取開放市場，通過社會組織自由競爭來催生市場經濟體系之發育，更非拋棄既有組織結構，另起爐灶，用全新組織來推動變遷和拉動改革，而是充分利用原有計畫經濟中既存的經濟、政治和社會組織，依托於長期累積起來的組織和制度資源，通過邊際組織創新的方式來穩步推動改革<sup>3</sup>。例如，中國憲法的規範中，僅對於公有制經濟才用「保障」、「鼓勵」的字眼，例如憲法第七條，「國營經濟是社會主義全民所有制經濟，是國民經濟中的主導力量。國家保障國營經濟的鞏固和發展。」實際上，體制改革的重點也幾乎鎖定在國有企業為核心，促使資源與決策重心都投入於此，忽略了非公有制企業的發展，使非公有制企業長期來處於不均衡的對待<sup>4</sup>，例如非公有制企業存在市場准入的阻絕<sup>5</sup>、財產權保護體系不周延、稅收體系差別對待、融資困難等等發展上的困境，特別是在中國加入 WTO

---

2 儘管中國在改革開放以來，國有經濟與其他所有制經濟都有很大的發展，然就現今而言，國有企業無論在總數量上還是在經濟的結構上，仍然在國民經濟中居於主導地位。國有企業保持著對其他所有制經濟的優勢，而且在國民經濟的重要和關鍵產業、領域中佔支配的地位，控制著中國國民經濟的命脈。其至少具有三大特色即：(1)營業範圍寬廣，幾乎無所不包；(2)擁有家數眾多；(3)資產總值龐大。因此，國有企業的改革及其成效一直主導著中國經濟改革的關鍵地位。王文杰，國有企業公司化改制之法律分析，中國政法大學出版社，1999年，1頁。

3 李漢林等，組織和制度變遷的社會過程，中國社會科學，總第151期，2005，103頁。

4 中國憲法字面上不乏「社會主義」的字言，但本質上卻是濃厚的「國家主義」。從過去經驗上看，過份強調國家主義（例如公有制的神聖地位），確實導致了忽略對於社會民眾基本財產權益的保障和發展。

5 儘管中國非公有制企業在改革以來蓬勃發展，但是在電力、石油、石化、鐵路、民航、金融、電信、旅遊、勞務輸出、服務和技術貿易進出口等領域並未取得市場准入的許可。



之後，競爭日益國際化的壓力下<sup>6</sup>，導致非公有制企業在經濟發展的表現立於不平等的競爭環境下更顯弱勢，亦即非公有制經濟體向來缺乏一個公平的競爭環境。

勢變則法移。當傳統權威衰敗時，法律文化必須找到新的合法性原則。這個合理性原則係為經過正當手續制訂的、能產生正確結果的法律是有效的。沒有真正的意見一致或共同利益，法律的制度難以在這個基礎上形成<sup>7</sup>。在文革期間那種極端個人獨裁的人治時代，對中國的破壞性衝擊無遠弗屆，致使在法制的改革建構上，企待希望建立一個回歸正常的模式，具有制度化的程序與集體形成的法律，以避免不受抑制的個人領導模式再度出現<sup>8</sup>。基於此，中國在改革以來逐漸重視於法律制度的建立，但是這些法律制度的建立，雖有其程序的規範，但是重心仍側重於涉及到整體國有體制改革為主<sup>9</sup>，而對於私有制企業立法的重視鮮少顧及。

尤其在一九九三年的憲法修正中，宣示放棄計畫經濟，並確立「市場經濟」體制，其必然會引伸出如何公平對待非公有制經濟體地位的衝擊。當非公有制企業不斷地茁壯之際，進而更企待一個實質公平法制環境的賦予，而不僅僅只是在憲法條文上的形式宣示，畢竟，憲法上的宣示僅是一個政策方向的走向，並未實質地深化到具體法律制度上對其在市場經濟上法律地位。由於中國向市場經濟的轉變是不完全的，而且只要繼續把公有制企業的主導地位作為一項目標，這種體制變遷下的對於非公有制的「不均衡對待」將繼續存在。只要把國有經濟在整個經濟中保持主導地位的條件不變，中國就不可能形成一個充分發揮作用的要素市場<sup>10</sup>。蓋市場經濟必然是對自由經濟與公平對待的訴求的強加，同時，市場經濟的運行，將逐步使政府在諸多社會經濟領域中撤出，這意味著國家與社會的相對分離態勢，不再是奉行計畫經濟體制下國家與社會的高度融合<sup>11</sup>。伴隨著中國加入WTO，排

---

6 Jeremy Brooks Rosen, *China, Emerging Economies, and the World Trade Order*, 46 Duke L.J. 1519 (1997). *The Limits of the Rule of Law in China* (Karen G. Turner et al. eds., Seattle: University of Washington Press 2000).

7 Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, (New York: Russell Sage Foundation, 1975), P24-215.

8 John K. Fairbank and Merle Goldman, *China: A New History*, (Mass.: Harvard University Press, 2002), P419. Eric W. Orts, *The Rule of Law in China*, 34 Vand. J. Transnat'l L. 43 (2001).

9 由於傳統的理論及其宣傳中，共產黨是以公有制為執政的經濟基礎，從而與計畫經濟體制的合法性聯繫在一起，因此，意識型態的調整怎樣才能將自身執政地位的合法性與原計畫經濟體制分開來，這是在改革策略選擇中考驗決策者智慧的第一道難題。

10 Stoyan Tenev et al, *Corporate Governance and Enterprise Reform in China*, (Washington: The World Bank and the International Finance Corporation, 2002), P10.

11 鄭賢君，論我國憲政模式的走向，中國法學，總第 111 期，2003，21 頁。



斥政府對於經濟自由的干預，提高保障自由與公平對待的要求將越來越明顯。同時，市民社會的經濟往來越來越多發生於處於平等民事主體之間的狀態，而不像在計畫經濟體制那樣發生在不同所有制的當事人之間，加諸私有制企業的擴張，更衝擊著公有制企業版圖的壓縮，中國對於經濟體制的對應不能僅侷限於單純主觀意識下的認知<sup>12</sup>。因此，對非公有制主體的認真對待，給予應有的平等發展環境，成為二〇〇四年第四次修憲的側重點之一。亦即在堅持公有制經濟的基礎上給予高度青睞關注的同時，對扶持與公平對待非公有制也需同時並進。而更確切的核心焦點是，中國必須修正長期以來的體制框架，而非僅是在公有制的精神核心中，補上一點彩妝而已。

非公有制經濟的發展，從經濟體制改革以來，雖沒有受到法律與經濟上的支持，但卻不斷地成長茁壯<sup>13</sup>，促使中國在歷次現行憲法的修正中都得根據具體的發展情勢作程度上的調整，以呼應非公有制逐漸壯大發展的事實。基於對公有制作為社會主義的基本核心價值的認知，促使中國現行憲法從一開始便關懷於公有制企業之上，並對非公有制經濟的高度漠視，但公有制的蓬勃發展，不斷衝擊著憲法上體例不周延與不規範的現實，若僅是在既有的框架上做小規模的修補，確實已經接近了極限，以一次性地全新擬定憲法的必要性是該考慮的時候<sup>14</sup>。

## 二、一味強求於經濟體制的改革

中國經濟體制改革中反應在憲法條文的一項極為突出的表現，即是加重對經濟體制改革的規定，其所佔篇幅比重亦屬不小。具體經濟制度的不斷調整與變化本無可厚非，但是中國憲法中總是懷著一種青睞的態度來涵蓋這些歷來總是不穩定的內容，就不能不引起人們的重視。憲法中有關經濟制度很大一部份內容是造成憲法不穩定的潛在威脅，內容規定的過細與過量，影響著憲法的威信，削弱了憲法的法律性，這是中國憲法發展上的一個教

12 Jan Hoogmartens, *Can China's Socialist Market Survive WTO Accession? Politics, Market Economy and Rule of Law*, 7-SPG L. & Bus. Rev. Am. 37, 53-67 (2001).

13 從 1978 年以來，中國非公有制經濟突破意識型態的排斥和傳統體制的羈絆，從無到有，歷經坎坷，不斷發展壯大。截至 2005 年上半年為止，中國私營企業家數已達 398.4 萬戶，從業人員 4534.9 萬人，註冊資金 54295.2 萬元人民幣；個體工商戶 2396.8 萬戶，從業人員 4587.1 萬人，註冊資金 5557.4 萬元人民幣。2004 年，民營經濟上繳稅收已接近全部稅收 37%（相關數據參見 2005 年中國統計年鑑，中國統計出版社；中國工商管理研究，2005 年第 12 期）。這說明了中國個體、私營企業的非公有制經濟發展對於滿足中國多樣化的需求，吸收就業人口，增加中國財政稅收，促進中國經濟發展佔有重要且不可忽視的地位，同時也對於中國所有制的結構產生巨大的衝擊。

14 王文杰，中國現行憲法第四次修正評析，月旦法學雜誌，第 109 期，2004，252 頁。



訓<sup>15</sup>。幾乎每一次憲法的修正都是因為經濟體制的變遷所引起<sup>16</sup>，憲法中對於經濟體制的規定呈現著貼近於法律性質內涵，導致當經濟體制變化到一定的臨界點時候，就面臨著修憲的必要性<sup>17</sup>，否則難以呼應具體經濟發展的實質。

畢竟憲法要實現自己作為改革保證者的作用，就必須具有高度的法律效力，成為直接發生作用的法律文件。蓋改革的目標是使國家和法律制度能發生根本性的轉變，使其不再像改革前因為人治的因素讓國家陷入停擺的狀態。法律的作用儘管逐漸受到重視，但是法律關係「權利、義務」的結構卻一直著重於經濟體制改革本身，並沒有把重心轉移到公民及其活動之上，權利與義務關係的規律性被立法者模糊化，處於更有利的是國家及其行政機關，而個人則只是被動地限縮在被賦予的地位，連「請求者」的地位都是一項奢談。個人與國家的角色尚停留在「為了國家與法律制度的個人」而不是「為了個人及其利益的法治國家」<sup>18</sup>。法治與人治的爭論在改革之初漸漸得以平息，但是法制與法治的議題卻是新的角力走向。

## 參、強調經濟改革為訴求下的法制不均衡發展

### 一、經濟的烏籠鬆脫與政治的烏籠箝制

中國的改革係以經濟體制改革先行，因為這樣最容易立竿見影並取得共識。然而，審視中國經濟改革的歷程可以發現，雖然中國的經濟改革歷程也不斷出現起伏跌宕，但改革的基本線索卻是十分清晰，那就是中國在改革的開始係從改進經濟體制的微觀機制著手。因為長期來遭受扭曲的宏觀經濟政策環境和高度集中的資源計劃配置制度都是傳統計劃經濟體制中的深層次問題<sup>19</sup>，任何的改革措施觸及此一環節，都將是傷筋動骨地衝擊著既有體制的核心。因為社會主義計畫經濟體制由於國家所有制和政企合一的組織結構，任何重

---

15 王磊，憲法的司法化，中國政法大學出版社，2000，149-151頁。

16 1988年、1993年、1999年以及2004年中國四次憲法修正無不與經濟體制的變革衝擊既有憲法框架內容高度不適應的具體現實有所相聯繫。

17 從中國對於現行憲法修正的實際情況看，四次憲法修正案共修正三十一條，其中對憲法序言部分的修改有五條，對憲法本文修正的二十條中，「總綱」一章便佔了十六條，其中涉及對經濟制度的規定所作的修改就有十四條。

中共歷次修憲都是因經濟體制變遷所引起，實乃憲法的修正很大程度係為呼應過去體制改革變遷的追認。進而歷次的條文修正變動都圍繞著以經濟體制的改革為主所致。

18 王文杰，嬗變中之中國法制，國立交通大學出版社，2004，129頁。

19 林毅夫、蔡昉、李周，中國的奇蹟：發展戰略與經濟改革，上海三聯書店，1995，150頁。



大的經濟決策同時也是一個政治問題，這往往需要最高政治決策者來決定<sup>20</sup>。同時，一併將政治層面納入改革，則包括在意識型態與政治利益上都會遭遇極大的挑戰<sup>21</sup>。

一個經濟在舊體制下的增長率越低，越是趨向停滯，人們對舊體制越是不滿，感到還有什麼既得利益需要保護的人越少，改革的阻力越小；反之，若一個經濟仍在成長，改革舊體制的阻力就較大。這可以解釋為什麼前蘇聯與東歐國家多年來的改革一直沒有實質性的進展，結果在舊體制運行七十年之後日益僵化，經濟日益趨於停滯，舊體制被以激烈的方式推翻，並獲得公眾的普遍擁護。中國在一九七八年改革開始的時候，舊經濟體制下仍能以10%以上的速度增長，在這情況下，社會不會產生激進的反對動機與要求<sup>22</sup>。正因為以經濟體制改革為中心，改革以高度追求經濟成長為目標，犧牲或進而忽略了其他社會環境與人民需求，這造就了日後發展的傾斜與不均衡的源由。

中國經濟體制改革的步調長期以來係由政府所主導，促使改革政策是在沒有進行政治自由化的背景下所採取的。基於此，法律的制訂以涉及經濟方面佔多數，其法律內涵也更濃厚地展現出以行政為主導的趨勢。這樣的設置也許在改革開放之際符合快速立法的需求，也讓執政的共產黨得以輕易操縱，殊少能對法律本身的影響作出慎重評估，但即使在確立市場經濟體制之後，立法顯然仍是由政府所主導，而未與市場主體參與者有過多的徵詢與意見參考，這很大程度也是會造成政府與市場主體的對於法律認知的巨大落差，這很大程度上影響著中國法制的發展。

在改革開放以來，中國領導階層在追求經濟改革之際，也集中關注於「變法」問題，以改造中國，以使中國能夠成為一個現代化國家，正是這樣一個強調現代化的過程中，法律的主要作用是並非以確認社會秩序為主軸，而是作為一種類似「建國方略」的思維。法律所扮演的角色，就是推進現有社會秩序的全面改造與重新構建。這意味著，這種法律體系的建構與作為現代化國家的重建與國家權力的必要擴張結合在一起<sup>23</sup>。這也說明，法律體系中強調於行政管制之上，缺乏於對社會秩序的訴求，在立法者的意識上具有濃厚的力求用國家強制力來賦予管制本身的正當性。

在中國，經濟的發展是先行於法律制度的創建，同時改革的進行也多了一份政治的思

20 周冰、靳濤，經濟體制轉型方式及其決定，中國社會科學，總151期，2005，74頁。

21 在改革開放以來的體制變遷中，整個社會都是放權讓利的受益者，因此當微觀的體制改革和資源配置制度的改革與傳統的宏觀環境發生衝突時，產生在制度上的不適應時，儘管行政部門傾向於選擇行政性收權的方式，但這種做法很難得到支持，而往往不得不將改革進一步深化到宏觀政策方面。中國的法律制度漸進改革正是在這種機制的不斷作用之下展開，並在邏輯上具有不可逆性。

22 王文杰，前揭書，同註2，41頁。

23 蘇力，道路通向城市—轉型中國的法治，法律出版社，2004，96頁。



維在其中，與傳統西方主流經濟學視制度為既定的，在這個前提下，使得經濟學的研究的主要任務是研究稀缺資源的最佳配置和福利的最大化。而中國歷來重視制度作為生產關係範疇對於生產力發展的作用，並將制度歸結為上層建築，具有鮮明的政治色彩，把制度變革看待為一個政治演進的過程<sup>24</sup>。畢竟，對於社會主義計畫經濟體制的中國，由於國家所有制和政企合一的組織結構，任何重大的經濟決策，其本身也是政治問題。因此，制度的變革雖然隨著經濟體制的逐步開放，便是在作為規範制度的法律其本身卻是相當的保守，亦即放開鳥籠的經濟發展並不意味著法律的發展也跟著採取鳥籠式的鬆脫<sup>25</sup>。

## 二、以管理為本位的經濟立法

計畫經濟體制所塑造出的法律觀念強調以義務為核心，似乎義務是對國家的奉獻，加諸共產黨的道德觀念是多奉獻、少索取。因此，長期以來權利意識受到高度壓抑。在高度行政管理的體系下，管理本位的法律條款與實際運作抑制了對權利意識的抬頭。在上世紀九〇年代，市場經濟明確提出權利本位的觀念：權利是基礎、權利是動力、權利是目標、權利是利益機制，沒有權利的自主享有、行使和保護，便沒有市場經濟。中國在確立市場經濟體制發展後，對於經濟性法律的需求與規範有著迫切性的需求，有關經濟性法律的立法，於焉大量展開。但基於中國本身在市場經濟運作的經驗欠缺，以及與國際社會的交流日益擴大，其法律條文表徵比改革開放初始更顯示出濃厚繼受外國法律的痕跡。但是在實際的具體內容上卻還是以反應計畫經濟體制下的管制為特徵，遵循權力服從關係，以不平等為基礎，以保證政府進行有效的經濟行政管理為其立法精神，促使法律制度的規範只是表面涉及市場經濟運作所需法律數量的擴張，制度內容卻未跳脫於行政管制的框架，而保持著一股計畫管制和非民主的特點。

現代社會中對於個人經濟發展與自由的呈現，無不與國家在提供相應政治、經濟、社會和文化條件所做的努力和渠得的成就有關，但是國家對於社會資源的控制力的增加，尤其是行政管制的膨脹，轉而容易成為對法律制度正常運作的威脅<sup>26</sup>。體現規律性的法律具有長期的穩定性，而單純體現立法者意志的法律規範，通常會隨著立法者意志的轉換而經

---

24 程偉，計畫經濟體制國家轉軌異同及其績效，經濟社會體制比較，總第 115 期，2004，35 頁。

25 Stanley B. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao* 102-137 (Palo Alto: Stanford University Press 1999); Katherine Topulos, Book Review, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, 28 Int'l J. Legal Info. 565 (2000).

26 梁治平，法治：社會轉型時期的制度建構，收錄於許傳璽主編，中國社會轉型時期的法律發展，法律出版社，2004，70-71 頁。



常變動。儘管法律越為彰顯其作用，但是在法律制度上賦予管理者過大的管制，往往造就了行政機關介入市場的基礎。隨著經濟發展日益加深之後，越為顯現出其與市場經濟之間的格格不入<sup>27</sup>，弔詭的是，企業與政府在市場的運作加深之際，已經處於兩種不同的體制之中：企業早已在市場經濟中運轉，而政府管理企業卻基本上延續著計畫經濟體制的管理原則和框架，仍然置身於市場之外<sup>28</sup>。

當中國加入 WTO 之後，涉及市場承諾以及國際貿易的規範約束之下<sup>29</sup>，便鮮明地突出過去那種立於主觀行政管制的法律內容必須再投入立法機關作修法的程序。蓋與現代市場經濟相適應的法律制度，決不是給行政命令披上一層法律的外衣就可以解決市場經濟發展的需求，也並不意味著法律的制定僅在數量上的增加，便代表著中國經濟改革的決心，更不能片面地以令行禁止、嚴刑峻罰的法律強制力為追求目標<sup>30</sup>。因而，在市場經濟體制之後這些領域的法律中已經不適應於實際發展的需要，甚至阻礙了市場經濟的發展。

從改革到二十世紀的九〇年代初，可以看成中國發動經濟體制改革以來的第一階段。此一階段最主要的理論爭論是保持計劃經濟或是朝向市場經濟。當「社會主義市場經濟」上升到憲法位階之際，朝向市場經濟的法律制度內涵的設計或是建構，必然會有所調整並適應市場經濟發展的需求。在這些變化中，法律精神的體現與具體制度的變遷將會跟隨著進化。自從市場經濟在中國被提出之後，讓人們理解到市場經濟的法律應先體現市場經濟的規律，而不是立法者的意志。背離經濟規律而片面強調立法者願望和意志所制定出來的法律，僅會給經濟帶來破壞性的惡果，這一點已經有不少的歷史教訓。還給市場經濟法律一個客觀規律的本性，這是市場經濟法律的第一要義。

市場經濟的法律不僅在於體現規律的本位，還在於與國際經濟的交流和互動。因此，

27 例如為鼓勵創造發明，促進科技進步和經濟發展，以及開展對外的科技交流與經貿往來，中國在 1984 年 8 月頒布專利法。但是相關法律涉入太多行政管制行為，甚至賦予行政機關不當的撤銷權；未能依照專利的屬性作規定；同時依照所有制屬性作為專利權人的歸屬；加上中國加入國際公約的相關要求等等，促使中國在 1992 年 9 月和 2000 年 8 月做了兩次修正。有關中國專利法修正的背景說明，詳參見高盧麟，關於中華人民共和國專利法修正案（草案）的說明，全國人大常委會公報，1992 年第 5 號，47 頁以下；姜穎，關於中華人民共和國專利法修正案（草案）的說明，全國人大常委會公報，2000 年第 5 號，502 頁以下。

28 何清漣，現代化的陷阱，今日中國出版社，1998，101 頁。

29 參見 Gregory Fennell, *The People's Republic of China's Ability to Comply with the Standards Mandated by the World Trade Organization*, 21 N.Y.L. Sch. J Int'l & Comp. L. 613 (2002); Karen Halverson, *China's WTO Accession: Economic, Legal, and Political Implications*, 27 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 319 (2004).

30 季衛東，當前法制建設的幾個關鍵問題，中國法學，總第 53 期，1993，19 頁。



一九八〇年代在法制恢復的期間，立法上濃厚地塗抹上具有「中國特色」色劑的法律，在面臨與走向國際社會的時候，便必須將其再度推上立法殿堂進行清除中國特色的相關規定。這也說明，何以中國在一九九〇年代末期以來，整體立法工作反而側重於修法之上，以及重新建構過去因經貿體制遲緩展開所需要的新法律之上。

## 肆、過渡模式發展下的法制

### 一、分批零售的立法模式

中共十一屆三中全會對於法制發展強調貫徹執行「有法可依，有法必依，執法必嚴，違法必究」，這幾乎成為中國在改革開放以來法制發展的基本方針。相較於改革前法制發展受到政治運動的破壞，在法制逐步恢復的過程中，其重心更在於「有法可依」。一九七八年底，鄧小平針對當時百廢待舉，立法工作量大，人力不足，而對於法律的制定提出「法律條文開始可以粗一點，逐步完善。有的法規可以先試搞，然後經過總結提高，制定全國通行的法律。修改補充法律，成熟一條就補充一條，不要等待成套設備。總之，有比沒有好，快搞比慢搞好。<sup>31</sup>」這幾乎成為在改革開放這一時期的立法方針。由於立法精神採取「成熟一個制定一個，宜粗不宜細」的原則，間接地說明中國在法制發展係採取較為審慎的態度，也因此導致法制的建構是一種保守的傾向，促使在立法政策上不可避免地帶有濃厚的傳統色彩和過渡性質。這是一種如何將逐步形成的法令拼裝成為一個完善法律體系的過程，法律體系又是如何從實踐中累積具體可行的運作模式。

受「宜粗不宜細」立法原則的影響，不僅造成立法遠遠落後於實務上運作的需求，更造成許多無法可依的法律「真空」<sup>32</sup>。正因為宜粗不宜細的精神，使得法律內容過於抽象、粗略、概括、缺乏可運作性，甚至使法律在頒布實施之際便變形走樣。

中國在立法規劃採取「成熟一個，制定一個」的方針，而何謂成熟？幾乎操之在立法者的認定之上，而非推動市場經濟的實際需求，致使在立法者與實際適用法律者之間，對於法律的態度存在不同的認知態度<sup>33</sup>。同時，在法律之間的統屬聯繫與互動亦未有過多的

31 參見中共中央文獻編委會編，鄧小平文選第二卷，人民出版社，1983，147頁。

32 八〇年代，中國的立法係為採用「分批零售」的方式進行，以符合其漸進式的改革需求。在九〇年代以前，一些基本的市場法律公司法、反不正當競爭法、票據法、銀行法、擔保法等等未見立法，亦可說明其經濟體制的發展未見相關需求。也呈現出立法往往滯後於經濟的發展在法律適用上的真空顯例。

33 在1982年以來的憲法，全國人大以及全國人大常委會均為憲法上所定有權之立法機關。其中全國人大以制訂和修改刑事、民事、國家機構和其他的基本法律（參見中國憲法第62條第3款）。由於全國人大每



通盤考量，而使法律的適用常窒礙難行。這是中國強調於有法可依所遺留的弊病，再加上經濟體制改革的初始是在逐步鬆動計劃經濟體制結構下，促使立法的內容無可避免的地要對既有體制的反應考量。

對於當代中國，制定法律建構一個為經濟體制改革所用，最具有支配性力的一個因素能就是在於朝向「現代化」<sup>34</sup>。現代化不僅是中國改革以來的首要目標而且也是主導著改革以來法制發展的基本思路。有法可依並推向現代化的交錯背景下，中國嘗試以國家的權力來加速改造，法律的制訂幾乎是一個最為便利形成規則的方式。促使大陸（尤其是在一九九三年以來）傾其全力將法律案一個一個地從立法機關中生產出來。問題在於一旦把法律的建構等同於立法，卻導致於一方面大量的法律制訂和頒布，執法機構相對地膨脹和增加，而另一方面法律的運作難以施行，難以進入實際的社會生活，便難以成為真正的規則，甚至於破壞了社會中正在成形的生活規則。這種缺乏於對具體問題的細緻分析，僅求於對法制的全面鋪陳，造就的問題將遠遠脫離於具體現代化的目標。

中國在改革以來至今，對於法律制度的營造，最初在於文化大革命無法狀況的反思與教訓，此後在於對建設現代化國家的訴求，而一直處於一個大規模的立法狀態。但是，迄今為止，中國的法律很大程度上依舊是一個主要經由某些「技術」或「工具」而連接起來，形成為諸多矛盾與衝突的集合體，亦即更多在於關注特定的功能而不注重於對法律制度本身之性質所賴以為憑作為正當性的先決條件，更多關注於法律規則之間的面面俱到和數量，而較少專注於基本原則，更多在於法律觀念和邏輯，而缺少於整體法律發展的方向，具體適用上由常常缺乏效用規則<sup>35</sup>。

---

年僅集會一次，加諸一般具體議事事務，尤其所制訂或修改的法律為數並不多。因此，改革以來中國立法的重心幾乎都在全國人大常委會之上。而對於1954年的憲法，全國人大常委會擴大的職權包括：有權制定除應當由全國人大制定的法律以外的法律；在全國人大閉會期間對全國人大所制定的法律在不同該法基本原則相抵觸的前提下，進行部分補充與修改；解釋憲法、監督憲法實施；審查和批准國民經濟和社會發展計劃、國家預算在執行過程中所必須作的部分調整方案等（1982年憲法第67條第1款至第5款）。問題在於，全國人大常委會在改革以來扮演著推動法制建構的重要角色，但與此同時，這個歷屆以來僅由不到200人所組成的立法機構，姑且不論其選任程序是否具代表性、對立法工作是否嫻熟、其在立法過程中都濃厚受到國家經濟改革意識的控制，致使立法工作是一種由上而下的貫徹，缺乏來自具體適用法律者的回應。這也造就了法律制度的框架與內容操之在國家的控制上，經濟發展雖逐步擴大，但經濟的界線還掌握在國家的管制之中。

34 在近代中國以來，並不缺乏「現代化」這個詞彙。五四運動有過，顯然沒有成功，是以在每個時期不斷出現。這個現代化所具有的時間和進步的觀念—在設定的時空環境上要繼續的進步—有強烈的政治意義。或許對於中國的現代化往往建立在一個功利的關係上一要有用，不論對自己或社會能夠更好，這與西方標榜的現代意識有許多的不同。

35 鄧正來，中國法學何處去（上），政法論壇，總121期，2005，5頁。



中國在改革所面臨的問題，不是在於改革的思路和規劃是否已經具備，而是缺少評價和篩選規劃的機制，缺少能夠指導各種法律制度建構，真正可以稱之為理論的理論，以及在政治結構中缺乏科學決策的程序。致使在進行法制恢復的立法中採取成熟一個制定一個與宜粗不宜細的模式。從而在這個思路之下所制定出來的法律在條文中停留在綱領、口號、政策、宣言的層面上，法律空洞無物，難以實施，許多條文與其說是法律，倒不如說是部門的政策宣言，人們僅看到國家對於相關法律的政策態度，看不到具體解決問題的措施<sup>36</sup>。在一九八〇時期中對於立法態度採取「成熟一個制定一個」、「宜粗不宜細」的作法，對於法律的嚴密性和系統性往往形成一個制度性的缺陷，致使法律中空白條款過多，法律內容過於原則；經濟改革逐漸加深之際，相關立法也呈現滯後的情況，無法適用於新型態經濟發展的現實需求<sup>37</sup>，致使授權立法與司法解釋的問題成為中國法制中一個極為突出的發展內容。授權立法的現象過多容易使行政機關有過多的行政裁量權<sup>38</sup>，司法解釋的不斷擴充，使最高人民法院的準立法職能加大，這又對於法制的健全發展形成一個障礙。

## 二、漸進式的法制發展—在事實與規範之間的反思機制

中國在建構法制的過程中，常出現作為臨時性過渡措施的暫行法，其本質上在於時間的檢驗。雖然暫行法中也存在根據試錯經驗進行反思與修正的契機，但是其重點並不在按照一定的目的進行實施效果的比較研究和嚴格的檢驗方面，而在於經過一段時間的施行之後，是否具備了解除其暫行性或者廢止暫行法本身的條件。

暫行法、試行法與一般性法律的主要區別不在弱化實質性的約束能力，而在迴避那些使法律修改必須經過一定條件和程序，讓其有形式的可變性。這回應了漸進式改革的需求。但不得不指出，通過減輕法律改廢的要件而加強暫行法、試行法的可變性做法是

---

36 蔡定劍，危機與變革：轉型時期的法律，收錄於李楯編，法律社會學，中國政法大學出版社，1999，329頁。

37 例如 1989 年山東省高級人民法院對山東莒縣酒廠控告文登縣酒廠仿冒瓶貼裝潢一案，係為中國第一例明確對不正當競爭行為追究法律責任的案件，由於當時反不正當競爭法（1993 年 9 月）尚未頒布，乃適用民法通則第 4 條「民事活動應當遵循自願、公平、等價有償、誠實信用的原則。」作為法律依據加以判決。本案例詳參照中國最高人民法院公報，總第 23 期，1990，90-91 頁。

38 這種「授權立法」的宣示某種意義在於立法權的下放，使得對於社會關係的變動，可以用不同於常規的法律手段加以處理。授權立法固然可以與時俱變地因應實際發展的彈性需求，但從一個傳統的觀念出發來看，制度調整或變遷的基礎必須由立法機關予以首先肯定，行政、司法部門只有在立法者確立的規則框架下活動才具有正當性(legitimacy)。然而中國行政權的運作現實中並沒有接受這種觀念的約束，二十幾年來的改革計劃多數是在行政部門的首創下完成的事實，足以說明這一點。而授權立法的存在因經濟發展所需要的彈性讓行政立法又得到合理的法源根據。



要支付社會成本的，其代價就是實際上存在的包括「執行難」等問題在內的法律效力的下降<sup>39</sup>。

中國經濟體制改革及對應於經濟體制改革的配套法律制度，一開始並不是在全國性範圍內同時推開的，而是每一項的改革措施都是從小範圍的試驗開始，在取得成果並進行總結的基礎上加以局部推廣。這種方式也意味著中國法律制度改革的局部性特徵，無論是自下而上自發式的改革措施或是由政府推行的改革措施，這種試驗推廣的特徵都存在<sup>40</sup>，尤其在一九八〇年代期間最為明顯。

從歷史上看，改革一般是通過兩個基本方式來實現的：第一，部分人自發追求個別利益的行動導致舊的權利結構的自然調整；第二，通過法律或政府命令強制地修改舊規則<sup>41</sup>，實行新規則。在實行全面性指令性計畫的社會主義國家，其基本的原則是在於限制各種自發性活動，因此，以第一種方式推動改革與其制度基礎不相吻合，因為改革的每一步都會引起尖銳的衝突和紊亂。但是由於禁錮體制下的信息嚴重不足和即使在有限的目標內仍然存在嚴重的利益和意見的不一致，完全用第二種方式來啟動改革，往往又意味著裹足不前。促使中國在一九七〇年代末期，所展開的經濟體制改革採行以放為主和摸著石頭過河的策略實際上是這兩種方式的特殊結合<sup>42</sup>。亦即決策者有意識地默許或允許局部的越軌行為，有意識地為第一種方式的制度變遷開關道路，在改革所帶來的變化已經降低了信息成本和形成新的利益格局之際，再用第二種方式來加以確認和推進。由於這種模式減低了在改革中所可能會衍生的障礙，進而使法制的恢復或重新建立的時候，得以循著主其事者所樂於見的方式進行。

### 三、法制建構滯後於經濟發展的窘境

中國經濟改革採用漸進式的策略，也是改革初期的政治經濟特點所決定。畢竟，一個突變性改革的實現需要有一個明確的目標，由於缺乏其他國家的經驗可以借鑑，再加上政治因素和意識型態觀念上的爭論不休<sup>43</sup>。對於法制正處於恢復時期的中國，起步之初不可

---

39 季衛東，法制秩序的建構，中國政法大學出版社，1999，161頁。

40 前者如在農村極為成功的家庭聯產承包制，後者如經濟特區的創建。

41 參見林毅夫，關於制度變遷的經濟學理論：誘導性變遷和強制性變遷，國務院農村發展研究中心發展研究所發展研究報告，第3號，1988年。

42 華生、張學軍、羅小朋，中國改革十年：回顧、反思和前景，經濟研究，總247期，1988，11頁。

43 自1970年代末期以來，中國也經歷過至少四次的曲折政經觀念的論爭：第一次是關於「兩個凡是」與實踐是檢驗真理標準的論爭；第二次是關於農村實行以「戶」為主的土地聯產承包制，到底是社會主義還是資本主義生產經營方式的論爭；第三次是關於社會主義經濟，到底是市場經濟還是商品經濟的論爭；



能馬上一攬子地推出，加諸經濟體制改革方向儘管確立，目標卻不可能在短期內速成，致使經由暫行與過渡模式的摸索是一個最為經濟且所會衍生的錯誤相較是最少。

但改革開放之際，中國無論是在政治結構還是經濟體制上都沒有像今天這樣迫切地感受到對於國有經濟、金融體系、財稅制度、社會保障系統等重大問題須進行徹底改革，現在中國所遭遇的問題，正是以前推遲進行某些重要改革所產生出來的弊病<sup>44</sup>，而面臨此一巨大轉換，法律制度所呈現出來的適用、角色扮演以及過度強調分批零售的模式只是更行阻礙具體發展的需求。同時，中國朝向市場經濟體制轉軌，但是市場不可能在真空中運作，它需要在只有政府才能提供的法律和規章制度框架下運作，要使市場經濟更有秩序的協調，那麼法律制度的完善規劃與執行確實是中國所必須認真對待的事務，而不是將法律做為配合政府施政的工具。問題是，改革以來的中國缺乏市民社會的傳統，市場經濟亦非土生土長的，促使法律制度的形成本身並非「自然」的，主要歸結於政府的推進。法律體系的建構，法律制度的目標確立與實現，基本上都是政府推動的結果。這一本身所帶來的影響在於中國缺乏法制傳統，政府主導有吞噬市民社會的傾向，而卻又希望政府自覺地革除這些傾向，選擇一條法制之路<sup>45</sup>。

法律規則要求有良好的法律，有對這些法律的需求的對應，有將這些法律付諸執行的體制，但即便是在十分良好的法制環境中，法律的設計、執行也並非易事。對於體制轉軌的中國而言，這項任務更為艱鉅，因為在這種經濟體制中，政策爭論仍佔主導地位，政治壓力大，市場機制的經驗幾乎為零。如果良好的法律得不到通過，那麼它給整個法律體系帶來的代價就會超過個別法律錯誤的代價。如果獲准通過的法律有嚴重的不連續性及不確定性，給社會弊端大開方便之門，這樣無疑會加重公眾對法律的嘲諷及不信任。這正是立法方針以分批零售所帶來的實際困境，然而經濟的高度發展需求於更具體與更精確的法律以為規範，僅以立法者主觀規劃於法律的擬定與進展，更使法律規範滯後實際的經濟發展本身，使得經濟發展在沒有吻合實際需要的法律作為支撐，也難使經濟發展得到更充分援助。

尤其在中國加入 WTO 之後，除了不符 WTO 架構規範的法律逐一送進立法機關進行修

---

第四次是關於社會主義是否要實行市場經濟的論爭。參見楊啟先，關於進一步加快國有企業改革的思考，中國工業經濟，總第 94 期，1996，22 頁。

44 中國的國有企業、金融體系、財稅制度、社會保障體系等改革都是艱鉅性的，因為存在許多問題，為了「穩定」，推遲改革就成了最容易作出的決策。但推遲改革並沒解決問題，而是使問題更加複雜，然而就在推遲改革的過程中，卻交織著許多交易，更暗藏許多腐敗的行為。如果在改革面前躊躇不前，不僅沒有解決問題，反而導致制度僵化，進一步拉近了與腐敗的距離。這是橫諸在新一階段發展的困境。

45 宋功德，行政法的制度變遷，收錄於羅豪才主編，行政法論叢第 4 卷，法律出版社，2001，82-83 頁。



正外，新的經貿型態所需的法律需求必須制訂與頒行，使得法律制度的建構不能僅循執政者主觀意識的考量，否則僅是加劇法律與經濟發展之間的失調<sup>46</sup>。

## 伍、內外有別區分適用的對待

### 一、內外資分別立法的雙軌制模式

一九七〇年代末期，中國啟動經濟改革之際還是停留於計畫經濟體制的背景之下，但是改革除了對既有經濟體制的逐步調整之外，另外一個同時並進的作法便是以吸引外資來帶動經濟發展。歷來中國對於開放外資政策，一直定位於兩個基本目標：一是引進外資，以彌補其基礎建設資金的不足；二是借助外國資金的流入促使國際先進技術的引進<sup>47</sup>。

由於中國對於外資的引入，是在既有經濟體制之外的嫁接作為促進經濟發展的一項誘因，其本身是一個全新的發展，也促使中國在外商投資企業法的立法從一開始便採取對外、對內區別的立法模式，亦即對其國內企業的投資關係由其國內經濟法規加以規範，對於外商投資企業的投資關係由涉外經濟法加以調整，從而形成對不同的主體，同一個適用對象（例如租稅、勞務、設立程序等）卻制定出兩套不同的法律、法規並存的「雙軌制」立法模式<sup>48</sup>。

中國對於外資企業的雙軌制立法模式，考量其背景因素在於：對外吸引外資的投入是伴隨著經濟改革之始的腳步而來，然在於經濟改革之初中國本身並無一套完善的立法規劃。因此，對於外商投資所涉及的相關規範，與其所需要的配套法規因與其既有的企業不同，致使需有另外的立法以為因應；再者，對於外商投資企業的立法內容不僅僅在於其涉外身份的因素，同時還在於外商投資企業的法規中，中國有不同於其對國內企業的優惠措施所致。正是這種優惠措施的引導，也促使中國在地域經濟發展的不均衡。例如，在沿海地區與經濟開放城市，外商投資企業所得稅率僅為 24% 或 15%，在此之外為 33%<sup>49</sup>，使得

46 Cao Jianming, *WTO and the Rule of Law in China*, 16 *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 379 (2002).

47 董德志，關於我國外資政策目標的重新定位與思考，國際貿易問題，總第 220 期，2001，44 頁。

48 就中國經濟改革的歷程中，漸進式改革的模式「雙軌制」事實上一直是成為體制改革轉換過程中普遍採取的形式，諸如勞動就業體制、所有制結構、社會保障體系和住房改革等等，其中對於對外商投資企業也是如此。這種雙軌制的基本思路在於：舊體制中「存量」暫時不變的情況下，在「增量」部份首先實行新體制，然後隨著新體制改革所佔的比例不斷增加時，才逐步改革既有的規範，最終向新體制的全面過渡。樊綱，九十年代後期仍將是漸進式改革唱主角，第 6 期，1995 年，4 頁。

49 參見外商投資企業與外國企業所得稅法（1991 年），第 5 條與第 7 條。相較於中國內地企業的所得稅率



外資有高達八成比重投資於東南沿海，加劇了地區間的經濟發展失衡，中西部的發展顯得更為滯後，這不僅僅在於地區基礎建設與市場環境本身所致，還在於法律的引導所形成。在改革開放之初，中國本身就是處於一個計劃經濟體制的背景環境之下，行政機關主導著一切的管制行為，面對外商投資企業的管理，亦復如此。中國對外商投資企業的管理思維採用一種限縮的方式，其產生的特殊背景因素在於：中國在剛剛放棄閉關鎖國的政策之際，急需要外資的引進，但又心存頗多疑慮，因此，在外資立法上設計出一種較為容易控制的「安全閥」，並輔以行政審批的方式，加重行政機關對其的掌控<sup>50</sup>。

外商投資企業法制雖帶有投資者涉外身份的針對性，但其本身就是一部具有鮮明公司組織法的性質，但中國對於規範完整商事組織行為法的公司法卻一直到一九九三年底才正式頒布<sup>51</sup>，這充分說明，中國在外商投資企業立法之際的「工具」考量，並突出與其內地企業法律體系之間存在一個極不相應的事實。

內外有別的立法模式雖讓中國當局利於外資管理，但實際上造就了外資在中國投資成本的提升，例如，外商投資設立成本、職工待遇與保障等等。儘管中國外商投資企業法制中，其適用對象有其身份的特定性，且在內容中吸收與借鑑一些現代化商業組織的基本規範要素，但是其本身仍存在諸多不合理的地方，致使外資在進入中國投資之際適用上常感到窒礙難行，或投資權益未受到基本的保護。這些問題突顯在<sup>52</sup>：投資總額的作法導致外商投資企業信用過渡膨脹<sup>53</sup>；禁止減少註冊資本；註冊資本的構成形式缺乏合理的限制；董事地位不明確；投資者地位不受太多的保障；董事經理等公司主要負責人的義務約束不多等。

---

一律為 33 % 而言（中華人民共和國企業所得稅暫行條例第 3 條，1993 年），外商投資企業在稅率上的優惠更為凸顯。

- 50 中國對於外商投資企業之所以以「有限責任公司」作為主要的組織形式取向，在於計劃經濟體制階段本身對外國的公司慣例與運作尚不熟悉，採用股東人數穩定、組織機構簡單的有限責任公司組織形式，較有利於中國本身的合作對象，同時經由行政審批等程序也便於主管行政部門對於外商投資企業進行掌控。
- 51 儘管公司法對於商事組織的規範有比外商投資企業法來得具體，但是僅作為中國內地企業適用，並立於對外商投資企業的補充地位。由 1993 年公司法第 18 條的規定便可知其互動關係。在 2005 年 10 月 27 日，中國公司法作了一次貼近於實質性立法的全盤性修正，新法在第 218 條對於公司法與外商投資企業法體制之間的適用情形仍然如此。
- 52 王文杰，中華人民共和國外商投資企業法的發展新動態，月旦法學雜誌，第 14 期，1996，76 頁。
- 53 例如 1988 年 1 月，中外合資經營企業合營各方出資的若干規定，以及 1987 年 3 月，關於中外合資經營企業註冊資本和投資總額比例的暫行規定，使得外商投資企業註冊資本得以分期付款，在投資總額和註冊資本之間的比例規定，讓外商投資企業在註冊資本到位較為寬鬆，亦容易造成註冊資本不實的狀態。



## 二、市場誘因與市場准入的反差

對於外商投資企業法律制度在中國法律體系的建構上，以一九七九年中外合資經營企業法的頒布作為發軔，由此建構出外資進入中國投資的相關法源依據。隨著中國市場經濟改革的加深，外商投資的不斷擴大，加諸以廣大的市場潛力、廉價的土地成本、勞動力成本和租稅優惠交錯的吸引之下，中國市場所展現出的不是一個潛在的誘因，而是就在眼前的一種吸引，同時外資法律中亦有諸多優惠措施，例如上述所及之租稅優惠、享有內資企業所不具有的廣泛經營權、進出口權等等。儘管如此，在計劃經濟體制背景下所頒布的三個外商投資企業法及其實施條例或細則，也因為相關內容以反應當時經濟體制作為考量，已不符現行中國經濟體制發展的實際內涵，甚至阻礙了外商在中國投資的進一步發展與擴大。

中國對於外資企業法制的立法思維是建立在國家高度管制的基礎上，對外資的吸引又缺乏經驗，致使外資企業之立法所呈現出來的是高度的行政強制管制。這是一種以維護公共經濟利益作出發，而實行帶有「公法」性質的法律管制，在相當程度上具有計畫經濟體制的色彩<sup>54</sup>。而外資立法經驗的缺乏導致法律的規定只能以概括抽象的文字呈現，多為「宣示性」條文，市場准入的規定為數不多，儘管如此得以包容改革啟動後所面臨外資的問題，但是這卻也充分體現中國在改革初期，法制復甦不是採行有系統發展規劃的窘境，而讓外資在中國的法律適用往往無所適從，而添加不確定因素。其法律規範的不足完全可以理解，然外來投資者所處母國基本上都有一套相對完善的法律體系，進而也希望中國也能建構出一套透明、可預期的外資法律體系以為應用，否則僅以市場作為誘因，而欠缺完善法律體系是難以奏效。

對於中國而言，如何定位於政府的作用，似乎比任何一個國家都來得複雜。一方面，作為一個改革開放的發展中國家，其市場運作機制的經驗正在摸索，因而政府有扶植市場發育的責任，並在市場成長起來之前，代替市場完成一些經濟活動。另一方面，中國政府長期以來推行中央經濟體制，不僅習慣於干預，而且是直接控制於經濟運作的一切，在外資的立法上亦是將這種思維展現在法律條文之中，例如內外匯平衡的制約，限制了外商市場准入的門檻，進而減低了其投資意願；原產地條款使得外商的經營與產業發展無法得到充分的自主權<sup>55</sup>。

54 徐崇利，中國外資管理立法的轉型，法學家，總第 85 期，2004，153 頁。

55 詳參見王文杰，中國外商投資企業法制之修正與評析，中國大陸研究，第 46 卷第 5 期，2003，110-112 頁。



外資在促進中國經濟改革的發展，扮演著極大的作用，甚至是經濟增長的發動機之一，有其不可忽視的作用。促使吸引外資長期來一直列為「國策」加以對待<sup>56</sup>（例如憲法第十八條），但是外資對於具體法律上層層的管制並未具有高度信心，差異性的立法和待遇使得公平競爭無法落實，更形成不同區域的均衡發展<sup>57</sup>。形成欲以外資帶動經濟成長的動因，卻因法律的管制而讓外資對進入中國猶豫不決。

中國的外資立法顯現出高度行政管理與控制，但是外資的發展也因為中國加入 WTO 國際組織之際，顯得與國際經貿存在諸多的衝突，被迫必須修正相關不合理的法律條款，以及更多加入 WTO 所做的市場開放承諾作為對應。如此也造就中國欲以市場做為吸引，但是限縮性的規範與濃厚的行政管制，僅是引起更多外資的不信任，欲加入國際市場卻又必須以調整過去不規範的法制作為因應。同時也顯示不能再以主觀既定的模式面對融入國際規範下的客觀現實。

## 陸、程序正義運作與法學教育發展的悖離

### 一、法院體系的地位差異和低度品質的法官

對於一個體制轉換的國家，往往需要建立一個強而有力的機構，以將其頒布的法律從理論變為實踐，這個明顯的機構便是法院制度（或是司法體系）。

文化大革命中對於成文法典的廢棄，將「資產階級法律機構」的法院關閉，給中國人民以及中共領導人提供了一次慘痛的「法學教育」。要實現現代化，法律制度的完善是所不可或缺的一環。因而，在逐漸恢復法律制度時，最迫切需要的是恢復在一九七八年以前

---

56 在二戰之後，世界一體化的進程不斷加深，對外開放已成為當代經濟發展的主流。創造「東亞奇蹟」的各國，在經濟發展的道路逐步形成出自己的發展模式，概括起來可以分為兩種類行：一是以日本為代表，其以出口作為經濟成長的推動力，是屬於外貿主導型模式；二是以四小龍為代表，通過引進國際資本來推動出口成長和國內經濟成長，屬於外資主導型。中國在改革開放以來的發展，很大程度是這兩種模式的經驗借鑑。但是，一定的發展模式與其國內經濟社會條件和所處的國際環境密切相關。吾人以為，中國經濟成長更多在於對於外資的引進所造成。但是，在 1997 年之後，亞洲金融風暴的影響，引進外資也受有挫折，若是繼續將經濟復甦寄望於出口和引進外資，而忽視本身經濟成長的真正基礎和中長期規律，將不利於經濟的復甦和可持續的發展。因此，「內需發展」是中國在 1997 年之後所以衍生的另一條主軸。進一步可參照陸定、張永鎔，我國對外開放模式的第三種選擇，國際貿易問題，總第 217 期，2001，20 頁 1；朱鎔基，政府工作報告，全國人大常委會公報，1999 年第 1 期，43 頁以下。

57 王遠明，論我國加入 WTO 與競爭環境的完善，收錄郭道暉主編，岳麓法學評論，湖南大學出版社，2000，138 頁。



所缺少的法律制度體系，亦即基本制度與法律規則的編纂、加強法律職業家階層的造就。從而中國經濟改革開放政策施行以來，第一批正式頒布的法律當中<sup>58</sup>，人民法院組織法、人民檢察院組織法便羅列在其中，宣示著中國對於司法體系恢復運作的高度重視。

就司法地位而言，儘管一九八二年憲法給予最高人民法院與最高人民檢察院與國務院平行的憲法機關地位，但是中國憲法上並非按照司法機關的性質和特點來對待司法機關。在中國憲法上，國家權力是集中而不分割的，亦即法院在統一的國家權力機關全國人民代表大會及其常務委員會的監督之下。因此，中國的憲法在設計上並無三權分立的基礎<sup>59</sup>，與一般西方三權分立的憲政基礎有著極大的差異<sup>60</sup>。在中國權力體制中，司法權往往是最不受到應有的關注領域，就憲法形式上，全國人民代表大會制度是中國最高的權力機構，是一切權力的母體，司法權與行政權均由全國人民代表大會制度中產生，對其負責並且報告工作受其監督<sup>61</sup>。對於政府與司法權之間的關係，在中國向來不受到重視，既缺乏理論上的深入思考，這使得司法獨立的問題如何在憲法體系上得到確認之前，實質運作上又是有其制度設計上的瑕疵。

中國法院系統在改革之初便已經恢復，但是對於合格且接受完整的實務訓練的司法人員卻是高度稀缺，致使司法人員的來源不以接受傳統法律教育的學院式學生為主軸，而係以自成體系的單獨法律職業教育為主。這樣慣性的司法人員任用模式與教育體制，也使得在一九五〇年代大量退伍軍人進入法院的情形到現在仍舊未消除<sup>62</sup>。據統計，中國基層法

---

58 中國在經濟體制改革以來，逐步對於法律制度的恢復，並宣示以立法作為法制建構的基礎，其中在 1979 年第一批由全國人大常委會所頒布的七部法律，地方各級人民代表大會和各級人民政府組織法、全國人民代表大會和地方各級人民代表大會選舉法這是確認於政治運作的法制化基礎；刑法、刑事訴訟法很大的作用除了宣示於刑事法律的依據外，更實質表徵在於對四人幫審訊的法令依據，並與過去文革時代的恐怖統治與無序作一個割裂；人民法院組織法、人民檢察院組織法的頒布藉以確認法制程序的鞏固，揚棄於政治情緒所衍生的無情迫害；中外合資經營企業法係為宣示其對外開放的決心。儘管這些法律在內容上均有諸多不規範之處，很大的意義卻在於一種經由法律的頒布來宣示改革開放的決心，以及對於過去在文化大革命以來的心靈創傷，作一番清楚界線。

59 儘管諸如三權分立、司法審查、聯邦制或是兩院制等，這些從西方憲政發展中所衍生出的憲政理論與制度框架，並不盡然完全為中國具體憲政發展所需，但是中國憲法中一味地強調全國人大高於一切憲政機關的地位，在運作上確實給予全國人大對於司法機關干涉或「關切」司法運作的合法基礎。在隔絕來自全國人大或地方人大對於各級法院獨立司法運作的設置機制，也是中國在現行憲法中一個必要的嘗試。

60 參見 M. Ulric Killion, *Post-WTO China and Independent Judicial Review*, 26 *Hous. J. Int'l L.* 507 (2004).

61 中國《憲法》第 67 條第 6 款規定全國人大常委會「監督國務院、中央軍事委員會、最高人民法院、最高人民檢察院的工作。」

62 大批復轉軍人進入法院擔任審判工作，固然客觀地反映出中國法官的來源學歷較低、缺乏專業法律訓練的事實，但其與法學發展的滯後有著不可脫離的現實。第一，改革開放以後大批退伍軍人進入法院是在



院的法官組成大致有三個主要來源<sup>63</sup>：一是正規院校的畢業生（含法律專業或是非法律專業畢業者），包括大學本科與專科，大致佔百分之十不到<sup>64</sup>；二是當地招考或由政府其他部門調入法院，大致佔百分之三十；其他則是為退伍軍人，超過一半。法官素質的高度低落，更是造成法律適用與審判上的落差，同一類型的案件在不同地方判決完全不一樣，甚至在同一法院不同法官也前後矛盾，讓人無所適從。中國訴訟程序與法院組織體系中的許多制度，建立之初也是基於司法人員素質較低的實際情形而設計的，這些包括死刑覆核制度、審判委員會<sup>65</sup>、院長審批制度等，其目的在於試圖通過集體決定或嚴格的監督程序，盡量避免由於司法人員素質低而導致的司法錯誤和風險<sup>66</sup>。這說明中國在程序法的制度設計在於遷就大量素質不佳司法人員的具體現狀<sup>67</sup>。

當代中國法官的培養途徑多元化、訓練內容不統一、准入制度不嚴格、考核標準不明確，所以法官作為法律職業的特徵並不是以專業化為訴求，更多是在於行政化和政治化的管理與對待<sup>68</sup>。把法律工作的評判標準混同於對行政官評斷標準，這又導致了行政體系和民眾對於作為法律專家的法官及其專業工作的不理解、不信任，甚至責備和排斥<sup>69</sup>。

---

八〇年代，在當時法學培養人才不足與特定歷史條件下，這甚至是迅速補充司法人員的途徑之一，因為，當時具有高等法學學歷的畢業生很少有人願意進入基層司法機關，而畢業人數有限也不可能滿足急遽擴大的需求。參見范愉，法律家素質和法律教育芻論，收錄於中國人民大學法學院人大法律評論編輯委員會編，人大法律評論 2000 年卷第 2 輯，中國民大出版社，2000，139 頁。

63 蘇力，送法下鄉—中國基層司法制度研究，中國政法大學出版社，2000，329 頁。

64 這些數字的顯示不禁讓人想像受過正規法學教育的學生到那裡去了？隨著計劃分配體制的日益式微，使得法學院學生面臨著更多的選擇，而這方面都比進入基層法院收益更多，而這些收益是非常巨大。即使進入法院，法院亦無足夠的資源加以挽留這些畢業生。固然收入的對比是一個誘因，但這不見得是唯一的原因，更重要的原因還在於，這些學生所擁有的知識這在法院裡沒有買主。

65 審判委員會，這個在中國法院組織體系內具有「獨創性」並合法地位的設置，有學者以為，就中國法制運作的模式亦有其實際的基礎。從司法制度的現實看中國司法並非英美法制度，並無遵循先例或是直接引用其他同級法院先例的傳統，法律上也不允許直接引證和借鑑先例，這就妨礙了中國基層法院對於同類案件的處理，形成一種制度化或習慣性的做法，也妨礙了法官知識的積累和司法傳統的形成。審判委員會在這方面的工作有助彌補這個缺陷。中國法官的文化和職業素質很難期望在短時間內作實質性的轉變，基層法院尤其如此。在主要依靠現有這些在素質與文化都有一定差距的法官來處理和解決當代中國基層社會最大量、最普遍的法律糾紛，除了加強在職訓練與培訓外，審判委員會顯然是法院內部一個提高司法審判素質和水平的可能制度設置。參見蘇力，前揭書，同註 63，113-114 頁。

66 范愉，前揭書，同註 62，123 頁。

67 中國之所以在司法決策過程中讓人感覺到到期不可預期，還不完全在於司法腐敗，或是外部權力的干預，很大程度也肇因於職業共同體的建構不合理，致使司法決策難以穩定和平衡。

68 中國省級以下法院歸地方政府所統轄，進而法院經費仰賴地方政府財政，法院人事也受制於地方政府，由此導致法院管理的行政化，加諸審判也難以擺脫於地方政府的干預，使得法院的運作也帶有政治化的傾向。



不管法律或政治權利是否為西方的發明，對這些權利是對某些問題和關懷所作的反應本身絕對不是西方所獨有的。尤其是市場經濟的逐步擴張之下，社會型態已經由「身份關係」走向「契約關係」的結構<sup>70</sup>，人民在權利意識逐漸抬頭之際，不會僅僅由於西方人先想到了權利理論就拒絕對它的利用，尤其是市場經濟體制越為加深之時，這種訴求將越見明顯<sup>71</sup>，促使司法的功能不僅僅以糾紛解決為依歸，還得朝向以規則之治為轉變方能因應這一浪潮。由於立法或修法多半要歷經漫長的時間，並耗費巨大的成本，經由通過司法的個案解決，從而較短時間內弭補立法的空白，以期得到及時正義。因此，司法的角色扮在中國演應該更為受到期待。然而，當今的司法組織制度與運作仍慣例地依循於陳舊的模式，人們對於訴求法院的需求又大量膨脹，從而形成一個極大的反差。

面臨於具體社會關係的多樣性變化，這使得法院改革的呼籲越加明顯，儘管促使司法改革的動力之中，司法不公也是一個因素<sup>72</sup>，當不公正的審判在中國不斷發生之際，為防止這類的事件發生，其所投入更多的司法監督以及司法解釋的發布，這無疑僅是降低司法的效率而已。然而最大的動力還是在於中國社會的快速變遷要求一個有效率的司法機制，既有陳舊的司法運作體制已經越來越無法承擔這樣的一個局面。

當面臨經濟體制發展的多樣化以及社會關係的多元化的今日，法院體制改革一步步進行之際，人們訴諸於法院作為糾紛解決的途徑越來越明顯，也使得法院作為司法公正性的地位，以及法院在面臨數量日益加劇的訴訟案件的解決必須採取一個有效的模式加以解

69 孫笑俠、應永宏，論法官與政治家思維的區別，法學，總第 238 期，2001，1 頁。

70 中國自 1978 年來的改革開放對於社會結構發生了重大的變化，原先那種以政治身份、戶口身份和行政身份為依據的高度一體化劃分基準已經逐漸被瓦解，經濟型態的變化促使以身份為劃分的型態失卻其意義，也造就於私人之間的互動關係更側重於透過契約的方式作為對應。

71 中國各審級法院民事案件一覽表

	收案	其中			結案	其中		
		一審	二審	審判監督		一審	二審	審判監督
1979 年	420208	389943	22980	7285	393893	367369	20729	5795
1983 年	824184	756436	54826	12922	820158	751723	56298	12146
1988 年	1560123	1455130	90430	14563	1621119	1519056	87670	14393
1993 年	2233671	2089257	114997	294172	240928	2091651	118638	30639
1998 年	3630949	3375069	207186	48694	3462866	3360028	204958	48152
2003 年	5676413	5130760	494036	51617	5684781	5139171	492612	52988

資料來源：最高人民法院研究室編，1949—1998 全國人民法院司法統計歷史資料彙編（民事部分），人民法院出版社，頁 2-3，2000。最高人民法院公報，總第 89 期（2004 年第 3 月），頁 15。

72 不公平的審判其實是帶來更多的上訴，更增加了法院的工作量，容易引起對司法體系的重新評價或修改。錯誤的審判與不公正的審判並不相同，但是不公正的審判幾乎都是錯誤的審判。



決，否則僵化的法院體制與素質低落的法官職業團體面臨活躍的市場經濟，將更讓人對其衍生嘲諷與不信任。

## 二、法學教育的擴張與教育品質的反差

法學教育在改革開放的持續加溫下，一個難以迴避的內在矛盾是：現有知識的穩定性和侷限性與社會發展的變動性與無限性之間的衝突。一九八〇年代中期以來，中國高等法學教育規模擴張極為快速，這是在社會經濟發展加速的背景下，以一九八〇年代初人才需求預測為根據，並加強法制建設，盡快改變落後面貌的願望，以及法學教育體制上條塊分割下促成的。然而在教育基礎十分薄弱的條件下，教育經費未相對增加，快速擴張的法學教育，導致的是教育質量的嚴重低落。

在一九九〇年代之後，就讀法律專業的學生快速擴張之下，師資卻未見相應的提昇<sup>73</sup>，除一些新進的教師外，師資不少為一九五〇至六〇年代期間的法律本科系大學畢業生和研究生，儘管一九八〇年代初期以來畢業的學生以及海外留學返國的留學生也逐漸投入其中，並逐漸嶄露頭角而佔有一席之地。但是中國高等教育院校中，因為實際的需求，以及法律科系為一個設置成本廉價的相互推擠因素，這些高素質的師資亦不見得因應實際之所需。法律科系因為師資不足以及學生規模快速發展，致使研究的時間相對擠壓，並需要對外校的教學支援、參與教材編訂與法律顧問等。使此法學教育的發展堪稱是筆路藍縷的困頓，僅在對舊有法學知識的傳承與維持一個最低的教育品質要求。

法律教育的目標與定位應與國家政治發展經濟發展相吻合，觀察世界各國法律教育的發展，不論其法律的管理體制如何，但在法律職業與法律教育的互動關係中，法律職業對法律教育總是發揮著決定性的作用，它不僅決定著法律教育的培養目標和發展方向，而且對於教學方法、內容和法律人才的培養過程也發揮著重要的引導作用，這都是緣起於法律

---

73 1990年代以來，中國法學教育快速成長，的確到了令人憂心的程度。例如在1977年到1991年的「十五」期間，法學專業由2個增加到135個，在校學生擴充為一百倍；1991年到1997年底，法律專業由135個增加到333個，截至2004年底，整個中國1731所大學中有423所設置了法律院（系）或法律專業，在校學生達36萬人，佔中國大學在校生總數的5%（法制日報，2005年4月14日，第11版）。在法律需求大量增加的同時，是否具備足夠的圖書資源和合格的師資確實令人憂心，盡量避免因人數的激增而導致法律人才素質的低下，便成為當今中國法學教育發展的核心問題之一。中國學者朱蘇力對於這種快速擴張的現象提出發人深省地的反對意見，「中國高等法學教育的規模即使不能壓縮，也一定要暫時停止發展。否則，中國高等法學教育的總體水平也許不是提高，而更可能是再一次降低，不僅不能形成一個適合現代化的有較高職業技能和職業道德的法律職業團體，而相反會出現一大批法律服務至上的『假冒偽劣』產品，從而加劇社會的和法律的無序。」參見蘇力，法學本科教育的研究與思考，比較法研究，總第24期，1993，160頁。



職業與法律教育合一的作用。

反觀改革開放以來，法律職業尚處於形成過程階段，法院系統雖然恢復，司法人員卻是高度稀缺，導致中國採行法律職業教育與普通高等法學教育並列發展的法律教育形式。法律職業人員的教育由司法學校等教育機構承擔，不同於正規的法學教育體系。法律職業教育並沒有以法律素質教育為基礎，層次較低，徒有法律職業之名而無法律教育之實<sup>74</sup>。在文革之前大幅度裁減法律院校與大量吸收未接受法律教育的人員進入司法體系，這兩件事結合在一起，造成了法律職業與法學教育的分流，而在改革之初，這種情況也未有改善。法律職業教育的快速發展雖然解決了司法人員青黃不接和人才斷層的困境，但同時存在種類繁多的法學職業教育機構，較低的教學水準和多部門各自為政的辦學體系，形成了在進入一九九〇年代之後嘗試建立法律職業團體與法學教育合一的障礙<sup>75</sup>。

從一九八〇年代開始，便形成大學本科教育、成人專科教育與司法人員培訓教育三分天下的局面，接受最為系統和嚴格訓練的大學本科法律學生，卻從未成為包括律師、法官和檢察官等法律專業的主要來源<sup>76</sup>，使大學法學教育的定位，一直不同於其他國家作為法律職業團體來源的主流。在一般的高等法學教育缺乏法律職業背景的支撐和方向引導下，使法學教育本身目標缺乏一個準確的依託。同時，中國的法學教育在恢復之後，其法學知識的積累和發展更多是來自於翻譯性的移植，而不是從法律制度中（特別是既有的司法體系）衍生出來，也由於中國法律的規範性制度和實際的制度運作之間充滿許多的差異，致使法學院教育也很難提供足夠的法律知識以回呼應<sup>77</sup>。致使法學教育和實際的司法實務運作存在巨大的落差。

---

74 劉茂林，國家司法考試與法律教育模式若干問題思考，法學，總第 238 期，2001，26-27 頁。

75 霍憲丹、王紅，建立統一的國家司法考試制度與法律教育的改革，法學，總第 239 期，2001，1 頁。

76 方流芳，中國法學教育觀察，比較法研究，總第 38 期，頁 131-132，1996。Zeng Xianyi, *Legal Education in China*, 43 S. Tex. L. Rev. 707 (2002).

77 蘇力，道路通向城市，法律出版社，2004，239 頁。



## 柒、結論

一九七〇年末代中國所展開的經濟體制改革，雖以其犀利的改革鋒芒和深刻的體制變化而受到世界矚目，但是改革並非易事，尤其對於一個巨大國體，由計畫經濟的龐雜結構轉向市場經濟體系的變遷。由於經濟建設是社會關注的中心，經濟改革議題形成了中國社會最關心的主軸，而中國法律制度的建構與具體框架發展，也呈現出以順應經濟體制改革的需求（包括市場的需要、外國投資者的要求、國際社會的壓力與期待以及與國際接軌的動機）而出發，而不是出自對法律自身價值的追求。進而使貫穿其中的法制建設與法律適用，因為沒有建構起牢固的根基，而是隨著經濟體制改革的加深與時間的遞增，終現其脆弱性和膚淺性，進而體現出種種發展的不均衡態勢。

就法制發展而言，不同階段法律規範之間往往存在著累積和繼承的關係，而不一定是斷裂，歷史的這種聯繫性離不開時間這一要素，也離不開需要一個長時段穩定的社會空間。在一九七〇年代末期經濟體制改革發動後，前一階段的法律虛無主義很難作為後者據以建構的基礎，無法作為持續性的資源累積，但是計畫經濟的「資源」卻像幽靈一般，給予中國法制發展烙下揮之不去的陰影，使得在脆弱基礎上所建構的法制，呈現出以公有制思維為主導、以國家管制為內核、以內外有別作對待、以分批零售立法為表彰，這正是整個中國法制發展必然是多有曲折和艱辛、資源薄弱且遲遲無法走上正軌，並造就不均衡發展的原因。

對於中國而言，作為一個「後生—外發」類型的國家，這意味著它同時也是「超趕類型」的現代化法制建設國家，然而在面臨融入國際社會的體系中，既有的法律體系已經不容僅以自有社會的控制為訴求，還有一套國際法制規範的融合與因應，使得法制發展無法再以既有的規劃或是主觀評價作為依託。一個良好的法律框架是有助於確保政府注重於整體的發展而不是讓政府得以對社會加以掠奪，當市場經濟不斷擴張的同時，政府在法律制度的角色扮演必須更貼近於市民與客觀經濟的需求，主導性的思維必須限縮。

在進行法制現代化建設之際（尤其在經濟體制改革以後），側重以經濟的相關立法，以期確保各項改革能夠「天隨人意」地順利進行，達到應然要求。但在超趕的期間，採行是一種過渡的因應，新市場制度是在舊市場制度未被淘汰的情況下引入的，並且往往從現存的制度安排中浮現出來的。正因為是過渡，新舊制度並存一直是中國法律制度變遷中的一個顯著特徵。一味側重於經濟的發展，進而忽視了經濟發展的呈現也需要對於公民基本權利與社會發展一套完善的關懷制度作為因應，而不能僅在經濟上的發展為唯一目標。畢竟，要順利地發展市場經濟，法治是一個必須的條件，兩者之間的失衡關係，將導致經濟



再一步深化無法得到有序的呼應。

中國的法制發展歷程中鮮明地展示一個事實，各個演化的階段不能同步相互配合，國家基本制度裡，不存一個在社會步入現代化過程中可以將政治、經濟、法制、意識型態等各個演化層面配合起來的法律架構，對於法律制度的架構側重於藉助國家政治權力的強力來塑造一定的社會關係，並進而保障或維護該社會關係，而不能擴大到政治制度、社會結構和文化層面，僅強調於國家在法律改革的作用，未對在市場經濟中已經逐步具有相對自主性的社會發展狀態（諸如對司法的訴求已經加深，但司法體系的運作與具體社會的期待存在巨大的落差），則法治的發展將會面臨更大的衝擊與社會的挑戰。



## 參考文獻

### 一、中文文獻

#### 書籍

- 中共中央文獻編委會編，鄧小平文選第二卷，人民出版社，1983年。
- 中國人民大學法學院人大法律評論編輯委員會編，人大法律評論 2000 年卷第 2 輯，中國人民大學出版社，2000 年。
- 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，1999 年。
- 王文杰著，嬗變中之中國大陸法制，國立交通大學出版社，2004 年。
- 王磊著，憲法的司法化，中國政法大學出版社，2000 年。
- 何清漣著，現代化的陷阱，今日中國出版社，1998 年。
- 季衛東著，法制秩序的建構，中國政法大學出版社，1999 年。
- 林毅夫、蔡昉、李周著，中國的奇蹟：發展戰略與經濟改革，上海三聯書店，1995 年。
- 李楯編，法律社會學，中國政法大學出版社，1999 年。
- 許傳璽主編，中國社會轉型時期的法律發展，法律出版社，2004 年。
- 郭道暉主編，岳麓法學評論，湖南大學出版社，2000 年。
- 最高人民法院研究室編，1949—1998 全國人民法院司法統計歷史資料彙編（民事部分），人民法院出版社，2000 年。
- 蘇力著，送法下鄉—中國基層司法制度研究，中國政法大學出版社，2000 年。
- 蘇力著，道路通向城市，法律出版社，2004 年。
- 羅豪才主編，行政法論叢第 4 卷，法律出版社，2001 年。

#### 期刊

- 方流芳，中國法學教育觀察，比較法研究，總第 38 期，1996 年，116-144 頁。
- 王文杰，中華人民共和國外商投資企業法的發展新動態，月旦法學雜誌，第 14 期，1996 年，76-80 頁。
- 王文杰，中國外商投資企業法制之修正與評析，中國大陸研究，第 46 卷第 5 期，2003 年，105-125 頁。
- 王文杰，中國現行憲法第四次修正評析，月旦法學雜誌，第 109 期，2004 年，244-253 頁。
- 李漢林等，組織和制度變遷的社會過程，中國社會科學，總第 151 期，2005 年，98-108 頁。
- 季衛東，當前法制建設的幾個關鍵問題，中國法學，總第 53 期，1993 年，19-21 頁。
- 周冰、靳濤，經濟體制轉型方式及其決定，中國社會科學，總第 151 期，2005 年，71-82 頁。
- 徐崇利，中國外資管理立法的轉型，法學家，總第 85 期，2004 年，153-160 頁。



- 孫笑俠、應永宏，論法官與政治家思維的區別，法學，總第 238 期，2001 年，3-10 頁。
- 程偉，計畫經濟體制國家轉軌異同及其績效，經濟社會體制比較，總第 115 期，2004 年，35-44 頁。
- 華生、張學軍、羅小朋，中國改革十年：回顧、反思和前景，經濟研究，第總 247 期，1988 年，11-30 頁。
- 楊啟先，關於進一步加快國有企業改革的思考，中國工業經濟，總第 94 期，1996 年，20-24 頁。
- 董德志，關於我國外資政策目標的重新定位與思考，國際貿易問題，總第 220 期，2001 年，44-45 頁。
- 鄭正來，中國法學何處去（上），政法論壇，總第 121 期，2005 年，3-23 頁。
- 劉茂林，國家司法考試與法律教育模式若干問題思考，法學，總第 238 期，2001 年，26-27 頁。
- 鄭賢君，論我國憲政模式的走向，中國法學，總第 111 期，2003 年，14-23 頁。
- 霍憲丹、王紅，建立統一的國家司法考試制度與法律教育的改革，法學，總第 239 期，2001 年，3-7 頁。

## 二、外文文獻

- Cao Jianming, *WTO and the Rule of Law in China*, 16 *Temp. Int'l & Comp. L.J.* (2002).
- Eric W. Orts, *The Rule of Law in China*, 34 *Vand. J. Transnat'l L.* (2001).
- Gregory Fennell, *The People's Republic of China's Ability to Comply with the Standards Mandated by the World Trade Organization*, 21 *N.Y.L. Sch. J Int'l & Comp. L.* (2002);
- Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, (New York: Russell Sage Foundation, 1975).
- Jan Hoogmartens, *Can China's Socialist Market Survive WTO Accession? Politics, Market Economy and Rule of Law*, 7-SPG *L. & Bus. Rev. Am.* (2001).
- John K. Fairbank and Merle Goldman, *China: A New History*, (Mass.: Harvard University Press, 2002).
- Jeremy Brooks Rosen, *China, Emerging Economies, and the World Trade Order*, 46 *Duke L.J.* (1997).
- Katherine Topulos, Book Review, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, 28 *Int'l J. Legal Info.* (2000).
- Karen Halverson, *China's WTO Accession: Economic, Legal, and Political Implications*, 27 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* (2004).
- M. Ulric Killion, *Post-WTO China and Independent Judicial Review*, 26 *Hous. J. Int'l L.* (2004).



Stanley B. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao* (Palo Alto: Stanford University Press 1999)

Stoyan Tenev *et al*, *Corporate Governance and Enterprise Reform in China*, (Washington: The World Bank and the International Finance Corporation, 2002).

The Limits of the Rule of Law in China (Karen G. Turner *et al.* eds., Seattle: University of Washington Press 2000).

Zeng Xianyi, *Legal Education in China*, 43 S.Tex. L. Rev. (2002).



## The Unbalanced Development of the Chinese Legal System

Wen-Chieh Wang\*

### Abstract

The reconstruction of the Chinese legal system, beginning in the late 1970s, came along with the launch of the reformation and the "open door" policy. Since then, even though China's economic development has attracted all the attention, the development of the legal system has fallen into an unbalanced situation. This unbalanced situation resulted from the constraints imposed by existing planned economy and was influenced by the idea of public ownership. Compared with state enterprises that were favored by the law, non-state-owned enterprises in China were unfairly treated and had difficulty entering the market. Having adopted the gradualist approach of "making one law after the prior one has matured," together with using vague and over-broad language, the legal system has lagged behind the need to accommodating economic reform. The law has focused on regulation and granted the administration a superintending power. Accompanying with the gradual liberalization of economy was the tightening of political and legal control. That has made the contents of the law highly regulatory. Though attracting foreign investments has been regarded as the locomotive of economic development, the differentiated treatment of domestic and foreign entities has caused injustice. In contrast to the burgeoning economy, the courts are trapped with a large amount of low quality judges and discontinuity between legal practice and legal education. Those factors have caused barriers to the application and enforcement of law as well as brought ridicule and distrust to law.

**Key words:** Planned Economy, Market Economy, Public Ownership, Transition, Foreign Funded Enterprise, Legal Education

---

\* Assistant Professor, Institute of Technology Law National Chiao Tung University.

