

GEMING HOUXIANDAI GUOJIA
FALV TIXI GOUJIAN YANJIU

革命后现代国家 法律体系构建研究

潘伟杰 著

復旦大學出版社

国家哲学社会科学基金项目成果 (08BFX004)

GEMING HOUXIANDAI GUOJIA
FALV TIXI GOUJIAN YANJIU

革命后现代国家 法律体系构建研究

潘伟杰 著

 復旦大學出版社

图书在版编目(CIP)数据

革命后现代国家法律体系构建研究/潘伟杰著. —上海:复旦大学出版社,2015.10
ISBN 978-7-309-11542-0

I. 革… II. 潘… III. 法律体系-研究-中国 IV. D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第135955号

革命后现代国家法律体系构建研究

潘伟杰 著

责任编辑/张 晗

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路579号 邮编:200433

网址:fupnet@fudanpress.com http://www.fudanpress.com

门市零售:86-21-65642857 团体订购:86-21-65118853

外埠邮购:86-21-65109143

浙江新华数码印务有限公司

开本 787×960 1/16 印张 18 字数 280 千

2015年10月第1版第1次印刷

ISBN 978-7-309-11542-0/D·746

定价:45.00元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社有限公司发行部调换。

版权所有 侵权必究

作者简介

潘伟杰，浙江桐庐人，1971年12月生。现为复旦大学法学院教授。1999年1月毕业于复旦大学国际政治系政治学理论专业，获法学博士学位。1999年3月起任职于复旦大学法学院，2006年12月起任复旦大学法学院副院长。个人著作有：《现代政治的宪法基础》（2001年）、《宪法的理念与制度》（2004年）、《制度、制度变迁与政府规制研究》（2006年）、《法治与现代国家的成长》（2009年）、《当代中国立法制度研究》（2013年）。

目 录

引言 如果不能否定革命就改变革命观	1
第一章 革命后现代国家与法律体系构建：西方的模式	14
第一节 不同革命境遇下现代西方国家成长的不同样式	15
第二节 革命后现代西方国家法律体系构建的模式	28
第二章 革命后现代国家与法律体系构建：中国的逻辑	35
第一节 革命观的变迁与革命后中国社会的现代转型	36
第二节 革命后当代中国对现代法律体系核心价值重构	53
第三节 走向法治国家：构建现代法律体系的必然趋向	66
第三章 革命后现代国家成长的制度架构与革命模式的形成	81
第一节 革命后现代国家的制度架构：从共同纲领到五四宪法	82
第二节 现代法律体系构建的中止：从五四宪法到七五宪法	96
第四章 国家治理转型与现代法律体系重构	121
第一节 走出革命的法制逻辑与现代政治正当性的宪法重构	122
第二节 改革开放初期法律体系重构的困境	149
第五章 现代国家的成长与社会主义法律体系的形成	164
第一节 现代国家成长的法治逻辑与制度要求	167



第二节 社会主义法律体系形成的权威基础与程序建构	195
第三节 社会主义法律体系形成的规范表现与价值追求	217
第四节 开放后当代中国法律体系发展的境遇与方向	239
参考文献	254
索引	268
后记	281

引言 如果不能否定革命 就改变革命观

革命在人类社会由传统国家迈向现代国家的过程中扮演着重要的角色。不管人们怎样看待现代国家确立过程中所出现的革命,争辩这是否有利于公民自由和政治民主的演进在革命后现代国家成长中的演进与发展,都应充分承认,革命在整个进程中是重要的一环。^①无论是现代国家在西方的成长,还是包括中国在内的后发国家,正是通过革命后法律体系的构建最终确立不同于传统国家的现代国家成长的逻辑,由此在人类文明发展史上出现了一个革命后现代国家的成长如何通过法律体系构建以确立并延续其现代性的问题。当然,不同的革命路径对于革命后现代国家的成长带来的不同影响,法律体系构建承载着这种不同的影响并制约着革命后现代国家成长的不同路径。^②

阿伦特说革命意味着“历史进程突然重新开始了,一个全新的故事,一个之前从不为人所知的故事将要展开”。^③可见,革命承载着人类社会对新生活的期待、新秩序的探索,由此革命在人类诸文明共同体成长过程中扮演着特别的角色。革命既是社会结构变动的结果,又是社会结构变迁的力量;

① 参阅[美]巴林顿·摩尔:《民主与专制的社会起源》,拓夫等译,北京:华夏出版社1987年版,第346页。

② 因此我们要面对的不是回避或否定革命在现代国家取代传统国家进程中所扮演的角色,而是要反思不同革命以及所形成的不同的革命观对革命后现代国家成长的影响以及革命后以法律体系构建为核心的现代国家制度发展中的影响。美国思想史教授苏珊·邓恩引用法国19世纪著名思想家托克维尔所提出的被誉为“托克维尔之问”来阐述美国革命与法国革命之间的区别,进而提出了不同的现代革命模式对革命后现代国家建设所带来的影响。“托克维尔曾谈到,美国人的激情是用来追求民主理念的,而法国人的激情却是用来追求革命理念。能不能调和这两类激情,从而给现代革命运动提供第三种政治模式呢?革命的时代尚未结束,未来的革命运动也许会在一个综合性的模式中获益匪浅:这个模式既保留了法国革命的活力,又具有美国革命的稳定性;这个模式缓和了革命热情与容忍意识形态分歧的冲突。”[美]邓恩:《姊妹革命:美国革命与法国革命启示录》,杨小刚译,上海文艺出版社2003年版,第228—229页。

③ [美]阿伦特:《论革命》,陈周旺译,上海:译林出版社2007年版,第17页。



既是人类文明成长的动力,又是社会秩序构建的基础。无疑,在人类文明史中,社会成员对革命非同一般的热情背后是期待和理想:革命将创造新秩序。革命的真正目的是为了创造新秩序,消灭旧制度,从而增进社会成员的福祉、维护个体尊严和延续公共利益,这一目的及其通过法律体系构建的实现只有在现代才成为需要反思的问题。因此,我们不能否定革命在人类文明成长中的意义,但是我们必须反思基于革命目的在革命后制度构建中实现的理由及其价值,同时这种反思必须体现传统社会的革命与孕育现代社会的革命之间所承载的意义系统和交往规则之差异。早在1929年,胡适先生在《新月》杂志上发表《我们走那条路》,文中表达了对中国社会自鸦片战争以降,特别是辛亥革命以来弥漫着的暴力与混乱的忧思,指出中国最要紧医治的是贫穷、疾病、愚昧、贪污和扰乱这“五个大仇敌”,由此希望能建立“一个治安的,普遍繁荣的,文明的,现代的统一的国家。”这种希望可以成为我们对20世纪以来的中国革命所形成的革命观进行深切反思的参照。

—

革命话语曾长期统治现代中国并渗透到整个社会生活之中,而革命过程本身不断展示的诉求,可追溯到“革命”这一词源及传统的革命话语。^①早在《周易》中,已有“天地革而四时成,汤武革命顺乎天而应乎人,革之时大矣”的用法。易姓、天道、大动乱、改朝换代以及彻底改变构成了革命在中国传统文化中的意义结构。自此,在传统中国的文献中,革命一词就成为周期性王朝更替、改朝换代的代名词,或者说改朝换代(核心是破坏旧秩序以建立新秩序)型塑着传统中国的革命观。^②秦汉至清末历经二千余年,王朝更替成为传统中国革命观的核心表现。分析传统中国的革命观,我们可以发现,第一,革命的正当性是基于一种天命的彼岸原则,这种原则在革命后只能转化为一种专制秩序的恢复,革而不变成为传统中国革命观的基本诉求;第二,革命过程中的暴力与革命后的社会对立联系在一起,革命的周而复始就在于革命后的社会对立极端化后的结果,如此不断往复而已;第三,革命所要破坏的旧秩序与革命后所要建立的新秩序却没有因革命过程中的暴力

^① 参阅陈建华:《“革命”的现代性:中国革命话语考论》,上海:上海古籍出版社2000年版,第1页。

^② 参阅金观涛等:《观念史研究:中国现代重要政治术语的形成》,北京:法律出版社2009年版,第366—367页。

以及革命后的社会对立而有本质的区别。无论是在价值取向上对伦理道德的强调、制度安排上对专制统治的维护还是对社会成员间依附性关系的维护上,均表现为革命的极端冲突性以及革命后秩序构建的高度同质性。这也正是晚清以立宪为表征的制度革新的努力依然没有挽救其命运的缘由,因为《钦定宪法大纲》不仅无法说服革命力量对新制度的期待,同样是对立宪派对制度革新的期待之欺骗,从而使立宪派同情革命力量,进而导致辛亥革命的爆发。从这个意义上说,政治关系的革命所支撑着的王朝更替与革命后传统国家治理机制的复原与社会秩序发展的迟滞演绎了革命在中国传统文化中的意义结构。这种革命观所表达的意义结构随着鸦片战争以降晚清应对西方现代文明的冲击和内部社会危机的困扰的双重失败而重新被激活的同时开启了现代转型。正是由于西方现代文明的冲击以及革命后西方国家的现代制度构建的影响与王朝体制应对社会危机的能力的致命性的衰败,主导了20世纪以来中国社会革命话语本土性和现代性之间相斥相成的进程。民族国家的制度建构对王朝国家的制度建构的取代,以及社会平等的制度价值对等级关系的制度价值的否定成为革命后迈入现代国家行列的基本诉求。这一诉求的实现能力由此成为20世纪里不同政治力量在革命话语的解释权并寻求革命后现代法律体系构建的主导权的核心内容。

正因为1900年前后,革命在中国社会变革进程中被赋予了不同于王朝国家时代的新意义,中国有志之士明确提出必须将革命的现代意义与传统意义区分开来。如1901年有这样的论述:

是故有易姓而非革命者,如汉灭秦、魏灭汉、晋灭魏,驯至乎元灭宋、明灭元、清灭明皆是也。有革命而不必易姓者,如日本自神武天皇以来二千余年皆一姓相传,专制为治;而明治维新之后,由专制政体而立宪政体是也。欧洲诸国……当其在百余年前,故多专制为治,而未有所谓立宪政体,君民、皆治于法律之下者也。自拿破仑第一崛起之后,诸国之民,骚然变动。遂逼其平日之专制政体,改而为立宪政体。^①

从这段论述中,我们可以发现革命的传统意义与现代意义之不同表现,以及革命后现代国家成长中的制度革新的方向。但是由于王朝国家专制统

① 树立山人:“尊革命”,《清议报》,第九十四册(1901年10月12日),第17页。

治所造成的中国社会对立之严重,支持现代国家成长的社会基础之脆弱,已经完成革命后现代国家法律体系构建的西方国家对中国社会的侵略和分化,导致了革命浪漫主义以及与这种情绪相连接的制度建构的激进主义始终弥漫于 20 世纪以来中国社会的上空。革命后的不断革命,不仅是旧民主主义革命后的常态,而且成为新民主主义革命后社会主义建设过程中的选择,这无疑为现代国家的成长设置了太多的误区或曲折。从现代国家成长的历程来看,革命后法律体系的构建水平和价值选择对于现代国家的成长及其现代性的体现是至关重要的,这种重要性不仅使现代国家与传统国家相区别,更重要的是通过法律体系的构建使现代国家的成长能够弥合因革命所带来的社会对立和价值冲突。所以说我们承认任何社会走向现代国家的序幕都是或深或浅地依赖革命来启动这一历史事实,但是现代国家的成长不至于倒退都是强烈地仰赖于法律体系的构建水平。因此,我们不能否定革命,但要改变的是革命观。法律体系的构建水平、价值选择和发展方向无疑体现着革命观的改变之努力的程度。

辛亥革命不同于中国传统王朝体制下的革命,凭藉暴力推翻了帝国体系和王朝国家的正当性,以民主共和为诉求确立了主权体系和民族国家的正当性,这成为现代国家成长的逻辑起点。1912 年 3 月颁布的《中华民国临时约法》规定:“中华民国之主权,属于国民全体”,“中华民国人民,一律平等”。辛亥革命后中华民国的出现,表明了革命从传统意义向现代意义的转换,标志着中国国家建设开始全面由传统革命逻辑向现代的革命历史逻辑转换,走向现代国家建设。^①但是由于现代国家成长的社会基础薄弱,法律体系构建的破碎化,特别是对现代国家制度构建的反现代性的存在,中国社会始终没能真正推进现代国家的有效成长,革命后法律体系构建的反现代性所表现出来的立宪独裁统治直接诱发了新民主主义革命。

中华人民共和国的成立,彻底实现了近代以来革命对民族国家的独立、人民民主的确立和社会平等的追求。但是 1956 年以来,由于中国共产党对中国社会发展矛盾的判断、来自其他社会主义国家的影响和西方资本主义国家的威胁的感受,革命再次以无产阶级专政下的继续革命的形式出现,与此相随的是法律体系构建陷入困境。这种局面直到改革开放才被改变。改革开放以来的历程说明:革命后现代国家的成长不是通过不断的革命来实

^① 参阅林尚立:《中国共产党与国家建设》,天津:天津人民出版社 2009 年版,第 21 页。

现,而主要是通过法律体系的构建来维护社会成员对现代国家的认同以巩固现代国家的价值共识,激励社会成员对个体利益的追求以展示现代国家的现代性,延续社会成员对公共利益的尊重以表明现代国家的成长对社会主义制度属性的捍卫。从而表明,法律体系的构建不仅要消解以专制主义为诉求的前现代性对革命后现代国家在中国社会成长的制约,而且要消解以民粹主义为表现的后现代性对革命后现代国家在中国社会成长的困扰。放弃前者,对于中国社会而言,就是不断革命或者说是社会冲突;放弃后者,对于中国社会来说,同样是社会对立或者说是民粹盛行。当然我们不能把革命后现代国家成长的所有希望都寄托在法律体系构建上,但无疑法律体系的构建对于现代国家在中国社会的成长具有特殊的意义。革命后社会主义法律体系的构建对于现代国家在中国社会的成长而言,不仅能维系着现代国家的现代性在中国社会的实现水平,而且维系着社会主义国家的制度属性在当代中国社会的发展能力。因此,本书以革命模式在当代中国的形成——革命模式的终结——国家治理的持续转型这一历史过程为基础,研究当代中国国家成长与法律体系构建的动态关系和发展趋势,总结当代中国社会主义法律体系在国家成长进程中的发展规律和制度表现。走出革命模式对现代国家成长过程中法律体系构建的困扰,彻底告别革命后前现代性对法律体系构建的困扰,厘清改革后后现代性对法律体系发展的干扰,从而追求一种对中国社会现代性成长和法律体系必须恪守的新的革命观。这一新的革命观坚守现代法律体系对公民自由与社会责任、主权权威与政府有效、个体正义与社会正义之间关系的共同底线的规范选择与价值认同。基于当代中国通过现代革命建立现代国家的社会基础与制度选择,意味着两种全新规范和价值在法律体系中涌现:一是法治秩序成为国家权威正当性和社会行动正当性的最终依据;二是法律体系通过捍卫社会正义以体现社会主义制度规定性的同时必须承认个人权利以落实现代性在现代国家成长中的意义。^①

二

无论是西方社会,还是中国社会都面临一个革命后现代国家成长与法律体系构建的问题:法律如何形成,以及如何通过法律体系的构建以维系

^① 参阅金观涛等:《探索现代社会的起源》,北京:社会科学文献出版社2010年版,第6页。



社会成员对现代国家的认同、对规则之治的接受。现代国家的成长不仅依靠并体现在经济增长、社会发展和生活秩序,还需要依靠并构建有效的法律体系。对于现代国家的成长而言,有效的法律体系体现在:它能提供保证社会成员之间利益关系的广泛性,这是法律体系的吸引力之所在;它能提供社会成员对未来美好生活预期的稳定性,预期稳定性使得社会成员愿意持续维持既定秩序;它是一种尽量趋近社会公平原则的制度,从而有效面对现代国家成长进程中所持续出现并普遍存在的利益多元性与社会共识的必要性。^①

西方学者秉持一种自由主义的学术路线,对现代国家成长与法律体系构建之间的关系从破坏性解构到建设性重构(哈贝马斯,1990),以平衡个体正义与社会正义之间的张力为价值诉求,把现代国家的民主诉求与自由主义宪政的法律体系结合起来,对现代国家成长与法律体系构建的关系予以梳理(罗尔斯,1971)。同时,也有西方学者基于自由主义以及现代资本主义法律体系在当代社会所面临的危机,提出了旨在批判自由主义理论基础和资本主义价值体系对国家成长与法律体系之间关系定位的所谓的“反奥狄浦斯”的后现代命题(德勒兹,1972)。沃勒斯坦在对资本主义进行全面的历史清算的基础上,提出了“自由主义之后”的问题以及绝对的规范体系日趋瓦解的问题。西方学者的反思和革命后当代中国国家成长与法律体系构建的发展进程为我们思考这一具有历史意义的命题提供了理论激励和现实基础。到2011年,中国社会按照发展社会主义民主和建设社会主义法治国家的战略建立起有中国特色的社会主义法律体系。这就表明中国社会彻底放弃了革命后相当长的时期里把现代法的假想现实中的最极端的那部分进行真实再现的努力(季卫东,2002)。刘海年等(2000)对中国特色社会主义法律体系与依法治国的关系予以研究。信春鹰(1999)对中国法律制度的改革进程予以整体性再现。蔡定剑(1999)则对新中国法制变革历程及其理论基础进行了解析。问题的相关性和相续性使国内外学者对现代法律体系的构建倾注了极大的学术热情并积累了丰富的学术资源。国外学术界对当代中国社会主义法律体系研究的实际把握能力还比较有限,主要表现为无法有效地把握当代中国法律运行的制度基础和真正领会社会主义法律体系的价

^① 参阅赵汀阳:《坏世界研究:作为第一哲学的政治哲学》,北京:中国人民大学出版社2009年版,第136页。

值选择。国内学术界更多地是从具象性的法律部门来研究中国法律体系,忽视了现代社会主义法律体系在国家转型过程中所发生的整体性变化。国内外相关学术成果存在的问题主要表现在:第一,虽然强调了要从中国社会、政治和文化来把握当代中国法律体系,但从国家成长与法律体系构建之间的整体关系去理解革命后社会主义法律体系的发展问题较为薄弱;第二,虽然强调了要从整体上研究中国法律体系,而不是把中国法律体系简单局限于中国法律制度,但对当代中国法律体系生成之理论基础的研究还是比较孤立和零散的;第三,虽然从认识到国家转型对中国法律体系的发展具有至关重要的影响,但是对从当代中国国家成长的角度研究社会主义法律体系的构建要么过于简单,要么过于教条,要么过于鄙视,从而对革命后当代中国国家成长过程中对社会主义法律体系发展所包含的精神、价值和理想缺乏有说服力的分析;第四,虽然淡化了静态模式化的研究,力求从当代中国国家成长的现实状况出发去研究和解释社会主义法律体系,但是,国内外学术界在研究中依然深受先入为主的价值观念影响,从应然取向而不是从实然取向研究当代中国法律体系,从假想化的现实出发去研究问题。

国内外学术界的相关研究成果明显地透露出这样一个事实:即当代中国法律体系研究可以从革命后国家成长的内部进行整体性研究。为此,本书试图用国家成长和法律体系这两个核心概念来总结、分析和把握革命后当代中国法律体系构建的历史经验、模式选择和发展方向。其意义在于揭示当代中国法律体系的形成、发展与革新的内在逻辑,进而从革命后中国社会对社会主义与现代制度文明的探索进程来把握当代中国法律体系的内在特征和发展趋势,确立一种不同于西方自由主义叙述方式和革命后激进主义话语逻辑来揭示当代中国国家成长与法律体系构建之间的关系。

作为一个通过政治革命建立起现代国家的当代中国社会而言,法律体系的建构与发展承载着一个后发国家实现国家独立、民族生存和社会稳定的强烈期待。自晚清法制改革以来,以制定法为中心的法律体系构建路径来确立现代国家法律秩序的努力从未停止。1949年10月1日中华人民共和国的成立,一方面要延续制定法的法律体系构建模式来推进现代法律体系的建构问题,另一方面必须寻找一条不同于资本主义法律体系的社会主义法律体系的建构问题。归纳起来说,当代中国法律体系的构建就是要在革命后走一条通过成文法立法模式来建构社会主义法律体系,因此,现代国



家成长与法律体系的构建之间所存在的关系只有在这一努力过程之中来发现和归纳。

首先,法律体系要为革命后现代国家捍卫现代性必须考虑规则体系的自主性与开放性之间的张力。由于近代以来现代国家成长历程在中国社会展开的断裂性提升了对制定法在法律体系构建中的主导地位。这种主导地位由于传统文明的制度资源与现代文明的制度要求在中国的紧张关系以及西方现代文明体系的持续性扩张所带来的压力而强化。当代中国法律体系的构建在革命后依然在相当长的一段时间里以革命或暴力的方式来否定革命之前的法律遗产并以运动的方式试图建立起调整人们生活所有领域的法律规则体系。以国家法为中心的立法制度以法律政治性排除法律社会性和国家全能性排除政治有限性成为革命后改革前当代中国立法制度的基本特点之表现,从而造成规则体系的周期性中断。法律体系的价值取向不仅是确立现代国家调整社会成员行为的规则体系,同时试图承担纯洁社会成员思想的意义结构重任。同时,当代中国法律体系的构建承受着中国作为后发国家迈入现代国家的特殊性。这种特殊性表现在两方面:一是法律体系的构建始终与维护国家权威的诉求联系在一起,在国内法的建构上把维护国家权威正当性作为法律体系构建的核心内容,因为我们必须承认“西方国家现代化是以现代经济与社会自然发育为现代化的历史起点;而后发现代化国家则是以建构现代化权威为历史起点的;西方社会的现代国家是现代社会发展的结果,而后发现代化国家现代社会则是现代国家发展的结果。所以,对后发国家来说,建构一个有权威的现代国家体系是其现代化的重要前提。”^①另一方面,革命后法律体系的构建始终有一种被害者的意识而试图寻求不同于现代西方国家法律体系的现代性的表述方式,这就使任何对现代西方国家的立法制度的学习始终笼罩着阴影。革命后现代国家追求人的尊严的普遍希求的努力与后发国家的被害者意识的阴影构成了当代中国法律体系的发展约束。被害者意识总是自觉或不自觉地体现为与资本主义的对立,进而困扰着现代性在革命后最初三十年里现代法律体系构建中的实现。因此,革命后法律体系的现代性尚未体现,前现代性的因素倒经常忽隐忽现影响着法律体系的构建方向、规则选择和价值取舍。改革开放以来,当代中国法律体系构建回归到现代国家成长的基

^① 林尚立等:《政治建设与国家成长》,北京:中国大百科全书出版社2008年版,第34页。

本诉求上,放弃政治性干扰现代性进而抛弃被害者意识对法律体系构建的教条主义、民粹主义的困扰,回到法律体系的自主性与开放性之间的张力中寻找对现代法治追求的具体方向之中。

其次,法律体系要为革命后现代国家成长提供制度保障无疑要考虑中国社会发展的特殊性与现代文明发展的共识性之间的矛盾。由于中国向现代国家转型的特殊性与复杂性,中国面临的迫切问题是现代化推动的国家治理问题。由于没有强大的法律传统,也没有提供成熟的法治构成要素,所谓法律及其法制改革简单变成了国家治理的工具,法律体系的构建也就简单地指构建和维护以强制性为诉求的公共秩序的工具。而20世纪70年代末以来法治建设的方向,则在全能主义国家向民主法治国家转型过程中将法律逐步从单纯国家治理工具中解放出来,将法律作为一种独立的自主性的力量,进而将法律体系的构建与社会正义的维护、个体自主性的尊重以及国家权力有限性的强调联系在一起。我们必须提及毛泽东同志在20世纪20年代对中国国情所作的一个判断,中国是一个大国,各地区政治经济文化发展不平衡。^①这一判断伴随着现代国家在中国的建立过程而验证其意义。必须指出的是,这对于我们今天研究法律体系的构建依然具有不可忽视的价值。同样是“现代国家”,对于在概念层面思考的人来说,往往掩盖或忽视同样分析单位背后所具有的差异,而正是这种差异对于永远不能停留在抽象语境中的当代中国法律体系的构建与完善而言恰恰是至关重要的。一个大国和一个相对来说的小国在法律体系的有效确立与有机协调的难度上存在差异是可想而知的。大国意味着更为繁复的小型社会的秩序体系,意味着形成统一的规则的艰难,也意味着更漫长的时间,意味着立法者必须更多考虑的既成的地方性秩序的利益,意味着维护社会共识和界定公共利益的难度。因此,一个社会的地域空间并不仅仅是一个空间问题,它还意味着形成统一规则体系所面临的难度和所需要的时间。^②另外革命后法律体系的构建必须承载中国在漫长的传统文明过程中所积淀下来的文化和制度遗产的约束。传统中国治理是建立在宗法一体化的社会结构之上的,因此伦理所确立的规则主导了社会生活的经营和公共秩序的提供,从而构成了

^① 参阅《中国革命战争的战略问题》,载《毛泽东选集》,第1卷,人民出版社1991年版,第三章第二节。

^② 参阅苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,北京:法律出版社2004年版,第36页。



传统中国的民族精神的一部分。附着在中国古代文明上的法律传统,也得在现代社会延续和演变,不时地从中国大地上冒出来左右着人们的行为。^①全盘否定伦理秩序的意义,反而会使伦理规则不断以各种形式修复或影响立法过程或立法效果。^②因此,“在不违反政体原则的限度内,遵从民族的精神是立法者的首要职责。”^③现代国家的成长在空间上所具有的特点都是在尊重历史这一时间维度基础上才能形成和呈现,更何况像中国这样一个具有悠久历史文化传统的国家,尊重历史不是要迁就传统社会所主张的伦理秩序而反对现代社会立法所建构的法治创新的努力,而是要求任何现代制度的创新不能建立在简单而粗暴地反对传统的遗产的基础之上。

再次,法律体系要为革命后现代国家维护社会主义制度的属性必须有效平衡社会正义与个体正义之间的关系。革命后中国社会对如何建成并如何维护社会主义制度曾经有教条化和机械化的理解,把法律简单化地理解为阶级统治的工具后,法律在当代中国社会发展和国家建设中的意义就没有政治运动或者说执政党和国家政策来得重要了。革命后围绕社会主义制度建设所形成的政治浪漫主义和政治全能主义给予法律体系的构建添加过多的道德理想和政治情感因素而忘却了法律体系的构建本身作为一种确立现代国家公共权力运行规则和制度原理来体现社会主义制度的现代性的朴素本质,使得革命后当代中国通过法律体系的有效构建以展现国家统治正当性和国家治理合理性的努力被放弃。^④即使革命后三十年中国社会所制定的少量法律也往往在解决具体的现实利益冲突、维护社会成员的平等和保障个体自由等方面显得苍白无力。因此革命后通过否定以财产权为表征的个体利益来教条地强调公有制为唯一基础的公共利益、否定以市场制度正当性为基础的社会活力来机械地维护以计划经济为基础的社会秩序来体现自身的特点的同时,让法律体系的构建本身失去了社会基础和维护社会主义制度的能力。1978年中国社会启动改革开放,中国共产党重新认识社会主义制度的本质诉求,明确当代中国社会正处于并将长期处于社会主义初级阶段。在这一认识的前提下,当代中国法律体系的构建必须在社会

① 参阅梁治平:《在边缘处思考》,北京:法律出版社2003年版,第126—131页。

② 参阅金观涛等:《兴盛与危机:论中国社会超稳定结构》,北京:法律出版社2011年版,第208页。

③ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,上册,张雁深译,北京:商务印书馆1961年版,第305页。

④ 参阅夏勇:《中国民权哲学》,北京:三联书店2004年版,第42页。



主义初级阶段的社会结构、制度安排和意识形态中体现。2011年中国特色社会主义法律体系的形成表明,改革后当代中国法律体系从构建一个以社会主义市场经济为基础的新的政治关系、经济关系和社会秩序的要求出发建构中国社会发展的规则体系。必须指出的是,现代国家在承认市场制度的前提下,在以私有产权为基础的现代西方国家,法律体系的构建及其变迁所秉持的价值选择是从个体利益的维护出发平衡个体利益与公共利益之间的关系;而在当代社会主义中国,法律体系构建所秉持的价值选择是从公共利益的维护出发平衡个体利益与公共利益的关系。所以,现代国家成长不能没有立法及其现代法律体系,通过立法及其所建构起来的法律体系来平衡个体利益与公共利益之间的关系以及社会自主性与国家治理正当性之间的关系,只不过立法及其法律体系所坚持的价值选择不同而已。这种差异是与现代国家不同的意识形态承认和制度属性选择联系在一起的。对于当代中国立法制度来说,其特点不是通过否定个体利益和社会自主性来体现,而是在承认个体利益和社会自主性后捍卫公共利益和国家治理正当性的能力中来体现。^①

三

一门学科提出的每一种新见解,都包含着这门学科术语的革命。故本书以法律体系构建为核心术语,以革命后现代国家成长与法律体系构建之间的整体性联系为线索,展开对当代中国社会主义法律体系的生成背景与发展模式、制度框架与价值选择的研究,揭示出中国走向现代国家的过程中建设与发展社会主义法律体系的路径选择和价值取向,深入研究个体正义与社会正义的平衡能力对社会主义法律体系发展所具有的意义。秉持这一基本思路,本书主要包括五个部分:

第一部分从政治革命的四种代表性模式中归纳出现代西方国家的生成样式,进而分析四种模式支撑起的革命后法律体系构建的两大模式。因为西方国家率先在政治革命后完成现代国家的确立以及推进革命后法律体系的构造,并对其后通过政治革命走上现代国家成长之路的诸人类文明共同体具有深远的积极或消极影响,所以我们的研究不得不从现代西方国家生成的革命路径入手研究现代国家的生成样式以及革命后法律体系构建

^① 参阅潘伟杰:《当代中国立法制度研究》,上海:上海人民出版社2012年版,第16—19页。