



西南民族大学

XINAN MINZU DAXUE
FAXUEYUAN XUESHU WENKU

改革时代的 理论法学

陈卯轩 主编

四川出版集团·四川人民出版社

陈卯轩 主编

改革时代的 理论法学

赠阅

四川出版集团·四川人民出版社

2007.1.22

图书在版编目 (CIP) 数据

改革时代的理论法学/陈卯轩主编. —成都: 四川人民出版社, 2006. 12

ISBN 978-7-220-07311-3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 143930 号

GAIGE SHIDAI DE LILUN FAXUE

改革时代的理论法学

陈卯轩 主编

责任编辑
封面设计
技术设计
责任校对
责任印制

何朝霞
文小牛
杨 潮
叶 勇
丁 青 李 进

出版发行
网 址

四川出版集团 (成都槐树街2号)

四川人民出版社

<http://www.scpph.com>

<http://www.booksss.com.cn>

E-mail: scrmcbsf@mail.sc.cninfo.net

(028) 86259459 86259455

(028) 86259524

成都华宇电子制印有限公司

成都金龙印务有限责任公司

146mm × 208mm

11.5

4

278 千字

2006 年 12 月第 1 版

2006 年 12 月第 1 次

ISBN 978-7-220-07311-3

20.00 元

发行部业务电话
防盗版举报电话
照 排
印 刷
成品尺寸
印 张
插 页
字 数
版 次
印 次
书 号
定 价

■ 版权所有 · 侵权必究

本书若出现印装质量问题, 请与我社发行部联系调换
电话: (028) 86259624



目 录

序 言 改革时代的法学革命	(1)
---------------------	-------

第一篇 法治主义合法性理论：法治的内涵与基础

第一章 从依法治国到建设法治国家	(9)
------------------------	-------

一、引论：现代化背景下的法治开启	(10)
------------------------	--------

二、新时期法治进程的主要阶段及重大事件	(12)
---------------------------	--------

三、新时期法治进程中的论点评介	(29)
-----------------------	--------

四、中国法治建设的初步总结	(48)
---------------------	--------

第二章 法治之法的价值、制度与谱系生长	(54)
---------------------------	--------

一、法治之法生长的背景	(55)
-------------------	--------

二、权利视角引入价值塑造	(57)
--------------------	--------

三、原则和“活法”带动制度升级	(61)
-----------------------	--------

四、“地方性知识”重建法的谱系	(66)
-----------------------	--------

第三章 中国法治进程中的民间法	(72)
-----------------------	--------

一、法律多元主义的缘起	(72)
-------------------	--------

二、民间法的提出和争议	(77)
-------------------	--------

三、民间法的界定	(81)
----------------	--------

四、民间法的特点和范围	(84)
-------------------	--------



五、民间法和国家法的关系	(88)
六、民间法的其他问题	(97)
第四章 市场经济语境与中国法治	(101)
一、法与市场经济的一般关系	(102)
二、市场经济与法治秩序	(111)
三、我国社会主义市场经济条件下法治合法性重建	(114)

第二篇 法治社会制度建构与文化资源

第五章 民族平等与民族立法	(125)
一、民族法治的恢复与发展：消除“事实上的不平等”	(127)
二、民族法治的全面实施：实现“共同发展繁荣”	(141)
三、民族政治制度的检讨与完善：落实“以人为本” 的科学发展观	(167)
第六章 通过诉讼的宪政之路	(189)
一、问题的提出	(190)
二、美国的宪政历程	(190)
三、世界其他国家的宪政体系	(195)
四、中国的宪政之路	(198)
五、宪法可诉吗？	(204)
六、宪法如何诉讼？	(215)
第七章 探寻传统中的过去与未来	(218)
一、20 世纪 80 年代以前儒家法律思想研究简介	(219)
二、学科建设的全面发展阶段：20 世纪 80 ~90 年代中期	(221)

三、文化反思阶段：20 世纪 90 年代中期至本世纪初	(225)
四、儒家法律思想与现代和谐社会的构建	(238)
第三篇 法学方法与理论的变迁	
第八章 法理学法学方法若干问题要论	(249)
一、近年我国法理学发展的良好态势	(250)
二、我国法理学研究中存在的主要问题	(258)
三、我国法理学基础研究与应用研究的关系	(263)
第九章 “法理学”从“国家与法的理论”中的诞生	(275)
一、《国家与法权理论》阶段	(277)
二、《法学基础理论》阶段	(283)
三、《法理学》阶段	(291)
第十章 现代性、后现代主义与后现代法学	(316)
一、现代性解读	(316)
二、后现代主义	(326)
三、现代性与后现代主义的出路	(340)
四、后现代法学的理论与旨趣	(344)
第十一章 后现代语境中的法理学转向	(350)
一、事实探知绝对化转向	(351)
二、法律正义幻像破灭	(353)
三、国家法崇拜的终结	(355)
四、司法走下神坛	(357)
五、国家在法学中的复兴	(358)
六、本土的回归	(359)
后 记	(361)

序 言

改革时代的法学革命

在中国政治和社会发展史上，20 世纪 70 年代末是一个重要的拐点，它开启了一个叫做改革开放的新时代。没有人能预测这个时代所能达到的高度，因为它刚刚开始；甚至也不便评价这个时代，因为我们正是这个时代的一部分。不过这个时代的特征已开始呈现，甚至历历可数：经济上，中国迅速实现了摆脱饥饿这个数千年的梦想，是从贫穷走向小康的拐点；政治上，明确了建设法治国家的目标，使法治主义理论上的合法性得到了政治上的确认，这是几千年中国专制主义政治文明史发展的拐点。改革时代的
中国理论法学，是法治理论和制度在中国发展的记录和表述，是法治主义的中国叙事。它围绕法治主义合法性尤其是价值合法性的论证以及法治社会制度与文化资源的探索，推动了中国法制文化的价值、制度与技术的巨大变化，促进了我国政治文明的建设。这是一场轰轰烈烈的以法治主义为导向的法学革命。

博尔曼曾定义革命乃是整个社会体制中基本的、迅速的、剧烈的和持久的变化，如果我们借用这一定义，不难发现，改革时代的中国法学 20 多年的发展，经历的正是一场法学革命，因为其
间法学经历的正是基本的、迅速的、剧烈的和持久的变化。



首先，改革时代的法学促成了从法制到法治的转变，法治主义合法性被建立起来，这是法学话语甚至政治文明的基本性变化。改革之初，为了避免“文革”“人乱”的悲剧重演，整个社会迫切地希望使社会主义民主制度化法律化，提出了加强社会主义法制、依法治国的主张。这种主张具有积极的历史功能和价值取向。1997年，“建设社会主义法治国家”被写入中国共产党的决议，这是法治主义在中国发展的重要成就，意味着法治的性质及目的的合法性得到了政治确认，而这与法学界长期奋斗是分不开的。随后将市场经济与法治联系起来，提出市场经济就是法治经济，则为法治提供了经济上的合法性基础，使之成为不可逆的社会运动。因此，从法制到法治，建立起法治主义合法性，这是中国法学的一场基本变化。

其次，改革时代的法学使一个有数千年连续的传统文化断裂和再生，其进程显然是迅速的。中国经历了数千年专制主义传统统治，历史上这种治理也曾创造过无数的辉煌，长期处于世界文明的山巅。不用说李约瑟的中国科学技术史，也不用说弗兰克的“白银资本”，即便是鸦片战争开始“挨打”，也不是因为落后，虽然吃了“坚船利炮”的苦头，仍坚信中国纲常名教天下第一，这不一定就是盲目自大，因为当时中国依然是世界上最大的经济体。如果以经济发展论证政权合法性的范式能成立，大清帝国完全可以自认为自己有世界上最先进的社会制度。总体上，中国以对内的王道，对外朝贡体系为标志的制度不是失败的制度，它不仅具有内在的道德感染力，并在功能上具有较强的社会控制力和发展力。因此，传统中国的专制主义是当时最先进的政治文明，之所以它今天不再被我们承继，并不是因为它做错了什么，而是因为法治主义的政治文明更能适应当今的需要。人类要更好地追求幸福和权利实现，要发展商品经济，就需要重新建构权力，只有法

治才能提供这种资源。欧洲的法治主义源于希腊城邦兴起的“黑暗时代”，经由数千年的演变，直到启蒙运动通过大革命才逐步建成。而法治主义进入中国，至多不过一百余年时间，大约是从洋务派“中体西用”因甲午战争惨败破产，变法图强意识下对西方制度关注开始的。而其后政治上的风风雨雨，使这一进程时断时续，难以有所建树。改革时代短短的二十多年，不仅持续了法治主义的中国进程，而且对此有更深刻的自觉，更充分的领悟与更主动的选择。这一进程是如此迅速，以致彻底地刷新了中国法学的话语系统。

第三，法治主义的建构在改革时代中国法学中引起的变化也是剧烈的，因为它对传统法学话语的颠覆极为全面和彻底。法治主义对中国法学的冲击，并不仅仅是理论范式的转换，而是一场社会模式的再造，是政治文明从价值到功能，从制度到运作的整体重建。这场重建将整合传统的仁政、德治、和谐、王道等文化资源，也要融入法治主义自身的精神与技术，更要坚持马克思主义人类解放和无产阶级专政、共产党领导等政治理想、社会动员方式以及政治优势。我们要构建的法学话语不仅与中国传统的法学不同，与改革时代以前的苏联式法学不同，对声称价值上具备普世性的西方法治主义学说和社会运动也要有所改造，以实现法治主义发展的创新。这种建构也许并不是从零开始，它所要突破和区别开来的法文化模式其实也是它的来源和基础；但这个工程是全新的、无经验、无参照的，它不是复制而是创新，不是模仿而是再造。并且，创新和再造的规模是空前的、整体的和根本性的。从梁治平《法辨》开始对法治主义基本元素法的文化解读开始，张文显论证了法治根源于商品经济的历史和逻辑事实，提供了法治主义合法性建构的起点及基础。夏勇将法治理论分解成价值、政治与程序三个层面，法治的基本价值是普世的，天赋人权、



人民主权、有限政府、法律面前人人平等这些原则是任何文明社会的基础，而这些价值实现的政治框架或制度安排，则无疑是多样的。君主立宪、共和制度、人民民主专政均可推行法治，关键看国情、人民愿望与实际效果，涉及法治的制度的具体形式，完全可以各呈异彩、和平竞争。总体上，法治更大程度上是一个政治命题，而不是法律命题。苏力提出法治建构的本土资源，马小红等人对中国传统法文化中礼法关系的梳理以及梁治平、谢晖等对地方性知识以及民间法的价值发现，均从不同角度巩固了本土资源视角的理论意义。张文显等人的权利学派与郭道晖的社会权力理论，则重建了权力与权利的概念，完全更新了我们有关这二者的既往知识。季卫东等人对程序正义意义的挖掘，不仅传递了一种法文化的核心理念，重要的是解除了压在法治主义身上沉重的道德承担，使法治从社会理想变成可期待的社会制度，它的主要功能不是鼓舞人们为真理和正义战斗，而是实实在在地服务于社会生活，保障公民的权利和维护社会秩序，推动社会进步。张恒山等对领导和执政的区分，提出了二者合法性依据的不同，对改善中国共产党的领导以及提升其执政能力，将是极大的推动。除了学术内容，理论方法和学术样态也完全不同以往，中国法学进入了它的历史性兴盛时期，这场变化无论从哪个方面看，都是全面和彻底的因而也是剧烈的。

第四，这场法学革命掀起的波澜正在扩散，而且必是持久的。20 世纪后半期的中国经历过大大小小的若干“运动”，而法治建构的这场社会运动与它们完全不同。它是整个社会上上下下在理性沟通的前提下的共识及选择，其理论基础、价值诉求、社会资源及推进方式都不再是简单的、粗疏的和任意的，而是审慎的、深思熟虑的，这是社会整体的选择及转向。不难看出，如此规模和在此背景下展开的一场社会政治文明重建，是不可阻挡的，

更不可能轻易停滞下来。尤其是中国共产党对建设法治国家的政治合法性认证,使这一选择必然成为不可逆转的社会运动,长期影响和主导政治文明的建构。

本书力图对改革时代中国理论法学的内在理路、认知过程及理论成果作一整体展示,对以法治主义合法性建构为核心的理论探索中的范式、方法进行初步梳理。这种梳理分三个部分,首先是法治主义合法性理论,它包括法治的内涵及基础的论证及成果。这一部分中,我们交代了从法制到法治的认知及政治确认过程,法学理论界对二者的概念、本质、资源等思想成果;初步揭示了法治之法的价值、制度与谱系生长原因与内容;讨论了民间法理论对法治概念发展的影响;回顾了市场经济理论发展对法治主义合法性建构的推动过程。本书的第二部分讨论了法治的具体制度建构及法治的文化资源,总结了法治主义叙事中民族平等与民族立法的发展历程;探讨了宪法保障制度尤其是宪法司法化的相关理论和立法问题;对中国法传统及儒家思想在改革时代的价值作了重新定位。在本书的第三部分,为了整体上反映理论法学的进展,对法理学、法学方法若干问题进行了系统归纳与评析;对法理学“从国家与法的理论”中的诞生过程及背景、意义作了描述和分析;清理了从现代性到后现代的法学发展内在理路,对后现代法学的特征作了概括,并初步讨论了后现代语境中中国法理学的转向与发展。

本书的旨趣不是理论创新,而是对改革时代理论法学的发展线索进行梳理;其基本特点也不在建立意义,而只是陈述事实,并且这种陈述未必全面,只是并非出于偏见;书中必然涉及对中国当代理论法学理论观点及法学家贡献的评价,这种评价尽管是负责任的,但不可当做鉴定;本书的价值不在于为法治主义问题提供答案,而在于为理论法学的研究性学习提供一个导读性文本。



我们可能误读了别人，因而错误在所难免，所以，我们一定会尊重并感谢所有的批评。



改革时代的理论法学

第一篇

法治主义合法性理论： 法治的内涵与基础

第一章

从依法治国到建设法治国家

“法治”、“依法治国”、“法治国家”等在中国，是一个具有特殊语境的政治法律概念，这些概念的生成伴随着中国近百年的社会变革及法律发展。在近百年的政治生活中，中国人一直坚持着自由、民主和法治的梦想，并为此进行着不懈的努力。时至今日，随着中国社会变革的持续深入，中国人的法治情结，已变成了举国上下一种坚定的信念和明确的方向。以理性的眼光审视，我们不难发现中国法制现代化的现实并没有表面上那么繁荣和乐观。中国法治有其复杂性、艰巨性、特殊性以及与此相伴的长期性。毕竟，中国是要在毫无法治传统的背景下去完成西方 300 多年所经历过的法治历程。所以，中国的现代法治建设是一个艰巨的事业，但更为重要的是，我们必须把法治置于中国的环境中，用中国人自己的视角在中国社会变迁的时空中来理解中国的法治问题。中国的法治理论研究，要具有深厚的历史根基，避免片面、简单移植西方的法治原理并契合中国的法治需求，就必须对中国近百年的法治追求特别是对最近二十多年的法治学说及其社会、政治、文化背景进行全面系统的梳理和深入的透视。



一、引论：现代化背景下的法治开启

法治是西方现代文明的产物，探讨法治离不开现代化这一大背景，法治在中国的生根和发展也是中国从传统社会向现代社会转变的现代化过程的结果。所谓现代化，从静态的角度看，是指西方经历了17~19世纪的发展所形成的一种社会状况，它以社会高度工业化、政治民主化和法治化为基础特征；从动态的角度看，是指后发展国家从政治法律制度、经济形态、科学技术、社会生活方式等方面从民族传统向现代模式转化的漫长过程。

中国的法制现代化的开启有其独特的历史场景：当西方文明突飞猛进，西欧北美的资本主义蓬勃发展时，有着古老文明的中国确实比人家落后了，以“天朝大国”自居的中国变成了死水一潭，失去了朝气，近代中国社会变革包括法制变革正是寻求从这种困境中崛起的过程。因此，中国的现代化包括法制现代化，在一定程度上源于对以英、法为代表的资本主义列强“坚船利炮”刺激与挑战的回应。这就决定了法制现代化在近代中国的开启不同于西方法制现代化的自然演进，而一开始就带有仓促、被动乃至强加的特点。1840年前后，与国运相应，中国传统法制也受到了前所未有的挑战。“法弊”被认为是中国贫穷落后的根源，“非变法无以为治”，一些知识分子认为，中国之所以落后挨打，是因为中国没有西方式的政治、法律制度。麦孟华在《商君评传》中把人治说成是中国落后的根本原因：“中国之弱于欧美者，原因不止一端，而其相反之至大者，则曰中国人治，欧美法治”^①。结果，西方的“三权分立”、“法治”等被作为一种治国之具引入了近代中国。接下来的清末修律，器物层面的西方法律制度被全面

^① 俞荣根：《儒家法思想通论》，广西人民出版社1992年版，第39页。

移植，导致中华法系解体。但以自由、平等、权利、人权为价值取向的西方法治所要求的法律至上、限制政府权力、保障公民权利却根本不可能为当时的统治集团所接受。相反，“大权统于朝廷，庶政公诸舆论”却成为近代中国的制宪宗旨。统治集团之所以引入西方法治，本是出于维护那摇摇欲坠的统治，巩固皇权。当法治要求制约权力、保护权利时，他们又怎能认同？怎能接受？由此看来，西方法治被引入近代中国完全是一个文化上的“误读”。就近代中国的国情而言，半殖民地半封建的社会，其主旋律一直是反帝救亡，通过实现国家的独立、自主、富强来实现救亡图存。按孙中山先生的观点，“个人不可太过自由，国家要得到完全自由。到了国家能够行动自由，中国便是强盛国家。要这样做，便要大家都牺牲自由。”^①这样，保护个人权利应当让位于国家统一和强盛的目标，加强国家权力就顺理成章。此后，北洋军阀和国民党统治时期的法制在总体上体现了法治外在形式与内在价值的深刻矛盾。在较为完备的法律系统下，军阀专制、国民党“党治”与近代法治所追求的价值理想相去甚远。正是在这种特殊的社会背景下，强国家、强政府的思想便在近代中国延续下来。

新中国成立后，新的人民政权面临一个建国与治国的课题，面临如何从剧烈的革命时期到和平建设时期的转型，而且，社会主义在中国的胜利显然与马克思、恩格斯最初的设想有所不同：社会主义在中国不是建立在发达的资本主义生产关系的基础上，而是脱胎于半殖民地半封建社会。因此，国家权力在社会主义建设中的作用就显得举足轻重。“由于发展的需要，也由于苏联是唯一的既是社会主义，又是基于落后基础上实现了快速增长的国家，

^① 时和兴：《关系、制度和限度：政治发展过程中的国家和社会》，北京大学出版社1996年版，第254页。