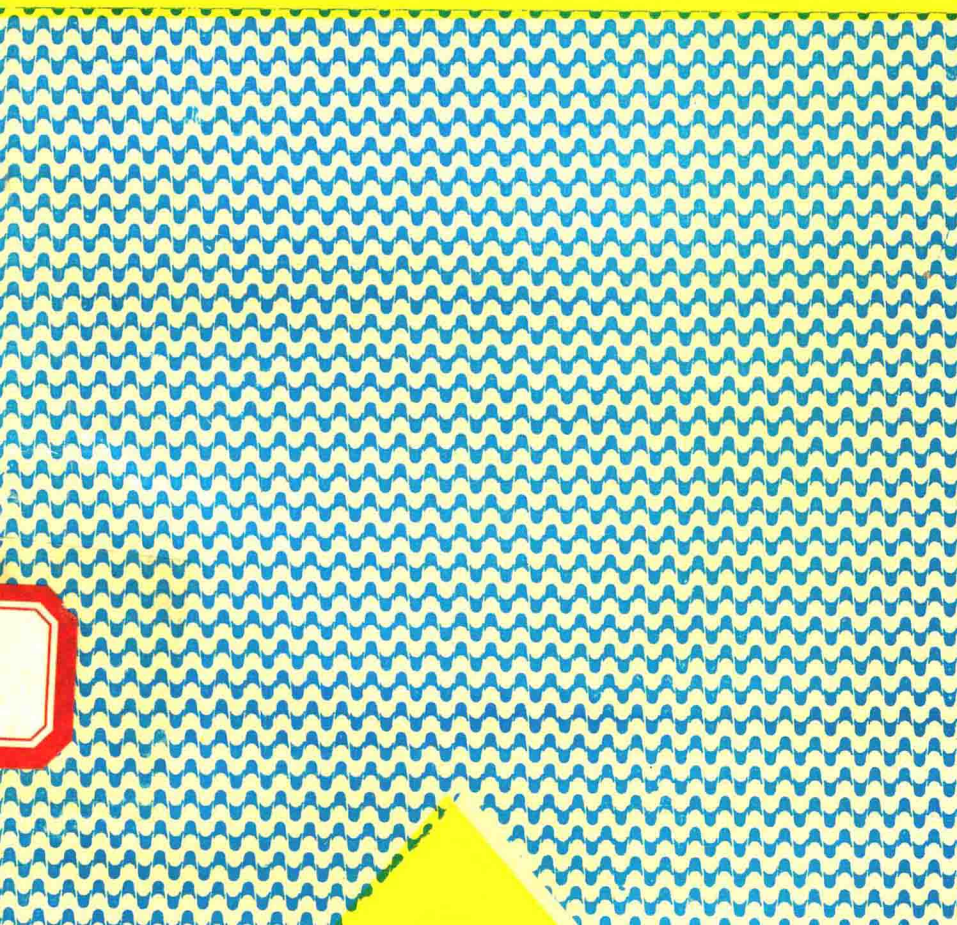


法律的 理想与法制理论

Ideal Of Law And Theory Of Legality

刘作翔 著



D6910
197

陕西省哲学社会科学规划重点课题

西北政法学院社科研究重点课题

法律的理想与法制理论

刘作翔 著

西北大学出版社

(陕)新登字 011 号

责任编辑 徐怀东

封面设计 郭学功

律的理想与法制理论

刘作翔 著

北京大学出版社出版发行

(西安市太白路)

新华书店经销 西北政法学院印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 8.125 印张 204 千字

1995 年 4 月第 1 版 1995 年 4 月第 1 次印刷

印数:1—1000

ISBN7-5604-0881-8/D·70

定价:9.60 元

序 言

法学家的使命

人文社会科学工作者的任务在于解释世界。这个世界既包括历史中的世界，也包括现实中的世界；既包括已逝久远的远古世界，也包括尚未到来的未来世界；既包括人类的物质世界，也包括人类的精神世界；既包括构成世界的人类群体，也包括构成世界的人类个体。总之，这纷呈多彩的多样化世界是人文社会科学工作者永无穷尽、永无止境的研究对象。可以说，只要有世界存在，有人类存在，对世界，对人类的解释和解读就会一直延续下去。

法学家作为人文社会科学工作者中的一个群体，其面对的研究对象是构成客观世界的法律世界。相对于客观的大千世界而言，法律世界是一个分支世界，是一个子系统；但相对于某一个小的微观世界而言，它又是一个体系庞博的大系统。法律世界由多重因素建构而成。它其中包括有人：人的精神、价值、理想、现实，人的期待、希望和追求；包括有社会：社会的物质基础、政治架构、文化意识形态，以及社会发展的目的、目标和运作过程；包括有历史：历史的积淀，以及由历史的积淀而形成的传统，等等。如果说，人文社会科学家的任务在于解释世界，那么，作为人文社会科学家群体之一的法学家，其任务便在于解释法律世界。这便是法学家的使命。

20 世纪末的人类社会，日益显现出功利化、现实化的发展趋向。无论是人们的思想、行为，还是国家及社会的政治、经济、文化运作，都趋向于一种功利化和现实化的追求。功利化、现实化未必是件坏事，就人类大多数而言，功利化、现实化可以激发那些正直而善良的人由对财富的追求和渴望到对财富的创造，以满足包括自身在内的人类物质需求。此外，功利化、现实化还得以矫正人类过去所存有的某些虚幻的、非现实的理念因素，使人类追求更加真实化，从而为财富的创造和增长贡献力量。但是，人类的追求和世界的发展决不是单一轨道，而是一种多元并存的发展体系。组成我们这个世界的并不只是物质世界，还有在物质世界基础上产生并发展起来的精神世界。人类在物质财富匮乏的初始社会阶段，尚有着对精神世界的追求和想往，何况到了物质财富较为发达、能够满足人类基本物质需求之后，就更加激发了对精神世界的追求。这种精神追求用一个学理性概念来表述，那便是“理想”二字。因此，“理想”并不是现时代才有的产物，而是伴随着人类产生发展的一个相对永恒的价值追求。虽然“理想”概念并不单指对精神世界的追求，它也涵盖对物质财富的追求，但就其表现形式而言，它是一种精神现象，是一种人类意识现象。尽管世界变的越来越功利化、现实化，但人类对精神世界的追求从来也未停止过，只不过它随着时代的演进和社会的发展变化而不断变换着自己的方式和内容。由此可见，人类的理想是难以泯灭的、永存的现象。在现实的世界中，理想是永远存在的。它既存在于人们的观念层次中，也存在于由人们的观念层次而外化的各种规范、制度、组织等层面中。理想同现实并不是一组格格不入的对立物，而是一组既对立又统一的矛盾体。现实的世界仍需要理想的指引，理想也在不断地摒除虚幻成分和特性而逐渐向现实靠拢，不断同现实世界相合拍。因此，理想、理想主义、理想主义者并不是我们这个世界的“怪物”，恰恰相反，它是我们这个世

界得以进步、发展所不可缺少的精神动力。尤其是在日益功利化的世界面前，我们更应该高扬理想，倡导理想主义，以迎接新世纪的挑战，而人文社会科学研究正是承担着这一重任的重要载体和实践活动，我们应当为此作出自己的努力。“法律的理想”就是基于以上的思考提出并探讨的一个新的法学问题。

古往今来的中国知识分子，素以使命感和责任感而著称于世。正是这种使命感和责任感，驱使着推动着一代又一代的知识分子为追求理想而奋斗，为探求真理而献身。在今日这样一个日益功利化、现实化的世界中，这样一种使命感和责任感尤显可贵和难觅，尽管它常常受到一些世俗的嘲弄和不屑，以及貌似“理性”的评判。

一个时代有一个时代的精神和理想追求，也有一个时代特定的价值目标和需要解决的特殊问题。既将过去的20世纪，在人类历史中是一个值得回味和纪念的重要历史时期。历经了两次世界大战，传统社会向现代社会的转型，科学技术的飞速发展，以及可以概而言之的人类文明程度的极大提高，人类社会的社会面貌、生存环境以及人类社会中最重要主体——人的精神面貌发生了巨大的变化。世纪之交的人类社会，更是充满了加速改革、发展、变化的社会历史文化氛围。如果说，要寻找一个较为恰当的概念来表述当今的时代任务和社会发展目标，我认为那就是“现代化”。具体言，就是完成和实现人类社会由传统社会向现代化社会的历史转变。

21世纪即将到来，新的世纪对于人类来讲，是一个充满着各种机遇和挑战、希望和困难并存的年代；对于那些富于挑战、冒险和创造精神的人来讲，更富有吸引力和刺激性。我们有幸能够作为跨世纪的一代，对新的时代充满着期待和憧憬。

新的时代带来了新的机遇，新的挑战，也面临着许多新的问题。新的时代需要人类具有一种新的思维方式和行为方式，来应

付各种各样的挑战。就跨世纪的中国法学和中国法学家而言，同样需要具备一种全新的精神面貌，需要一种坚定不移的对法治的信念和信仰，需要确立自身的价值坐标和目标体系。愚以为，概而言之，它便是追求科学，追求真理，追求理想。

追求科学 科学乃一切学问之生命力，亦为法学生命力之所在。法学要成为真正的科学，就应该遵循科学之精神，运用科学之方法，锤炼科学之思维，探索科学之结论，使法学真正成为法律之科学。

追求真理 真理乃一切学问之所求。凡从事理性思维的科学之人，无不将追求真理作为其最大乐事。法律乃实用之手段，但法学乃思维之科学，法学家为追求法律真理之人。追求真理，法学家才能不畏权势，不惧邪恶，不受利禄之所诱，不受一时一势之左右，以自己的独立思维之研究，创自己独立思考之学问，不断思考，不断修正，渐达真理之境地。

追求理想 理想乃一切学问之目标，更是一切学问之终极追求。法律有自身的理想，法学有自身的理想，法学家更应有自身的理想。理想有多种多样，但愚以为追求法治应为法学家所有理想中之最高理想。因为这一理想是实现公平、和谐、幸福、文明、秩序等人类社会发展目标的基础。法治乃强国之保证，法治乃民主之根基，法治乃现代化之内在需求。当今中国，需要大批法律之实务人才，更需要一大批有理想，有追求，有献身精神的理想主义法学家，承担起跨世纪的任务，并使 21 世纪的中国法学走向世界，获得其应有的历史地位。

就具体的法学研究而言，它的研究对象是丰富多彩的法律世界，即它可以研究任何与法律现象有关的问题。一般而言，人类行为都是一种有目的的行为，不含目的的人类行为是不存在的。法律作为人类的一种自觉性程度极高、且理性成分极浓的现象（人类行为），必然有其目的性追求。而将法律的这种目的性追求概括

成法理学术语和命题，就是“法律的理想”。法律是基于社会的生产力和生产关系的发展变化、并在此基础上按照一定的理想目标和目的来设计和创造的。反过来，人类创设的法律是理想的，还是非理想的？这又是对既存法律的一种价值评判。何为理想的法律？何为非理想的法律？这就首先需要设定一系列的评判标准，而对这些评判标准进行分析、论证及其设定，是研究“理想的法律”问题的基础性前提。同时，“法律的理想”与“理想的法律”两者之间又存在着何种互动关系，它们彼此之间是如何互相作用、互相影响及互相制约的？还有，一个理想的法律模式的建构，需要以哪些基本原则作指导，又需要具备哪些必备的、不可缺少的内容要件和形式要件，等等。所有上述问题，都涉及到“理想”这一人类意识现象。因此，对法律的理想及理想的法律问题进行研究，是对于现时代过于功利化现实化状况的一种有益的补充，或者说是一种矫正。它使我们在创设现代法制的实践中以及法律现代化进程中，在充分重视那些由社会实践所产生的法律需求诸因素的同时，不要忘却了人类对于法律所寄予的那些终极追求，或者说，不要忽略了法律中所载负的、也能够载负的那些人类终极追求（也即法律的理想）。因为正是法律的理想，在某种程度上具有指导着包括立法、司法、执法、法律实现等在内的法律实践活动的作用，它可以使整个法律实践活动朝着有目的性、目标性及自觉性的方向运转和迈进，并使整个法律实践活动更富于科学化、理性化、合理化及现代化，从而使法律更加适应现代化社会的客观需求，也符合人类社会更高的发展目标。

本书《法律的理想与法制理论》有两大部分内容。第一部分从第一章至第六章，作者分析和论述了有关法律的理想与理想的法律模式建构等问题。之所以研究这一问题，是深感这一问题在法理学乃至整个法学中的重要价值及现实意义，而我国法学界过去对它缺乏系统研究，基本处于空白。人类在追求自身理想的过

程中，需要通过许多具体的手段和实践环节去实现它，法律则是人类实现其理想的一个最有效、最有用、最有利的手段和实践途径，蕴含在法律中的那些人类理想，最集中地体现了各个不同时代不同社会的统治者、管理者和法律创制者对其最终目标和最终目的的理想追求。法律的理想是同人类法律现象相伴而生、相伴而终的一个“永恒性”的法哲学问题，是有关法律的最终极性问题。就其实质和重要性而言，它是全部法律问题的逻辑起点，也是所有法律问题的逻辑终点，是法律的最终归宿。在中国社会发生历史转型、社会变迁、法律变迁的现时代，在人类即将跨入 21 世纪之际，从理论上重视并深入研究这一问题，无疑有着深远的历史意义和现实意义。它将使我们的思路重新回到法律的最终极、最根本性的问题上，即：人类创制的法律是什么？人类制定法律又是为什么？第二部分从第七章至第十五章，作者从我国法制建设的现实出发，分析和论述了与法制建设密切相关的九个法制问题，提出了对这些问题的一些理论思考和观点。对于本书所提供的思考和观点，作者诚恳地接受学术界的评判。

刘作翔

1995 年 3 月 1 日于西安南郊

目 录

✓ 序 言 法学家的使命	(1)
--------------------	-----

第一部分 法律的理想

第一章 法律的理想：法理学的分析	(1)
第一节 法律的理想之涵义	(2)
第二节 法律的理想之具体内容	(8)
第三节 法律的理想之表现特征	(16)
第二章 法律的理想与相关法学概念：关系分析	(20)
第四节 法律的理想与法律价值	(20)
第五节 法律的理想与法律的作用	(22)
第六节 法律的理想与法律目的和法律目标	(24)
第七节 法律的理想与法律理念	(27)
第八节 法律的理想与社会理想	(28)
第九节 法律的理想与法律现实	(29)
第三章 法律的理想与理想的法律：关系及其转化	(31)
第十节 理想的法律：含义及其意义	(31)
第十一节 由法律的理想到理想的法律：实现转化	(35)
第十二节 研究价值及现实意义	(39)
第四章 理想的法律模式：建构原则	(41)
第十三节 研究前提	(41)
第十四节 科学性原则	(43)

第十五节	适时性原则	(47)
第十六节	现代性原则	(50)
第十七节	民主化原则	(52)
第十八节	小 结	(55)
第五章	理想的法律模式：内容要件	(56)
第十九节	内容要件命题解说	(56)
第二十节	民主要素	(57)
第二十一节	自由人权要素	(59)
第二十二节	公平正义要素	(65)
第二十三节	法治要素	(69)
第二十四节	契约要素	(72)
第二十五节	小 结	(74)
第六章	理想的法律模式：形式要件	(75)
第二十六节	形式要件命题解说	(75)
第二十七节	语言的明确性	(76)
第二十八节	法条的具体性	(81)
第二十九节	内容的易懂性	(84)
第三十节	结构的合理性	(86)
第三十一节	体系的完整性	(87)

第二部分 法 制 理 论

第七章	法理学改革沉思	(89)
第三十二节	中外辞典中的“法理学”解释	(89)
第三十三节	法理学在我国的发展简史	(96)
第三十四节	我国法理学界对法理学的认识	(99)
第三十五节	对我国法理学的现状分析及其思考	(104)

第三十六节	法理学改革的方向·····	(111)
第八章	多元的时代与多元的法学·····	(114)
第三十七节	时代特征：多元化及其表现·····	(114)
第三十八节	中国法学的走向：多元发展及其表征·····	(117)
第三十九节	法学多元发展的重要条件：政治和学术 的宽容·····	(121)
第九章	中国现代化建设与法制·····	(124)
第四十节	法制在现代化中的地位·····	(124)
第四十一节	法制的特点及其实现·····	(125)
第四十二节	法制的现实意义·····	(129)
第十章	法律的作用及其局限性·····	(134)
第四十三节	问题的缘起·····	(134)
第四十四节	两大思想源头：柏拉图与亚里士多德·····	(137)
第四十五节	当代争论的焦点：法治主义旗帜下的 法律利弊之争·····	(143)
第四十六节	辩证的思考·····	(148)
第四十七节	结 语·····	(153)
第十一章	中国法律文化现代化探索·····	(155)
第四十八节	历史动力·····	(155)
第四十九节	由传统向现代的转换·····	(161)
第五十节	如何对待西方法律文化·····	(165)
第十二章	中国法律教育模式探索·····	(168)
第五十一节	法制现代化与法律教育·····	(168)
第五十二节	法律教育与法律职业和法律职能·····	(170)
第五十三节	法律教育模式选择·····	(173)
第五十四节	法律人才培养模式·····	(179)
第十三章	关于我国民主政治建设的法律思考·····	(186)
第五十五节	由“周期率”说起·····	(186)

第五十六节	毛泽东的民主观和民主实践及其经验 教训·····	(188)
第五十七节	邓小平的民主法治理论及其价值·····	(203)
第五十八节	未完成尚需继续探索的课题·····	(209)
第十四章	关于权力制约问题的法律思考·····	(211)
第五十九节	研究权力制约问题的理论价值和实践 意义·····	(211)
第六十节	权力制约概念分析及与权力制衡的 区别·····	(215)
第六十一节	对我国理论界关于权力制约几种思路 的评析·····	(218)
第六十二节	对建立权力制约机制的法律思考·····	(224)
第十五章	关于市场经济条件下政府职能的法律思考··	(230)
第六十三节	市场经济条件下政府的五大职能·····	(230)
第六十四节	市场经济条件下政府职能的特点·····	(237)
第六十五节	市场经济条件下政府职能的转变·····	(239)
第六十六节	政府职能的法制化·····	(241)
第六十七节	私法文化与行政权力·····	(242)
后 记	·····	(246)

第一部分

法律的理想

第一章 法律的理想：法理学的分析

在有文字记载的长达几千年的中外思想史中，关于法律的理想一直是思想家、法学家们苦苦探索的一个重要法律问题。在浩如烟海的中外史料典籍中，有大量的关于法律理想问题的论述和研究^①。只是由于这一问题的牵连性、广泛性以及终极性，它常常同对法律的其他问题的研究相连带，夹杂在其中而难以形成自己独立的理论体系和思想体系，在某种程度上淹没了对这一重要法律问题的关注和重视，无法取得作为理论学说的独立地位^②。就其实质和重要性而言，法律的理想既是所有法律问题的逻辑起点，也是所有法律问题的逻辑终点，是法律的最终归宿。本章着重从法

① 在美国著名法学家博登海默的《法理学——法哲学及其方法》第一部分“法哲学的历史沿革”中，我们可以发现不时闪现出的“法律理想”概念；在美国社会学法学创始人庞德的《通过法律的社会控制》和《法律的任务》中，也可以看到有关“法律的理想”的表述。

② 也许笔者孤陋寡闻，迄今尚未见到一部系统地研究“法律的理想”的法理学论著。

理学的角度对法律的理想之涵义、具体内容、表现特征等几个问题作些研究。

第一节 法律的理想之涵义

讨论任何问题，首先应该搞清楚该问题的涵义。尽管对每一个新的概念，新的问题，不同的研究者会有不同的理解，但在每一个具体研究者那里，应该有一个起码的基本的理解，这是研究任何新问题的逻辑起点。研究法律的理想，首先也应该搞清楚“法律的理想”之涵义。

在探讨法律的理想之涵义前，有必要先对现代汉语中“理想”一词作些语义分析。按照《现代汉语词典》的解释，“理想”一词有两层含义：一是指对未来事物的想象或希望，多指有根据的、合理的，而非空想的、幻想的；二是指符合希望的，使人满意的^①。在《辞海》中，对“理想”一词解释为：1. 同奋斗目标相联系的有实现可能性的想象；2. 符合希望的，使人满意的^②。上述现代汉语对“理想”一词的解释，比较符合人们在日常生活中和观念中对“理想”的理解。通常把理想界定为：一是对未来事物的一种希望；二是对已经发生的事物是否达到或符合人们原来所期待的结果的一种评价。

法律的理想，同现代汉语中“理想”一词的含义既有接近之处，也有差异之处。分析法律的理想之涵义，有两种基本的方法：一种是对法律的理想作具体的描述，比如说法律的理想是指对正义、公平、自由、民主、秩序、安全等等的追求，这种分析方法的优点在于明确、了当，易于人们对其具体内容的把握。但法律

① 《现代汉语词典》，商务印书馆 1979 年版，第 686 页。

② 《辞海》（缩印本），上海辞书出版社 1979 年版，第 1213 页。

的理想之内容的多样性和差异性，决定了这种具体描述法无论怎样去周全它、完善它，也可能挂一漏万，不具有概括性；另一种方法就是哲学抽象法，即从哲学的高度对其进行抽象，概括出法律的理想这一现象的共同表征，使任何一种具体的法律理想都能符合这一抽象含义。据此，根据我的理解，从抽象的法哲学角度分析，所谓法律的理想，就是指作为人格化了的法律所要追求的最终目标和所要达到的最终目的。这是我对法律的理想之涵义基本的和简要的概括。对法律的理想这一概括，同现代汉语中“理想”一词的接近之处在于：它揭示了法律的理想既是一种对法律的主观期望或希望，也是法律所要追求的一种结果；不同之处在于：法律的理想不是对未来的一种希望和对未来结果的评价，而是对法律的一种现实性期望和现实结果的追求，而且，并不是所有的法律的理想都具有合理性和有根据性，有时候有些法律的理想恰恰可能是不合理的、无根据的，这些只是对法律的理想初步的阐释。对法律的理想之涵义，还须从法哲学角度做更深入的剖析：

1. 如上所述，法律的理想，就是指作为人格化了的法律所要追求的最终目标和所要达到的最终目的。如何理解“人格化了的法律”，可能是人们首先会提出的一个问题。法律的人格化与非人格化，长期以来也是法学家们讨论的重点。一般认为，法律的人格化，是一种同法律的价值背道而驰的反法律的现象，是法律精神扭曲的一种反映，这种扭曲现象具体表现为：法律由作为社会公共意志的产物而变成为一种个人意志的产物，成为专制主义进行专制独裁统治的政治工具。法律的人格化在封建专制统治社会里表现的最明显。在封建社会里，封建君主、皇帝的个人意志就是法律，所谓“言出法随”、“朕即法律”就是这一现象的具体体现和历史写照。在这种社会结构中，法律被人格化了，具体而言，就是被封建君主个人人格化了。封建君主借助于这种人格化了的

法律，来实行独裁专制统治，因而法律的人格化也成了专制君主独裁统治的工具；而资产阶级革命的成果之一，就是在推翻封建君主统治之后，从法律上改变了过去的人格化现象，使法律成为非人格化的产物，成为“社会公意”、“人民意志”的表达，才使法律真正恢复了非人格化的本来面目，这是一个具有时代意义的法律进步和变革。因而，在许多学者那里认为，法律应该是一种非人格化的事物。

上述看法不无道理，具有一定的合理性。它揭示了封建社会中法律人格化的表现结果，揭示了法律的非人格化所代表的历史进步。但同时，这一看法却掩盖了法律的更为深层的实质内容，即：法律是人类^①意志的一种产物^②。不管这种人类的意志表现为个人的、集团的、阶级的、或全体人民的，还是表现为一种善的或恶的意志，它总是代表着一种意志。任何一种法律，总是具体的代表着不同人们的意志。在奴隶制社会，它可能代表奴隶主个人的意志，或奴隶主阶级意志；在封建社会，它可能代表封建专制君主个人意志，也可能代表封建统治阶级集团意志；在资本主义社会，它可能代表资产阶级整体意志，也可能代表不同利益集团意志；在社会主义的不同发展阶段，它可能代表无产阶级的阶级意志，也可能代表全体社会主义劳动者的意志。总之，不论法律所代表意志的内容如何变化，它总是一种人类意志的产物。在法律的表面形式背后，总是有人类意志的内容在其中。不论是启蒙主义思想家所揭示的法律代表的“社会公意”，还是马克思主义所

① 为行文和表述方便，这里使用“人类”一词。但此处的“人类”一词，只是一种代称，其意近于“人的”，并不是指抽象意义上的“人类”或“全人类”。——作者注。

② 这一分析仅就法律是代表人类意志这一侧面而言的，并不是全面地论及法律产生的历史、经济、阶级、文化等根源，不是对法律产生、存在的各种原因作出全面分析。——作者注。