

哈工大法学文丛

HIT-University Series of Legal Research



*On the "State-Society" Framework
and the Studies of
the Chinese Jurisprudence*

“国家—社会”框架 与中国法学研究

侯瑞雪 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

哈工大法学文丛

HIT-University Series of Legal Research

“国家—社会”框架 与中国法学研究

*On the “State-Society” Framework
and the Studies of
the Chinese Jurisprudence*

本文丛的出版获得了哈工大法学平台建设基金的支持



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

“国家—社会”框架与中国法学研究 / 侯瑞雪著. —北京:
法律出版社, 2009. 1

(哈工大法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9039 - 6

I. 国… II. 侯… III. 法学—研究—中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 184801 号

©法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/6.75 字数/173 千

版本/2009 年 1 月第 1 版

印次/2009 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9039 - 6

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

法律出版社一向以推进法学学术研究为目标，为法律学人提供了良好的交流平台。承蒙法律出版社的大力支持，《哈工大法学文丛》这一学术项目的帷幕徐徐拉开，这无疑是哈工大法学院向学界同行集中展示学院教师学术研究成果、拓宽和深入与专家学者交流的一个极好机会。同时推出这些成果，也是纪念哈工大法学院成立三周年和哈工大法学专业建立十周年的极好形式。我非常高兴应法律出版社本文丛负责人易明群女士之邀，写几行文字，对哈工大法学院的学术研究略作介绍，以为本丛书之序。

在学校领导的大力支持下，在哈工大建设世界一流大学的背景中，哈工大法学院于 2005 年底正式成立。学院现有教职工 31 名，其中全职教师 26 名。学院师资队伍的特点是国际化。首先是师资队伍结构的国际化，拥有 15 位来自美国、德国、法国、意大利、国际司法机构、国际学术组织的海外客座教授群，分别担任学院的客座教授和长期合约教授，这些知名专家学者频繁来学院讲学交流；其次是全职教师学缘

结构的国际化,全院教师均有良好的学缘背景,其中3位教授、副教授获得德国名校博士学位,两位教授、副教授长期留学法国和爱尔兰,1位副教授获得芬兰赫尔辛基大学副博士,1位副教授为哈萨克斯坦国立大学的博士,另有几位教师正在攻读意大利和法国的博士学位;再次是师资队伍工作目标的国际化,科学研究全方位国际化,人才培养方面切实贯彻培养面向世界的国际化人才的目标,积极采取加强学生跨文化交流能力的系列措施,取得良好效果。学院师资队伍的另一特点是年轻化。学院的教师大多拥有国内名校的法学学位,毕业于北京大学、武汉大学、吉林大学、中国政法大学等,获得博士学位和正在攻读法学博士学位的教师占60%左右。目前几位学术带头人都在四十岁左右,绝大多数骨干教师都在三十多岁。他们主持着十余项省部级课题和国际合作项目。若干年轻博士担任了学校和学院法学研究机构的负责人。这就使得法学院的研究和教学工作充满了活力和蓬勃向上的氛围。

三年来,哈工大法学院以高起点、研究型、国际化为特色,学科建设取得了突出的进展,师资力量大大加强,研究方向进一步明确,学术成果不断增多,在国内法学界尤其是理工科高校同行中的影响逐渐显现。2008年1月,在哈工大法学院承办的教育部法学教学指导委员会“理工科高校法学人才培养模式研讨会”上,学院提出的理工科高校法学建设要“入主流、有特色、建亮点”的思路,获得了同行们的认可。

科学研究历来处于学院建设的龙头地位,学院始终致力于推出并传播高层次学术成果,在实力雄厚的国际法尤其是外层空间法、欧洲法、国际司法制度、国际刑法以及比较法等领域,开展了认真扎实的研究,发表了一系列学术成果,搭建了一个个学术平台。建院以来,在学校的支持下,先后建立了哈工大欧洲法与比较法研究所、哈工大空间法研究所、哈工大人权法研究所、哈工大私法研究所、哈工大德国法研究所,以及法学院知识产权研究中心和法学院俄罗斯法研究中心等。这些学术机构的建立,对于推动资源和人才整合,强化研究方向、突出研究重点起到了良好的作用,是我们的一个重要经验。

由于我国在空间技术领域的迅猛发展和在国际空间活动中重要地位的日益凸显,对于空间法律全面深入的研究日益迫切,法学院在这一领域开展了卓有成效的研究工作。赵海峰教授先后主持完成了中国空间立法研究、空间活动的国际法与国内法比较研究等省部级课题,近三年每年在国际空间法年度研讨会上发表论文。以哈工大空间法研究所为中心,形成了一支稳定的研究队伍,研究人员在国内重要期刊上就空间立法、空间管理体制、空间争端解决、空间商业化、国内外空间法的教学和研究问题等发表近二十篇学术论文;出版了《空间法教程》(2006年,Marco Pedrazzi、赵海峰著,吴晓丹译)等著作;推出了国内唯一的《空间法评论》(2006年创办,赵海峰主编)学术刊物,创办该刊是为了给国内外空间法学者专家提供发表空间法研究成果的平台,推动空间法的研究,并欲与美国、加拿大等国的空间法刊物呈鼎足之势。学院广泛邀请德国、美国、意大利、韩国等国家空间法研究领域的领军人物前来授课、讲学,开展各种形式的学术交流。研究人员积极为国家有关部门的决策提供咨询意见。学院在2006年组织了首次全国规模的空间法学术研讨会,取得了丰硕的学术成果,进一步推动了国内空间法研究工作。哈工大空间法研究所也被同行们界定为国内一流的空间法研究机构。

在欧洲法方面,学院以近十名毕业于欧洲著名高校的归国教师为依托,在包括欧盟法、欧洲人权法和欧洲国家国内法等领域展开了重点学术研究,并于2007年主持召开了“中国欧洲学会欧洲法研究会首届学术年会”,推出了《欧洲法问题专论》(2006年,赵海峰著)、列入本文丛的《欧洲法析论》(2008年,葛勇平、孙珺著)、《欧盟法律体系》(李滨、赵海峰等译)、《欧盟宪法条约与欧洲法的新发展》(赵海峰主编)等著作,发表了一系列欧洲法研究的学术论文,赵海峰主编的《国际法与比较法论坛》(2006年创刊)学术刊物上也发表了诸多欧洲法的研究成果。

在国际司法制度方面的研究,哈工大法学院处于国内前列。已经完成和正在进行的省部级课题包括赵海峰主持的“国际司法程序问题研究”、宋健强主持的“国际刑事法院经典判例实证研究”和“国际刑事法

治”的实践理性——以国际刑事法院情势和案件为例”等。赵海峰、李滨、宋健强等就此发表了一系列学术论文,并出版了《国际司法制度初论》(2006年,赵海峰等著)一书。赵海峰教授认为,国际司法机构由于近年来快速的发展、在国际关系中日益显著的作用和丰富的研究对象,应当成为一门独立的学科。宋健强副教授对于国际刑事司法制度尤其是国际刑事法院的机制与判例开展了密集研究,先后出版了《国际刑事司法制度通论》(2006年)、《国际刑事法院诉讼详情实证研究》(2007年)等专著,以及列入本文丛的《国际刑事法院“三造诉讼”实证研究》(2008年)等,学术界对此给予了充分关注,陈兴良教授肯定了宋健强在研究中分别就国际刑法哲学、国际刑事法治、表面正义等方面提出的新观点的学术价值,并指出“宋健强致力于国际刑法研究,新作迭出,锋头颇健,值得称道”。

在比较法研究方面,法学院也着力甚巨。比较法研究的一个主攻方向是国别法研究。赵海峰教授很早以来,就主持了法律出版社《法国现代法学名著译丛》的翻译和出版工作,目前该丛书中的《法国商法》(罗结珍、赵海峰译)、《法国民法总论》、《世界法的三个挑战》(罗结珍、赵海峰等译)等著作已经出版,《法国宪政学》一书也即将出版;同时主持的北大出版社的《海外学子法学文库》也正在推进,第一种《欧盟对华投资的法律框架——解构与建构》已经出版;另外主编的《国际法与比较法论坛》第一、二、三辑中,发表了不少比较法学的论文。哈工大德国法研究所主任葛勇平、孙珺两位教授主编的《德国法研究》(2008年创刊)刊物的第一、二卷,发表了相当数量的德国法研究的学术论文。学院在俄罗斯法研究方面也发表了十余篇学术论文,主持了若干包括省部级课题在内的研究课题。

哈工大法学院在民商法和法理学方面,力量也比较强。民商法教师,主持了有关土地登记制度等内容的若干高层次研究课题。知识产权等领域成果集中,分别出版了《网络知识的法律保护》(2008年,郭丹主编)、《网络法概论》(郭丹主编)、《知识产权法》(2008年,王伟、李晶珠编著)、《合同之债例解》(2006年,任旭东、冯秋燕等编著)等专著和教材。法理学的研究目前在人权法方面比较突出,哈工大人权法研究所所

长杨成铭教授在欧洲人权机制和教育权等方面的研究成果丰硕;副所长王宏伟副教授在哈萨克斯坦出版了《中亚国家人权研究》(2007年)、《国际法与中国—哈萨克斯坦两国关系研究》(2007年)等专著,并发表了一系列学术论文;副所长王勇波博士则在国际著名出版社出版了有关香港问题的人权法英文专著《The Protection of the Fundamental Rights in the Hong Kong Special Administrative Region: An Analysis of Transition》(2007年)。对于死刑问题,除了发表研究论文之外,还组织翻译了两部重要著作在法律出版社出版:一部是法国巴丹戴尔的《为废除死刑而战》(2006年,罗结珍、赵海峰译);另一部是爱尔兰人权中心主任夏巴斯的《国际法上的废除死刑》(2008年,赵海峰、吴晓丹、宋健强、李晶珠译)。在国际法的基本理论方面,葛勇平教授在国际法主体理论方面做过深入研究,在德国出版了《香港与欧洲联盟的国际法主体资格问题研究》(2003)一书。朱莉博士以经济分析的方法展开了对国际私法问题的研究,侯瑞雪博士则主攻有关国家—社会的理论框架与我国法学研究的问题。在本文丛中,她们的《管辖权、法律选择方法与规则的经济学分析》、《“国家—社会”框架与中国法学研究》都在第一批书目之中,两本专著都是在他们博士论文的基础上修改而成的。法理学方面的另一成果是高立忠、窦玉前编著的《继承与发展:中国依法治国的理论与实践》(2005年)一书。

以上对学院近年来学术研究的几个重点和进展进行了回顾性介绍,有点像流水帐,但应当说触及了哈工大法学研究的核心。需要强调的是,这些研究,仅仅是一个良好的开端,哈工大法学院的科学研究,在深度、广度和层次方面都需要做更进一步的艰苦努力。我们一定要抓住时机,找准方向,突出重点,潜心研究,为繁荣我国的法学研究做出更大的贡献,这也是本文丛的一个努力目标。

本文丛的出版获得了哈工大法学平台建设基金的支持。

赵海峰 教授
2008年10月于哈尔滨

目 录

导 论 /1	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见” 章三第
一、问题的建构 /2	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
二、论题的限定 /5	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
三、“国家—社会”框架的来源与内涵 /8	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
(一)“国家—社会”框架的来源 /8	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
(二)“国家—社会”框架的内涵 /12	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
(三)国家与社会/市民社会概念界定 /15	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
四、分析进路的设定 /22	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
第一章 中国市民社会研究与“国家—社会”框架下的中国法学研究述评 /24	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
一、中国市民社会研究述评 /24	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
(一)背景、问题与意义 /24	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
(二)中国市民社会研究的主要争点及其转向 /27	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
(三)中国市民社会研究存在的问题 /35	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
二、“国家—社会”框架下的中国法学研究之现状分析 /37	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
(一)市民社会与中国法治观的论争 /39	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
(二)市民社会与部门法研究 /43	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
(三)“国家法与民间法”研究 /47	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”
第二章 西方市民社会及“国家—社会”框架的形成和发展 /55	201 突得半去國中已樂群“会并一案国”“思见”

2 “国家—社会”框架与中国法学研究

一、市民社会理论复兴的背景及其概念之分梳 /57

二、西方市民社会理论及“国家—社会”框架的演化发展 /62

(一) 现代性的兴起与欧洲市民社会理论之形成 /64

(二) 现代性的危机与市民社会理论的发展与衰落 /78

(三) 现代性的重建及市民社会理论的复兴 /82

(四) 小结 /87

第三章 反思“国家—社会”框架及该框架下的中国法学研究 /93

一、反思“国家—社会”框架 /95

(一) 反思现代性理念 /96

(二) “国家—社会”框架的限度分析 /102

二、反思“国家—社会”框架下的中国法学研究 /106

(一) 中国改革开放以来法治观的转向 /108

(二) “国家—社会”框架下的中国法学研究存在的问题 /121

第四章 以“国家法与民间法”研究为个案的进一步反思 /132

一、“国家法与民间法”研究概览 /132

(一) 民间法研究成为焦点之缘由 /134

(二) 民间法/习惯法之概念界定 /140

二、反思“国家法与民间法”研究 /142

(一) 反思“法律文化论”中的习惯法研究 /143

(二) 反思“本土资源论”中的民间法研究 /147

(三) 中国法学论者对“国家—社会”框架的有限反思 /151

第五章 展望“国家—社会”框架与中国法学研究的发展 /161

一、思维方式的转变 /163

二、研究视角的转换 /168

三、托依布纳的自创生理论给我们的启示 /179

结 语 /182

参考文献 /188

后 记 /206

导 论

自 20 世纪 80 年代改革开放以来,对于独立性和自主性的寻求始终是中国社会科学的一个重要主题。一方面,我们的社会处于悖论式的语境和时代中:传统、现代和后现代,现代化、反现代化与全球化,本土化与西方化等在同—个时间维度上出现在当下的中国;另一方面,中国社会科学一直以来具有一种移植品格,即中国社会科学在发展过程中亦步亦趋地跟随西方社会科学的发展步伐并受其基本假设的支配,而且为了迎合中国现代化进程的需求,中国社会科学在西方现代性的支配下进行无反思性的知识型构。这两方面都导致中国社会科学陷于深刻的危机之中。这种危机主要体现在:既有的解释和分析中国问题的概念体系、思想框架以及研究范式已经不能切实把握当下中国的国家和社会之转型,进而使学术界出现了所谓的“阐释中国的焦虑”。〔1〕同时,这一危机实际

〔1〕陶东风:《社会转型与当代知识分子》,上海三联书店 1999 年版,导论,第 4 页。

上反映了东西方文明的冲突以及中国文化的认同危机,正如亨廷顿所言:“90年代爆发了全球的认同危机,人们看到,几乎在每一个地方,人们都在问‘我们是谁?’‘我们属于哪儿?’以及‘谁跟我们不是一伙?’”^[1]由于西方现代性是从其本土文化中产生的,这种“内源式”现代化尽管也带来了对其自身传统文化的冲击并发生了认同危机,但是这一危机并不表现为民族性与现代性的矛盾;而近现代中国文化的认同危机主要源于西方现代性的冲击及其与中国传统文化的冲突,在中国这样的后发现代化国家中,这种危机表现为民族性与现代性之间的紧张关系。因此,在冷战结束后以及所谓的全球化过程中,反思现代化、本土化与全球化之间的关系并重建强有力的文化价值认同已经成为中国学术界的核心问题,而且这种反思实际上主要是对现代性的反思。在这样一个现代性危机四伏以及知识转型的关键时刻,中国学术场域中涌动着一股重新思考中国思想与现代性之间的关系的潮流,比如中国论者对替代性现代性^[2]和多元现代性^[3]的寻求,以及对现代化范式的批判。^[4]尽管他们思考现代性的路径各异,但都来源于应对现代性在中国的困境和危机的需求。这些思想充分表达了在世界体系中处于被支配地位的觉醒的中国知识分子,在面临全球化的挑战时的救亡和启蒙情结。中国的知识分子向世界发出这样的声音:我们是谁?我们如何成为我们自己?中国在世界中的位置如何?中国如何成为中国?这不仅仅意味着重新定位中国和中国知识分子的角色,更意味着思维方式的彻底转换。

一、问题的建构

上述这些学术努力,不仅反映在中国论者对中国社会科学中的一

[1] [美]塞缪尔·亨廷顿:《文明的冲突与世界秩序的重建》,周琪等译,新华出版社1998年版,第129页。

[2] 汪晖:《现代中国思想的兴起》,生活·读书·新知三联书店2004年版。

[3] 吴冠军:《多元的现代性——从“9·11”灾难到汪晖“中国的现代性”论说》,上海三联书店2002年版。

[4] 邓正来:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆2006年版。

系列范式性假设的反思和批判中,也反映在他们对现代性所支配的中国学术的生产结构和过程的分析中,以及这些知识生产对社会秩序型构之影响的探讨中。本文的目的不在于对上述问题作出直接的详尽讨论和批判;而在于通过对长期困扰中国论者的“国家与社会”之关系的现代性问题在中国法学中的展现进行研究,经由对现代唯理主义“元意识形态”支配下的“现代图式”的再生产过程进行前提性追问,为我们进一步思考和追究上述问题提供一个路径。同时,对于现代性问题以及知识生产与社会秩序之间关系的思考本身,也为我们讨论中国法学中的“国家—社会”框架及其相关研究存在的问题提供了一个参照架构。

当下的中国正处于国家与社会的转型时期,各种利益纷争与多样的价值冲突在特定时空内共存,社会矛盾丛生。在这样的背景之下,如何协调彼此冲突的利益关系以及如何化解深层次的社会危机,即如何看待和处理自由和秩序的关系并最终为中国实现现代化的道路扫清障碍,成为知识界严肃思考的问题,同时促动了思维方式的转换。“国家—社会”作为西方政治社会学的核心问题之一,自20世纪90年代初中国学者从西方引进“市民社会”理论之后,即开始作为认识当代中国的分析框架,相关的研究成果迭出,涉及领域广泛。社会学、人类学、政治学、法学等众多学科都在大量运用这一框架作为分析和解释其研究对象的工具。“国家—社会”框架的提出与中国的现代化进程紧密相关。也正是由于西方相关理论和经验的示范、中国改革的现实诉求以及中国知识界的理论反思,促使近年来“国家—社会”框架在中国学术场域的迅速扩张。尽管对这一源自西方的框架的效度仍存在众多争论,但是此框架的影响力却是不容质疑的。正如邓正来先生所言:“这股思潮之于中国,乃是一种含有现实批判性的汲取性创新。”^{〔1〕}近年来中国法学研究领域中“国家—社

〔1〕 邓正来、[美]J.C. 亚历山大编:《国家与市民社会:一种社会理论的研究路径》,中央编译出版社1999年版,第77页。

会”框架的采用也逐渐升温,越来越多的学者尝试运用这一框架来分析和解释中国的现实,相关的著作和论文也逐渐增多。“国家—社会”框架在法学研究中的运用具有重要的学理意义和现实意义。在学理上,“国家—社会”框架为我们提供了对传统法学研究的思维路向,以及对忽略社会面相或无视自下而上的动力的各种分析架构,进行反思和批判的维度,在某种程度上促进了思维方式和法学理论模式的转换。现代性与现代化的追求赋予了我国论者运用“国家—社会”这一框架的确当性,这一框架对于学界摆脱传统的以“国家本位观”为中心的自上而下的思路,以及制定法一统天下的格局,并将关注点转向社会中运行的法提供了一个新的观察视角,进而也可以在此框架下挖掘出被其他理论模式所遮蔽的问题;同时,它为法学研究者寻求国家法与民间法的互动从而进行具体的实质性经验研究提供了新的理论模式。运用这一框架的现实意义在于:具体的经验研究不仅可以检视其应用于中国社会分析的效度,而且也可能为中国法律的变革以及国家与社会之间关系的调整提供反思和批判的武器,进而改变我们提问中国现实问题的方式。

尽管中国法学论者在中国法学研究中广泛运用“国家—社会”这一分析框架具有重要的意义,然而,这样一个源自西方的概念框架对于我们理解中国社会秩序的形成和现状到底有什么样的作用,是我们不得不关注的问题。因为在这一框架被运用于中国问题的分析时,“一方面带来了以往观察中所忽略的面相,另一方面,由于把不同社会的问题意识及知识运用到对中国秩序的分析上,它的优势和局限因此而同在。”^{〔1〕}在一定意义上说,除了模仿西方的具体经验研究之作外,中国法学界尚未出现运用“国家—社会”框架具体分析中国现实的成功作品;中国法学研究未能切实把握中国现实,进而也未能获得实质性的推进和贡献。而且,我们的法学界在运用这一框架时并未保持必要的警醒,对于该框架的理论前提或预设很少质疑,对于框架的作用和限度也没有深刻的把握,主要的研究一

〔1〕 张静主编:《国家与社会》,浙江人民出版社1998年版,编者的话,第2页。

一般都停留于从框架出发对具体的法律实践进行解释的层次上。因此,这是一种“集体性学术无意识”的现象,在“国家—社会”框架下所进行的中国法学研究并没有上升到反思和批判的层次,进而遮蔽了这种知识生产对于法律秩序的论证是否误解了我们的现实这一问题。因此,我试图从反思和批判的角度出发,检视中国法学研究中“国家—社会”框架的作用并反思这一框架的理论前提及其限度,对在此框架下展开的中国法学研究中出现的问题进行探讨,从而揭示出中国法学研究与“国家—社会”框架之间的张力,并且为发展新的理论分析框架提供基础,进而促进中国法学研究的发展。

二、论题的限定

本书将关注点集中于对支配“国家—社会”框架的理念和该框架的限度进行反思和批判,以及对这一框架下的中国法学研究存在的问题进行分析和探讨,从而揭示出这一框架在中国法学研究中的作用是如何形成的,以及构成其限度的根本原因。“国家—社会”框架背后的理论支撑,我认为是西方“现代性”^[1]的支配。正是在现代化的实践中,

[1] 现代化与现代性是两个不同的概念,现代化主要指一种以西方为中心的线性发展模式 and 扩散的实践过程,主要指功能制度意义上的建构;而现代性是指一种对于时间进化的态度。1492年哥伦布远航到美洲成为开辟“现代”时代的重要标志,但现代性的发展到了17世纪才具体展开,它包括质疑精神的生长、追求理性、效率和实证知识,以及在社会“进步”的过程中重视物质世界的信仰。参见[英]科恩、肯尼迪:《全球社会学》,文军等译,社会科学文献出版社2001年版,第53页。吉登斯指出应从多维制度角度研究现代性的本质,他认为现代性首先是指在后封建的欧洲所建立而且在20世纪日益成为具有世界历史性影响的行为制度与模式。它包括四种维度:工业主义、资本主义、监控系统和军事力量。他提出了反思现代性。参见[英]安东尼·吉登斯:《超越左与右》,李惠斌、杨雪冬译,社会科学文献出版社2003年版,序言,第19页。中国知识界自20世纪80年代以来对现代化过程往往容易采取简单笼统的认同态度,而没有对现代化的各种理论框架提出反思性的批判,因此导致学界的研究基本上是为西方现代化的普遍进程提供一个地区性的注脚,远未形成具有本土解释和反思能力的有效性框架,其主要症结就在于论者缺乏对支配理论框架的现代性问题进行深刻的认识。参见杨念群:“美国中国学研究的范式转变与中国史研究的现实处境”,载黄宗智主编:《中国研究的范式问题讨论》,社会科学文献出版社2003年版,第296页。

研究者的知识世界不断受着现代性的影响,从而确立起与现代性支配下的中国社会发展相吻合的研究框架,因此是现代性赋予了我们运用这一框架的确当性,但这种确当性本身是可质疑的。^{〔1〕}由于论者对这一前提不加反思和追问,才使他们的研究具有很大的局限性并在一定程度上误解了中国社会的现实。因此,邓正来认为:“中国论者关于中国发展问题的市民社会研究,受到了‘现代化框架’的支配。”^{〔2〕}而“国家—社会”框架也正是在西方现代性的支配下进入中国学者的视野中的。无论是中国论者对如何建构市民社会的探讨,还是对国家与社会关系的解读和求证,都明显受到西方“现代化范式”^{〔3〕}的影响。在这一范式的影响下,众多论者将西方实现现代化的模式视为普适的,而对市民社会理论和“国家—社会”框架不做进一步的反思和批判。尽管有一些论者(如邓正来)已经注意到这一问题,但是大多数实证研究者所做的个案研究并不能反映国家与社会间的真实互动关系,而是停留于大而化之的口号上。所以,在西方现代性理念支配下的“国家—社会”框架使中国法学研究不能恰切地认识和解释与中国当下的法律关系和法律秩序相关的很多问题。

〔1〕 邓正来:《市民社会理论的研究》,中国政法大学出版社2002年版,第217页。

〔2〕 同上,第115页。

〔3〕 邓正来认为他所使用的“现代化框架”与后来的“现代化范式”有着基本一致的含义,但“现代化范式”是他在借用库恩的“范式”概念基础上所形成的新名称,他认为这一新名称对于描述一种有其理论限度的共同学术倾向来说更为妥切。参见邓正来:“关于‘国家与市民社会’框架的反思与批判”,载《吉林大学社会科学学报》2006年第3期,第7页。邓正来是这样界定“现代化范式”的:在中国的现代化过程中,伴随着“知识引进活动”,西方现代理论和观念经由“建构者”的我们,成为了我们选择社会秩序及制度类型时的想当然的“正当”,即“现代化范式”对中国法学研究的支配性影响是在对以“传统—现代”二分观和历史单线性进化图式的假设为基本支撑的西方现代化理论的追求下并经由中国论者的“合谋”而达致。现代化范式对中国法学的发展产生了支配性影响,并导致了三个结果:(1)中国法制发展所依凭的是借助西方现代性观念所建立的“西方法律理想图景”。(2)现代化范式转移了中国论者的关注点,使他们看不到中国法学有自己的法律理想图景。(3)现代化范式致使中国论者不能切实关注中国现实法律世界。参见邓正来:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆2006年版,第82~114页。

首先,关于本论题的研究,将作出如下限定:首先,本书属于一种反思性研究,这种反思是布迪厄意义上的反思,即对“国家—社会”框架下的中国法学研究中的“集体性无意识”状态以及框架的理论前提或预设进行反思,这种反思体现了布迪厄所意指的社会科学品格——对论者自己建构的研究对象进行反思并保有对一切规范准则的合理性进行反思。^{〔1〕}当然,对于这种反思的限度我们也要保持清醒的认识,即我们无法避免布迪厄所谓的两难困境,在不断的反思和追问的过程中,我们离不开知识工具,但每种知识工具又不断使人陷入危险境地。

其次,中国法学中运用“国家—社会”框架所进行的研究主要集中于法理学、法社会学、法人类学、法制史以及部门法等领域中。对于这些研究,笔者将分为三类,即规范性研究、实证性研究和反思性研究。规范性研究是指以对所追求目标的理想状态的设定以及证明这种理想状态值得追求为基础而进行的理论建构,比如,作为国家与市民社会关系模式的“良性互动说”^{〔2〕}以及法治现代化研究的市民社会模式等都是这种研究的典范;实证性研究是指论者运用“国家—社会”框架对中国法学中的具体问题进行分析研究;反思性研究主要是针对“国家—社会”框架下的法学研究进行再研究。笔者将法理学中有关法治现代化的市民社会模式的研究以及部门法中运用市民社会理论所进行的研究归入规范性研究之列;将法社会学、法人类学和法制史中的一些个案研究归入实证性研究之中。上述对“国家—社会”框架下的中国法学研究的分类可能是不充分和不完善的,其中可能有重叠交叉之处,或者有遗漏之处(比如对民间社会团体的相关研究并未提及)。但是,这样的分类尽管不完善却是有意義的,因为这些分类中的研究是对以后的分析具有典型意义的研究,笔者正

〔1〕 邓正来:《研究与反思——关于中国社会科学自主性的思考》,中国政法大学出版社2004年增订版,第9页。

〔2〕 邓正来:《市民社会理论的研究》,中国政法大学出版社2002年版,第14页。