

Legal Reform and
Development

法律变革与发展丛书

法治的社会维度 与现代性视界

马长山 著

中国社会科学出版社

Legal Reform and
Development

法律改革与发展丛书

法治的社会维度 与现代性视界

马长山 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法治的社会维度与现代性视界/马长山著. —北京:中国社会科学出版社, 2008. 11

ISBN 978-7-5004-7399-2

I. 法… II. 马… III. 社会主义法制—研究—中国
IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 182195 号

责任编辑 王 曦
特邀编辑 王 兵
责任校对 易 凡
封面设计 格子工作室
版式设计 戴 宽

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010—84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 华审印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 11 月第 1 版

印 次 2008 年 11 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 11.125

插 页 2

字 数 290 千字

定 价 28.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

《法律变革与发展丛书》编委会

主 编 杨 震

副主编 于逸生 马长山

编 委 (以姓氏拼音为序)

董玉庭 董惠江 贺轶文 胡 东

刘彦辉 刘春萍 钱福臣 孙光妍

唐永春 王歌雅 王 妍 王 曦

周兴泉

目 录

导 论 社会转型与法治根基	(1)
(一) 转型期的中国法治进程	(1)
(二) 法治的精神根基	(4)
(三) 法治的社会根基	(6)
(四) 法治的文化根基	(9)
第一章 民主契约精神与法治的人文关怀	(13)
一 经典作家的民主契约法律观	(13)
(一) 唯物史观基础上的民主契约法律观	(13)
(二) 重申民主契约法律观的现实必要性	(21)
(三) 以民主契约精神推进宪政与法治	(25)
二 民主契约法律观的“理论替换”及其实践反差	(29)
(一) 国家权力来源于社会被替换成来源于“人民”	(30)
(二) 国家权力只是一种必要的“恶”被替换成 一种“善”	(32)
(三) 人的自由和权利保护被替换成“主人”身份 和地位	(35)
(四) 恢复民主契约法律精神的本来面目	(37)
三 法律的“人本精神”与依法治理	(40)
(一) 法律的“人本精神”与法治秩序	(40)
(二) “依法治理”过程中的“人本精神”遮蔽	(48)

2 法治的社会维度与现代性视界

(三) 弘扬“人本精神”: 民主法治进程的关键环节 ...	(56)
四 法治进程中的人文精神“流失”及其补救	(59)
(一) 法律自身局限对人之发展的限制	(60)
(二) 法律异化对主体价值的贬损	(63)
(三) “法治乌托邦”精神对主体意义的消减	(66)
(四) 法治进程中的人文精神重塑	(68)
第二章 法治的理想设计与现实考量	(71)
一 “中国法律理想图景”的意义与困惑	(71)
(一) “中国法律理想图景”的当下意义	(71)
(二) “现代化范式”颠覆后的迷茫	(73)
(三) “虎口”前的执著追问	(78)
二 多元和谐秩序中的法律功能	(80)
(一) 重新审视法律的本质	(81)
(二) 和谐社会的法律功能	(87)
(三) 促进多元和谐的法治秩序	(98)
三 当代法治的平衡性与现实主义选择	(102)
(一) 法治的多面现实景象	(102)
(二) 互动平衡: 当代法治的重要发展取向	(113)
(三) 多元平衡的价值基准	(138)
(四) 转型中国的渐进主义法治策略	(148)
四 中产阶层: 宪政与法治建设的重要基石	(158)
(一) 西方中产阶级的历史演变与宪政、法治 发展变革	(159)
(二) 转型国家的宪政、法治进程与中产阶级	(166)
(三) 中产阶级对现代宪政和法治的重要结构性支撑	(170)
(四) 中产阶层的兴起与转型期的宪政、法治建设	(184)
五 “执法大检查”与司法独立和公正	(197)

(一) “执法大检查”有合法性吗	(198)
(二) “执法大检查”符合法定程序吗	(199)
(三) 司法活动可以“政治运动化”吗	(199)
(四) 如何正确理解“执法为民”与司法权的关系 ...	(200)
(五) 司法独立、公正与法治:任重而道远	(203)
第三章 公民文化与法治秩序	(207)
一 公民性塑造与中国法治进程	(207)
(一) 全球化时代的公民性重塑	(208)
(二) 中国转型期的文化断裂、公民性缺失 及其后果	(212)
(三) 民主化进程离不开公民性塑造	(216)
(四) 公民性塑造对法治秩序的根本支撑	(220)
二 民间组织的公民性塑造功能	(225)
(一) 社会结构转型期的公民性诉求	(225)
(二) 民间组织的公民性塑造功能与责任	(228)
(三) 民间组织对公民性塑造的“中国”问题 及其出路	(236)
三 以公民文化促进和谐秩序	(240)
(一) 和谐秩序并非“安定秩序”	(240)
(二) 文化断裂下的行为失范	(243)
(三) 公民文化对和谐秩序的有力促动	(246)
第四章 公共舆论兴起的法治意义	(251)
一 当代中国的“市民社会”话语转换及其影响	(251)
(一) “市民社会”的舶来与东亚政治现代化	(251)
(二) 中国台湾“民间社会”与大陆“市民社会”的 不同旨趣	(254)
(三) “市民社会”话语转换对法治进程的影响 ...	(258)

4 法治的社会维度与现代性视界

二 公共舆论与多元和谐秩序	(266)
(一) 从极“左”的政治信仰到民主法治化的公共舆论	(266)
(二) 公共舆论的法治价值	(269)
(三) 法治进程中的新闻自由和言论自由保障	(277)
第五章 法治与私法文化的现代性审视	(280)
一 现代性的生成、反思和重建	(280)
(一) 现代性的成就与忧患	(281)
(二) 现代性的反思与批判	(290)
(三) 现代性的终结与重建	(294)
二 现代性重建进程中的法治变革趋向	(298)
(一) 现代性反思与重建的艰难境遇	(298)
(二) 现代性重建进程中的法治变革	(300)
(三) 中国法治进程中的现代性选择	(307)
三 现代性反思境遇下的私法文化精神塑造	(309)
(一) 私法文化精神的现代性价值归依	(310)
(二) 现代性的反思批判与当代私法文化精神的 转向	(312)
(三) 私法文化精神培育与法治秩序建立	(327)
四 国家—社会关系的现代性嬗变与当下中国的私法 秩序	(330)
(一) 现代性场景中的国家—社会关系嬗变	(330)
(二) 当代国家—社会关系的重构与私法秩序转向	(336)
(三) 促进当下中国的私法秩序	(339)
后 记	(347)

导 论 社会转型与法治根基

在当下的中国，建设法治国家已成为一种时代诉求。立法速度不断加快，法律制度不断健全，司法改革不断推进，法学教育也不断发展，这无疑标志着中国正在向法治社会大步迈进。然而，我们也不难看到，法治的生活现实却未能展现在人们面前，甚至还出现了“新瓶装旧酒”的现象。导致这一状况的因素当然是错综复杂的，但法治根基的缺失则是其中非常重要的原因。因此，加强转型期法治根基的构筑，则显得关键而紧迫。

（一）转型期的中国法治进程

现代法治生发于西方，它经历了数个世纪的发展演化，而且至今仍在变革超越之中。而我国则承载着两千多年的农业文明历史，人治和德治传统浓重，法治传统则明显阙如。自晚清以来，民主、宪政和法治逐渐成为一种不断上升的价值和体制诉求，但却饱经政治风霜，甚至曾一度遭到严重遏制，直到 20 世纪 80 年代中期才开始了真正的法治化进程，并深植于社会转型基础之上。

我们知道，中华文明历史悠久，也曾经辉煌璀璨，但其内在底蕴毕竟是一种农业文明，而非工商业文明。它具有一种集权主义和家族本位的价值指向，因而消解了民主和法治的内生力量。而遍及世界的现代化浪潮和全球化进程，则迫使各个国家和民族

2 法治的社会维度与现代性视界

都必须跻身其中，中国也便开始致力于改革开放和大力发展市场经济。划时代的改革开放不同于中国历史上的任何一场社会变革，因为它带来的是一种与传统相悖的“异质”文明，并促动了经济运行方式、社会结构、文化观念、社会体制的社会整体转型，实现着从政治社会到经济社会、从伦理社会到法理社会、从一体同质社会到多元异质社会、从集权规划社会到市场自主社会等的转换。^① 这一方面引发了浓重的民主法治吁求，为中国民主法治进程提供了深层动力；另一方面，又型塑着民主法治的发展路径和模式。针对立足转型期的后发外生型法治进程，法学界对中国法治进路进行了政府推进型、自然演进型、政府推进与自然演进结合型等不同的理论设计。无疑，政府推进型理论关注了国家权力对法治的设计、引导、创制、促动及保障作用，但这种具有权力主导倾向的法治进路必然要与法治内在的权力制约要求相冲突，因而会面临着如何既利用权力又制约权力的理论和实践难题，以防其演化为权力扩张法律化而摧毁法治；自然演进型理论充分关注了法治的地方性、社会自主性、民众实践行动的自发创造性对法治的积极推动作用，但自发秩序并不能等同于法治，对我国没有民主法治传统且是后发外生型的法治进程而言，国家权力的消极无为和只重经验传统，就可能会面临法治自发演进的迟缓性、无序性和返祖性的难题；而政府推进与自然演进结合型理论则观照了二者的优长，注意到后发外生型法治进程中国家权力的推动作用和社会力量的积极自为性，更具合理性和现实意义。但如何促进二者的结合和发挥二者的互动作用，则未作进一步的深入分析和研究。而事实上，培育和构筑转型期的法治本土根

^① 参见马长山《社会转型与法治根基的构筑》，《浙江社会科学》2003年第4期。

基，正是发挥政府推进与自然演进良性互动作用的必然要求，也是推进中国法治进程的根本所在。

众所周知，现代法治并不仅仅是一种制度，而更主要的是一种生活状态、行为方式和文化模式，而且，对中国而言又具有“舶来”意义。因此，仅仅注重法律移植、制度构建、司法体制改革和普法教育等等并不能必然带来法治。甚至在“依法治国”进程中出现了诸如“法律工具主义”、“法律实用主义”和“法律纸面化”等一些悖逆现象和不良状况。造成这种状况的因素当然是错综复杂的，但在根本上却是制度和体制方面的法治化努力未能扎根社会土壤，未能化为社会生活现实所致。由此我们看到，培育和构筑法治的本土根基则更为根本和关键。^①然而，在社会转型期培育和构筑法治根基并走向法治，又与西方先发内生型法治的孕育发展有着相当大的不同。也即面对飞速发展的全球化进程所带来的压力和危机感，我们没有更多的时间去慢慢地演进，也没有更多的法治经验与传统资源去弘扬和开掘，因此，在法治进程中国家建构的力量就不可或缺。但同时，对国家权力寄予过高的德性期盼和赋予过多的福祉寄托，则容易导致专权的回归和权力对法治秩序的简单规划，消解真正法治秩序的形成，因此，应把社会自为行动作为民主法治的力量之源。实际上，就是从西方法治的形成和发展来看，也是建立在经验性变革和理性设计的互动基础上，“法律既是从整个社会的结构和习惯自下而上发展而来，又是从社会中的统治者们的政策和价值中自上而下移动。法律有助于对这两者的整合”^②。只不过这在转型期的法治

① 马长山：《法治的社会根基》，中国社会科学出版社2003年版。

② [美] 伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方译，中国大百科全书出版社1993年版，第665页。

4 法治的社会维度与现代性视界

进路中表现得更加明显、更重要。可见，转型期的中国进路具有经验理性和建构理性、本土与移植、承继与创新的双重性。一方面，面对中国法治传统的缺失和全球化进程中民主法治浪潮的巨大压力，我们需要国家力量来推进法治进程，社会转型中的体制更新与变革、新制度和新观念的确立、社会功能和价值的转换等，都需要国家的理性建构力量发挥作用。另一方面，无论西方法治的“示范”效应有多大，我们都“没有理由相信‘西方的’模式会被重复”^①，而且，法治的真正源泉在于社会而不是国家，不管是移植的还是自生的制度、体制和观念，都必须扎根于社会土壤，内在化为社会生活的结构性要素和人们的行动准则，法治秩序才能真正建立起来。这就要求我们着力于法治本土根基的探寻和培育，通过启动社会自生自发力来促动法治秩序的形成，同时，法治本土根基的培育和构筑又离不开国家的积极作用，从而注入了经验理性和建构理性、本土与移植、承继与创新的双重性。

（二）法治的精神根基

早在亚里士多德那里，法治就赋有价值与制度两个层面。它强调法律的至上性，但法律至上的前提则是法律的正当性，即只有良法才能获得普遍的服从。^② 现代法治的理论与实践也证明了亚氏法治命题的经典意义，尽管第二次世界大战后德国法西斯法制曾引起自然法学派和分析实证主义法学派对法和道德关系的论战，但仅有法律制度并不能带来法治这一点则是毫无疑问的。为此，新分析实证主义法学创始人哈特，也不得不退而主张法律应

^① G. 哥迈尼：《现代化的整体转型》，王麦玲译，谢立中、孙立平主编：《二十世纪西方现代化理论文选》，上海三联书店 2002 年版。

^② 参见〔古希腊〕亚里士多德《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 167—168 页。

具备最低限度的自然法。^①应当说,中国历史上也曾出现过法治理论,但春秋战国的法家则从“以法治国”、“垂法而治”和“缘法而治”的御用角度来阐发法治^②,它并不问“法治”的良恶,只问其御用效果和秩序的稳定,其含义与“依法治理”基本等同。这实质是权力意志借助法律在社会秩序中的实现,是人治的延伸和法律化。而现代法治则不仅要问秩序效果,还要追问秩序的良恶和自由与权利的保障程度,其含义远远超越于“依法治理”,并把它置于法治价值的统摄之下,其实质是民主精神、正义价值在法治秩序中的实现,是民主的法律化、制度化。实际上,任何社会的法律都不可能是不蕴涵一定价值取向的纯粹规则,而只有这一价值取向与社会成员的起码价值要求相吻合,才能获得普遍遵行而取得实际的持续效力。现代法治之所以能够强调法律至上,并借此形成普遍主义理性规则秩序,就在于以民主、正义和人权价值为指向的法治理念的确立及其在立法司法中的贯彻。可以说,法治理念是法治的灵魂和统帅,它驱动着法律制度对权力的制约、权利的保障及自由平等的偏爱,因而构成了法治的精神根基。

自党的十五大提出“依法治国,建设社会主义法治国家”的伟大治国方略以来,全国掀起了从“依法治国”—“依法治省”—“依法治市”—“依法治县”—“依法治乡”,层层推进的“依法治理”热潮,这无疑大大加速了中国的法治化进程。然而,我们也不难发现其中或隐或显的法律工具主义倾向,也即存在着把“依法治理”等同于法治的思想认识误区。如前所述,

① [英] 哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第189—207页。

② 参见《管子·任法》、《韩非子·有度》、《商君书·壹言》、《商君书·君臣》。

6 法治的社会维度与现代性视界

“依法治理”固然是法治的必然要求，但法治的真谛是“良法之治”，而不是简单的“法之治”，并以规约权力、保障权利为首要目标。而把“依法治理”等同于法治，就忽略了这种法治精神和正义价值，迷失了“以法治权”的信念，很容易形成法上权力、法外权力来实施“依法治理”的状况，甚至在潜意识中会把“依法治理”视为“依法治民”、“依法治社会”。于是，立法速度不断加快，司法执法得到高度强调，但却出现了一些通过立法来使权力扩张合法化的倾向（尤其在地方立法和部门立法中），“治下不治上”、“治外不治内”、“治民不治官”的现象也十分突出。这一方面说明了我们人治传统浓重和法治传统阙如，而在社会转型期走向法治又缺少应有的法治启蒙；另一方面，也说明了法的“统治阶级意志论”和“工具论”观念的巨大惰性和障碍。它不仅导致了权力扩张法律化，也使得法律缺少法治精神根基而难以获得普遍有效的遵行，“法治”变成了从属于国家的，而不是立足于社会的，从而有悖法治要求和目标，这种“法治”甚至比没有“法治”更可怕。因此，国家在推进法治的进程中，必须采取积极有效措施进行必要的法治启蒙，在全社会（尤其是国家权力行使者）树立与自由、平等、人权和民主精神相整合的法治价值信仰，弘扬法的时代精神，确保立法的“良法”性和执法司法的独立与公正，增强公权力主体、司法执法主体和社会生活主体普遍的守法意识。而在市场经济发展和社会转型过程中释放出来的社会自由自主力量，则需要把自由平等、民主契约、权力制约和权利保障等价值诉求，注入其对国家政治生活和法律生活的民主参与行动之中，上升为公众意志和法律精神，使法治秩序的建构立足于法治理念和信仰基础之上，从而确立法治的精神根基，建立起普遍有效的规则秩序。

（三）法治的社会根基

制约权力和保障权利是法治的价值核心，它通过一系列的制度和机制来实现这一价值，从而呈现一种民主化、程序化、秩序化的生活状态。但是，对西方法治生成和发展演变的深入考察使我们看到，国家和社会的二元分化和多元社会权利对国家权力的分割分解，构成了法治的基础和界限。^① 而没有分割制约的独霸权力和宣称唯一通行天下的准确原则只能是导致专制。诚如法国著名史学家基佐指出的：“在其他文明中，单一原则、单一形式的独占性的，或者至少是过于占优势的控制一直是暴政的原因。在近代欧洲，构成社会诸阶层的有各色各样的因素，同时他们又处于不能互相排斥的状态，这就产生了今天盛行的自由。既然谁也消灭不了谁，那就必须让各色各样的原则一起存在——他们应该在它们之间订立某种协定。大家都同意各自去进行可以属于自己的那部分发展。在别处，当某一原则占优势产生了暴政时，在欧洲，自由已成为文明因素多样性的结果，已成为他们经常所处的斗争状态的结果。”^②可见，多元化的市民社会是民主和法治不可或缺的社会土壤。在我国，改革开放引发的是一场没有硝烟的革命，它带来了市场经济的巨大发展和中国社会的根本转型。在这一进程中，同质社会结构开始瓦解，多元利益和价值不断攀升，自由、平等、契约、权利等现代观念日益确立，推进民主与法治也就成为一种必然的诉求。

回首近年来的中国法治进程，我们把主要的精力都放在了法

① 马长山：《国家、市民社会与法治》，商务印书馆 2002 年版。

② [法]基佐：《欧洲文明史》，程洪逵等译，商务印书馆 1998 年版，第 24 页。

8 法治的社会维度与现代性视界

律制度体系的建立和完善上,司法体制改革的动作并不大,多元社会权利制约国家权力方面的关注就更不够了。也就是说,我们过去过于偏重法律制度的建构(尽管这是必要的),而忽略了法治的运行机制及其得以生成、运行和发展变化的社会根基。前面谈到的“法律工具主义”、“法律实用主义”、“法律纸面化”和“权力扩张法律化”等,除了没能贯彻法治理念和精神之外,另一个重要原因就是国家权力未能得到切实有效的分割、分解和制约,因而权力本位浓重,法律至上和规则主义难免成为空谈,法治努力便会被大大消解。于是,我们看到,大量的立法往往是“纸面上的法律”而不是“生活中的法律”,以权代法、以权压法、以权弃法的现象还十分突出;法官、检察官和警察虽然穿上了符合国际潮流新制服,但他们的职业思维、工作程式、法律操作技术等却依然故我,司法独立的进程也难见端倪;社会公众制约权力、维护权利的信念仍然微弱,表现在行动上就更少了,等等。所有这些,都与我国由国家吞并社会的单元同质结构向国家与社会二元分立结构的社会转型相关,也即我们正处于国家权力回缩而社会权利增长的阶段,受传统集权因素和权力扩张本性的影响,国家权力自觉接受制约还需要一个艰苦的过程,它成为制约中国法治进程一个关键的、根本性因素。我们必须认识到,没有多元社会权利对国家权力“自由主义剃刀”式的分解、平衡和制约,专权就不能得到有效的控制;没有抵制国家权力不当干预的民主、自由、平等、权利、公平等信念,现代法治精神与原则就难以得到弘扬;没有均衡互动的多元社会利益与权利对法律规则的需求和践行,就难有“自发内生性”社会规则秩序的形成,法治秩序也就无从确立。因此,必须培育和构筑法治的本土社会根基——中国的市民社会,以促进多元权利主张、多元价值关怀、多元利益追求的形成,借此构成对国家权力的有效分解、

平衡和制约，从而克服法治“表面化”的倾向，使现代法治真正在中国的大地上生根和发展。

在社会转型期培育和建构中国的市民社会，应体现建构理性与经验理性、普适性与地方性相兼容的精神。一方面，不仅法治秩序需要国家来推动，市民社会的培育和建构也需要国家来推动、引导和保障；另一方面，不仅国家权力需要市民社会的多元权利来分割和平衡，民主化进程需要市民社会力量来推进，“自生自发性”社会秩序的形成也需要自主化、多元化的市民社会来促进，从而使现代法治理念和运行机制扎根于本土社会现实之中。这就要求大力发展市场经济，促进社会利益的复杂分化和多元权利的扩展伸张；在“小政府、大社会”格局下发展基层民主自治，增进自由自主权利；进行体制改革，强化民间社会组织的民主法治功能；^①保障新闻和言论自由，促进以新闻媒体为主体的自主“公共领域”的形成，等等，进而构成对国家权力的分解、平衡和制约，推动法治社会的真正到来。

（四）法治的文化根基

现代法治作为一种系统的秩序化生活状态，它并不仅仅是一种制度设计，也是一种文化模式。因为法治秩序建立在法治理念、法律制度、法律行为、法律意识等有机整合的基础上。韦伯曾指出，只有确立起对统治合法性的信仰，才会使社会成员对现存制度予以认可而得到维系。^②而事实上，法律的强制力之所以有效，最终的根源并不在于以国家面目出现的暴力，而在于绝大

^① 马长山：《结社自由的深层历史底蕴及其对民主法治的结构性支撑》，《江苏社会科学》1999年第1期。

^② [德] 马克斯·韦伯：《经济与社会》（下），林荣远译，商务印书馆1998年版，第85—86页。