

STATE AND SOCIETY 国家与社会

现代法治的基本理论

THEORY FOUNDATION IN RULE OF LAW

◎ 刘旺洪 著

国家与社会：法哲学分析范式的批判与重建

论法理学的核心范畴与基本范畴

法治的意义阐释

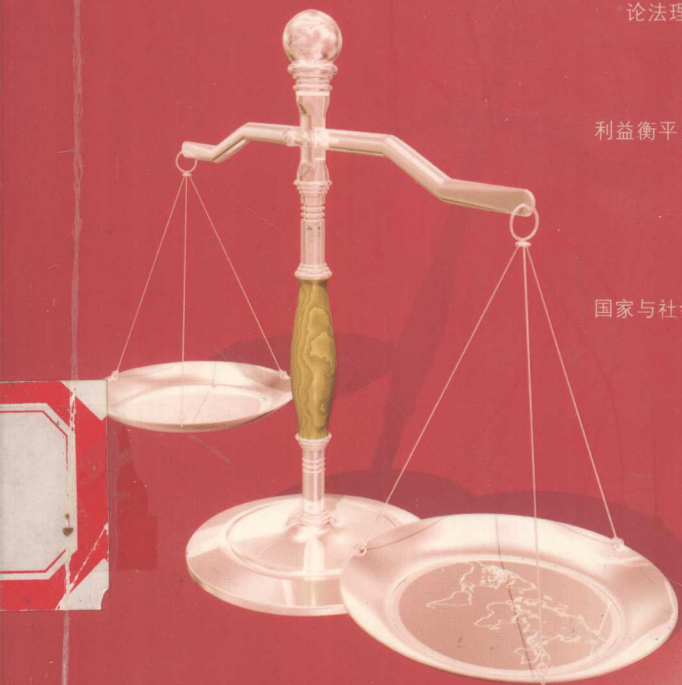
利益衡平：现代市场经济的法的精神

关于权利的法哲学思考

权利本位的理论逻辑

国家与社会：权力控制的法理学思考

法的现象发展之历史类型



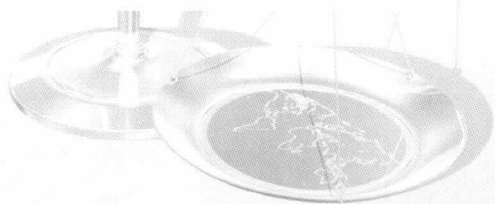
黑龙江人民出版社

国家与社会

现代法治的基本理论

● 刘旺洪 著

Y
IN RULE OF LAW



黑龙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家与社会/刘旺洪著. —哈尔滨:黑龙江人民出版社, 2004.3

ISBN 7-207-06199-4

I. 国… II. 刘… III. 国家—关系—社会—研究
IV. ①D03 ②C91

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 018704 号

责任编辑: 刘海滨

封面设计: 于克广 张涛

国家与社会

现代法治的基本理论

刘旺洪 著

出版发行	黑龙江人民出版社
通讯地址	哈尔滨市南岗区宣庆小区 1 号楼 (150008)
网 址	www. longpress. com E-mail hljmcbs@yeah. net
印 刷	黑龙江省教育厅印刷厂
开 本	850 × 1168 毫米 1/32 印张 18
字 数	380 000
印 数	1 - 1 000
版 次	2004 年 3 月第 1 版 2004 年 3 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 7-207-06199-4/D·805

定价: 26.00 元

(如发现本书有印制质量问题, 印刷厂负责调换)

自序

1980年9月,我第一次告别故乡,江苏省金坛市的一个偏僻的苏南小山村,来到素有“虎踞龙盘”之称的古城南京,进入南京师范学院(在我们在校期间更名为南京师范大学)政教系开始了我的大学生活。南京师范大学至今已有100多年的历史,校园素有“东方最美丽的校园”之美誉,古典的建筑风格,雕梁画栋、古朴典雅;精致的园林设计,古柏苍松,曲径通幽,整个校园弥漫着浓郁的人文气息。近一个世纪以来,南师大人以振兴我国教育事业和求真求知为己任,薪火相继,代代相传,形成了“严谨朴实、求实创新”的校风。在这里,我经受了最早的现代人文社会科学的洗礼,初步奠定了进行人文社会科学研究的基础。大学毕业后,我留校任教,直至今日。

在大学本科阶段,我学的是政治教育专业。这是一个以培养中学政治课教师为主要目标的专业,开设了马克思主义哲学、政治经济学、科学社会主义、中共党史、国际共产主义运动史、伦理学、政治学、社会学、法学概论、世界经济、国际政治、西方哲学史、中国哲学史、西方经济学史等40多门专业课程。这些课程的学习使我基本上对社会科学各个门类的知识都有了初步的了解。特别值得记住的是,当时许多课程没有教材,可供学生学习的书籍很少,老师们就要求我们认真研读马克思主义的经典著作,教学计划中专

门开设了“《资本论》选读”、“马克思主义哲学著作选读”等课程,为我们打下了较为坚实的马克思主义基本理论的基础,使我终身受益。

20世纪80年代初期的中国是中国历史上具有特殊意义的时期。“文化大革命”的结束宣告了一个时代的终结,党的十一届三中全会的召开,表明中国将重新选择一条新的道路。“文化大革命”给中国经济、社会、政治、文化和人民的内心造成的创伤是深重的,后果是灾难性的。当时,党和国家有太多的实际问题需要解决,有太多的困难需要克服。但是“文化大革命”给中国人民造成的沉重的心理创伤还未能得到疗治,社会中却普遍产生了“信仰危机”。这是一个百废待兴的时代,是一个新时代的肇始阶段。作为那个时代学习政治教育的大学生,我们思考的问题主要是:在20世纪的新中国为什么会发生“文化大革命”这样的历史性灾难?中国的未来应走什么样的道路才能使国家富强、人民幸福?我们怎样才能避免像“文化大革命”这样的悲剧重演?因此,对青年大学生来说,这是一个反思的时代,是一个对未来充满希望的时代,也是一个有诸多忧虑、彷徨和犹疑的时代。

在我大学期间,当时的社会思潮对我产生了深刻的影响。真理标准的讨论、伤痕文学、人道主义和异化问题的讨论,学界对西方学术思潮的介绍和引进,都使我在思想上产生了剧烈的震荡,也激发了我思考和探讨这些问题的浓厚兴趣。基于一种反思性的思考,我在大学的前两年对中共党史产生了浓厚的兴趣,阅读了许多党史资料,试图找寻我们党从一个只有几十人的政党是如何逐步强大,并取得国家政权,在建国以后又为什么会犯“文化大革命”这样的错误的历史答案。但这些问题,显然不是一个大学的青年学子能够作出解答的。带着对这些问题的困惑,我又将学习的兴趣转向了哲学,试图从哲学的反思中寻求答案。当然,这也是注定不

能成功的。我在大学期间写的第一篇论文是《论人的本质》，现在想来，当时选这样的题目，真是“无知者无畏”。不过这篇文章决不像现在一些大学生的课程作业或者本科毕业论文是从网上和其他什么地方“copy”下来的东西，而是我作为一个80年代初期的大学对人本身的所思和所想的结晶。尽管文章的观点肤浅片面，但我至今仍然珍藏着。

我从事法理学教学和研究是偶然的，也具有一定的必然性。我毕业留校先是讲授马克思主义哲学和马克思主义哲学史，这是我的兴趣所在，也是因为当时系里缺少哲学教师。后来公丕祥教授从中国人民大学进修回校，1986年创建法学教研室需要教师。由于我对法理学颇感兴趣，便从哲学教研室转到法学教研室，先是讲授“法学概论”课程，同时学习和研究法学理论，从此走上了法学理论的教学和研究道路。从这个意义来说，我不是一个科班出身的学者。

二

我开始学习和研究法学理论正是我国法理学研究恢复和发展的时期。当时除了法的阶级性和社会性的关系、法的继承性等问题以外，学术界开始研究对后来中国法理学的发展和现代法律理念的确立关系重大的新的课题，如法与法律的关系问题、法治与人治的关系问题，法律文化问题、法律价值问题、法律面前人人平等的问题、法律调整机制问题等等，并取得了许多重要的研究成果。特别值得关注的是，关于权利本位与义务中心的学术讨论，为当代中国法制建设确立了基本的法律价值取向，推动了我国法律精神价值的现代化。

在这样的学术背景下，我最早关注的是法律文化和权利问题。载入本书的《关于权利的法哲学思考》是我对权利现象进行研究的

最早成果。此后,在公丕祥教授的带领下,我和我的同事们围绕着“中西法律文化的冲突与融合”、“中国法制现代化的历史道路”、“当代中国法律实施效益的社会学研究”等重大理论和实践课题展开系统的理论研究,探讨中国法制现代化的理论和实践、历史与现实、本国传统与外来影响、应然与实然之间的相互关系,深化对法的现象的本质、价值、功能和法律调整机制的认识,加深对法律文化、法律发展和法律实现等课题的理解。

法制现代化的研究的核心理念是在当代中国实现现代法治,建立社会主义法治社会和法治国家。而对法治的基本理念、精神底蕴、价值取向、历史进程的解读,我主要是围绕着个人与社会、权利与义务、权利与权力、国家与社会这样几对范畴来展开的,这可以说是我研究和把握现代法治的基本方法和路径。在我看来,国家与社会及其关系是认识和把握现代法治的基本方法论原则和分析框架,在不同的领域有不同的表现。具体来说,它这一方法论具有下列逻辑构造:

第一,法律的主要价值和功能乃是规范社会关系,调整主体行为,实现社会利益关系的制度性整合。但是法律整合社会利益关系的模式、界定主体的法律行为范式,是由其背后的社会关系结构范型所决定的,而一定社会关系的结构范型,是一定社会应有的秩序状态和主体行为的应有模式。

第二,国家与社会的关系既是个人与社会关系在国家垄断了立法和司法条件下的必然表现,也是现代法治社会需要关注和解决的根本性问题,它构成现代法哲学理论之“纲”。它的实质是,一定的社会经济形态、政治体制和民族文化形态,一定时代和民族的社会生活方式决定了一定社会中个人与社会的关系范式,国家根据这种个人与社会关系的范型,通过宪法和法律对社会利益关系和主体法律行为进行制度化安排,要求主体通过法律交往行动以

践行社会的应有秩序要求,使法律的要求转化为主体的实际行动方案,形成现实的法律秩序。

第三,国家与社会的关系在法律领域通过三对具体的法哲学范畴,即权利与义务、职责与职权、权利与权力得以具体表现和进一步展开。因此,这三对关系成为法哲学理论分析和法律运作过程的基本概念工具,对它们之间的关系进行理论阐释或法律价值方面的安排,决定了一种法哲学理论的基本价值理念和一种法律制度的基本价值选择。

第四,法律历史类型的变迁,说到底是一种价值理念及其选择的历史变革的制度表现;不同法律文化范式的相异和冲突,说到底还是不同法律价值理念及其选择的差别、竞争和冲突。

第五,法律全球化乃是法律价值理念及其选择的全球统一性与法律价值底蕴的具体制度表现的多样性统一的全球法律发展过程。在价值层面,它要求按照现代市场经济和民主政治的基本要求,形成全球一致性的解决个人与社会、国家与社会、权利与义务、权利与权力、职责与职权之间的关系范型,为不同的法律运作机制和法律文化体系之间的沟通、交流、互动和协作奠定坚实的法哲学价值论基础;在具体制度和法律运作层面则允许各地区、各主权国家根据本国的经济、政治、社会发展的历史和现状,根据本地区和本民族的法律文化传统构建丰富多彩的法律运作模式,以适应本地区和本民族的社会生活方式、社会关系调整方式和主体行为习惯的要求。因此,法律全球化的过程是现代法律的基本精神价值逐渐一致化与多元法律运作体系之间的沟通、交流和协作机制的形成和发展过程。

三

本书是在过去 10 多年来发表的部分学术论文的基础上编辑

起来的。这些篇章多少与上面所论述的“国家与社会”这一法哲学分析范式有关,或是运用“国家与社会”的关系这一法哲学分析方法所取得的成果。本书一共编辑了24篇论文,绝大部分已经发表,少数几篇是没有公开发表的。由于是在不同时期、在不同的刊物和论著中发表的,有的地方不免雷同,有些也可能有前后不一致之处,但总体的观点和精神是一致的。在本书编辑时,尽管对一些篇章作了必要的调整,但是为了保持原文的风貌,反映当时自己的认识水平,基本上还是保持了原来的模样。

本书按照各篇章的论述主题,分为四个部分,即导论,这是关于市民社会与政治国家分析范式和研究方法的论述;第一编,现代法治的基本理念,主要论述法治的概念和基本价值理念;第二编,法律发展理论,主要是法律发展的一般理论和宪法、行政法现代化的几篇。所以将宪法和行政法现代化的几篇编入其中,主要是宪法和行政法涉及的是公法的现代化问题,而公法是围绕着国家与社会、权利与权力的关系来展开的;第三编,法律实现效益理论,主要是有关法律实现效益和宪法实施问题的几篇,尽管逻辑上不甚严密,但也与论述的主题有关。

在本书的写作和编辑过程中,得到了我校宪法与行政法教研室各位老师的支持,他们对我的编辑框架的形成和篇章的选择提出了许多宝贵的意见。宪法与行政法专业的6位研究生帮助我寻找那些手头上已经没有原稿的论文,并承担了复印、文字输入、校对等许多具体工作。对他们的帮助,在此表示诚挚的谢忱。十分感谢江苏省教育厅社政处的同志,在我出国期间批准了我申报的“国家与社会:现代法治的社会基础研究”这一重点课题,使我有条件将这些思想的散篇汇编成册,使我自己能够重新审视过去在这一领域的思想历程,并加以系统整理,从而为下一步的理论探讨提供研究的基础。十分感谢黑龙江人民出版社的刘海滨先生,正是

自序

他的多次催促和热情主动的工作作风,严谨的编辑态度才使本书能够以这样的面貌展现在读者面前。

刘旺洪

2003年12月18日于随园

目 录

绪 论

第一章 国家与社会:法哲学分析范式的批判与重建	(3)
一、引言:问题的提出	(3)
二、市民社会与政治国家:三种经典理论范型之检讨	(5)
三、分离与对立:近代西方市民社会与政治国家的理论 逻辑	(16)
四、二元互动:当代中国国家与社会关系之范型	(25)
五、国家与社会:当代中国法治之社会基础构造	(38)

第一编 现代法治的基本理念

第二章 论法理学的核心范畴与基本范畴	(47)
一、引言	(47)
二、权利:法学的核心范畴	(48)
三、权利与义务:私法领域的基本范畴	(55)
四、职权和职责:国家法领域的基本范畴	(61)
五、权利与权力:整合市民社会和政治国家的基本范畴	(65)
第三章 法治的意义阐释	(70)
一、法治的概念界定	(72)
二、法治与法律的工具性制度特质	(74)
三、法治与法律的价值理念	(79)
第四章 利益衡平:现代市场经济的法的精神	(84)

一、现代市场经济与利益平衡	(85)
二、契约自由:市民社会利益平衡的法律机制	(90)
三、权力制衡:政治国家利益平衡的法律机制	(94)
四、宏观调控:市民社会与政治国家利益平衡的法律机制	(99)
第五章 关于权利的法哲学思考	(104)
一、引言	(104)
二、权利的法哲学界说	(105)
三、权利与法的本体	(108)
四、权利与法的价值	(115)
五、权利与我国法学理论的重构	(118)
第六章 权利本位的理论逻辑	(120)
一、权利本位说理论要义	(121)
二、权利本位:私法的基本价值取向	(127)
三、职责本位:国家法的基本价值选择	(130)
四、权利本位:权利与权力关系中的价值侧重	(134)
第七章 国家与社会:权力控制的法理学思考	(138)
一、引言	(139)
二、法治社会与权力控制	(141)
三、法治国家与权力控制	(144)
四、法治国家与法治社会关系之整合	(148)

第二编 法律发展理论

第八章 法的现象发展之历史类型	(155)
一、法的现象的历史类型之概念	(156)
二、以人对人的依赖关系为基础的法律类型	(160)
三、以人对物的依赖关系为基础的法律类型	(169)

四、以人的自由发展为基础的法律类型	(180)
第九章 法的现象发展的继承性	(186)
一、法的现象发展的继承性之界定	(187)
二、法的现象发展继承性之内容和方式	(190)
三、法的现象发展继承性之根据	(197)
第十章 法律发展与法律文化	(202)
一、法系与法律传统	(203)
二、西方两大法律传统	(210)
三、中华法系与中华法律文明	(217)
四、法系与法律文化	(232)
第十一章 全球化:法律统一的范围及其限度	(242)
一、引言:问题的提出	(242)
二、法律全球化界说	(245)
三、全球法律统一的范围	(250)
四、全球法律统一的限度	(254)
第十二章 20 世纪上半叶中国宪政制度的现代化	(260)
一、宪政制度现代化界说	(261)
二、中国宪政制度现代化的发展阶段	(275)
三、中国宪政制度现代化的动力与障碍	(284)
四、中国宪政制度现代化的价值评估	(294)
第十三章 20 世纪中国人权的宪法保障回眸	(300)
一、宪法与人权保障	(300)
二、20 世纪上半叶中国宪法的人权保障概览	(301)
三、新中国宪法人权保障的曲折历程	(305)
四、结语	(307)
第十四章 《中华民国临时约法》的文化透视	(308)
一、《临时约法》的内容和精神	(308)

二、《临时约法》与近代文化结构	(310)
三、《约法》的悲剧命运与近代文化的结构性矛盾	(314)
第十五章 20 世纪中国行政法制现代化的进程	(320)
一、起始阶段	(321)
二、清末官制改革	(322)
三、南京临时政府的行政法制	(327)
四、北洋政府行政法制	(330)
五、南京国民政府的行政法制建设	(331)
六、新民主主义行政法制实践	(333)
七、新中国行政法制的创建时期	(336)
八、当代中国行政法制现代化的曲折发展时期	(339)
九、中国行政法制现代化的全面发展时期	(343)
第十六章 司法权威与司法现代化	
——季金华《司法权威论》序	(347)
一、司法现代化界说	(348)
二、司法权威的意义解构	(350)
三、司法权威对司法现代化的价值意义	(352)
四、《司法权威论》的简要评介	(355)
第三编 法律实施效益理论	
第十七章 法律效益的研究框架论要	(361)
一、法律效益的概念分析	(361)
二、法律效益的结构	(364)
三、法律效益的评价标准	(366)
四、研究法律效益的观点和方法	(368)
五、研究法律效益的任务和意义	(370)
第十八章 经济形态与法律效益之关系考察	(372)

一、经济形态的法社会学考察	(372)
二、经济形态与法律效益关系之一般分析	(376)
三、经济形态转型与法律效益	(382)
四、作为经济形态转型工具的法律的效益	(386)
第十九章 法律效益与政治体制关系之法理分析	(391)
一、权力与法律	(392)
二、政治体制的不同范式与法律的权威	(396)
三、法律的高效益:合法权力的支持	(402)
四、法律的低效益:非法权力的对抗	(406)
第二十章 法律效益与法律文化之关联分析	(411)
一、法律文化界说	(412)
二、法律效益的文化基石	(416)
三、法律文化的结构性矛盾与法律的效益	(422)
四、后来现代化国家法律的文化整合功能	(429)
第二十一章 法律意识之功能分析	(433)
一、法律意识的功能界说	(434)
二、法律意识之法制建构功能	(439)
三、法律意识之法制运行功能	(443)
四、法律意识之社会文化意义	(448)
第二十二章 政治文明、宪政与违宪审查	(456)
一、政治文明与宪法文明	(457)
二、宪政与宪法审查机制	(461)
三、宪法审查制度设计的基本原则	(467)
第二十三章 关于建立我国宪法审查制度的几个问题	(472)
一、宪法审查组织	(473)
二、宪法审查的对象和范围	(477)
三、宪法审查的程序	(482)

**STATE AND
SOCIETY:**
THEORY FOUNDATION IN RULE OF LAW

绪 论

》》》》

