

法治与现代 国家的成长

潘伟杰 著

The Rule of Law and
the Growth of Modern State



复旦法学文丛



复旦法学文丛

法治与现代 国家的成长

潘伟杰 著

The Rule of Law and
the Growth of Modern State

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治与现代国家的成长 / 潘伟杰著. —北京: 法律出版社, 2009. 12

(复旦法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0099 - 2

I. ①法… II. ①潘… III. ①社会主义法制—建设—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 203665 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/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/8.25 字数/211 千

版本/2009 年 12 月第 1 版

印次/2009 年 12 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 - 5118 - 0099 - 2

定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论 国家成长与法治意义 /1

- 一、国家成长与国家治理 /3
- 二、法治建设与学术使命 /6
- 三、学术立场与研究思路 /13

第一章 国家转型与法治的提出 /16

第一节 国家转型的合法性基础 /17

- 一、现代国家的合法性基础 /18
- 二、人民主权对于法治的意义 /22

第二节 国家转型的合理性要求 /28

- 一、现代国家政府体制的转换 /29
- 二、代议制民主对于法治的意义 /34

第三节 国家转型的法治逻辑 /40

- 一、现代法治的提出 /42
- 二、现代法治的意义 /48
- 三、现代法治的发展 /52

2 法治与现代国家的成长

第二章 现代国家的成长与法治观念的变迁 /59

第一节 现代国家的成长与法治的关系 /61

- 一、现代国家的成长为法治提供了空间 /62
- 二、现代法治为现代国家的成长提供了方向 /69

第二节 现代国家成长的危机与法治观念的变迁 /75

- 一、现代国家成长危机的表现 /76
- 二、现代法治观念的变迁 /84

第三章 革命后现代国家治理与法治的冲突 /90

第一节 革命后现代国家治理模式的探索 /92

- 一、国家治理的革命模式形成 /93
- 二、革命模式下国家治理的危机 /102

第二节 革命模式下的法律改造运动 /106

- 一、革命后法律改造运动的展开 /107
- 二、革命模式下法律改造运动的困境 /120

第四章 国家治理转型与法制的兴起 /126

第一节 国家治理转型与建设模式的形成 /128

- 一、革命模式的终结与国家治理的转型 /130
- 二、1982 年宪法与建设模式的形成 /136

第二节 建设模式下的法制再造与法律发展 /144

- 一、建设模式下的法制再造 /144
- 二、建设模式下的法律发展 /153

第三节 法制再造的理论基础与制度困境 /164

- 一、法制再造的理论基础 /165
- 二、法制再造的制度困境 /176

第五章 国家成长与法治的展开 /181

第一节 当代中国国家成长的法治基础 /185

一、市场、法治与国家治理转型 /188

二、制度建设与国家成长 /194

第二节 当代中国国家成长的法治逻辑与制度要求 /209

一、当代中国国家成长的法治逻辑 /211

二、当代中国国家成长的制度要求 /219

参考文献 /246

后记 /258

导论 国家成长与法治意义

在人类社会文明的演进过程中有一个不可忽视的特点,这就是人类在不断地为共同生活制定规则,从而为共同体中的成员提供以对当下和未来生活的一个期待。正是在这个意义上,我们理解了这样一个判断:法治的出现和展开,是人类曾有过的成就中影响最为深远的一种成就——比火的发明和火药的发明影响更为深远,因为在所有这些成就中,是法治最大限度地将人类命运交到了人类自己手中。^{〔1〕}可以想象的是,人类社会的文明越发展,人类对规则的依赖程度将越来越紧密地与对自身尊严的维护结合在一起。特别是近代以来,人类以民族国家为基本生活单位取代了以朝代国家的生存格式,在以民族国家为基本生活单位的现代人类社会的各个历史阶段,每走过一个艰难困苦的里程,都要通过法治的展开以提供人类对未来社会生

〔1〕 参阅〔英〕哈耶克:《自由秩序原理》(上卷),邓正来译,三联书店1997年版,第375页。

活的稳定预期,以此来推动人类文明的持续发展。在这个意义上,我们才可以理解,法治已经成为现代社会生活中的最主要的话题之一。根据现代法治主义的各种主张,我们可以发现这样一种对法治的共识,即国家权力的行使必须遵循通过某种民主程序订立的法律,并且要求所有的社会活动在形式和实质这两个方面都符合法治精神,特别是对于任何违宪的政府行为都可以通过司法救济和司法审查等途径予以纠正,以保障每一个公民的尊严、社会的正义以及制度的稳定。^{〔1〕}因此,法治只有在现代国家合法性的确定过程中:一方面,提供国家治理的技术,以控制社会生活成本,特别是随着全球化进程的推进,这一点变得越来越重要;另一方面,通过确保公共权力的非人情化以及分权制衡来处理社会资源配置中的紧张关系和约束公共权力对社会生活的恣意干预。所以说,法治及其制度安排成为现代国家成长的正当化要求及其实现国家治理的合理性体现。法治也只有置于这一背景中才能展示其真实的面相及其这种面相背后的意义。

中国社会对法治的呼唤,是在传统社会秩序日益式微和王朝国家逐渐瓦解这一历史场景中出现的。事实上,这也构成了本书所坚持的时代背景和话语逻辑。本章是全书的一个导论,通过梳理国家成长与法治的关系,确立法治在近代以来中国社会发展中所具有的禀赋及其内在紧张关系,为全书的写作奠定学术立场。通过分析国家成长中的法治要求,从而把法治的分析与中国社会变迁联系在一起,约定了本书写作必须始终坚持的学术路线。^{〔2〕}

〔1〕 参阅季卫东:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年版,第59页。

〔2〕 这一点深受苏力教授的启发,他指出:“我拒绝仅仅从抽象的概念层面对一系列法治原则加以分析。因为这样的工作已大量存在,而且每日每夜都作为一种社会动员的宣传品在批量化生产着;更重要的是,仅仅从原则出发,将无法回答这些原则何以进入中国社会的运作,成为实际生活中体现出来的原则,而不是停留在一套字面上的精细概念体系。仅仅提出一套法治的原则、赞美法治的可欲性是不够的,那是法学‘牧师’的工作,而不是法律人的工作。”参阅苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第6~7页。

一、国家成长与国家治理

法治在传统国家的发展历程中是作为一种概念或学说探讨的范畴出现的,但是现代法治既不是历史上的中西方“法治”概念或原则的逻辑展开,也不是传统“法治”在数量或规模上的简单扩大。现代社会与传统社会尽管可能同样使用了法治这个语汇,但它们的内涵、要求及其实践却已经发生质变。引发这一质变的是社会变迁和国家转型,是人类社会持续推进现代化进程所带来的。同时,现代法治本身也是这一进程不可或缺的组成部分和基本要素。^[1]因此,法治成为现代性的问题,毫无疑问是与国家转型联系在一起的。现代民族国家是在结束王朝国家之后出现的新的国家形态,它必须完成与传统国家的不同的制度安排。这其中非常重要的制度安排是在法治框架中完成的,法治不仅要提供现代国家的制度安排以实现国家治理的技术要求,更重要的是确立现代国家的价值追求以表明国家与社会关系的重新理解。^[2]现代国家的出现,以民族国家的形式取代了王朝国家的形式。王朝国家以神权政治为基础,以专制为表征。而民族国家以民权政治为基础,以法治为保障。当人民主权原则为现代民族国家提供了正当性依据及其民主政治运作为现代社会成员参与公共权力提供了合法化机制,那么法治则解决了现代国家权力的行使问题。因此,法治不仅提供了现代国家治理技术,而且强调对国家权力的正当限制^[3]从这个意义上说,法治就是要从制度上厘清现代国家权力关系的配置,进而实现统治方式的变革,从而保障现代国家对公共事务治理的合法性与对私人领域规制的正当性。可见,在法治的意义体系中,现代国家的成长包含了

[1] 参阅苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第6页。

[2] 如果法治要发挥作用——不仅仅是书面文字,就必须理解如何为民主社会设计治理体制,使之不同于独裁政体。法治社会的一个基本特征是,人们应该以他们自己的特定方式去思考和体验,如同他们过自己的日子,决定他们的志向一样。参阅[美]文森特·奥斯特罗姆:《美国联邦主义》,王建勋译,上海三联书店2003年版,第10页。

[3] [美]埃尔金等:《新宪政论——为美好的社会设计政治制度》,周叶谦译,三联书店1997年版,第153页。

民族国家取代朝代国家与民主国家取代专制国家双重内容。

批判法学的先驱之一昂格尔基于对德国的现代法治与社会的发展史作为一个典型事例加以分析后,得出如下结论:第一,法治是国家主权与市民社会的结社性秩序之间妥协的表现;第二,法律体系的自我完结性、普遍性以及三权分立中并不必然蕴涵着民主主义的意义,法治往往是与权威主义结合在一起的;第三,法治由于其科层性和专业性而成为一种代价昂贵的装置,并且抱有保护权利和民主参与的两难问题。^{〔1〕} 尽管昂格尔以西方法治模式为背景的分析失之偏激,但是他的分析深刻揭示了法治只有置于现代国家的生成过程中才能全面展现其存在的意义,同时法治始终面临着国家权力的维护与社会权利的尊重之间的紧张,始终伴随着国家治理的技术性要求与社会生活的主体性追求之间的冲突,始终存在着民主政治的参与正当性和市场主体的有限理性之间的矛盾。这种紧张、冲突和矛盾不仅仅属于西方社会,在中国社会中表现得更为明显,从而使我们在理解法治在现代中国的意义展开时变得更为艰难。这种艰难相当程度上受制于中国现代国家转型的特殊性和复杂性。中国现代国家转型的特殊性集中体现为转型的阶段分离加剧了法治在现代中国的内在紧张关系,从传统帝国向现代民族国家转型的长期性使中国社会对法治的工具性意义的认识占据了主导地位,法治对国家独立与富强的追求的意义往往作简单化的理解。^{〔2〕} 中国现代国家转型的复杂性则主要表现为中国法治建设必须面对西方现代文明体系的持续性扩张所带来的压力,从而始终面临着法治路径的一元与多元、法治价值的保守与激进、法治资源的本土与西化等层面的冲突。因此,我们在本书中始终坚持,只有全面认识中国国

〔1〕 See Roberto M. Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, New York: The Free Press, 1976, p. 110.

〔2〕 中国现代国家转型包括清末以来传统帝国向民族国家转型的持续性进程以及20世纪70年代末以来全能主义国家向民主法治国家转型的过程。参阅强世功:《法律人的城邦》,上海三联书店2003年版,第151页。

家成长的特殊性和复杂性,才能真正体悟法治在中国的意义。

由于中国向现代国家转型的特殊性与复杂性,中国面临的迫切问题首先是现代化推动的国家治理问题。比如,以维护国家权威为中心的国家政权建设,以建构社会秩序为诉求的土地制度改革,等等。由于没有绵延的法律传统,也没有提供成熟的法治构成要素,所谓法律及其法制改革简单变成了国家治理的工具,法治也就简单地指公共秩序的存在。而20世纪70年代末以来法治建设的方向,则在全能主义国家向民主法治国家转型过程中将法律逐步从单纯国家治理工具中解放出来,将法律作为一种独立的自主性的力量,进而将法律体系的构建与社会正义的维护、个体自主性的尊重以及国家权力有限性的强调联系在一起。所以,我们研究中国法治建设必须从这一具体的问题以及有这个独特问题所提供的历史场景中出发,否则我们对法治在中国意义的理解将永远停留在概念或原则的层面。

由此我们必须提及毛泽东同志在20世纪20年代对中国国情所作的一个判断:中国是一个大国,各地区政治经济文化发展不平衡。^[1]这一判断伴随着现代国家在中国的建立过程而验证其意义。必须指出的是,这对于我们今天思考中国法治问题依然具有不可忽视的价值。同样是“现代国家”,对于在概念层面思考的人来说,往往掩盖或忽视同样分析单位背后所具有的差异,而正是这种差异,对于永远不能停留在抽象语境中的现代法治而言恰恰是至关重要的。一个大国和一个相对来说的小国在法治的统一和确立的难度上存在差异是可想而知的。潘恩就是基于现代国家的疆域大小和人口多少而提出民主实现形式的差异性,从而对现代民主制度的发展产生了深远的影响。我们必须承认,大国意味着更为繁复的小型社会的秩序体系,意味着形成统一的规则的艰难,也意味着更漫长的时间,意味着立法者必须更多地考虑既成

[1] 参阅“中国革命战争的战略问题”,载《毛泽东选集》(第1卷),人民出版社1991年版,第三章第二节。

的地方性秩序的利益,意味着维护社会共识和界定公共利益的难度。因此,一个社会的地域空间并不仅仅是一个空间问题,它还意味着形成统一法治所面临的难度和所需要的时间。^{〔1〕}

二、法治建设与学术使命

人类文明体系的发展歷程和中国社会文明的推进过程不断证成着这样一个基本道理:中国现代化事业不能没有对法治的理解与实践,没有法治也就没有社会主义现代化,也就失去了中国文明与人类文明体系进行对话和交流的平台。因为对法治的理解和实践,体现着一个现代社会共同体对自身繁荣的选择,这一选择不仅是出于以一种可以预期的制度来安排社会成员的生活,更重要的是它包含着对每一个社会成员尊严的尊重。当然,中国注定要以自己的方式理解和实践法治,而中国建设和发展现代法治国家则不能没有中国法学的学术发展和理论创新。因此,中国法学的学术发展和理论创新离不开中国建设和发展现代法治国家这一特定的历史图景,中国法学的学术发展和理论创新的动力、路径、使命、方向正是从这一图景中获得了合法性,从而在体现思想的深刻与伟大的同时,为中国法治国家的建设和发展提供思想禀赋。

如果说法治在人类社会发展过程中被如此广泛接受是其饱含着对人类自身尊严的尊重的话,那么中国法学对法治问题的研究过程就是把这种对人类尊严的尊重予以深刻解读的过程。同时,由于法治提供了对现代民族国家的制度安排,显示了对公共生活制序^{〔2〕}的努力,法治问题的研究必须与这样历史前提结合在一起。也就是说,中国法学

〔1〕 参阅苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第36页。

〔2〕 这里的“制序”一词是英文“institution”的翻译。它在此处所包含的意义是指宪法制度规则所调节着的秩序,这与哈耶克在《法、立法与自由》中主张“社会秩序”是建立在“规则”基础之上的理解是不谋而合的。现代人类社会的公共秩序是建立在宪法制度规则基础之上的。可参阅韦森:《文化与制序》,上海人民出版社2003年版,第1~3页对“institution”的详细分析。

对法治问题的研究是从对现代民族国家发展路径的解读中升华出一般法治理论,因此法治问题的研究,不是“天马行空般地”(disembodied)和“非场景化的”(discontextualized)。从这个意义上说,现代法学首先要研究的就是一个民族国家法治的生成、发展以及所蕴涵的思想基础。对于我们而言,就是要真诚地分析和探讨中国法治的生成、发展以及所蕴涵的思想基础,从而发现法治在现代社会生活的存在价值与基本内涵。难以想象,离开了这一点或者说没有对一个民族国家的法治实践进行深刻解读,法学如何能够理解法治对解决人类社会所遇到的困苦所作出的努力。另一方面,法治是现代社会所取得的最大成就之一。这一成就既不是一个世纪也不是一个民族国家所造就的。当我们从对历史的回溯转向对“未来历史”的展望时,人类社会生活依赖于法治的程度即使没有变得更深、更强,至少也不会更削弱。法治制序与其他制序方式不同,现代法学研究对象是人类普遍认同的一种信仰和制序方式,因此法学学科创新必须要有一种普世性情怀。这是人类历史进程中的一个特点在法学理论创新中的映照。法学理论创新要解决的不仅仅是人类社会生存的问题,更重要的是对人类社会自身尊严关怀的问题。这里会涉及法学研究中的一个基本争论:在诸民族纷纭陆离的文化“面相”背后,是否存在一种普遍的、永恒的和一般的“真正人性”及其法治秩序。这显然是极其复杂但无疑值得进一步研究的命题。学术研究和理论创新不能回避问题,学术研究和理论创新应该是在认识到问题的存在的同时,为问题的真理性解读提供一种方向,这个方向也许不能解决或一劳永逸地解决所存在的问题,但是必须为此作出真诚的努力。

中国法学对法治问题研究的基本使命,不在于、不可能在于而且也不应该在于建立一个客观中立的超越具体历史社会语境的抽象理论。实际上,其基本使命正在于在具体历史的社会语境中建立一个适时适势地表达当下普遍较为有益的价值姿态(这些价值的内容和重心是会发生变化的)的法律理论模式。它具有实践性,而且是法律实践的话

语推动器,其目的应该在于建立一个具体社会语境中为绝大多数社会成员所希望的法治秩序提供理论论证。^[1] 这一具体的社会历史语境就是中国在人类文明体系中寻求法治国家的建设,因此中国法学对法治问题的研究不仅是要解决中国的问题,也是通过中国问题的解决和对人类文明成果的分析为包括理论创新在内的世界文明发展作出贡献的过程。所以,随着中国法律发展进入一个为政治文明建设服务的时代,中国法学发展在获得更为广阔的发展空间的同时,将面临更加繁重的历史使命。中国法学能否承担起这一特殊社会历史语境所提供的理论创新禀赋,不仅关系到中国法学本身的生命力与前途,而且维系着中国建设现代法治国家和政治文明的进程与前景。从法治国家建设和政治文明建设对中国法律发展的内在要求来说,在现代法治国家建设的历史资源和时代图景下中国法学对法治问题的研究应该着眼于:

第一,中国法学对法治问题的研究应该着眼于深入研究人类文明体系发展过程中现代法治实践的历史过程和内在规律,尤其是解读社会主义法的现代性的产生及其本质特征。中国法学理论应该在人类法治文明发展的平台上,从社会主义社会的本质要求和历史逻辑出发,既要充分解读现代国家合法性与法治之间所业已存在的关系,更要全面厘清社会主义法治国家的价值关怀、理念基础以及制度安排,从而系统地勾勒出能够为中国建设现代法治国家所需要的理论资源,提供指导社会主义法治国家实践的中国法学理论。20 世纪以来的中国历史可以说是一个现代化的历史。然而,中国的现代化是作为近代世界性的现代化过程的一个组成部分而发生的,^[2] 因此,包括法律制度安排在内的中国现代化进程不是或至少不完全是这个社会自身的自然演化的

[1] 参阅刘星:《语境中的法学与法律——民主的一个叙事立场》,法律出版社 2001 年版,第 6 页。

[2] 毛泽东在 20 世纪 30 年代就指出,自 1840 年鸦片战争以来的中国人民的革命是世界革命的一部分。参阅《毛泽东选集》(第 2 卷),人民出版社 1991 年版,第 647、666 ~ 672 页。

结果,它不是而且不可能是西方国家现代化过程在中国社会的一个重演。所以,无论是“中国中心论”还是“西方中心论”,都不是对中国社会现代化模式的真诚理解。一百六十余年来的历史表明,中国现代化进程不可能在人类文明体系之外进行,必须抛弃“中国中心论”对中国现代化进程的误读;中国现代化进程也不可能是西方现代化进程的重演,必须抛弃“西方中心论”对中国现代化进程的误导。“中国走向现代社会之路的大变革是外力推动的。这是它不同于历史上变革的根本特征。”〔1〕自此,中国社会再也不能回到与现代化相遇之前的状态中去了,再也不可能脱离世界法律文明的发展大道而固步自封以求发展。〔2〕另一方面,中国的现代化是伴随着这个历史悠久民族救亡图存的社会运动和社会实践,承载着这悠久的历史传统和紧迫的救亡使命纳入世界现代化进程中去的,中国近代以来的秩序和法治问题在这一大背景下显现出我们民族所特有的格式,并且也只有在这一大背景下才可以理解中国法治建设的困境、希望和方向。〔3〕中国法学对法治问题研究的使命应该体现在站在人类文明发展和法治文明发展的一般立场上,探索中国社会主义法治文明建设的基本规律。

第二,中国法学对法治问题的研究应该着眼于科学把握人类文明体系发展过程中现代法治实践所提出的历史命题,尤其是把握社会主义法治建设过程中出现的重大理论命题。要科学地建构研究对象,首当其冲的却是要与日常性常识以及学术性常识划清界限。也就是说,与那些被大众共同持有的见解划清界限,不管它是日常生存状态中的经验之谈,还是主流话语的权威见解。对于法学这样一门如此与社会生活有着密切联系的学科来说,必须有着对那些想当然的概念和判断

〔1〕 罗荣渠:《现代化新论》,北京大学出版社1993年版,第239页。

〔2〕 参阅公丕祥:《东方法律文化的历史逻辑》,法律出版社2002年版,第310~358页。

〔3〕 参阅苏力:“现代化视野中的中国法治”,载苏力等:《20世纪的中国:学术与社会》(法学卷),山东人民出版社2001年版。

提出质疑。质疑的能力在相当程度上决定着理论研究的深度以及法治在中国意义的解读的深刻性。“通往法治国家的道路漫长而艰难,充满了危险、失误和幻想。许多国家数百年来在奔向民主,有时还为此付出了昂贵的社会代价。法治国家的建设应当以仔细思考的战略和策略为基础。在这里也很难不借助于其他国家的经验,但这种经验应当与本国的传统和现实相结合。”〔1〕现代法治国家的法学研究目的并不在于一劳永逸地提供一套永久性的、一成不变的思想体系;相反,它是一个复杂的、持续演变的过程。因此,中国法学对法治问题的研究必须在对历史和现实的思考中提供属于一个时代的同时属于未来的思想体系。其关键在于不断地伴随着人类文明体系的发展进行学术探索,持续地以学术特有的逻辑提供现代法治国家发展所需要的理论,这种理论有可能是现代文明发展的合法性论证,有可能是对现代文明发展的批判性思考,这两者缺一不可。从反向来说,如果认为法治问题的研究可以建立一个超越具体社会语境的普遍的法学知识和理论体系,而且这种理论具有自然科学那样的科学性,那么,无形中就会在价值选择极为重要的政治法律领域内建立一个值得怀疑的“霸权话语”,并通过法学渗入实践的方式,在法律实践中压抑其他可能具有同样存在资格的法学知识,破坏法学理论推动法学知识对话的机制,破坏具体语境中的法律依赖民主的政治基础。〔2〕

第三,中国法学对法治问题的研究应该着眼于系统阐述中国特色社会主义法治国家赖以建立与发展的法律制度的理论基础和人文精神。对一个国家所奉行的法律制度的理论基础和人文精神的阐述能力维系着这套法律制度被社会成员所接受并予以实践的广度和深度,关系着一个民族国家的法学理论在社会生活和学术生活中能否成为经典

〔1〕〔俄〕拉扎列夫等:《法与国家的一般理论》,王哲等译,法律出版社1999年版,第357页。

〔2〕参阅刘星:《语境中的法学与法律——民主的一个叙事立场》,法律出版社2001年版,第6页。

理论的可能性。罗马法的发展和西方国家两大法系的确立以及发展的历程已经充分证明,成熟的法律制度必须有经典的法学理论支撑。从这个意义上论,中国法学对法治问题的研究对于中国法治文明以及政治文明的建设至关重要,这种重要性体现在中国法学理论对中国法治建设进程及其制度安排的人文精神的解读能力之中。正如罗斯科·庞德所说:“社会控制是需要有权力的——它需要用其他人的压力来影响人们行为的那种权力。作为社会控制的一种高度专门形式的法律秩序,是建筑在政治组织社会的权力或强力之上的。但法律绝不是权力,它只是把权力的行使加以组织和系统化起来,并使权力(成为)有效维护和促进文明的一种东西。”〔1〕简言之,现代法治国家下的法及其制度安排是具有深刻的人文精神和价值追求的。没有人文精神和价值追求的法及其制度安排,无论如何都无法达致法治。现代法治国家中关于法的现代性不仅是指制度安排的现代性,更重要的是指制度安排所秉持和体现的人文精神的现代性。中国法学理论在现代法治国家中的重要使命就是不断解读现代法律制度安排的人文精神。另外,发现制度背后的价值禀赋虽然是一个困难的问题,但它是法律科学所不能回避的。即使是最粗糙、最草率或最反复无常的关系调整和行为安排,在其背后总有对各种互相冲突和互相重叠的利益进行评价的某种价值准则。在西方法律史的各个经典时期,对法律制度所秉持的价值准则的论证、批判或合乎逻辑的适用,都曾是法学家的主要活动。〔2〕比较而言,中国的法学家——从过去到现在——对这一问题的关注相对薄弱。然而,这个问题又是如此重要,它不仅能立体地反映出每一人类文明共同体的法律体系在各自大文化系统的意义结构中所处的位置,也能表

〔1〕 [美]庞德:《通过法律的社会控制 法律的任务》,沈宗灵等译,商务印书馆1984年版,第26页。

〔2〕 参阅[美]庞德:《通过法律的社会控制 法律的任务》,沈宗灵等译,商务印书馆1984年版,第55页。