



Series of Legal Thoughts and Rule of Law

法律思想与法治丛书

主编：蒋传光

西方法与国家的理论 及其对中国的影响

——西方法律思想史研究会2011年年会论文集

*Theories of Law and State
in the West and Their Influence in China
——Annual Symposium of
Western Legal Thoughts Academy in 2011*

吴玉章 蒋传光◎主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



中国社会科学出版社
CHINA SOCIAL SCIENCES PRESS
100732 北京

西方法与国家的理论 及其对中国的影响

——西方国家理论研究的2000年学术化历程

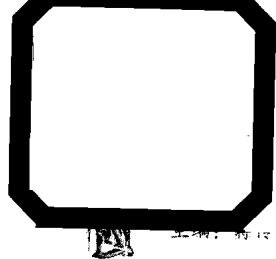
Theoretical Study on Western States

*and the Study on 'Western' Difference and Culture
in the Western 'Systemology'*

Western Report / Western Research

王人博 潘世华 主编

中国社会科学出版社



Western Thoughts and Rule of Law

与法治丛书

王瑞、杨文元

西方法与国家的理论 及其对中国的影响

——西方法律思想史研究会2011年年会论文集

*Theories of Law and State
in the West and Their Influence in China
——Annual Symposium of
Western Legal Thoughts Academy in 2011*

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

西方法与国家的理论及其对中国的影响 / 吴玉章, 蒋传光主编. —北京: 中国法制出版社, 2012. 9

(法律思想与法治丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3998 - 5

I. ①西… II. ①吴… ②蒋… III. ①西方国家 - 国家和法的理论 - 影响 - 法制 - 研究 - 中国 IV. ①D90 - 53 ②D920. 0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 214476 号

策划编辑 陈兴 (cx_legal@163.com)

封面设计 李 宁

西方法与国家的理论及其对中国的影响

XIFANGFA YU GUOJIA DE LILUN JIQI DUI ZHONGGUO DE YINGXIANG

主编/吴玉章 蒋传光

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2012 年 10 月第 1 版

印张/34 字数/590 千

2012 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3998 - 5

定价: 89.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010 - 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66071862

市场营销部电话: 010 - 66033393

邮购部电话: 010 - 66033288

“法律思想与法治丛书”总序

上海师范大学的法学教育目前已成为上海法学教育的重地之一，法学理论学科的建设近年来也取得了较为突出的成绩，教学与科研成果颇丰。展现在读者面前的这套“法律思想与法治丛书”，则是其中的成果之一。

依法治国，建设社会主义法治国家目标的实现，离不开法学理论的研究和法治理念的确立。理论来源于实践，正确的理论指导新的实践。法学研究与法治建设的关系同样符合这一认识规律。法学研究的根本任务是与法治建设实践相结合，促进中国社会主义法治建设事业的发展。因此法学研究应在深入了解国情的基础上，探索我国社会主义法治建设的发展规律，不断总结经验，为推动法治建设发挥理论指导作用。法学研究的繁荣既是法学发展的基本途径，也是促进法治建设的重要动力。重视法学理论研究的意义，在于其对法治社会建设具有以下独特的功能和价值。

1. 解放思想，法学启蒙

自改革开放以来，法学理论研究担当了法学与法治启蒙的任务。我国建国以后很长一段时间，法学界由于受“左”的思想的影响，思想不够解放，对法学界某些长期有争议的理论和实际问题，有的被视为禁区不敢涉足，有的被视为姓“资”而排斥，有的囿于陈说而不敢突破。现在法学研究的人为束缚虽然已大大减少，并取得了丰硕的研究成果，但在今天，法学研究担当的解放思想和启蒙的作用仍未消失，其任务仍未完成。

2. 为部门法的制度设计提供理论指导和价值标准

(1) 为部门法学提供一定的意识形态指向

在我国立法中，必须遵循一定的立法指导思想，坚持相应的立法原则。因此，部门法在制定过程中不可避免地会遇到意识形态等政治因素问题。如何处理好法律制度建设和意识形态的关系，是法学理论研究必须重视的一个问题。

(2) 为部门法的制定和完善提供立法指导原则

在当前中国建设法治社会的实践中，随着社会阶层的日益多元化和各

种社会关系的日益复杂化,面临着一系列的新情况、新问题。作为法学理论研究,应当关注这些社会现实问题,从而为完善相关法律体系提供理论上的指导和制度设计上的解决方案。

(3) 为部门法的制定提供正当性的理论基础

国家制定法律、建立法律制度的目的在于用它们来调整人类社会的生活关系。所以法学要研究社会现实与社会生活关系,通过从法律的角度对相关社会现实或社会生活关系进行判断和评价,以断定社会现实与社会生活关系所具有的“法律制度的关联性”,从而为立法的必要性和可行性提供科学、合理、正当的评价标准。

3. 为法治建设提供相应的知识体系

无论从当下中国法律体系的构建和法治社会的建设来说,还是从中国特色先进法律文化的创造来说,其路径是,在重视学习借鉴国外先进法律经验的同时,有两个重要方面,一是关注中国的传统法律文化,一是关注当代中国的社会现实和社会实践。正是从这个意义上,国外的经验、中国传统法律文化和当代中国的法治实践,是中国法治建设的重要知识资源。这些知识资源的提供,有赖于法学理论的研究。

4. 为法学研究提供普适性的语言体系

法律与语言有着密切的关系。中国目前可以说存在四种法律语言体系,即意识形态化的法律语言体系、西方法律语言体系、中国传统法律语言体系、民间法律语言体系。这四种语言体系之间有知识上的交叉重叠,在理念上、内涵上也有很大的差异。如何构建具有普适性的中国法律语言体系,用一套类似西方自然法的语言把各种语言体系统一起来?中国的类似自然法的语言体系是什么?针对中国当代法律语言的多元化弊端,如何让中国民众与学者、民间与官方、大众与精英共享一套既能反映中国文化传统,又能表达中国法律现代化进程的语言体系,这是当今法学理论研究要解决的问题。

5. 为司法实践提供方法论指导

法学是一门以实践为取向的科学,因此法学研究不能脱离现实的法律难题进行闭门造车,或以研究外国法为能事,而应关注中国司法实践中所存在疑难案件和法律漏洞。面对法律实务,法学理论研究应该能够为司法裁判提供法律解释的依据、方法和裁判的基准。

事实也证明,自1978年中共十一届三中全会以来,法学界乘思想解放的东风,逐渐打破法学禁区,全方位开展了立法和法学研究,形成了久违了的学术争鸣的局面。这种学术争鸣对于法学理论的进步产生了极大的推

动作用，为新时期社会主义法治建设提供了强大的动力支持，具体地体现在以下方面：

1. 更新了人们的法观念，提高了人们的法律意识。改革、开放以来，通过对法的本体理论以及社会实践中重大法学理论问题，如法的概念和本质、人治与法治、法律面前人人平等、法与民主、法律与政策、法律监督、法的实现、法制与改革、法律文化、法的精神、法与人权与权利、司法公正与司法改革、法律解释、立法与立法体系、法制现代化、法与市场经济体制等一系列基本问题的研究，使人们对法是什么有了较为确切的了解，全社会的法治观念、依法办事观念、权利观念有了很大提高。人们法观念的更新与法律意识提高的水平，现在看来，尽管与建立现代法治社会的要求还有差距，但其对立法、法律适用和法律的遵守等方面所起的作用是不可置疑的。同时，这也为实施依法治国方略，建立社会主义法治国家奠定了思想基础。

2. 促进了人们对法的功能与作用，特别是在社会治理中法的重要性的认识。关于法的各种基本理论问题的研究，从某种意义上说，都是为了准确地揭示并有效地发挥法的作用。同时法学理论和法律实践中的很多争论也往往都是围绕法的功能和作用而展开的。实践也已证明，许多社会矛盾和社会问题只有靠法治才能得到有效解决。正是这些理论的研究和法在实践中作用的显现，使人们对法的功能与作用有了全面的认识，并对法治有了渴盼与呼唤。我国确立了建立社会主义市场经济体制的改革目标以后，法学界对法在市场经济中的重要性从多角度、多层次进行了论证。市场经济离不开法治的观念已深入人心。没有健全的社会主义市场经济法制体制的建立，也就不可能有繁荣、健康的社会主义市场经济，现已成为人们的共识。这种共识最终推动了依法治国，建设社会主义法治国家治国方略的确立。

经过 30 多年的不断努力，到 2010 年中国特色社会主义法律体系已经形成，依法治国、建立法治国家已由法学家讨论的学术问题，被写入到党的十五大报告中并上升为宪法原则，成为治国的方略并被付诸实施。实现这一历史性跨越，可以说是法学理论研究最突出的成就，也是法学界做出的一个重要贡献。

在当前我国建设社会主义法治国家的过程中，无论在理论层面还是实践层面，都还有许多问题需要深化研究和提供理论指导。展现在读者面前的这套“法律思想与法治丛书”，就是丛书的作者们对如何建设社会主义法治国家，如何走中国特色的法治之路，如何对待国外的法治经验，如何面

对中国的传统法律文化，如何立足于中国的法治实践等一系列问题，进行长期深入思考的成果。希望这套丛书的出版，为进一步深化法学理论的相关研究起到促进作用，能为中国法治社会的建设在思想上和知识上提供有益的启示。

在本套丛书出版之际，要特别感谢上海师范大学“法学理论校级重点学科”、上海市教委重点学科（第五期）“马克思主义中国化研究”（编号j50407）给予的资助，感谢上海师范大学社科处的大力支持。同时也感谢中国法制出版社的陈兴编辑在丛书编辑过程中提出建议和付出的辛勤劳动。

陈传光

二零一二年七月二十日于上海

序 言

2011年11月，我们在上海举办了全国西方法律思想史学术年会。会议期间，学者们畅所欲言，以论会友，加上上海师范大学蒋传光教授周到细致的安排，代表们身心愉悦，颇有“此间乐，不思蜀”的感觉。一年一度的年会，对于学术问题的研究来说，实在是时间太少了，有些题目才刚刚涉及，有些题目的讨论才刚刚开始，有些题目的讨论还没有来得及得出结论，总之，情况多种多样，不一而足。展现在读者面前的这本论文集体现了2011年年会代表们的研究心得，这些学术观点的是非或许可商，其是否周延或许可议，但是，它们毕竟是学者们的研究心得，是学术思考发展的必经阶段。

在法学中，西方法律思想史不是“显”学，在很多法学院中，它也不是必修课之一。与民法、刑法和知识产权法相比，它的听众或学生数量比较少。不过，对于将来希望研讨法理学、法史学，甚至宪法等学问的人来说，西方法律思想史学的重要意义自然不在话下，它凝聚着几千年来西方学界圣贤对于政治法律道德等基本规范的深刻认识。而这些对于处于法律现代化过程中的中国来说，自然是一笔非常宝贵的观念遗产。“他山之石，可以攻玉”，信乎哉！

西方法律思想史研究会是一个“小”的学术团体，也是全国研究和教学西方法律思想史学者们的一个交流平台。与那些动辄数百人，甚至拉家带口出动参加学术年会的学术团体比较起来，我们最多也一百人上下参加；与不少学会动辄搬动某某领导同志相比，我们只是邀请了若干相邻学科的学者。然而，通过讨论，我们也取得“其志同，其论同”的效果。

与法学的兄弟学会相比，西方法律思想史研究会成立较晚，大约成立于1992年，由北京大学法学院的王哲教授担任第一任会长。后来限于各种条件的不甚具备，研究会在若干年内没有什么活动。后来，随着新生力量的不断加入，西方法律思想史研究会才开始逐渐活跃起来。现在，它的成员有这样几个特点：第一，成员以年轻老师为主。他们大都工作在教学或

科研的第一线，对于西方法律思想史的内容有比较深入的把握，对于这一学科在今天的命运也有担心，于是愿意通过年会这种形式加强彼此间的联系。第二，成员比较纯粹。我们的会员绝大多数都是年轻的学者，他们至今尚无兼职，故而能够比较专心地研究西方法律思想史的具体命题和发展线索。第三，成员们比较普遍地关注教学中的问题。由于大多数会员都是高校中的老师，因此，他们在研究中就比较关心如何有效地教学这个问题，例如课程的设置、重要问题的分章、整体结构的安排等。第四，成员们既关心西方法律思想的来龙去脉，同时又兼具中国意识。我们总是希望能够将针对西方法律思想传统的研究结果用在当代中国，为中国特色社会主义事业的全方位发展和依法治国贡献自己的一份力量。

“西学东进”以来，西方法律，连同法律思想也先后进入中国，至今已百多年矣。其间，人们对于西方法律思想对于我国发展变化的是非功过或毁或誉，毁者痛感其对于我国传统法律文化的深刻冲击而全盘否定，誉者则赞其对于我国传统法律文化的冲击而手舞足蹈。这种争论延伸至今，虽然今天已经很少有毁派誉派的极端分子，但是，这种争论的两种倾向仍然依稀可辨。我认为，研究西方法律思想史的目的，不外乎“求真”和“服务”两项。所谓求真者，就是认真探求西方法律思想史上种种议论，了解它们之间的谱系和变化，把握西人对于法律的基本认识；服务者，就是将自己对于西方法律思想史知识的真实了解服务于我国的法律现代化建设，为我国法治建设“献言献策”。

最后，我代表学会感谢清华大学的许章润教授，由于他的联系，上海师范大学法政学院欣然承办了2011年的年会，感谢徐爱国教授、史彤彪教授会前的精心组织。同时，我们还要感谢上海师范大学的校领导、学院领导，特别是蒋传光教授。由于以他为首的团体的认真负责的服务，我们的年会开得很好；更由于蒋传光教授的负责精神和编辑们的认真编校，我们可以在会后出版自己的年会论文集。当拿到本书时，我们不禁会想起会议期间，学者们热烈讨论、认真“较劲”的场面，读者诸君也许会会心一笑吧。

吴玉章

西方法律思想史研究会会长

二〇一二年元月于北京

目 录

序言	吴玉章 (1)
----------	---------

引“法治”之路

论中国法的主导性理念之西方思想渊源	徐爱国 (3)
-------------------------	---------

“开放结构”的诸层次

——反省哈特的法律推理理论	陈景辉 (18)
---------------------	----------

信则有，不信则无

——论对法治的信任与忠诚	徐继强 (38)
--------------------	----------

通往宪政国家的路径选择

——从欧洲的哲学构建到美国的理性实践	明 辉 (44)
--------------------------	----------

新加坡土地征收低补偿制度为什么能运行的法理思考

——基于“法治二元论”的解读	高 中 (59)
----------------------	----------

论法治与现代社会之契合

——一种基于历史和人性的分析	陆幸福 (91)
----------------------	----------

论马基雅维里和布丹关于国家存续意义上的“国家理

性”和“主权理论”	程 波 (100)
-----------------	-----------

法律与国家的关系

——卢曼相关思考探析	罗文波 (113)
------------------	-----------

有关民族与“民族性法”的几点思考	严存生 宋海彬 (122)
------------------------	---------------

没有“社会”的社会契约

——从商讨理论对卢梭法律思想的观察与重构	张 龔 (132)
----------------------------	-----------

以“自由”之名

自由与主权

——当今国际关系两大原则及其关系的法哲学思考

..... 严存生 (149)

告密、良心自由与现代合法性的困境

——法哲学视野中的告密者难题 柯 岚 (164)

近代自由理论的启蒙意义 王兰萍 (184)

论密尔的自由主义法律观及其启示 戴小蓉 (191)

法律父爱主义的正当性 郭春镇 (195)

自由主义正义观解析 李寿初 (208)

哈耶克的正义理论研究 夏纪森 (218)

“自由人”的法哲学解说

——从康德到黑格尔的历史逻辑 许小亮 (246)

解“中外”之辩

何种之私

——宋代私有财产保护说略（论纲） 陈景良 (277)

清朝帝制与美国总统制的思想碰撞

——以裨治文和《中国丛报》为研究视角 李秀清 (282)

人道司法观与中国现代刑事政策的转变 崔永东 (297)

应对道德两难的挑战

——儒家美德伦理学对西方法律职业伦理的超越

..... 王凌峰 (306)

民 + 万民的二元结构与“以天下为一家”

——罗马法与汉法的不同心态 张朝阳 (328)

从苏俄法到西法：学习与超越

——王亚瑾教授访谈录 郭义贵 陈 阳 熊梦雪 (344)

西化、现代化与马克思主义法学中国化 张 波 (356)

阅“古今”之书

- 试着了解：竹内好和他的书 王人博 (367)
- 《司法之镜》中体现的宪政思想 陈敬刚 (373)
- 人生“言语”忧患始
- 《语词的创造：霍布斯论语言、心智与政治》
- 译后 于 明 (388)
- 描述·解释·构建
- 法社会学方法在《论法的精神》中的运用 孙建伟 (403)
- 论社会形态与政府动力学
- 《社会契约论》中的自我与社会 张国旺 (416)
- 埃利希法社会学中的国家与社会
- 以《法社会学原理》为中心 王 婧 (444)
- 格劳秀斯的国家主权学说 王 涛 (453)
- 法权的缘起与归宿
- 承认语境中的费希特与黑格尔 亓同惠 (464)
- 功能主义比较法的发展 朱淑丽 (496)
- 论自然法与西方人的想象力 刘振宇 (510)
- 全国西方法律思想史研究会 2011 年年会会议综述
- 西方法与国家的理论及其对中国的影响 (523)

引“法治”之路



论中国法的主导性理念之西方思想渊源

徐爱国*

如果我们从思想基础上考察，中国法律的指导性理论不外乎三：其一，共产主义法律理论；其二，政党指导下的法律；其三，中国法律的传统。本文并不探讨中国法的主导性理论本身，而是从西方法律思想史的角度，考察这些理念的西方思想源流。

一、共产主义的法律理论

1. 凯尔森解读“共产主义法律理论”

1955年，74岁的凯尔森（Hans Kelsen）出版了《共产主义法律理论》。在他看来，共产主义法律理论源于马克思和恩格斯，后经过前苏联政治家和理论家的发展，一并成为“名叫共产主义的政治体系中的一个特有的部分”。

凯尔森对共产主义法律理论的基本理解是：其一，马克思的法律理论是对法律现象进行一种社会的经济解释，以社会学的观点研究法律规范体系所产生和发生效果的条件。引证来源于马克思的《政治经济学批判》，与生产力发展程度相适应的“生产关系的总和就组成为社会的经济结构，即法律的和政治的上层建筑所借以树立起来而且具有一定的社会意识的形式与其相适应的那个现实基础”。其二，共产主义的法律理论强调法律的意识形态性质。法律是一种意识形态，属于上层建筑。意识形态是“人们意识的内容，是人们头脑中关于现实、尤其是社会现实所形成的观念”。不过，在马克思那里，法律又是一种特殊的意识形态，它具有“客观”的性质。凯尔森的依据是，《资本论》（英文版）上说：“法律在促进生产过程中物质条件和社会规模的结合的成熟时，也促进了资本主义生产形式的矛盾和

* 徐爱国，北京大学法学院教授。

对抗的成熟，从而在提供形成新社会的因素的同时，也提供了粉碎旧社会的力量。”《政治经济学批判导言》上说：“法律可以使一种生产手段，如土地，永远属于一定的家族。这种法律，只有当大土地所有权适合于社会生产的时候，像在英国那样，才有经济的意义。”凯尔森的总结是，就法律与生产关系的关系而言，法律是上层建筑中的意识形态；但是，法律对社会经济发生着作用，因此它是“意识形态上层建筑的下层结构”。凯尔森说，苏维埃的法律理论强调“国家和法律科学，必须是政治性的”，它可以成为“一群人对另一群人的政治斗争”的武器。

凯尔森回顾了苏维埃的法律学说史。列宁发展了马克思的国家学说，他说，社会主义是共产主义的第一阶段。在这个阶段中，“仍然有法律，而这法律在一定的限度内，还是‘资产阶级的’法律”。凯尔森引用了列宁的《法律与革命》，“由此就产生一个有趣的现象，这就是在共产主义第一阶段还保留着资产阶级法律的狭隘观点。既然在消费品的分配方面存在着资产阶级的法律，那当然一定要有资产阶级的国家，因为如果没有一个能够迫使人们遵守法规的机关，法律也就等于零”。作为司法人民委员的斯图契卡首次尝试创立苏维埃的法律理论，他于1921年著《论法律的革命作用与国家：法律通论》。他“认为法律是符合统治阶级利益的并受这个阶级的武力保护的社会关系”，于是，斯图契卡的理论与资产阶级的法律规范论和正义论区分开并对立了起来。

在苏维埃法律理论史上，有两个人的理论占有特殊的地位，一是新经济政策时期的巴舒坎尼斯，二是斯大林时期的维辛斯基。巴舒坎尼斯在《法律通论和马克思主义》中，把法律现象归结为一般的经济现象，法律关系“是商品所有者的关系”，“商品生产社会中的社会关系”。在此前提下，一切法律都是私法，公法不是真正的法律。犯罪和刑罚的关系就是交换的关系，犯人供给犯罪，国家支付刑罚。刑罚是犯罪的等价物，等价观念是报复原则的基础，报复原则是刑法的原则。巴舒坎尼斯“一切法律都是私法”的观念，与列宁“我们不承认任何‘私法’，在我们看来，经济领域中的一切都属于公法范围，而不属于私法范围”的经典说法是冲突的。不可避免，当政治大清洗运动开始的时候，巴舒坎尼斯失踪了。维辛斯基是斯大林时期的检察总长，也担任过前苏联的外交部长和莫斯科大学校长。他对法律的定义是“表现统治阶级意志的并建立在法律秩序之中的行为原则，以及为国家权威所确认的习惯和社会生活规则的总和，为保护、巩固和发展有利于统治阶级并为统治阶级所同意的社会关系和安排，它们的实施为国家的强制力所保障”。由该定义演绎而成的“法律是统治阶级意志的体