



前毛在声音与形象之间（代序）

第一讲 国家进入社会的方式
国家、社会四分：国家进入社会的理论前提
治理：类型与生成条件的分析
国家统治的合法性：国家进入社会的方式与根源

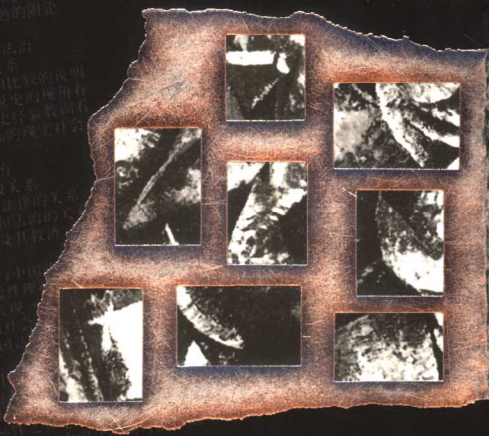
第二讲 我们为什么选择法治
法治和和法概念的关系
为什么是法治——一个历史比较的说明
为什么选择法治——从历史条件的限制看
为什么选择法治——从历史条件的限制看
为什么选择法治——从我们面临的现实看

第三讲 法治的法治
法治和法治的关系
法治的发展阶段及其与法治的关系
法治的不同阶段与法治的关系
法治和法治的关系及其比较

第四讲 全球化与法治——全球化与中国
全球化的本质、特征
全球化的本质
全球化可能带来的中国法治
全球化、社会转型和中国法治

第五讲 法治建设的理论问题
法治的本质与法治的法治
法治的法治
法治的法治
法治的法治

第六讲 法治本土化的成因、困难性之思考及对中国
法治本土化的成因、困难性之思考及对中国
法治本土化的成因、困难性之思考及对中国
法治本土化的成因、困难性之思考及对中国



法治讲演录

谢晖 著



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社



法治讲演录

（增订本）

▲ 法治讲演录

国家在历史与文明之间 代序

第一讲 国家进入社会的方式
国家、社会与国家社会的理论前提
国家、社会与国家社会的理论前提
国家、社会与国家社会的理论前提

第二讲 我们为什么需要
法治和法治国家
法治和法治国家
法治和法治国家

第三讲 法治的困境
法治的困境
法治的困境
法治的困境

第四讲 全球化与法治——全球
对全球化的表
全球化的表
全球化的表

第五讲 法治建设的资源汲取——中
法治的本土性
法治的本土性
法治的本土性

法治讲演录

FAZHI
JIANGYANLU

谢晖 著

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

· 桂林 ·

图书在版编目(CIP)数据

法治讲演录 / 谢晖著. —桂林: 广西师范大学出版社,
2005.12

(大学名师讲课实录)

ISBN 7-5633-5787-4

I. 法… II. 谢… III. 社会主义法制—建设—中
国—文集 IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 144258 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市育才路 15 号 邮政编码: 541004)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 肖启明

全国新华书店经销

桂林中核印刷厂印刷

(广西桂林市八里街 310 小区 邮政编码: 541213)

开本: 890 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 11 插页: 1 字数: 280 千字

2005 年 12 月第 1 版 2005 年 12 月第 1 次印刷

印数: 0 001 ~ 5 000 册 定价: 22.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

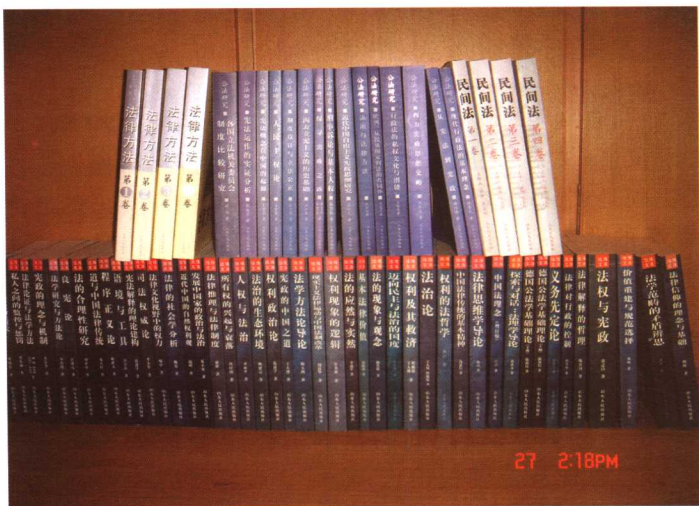
谢 晖



▲ 谢晖在工作



▲ 谢晖在工作



▲ 谢晖的部分学术作品

游走在声音与象形之间 (代序)

本书的内容,是根据我给山东大学在职法律硕士的讲课录音整理出来的,基本上是一本“说”出来的书。事先只有一份讲课提纲,没专门写什么教案,就把平日里的想法漫谈式地讲解给了受众。不过读书人总是有点敝帚自珍,因为有录音笔这么好的现代工具,也就把平时讲课的内容录了下来。有时讲到兴奋的地方,电池没了,录音也就中断了,所以,留下来的录音往往是“断章”、“碎片”。

可以说,自文明时代以来,人类的精神活动就主要纠缠于声音(语言)和象形(文字)之间。牧人的“信天游”是声音,他们刻在岩石上的图画是象形;面对面的互诉衷肠是声音,鸿雁传书的形式是象形;优美的歌声是声音,醉人的舞蹈是象形,而那典雅的戏曲却是两者的美妙结合;电话是声音,电报是象形;广播是声音,早期的电视是象形。如今,电视已经实现了声音与象形间完美的立体结合,而互联网则更完美地、立体地结合了声音与象形……完全可以这样说,当今世界的诸多竞争,乃是人类的这两种必不可少的交往符号——语言与文字——之间的竞争。然而,学院派的学者却大都关注文字,忽视甚至轻视语言;重视象形,忽视甚至轻视声音。这从我们时下各高校、各研究机构评定职称时只看重那文字堆砌的“文章”,而不关注教师的教学效果、教学内容的种种举措中不难发现。

对这种情形,那些语音中心主义的学者也许并不以为然。最

著名的莫过于语言学家索绪尔,他就特别强调语音的价值。甚至在有些人看来,“西方中心主义”就是语音中心主义。确实,在西方文明的轴心期,我们就能听到一位理想主义者如下的声音:

思想一旦变成文字这种外在的标记,就会失去与言说的联系,造成误解和歪曲,迷惑和变乱人心。文字非但不是有助于记忆的工具,而且会在灵魂中助长遗忘。^①

是啊,柏拉图的见解确实是超群的!在没有外在的文字工具的时候,我们必须将声音、将意义烂熟于心,嵌在我们的灵魂深处。而一旦有了文字,我们就有了一个可以在心灵深处放逐记忆和意义的托词:忘了没事,查查书吧!

但令人不解的是,如此贬低文字和书写的柏拉图,最后还是下了那么大的决心、投入了那么多的精力,把师徒之间的声音(对话)记录成了文字。这不禁让我想起了庄子,那位愤世嫉俗的文化虚无主义者,却给后人留下了那部并非无为之作的伟大作品——《庄子》。今天,有信徒早已将它奉为经典——《南华经》啊!所以,文字尽管“变乱”了人心,但我们已经没有办法摆脱它的纠缠。于是,作为一位学人,作为一位教师,我就只能纠缠于或游走在语言和文字之间、声音与象形之间、叙说与书写之间……

这部书也是,今天它呈现在列位读者面前,显然也是文字符号的堆砌。虽然人类因为有了录音、录像技术和设施,对文字的依赖已经明显降低,但录音与录像的粗疏,仍然不能满足人们对精致的追求。于是,人们仍然怀念通过精致的文字来表达见识、突出意义。读书人、识字人仍然是这个号称知识时代的核心、中坚、精英。我曾看到不少学者的讲课录像,原汁原味讲出来的太少,拿着高头讲章念出来的居多。所以,我们还无法摆脱文字、象形的“形式理性”,尽管它束缚了我们的自由。正是考虑到这一点,当素不相识、

① 柏拉图:《裴多篇》,沈阳,辽宁人民出版社,1999。

至今也未谋面的广西师范大学出版社赵明节先生来信向我约稿，说那里准备出版一套“大学名师讲课实录”丛书的时候，我不觉就动了心，很快把这些年来积攒下来的有关法治问题的讲课录音托博士研究生魏治勋、周赞、李川，硕士研究生马德华、秦强、王斐整理了出来。原本整理了十讲，但考虑到政党制度、议会制度、政府制度、司法制度以及法律观念等的改革，浅了不关痛痒，深了公开出版不是时候，所以，这些讲课记录，在这次出版的内容中全被我去掉，待时机成熟，再出版不迟。

须作交代的是，按原合同规定，本书应当在今年二三月份交稿，没想到家人的手术容不得我有半点心思静下心来，润饰学生们整理的稿件。现在，终于随着家人病情的稍微稳定，我也可以稍稍安下心来，润饰完这份书稿，付清这笔文债！稿子是润饰完了，但仍要说明的是，只要声音变成了文字，就不可能再现讲课时的激情、演说时的风采，就只能给人这种机械、干巴的印象。不过，即使如此，我们还是乐意将演讲时声音的激情转换成这笔底下象形的理性……

屈指算来，从大学毕业走上讲坛，至今已经整整 20 年。这篇文章写完后，乘“十一”黄金周，我也将参加近 400 位大学同学毕业 20 周年的纪念聚会。回想起来，在这么多同学当中，有些人选择了行动的职业（法官、商人），有些人选择了言说的职业（律师、主持人），有些人选择了文字的职业（编辑、职业研究人员），而我却选择了教师——这个天然只能游走于声音和象形之间的职业。

在这过程中，人们都在谈贡献，都在谈自己的社会地位。回想起来，我感到汗颜：没当高官，也无厚禄，仰不足以事父母，俯不能畜妻女。内心愧疚，实难言表！听说小学老师揶揄我说：他干得再好，也不过是一个老师！曾有人醉醺醺地跟我说：厅……厅长今天请你客了，你面子不小啊！也曾有人这样语重心长地对我讲：谢老师，人家是校长，你们俩合作的书，怎么能把你的名字署在前面……是啊，这官本位的惯性常让人在比较中相形见绌！但另一方面，我也感到自豪——经常游走于这声音和象形之间，游走于人类

精神活动中最美好的两种符号之间,粗茶淡饭,安贫乐道;仰察天文,俯视地理……这种惬意,这种舒心,多少人梦寐以求啊!但并非人人都能得到。今天我得到了,或许还是敝帚自珍:我得倍加珍惜!

——我热爱这游走于声音与象形间的生活!

谢 晖

2005年9月28日于济南寓所

目 录

第一讲 国家进入社会的方式	1
一、国家、社会两分：国家进入社会的理论前提	3
二、治理：类型与实现条件的分析	15
三、国家统治的合法性：国家进入社会的方式与根据	31
四、关于国家进入社会的几个问题的附论	59
第二讲 我们为什么要选择法治	69
一、法治和相关概念的关系	70
二、什么是法治——一个与人治相比较的说明	78
三、为什么要选择法治——从学说史的视角看	90
四、为什么要选择法治——从历史经验教训看	109
五、为什么要选择法治——从我们面临的现实社会关系看	123
第三讲 德性的法治	130
一、道德和法律的一般关系	132
二、道德的发展历程及其与法律的关系	160
三、道德的不同层次与法律和法治的关系	179
四、法律和道德的冲突及其救济	194
第四讲 全球化与法治——全球化与中国法制模式的选择	197
一、对全球化的一般性理解	198

二、全球化的表现	207
三、全球化可能带来的中国社会结构之变化	223
四、全球化、社会转型和中国法制模式的选择	242
 第五讲 法治建设的资源选取——中国法治的本土性与国际性	
	263
一、法律的本土性与国际性的人性基础及相关问题	264
二、对法治的本土性之界定	277
三、对法治的国际性之界定	292
四、法治本土性的成因、国际性之背景及对中国法治的可能影响	306
 附 录	327
一、我的学术兴趣与学术思想	327
二、代表作简介	337
三、主要作品目录	339

第一讲

国家进入社会的方式

国家如何进入社会？人们又为什么要提出此一问题？这里我首先介绍一下提出这一问题的理论前提和现实背景。

首先，既然在这里提出国家如何进入社会或国家进入社会的方式，那么，在逻辑上也就必然意味着二者是有区分的。但我们在潜意识中，似乎根深蒂固地认为：国家和社会二者是一而二、二而一的东西。不论政府官员、学者，还是普通公民，在谈起国家和社会两者的关系的时候，总是对两者不加区分，从而国家的就是社会的，社会的也就是国家的，一言以蔽之，两者是同一个东西。

这些年来，经过个人阅读和进一步反思，我大体上得出了这样一个基本结论：国家和社会两分，是自文明时代以来国家和社会关系的基本模式和基本事实。

这是我作出的一个事实判断，判断的主旨是说明国家和社会的两分，不仅是近代以来才有的理念，也不仅是近代资本主义以来才有的社会事实，即使在古代社会，同样存在这种两分情形，只是和近代社会相比较，二者两分的程度不同而已。

也许大家会有这样的问题：谢老师，按照通行的说法，国家和社会的两分应当是近代资本主义社会以来才有的事啊，近代以前不存在国家和社会两分，不存在文明国家以外的社会。你怎么会走得那么远，提出国家和社会两分是人类社会自文明时代以来的普遍存在的事实这样的判断呢？对这样的问题，大家只要听了我的后面的讲解就会明白的。

那么，二者之间究竟有何区别？要回答这一问题，就需要我们

引出国家和社会两分的理论。

“文明社会”的概念是谁首先提出来的？根据我的阅读和记忆，是著名的人类学学者（有人说是人类学的奠基者摩尔根在《古代社会》中提出的）。在该书中，他提出了人类发展的三个时代——蒙昧时代、野蛮时代、文明时代。大家知道，马克思在他的人类学笔记中，恩格斯在他的《家庭、私有制和国家的起源》中，都对这三个历史发展阶段的划分给予了很高评价^①。有的人甚至提出这样一种看法，说历史唯物主义的产生就奠定于摩尔根在《古代社会》一书中的实证研究基础之上。当然，这是一种观点或说法，是否正确，另当别论。不过话说回来，这确实是一个非常重要的划分，“文明时代”的概念也是一个值得人们特别关注的概念，这个概念就是和野蛮社会相对的概念，它标志着文明时代——文明社会的产生。文明时代的时间界限大体上相当于国家产生以来的时代。但国家产生以来，在人们的一般印象中，似乎国家业已代替了、包办了整个社会的问题，那还谈什么国家进入社会的问题？果真是这样吗？我说不是！即使在那种“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”^②或“六合之内，皇帝之土；……人迹所至，无不臣者”^③的皇权统揽一切的时代，事实上仍然存在着皇权不能的问题。所以，所谓皇权统揽一切只是一种理论上或制度上的假设，而不可能是一种社会现实（特别是在那些国情复杂的大国）。因此，文明时代的产生或国家的产生，客观上为国家和社会的两分创造了一种我们言说的历史逻辑前提。

① 参见恩格斯《家庭、私有制和国家的起源》，21页，张仲实译，北京，人民出版社，1962。

② 《诗经·小雅·北山》。

③ 《史记·秦始皇本纪》。

一、国家、社会两分：国家进入社会的理论前提

1. 国家和社会两分：人类社会进化的一个基本事实

在讲解这一理论之前，先以本人的经历为例，简单地回顾一下我国当代“国家和社会”关系之情形。我们知道，自中华人民共和国成立以来，在我国似乎国家什么都得管，从天翻地覆的大事到鸡毛蒜皮的小事都要管，乃至于管到每个人的灵魂深处——所谓“灵魂深处闹革命”就是。我清楚地记得，小时候，在我的家乡，农民在其房前屋后种一些树，种一些菜，这本是十分私人的事情，但对不起，这是国家所不允许的，是“资本主义尾巴”，因此，要千方百计地割“资本主义尾巴”。在我的宅基地上，我培育点花草树木什么的，本来是一件很好的事，至少说明农民不偷懒吧，但对不起，这也要受到来自“国家的”批判。我就喜欢栽种花草树木，这对家乡黄土高原地区有好处，那里缺少绿色，所以，人们尤为热爱绿色。有一次我在园子里种了数十棵刺槐，但第二天早上被村会计受命砍掉了，说是要割“资本主义尾巴”。可想而知，当时我们的国家、政府以及在其严格控制下的乡村组织，进入社会、进入私人生活领域到了什么程度！它已经到了国民没有丝毫自由、一切行动完全由政府控制的程度。

人民公社时期实行大食堂制度，这种情形被发展到极致。我自己虽然没有经历过公共食堂的生活，但我的长辈们大都经历过。听他们说，那时整个村子仅仅支一口大锅，大家在一口大锅里做饭，全村人巴望着那口大锅吃饭。尽管大食堂制度的目的是要更好地实现公平，但据老人们讲，事实上根本就不公平，原因在于那掌勺人的种种作为上。据说那时我的家乡流传着一首小歌谣：“某某的钢笔某某的秤，某某嫂子的大马勺真是要人命！”意思是说那掌握笔杆子的、秤砣的以及专门掌勺盛饭的，决定着人们的生计好坏，在当时的情形下，甚至决定着人们的生死存亡啊！特别是那掌勺的大嫂，她可以给你盛得稀一点，也可以盛得稠一点。因为在那

忍饥挨饿的年代,大家都食不果腹。盛得稀的就可能被活活饿死;盛得稠的,因为忽然吃得太饱,竟然也有可能被撑死。

我讲这个说明什么?在那个时代,连我们吃饭,到什么地方吃饭,如何吃饭,都成了公权力染指和控制的领域。我们政府强大到直接深入我们的生活细节中去了。国民没有任何自治权,在这种理念的引导之下,人民以为国家就是社会、社会就是国家就理所当然了。今天我们依然有相当多的国民仍然秉持这种认识,我们的政治、经济、文化中仍然在强调这种观念。但事实上,国家和社会自古以来似乎就是或者应当是两码事。

在理论上提出对国家和社会两分的是大名鼎鼎的德国哲学家黑格尔,他在《法哲学原理》一书中提出了两个不同的概念:一个是政治国家,一个是市民社会。他认为政治国家和市民社会是两个不同的领域。政治国家代表的是国家政权机器,市民社会代表的是市民的经济生活领域。^①后来,这两个概念为马克思所接受,马克思在他的早期著作中使用了政治国家和市民社会这样两个概念,并在这两个概念基础上进一步得出了我们熟悉的一个理论:上层建筑和经济基础理论^②。他所谓的上层建筑相当于黑格尔所讲的政治国家,他所谓的经济基础相当于黑格尔所讲的市民社会。

关于市民社会的研究,近年来我国学术界已有不少学者涉足,大家在看书时,可能接触“市民社会”这一概念的机会较多。我建议,大家可以读读邓正来在这方面的论述。邓正来是专门研究市民社会的著名学者,虽是自由职业者,但学问做得很大。他精通多个领域,视野很广,对哈耶克很有研究,特别是对市民社会理论的研究,在中国法学界学者中恐怕是做得最深入、最有成效的。现在,他出任吉林大学法学院教授,重点研究庞德的理论。

那么,为什么要提出政治国家和市民社会的分野?我觉得,这恐怕不在于理论上人们有意的主观设定,而是在事实上、在利益上、在社会运作中本来就存在政治国家和市民社会的分野问题。

① 参见黑格尔《法哲学原理》,范扬等译,北京,商务印书馆,1961。

② 马克思:《〈黑格尔法哲学〉批判》,《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京,人民出版社,1972。

我们先看一下中国的情况。在中国,很多人认为国家和社会是不分的,“家国同构”、“家国一体”嘛!家庭不过是国家的缩小,而国家是家庭的扩大,家国是一体的,是同构的,是不加过多区分的。这是我们中国人长期以来所坚持的观点。但事实上,在我看来,即使在中国古代社会,也存在国家和社会两分的事实。那么,国家和社会的两分在古代中国表现在什么地方呢?我认为,它就是所谓“皇权国家”和“宗法社会”的分野。我的论文集《法的思辨与实证》一书,收有我的一篇《政治家的法理与政治化的法——二十世纪中国法理对“宪政”的支持关系及其变革》的文章。其中,我对学者们公认为古代中国长期以来是国家和社会不分的观点进行了反驳,我认为,与此恰恰相反,古代中国国家和社会是两分的,这两分即把皇帝的事情交给皇帝,把宗族的事情交给宗族。所以我们有以国家名义出现,并操之于帝王之手的“刑罚权”和操之于家长之手的“家父权”。^①《唐律疏议》就讲:“刑罚不可弛于国,笞捶不得废于家。”^②当然,国家也可以进入家庭,甚至有时候能诛灭九族,能禁止“非所宜言”。但这种情形,只有在违背皇权国家利益时才能启动。

我想,大家都看过《红楼梦》吧。如果没看过,建议大家看一下这部名著。在《红楼梦》中,贾政是那个曾经如日中天,后来又风雨飘摇的大家族的首领,他可以对家族成员处以刑罚。在整个大家族中,家族内部的事情是交由一家之长来解决的,甚至家族之间的事务一般也由家族之间协商解决,除非家族内部或家族之间解决不了而且涉及国家政务的重大事情,才交由国家解决。所以我们说,古代中国明显地呈现出国家和社会的分野的特征。

浙江人民出版社曾出版了一套关于中国社会史问题的丛书,其中有《古代中国的“国”和“家”》、《古代中国的“社”和“会”》这样两本。从中我们会发现,原来被我们混称的国家和社会在古代中国本来是国、家、社、会,它们之间本来是不同的。所以在古代中国,不但国家和社会是不同的概念,而且国和家、社和会之间也是不同的概念。至少可以这样说:在古代中国,国家是一个概念,社会是另一个概念。社会有

① 谢晖:《法的思辨与实证》,北京,法律出版社,2001。

② 长孙无忌等:《唐律疏议》,1页,北京,中华书局,1983。