



中国人民大学中国案例院案例库建设(2016-2020)

RENMIN UNIVERSITY OF CHINA CASES RESEARCH CENTER
2016-2020 ANNUAL REPORT

中国人民大学案例库 案例

中国人民大学法学院 青年学者文集

中国人民大学出版社

RENMIN UNIVERSITY PRESS

中国人民大学法学院青年学者文集

中国人民大学法学院 组编

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国人民大学法学院青年学者文集/中国人民大学法学院组编.
北京: 中国人民大学出版社, 2010
ISBN 978-7-300-12732-3

- I. ①中…
- II. ①中…
- III. ①法学-文集
- IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 183023 号

中国人民大学法学院青年学者文集

中国人民大学法学院 组编

Zhongguo Renmin Daxue Faxueyuan Qingnian Xuezhe Wenji

出版发行	中国人民大学出版社	邮政编码	100080
社 址	北京中关村大街 31 号		
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		
规 格	185 mm×260 mm 16 开本	版 次	2010 年 9 月第 1 版
印 张	26.25 插页 2	印 次	2010 年 9 月第 1 次印刷
印 数	568 000	定 价	68.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

编委会

编委会主任：朱景文 胡锦涛

编委会（按姓氏笔画排序）：

叶秋华 龙翼飞 朱景文 何家弘 余劲松 杨立新

陈卫东 陈桂明 周珂 范愉 胡锦涛 赵晓耕

徐孟洲 郭禾 黄京平 韩大元 戴玉忠

编辑部：史彤彪 姚海放 侯俊芳 路磊

编写说明

六十年栉风沐雨，六十年风雨兼程。六十年来，中国人民大学法学院在学术研究领域硕果累累，为中国建设社会主义法治国家作出了应有贡献。时值中国人民大学法学院建院六十周年之际，法学院决定将六十年来老、中、青教师的优秀学术研究成果，编著成《中国人民大学法学院教授文集》和《中国人民大学法学院青年学者文集》，展示人大学派的学术风格与社会贡献，纪念六十年来在学术研究领域作出重要贡献的广大教师。

论文集编写是彰显法学院学术研究成就、弘扬法学院学术研究传统的重要组成部分，是法学院学术委员会的一项重要工作。论文集编写工作开始于2009年年底。2010年6月成立编写组，编委会多次召开会议，讨论编写体例，广泛听取各方面的意见，最后确定了编写原则和体例：从每位教授和青年学者公开发表过的优秀学术论文中选取一篇结集出版，按照作者所属教研室排序进行编辑。初稿确定之后，编写组对初稿进行了多次审校，最后由作者审定。

由于编辑水平有限，书中存在不准确、不完善之处敬请专家、读者批评指正。论文集编写出版过程中，得到了法学院广大教师的大力支持，在此表示诚挚的谢意！

和谐社会构建中的法理念转换	叶传星 / 1
比较法视野下的东亚法律人才培养制度改革	丁相顺 / 15
清末宪政改革的形而上与形而下	
——从清末地方自治运动谈起	姜 栋 / 30
论日耳曼法中的赔命价制度	高仰光 / 39
基本权利的双重性质	张 翔 / 52
行政裁量的内在构造	王贵松 / 72
On Restorative Justice Practiced in China	
— Status, challenge and future of the victim-offender reconciliation system	时延安 / 84
中止犯减免处罚根据及其意义	李立众 / 113
善待罪刑法定	
——以我国刑法第三条之检讨为切入点	付立庆 / 136
从英法劳动法判例看劳动法上的忠实义务与竞业限制条款	
——对我国《劳动合同法》规范竞业限制行为的思考和建议	郑爱青 / 153
风险社会与现代侵权责任法体系	朱 岩 / 163
我国动产融资担保制度的检讨与完善	高圣平 / 185
韩国实施《公民权利和政治权利国际公约》简介	金玄卿 / 195
也论知识产权的属性	王春燕 / 203
“法与人文”的方法论意义	
——以著作权法为模型	李 琛 / 210
Reality and Potentiality: Compulsory Patent Licensing in China from a Comparative Perspective	金海军 / 226
作为社会规范的技术与法律的协调	
——中国反技术规避规则检讨	罗 莉 / 242
论徘徊于计划和市场之间的政府角色	宋 彪 / 257
可再生能源竞争政策与产业政策的协调与互动	孟雁北 / 266
论金融法制的横向规制趋势	杨 东 / 274

论宏观调控与政府经济行为的契合	姚海放 / 288
地方财政自主的法治保障	徐阳光 / 297
论环境行政许可听证利害关系人代表的选择机制	竺 效 / 308
法国、德国参与式侦查模式改革及其借鉴	刘计划 / 316
论诉的利益	邵 明 / 327
对立案与侦查关系的再认识	李奋飞 / 336
中国刑事程序正当化的模式选择与方法问题	魏晓娜 / 345
秘密侦查兴起背景探究	程 雷 / 353
“武力攻击”的法律定性	余民才 / 362
论冲突法上的适应问题	杜焕芳 / 378
民法典与法官裁量权	石佳友 / 389
论电子证据的原件理论	刘品新 / 399

和谐社会构建中的法理念转换

叶传星

(中国人民大学法学院副教授, 法学博士)

和谐社会的建构是当代中国的新课题。和谐社会理念将对中国法制的革新尤其对法律理念的更新转换产生重要影响。中国走向和谐社会的进程在法律领域的展开表现为建立新型的宪政, 而建立宪政的理论前提就是重构法的理念。法的理念是一个国家法律的精神内核, 集中体现着法律制度整体上的价值取向。法律理念的更新是一个时代法律变迁的精神轨迹。从法律理念的更替中我们可以窥见法律进步的身影。^① 法律和社会的内在关联和一体性的共生关系决定了我们必须到世道变迁的大背景中寻找法律理念变迁的内在根据。而在探讨适合中国社会的法律新理念时首先要考虑的是, 支配我们现在法律制度的是什么样的一种法律理念, 以及这种理念的解释力和生命力是不是已经耗尽。我们正处在一个法律理念的转型时期, 新的法律理念没有完全成型, 而我们也还没有从以阶级斗争和阶级专政为纲的法律理念和思维方式中挣脱出来, 在法学的一些最基本问题上, 有些理论还过简单地以某种被滥用的阶级分析方法来思考我们这个时代的法律特征。这种思维模式和分析方法已经暴露其脱离时代的局限性和落后性, 但是在正统的法律意识形态理论尚没有突破这种已经丧失了解释力的论说。本文试图从以下几个方面来讨论在以建构和谐社会为时代使命的背景下, 法律理念如何从旧的窠臼中挣脱出来, 重塑自己的新的形象, 从而发掘这个新的时代所蕴涵着的对于法律的新要求以及法律要在这个时代有所作为所必须承担的新使命。

一、法的理念转换的理论出发点是超越专政论的法理念

作为当代中国的法律理念转型的出发点的是在前改革时代所建构起来的以阶级专政为基本理论背景的法律理念。有学者从法律范式的角度概括了前改革时代的法律的基本理念。^[1] 要实现法的理念的根本转型, 必须在社会根本转型的大背景下重新诠释法的本质, 重新定位法在社会中的功能和价值, 这是法的理念转型的根本点。对于以阶级专政为本位的法律理念的内在局限性的考察和恰当认识是我们考虑法的理念转型的前提。可以从如下方面考查阶级专政本位的法律理念的内在局限性:

^① 有学者将法理念定义为法的精神和法的实在之间的统一。参见吕世伦:《法理念探索》, 序言, 北京, 法律出版社, 2002。关于法律理念的概念, 另可参见 [德] 考夫曼:《法律哲学》, 刘幸义等译, 227~230 页, 北京, 法律出版社, 2004。

（一）片面地强调阶级专政高于法律、专政超越法律

马克思主义的经典作家特别强调，无产阶级专政是不与任何人分掌而直接依靠群众武装力量的政权，专政是直接凭借暴力而不受任何法律约束的政权。^[2]（P. 237）但归根结底，无产阶级专政不过是达到消灭阶级这一目的的一种过渡。这种有特定历史背景和历史使命的专政理论后来被误解误用，导致了盲目地追逐和迷信阶级斗争，甚至通过人为地制造对立面而强化阶级斗争，以及脱离实际地坚持“以阶级斗争为纲”，不加分析地主张“用阶级观点分析一切”等等。专政理论的基点就是阶级斗争和对抗，它把阶级之间的对抗作为社会进步的动力，把革命视为推进社会和法律进步的最重要的首选手段。其相应的法律理念便是企图通过强化人与人之间的对立而促进法律的进步。法律的进步和改造被认为是阶级冲突和对抗的结果。当法律被仅仅视为阶级革命和斗争的产物的时候，它便失去了自己的历史，成为阶级斗争画面的一个注脚。法律的相对独立性和独立发展规律被掩饰了。在革命的喧嚣声中，法律的调整潜力当然被大大限制了，尤其是其对政权合法性的确认以及对于权力约束的能力受到很大的忽视或者贬抑，甚至有时认为法律束缚了人民专政的手脚，是为阶级敌人张目，为其提供保护伞。在革命的氛围中，法律很难获得有尊严的地位，顶多被作为一个简单的、便宜的、甚至是苟且的专政工具。革命要求砸碎旧的国家机器，包括要废除旧法统，这有其合理性；它同时事实上也不利于建立新的法制，尤其是不利于树立法律的权威性。虽然从纯理论的角度可以对此说法作出种种辩解，但是从实践中来看，由其所助长的以政策代替法律、权力高于法律的倾向，是有目共睹的事实。

在革命战争年代的严酷环境中形成的专政理论和革命情结是一种造反理论，是处在弱势地位的人对抗和反对上位者的革命理论。应当承认，专政作为一种直接的暴力，确实有其超越法律的、不受法律约束的方面。尤其在社会的根本改造时期，破除旧的法统本身就是法律革命的一部分。正因为如此，可以说以专政为本的法律理念是一种革命的法哲学。但是随着新的政权的建立，社会转入建设时期，单纯的革命法哲学的局限性就暴露出来了。^[3]而要进入新的时代，就必须在法律哲学的最基本理念上实现从革命法哲学到建设法哲学的转换。这种转换有其深刻的时代内涵，这个转换的核心就是我们这里所谈论的从以专政为本的法律理念到以宪政为本的法律理念的转换。

（二）法被归结为统治阶级的意志，过度强调法的阶级偏私性

以专政为本位的法律理念认为，法律作为统治的力量，作为统治阶级意志，所展现的是阶级之间的不可妥协的斗争，所表达的是社会中占统治地位的阶级的意志。法由此具有了鲜明的阶级性。法的阶级意志性问题所突出的是社会分配的不公正、社会阶级之间的对抗性、国家权力的暴力性、社会秩序的不和谐性、意识形态的欺骗性、法律的偏私性、个体的依附性等等。阶级斗争概念注重揭示的是社会关系的对抗本性和通过对现实的反抗而促进社会的进步的必然性。但是过分简单地把阶级斗争作为人类进步的唯一推动力量，就可能有意无意地过度强调甚至是人为地夸大一个正常社会中的人们之间的对抗。在以阶级斗争为纲的理论指导之下，容易人为地制造不同人群

之间的矛盾和割裂，比如把社会从政治上划分为人民和阶级敌人、人民群众和地富反坏右分子，要坚持找出社会中的资产阶级的当权派，找出各种落后反动思想。其结果就是不适当地强化了社会矛盾，人为地割裂了社会，人为制造社会价值观的分裂。通过对人的重新划分和组合，使得人们的关系类型被重新定性；通过强化对敌人的仇恨和划清界限而强化人民之间的联系和团结。这样，在整个社会都笼罩在专政斗争氛围的条件下，人们往往更为强调法在控制社会冲突方面的作用，而法律未能保持其相对独立的品格，无法在规范专政方面发挥其作用，同时对法作为社会整合的重要工具的方面也没有充分地关注。

不适当地夸大法的阶级性会对一个社会的常态发展产生不良影响，并且会最终背离这种理论的初衷和价值旨趣。^② 强调法的阶级性本来是为了准确把握社会各个阶层之间的利益差别和利益矛盾，但是对法的阶级性的过度诠释所造成的结果就是把阶级性当做一个标签，把它夸大为社会的常态，甚至为了追求阶级意志的纯洁性和一致性而无视社会在其他方面所发生的显著的、根本的变化。^③ 某种观点希图通过泛化法的阶级性的内涵而进一步强调社会主义时代的法律仍然具有鲜明的阶级性，把社会主义法归结为人民意志的体现，其用意也可以说是强调法的为人民性。但是这种解释所面对的风险就是以人民的名义掩饰了社会的矛盾和冲突，掩饰了真正在经受苦难的人们的真实的愿望和要求。现在的关于法的阶级性的某些理论的失足之处不在于其强调阶级性，而在于其在强调阶级性的名义下掩饰了真正的阶级性。对法的阶级意志性的关注有其理论合理性的一面，这种理论指出了被传统的自由主义理论所忽略或掩饰了的社会事实。也不可否认的是，如果能对法的阶级性作出恰当的定位，阶级分析方法是可以成为有分析力的法学分析工具的。正视和强调社会矛盾的阶级分析方法本身没有什么错，反而是认识社会真实现象的一个必要步骤。对于社会和法的严肃思考，不能在所谓的法的社会性、公共性、公共理性和公共意志的名义下掩饰矛盾。突破法的本质中对阶级意志的过度强调，并不是要不加辨别地把法律视为没有任何偏向的公共意志，而仅仅是要使法律理论正视现实的实际阶级状况，不能夸大也不能漠视社会的实际阶级状况，同时也是希图消除对法的阶级分析方法的误解和偏见，因而也是恢复法的阶级分析方法的生命力的一种努力，使之从过度渲染和夸大的僵化理论中解脱出来，回到恰当的位置。更重要的是，它也致力于恢复马克思主义的一个基本理论观点，就是经济对于法律的决定性作用，尤其要在法的经济决定性和法的相对自主性之间，在法的经济决定性和法的国家意志性之间，达到一种理论逻辑上的和谐。

（三）片面突出法律的政治统治属性，突出法律对于国家的依附性

在阶级斗争至上的法律理念中，法律没有独立的地位，只是依附于政治的强势群

^② 对此相关的评论不少，其中有些比较中肯，有些比较偏激。参见李步云：《“一国两制”三题》，载《法学研究》，1997（6）；蔡定剑：《论法的品质》，载《学习与探索》，1998（5）。

^③ 有学者结合历史和我国社会主义革命和建设的现实对法的阶级意志理论提出了批评。参见何柏生：《法的阶级意志论的再思考》，载《法学家》，2004（5）。

体，并且充当推行强势权力和谋求其强势利益的工具。法律对政治和经济的依附性是我们一直在强调的命题。法律依附于政治的结果就是使之失去了自己的独立品格，成为被社会中某些阶级所垄断和独占的用来作为控制其他社会成员的手段。法律的正当性也从这里被推论出来，被涂上强烈的阶级色彩。法律作为社会正常生活的中立性工具属性和公正性价值被掩饰了，法律保障个体权利的属性被忽视了，法在实现其社会公共职能方面的作用和价值完全被置于次要地位。^④

法律确实与政治有关，法律充当政治的工具似乎使其获得了更多归属感，并获得更坚实的合法性基础，获得政治权力的功能性支持。但这不是对法与政治关系的全面理解。应当重新诠释法与政治统治的内在关联，更多地关注它们之间的内在张力。而对法律的政治工具性的重新诠释，就是要达致法律的角色从法作为单纯的政治斗争工具和阶级统治工具到法作为中立的社会矛盾和纠纷的解决工具的转换。法律的合法性和正当性基础不仅仅在于它对政治阶级的依附性，而更应该在于其在整个社会中的中立性。当然也要警惕的是，强调法的中立性也可能是一种新的意识形态，似乎其掩饰了法律的真相，即法律总是有一定的偏向的真相。法的功能不应当只是致力于斗争和制造社会的强制性整合，而是更要致力于社会的自觉自愿的和谐，致力于使法律以某种超越社会矛盾的姿态来驾驭社会的矛盾和冲突。

二、法的理念转换的实践起点是重新定位人的法律角色

当把和谐作为整个社会建构的基本价值取向时，一个显见的问题就是，这个社会所出现的那些不和谐因素集中地表现为在人的身与心、人的理与欲、人与人、人与社会、人与国家、人与自然等诸项关系网络中，人没有被真正地当做人。在法律理念的建构过程中，围绕着关于人的个体性与整体性、人的阶级性与超阶级性、人的具体性与抽象性、人的特殊性与普遍性存在种种争论，而这些争论所反复回旋的一个主题就是如何看待个人的地位和个人与社会的关系。我们所呼唤的法的核心理念的核心就是重新定位被以种种理由忽略了、被以种种假象掩饰了的人。在中国的当前情景中，法律之认真对待人就是要真正让个人回归个人，让人成为个人，让个人成为人。而这种对个人的尊严的尊重，对个人基本权利的尊重是超越法律的、更根本的法律理念，但是它又必须道成肉身，落实为法律权利。大道至简，大道低回。重新寻找每个人的成人之道就是建构法律理念的转型之道。新型的法律理念必须以人为本，即以展现着人的类本质的个体的人作为出发点，也作为归宿。

（一）从政治上的阶级人转换为法律上的公民

让个人回归个人，让个人成为法律上受到平等对待的个人，首先就要使之获得法

^④ 有学者讨论了把法律简单地依附于国家而对权利观念和制度发展的影响，参见安德鲁·内森：《中国权利思想的起源》，载夏勇编：《公法》，56页，北京，法律出版社，1999。有学者指出了阶级范畴中的人的局限性，参见梁治平：《超越阶级范畴的人民》，载《21世纪经济报道》，2004-01-13。

律上平等的、受到充分保护的公民身份。^⑤ 公民是由具有普遍的人权所构建的普遍社会身份，不同于由某种自然因素诸如血缘、文化传统、语言等或者宗教信仰、意识形态信仰所定位的特殊身份。公民的自由结合构成政治社会共同体，并且形成有关全体国民的社会公约关系，这个社会公约的法律形式就是宪法。对阶级身份的超越，就是让个人从阶级的依附性转向法律上的主体性，而这种主体性的具体展现就是个人的自由受到法律的尊重和保障。

阶级的归属感可以在一定时期成为个人的精神依托，所以当年把知识分子从小资产阶级划归到工人阶级是一场精神解放运动。个人固然有其一定的阶级身份，这种阶级身份对于个人的品位、格调、社会地位、社会境遇等有着广泛的影响。但是过度强化一个人、一群人的阶级身份所导致的可能结果是，个人的独立地位往往被销蚀，个人在阶级整体主义思维的笼罩下没有个性张扬的空间，成为阶级行动的工具，阶级目标与个人生活被直接统一起来，个人被深深地嵌入阶级的宏大叙事之中。应当承认，个人必须通过阶级获得解放，在整个阶级获得解放以前，个人最终也不能得到解放。然而对于阶级的依附是有限度的，不是无条件的。但是不能由此得出结论说个人必须成为阶级的工具。其实进行这种阶级归类的最终用意本来应当是把阶级组织和阶级自觉性当做个人发展的手段。

在阶级的政治思维中，人民或者先进的阶级在整体上被尊奉为政治上的主人，但是这种政治上的主人翁身份却不必然保障和实现每个个人在政治法律生活中的平等和自由。^⑥ 事实上，对于当代中国人而言，最重要的并不是让他们披上阶级身份的新衣，而是让每个人成为普遍的切实享受平等权利和自由的自由民。不能因为其阶级归属和阶级身份而使个人在抽象中很高大，在具象中很渺小。如果没有以追求普遍的平等和自由为己任的法律制度的保证和落实，政治身份上的“画饼”往往是无济于事的

（二）肯定自由之于人的本体性，尊重个体的主体性

在破除阶级崇拜而让阶级人成为公民的同时，还应进一步强调让公民成为个人。让个人成为个人就是充分尊重个人的判断力和理性选择能力，尊重个人选择的自由，充分尊重个体选择的优先性，尊重选择本身的不可替代价值，充分尊重个人在选择包括政治选择中的理性。在我们的价值观念中，集体似乎总是比个人更具有价值上的优先性和道德上的正当性。在集体的名义下对个人利益的漠视以至剥夺，往往被认为是天然合理的、必要的。在组织高于个人、集中高于民主、公意高于个体意志、公益高于私益观念的影响下，个人的选择经常被轻视，个人的创造性也往往被压抑。个人作为自己福利的最佳判断者的资格被深深地质疑以至被否定，似乎个人的利益注定要被

^⑤ 哈贝马斯详尽论证了个人自主和公共自主、人权和人民主权之间的统一性和同源性，这昭示了个人不应该在其公共的集合中丧失其自主性和独立性。参见 [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主政治的商谈理论》，童世骏译，106~128页，北京，生活·读书·新知三联书店，2003。

^⑥ 有学者分析了中国社会中对个体的轻视和忽视而导致的宪政建设的困境。参见沈岷：《让每一个人成其为人——中国宪政的精神出路》，载 <http://www.chinalawinfo.com/research/lgyd/details.asp?lid=2134>，2005-10-20。

某个集体所代表，似乎个人不能真正地认识到自己的真正利益所在。其实，集体不应被不加反思地作为完全高于并优越于个人的有机体，个人必须在某种集体状态中才能实现自己的福利这个事实本身并不足以说明集体完全高于个人。^[4] 让人作为整体的一员，如作为阶级、人民、政党的一分子，固然有利于培养个人的归属感，有利于促成更大的社会动员和集体行动，也在一定时期有利于增强社会的凝聚力，但是，在各种集体身份和诸如人民、国家、民主等大词的掩映之中，个人对社会的独特的体验却往往被忽略了，个人的独立品格被淹没了，个人的真实生存境况被意识形态的偏见遮蔽了。当代中国宪政建设的根本点就是使个人成为个人，就是把个人从各种集体的附庸地位和工具性地位中拯救出来，充分尊重个体作为个人的尊严和权利。可以说，没有对人的重新发现和重新定位，没有对个体地位的充分肯定和尊重，便不会有真正的宪政。正如有学者所说，宪政的真正的核心目标是“保护身为政治人的政治社会中的每个成员，保护他们享有的真正的自治。宪法旨在维护具有尊严和价值的自我，因为自我被视为首要的价值”^[5]。(P. 14~15) 让个人真正成为法律上的个人，其基本要求是，以普遍权利和自由的方式肯定和尊重人的感性欲望和多样性利益追求，建立理欲、身心、人我的协调和平衡；也要赋予个人在社会关系中、在人与自然的关系中的恰当自处和自为的法律人格。

把个体从集体中拯救出来，这是恢复个人的具体性和个体性的一种努力，是展示个人的丰富性和自主性的一种努力，是人的具体化、个人化。但是从另外的角度观察，这也是让个人同时成为抽象的、普遍的人，是个体的人化。只有尊重每个个体的平等选择，才是真正地尊重每个个体的存在价值。这就是说，个人的自由选择必须是所有个人的平等的自由，这种自由选择才可以真正地普遍化。而只有普遍化，这种自由才可以正当化。因此从这个角度说，个人又必须被抽象化、普遍化。这种普遍化的最高形式就是把每个人作为具有人的类本质的个人来看待。而把每个人作为类的人来看待是对人的属性的一种高度抽象，即力图超越附加于人之上的种种不合理的身份属性，把个人作为普遍的个人，作为享有普遍平等权利的个人。马克思主义把个人视为具体的、现实的人，反对那种从抽象人性论的角度对人的抽象，这个思路是正确的。但是把人定位为具体的、现实的人并不能排斥平等诉求下的普遍的个人观念。马克思主义绝不是一般地反对个人，而是真正致力于让个人成为真正的、全面发展的个人。^[6]

（三）以宽容化解暴戾，重建社会制度的人性根基

在定位人的法律角色时必须认真看待宽容问题。宽容是人的美德的核心方面，也是社会制度的德性的核心内容。宽容是个人的一种高贵的美德，宽容可以化解仇恨，使人互相尊重，可以促进和平相处。宽容也是一个集体或者一种制度的美德，只有宽容的制度才能容纳多元化的价值利益和多元化的生活方式，才能给社会进步提供最充分的动力机制。而且也只有在一个宽容的社会和法律制度安排中，个人的宽容美德才能普遍化并得以维持。宽容作为制度的德行而表现，它是一项基本的社会道德原则，甚至是社会道德的基点。比如，作为宽容原则的最典型体现的“己所不欲，勿施于人”就被作为社会道德的黄金规则。宽容的本质在于在人际关系中和制度安排中对个性的

肯定，对价值和利益多样性的尊重，对个人自由的尊崇，更是对社会怨愤或者仇恨的消解。正是借助于宽容，个人才真正成为个人，个人才真正从集体的高压中解脱出来。

在以专政为本的法律理念支配下，法律作为阶级对抗的工具是不宽容的。它不允许容纳多样性的思想和行为，并且把多样性作为社会不稳定的先兆，而不宽容却被作为立场坚定而受到赞赏。一个人在政治上、思想上、道德上不与统治阶级的利益相一致就被视为异端而遭受歧视性的待遇。不宽容似乎是想纯洁社会的道德，力图按照统一的所谓先进标准塑造人们的思想、灵魂和行为。但是其结果却往往恰恰相反，它最终造就了人们的伪善作风、相互的不信任、相互的敌意。改革开放以来，社会的宽容气氛已经大大增加，人们的选择的多样性和自主性都大大增加了，但是不宽容的做法仍是随处可以观察到的。

现代社会和谐的前提就是充分的宽容。只有个人有了宽容的与人相处的态度，只有社会的制度安排可以容纳和保护个人的宽容，才能逐步建立这个社会的和谐状态。要使个人超越由其阶级身份带来的歧视，摆脱各种威权的高压和钳制，高扬个体的主体性，就必须从对人的宽容出发。宽容也是宪政制度和宪政意识的必备要素，是宪政制度设计对待人的基本原则。在宽容原则的指引下，立法者设计法律制度，不是从对人的过于高玄的要求出发，而是从正视人性的高尚和卑微出发，把所有人看作是会犯错误也能改正错误的、是能够自控也是会放纵的、是自利也会利他的、是天使也是野兽的、是圣贤也是凡夫俗子的普通人。在宽容原则的引领下，人们从对个体的思想和行为的最大限度的容忍出发来定位法律中的人，也从对社会制度的天然异化趋势的清醒认知出发来审视和约束作为制度的同构物的公共权力人。这种人性的幽暗意识使人们对个人有足够的宽容，也使人们对国家权力有足够的警惕和不信任。通过宪政的制度安排，可以把作为个人美德的宽容与作为制度美德的宽容结合起来，并使二者相互支撑。^⑦

三、法的理念转换的逻辑支点是社会合意论

在社会的法律建构过程中，应当慎重思考该社会法律的逻辑根基、价值根基和事实根基。借助于对社会的和谐状态的基础的深入思考，才能自觉反思在何种社会结构中才有可能达到社会的和谐。而逻辑基础的重构是对法的价值和事实基础的另一种抽象，它为自觉的价值追求和自觉的社会建构提供一种方向。和谐社会法律理念的重构必须从重新塑造的法的生成的逻辑过程和现实过程开始，要从其逻辑生成过程中重整法律的面貌。建立和谐社会必须最大限度地扩大和谐的社会基础，超越各种不平等的身份限制和歧视，追寻最大限度的社会宽容与和平共处，而这在阶级斗争的对抗逻辑中是很难达到的。重构法的理念的逻辑支点，也就是建构宪政的逻辑支点。这里应当考虑的问题至少包括：

^⑦ 关于宽容与宪政的内在关联的一种详细阐述，参见秦前红、叶海波：《宽容：和谐社会的宪政之道》，载 <http://www.yannan.cn/data/detail.php?id=6851>，2005-10-14。

（一）人民作为宪政立约者角色的重新定位

当代中国社会构造的逻辑基础不应当再是以专政为主导的、以阶级斗争为其基本形式的斗争至上论，而应当是把斗争纳入其中的以社会的中和与均衡为主导取向的合意论。这里首先要考虑的就是作为合意或者立约主体的人民的角色定位。作为阶级的人民，一方面把作为对立面的阶级群体置于道德上、社会地位上的劣势地位，另一方面则强调人民作为一个有机体的整体性而淡化其中的个体的独立性和个性。人民的阶级政治色彩和整体性使得人民成为阶级斗争和阶级活动的主体。社会主义宪政是一种新型的人民专政形式，是通过法律来建构法的合法性的一种形式，是建立人民统治的一种新形式。而阶级斗争理论从根本上是不能容纳契约合意论的逻辑的。

法律的生命力正是来自社会中大多数人对法的共同承诺和尊重。阶级斗争的法律思维无助于建立全体社会成员对法律的服从、皈依和信仰，反而常常强化社会中部分成员对法律和现存秩序的仇恨和反感。当然也要承认，突出斗争和对抗，也会强化一部分成员对于法律的忠诚和维护，但是法律的这种基础是以社会的分裂和社会矛盾的强化为前提的，并且这种思维所强化的是这样一种观念，即一个成员对这个社会的成员的忠诚程度与其从这个社会中获得利益的多少直接关联。斗争理论的背后是暴力，而暴力真正的面目是利益的分化和镇压性的争斗。这种斗争使得宪法和法律的真正品质和格调受到很大的影响。

（二）合意论的基本意旨在于破除关于法的独断论和暴力论

法律总是在各种利益的竞争和协调中生成。而对这个过程观察，大家有不同的概括。有人从一个侧面发现法体现了利益的妥协，体现了不同阶级群体的协作、合作，有人则从另一个角度观察这个过程中的控制和权力因素，认为各个势力集团在力量上的不均等使得法律总是有利于强势集团，弱势集团是被迫地、无奈地接受这个现实的。这个观察也不是完全没有道理。但刻意强调权力和控制因素，而忽视其中的合作和协调的重要意义也同样是偏颇的。法律斗争论的逻辑架构力图处理法律的生成过程中的合作和冲突问题，但是它把合作置于冲突斗争的场景中，合作不过是冲突的一个附属部分。如果将双方协调的结果，即便是对其中某个阶级或群体有利的结果，都一概看作仅仅是强势阶级的意志的表达，也似乎是不够有说服力的。而且事实上，由于人们观念和利益的多元性和流动性，刻板地划分所谓的强势阶级和弱势阶级对认识法律的本质并没有多少积极意义。我们尝试一种新的马克思主义的解释框架，力图把冲突斗争和合意论结合起来，并以合意论来驾驭和容纳冲突和斗争论。已有学者论证了契约论和马克思主义的历史唯物主义的根一致性。本文也认为在那种超越以阶级斗争为纲理论的马克思主义和法律契约论之间并不存在根本的理论鸿沟。^[7]

古典的社会契约论作为解释社会构造和法律生成的模型和论说，固然有其革命性和历史重要性，但是也因为缺乏历史事实的支持而暴露了其理论的局限性和粗放性。^⑧

^⑧ 关于社会契约论的正义性的评论，可以参见 [德] 奥特弗理德·赫费：《政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础》，庞学铨、李张林译，384~395页，上海，上海译文出版社，1998。

合意论吸收了契约论的合理因素，那就是通过设定契约论的理论模式而把法律和人民的公共意志联系起来，把法律的合法性立基于人们对法律的同意的基础上。合意论也可以被看作是一种意志论，但是它是一种双向互动的意志论，而不是像法的阶级意志论那样是一种单向控制型的意志论。它所追求的是多种意志之间互动基础上的共容和相互的借鉴和吸纳。这种合意论并不完全排斥人们之间的斗争和竞争，而是希望在一个合作的框架下把人们之间的矛盾纳入法律的视野中。合意论的核心属性或者要求就是公共协商性、主体自主性、自愿合作性、程序中心性、价值多元性等。

合意理论真正希望培养的是人们基于公共理性的合作和妥协精神，是对程序的尊重和关于程序的合意，是一种对社会中最低限度共识的自觉尊重和自觉奉行。合意论主要立足于方法论意义上的契约论逻辑，其所突出强调的是作为立约人的普遍的人民积极自觉自愿互动基础上的共同意志的自由生成程序和过程，展示了一种多向的自由交往关系的理想形式。因而这种合意论也吸收了商谈对话理论的积极因素，并致力于达到这两种理论模式的整合。它反对法律生成中的独断论和单向的权力意志论。在权力意志的单向控制中不可能建立宪政的基础，也不可能建立和谐社会的法律基础。为了在人与人之间更好地沟通和在沟通基础上建立合意，必须重视自由商谈的重要性。商谈理论重视的是每个个体的主体性、个体之间自由商谈的自体论价值，同时也重视个体自由发表自己的主张并与其他自由个体进行自由而充分的论辩，同时在他们所主张的利益要求之间进行讨价还价，并逐步达到妥协。^[8] (P. 185~205, P. 685) 应当通过相应的公正健全程序在尽可能的限度内消解权力的强制，使立法和法的实施过程在最大程度上呈现为一个自由争辩过程，呈现为自由高于强权的过程。

(三) 社会合意论有助于克服对政府权力的迷信

法的理念的逻辑支点的转换在体制上的一个重要方面就是法与国家权力之间关系的重新定位。法律与国家权力的关系直接关系到对法的本质和职能的理解。国家权力是社会秩序的一个重要方面，国家权力的制度定位关涉到法治中的一系列基本问题。现代法治尽管以约束国家权力为己任，但从法治的成长过程看，它又是国家权力的强化和统一同构物。法治与国家权力在一定意义上是相互支撑的。^[9] (P. 132) 法治和国家的这种联系不能被作为一味强化国家权力的理由，也不能成为国家权力可以超越法律约束的理由。国家作为一种公共权力，从其产生时起就确实有一种阶级的偏私性。但这个马克思主义的基本观点经常被误读，似乎国家仅仅是为了阶级压迫而存在，似乎国家仅仅是某些人谋取特权的工具。在专政至上性的思维中，由于把国家政权归结为被某个阶级所垄断的暴力体系，国家的偏私性被进一步强化了，而国家的公共性被忽略了。国家的公共性和偏私性应当以何种形式统一起来呢？马克思主义的经典作家当年在强调国家的对抗性和阶级性的成分时，其用意是很明显的，就是力图揭示被那些启蒙思想家的言论所掩盖着的社会的阶级矛盾的对抗性。过去我们着力于揭示这种公共权力背后的阶级偏私性，从而把国家权力归结为一种阶级权力，从阶级权力的偏私性中找到推翻这种权力的理由。但是过度强调这一点的结果就是忽略了现代国家在提供公共服务或者社会公共职能方面的责任。今天，我们强调国家的公共性并不是要

掩饰社会中存在的种种矛盾，而恰恰是要让各种矛盾和利益诉求都展示出来，并在法律的框架内来论证其合理性。应当看到的是，不加辨别地美化人民意志的做法有可能导致掩饰社会矛盾和社会冲突。实际上，当代中国法的理论的苍白不在于淡化还是强调国家和法的阶级性，而在于无论淡化还是强调法和国家的阶级性的论述都没有真正正视当代中国已经初显端倪或者正在加剧的各种社会冲突和矛盾。

强调国家和法的公共性也并没有掩饰或者抹杀人民对国家和法的主权，而只是试图褪去人民背后的那种被过度渲染的阶级政治色彩，恢复人民主权理论中人民的原初意义而已。淡化国家的政治阶级色彩，不是要掩饰国家权力的人民性和社会中的内在矛盾性，而恰好有利于真正把各种矛盾暴露出来，使那些多元化的利益诉求都表达出来，都接受其他话语的质疑和诘问，都要在和其他诉求的对话中修正自己的诉求，并致力于让其他的群体能够容纳自己的主张、兴趣和要求，并且通过宪政和法治的制度安排缓解矛盾的对抗性。显然这是一种在政治的公共生活中化解暴力、抑制暴力的努力。

四、法的理念转换的核心点是重构法的正义观

许多社会矛盾往往集中反映在人们关于法律价值观的争议上，而这些争论也折射出社会的内在矛盾的发展变化。透过法的价值争论可以比较直接地把握社会对法律的需求和期待。通过法律而对社会和谐的追求针对的正是现实法律对社会矛盾和冲突的无力感以及人们对此的不满。严重的社会分配不公、官民矛盾等是提出和谐社会理念的背景。中国社会所出现的严重社会不公正已经威胁到社会的基本秩序和基本价值的合法性。如何致力于建构一个公平正义的法律制度，控制社会矛盾的对抗性是法律的使命所在。法律理念的更新也必须认真对待正义问题。实际上，法律价值观的改造是法律理念重构的核心内容。

（一）超越单纯的阶级中心主义正义观

阶级的法律正义观似乎很强调人民利益和意志的正当性。但是在阶级正义中，人民的真正利益往往被掩饰了，甚至在人民正义的名义下损害人民的真正利益。有一个奇怪的逻辑，有些坚持所谓阶级斗争论的人，对现实中存在的重大社会不公问题视而不见，或者轻描淡写，一笔带过，反而通过所谓人民是社会的主人、法律是人民意志的体现等等政治上正确的说法，把某些真正的矛盾掩饰了，把真正的问题淡化了。当然我们可以并不怀疑这些人道德上的真诚，将法律定位为人民的意志也是为了使法律真正成为人民的，但是一个吊诡在于，这样的真诚的或者善良的努力恰恰可能就因为掩饰了必须正视的矛盾而对人民造成愚弄和损害。法的这种阶级正义观容易最终蜕变为简单的暴力正义观。法律的正义必须被依附于这种暴力正义，甚至用来强化这种正义。其结果就是法律超越暴力的潜力被压抑了，法律作为社会权利维护者的角色被压制了，法律作为权力的制约工具的功能被销蚀了。

当代社会的不公正包含着阶层之间因为财富分配的不公正而产生的问题。不能无视这种严重社会不公正所可能带来的对抗。似乎存在一个两难问题：即现在的阶层差