

法治：
自由与秩序的动态平衡
Rule of Law—the Dynamic Equilibrium between Freedom and Order

陈福胜 著



卷之四 雜著

一、論詩

二、論詞

三、論曲

四、論書

五、論畫

六、論琴

七、論棋

八、論酒

九、論茶

十、論香

十一、論花

十二、論鳥

十三、論獸

十四、論蟲

十五、論魚

十六、論石




法治：自由与秩序的动态平衡

Rule of Law—the Dynamic Equilibrium between Freedom and Order

陈福胜 著




法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治:自由与秩序的动态平衡/陈福胜著. —北京:
法律出版社,2006. 11
ISBN 7-5036-6724-9

I. 法... II. 陈... III. 社会主义法制—研究—
中国 IV. D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第126428号

©法律出版社·中国

责任编辑/王 坚

装帧设计/张 晨

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/7.375 字数/194千

版本/2006年11月第1版

印次/2006年11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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6724-9/D·6441

定价:24.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



作者简介：

陈福胜 1970年1月生，山东寿光人。1994年、1998年、2004年毕业于黑龙江大学，先后获哲学学士、法学硕士、哲学博士学位，2005年进入中国社会科学院法学研究所博士后流动站。现任哈尔滨工程大学人文社会科学学院副教授、经济法学专业硕士生导师、黑龙江省政法管理干部学院经济法教研部主任、中国法学会法理学研究会理事、黑龙江省WTO研究促进会专家委员会专家。主要从事法学理论、法社会学、现代企业法律制度等方面的研究，发表学术论文数十篇。

内容简介：

本书从伦理学、认识论、生存论三个视域探讨了法治的人性基础。认为伦理学视域中人性的善与恶、认识论视域中人的理性和经验性、生存论视域中人的个体性和社会性都与法治具有内在的关联。但从根本而言，法治三个视域的人性基础可以聚焦为生存论意义上的人的个体性和社会性，人性的善与恶、人的理性和经验性都是在人的个体性与社会性对立统一关系中生成的。人的个体性彰显为自由，人的社会性呈现为秩序，法治的实质就是自由与秩序的动态平衡。

目 录

导言 /1

第1章 法哲学的前提预设 /6

1.1 法和法律基本问题的诠释 /7

1.1.1 法和法律的概念 /8

1.1.2 法和法律的分类 /19

1.2 法治:一种生活方式 /29

1.2.1 西方社会的法治渊源 /30

1.2.2 现代法治内涵 /33

1.3 法治人性基础的三个视域 /43

1.3.1 人性善恶——人性问题的伦理学视域 /44

1.3.2 理性人与经验人——人性问题的认识论视域 /47

1.3.3 个体性与社会性——人性问题的生存论视域 /52

1.3.4 法治的人性根源 /55

1.4 小结 /58

2 法治:自由与秩序的动态平衡

第2章 法治的自由价值 /62

2.1 自由的认识 /63

2.1.1 两种自由观 /65

2.1.2 生存论自由 /80

2.2 自由是法治的核心价值 /89

2.2.1 法律是自由的对象化 /90

2.2.2 法治的核心价值是自由 /95

2.2.3 法治是自由的保障 /97

2.2.4 法治确定自由的边界 /100

2.3 小结 /108

第3章 法治的秩序价值 /110

3.1 秩序 /110

3.1.1 对规则的认识 /111

3.1.2 秩序的界定 /115

3.1.3 秩序对人类的价值 /126

3.2 秩序是法治的基础价值 /129

3.2.1 法治的秩序观 /130

3.2.2 法律对秩序的作用 /136

3.2.3 法治的基础价值是秩序 /137

3.2.4 法治秩序价值的实现 /140

3.3 小结 /150

第4章 中国法治的实现:自由与秩序的动态平衡 /152

4.1 法治中自由与秩序的内在张力 /153

4.1.1 自由与秩序价值的统一 /153

4.1.2 自由与秩序价值的对立 /155

- 4.1.3 自由与秩序对立统一的人性根源 /158
- 4.2 中西法律文化差异探源 /161
 - 4.2.1 法律文化:法治的支撑 /162
 - 4.2.2 中西法律文化差异的外显 164
 - 4.2.3 中国与西方法律文化差异的根源探寻 /167
 - 4.2.4 法治塑造人本身 /174
- 4.3 中国法治建设:自由与秩序动态平衡 /177
 - 4.3.1 现代法治——文化冲突的理性选择 /178
 - 4.3.2 转型时期自由与秩序的冲突 /184
 - 4.3.3 有我的法治——自由与秩序的动态平衡 /192
- 4.4 小结 /207

结论 /211

主要参考书目 /220

后记 /228

导 言

1. 问题的提出

法治在当代早已成为一种全球性话语,西方法治既有精神观念的支撑,也有制度构建的实际运行。新中国自改革开放以来,才真正开始重视法治建设,特别是1999年宪法修正案关于“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”的规定,使得多年来对法治建设的理论研究和呼吁终于在国家根本大法中有了明确的体现与回应。于是,为什么要建设社会主义法治国家?特别是如何建设社会主义法治国家?社会主义法治国家的建设与中国传统文化有何关联等,诸如此类的问题成为了社会科学研究的重点和热点。学者们从不同视角、不同层面进行了探讨和研究,取得了诸多成果。伴随着中国社会主义市场经济的发展,中国的法律体系建设的确有了显著成果,特别是近十年来,中

国的立法突飞猛进,基本上达到了“有法可依”的要求,但是,在社会实际生活中,“有法不依”、“执法不严”、“违法不究”的现象却比较严重,制定的法律在现实社会中没能取得应有的实际效果。造成这种状况的原因究竟是什么?笔者认为这不只是法律制度本身的问题,更主要是与中国的文化传统相关。从根本上说,是中国由农业文明向工业文明文化模式转型导致的,我们应该跳出法学的局限来研究中国法治建设遇到的难题,应该从更深层的原因和更广阔的视域来研究人类对规则的需求和违反的悖论,于是本书尝试通过人性预设,从法哲学的维度、文化的视野来探讨人类自由与秩序本性的对立统一问题,认为正是人类自由与秩序本性的对立统一关系和外化程度,决定了法治运行的状态。

2. 几个概念的关系

本书涉及了法、法律、社会规则、法哲学、法治、人治等一系列相关的名词,现将这些概念之间的关系予以简要说明。

笔者认为法和法律是有区别的,法指的是事物的本质规定性,在自然界中,相当于自然规律。在人类社会中,它是指人们在长期交往中与环境相调适而孕育出的阐明的或未阐明的规则。无论人们是否认识到,它都起着支配人们行为的作用。由于不同群体发展的历史、生存的环境、具体的行为模式、传统的文化等多方面因素的差异,因此,与自然规律不同,人类社会并不具有恒定的、一致的法。法在社会中可以表现为习俗、惯例、道德、法律等多种社会规则形态。习俗、惯例、道德、法律等调整人类行为的规范都属于社会规则,可以笼统地将特定社会“法”的表现形式统称为社会规则。法律是有国家以来表现法的主要社会规则形式,特指国家通过立法程序确立的具有国家强制力的普遍适用的社会规则。法律是对法的反映,但确立为一般规则的法律并非现实生活中法的真实写照,它可能异化法,也可能升华法。马克思将法和法律

进行了区别,他认为法是事物所固有的理性规律,而法律只是这种理性规律的表现形式。他指出:“事物的法的本质不应该去迁就法律,恰恰相反,法律倒应该去适应事物的法的本质。”^①法哲学是从法的角度对人的现实存在的哲学理解和对人的理想性存在的终极关怀。在具体研究中,本书将社会规则作为法哲学的研究对象,因为社会规则是特定社会人类互动行为中所蕴含的法的外化形式。法哲学在社会规则理论体系中居于最高层次,它是对法的合法性的一种合理性拷问,是对社会规则的一种批判性反思。

法治与人治,作为两种不同的生活方式,只是相对而言的,主要从“权大于法”还是“法大于权”的角度来进行区分的。法治是一种“法大于权”的可预期的生活方式,而人治是一种“权大于法”的常常是不可预期的生活方式。实际上,如果将法治理解为遵循社会规则的一种生活方式,那么,任何社会都共存着人治和法治两种治理方式,只不过程度不同而已。因此,当我们从广义上谈法治时,指的是任何社会都具有的人们遵循规则的生活方式;当我们把法治与人治对立,从狭义角度来理解法治时,特指“法大于权”的现代法治模式,指人们在社会生活中遵循规则的生活方式占主导地位的情形。

3. 本书研究的前提和视角

笔者在研究过程中预设了一个前提:法治的人性基础是人的个体性与社会性,表现为人类的自由与秩序本性;运用了一个视角:文化。

一般说来,各种关于人的理论学说无不以一定的人性假设为根据和支撑点,并以此推导和构建它的理论系统。“一切科学总是或多或少地和人性有些联系,任何科学不论似乎与人性离得多么远,它们总是会通

^① 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第139页。

过这样或那样的途径回到人性。”^①现实的人性是人的各种本质属性交互规定的表现,对人性问题的探讨是异常复杂和艰难的。本书只是从伦理学、认识论和生存论三个视域来探究和分析人性与法治的内在关联。人性善与恶是人性问题的伦理学视域,理性人与经验人是人性问题的认识论视域,个体性与社会性是人性问题的生存论视域。本书认为在法治人性基础的伦理学、认识论、生存论三个视域内,法治与人性都具有内在的关联。人性亦善亦恶使法治具有必要性,理性人与经验人的统一使法治的生成具有可能性,个体性与社会性的统一亦即总体人的生成,即使法治的生成现实化,同时也决定其是一个实践的过程,同时认为法治三个视域的人性基础可以聚焦为生存论意义上的人的个体性和社会性。也就是说,人性的善与恶、人的理性和经验性都是在人的个体性与社会性的对立统一中生成的。

自由与秩序是人类探讨的永恒主题,这或许从一定意义上表明了自由与秩序可能是人类本性所固有的需求,本书无意系统探讨自由与秩序的问题,只是预设了自由和秩序是人类的本性需求,其中,自由是人的个体本性的展示,秩序是人的社会本性的外化。本书论证了法治的核心价值是自由,法治的最基础价值是秩序,探讨了自由与秩序对立统一的外显便是社会规则的实际运行状态。

人创造了文化,文化也塑造了人。从本质特征上讲,文化是历史地凝结成的稳定的生存方式,文化所具有的普遍性和深层次性决定了它对人的各种活动乃至社会运动的深层次的制约作用,文化是人类的“社会遗传密码”,有维持社会历史连续性和发展的作用,对于个体的存在往往具有先在的给定性或强制性。本书运用了文化的视角来探讨法治中自由与秩序的关系问题。到目前为止,人类社会两种主要的文化模式是农业文明和工业文明。在农业文明的自然经济中,封闭的熟人社会使个体未能从群体中充分分化,自然的伦理纲常、社会习俗调整了乡

^① [英]休谟:《人性论》(上篇),关文运译,商务印书馆1991年版,第6页。

土社会的秩序,法律在国家中只是维护君王至高无上地位的工具,人治的管理模式占据主导地位;在工业文明的市场经济中,开放的市场使个体从群体中充分分化出来。统一、开放、流动的市场使人的交往一次性、或然性的因素增加,在陌生的社会中,需要统一的一般性的法律来调整,于是需要法治的管理模式占主导地位。计划经济只是人类社会由农业文明向工业文明转型中的一个插曲,它夸大了人类理性的作用,是对市场经济盲目性的矫枉过正,统一的指令性计划应以对社会所有信息的全面了解和科学决策为前提,而在现实社会中这个前提难以达到,因此,计划经济体制下的治理模式是“人治”。中国正处于从自然经济、计划经济向市场经济的转轨时期,伴随着的是由人治向法治转型,这是一个艰难的长期的过程。在转型期,由于支撑法治的法律文化尚未形成,导致了目前“书本上的法律”在社会现实中难以取得应有有效的状况。中国建设社会主义法治国家需要新型的法治文化的支撑,新型的法治文化与现代人的生成及中国的法治建设是互动共生的关系。

4. 本书的基本逻辑结构

本书共分四章,第一章通过探讨法、法律的关系和分类,西方法治的历史沿革等内容,从法哲学维度表明了法治是一种生活方式,并从伦理学、认识论、生存论三个视域分析了法治的人性基础,得出了人的善与恶、理性与经验性、个体性与社会性都是法治的人性基础的结论;第二章通过对自由的界定、人是自由存在物的阐述,得出了自由是法治核心价值的结论;第三章通过对秩序的界定、秩序是人类本质属性、秩序对人类价值的分析,提出了秩序是法治最基础价值的观点;第四章通过对法治悖论的研究、市场经济中自由、秩序与法治关系的探求和中西法律文化差异的探源等内容的阐述,最终形成了建设中国社会主义法治国家是寻求自由与秩序动态平衡的结论。

第1章 法哲学的前提预设

在社会规则的理论体系中,法哲学居于最高层次,法哲学作为社会规则的最高抽象形式的理论表达,是社会规则的元理论。法哲学以社会规则的价值为研究对象,要研究由于社会规则的存在和实践而出现的与社会规则制度相关的哲学问题。它所探寻的价值是社会规则存在的根据,是对合法性的一种合理性拷问,是对社会规则的一种批判性反思。

西方法哲学源远流长,发展得比较完善。从历史上来看,大体经历了如下发展脉络。古希腊和中世纪的法哲学是以理性为基础的,具有朴素理性主义的特征。自文艺复兴以来的近代西方法哲学以古典自然法哲学和德国古典法哲学为代表,基本上是具有形而上学和二元分裂特征的理性主义法哲学。至19世纪中期,由于科学和经济发展、政治需要等原因,以及法哲学自身发展的内在逻辑要求,西方法哲学发生了从形而上学的思辨理性主义、绝对主义和二元论向反形而上学的非理性主义、相对

主义和克服二元论的转型。古典自然法哲学和德国古典法哲学的衰落以及功利主义、实证主义、社会法学和实用主义等法哲学流派的崛起构成了社会规则的近现代转型的全过程,标志着西方法哲学进入了现代发展时期。西方现代法哲学否定了形而上学法哲学所追求的终极原则和最高价值;反对超验的思辨理性主义,关注法的经验事实基础;拒斥绝对主义,主张道德价值和正义的相对性;揭示了近代西方法哲学中自然秩序与实在秩序、自然法与实在法相分裂的形而上学二元论的起源和困境。现代西方法哲学试图将法律和法统一起来,于是既重视法律的实然、法律的实在秩序、法的经验事实基础,又不忽视法的应然、法的自然秩序、法的价值和理想基础,就成了现代西方法哲学的发展趋势。^① 中国传统文化缺乏超验的理性批判精神,法律文化不发达,法哲学没有形成一个明显的发展脉络。

法哲学是从社会规则的角度对人的现实存在的哲学理解和对人的理想性存在的终极关怀,是哲学与法学之间传递人文蕴涵的一座桥梁。法哲学的使命,就是在现实世界当中通过思想和观念,来探寻符合人性本质的“人的法的生存方式”的真善美统一,从社会规则的角度对人的生存状态、人的生存价值、人的生存目的进行哲学透视。而古今中外不同民族和国家对法、法律和法治的理解并不同,于是法、法律和法治的基本内容及其人性根基便成为法哲学研究的前提预设。

1.1 法和法律基本问题的诠释

不同的法学流派对法和法律的内涵有不同的认识与理解,在西方主流法学派中,自然法学派严格区分了法和法律,主张“恶法非法”;实

^① 莫伟民:“西方法哲学的近现代转型及其启示”,载《中国社会科学》2002年第1期。

证法学派将法和法律同一,主张“恶法亦法”;社会法学派注重研究经验性与实然性的活法,将法律进行多元理解。中国传统法律文化没有将法和法律区分开,将“法”与“律”指称同一事物,作为统治者治民的工具。马克思认为,法和法律是两个应该加以区别的概念。法是事物所固有的理性规律,而法律只是这种理性规律的表现形式,主张“恶法非法”。其实,从社会学的视野理解法、法律和社会规则的关系更有利于研究相关的社会问题。在现实社会中,往往按照法和法律不同的发端地域、适用的不同领域和产生的不同方式进行分类,以便更好地了解、应用法和法律。

1.1.1 法和法律的概念

“法和法律是什么”是法学理论中长久以来难以准确回答的问题,可以说是一个永恒的有争议的法哲学命题。各个不同的法学派从不同的视域对于法和法律的解释都具有某种程度的合理性,但是由于过分强调某一方面而遮蔽了其他的方面。

1.1.1.1 西方主流法学派的认知

法与法律的区别是西方法哲学的核心问题之一,从古希腊哲学家最先关注自然法与实在法的关系开始就始终缠绕着每一个法学家和法学流派。在西方法学的漫长发展历史中,始终存在着自然法学与实在法学两条演进线索。自然法与实在法的二元区分,实质上就是法和法律的区分。“中外法学思想史的演进表明:法不同于法律。法是事物的本质的规定性,法律应当是对法的不断的适应,是人类对事物本质的规定性的回应;法是法律价值的全部宗旨,舍此,法律便无价值;法律对法的回应程度越高,法律价值也越高。反之,则越低;人类的有组织的进化史,就是法律对法的不断适应史。”^①而法社会学提出的行动中的法的命题,进一步突破了理念的法与规范的法律的二元格局,从而形成三足鼎立的局面。如我国学者指出“西方法理学有不同的流派,就其主要趋

^① 谢晖:《法律信仰的理念与基础》,山东人民出版社1997年版,第481页。