



The Rule of Law, Order and Its Making

季卫东 / 著 法治秩序的建构 (增补版)



商務印書館
The Commercial Press

The Rule of Law, Order and Its Making

法治秩序的建构

(增补版)

季卫东 / 著



创立于1897

商务印书馆

The Commercial Press

图书在版编目(CIP)数据

法治秩序的建构(增补版)/季卫东著. —北京:商务印
书馆,2014

ISBN 978-7-100-09752-9

I. ①法… II. ①季… III. ①法治—文集
IV. ①D902-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 006346 号

所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

法治秩序的建构

(增补版)

季卫东 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京市松源印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-09752-9

2014年8月第1版

开本 880 × 1230 1/32

2014年8月北京第1次印刷 印张 16

定价: 42.00 元

前 言

《法治秩序的建构》收入了 1980 年代末以来我用中文发表的一些主要论文,其中关于制度创新和当代思潮的某些单篇在写作时曾经考虑到与其他部分的衔接性,但就整体而言却并没有预先的统筹安排。不过,有个共同的主题贯穿这本集子以及理论、制度、实践等不同的层面,即社会变革与法治秩序的建构。在探讨社会变革时,我特别强调的是机制(根据具体情形进行选择和调整的弹性结构)而不是权力或者具体的技术,在探讨法治秩序时,我始终注意的是体制的深层条件和功能等价项而不是表面的规范形式,因此,从方法论的角度来看各篇文章,也还是有共性、有特色的。

本书所收文章的内容先后发表在各种期刊和丛书中,包括《中国社会科学》、《比较法研究》、《中外法学》、《社会学研究》、《战略与管理》、《当代法学名著译丛》、《二十一世纪》、《论丛·中国近现代经济伦理的变迁》、《民商法杂志》,等等。我借此机会向主持以上各种出版物的编辑以及朋友表示由衷的感谢。在许多情形下,用中文著述是被热心的主编、同道甚至读者敦促出来的。没有他们的支持、鼓励乃至鞭策,就没有那些单篇论文的问世,也谈不上汇集成册的可能性。

顺便说明一下,在本书付梓之际,对于成篇较早的论文(特别是关于法律试行制度的内容)进行了局部的改写、修正和润饰,增订了若干注释。另外,考虑到著作结构上的整合性以及当前读者的兴趣,有些论稿虽然与本书的主旨并非没有关联,也曾或多或少产生过一定影响,但

还是没有把它们收到文集里来。

毋庸讳言,这本文集的立场确实可以称之为现代法治主义。但不是在提倡全盘西化式的主张,恰恰相反,作者一贯认为应该修正决定论和单线进化论的思维模式,并且在对现代法和“后现代”学说进行批判性的分析研究的基础上,始终致力于探索出一条适合中国实情的法治途径,它既要进行制度和学说的移植,也要促进内在的演化和自我塑造。

我的研究生活的起点,可以追溯到1981年5月在北京大学法律系的学术讨论会上发表的关于法的概念和本质的论文。这篇论文批判了当时支配着中国法学界的维辛斯基理论当中的关于统治阶级的意志表现为法律的基本定义以及庸俗化法律实证主义的主张,提出了从阶级斗争竞技场上的合力作用以及公共选择过程中的合意形成的视角来认识法律现象的新观点。大约与此同时,我开始对法与社会的互动关系发生兴趣,并试图从法社会学中探寻打破教条主义僵局的突破口。起初关注的是与阶级意志相对立的客观规律以及法与科学技术的关系,为此我在1982年提出了关于法制客观化、中立化的3个层次(自在、自觉、自律)的理论模式,特别强调在法律秩序形成过程中非意识形态化的技术性因素具有重要的意义,但同时也指出法律过程中难免有随机性,需要超越决定论的立场来把握实际中的制度运作,并提到在目前的“后现代法学”中也举足轻重的媒介范畴、法律(主观)与规律(客观)之间寻找均衡点的试错机制以及作为无序状态和法律秩序之间的位相转移契机的临界现象。

回顾旧作是一件令自己汗颜的事情。然而,如果不明确何处是起跑线,那么其后的心路历程以及现阶段所到达的学术境地乃至结论的内涵就难以准确地划定。在某种意义上可以说,迄今为止我的理论性研究其实只不过是对早在1981年和1982年就萌发了的问题意识的进一步展开、探讨以及论证而已。这么说并不意味着当时的主张有多少

真知灼见,我仅仅想强调:十几年的学术盘陀路证实了自己的初期设问虽然艰难了一些,却毕竟是有探讨价值的,对于研究来说,正确地提出问题也非常重要。但是,不言而喻,我们的目的则是要解决问题。而在解决问题方面,以现在的眼界来审视当时的作者,的确拙得可以。幸亏我在亟须充电的时候获得了留学的机会。

从1984年10月赴日本京都大学留学到1987年8月参加法哲学和社会哲学国际学会第13届世界大会为止的这段期间,我的研究兴趣主要集中在法与社会发展、关于实践理性的各种法理学著述、关于法治系统中的个人价值处理的法社会学模式、现象学以及相关的分析框架、多元体制下的沟通行为以及与现实问题的解决有关的法政策学文献等方面。1987年秋天以后,在理论层面,我开始把文化多元主义、“后现代”法学的观点与中国社会秩序原理解释结合起来,其成果是关于法的反思机制、媒介机制、继受机制、变迁机制的实证分析,既包括对历史经验的解释,也包括对当前动态的讨论,先后在日本以及欧美的学术杂志和研讨会上发表;在制度和实践层面,我开始酝酿重新认识法律程序的思路,试图为权力结构的改造以及政府合法性·正统性问题的处理提供几个具有可操作性的理论支点。1991年至1992年,我在美国斯坦福大学法学院作访问学者,利用春假完成了关于程序性正义的长篇论文,并开始对法社会史的研究以及中国法深层结构的复杂性问题发生非常浓厚的兴趣。

叙述本人的研究简历和《法治秩序的建构》写作背景的一个纵断面,只是希望有助于读者理解相关论文的内容本质。在结构上,本书把所收的论文分为三编。第一编试图阐明在建构法治秩序、实现制度创新方面的几个最关键的问题:规范信仰、民主、公平而合理的程序、解释技术、立法的认知能力、法律家群体的地位和作用、职业伦理。这里的诸文构成本书的主干,其实每一篇都可以而且应该扩展成一本专著。不过,我认为在现阶段以高度浓缩的、提纲挈领的形式来显示民主主义

法治国家的基本制度框架或者理论构图还是有价值的。第二编收入的是围绕“中国往何处去”这样的实践性问题进行思想交锋和学术商榷的几篇文章。本来计划补写一篇谈论“后现代”法学的是与非的文章，在正面论述自己的观点的同时，对一些论难之辞进行反驳，由于时间所限，未能遂愿。好在有几篇论稿的内容已经涉及到有关异议，相信明智的读者自会作出妥当判断。第三编汇集了对当代法学关注的焦点问题以及研究的前沿动态进行介绍、分析和评价的系列文章，意在为新的时代条件下的法治提供思想资源。

我感谢母校北京大学的自由学风和醇厚的学术传统对我的陶冶。在本科阶段，法律学系的赵震江教授、沈宗灵教授、张宏生教授（已故）、刘升平教授对我的研究取向和选题有十分深切的了解和支持。本来预定派我到美国留学，研读当代法学理论。由于国际关系上的某些因素的影响，我的留学对象国后来不得不一再改变，先根据选修第二外语的状况一变为德意志，又根据留学生人数的分布二变为法兰西，最后根据专业选题再定到“一衣带水”的东邻日本，于是匆匆忙忙找来“假名 50 音图”，接着去大连上了半年日语速成班……是所谓好事多磨也。然而，我现在为自己能在京都大学研究生院留学而感到庆幸，日本在法制现代化方面的经验以及浩瀚的专业资料和研究成果使我获益匪浅。在课题的选择和发展等方面，我得到了棚濑孝雄教授、田中成明教授、北川善太郎教授、谷口安平教授、奥田昌道教授、龙田节教授、道田信一郎教授（已故）、千叶正士教授、六本佳平教授等许多著名学者的亲切指导和鼓励。在博士课程结束的同时，我受聘到神户大学法学院任副教授。那里有幽静的校园、丰富的藏书以及许多非常出色的法律家同事使人获得安身立命之地，尤其可贵的是宫泽节生教授、根岸哲教授、森下敏男教授、芹田健一郎教授、栃村志郎教授、栋居快行教授、山田诚一教授等的友谊和关心。在国内法学界的众多的师友当中，我要特别对罗豪才教授、王家福教授、江平教授、陈光中教授、郭道晖教授、梁慧星教授

的多方帮助致以深深的谢意。在其他国家的有关学者中,我想对美国的弗里德曼(Lawrence M. Friedman)教授、安守廉(William Alford)教授、意大利的费拉瑞(Vincenzo Ferrari)教授、荷兰的布兰肯勃格(Erhard Blankenburg)教授为我提供的建议、启发和奖掖表示感激。

对于本书收入的一些论文,许多朋友都先后给予了热情的鼓励、珍贵的批评以及不同方面的具体帮助。我在此特向香港中文大学中国文化研究所的金观涛先生、刘青峰女士、《中国社会科学季刊》主编邓正来先生、麻省理工学院政治系崔之元先生、芝加哥大学政治系甘阳先生、耶鲁大学法学院齐海滨先生、斯坦福大学东方语言文学系王友琴女士、吉林大学法学院的张文显先生、郑成良先生、中国艺术研究院的梁治平先生、北京大学法律学系朱苏力先生、贺卫方先生、中国经济研究中心周其仁先生、中国社会科学院法学研究所夏勇先生、张志铭先生、清华大学法律学系高鸿钧先生、中国政法大学法制史研究所刘广安先生表示感谢。在复印资料以及校正等技术性工作方面,神户大学法学院的助手以及国内的一些研究生也为我提供了十分有益的协作,恕我未能够一一致意。

还要感谢我妻骆美化女士的长期支持和理解。她在竭力抚养和教育孩子的同时,曾为我承担过一部分打字和收集资料的工作。作为第一读者,她从律师工作中积累起来的经验和直觉在某种程度上也有益于我尽量缩短理论与实践之间的距离。

最后,请允许我把这本论文集作为菲薄的礼物敬献给自己的父亲季荣贵公和母亲石志明老太太,以报答他们的养育之恩和无微不至的慈爱。

1998年12月6日

季卫东于日本神户六甲山麓

目 录

第一编 制度创新的关键

法律程序的意义

- 对中国法制建设的另一种思考 3
- 一、序言:作为制度化基石的程序 3
- 二、现代程序的概念与特征 11
- 三、现代程序的结构与功能 21
- 四、程序与现代社会 38
- 五、中国法律程序的缺陷 53
- 六、结语:程序建设的程序 70

法律解释的真谛

- 探索实用法学的第三道路 84
- 一、两种法律解释观 86
- 二、关于议论的法理学理论 100
- 三、怎样解释中国的法律解释? 115
- 四、结束语:分析判决理由 136

法律编纂的试行

- 在事实与规范之间的反思机制 139
- 一、法律试行的概念和类型 144
- 二、法律试行的实践和问题 158

2 目 录

三、法律的反思化与试行的理性表露	173
四、结束语:试行与思考实验的结合	186
法律职业的定位	
——日本改造权力结构的实践	188
一、现代国家中的职业法律家群体	189
二、科举信仰与法律家的地位	196
三、法律教育和学识的价值	206
四、管理体制改革的起点——司法权合理化	213
现代市场经济与律师的职业伦理	
——法律人文主义话语的比较分析	224
一、经济伦理、法治以及律师的职业信念	224
二、法务市场中的二律背反	231
三、中国律师事务所国营化的逻辑	236
四、共同体自律与伦理的话语空间	239
五、结束语:多样性的伦理观与合法性的正义	244
第二编 实践与争鸣	
第二次思想解放还是乌托邦?	249
一、批判的基础与基础的批判	249
二、中国人是崇拜制度还是轻视制度?	252
三、在制度创新的背后	255
四、以日为鉴看中国	257
亦论制度的创新、移植以及自组织性	260
一、与“新左派”之争的实质问题	260
二、自组织性与思想方法	262
三、自发创新的代价与后发者利益	265

四、关系社会中的法制建设	268
批判者的千虑与一失	272
一、关于中国市民社会论的问题的商榷	272
二、最重要的是自由权利的法制保障	277
哈耶克的法治悖论:有机体与自由	
——兼与邓正来教授商榷对自生秩序观的学术评价	280
施米特宪法学说的睿智与偏见	292
一、也许是“政治成熟的”,但绝非自由主义的同路人	292
二、魏玛宪法文本的最佳反面教师	294
三、人民决断的神话:整体同质性和意志表达	296
四、从“最大限度的代表”到“没有人民的国家”	299
五、多元化、分权以及法律程序的意义	301
六、直面制度性妥协的真决断	303
为法理大辩论提供两个分析框架	307
全球金融危机与中国法治的顶层设计	313
一、推行法治的两难与范式创新	313
二、从“零判决”到“无责任”的陷阱	315
三、司法民主化诱发“众愚政治”	318
四、法治的基本维度:应然和调整	320
五、从调整的视角重新认识审判权	322
六、立法应然与司法调整以及作为媒介的律师	324
七、金融危机下的民主航海图与法治之锚	326
中国司法改革的现状与目标	330
一、现行司法体制的特征和问题	330
二、地方党政机关干涉经济案件审判的若干实例	335
三、政治制约与司法审查以及律师的作用	337

4 目 录

四、最近十五年来司法改革路线的宏观分析	339
五、责任与程序的结合:案件流程管理制度	342
六、排除法官裁量权的尝试:电脑量刑	344
七、监督法官裁量权的尝试:舆论审判	348
八、怎样走出限制裁量权的中国怪圈?	350
以“三审制”落实法治	360
一、两步骤重塑权威	361
二、“三审制”落实法治	364
三、“预算议会”化	365
四、“问责审计”模式	366
五、“司法审查”激活宪法	368
六、地方“法治竞争”红利	371

第三编 法学前沿的景观

社会变革的法律模式	379
一、伯克利学派	379
二、法律的三类型论	381
三、改革的纲领与实践	384
法律秩序的传统与创新	388
一、法意识及其制度性条件	389
二、现代法的意识形态性	392
三、在意识形态与科学真理之间	395
现代法治国的条件	398
一、传统中国为什么没有走上法治之路?	399
二、法与社会的深层结构及研究方法论	402
三、法与社会变革中的批判与建设	405

法的根源与效果	409
一、法的文化多元主义的先声	409
二、法的结构与法行为	411
三、法与社会的镜像中折射的学术谱系	414
“应然”与“实然”的制度性结合	416
一、法律系统:实践性推论的制度化	417
二、制度正当性的条件	419
三、法律决定从“一言堂”转向“群言堂”	421
追求效率的法理	424
一、“经济学帝国主义”的倾向	425
二、经济分析与实践推论	428
三、对于法律解释的认识	430
法律变化的定量分析和预测	434
一、法的科学与法的技术——方法论之争	434
二、法的运作机制的理论结构	438
三、怎样理解法律预测中的客观性问题	442
私法秩序与经济的发展	445
一、财产权观念的演变	446
二、现代契约法的基础	449
三、法律家在经济中的作用	451
关系契约论的启示	455
一、契约法的程序化	456
二、关系网与关系法学的关系	459
三、市场组织和关系中的交易成本	462
当事人在法院内外的地位和作用	465
一、从制度分析转向过程分析	466

二、合意与不合意之间的纠纷处理	468
三、个人在法律实施中的能动作用	471
面向 21 世纪的法与社会	
——参加法社会学国际协会第三十一届学术大会	
之后的思考	475
一、法制现代化与后现代主义	477
二、科学、规范以及故事	483
三、国际摩擦的法文化的背景	489
后记	495

第一编 制度创新的关键

法律程序的意义

——对中国法制建设的另一种思考

夫听讼者，或从其情，或从其辞。辞不可从，必断以情。其大法也三焉，治必以宽，宽之之术归于察，察之之术归于义。

——《孔丛子·刑论》

权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实决不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。

——威廉·道格拉斯^①

一、序言：作为制度化基石的程序

英国，1687年，牛顿发现万有引力法则，其结果导致了以力学为基础的产业革命。两年后，议会颁布《权利法案》和信教自由令，限制王权、规定王位继承程序、确立立法的至高无上性。与产业发展相配合的组织和制度也陆续完备起来，例如，英格兰银行成立于1694年，又过了四年，伦敦股票交易所创设。

而在中国，1687这一年，孟子庙落成于邹县，主张民贵君轻的“亚圣”被置于治道的守护神的地位。也是两年后，《大清会典》完成，重新

^① Justice William O. Douglas's Comment in *Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath*, see *United States Supreme Court Reports* (95 Law. Ed. Oct. 1950 Term), The Lawyers Cooperative Publishing Company, 1951, p. 858.