



交大法学

STU LAW REVIEW 主编 季卫东

第1卷 (2010)

【主题论文】 市民社会与法治国家

对谈：现代法治的精神 江平 季卫东

一位宪法学者的良法情怀

——蔡定剑先生访谈录 林彦 宾凯

市场经济社会中民法典与商业交易服务法的系统设计 北川善太郎

现代民法典的体系定位与建构规则

——为大陆的民法典工程进一言 苏永钦

地方自治是民主之本

——以中央集权的统治成本为视角 张千帆

公民社会的历史语义学

——基于卢曼社会系统论方法 宾凯

国家与家庭、个人

——城市中国的家庭制度(1940-1979) 陈映芳

市民社会的宪法 马克·图什内特

基本权利的保护与私法的作用 山本敬三



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

交大法学

第1卷(2010)

主 编 季卫东

执行主编 朱 芒

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书为《交大法学》第1卷,以“市民社会与法治国家”为主题,围绕这一主题收录一批国内外知名法学专家的文章,包括大陆、台湾地区著名法学家的访谈录。通过阅读这些文章,读者能对目前我国法学界乃至社会的热点问题有较全面的认识,从某些深刻的论述中体会法学智慧的闪烁。

本书适合法学界、社会学界人士阅读。

图书在版编目(CIP)数据

交大法学. 2010 年. 第 1 卷/季卫东主编. —上海:上海
交通大学出版社, 2011
ISBN 978-7-313-06956-6

I. ①交… II. ①季… III. ①法学—文集
IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 225308 号

交大法学

第 1 卷(2010)

季卫东 主编

上海交通大学 出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

上海颀辉印刷厂印刷 全国新华书店经销

开本: 787mm×1092mm 1/16 印张: 17.5 字数: 348 千字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-313-06956-6/D 定价: 38.00 元

版权所有 侵权必究

卷首语

交大法学·第1卷(2010)

在中国社会变迁的曲折进程中,在东西方文明对话的开放语境里,2010 注定是个标志性年份。无论是具有中国特色的社会主义法律体系的树立,还是审判机构的改革,都在这段期间里呈现出新的状态。法学研究也不例外,以全球化和社会风险的增大为背景,正探索着理论范式的切换。在这个意义上而言,《交大法学》在上海世博会开办之际出版,旨在思想与制度的创新,可谓适得其所、适逢其时。

回顾现代法学教育和研究的历史,20 世纪曾经有过“北朝阳,南东吴”的一段佳话,也有过京派与海派的隐约区分。以中国这样巨大的规模和区域差异,出现两个甚至若干个风格迥异的学术重镇是不足为奇的,甚至还应该积极促成这样的格局,以有利于中国在百家争鸣中实现“文艺复兴”和软实力伸张。上海、“长三角”以及东南沿海地带,历来经济繁荣、人文荟萃、社会得开化风气之先,改革开放以来这里的新生事物更是层出不穷,很值得考察、归纳、提炼进而建构一整套具有普遍意义的命题群和理论体系。因此,站在制度比较分析的高度,在结合批判理性和建设性的基础上来诠释中国经验,探讨法律与社会发展的关系以及深层次的秩序原理将是本书的重要目标。

实践已经证明,法律推理和法律解释的研究不足是妨碍我国司法精密化、导致裁量权被放任的重要原因。本书有意倡导实证法律体系全面的、深入的研析,一方面把古罗马时代形成的学说汇纂体系的合理因素注入条文推敲和运用的作业之中,另一方面不断对日常社会生活中涌现出来的解决问题的创意和规范现象进行抽象化加工,使之升华为精致的学说和制度设计方案。当然还要特别注重严谨的深入的案例研究和判决评释。总之,我们主要会致力于一种市民实用法学的发展。在这条思路的延长线上,希望《交大法学》能够成为精品纷呈的“知识百货橱窗”、不同观点竞相展现说服力的“意见市场”。

《交大法学》创刊号之所以选择“市民社会与法治国家”作为主题,是以中国的市场化、产业化、城市化、多元化、民主化以及参与全球治理的大趋势为背景的,并非一时心血来潮。本书主题论文覆盖面非常广泛,观点和内容也各异其趣,但相互之间存在着密切的内在联系,可以大致归纳到制度创新的结构、功能以及含意这三

个不同的层面。

与民法学家江平教授的对谈以及对宪法学家蔡定剑教授的访谈的企画,主要以处理含意为目的,揭示了立足于市民社会的法治秩序的思想与实践之间的文化脉络。宾凯博士的论文则从语义的历史变迁的视角分析市民社会的本质涵意。与之形成对照的是著名法学家苏永钦教授和北川善太郎教授的力作,主要从私法的角度讨论如何形成合理的、公正的民间有序化机制以及相应的法律结构的问题,并且探索了民商事规范体系的设计方案。马克·塔施内特教授的研究从公法的角度考察了市民社会的宪法秩序,也就是立宪主义结构。另一方面,陈映芳教授、张千帆教授以及山本敬三教授的论文着眼于公法与私法的联系、交错以及中介,分别解剖了作为第三领域的家庭、地方自治体以及渗透到自治关系网络之中的国家权力在社会中的不同功能以及功能替代物。关于法学研究动向的介绍以及案例研究也涉及公法与私法结合部的不同表现形态,也都揭示了市民社会和法治国家之间互动的某些基本条件和特征。

中华文明一般以数百年为单位反复进行大开大阖的循环,每次变化都会对周边世界产生这样或者那样的影响。当国人对外部充满好奇心、社会结构具有开放性和包容性时,必定活力四射、精彩纷呈,总会创造出令人惊叹的辉煌业绩。我们很有幸,正站在这样时代再次来临的“入口处”。鉴于上述认识,本书秉持兼容并包的方针,拟采取全球越境组稿的方式,特意开拓一片供不同国籍、不同身份、不同学科的法律家自由进行交流的学术空间,构筑一个有助于互相理解、凝聚基本共识的思想论坛。与此同时,还要为青年才俊提供更大的用武之地。但愿这份新生的出版物也能与中国法学界的一大批新人同步成长!

《交大法学》主编:季卫东

2010 年秋

目 录

【主题论文】 市民社会与法治国家

- 对谈:现代法治的精神 江平、季卫东 (1)
- 一位宪法学者的良法情怀——蔡定剑先生访谈录 林彦 宾凯整理 (22)
- 市场经济社会中民法典与商业交易服务法的系统设计
..... 北川善太郎著 顾祝轩译 (30)
- 现代民法典的体系定位与建构规则
——为中國大陸的民法典工程进一言 苏永钦 (59)
- 地方自治是民主之本——以中央集权的统治成本为视角 张千帆 (94)
- 公民社会的历史语义学——基于卢曼社会系统论方法 宾凯 (129)
- 国家与家庭、个人——城市中国的家庭制度(1940—1979) 陈映芳 (145)
- 市民社会的宪法 马克·图什内特著 卢超译 (169)
- 基本权利的保护与私法的作用 山本敬三著 刘涛译 (197)

【研讨与观点】

- 美国土地征收中公共用途的司法判定
——财产权地位降格背景下的思考兼对我国的启示 林彦、姚佐莲 (211)
- 多元视角的当代中国法学研究——以国际法为主线 胡加祥 (222)

【裁判事例评析】

- 债权让与通知的效力
——最高人民法院(2004)民二终字第212号民事判决评释 其木提 (245)

- 当场行政处罚中的证明标准及法律适用
——“廖宗荣诉重庆市公安局交通管理局第二支队道路交通管理
行政处罚决定案”评析 宋华琳 (257)

Table of Contents

Articles: Civil Society and Rule of Law State

- The Spirit of Modern Rule of Law: A Dialogue
..... JIANG Ping JI Weidong (1)
- A Constitutional Law Scholar's Passion for A Better Legal System:
A Dialogue with Prof. CAI Dingjian (22)
- The Comprehensive Design of Civil Code and Commercial Exchange
Service Law in the Market Economy Society Zentaro Kitagawa (30)
- The Codification of China's Civil Law SU Yongqin (59)
- Local Autonomy Is the Key for Democracy: From the Perspective
of Governance Cost of Centralization ZHANG Qianfan (94)
- The Historical Semantics of Civil Society BIN Kai (129)
- Individuals, Family and the State: The Family System in Urban China
(1940 - 1979) CHEN Yingfang (145)
- The Constitution of Civil Society MARK TUSHNET (169)
- The Protection of Fundamental Rights and the Function of the
Judiciary Keizo Yamamoto (197)

Comments

- Defining Public Use in Eminent Domain Cases in the United States:
A Reflection of the Weakening Property Rights (211)
- Diversified Modern Legal Studies HU Jiaxiang (222)

Case Review

The Effect of the Notification of Transfer of Creditor's

Rights QI Muti (245)

The Standard of Proof and Law Application in the Adjudication of

On-the-spot Administrative Penalty SONG Hualin (257)



对谈：现代法治的精神

中国政法大学原校长、终身教授 江 平
上海交通大学凯原法学院院长、教授 季卫东

现代法治的本质在于防止国家权力侵害个人权利

主持人 “法治国家”、“市民社会”等概念不仅在中国，而且在全世界范围内也引起了广泛的讨论。以 2009 年开始中国提前介入全球治理的新时代为背景，从中国与世界对话的角度来看，结合具体的国家制度，还有超越国界的市民互动关系，究竟应该如何理解“法治”、“法治国家”这些概念？

江 平 我觉得我们现在所讲的法治国家概念是从西方传播而来的，因为我们儒家社会中没有现在所讲的法治国家，所谓的法家里面体现出的思想也不是我们现在所讲的法治国家的思想。如何理解法治国家概念，是应该跟市民社会紧密联系的，因为市民社会在某种意义上可以说是法治国家的基础或者是灵魂。正是在这样的一个市民社会里，才能产生出法治精神。

我理解的“法治国家”应当包含三个要素：第一个是社会自治的思想，也即国家要尽量减少干预或者尽量减少不必要的干预。第二个要素就是民营经济。如果我们现在还是国家垄断、国营企业垄断，也就谈不上市民社会了。市民社会必须要有足够强大的民营经济作为依托，也就叫做经济的多元化，不能只有一种所有制经济，而必须是多元的。第三个要素，我觉得也是一个法治国家所必须要求的，那就是要有一个比较强大的中产阶级，也即贫富不要太悬殊，社会整体比较公正。

中国从现在情况来看，这三个前提条件都不存在，或者说不很充分。首先，国家干预在当下一段时间内又加强了，特别是在金融危机之后更加明显，包括对于山

西一些民营企业的干预,在这样的情况下国家杠杆的作用就非常明显。其次,在现在看来,民营经济似乎也是呈现倒退的趋势,因为许多地方民营经济的发展受到了明显的挫折。虽然国家政策没有改变,但是实际上的做法使人感觉到,民营企业家自身也感觉到,现在的经济环境是越来越差;至于有一个强大的或者比较有力量的中产阶级,我觉得在中国是远远没有实现的,因为我们的社会两极分化还相当严重,富者越来越富,贫者越来越贫,这个趋势还没有得到真正的遏制。所以,总的来说,市民社会和法治国家之间应该有极其密切的关系。市民社会是法治国家的经济基础,法治国家是上层建筑。当经济基础没有充分变化的时候,上层建筑的一些目标和要求就很难完全实现。

季卫东 江老师对现代法治国家的概念的表述非常到位。因为在一个市民社会比较成熟的地方,政府不仅要求一般民众守法,而且自己也率先严格遵循法律和执行法律。也就是说,国家权力本身也要受到法律的限制,不容许“法自上而犯之”,这才是现代法治秩序的真谛。当然,所有市民也都必须具备守法精神。在一定意义上,法的支配意味着法律君临全国——工农商学兵,东西南北中,所有行为都以法律为准绳。

除此之外,现代法治国家还特别注重不同利益集团之间关系的协调,尽量达到多数派与少数派、强势群体与弱势群体的均衡,在制度上都是地位平等的、他们的表达和利益诉求作为权利得到保障。(江平教授插话:包括中产阶级参与政治!)对,对,这里很重要的是市民参与政治,参与公共事务的决定,参与立法,按照少数服从多数的原则来达成具有强制力的共识。其前提是以社会契约来缔结法律共同体的思想。用卢梭的话来说,在承认的基础上实现“对国家的自发服从”。另一方面,少数或者个人的异议也应得到尊重,可以通过司法渠道寻求救济。为了保证这一点,需要确立司法独立的原则,需要提高执行和运用法律的透明度,需要通过各种方式实现公平。

法治可以有不同的制度设计,有的更强调成文规则,因而是立法本位的,与民主政治生活密切相连;有的更强调审判机构,因而是司法本位的,与个人自由保障的理念密切相连;有的更强调治理效率,因而是行政本位的,与再分配和社会福利的倾向密切相连。但无论如何,基于保障个人自由的理念,基于市民社会自治的需要,运用国家权力的行为都必须受到法律规则的束缚,这是任何一种制度设计的前提。

关于法治国家的构想与不同类型的科层制

主持人 刚才江老师提到,中国社会尤其是儒家文化的语境并没有法治国家的传统。但在源远流长的中华法律思想和制度中,法家等提出的法治思想也是不容忽视的。那么,法家式的法治思想与现代法治国家的观念之间存在什么样的相同之处以及不同?

江 平 我觉得我们所讲的法家的思想,有两个重要的基础。一是法家学说是作为管理社会的模式或者形态出现的,采取的是官方立场。对于法治的理解,究竟是站在国家层面还是站在社会层面,其内容、其结论势必有所区别。统治阶级与被统治阶级、官员与市民,他们之间对法治的理解肯定是很不一样的。法家的法治思想都是从统治者的角度来谈问题,不管权术势也好,严刑峻法也好,都是如此。二是法家学说采取了极端实证主义的法律观,只谈赏罚,不谈更高尚的价值追求,不注重制度的反思理性。这样的偏颇在今天依然存在。我们一直只采用“法制”的说法,就反映了极端实证主义法学观的影响。为什么忌讳“法治”这个表述?现在我们提出法治的口号,其中已经包含了一种理念上的变化。因为“法治”的概念内容必然包含人权的思想、民主的思想、自由的思想等等。这是过去所没有的,也是法家式法治思想所没有的。法律制度可以有好坏的区别,也就是说有善法和恶法的区别,要排除恶法就要树立一个更高层次的价值规范。当我们使用“法治国家”这个词的时候,我觉得我们指的是一种理念,是要建立一个好的法律体系、一个文明的法治国家。但法家的思想却没有这样的法治理念,只是在专制社会中追求一种更有效的治国工具而已。

季卫东 这里涉及 rule by law 与 rule of law 之间的差异。法家学说仅仅从统治者的工具的角度来理解法律的本质。但现代法治国家的观念则把法律看成基于市民社会的共识的一种妥当的结构,于是有宪政的制度安排。与此同时,法律也被认为是市民之间形成和维护那种有序化自由或者公平关系的度量衡,以明确的权利为基本尺度。法律还被认为是不同利益集团之间进行博弈和妥协的前提条件,或者在陌生人社会中确立信赖的基础,因而它必须首尾一贯,具有客观性和中立性。那么这两种不同的法治观之间,是否存在对话、沟通乃至转化的契机呢?也就是说,在法家式的法治思想里,能不能找到某些与现代法治思想灵犀相通的对接点。我想到的是科层制,是官僚国家的法制化倾向。

在西欧和日本,现代法治国家的建构是在从封建制到科层制或者说官僚机构的变化过程中实现的。在这里,国家很容易被理解为权力的独占者以及“公民”集体行使权力进行政治决策和执行决策的机构。这是一种中立的、形式化的国家观。在马克斯·韦伯的理论框架里,形式合理化的行政程序就是法治国家运作的基本形态。当然,英美的思想状况和制度演变的路径有所不同。例如戴维·休谟更强调历史传承在国家正统性中的意义,埃德蒙·伯克甚至提倡善治的“世袭原理”。在制度层面,遵循先例机制起了主导作用,审判权成为法治国家运作的轴心。但是,从把握中国的角度来看,欧洲大陆的科层制与法治国家之间的关系特别值得注意。

马克斯·韦伯主要从科层制的视角来考察法治国家。他认为,官僚机构的运作离不开法律规则,所以官僚国家的法制化具有必然性。但是,在实质上和形式上,法律体系是合理的还是不合理的,影响到官僚国家的效率和正当性,也影响到

产业市场经济的发展。在某种意义上也可以说,韦伯是把形式合理性作为评价法治国家的基本标准的。在他看来,中国虽然早就存在官僚机构,但受到父权家长制的影响,始终停留在实质性的、非理性的阶段,未能发展出一套形式合理化的法律和审判制度,因此也就无所谓现代法治国家的基础可言。但毕竟法制的现代化是从打破封建制的身份枷锁、建立具有阶层流动性的官僚机构开始的,中国特殊的问题状况仍然是非常值得琢磨的。关于法治国家与科层制的关系,请问江老师有什么高见?

“英国问题”、“中国问题”以及职业法律家群体

江 平 你说的官僚机构,应该是个很重要的问题。马克思的国家与法的理论,曾经对这个问题作过深入的分析。我记得我在苏联学习的时候,当时提到“打碎国家机器”的问题,一个重要的理由就是大陆法国家存在强大的旧的国家机器,所以革命必须把旧的国家机器打碎才能建立新的国家。恩格斯曾经有一个论断,是把英美国家排除在外的。他认为在英美国家没有形成一个强大的官僚体系,因此可以作为例外,不打碎既有的国家机器。但是后来恩格斯的谈话又有所变化了,说英美也不例外了。这说明他在考虑不同国家的社会变迁时,注意到了不同的资本主义国家并不是采取同样的模式这一情况。

季卫东 江老师刚才提到的这个“英国问题”是一个非常好的视角。从英国问题入手,我们可以看到韦伯关于形式合理性的命题是有局限性的,对法治国家的结构、功能以及含意也会有新的认识。

除了“英国问题”之外,其实还存在一个“中国问题”。从生产关系来看,中国具备产生资本主义体制的温床,但结果却并非如此,为什么?这是韦伯之问。从社会结构上来看,中国具备树立法治国家的客观条件,但结果却并非如此,为什么?这是罗伯特·昂格尔之问。这就是具有世界性历史意义的中国问题。在我看来,中国问题的最有趣之处是经验的自反性。例如中国的官僚机构看起来很强权,其实却很脆弱;看起来是等级森严的,其实却网络纵横;看起来以强制为特征,其实却建立在具体的交换或契约关系之上,而合意与强制的界线又是流动的、变异的,似乎一切总是处在自相矛盾之中。

回到科层制上来说,中国的确存在一个以皇帝为顶点的官僚机构,但在皇权至上的逻辑支配下,这个官僚机构并不是按照法律规则来运作的,也不断被任意打碎和重构。正如法国哲学家于连所指出的那样,中国治理重视“势”,强调“无形”的技艺。法家式的法治思想,充满了权术势的诡道和辩证法。所谓“无形”的势,就是不给你一个定型的東西,不给你一套明确的规则,一切委诸临机应变的裁量权。与按部就班、循名责实的行政逻辑不同,“无形”具有很强的政治性,结果取决于博弈、妥协以及政策性判断。“无形”也意味着规则和标准是可变的,因此不可能有一以贯之的法律应用,规范本身也往往呈现出多元的动态。在这样的状况下,靠什么来一

锤定音，靠什么来维护秩序的统一性？回答只能是至高无上、天威难测的皇权。用卡尔·施密特的术语来表达，就是主权者的决断。通过“无形”这种不断政治化的过程，皇权可以排除科层制的阻碍，一竿子插到基层，以直接贯彻自己的意志，同时也可以避免官僚机构的僵化。但是，这样一来国家不可能是中立的、形式化的，规则的制定和实施势必充满了主观任意性。

韦伯虽然意识到官僚机构加强实质性判断的趋势，但依然希望用有形的、形式理性的规则来制约政府，防止裁量权被滥用。为此，他特别强调法治秩序担纲者，即职业法律家集团、特别是律师的作用。这表明，在西欧国家，不管官僚机构是否强大，在它之外还存在另外一种载体，确保法律制度的有效运转。这就是律师以及整个职业法律家集团，他们构成一个统一的法律解释共同体；他们具有相对于官僚机构的独立性，但又通过解释共同体来确保法律应用的统一性、连贯性。在这个意义上，所谓“英国问题”也就在一定程度上化解了，因为职业法律家集团的思维方式和解释共同体的论证性对话还是可以具有形式理性的。但“中国问题”却化解不了。

当今中国社会结构和价值观的多元化及其影响

主持人 刚才两位教授都谈到了法治理念以及体现这一理念的制度，还有制度运作中的“人”的因素以及不同模式。由此我们回到中国问题上来看。中国在1999年通过的宪法修正案，明文规定了“建设社会主义法治国家”的方针，这一变化具有重大的意义。那么，究竟应该如何看待把法治国家纳入正式话语体系的改宪内容，应该如何评价其影响？

江平 我觉得，“依法治国”的人宪意味着法治已经由一种制度升华为一种理念。当然，实际情况如何那是另一个话题了。从学者的角度来看，我认为这是一个很重要的变化，或者更简单地说，这是将法治从阶级斗争的工具转换成一种国家理念了。马克思关于国家与法的理论有一个很重要的特点，即认为法律是阶级斗争的工具。后来列宁走得更远，认为法律是专政的工具。一句话，法律就是工具，就是统治阶级取得和掌握政权的工具而已。其实我国古代的法家也是支持法律工具论的。而在西方国家，法治其实包含很深刻的理念，代表着公平正义。虽然过去我们曾经批判西方提倡的公平正义理念是抽象的、不现实的，但现在我国法学的很多观点，包括对法律的本质，法律的目的等的认识，也都开始抛弃阶级斗争的因素，逐步走向公平正义的理念。我觉得，这次改宪是法学发展的必然结果。“法治国家”这四个字写入宪法，意味着要用法律来约束政府，体现了公平正义的理念。

季卫东 从某种意义上讲，在意识形态上、价值观念上发生了变化。实际上，这个变化是从1996年开始，到1999年宪法修正案就凸显出来了。我想补充一下相关的社会背景。大概在20世纪90年代中期以后，中国社会开始发生一些实质性的变化，更加多元化了。因为市场化的改革导致社会分化成不同的利益群体，

包括朱镕基总理在政府工作报告中提到的强势群体、弱势群体。也就是说这个社会开始具备多元结构了,存在不同的利益诉求和不同的价值取向,这是一个很深刻的变化。

江老师刚才分析得非常好,他指出过去我们是讲阶级斗争的、强调铁板一块的阶级统治,这是国家意识形态。但是当这个社会又重新分化出不同的利益群体的时候,如何协调这些利益群体之间的关系以达到公正和谐,就变成一个很重要的问题。所以在这样的背景下就要改变国家意识形态,由过去的阶级斗争口号转向和谐社会口号,由过去的阶级统治转向强调国家的社会性超越于不同利益群体之上的客观公正的地位。这个转向表现在法律制度上就是强调法治、强调国家的中立化、强调大家共同追寻某种带有普遍意义的基本规则。当然,实际上做得怎么样是另一层面的问题,这可能需要一个比较长期的过程。但在理念上的确已经开始变化了。而且政府在1999年之后也采取了一系列实施举措,比如加入国际人权公约、强调法治政府等等。这表明理念在制度层面也已经产生了一定的影响。

市场化背景下的国家与社会互动以及作为媒介的 NGO

主持人 从江老师刚才的阐述和季老师的补充,可以看到在1999年修宪过程中加入的“建设社会主义法治国家”条款,有其特定的社会背景,是与1992年之后改革开放的政策变化以及引起的社会变化应该是相关的。那么这个变化在当时到底是什么,怎么会进而促进了理念上的变化?江老师您从民法学者的角度来看,当时是发生了什么导致了宪法的条文会发生这样的变化?

江平 我觉得我们宪法的变化也好其他法律的变化也好,在今天的社会发展不能够完全看作是自上而下的,也不能看作是完全自下而上的,这两种观点都是片面的。如果我们认为完全是自上而下的,没有群众的一些呼求那是不可能的。如果光有群众的呼声,上面的决策不发生变动,那么中国也不可能有宪法或者法律的变化。所以,这两方面都必须纳入考虑范围,但存在一个何者为主的问题。

在当前中国的形势下,我觉得还是自上而下为主,只能通过党代会的决议来讨论修改宪法。在这种情况下,自上而下还是最主要的。当然,也有些特例显现出自下而上的重要性。比如说广州的孙志刚案件,三个博士生向中央呼吁进行违宪审查。怎么能够把收容审查之类的行政规定作为合宪的制度来实行呢?所以我觉得,民间呼吁的力量是不可忽视的,尤其是现在,舆论包括网络舆论的力量、律师的作用、学者的呼吁都是很重要的。这次修改了原有的《房屋拆迁条例》,就与北大的几位法学教授强烈呼吁有关,由此引起了人们的高度重视和强烈共鸣。

季卫东 我觉得,自下而上的变化从20世纪90年代中期以后就可以看出来了。随着经济改革的深入,社会结构和权力结构开始变化,政府逐步减弱它对企业的控制、撤离市场,这是一个大的趋势。那么在政府撤离之后,公共服务、还有与之相应的权力真空由谁来填补呢?这是一个很现实的、无从回避的问题。在这个意

义上说，一些民间组织的活跃、第三领域或者社会公共空间的扩张，本来是自然而然的趋势。

但在这个问题上，我们还存在一些认识误区，结果把很正常的现象也扭曲成了异常事态。可以看到，在有些时候，在有些地方，连与政府有着亲和关系的非政府组织也遭到打压，连对中国渐进式社会转型很有帮助的新生事物也很受压抑。政治改革的软着陆需要预先准备缓冲装置，需要提供各种功能替代物，如果不进行这样的准备，甚至把这类缓冲装置、替代物都见一个砸一个，那么中国的民主建设就将缺乏回旋余地，社会矛盾只有采取极端化的方式来处理，改革和发展就会演变成硬着陆的结局。

另外，审判机关也提供了一个自下而上影响法律与社会发展的渠道。如果说立法机关和行政机关是为多数派而存在的，那么审判机关则是为少数派、个人以及弱者而存在的。个人或少数派通过独立审判的机制有可能把自己的诉求反映到国家规范里去；从而对整体或多数派主导的立法以及行政举措进行制衡、修改以及补充。在这个意义上，司法程序构成自下而上的变革的杠杆，司法改革对于中国社会的转型具有非常重要的意义。还有最近公布的《侵权责任法》，为个人“动员”法律、实施法律创造了必要的条件，会促进诉讼活动，会通过个人提出侵权之诉的方式落实法律规定，进而限制滥用权力的行为。

自上而下的变化 also 具有重要的意义。其实在大多数情况下，真正意义上的变革往往是在内外压力之下由上层启动的，或者下层运动因上层的介入而成功。由此可见，上层接受法治国家这样的改革性概念不仅是必要的，也是可能的，我们应该作出这样的判断。从政治强人退出历史舞台到逐步强调集体领导的趋势，意味着按照规则进行博弈的潮流已经难以阻挡。这样的背景，使自上而下的改革更有条件进行。剩下的问题是如何把自上而下的变化与自下而上的变化结合起来，让两者互动。我觉得刚才江老师说得非常好，这不是某一方的片面要求，而是一个双方或多方互动的过程，如何激活这种互动过程是社会转型成功的关键。

“社会主义法治国家”的重心应该在“社会”

主持人 再回到宪法的条文来看，宪法中所用的表述是“社会主义法治国家”。在一般的讨论和论说中，我们也是使用这样的表述的。那么，社会主义法治国家和一般意义上所称的法治国家是完全相同的，还是存在一些不同的内容？

江平 我们在一些表述上，比如“法治国家”、“市场经济”之前都冠以“社会主义”的限定，我觉得这是领导人在定性的时候一个很重要的步骤。关于这个问题，我先从经济学界来说，前些年有四位经济学家获得了一个很高的经济学奖，是由香港方面提供的。我也参加了评奖。其中一个获得者是刘国光，一个获得者是吴敬琏，但他们两人的观点又有很大的差别。在这个颁奖会上，两人的发言很有意思：刘国光强调的是社会主义，指出我们所讲的商品经济是社会主义的商品经济；

吴敬琏的发言则只谈商品经济。这就是我们学界中经常出现的问题:左派强调社会主义,另一派强调单纯的概念。

今天我们讨论法治也面临同样的问题。一些比较左的学者讲我们要的是社会主义的法治国家,跟西方国家有本质区别。而对于我们来讲,重点在于寻求法治国家的共性,没有共性何谈法治国家呢?!现在领导人所讲的社会主义特征,首先从浅层次来看就是重视国家的作用。比如市场经济离开了国家的干预就成了自由资本主义了,偏离了正常的发展轨道了,国家的干预和调整是保证社会主义方向的最重要的途径。对法治国家问题也是如此,也是强调国家在法治国家中的强大的控制力,不至于改变了方向。其次,从更深层次来看,那就是党的领导了。我觉得这也是中国法治建设的关键所在。当然,党的领导作用并不是指党连个别的案件和问题都要管,不是指在具体工作领域中的党政不分的情形。像这样的一些问题都是使得我们的意识形态产生混乱的原因所在。

季卫东 从江老师刚才的分析可以看出,目前我国流行的社会主义概念强调的就是国家至上,在这个意义上来说就是一种国家主义,很容易让人联想起国家社会主义,这是一种非常错误的认识,至少会引起很大的误解。那么真正的社会主义是什么?我觉得这个问题是可以讨论的,顾名思义可以认为,真正的社会主义要强调的是社会而不是国家。这正是马克思和恩格斯所理解的社会主义。他们当年是在人的解放以及国家消亡的视野里提倡社会主义之路的。所以马克思主义特别重视人的解放、人道主义、人权,以社会的自治为理想目标。所以,我觉得我们可以探讨一下如何在思想上拨乱反正,如何回到人性社会的初衷。“社会主义”就是要强调“社会”嘛,要不怎么以社会为主义?江老师开头提到的社会公平、不同利益集团之间关系的协调,实现分配的公正,就是要从社会的角度来考虑问题。因而国家主要发挥一个社会调节器的作用,应该采取中立的、公正的立场。在这个意义上,社会主义的要求与现代法治国家的要求是完全一致的。这是我们应该考虑的一个重点。

那为什么会出现打着社会主义的旗号,却做着国家主义的事情的状况呢?因为斯大林的苏维埃社会主义模式的影响,因为某种教条化的意识形态的影响。但在20世纪90年代之后,我们可以看到一种趋势在慢慢变强,这就是“去意识形态化”和“去官僚化”。可以说“去意识形态化”正是建设法治国家的前提条件。“去官僚化”正是发展市场经济的前提条件。在意识形态消退的地方,公正的法律程序就成为社会共识的基础。反过来说,在法律程序健全的地方,意识形态的作用就会相对化。所以在建设法治国家方面,过分强调政治意识形态就会导致事与愿违的结局。要知道,法治国家毕竟是以规范的普遍性、客观性、中立性、技术性、形式性等为特征,只有推行阶级统治的地方才会特别注重政治意识形态的同一性。当然,如果转而从社会的角度来正确把握社会主义的含义,那么“社会主义法治国家”的设想其实就很接近德国著名法学家赫曼·黑勒所设想的那种“社会法治国家”概念