

法治社会

形成与发展

主编
徐显明
刘瀚

上

法

治

社

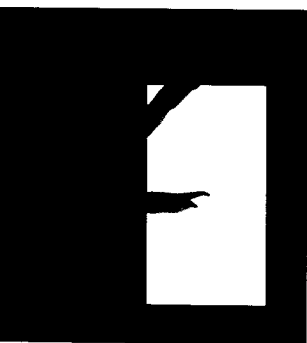
会

矛盾

形成与发展

上海
政法学院
法学系





形成与发展

上

主 编 徐显明

刘 瀚

执行主编 齐延平

山东人民出版社

1994

图书在版编目(CIP)数据

法治社会之形成与发展/徐显明,刘瀚主编. —济南:山东人民出版社,2003.1(2004.1重印)

ISBN 7-209-03082-4

I. 法... II. ①徐... ②刘... III. 法制-研究-东亚-文集 IV. D931-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 109569 号

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

880 × 1230 毫米 32 开本 32.25 印张 4 插页 880 千字

2003 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 2 次印刷

(上下) 定价:65.00 元

序

作为思想观念的“法治”，在西方早见于古希腊，在东方则起自于先秦。亚里士多德曾言“法治优于一人之治”。商、韩则主张“不务德而务法”，求圣法之治于理，弃圣人之治于己。^{〔1〕}

作为制度的“法治”，在西方起源于英国 1215 年的《自由大宪章》，因为这是世界史上第一份束缚王权的法律文件，是它开始改写了法律与帝王关系的历史，法治的第一要义，“通过法律控制国家权力”，就是由这个宪章提供出来的经验。英国正是逐步完成了用法律剥夺王权的历史过程，以至于当王位的传承也需要用法律来规范的时候，王权被证明已彻底降服于法律之下，法治在这个意义上才成为一种制度。由此，法治国家、法治政府、法治社会终成一义。

近代东方法治的思想起源，应肇始于鸦片战争中国失败后，东方知识分子对儒家文化的反思。一大批最先接触了“兰学”而后疑虑西方国家灭亡东方的第二个国家是谁的

〔1〕其实，在我看来，先秦儒法的人治（亦称德治、礼治）与法治（亦称刑治）皆为人治，因为人治中之法与法治中之法皆帝王之具也。当法还只是被当作统治者的工具的时候，法治也是人治。

日本汉学家早成先知先觉。福泽谕吉的《文明论概略》启发日本人“脱亚入欧”，因其《劝学》中有“天不造人上之人，也不造人下之人”之名句，故而享尽了“东方卢梭”之美誉，亦因其提出了“与其做殖民国，不如做宗主国”的思想，并被日本朝野所接受，我也认为他是日本军国主义的始作俑者，是日本侵略文化的鼻祖。津田真道的《泰西国法论》，西周助的《万国公法》，加藤弘之的《立宪政体论》，神田孝平的《性法略》，福泽谕吉的《西洋事情》及箕作麟祥的《法兰西六法》等，都是西方法治文化的舆论导向，尤津田真道的《泰西国法论》，不独将“基本权”、“人权”、“民权”等概念首次译出，而且成为影响日本后世最大的关于西方法治的系统化的教科书，同时也是日本维新变法的政治指南。

本来在 1840 年前后，日本了解西方是通过中国进行的。林则徐命人翻译的《海国图志》由魏源于 1842 年出版，日本人三年后才译为日文。但明治维新后情况就不同了。先前的“汉字东输”开始逆向为“汉字反输”。据实藤惠秀《中国人留学日本史》一书统计，日本学者所造西意汉字概念，共有 784 个为中国人所接受。^{〔1〕}有人认为现时我们已须臾不可离开的“宪法”、“经济”、“总理”、“革命”等政治、法律、经济用语，竟有三分之二源自于日本。^{〔2〕}诚如沈家本先生当时所评：今日法律之名词，其学说最新者，大抵出自西

〔1〕参见富山正文社编：《明治法治史政治史诸问题》，富山正文出版社 1977 年版，第 500 页。

〔2〕参见费正清、刘广京编：《剑桥中国晚清史》下卷，中国社会科学出版社 1993 年版，第 420 页。

洋而译自东国。1889年,《大日本帝国宪法》在伊藤博文的主导下终于出台,日本的形式法治也终告完成。或许,因为历史根源的一致性,日本的这部帝国宪法因袭的是普鲁士宪法,因而,实体的法治实则尚未开始,这也就是为什么日本对亚洲的侵略与德国对欧洲的侵略何其相似的原因。所不同的是,西方的德国在法治实行五十年后,国家走向了党治,而东方的日本,在法治实行五十年后,国家则走向了军治。形式的法治,给法治的制度史留下了惨痛的教训。终二十世纪,人类对法治最深刻的反省即是:无论党治还是军治,它们都是法治的宿敌。

中国若自康有为为德宗皇帝专写《日本政变考》开始,制度之渐也有近百年的历史。此间1895年的变法改良,1911年的辛亥革命,1915年的新文化运动,1920年的自治运动,1929年的人权运动,1933年的民权保障运动,1935年的冤狱赔偿运动等,都是中国通向法治的尝试与呐喊。可惜,救亡压倒了建制。新中国前的五十年间,我们甚至连形式法治也欠缺。运动多则事矣,但仅开花而不结果,甚至像胡适先生发起的有两本集子问世的知识人的人权运动,也只是昙花一现。有思想而无行动,有呼吁而无响应,法治也罢,人权也罢,到头来,反演成“站在时代低洼里的人”的一厢情愿。新中国后的五十余年,起初大有进入法治轨道的迹象,特别是中共八大由董必武代表党中央所作的报告,法制建设已成基本方针,但其后却莫名地进入到说有实无,说无却有的虚无状态。或许此时的领导人在做“我们有我们的一套”的探索,然而,它带给国家与民族的却是“无法无

天”，人身不保，自由受限，财产被夺，甚而连思想也处于禁锢之中。但正是这近二十年的歧路之行，才有了邓小平制度建设重于思想建设的认识，也正是借助于制度建设的高阶才有了建设法治国家的构想。中国共产党人的三代领导集体从思想建设到制度建设再到法治建设的三个阶段，基本是新中国五十年政治文明演进的明晰路径。

西方法治的思想与制度，东方法治的思想与制度，中国法治的思想与制度，这三者间的联系与互动，当是法治研究中常思常新的问题。愿本书所集文章的探讨，能搭起沟通21世纪东西方法治文化的桥梁，并能使我们藉借这一桥梁，探寻到法治的真谛。

谨记上言以为序。

徐显明

2002年中国宪法纪念日

目 录

序·····	徐显明(1)
国家与社会:法哲学研究范式的批判与重建·····	刘旺洪(1)
对 21 世纪全球化背景下法律的跨文化考察·····	Onuma Yasuaki(43)
社会权力与法治社会·····	郭道晖(54)
法治如何才能够形成	
——中国足球职业联赛的个案分析及其启示·····	葛洪义(77)
法治和关系:是对立还是包融	
——从韦伯的经济与法律之间关系的理论谈起·····	朱景文(90)
法律诠释学与法治·····	谢 晖(119)
法官如何表达对法律的忠诚·····	陈金钊(129)
法治与法律解释:法律解释的制度性	
自然法进路·····	Oh Byung - Sun(149)
法治与“文明宪章”之治·····	黎晓平(183)
“法治价值”与西方文明因子·····	温晓莉(193)
法律与社会如何相互作用?	
——新近亚洲的法律改革运动考察·····	安田信之(202)
亚洲社会的价值渗透与法律改革·····	Hasegawa Ko(229)
亚洲国家法治社会之形成及其特点·····	马新福(246)
亚洲法治社会建构与发展的理念追求·····	孙育玮(254)
亚洲法治与城市综合竞争力·····	尤俊意(270)

“历史”的幻象与超越

——“法治”的历史本体论阐释及其对亚洲的启示

..... 冯玉军(281)

人权及殖民政策在亚洲的遗产问题 Burton M. Leiser(297)

试论“东亚法系”成立的可能性 铃木 贤(314)

东亚法治秩序的局限与超越维度 马长山(326)

东亚法文化之传统

——中华法系的形成 孙耀刚(349)

“东亚自我意识”的形成和“市民政治文化” 今井弘道(357)

论东亚法治社会的发展趋势 庄金锋(364)

WTO 及东亚的法治发展 Matt Bushehri(376)

中西法律文化的对比:韦伯与滋贺秀三的比较 林 端(398)

论中国传统法律:兼及宋朝三起杀人案

中的法律责任 So Kee Long, Billy(453)

对古代法家思想传统的现代反思 陈弘毅(480)

继承与超越

——20 世纪前半叶中国法理学回顾论纲 张 骐(503)

中国法律传统:一个探路者及新解释 于兴中(544)

中国古代类法治文化及其现代意义 周永坤(594)

中华传统法律文化与现代法制的联系

——一个基本认识和立场 张中秋(625)

中国及东亚法文化传统之检省 孙 莉(640)

分析与展望:WTO 与中国法律发展 张文显(669)

中国大陆法治社会形成中的几个主要因素的分析 刘 瀚(684)

社会变迁与中国司法变革:从传统走向现代 夏锦文(703)

从传统的家园意识看近代中国的宪政建设

..... 苗连营 王 钰(723)

中国的法治国建设与政治体制改革 严存生(744)

中国社会转型时期的法律问题研究 付子堂(754)

当代中国法律体系及其发展模式探索	倪正茂 (767)
中国法治进程的构想	陈信勇 (782)
中国法治进程中的权利冲突	
——权利冲突典型案例剖析及其理论问题	
的思考	刘作翔 (792)
转变时期的法治与人权:从“刀治”到“水治”	
的转变	铃木 敬夫 (846)
论私权保护和公共责任观念的建立	林 喆 (856)
保障人权:我国刑事司法改革的基本价值	周 伟 (866)
加入世贸组织与中国法制现代化	李 力 (879)
中日法治社会形成条件的比较研究	周世中 郭春镇 (889)
市民社会理念与中国大陆社会自主性发展	
——兼论东亚地区民主政治的可能性	李瑜青 (910)
权力的推定与权力失约	
——以中国内地人大对同级法院的个案监	
督为分析对象	徐亚文 (925)
规则与法治	颜厥安 (934)
日本成年人监护制度修改刍议	宇田川 幸则 (950)
重建日本的福利政策:集体主义文化中的	
自我决定与普遍信任	Ota Ikuko (964)
韩国少数人权利保护与网络表达自由	Park Sun - young (974)
海外韩国人的法律地位与政策:《海外韩国人	
法案》的颁布	Oka Kastuhiko (995)
论法律上的公共利益原则	李 累 (1001)
后记	(1016)

Contents

Preface	Xu Xianming(1)
State and Society; To Criticize and Rebuild the Format of Jurisprudence	Liu Wanghong(1)
An Intercivilizational Perspective of Law in the 21st Century Global Society	Onuma Yasuaki(43)
Social Power and Society Ruled by Law	Guo Daohui(54)
How to Realize Rule of Law——Revelation Got from Analyses on the Case Chinese Professional Tournament of Football	Ge Hongyi(77)
The Rule of Law and Relationship; Exclusive or Inclusive—— Thinking from Max Weber's Law and Economy	Zhu Jingwen(90)
Legal Hermeneutics and Rule of Law	Xie Hui(119)
How Do Judges Express Their Loyalty to Laws	Chen Jinzhao(129)
The Rule of Law and Legal Interpretation; An Institutional Natural Law Approach to Legal Interpretation	Oh Byung - Sun(149)
Rule of Law and the Rule of "Civilized Charter"	Li Xiaoping(183)
Values of Rule of Law and Factors of Western Civilization	Wen Xiaoli(193)
How Can Law Interact with the Society? - A Note on Recent Law Reform Movement in Asia	Yasuda Nobuyuki(202)
The Permeation of Values and the Transformation of Law in Asian Societies	Hasegawa Ko(229)
The Formation of Rule of Law in Asian Countries	

and its Characters	Ma Xinfu(246)
Conceptions Pursued during the Formation and	
Development of Rule of Law in Asia	Sun Yuwei(254)
Rule of Law in Asia and Cities' Synthetic Competitiveness	
.....	You Junyi(270)
Phantom and Transcendence of History——Historical ontology	
explanation on Rule of Law and its Revelation to Asia	
.....	Feng Yujun(281)
Human Rights and the Legacy of Colonialism in Asia	
.....	Burton M. Leiser(297)
On Possibilities of the Formation of East – Asian Law	
System	Suzuki Ken(314)
Limitation and Transcendence of the Cosmos	
of Rule of Law in East – Asia	Ma Changshan(326)
The Tradition of Legal Culture in East Asia——	
the Forming of Chinese Legal Family	Sun Yaogang(349)
Formation of Self – egoism in East Asia and Political	
Cultures in Citizens	Imai Hiromichi(357)
On the Developing Trends of Rule of Law in East – Asia	
.....	Zhuang Jinfeng(364)
WTO and the Development of Rule of Law in East – Asia	
.....	Matt Bushehri(376)
Comparing between Legal Cultures in China and West	
Countries	Lin Duan(398)
Traditional Chinese Law in Action: Criminal Liability in	
Three Homicide Cases in Sung China(AD960 – 1276)	
.....	So Kee Long, Billy(453)
Speculation on Views of Fajia in Modern Times	Chen Hongyi(480)
Succeeding and Exceeding: A General Review of Chinese	

Jurisprudence in the First Half of the Twentieth Century	Zhang Qi(503)
Chinese Legal Tradition: A Pathfinder and a New Interpretation	Yu Xingzhong(544)
The Analogous Rule of Law in Chinese Antiquity and its Significance in Modern Times	Zhou Yongkun(594)
A View on the Relation Between Chinese Traditional Legal Culture and Modern Legal Systems	Zhang Zhongqiu(625)
Meditation on Legal Culture in China and East Asia	Sun Li(640)
Analyses and Prospect on WTO and Development of Laws in China	Zhang Wenxian(669)
Analyses on the Main Factors of Formation of Rule of Law in Chinese Mainland	Liu Han(684)
Social Transition and Chinese Judicial Reform: From Tradition to Modernity	Xia Jinwen(703)
On Construction of Chinese Constitution in Modern Times in the Aspect of the Raditional Sense of Home	Miao Lianying & Wang Yu(723)
The Construction of Rule of Law in China and the Political System Reform	Yan Cunsheng(744)
A Survey of the Legal Problems in the Age of Social Transition of China	Fu zitang(754)
Chinese Legal System in Modern Times and Exploration of its Developing Mode	Ni Zhengmao(767)
A Brief Conception of the Process of Rule of Law in China	Chen Xinyong(782)
Rights Conflicts in the Process of Constructing Rule of Law in China	Liu Zuoxiang(792)
Rule of Law and Human Rights During Transition:	

From System to Rule of Law	Suzuki Keifu(846)
On Protection of Rights and Construction of the Sense of Public Responsibility	Lin Zhe(856)
To Protect Human Rights;the Basic Values of Criminal Judicial Reform in China	Zhou Wei(866)
Entrance of WTO and Modernization of Chinese Legal System	Li Li(879)
Comparative Research on Conditions of the Formation of Rule of Law in Japan and China	Zhou Shizhong & Guo Chunzhen(889)
Conceptions of Citizens' Society and Autonomous Development of Chinese Mainland—And on Possibilities of Democratic Policy in East Asia	Li Yuqing(910)
Power Presumption and Power out of Control—Analyses of the Supervision on Specific Cases of Local Congress to Local Courts in China	Xu Yawen(925)
Rule and Rule of Law – Investigation into some Aspects of Constitutional Jurisprudence in the Light of Grand Justice Interpretation No.242 of Taiwan	Yen, Chueh – an(934)
On the Modification of Adults Custody System in Japan	Udagawa Yukinori(950)
Reorganizing Welfare Policy in Japan;Self – determination and General Trust in a Collectivist Culture	Ota Ikuko(964)
Protecting Minors and Freedom of Expression on the Internet in Korea	Park Sun – young(974)
Overseas Korean' Legal Status and Policies;Enactment of “Act on Overseas Koreans”	Oka Katsuhiko(995)
On the Principle of Public Interests	Li Lei(1001)
Last Remarks	(1016)

国家与社会:法哲学研究范式的批判与重建

刘旺洪*

引言:问题的提出

著名法哲学家黑格尔指出:“法哲学这一门科学以法的理念,即法的概念及其现实化为对象。”^{〔1〕}尽管黑格尔对法哲学的界定是唯心主义的,但是,它以一种倒置的形式表达了法哲学的真正的学科性质,即法哲学是关于社会法的现象的知识体系,是对法的现象进行哲学的思辩和考问而形成的理论逻辑体系。它关注的不是实在法本身,而是透过纷繁复杂的社会实在法的现象,把握法的内在理性精神和法的现象运作、发展的内在逻辑机理。而法的理念不是法本身所固有的,社会法的现象自身不是一个逻辑上自满自足的领域,相反它根植于时代的法律精神之中。揭示法的时代精神既是法哲学找寻法的理念的理论逻辑需要,也是法哲学的最重要的时代使命。时代的法律精神不能到法自身中去找寻,也不能指望宗教神学的启示,它蕴藏于法的社会基础之中,蕴藏于一定时代、一定民族的人们之间的相互关系和社会结构之中。无论是人们之间的相互关系,还是社会结

* 刘旺洪,南京师范大学法学院教授,博士研究生导师。

〔1〕黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1995年版,第1页。

构的关系模式,都取决于其经济结构、国家政治结构、国家与社会之间的关系。在近现代,由于国家与社会之相互分离又彼此依赖,它们之间的相互关系就成为全部社会关系的基础,法哲学领域的诸如普遍利益与特殊利益、个人利益与社会利益、个人利益与国家利益、权利与权力等范畴都是国家与社会关系的法哲学表现。因之,市民社会与政治国家理论在分析社会结构和社会关系的模式方面具有统摄全局的功能,对它的不同回答直接决定了法哲学的理论方向,因而,它既是法哲学的社会哲学基础,同时又是法哲学的分析范式。

因此,本文试图通过从古典自然法学到马克思主义社会与国家理论发展的历史考察和理论剖析,透视近现代社会国家与社会关系之理论模式、历史演化过程及其对当代中国的意义,对当代中国随着现代市场经济和民主政治的建构进程的展开,出现的社会与国家的分化和整合进行法哲学辨析,以重构近代市民社会与政治国家关系之法哲学理论范式,推进这一重要理论研究范式的改革和创新。

一、国家优位与个人本位:古典自然法学的理论架构

自从国家产生以来,国家与社会的关系就成为一个恒久不衰的理论课题。对国家与社会的关系问题进行系统理论研讨是从近代开始的,古典自然法学是其最早的理论形态。^{〔2〕}古典自然法学家们从其所设想的自然状态理论出发,在社会契约论的基础上形成了对国家利益与个人权利关系之理论,^{〔3〕}这一国家利益与个人权利之理论建构及其选择,可以看成是市民社会与政治国家关系之法哲学理论

〔2〕古希腊人最早思考国家现象及其与社会的关系。诡辩学派乃国家为社会约定之产物的始作俑者。后来伊壁鸠鲁学派进一步发挥了社会约定论的思想。

〔3〕邓正来先生认为:“霍布斯、洛克和卢梭等人透过对自然状态的假说以及明确主张依天赋权力而组织起来的国家以外的共同体,而确立了社会的前于国家或外于国家的身份或生命。”(邓正来:《市民社会与国家——学理上的分野与两种架构》,载《中国社会科学季刊》(香港)1993年第5期。)