

XIANZHENG YU FAZHIDE ZHONGGUO YUJING



宪政与法治的中国语境

张明新 / 著



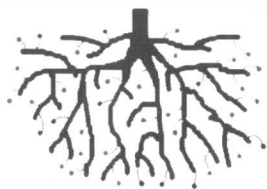
中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

XIANZHENG YU FAZHIDE ZHONGGUO YUJING



宪政与法治的中国语境



张明新 / 著

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

宪政与法治的中国语境/张明新著. —北京: 中国法制出版社, 2007. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0101 - 2

I. 宪… II. 张… III. ①宪法 - 研究 - 西方国家②法治 - 研究 - 西方国家③社会主义法制 - 研究 - 中国 IV. D911.04 D902 D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 135124 号

宪政与法治的中国语境

XIANZHENG YU FAZHI DE ZHONGGUO YUJING

著者/张明新

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

版次/2007 年 8 月第 1 版

印张/13.375 字数/268 千

2007 年 8 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0101 - 2

定价: 27.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

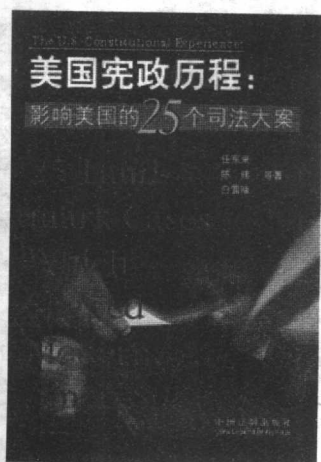
网址: [http://www. zgfsz. com](http://www.zgfsz.com)

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66067024

邮购部电话: 66033288



《美国宪政历程：影响美国的25个司法大案》

任东来等 / 著 定价：35.00 元

中国法制出版社 2004 年 1 月第一版/2005 年 6 月第二版

“美国宪政历程系列”三部曲之一

本书以生动的笔触，翔实的资料，描述了法治在美国社会的各个方面从生根到开花的历程：通过对联邦最高法院在过去两百余年 25 个重大案件的审判的再现，展示了一部形象的美国宪法史。这幅历史图画在细节的刻画上栩栩如生，而评论则从大处着眼，要言不烦，对于相关制度演进的过程及其历史和现实的意蕴给予了深刻的揭示。



《在宪政舞台上：美国最高法院的历史轨迹》

任东来等 / 著 定价：40.00 元

中国法制出版社 2007 年 5 月第一版

“美国宪政历程系列”三部曲之二

本书是“从法院说法”的美国最高法院司法史。美国最高法院不仅仅是一个政府机构，更是一个折射美国政治斗争、社会发展、权利保障的宪政舞台。这本书讲述的就是这个舞台何以搭建、巩固的故事，以及在这个舞台上上演的那些精彩“戏剧”。这些“戏剧”是社会的缩影，展现着人类寻求自由、权利、平等、秩序、稳定、繁荣、发展和公正这些基本价值的不懈努力。

目 录

第一部分 西方法治的启示

西方法律传统的形成之路及其中国意义	(3)
一、西方法治形成的基础性因素——从两本译作谈 起	(9)
二、西方法治经验与我国当代法制建设的关联	(15)
三、对我国以法律制度建构(立法)为中心的法制现 代化发展战略的反思	(29)
四、结束语	(43)
通过程序正义实现公正	(44)
一、英美法中自然正义观念的形成	(44)
二、自然正义原则的内容	(48)
三、程序正义在中国的晨光初现	(53)
四、值得进一步讨论的问题:存在普遍的程序正义吗? ...	(62)

2 宪政与法治的中国语境

五、结语	(66)
西方法哲学中的“纯粹法学”	(76)
一、“纯粹法学”的理论渊源及其与时代的关系	(77)
二、凯尔森及其“纯粹法学”	(82)
三、“纯粹法学”对中国当代法治建设的启示	(86)
宪法监督的理论基础探析	(97)
一、宪法监督的必要性及主要内容	(97)
二、宪法监督的主要类型及理论基础	(102)
三、宪法监督理论基础简评	(111)
四、余论:从宪法监督的理论基础看我国宪法监督的 制度设计	(115)

第二部分 对中国宪政的思考

从宪法变迁视角看法治的发展	(121)
一、中国百年宪法变迁的简要回顾与反思	(121)
二、法治的一般涵义及其中国特色	(126)
三、当代中国的宪法变迁与法治发展	(135)
四、尝试性的结论与进一步的思考	(144)
对我国立法权限划分和立法权运行状况的观察与思考 ...	(147)
一、我国立法权限划分现状:“剪不断,理还乱”	(148)
二、当代中国立法权的实际运行:权限冲突、立法膨 胀、无序	(152)
三、关于完善我国立法权限划分的几点思考	(159)

论自由裁量权膨胀条件下的“行政合理性”原则	(163)
一、现代行政:自由裁量权的扩大	(164)
二、行政合理性原则的提出及其涵义	(166)
三、合理性原则成为当代行政法基本原则的法理基 础	(172)
村民自治:问题、对策及其对我国民主政治建设的影响 ...	(181)
一、村民自治制度体系层面的问题及对策	(182)
二、村民自治的理论研究层面上的问题和对策	(184)
三、村民自治实际运作层面的问题与对策	(185)
四、村民自治实践对推进中国民主化进程的意义	(188)

第三部分 法治与宪政的中国语境

法意如何到民间?(论纲)	(197)
一、问题、材料与方法	(197)
二、传统中国法律意识传播体系分析	(203)
三、依法治理:当代中国的普法运动	(221)
四、未完成的结语	(230)
乡规民约存在形态刍论	(232)
一、问题与文献	(232)
二、概念的界定	(236)
三、传统乡规民约的存在形态	(240)
四、结论及需要进一步研究的问题	(252)

4 宪政与法治的中国语境

从乡规民约到村民自治章程	(255)
一、传统乡规民约的存在形态	(256)
二、近代以来乡规民约的嬗变	(258)
三、乡规民约的当代表现形式:村民自治章程	(265)
四、进一步的讨论:村民自治章程的功能、意义与可能 走向	(275)
近年来乡规民约研究的成就与不足	(278)
一、乡规民约研究的意义	(278)
二、近年来国内乡规民约研究的现状及趋势	(279)
三、乡规民约研究中需要进一步解决的问题	(284)
从科学与人文冲突视角看中国法律教育问题	(286)
一、引言:问题的提出	(286)
二、概念的界定:科学主义与人文主义	(287)
三、法学教育中的科学主义及其影响	(291)
四、现代教育改革对我国法学教育的启示	(298)
五、不是结论的简短结语	(307)
附:近代上海:西法东渐、法制转型与社会变迁	(309)

第四部分 中国语境的背景:观照传统与民间

部分乡规民约	(327)
一、吕氏乡约	(327)
二、南赣乡约	(346)
三、治乡三约	(352)

四、山东省章丘县埠村镇埠西村村民自治章程	(355)
全国民间法研究动向	(375)
一、民间法与习惯法:原理、规范与方法	(375)
二、法治、善治理念、法律方法与民间规则	(394)
后 记	(418)

【第一部分】

西方法治的启示

西方法律传统的形成之路及其中国意义*

近年来,随着中国以市场化为取向的经济体制改革的深入及改革对社会经济政治深层次问题的触及和暴露,与经济改革相匹配的其他社会制度环境的构建和完善已被提出并引发了越来越多的关注和讨论^{〔1〕}。即以法律制度而言,先在法律学术界,后在

* 本文最初的想法来自笔者在南京大学法学院师从张中秋教授学习时张老师的课堂讲演,在写作过程中得到了张中秋老师的指导和帮助,特此致谢。

〔1〕 毛寿龙先生认为这是一个“可喜的”现象。参见毛寿龙、李梅:《有限政府的经济分析》,上海:上海三联书店2000年版,第7-8页。即以法学界而论,自1992年市场经济体制取得国家认可的合法地位后,此后出版的几乎所有的法理学教科书、法学刊物都有“市场经济就是法制(治)经济”的论证(断)或文章发表。此外还有大量的有关市场经济与法治的普及通俗性读物也谈到市场经济运行的法律制度环境或条件。如赵震江、付子堂:《现代法理学》,第十四章第三节第一小节“市场经济是法治经济”,北京:北京大学出版社1999年版,第215-217页;张文显主编:《法理学》,第二十八章第二节“法与市场经济”明确断言:“市场经济必然是、也必须是法治经济。”见该著第410-413页,北京:法律出版社1997年版;李龙主编、曹南屏执行主编:《法理学》,第二章第三节第五小节“社会主义市场经济实质上是法制经济”,武汉:武汉大学出版社1996年版,第58-59页;葛洪义主编:《法理学》,第六章第一节“法与经济”也说:“市场经济对法律有着内在的、本能的、强烈的需求。这样,法律在经济运行中的地位和作用必然大大增强。从这个意义上说,市场经济就是法治经济。”见该著135页,北京:中国政法大学出版社1999年版;等等。教科书之外的论著对此命题也多有论述,如谢晖:《法律信仰的理念与基础》,第七章第二节“市场经济的法制选择”部分,在肯定“市场经济就是法治经济”的命题后,并对市场经济与法律的关系加以法理辩证。见该著第418-434页,

政府部门和社会其他各界，建设法治国家、构建法治秩序，为市场经济营造一个合适如意的法律环境已成为举国上下自觉的追求。^[2]然而，大多数人们很快也意识到：法治并不仅仅是一个美丽的口号；法治秩序的建构亦决非朝夕之功。走向法治化作为改革的既定目标，虽已获得理论和实践的必要支持，但这一目标能否实现、如何可能实现、通过何种方法和途径走向法治，却是一个更为关键和要害的问题，也是目前我国法律学术界非常关注的学术话题。由于法治系统中最引人注目的部分是法律制度及其设施；由于现代法治思想和法治实践率先出现于西方，中国作为一个法治后进型国家，其法治化不可避免地、最起码要在一定程度

（接上页）济南：山东人民出版社1997年版；睦鸿明：《法治实现论》，第九章的论述，则把法治经济作为法治实现的途径之一。见该著第203-236页，南京：南京师范大学出版社1999年版；程燎原：《从法制到法治》，第四部分的标题即“市场经济就是法治经济”，正文则进行了详细的讨论。见该著第129-174页，北京：法律出版社1999年版；等等。相关文章则不胜枚举。当然，并不是所有的法律学者都同意“市场经济是法治经济”的命题，如北京大学朱苏力先生就对这一命题进行了尖锐的批评；上海社会科学院的林喆女士也对此说提出了质疑。参见朱苏力：《法治及其本土资源》，书中的《市场经济需要什么样的法律？》、《市场经济对立法的启示》两文。见该著90-125页，北京：中国政法大学出版社1996年版；林喆：《对“市场经济是法制经济”的一点质疑》，载北京：《中国法学》1994年第1期。

[2] 至少表面上是这样。“法治”、“依法治国”、“法治国家”等用语先是作为学术话语为法学界所鼓吹呼号；继而成为正式官方政策法律用语见于法规政策等党和国家的法律文件之中：八届人大四次会议正式批准的《国民经济和社会发展的“九五”计划和2010年远景目标纲要》第一次将“依法治国，建设社会主义法治国家”作为战略目标加以规定；中国共产党中央委员会第十五次全国代表大会的报告对此再作强调；1999年修宪则把“依法治国，建设社会主义法治国家”载入了宪法。此后，大到“依法治省”、“依法治市”，小到“依法治乡”、“依法治村”、“依法治厂”、“依法治校”，“依法治×”的口号扑面而来，真使人有“今夕何夕”之感慨。

上以西方法治为范本；又由于中国传统法律文化乃至全部传统文化中可为当代中国正在进行的现代法治建设提供支持的资源实在太少，而中西近代文化交流包括法律文化交流过程中的冲突、排拒又多于兼容、吸收，所以学界讨论多依违于法律制度建构和设施配备层面的“法律移植”与“本土资源”〔3〕、“变法”模式与“自发”模式〔4〕（或“国家推进型”法治与“社会演进型”法治〔5〕）

〔3〕 在20世纪90年代中期之前，法学界几乎众口一词，主张“法律移植”或按西方尤其是大陆法系的成文法模式设计建构中国的法律体系，法治实践尤其是立法实际上遵循的也是“法律移植”主导模式；“本土资源”论则主要是朱苏力先生的学术贡献。朱苏力先生于1995年发表《变法、法治及本土资源》一文（载北京：《中外法学》1995年第5期），后又把相关论文结集为《法治及其本土资源》一书（北京：中国政法大学出版社1996年版），此后，“本土资源”论引起越来越多的学者的关注和讨论（当然，赞成者和反对者都不乏人）。

〔4〕 “变法”模式是指制度变迁中的“强制性变迁”，即强调政府运用强制力规制经济和社会发展的法制建设模式；“自发”模式是指制度变迁中的“诱致性变迁”，即通过传统社会内部因素的演进自发形成的社会秩序实现社会变革。参见林毅夫：《关于制度变迁的经济学理论：诱致性变迁与强制性变迁》，载〔美〕R. 科斯、A. 阿尔钦、D. 诺斯等：《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，刘守英等译，上海：上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第371-409页。

〔5〕 “政府推进型”法治的主要特点是：政府是法治运动的领导者和主要推动者，法治主要是在政府的目标指导下设计形成的，是主要借助和利用政府完成的，是人为设计出来和建构出来的；“社会演进型”法治的主要特点是：法治主要是在社会生活中自然形成和演变出来的，是社会自发形成的产物。见蒋立山：《中国法治道路初探》（上），载北京：《中外法学》1998年第3期。该文全文收入黄之英编：《中国法治之路》，北京：北京大学出版社2000年版。

之间且已有许多出色的论述问世。^{〔6〕} 本人则认为,如果我们承认法治系统是一个包括制度要素在内的多因素综合体的话,那么,法律制度建构和设施配备层面的讨论固然十分重要(甚至最为重要)和必要,制度层面之外的其他要素也并非无足轻重。在这一部分,我想把法律制度建构层面已有的成果作为我要讨论的问题的出发点,以20世纪90年代的两本优秀译作所论述的西方法律传统的形成过程为背景映衬,并由此探讨法治系统中法律制度以外的因素对法治实现的影响及其与法律制度的关系。我为自己设定的课题仅仅是:通过对两本有代表性的关于西方法律传统形成的著作的解读,梳理、探讨西方法律制度形成演化的经济社会基础和法律制度功能得以发挥的社会条件以及法治秩序对社会发展的基础性保障功能,来反思中国今天的法治建设实践中法律制度建构(立法)中心战略是否恰当。这一课题的提出建基于以下假设和推论:如果我们承认中国与西方确实存在着差距,这种差距确实是时代性差距的话;进而也承认中西之争的实质确

〔6〕 如前注〔3〕所引朱苏力书;前注〔5〕所引蒋立山文;徐忠明:《从比较法律文化看法律移植》,载徐忠明:《法学与文学之间》,北京:中国政法大学出版社2000年版,第301-315页;郝铁川:《当代中国与法制现代化》(尤其是第四章),杭州:浙江人民出版社1999年版;公丕祥:《国际化与本土化:法制现代化的时代挑战》,载张文显、李步云主编:《法理学论丛》(第1卷),北京:法律出版社1999年版;沈宗灵:《论法律移植与比较法学》,载沈宗灵:《比较法研究》,北京:北京大学出版社1998年版,第667-678页,等等。

实是古今之争，是传统与现代之争，^{〔7〕}是先进与落后之争，并且这种差距也包括法治在内的话；如果我们的现代化建设的战略是以当代西方发达国家为榜样的“赶超型”战略，^{〔8〕}我们法治化的目标也是以西方成熟的现代法治为蓝本并以之作为法制现代化运动的最高成果的现代化法制的話；那么，是否可以推出以下结论：我们（经济发达程度、政治民主化进程、法治发展阶段）的今天就是西方的昨天，西方的今天就是我们所追求的明天？是否可以在此基础上进一步推论：既然在西方经过了长期发展现已高度发达的市场经济阶段为我们现阶段所无法逾越，那

〔7〕对持续百年至今犹存的中西冲突，汉语思想界早有论者识察到，中西文化的价值理念之争（体用之争）实质为古今之争，即传统与现代之争。远如严复先生在20世纪之初“即明确指出，中西之争即是古今之争。”（我查遍所能找到的严又陵先生的论著，未见又陵先生有此论断。此处所引，为郝铁川先生语。见郝著：《当代中国与法制现代化》，杭州：浙江人民出版社1999年版，第39页）冯友兰先生提出的“东西之分即时代之异”说，可能是最著名的。见冯友兰：《新事论》，载冯友兰：《贞元六书》，上海：华东师范大学出版社1996年版，第229页、第255页；梁启超先生在20世纪之初也表述过同样的观点。参见刘小枫：《现代性社会理论绪论》，上海：上海三联书店1998年版，前言第2页；近如葛剑雄先生、郝铁川先生、曹锦清先生等也提出东方文化与西方文化的差异主要是时代差异而不是本质差异。见葛剑雄：《我看东西方文化》，转引自李慎之、何家栋：《中国的道路》，广州：南方日报出版社2000年版，第81页；上引郝铁川：《当代中国与法制现代化》，第39页；曹锦清：《黄河边的中国——一个学者对乡村社会的观察与思考》，上海：上海文艺出版社2000年版，第234页。当然，持不同看法的论者可能更多。

〔8〕有学者认为，20世纪初和50年代直到今天的“四个现代化”，无一不是以发达国家为样板的西化。而“在西化发展战略中，历史最悠久、影响最深远、体系最完整，至今仍在中国思想理论界占据正统地位的是赶超战略。”见何家栋：《中国发展战略再思考》，载李慎之、何家栋：《中国的道路》，广州：南方日报出版社2000年版，第171-184页。

么西方现已达到的成熟的法治阶段是否也为我们所无法逾越？^{〔9〕}如果以上推论能够成立的话，那么在今天，认真检视一番西方法治成长的历程及其得以成长的经济社会基础，分析其成败得失，以作为我之鉴戒，就不是全无意义了。这也是本部分写作的缘起。

基于这种问题意识，在本书的这一部分，首先以西方法律传统的形成过程为切入点，简要考察西方法律制度演进过程的特点和基础性因素；其次，以此检视我国法制建设的特征、现状和社会基础并探讨它们之间的关系；最后，从法律制度与其得以发展的经济社会基础的关系角度反思我国现行法治发展战略——以法律制度建构（立法）为中心的部署的恰当性，并尝试提出补救之道。顺带说明一下，在这一部分，文中使用的法治与法制、法治化与法制建设等概念未作严格区分，其细微的区别是，法治主要作为法制现代化的目标或结果，是法制建设要达到的状态或境界；法制主要指静态的法律制度；法治化主要是指为实现法治所作的努力或过程；法制建设或法制现代化建设基本与法治化在同一意义上使用。

〔9〕 笔者这一推论可能会有“西方中心论”之嫌疑。我认为，这一推论似乎能够得到马克思“世界历史”理论的支持。马克思认为，现代社会的基本循环特征就在于历史转变为“世界历史”，每个国家都同其他国家发生紧密联系，与整个世界连为一体。马克思说：“大工业……首次开创了世界历史，因为它消灭了以往自然形成的各国的孤立状态……从而消灭了各民族的特殊性。”参阅《马克思恩格斯选集》（第一卷），北京：人民出版社1972年版，第67页。但同时需要在此说明的是，无论是市场经济还是现代法治是否为中国的社会发展不可逾越，在学术界、思想界尚有争议；只是反对意见十分微弱，市场经济和西方式现代法治的必要性几成共识。