



中国法学会比较法学研究会 主办

主编 刘兆兴 执行主编 张少瑜

比较法在中国

Comparative Law In China (2007)

007年卷



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS(CHINA)

比较法在中国

二〇〇七年卷

Comparative Law In China (2007)

主编 刘兆兴 执行主编 张少瑜



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS(CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法在中国 (2007 年卷) / 刘兆兴主编. - 北京:
社会科学文献出版社, 2007. 8
ISBN 978-7-80230-776-6

I. 比... II. 刘... III. 比较法-研究-中国
IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 106040 号

比较法在中国 (2007 年卷)

主 编 / 刘兆兴

执行主编 / 张少瑜

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 65269967

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 65595789

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目经理 / 王 绯

责任编辑 / 李媛媛 李顺昕

责任校对 / 杨晓星

责任印制 / 盖永东

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 市场部 (010) 65285539

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 北京季蜂印刷有限公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/16

印 张 / 21.75

字 数 / 371 千字

版 次 / 2007 年 8 月第 1 版

印 次 / 2007 年 8 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-80230-776-6/D · 243

定 价 / 43.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误,
请与本社市场部联系更换



版权所有 翻印必究



中国法学会比较法学研究会2006年年会合影

目 录

现代法治与民间社会的一般理论

法治国与法的社会化和法治社会	郭道晖 / 3
现代法治的结构与民间法的功能	杨海坤 徐继强 / 15
构建法治的民间基础	
——从社会分层的视角出发	李晓辉 / 33
中国法治化进程中的“民间性”障碍	宋志国 / 43
当代中国法制进步与民间法治意识的培养	韦华腾 / 49
天意、民意与治道	
——中西法文化之比较视角	范进学 / 58
纠纷解决与民间社会规范	范 愉 / 66
中国传统秩序观与现代法治的契合	刘 佳 / 96
现代法治与中国传统文化基础	余松龄 何 琳 / 102
现代法治化对中国传统社会架构之冲击	王 帅 / 109
中西传统诉讼文化对法治的影响	傅小青 / 119
中国经济法的民族性论纲	陶广峰 / 124

民间组织与民间习惯法

瑶族民间组织及民间法的现实影响	周世中 / 133
赌咒发誓作为“另类规范”之存在意义	张永和 / 138
民间法和国家法视域下的行业协会考察	谈 萧 / 147

浙江民间商会发展及其法治意义	李学兰 / 157
活着的习惯法	
——美国印第安部落法院与印第安习惯法	李晓辉 / 165

国家法实施的社会基础

从各国宪政实践看宪法惯例之共性	马 岭 / 179
地方立法与广东农村失地外嫁女困境	
调查及财产权益的失落	鲁 英 / 189
从民间基础的角度谈民法中保留“典”的必要性	柴 荣 / 197
从比较法的角度看商法实施的环境依赖	郑曙光 许文学 / 207
知识产权制度建设中的社会基础	李正华 / 221
我国刑法在惩治腐败犯罪方面的完善	周振晓 / 235

中外法律制度比较研究

中外竞争法实施机制比较研究	张永忠 / 245
日本北九州市民环境行动原则对我国完善	
环境立法的借鉴意义	黄来纪 赵晓燕 / 252
日本旅游资源保护的政策与法律研究以及对我国的影响	
——以日本熊本县民间区域为实例	廖柏明 / 258
比较法视野下的传统知识法律保护方式	蓝寿荣 谢英姿 / 266
比较法视野下的中国民事诉讼和解制度	叶知年 黄莉娜 / 290
中日共犯与身份问题比较研究	
——以日本刑法第65条的规定为切入点	余松龄 杨纪华 / 305
日本的社区处遇制度与民间社会基础	郑泽善 / 313

法学教育问题

近年来中国高校法学教师流动的分析	郭义贵 / 327
附录 中国法学会比较法学研究会2006年参会论文目录	342



现代法治与民间社会的一般理论

法治国与法的社会化和法治社会

郭道晖*

自党的十五大提出“依法治国，建设社会主义法治国家”的方略和目标并载入宪法以来，法学界对法治、依法治国的概念和实践讨论得较多，而对于建立什么样的“法治国家”，则较少论及，更少涉及与之相对应并作为其基础的法治社会。理论界提到“法治社会”一词，也还是限于国家—社会一体化的大社会概念，实际上仍只是讲法治国家而已。

本文拟概述历史上法治国家的多种类型，并试图论述应当有别于其他类型的社会主义法治国家的特征，着重其主要特征之一：与国家法互补的社会法和法的社会化；与法治国家互补互动的法治社会和公民社会。

一 法治国的多种类型——从专制的法制国到 自由法治国、国家主义法治国、社会 法治国、自由社会法治国

在古代封建专制国家，虽然也有法制或比较完备的法制，但那只是专制的法制国，而非近现代意义的法治国。近现代的法治国是以法治主义作为立国原则和治国方略的国家。由于“法治”一词在不同国家有不同的表述与含义，所以，什么是法治国或法治国家，也难有统一的定义。在英国，法治指法的统治（Rule of law）；在美国指“法治政府”（government under law）；在法国，强调“法律规则至上”（la suprématie de la règle du droit）；在德国，则称为“法治国”（Rechtsstaat, the Law-Based state）。

* 中国法学会比较法学会顾问。

(一) 近代的实证主义法治国或国家主义法治国

最早提出“法治国”概念的是 19 世纪的德国, 就其德文本义及康德的解释而言, 指的是一个“有法制的国家”。它要求所有国家机关和人民都必须服从由最高立法者制定的法律, 依法办事。但这个最高立法者不论是专制君主、独裁者, 还是民选的立法机关, 都不受任何一种更高一级法律(宪法、自然法、人权等等)的束缚, 立法者的意志是法律的最高渊源, 可以变更法律。因此, 德国的“法治国”不同于 17 世纪英国的“法的统治”的思想。其法治国思想是实证主义法学的一部分, 强调作为立法者的统治者的意志及权力至高无上, 亦即国家至上。对其所颁布的任何法律, 无论良恶, 都必须无条件服从。法治国的重心在国家及其统治权力, 法律只是国家统治社会的工具。其国家观也是如黑格尔所说的“国家决定社会”, 而不是“社会决定国家”。这种“法治国”主要是“形式法治”, 随时有可能为统治者的专横权力大开绿灯。

其时, 德国的法学家如拉德勃鲁赫以法律实证主义观点, 强调法律的安定性比其正义性更当优先, 而不问法律的实质是否符合正义, 以致后来为纳粹所利用。希特勒强迫人民服从其暴虐的法西斯法律, 也号称是“法治”。战后, 拉德勃鲁赫痛心指出: “法律实证主义以其‘法律就是法律’的信条, 使得德国法律界对专横、非法的法律失去抵抗力。”^① 由此, 他将原来的实证主义的形式法治观做了修正, 指出: “法的安定性不是法必须实现的唯一的价值, 也不是决定性的价值。除了法的安定性之外, 还涉及另外两项价值: 合目的性与正义。……在实在法违反正义的程度达到了不能容忍的程度, 以致法律规则实际上变成‘非法之法律’时, 必须服从正义。民主的确是一种值得赞赏之善, 而法治国则更象是每日之食、渴饮之水和呼吸之气, 最好是建立在民主之上: 因为只有民主才适合保证法治国。”^②

这就同现代意义的“实质法治”相近了。

(二) “自由法治国”与“社会法治国”

这是现代德国学者彼德·巴杜拉在其《自由法治国与社会法治国中的行政法》的演讲中提出的概念。所谓“自由法治国”, 指 18、19 世纪自由

① [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律的不法与超法律的法》, 舒国滢译, 1946。

② [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律的不法与超法律的法》, 舒国滢译, 1946。

资本主义时代的国家。国家的职能只是国防，维持社会治安，借助警察权力和税收权力，管理国家和人民；其他活动概由人民自由安排，政府不加干预，也不承担对公民“生存照顾”的义务。公民的权利与自由，对政府公共权力是一种限制。

“自由法治国”主要是基于社会不受国家（政府）的干预而自主、自由，以之区别以国家行政权力控制社会的国家主义法治国。所谓“社会法治国”则是与“自由法治国”相对应而言，它的特征是由具有福利国家思想的立法者制定法律，主导社会发展，规范和分配社会生产的成果，从而政府由消极的管制行政，转变为积极的“服务行政”，为人民提供指导性和服务型的公共产品。国家不只拥有发布命令的权力，同时要履行满足公众需要的义务。政府树立行政服务的理念，承担对人民“从摇篮到坟墓”的“生存照顾”的义务，通过推行积极的社会政策，创造良好的社会环境和条件，保障社会人能发挥自己求生存和谋福利的潜能，保护和补偿处于弱势的社会群体，平衡贫富两极分化的不公正不和谐的社会矛盾。

“服务”与“生存照顾”是社会法治国的核心理念。所谓现代“福利国家”，从宪法意义而言，即社会法治国家。现行德国基本法第二十八条第一项规定：“各邦的宪法秩序必须符合联邦基本法所定之共和、民主及社会法治国原则。”

顾名思义，社会法治国应当是以社会为本的法治国家，这种法治国比之国家主义法治国要进步得多。但它仍是立足于国家本位，偏重于国家承担社会主体的“生存照顾”的责任，国家权力虽然要服务社会，但仍然是以国家权力来支配、控制社会。如果赶上一个开明的民主的政府，可以为社会谋福利；但也可能因政府对照顾社会福利的超重负担而导致“万能政府”、“大政府”、“高价政府”的诸多弊病。如果遇上一个专制的政府，则可能借口对人民的“生存照顾”而导致对社会的过度干预乃至强权统治。

区分不同类型的法治国，主要看其法的性质、法治的主体，特别是国家与社会的关系：其治国的法律是恶法还是良法？主要是治民还是民治？其法只是作为控制社会的工具，还是主要保障社会主体权益、为社会服务？特别是在社会与国家的关系上，社会只是听由国家（政府）支配、控制或者恩赐福利的客体，还是可以成为监控政府、保护公民权益和维护社会自由、自主、自治、自卫的主体？这是区分国家主义的法治国同自由社会的法治国的核心标志。

真正的社会主义，应是以社会为本位、为主体，以社会至上为主义。

“社会主义法治国家”首先应当区别于专制的国家主义法治国,又要区别于不承担社会义务的自由法治国,还不能等同于社会法治国,而应当是扬弃上述诸类型法治国的弊病、偏颇,吸收其合理因素,建立自由社会法治国。

二 法发展的历史类型与法的多元化社会化 ——从原始的社会法到国家法再到法的社会化

法的本源是社会。在产生国家之前,原始社会的某个阶段,就有了以习俗、禁令形式存在的社会规则(原始的社会法)。国家产生后,则有以习惯法、制定法形式存在的国家的法。国家把社会主体的大部分权利和权力“吞食”掉,凭借国家的法的强制力进行统治,调整社会关系,维护社会的秩序。国家及其法律凌驾于社会之上,成为统治一切的权力,侵犯、排斥本应由社会主体自治与自律的社会规范的活动领域。

西方奴隶社会的法以古埃及法和古希腊法、古罗马法为典型。它们都是体现奴隶主阶级意志和利益的法,是奴隶主专政的工具。不过,罗马法更多是来源于当时发达的商品经济,其中的万民法是适用于一般市民的民事法律,社会性较强。

欧洲封建制下的国家,是神权(教皇)与王权统治,神权高于世俗王权。中世纪欧洲教会势力高于国家、国王的权力,教会法包括圣经和教会的教令,虽然不算国家法,却也不是以人民为主体的社会大众的法,而是以教皇为代表的宗教统治集团的法律。它不仅是控制教徒,而且是统治全民的法律,其对于异教徒的迫害是十分残暴的。在封建社会的后期,一些王国的国家法律主要是维护封建的专制制度和封建等级秩序。但一些手工业行会出现,其行业章程起了联系本行业人们及其与国家的关系的社会纽带作用,是维护行会特权、具有社会性质的规范。

到自由资本主义时代,政府主要是充当资本主义“守夜人”角色,国家法律的职能是维护私有财产与契约自由,维护资产阶级的民主和法律上的形式平等,实质是资产阶级特权。不过,由于统治者除了阶级镇压职能以外,还有社会管理的职能,同时,资本主义的一个重要特点是市场经济发达,市民社会获得相对独立的地位,逐渐与国家分离。国家与社会二元化,从而打破了国家、教会的一统天下。资本成为市民社会(资产阶级社会)的主要社会权力。社会上资本家和工人及其他社会势力分别组成代表自己利益的团体、政党。无产阶级同资产阶级的阶级斗争,产生了强大的

工会等民间组织，工会在社会上逐渐成为能与资本家和资产阶级国家抗衡的社会组织。经过他们的斗争，使无产阶级的某些权益得到一定程度的维护（如确认八小时工作日的《工厂法》的制定，美国歧视黑人的法律制度的废除，贫困阶层的社会保障，等等）。因此，国家法律中多少渗入了社会被统治阶级和阶层的影响，体现出某些社会公共利益和被统治阶级的权益的因素。

现代资本主义国家的法律的本质虽然没有根本改变，但也不能不承认，比之自由资本主义时期已有了较大的部分质变，其民主性、社会性有所增强。特别是随着经济和科技文化的飞速发展，全球经济一体化的发展和信息社会、知识经济的形成，社会群体及其利益多元化的格局的出现，非政府组织蓬勃兴起，政府为了防止社会两极分化导致阶级斗争的加剧，避免和克服市场失灵和政府失灵的弊病，强调政府的“服务行政”和“给付行政”的职能，借鉴和吸收了社会主义的一些社会政策，建构“福利国家”，使法律的社会性、人民性有所体现。有的西方学者称，当代资本主义之所以并未“垂死”，相反却充满活力，一个重要原因是实行和实现了《共产党宣言》中所提出的十项社会政策。这方面在社会民主党曾经执政的国家如北欧和德国，尤为突出。英国学者韦恩·莫里森（Wayne Morrison）在其所著《法理学》一书中说：

社会主义的批判力量帮助西方国家对它们的法律秩序进行了重新修正。马克思的《共产党宣言》列举了革命成功之后要立即着手进行的十点社会改革计划，但是没有经过马克思所希望的革命，它们就在西方国家产生了巨大效果。^① 马克思的许多洞见，其影响超出了他的政治上的直接追随者，被吸纳到激发社会民主和自由思想的批判性对话之中。与以任何决定论方式证明为什么资本主义必然消亡方面相比，马克思在唤起资本主义的潜能方面更为成功。^②

另一方面，为了克服“大政府、小社会”的弊端和政府应对社会多元化的需要的乏力，而将政府的权力下放或还归于社会。国家权力在不断地、逐渐地向社会让出地盘，由国家权力内部的分权，发展到国家向社会分权。

① [英] 韦恩·莫里森：《法理学》，李桂林等译，武汉大学出版社，2003，第284页。

② [英] 韦恩·莫里森：《法理学》，李桂林等译，武汉大学出版社，2003，第286页。

很多社会事务已由社会组织运用其社会资源与社会权力来治理。国家法律也不是治理社会的唯一权威, 社会规范日益发挥其自治力量。

(一) 法的多元化

与权力的多元化并行的是法的多元化。在中国古代, 除了国家法外, 还有社会法, 如地方的土族法、宗族法, 寺庙的戒律, 商会的行规等等。在西方中基督教世界的臣民, 不仅生活在教会法下面, 而且也受制于世俗法律, 诸如王室法、封建法、地方法、商法和其他法律。法律制度的多元性始终是西方法的基本特色。到现代, 西方国家每一个人都生活在不只一种法制之下: 不但有国内法 (包括宪法、法律和法规等国家的法), 也有各种社会组织的“法”。在美国, 既有联邦法, 又有州法, 有严格法, 又有衡平法。各国还要遵循一些国际法, 包括国际条约、国际惯例、国际协议、联合国的公约或声明等等; 还有世界性的法, 如联合国宪章、WTO 的规则, 以及区域性法 (如欧盟的宪法和法律); 等等。

权力的多元化社会化和法的社会化多元化, 标志着国家至上、国家权力至上的神话走向解体, 人类的社会权力和社会化的法, 开始逐渐复归于社会: 由国家法对社会的绝对统治, 到国家法与市民社会或民间社会的自治规范的共治; 由法治国家向法治社会发展, 进而向法治世界迈进。人类社会经由原始社会的社会法到国家的法对社会法的否定, 再到否定之否定, 国家法与社会法并存, 预示着未来民主的法治社会新世纪、新世界的到来, 这是法发展的辩证过程。

(二) 中国法发展的社会趋势

中国几千年的封建专制统治, “家一国一天下”三位一体, 虽然也有所谓民间社会, 但主要是地方士族、豪强、宗法社会, 地方宗族势力有严格的族规家法, 甚至可以私设公堂, 刑讯、处死百姓。而这种社会法虽也起到某些调解民间纠纷、维系基层社会秩序的作用, 但基本上是专制国家法律的延伸和补充。清末民初, 民族资本主义渐趋成长, 商会、行业工会、教育公会、同乡会等社会组织创立, 他们的影响力也对立宪运动、法制改革起了一些作用。

新中国建立以来, 因为长期实行权力高度集中的政治体制和计划经济, 国家垄断社会的一切资源, 以致国家权力无孔不入地介入各种社会领域, 形成国家至上、国家权力过度膨胀、统治一切、包办一切的局面, 形成国家一

社会一体化的一统局面。民间组织萎缩，社会自治的法规范日益隐退。

改革开放 20 多年来，变计划经济为市场经济之后，社会利益群体的多元化正在强烈地呼唤着权力的多元化和法治，民间社会才得到相对独立的活动空间。到 20 世纪末和 21 世纪初，国家开始关注法治，提出建立社会主义法治国家及和谐社会的目标，在立法体系中也形成一元、多系、多层次的格局，立法过程和行政执法和司法过程中，也开始注意社会主体的参与。至于大力发展民间社会组织，建设同法治国家互动的法治社会，则还没有提上日程，或还缺乏应有认知和理论准备。

（三）法的社会化

所谓法的社会化，是指国家的法逐渐向社会倾斜：一是法的内容和法的制定与运行中社会性、人民性的增强；二是与国家的法相对独立的社会组织的自主、自治、自律的规范，在某些领域逐渐取代国家的法的地位或补充其功能。

法社会化是通过多种途径来实现的：就国家法的社会性或人民性而言，主要体现在诸如立法过程中利益相关的社会主体的参与；立法中重视对多元社会利益群体特别是社会弱势群体的权益保障；司法中来自社会的陪审员、人民监督员以及律师等的参与，开始受到关注；非政府组织的兴起与其影响力的逐渐增大，它们或接受政府的委托或授权，参与或取代政府执法，或直接以其组织所拥有的社会资源的支配力、影响力（即社会权力），试图去影响、监督、控制政府的立法和执法等国家权力行为。与此伴随的是，法学界对一向把宪法视为执政党和政府的“治国安邦的总章程”、“国家大法”的主流观念，提出质疑，转而强调宪法是确立国家与社会的正当关系的社会大法，国家尊重和保障人权、保障私有财产权等已纳入宪法。

至于社会组织自订的规则、习惯、章程与契约等自发形成的社会规范，对填补国家法制的空白，推动社会自我治理，尚处在萌发阶段，有待国家和社会的扶持。

三 法治社会

法社会化的目的在于保护社会主体的权益，协助并监督政府治理国家和社会。其目标在于建立法治社会。

（一）法治社会的含义

法治国家同法治社会是两个对应范畴的概念，人们常常将它们混为一谈。当然，相对于“自然”来说，“社会”作为一个大概念，可以包括“国家”概念在内；国家法律本身也是一种调整社会关系的规范。但是，二者毕竟有本质的区别，在研究法治的历史发展时，区分法治国家和法治社会，有特别重要的意义。

一个简单的逻辑是，社会与社会权力是先于国家和国家权力而产生的；国家和国家权力最终也是要消亡的，从而法治国家也是要消亡的。但人类社会不能一日无法治，治理社会事务和维系社会秩序的社会规范与权威总是不可少的；也就是说，法治社会将是永存的，从而作为取代国家权力的强制力的社会权力——社会强制力也是始终必要的。

当然，国家和国家权力的消亡是遥远未来的事，或许只是一种猜测。但是，也不能不看到，在经济日益全球化的情势下，民族国家的概念也正经历着需要重新界定的命运。

现实的要求是，在建设法治国家的过程中，重视同时促使法治社会的形成，逐步削减国家法律和国家权力对社会的过度干预，给社会自主自治权力与社会规范让出适度空间。

法治国家是指国家机器的民主化法治化；法治社会是指全部社会生活的民主化法治化。后者包括各社会基层群众性组织的自主自治，各事业企业组织、各种社会团体等非政府组织及其社会权力，在民主法治的轨道上的自律和在法治范围内对国家权力的监督与制衡；以及各社会群体和公民个人的思想、观念、行为、习惯都渗透着民主的权利和权力意识、法治精神，形成受国家权力和社会权力双重保护、又能以法律和社会公德约束自己和他人的法治文明。

（二）法治国家与法治社会的互动关系

1. 法治国家要以法治社会为基础

国家权力与法的本源是人民。人民是国家的主人，社会的主体。国家立法不应只是国家意志或统治阶级意志的体现，而应是全民的、全社会的共同意志的体现。法的施行，也有赖于全社会、全体民众的支持。法不应只是控制社会的工具，也是社会制约国家权力和社会自治自卫的武器。因此，国家的法治化，不能没有社会的参与，不能搞脱离社会的法治化。否则，法治国

家就是空中楼阁，只是一种难以兑现的承诺。

2. 法治社会的形成，需要法治国家的主导

法治社会的形成和运转，在相当长时期中也仍然有赖于国家权力的有力扶持与保障。在西方发达国家，其社会法治文明是在有悠久历史的市场经济与市民社会的基础上，社会自发地形成的。在亚洲，特别是中国，由于长期以来，国家对社会的严密控制和市场经济发育较晚，民间社会作为一个相对独立的力量从国家一统天下中挣脱出来，主要是靠国家的“放权”和“松绑”。同时，由于在中国，民间社会团体还是一些新出土的嫩芽，需要国家的扶持。因此，中国法治社会的形成，有赖于国家权力的主导作用。这种作用有：

(1) 以国家法治保障民间社会组织的基本权利与权力

这些权利与权力包括：结社自由；自主自治权力；社团的独立财产权；社会组织活动的安全与秩序；对来自政府或其他方面的侵权行为，有法律抵抗与救济手段；等等。没有对这些权利、权力与自由的法治保障，民间社会就难以成长和活动。

(2) 社会权力也需要国家法治和国家权力的引导与约束

任何权力不受制约都可能产生专横和腐败，社会权力也是如此。社会组织良莠不齐，对社会和国家的作用有好有坏。社会组织和社会群体行使其权力时应当遵守宪法、法律和社会公德。国家权力对于社会强势群体和集团的专横行为应加以抑制，对有违法行为的要依法制裁；对危害社会的黑社会组织、恐怖主义组织，必须依法严加取缔。

3. 权力多元化要求社会规范的多元化

在很长的历史时期内，一国之内，国家的法制是，也必须是占统治地位、主导地位的。但这不等于实行国家主义的法制，把国家权力和国家法制作为控制社会的唯一规范。既然法治国家要有法治社会的支撑和互动，要发挥社会主体的自主自治能力与社会权力，也就应当给社会权力所维系的社会自治自律的规范，留下生发的条件与一定的活动空间。国家的法律不是万能的，许多社会矛盾不能全靠国家法制来解决。在道德领域，在民间日常纠纷中，在维护社会团体内部的秩序上，是可以依靠某些民间历史传统中行之有效的良好习惯规则，按照村民意志（而不是由当地霸道的干部或不法的宗族势力专擅）制定的乡规民约，按照成员的意志制定的社团章程、组织纪律等社会自律规范来调整的。

国外有的学者主张，法律在介入社会问题之前，应当正视自己的局限