

# 国家主义抑或 人本主义

转型中国法律运行研究

张洪涛 著

Legal  
run  
mechanism

Legal  
run  
mechanism

国家主义抑或  
人本主义

转型中国法律运行研究

张洪涛 著

人  
民  
出  
版  
社

总 编 纂:周佑勇  
策划编辑:王青林  
责任编辑:李椒元  
装帧设计:曹 春  
责任校对:宋春燕

### 图书在版编目(CIP)数据

国家主义抑或人本主义——转型中国法律运行研究/张洪涛著.  
—北京:人民出版社,2008.10  
ISBN 978-7-01-007063-6

I. 国… II. 张… III. 法律-研究-中国 IV. D920.4  
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 072679 号

### 国家主义抑或人本主义

GUOJIAZHUYI YIHUO RENBENZHUYI  
——转型中国法律运行研究

张洪涛 著

人 民 大 学 出 版 发 行  
(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2008 年 10 月第 1 版 2008 年 10 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32

字数:302 千字 印张:13.375

ISBN 978-7-01-007063-6 定价:29.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

## 总 序

“大学之道，在明明德，在亲民，在止於至善”——“止於至善”四字，正是百年名校东南大学的校训。在历史上，百年名校东南大学曾经赢得“北大以文史哲著称、东大以科学名世”之美誉。而今，东南大学正秉承校训精神，不断追求，锐意进取，力图突破以往在理工科方面所取得的卓越成效，而朝着以工为特色，多学科协调发展的综合性大学方向奋力前行。1995年，东南大学恢复法学专业、成立法律系；2006年9月，东南大学正式重建法学院。通过创办学院并大力发展其他人文社会科学，东南大学正不断体现着集中华人文精神与希腊科学精神为一体的“止於至善”校训之理念，不达“至善”境界，永不止步。

东南大学法学院虽然恢复重建时尚短，然而，东大法学却已历经百年醇厚学术传统之浸润。东大法学肇始于民国时期1928年正式成立的中央大学法学院，首任院长为民国时期著名法学家谢冠生教授。昔日的中大法学院人文荟萃，名流云集，为东南法学一时之冠。学界、政界著名人物韩忠谟、钱端升、杨兆龙、梅仲协、史尚宽、刘克鏞、曾劭勋、黄正铭、金国鼎、范馨香、韩德培等，或曾任职于或曾就学于中央大学法学院，缔造了东南大学法学数十年的辉煌。

感念先贤中大法学精神，激励当下东大法学学人。当今中国，政治昌明，民生安定；经济腾飞，法治发达。东大法学如何在此盛

世之下为中国的法治建设添薪加火,对当下中国法治以及经济建设中的重大法律课题作出创造性回应,乃今日东大法学学人所面临的历史使命。“东南大学法学文库”作为肩负这一历史使命而推出的一套法律丛书,以为社会贡献一批有分量的法学作品为己任,以促进法学的繁荣发展为目的,勉力为我国法制现代化建设尽绵薄之力。

通过出版“东南大学法学文库”,亦使社会各界加深对东大法学的了解。当今中国,法学出版物急剧增多,各法学院校纷纷推出了体现自身学术风格的法学丛书。然而,这只表明今日社会文明之昌明和法律文化发展之鼎盛,而不代表法学理论著作的社会需求已经饱和。事实上,与飞速发展的我国政治经济生活相比,我国法学理论研究成果的质量与数量都有待提升。金陵古城作为位于当今中国经济最为发达、市场最为广阔、活力最为强盛的长江三角洲中心之腹地,也要求生于斯长于斯的东大法学在法治经济强劲发展的当下发出自己的声音。东大法学文库可谓应时而生!众多法学著述的存在不但使东大法学文库的出版平添了百舸争流的竞争意味,也象征着中国法学事业的锦绣篇章又添繁花。通过出版法学文库,使东大法学的学术风貌能够以一种整体的、持续的方式呈现给大家,使社会各界加深对东南大学法学的了解,使以科学名世的东南大学在法科领域再现奇葩!通过出版文库的方式,也答谢所有曾经关心和支持过东大法学发展的前辈和朋友!毕竟,无论是东大法学学人还是东大法学院本身,都需要社会和学界各方面的关爱和帮助!

本套文库的选题涉及法哲学与法理学、宪法与行政法、民法与商法、经济法、刑法、诉讼法、国际法等法学各个领域。选题范围面向东南大学法学院全体教师征集稿源,重点出版优秀的法学博士

毕业论文、省部级以上的课题结项成果以及具有创见性的专题论著。本文库坚持以质取文,拒绝平庸之作,确保该文库的高品位、高质量。凡纳入本文库出版的著作必须由作者本人提出书面申请,经由编委会就专著内容、学术规范等方面意见综合确定。我们希望,本文库能够成为东大法学高层次理论成果得以稳定持续成长的一方园地,成为集中展现东大法学学术传统与今日法学原创力学术作品的窗口!

“百年难得百家评,郁郁文哉动石城。虎踞龙蟠今胜昔,千秋学术在金陵。”期望东大法学文库的出版能够成为东大法学事业恢复重建的标志,并能延续东大法学的人文传统,超越过往,引领新时代的法治精神!

《东南大学法学文库》编委会

2007年6月26日

# 目 录

总序 .....	(1)
第一章 导论:转型中国法律运行研究 .....	(1)
第一节 实践意义 .....	(1)
一、为什么研究法律运行? .....	(1)
二、为什么研究中国的法律运行? .....	(5)
三、为什么研究转型中国的法律运行? .....	(10)
第二节 理论意义 .....	(22)
一、法律运行研究概览 .....	(23)
(一)民法法系法律运行研究分析 .....	(23)
(二)普通法系法律运行研究分析 .....	(27)
(三)我国法律运行研究概览 .....	(35)
二、法律运行研究之评价 .....	(38)
(一)存在的主要问题 .....	(38)
(二)实质及其危害 .....	(41)
三、法律运行研究之转向 .....	(47)
(一)研究路径:由分阶段研究路径转向整体 研究路径 .....	(47)
(二)研究重心:由重视反常现象研究转向重视 正常现象研究 .....	(49)

(三)研究视角:由外在视角转向内在视角 .....	(50)
(四)最核心的观念层面:由国家主义转向人本主义 .....	(51)
(五)小结:法律运行的含义 .....	(52)
第三节 研究目的、方法和结构框架 .....	(54)
一、目的和方法 .....	(54)
二、主要内容和结构框架 .....	(57)
第二章 理论进路的历史回顾 .....	(62)
——国家主义抑或人本主义法律运行观	
第一节 法律运行研究整体主义进路(一) .....	(64)
一、法律运行研究整体主义进路的开路先锋 孟德斯鸠 .....	(64)
二、法律运行研究整体主义进路的重要人物 马克思 .....	(65)
三、法律运行研究整体主义进路的集大成者 涂尔干 .....	(67)
四、帕森思及其影响 .....	(70)
第二节 法律运行研究整体主义进路(二) .....	(72)
一、瞿同祖的《中国法律与中国社会》 .....	(73)
二、费孝通的《乡土中国》 .....	(75)
三、《乡土社会的秩序、公正与权威》(论文集)中的有关研究 .....	(78)
四、苏力的《送法下乡——中国基层法律制度研究》 .....	(83)
五、赵旭东的《权力与公正:乡土社会的纠纷解决与权威多元》 .....	(86)

---

六、黄建武的《法的实现——法的一种社会学分析》·····	(89)
第三节 法律运行研究个人主义进路(一)·····	(95)
一、庞德的“著名法律人的解释”·····	(95)
二、卡多佐的围绕法官行为的法律运行问题研究·····	(98)
三、弗兰克、舒伯特的个人人本主义法律运行观·····	(99)
第四节 法律运行研究个人主义进路(二)·····	(101)
一、布莱克的研究:从宏观法社会学到微观法社会学·····	(101)
二、韦伯的社会人本主义法律运行研究·····	(101)
三、哈耶克的真自由主义法律运行研究·····	(107)
第五节 两条方法进路的比较与评价:国家主义抑或人本主义?·····	(118)
一、整体主义进路和国家主义法律运行观·····	(118)
二、个人主义进路和个人人本主义法律运行观·····	(123)
三、个人主义进路和社会人本主义法律运行观·····	(124)
第三章 人本主义视野中的法律运行过程·····	(128)
——一种社会学解释	
第一节 人的社会化与法:法律运行过程建构的理 论前提·····	(128)
一、前人研究概况·····	(128)
二、人的社会化和法律社会化的过程与程度·····	(131)
三、人的社会化和法律社会化的机制·····	(132)
(一)持内在的观点·····	(133)
(二)持外在的观点·····	(135)

(三) 比较与评价·····	(136)
四、作者的研究:人的社会化和法律社会化的 内容、程度和机制·····	(138)
第二节 法律运行过程横向的动态展开·····	(146)
一、法律运行过程的横向展开·····	(146)
二、法律运行过程横向的动态展开·····	(152)
第三节 法律运行过程纵向的动态展开·····	(159)
一、法律运行过程的纵向展开·····	(159)
二、前法律因素和前法律社会化·····	(161)
(一) 法律运行过程纵向的动态展开·····	(161)
(二) 宏观考察:以习惯为主·····	(163)
(三) 微观透视:案例研究·····	(174)
三、前其他社会因素和前其他人的社会化·····	(180)
(一) 法律运行过程纵向的动态展开·····	(180)
(二) 宏观考察:以道德为主·····	(183)
(三) 微观透视:案例研究·····	(192)
第四节 小结:人本主义视野中的法律运行过程·····	(208)
一、法律运行顺畅的内部问题·····	(209)
二、法律运行顺畅的外部问题·····	(210)
第四章 法律运行模式·····	(211)
——社会因素进入法律运行过程的制度化途径	
第一节 法律运行模式的含义·····	(211)
一、千叶正士对解决法律运行外部问题的 介绍和研究·····	(211)
(一) 西方法律的“吸纳/排斥挑战机制”·····	(212)
(二) 日本法律的“官方法通向非官方法的法律	

---

原理”	(214)
二、法律运行模式是制度化地解决法律运行的	
外部问题	(215)
第二节 西方现行法律运行模式之比较	(217)
一、西方现行两种主要的法律运行模式	(217)
二、现行西方两种法律运行模式之比较	(219)
三、现行西方两种法律运行模式在世界各国的	
分布	(224)
第三节 中国古代法律运行模式:从秦朝至清末	(226)
一、中国古代法律运行模式的演变	(226)
二、中国古代行政主导的法律运行模式	(230)
(一)立法与行政	(230)
(二)司法与行政	(233)
(三)评价	(237)
第四节 中国古代法律运行模式的现代转型	(239)
一、清末法律运行模式的选择与转型	(239)
二、清末法律运行模式转型的失败	(241)
(一)检讨的必要	(241)
(二)失败的原因	(243)
(三)失败的表现:立法独立和司法独立之艰难	(245)
第五节 转型中国法律运行模式的“名”与“实”	(248)
一、实证考察	(248)
(一)内部考察	(249)
(二)外部考察	(250)
(三)立法过程考察	(253)
(四)以司法机关为参照物的考察	(257)

二、比较制度分析 .....	(260)
(一)何谓制度分析? .....	(260)
(二)西方立法独立之制度分析:法国为主的考察 .....	(262)
(三)中国立法独立之制度分析 .....	(269)
(四)进一步的反思 .....	(279)
三、功能比较 .....	(281)
(一)目标取向和价值取向之功能比较 .....	(282)
(二)灵活性之功能比较 .....	(286)
(三)合法性获得之功能比较 .....	(287)
(四)专业化之功能比较 .....	(290)
(五)非法律之功能比较 .....	(291)
(六)结语:“从群众中来,到群众中去” .....	(292)
第六节 转型中国法律运行模式的反思 .....	(292)
一、中国社会与法律运行模式 .....	(292)
二、中国转型社会与法律运行模式 .....	(295)
第五章 法律运行动力机制 .....	(303)
——国家主义抑或人本主义	
第一节 法律运行动力机制 .....	(303)
一、法律运行机制的含义 .....	(303)
二、法律运行动力机制 .....	(306)
(一)内部力量 .....	(306)
(二)外部力量 .....	(315)
第二节 西方法律运行动力机制:从人本主义到 国家主义 .....	(319)
一、西方法律本位的演变:从人本主义到国家 主义 .....	(319)

---

(一)从义务本位到权利本位 .....	(320)
(二)从权利本位到社会本位 .....	(325)
二、西方法律运行动力机制的转变:从人本主义到国家主义 .....	(330)
(一)外部力量为主的法律运行动力机制 .....	(331)
(二)内部力量为主的法律运行动力机制 .....	(335)
(三)内部力量为主、外部力量为辅的法律运行动力机制 .....	(339)
三、西方法律运行动力机制的成因及其制度性影响:法治 .....	(341)
第三节 中国古代法律运行动力机制:国家主义 .....	(344)
一、中国法律本位的演变:国家主义 .....	(344)
(一)家本位:西周、春秋 .....	(345)
(二)国本位:战国、秦朝 .....	(347)
(三)国一家本位:西汉至清末 .....	(349)
(四)中国法律本位的制度体现:刑法或“公法” .....	(354)
二、中国法律运行动力机制:国家主义 .....	(356)
(一)内部力量 .....	(356)
(二)外部力量 .....	(361)
三、中国法律运行动力机制的制度性影响:人治 .....	(369)
第四节 中国法律运行动力机制的现代转型:人本主义 .....	(373)
一、我国法律运行动力机制转型的艰难启动:清末至文化大革命 .....	(373)
(一)清末法律运行动力机制的转型 .....	(373)
(二)清末法律运行动力机制转型的失败:新国	

---

本位的形成·····	(374)
二、我国法律运行动力机制的真正转型:改革 开放之后·····	(380)
(一)法律运行动力机制转型的经济基础:市场 经济·····	(381)
(二)法律运行动力机制转型的政治基础:有限 政府·····	(383)
(三)法律运行动力机制转型的社会基础:市民 社会·····	(385)
主要参考文献·····	(387)

---

---

# 第一章 导论:转型中国 法律运行研究

全书研究的是转型中国法律运行问题。为什么要研究转型中国的法律运行?我想从两个方面对此问题作一个初步的分析和阐述。第一,研究中国法律运行的实践意义,大致包括下列问题:为什么要研究法律运行?为什么要研究中国的法律运行?为什么要研究转型中国的法律运行?第二,研究转型中国法律运行的学术意义,针对这个问题,我是在对民法法系、普通法系法律运行的特征及其研究概况和我国的法律运行问题研究概况的总括性比较分析的基础上,来确定我研究的侧重点和拟用的方法进路,以展示、阐述我研究转型中国法律运行问题的学术意义。最后,我将对本书的写作目的和方法、主要内容和结构安排作一个交代。

## 第一节 实践意义

### 一、为什么研究法律运行?

如果说和平与发展是世界共同的主题,法律运行问题则是现在世界各国法治发展的主题。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 广义的法律运行包括法律的形成、法律的执行和法律的遵守;狭义的不包括法律的形成。本书持广义。

在已经实现了法制现代化的国家,由于法律理性化、自治化和形式化的不断提高,法律日益远离社会,疏离生活,法律运行面临许多困难和障碍,法律规避、法律被置换、法律空转、法律运转失灵等等在不同国家不同程度地存在,法律面临着被重新解构和建构的问题。为回应这种需要,人类进行了艰苦的求索。法律人类学深明“不入虎穴、焉得虎子”的道理,以“不耻下问”的气魄,带着“礼失而求诸野”的期待,委身来到现存的落后的传统的部落社会“求神问道”,提出了法律多元、非西方中心主义等惊世骇俗的宏论;法律经济学疯狂地对经济学的理论和方法进行了贪婪的借用,将人类法律制度翻了一个底朝天,发现法律运行不畅的原因在于人类在制定法律的时候违背了经济学的原理——经济人的假设,因此要对人类已有和将来制订的法律进行经济学的分析,即使是那些传统上认为不适合进行经济分析的领域也不放过,试图制造一个“经济学帝国主义”;在此,法律社会学也不甘落后,利用它自己的资源优势——理论丰富多彩,如结构功能主义的、冲突论的、符号互动论的、现象学的、交换理论的,以及研究手段的完善和先进——对法律领域进行了大举的入侵和占领,对法律运行的宏观环境和微观过程进行了研究,在西方历史上掀起了一种“法学中的社会学运动”,企图建立一个“社会学帝国主义”;法行为学和法律心理学则把研究的触角无情地深入到人类的内心和行为,揭露了人类许多“隐私”——守法的动机以及通过调节人类的行为动机来调整人的法律行为,从而达到使人类遵守法律的目的;<sup>①</sup>还有的对上述的理论进行综合,提出了“无需法律的秩序”的看法,认

<sup>①</sup> 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第328—347、374—395页。

为人们不遵守法律难以形成法律秩序是因为法律的制定者对那些会促成非正式合作的社会条件缺乏眼力。<sup>①</sup> 在这些研究中,从研究进路上,既有向上的追问又有向下的求证,既有宏观的视角又有微观的视角,还有二者兼而有之的,其最终目的只有一个,那就是阐明影响法律运行和人们遵守法律的因素以及这些因素是如何影响的,以便使法律运行得以畅通,法律目标得以顺利实现。为此,他们也提出了许多应对之策:“软性法治”、“回应型法”、“反思的法”、“沟通的法”、“自创的法”、“后科层制法”、“不断扩展的秩序”,等等。

在没有完全实现或将要实现法制现代化的国家,由于法律不是内生于本国而是从其他国家移植或拿来的,本土“法”与移植的“法律”难以契合,法律运行中的历时性问题共时性爆发,法律运行不畅更为突出,更为复杂,产生的原因、面临的问题以及解决问题的途径方式因具体国情的不同而不同,表现出一种明显不同于西方发达国家的面貌。比如在我国,历史文化传统悠久深厚,本土的法律文化根深蒂固,具有较强的惰性和顽固性,经过几千年历史的浸染和潜移默化,“肉体化”成为中国人的一个不可分割的组成部分,弥散在社会的各个角落,“嵌入”社会中而成为社会的一个有机组成部分。同时,中国传统的法律文化与现代移植的法律不论是在制度层面还是在价值层面,都存在深深的不可逾越的鸿沟,存在激烈的文化冲突,相对于传统法律文化而言,移植到中国社会的现代法律完全是一种异质的法律文化,这种文化的冲突必然带来正式制度与非正式制度的断裂和内在的紧张。因此,在我国,移

<sup>①</sup> [美]埃里克森:《无需法律的秩序:邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第1页。