



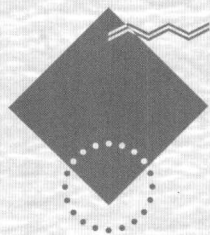
Guojia Yu Shehui
Chuantong Dongfang Falu De Yundong Jili

国家与社会： 传统东方法律的运动机理

唐宏强 著



人民出版社



Guojia Yu Shehui
Chuantong Dongfang Falü De Yundong Jili

国家与社会： 传统东方法律的运动机理

唐宏强 著



人民教育出版社

责任编辑:李春林

封面设计:肖 辉

版式设计:程凤琴

责任校对:李毅夫

图书在版编目(CIP)数据

国家与社会:传统东方法律的运动机理/唐宏强 著.

-北京:人民出版社,2008.2

ISBN 978-7-01-006472-7

I. 国… II. 唐… III. 法理学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 134936 号

国家与社会:传统东方法律的运动机理

GUOJIA YU SHEHUI; CHUANTONG DONGFANG FALÜ DE YUNDONG JILI

唐宏强 著

人民出版社 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 2 月第 1 版 2008 年 2 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:22.5

字数:351 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-006472-7 定价:48.00 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

序

公丕祥

欣闻唐宏强博士的学位论文《国家与社会：传统东方法律的运动机理》即将付梓面世，我谨致以学术上的衷心祝贺！

近些年来，国内外学术界对马克思的东方社会理论产生了愈益浓厚的兴趣，出版了许多研究著述。形成这一学术热潮的原因是多方面的。一方面，马克思的东方社会理论作为一个完整的研究对象，在过去的相当长一段时期内，不被人们所重视，特别是在描述马克思关于人类社会发展进程及其规律的论述时，很少被提及或展开分析。随着20世纪70年代以来马克思晚年人类学笔记的相继问世，人们发现晚年马克思的思想异常丰富，特别是关于古代公社制度以及传统东方社会的论述，构成了马克思对人类社会发 展过程的全方位的历史反思，具有重大的理论价值。这就极大地激发了学术界的研究热情。另一方面，20世纪以来的东方社会发生了巨大的变化，对整个世界历史进程的走向产生了重大的影响。尤其是当代中国的社会转型及其历史性变革，处于变动之中的国际格局与中国的和平崛起，更是引起世人的广泛关注。因此，一系列重要的问题便摆在人们的面前：如何认识包括中国在内的当代东方社会的发展变化？这一发展变化的内在机理怎样把握？东方社会的未来发展前景如何？实践是理论之母。现实的需要，推动着学术的进步。要回应这一系列问题，就有必要深入探讨东方社会历史发展进程中的传统与现代的相互关系。认识传统及其传统的创造性转换，就成为考察包括中国在内的当代东方社会运动机理的一个基本切入点。为此，就需要研读各种相关的思想资料。而在这方面，马克思关于传统东方社会及其变革的思想，无疑成为上述研究活动的重要理论工具，国际学术界特别是我国思想界对于马克

思东方社会理论的高度重视,亦是势所必然。

应当看到,马克思的东方社会理论包涵着极其丰富的思想内容,其中关于东方社会法律文化的思想,乃是这一理论系统的不可或缺的重要方面。马克思关于东方法律文化的社会基础、基本特性、转型发展等问题的论述,构成了马克思主义法律发展学说的有机组成部分。而国内外学术界对马克思的东方法律文化思想的研究,则显得较为薄弱。唐宏强博士的这部论著,对马克思的东方社会法律文化思想作了深入的阐述,并以此为理论分析工具,系统地探讨了传统东方社会法律文化的运动机理。这确实是难能可贵的!作者坚持以马克思东方法律文化思想为指导,运用国家与社会的分析范式,着力考察了传统东方社会法律发展中的国家与社会的互动格局,分析了变革时代东方社会与法律文化的运动方向,进而在此基础上,对社会变迁与法律发展的基本原理作出了有深度的概括总结,达到了较高的学术水准。这不仅有着重要的理论价值,而且具有鲜明的现实意义。

我衷心祝愿唐宏强博士在紧张繁忙的行政公务之余,继续保持不竭的学术热忱,在法学园地里不懈耕耘,力争收获更为丰硕的学术成果,以无愧于我们这个伟大的时代。

2007年12月于南京

目 录

绪 论 作为一种分析工具的“国家—社会”范式	(1)
第一节 “国家—社会”的两分架构及其方法论意义	(1)
“国家—社会”两分架构对研究法律发展问题的 功用——“国家—社会”两分架构研究法律发展 问题需作的几点说明——“国家—社会”两分架 构研究法律发展问题的方法论意义——小 结	
第二节 “国家—社会”与法律发展	(16)
国家与法律发展——社会与法律发展——国家与 社会互动中的法律发展——小 结	
第三节 本书的主题说明	(49)
本书的选题缘由——本书研究的意义——本书拟 要解决的主要问题——本书拟要达到的理论目 标——本书的主要框架	
第四节 本书的论述方式	(55)
明确主线,统贯全文——统分结合,齐头并进—— 中西比较,寻求对策——抓住核心,循序渐进—— 立足历史,展望未来	
第一章 传统东方国家与社会的结构特征	(58)
第一节 传统东方国家的起源及其结构特征	(58)
东方的界定——对“国家”概念的一般解读—— 国家产生的导因——早期国家的形成模式——传 统东方国家起源的独特性——传统东方国家的结 构特征——传统东方国家的职能及其特征—— 小 结	
第二节 传统东方社会的结构特征	(80)

引言——传统东方社会内在结构的构成因素及其特征——传统东方社会结构所存在的内在矛盾——传统东方社会的内在特征——传统东方社会经济结构的特征——小结

第三节 传统东方国家与社会的内在关系解读 (111)

土地公有:专制国家制度赖以存在的经济基础——农村公社:专制国家制度赖以存在的社会基础——专制制度:社会的超强制管理机制——等级制度:国家与社会的联系纽带——贡赋关系:专制国家榨取社会无酬劳动的独特形式——地理环境:专制制度和社会运行机制产生的外因——停滞不前:专制统治与依附社会互动的直接后果——小结

第二章 传统东方国家与法律发展 (131)

第一节 传统东方国家的法律价值取向 (131)

为维护统治者的专制统治地位服务——为维护国家权力的私有化服务——为维护统治者自由服务——为维护专制统治者通过村社制度实现其最高土地所有者地位服务——为维护有益于确立统治阶级统治地位的伦理道德观服务——为维护统治阶级推行有益于专制统治的宗法等级制度服务——为维护义务本位和社会本位价值定位服务——小结

第二节 传统东方国家职能与法律运行模式 (144)

国家的行政职能与法律的功用——国家司法权的行使与法律功能——国家职能特征与法制模式——小结

第三节 传统东方影响法律发展的国家因素 (151)

行政运行机制与法律发展——法律创制与法律发展——习惯法与法律发展——国家意识形态与法律发展——国家教育体制与法律发展——国家与社会的矛盾运动与法律发展——土地国家所有制与法律发展——小结

第一节 问题的重要性	(165)
第二节 传统东方社会调控机制的内在特征	(167)
社会调控机制概述——传统东方社会调控机制的 构成要素——传统东方社会调控机制的特征—— 传统东方社会作为调控机制构成要素的法律与其 他要素间的关系表征——小 结	
第三节 传统东方社会法律的价值追求	(189)
传统东方法律产生的社会根基——传统西方社会 法律的价值追求——传统东方社会法律的价值追 求——小 结	
第四节 传统东方土地所有制变化与法律发展	(201)
土地公有制是影响东方法律的最初、最基本、存续 时间最为久远的社会经济形式——动产、不动产 的私有化运动为传统东方社会与法律发展关系的 产生打下坚实的基础——维护私权的社会力量的 汇集而非政治暴力是土地公社所有制解体的根 源——土地所有制二元化运动与法律发展——印 度土地所有制的二元化运动与法律发展—— 小 结	
第五节 传统东方社会内在状态变化对法律发展的影响	(215)
生产力水平的提高对法律发展的影响——社会分 工的发展对法律发展的影响——社会主体的劳动 私有化程度对法律发展的影响——城市制度对法 律发展的影响——社会主体间的交往范围的扩大 对法律发展的影响——婚姻家庭制度的变化对法 律发展的影响——宗法血缘关系的变化对法律发 展的影响——小 结	
第四章 变革时代的东方国家、社会与法律发展	(233)
第一节 东方变革时代概述	(233)
东方变革时代之界定——外来的冲击与东方变革 时代——东方社会变革的历史后果——小 结	
第二节 变革时代的东方国家与法律发展	(244)
东方国家推进法律变革的动因——影响东方国家 法律变革成效的因素——小 结	

第三节	变革时代的东方社会与法律发展	(257)
	东方社会面临的选择——西方对东方的冲击——	
	社会变迁对法律变革的影响——小 结	
第四节	变革时代东方法律发展的主要特征	(268)
	法律发展的被动性——应对域外冲击的法律发展	
	的多样性——法律发展的动力之源——小 结	
第五节	变革时代的中国法律发展状态概述	(276)
	引 言——变革时代的中国法律发展的历史分	
	期——影响中国法律发展成效的因素——小 结	
第六节	变革时代的俄国法律发展状态概述	(289)
	农奴制的瓦解是俄国变革时代到来的前奏——对	
	农村公社所有制的改造是俄国法律变革的社会基	
	础——俄国法律变革的历史选择——小 结	
第七节	变革时代的印度法律发展状态概述	(304)
	传统印度法律的基本特征——印度法律变革与发	
	展的动因——印度法律变革的范式——印度法律	
	变革的特点——印度法律变革的历史后果——	
	小 结	
结 语	关于社会变迁与法律发展的理论总结	(324)
主要参考文献		(331)
后 记		(345)

绪论 作为一种分析工具的 “国家—社会”范式

在拟定好所要研究的主题之后,选择切中要害的分析工具是首先应着力解决的极其重要的问题。因为,分析工具的选择决定着在整个研究过程之中是凭借何种型号的“透镜”去“观察”问题、沿着何种思维路径去判析问题、采取何种措施去解决问题。若分析工具选择恰当,可对所确立的研究主题的内核及其发展的脉迹有一清晰的把握。否则,就犹如盲人摸象,不仅达不到预期的目的和目标,而且既浪费“资源”,又可能产生本不应有的负面性。

第一节 “国家—社会”的两分架构及其方法论意义

国家与社会是人类自我创造并生存于其中的两个最基本的组织体。自学术史发端以来,国家与社会不仅是一般国家和社会理论中两个最基本的概念,而且两者间的关系问题也成为社科人文领域尤其是法律思想领域的元命题。在发达的资本主义社会关系形成之前,西方传统学术一直混淆国家与社会两者间的区别,^①而学术界对之关怀的结晶便是国家与社会的二元对立的理论框架的构建或曰思维模式的形成。长期以来,国家与社会的二元界分一直是一个不倦的话题,其思想不仅发轫于西方历史的早期,更是与以不同形式的反专制主义思潮为核心的西方民主、法治及宪政化运动相伴和发展的,经典论述最初出现在近代政治经济学著

^① 例如亚里士多德既把希腊城邦看做是一种“社会组织”,又认为是一个“政治团体”。在近代广为流行的社会契约论,其核心是把人们通过契约所构成的社会共同体视为国家本身。这种混淆国家和社会的思维,实际上是赋予了国家永恒的非历史性质。

述之中,成熟于黑格尔,发展于马克思^①。当然,此研究成果乃非一日之功所能获,不仅是长期探索的积淀,也是以市民社会的兴起、成长和独立为“推进器”及体现社会内在需求且源于其中的法律发展为表征。随着全球化进程的不断推进,包括中国在内的各国所出现的意义深远的状态是社会的急剧变迁、价值的再次定位、权力的重组和对国家与社会的二元化模式及市民社会理论予以前所未有的关注,法治氛围得以空前的营造,能够真正体现社会历史和时代需求的法律发展有了勃发的强劲动力和良好的环境。

“国家—社会”两分架构对研究法律发展问题的功用 社会在不同的历史阶段、不同的文化传统和不同的民族背景中确有着不同的内涵,国家源于社会,要厘清两者的关系,基础在于对社会的认识和定位。社会并不单纯是经济的或者说是“前政治”或“非政治品格”^②的范畴,它包括一个公众的或公共的“但却不是根据政治予以架构的领域”^③，“在社会自主性得以展现的那些领域,政治权力应当尊重社会的自主权”^④。只要一个社会是依凭政治结构而规定的,只要还认为政治权力可以侵吞社会,那么面对国家的强权对社会的侵逼,社会便会缺乏原则性的抵抗和道义或现实的制衡力量。可见,社会分立于国家的状况从某种意义上决定着国家与社会的界分程度,所产生的现实成效并不是通过国家的僵硬且严格的一般规则来加以确定的,而是由其内在的强劲动力源发挥作用的结果,故万不可忽视或低估社会所拥有的整合作用和功能。社会制度的变革正是源于社会内部的整合能力的增强与诸要素间矛盾的变化,对国家与社会进行明确界分的关键在于社会^⑤。故我们认为社会是“国家—社会”两分架构建立的基础,唯有认清社会才能明辨国家,才能定位好国家与社会两者间的关系,进而才能真正了解、掌握、导引与两者相关的一切——当

① 参见公丕祥:《法制现代化的分析工具》,载于《中国法学》2002年第5期,第40页。

② [英]查尔斯·泰勒:《市民社会的模式》,载于邓正来、[英]J. C. 亚历山大:《国家与市民社会》,中央编译出版社2002年版,第24~25页。

③ [英]查尔斯·泰勒:《市民社会的模式》,载于邓正来、[英]J. C. 亚历山大:《国家与市民社会》,中央编译出版社2002年版,第22页。

④ [英]查尔斯·泰勒:《市民社会的模式》,载于邓正来、[英]J. C. 亚历山大:《国家与市民社会》,中央编译出版社2002年版,第21页。

⑤ 参见[英]查尔斯·泰勒:《市民社会的模式》,载于邓正来、[英]J. C. 亚历山大:《国家与市民社会》,中央编译出版社2002年版,第4~5页。

然包括法律及其发展。

国家是社会发展到一定历史阶段的产物,它植根于社会,对社会具有一定程度的渗透甚或统合功能,只要国家与社会两者同时存在,它们就能够相互交织并达到一定程度的动态平衡状态,只不过无论两者间的关系达至何种程度,社会还有必须依赖于国家对其进行相应调控、引导及关怀的方面,否则是不会产生令人满意的结果的。所以,“国家—社会”两分架构建立的前提条件是应将国家的角色定位准确,从而使之扮演好自身的应然角色。因为,如果国家的角色定位不好,必然角色扮演不好,而这一状态的出现,无论从何角度而言,社会都不可能得到能够自强、自立和对国家形成必要制约的生存环境,从而国家与社会两者间的界分及互动必成为空谈。可见,社会虽是“国家—社会”两分架构建立的基础,但并非是与国家完全分离和一块丝毫不受国家制约或影响的“飞地”,而是与国家存在于一种相别又相依的彼此无法割断的互动性联系的关系之中,两者“若完全分离,便不可能是社会整体的一部分”^①。即国家与社会在时过境迁中有分离的同时,也存在必须融合的一面,完全可以说两者的分离是为了更好地融合及融合是为了更恰当地分离,从而最终使两者协和和良性互动。就现实而言,随着国家的角色转换与社会的变迁,两者间的关系变得更为复杂和模糊,只有将两者之间的张力施至适可的程度,才能使各自得到最佳的发展空间。唯此,一方面社会才能使得其中所包括的一个公众或公共但不是根据政治予以架构的领域得以保留,另一方面由于认同而限制了实际损失的潜在渊源并补偿了某些实际损失,若国家不能在导致实质性冲突的限度内与社会达成并维持在协和和良性互动的状态,社会就将因此而失去维护自身和谐、有序、高效运作的根基。

当然,我们不否认两者存在时常相互冲突的现象,但诚如奥尔格·西梅尔和刘易斯·科索尔(Georg Simmel and Lewis Coser)所言:“冲突是对合作的必要完善,因为冲突不仅提供了一条释放日常紧张的安全通道,而且也建立和维护有关规范与规则创造了条件。”^②那种认为国家与社会

^① [美]爱德华·希尔斯:《市民社会的美德》,载于邓正来、[英]J. C. 亚历山大:《国家与市民社会》,中央编译出版社2002年版,第33页。

^② 转引自[美]魏斐德:《市民社会和公共领域问题的论争》,载于邓正来、[英]J. C. 亚历山大:《国家与市民社会》,中央编译出版社2002年版,第384页。

是一对完全对立的矛盾体的观点是极为不妥的,此主张“乃是西方近代早期和近代经验中高度抽象出来的一种理想”^①。东方传统社会是完全依附或曰奴役于国家的,当下国家应当控调、导引、关怀社会使其具有必要的自立性和与国家相分离的能力,并力求两者形成协调与良性互动,而不是非理性的、自耗式的对立。

正因国家与社会始终处于一对矛盾的统一体之中,为使两者能更好地协和和良性互动,必须有一套可行的制约机制,以便既有益于使两者的分化,也有利于使两者的融合,而在诸多的制约机制之中法律又居于可发挥极为重要的、突出的和不可或缺的作用及功能的地位。一方面,法律作为一定历史时期的现象和产物,始终动态地受诸多因素所制约,而国家与社会是诸多制约因素之中最为关键的两个环节,要认识法律及其制度、体系和价值追求,就必须对两者的性质作出正确的判析,而达此目标的关键之处又在于对两者作必要而准确的区分。另一方面,人类社会一定历史时期的法律及其制度、体系和价值追求也是国家与社会之间关系的表征,所以,法律就成为“国家—社会”两分架构的纽带。“法律一旦不是居于国家与社会之间合适的位置,担当国家权力与社会权利的衡平器,而是臣服于国家之下,充当国家欺凌社会的‘刀把子’,法律便不能成其为法律”^②。一定历史时期由国家与社会两者关系所决定的法律及其制度、体系和价值追求是当时社会秩序得以建立的基础之一,亚当·塞利格曼认为:“社会秩序的基础或渊源在传统上被认为存居于某些外在于社会世界的现实之中……上帝、君主甚或传统规范和行为本身。到了17世纪末,这些关于秩序的原则开始受到越来越多的质疑。18世纪,人们开始越来越把视角转向内部,从社会自身的运作来解释社会秩序的存在”^③。那么,是什么赋予了社会一个明确的身份?什么才是一个社会不可或缺的特征?是什么使一种社会变成另一种社会?——这些都源于一定历史时期的法律。

^① 转引自邓正来:《中国发展研究的检视》,载于邓正来、[英]J. C. 亚历山大:《国家与市民社会》,中央编译出版社2002年版,第458页,第1注。

^② 齐延平:《国家与社会:一种法学思维模式的重新解读》,载于《文史哲》2000年第2期,第69页。

^③ [美]亚当·塞利格曼:《近代市民社会概念的缘起》,载于邓正来、[英]J. C. 亚历山大:《国家与市民社会》,中央编译出版社2002年版,第51页。

社会因自身固有的局限性必然依赖于国家对其内部进行必要的制约,但这种制约必须立足于对社会有益并给予其必需的自治范围,从而最大限度地推动社会进行符合其内在发展规律要求的原则变迁。若国家对社会进行不恰当的限制和干预,则不仅会阻碍社会的变迁,而且还会制约自身的发展和角色的恰当扮演。要克服这一现象的发生,唯有依赖来源于社会并经国家这一中介而产生、变革与发展的法律。良好的法律秩序与社会的认同性有着不可割断的关联,为此需思考和研究如何最大限度地发挥国家的相应功能,使得所要建构的法律秩序能在符合社会内在需求的同时,也使社会的认同性得以最大限度的提高。此外,必须认识到现实的法律同国家与社会间冲突的产生和张力形成的最为根本的原因是社会渊源而非文化渊源,如果认为是源于文化,那么,所勾画出的仅是一个不切实际的乌托邦式的或空想的改革者关于建立一个毫无冲突、没有生机、刻板的社会虚幻图景。法律发展的重心在社会的需求而非国家的活动^①,如果法律不能为社会的应然权利的实现提供便利,那么它就因失去存在的社会现实基础而被彻底否定。总之,法律的独立品格来源于国家、来源于社会又独立于国家、独立于社会。唯此,社会方能成其为“社会”,国家方能成其为“国家”,“国家—社会”两分架构方能真正形成且具生命力。

很显然,只要现代国家还趋向于动员、重组社会主体的生活和规制其行为,只要社会还要求国家恰当扮演好自身的应然角色,国家与社会的界分就一定会继续起作用。所以,应以理性的方式将国家与社会区分开来,以便一方面为社会的自由发展争取最大的空间,另一方面使国家不断提高自身的素质和效能及积极、充分而有效地发挥自身的作用,从而扮演好自身的符合有利于社会变迁的内在需求的应然角色。也可以说,在对国家与社会间的不可回避的张力进行必要的“检讨”和合理“调适”,并在“现实批判性和吸取性创新的”^②基础上和前提之下重新调整国家与社会间的关系,进而使两者能尽可能地处于良性互动状态之中尤为重要。作

^① 参见公丕祥:《法制现代化的分析工具》,载于《中国法学》2002年第5期,第42页;[奥]欧根·埃利希:《法社会学方法——关于“活法”的研究》,载于《山东大学学报》(哲学社会科学版)2000年第3期,第12页。

^② 邓正来:《市民社会与国家》,载于邓正来、[英]J. C. 亚历山大:《国家与市民社会》,中央编译出版社2002年版,第77页。

为国家与社会批判性自我反思的基础的“国家—社会”两分架构的研究范式,对于考量、限制和规范国家与社会的各自行为,防止国家始终存在着的对社会的逼近、扩张和膨胀,克服社会对国家的依附性和非协和性制约具有相当重要的功用。可见,洞识两者间的内在关联,并将之导引至符合历史和时代发展要求的轨道具有相当重要的意义。

“国家—社会”两分架构研究法律发展问题需作的几点说明 为能恰当地应用好“国家—社会”两分架构的论述方法,以达到对法律的运动机理准确、深刻、全面揭示的目标和目的,我们认为应对下述几点作必要的说明。

(一)应以自身的发展逻辑为出发点

由于国家与社会间的关系原本就具有相当的繁复性,加之“传统东方的”社会长期依附于国家及所具有的对国家的依赖性基因,使得我们要理清两者之间的关系本非易事,即要对“传统东方的”国家与社会同法律发展间的关系的内涵进行准确的梳理和厘定是十分困难的。为了更好地把握其内在特征,在研究的过程中,我们确应通过适当的与西方相比较的方式,尽可能地探寻出自身的优劣之处,并在一定程度和范围之内借鉴“西方的”成功做法。不过,我们应力求克服用“西方的”眼光来观察自我、以“西方的”国家与社会同法律发展的关系模式为母本而禁锢我们的思维和捆住我们的手脚,即我们要防止在对“传统东方的”国家与社会同法律发展的内在关联的揭示时,在不知不觉之中丢失对“西方的”辩证的、理性的批判力,或有意识地以“西方的”思维为标尺,甚至以“西方的”模式为判断标准,在“东方的”国家与社会的关系中寻求、发现或希冀两者有相似之处,从而不仅忽视自身所固有并一直在发挥积极作用的有益因素,而且将同样具有十分重要意义的有益成分同不合“西方的”的现象进行批判,机械地构建自身的法律同国家与社会间的相互关系范式。东方本具有自身的特殊的品格,要是以“西方的”眼光来观察或套用自己,对事实进行考察、研究的结果必定是不真实的,由此所形成的理论对现实而言必定是一个“乌托邦”甚至误导。所以,若要想通过采用“西方的”式的思维方式或观察视角能得出“东方的”真谛必定是一种幻想。只有以“东方的”自身发展逻辑为出发点在国家与社会同法律发展的互动性关系中进行必要的探索和研究才是理性的、现实的、可行的、有益的、远

见的。

总之,毋庸置疑的是:要使以“国家—社会”两分架构作为论述问题的切入点能发挥较好的作用,就应对传统的思维路向作出有效的批判,清除以前不适当的研究方式的印痕和记忆,从而探索、揭示法律发展的深层导因。当然,不可否认,一方面由于研究者在建构理论时的价值取向的差异性,另一方面由于国家与社会间的关系的开放性与包容性及复杂性,使得在论述的过程之中必定会表现出不同的意图和采用别样的方式及达至相殊的目标和目的,进而产生相异的效果。即便如此,亦不应奇怪,更不能扼制,因为从某种意义而言此现象的存在是十分有益的。

(二) 应对社会与市民社会两者加以区别

采取“国家—社会”两分架构的方法研究法律发展问题,是否有借用或套用当下方兴未艾的国家与市民社会关系的论述范式的情境存在呢?如果不是借用,能对自身法律发展过程中的实际进行批判意义的阐述吗?如果是借用,与其他国内外学者的相关论述又有何相异或突出之处?事实是并不存在借用或套用之嫌,仅是作为一种分析和论述问题的范式——且确实是一种十分切实可行的,以此可以揭示国家、社会历史发展的互动性并对产生于社会之中、通过国家这一中介现实化和为两者服务的法律发展的内在机理有更为准确地认识和把握。当然,目前学者们在论述法律发展问题时,尤其是从社会学、法社会学、法理学、历史学、政治学等角度进行分析时,确实是常与市民社会这一概念相连。市民社会话语发端于西方,最早的使用者可追溯到古希腊的先哲亚里士多德^①,由黑格尔将之引入法学领域后,马克思对其内涵和特征作了深入而科学地揭示,从而为后人进一步正确认识法律以及法律与社会、法律与国家、法律与国家和社会间的互动性关系提供了极为重要的认识视角和方法论。当然,哈贝马斯及其他 20 世纪晚期的历史学家、社会学家认为,市民社会的产生、发展、壮大及成熟是与源出于西方的法治理念的形和宪政运动联系在一起,“作为人类伦理生活展开中的一个阶段,是一种现代现象,是现代世界的成就,它的出现,归根结蒂使现代世界与古

^① 参见梁云祥:《东亚市民社会与国家的统治》,载于《国际政治研究》2004 年第 3 期,第 75 页。

代世界发生了质的区别”^①。不可否认，这样的论述具有正确合理之处。

因本书研究的定位点是揭示在“国家—社会”两分架构下法律发展问题，为此，我们既不能囿于市民社会或机械地搬用这一情境或话语，也不能用它作为对问题研析和论述的判准或切入点。但我们也不可否认，在社会与市民社会两概念的内涵之中有交织的成分。市民社会是人类社会历史发展至近现代而出现的景观，是人类历史长河之中的特定时段而必有其特殊性，但我们不可否认其存在的理论及实践意义，相反或许能从中深受启发和教益。因为市民社会的出现是人类历史长河奔流不息所致，而非断流使然，它在产生、发展、壮大及成熟的过程之中必定蕴含着人类社会发展的—般性规律。传统的东西有可能至此因推陈出新而在被否定中由新的“产品”所替代，也可能具有一些对社会发展一直在起作用的成分，只不过在传统阶段因种种原因没能显现出来而无法发挥相应的作用，直到市民社会能够产生、发展、壮大和成熟时期才获得表征其功能发挥的重要性的机会而已。所以，我们不能因市民社会是近现代才出现的现象，而将包含于其中的符合人类社会历史发展规律但至此才表露出来的内容也排拒于在“国家—社会”两分架构下对法律发展问题的论述的使用之列。应该相信，借鉴此方法论述，在一定程度上会使我们以更高的视角和更为清晰的思维，获得更切实的效果，充分挖掘、分析、揭示法律的运动机理，并为对现代国家与市民社会间的关系的研究提供一定的可鉴之资。不过，对于近现代市民社会与国家能真的分得那么精准或清晰可能很难说，就连当今世界西方十分杰出的学者、创立第三域理论——市民社会理论的哈贝马斯本人，在其努力构建这一理论的过程之中，还会自觉不自觉地“最终又退回到将国家与社会做简单的二元对立”^②的地步。这或许从一个侧面向人们传达了这样一个信息：对任何事情求全是愚蠢的，是不切实际的，同样也是导致停滞或倒退的根源。

（三）应对传统加以界定

现代由传统而来，传统中隐含着向现代转型的深厚的正面资源，研究

^① 邓正来：《市民社会与国家》，载于邓正来、[英]J. C. 亚历山大：《国家与市民社会》，中央编译出版社2002年版，第88页。

^② [美]黄宗智：《中国的“公共领域”与“市民社会”？》，载于邓正来、[英]J. C. 亚历山大：《国家与市民社会》，中央编译出版社2002年版，第427页。