

法制现代化
研究丛书

法律意识论

LEGAL ON CONSCIOUSNESS

刘旺洪/著

法律出版社

国家“九五”社会科学基金项目

法制现代化
研究丛书

法律意识论

LEGAL ON CONSCIOUSNESS

刘旺洪/著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律意识论/刘旺洪著. —北京:法律出版社,2001.5
(法制现代化研究丛书)

ISBN 7-5036-3405-7

I. 法… II. 刘… III. 法律意识—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 022014 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李跃

责任校对/何萍

印刷/中国科学院印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/11.75

字数/307 千

版本/2001 年 8 月第 1 版

2001 年 8 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7 5036 3405 7/D·3122

定价:23.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

总 序

21 世纪的钟声即将敲响。

伴随着向新世纪迈进的时代脚步,当代中国的社会变革正在以空前的广度和深度波澜壮阔地展开。这场伟大变革的进程已经并且将继续深刻地改变着中国社会的基本面貌,导引着中国社会的未来发展走向。

纵观 20 世纪的全球历史进程,我们可以看到,在不同的区域或国度,尽管法律变革的过程、特点和目标有所差异,但是作为一种模式或势态,法制现代化却几乎成为这一历史过程的基本法律表现。诚然,这个进程在不同的文明国家中的具体实现程度是不同的;不过,它所昭示的法律文明成长的时代走向却是激动人心的。

法制现代化属于法律发展的范畴。法律发展论所要探究的乃是社会发展与法律进步之间的互动关联结构,它所要建构的正是法律成长的一般模型。在法律发展论领域中,法制现代化理论关注的重点,是从前现代社会法律系统向现代社会法律系统

的转变这一特定过程,寻找这一转变的内在机制。从广泛的意义上讲,法制现代化是一个变革的概念,是传统法制向现代法制的历史性跃进。这个进程或是因内部诸条件的成熟而从传统走向现代,亦称“内发型”法制现代化,或是因一个较先进的法律系统对较落后的法律系统的冲击而导致的进步转型,亦称“外发型”法制现代化。但不管是哪一种变革型态,法制现代化无疑是一个创新的进程,其实质乃是从人治型的价值——规范体系向法治型的价值——规范体系的转变。

从世界范围来看,关于法律变迁与发展的理论研究,早在17、18世纪就已经开始了。到了19世纪后半叶,对于法律发展的研究由历史哲学分析模式转向类型学的分析范式。在这方面,以马克斯·韦伯为典型代表。韦伯把法律的现代化视为理性化的过程,是形式合理化的过程。而这一过程只发生于西欧社会,在其它地区,法律由于各种因素的影响而未能走上现代化的道路。到了20世纪60年代,在西方主要是在美国兴起了关于法律与现代化、法律与发展的研究思潮。这一思潮从一开始就具有两个鲜明的特色:一是重点研究发展中国家经济发展的非经济环境,也就是法律制度 and 政治结构的转型问题;二是关注法律发展的普适性问题,也就是研究不同社会文化背景下的法律向现代法律转变的共同特征,把法律发展或法制现代化看做是第三世界国家法律体系移植西方法制进而逐步“西化”的过程。这一思潮有其特有的政治功利性,这集中地表现为西方国家力图把广大非西方的第三世界国家法律发展纳入西方化的轨道之中。随着西方式法律改革试验在一些第三世界国家的相继受挫或破产,人们对60年代法律现代化理论模式开始怀疑、质难和批判性反思。许多学者日益认识到,西方法制只不过是人类法律文明体系中的一个系统,是西方社会生活条件的法律表现。诚然,它体现了人类法律文明的某些共通性因素,但它并不是世界法制现代化进程中的唯一的标准模式。非西

万社会的法律应当反映各民族各国家各地区的社会条件、经济因素、民族精神及其现实需要,因而必然要形成具有自身特色的法制现代化模式和法律发展道路。在这一反思过程中,出现了法律发展多样性的理论学说。时至今日,以世界范围内的法律发展为对象的理论研究依然兴盛不衰。

时下正在历史性地展开的中国社会变革,实际上是要完成从传统社会向现代社会的历史转型。正是在这一转型过程中,当代中国法制呈现出创新乃至现代化的发展趋势,其目标是“依法治国,建设社会主义法治国家”。从本质意义上讲,这一法律发展趋势,意味着法律文明价值体系的巨大创新。它所体现的,乃是整个社会的经济、政治、社会结构、意识形态、文化传统等等的大变革潮流;它所反映的,是从前现代社会向现代社会转变这一特定过程中法律文明及其价值基础变迁的激动人心的画面;它所要展示的,是从我们这个民族的法律思想到法律行为的各个领域变化的多方面进程;它所要确立的,是同世界法制现代化进程相协调的但又充满浓郁的民族意味的制度安排、价值观念及其生活准则系统。中国法制现代化是中国人在本国的历史条件下所进行的一场法律变革运动,有其特殊的历史运动轨迹,具有独特的发展道路。即使在进入所谓的“地球村”时代以后,世界变得更加相互依赖,法律发展中的共同性日益增多;但是,世界法制现代化进程并不是由此而变得呆板划一,而是更加多样化。中国法律发展的特殊性,恰恰显示了中国法制现代化的世界性意义。

以理性的目光,与现实世界相撞击,自觉地审视我们时代的法律变革进程所提出的重大问题,这是当代中国法学的历史使命。在当代中国,从80年代后半期开始,法学界日益注意到研究法制现代化问题的重要意义,一些著述和文章愈益频繁地使用“法制现代化”这一术语来界定相关的研究范围。进入90年代以来,对于法制现代化的理论与实践的学术探讨,引起了更多学者的关注和

兴趣。这充分体现了当代中国法学工作者对这一重大时代课题的理论使命感。在时代精神的激荡下,《法制现代化研究》丛书应运而生。

《法制现代化研究》是一套由南京师范大学法制现代化研究中心主持编撰的以法制现代化理论、中国法制现代化、比较法制现代化和部门法制现代化研究为主要内容的法学研究丛书。其学术宗旨和研究范围是:总结世界法律文明发展的历史进程和现实态势,深入研究法制现代化的基本理论,建构法制现代化的理论逻辑和研究范式系统;比较不同国家法律文明成长和发展的独特道路,分析当代世界主要国家或不同类型的法制现代化的取向、走势及特质,架构比较法制现代化研究的多样化模式;深刻把握法律发展全球化与民族化彼此互动的时代脉搏,探讨法律发展与社会现代化及人类进步的互动关系及运行机理;深入探讨中国传统法律文化的内在特征及现代价值,探讨法律传统与中国法制现代化的内在关联及其机制,揭示中国法制现代化进程的基本规律和目标模式;考察当代中国走向法治进程中部门法制现代化的基本特征、条件、价值目标、发展趋势及实现途径。

《法制现代化研究》丛书的编辑出版,得到了海内外法学界专家学者的指导和帮助,得到了法律出版社领导和同志们的全力支持,也得到了江苏省人民政府法学理论重点学科和南京师范大学国家“211工程”重点学科建设项目的资助。在此,谨向他们致以诚挚的敬意和谢忱。伴随着当代中国建设社会主义法治国家的时代进程,我们将会与法学界同仁一道奋发进取,深入拓展法制现代化研究的学术视野和领域,以严谨踏实的学术研究和富有价值的理论成果,推动中国法制现代化向新的法律世界迈进,以不辜负新世纪的挑战和变革时代的法学期待。

南京师范大学法制现代化研究中心

1999年10月

序

法律意识是理论法学中一个极其重要的问题,也是现代法制建设的一个十分重要的课题。对此,刘旺洪教授的大作《法律意识论》已有充分的说明。为了强调法律意识的意义,并有助于读者深入阅读这本书,我觉得有必要粗略地谈谈下列几个问题。

一、马克思主义经典作家对法律意识的重视

马克思、恩格斯在《神圣家族》,特别是《德意志意识形态》等巨著中,早就曾对法律意识问题进行过透辟的分析和论述;直至恩格斯晚年发表的历史唯物主义通信,在阐发法的相对独立性时,仍然把法律意识置于显著的地位。

此后,作为世界上第一个社会主义国家的苏俄领袖,列宁更把法律意识视为法制建设的核心环节加以强调。他首次将法律意识同现代文明联系在一起,认为:旧俄国半野蛮的文化,是同广大群众,尤其农民

缺乏法律意识的状况有密切的关系；所以，为了实现俄国的法制统一，迫切需要向人民灌输社会主义法律意识。列宁还认为，国家公职人员的法律意识更直接关乎苏维埃政权的命运。只有公职人员的法律意识提高了，并且能够率先垂范地恪守法律，才能期望广大群众守法。建国之初，列宁亲自起草的几个有关法院的法令，要求法官处理案件时，如果没有现成的法律作根据，就应当以社会主义法律意识（良心）来决定。此精神，当然也适于立法机关和行政机关。正是在列宁十分强调法律意识的思想指导下，苏维埃的法制建设避免了走弯路，而获得迅速发展。

中华人民共和国成立后的一个时期，毛泽东对法律意识问题是十分重视的。他关于五四宪法的讲话和关于正确处理人民内部矛盾问题的讲话中，都涉及到法律意识问题。但1957年以后，他的人治思想和法律虚无主义有急转直下的趋势，以至于导致“文革”那样的错误。不过，当时也有一些党和国家领导人，其中董必武是一位典型代表，则一贯地重视法律意识。董老指出，社会主义法律意识同法制不可分割。由于我国是小生产者的汪洋大海，相当多的人很容易把对旧法律的仇恨心理带到新社会，把国家法律看成可有可无，可遵守可不遵守的东西，因此培养人民群众的法律意识甚为重要。遗憾的是，这种精辟的见解，没有引起毛泽东的注意。党的十一届三中全会是社会主义中国法制建设的历史性的转折点。以邓小平为核心的党和国家领导人，在倡导和推行法制建设的过程中，自然而然地将法律意识问题提到应有的地位。在邓小平的著述里，反复讲到培养全社会的法律意识的巨大意义，而且讲到培养广大公民法律意识的一系列具体措施。这是大家所熟知的。

二、法律意识的历史变迁

从法学研究的角度上说，多少重要一点的法律问题，几乎都同法律意识相关。

在中国,从夏、商、周三代的典籍中可以看出,那时统治者向人民灌输的是“天命”和宗法观念为核心的法律意识。春秋战国时代的各学术流派中,儒家侧重于宣扬法服从礼和刑服从德的法律意识。墨家侧重于宣扬“兼相爱,交相利”和“赏当贤,罚当暴”的法律意识。道家侧重于宣扬“法令滋彰,盗贼多有”的法律虚无主义。法家侧重于宣扬“缘法而治”,“以法治国”,“刑无等级”,以及严刑峻罚的法律意识,一时成为“显学”,并成为秦和汉初占统治地位的学说。但自汉武帝奉行“独尊儒术”开始,以律学为典型代表,大搞以儒家经典注释实定法和“以经入律”,并在事实上吸纳法家的主张。这一工程随着《唐律》和《唐律疏议》的出台而告一段落。这种以儒为主,儒法结合的法律意识,延续达两千年之久。在清末,虽然学者派、洋务派、改良派及革命民主派均在不同程度上接受了西方资产阶级法律意识的影响,但仍没有根本动摇传统法律意识体系。

在西方,情况颇为不同。古代希腊罗马人奉行自然主义自然法,认为法律所体现的是大自然的规律,遵守法律就是“与自然一致地生活”。罗马人尽管适应简单商品经济的发展,空前地发展了实定法,但并没有摆脱希腊人的法律意识。他们认为,不论市民法还是万民法都是自然法的体现。在中世纪,神学自然法意识占绝对主导地位,即使改革家和革命家亦认为法律是神意的体现。随着文艺复兴运动的兴起,诞生了人文主义法学派,人自身的法律意识才上升为现实法律的根据。17—18世纪的古典自然法学派发扬这一传统,把社会、国家和法律视为理性人的自由意志的产物,并为每个人的利益服务。这种学说成为西欧和北美资产阶级革命的精神旗帜。19世纪是古典自然法理论的实定化时期,以《拿破仑民法典》为代表的法律,把自然法学说中抽象的理性和理想变成实践中的绝对的财产权利,绝对的契约自由和绝对的过错责任制度。前资本主义的法律的整体本位和义务本位变成了个人本位。自由就是市场中资本的自由竞争,平等就是签订契约人的平等地

位,权利就是合法地损人利己。功利主义、自由主义和分析主义诸法学流派,无不以此为转移。19世纪末20世纪初以来,随着大规模的生产社会化的需要和无产阶级斗争的高涨,西方国家普遍地强化对经济和社会生活的干涉,从而“社会本位”法律意识的新成分较快地增长起来。其基本表现是社会学法学的形成并占据主导地位,复兴自然法学和现代分析法学及各种法学流派无不受到这种法律意识的广泛影响。

法律意识,尤其作为它的集中表现的法律理论的变迁,是任何法学理论所无法回避的。如果不了解法律意识的社会形态和历史演进,及法律实际是怎样的,那么,对法律意识的理论研究便成为无本之木,无源之水,而流于空洞的说教了。

三、《法律意识论》简评

《法律意识论》以马克思主义经典作家关于法律意识,特别是关于法律意识重要性的理论为指导,总结中外历史上法律意识嬗变的经验,以及借鉴国内外的学术成果,进行独立的创造性思考而完成的。

第一,法律意识理论研究的新进展。如同前已言及的,以往法学家们对法律意识的阐发,通常都是把它夹杂在各种法律理论里附带进行的,极少作为一个法理专题来展开。正式启动法律意识专门研究大门的,是前苏联法理学家们的功劳。他们遵循列宁的教导和苏维埃法制建设的实际经验,在“国家和法的一般理论”的著作与教材里,辟出单独的章节来讲述法律意识问题。至20世纪50~60年代达到高峰,甚至还有个别的法律意识专著问世。不过,由于斯大林时代的教条主义和民主法制的局限,及学术方面的闭关自守,这种研究不免失之于片面和偏狭。在“文革”前,我国学术界对法律意识的研究,主要是接受苏联的影响,并大抵处于那个水平。自邓小平提出改革开放政策,以及大力加强民主法制建设

之后,我国才真正掀起研究法律意识的高潮。在一批法学论著中,对法律意识提出了有新意的,颇具启发性的见解。但是,专门的著作仍付阙如。从这个角度上说,刘旺洪教授这部全面系统地阐发法律意识的专著——《法律意识论》,确实是别开生面,令人刮目相看的。因此,它理所当然地受到学界的欢迎。

第二,对法律意识基本理论的创造性发挥。国内外有关法律意识的概念、结构、功能和社会基础的问题,见仁见智,众说纷纭。而《法律意识论》一书的作者,善于集各家之长和深思熟虑,将其升华为自己的新见解。作者把法律意识当作社会法律文化现象,认为它是“社会主体对法现象的主观把握方式”,并说明了法律意识的横向结构和纵向结构。借此使读者可以清晰地知道,作为社会特殊上层建筑现象的法律意识,其内容包括三个有机部分:一是法律认知,这是对法律知识的掌握,属于非价值性和非意识形态性的;二是对法律的感性价值体验,包括法律的情感、愿望和态度;三是理性的思维,即系统的、理论的评析和阐述,属于法律意识的最高表现。无疑,这种看法甚有说服力。另一个重要之点,是法律的功能问题。从法律运行的角度上观察,任何法律的制定及其执行,适用和遵守,都离不开一定法律意识的指导和支配。社会主义法律意识的本质决定了它必然要积极引导全社会同轻视法律,以言代法,以权抗法,有法不依等旧阶级法律意识作斗争,确立马克思主义法律意识形态的统治地位。由此可知,法律意识的功能有力地证明了法律意识的巨大意义。

第三,将法律意识视为法制现代化的基础工程。中共十五大提出了“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本治国方略。实现这个治国方略的过程就是法制现代化的过程。在实证方面,法制现代化是法律制度的现代化。但更深层次的东西,则在于法律意识的现代化。因为,法律制度总是法律意识的载体,其内容和方向均取决于法律意识。作者正确地指出,法律意识现代化是“传统

社会的法律意识向现代社会的法律意识的创造性转型和历史嬗变”。传统法律意识的主要表现是专制,人治,国家权力整体化,特权,义务本位,等级差序,轻视程序公平,不论效益等意识。而法律意识现代化所需要的,是适应现代市场经济、现代民主政治、现代科学文化发展的法律意识,即民主,法治,国家权力的区分与制衡,人权,权利义务统一,正当秩序,程序公平,效益等意识。的确,法律意识现代化是当代任何国家都会面临的课题。但是,由于各国国情的差别,不同国家的法律意识现代化又有具体模式和类型的差异。社会主义国家的性质,要求它能够提供更比资本主义更高的生产力,更发达的民主政治,更繁荣的科学文化。目前我国正处于社会主义初级阶段,旧的传统法律意识还很浓厚,非短期所能克服得了的。基于此原因,在我国法律意识现代化的过程中,必须自觉地,积极主动地借鉴外国的经验。诚如邓小平所说:“社会主义要赢得与资本主义相比较的优势,就必须大胆吸收和借鉴人类社会创造的一切成果。”西方国家的法律意识现代化实行得较早且较为成功,因此对西方国家的法律意识的研究更有迫切性。当然,这种研究与借鉴一定要坚持“趋利避害”的原则,而不可生硬地照抄照搬。

第四,探讨当前中国法律意识现代化的方法。对此,作者提出:努力发展市场经济和民主政治,增强现代法律意识的经济和政治基础;健全法律体系,改革法制,对人们的法律意识施以制度方面的影响;全面开展法律教育和法学研究,直接培养和提高社会的法律意识。这些措施是必不可少的。不过,从我国社会大多数成员的法律意识水平普遍不高甚至“法盲”充斥的实际情况出发,目前培养法律意识的最迫切的任务是“雪中送炭”,开展“启蒙”运动。就性质而言,与一切非无产阶级的法律意识不同,以马克思主义为指导的社会主义法律意识,不可能自发产生,它需要从“外面”向人民群众“灌输”。自改革开放以来,党和国家非常重视对公民开展

法制的宣传教育,已经进行了三个五年“普法”工作,收到良好的效果。它使越来越多的人知道了什么是法制(治),为什么要加强法制以及如何加强法制,从而能比较自觉地遵守法律,监督法律的实施,并同各种违法现象作斗争。这有力地证明,“普法”确是提高全民族的法律意识的有效手段。因此,普法问题应当引起法学家们的重视,深入总结该方面的经验,把它提到科学理论的高度加以探讨。

最后,我非常感谢作者让我为其精品论著撰写拙序,并期望他在法律意识课题上的研究继续深入下去,搞出更新的成果。

吕世伦

2000年9月于中国人民大学

法制现代化研究丛书

主 编	公丕祥		
副主编	夏锦文	刘旺洪	
编委会	公丕祥	龚廷泰	吴增基
	夏锦文	李 力	刘旺洪
	黄和新	李玉生	眭鸿明
	刘 敏	王 敏	

目 录

导论:问题和方法	(1)
一、问题的提出	(1)
二、研究观点和方法	(5)
三、本书的理论目标	(15)

第一编 法律意识的一般理论

第一章 法律意识的概念分析	(19)
一、学界关于法律意识概念之介评	(19)
二、法律意识与法律文化、法律传统	(38)
三、法律意识之意义阐释	(49)
第二章 法律意识之结构	(54)
一、法律意识的结构界说	(55)
二、学界关于法律意识结构之理论	(58)
三、法律意识与法律制度关系之分析	(63)
四、法律意识之横向结构	(72)
五、法律意识的纵深结构	(81)
第三章 法律意识之功能	(92)
一、法律意识功能之一般分析	(93)
二、法律意识之法制建构功能	(98)
三、法律意识之法制运行功能	(108)

四、法律意识之社会文化意义	(115)
第四章 法律意识之社会基础	(125)
一、法律意识之社会经济基础	(125)
二、法律意识之社会政治基础	(133)
三、法律意识之社会文化基础	(141)

第二编 法律意识现代化理论

第五章 法律意识现代化的概念	(153)
一、法律意识现代化的基本内涵	(153)
二、法律形式观之现代化	(161)
三、法律价值观念的现代化	(168)
四、法律意识现代化与法制现代化	(175)
第六章 法律意识现代化的标准	(181)
一、法律意识现代化标准界说	(181)
二、法律的工具性特质与法的形式合理性观念	(187)
三、现代法权关系与法的价值合理性观念	(198)
四、法律信仰:法律观念现代化的综合评价尺度	(210)
第七章 法律意识现代化的动力机制	(213)
一、法律意识现代化动力界说	(213)
二、法律意识现代化之推动力量	(222)
三、法律意识现代化之阻却因素	(231)
四、阻却因素向推动力量之转化机制	(238)
第八章 法律意识现代化的模式	(242)
一、法律意识现代化模式之理论探讨	(243)
二、法律意识的传统与现代性	(247)
三、本土法律文化与外来法律观念	(256)