

2008 年卷

总第 2 卷

Jurisprudence
and
Philosophy of Branches of Law

法理学与 部门法哲学

蒋传光 主编

上海三联书店

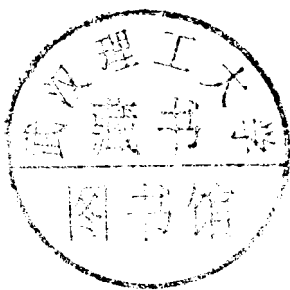
2008年卷

总第2卷

法理学与部门法哲学

蒋传光 主编

Jurisprudence
and
Philosophy of Branches of Law



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

法理学与部门法哲学/蒋传光主编. —上海:上海三联书店, 2009. 7

ISBN 978-7-5426-3073-5

I. 法… II. 蒋… III. ①法理学—文集②法哲学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 070869 号

法理学与部门法哲学

主 编 / 蒋传光

责任编辑 / 王笑红

装帧设计 / 鲁继德

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷 / 上海惠顿实业公司

版 次 / 2009 年 7 月第 1 版

印 次 / 2009 年 7 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 300 千字

印 张 / 22.5

ISBN 978-7-5426-3073-5/D·149

定价:38.00 元

目 录

第一篇 理论探索

科学发展观与中国法的现代性建构	孙育玮 (3)
改革开放 30 年来中国共产党法治思想述要	胡志民 (15)
马克思主义法律思想中国化的哲学路径及其 反思	张 波 (39)
论以人为本视阈下的当代立法观	王 伟 (57)
公民宪法意识探析	施廷亮 (69)
法伦理学的独特价值与基本原则论	石文龙 (81)

第二篇 历史启示

阿奎那的自然法理论及其在当代的意义	徐继强 (97)
教会法在欧洲——历史上教会法对西欧各国立法的吸收 与借鉴	李 静 (114)
自然法小考——兼谈道德与法律同源	潘文岚 (127)
废除科举制对晚清法制变革的影响	夏 邦 (141)

第三篇 制度比较

对韩国新反卖淫法的思考	徐利英 (159)
-------------------	-------------

英美金融监管制度变迁探析与启示	姜立文	(176)
AOA 与发展中国家实现“充足食物权”的冲突	吴 琼	(202)
论股东大会的地位——透过日本公司法理论所作的分析	高 岚	(213)

第四篇 法律实践

政府监管的正当性分析	马英娟	(225)
论和谐社会理念在侵权行为法中的体现	环建芬	(248)
防卫过当的罪过只能是疏忽大意的过失	何国锋	(260)
论紧急状态下的公众权益性	王晓成等	(270)
论建设工程承包人的优先受偿权	关洪涛	(282)
劳动争议处理法核心问题研究	刘 诚	(293)
浅论我国现行公司法的特点	张耀辉	(307)
打破公司僵局法律救济制度的构建	王志勤	(322)
论劳动权与劳动公益诉讼	费长山	(330)
法律解释的难题	林佩瑶	(342)

第一篇

理论探索

科学发展观与中国法的现代性建构

孙育玮

“科学发展观”是我国新时期新阶段统揽全局、影响深远的指导思想，“中国法的现代性建构”是我国法制建设贯穿围绕的基本主题。本文旨在阐明“科学发展观”的时代背景与指导意义，“中国法的现代性建构”与“科学发展观”的有机关联，以及在“科学发展观”指导下“中国法的现代性建构”的对策性选择。

一、“科学发展观”的时代背景与战略性指导意义

（一）“科学发展观”提出的时代背景

1. 凡属重大理论命题的概括和提出，都反映着一定时代的客观要求，是一定时代背景的智慧产物，因此对于“科学发展观”重大理论命题意义价值的认识，也只有将其置于该时代背景的分析中才可能理解得更为真切和深刻。我们处于何样的时代背景？用较为简洁的判断和概括那就是：我们仍处在世界性的“现代化”进程中，并且伴随着全球化趋势的加快和文化多样性的存在，各国各民族在“现代化”进程中的竞争异常激烈，但在西方发达国家和后发的发展中国家表现出不同的发展境况和发展

状态。

2. 从西方发达国家来说,经过工业革命以来几个世纪的发展,欧美等主要资本主义国家已经完成了由“传统社会”向“现代社会”的历史性转型,并且进入到所谓“后工业社会”的阶段。它们在取得“现代化”和“现代性”辉煌成就的同时,也陷入了新一轮深深的矛盾和困惑之中,故而正在以“后现代主义”的种种理论试图“反思”、“批判”以“技术理性”为核心的“现代性”所带来的困境。从本质上看,“后现代主义”理论并不能构成对“现代化”和“现代性”的彻底否定,而只应是也只能是它发展进程中的一种“自我超越”和“自我完善”。

3. 作为后起的广大发展中国家,基本处在“追赶”现代化的过程中。我们中国向现代社会的过渡和转型最早可以起算于 1840 年的鸦片战争,其后的洋务运动、戊戌变法、废除科举、清末修律、辛亥革命、五四运动、新中国成立,直至 20 世纪 70 年代末开始的改革开放都是这种转型的重要标志性事件,尤其是后四项事件在中国的现代化历程中更具有特殊重大的历史性意义。自从鸦片战争西方用坚船利炮打开封闭已久的国门,中国被纳入世界性的现代化格局并开始自身的现代化进程以来,如何尽快使中国由封闭、落后的传统型社会转型到现代型社会,从而建设一个独立、富强、民主、文明的现代化国家,就一直成为了我们最为重大的时代主题和最主要的历史任务。伴随中国进入改革开放的新时期,中国社会的全面现代化进程不仅被重新启动,而且呈现出前所未有的加快发展态势。进入到 21 世纪,特别是其头 20 年,对于当代中国的现代化来说,不但是其重要的“发展机遇期”,而且也是关键的“矛盾凸显期”。

4. 中国所面临的“现代化”和“现代性”问题具有特殊的复杂性。如果用一个最为简洁明确的命题判断作概括,这种特殊的复杂性就在于——“历时性问题的共时性解决”。这一命题判断中所包含的“时空”概念,是我们理解和把握“当代中国的现代性”问题(包括“当代中国法的现代性”问题)特殊复杂性的一把钥匙,因为它意味着事物的存在方式,意味着时代背景和具体的国情,意味着问题的语境,同时也意味着自己的历史定位。所谓“历时性问题”,是指人类社会由“前现代”的传统型社会向“现代”社会转变的历史性任务,以及步入现代化之后(或在推进现代化的进

程中)遇到和出现的所谓“后现代”(“后工业社会”)的问题;所谓“共时性解决”,是指前述本来在西方发达国家(“先锋国家”)历时性出现的问题,在我们当下中国这样的后发型国家却已经共时性地遇到,需要我们共时性地面对和共时性地加以解决。正是因为这种历史既已客观形成的特殊“时空境遇”的不同,造成了我们当代中国解决“现代化”和“现代性”问题时不可避免的双重巨大压力:一方面我们必须加快发展以“追赶”世界性的现代化进程,另一方面我们又必须努力地去分辨和克服被“后现代主义”理论所批判的西方现代化已经暴露出的种种弊端以避免重蹈其覆辙。从理论与实践的结合上共时性地解决好这样双重复杂的历史性课题,对于我们这样一个后发型的人口大国其难度可想而知,因此就愈加需要科学理论的指导和智慧。

5. 现代化是一种必然趋势,是一个世界性的历史进程,也是一个永不止息的发展过程。目前,不但西方发达国家正在紧张地探寻着超越自己目前“现代性”的发展进路,而且广大发展中国家也都在谋求自身的尽快发展以赢得在世界现代化格局中的应有地位。当下的中国,经过改革开放 30 年持续快速的发展,已经以巨大的成就建立起现代化努力的充分自信,但同时也需要我们在错综复杂的国际国内形势面前保持现代化建设的高度清醒和冷静,这就需要有进一步指导科学发展的理论,“科学发展观”,即“以人为本、全面协调可持续发展”的科学发展观,正是在这样的时代大背景下应运而生。这一重大理论的概括和提出,回应了实践发展的迫切需要,表现了我们党的执政能力和理论指导的进一步走向自觉和成熟。

(二)“科学发展观”的战略指导性意义

“科学发展观”的提出具有“战略性”的指导意义,这可以从以下五个方面来理解:

1. “科学发展观”是顺应时代、回应实践的发展理论。“科学发展观”是在牢牢把握当今世界和平与发展的时代主题,在认真洞察分析国际国内发展的形势,准确把握时代发展脉搏的基础上提出的;它的提出不但是对世界现代化进程新情况、新挑战的积极回应,更是在全球化趋势背景下

我国进入社会主义现代化建设新时期的关键阶段,面对新情况、新挑战的实践需要而做出的理论上、战略上的积极回应。这种回应不但紧紧抓住了“发展”的“硬道理”和“第一要务”,而且科学地回答了我们为什么发展、发展什么和应当怎样科学发展的根本性问题。

2. “科学发展观”是继承以往、开拓创新的发展理论。“科学发展观”的提出,首先是凝聚了人类以往关于社会发展的理论智慧,其中特别是马克思主义唯物史观关于社会发展的理论智慧和我们党三代领导集体领导社会主义社会发展的理论智慧,同时也包括吸收发达国家正反两方面发展经验的理论智慧和中华优秀传统文化精华的理论智慧;在继承以往的同时,“科学发展观”又充满了开拓进取、不断创新的精神,它用一系列新的思想观点和论断,丰富发展了人类关于社会发展的思想,进一步深化了我们对中国特色社会主义发展道路、发展模式、发展战略、发展动力和发展目的的认识,从而为我们打开了新的理论视野,拓展出新的实践发展空间。

3. “科学发展观”是统领全局、统筹各方的发展理论。“科学发展观”是站在时代发展和全面规划我国社会主义现代化建设的高度,以其重要的理论和原则统领了社会主义“四位一体”的经济建设、政治建设、文化建设和社会建设的总体布局,指导着各条战线、各个行业的工作;“科学发展观”要求的“五个统筹”,表明在社会利益主体多元、利益关系日趋复杂的情况下,统筹兼顾好各方面的利益关系是实现全面、协调、可持续发展的关键。在认真落实科学发展观的过程中,中央关于构建社会主义和谐社会重大战略思想的提出,进一步丰富、提升了“科学发展观”的内涵,使得“统筹”、“协调”、“和谐”发展的理念在新的层面上得到深化,从而更加显示出其社会价值和长远意义。

4. “科学发展观”是以人为本,充满活力的发展理论。“科学发展观”始终坚持“把人民的利益作为一切工作的出发点和落脚点,不断满足人们的多方面需求和促进人的全面发展”。这种“以人为本”的发展观,不但解决了发展的根本目的是为了人,回答了为什么发展、发展“为了谁”的问题;而且解决了发展的根本动力来自于人民群众,回答了发展“依靠谁”的问题。由于明确回答了发展的根本目的和根本动力问题,也就必然要求

致力于激发人的创造活力,致力于保障人的合法权利,致力于提高人的综合素质,这就从根本上保证了“科学发展观”是有着不竭动力源泉和充满生命活力的发展理论。

5. “科学发展观”是把握规律、影响深远的发展理论。“科学发展观”的提出,反映了我们的党和我国人民对“三大规律”,即共产党执政规律、社会主义建设规律和人类社会发展规律的正确认识和把握的能力提高到了一个新的水平。规律的作用是必然的和长期的。因此,作为凝结着对“三大规律”正确认识理论结晶的“科学发展观”,它的指导性价值也绝不只限于当前、只限于解决眼下的具体问题,相反它对于整个社会主义现代化建设的新时期,对于整个中国特色社会主义的伟大事业,都将产生深远的影响,因为它解决了我国现代化发展的根本性问题,为我国社会全面、协调、可持续地长期发展指明了方向。

总之,正如有的文章所指出的那样:“科学发展观的首要理论价值,在于它以新的视野审视世界各国的发展理论和发展实践,以新的理论概括凝炼我们党半个多世纪对中国发展认识的一切重要成果,把社会主义的发展方向、改革开放的发展道路和新型工业化的发展模式融会贯通,并注入了鲜活的符合时代要求的一系列新思想、新观念,形成了一整套具有中国特色的发展理论,从而为当代中国的发展提供了系统而明晰的坐标。”^①

二、“中国法的现代性建构”与“科学发展观”的有机关联

(一)“中国法的现代性建构”的语义解析

1. “现代性”与“现代化”,是人们思考研究人类社会“现代问题”过程中使用频率最高、关联性最强的两个概念。按照笔者的理解,所谓“现代化”,是指人类社会自工业革命以来所经历的一场涉及社会生活众多领域

^① 中国社会科学院邓小平理论和“三个代表”重要思想研究中心:《科学发展观的理论创新价值》,载《求是》2005年第18期。

的深刻变化,作为一个世界性的历史进程,它意味着从传统社会向现代社会的转变和跃进,这一深刻变化既发生在所谓“先锋国家”的社会变迁里,也存在于后进国家追赶先进水平的过程中。而所谓“现代性”,是一个与“传统性”相对称的概念,具体是指现代现象、现代化的事物所具有的区别于以往“传统性”(而非“传统”,相当于“古代性”)的内在属性和特性,这种内在属性和特性是现代化的结晶、本质和灵魂,同时也是衡量现代化程度的理性尺度,这种内在的属性和特性既依存于现代化的经验之中,又需要经过主体的理性自觉来把握。总体来说,人类在现代社会的历史性进步应是“现代性”本体属性的不断提升和“现代化”实践展现不断进步的有机统一。

2. 谈到当代中国的法制建设,不能不谈及当代中国的“法制现代化”和“法的现代性”两个概念,因为它们是中国法制建设的实质内容和价值取向。关于“法制现代化”的概念,学者们基本达成共识,它是指法制(包括其规范—价值)由传统社会形态向现代社会形态转变的历史过程及其变化。而“法的现代性”这一概念的语义,笔者认为应当是指伴随“法制现代化”的历史过程,法所表现出的和所应具有符合“现代”社会发展需要的内在属性。这里的“法”显然应当作广义的“法律现象”把握,它不仅指“法律和制度”本身,还包括法学、法律文化、法律行为和全部的法律活动。因此“中国法的现代性建构”的命题,也就应当是指伴随中国“法制现代化”的历史过程,中国的法所应具有符合“现代”社会发展需要的内在属性逐步建设、塑造、形成的目的和过程。故此,“中国法的现代性建构”,理所当然地成为当代中国法制建设的主题和神圣使命。

(二) 二者在逻辑关系上的有机关联

“科学发展观”与“中国法的现代性建构”在逻辑关系上,表现为一种指导与被指导、全局与局部、普遍与特殊的关系。作为统领整个“现代化建设”和“现代性建构”全局的“科学发展观”,显然对于作为现代化建设事业重要组成部分的法制建设(“法制现代化”和“法的现代性建构”)具有重要的指导意义,因为它提出了我国现代化事业发展的总体目标、共同要求和基本原则。作为社会主义现代化建设重要组成部分的法制建设(“法

制现代化”和“法的现代性建构”），则应自觉地把自己置于“科学发展观”的指导之下，并结合自己的特殊领域、特殊问题的实际，开展创造性的工作。

（三）二者在实质内涵上的有机关联

如果对二者有机关联的认识和把握，仅仅停留于上述逻辑关系上的一般性理解，这种认识还是表层的和肤浅的；我们需要的是应当有对二者有机关联的更深层、更深刻具体的认识和把握，这就应当着力从二者实质内涵的有机关联上去作深度的挖掘。这里，笔者仅从以下三点最重要的实质内涵上作一点简要的分析。

1. 实质内涵之一，“以人为本”。“以人为本”是贯穿于“科学发展观”的一条红线，“是一切工作的出发点和落脚点”，是全部现代化事业发展的根本目的；与此同时，当代中国的法制建设，同样是把“以人为本”作为自己“现代性建构”的最高原则，同时将其转换成自己的特定内容和话语方式予以表达，并加以制度化的实现。例如追求宪政、主权在民、人权保障、权力制约、法律至上、权利平等、权利救济、司法公正等，都是以实现和保障“人的自由的全面发展”为最高价值和最终目的。

2. 实质内涵之二，“统筹一协调”。“统筹”与“协调”是贯穿于“科学发展观”的重要理念和基本要求。“统筹”是面对解决多重复杂矛盾所需要的辩证智慧和实践艺术，只有“统筹”好才可以防止发展过程中的片面和偏差。“协调”在“全面、协调、可持续发展”的目标格局中，处在中心逻辑环节的地位，它是“全面”发展的必然要求，又是“可持续”发展的可靠保证；与此同时，当代中国法制建设的“现代性建构”同样面临着“统筹”解决好多重复杂矛盾关系和实现“协调”发展的问题。就“统筹”而言，我们需要“统筹”解决好的矛盾关系主要有：历史传统（特别是法文化传统）与现代性转型的矛盾，世界普世性价值与本土国情资源的矛盾，政府主导推进与民间生成演进的矛盾，全球化趋势与民族自主利益的矛盾，现代化理论与后现代理论的矛盾，工具（形式）理性与价值（实质）理性的矛盾，速度效益与和谐正义的矛盾，社会“公共利益”与公民个人利益的矛盾，法治实践运作与法学理论创新的矛盾，法律制度建构与法律素质发育的矛盾，精英

法律文化与大众法律文化的矛盾,法制系统自身进步与法治生态环境优化的矛盾等等。就“协调”而言,我们不但要追求法制建设与国家整个经济建设、政治建设、文化建设和社会建设的协调发展,而且还要追求法制系统自身法律体系、法律部门的协调发展,追求立法、执法、司法、守法、监督的协调发展,追求法学理论、法学研究、法制教育与法治实践的协调发展。“统筹”与“协调”同样是贯穿于“中国法的现代性建构”的重要理念和基本要求。

3. 实质内涵之三,“正义—和谐”。实现社会的公平正义,追求社会关系发展状态的和谐,是贯穿于“科学发展观”的重要社会价值理念和社会发展目标。同样,实现社会的公平正义和维护社会关系秩序的和谐,不但历来是法的天职和永恒价值,更是当代“中国法的现代性建构”的重大现实课题。历史与现实的经验告诉我们,影响“正义”与“和谐”问题的关键在于对利益关系的合理调整。而在现代的法治社会,法是调整利益关系的最常规、最重要的机制和手段。当代中国的法应当遵循“以人为本”的宗旨,秉持“正义—和谐”的价值理念,通过发挥自己的特殊职能,“统筹—协调”好利益关系。尤其要以解决人民群众最关心、最直接、最现实的利益问题为重点,促进社会公平正义,为“和谐社会”的构建做出自己的独特贡献。

(四) 二者在功能作用上的有机关联

“科学发展观”与“中国法的现代性建构”,不但存在着逻辑关系和实质内涵上的有机关联,而且在功能作用上也存在着有机的关联。主要表现在:一是“科学发展观”为“中国法的现代性建构”提供着科学的发展理念和宏观指导,而“中国法的现代性建构”为“科学发展观”的落实提供着具体的载体和生动的展现;二是“科学发展观”为“中国法的现代性建构”创造着良好的生态环境和条件支持,而“中国法的现代性建构”为“科学发展观”的实现提供着有力的法律保障和制度支撑;三是“科学发展观”为“中国法的现代性建构”开辟出广阔的实践舞台和发展前景,而“中国法的现代性建构”为“科学发展观”不断丰富着充实的内容和发展内涵。

三、“科学发展观”指导下“中国法的现代性建构”的对策性选择

“科学发展观”不但是一个内涵极为丰富的重大理论问题,更是一个关乎全局的重大实践课题。树立和落实科学发展观,必须坚持理论与实际相结合的原则,因情制宜地把科学发展观的要求贯彻于各方面的工作。如前文所述,解决中国的“现代性”问题(包括“法的现代性建构”问题),由于有中国自己特殊的国情和境遇,因而形成了我们面临问题的特殊复杂性,即“历时性问题的共时性解决”。面临问题的特殊复杂性,决定了解决问题的特殊难度,同时也决定了我们当代国人必须要有解决问题的更多主体性智慧。在“科学发展观”的指导下,思考“中国法的现代性建构”,需要解决的问题很多,本文择其几点从较为宏观的角度谈谈我们所应采取的对策性选择。

1. 针对“现代”与“后现代”的矛盾困惑,我们需要正确把握和运用主要矛盾与非主要矛盾、矛盾主要方面与非主要方面辩证关系的哲理智慧。也就是说,在思想理论上,我们既要坚持“现代化”的主导取向,甚至继续需要“现代性的启蒙”——这是主要矛盾和矛盾的主要方面;同时我们也需要吸取“后现代理论”的有益成分,保持对“现代化”和“现代性”的“清醒反思”——这是非主要矛盾和非主要方面,但却是必要方面。在社会实践上,我们既需要把握住难得的历史机遇,加快追赶现代化的进程、实现现代化的历史任务——这是主要矛盾和主要方面,同时我们又要警惕、避免和克服西方资本主义现代化过程暴露的弊端和局限——这是非主要矛盾和非主要方面,但却是不可忽视的实践课题。历史的经验和智慧告诉我们,当我们专注于一种主要倾向的时候,切不可忽视了可能被掩盖着的另一种倾向;当我们在解决主要矛盾的同时,次要矛盾也应适时恰当地加以解决。

2. 面对全球化和文化生态的竞争,我们尤其需要“文化自觉”和“综合创新”。当今人类生存境遇的种种矛盾和困惑,大都可以在文化哲学的层面和视域中去加以把握和解析,文化的渗透力和影响力也越来越使之

成为左右社会发展的巨大无形力量而被高度重视。“现代世界,在某种全新的意义上,已经成为一个互动体系”,而“全球互动的中心问题是文化同质化与文化异质化之间的紧张关系”。^① 人类社会的全球化趋势和文化多样性的存在是一个不争的事实,如何在全球化趋势加剧和多样性文化生态的竞争中,把握我们自己包括法文化在内的文化塑造和文化走向?笔者曾撰文赞赏两位学界大师极力倡导的两个重要理念,即费孝通先生的“文化自觉”和张岱年先生的“综合创新”。^② “文化自觉”,意味着要有对自己文化的“自知之明”和对外来文化的准确把握,有“文化转型的自主能力”和“文化选择的自主地位”;^③ “综合创新”,意味着要“兼取中西文化之长而创造新的中国文化”。^④ 我们应该本着“文化自觉”和“综合创新”的理念原则,认真审视、总结和规划我们的法学和法学研究。由于法学理论是法律文化中最具理性指导力和影响力的部分,它不但要为法治构建和发展提供理论指引,而且将系统深刻地影响人们的法文化观念和整个民族的法律素质,因此当代中国的法学家和法学工作者均有责任肩负起历史的使命,即紧密围绕波澜壮阔的现代化法治实践,充分发挥我们“文化自觉”的主体性创造性智慧,用我们辛勤不懈的努力去探索出一个既吸收人类法文化精华,又继承本民族文化和法文化优秀传统,既反映时代特点要求,又具有中国特色、中国风格和中国气派的法学理论和法治文化。

3. 针对“综合创新”的理论资源,我们应充分重视以“现代性”的眼光和视野,重新审视和利用好马克思理论资源的现代性价值。包括法学理论和法律文化在内的“综合创新”,离不开对作为指导性的马克思主义理论资源、西方社会的理论资源和中国本土传统文化的理论资源这三大理论资源优秀成果的融会、整合和贯通。其中,伴随着改革开放和人们视域

① 汪晖、陈燕谷主编:《文化与公共性》,生活·读书·新知三联书店 1998 年版,第 521、527 页。

② 参见孙育玮:《亚洲法治社会建构与发展的理念追求》,载《上海师范大学学报》2002 年第 3 期,并收入徐显明、刘瀚主编:《法治社会之形成与发展》(第四届东亚法哲学会议文集),第 264—269 页,山东人民出版社 2003 年 1 月;孙育玮:《“和谐社会法治文化”命题的理论与实践》,载《法学》2006 年第 6 期。

③ 参见方克立等主编:《中华文化与二十一世纪》,中国社会科学出版社 2000 年版,上卷“代序”第 2—7 页。

④ 张岱年:《文化与哲学》“自序”,教育科学出版社 1988 年版。