

历史法学

第二卷

Historical Jurisprudence

许章润 主编

Edited by Xu Zhang-run

中国：法制与法意

编者有感于，旧邦新命，依然是当下中国的主要问题，而就如青年马克思所言，问题是时代的格言，遂着意于《历史法学》的刊行，将长期积蓄的心事落实为编事，以法意演绎史义，藉史义揭示法意，而法意与史义者，人生与人心也。

其基本命意在于，上接历史法学理路，由阐扬其思绪而践履其理念，通过省察民族国家法律生活的历史理性，揭示中国文明规范体系的比较文化意义，从而求裨于中国当下的艰难历史转型，下启汉语文明法律智慧的形象空间，以渐成汉语法学，为中国人世生活提炼和展现规范世界的意义之维。

中国：法制与法意

许章润
主编

历史法学 第二卷

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

历史法学. 第2卷 / 许章润主编. —北京: 法律出版社,
2009. 5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9529 - 2

I. 历… II. 许… III. 历史法学派—文集 IV. D909.1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 065975 号

历史法学(第二卷)

许章润 主编

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2009 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 24 字数 276 千

印次 2009 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9529 - 2

定价:43.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

主题论文 中国社会历史转型与中国法制

中国三十年法治进程的轨迹和曲线	江 平 003
中国的法治主义:背景分析	许章润 020
三十年法制变革之何种“中国经验”	高全喜 071
现代中国立国进程三波论:民族主义、文化保守主义与宪政主义的 互动	姚中秋 116
法理学:知识的与思想的 ——一个反思性考察	支振锋 165

思想·人物

中国法律的实践历史观 ——黄宗智先生法律史研究理路探析	万 亿 203
正统抑或异端:帕舒卡尼斯之革命法学	张玲玉 233

译文·资料

德国法律理论对于美国法的影响:萨维尼及其弟子的遗产	
[德]斯蒂芬·雷森菲尔德 著/周 颖 译	289
亨利·梅因的学说	
[英]保罗·维诺格拉多夫 著/御 风 译	298

读书·评论

法学三十年:重新出发	冯 象 317
近代中国在国际法史上的地位与中国法律变革	毛国权 328
三十年来我国公民行为方式的变迁	石文龙 361
性、恐惧与极权膜拜	
——试论霍布斯政治学说的成因	李 硕 369

主题论文
中国社会历史转型与中国法制

中国三十年法治进程的轨迹和曲线*

江 平**

2008年是改革开放三十年,我是这三十年历程的见证人,同时也是2009年我国建国六十年的见证人。我今年已经79岁了,如果说从事法学教育,也可以说是从建国之后开始进行的。从这个角度说,我对三十年的法治进程有所了解,甚至可以说对前六十年的情况也有所了解。三十年是总结,是归纳,是升华,是提高。但是不见得观点都是新的了,因为在座可能很多人听过我的演讲,在学校、在不同场合、在学术研讨会上都发表过不同的见解。

既然要把三十年的法治进程寻出轨迹来的话,我把它归纳为四个轨迹。

* 本文系江平教授2008年10月25日在国家图书馆所作的“三十年法治进程的轨迹和曲线”讲座发言整理稿。

** 中国政法大学终身教授。

一、人治和法治的轨迹

三十年法治进程的第一个轨迹是循着人治和法治这个轨迹进行的。我们知道文革对我们最大的教训就是,我们国家是一个长期的、封建专制的、皇权的国家,所以在皇帝、领袖的身上可以看到这样一个重要的东西:皇帝也好,领袖也好,容易被当做神来对待。要破除这种神化的思想,必须提倡法治。因为我们知道,文化大革命期间所经历的最大的灾难就是:一句话可以顶法律。从这个角度看,改革开放一开始就必须解决这个问题。也正是从这个角度来说,邓小平同志的思想就是想谋求一个长治久安的决策。一个国家怎样才能做到相对来说的长治久安呢?如果我们环顾全世界,可以看到寻求长治久安之策就在于制度的完善,或者说要解决制度与人之间的关系。不是一个人凌驾在制度之上,而是所有的人都应该在制度之下。美国为什么长治久安了二百多年呢?恐怕很重要的是美国建国的时候,它的宪法制度的设立保障了这二百多年的稳定。由此我们可知,改革就是从建立制度开始,就是从限制和解决个人过分庞大的权力开始。这从政治上来说就是分权的思想。权力要分制,不能够集中在一个人、一个机构的身上。建立一个国家要靠制度,而不是仅仅靠人,制度比人更加重要,制度是决定一切的。法制就是由这个地方开始的。

既然如此,我们就要从制度的可靠进一步想到法律的可靠、制度和法律的关系了。如果我们要解决制度和人的关系,第二个要解决的就是制度与法律的关系,那么在这个意义上可以说,制度就是体现为法律上的规则,法律上的规则应该是制度稳固的体现。只有制度完善了,法律才能完善;或者反过来说,只有法律完善了,制度才能完善。大家可以想想改革开放开始的三十年,我们提出来的法制完善的口号是什么?从那时候来看的话,比较简单——四句话,

16个字：“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。”这是当初的法制思想。第一句话“有法可依”，在当时的情况下没有什么法律可依。现在很多人回忆改革开放三十年的教育，他们在法学院学法律，1978年、1979年统共只有七个法律。光靠这七个法律可以治国吗？光靠这些松散的法律我们能够建立一套完善的制度吗？所以这样的一条轨迹下来必然就要求：首先要完善法律制度。我们讲的是“法制”，制度的“制”。我们从没有法律制度到有法律制度走了多少年？我们现在提到的2010年完善社会主义的法律体系，也就是说到2010年我们的社会主义法律制度方面、立法方面、“有法可依”方面的问题大体要得到解决。所以我们走了三十年，至少有一步——“有法可依”这一步，已经基本完善了。至于是不是“有法必依，执法必严，违法必究”，相比“有法可依”这一条，至少从立法成就来说，还有很大差距。

从人治到法治还有一个进步，就是科学性。我们知道从新中国成立初期也好，或者改革开放初期也好，你问老百姓“什么是法律呀”，恐怕什么都可以回答是法律。县政府的规定也是法律，部门的规章也是法律，人人都可以说这就是法律，连法院判决的时候也不知道哪个是法律哪个不是法律。所以我们在第三个问题上，在决定到底什么是法律，法律的效率、层次上逐渐升华了。我们知道什么是宪法了，什么是法律了，什么是法规了，什么规章了，什么是规范性文件了；我们懂得了什么是地方立法，什么是行政立法，什么是授权立法，我们也知道了什么是特区立法，什么叫半个立法权。也就是说在立法体系的设立方面，我们逐渐与国际接轨，能够知道法律也不是笼统的一句话，只要被制定规则的通通都是法律。我们的《立法法》里面明确讲了，涉及人身自由的限制和剥夺的，必须由法律规定。当初国务院要制定《行政处罚条例》，很多学者都反对。行政处罚是涉及老百姓的人身自由、财产的限制和剥夺的，怎么可以

由国务院或行政机关剥夺呢?甚至包括征收农民土地、征收私人财产,《立法法》上也写得很清楚,凡是涉及不是国家财产所有的征收征用,一律只能由法律来规定。至于国家征收国家自己的财产,国家爱怎么规定怎么规定。国家征收集体的财产、征收私人的财产,没有法律的规定,怎么能随便征收呢?我想从这方面来看,我国在“有法可依”、建立法律体系上,都在逐渐地完善。

在建立法律权威这一点上,我们这三十年也有一些进步。那就是,任何人、任何组织,哪怕一个政党,也必须在宪法和法律之下,不能超越宪法和法律。这是法治的最基本的规则。

二、集权和自治的轨迹

三十年来我国法治发展的第二条轨迹就是集权和自治的轨迹。所谓“集权”是指国家集权,所谓“自治”是指社会自治。我们可以看到从1949年新中国建立开始,凡是社会主义国家都共有一个特点,就是国家的权力非常大,国家的干预无孔不入。经济生活国家要干预,社会生活国家要干预,教育要干预,医疗要干预,家里生多少孩子要干预,甚至于吃饭去哪吃也要干预。但是我们终究是社会主义国家,不是国家主义国家。国家主义和社会主义是有区别的。希特勒(的统治)叫国家社会主义,他强调的是国家。社会主义以社会为本位,维护社会利益;国家主义是一切以国家为利,一切靠国家的强制手段干预社会生活。所以改革开放就是要使这两个关系逐渐改变,国家不要搞得太强。这个“太强”不是说富强的“强”,而是说国家的干预力度不要太强,要给予社会更多的自治。这就需要我们思考,从历史发展来说,从世界其他国家来说,从我们的封建社会来看,犯罪、税收等当然要干预,那么哪些是国家不太干预的领域呢?我们思考一下这个问题就可知哪些是法治的领域了,因为法治就是国家干预的手段,法律就是国家机器的一部分。这就涉及我们常说

的“市民社会”的概念了。西方国家有市民社会自己管理自己,在欧洲还有些自治城、商人自治,还有很多属于自治团体,自治的省市。

所以自治和管制的矛盾怎么解决呢?我想按照马克思主义的理论,至少有一条就是,人为了自己能够生存,需要吃饭,需要生产、分配、消费,这个领域通常说来是经济领域,是市场的范畴,不需要国家来管。即使国家不管,人自从有了社会以后,自己就会生产的。当然在现代社会,我绝不强调国家一点儿都不管,但是我们过去(管)太多了。外国说我国的计划经济就是,全国是一个大工厂,国家规定生产什么、怎么生产、怎么分配、怎么消费。所以这个领域的改变实际上就是市场调节。从国家对一切都支配和调节,变成市场调节。第二个领域就是,人不仅能够自己生存,还要让其种族延存,不能人死了以后人类就不能延续了,人还有儿子、还有孙子。所以就有了婚姻、家庭和继承。传统说来,家庭和婚姻也是一个自治的范畴。当然我们进行计划生育的干预是必需的,但是国家干预到什么程度就需要考虑了。第三个领域,人在生长的过程中需要受教育、需要医疗以及其他,这些在旧社会里皇帝是不管的,如教育,除了国子监这些国家会管管,其他教学完全是私人办的。当然我不是推崇完全自治,今天的社会已经没有完全的(自治)了,教育、医疗都需要干预,但是过去我们的干预都太大了。改革开放初期曾经争论过一个问题:如何能够做到“大社会,小政府”。当初海南建省的时候就提出了一个报告,海南变成了一个“大社会,小政府”。所以我们说改革开放在这个问题上就是循着一条——政府与社会究竟是什么关系,究竟是“大政府,小社会”呢,还是“小政府,大社会”?是不是什么都由政府机构来管,还是很多事情可以由社会来解决?《行政许可法》通过的时候,当时的国务院法制办讲得很好,说市场不一定什么行为都必须由政府来许可,能够由当事人自己解决的最好由当事人自己解决;当事人解决不好的时候最好由中介组织、社

会组织来解决;只有当中介组织、社会组织都解决不了的时候,国家才出面干预或许可。所以社会里有三个意思:一是当事人的意思,订立合同之类不需要管;二是社会自治,社会的意思;三是国家的权力。

这个问题在经济方面就是两个主轴:一个是市场调节,由国家计划调节变成市场调节,这在三十年里涉及的法律变更是相当大了。第二个最重要、最突出的表现就是国有企业的改制,其本质就是解决国家与企业的关系。原来的企业叫法人,实际上是国家的一个环节,是国家工厂里面的一颗螺丝钉。国家让做什么就做什么,没有任何的自主权。而国有企业改革就是要解决给予企业多大的自由的问题。我觉得这三十年来国有企业的改革是了不得的成就。虽然期间也有国有财产的流失,但是绝不能说国企改革就是国有财产的流失。国有企业改革就是增加流通,流通就可能有流失,但流通也可能增值,也可能产生更大的利益。深圳的国有企业就表明了最大的活力,改制后的国企增值非常快。所以我不认为国有企业的改制必然带来国有财产的流失。如果我们比较苏联瓦解的时候苏联国有企业是怎么做的,我们做得还是比较稳当的,我们并没有把国有企业按股份来卖掉,并没有采取按全国人口每人分多少股(的做法)。但是国企怎么改革呢?怎么给予它们更大的自主权呢?厉以宁教授在《读书》杂志里回忆道,开始时国企改革是产权的改制,如扩权放利,给企业更多的权利,包括自主的销售权、定价权等,这样做还是不行,然后实行了承包制,也不行,最后确定了股份制。我想从这一过程可以看出,企业自治在经济领域是社会自治的最主要环节。我们终究解决了政企不分、政资不分的问题了。首先我们没有部门直接管企业了,然后我们把政府作为国有资产的代表的情况也变了。但是现在还有问题,到底国资委算是什么样的机构,名义上不算国家行政机关,但是仍然具有国家行政机关的很多作用。这

个问题还需要再思考。

我想市场法律制度在鼓励各种市场主体,尤其是企业,包括国有企业、民营企业、外资企业,在解决它们自治的问题上给予了它们很多的自由了。自治从某种程度上来说就是自由。自己来决定自己的问题那不就是自由吗?但是我们同时还面临着一个问题,就是秩序。就像某位西方学者讲的,自由和秩序是市场也好、社会也好的两大面。没有秩序的自由是无政府的,没有自由的秩序是专制的。那么在这个理念上,政府要扮演什么角色,如何做好?我一直讲市场里的自由就是三大自由,财产自由、交易自由和营业自由。而财产自由《物权法》写得很清楚,交易自由《合同法》写得很清楚,营业自由《公司法》写得很清楚。我们在法律方面逐渐使得自由的制度完善了。但是现在我们国家市场的秩序也好,社会的秩序也好,已经到了很严峻的地步了。市场里面包括奶粉毒也好,信用问题也好,都已经到了很厉害的程度了。有一次开会,我与中小企业协会的主席原深圳市市长李子彬同志交谈的时候,他说现在国际有一个市场秩序的排名,中国的经济发展速度被全世界都承认,是数一数二的,但是市场秩序的排名在国际排名的一百一十多位,而且现在排名还在往下滑,我开玩笑说这就跟中国的足球一样了。

这应该是我们政府的职能所在啊!政府的职能不是支配资源、垄断资源,政府的职能恰恰应该是给予社会安全感。如果我们在社会上没有安全感,觉得随时可能被绑架;如果我们在市场上没有安全感,到处都是假冒伪劣产品,到处是信用失衡,这怎么行呢?政府职能恰恰应该在这个问题上。可是我们现在有时候恰恰又相反,政府的职能有时候表现在垄断矿产资源,获得利益上。我不反对政府可以在矿产等垄断行业里建立企业,但是政府最主要的任务是要解决秩序的问题。所以我们现在很重要的问题是解决政府职能的变化。不久前参加了北大的博士后论坛,厉以宁教授发表了谈话,吴

敬琰教授也在许多场合提及,市场经济到今天最重要的还是市场职能的改变,仍然是政府对市场的控制过多,仍然是政府应该给予的管好市场秩序的不够,我想这个问题应该引起我们的注意。

所以我说改革开放三十年来所遵循的第二条轨迹就是解决好政府和社会的关系、国家和社会的关系以及自由和秩序的关系。

三、私权与公权的轨迹

第二条集权和自治的轨迹,实际上从法律层面上提到了公权和私权的问题。我们国家从历史上来看是缺乏私权传统的国家,封建社会是专制的封建社会,不像西方国家,如希腊是民主城邦制的国家,但是从我国的历史发展来看,我们对私权的重视是远远不够的。在座学过法律的都知道,欧洲国家中罗马国家最重要,罗马国家以罗马法著称,罗马法又以罗马私法著称。可见罗马法国家在当时赋予了公民或者说民事主体很多的民事权利。听说有学者现在在研究一本书叫《罗马宪法》。我很奇怪,罗马哪有宪法呢?我只听说罗马国家有私法,没听说他们还有宪法。后来知道这个“宪法”不是现代意义上的宪法,而是那个时候意义上的宪法,即罗马私法是国家如何保护每个公民的民事权利,主要是财产权利;而罗马宪法是国家如何保护每个公民的政治权利。可见当时罗马法里面对公民的政治权利也是给予了保障的,即公民有参与决策的权利,是“保民观”的体现。从这个角度来看,它的制度中老百姓的利益、公民的利益占据很重要的位置。但是中国,无论是封建社会,还是民国时期,甚至(改革开放的)前三十年的时间里,我国私权的发展是极其微弱的。从这个意义上来说,改革开放就是从扩大私权开始,从增强公民的公民意识、权利意识开始,从加强对公民的私权的保护开始。我觉得改革开放三十年中这一条轨迹是很明显的。

这条轨迹具体说来就是以从私营企业,到私人财产,再到私人

权利为主线的过程。过去长期以来我们都以为,在“公和私”的关系里面,“公”是一切,“公”是目的,而且一切的“私”都是可耻的,从意识形态上来说,是应该被打倒的。意识形态里的“斗私批修”,认为私有制是万恶之源,财产也是万恶之源,都是被否定的恶魔似的东西。但是难道一个国家的兴旺没有私的权利保障就能兴旺吗?一个国家不承认任何私人财产,不承认任何私人权利,这个国家能够拥有一个真正强大富裕的基础吗?所以我想改革开放使我们懂得了这个道理:要使国家强大必须使私人财产得到公平对待、私人利益得到保障。改革开放以前我们说“大河有水小河满”,改革开放以后我们说“小河有水大河满”。我想几个字的差别就表明了“公和私”的关系。但这两个是相应的关系,不能绝对分开。

这就是我们改革开放三十年来的法治发展的第三条主线。而且这条主线在宪法里面非常的明确,宪法明确涉及了私营企业的地位和私人财产的保护,而且物权法在很大程度上也解决了这个问题。甚至这次十七届三中全会强调让农村富裕起来也是对私权的扩大。农村集体的土地也是私,是广义上的“私”,不是国家所有的即使是集体所有的土地都是私。所以我们说《立法法》上讲的对于征收私人所有的财产和集体所有的财产,都是一样的(必须由法律规定)。我们如何保护农村集体土地,如何保护每一个土地承包户的利益,如何保护农村里拥有宅基地和商品房屋的农民的利益,以及如何保护城市里每个公民的利益,如何保护企业作为一个法人的利益,这些从本质上来说都是私权保护的核心问题。

改革开放三十年来,在这条主线上,我们发现私权和公权的冲突越来越厉害了。我常讲私权和私权的冲突每日每时都大量产生,如邻里间的冲突、企业间的债务,这些都不可怕,只要一个公正的普通法院就可以解决,个别不公正还可以通过其他方法得到解决。公权与公权的冲突,最重要的是中央与地方的冲突,以及民族国家里

民族间的矛盾。我国也存在这些矛盾。西方的解决办法是通过“宪法法院”或类似宪法法院的机构来解决。公权力与公权力的冲突,或者公权力剥夺私权利,都由宪法法院来管。我们社会主义国家都没有宪法法院,许多社会主义国家因为公权力的冲突而垮台。中国也没有宪法法院,而且政党还有很大的控制力量,人事权由中央控制,财权分权了,但是还是中央控制得多一点儿。但是现在地方也放开了些,所以中国现在至少还没有急迫面临因为公权力的冲突而使国家瓦解的危险。我们看到,中国现在面临的主要危险是公权力和私权利的碰撞所引起的矛盾、冲突。征地的问题引起了国家和农民的意见分歧,国家经济发展这么快,哪还有地啊?城市里的国有土地盖楼早就用完了,再要盖房子、建工厂、造油田就只有征收农民的土地了。那国家给农民的征收补偿够不够呢?城市里面这么多破破烂烂的房子,一拆迁改造就发生冲突,国家到底要补多少钱被拆迁户才满意啊?翁安事件不就是公权力和私权利的冲突激烈化的表现吗?所以我们应该看到中国社会现在还有许多不稳定的因素,而现在带来最大的困惑和不安的就是公权力和私权利的冲突,而其中最主要的问题,还是公权力的滥用,私权利受到公权力不合法的侵犯。

但是,我们也不能否认另外一方面,就是也存在着私权利的滥用。随着权利意识的增加,老百姓有了更强的权利意识来保护自己的合法权利,而与此同时也可能出现私权利的滥用问题。那么,怎么在私权利和公权力的冲突中区别哪些合法的私权利是被侵犯的,哪些私权利是被滥用的呢?坦率来讲,关于这点法学界的看法也是不一致的。这是很正常的情况,社会多元化,看法也多元化了。但是我们应该看到在这个问题上我们还缺乏必要的法律来加以规范。虽然已经有了物权法,但是并没有解决所有的问题。比如,《物权法》第28条提到,如果政府要以公共利益来征收老百姓的财产的