

国家转型与法学丛书

主 编 / 龙卫球

当代中国

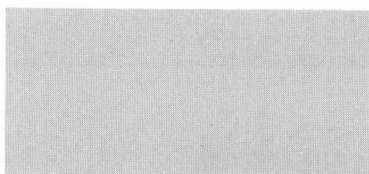
泮伟江 / 著

建构

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

当代中国法治的分析与建构

泮伟江 / 著



图书在版编目 (CIP) 数据

当代中国法治的分析与建构/ 泮伟江著. —北京:
中国法制出版社, 2012. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3553 - 6

I. ①当… II. ①泮… III. ①社会主义法制 - 研究
- 中国 IV. ①D920. 0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 027450 号

策划编辑 周林刚

封面设计 蒋怡

当代中国法治的分析与建构

DANGDAI ZHONGGUO FAZHI DE FENXI YU JIANGOU

著者 / 泮伟江

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本 / 880 × 1230 毫米 32

印张 / 9.5 字数 / 199 千

版次 / 2012 年 3 月第 1 版

2012 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3553 - 6

定价: 29.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66067024

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

总 序

这套丛书缘起起于一种思考：如何进行一种可持续的国家转型。国家转型是个大课题，并且我国超级巨大的治理规模这个事实，使得我们的转型成为一个前无古人的大课题。以一种长程的历史眼光来看，近代以来将近两百年的中国历史，整个是一个转型历史；以一种较为切近的现实眼光来看，最近三十多年的改革开放史，也是一部性命攸关的转型历史。

国家或者文明继往开来之转型，牵涉到军事、科技、经济、文化、法律、政治，牵涉到整个国家生存发展的方方面面。近代史给出的教训是，在这许许多多的环节中，并不存在一个固定的、能够一转百转的环节；然而同样是这段历史，总是存在一种努力，试图找到一个类似的中心，因此军事救国、实业救国、教育救国、文化改造、社会改造等等主张、路线前后相继、不绝如缕，结果各个环节在同一个时空中累积、汇聚，导致批判的武器以武器的批判告终，改革的问题以革命的方式解决，文明的转型以政治的空间收尾。如此反复轮回，已一而再，可为镜鉴。因此之故，文明期待深厚的过程之积累。

另一方面，中国晚近的改革史日益明白地显示出，国家与社会之间的相互沟通，对于稳定的国家转型具有十分关键的意义。社会创造力的释放过程，是、也应当是国家获得有力建构的过程。法律恰好是国家与社会沟通的中间环节，而且法律这个中间环节在某种

2 当代中国法治的分析与建构

意义上具有全局的地位：一方面，民主立法过程实现社会领域内的问题、意见、意义向国家的转译，而各种社会问题产生的纠纷，又以司法作为最终的救济手段。因此，转型中的每一个难题与课题，最终也都可能或可以转化为法律的问题、法学的问题。

所以，本质上，我国的法学就是“转型中国的法学”，它在不同的时期总是遇上自己的新课题。但在应对这些新课题挑战的智识努力中，同仁们或许已经发现，要释放法学的新创造力，往往还需要深挖基础理论。因此，法学发展的一般趋势一直是新课题的不断开拓，以及基础理论的不断深挖。这两个方向并行不悖，互为支援。唯有如此，才能使法学在深度、广度上获得建设和积累，向立法和司法两个方向反馈，最终将自己构建为内在于国家转型的知识通道，这是一种内在的信念。

若能对此宏大的历史进程贡献一二，岂非我辈法学人之幸事？此即为本丛书编纂之初衷。是为序。

龙卫球

2011年8月

于北京航空航天大学法学院

献给我的母亲

法治：一种基本概念危机（代自序）

虽说研究始终侧重于这种实证性，但研究所取得的进步却主要不靠收集实证研究的结果，把这些结果堆积到“手册”里面，而主要靠对各个领域的基本建构提出疑问，这些疑问往往是以反其道而行之的方式从那种关于事质的日积月累的熟知中脱颖而出。真正的科学“运动”是通过修正基本概念的方式做出的，……一门科学在何种程度上能够承受其基本概念的危机，这一点规定着这门科学的水平。

——海德格尔

关于法治，难道还有更多的东西值得言说？

本书修订完毕，准备递交出版社时，萦绕在我脑海里挥之不去的，便是这样一个问题。

的确，说最近二十多年中国法理学最关键的一个概念就是“法治”，并不为过。围绕着“法治”这个概念，中国的法理学研究者撰写了无数论文，或论述法治的要素，或描述西方法治的历史演变，或论述法治的形式面向与实质面向，如此等等，几乎已穷尽了法理学传统中关于此概念的所有细节与认识角度。西方法律理论家研究法治的经典论文，也几乎悉数被翻译成了中文，而中国学者的法治研究，也沉淀出不少经典之作。关于现代法治的种种经典定

义，几已成法学院学生的基础常识。现在谁不熟悉富勒的法治八要素或拉兹的法治八原则呢？在这个时候，提出中国法治的危机乃是一种基本概念的危机，以至于认为研究并践行法治的诸多法理学大家与前辈，并不认识法治这个概念的真正含义，是否有哗众取宠，危言耸听之嫌疑？

然而，如果法治的概念与内涵已然明晰，为何三十多年的法治建设，如今依旧危机重重？三十多年来如此丰富的理论研究，并没有沉淀为全社会的底线共识，迄今为止，中国人虽然对“法律”二字早已耳熟能详，但对隐藏在法律背后的“法治”二字，却仍然感到陌生，远没有达到不言自明的程度。随着中国社会日益走向开放，权利意识日益觉醒，国人也逐渐走出将法律当作专制工具的误区。然而，学院派法学家们倡导的法治理念，在中国社会仍远未实现，公众对法治理念也仍然显得疑虑重重。

例如，几乎所有在法学院教授的基本法律概念和法律原理，在具体落实到中国法律的具体实践时，都遭遇到了意想不到的反效果——本来被用来保障公正的程序正义，在实际运用的过程中反而更大程度地加剧和掩盖了审判过程的不正义，本应被用来防止法官因受外界影响而腐败的司法独立，却成了法官肆意腐败逃脱监督的保护伞，如此等等。又例如，随着职业化的日益推进和法学教育的不断繁荣，法律本应变得更加强大，但与之相随地却是日益严重和普遍的司法规避现象，潜规则成了常态，循规守法反而成了例外。这给了法官们极大的压力，以至于他们要放弃作为安身立命之本的法学知识和法律思维，转而寻求通过调解等其他手段来重新夺回案件和市场。可以说，中国的法治实践，正日益陷入进退失据、无所适从的阶段，而从事法律实践的专家和从事法学研究的学者们，则处于一种百口莫辩、六神无主的精神分裂状态：严格地遵循规范性的

法律概念和法律教义学知识，则解释不了中国法治的诸种复杂和尴尬的处境，如果抛弃掉这些规范性的法律概念和法律教义学的知识体系，则无异于从根本上取消了自身存在的意义。

即使是学院派的法学家们，如果你仔细观察他们在日常生活中的行动逻辑，也与他们口头上所倡导的法治理念有着不小的差距。例如，徐昕在他的宏文《为什么私力救济》中提供的几个例子，就非常典型地说明了中国法律人的这种内部人格分裂：为别人提供公力救济的法官和倡言法治的法学教授，一旦自己遇到纠纷，却主动选择私力救济的渠道。^① 学院派法学家们面对中国法治问题时的这种言行分裂，恰恰折射出了中国法治建设迥异于西方法治传统的独特景观。

如果现代法治理念并不满足于成为法学院共同体孤岛式的“有限共识”，如果中国法治建设并不仅仅是学院派法学家们有待实现的天真梦想，则法学理论就必须处理中国法治建设独特的社会语境与历史背景。如此一来，关于法治问题的法学理论研究，就不能仅仅根据西方法学理论家们设定的议题，重复西方法学家们曾经进行或者正在进行的理论论辩。

毫无疑问，西方法律理论家关于法治所展开的理论论辩，对于我们理解现代法治的内涵与精神，是非常重要的。哈特曾经在其代表作《法律的概念》中非常深刻地指出，关于法律概念的争议是现代西方法理学中最经常被讨论，也最难以回答的一个问题。^② 这个问题在现代西方法理学中的重要性，也许类似于奥古斯丁提出的“时间是什么”在西方哲学中的地位。奥古斯丁说，尽管我们无

① 参见徐昕：《为什么私力救济》，载《中国法学》，2003年第6期。

② 参见哈特：《法律的概念》，张文显译，中国大百科全书出版社1996年版。

时不刻地生活在时间之中，一旦被问“时间是什么”时，我们仍然会感到一片茫然。时间问题，由此成为了哲学史上最难以回答的问题，同时也是最经常被人思考的问题。难以回答和经常被思考，都是由于它的无处不在所带来的熟悉性。同样，对他们来说，法律是一个值得反思的对象，也是一种不可置疑的实在。经常有人提出对法律概念的理解，同时又经常有人对这些理解表示异议，乃是因为他们认为这些解释无法说明自己所理解和认识的法律现象。因此，关于法律概念的这种论辩，恰恰表明法律本身的实在性。

因此，现代西方法理学对法律概念争议的讨论，是以法治之于他们的某种不言自明性为前提的。我们仔细地考察现代西方法理学所有关于法律概念的论辩，都可以发现，关于法律概念的争议，其实都是关于何谓法治的理解的争议。对他们来说，由“法律”这个概念，不言自明地就联系到“法治”的概念。他们实实在在地生活在法律之下，呼吸着法治的空气，但对于诸多疑难案件中如何追求法治，仍然感到困惑与不解，并为此而热烈地讨论着。

但是场景一旦切换到法治的中国语境，那种犹如空气一样无所不在的“法治”的实在性与不言自明性却消失了。对于法律理论家来说，理论言说的生活世界的背景已被替换，而未经反思的法学理论研究，却仍然接续了西方法律理论家们设定的议题与论证理路。就此而言，苏力对中国法理学“与国际接轨”的自然冲动的反思与批判，显然是相当深刻的。中国法理学要处理中国法治的问题，就必须在这个迥异于西方的社会背景下展开，并且采取一种完全不同于西方的理论言说方式来处理法治问题。

毫无疑问，在这样一种社会语境下处理中国法治问题，必须明确的是，现代法治理念，相对于中国的历史文化传统来说，是一个陌生

的外来者。它来到中国已经一百多年了，却从没有在中国人的经验生活中扎下根，更没有在中国的土壤中开花结果。否认这一点，以一种类似于西方法律理论家的方式，预设法治是类似于呼吸的空气那样不言自明、无处不在的存在，难免就会在现实中遭遇重大挫折。

当然，这并不意味着另外一种对待法治的态度就是高明的——这种态度同样否认法治对于中国人的陌生性，而是希望用中国人熟悉的概念，例如“调解”，来同化和消解现代西方法治对中国人而言的陌生性。这种做法，就像把法式面包当作中国馒头，将三明治当作山西肉夹馍一样，与其说是消解陌生性，不如说是在认知层面对新鲜事物的直接拒绝。这同样是不可取的。

海德格尔在《存在与时间》的开头曾经说过：

虽说研究始终侧重于这种实证性，但研究所取得的进步却主要不靠收集实证研究的结果，把这些结果堆积到“手册”里面，而主要靠对各个领域的基本建构提出疑问，这些疑问往往是以反其道而行之的方式从那种关于事质的日积月累的熟知中脱颖而出。真正的科学“运动”是通过修正基本概念的方式做出的，……一门科学在何种程度上能够承受其基本概念的危机，这一点规定着这门科学的水平。^①

这句话启发着我们，当下中国法律所面临的种种困境和危机，或许是一种基本概念层次上所面临的困境和危机。我们可以不经反思地将现代西方意义的法律概念直接适用于中国，通过直接上手的意义来使用这些本质上也许异质于我们旧有的文化和生活的概念，从而造成一种不言自明和熟悉的假象。但是这掩饰不了概念和现实

^① 海德格尔：《存在与时间》，陈嘉映译，生活·读书·新知三联书店2006年版，第11页。

之间的巨大鸿沟。

如果我们不想成为软弱而又保守的犬儒，我们就必须明白，要理解和化解这个巨大鸿沟所造成的中国法学，乃至中国法治建设的核心困境，对中国的现实进行某种所谓的社会学意义的调查研究是重要的，然而更加重要的工作或许还是在一种基本概念的水平上展开的。

这个工作的第一步，就是还原法律的陌生性。这种还原陌生性的工作也就是海德格尔所经常强调的那种“去蔽”的工作，将流俗意义的语言和概念重新还原到一种本真的状态，将那种虚假的熟悉性驱除干净，对那种暧昧的不言自明紧追不放，迫使它吐露真相，从而使得我们对习以为常的概念和事物另眼相看。

其次，我们要做的一个工作，就是认识这种陌生的外来者对于我们自身所可能具有的意义。很显然，中国遭遇现代西方法治理念，恰恰与中国所经历的、并仍在经历的三千年未有之变局有着不可割裂的联系。这就涉及到一个更大的问题，就是如何认识当下中国正在进行的深刻的社会转型。同样的，流行于美国的经典的法律社会学研究并无法为我们的工作提供真切的帮助。

主流的法律社会学所处理的法律的现实问题，按照凯尔森的观察，就是观察某个法律规范是否现实地得到遵守。要观察这一点，基本的理论工具就是通过现代社会学所发展出来的各种调查与统计的方法，或者通过法律人类学的田野调查方法，来测量与勘定人们是否在行动中遵照了该具体的法律规范。然而，正如卢曼在四十年前所指出的，在这样一种法律社会学研究的视野中，其实并没有法律本身，而仅仅是个别法律规范的效果，以及参与法律的那些具体个人的行动。因此，这样一种法律社会学研究，并没有帮助我们理解何谓法律的现实。

为了克服经典法律社会学的这一困境，我们就需要一种更加复

杂的法律社会学研究，也就是本书所提倡和贯彻的以“规范”本身为考察对象的法律社会学研究。如此就又带来了一个疑问，即根据休谟的规范与现实二分的逻辑，规范与现实互不关涉，又如何可能将“规范”当作一种“现实”进行社会学的考察？

对这个问题，卢曼给出了一个很精彩的回答，就是将规范看作是普遍存在的对待规则的一种规范性态度。休谟意义上的那种纯粹规范，其关注的是规范性的来源问题，这个问题是无法通过社会学的方式得到解决的。但是，现实生活中人们普遍存在的对待法律规则的规范性态度，却可以通过社会学的方法得到描述与分析。利用卢曼所指出的这个思路，我们便可以清晰地看出，当代中国法治建设的根本危机，便是普通中国人普遍缺乏对法律规则的这种规范性态度。而中国法治理论研究的危机则在于，迄今为止，所有的中国法治理论家都无法对此现象的理论意味进行有效揭示，并通过对西方经典法治理论的阐释，解答如何可能普遍地建构出普通中国人对法律规则的这种规范性态度，更无法解释普遍存在的对法律规则的这种规范性态度，对于中国的社会转型与未来究竟有何种可能的重要意义。

要回答这个问题，就必须在两个方面开展工作。一方面是描述和考察当代中国人面对现代西方法治时，所具有的经验为何，同时细致地对这种经验进行分析；另外一方面，则要透过现代西方法理学的自我描述，将现代西方法治的经验还原到整个西方现代性变迁的传统中进行理解。我们既要详细地考察与理解现代西方法治究竟意味着什么，同时也要说明为何现代西方法治理论对于中国的法治建构而言，并不足够，以及究竟何种语义的结构，阻碍了他们向我们传达我们所需要的法治理解。同时，我们也要理解中国是带着何种先验的“前理解”和概念工具来理解现代西方法治的，并分析这种先验的前理解与分析工具在认识与理解现代西方法治时可能存

在的盲点与局限性。

因此，本书并非是为中国法治建设出谋划策的政策建议书，也不是通常意义的法理学著作或者法律社会学著作，而是一种新的更复杂的关于法律规范与社会的社会学研究的尝试。这种尝试也并非毫无传统，卢曼的法律社会学研究，以及由此发展出来的法的社会系统理论，便是作者进行这种尝试的引路人与伟大典范。

也因此，本书针对的并非是中国法治建设中出现的种种疑难病症，也没有给出各种可行的政策性建议，而是通过对当代中国法治所出现的种种疑难杂症的分析，与隐藏在这种疑难杂症背后的种种顽固的观念与经验进行艰难的斗争。也正是在这个意义上，本书才能够得出这个令作者自身也时常受到惊吓的结论，即中国法治的危机乃是一种基本概念的危机。所谓基本概念的危机，也就是一种理解与认知层面的危机，或者说是一种元理论层面的危机。与各种具体而现实的政策层面的危机相比，这种元理论或者说元理解层面的危机，乃是一种更加严重、却更加隐蔽的危机。而各种政策层面的危机，则不过是这种理解与认知层面危机的表现与总爆发而已。

熟悉作者的朋友早已看出，作者希望通过这本小书处理的问题是如何的宏大和超出自身的学识与能力之外。限于作者的学力与视野，这本小书仅仅对上述问题给出了一个初步和相当有限的分析，对相关问题与理论资源的处理也是粗糙的，甚至有些凌乱。然而，鉴于本书所提出问题的重要性，希望读者能够原谅作者知识的浅陋，更加关注提出的问题本身。

就像野人献芹一样，捧出这本小书，乃是作者鼓足勇气后一次很严肃的不自量力，唯有抛砖引玉之期待，方能让作者将深藏陋室的一孔之见公之于世。期待读者诸君不吝批评，多多指正。

目 录

法治：一种基本概念危机（代自序）	1
------------------------	---

第一编 中国法治的困境

第一章 司法裁判的经验与困惑	3
一、问题的提出	3
二、基层田野调查的局限性	7
三、用“调解”看不到的“裁判”	14
四、通过“裁判”理解现代法治与法学	25
五、小 结	34
第二章 从规范移植到体系建构	36
一、导 论	36
二、法律移植的本土化困境	37
三、他山之石，可否攻玉？	43
四、两个层次的法律移植及其相互关系	49
第三章 当代中国的变法与法治	54
一、导 言	54
二、清末法律改革以来的变法与法治	55
三、法律改革的逻辑：通过法律改变中国	60
四、现代风险社会中规范的功能	63

2 当代中国法治的分析与建构

五、法律规范何以区分于道德规范	79
六、小 结	85
第四章 常规的例外化与例外的常规化	87
——重新理解中国法律的实效性困境	
一、导 言	87
二、凯尔森的规范社会学与中国法律的实效性问题	88
三、重新理解中国法律的实效性问题	94
四、法律实效性大面积缺失的表现与危害	100
五、常规的例外化与例外的常规化	106

第二编 作为问题背景的现代西方法治

第五章 现代西方法治的现象与经验	119
一、现代西方法治形成的历史背景	120
二、何谓现代西方法治	125
三、现代西方法治的德国路径及其局限性	130
四、现代西方法治的英国路径	137
五、戴雪与哈耶克对英国普通法法治的捍卫	143
六、普通法的实证性及其理论意义	148
第六章 法治理论的范式替换：卢曼法的社会系统理论	156
一、卢曼对现代西方法治形式理性的捍卫	158
二、卢曼的“自创生”与“社会系统”的概念	164
三、封闭与开放：法律作为一个自创生系统	177
第七章 裁判现象学问题：理解与捍卫现代法治的关键	194
一、中心与边缘：法律系统内部的再分化	195
二、司法决断论的困境：裁判的悖论及其化解	200

三、正义作为法律系统的偶联性方程式 (Kontigenz Formel)	204
四、捍卫现代法治的自主性	209

第三编 问题的深化与引申

第八章 对中国传统司法的再观察	219
一、中国传统司法的客观性问题	220
二、中国传统司法中的意识形态与司法技术	228
三、黄宗智的方法论局限	232
四、传统中国司法如何保障司法裁判的客观性	236
五、小 结	242
第九章 中国法律职业化的困境及出路	243
一、处于十字路口的司法改革	243
二、技术的罪恶：法治背后的人治问题	247
三、技术的公共性：法律职业共同体的结构	252
四、沦陷的首都：错乱的上诉机制	260
五、条条道路难通罗马：判例汇编制度与评价制度的迷失	266
六、建构一个中国法律人的公共空间	278
结 语 必要的交待	281
后 记	284
致 谢	287