

刘作翔 著

法理文库

# 迈向民主与法治的国度

山东人民出版社

刘作翔 著

# 迈向民主与法治的国度

## 迈向民主与法治的国度

刘作翔 著

\*

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

新华书店经销 日照市印刷厂印刷

\*

850×1168 毫米 32 开本 14.5 印张 4 插页 355 千字

1999 年 6 月第 1 版 1999 年 6 月第 1 次印刷

印数 1—3500

ISBN7—209—02394—1  
D·565 定价:22.50 元

## 自序

世界上有没有应然的东西？在现实的世界之外，有没有一个应然的世界存在？人类能不能创设一种制度，并用这种制度去规范社会生活？人类可不可以有理想，并用这种理想去作为人类为之奋斗的目标？经验世界和理性世界是不是就是绝然的势不两立……诸如此类的“大”问题既是一些古老的哲学命题，也是近年来中国社会学术界争论的热点问题，同时也是本书作者近年来萦绕于脑际的问题。

这些年，学术界在进行反思。由对中国“文化大革命”的反思，对毛泽东晚年错误的反思，进而对法国大革命的反思，对卢梭的民主主义平等主义的反思。这种反思是非常必要的，且这种反思才刚刚开始，还很不深入。但我注意到，在这种刚刚开始的反思维度中所得出来的一些结论，值得我们警惕，即对理性主义、理想主义的否定，进而导致对诸如民主、法治、平等、自由、正义等等启蒙思想家提出的人类价值的否定（当然，这其中也夹杂着一些在学术界颇为流行的“后现代主义”思潮和方法视野的影响）。否定者认为，卢梭的民主主义导致了法国大革命中的雅各宾党人及罗伯斯比尔式的

专制和红色恐怖；而毛泽东的平等主义理想导致了中国“文化大革命”的极度灾难。这都是实证的结论。我的问题是：能否用这种实证去作为例证，进而成为反对理性主义和理想主义的依据？理想是否就一定导致暴政？就如同本书中所研究的问题之一——“周期率”到底是一种历史（实存）现象，还是一种历史必然（规律）一样。如果用一种原本就不甚周全的甚或错误的理论去指导一种社会实践，从而导致了这种社会实践失败，我们能否用这种实例去否定一切性质的理论和学说？

20世纪末的中国社会兴起的法治运动，形成了一个宏大的社会思潮。也有一些学者对这场法治运动提出了一些非议和质疑。他们认为，倡导法治，是用一种规划的社会秩序去规制社会生活，显现了一些人类理性的虚妄。而且在这场法治运动中，一些人类自生秩序方式（他们也称之为“民间法”或“非正式制度”）诸如习惯、风俗、礼仪、道德、宗族等等受到忽视甚至压制。因此，这些学者花很大精力去论证“民间法”和“非正式制度”的“合理性”乃至“合法性”，要为它们在现代社会的秩序结构中谋得一席之地。我仔细地分析过一些学者的论据，发现他们的主要论据有两个：一是“有效性”，即认为那些自生秩序方式是有效的，同法治方式相比，它们更有一种解决实际问题的效用；二是“经济性”，即认为那些自生秩序方式处理纠纷的成本费用同法治方式相比要小得多。“有效性”和“经济性”成为他们论证自生秩序合理性的主要理由。

“有效性”，如果转化成价值概念，即效益，或效率，它常常和“公平”构成一对矛盾。在这对矛盾中，持此论者显然是选效益价值的。有效的，不一定就是公平的，也不一定就是合理的。如果以“有效性”作标准，那么，中国社会几千年形成的人治，对于社会生活的控制是最有效的了。这种有效性，却对民主、自由、平等、公平、正义等价值的实现形成阻碍和构成威胁；“经济性”，如果转化成价值概念，乃功利性，即以最小之代价取最大之收益。这其中的

代价可能是小的,但收益却未必是大的;或者对局部,对暂时是大的,但对全局,对长远未必是大的。并且,同理,如果仅以代价小为标准,那么,不实行法治,而实行中国已延续了几千年的人治,那对中国来讲,是驾轻就熟的,可谓代价是最小的。但我们能不能因为人治方式有效和经济,而继续沿用这种统治方式呢?

以上两点分析,只不过是浅层次的表面分析。深层的问题在于:诸如民主、法治、公平、正义、自由等等,是否就一定是远离现实的纯然的主观理性、理想和应然价值?这是认识这一问题的实质,也是核心。

我认为,民主和法治,并不纯然是一种主观理想和理性,它们也是人类社会的一种经验和实证。就人类社会能够提出这些价值目标来讲,它们都没有脱离开或超越于人类现有的认识水平,而这些认识水平又是建立在人类实践之基础上的。没有这些实践,人类又何以设计出这些模式?人类社会有民主,有法治,这都是人类的实践。只不过这种民主和法治以一种多样化的方式显现出来而已。民主和法治,既是一种理想,也是人类一种实证。既是一种理性,也是一种经验。它们是融二者于一体的体现,并不是一种截然对立的产物。那种截然的二元对立的,是不可取的,无助于我们建立一个更加合理的社会秩序结构。

问题的实质还在于:我们如何认识诸如法律、制度等“人类设计物”的本质。二元论者习惯于将诸如法律、制度等“人类设计物”要么归诸于纯然的主观理性,要么归诸于纯然的经验;或者要么归诸于一种人类理想之产物,要么归诸于一种人类现实之产物。似乎在理性与经验,理想与现实之间是绝然对立的,没有沟通之可能。

其实,对于法律中的经验与理性的关系这一古老的法哲学问题,美国社会学法学创始人庞德有过精彩的分析和阐述。他认为历史法学派所强调的“法是经验的条理化”和哲理法学派所强调的

“法是理性的一种表现”这两种法的理论均表达了法的某种“真实性”，都具有某种道理。但是，这两种理论都是不全面的。他认为，“只有能够受理性考验的法才能坚持下来，只有基于经验或被经验考验过的理性宣言才能成为法的永久部分。经验由理性考验，而理性又受经验的考验。舍此之外，在法律体系中，没有任何东西能站得住脚。法是通过理性所组织起来的经验，由政治上有组织社会的造法或颁法机关正式公布，并受到社会强力的支持。”这既是庞德对法的定义描述，也是他关于法律中经验与理性两者关系的辩证说明。用他的一句概括性的话表述：在法的各种目的在逻辑上的矛盾之间，“依靠以经验为基础的理性”才能使它们保持平衡，“整个文明社会的历史证实了这一点”。<sup>①</sup> 用我的理解，法是经验基础上的理性，是理性观照下的经验。法律和制度融合了经验与理性两大要素，而不只是任何单一的表达。

因此，在我们思考诸如国家法与“民间法”，正式制度与非正式制度，规制秩序与自生秩序等问题以及诸如民主、法治等问题时，我们应该摒弃要么理性，要么经验这种单一的，或二元对立的思维模式，而应该从理性与经验的互动中，从人类法律实践历史的事实中，去正确处理两者的关系。我们需要思考的是：理性从何而来？离开经验的理性会是一种什么样的理性？而经验又向何处去？离开理性观照的经验会是一些什么样的经验？对于人类实存的经验，有没有一些价值的选择？或者说以何种的价值去对待已有的经验？因为一旦失去价值选择，人类社会所存有的一切经验实证都会被赋予合理性的解释和说明，因而我们在前进的道路上将不知所措，将无所适从。

目前关于民主与法治的治国方略所引起的学术争议，究其实

---

<sup>①</sup> [美]罗·庞德：《通过法律的社会控制 法律的任务》，沈宗灵等译，商务印书馆1984年版，第110～111页。



质,乃是各种不同价值间的冲突和较量。是选择效益、功利、经济等价值,还是选择民主、正义、公平、自由、权利等?由此不同的价值选择会导致不同的社会秩序模式的选择。这些不同价值间的冲突和较量并不因国家确立了“效益优先,兼顾公平”的对待原则以及建立“法治国家”的治国方略而平息。看来这一古老的法哲学问题还会不断地争论下去。

本书以《迈向民主与法治的国度》为书名,表明了作者的选择和期望。书中的大部分篇章,都曾先后在国内法学刊物上发表过,在读者中产生过一定的反响。其中有些篇章曾收入我1995年出版的《法律的理想与法制理论》一书。此书现已售完,且无再版之可能,故现辑收于本书中。在辑收过程中,我对有些篇章作了些小的修改。本书从体例上看去,于学术著作的系统性要求尚有些距离,但全书的内容,都没有远离“迈向民主与法治的国度”这一主题。它们集中反映了我这些年来对于民主、法治、法学等问题的思考和研究。我诚恳地希望读者对本书的内容和观点予以评判。

刘作翔

1999年2月26日于西安南郊



## 目 录

自序	(1)
上篇 法律的理想	
引言 法学家的使命	(3)
第一章 法律的理想:法理学的分析	(9)
1-1 法律的理想之含义	(10)
1-2 法律的理想之具体内容	(16)
1-3 法律的理想之表现特征	(24)
第二章 法律的理想与相关法学概念:关系分析	(27)
2-1 法律的理想与法律价值	(27)
2-2 法律的理想与法律的作用	(29)
2-3 法律的理想与法律目的和法律目标	(31)
2-4 法律的理想与法律理念	(34)
2-5 法律的理想与社会理想	(36)
2-6 法律的理想与法律现实	(37)
第三章 法律的理想与理想的法律:关系及其转化	(38)
3-1 理想的法律:含义及其意义	(38)
3-2 由法律的理想到理想的法律:实现转化	(42)

3-3 研究价值及现实意义·····	(47)
<b>第四章 理想的法律模式:建构原则</b> ·····	(48)
4-1 研究前提·····	(48)
4-2 科学性原则·····	(50)
4-3 适时性原则·····	(54)
4-4 现代性原则·····	(57)
4-5 民主化原则·····	(59)
<b>第五章 理想的法律模式:内容要件</b> ·····	(63)
5-1 内容要件命题解说·····	(63)
5-2 民主要素·····	(64)
5-3 自由人权要素·····	(66)
5-4 公平正义要素·····	(72)
5-5 法治要素·····	(77)
5-6 契约要素·····	(79)
<b>第六章 理想的法律模式:形式要件</b> ·····	(83)
6-1 形式要件命题解说·····	(83)
6-2 语言的明确性·····	(84)
6-3 法条的具体性·····	(90)
6-4 内容的易懂性·····	(92)
6-5 结构的合理性·····	(94)
6-6 体系的完整性·····	(95)
<b>中篇 法治的理念</b>	
<b>引言 实现法治:我们的理想与追求</b> ·····	(99)
<b>第七章 中国现代化与法制</b> ·····	(101)
7-1 法制在中国现代化中的地位·····	(101)

7-2	法制的特点及其实现 .....	(103)
7-3	法制的现实意义 .....	(106)
<b>第八章</b>	<b>法制现代化及中国的道路 .....</b>	<b>(111)</b>
8-1	法制现代化释义 .....	(111)
8-2	法制现代化的目标 .....	(118)
8-3	中国法制现代化的历史道路 .....	(124)
<b>第九章</b>	<b>从毛泽东到邓小平:关于民主与法治思想的异 同和发展 .....</b>	<b>(134)</b>
9-1	毛泽东和黄炎培关于跳出“周期率”的对话 ..	(134)
9-2	毛泽东的民主观和民主实践及其经验教训 ..	(136)
9-3	邓小平的民主法治理论及其价值 .....	(151)
9-4	跳出“周期率”,要靠民主,更要靠法治 .....	(157)
<b>第十章</b>	<b>法治社会中公权力与私权利的定位 .....</b>	<b>(159)</b>
10-1	公权力与私权利的现状 .....	(159)
10-2	法治社会中公权力的定位 .....	(167)
10-3	法治社会中私权利的定位 .....	(179)
10-4	保持公权力与私权利间的势能均衡 .....	(183)
<b>第十一章</b>	<b>法治社会中法律与道德的关系 .....</b>	<b>(184)</b>
11-1	以法治的观点审视司法中的法律 评价与道德评价及其结果 .....	(185)
11-2	法治社会中法律与道德的相互关系 及其界限 .....	(197)
11-3	法律惩罚与道德惩罚的各自特点及其 功能 .....	(204)
<b>第十二章</b>	<b>法治社会中的法律与公平问题 .....</b>	<b>(210)</b>
12-1	公平问题的广泛性 .....	(210)
12-2	法治社会中社会结构的公平要求及体现 .....	(213)

12-3	法治社会中法制系统的公平要求及体现·····	(217)
12-4	社会公平:法律追求的最高价值·····	(227)
<b>第十三章</b>	<b>儒家义利观与现代法治的价值取向·····</b>	<b>(234)</b>
13-1	研究义利观的现实意义·····	(234)
13-2	“义”的现代诠释及其与现代法治的 价值取向·····	(237)
13-3	“利”的现代诠释及其与现代法治的 价值取向·····	(238)
13-4	义利辩证观——“义”之下的“利”之追求·····	(240)
<b>第十四章</b>	<b>理想与现实:法治秩序与多元混合秩序的 冲突和选择·····</b>	<b>(242)</b>
14-1	“礼治秩序”:传统中国社会秩序结构的 主要特征·····	(243)
14-2	“多元混合秩序”:转型时期中国社会 秩序结构的主要特征·····	(246)
14-3	“法治秩序”:现代中国社会秩序结构 模式选择·····	(255)
<b>第十五章</b>	<b>市场经济与法治社会的政府职能·····</b>	<b>(265)</b>
15-1	市场经济条件下政府的五大职能·····	(265)
15-2	市场经济条件下政府职能的特点·····	(272)
15-3	市场经济条件下政府职能的转变·····	(274)
15-4	市场经济条件下政府职能的法治化·····	(276)
15-5	市场经济条件下的私法文化与行政权力·····	(278)
<b>第十六章</b>	<b>建立权力制约的法治机制·····</b>	<b>(281)</b>
16-1	研究权力制约的理论价值与实践意义·····	(281)
16-2	权力制约概念分析·····	(285)
16-3	对几种权力制约思路的评析·····	(288)

16-4	建立权力制约法治机制的思路·····	(295)
<b>第十七章</b>	<b>法律的作用及其局限性</b> ·····	<b>(303)</b>
17-1	对法律的质疑·····	(303)
17-2	两大思想源头:柏拉图与亚里士多德·····	(306)
17-3	当代争论的焦点:法治主义旗帜下的法律 利弊之争·····	(312)
17-4	辩证的思考:法治视野中的法律局限性·····	(317)
<b>下篇 法学新思维</b>		
<b>引 言</b>	<b>世纪之交中国法学面临的挑战</b> ·····	<b>(327)</b>
<b>第十八章</b>	<b>多元的时代与多元的法学</b> ·····	<b>(331)</b>
18-1	时代特征:多元化及其表现·····	(332)
18-2	中国法学的走向:多元发展及其表征·····	(334)
18-3	法学多元发展的重要条件:政治和学术 的宽容·····	(338)
<b>第十九章</b>	<b>什么是法理学?</b> ·····	<b>(341)</b>
19-1	中外辞典中的“法理学”解释·····	(341)
19-2	法理学在我国的发展简史·····	(348)
19-3	我国法理学界对法理学的认识·····	(351)
19-4	对我国法理学的现状分析及其思考·····	(355)
19-5	法理学改革的方向·····	(363)
19-6	我国法理学发展的外部环境和内部条件·····	(365)
<b>第二十章</b>	<b>法理学研究的一般特点及其功能</b> ·····	<b>(368)</b>
20-1	德沃金教授的法理学观·····	(369)
20-2	法理学研究的一般特点·····	(370)
20-3	法理学的功能·····	(380)



20-4	法理学的新发展:部门法理学的崛起	(384)
<b>第二十一章</b>	<b>重视法学学问题的研究</b>	(386)
21-1	由法学学科功能说起	(386)
21-2	应当重视法学学问题的研究	(390)
<b>第二十二章</b>	<b>关于中国法学发展的争鸣与思考</b>	(395)
22-1	如何看待改革开放以来法学界的新思想 新观点	(395)
22-2	如何认识社会主义法的本质及法与客观 经济规律的关系	(400)
22-3	如何看待对西方法律和法学的学习和 借鉴	(405)
<b>第二十三章</b>	<b>中国法学教育模式探索</b>	(409)
23-1	法制现代化与法学教育	(410)
23-2	法学教育与法律职业和法律职能	(411)
23-3	法学教育模式选择	(414)
23-4	法律人才培养模式	(420)
<b>第二十四章</b>	<b>中国法学教学法改革探索</b>	(427)
24-1	对我国传统教学法的反思	(428)
24-2	我国法学教学法的现状及改革的必要性	(430)
24-3	改革中国法学教学法的构想	(432)
<b>结 语</b>	<b>展望 21 世纪</b>	(437)
1	性与社会规范	(438)
2	人类与自然环境	(441)
3	知识分子与大众	(445)
4	中国与世界	(447)
<b>后记</b>		(451)

# 上篇

## 法律的理想





## 引言

# 法学家的使命

人文社会科学工作者的任务在于解释世界。这个世界既包括历史中的世界,也包括现实中的世界;既包括已逝久远的远古世界,也包括尚未到来的未来世界;既包括人类的物质世界,也包括人类的精神世界;既包括构成世界的人类群体,也包括构成世界的人类个体。总之,这纷呈多彩的多样化世界是人文社会科学工作者永无穷尽、永无止境的研究对象。可以说,只要有世界存在,有人类存在,对世界,对人类的解释和解读就会一直延续下去。

法学家作为人文社会科学工作者中的一个群体,其面对的研究对象是构成客观世界的法律世界。相对于客观的大千世界而言,法律世界是一个分支世界,是一个子系统;但相对于某一个小的微观世界而言,它又是一个体系庞博的大系统。法律世界由多重因素建构而成。它其中包括有人:人的精神、价值、理想、现实,人的期待、希望和追求;包括有社会:社会的物质基础、政治架构、文化意识形态,以及社会发展的目的、目标和运作过程;包括有历史:历史的积淀,以及由历史的积淀而形成的传统,等等。如果说,人文社会科学家的任务在于解释世界,那么,作为人文社会科学家群体之一的法学家,其任务便在于解释法律世界。这便是法学家