

# 法治的社会根基

马长山 著

中国社会科学出版社

# 法治的社会根基

马长山 著

中国社会科学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

法治的社会根基/马长山著. —北京: 中国社会科学出版社, 2003.9

ISBN 7-5004-3945-8

I. 法… II. 马… III. 法制—研究—中国  
IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 051765 号

责任编辑 周兴泉  
责任校对 李云丽  
封面设计 木子  
版式设计 李建

---

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010—84029453

传 真 010—84017153

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京新魏印刷厂

装 订 丰华装订厂

版 次 2003 年 9 月第 1 版

印 次 2003 年 9 月第 1 次印刷

开 本 850×1168 毫米 1/32

印 张 9.5

插 页 2

字 数 227 千字

定 价 22.00 元

---

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换  
版权所有 侵权必究

本书承蒙教育部人文社会科学研究 2002 年度专项研究任务项目和黑龙江省社会科学基金项目的立项资助，特此鸣谢！

# 导 言

对于今日中国而言，民主与法治已成为一种主流话语，尤其在政治生活领域和社会精英层面；“依法治国”的战略决策也在紧锣密鼓地实施，尤其在立法、司法制度改革等方面。应当说，这不仅是五四运动以来民主启蒙精神的延展和提升，也是全球化进程中民主法治浪潮的压力所致，它代表着中国摆脱“边缘化”而进行世界性平等对话、实现强国富民蓝图的已久期盼和渴望。然而，冷静地观察、体验和分析难免会使我们产生这样一个疑问：法治离我们到底有多远？答案似乎并不十分乐观，其中最突出的就是法治的“表层化”现象。

法治是在既定规则之下实现权利保障和权力制约的一项社会系统工程，从根本上讲，它是体现自由、平等和正义精神的秩序化、总体性的社会生活状态。而我们在推进“依法治国”战略决策的过程中，却出现了“表层化”现象。由于在实践操作层面上往往把“依法治国”简单地等同于法治，就难免出现了“法律工具主义”和“法律实用主义”的不良倾向。大量迅速的立法不仅存在着与现实脱节而难以实施的状况（即只是“纸面上的法律”而非“生活中的法律”），而且还存在着明显的“权力扩张法律化”现象（包括部门、地方争分权力、扩张权力的一些立法）；司法体制改革并没有实质性的进展，虽然警察和检察官都穿上了

新制服，法官也法袍加身，但他们的职业思维、工作程式、法律操作技术等等即便不是依然故我，也是无根本性的改变；虽然“依法治国，建设社会主义法治国家”已上升为治国方略，但是在一些领导者、执法司法者的思想意识中，还是把具有官本位倾向的“依法治理”等同于以自由、平等权利保障为轴心的法治，缺少权力在法律之下的观念，而社会公众也缺少限制权力和维护权利的信念等等。于是，在从“依法治国”——“依法治省”——“依法治市”——“依法治县”——“依法治乡”等等的“依法治理”热潮中，出现了“治下不治上、治外不治内、治民不治官”的“三治三不治”现象。就是说，民主和法治的呼声不断充斥于耳，而民主和法治的现实却未能映入眼帘，更难以有切身的感受和体验，很多情况下是“新瓶装旧酒”，真正的法治社会离我们还有相当的距离。导致这种法治“表层化”现象的根本原因，就在于我们只偏重于法律制度的建构（尽管这是十分必要的），而忽略了法治的运行机制及其得以生成、运行和发展变化的社会根基。有关南美、东亚、俄罗斯及东欧等许多转型国家的法治化进程也表明，仅是简单地移植和建立完备的法律制度、法律规范体系并不能必然带来法治。再完美的现代制度和组织原则，如果没有其得以运营的社会根基和缺少赋予这些制度与组织原则以真实生命力的现代心理基础，也会变成一堆废纸或导致畸形发展。<sup>①</sup>由此看来，探寻和构筑法治的社会根基就成为中国法治进程的关键。

另一方面我们也注意到，迫于在全球化进程中被“边缘化”的压力，以及基于快速现代化的迫切心情，一些学者对法律移

---

<sup>①</sup> 参见 [美] 英格尔斯《走向现代化》，见《世纪档案——影响 20 世纪世界历史进程的 100 篇文献》，中国文史出版社 1996 年版，第 435 页。

植、法律普适性以及通过自觉的理性建构来推进法治的进路寄予了较高企盼；而另一些学者则基于对“西方中心主义”、建构理性霸权原则的抗拒，以及对中国文化的本土情怀，从带有后现代主义法学倾向的立场出发，对法律本土性、地方性、多元性及自发演进的经验理性法治进路赋予厚望。而二者似乎都有失允当。事实上，不顾国情的盲目移植、过分注重人为理性建构的作用，无疑易造成以“西方中心”来阉割中国国情和导致极权主义的不良后果，而在中国法治建构尚十分艰难的情况下就急于“解构”和追求本土性、地方性，也极易与“保守主义”思潮形成某种暗合倾向并可能导致危险的后果。我们说，单一线性的进化论和西方中心主义是不足取的，但我们必须相信社会进步的逻辑，人类文明的共有成果（如WTO规则、世界人权保护的通则规定等）必须接纳；我们还要看到，西方后现代主义法学是在其浓重法治传统基础上的“解构”，在一定意义上是对其法治传统的某种纠偏和现代主义的某种延续，法治贫瘠的中国是学不起的！因此，对其反观借鉴时一定要慎重。另外，对法治本土性、地方性和自发演进的关注固然十分重要，但对其过度追求则很可能造成中国法治进程的迟缓性和返祖性。事实上，对后发外生型并快速行进的中国法治进程而言，我们要协调、兼顾好移植和本土化、普适性和地方性、建构理性和经验理性的复杂关系，探寻和构筑法治的本土社会根基。

西方法治数个世纪蛹化、成长、演变的漫长历史告诉我们，多元社会权利对国家权力的分割、制衡是法治得以生成、运行和发展的深层社会基础。只有实现多元权利对庞大国家权力的社会分解，使专权难以立足，霸权原则无以实施，权力和权利才能置于共同的既定规则之下，权力制约和权利保障也才有可能；只有实现多元权利与国家权力、权利与权利斗争、妥协中的相对动态

平衡，尊重宽容、自由平等和公平正义精神才能成为全社会的共同信仰，民主参与、自由自主和理性自律的公民文化才能形成，法治秩序也才能真正建立起来。而中国具有浓重的“东方专制主义”传统，国家主义兴盛而社会权利明显阙如。在国家利益（皇权利益）至上的同质社会中，根本不存在多元利益、多元社会权利对国家利益、国家权力的分享、分割与制衡，人们的权力思维和伦理思维优于权利思维和法律思维，乡土礼俗的生活方式浓重而法理社会的生活方式式微，造成了“人治”的文化传统、思维定式和历史惯性。这是中国法治进程的最大障碍和法治“表层化”的深层原因。因此，要推进中国法治进程，就不能只注重于制度建构、观念启蒙或本土资源挖掘，而更重要的则是应构筑法治的深层本土社会根基。这就要求大力推进市场经济和加速社会结构转型，尤其要加速市民社会走出国家统合状态的分离、解放进程，培育和促进多元利益、多元群体、多元价值追求并存互竞的异质社会的形成，培育和促进多元社会权利（包括个人权利、经济组织权利、民间组织权利、新闻媒介权利、民主党派权利、基层自治权利、地方自治权利等等）的生长、壮大并对国家权力进行分解、分割和制衡，借此形成权利保障和权力制约的社会条件与基础。在此之上，建立健全与国际接轨的现代法律制度和司法体制，关注中国的法治本土化因素，培养领导者、执法司法人员和全民的法律意识和信仰，从而使法治早日在中国大地生根和发展。



# 目 录

导言	(1)
<b>第一章 国家/社会分析范式与法学现代化</b>	<b>(1)</b>
一 市民社会理论与法学更新变革	(1)
二 法本质观的重新审视	(18)
<b>第二章 法治理念与法治国家</b>	<b>(47)</b>
一 交往理性与当代法治范式的转换和省思	(47)
二 依法治国必须弘扬正义法精神	(60)
三 法与道德关系的多维性及其在法治实践中的把握	(76)
<b>第三章 法治的社会根基</b>	<b>(106)</b>
一 东亚法治秩序的局限与超越维度	(106)
二 俄罗斯社会结构转型与“法治国家”的定位	(131)
三 中国法治进路的根本面向与社会根基	(141)
四 民间社会团体：民主与法治的结构性支撑	(160)
五 全球“社团革命”与当代法治秩序变革	(189)
<b>第四章 公民意识：法治的非正式制度要素</b>	<b>(235)</b>

---

一	公民意识对法治进程的内在驱动·····	(235)
二	公民意识的法治功能及其实现·····	(253)
三	伦理秩序、法治秩序与公民意识·····	(265)
四	从主人意识走向公民意识·····	(283)
<b>后记</b> ·····		<b>(293)</b>

# 第一章

## 国家/社会分析范式 与法学现代化

### 一 市民社会理论与法学更新变革

时代赋予了法理学以神圣的使命，同时也要求法理学能胜任这一使命。然而，受传统教条主义的严重影响，我国法理学患有严重的“幼稚病”，政治解释学、法律注释学的倾向较为浓重。尽管近年来法理学界十分活跃，法理学更新和法学现代化的呼声日高，权利本位、契约自由、私法优先、法的时代精神、民主与法治、权力与权利等等的倡导、确认、弘扬乃至重新界定，极大地推动着法理学的“脱幼”和更新。但同时，我们也必须看到，法理学的更新仍是重要而紧迫的任务。作为法学教育之本的《法理学》教科书虽然版本繁多，但很难见到不同的“面孔”，本本主义和仅就法学来研究法学的“本土主义”仍很浓重，真正能够运用多学科理论来阐明法理学问题的文章亦不多见。而且，简单逻辑论证、概念推演和抽象思辨研究的倾向也还存在。这无疑使得难于构筑起新的法学理论根基、体系以及形成不同的理论派别，也不能很好关注世界法治的发展趋向和中国的法治实践，并

发挥其应有作用。正因如此，法理学界的智识之士才不断地为“法学现代化”鼓与呼。

法理学更新和法学现代化是个庞大系统工程的结构，尤其需要法学研究既要立足法学领域，又要走出法学领域，从哲学、政治学、经济学、人类学、社会学、伦理学、文化学、史学等更高更宽的多维理论视野，并对法治实践给予深切的关怀来深入研究。市民社会理论的兴起及其在法学研究领域的导入，就是这样一种新的努力或尝试，并会对法理学的更新变革和法学现代化产生重要推进作用。

### **（一）市民社会（Civil Society，亦译公民社会）理论是马克思主义法律观得以确立的重要基石**

如果我们不是从经典作家的个别论断出发，不是教条主义的、工具主义的政治解释学的思维方式的话，那么就不难发现，经典作家是从其市民社会理论而走向唯物史观的，是从市民社会中去寻找理解人类发展进程的锁钥的，并进而奠定了马克思主义法律观的基础。

1. 马克思主义法律观是建立在科学的唯物史观基础上的，而经典作家恰是从其市民社会理论走向唯物史观的

作为一位彻底的唯物主义者，马克思最初在批判吸收黑格尔国家理论的基础上，对市民社会与政治国家及其相互关系进行了别开生面的研究，确立了科学的、具有革命意义的马克思主义市民社会理论，把被黑格尔颠倒的市民社会与政治国家、物质关系与理念精神的关系重新颠倒过来，使市民社会与政治国家从理念的天堂进入了现实世界。

在马克思看来，社会出现私人利益和社会分裂为阶级，是市民社会与国家产生的共同前提。市民社会展现着现实的、物质的私人生活世界，是私人活动和特殊利益关系的总和；而政治国家

则展示着抽象的虚幻共同体的类生活，是公共活动和普遍利益关系的代表，它们构成了人类进入阶级社会后最基本的两大生活和利益关系领域。由于市民社会是全部历史的真正发源地和舞台，它所形成的社会组织在一切时代都构成国家的基础以及任何其他观念的上层建筑的基础，因此，“有一定的市民社会，就会有不过是市民社会的正式表现的一定的政治国家。”<sup>①</sup> 换句话说，只要有社会分工和私人利益与公共利益的矛盾存在，市民社会与政治国家的两大领域就不可能消失，市民社会对国家的制约和决定作用就依然会发生作用。这样，“马克思从黑格尔的法哲学出发，得出这样一种见解：要获得理解人类历史发展过程的锁钥，不应到被黑格尔描绘成‘大厦之顶’的国家中去寻找，而应当到黑格尔所那样蔑视的‘市民社会’中去寻找。但关于市民社会的科学，也就是政治经济学。”<sup>②</sup>

虽然马克思恩格斯后来在其唯物史观中，确立起与“市民社会”、“政治国家”表述不尽相同的“生产关系的总和”、“社会的经济结构”、“经济基础”、“上层建筑”等概念，但并不表明马克思对市民社会与政治国家分析范畴的放弃，或新概念对旧概念的取代，而是表明马克思注重对市民社会与政治国家关系进行实质性的分析和高度抽象。<sup>③</sup> 生产力和生产关系、经济基础和上层建

① 《马克思恩格斯选集》第4卷(下)，人民出版社1972年版，第321页。

② 《马克思恩格斯全集》第16卷，第409页。

③ 学者俞可平在详尽分析论证后认为，马克思常把市民社会等同于“生产关系的总和”和“社会的经济结构”，这只表明马克思抓住了市民社会这一概念的实质，而不表明他拒斥一般意义上的市民社会概念。实际上，马克思在其早期、晚期著作中，更多地使用一般的、普通意义的、代表私人利益关系、私人领域、非官方社会组织、国家生活之外的社会生活上的概念(参见俞可平《马克思的市民社会理论及其历史地位》，《中国社会科学》1993年第4期)。

筑都与市民社会和政治国家这一分析范畴紧密相关乃至直接对应。由此，“我所得到的，并且一经得到就用于指导我的研究工作的总的结果，可以简要表述如下：人们在自己生活的社会生产中发生一定的、必然的、不以他们的意志为转移的关系，即同他们的物质生产力的一定发展阶段相适应的生产关系。这些生产关系的总和构成社会的经济结构，即有法律的和政治的上层建筑竖立在其上并有一定的社会意识形式与之相适应的现实基础。物质生活的生产方式制约着整个社会生活、政治生活和精神生活的过程。”<sup>①</sup>

由此可见，马克思是从批判黑格尔的国家理论入手，来阐发其全新的市民社会理论，并进而确立其唯物史观的。为此，恩格斯明确指出，“决不是国家制约和决定市民社会，而是市民社会制约和决定国家”是马克思主义唯物史观的“基本原理”。<sup>②</sup>因此说，马克思的市民社会理论并非是早期马克思不成熟的思想（他在后期成熟著作中也屡用不辍），更不是与其唯物史观相分离并欠科学的理论，<sup>③</sup>而是马克思主义唯物史观的基本出发点和重要组成部分。我们要继承和发展马克思主义法学，就不能忽视乃至放弃其唯物史观的这一出发点及其理论意义，而应以此为基点，全面、深刻领会马克思主义唯物史观，进而将之确立为马克思主义法学在当代的重要理论基石。

2. 经典作家在具体阐发其基本法律观点时，也正是以市民社会理论为逻辑起点的

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯全集》第13卷，第8页。

<sup>②</sup> 《马克思恩格斯选集》第4卷（上），第192页。

<sup>③</sup> 学者俞可平对此有充分的论证。参见俞可平《马克思的市民社会理论及其历史地位》。

由于经典作家把市民社会对国家的制约和决定作用，确立为其唯物史观的“基本原理”，因此，也就认为应把市民社会“理解为整个历史的基础”，并“同时从市民社会出发来阐明不同的理论产物和意识形式”。<sup>①</sup>为此，马克思强调：“法的关系正像国家的形式一样，既不能从他们本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质的生活关系，这种物质的生活关系的总和，黑格尔按照十八世纪的英国人和法国人的先例，称之为‘市民社会’，而对市民社会的解剖应该到政治经济学中去寻求。”<sup>②</sup>可见，马克思从一开始就为阐发其法律观确立了清晰的思路，把市民社会理论作为其法律观的重要理论基石。

首先，法律是建筑在市民社会和政治国家二元基础上的。马克思指出：“国家是建筑在社会生活和私人生活之间的矛盾上，建筑在公共利益和私人利益之间的矛盾上的。”<sup>③</sup>因此，国家制度则是政治国家与非政治国家两种本质上各不相同的势力的一种契约，“法律不能决定使两种势力的哪一种即国家制度的哪一个部分有权改变国家制度本身，有权改变整体。”<sup>④</sup>尽管一切共同的规章都以国家为中介，都带有政治形式，但认为“法律是以意志为基础的，而且是以脱离现实基础的自由意志为基础的”认识只能是一种“错觉”。<sup>⑤</sup>因此，法的历史也正展示着市民社会与政治国家的矛盾发展史，否认这一点，只能使“政治史和市民史就

① 《德意志意识形态》，人民出版社1961年版，第32页。

② 《马克思恩格斯全集》第13卷，第8页。

③ 《马克思恩格斯全集》第1卷，第479页。

④ 同上书，第316页。

⑤ 《德意志意识形态》，第61页。

纯观念地变成了一个挨一个的法律的统治史”的“独特幻想”。<sup>①</sup>可见，法律是以市民社会与政治国家的矛盾关系与其历史发展为基础的。

其次，立法权具有双重本性，反映着市民社会与政治国家的互动辩证关系。由于市民社会和政治国家的并列存在，是近代以来国家的基本结构图式，因而“一切因素都具有双重形式，有市民的因素，也有国家的因素”。政治国家的整体就是立法权，而“立法权具有双重本性，它既是现实的立法职能，又是代表的、抽象的政治职能”<sup>②</sup>。因此，一方面在国家制度以前和国家制度以外，立法权就应该存在，它是确立国家制度的权力，即“立法权应该存在于现实的、经验的、确立了的立法权之外”。另一方面，立法权又是按照国家制度确立起来的权力，“所以它是从属于国家制度的，国家制度对立法权来说就是法律”<sup>③</sup>。可见，在市民社会与政治国家的二元构架中，立法权就表现为两个层面：一是抽象的“应然立法权”，它代表着市民社会的发展变化和要求；二是现实的“实然立法权”，它代表着国家的愿望及市民社会要求在其中的实现程度和样式。“应然立法权”对“实然立法权”的制约和决定作用，恰是市民社会对政治国家制约和决定作用的具体表现，是政治国家服从并服务于市民社会的必然要求和反映，“应然立法权”构成“实然立法权”的内在根据。因此，“市民社会力图让所有群众，尽可能地让全体都参与立法权，现实的市民社会力图代替立法权的虚构的市民社会”<sup>④</sup>，从而使政治社

① 《德意志意识形态》，第369页。

② 《马克思恩格斯全集》第42卷，第238页。

③ 《马克思恩格斯全集》第1卷，第312页。

④ 同上书，第393页。



会变成现实社会，使国家愿望服从于市民社会发展变化的需要。当政治国家无法再与市民社会相适应，乃至成为市民社会发展的障碍的时候，立法权就要完成伟大的根本的普遍革命，“正因为立法权当时代表着人民，代表着类意志，所以它反对的不是一般的国家制度，而是特殊的老朽的国家制度。”<sup>①</sup>可见，具有双重本性的立法权，正是市民社会与政治国家矛盾关系的现实反映。作为立法权直接产物的法律，应当也必须反映市民社会的愿望和要求，只是不同社会形态下的市民社会性质及其与政治国家的关系不同，市民社会要求在法律中表现出来的阶级属性也大不相同而已。

再次，只有消除市民社会与政治国家的对立，才能解决人权和公民权的分离。人权和公民权是近代以来法律调整社会利益关系的基本外在表现形式。马克思主义经典作家并非一般地反对人权和公民权，而是反对资产阶级人权和公民权的分离及其理论与实践的背离。他们对当时的资本主义法律这样批评道：“从每个单个的人格中可以看出，这里所谓的普遍法律到底是什么。市民社会和政治国家彼此分离。因此，国家的公民和作为市民社会成员的市民也是彼此分离的。因此，人就不能不使自己在本质上二重化。”<sup>②</sup>正是由于资本主义的这种市民社会与政治国家、特殊利益与普遍利益的严重对立，导致了“任何一种所谓的人权都没有超出利己主义的人，没有超出作为市民社会的成员的人”<sup>③</sup>的极端状态，成为“脱离了人的本质和共同体的利己主义的权

① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第315页。

② 同上书，第340页。

③ 同上书，第439页。