

 | 谢晖法学论著系列

价值重建与规范选择

中国法制现代化沉思

谢晖 著

法律出版社



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

 | 谢晖法学论著系列

价值重建与规范选择

中国法制现代化沉思

谢晖 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

价值重建与规范选择：中国法制现代化沉思 / 谢
晖著. -- 北京：法律出版社，2019
ISBN 978 - 7 - 5197 - 3066 - 6

I. ①价… II. ①谢… III. ①法制—研究 -- 中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 020553 号

价值重建与规范选择

——中国法制现代化沉思

JIAZHI CHONGJIAN YU GUIFAN XUANZE

—ZHONGGUO FAZHI XIANDAIHUA CHENSI

谢 晖 著

策划编辑 周丽君

责任编辑 周丽君

装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 王晓萍

责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16

印张 24

字数 355 千

版本 2019 年 2 月第 1 版

印次 2019 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

网址 / www. lawpress. com. cn

投稿邮箱 / info@lawpress. com. cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress. com. cn

销售热线 / 010 - 83938336

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、子公司销售电话：

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 83938334 / 8335

西安分公司 / 029 - 85330678

重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071639 / 1636

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号：ISBN 978 - 7 - 5197 - 3066 - 6

定价：86.00 元

(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

再版说明

《价值重建与规范选择——中国法制现代化沉思》这部书,是二十多年前我站在理论法学的视角,对我国法制现代化的理论和实践问题所做的系统思考。思考的逻辑起点是法律变迁及其历史类型,特别是根据人(主体)、物(对象)二者关系的结构,我把法律的历史变迁做了三分,即“对人的法”“对事的法”和“人本的法”。这不但把法制现代化研究的镜头拉伸到人类历史长河中,而且较早地在国内法学界提出了“人本的法”这一概念,并进而将法制现代化的逻辑起点搭架在人的现代化之上,最终也将其归宿落脚到人本的关注之中。

与此同时,书中对法制现代化的一般文化背景、核心基点、要素结构,我国法制现代化的资源选取、道德—价值基础、战略—道路—动力选择、学理前提等作出了匠心独运的论述。特别是书中对权力不得推定的论述,否定了我国法学界一些学者对“推定性权力”“权力推定”的种种论述,强调法制现代化的要津,就是把一切权力都置于法律的规范之下,以实现“以法治权”“依法执政”,并借此实现权力对法制现代化的推动作用——只有权力受制,才真正预示着法治。一旦权力逍遥法外,则法治或法制现代化将遥遥无期。

法制现代化研究,自然不能绕开我国现有的制度结构、权力结构和社会结构。为此,本书主要从我国当下的制度—权力结构出发,辅之以对我国社会结构

的观察,系统地对我国立法现代化、行政现代化、司法现代化等问题都做出了论述;强调在立法现代化中应反思“议行合一”这一说法可能存在的问题,并说明事实上我国的现行制度结构贯彻的并非“议行合一”。在我国较早地提出了“行政法治”这一概念,指出了在我国妨碍“行政法治”实现的种种“法外行政”现象,并强调克制“法外行政”的基本方式是“行政确权”——通过法律严格规定各种行政权的运作范围以及权力违法的责任机制,以确定不同层级和不同类型行政权的法定内容、作用界限和行使方式。提出了审判(司法)独立是一个国家法制现代化完成的标志这一论断,并强调这是司法现代化的本质要求。

本书于1998年在山东人民出版社首次出版以来,曾连续印刷4次,发行达11,000余册。书中观点也引起了学界的一些关注。如在2000年10月于南京师范大学召开的第3次亚洲法哲学大会上,法学家郝铁川在做大会发言时,把公丕祥在《法制现代化的理论逻辑》一书中的观点、朱苏力在《法治及其本土资源》一书中的观点、蒋立山在有关法律现代化之系列论文(后来结集为《法律现代化——中国法治道路问题研究》,2006年由中国法制出版社出版)中的观点和本书的观点并列为当时我国法制现代化研究的四大观点。

可喜的是,本书所提出并阐述的不少理论观点和改革主张,在最近20年来我国的法治建设中,不断得以呈现,与此同时,本书中所指出的一些问题,无论法学理论方面的问题,制度体制方面的问题,还是法律运行方面的问题,都或者有了大踏步的进步,或者正在深入改革过程中。但毕竟法制现代化是一个任重而道远的过程,不少问题仍需继续努力,本书提出的不少观点、主张还需在改革中继续努力。正是基于此,征得原版出版社——山东人民出版社及初版编辑李怀德的同意,也经由法律出版社和再版编辑周丽君的认可,我把本书安排为“谢晖法学论著系列”之一种。因为是再版,而不是修订再版,所以,此次出版除了对书中的一些技术性失误和表述欠妥的内容做了修正外,书中的其他相关资料悉未更动。特此说明。

感谢山东人民出版社和法律出版社,感谢本书初版编辑李怀德和再版编辑周丽君,感谢中南大学法学院及陈云良院长对本书的出版所做的支持!

谢 晖

2017年2月10日于北京

序

如果把中国共产党三代领导集体的治国方略做一比较的话,那么可以清楚地发现他们之间有原则性的不同。第一代领导集体非常重视思想建设,毛泽东同志视思想建设为工作法宝。第二代领导集体十分注重制度建设,邓小平同志认为,制度建设更具根本性、全局性、稳定性和长期性,制度建设重于其他建设。第三代领导集体^①则以发展的姿态旗帜鲜明地提出“依法治国,建设社会主义法治国家”。三种方略的演进,基本概括了共和国民主法制事业 50 年从冬到春的历史。后一种方略的进程虽然刚刚启动,但却清楚地表明了未来世纪的国家走向,它的实践,将真正使共和国步入制度文明时期。

“依法治国,建设社会主义法治国家”是由两种价值相合而成的一个完整价值系统。“依法治国”是其工具价值,而“法治国家”则是更高层次意义上的目标价值。前者是后者的手段,后者才有我们追求上的终极性。“法治国家”目标价值的再建,从把“法制国家”改为“法治国家”的变化中也可体味出来。虽是一字之改,但却经历了 18 年沧桑。^② 价值选择之艰难,

^① “代”的概念可切换为法律上的届的概念。“第三代领导集体”,在党的方面,可表述为:“以江泽民同志为总书记的党的第十四届、第十五届领导集体”;在政的方面,可表述为:“以江泽民同志为主席的第八届、第九届国家领导人”。

^② 指从 1979 年以法律史学界为主发起讨论“人治”“法治”问题时起算。

由此可见一斑。可否这样评价,新中国成立以来法学界对国家法制建设的最大贡献,就是促成了“法治国家”这一目标价值的最终确立。这是制度史和思想史将来都应大书特书的。虽然在两种价值的运用上目前已出现了明显的对立:一部分人只取工具价值,把依法治国简化为“依法治理”,忘却了法治国家的根本目标;另一部分人则以目标价值为选择,反对把依法治国庸俗化为“依法治人”。但这种对立说明的不是新价值目标在走向成熟的社会中的失落,相反说明的是,在习惯于治与被治的权力社会中进行价值重构具有时代的紧迫性和必要性。

法治国家的本质问题是什么?一言以蔽之,是公民权利和国家权力间的关系。任何国家的利益资源都是恒定的,如果一社会内的所有利益都必然属于人民而又可用法律方式转化为公民权利的话,那么,任何国家都必须遵循“权利守恒定律”,即人民转移多少权利给国家、给社会,自己留用多少,此间有一个比例关系,在总量不变的前提下,这个比例关系必定是反比例的。国家权力越多越集中,社会权利、公民权利就越少。当公民的一切利益全部交由国家去代表的时候,公民就不再有权利和自由了。反之,公民如果享用了国家的全部利益资源,则国家权力也就等于零了。所以如何确立一个合理的权利与权力的比值是法治国家的核心问题。“公民权利”“社会权利”“国家权力”,这种“三权分立”关系是现代法治不同于传统法治的本质特征。通过权利对权力的制约而形成的“三权和谐”,是法治的理想状态。权利守恒定律是确立权利转化比值的基本理论依据。由此权力所获得的解释是:它来源于权利,目的仅在于为权利服务,只是保障权利实现的手段。在这个意义上,法治国家所表明的,是权力服从于权利的国家,这就是法治社会的本质问题。

法治国家的形式问题是什么?概言之,是权力优位还是法律优位的问题。国家权力有一元形式(无其他权力抗衡)、二元形式(俗权、神权并立)、三元形式(三权分立)及五元形式(五权分立)等多种形式,除一元形式外,其他形式都表明一种国家权力受它种力量的制约。权力分立给予人们的观念是:一国内再也没有“最高权力”了。权力如果不是最高的,那么必定有一个东西是受权力尊重的,它就是法律。权力相对于法律是下位的。古典的法治模式是:法律从限制王权开始,到限制住政府全部权力,再到限制住全部国家权力。什么时候权力俯命于法律,什么时候便有了形式意义上的法治。权力对于法律的原则是:启动时要有法律根据,运用时恪守法律界限,遇阻时寻求法律保障。该原则的另解是:

权力在无法律根据时不得推定,有根据时不得越限,遇障碍时不得放弃。法律才是权力存在的根据,在权力还敢于对抗法律的社会是没有法治的,更毋言以权抗法、压法的社会了。法律优位于权力的法治形式与权利优位于权力的法治实质是一致的。如果在本质上权力优位于权利,那么在形式上必然权力优位于法律。

建设社会主义法治国家的技术性问题是什么?简言之,是解决行政优越于立法权、司法权及立法权、司法权行政化问题。政府具有前所未有的经济职能,是形成我国政府权力优越于其他权力的主要原因,所以我国的权力资源大多配置于行政权方面,这极易造成权力集中与失衡。在我国,行政违法之所以纠正起来困难重重,甚至出现对立法与司法的行政干预,其症结即是行政权肥大化造成的权力结构障碍。这种权力结构一方面导致立法权的虚软及司法权难以中立,另一方面导致立法权与司法权在行使方式上行政化。以法理析之,行政权是命令权,立法权是议决权,司法权是判断权,但后两种权力的施行特征正越来越命令化和指挥化,其本应发挥的权力性能因行使方式不当而受到扭曲。以司法权为例,司法权具有六种特性:一是被动性,即司法权只可被动行使而不可主动行使,所以“提前介入”与“主动服务”“送法上门”都是违反其性质的。二是程序性,即司法权只能在程序提起之后在程序中运用,未提起程序及程序外用权均有违司法权视程序为生命的特性。三是独立性,即司法权只服从法律而不服从指挥,对司法权只能实行监督而不能进行领导。法官如果按领导意图办案,接受上级指挥,即他就不是法的守护神,而变成战斗员了。对法官来说,唯一能使他服从的东西是法律,而不是无论什么人的意图或命令。四是中立性,即司法权只判断“是”或“不是”,而不去证明“是”或“不是”。法官如果被要求去证实犯罪,那么其身份就由法官变成了检察官;法官如果帮助民事案件的一方当事人调查取证,那他此时则又变成了该方当事人的代理人了。而这两种情况都难以得证司法的中立与公正。五是审查性,即司法权有权判断立法的不法与执法的不法。立法的不法在立法权内是难以得到纠正的,执法的不法又总是受到行政权的袒护,唯有司法的合法性审查与判断才可除去这二痼疾。六是终极性,即司法权是国家最后的权力,是法治的最后一道防波堤。司法权的终极性体现于它对各种制度的最终保障上,如果司法不能遏制违法,则这个国家就不再有秩序可言了。也正是从权力的终极性上,才可说司法权的腐败是一国内最根本的腐败。一项犯罪,对社会造

成的危害如同污水污染了河流,而司法腐败,其危害性则如同污染了水源。司法腐败是以司法不公正为特征的,法官不能向法律负责而不得不向长官负责的司法权行使上的行政化正是导致司法不公正的原因之一。

建设社会主义法治国家的关键性问题是什么?要言之,是执政党依法执政。因为执政党拥有对所有国家权力的领导权,也拥有对法律立、改、废的建议权,所以执政党如何确保在法律范围内运用领导权,就成了推进依法治国、建设社会主义法治国家进程的关键环节。这是有待进一步深化研究的问题。

阅谢晖君新著《价值重建与规范选择——中国法制现代化沉思》文稿后生以上感言,因能先睹为快故亦能先发立存。大凡为人作序者,以同界学富望重者居多,近亦闻有学生为先生笔前言者,愚与谢君非如上两种关联,故受命前后多有思忖,唯恐所发谬言有伤其作儒雅,今不揣浅陋,倘有不经,乞谢君能与余同引为鉴。

徐显明

1998年2月5日

目录

第一章 法律变迁与法制现代化 / 1	
第一节 法律变迁概说 / 1	
一、法律变迁研究的参照 / 1	
二、法律变迁及其成因 / 3	
三、法律变迁中的法律继承和法律移植 / 5	
第二节 法律变迁的历史类型 / 10	
一、“人→人→物”社会结构下的法律:对人的法 / 11	
二、“人→物←人”社会结构下的法律:对事的法 / 18	
三、“物→人⇌人”社会结构与法:人本的法 / 23	
第三节 法制现代化的法律定位 / 24	
一、现代法律的社会文化基础 / 24	
二、现代法律的界定:方法、参照及性质 / 26	
三、现代法律界定的意义 / 30	
第二章 法制现代化的背景、基点与结构 / 32	
第一节 法制现代化的社会文化背景 / 32	
一、社会现代化与法制现代化的相关性 / 32	
二、现代法律的产生依赖于现代文化环境 / 36	
三、现代法律的发展依赖于现代文化环境 / 39	
四、现代法律的运行依赖于现代文化环境 / 41	
第二节 法制现代化的核心基点 / 45	
一、人的现代化:法制现代化的核心基点 / 45	
二、权利、义务和个体的关联方式 / 50	
三、法制现代化必须重视对个体的研究 / 55	
第三节 法制现代化的要素结构 / 57	

- 一、法制现代化的要素 / 57
- 二、法制现代化各要素间的有机共进 / 62
- 三、法制现代化之结构弹性的条件 / 65

第三章 中国法制现代化的资源取向 / 67

第一节 中国法制现代化进程中的国际性 / 67

- 一、中国法制现代化的国际动力 / 68
- 二、中国法制现代化的国际取向 / 72
- 三、中国法制现代化的国际意义 / 77

第二节 多法域之间的文化冲突及其调控 / 80

- 一、作为一种文化的法律间冲突效应的含义阐释 / 81
- 二、一国多法条件下的法律冲突效应 / 84
- 三、注重多法域冲突的效应调节,创建法制现代化的中国模式 / 90

第三节 法治保守主义思潮评析 / 93

- 一、法治保守主义思潮及其文化背景 / 93
- 二、中国本土文化能否成为支持其法治化的主要资源 / 97
- 三、如何理解中国法治的本土化问题 / 104

第四章 中国法制现代化的价值基础 / 109

第一节 道德与法律的社会对位分析 / 109

- 一、道德及其对位的社会基础 / 110
- 二、法治及其对位的社会基础 / 113

第二节 法制现代化:道德化法律还是法律化道德? / 118

- 一、东西方对比及中国法制现代化的选择 / 118
- 二、寻求法理社会中法律与道德的互契 / 122

第三节 法治的法律:人化的道德 / 127

- 一、法治:一种人化的道德需要 / 128
- 二、法治:人化道德的制度安排 / 132
- 三、以法治推进道德 / 136

第五章 中国法制现代化的权力要求 / 139

第一节 权力不得推定的论域 / 139

- 一、权力不得推定的时代性 / 140
- 二、权力不得推定的比较性 / 142
- 三、权力不得推定的法律性 / 145

第二节 权力不得推定的缘由 / 147

- 一、权力不得推定的现实基础:权力腐败 / 147
- 二、权力不得推定的本体基础:权力本质 / 148
- 三、权力不得推定的价值基础:法治 / 151
- 四、权力不得推定的实践基础:历史经验教训 / 153
- 第三节 权力不得推定与相关问题的矛盾辨析 / 156
 - 一、权力不得推定与权力变更 / 156
 - 二、权力不得推定与国家主权 / 158
 - 三、权力不得推定与自由裁量 / 161
- 第四节 权力不得推定对法制现代化的意义 / 164
 - 一、确保以法治权 / 164
 - 二、防止权力滥用 / 165
 - 三、保障主体自由 / 166
 - 四、实现社会正义 / 167
- 第六章 中国法制现代化的现实选择 / 169
 - 第一节 战略选择:继承还是移植 / 169
 - 一、本土性与世界性:含义、意义及其在法制中的聚焦 / 169
 - 二、历史反观:百年来中国法制现代化进程的冲突 / 171
 - 三、现实透视:规范法律文化与观念法律文化的严重对立 / 177
 - 四、战略选择:继承还是移植 / 180
 - 第二节 道路选择:经验还是建构 / 183
 - 一、经验与建构:两种不同的法治进路 / 183
 - 二、经验式法治与建构式法治是完全排斥的吗 / 186
 - 三、沟通经验理性与建构理性,寻求两者在法治进程中的公平对话 / 190
 - 第三节 动力选择:权威还是民众 / 195
 - 一、权威推进与权威制约 / 195
 - 二、民众主导与民众启蒙 / 201
 - 三、中国法制现代化需要权威与民众的共同推动 / 206
 - 第四节 规范选择:私法优位还是公法优位 / 208
 - 一、从不同社会关系之作用机制看公、私法关系 / 208
 - 二、私法基础与公法优位之根源 / 210
 - 三、市场经济既需私法也需公法 / 212
 - 四、关于社会法问题 / 215

第七章 中国法制现代化的学理前提 / 220

第一节 变法与革理——20世纪中国法学发展的逻辑 / 220

一、清末变法与修律：中国传统法学与现代法学的最后对垒 / 220

二、从预备立宪到“五四运动”：变革社会中的法学独立 / 223

三、救亡与内战：国难时代的法学重新政治化 / 226

四、革命与改革：法学从依附政治到再次获得相对独立 / 229

第二节 法学的流派化与法学现代化 / 233

一、创建我国的法学流派 / 233

二、我国法学的现状：多元并存的法学及其流派化倾向 / 240

三、中国法学流派化存在的问题 / 246

四、完善法学流派进一步发展的条件 / 250

第三节 法学现代化中的法学家 / 255

一、法学家对创建我国法学流派的作用 / 255

二、法学家：文化品位、学术品位及其实现条件 / 257

三、现代化法学拒绝终极裁判 / 263

第四节 浪漫的法理与现实的法 / 269

一、浪漫的法理 / 270

二、从浪漫的法理到现实的法 / 273

三、现实的法与多元的法理 / 276

第八章 中国立法现代化研究 / 280

第一节 现代化立法的组织：议行分开 / 280

一、“议行合一”与权力失约 / 280

二、“议行合一”悖反了商品—市场社会的要求 / 286

三、“议行合一”削弱了我国权力行使的社会效益 / 288

四、“议行合一”在民主制度下不可能真正实现 / 290

第二节 现代化立法的原则：客观理性 / 291

一、法律创制的客观规定性 / 292

二、法律创制的主观能动性 / 295

三、法律创制的客观规定性与主观能动性的协调 / 300

第三节 现代化立法的程序：正当程序 / 301

一、正当程序与立法权制约 / 302

二、与立法权相关的正当程序及其要求 / 304

三、立法权运行正当程序与立法和法制现代化的关系 / 308

第九章 中国行政现代化研究 / 313	
第一节 行政法治:现代化行政的基本理念 / 313	
一、行政法治的一般原理 / 313	
二、行政法治的要素 / 315	
三、行政法治各要素间的协调 / 319	
第二节 法外行政:现代化行政的现实障碍 / 320	
一、法外行政的表现及特征 / 321	
二、法外行政的原因 / 323	
三、法外行政的对策 / 328	
第三节 行政确权:现代化行政的根本保障 / 331	
一、行政权失范:监督行政的理论与实践困惑 / 332	
二、从失范到规范:行政权建设的理论设计 / 334	
三、行政确权:行政权规范化的基本意蕴 / 336	
四、行政确权的目标与意义 / 342	
第十章 中国司法现代化研究 / 344	
第一节 司法现代化概说 / 344	
一、司法现代化的界定 / 344	
二、司法现代化的基本原则 / 349	
三、司法现代化在法制现代化中的作用 / 354	
第二节 现代化司法的诉讼模式 / 356	
一、三种现代诉讼模式及其优劣比较 / 357	
二、中国诉讼模式的逻辑建构 / 360	
三、诉讼模式选择与中国司法现代化 / 365	
后 记 / 369	

第一章 法律变迁与法制现代化

第一节 法律变迁概说

一、法律变迁研究的参照

“法律变迁”一词,是我们借社会学之“社会变迁”(social change)一词而采用的。“社会变迁”一词,人们通常在广、狭两义上使用,“广义指整个社会的制度、结构、物质文明和精神文明的变化过程,因而亦称‘社会文化变迁’。狭义主要指社会的经济体制和经济关系的变化,也包括政治关系的变化。狭义的社会变迁决定广义的社会变迁”。^①这是一个被号称最困难又最吸引人的社会学问题:“现代社会学正是从奥古斯特·孔德(Auguste Comte)以及19世纪的其他学者企图解释社会变迁的原因和过程而发轫的。”^②由此,足见“社会变迁”一词在社会学中的重要性。

可以说,法律变迁是整个社会变迁的一个重要方面。人类社会要稳定、和谐、自由、有序地发展,必需一系列的规则加以规范,其中法律规则是最重要的影响弥深、弥远的一种社会规则,是最有效的经纬社会的规则,因此,法律事实上是构成社会必不可少的内容,是社会构造的神经。这样,在整个社会变迁中,必然含有法律的变迁;同样,法律变迁也必然意味着社

^① 《简明社会科学辞典》,上海辞书出版社1984年版,第530页。

^② [英]G. 邓肯·米切尔主编:《新社会学辞典》,蔡振扬等译,上海译文出版社1987年版,第298~299页。

会或小或大的变迁。由此,我们不难看出法律变迁与社会变迁之间内在的必然联系:法律变迁是社会变迁的有机组成部分,社会变迁了,法律必然要变迁;法律如果在质上变迁了,也必然意味着社会的质的变迁;法律如果仅是量上的变迁,则只意味着社会的局部变迁。

论述至此,还不能说明何为法律变迁,法律变迁对社会变迁的从属性只表明了法律变迁与社会变迁的关系,而不是法律变迁本身。要透析法律变迁问题,还必须对法及法律有所界定。^①事实上,从古至今,人们对法律之范围和含义有截然不同的看法。现以人类学家们的视角为例说明。对法律范围的界定,人类学家们曾给以特别的关注,人类学之鼻祖——英国人马林诺夫斯基认为:“法是赋予一方以权利,另一方以责任的有约束力的义务,它是由社会结构所固有的相互性和公开性的特殊机制有效地维持的。”^②他是通过对南太平洋地区的一个岛屿——特鲁布里安德未开发部落的活动规则进行长期观察而得出这一结论的。之所以称这些规则为法,在于它们既可使人们组织起来,又能使违“法”者因他人行为及态度的压制而得以纠正,还能使该社会免致分裂。显然,据此观点,则“规则就是法律”,相应地,法律的变迁历程就要复杂得多。

另一位法人类学家、美国著名学者霍贝尔先生则认为:“法是这样一种社会规范,当它被忽视或违犯时,享有社会公认的特许权的个人或团体,通常会对违犯者威胁使用或事实上使用人身的强制。”^③显然,霍贝尔的法律含义比马林诺夫斯基的法律概念范围缩小了许多,按照这种观点,则法律变迁的历史是另一番面貌:它不是“规则的变迁史”,而是被社会所承认或认可的暴力强制行使的规则变迁史。

以我国学者目前对法的理解而论,也会得出关于法律变迁史的不同结论,如一部分学者否定传统的“国家法”唯一论观念,强调习惯法、宗教法等都是法律,这样,法律变迁所要论证的问题和范围便十分广泛,至少会涉及三大论题,即习惯法变迁、宗教法变迁和国家法变迁。然而,如果按照传统的关于法的定义,“法是由一定社会物质生活条件决定的掌握国家政权的阶级共同利益和意志的体现,它是由国家制定或认可并由国

^① 对此,笔者在《法律信仰的理念与基础》一书中曾专门予以探讨,此不赘述。参见该书(山东人民出版社1997年版)第478页以下。

^② 转引自朱景文:《法的起源》,载孙国华主编:《法理学》,法律出版社1995年版,第105~106页。

^③ [美]E. A. 霍贝尔:《初民的法律》,周勇译,中国社会科学出版社1993年版,第30页。

家强制力保障实施的行为规范体系及其实施所形成的法律关系和法律秩序的总和,其目的在于维护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序”,^①那么,法律变迁的范围则要小得多,内容则要少得多,法律变迁则专指国家法变迁。

由上可见,对于法律认识的不同,必然会在法律变迁的内容上、范围上有不同的结论。笔者主张大法律观,即除了国家法之外,还必须强调国家法之外的习惯法、宗教法的实存及其实际所发挥的法的效力,因此,关于法律变迁也及于此。但由于习惯法与宗教法的变迁又是涉及面非常广阔、内容的专业性非常强的问题,因此,本章不予专门论述。

二、法律变迁及其成因

那么,究竟什么是法律变迁呢?简言之,法律变迁就是指法律的发展变化,但这种简短的描述其实只指出了法律变迁的现象,而没有及其实质。所以,从完整意义上讲,所谓法律变迁是指在社会基本矛盾运动的推动下,因主体对法律需求的不断改变而决定的法律本质和现象的不断变化、发展过程。这一概念表明:

首先,社会基本矛盾的运动和发展是决定法律变迁的最终力量和终极原因。毛泽东指出,“在社会主义社会中,基本的矛盾仍然是生产关系和生产力之间的矛盾,上层建筑和经济基础之间的矛盾”,^②这里不仅指出了社会主义社会的基本矛盾,而且寓示着在社会主义社会存在的社会基本矛盾,存在于以往的和今后的一切社会当中,一切社会现象的发展变化归根结底导因于社会基本矛盾的发展变化。法律变迁也不例外。正是在此意义上,马克思指出,“法也和宗教一样是没有自己的历史的”,^③即社会基本矛盾的运作史决定法律变迁的历史。但是,这并不意味着社会基本矛盾一旦发生变化,法律就立竿见影地发生变迁。以当今中国为例,生产力和生产关系与改革开放前相比发生了惊人的众所公认的变化,经济基础和上层建筑的关系也同样发生了变化,然而,作为上层建筑中具有独立特征的法律却只是在“社会主义市场经济体制”提出以来才发生了长足的进步,并且相关配套机制还有待完善。原因何在?因为法律上层建筑具有相对独立性,它还有自身的变迁规律,从此意义上讲,法律与任何事物一样都有自己独立的历史。

① 卢云主编:《法学基础理论》,中国政法大学出版社1994年版,第43页。

② 《毛泽东著作选读》(下册),人民出版社1986年版,第767页。

③ 《马克思恩格斯全集》(第3卷),人民出版社1956年版,第71页。