



法学新前沿 New Law Frontiers

Societal Dimensions
of the Rule of Law
A Study on the Rule of Law
Functions of Social Organizations

法治的社会之维

社会组织的法治功能研究

庞正 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法制现代化研究丛书

Societal Dimensions
of the Rule of Law
*A Study on the Rule of Law
Functions of Social Organizations*

法治的社会之维

社会组织的法治功能研究

庞正 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治的社会之维: 社会组织的法治功能研究 / 庞正

著. —北京: 法律出版社, 2015. 9

(法制现代化研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8326 - 1

I. ①法… II. ①庞… III. ①社会组织管理—法治—
研究—中国 IV. ①C916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 192269 号

法治的社会之维: 社会组织的法治功能研究

庞 正 著

责任编辑 王 扬

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 9 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 三河市龙大印装有限公司

印张 16.75 字数 251 千

印次 2015 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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 - 5118 - 8326 - 1

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)

总 序

21 世纪的钟声即将敲响。

伴随着向新世纪迈进的时代脚步,当代中国的社会变革正在以空前的广度和深度波澜壮阔地展开。这场伟大变革的进程已经并且将继续深刻地改变中国社会的基本面貌,导引中国社会的未来发展走向。

纵观 20 世纪的全球历史进程,我们可以看到,在不同的区域或国度,尽管法律变革的过程、特点和目标有所差异,但是作为一种模式或势态,法制现代化却几乎成为这一历史过程的基本法律表现。诚然,这个进程在不同的文明国家中的具体实现程度是不同的;不过,它所昭示的法律文明成长的时代走向却是激动人心的。

法制现代化属于法律发展的范畴。法律发展论所要探究的乃是社会发展与法律进步之间的互动关联结构,它所要建构的正是法律成长的一般模型。在法律发展论领域中,法制现代化理论关注的重点,是从前现代社会法律系统向现代社会法律系统的转变这一特定过程,寻找这一转变的内在机制。从广泛的意义上讲,法制现代化是一个变革的概念,是传统法制向现代法制的历史性跃进。这个进程是因内部诸条件的成熟而从传统走向现代,亦称“内发型”法制现代化,或是因一个较先进的法律系统对较落后的法律系统的冲击而导致的进步转型,亦称“外发型”法制现代化。但不管是哪一种变革型态,法制现代化无疑是一个创新的进程,其实质乃是从人治型的价值—规范体系向法治型的价值—规范体系的转变。

从世界范围来看,关于法律变迁与发展的理论研究,早在十七八世纪就已经开始了。到了19世纪后半叶,对于法律发展的研究由历史哲学分析模式转向类型学的分析范式。在这方面,以马克斯·韦伯为典型代表。韦伯把法律的现代化视为理性化的过程,是形式合理化的过程。而这一过程只发生于西欧社会,在其他地区,法律由于各种因素的影响而未能走上现代化的道路。到了20世纪60年代,在西方主要是在美国兴起了关于法律与现代化、法律与发展的研究思潮。这一思潮从一开始就具有两个鲜明的特色:一是重点研究发展中国家经济发展的非经济环境,也就是法律制度和政治结构的转型问题;二是关注法律发展的普适性问题,也就是研究不同社会文化背景下的法律向现代法律转变的共同特征,把法律发展或法制现代化看作是第三世界国家法律体系移植西方法制进而逐步“西化”的过程。这一思潮有其特有的政治功利性,这集中地表现为西方国家力图把广大非西方的第三世界国家法律发展纳入西方化的轨道之中。随着西方式法律改革试验在一些第三世界国家的相继受挫或破产,人们对20世纪60年代法律现代化理论模式开始怀疑、质难和批判性反思。许多学者日益认识到,西方法制只不过是人类法律文明体系中的一个系统,是西方社会生活条件的法律表现。诚然,它体现了人类法律文明的某些共通性因素,但它并不是世界法制现代化进程中的唯一的标准模式。非西方社会的法律应当反映各民族各国家各地区的社会条件、经济因素、民族精神及其现实需要,因而必然要形成具有自身特色的法制现代化模式和法律发展道路。在这一反思过程中,出现了法律发展多样性的理论学说。时至今日,以世界范围内的法律发展为对象的理论研究依然兴盛不衰。

时下正在历史性地展开的中国社会变革,实际上是要完成从传统社会向现代社会的历史转型。正是在这一转型过程中,当代中国法制呈现出创新乃至现代化的发展趋势,其目标是“依法治国,建设社会主义法治国家”。从本质意义上讲,这一法律发展趋势,意味着法律文明价值体系的巨大创新。它所体现的,乃是整个社会的经济、政治、社会结构、意识形态、文化传统等的大变革潮流;它所反映的,是从前现代社会向现代社会转变这一特定过程中法律文明及其价值基础变迁的激动人心的画面;它所要展示的,是从我们这个

民族的法律思想到法律行为的各个领域变化的多方面进程;它所要确立的,是同世界法制现代化进程相协调的但又充满浓郁的民族意味的制度安排、价值观念及其生活准则系统。中国法制现代化是中国人在本国的历史条件下所进行的一场法律变革运动,有其特殊的历史运动轨迹,具有独特的发展道路。即使在进入所谓的“地球村”时代以后,世界变得更加相互依赖,法律发展中的共同性日益增多,但是,世界法制现代化进程并不是由此而变得呆板划一,而是更加多样化。中国法律发展的特殊性,恰恰显示了中国法制现代化的世界性意义。

以理性的目光,与现实世界相撞击,自觉地审视我们时代的法律变革进程所提出的重大问题,这是当代中国法学的历史使命。在当代中国,从20世纪80年代后半期开始,法学界日益注意到研究法制现代化问题的重要意义,一些著述和文章愈益频繁地使用“法制现代化”这一术语来界定相关的研究范围。进入90年代以后,对于法制现代化的理论与实践的学术探讨,引起了更多学者的关注和兴趣。这充分体现了当代中国法学工作者对这一重大时代课题的理论使命感。在时代精神的激荡下,《法制现代化研究丛书》应运而生了。

《法制现代化研究丛书》是一套由南京师范大学法制现代化研究中心主持编撰的以法制现代化理论、中国法制现代化、比较法制现代化和部门法制现代化研究为主要内容的法学研究丛书。其学术宗旨和研究范围是:总结世界法律文明发展的历史进程和现实态势,深入研究法制现代化的基本理论,建构法制现代化的理论逻辑和研究范式系统;比较不同国家法律文明成长和发展的独特走势及特质,架构比较法制现代化研究的多样化模式;深刻把握法律发展全球化与民族化彼此互动的时代脉搏,探讨法律发展与社会现代化及人类进步的互动关系及运行机理;深入探讨中国传统法律文化的内在特征及现代价值,探讨法律传统与中国法制现代化的内在关联及其机制,揭示中国法制现代化进程的基本规律和目标模式;考察当代中国走向法治进程中部门法制现代化的基本特征、条件、价值目标、发展趋势及实现途径。

《法制现代化研究丛书》的编辑出版,得到了海内外法学界专家学者的指导和帮助,得到了法律出版社领导和同志们的全力支持,也得到了江苏省人

民政府法学理论重点学科和南京师范大学国家“211 工程”重点学科建设项目资助。在此,谨向他们致以诚挚的敬意和谢忱。伴随着当代中国建设社会主义法治国家的时代进程,我们将会与法学界同人一道奋发进取,深入拓展法制现代化研究的学术视野和领域,以严谨踏实的学术研究和富有价值的理论成果,推动中国法制现代化向新的法律世界迈进,以不辜负新世纪的挑战和变革时代的法学期待。

南京师范大学法制现代化研究中心

1999 年 10 月

目 录

导论	(1)
一、政府推进型法治的“两难症结”	(3)
二、市民社会理论范式与社会组织	(6)
三、社会组织在法治研究中的方法论意义	(10)
第一章 当代中国法治理论与实践的简要反思	(14)
一、法治理论的多样性与一致性	(14)
(一) 20 世纪 90 年代中国法治理论研究的初步检视	(14)
(二) 历史研究视角下的法治	(19)
(三) 西方法治理论渊源的一致性	(23)
二、作为分析工具的法治概念	(29)
(一) 法治的形式意义与价值意义	(29)
(二) 形式意义的法治概念在研究方法上的优势	(32)
三、政府推进型法治实践及其难题	(35)
(一) 中国选择政府推进型法治模式之必然性分析	(35)
(二) 政府推进型法治实践的内在矛盾	(41)
第二章 国家、个体抑或社会	(48)
——现代法治的动力基础分析	(48)
一、现代法治观的方法论基础：市民社会与政治国家的分立	(48)
(一) 市民社会的概念辨识	(48)

(二) 黑格尔的市民社会学说和马克思主义的理论超越	(52)
(三) 当代市民社会理论之于法治的方法论意义	(63)
二、渐进理性主义与建构理性主义: 西方法治实践与理论的两条 路径	(70)
(一) 两种法治模式的自然法思想基础	(70)
(二) “英美模式”与“德法模式”的实践差异	(75)
(三) 渐进论与建构论: 哈耶克的理论解读	(80)
三、“全球结社革命”的兴起及其启示	(85)
(一) 全球性结社运动概要	(85)
(二) 社会组织: 摆脱渐进论与建构论的法治新视点	(89)
第三章 社会组织与法治的社会基础	(94)
一、第三部门理论与社会组织	(94)
(一) 第三部门理论与市民社会理论的合流	(94)
(二) 社会组织的概念界定与基本特征分析	(98)
二、社会组织——法治的社会之维	(105)
(一) 法治的局限性之简要分析	(105)
(二) 哈贝马斯的“公共领域”与“沟通理性”之理论贡献	(109)
(三) 社会组织的公共理性指向及其法治意义	(116)
第四章 代议制立法与社会组织的立法参与功能	(123)
一、代议制立法及其有限性	(123)
(一) 代议制立法的制度产品的有限性	(124)
(二) 代议制作为民主的立法制度本身的有限性	(127)
二、当代民主理论对代议制立法的补正	(130)
(一) 复合式的间接民主	(130)
(二) 复合式民主下的多数原则	(134)
三、社会组织与“非正式”民主立法程序	(136)
(一) 社会组织在国家立法中的程序意义	(137)
(二) 社会组织对国家立法的理性支援	(140)

第五章 社会组织与社会的自我秩序化	(145)
一、“国家立法之治”对社会秩序化需求的满足限度	(145)
(一) 法律调整机制的滞后性	(145)
(二) 建构唯理主义法治观的知识论批判	(148)
二、社会的自我秩序化能力与法治	(153)
(一) 秩序视角下的法治观	(153)
(二) 社会组织与社会自我秩序化能力的内在关联	(156)
三、社会组织的社会秩序化功能	(159)
(一) 社会组织实现秩序化功能的基本理路	(159)
(二) 中国法治成长的“本土资源”与“民间法”	(164)
第六章 社会组织与国家权力的制约	(170)
一、传统权力制约理论的反思	(170)
(一) 权力制约的两个传统进路	(170)
(二) 传统权力制约方案的局限性	(172)
(三) 立法权制约的传统缺位	(175)
二、以社会权力制约国家权力	(177)
(一) 权力与权力分散	(177)
(二) 交往权力与社会权力	(181)
三、社会组织对社会权力的有效运用	(184)
(一) 社会组织与社会权力的必然关联	(184)
(二) 社会组织行使社会权力的积极意义	(187)
第七章 社会组织与法治的公益向度	(192)
一、社会公共利益——现代法治的应有价值目标	(192)
(一) 社会公共利益的一般规定性分析	(192)
(二) 现代法治的公益价值取向	(199)
二、社会组织与社会公共利益的实现	(204)
(一) 国家立法与社会公共利益的确证	(204)
(二) 社会组织对社会公共利益的确证功能	(209)
(三) 社会组织对社会公共利益的实现功能	(214)

余论	(220)
(一、社会组织的负面社会功能.....)	(220)
(二、社会组织对法治的制度依赖.....)	(224)
(三、超越渐进理性主义与建构理性主义: 社会法治的滥觞	(230)
结语	(236)
参考文献	(238)

导 论

如果从 1840 年鸦片战争起算,中国的近代化和现代化的进程已经持续了 170 余年,这是一个不算短的历史过程。在这个过程中,法治一直或明或暗地作为变革的手段乃至国家复兴的战略目标被不同程度地强调,即便是晚清的变法维新运动也与法治有着密切的关联。有学者说:“法治本来是一种治理技术,但是,在近代中国的变法思想里,它被作为现代文明国度的标志,进而作为强国的一大策略……法治被作为代表西方或现代政治法律制度的重要内容,和民主、自由等文明标志联系在一起,成为接引西法、融入所谓现代制度文明的途径和方式。这样的认识,其实已经超出了一种治理方式本身所具有的本意蕴。”^{〔1〕}事实确实如此。特别是从改革开放以来,“法治”自始就不仅仅是一个单纯表述国家政治组织方式和社会治理方式的术语,它被高举为国家(社会)现代化转型的战略目标继而意识形态化。在我看来,在这个法治被热切地赋予政治地位和功能期待的过程中,我们在实践知识的准备上是存在极大欠缺的。概言之,一方面,作为战略目标的法治因停留于“治国方略”的层面而宏大叙事化,进而一般地被归结为“依法治国”;另一方面,作为国家治理方式的法治缺乏具体的技术性、可操作性的路径探究。两者互为

〔1〕 夏勇:“飘忽的法治——清末民初中国的变法思想与法治”,载《比较法研究》2005 年第 2 期。

映照,导致了三十余年来法治成长的路线不甚明晰,甚至其间还有曲折。^{〔1〕}

我国有学者早已表达过对上述偏颇的担忧:“令人着急的是我国自上而下现在只是从治国方略的角度来理解法治,即依法治国这个层面。其实这只是法治的一个最浅层面的含义。它是作为政治家治国方略的依法治国。它是相对于其他治国方略来说的,比如礼治、德治、人治、政策治、命令治、运动治等,经过历史的选择,人们发现法治是最具有优越性的。我们现在还只停留在这一含义上,我们的理解以及实践都只是在‘治国方略’的这个层面上。”^{〔2〕}单一地强调这一层面的法治含义,势必导致我们充其量在实践领域较以往更加注重依法办事,注重以法律手段治国理政,因此而忽视了法治的其他言说指向以及与法治范畴密切相关的其他要义,诸如作为法治条件和运作机制的民主制度,作为法治精神内核的权利本位、人性尊严、社会公平等一系列观念和原则,作为个人、企业、社团、政府等一切社会主体之间理性交往的行为方式,作为一种人们惯以倚赖的生活方式和理想的社会秩序,等等。凡此种种,早已是学界同人们的理论共识,但法治一旦作为治国方略被化约为“依法治国”时,这些法治的条件性要素和多种言说指向在所难免地会被忽略或舍弃,甚至有可能走向法治的异化。哈耶克早就告诫过这样一种法治观念的危险性:“只要政府的一切行动都经过立法机关正式授权的话,法治就会被保持下去。然而,这是对于法治意义的完全的误解。法治和政府的一切行动是否在法律的意义合法这一问题没有什么关系,他们可能很合法,但仍可能不符合于法治。”^{〔3〕}

法治的核心意涵是什么?法治在根本上是一种价值目标还是一种政治手段?人类已有的法治实践呈现了哪些样态?这些法治实践的样态可以作出怎样的类型区分?不同类型的法治实践模式各有什么优劣?我们能够分别从中汲取什么,防范什么?法治是否需要一个前提性的社会结构条件?这

〔1〕 值得称道的是,2014年10月召开的中国共产党的十八届四中全会,首次以执政党的中央全会的形式专题研究、部署全面推进依法治国这一治国方略,会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》内容细致翔实,直接触及法治实施的具体方案。

〔2〕 孙笑侠、胡瓷红:“法治发展的差异与中国式进路”,载《浙江社会科学》2003年第4期。

〔3〕 [英]弗里德里希·奥古斯特·哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅、冯兴元等译,中国社会科学出版社1997年版,第82页。

个条件是什么?对所有这些关乎法治的最基本问题的回答,都是展开“法治中国”伟大实践的必不可少的基础性工作。三十多年来我国的社会科学工作者们围绕这些问题业已奉献了大量的研究成果,但有些问题还没有彻底讨论清楚,或者说还没有取得必要的共识。甚至对其中最为首要的问题——法治的核心要义究竟是什么,无论是官方意识形态还是学界主流话语给出的答案,都表现出在不同时期的漂移。其间主要呈现为“制约权力”和“依法治理”这两种侧重点完全不同的倾向。^[1]毫无疑问,出发点对中国法治实践的走向具有决定性的意义。关于法治基础性问题的理论澄清和观念确立在当下非但是必要的,而且是迫切的。

一、政府推进型法治的“两难症结”

20世纪80年代以来,中国经历着一场覆及经济、政治、文化等各个社会生活领域的重大历史变革。从政治生活的视角上观察,“法治”乃是这场社会变革的主题词。这一主题词得以确立的标志,是1997年中国共产党的第十五次代表大会将“依法治国”和“建设社会主义法治国家”作为治国基本方略提出,继而这一基本治国方略在两年后被载入国家宪法。这些标志性事件昭示着“法治”在当下中国已经成为意识形态的主流话语,也成为国家发展的基本政治纲领。

“法治”在权威文本和意识形态中的确立,一方面引领着中国社会在法律观念领域发生着翻天覆地的变化,“权利”“公平”“效率”等词汇连同“法治”一起进入中国人的日常社会生活,构成了一场话语的革命;另一方面直接推动了以“建设社会主义法治国家”为旗帜的法律制度体系的建构,并且成绩斐然。“一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、

[1] 关于当今中国法治的基本观念共识问题,季卫东先生曾这样说道:“中国社会似乎形成了两大共识,一个是经济的,另一个是法治的。但事实证明,后面那个关于法治的共识并没有真正确立,至少它的基础是非常脆弱的,甚至还有可能被人形容为政法部门与知识分子同床异梦的幻觉。”(季卫东:《法治建构》,法律出版社2012年版,第452页。)陈金钊先生则更为尖锐地指出:“30年的中国法治建设的经验告诉我们,人们尚没有搞清楚法治的基本内涵,却已经本能地否定了法治的核心意义,对西方的法治观念进行了选择性接受,比如,对限权意义的法治拒绝接受,而对强化管理意义的法治则很欣赏甚至不假思索地接受。”(陈金钊:“用法治思维抑制权力的傲慢”,载《河南财经政法大学学报》2013年第2期。)

集中体现党和人民意志的,以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成,国家经济、政治、文化、社会生活各个方面实现有法可依。”〔1〕

但是毫无疑问,大规模的立法或许是推行法治的一个必要条件,但不是充分条件。静态的法律制度实现为动态的法治运行,是一项比法律创制要艰巨得多的工作。既有的立法成就并不意味着现实的社会生活业已展开了一幅法治的实然图景。更为重要的是,当“依法治国”基本方略确立之后,在经济、政治、文化等社会生活各领域展现出的更多的是法的国家之治而非法的社会之治,是自上而下的“国家治社会”而非自下而上的“社会治国家”。与整个现代化建设事业一样,我们的法治建设被称为“政府推进型”的模式。

从法律制度到整个国家的现代化以“政府推进型”为模式选择,是由中国社会发展进程中特定的客观历史条件决定的。“法治”作为一种基本的国家治理方案和社会发展方案被政府主动提出并付诸实践,显示了国家执政者追求现代化的高度自觉。但是联系中国特有的历史发展特征,〔2〕这种由国家发动的“法治”被赋予莫大的期许,恰恰是值得慎思的。应当看到,中国当下的法治实践乃是以国家权力为第一推动力并以国家为主要践行主体的,这使得“国家在现代法律运动和法治事业中的地位变得微妙和暧昧起来”。〔3〕一方面,国家在整个法治建构过程中居于核心和主导地位,符合法治理念的现代法律制度首先要靠国家来创设,进而由国家权力将该法律制度推进到社会基层;另一方面,法治的核心目标则是要求根据宪法组织国家、根据法律行使权力,建构法治国家的基本内涵即是限制专断的政治权力、保障个人的自由。显然,在人们对国家的期待和对法治的认识里,在“政府推进型法治”的命题里,包含了这样一个矛盾:既主张通过法治来规制国家权力,同时又把实现法

〔1〕 于呐洋:“铸就民主法制建设的重要里程碑”,载《法制日报》2011年3月11日第1版。

〔2〕 中国在抗击帝国主义殖民侵略和推翻传统专制体制、寻求建立现代民族国家的历史进程中,国家主义取向一直是一个无法绕开的路径。

〔3〕 梁治平:“法治:社会转型时期的制度建构——对中国法律现代化运动的一个内在观察”,载梁治平编:《法治在中国:制度、话语与实践》,中国政法大学出版社2002年版,第129页。

治的希望寄托在国家之上。这种矛盾被有的学者称为“国家悖论”。^{〔1〕} 在中国的法治事业中,这种内在的矛盾每每烦扰着理论设计的自治,也时时暴露于法治实践的前端。^{〔2〕}

这样的法治道路是不能不让人心存疑虑和担忧的。仅仅依靠国家的善意努力,没有其他因素的注入,法治的实现几乎没有可能,因为在“法治国家”的命题中,国家归根结底是以法治的客体而非主体存在的。法治的“国家悖论”引发了对其消解方法的探寻。发生于20世纪90年代的中国市民社会理论研究的热潮所呈现的“思维的转向”,正是这一探寻工作的体现。通过对市民社会理论的初步讨论,中国的法治论者们不再只关注于政治权威的转型和国家推动的能力,而是认识到包括法治建构在内的“中国现代化两难症结真正的和根本的要害,在于国家与社会之间没有形成适宜于现代化发展的良性结构,确切地说,在于社会一直没有形成独立的、自治的结构性领域”。^{〔3〕} 也就是说,一个区别于政治国家的自在的领域——市民社会,以及由市民社会

〔1〕 梁治平:“法治:社会转型时期的制度建构——对中国法律现代化运动的一个内在观察”,载梁治平编:《法治在中国:制度、话语与实践》,中国政法大学出版社2002年版,第129~130页。

〔2〕 与政府推进型法治实践相映照,在学术研究领域,许多学者在研究法治问题时惯于以国家作为单一的分析单位。邓正来先生曾对支撑这种社会科学研究范式的视“国家”为政治—经济—社会—文化研究的“分析单位”的思维方式提出过深刻的批评。当然,他的批评更多是针对忽略了世界范围之复杂结构的国家发展研究而进行的。(参见邓正来:《市民社会理论的研究》,中国政法大学出版社2002年版,自序。)我认为,以“国家”为单一分析工具的研究方法定式,一方面原因在于我国学界对苏联学术传统的照搬和自身学术研究方法的不自觉;另一方面更根本的原因在于,我国客观的国家—社会结构形态乃是新中国成立以来的社会生活的高度政治化,国家无所不在地制驭一切社会领域,亦即国家与社会高度复合,两者的界分模糊不清,作为研究对象的社会是一个高度“国家化”的社会,它“引诱”着研究者将其与国家相等同。社会与国家的高度一体化,构成了中国社会发展的基本传统特征之一。至于这种“国家化”的社会的生成原因,不是本书的主题和篇幅所能完成的工作。但至少,新中国成立以后推行的计划经济生产方式对这一传统起到了决定性的承继作用。这是因为,社会生活的基本内容——经济生产与交往活动被国家通过“计划”手段高度地统摄,经济生活的“计划化”决定了社会生活的“国家化”。社会由此失去了相对自在的机会与空间。以此为基点,国家对社会生活的其他方面也投入了全面而细致的管理,尤其是此伏彼起的几场大规模全国性政治运动更是将全部社会生活卷入政治的裹挟之中。

〔3〕 邓正来、景跃进:“建构中国的市民社会”,载邓正来:《市民社会理论的研究》,中国政法大学出版社2002年版,第3页。这里的“中国现代化两难症结”,是指一方面要维持国家政权在现代化推进过程中的权威以保证一定的社会秩序和政府运用、动员社会资源的能力,另一方面又要实现政治权力的现代化转型,防止政府权威因不具有外部社会制约或因社会失序而出现向传统回归。这一“两难症结”与前文提及的“国家悖论”实际上是对国家现代化和法治实践分别作出的相同判识。

与政治国家良性互动而成的二元结构的存在,对于保障个人权利和推动民主政治,实现整个“国家—社会”的法治状态,具有基础性的意义。

二、市民社会理论范式与社会组织

市民社会理论将法治研究者们的目光从国家引向社会,使人们意识到市民社会理论能够为法治实践提供有效的理论解读和规范指引,并且直接构成了现代法治理论的重要支撑。因此,中国学者以“市民社会—政治国家”的二元结构方法探索当下法治实践的路径,解决中国面对的“国家悖论”困境,实为一种理论研究范式的选择,是刻意地将一个整体性的社会剥离开来,欲图发现其内在的矛盾机理。也就是说,这种方法论的选择与市民社会理论在西方的自然衍生不同,它并非出于对社会历史境况的描述,而是出于解释的需要、建构的需要。

尽管“市民社会—政治国家”的结构图式曾经非常清晰地展现在某些国家和地区近现代以来的历史进程之中,但事实上包括中国在内,许多以国家为存在形态的族群共同体,在长期的历史发展过程中呈现出来的却是国家与社会的全面黏合甚或是有机整体状态。所以毫无疑问,以市民社会理论范式讨论中国问题在方法论上是一种规范研究而非实证研究。^{〔1〕}然而,这种规范研究的理论乃至实践意义又是清晰可见的,概言之,“市民社会—政治国家”的研究范式直接为法治理论开放出除国家而外的另一个重要元素——社会,它能够十分有效地将国家从法治的主体与客体之复合中分离出来,合理地将其安置于本应所在的正确位置,消除了把法治动力完全寄托于国家的单一性危险,并且为法治之“法”寻找到真正的本体性存在之土壤。

其实,在现实实践领域,中国当代市民社会的萌发是略早于市民社会理论的讨论的。20世纪80年代以来,国家推行的改革开放的一切举措显示出的基本走向即是政府权力从经济领域淡出,其结果是社会生活逐渐一定程度

〔1〕 由此,我十分同意陈弘毅先生的观点,中国市民社会理论的研究应该超越政治战略性的权宜考虑和单纯的社会学实证分析,而去面对哲学、人生和社会中的最根本问题,这样的中国市民社会理论才将是有深度和广度的,才能从道德、伦理、文化和历史的高度,展示出中国未来政治和社会的康庄大道。参见陈弘毅:《法理学的世界》,中国政法大学出版社2003年版,第286页。