

中国社会转型与 法律治理

的不懈努力，换取了中国法律在制度设计层面的不断进步。然而，已有的制度进步本身也带来了几乎同样多的问题。中国能够消化这些异质性的法律因素吗？为什么已经移植进来的制度并没有产生如人们预期的那种理想效果？大规模的制度变迁能够确保社会心理文化的同步适应吗？社会转型中的秩序混乱要持续多长时间？

显然，中国转型治理所面临的上述问题，是照搬西方法学理论所无法解决的，对社会转型治理的独创性的、面向中国法律实践的理论研究，就显得十分必要。

刘金国
蒋立山
主 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



规模宏大的、急剧的社会转型不仅导致法律自身在治理规则、治理范围和治理方式等方面发生了巨大变化，更使法律在应对社会变化、治理社会矛盾、调处转型危机、维护转型秩序等方面遭遇到在社会常态下无法比拟的难题与挑战。从此种角度看待社会转型与法律治理，就不仅具有某种对于中国的意义，而且也具有了世界的和时代的意义。我们的研究不仅在理念范围内进行，着重于抽象思辨，而且也特别重视以实践性为指向，考察特定社会转型条件下法律治理的模式，进而使法律治理与社会转型协调起来，为法律治理的落实寻找到坚实的社会基础。中国社会转型，必须得到足够的关注，力求寻找社会转型与法律治理的支撑点和平衡点。

ISBN 7-80226-527-4



9 787802 265271 >

定价：27.00 元

中国社会转型与 法律治理

刘金国 蒋立山 主编

现代国家治理，无一不以法治社会成型的法律制度为其主要的对象。以移植借鉴西方法律的不懈努力，换取了中国法律在制度设计层面的不断进步。然而，已有的制度进步本身也带来了几乎同样多的问题。中国能够消化这些异质性的法律因素吗？为什么已经移植进来的制度并没有产生如人们预期的那种理想效果？大规模的制度变迁能够确保社会心理文化的同步适应吗？社会转型中的秩序混乱要持续多长时间？

围绕中国转型治理所面临的上述问题，是照搬西方法学理论所无法解决的，对社会转型治理的独创性的、面向中国法律实践的理论研究，就显得十分必要。

对中国来说，实现社会主义法治国家的建设目标，关键在于实现社会主义与法治国家的结合。而要实现法治国家这种结合，就必须实现到二者结合点上的“对接”。对实现这种结合的必要性与可能性进行探索，既是中国就二十年改革开办的进程中，中国逐步探索了以中国共产党领导下的多党合作制为理论前提，在实践中逐步加强和完善人民代表大会制度，提出并探索以社会主义公有制为主体的社会主义市场经济模式，逐步中国法律制度的逐步构建奠定了体制框架。

导论：社会转型的法律治理—— 一个重大的时代课题

社会转型的法律治理，是一个具有重大时代意义的法律实践课题。

自上世纪八十年代以来，中国正在发生着大规模的社会转型，在可预计的未来几十年中，此种转型趋势还会持续下去。在转型治理方面，中国显然遇到了许多以往经验难以处理的问题，也在应对和解决问题方面取得了一些经验。总结历史经验，剖析自身问题，研讨应对措施，把握演变趋势，无疑是摆在中国法学和其它诸社会科学理论面前共同的实践任务。

一、社会转型——一个变迁的时代

就全球范围看，自人类进入工业化和信息化社会以来，社会转型已经成为一种常态现象。在社会结构方面，有传统的农业社会向工业化社会的转型，乡村社会向都市社会的转型；在

社会体制方面，有宗教主导的政教合一体制向世俗化体制的转型，计划经济体制向市场经济体制的转型，集权体制向民主体制的转型；在生活方式方面，有对自然资源无节制索取和过度耗费的生活方式，向有节制的、可持续发展的生活方式的转变，等等。可以说，大规模的社会变迁与急剧的社会转型，不仅是近代工业化以来曾经发生过的事情（在西欧），也是当前继续发生和正在进行的事情（在中国、俄罗斯与东欧以及其它一些 WTO 转轨国家），更可能是继续主导人类未来生活的事情（可持续发展问题涉及全球范围内的所有国家）。规模宏大的、急剧的社会转型不仅导致法律自身在治理规则、治理范围和治理方式等方面发生了巨大变化，更使法律在应对社会变化、治理社会矛盾、调处转型危机、维护转型秩序等方面遭遇到在社会常态状态下无法比拟的难题与挑战。从此种角度看待社会转型与法律治理，此问题就不仅具有某种对于中国的意义，而且也具有了世界的和时代的意义。

（一）社会转型下的中国

1978 年底，中国共产党十一届中央委员会第三次全体会议召开，标志着中国十年动乱时代的结束和新一轮社会转型的开始。中国政治家向全国乃至全世界宣布，走出“文化大革命”十年浩劫之后，作为执政党的中国共产党决定将其工作的重点“由阶级斗争转移到经济建设上来”，最突出的政策转向是实行改革与对外开放^①。由此，中国进入了全面改革和现代化建设的新时代，进入了全面转型的新时期。

^① 参见 1984 年《中共中央关于经济体制改革的决定》。

时至今日，对于中国社会转型与体制转轨的目标——民主法治的工业化国家，已经没有多少人持怀疑态度了。争议的问题在于通向目标的路如何走。与此相关的具体法学问题是：如何应对社会转型中的秩序混乱？如何分析社会转型中的法律运行？如何处理转型中的犯罪问题？当亿万农民从乡村涌入陌生的城市社会时，如何保障城乡秩序的安定有序？等等。简单说，如何分析和解决社会转型中的“有法律无秩序”的现象？

长期以来，中国的理论法学基本局限于学习西方的法学理论。应该看到，经过上百年的学术发展，西方社会已经形成了大量关于西方法治社会的经典理论。从法理学角度看，有实证主义法学、新自然法学和社会法学等众多流派。此外，还有系统法学、批判法学、语义法学及后现代法学，等等。然而，众多西方法学理论所关注的对象多是西方社会发展成熟的法律形态，它们所讨论的问题也是在西方社会语境下有意义的问题。从中很难找到能够直接用于解释和分析社会转型过程中法律秩序问题的内容，更不用说将它们用于解决中国转型秩序的问题。

近代百年以来，中国一直以西方社会成熟的法律制度为其学习的对象，以移植借鉴西方法律的不懈努力，换取了中国法律在制度设计层面的不断进步。然而，已有的制度进步本身也带来了几乎同样多的问题。中国能够消化这些异质性的法律因素吗？为什么已经移植进来的制度并没有产生如人们预期的那种理想效果？大规模的制度变迁能够确保社会心理文化的同步适应吗？社会转型中的秩序混乱要持续多长时间？

显然，中国转型治理所面临的上述问题，是照搬西方法学

理论所无法解决的，对社会转型治理的独创性的、面向中国法律实践的理论研究，就显得十分必要。^①

（二）面对一个变化的世界

社会转型治理问题不仅对于当今中国实践具有现实意义，它同时也具有时代意义。

当代世界在现代科学技术的簇拥和人类文明不断发展的情况下，“全球化”已成为当代世界的发展潮流和客观趋势，它深刻地触动着和改革影响着世界经济、政治、法律、文化的格局，其改变影响所及，对世界各国的现状和前景都产生了巨大的制约和影响。在“全球化”的影响下，世界各个国家、民族正在不断地跨越地域界限，不断超越制度、文化、思想的障碍，促进推动“全球化”历史发展进程，全球化已成为世界各国人民认识当代世界和处理各国问题的基本视角。在全球化的视野下，既要看到全球化作为世界现代化过程，是一个不可逆转的历史趋势；也要看到全球化历史过程，是一个充满矛盾、磨擦和冲突的过程。全球化的世界格局是在经济逐渐一体化、

① “虽然中国的法制改革和法治化进程在目标设计和实践操作两个方面都还有待于人们做更深入细致的研究，但相比之下，实践操作问题比目标设计问题更困难、更复杂，也更具紧迫性。西方学者的著作中有不少关于什么是法治和什么东西构成法治的论述，这对中国法制改革无疑会起到、而且将继续起到启迪作用。但是，法治社会是如何从人治社会中产生出来的？能否和怎样在一个较短的历史时期内有计划地推动传统社会从人治向法治转变？这些话题却不在西方主流理论家的理论视野之中。如何把一个具有几千年封建传统的社会改造成为现代法治社会仍然是一个全新的话题。”参见蒋立山：“中国法制改革和法治化过程研究”，载《中外法学》1997年第6期。

政治多元化共存、在同一中分异的复杂情况下渐进。全球化只能通过世界各国、各个民族和地区相互之间，在经济、政治、文化等方面的交流、适应、整合，通过整合，逐渐化解国际矛盾和冲突，才能逐渐推进，才能顺利实现全球化，这显然是一个漫长、复杂、曲折的过程。

面对新变化、新形势、新情况，世界各国在相当长的时间里不可能进入一个统一的完整模式之内，企图一下子实现“全球化”，那就只能是“美国化”、“霸权化”。即使能够“经济全球化”，也不可能法律全球化，这是不切实际的幻想^①，“法律全球化理论的背后依然是文化霸权主义”。^② 全球化是一个漫长的历史过程，反映在各个领域，包括经济、政治、文化和法律领域，也应该看到与全球化相悖的、对抗的情势，那就是国家的独立化、政治多元化、文化多样化、法律本土化等。面对这个变化的世界，处在社会转型下的法律治理如何思考，如何定位，就成为不可回避的问题。

从各国的具体情况看，在中国启动新一轮的社会转型和体制转轨的同时，俄罗斯和东欧国家也在发生着几乎同样的事情，且与中国发生的事情又具大致相同的历史背景。中国、俄罗斯、东欧等国的社会体制转轨，是二十世纪后期人类在理论思想的自觉指导下进行社会体制变革的大规模的社会实验活动。其中的成功与失败，都非常值得总结。

① 罗豪才：“警惕法律全球化理论”，载《中国经济时报》，2000年6月20日。

② 石泰峰：“全球化与法制文明冲突”，载《新视野》2001年第2期。

此外，在目前 WTO 的 137 个成员国里，转轨国家也构成了一个独特的群体。因为在其中，真正属于市场经济的发达国家并不多，有一些是发展中国家和转轨经济国家。尽管有些国家都在进行市场化的改革，并使市场经济得到了很大程度的发育，但如何尽快地解决自身诸多方面的问题，是每一个转轨国家必须面对的现实问题。^①

在二十世纪 70 年代初，一位法国经济学家曾进行估计，今天我们每三年发生的变化，相当于本世纪初 30 年的变化，相当于牛顿时代以前 300 年的变化，相当于旧石器时期 3000 年的变化。^② 这个估计是否精确，暂且不去管它，但是一点是肯定的，这就是人类社会变化的速度是越来越快了，即人类已进入加速发展的时代。快速的、规模宏大的社会变迁，给社会秩序的法律治理带来了全新的挑战。法律的稳定性与法律适应社会变化方面的矛盾将进一步凸显，法的安定性价值将不得不在某种程度上让位于法的适应性。也许，这也应验了塞尔兹尼克等人提出的理论：现代社会要迈向回应性的法律。^③

二、中国转型治理的独特性难题与经验

中国目前正在进行的建设社会主义法治国家的伟大实践，并不是一种单纯的法制建设运动，而是与中国新一轮的从农业社会向工业化社会转型、以及从计划经济体制向市场经济转轨

① 参见甘远志：“关注 WTO 中的转轨国家”，资料来源：<http://www.hainan.net/>。

② 参见孙立平《社会现代化》，华夏出版社 1988 年版，第 9 页。

③ 参见塞尔兹尼克、诺内特：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社 2004 年修订版。

的综合现代化运动结合在一起的。中国法律不仅面临着一场革命性的自我重建，同时承担着转型秩序的治理任务。与同时期的俄罗斯和东欧前社会主义国家等所谓“转轨国家”相比，中国法律既面临着一系列独特的制度构建任务与秩序难题，也取得了独特的宝贵经验。

第一，与俄罗斯等转轨国家相比，中国近现代意义上的法制基础更为薄弱，传统农业社会的法律文化影响深厚。俄罗斯及东欧前社会主义国家与西欧国家地理接近，文化传统相近，自近代以来一直接受着西欧近代法制的影响，与中国相比，近现代法制基础更为深厚。至上世纪九十年代实行“转轨”之前，虽然实行了几十年的社会主义制度及法制，但撇开社会体制和意识形态的因素外，其法律文化与西欧等西方国家同属于现代法制的范畴。特别是自上世纪五十年代中期至九十年代“转轨”之前，前苏联的法制建设得到全面加强，社会主义法律秩序已经比较发达，法律文化、法律意识、守法精神均有良好的社会基础。

中国有着几千年的封建社会历史。在小农经济自然经济的土壤里，滋生的是引礼入法、恭行天理、法自君出、皇权至上、重公权轻私权、权利等差、伦理法治、重刑轻民等法律文化传统。这些传统对今天中国转型的法律治理不能说不产生着影响。正如邓小平指出的：“旧中国留给我们的，封建专制传统比较多，民主法制传统很少。解放以后，我们也没有自觉地系统地建立保障人民民主权力的各项制度，法制很不完善，也很不受重视，特权现象有时受到限制、批评和打击，有时又重

新滋长。克服特权现象，要解决思想问题，也要解决制度问题。”^①邓小平提出的这个问题，意在告诫人们，人与制度相比，制度更有较大的稳定性和权威性，应当摒弃人治，厉行法治。不然的话，“即使像毛泽东同志这样伟大的人物，也受到一些不好制度的严重影响，以至对党对国家对他人都造成了很大的不幸。……不是说个人没有责任，而是说领导制度、组织制度问题更带有根本性、全局性、稳定性和长期性。这种制度问题，关系到党和国家是否改变颜色，必须引起全党的高度重视”。^②

中国社会转型背景下的法律治理，应该抛弃人治至上，重公权轻私权的倾向和影响，这已经成为社会的一种共识。因为人治和重公权所导致的国家主义与以民为本、以民固本思想是相悖的。在“为政在人”、“其人存，则其政举，其人亡，则其政息”^③的体制下，国家的安邦治乱完全取决于最高掌权者是否“贤明”。至于法律，则完全处于从属地位，受最高掌权者个人意志的支配，随着最高掌权者的注意力的转移而转移。不难看出，在法与统治者之间，人治论者，将统治者视为是主，法视为是从；而法治论者，显然是将法视为主，统治者视为是从。人治与法治虽然只是一字之差，但是“治”也，凸显出彻底与人治决裂的决心，显示出法律是良法之治，恶法非法治之法。

① 《邓小平文选》第二卷，人民出版社1994年版第332页。

② 《邓小平文选》，第2卷，人民出版社1994年版第333页。

③ 《礼记·中庸》

人治是历史遗留下来的顽症，在社会转型进行法律治理中如何克服人治传统，是对中国法制建设的一种挑战。人治之法是治民之法，人治之民是臣民。克服这种“其人存则政举，其人亡则其政息”的制度影响并非容易。人治的质的规定性是凸显的人，而其人又是权力显赫之人，其人之权又不受任何制约，在此情况下进行法律治理只能是个人说了算，这种治理是一种专制独裁的治理，这种治理是不可能维系持久的治理，这种治理是危险的治理。1989年9月16日，邓小平在会见美籍学者李政道教授时指出：“我历来不主张夸大一个人的作用，这样是危险的，难以为继的。把一个国家、一个党的稳定建立在一两个人的威望上，是靠不住的，容易出问题。”邓小平揭示的人治必然导致难以为继、人亡政息的规律，正是中国历史王朝，亲奉人治，而没有跳出怪圈，跳出周期律的佐证。1958年8月，毛主席在北戴河中央政治局扩大会议上曾这样说：“法律这个东西没有也不行，但有我们的一套”。“我们每个决议都是法，开会也是法，……主要是靠决议、开会，一年搞四次，实际靠人，不靠民法、刑法来维持秩序”。刘少奇同志也随声附和：“到底是法治还是人治，实际靠人，法律只能作为办事的参考”。万万没有想到，当“文化大革命”的灾难落到刘少奇头上的时候，“四人帮”大搞人治，无视宪法，对其进行惨无人道的折磨。堂堂的共和国主席，活活被迫害致死，这在国际共产主义运动历史上也是不多见的。人治的教训如此惨痛！反对人治，摒弃人治，不仅是邓小平依法治国、厉行法治思想的精华所在，也是共和国法治的精髓。在社会转型的今天，进行法律治理，必须针对人治影响的传统性、顽固性、独

特性、长期性进行持久、不懈的斗争。

第二，中国是世界上人口最多的大国，中国转型的秩序治理具有大国转型治理所独有的复杂性和艰巨性。就国家的人口和地区规模而言，“多”和“大”与“少”和“小”所采取的法律治理方略、措施、速度、时间、效果、风险等诸多方面都存在着差异。尤如，中国是一艘超大型巨轮；而中小国家是一艘中小型轮船，都行驰在茫茫的大洋之中，中小型轮船如果转弯（似转型），其速度、时间、效果、风险等运比超大型巨轮要快，相对风险比较小。而超大型巨轮要转弯，一速度不能快，二措施对头，三时间相对要长，才能防范风险的出现。如果操之过急，巨轮失偏以至倾斜甚至颠覆的危险都可能出现。因此，面对社会转型进行法律治理的时候，必须正视大的特殊性，进行法律治理要采取稳妥的措施，推进治理不能急于求成，不能太理想化。要紧密结合中国的实际，从实际国情出发，根据中国的经济、政治、文化和国民素质的实际，实事求是，与时俱进，依靠党和国家，稳妥推进法律治理向前发展。

第三，在制度建设方面，中国提出了“社会主义+市场经济”和“社会主义+法治国家”的目标，这在世界上是独一无二的，且没有成功的范例。这在法律制度方面提出了远比俄罗斯和东欧转轨国家更难的体制构建任务，使中国法律制度建设带有更多的探索性。

从根本上说，俄罗斯社会转轨的体制目标是告别社会主义制度，全面回归资本主义世界。中国则把所进行的改革定义为“社会主义的自我完善”。从当今国际政治格局和历史经验来说，后者肯定是一条更艰难的道路，有更多的内容需要探索创

新。这也注定了中国法律制度的构建会遇到许多为俄罗斯等国家所没有的难题与挑战。

目前世界上许多“转轨”或“转型”国家，一般都是从非市场经济转向市场经济，而且都是以私有制社会的经济体制为目标。中国的“转轨”或“转型”则不同，是从社会主义计划经济转上社会主义市场经济，前者是一统天下的公有制经济，后者则是以公有制为主体、多种所有制并存和共同发展的社会经济体系。可以说，这个“转轨”或“转型”是在公有制社会经济体系内进行。在这里，社会主义市场经济的最大特征，就是公有制与市场经济相结合。这一特征，无论从理论上讲，抑或从经济实践上讲，都有划时代的意义。正如许多学者指出的那样，把市场经济跟社会主义公有制结合起来，这是中国改革的总设计师邓小平给中国人民所开辟的道路。^① 邓小平同志于 1978 年创导了改革开放的指导思想与建设实践，并在总结国内外正反两方面经验的基础上，通过中共十四大会议，创造性地提出社会主义市场经济的理论，成为指导 12 亿中国人民从事改革与发展实践的指导思想。中共十五大高举邓小平理论的旗帜，根据新的改革实践进一步发展了理论，特别是关于公有制实现形式及主体地位的理论，从而在理论与实践的结合上，进一步完善了社会主义公有制与市场经济相结合的理论。中国所走的这条建设社会主义市场经济的道路，不仅在理论上是创新，即打破了传统马克思主义者和西方经济学长期一

^① 参见黄范章：“中国经济‘转轨’的基本特征、关键及难点”，资料来源：<http://www.dvun.com/html/content/20056/18204.htm>。

致公认公有制与市场经济不相容的教条，挣脱了来自“左”、右两个方面的思想桎梏；而且在实践上进行制度创新，即在历史上首次实行社会主义公有制与市场经济的结合。邓小平同志提出的“有中国特色的社会主义”，其重要特色之一就在于此。

此之相适应，中国在法律制度方面提出了建设社会主义法治国家的目标模式，把“社会主义”与“法治国家”结合起来，这在人类法律制度史上，同样是一种独特的法律制度目标。按照经典的近代法治理论，法治国家（法治国家）只能建立在以多党制和私有制为基础的社会中，也就是说，法治国家只能是资本主义国家的一种国家政治体制。社会主义国家可能存在法制，但不可能搞近代意义上的“法治”。中国“社会主义+法治国家”的目标模式是史无前例的，没有直接的经验可借鉴，其前景也不被西方国家看好。

对中国来说，实现社会主义法治国家的建设目标，关键在于实现社会主义与法治国家的结合。问题是如何进行这种结合？必须要找到这二者结合起来的“结合点”，才能使这种结合的必要性与可能性变成现实性。在中国前二十年改革开放的进程中，中国逐步完善了其中国共产党领导下的多党合作制的理论构想，在实践中逐步加强和完善人民代表大会制度，提出并探索以社会主义公有制为主体的混合所有制经济模式。这为中国法律制度的重新构建规定了体制框架。然而，把这种体制框架变成具体可行且长期有效的法律制度，仍然存在着许多难题。比如，如何处理好执政党领导与其它合作政党的关系？如何处理执政党与国家权力机关的关系？如何在市场经济体制下坚持和完善公有制的基本结构？等等。上述问题涉及到中国今

后有可能制定的政党法问题，司法体制改革问题，以及国家对国有大中型企业的法律管制和国资管理的问题。这些制度建设方面的难题是俄罗斯和东欧“转轨”国家所不存在的。

第四，中国是一个不发达的初步工业化国家，它是在推进工业化和城市化的过程中进行体制转轨的，同时面临着社会结构转型与体制转轨的双重任务。俄罗斯已经是一个发达的工业化国家，它所进行的是单纯的体制转轨工作。相比之下，中国的转型秩序具有更多的复杂性。

上世纪90年代，当俄罗斯进行体制转轨时，经过前苏联几十年的经济建设，俄罗斯已经是一个发达的工业化国家（农村居民的比例为26%），城市化过程基本完成，在上世纪六十年代，前苏联农业工人也被纳入国家工资体系，享有社会保障待遇。按照经济发展水平看，俄罗斯已经属于人均GDP不低于5000美元的发达国家行列。如果不考虑前苏联偏重重工业所产生的某些影响，仅就经济发达水平看，俄罗斯已经是一个早已告别温饱阶段的中等发达国家。所以，俄罗斯当时面临的主要是一个体制转轨问题。

与俄罗斯的情况形成鲜明反差，改革前的中国是一个初级工业化国家。农村居民的比例超过80%，人均GDP总值不超过250美元，在当时属于贫穷的发展中国家。从经济发展水平看，中国还没有解决温饱问题。所以，中国面临的主要任务，不仅是体制转轨问题，而且还有社会结构转型问题（完成工业化进程和城市化进程）。

我们知道，无论是社会体制转轨，或是社会结构转型，都往往存在一个社会无序化的过程。中国肩负体制转轨和结构转

型的双重任务，自然就要承受双重无序化的挑战。这会在法律秩序方面造成许多严重的压力，而克服这种压力的有效办法并不容易找到。举例说，中国城市化进程，在二十世纪九十年代及其后二十年，大致每年要有上千万农村人口涌向城市，这本身就会在许多方面给法律秩序造成诸多问题，使法律及管理方无从应对。千百万不熟悉法律规则的农民背井离乡、进入城市，他们既容易在谋职过程中遭受来自城市雇主方的利益侵害，也容易在找不到合适工作的时候以非法手段维持生计，甚至酿成犯罪。由于中国还没有完善的、覆盖全社会的社会保障体系，进城农民的利益保护问题就更显得突出。相比之下，俄罗斯等“转轨”国家早在上世纪六十年代就基本完成了城市化进程，在上世纪后期的体制转轨过程中不会再面临类似中国的问题。

同样，按照经济发展水平看，中国经济现代化与美国等七个国家差距超过100年。^①中国尚处于第一次社会现代化的发展期，大约为城市化的中期。中国社会现代化水平低于世界平

① 2006年2月7日国家发布《中国现代化报告2006》称，通过对大量数据、图表进行研究分析后发现，中国等61个国家仍然属于社会欠发达国家。根据城市化、平均预期寿命、成人识字率等指标计算的社会水平综合年代差，2001年中国与英、美、德、法和瑞典5国的差距超过80年。根据COP、农业劳动力比重等指标计算的经济水平综合年代差，2001年中国与美国等7个国家的差距超过100年。载《北京晚报》2006年2月8日第2版。