

Civil Governance in the Process of Rule of Law

Research on the Relationship between  
Civil Society Organizations  
and Order of Rule of Law

马长山 著

# 法治进程中的 『民间治理』

——民间社会组织与法治秩序关系的研究

# 法治进程中的 『民间治理』

马长山 著

——民间社会组织与法治秩序关系的研究

  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治进程中的“民间治理”:民间社会组织与法治秩序关系的研究/马长山著. -北京:法律出版社,2006.5

ISBN 7-5036-6349-9

I. 法... II. 马... III. 社会团体—研究—中国 IV. C232

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第037720号

© 法律出版社·中国

法治进程中的“民间治理”:  
民间社会组织与法治秩序关系的研究

马长山 著

责任编辑 王旭坤  
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006年5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 北京中科印刷有限公司

印张 7.75 字数 180千

印次 2006年5月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

---

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 7-5036-6349-9/D·6066

定价:18.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



**马长山**，男，1964年生，哲学博士。现为黑龙江大学法学院副院长、教授、博士生导师，享受国务院特殊津贴专家，省高校人文社科重点研究基地——法学理论与

法治发展研究中心主任；中国法学会法理学研究会常务理事、黑龙江省法学会法理学研究会会长、省仲裁员协会副会长、省民间组织管理协会副会长；在《法学研究》、《中国法学》等杂志上发表学术论文80余篇，出版了《国家、市民社会与法治》（商务印书馆2002年版）、《法治的社会根基》（中国社会科学出版社2003年版）等专著5部。

本研究获得了教育部“新世纪优秀人才支持计划”和人文社会科学规划基金、黑龙江省哲学社会科学规划基金和省高校人文社科重点研究基地的立项资助,特此鸣谢!

# 目 录

---

## 导论/1

- 一、看得见的市民社会（公民社会）/1
- 二、走进生活的法治/8

## 第一章 结社活动的法治价值和意义/10

### 一、结社：人类自由自主活动的深层历史脉动/10

- （一）国家权力回归社会的发展走向/11
- （二）人类自由自主活动的自觉追求/18

### 二、经典作家民主契约理论视野中的结社自由/22

#### （一）经典作家的民主契约观/23

- 1. 政治国家与非政治国家之间的协调/23
- 2. 反对“权力拜物教”和“国家崇拜”/25
- 3. 立法权的双重本性/26
- 4. 公民的双重生活/27
- 5. 消除人权和公民权的分离/29

#### （二）民主契约观与结社自由的理论正当性/30

- 1. 消解国家权力的神圣性和贤能性/30
- 2. 多元权利对国家权力的分享和制衡/31

3. 现代民主和自由信念的确立/33

三、结社自由对民主与法治的结构性支撑/33

(一) 强化权力制约、民主参与和监督/34

(二) 促进多元群体的权益实现和保障/36

1. 实现群体利益主张和权利要求的重要通道/36

2. 展现“代表”与“参与”的融合/37

(三) 促进社会自律秩序的形成/38

(四) 对民主与法治价值合法性的确认和弘扬/40

(五) 对法律局限的纠补/42

1. 法律局限性对自由自主精神的削减/42

2. 多元自主精神与法治秩序/50

第二章 民间社会组织与当代法治变革/54

一、“全球社团革命”与国家—社会、权力—权利关系的当代走向/54

(一) “第三部门”的蓬勃兴起/56

(二) 全球市民社会(公民社会)初现端倪/59

(三) 全球化时代国家权力向社会的回归/61

(四) “自由自主活动”的当代诉求/63

二、民间社会组织对当代法治秩序的变塑/65

(一) 形成了良性互动式的新型权力制约与权利保障机制/65

1. 组织化、群体化的权力制约和平衡力量/67

2. 国家与社会互动合作的新型关系/71

3. 国家权力增长的同步分解机制/73

(二) 多元利益和权利的平衡增进了“自生自发”秩序/74

1. 多元冲突的自我控制与协调/74
2. 自主平衡的社会博弈规则的孕育/76
3. 增强政治社会化和有序化/78
- (三) 促动了全球化时代的法治范式转换/78
- (四) 推进了全球治理和法治秩序/84
1. 全球治理的重要参与者和协调者/84
2. 国际社会规则的重要创制者/86
3. 全球公民道德的重要推进者和建设者/86

### 三、民间社会组织体制改革与民主法治进程/88

- (一) 民间社会组织的兴起与中国民主法治进程/89
- (二) 转型期的社会稳定与民间社会组织/92
- (三) 民间社会组织的难题和民主法治功能的发挥/95
1. 较高的行政依附性/95
2. 较突出的功能失灵/95
3. 较严重的制度供给不足/96
4. 促进民间社会组织充分发挥其应有功能/96

## 第三章 转型期的“民间治理”与法治秩序/99

### 一、民间社会组织兴起对于转型中国的特殊意义/99

- (一) 促进国家和社会的结构分化/99
- (二) 推动社会管理形式的变革/100
- (三) 促动社会价值观念的革新/101
- (四) 加快和谐社会的建立/102

### 二、“民间治理”与国家法秩序的互动和张力/103

- (一) 耦合支撑/104



1. 合法性的双向提供/104

2. 秩序的整合/105

(二) 多元均衡/107

1. 多元“民间治理秩序”对国家法秩序的均衡/107

2. “经验理性”对“建构理性”的抵制/108

(三) “共谋”和冲突/110

三、“民间治理”的秩序生发机制/113

(一) 反思性的对话协商机制/113

(二) “公民性”社会资本的生发机制/115

(三) 公共领域的运行机制/118

(四) 自生自发秩序的衍生机制/121

四、民间社会组织及其“民间治理”中的“中国问题”/124

(一) “路径依赖”问题/124

(二) 转型功能问题/126

(三) 民间社会组织的自身建设问题/127

(四) 法律规制问题/127

## 第四章 民间社会组织对社会资本的重建/130

一、社会资本与当代法治秩序/130

(一) 法治秩序的伦理支撑/131

(二) 当代多元复杂社会的整合力/133

(三) 自生自发秩序的实现/135

二、信任危机、社会失范与社会资本的异型发展/137

(一) 价值取向向上的义理人情和群体本位色彩/137

(二) 自身品格上的亲和权力倾向/138

(三)发展空间上的裙带主义特征/139

(四)功能导向上的功利主义倾向/139

(五)社会资本异型发展的“复归”指向/140

### 三、民间社会组织：社会资本重建的重要动力/143

(一)利益纽带对社会资本裙带属性关系的消解/143

(二)理性化对社会资本非理性化倾向的抑制/144

(三)促进社会资本的独立自主价值取向和公共精神/145

(四)增进“自生自发”秩序/146

(五)推动“公民性”社会资本的形成/148

### 四、促进民间社会组织的功能发挥和法治秩序的早日形成/149

(一)对民间社会组织进行合理定位/150

(二)增强民间社会组织的利益基础/151

(三)强化民间社会组织的自律意识/151

## 第五章 法治进程中的民间社会组织能力建设/153

### 一、中国法治进程的重要社会动力/153

(一)“全球社团革命”与法治的当代嬗变/154

(二)转型中的中国权力位移流散的重要平台/155

(三)培育民主法治根基的重要领域/156

(四)克服法律工具主义的重要屏障/157

### 二、民间社会组织能力建设中的困境和问题/158

(一)独立性不足/159

(二)动员能力不强/163

(三)公信力不高/167

### 三、民间社会组织能力建设的出路和法治功能的实现/171

(一)增进民间社会组织的独立性/171

(二)提升志愿参与的热情和信心/171

(三)拓展民主参与的空间/172

(四)强化业务能力和水平/172

(五)提供健全的制度保障/174

**附录：黑龙江省民间社会组织能力建设调查统计结果/175**

**参考文献/223**

**后 记/235**

## 导 论

反观二十多年来的中国法治进程,我们在法治思想和观念的形成、法律规范体系的建立和完善、执法司法的制度变革和运作、公众法律意识的提高和加强等方面,都已取得了令人瞩目的突破和成就。然而,我们也必须清醒地看到,“法治国家”在很大意义上还仍限于政策目标层面,而没能真正地化为社会现实。比如,立法不断增多但很多却难以真正发挥作用,权力滥用腐化和“权力扩张法律化”现象突出,权利保障和救济机制还很欠缺,司法公正和法治信仰还远未形成等,这些都是我们心知肚明的事实。针对这一状况,我们可以从多维视角去进行探讨和分析,但是,我一直坚持认为,其中十分重要的因素就是未能形成多元社会权利对国家权力的分享与制衡,从而使得权力制约不力和权利保障不足,造成了权力对法律的驾驭和僭越,进而形成法律工具主义和实用主义的倾向。这样,权力借助法律规划社会的情况就在所难免了,而权利的保障平衡机制就难以建立起来,司法公正和法治信仰也就会受到严重侵蚀甚至泯灭。因此,这就需要培育和发展市民社会,促进和保障多元社会权利,形成对国家权力的分割、分解和制衡,从而促进法治秩序的形成。

### 一、看得见的市民社会(公民社会)

众所周知,“市民社会”是产生于西方的一个历史悠久的概念,

其英文为 Civil Society,但是在中国学者的相关研究中,则有“市民社会”和“公民社会”两种译法。在 20 世纪 90 年代之前,多译作“市民社会”,而在 90 年代之后,则更多地译作“公民社会”。这一转换的原因,一方面可能是回避“市民社会”等同于马克思所批判的“资产阶级社会”之嫌;另一方面,则可能是意在强调国家与社会的双向互动而不是二元对立。因而,更有利于淡化“市民社会”那种浪漫的“个人主义”色彩和“意识形态”属性。不过,在当今时代,无论“市民社会”还是“公民社会”,都不是一个基于“市民”或“公民”身份的概念,而在根本上,它意指特殊利益、个人(群体)权利、私人领域的总和,因而与普遍利益、公共权力、国家领域相界分。因此,二者的不同翻译并没有实质上的差别,尽管“公民社会”这一概念可能更好一些。

从当代西方市民社会理论及其实践发展来看,市民社会主要包括四个方面:一是进行自主的商品生产和交换、进行自由生活选择的私人领域,包括市场机制和私人产权、家庭及其内部事务、个人充分的隐私权等;二是基于共同利益和愿望而形成的民间社会组织,包括各种协会、学会、联合会等非政府组织;三是公众进行自由讨论、理性批判而形成“公共理性”和公众舆论的公共领域,包括公众对公共权威及其政策的自由讨论和理性批判、对社会热点及共同关心的问题的讨论等;四是捍卫私人领域和公共领域不受经济系统与政治系统侵犯的社会运动,包括女权运动、生态运动、反战和平运动等。<sup>①</sup> 它展现的是个人主义精神、自由主义精神、多元主义精神、世俗主义精神、理性主义精神和规则主义精神,从而为法治秩序奠定了重要的基础。<sup>②</sup>

① 何增科:《公民社会与第三部门》导论,社会科学文献出版社 2000 年版,第 4 页。

② 详尽分析请参见马长山:《国家、市民社会与法治》,商务印书馆 2002 年版,第二章。

然而,一些学者对市民社会理论在中国的解说效力提出了质疑,认为中国历史上并没有什么市民社会,现在也不会产生西方的市民社会。因而,市民社会的研究是在用西方的逻辑和经验,来不现实地研究中国的问题,有时甚至就直接追问:“中国的市民社会在哪呢?”其实,在西方世界,美国学者里夫、弗利、爱德华等对西方市民社会理论的复兴也有一定的疑问。<sup>①</sup>但是,在哈贝马斯、萨托利、基恩、柯亨和阿拉托等人努力下,市民社会理论正在复兴,并对东欧、南美和东亚国家产生着重大影响。而对中国而言,西方/东方、传统/现代是自晚清以来中国学界一直争论不休、纠缠不清的问题。市民社会理论确实是在西方历史发展经验基础上形成和发展的,其内在逻辑也确实有太多的西方深层文化背景。德国学者托马斯·海贝勒、诺拉·绍斯米卡特还写了一篇《西方公民社会观适合中国吗?》的文章,美国学者墨子刻也写了《中国历史背景中的西方市民社会观念》一文,认为中国很难存在西方的市民社会观念,至少要经历很长的历史进程才会有。<sup>②</sup>然而,仅仅由此而得出“市民社会理论只是西方的分析框架,并不适用于中国”的论断,也似乎有些过于简单和草率。我们知道,学术批评也好,理论探讨也好,我们都必须进入对方的语境,才能进行真正的对话,而不该是仅仅凭想当然。因此,为了回应这些质疑,特别是“中国的市民社会在哪呢?”这种一直“看不见”的疑问,更深入地分析中国的市民社会和法治进程,我们有必要展示一下正在兴起的、看得见的市民社会。

---

① [美]D. 里夫:“市民社会的错误浮现”,参见[美]M. W. 弗利、B. 爱德华:“市民社会悖论”,孙晓莉译,载《哲学译丛》2000年第3期。

② [德]托马斯·海贝勒、诺拉·绍斯米卡特:“西方公民社会观适合中国吗?”,卿志琼等译,载《南开学报》(哲学社会科学版)2005年第2期;[美]墨子刻:“中国历史背景中的西方市民社会观念”,秋风译,载 <http://www.sinoliberal.net/china/civil%20society%20in%20china%2001.htm>。

日益多元化、世俗化的发展走向,是市民社会兴起的第一个表现。改革开放前,我们推行高度集权的政治经济体制,国家对政治、经济、思想文化,包括社会生活实行全面控制和家长式管理,到处是国家规划和配给制,从而导致了国家利益至上的单元板结的利益结构,造成了严重的社会停滞和动荡。而改革开放后,随着市场经济的迅速发展,出现了巨大的社会分化和利益解组。首先,工人、农民、干部和知识分子的阶级划分已经显得捉襟见肘,代之以新兴社会阶层的崛起和传统身份社会的瓦解,像企业家、私营业主、律师、会计师、自由职业者等;而传统阶级内部分化也十分严重,如工人阶层划分为蓝领、白领、金领;同时,先赋角色被后致角色所取代,走向个体化的、摆脱出身的“没有父亲”的时代;家庭和企业也都成为自主经营、自负盈亏的主体,中产阶级开始形成。其次,社会资源的占有也出现了高度的分散化。从1978年到1997年的20年,国有经济从77.6%降至26.5%,而集体经济从22.4%升至40.5%,非公有经济从0升至32.9%,到了20世纪90年代之后,国有、集体和非公有经济的发展速度差距逐步扩大,比值为1:2:3,目前,90%以上的企业在私营经济领域,50%以上的从业人员在私营经济领域。最后,价值观念更加自由和多元。个人自由和权利意识觉醒,人们不再满足于理论说教和政治崇高,而是立足于市场经济大潮,展开个性化、自由化、世俗化的自我追求。无论是人们的择业观念、生活观念、消费观念、交往观念,包括亲情观念都在发生改变,多元化趋向明显。<sup>①</sup>这些多元化、世俗化进程,无疑直接瓦解了那种国家兼并、统合社会的传统中央集权体制基础,奠定了市民社会成长的现实根基。

不断增长、活跃的民间社会组织,是市民社会兴起的另一个表现。民间社会组织是市民社会的重要基础,是市民社会成长壮大和

<sup>①</sup> 马长山：《国家、市民社会与法治》，商务印书馆2002年版。

充满活力的标志。我国过去是大一统,国家吞噬社会,民间社会组织不发达,缺少民间自治管理。改革开放后才发生改变,2003年公布的协会133340个,行业协会39149个。而2004年底,国家民政部李学举部长《在全国先进民间社会组织表彰大会上的讲话》中的数字是26万多个。<sup>①</sup>这些民间社会组织分散在各行各业,在国家政治、经济和社会生活中发挥着重要的作用,尤其是对法治的推动作用不可低估。它们不仅形成了组织化、群体化的权力制约和平衡力量,促进了多元利益、权利保障和增进了自生自发秩序,也形成了反思对话的互动协商机制和“民间治理”等,从而构成了市民社会兴起的重要动力和支撑。本书的研究就集中在这一领域,展示的正是这一重要法治进程。

逐渐崛起的公共领域是市民社会兴起的第三个表现。公共领域是建立在国家和社会分离基础上,由社会公众对国家权力进行理性批判、对公共事务进行自由讨论和意见表达而形成的公共空间。首先,公共领域具有合法性供给功能。现代国家权力的合法性不可能再建立在宗教神谕的基础上,而只能建立在民主参与、理性共识的基础上,而公共领域正是这种民主参与、理性共识得以形成的重要渠道和基础。我们知道,我国的历史上一直是“一言堂”,没有真正的公共领域存在。改革开放后,随着社会利益的日益复杂分化,阶级和人民的观念也逐渐为多元化的世俗公众观念所取代,这必然要求国家权力抛弃过去空洞的政治说教,切实回应多元复杂的社会诉求。人们通过报纸、电视、期刊、网络等媒体来关注社会热点,反映社情民意,表达社会呼声,甚至捍卫被“边缘化”的权利,使得多元化的社会诉求能够通过人大、政协、信访、听证、司法等机制,以意

---

<sup>①</sup> 李学举:“在全国先进民间社会组织表彰大会上的讲话”,载《中国社会报》2004年12月11日。



见、建议、提案、批评、诉讼等形式,进入到国家的决策体制和制度框架之中,进而为公共权力提供必要的合法性支撑。由“孙志刚案”引起的《收容遣送条例》的废止就是典型一例(尽管其中的某些问题还有待深入探讨)。其次,公共领域具有重要的民主均衡功能。一方面,它形成了国家权力的民主监督和控制。它通过团体代表、新闻出版和广播电视等组织和传媒基础,形成民主开放的“公共意见”,对政治过程产生重要影响,从而实现对国家权力和司法活动进行批评和民主控制的功能。另一方面,公共领域也能够促进社会的协调整合,通过平等的对话协商和公共讨论,来达致多元利益的沟通和冲突的自主化解,从而促进自生自发秩序的形成。在我国,中央电视台的“焦点访谈”栏目,以及《人民日报》、《光明日报》、《经济日报》等开辟的舆论监督专栏,曝光和揭露了很多违法违纪事件、权力滥用行为、垄断行为等,促进了行政公开化、法治化和民主化。最后,公共领域具有观念传播和整合功能。改革开放后,市场经济的发展和民主化改革瓦解了极“左”化的“革命”精神;同时,也使得个人自由、权利和利益从国家集权的桎梏中解放出来。特别在社会转型期,多元权利、利益和价值的冲突越来越凸显,亟须建立既保障个性追求,又关照共同价值的公共精神来予以秩序化整合,从而保障改革发展和民主法治的顺利推进。近年刚刚兴起的公共领域,正是在这方面发挥了重要功能。普通农村支教大学生徐本禹就是在媒体的关注和支持下,当选2004年度中央电视台“感动中国”人物。这里更主要的并不是徐本禹本人的“辉煌”,而是随之而来的人们对农村教育和经济发展的讨论和关切,人们受到了心灵的震撼。<sup>①</sup>由此可见,公共领域构成了思想传播和公共精神培育的重要土壤,因

---

<sup>①</sup> 马长山:“公共领域兴起中的法治诉求”,载《政法论坛》2005年第5期。这将是下一步要进行具体研究的重大问题。