

律政通<sup>®</sup> 企业法律风险管理丛书

# 企业法律风险 管理导论

高志宏 党存红 · 著



绘制企业法律风险“全景图”

编制企业法律风险“管理网”

构筑企业法律风险“防火墙”



东南大学出版社  
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

014036850

D922.291.914

195

律政通®企业法律风险管理丛书

# 企业法律风险管理导论

高志宏 党存红 著



D922.291.914  
195



东南大学出版社

SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

· 南京 ·



北航

C1725087

038380410

### 图书在版编目(CIP)数据

企业法律风险管理导论 / 高志宏, 党存红著. —南京:  
东南大学出版社, 2014. 4

(律政通®企业法律风险管理丛书)

ISBN 978-7-5641-4769-3

I. ①企… II. ①高…②党… III. ①企业-研究  
-中国 IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 038237 号

### 企业法律风险管理导论

---

|       |                                                               |
|-------|---------------------------------------------------------------|
| 出版发行  | 东南大学出版社                                                       |
| 出 版 人 | 江建中                                                           |
| 社 址   | 南京市四牌楼 2 号(邮编:210096)                                         |
| 网 址   | <a href="http://www.seupress.com">http://www.seupress.com</a> |
| 责任编辑  | 孙松茜(E-mail:ssq19972002@aliyun.com)                            |
| 经 销   | 全国各地新华书店                                                      |
| 印 刷   | 南京玉河印刷厂                                                       |
| 开 本   | 700mm×1000mm 1/16                                             |
| 印 张   | 12.5                                                          |
| 字 数   | 252 千字                                                        |
| 版 次   | 2014 年 1 月第 1 版                                               |
| 印 次   | 2014 年 1 月第 1 次印刷                                             |
| 书 号   | ISBN 978-7-5641-4769-3                                        |
| 定 价   | 39.80 元                                                       |

---

(本社图书若有印装质量问题,请直接与营销部联系。电话:025-83791830)

◇ 小故事，大道理

青蛙的最后一跃

很不幸，有三只青蛙同时掉到了一个牛奶桶里。

第一只青蛙在桶里游了一圈，发现根本没有出路，就放松四肢，等待死亡。

第二只青蛙在桶里游了两圈，发现找不到出路，在桶里呱呱大叫，希望有人来救援。

第三只青蛙在桶里游了三圈，发现没有出路，它潜入桶底，发现也没有出路，但是它发现桶是倾斜的，于是在较低的那一面拼命地跳跃。

跳了又跳，跳了再跳，终于踩到了一小块凝结的乳酪，再拼命最后一跃，成功地跳出了牛奶桶。

前两只青蛙一直到死，都想不通第三只青蛙是怎么跳出去的。

同样，我们的企业有时也会面临风险甚至陷入困境。此时，我们一定要沉住气，冷静分析各方面的影响因素，学会在各种不利条件中发现机会、创造机会、抓住机会，找到对自己有利的一面并锲而不舍地尝试突围的方法，坚持到最后，实现“最后的一跃”。



凡事豫则立，不豫则废。言前定则不跲，事前定则不困，行前定则不疚，道前定则不穷。

——《礼记·中庸》

## 序

改革开放的三十余年,是中国产业国际竞争力大幅提升的三十余年,也是中国社会主义市场经济法治逐步完善的三十余年。以法律制度为核心的制度建设是支撑改革开放三十余年的关键之一,执法和司法环境大大改善。

法律对企业到底意味着什么?究竟能为企业带来什么?在社会转型时期,也许有企业因为“制度缺失”而发展壮大,也许有“冒险家”因为“制度漏洞”而成为亿万富翁。诚然,在相当长的一个时期,因法制不健全、外部干扰严重、游戏规则不平等,企业和企业家为争取生存发展空间,不得不“打擦边球”、钻法律空子。

市场经济是规则经济,规则经济就是法治经济。在法商时代,企业的任何行为都需要经受法律的评判,法律是企业经营活动的行为准则,企业的发展壮大具有举足轻重的意义。从本质上而言,法律即是管理制度,是最为基本的管理制度。企业作为市场主体,必须了解市场规则、运用市场规则、自觉遵守市场规则,否则就要付出代价甚至被逐出市场。

在经济全球化的背景下,企业可以在更大的范围和更广的领域合理配置资源,但市场竞争也将更加充分和空前激烈。我国加入 WTO 后,国内外市场正在逐步走向融合,市场竞争规则越来越规范和透明。由于法律规范的变化、社会主体法律水平的提高以及经济活动内容的变化,国内企业面临的市场竞争环境变得更为复杂,在国内和国际市场上面临的法律风险日益增多。

合规合法经营是企业必由之路。如果说,20 世纪是质量管理的时代,那么,21 世纪必将是风险管理的时代。如今我国入世已十余年,市场化、国际化和规则化特征更加凸显,企业运营规律亦随之发生了重大变化,企业管理的内涵和外延也发生了质的飞跃:法律和规则成为管理的前提和基础。无论是民营企业还是国有企业都应当在统一的标准和尺度——法律和规则内运营,以营销为核心的商业风险管理将向以法律风险管理为核心的企业管理转变。法律风险管理已成为企业风险管理的重要内容,已成为全球企业管理制度的整体趋势。

与其他风险相比,法律风险具有更强的可预知性和可控制性。然而,在企业风险管理水平整体大幅提升的前提下,法律风险管理却成了我国企业风险管理“木桶”中的“短板”。与国外优秀企业相比,我国企业面临着更多更大的法律风险。英国路伟国际律师事务所发布的《中国企业 100 强法律风险报告》和北京大学金融法研究中心公布的《中国上市公司法律风险评估报告》都显示,中国企业全面法律风

险管理措施与其所面临的法律风险环境不相符,中国企业全面法律风险管理水平亟待提高。

2012年2月1日,国家标准化管理委员会《企业法律风险管理指南》(下简称《指南》)发布实施。《指南》是企业法律工作领域第一个国家标准,《指南》是在《风险管理原则与实施指南》(GB/T 24353—2009)的框架下,结合国内外的有关研究,制定的一套企业法律风险管理的规范性指南,包括企业法律风险管理的步骤以及识别、分析、评价和应对法律风险的方法和工具。它明确了企业风险管理不仅要确认法律风险环境信息,还要进行法律风险评估、法律风险应对并进行监督和检查。这一标准适用于各种类型和规模的企业,可指导企业在其整个生命周期和所有经营环节中开展法律风险管理活动。《指南》开启了我国企业法律风险管理的新纪元。《指南》是目前世界上唯一的国家级法律风险管理标准,是我国在企业法律风险管理领域的一项创新,也填补了企业法律风险管理国家标准的世界空白,是我国唯一一个通过自主创新取得的领先世界的管理标准。《指南》的发布实施,对于帮助广大中国企业建立健全企业法律风险管理体系,有效管理法律风险有着指导性的意义。《指南》的标准术语定义,有利于企业迅速统一内外部思想认识;《指南》的标准管理框架结构,为企业提供了强有力的法律风险管理工具,有利于企业建立完善的法律风险管理体系,有利于外部监管机构和政府部门对企业的法律风险管理工作进行考核和评价。《指南》更深层次的意义在于,在时机成熟时可向国际标准化组织提出法律风险管理国际标准提案,从而能够对形成企业法律风险管理的国际标准作出实质性贡献。

我们永远不可能消除风险,因为我们消除风险的每一决策本身即蕴涵着风险。企业风险是客观存在的,但在风险面前企业并不是束手无策,被动防御,而是可以有所作为。我们能够做到的就是建立有效的风险管理机制,将风险控制在一个合理的水平。本书以《指南》和国内外企业法律风险管理实践为研究对象,系统分析了企业法律风险管理的背景、特性、历程、要素等问题,以期对我国企业法律风险管理和企业百年基业长青有所裨益。由于我国企业法律风险管理研究还处于摸索阶段,企业法律风险管理实践还不成熟,本书仅起到抛砖引玉之作用,还存在很多不足甚至谬误,恳请读者提出批评指正。

是为序。

高志宏

2014年元月14日于南大和园

# 目 录

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 第一章 中国社会转型与企业风险管理升级 .....  | 1   |
| 1.1 当今时代的三大特征 .....        | 2   |
| 1.2 中国社会转型及其法治意蕴 .....     | 7   |
| 1.3 企业风险管理重心的转变 .....      | 14  |
| 第二章 企业法律风险的可控性 .....       | 19  |
| 2.1 企业法律风险界定 .....         | 20  |
| 2.2 企业法律风险的特征 .....        | 26  |
| 2.3 企业法律风险的主要表现 .....      | 30  |
| 2.4 企业法律风险的成因 .....        | 37  |
| 2.5 企业法律风险的后果 .....        | 39  |
| 2.6 企业法律风险管理的必要性与可行性 ..... | 40  |
| 第三章 法律风险管理的起源与发展 .....     | 45  |
| 3.1 风险管理的产生 .....          | 46  |
| 3.2 风险管理及相关概念 .....        | 47  |
| 3.3 发达国家法律风险管理经验 .....     | 51  |
| 3.4 中国企业风险管理实践 .....       | 51  |
| 3.5 中国企业法律风险管理经验 .....     | 55  |
| 第四章 企业法律风险管理主要规范 .....     | 63  |
| 4.1 国外企业风险管理规范 .....       | 64  |
| 4.2 国内企业风险管理规范 .....       | 69  |
| 4.3 《企业法律风险管理指南》 .....     | 73  |
| 第五章 企业法律风险管理的理念 .....      | 79  |
| 5.1 企业法律风险管理基本理念 .....     | 80  |
| 5.2 企业法律风险防范机制 .....       | 85  |
| 5.3 企业法律风险体检 .....         | 91  |
| 第六章 企业法律风险管理目标与原则 .....    | 95  |
| 6.1 企业法律风险管理目标 .....       | 96  |
| 6.2 企业法律风险管理原则 .....       | 96  |
| 6.3 企业法律风险管理难点 .....       | 100 |
| 第七章 企业法律风险管理过程(上) .....    | 101 |
| 7.1 概述 .....               | 102 |

|             |                            |            |
|-------------|----------------------------|------------|
| 7.2         | 明确法律风险环境信息 .....           | 103        |
| 7.3         | 法律风险评估 .....               | 106        |
| 7.4         | 法律风险应对 .....               | 116        |
| <b>第八章</b>  | <b>企业法律风险管理过程(下) .....</b> | <b>121</b> |
| 8.1         | 监督和检查 .....                | 122        |
| 8.2         | 反馈与修正 .....                | 123        |
| 8.3         | 沟通和记录 .....                | 124        |
| 8.4         | 法律风险评估报告 .....             | 124        |
| 8.5         | 法律风险排查 .....               | 126        |
| <b>第九章</b>  | <b>法律风险管理的方法与工具 .....</b>  | <b>131</b> |
| 9.1         | 风险管理常用技术方法 .....           | 132        |
| 9.2         | 风险管理术语与技术 .....            | 134        |
| 9.3         | 法律风险点管理法 .....             | 136        |
| 9.4         | 预案管理法 .....                | 145        |
| <b>第十章</b>  | <b>企业法律风险管理的实施 .....</b>   | <b>153</b> |
| 10.1        | 法律风险管理方针 .....             | 154        |
| 10.2        | 法律风险管理计划 .....             | 155        |
| 10.3        | 法律风险管理组织 .....             | 157        |
| 10.4        | 法律风险管理的资源配置 .....          | 161        |
| 10.5        | 法律风险管理的实施机制 .....          | 161        |
| 10.6        | 法律风险管理策略 .....             | 162        |
| <b>第十一章</b> | <b>企业法律风险管理制度与文化 .....</b> | <b>165</b> |
| 11.1        | 企业法律风险管理能力 .....           | 166        |
| 11.2        | 企业法律风险管理制度 .....           | 171        |
| 11.3        | 企业法律风险管理文化 .....           | 177        |
| <b>第十二章</b> | <b>中国企业风险管理模式重构 .....</b>  | <b>179</b> |
| 12.1        | 中国企业法律风险管理困境及其根源 .....     | 180        |
| 12.2        | 中国传统的法律顾问模式 .....          | 182        |
| 12.3        | 中国企业法律风险管理滞后 .....         | 185        |
| 12.4        | 企业法律风险管理发展趋势 .....         | 187        |
| 12.5        | 中国企业法律风险管理创新 .....         | 188        |
| <b>后 记</b>  | <b>.....</b>               | <b>191</b> |

## 第一章 中国社会转型与企业风险管理升级

### ◇小故事,大道理

#### 毛毛虫实验

法国科学家法柏曾做过一个著名的毛毛虫实验。他把若干个毛毛虫放在一个花盆的边缘上,首尾相连,围成一圈,并在花盆周围不到6英尺的地方撒了一些毛毛虫最爱吃的松针。毛毛虫开始一个跟着一个,绕着花盆一圈又一圈地走,一个小时过去了,一天过去了,又一天过去了,毛毛虫还是不停地围绕着花盆在转圈,一连走了七天七夜,它们终于因饥饿和精疲力竭而死去。

毛毛虫的悲剧在于盲从。其实,只要有一只毛毛虫能越雷池一步,打破固有的习惯及随从的习性,就会逃脱死亡的陷阱。对企业而言,又何尝不是如此。盲目跟随别人或随大流而不去创新、不思变革,就会死亡。



社会不是以法律为基础,那是法学家们的幻想;相反的,法律应该以社会为基础,法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现,而不是单个人的恣意横行。

——马克思



## 1.1 当今时代的三大特征

当今时代最显著的特征是什么？由于每个人的成长环境、生活经历、受教育程度以及角度立场不同，其答案可能不尽一致。

有人认为，这是一个信仰缺失的时代，有人认为这是一个金钱至上的时代，有人认为这是一个疯狂造假的时代，有人认为这是一个以官为尊的时代，有人认为这是一个浮躁浮夸的时代，有人认为这是一个相互仇视鄙视的时代，有人认为这是一个没有诚信的时代，有人认为这是一个潜规则丛生的时代。

其实，我们所处的时代是一个多元化时代，不能仅用一个特征来表达，任何一个特征都不能完整地描述这个时代。从人类发展的整体结构看，全球化、信息化和法治化是当今时代最显著的特征。

### 1.1.1 全球化

自从1985年美国经济学家提奥多尔·莱维特发表《市场全球化》一文之后，“全球化”概念被越来越多的人频繁使用，甚至已经泛滥。无论是“过程论”者，还是“资本主义扩张论”者，抑或是“西化论”者<sup>①</sup>，都认为全球化是一个现实的、深刻的变革过程。

“全球化”(Globalization)，首先是一种概念，是一种人类社会发展的现象过程。目前对“全球化”有诸多定义，通常意义上的全球化是指全球联系的不断增强以及全球意识的崛起所导致的人类社会生活在全球规模的基础上不断发展国与国之间在政治、经济贸易上互相依存。国际货币基金组织在其发表的一份报告中称：“全球化是指跨国商品与服务交易及国际资本流动规模和形式的增加，以及技术的广泛迅速传播使世界各国经济的相互依赖性增强。”<sup>②</sup>

始于20世纪60年代末70年代初的全球化转型是现代社会发展到一定程度的产物和反映。全球化既是一个过程又是一种趋势，更是一种国际语境、思维方式和民族国家社会变迁的外在模式<sup>③</sup>。多年以前，加拿大传播学者麦克卢汉就提出了“地球村”的概念，即随着传媒技术的发展，信息传播的时空距离将被大大压缩，

<sup>①</sup> 英国学者戴维·赫尔德把西方全球化理论划分为三大类：极端全球主义者、怀疑论者和变革论者，参见[英]戴维·赫尔德等：《全球大变革——全球化时代的政治、经济与文化》，杨雪冬等译，社会科学文献出版社2001年版，第3页；我国学者俞可平把国内学界关于全球化的解释归纳为三种基本观点：过程论、资本主义扩张论及西化论，参见：俞可平：《全球化研究的中国视角》，载《战略与管理》1999年第3期。

<sup>②</sup> 国际货币基金组织：《世界经济展望》，中国金融出版社，1997年版，第45页。

<sup>③</sup> 戚攻：《中国社会转型的全球化、本土化、制度化》，载《学术论坛》2003年第5期。

地球变得越来越“小”，人们生活在地球上就像生活在一个村落里。目前全球化进程正是麦克卢汉预言的现实写照。

对于全球化的利弊，见仁见智。虽然国家的边界还远没有达到要消失的地步，但不可否认，我们正处在全球化进程中，其越来越影响经济、政治、文化等社会发展的方方面面。全球化是当代世界经济的重要特征之一，也是世界发展的重要趋势。

全球化作为世界各国、各民族、各地区之间联系日益密切的必然历史进程，虽然是一个多维概念，但其基础与核心还是经济全球化。在全球化时期，包括资金、技术、资源、劳动力、市场、服务、管理等在内的诸生产要素超越民族国家的界限，在全世界范围内自由流动和有效配置，世界经济活动的相互依赖性日益增强。

经济全球化是市场经济发展到一定阶段的必然产物，也是市场规律的本质要求。经济全球化，有利于资源和生产要素在全球的合理配置，有利于资本和产品在全球性流动，有利于科技全球性的扩张，有利于促进不发达地区经济的发展，是人类发展进步的表现，是世界经济发展的必然结果。但它对每个国家来说，都是一柄双刃剑，既是机遇，也是挑战。特别是对经济实力薄弱和科学技术比较落后的发展中国家，面对全球性的激烈竞争，所遇到的风险、挑战将更加严峻。

对于企业而言，全球化既意味着机遇的增加，也意味着风险的增多。风险具有扩展性，世界任何一个角落的风险都有可能瞬间传遍全球，产生连锁反应。企业的跨国活动，更是大大增加了企业风险管理的难度。

### 1.1.2 信息化

回顾人类发展历史，人类曾经历过四次重大技术革命，分别对应工业革命时代，蒸汽机和铁路时代，电力、钢铁和重型机械制造时代，汽车和大规模生产时代。目前是正在经历第五次技术革命，即以信息通信技术为标志的知识经济时代<sup>①</sup>。信息化是我们当前所处时代的显著特征。

<sup>①</sup> 有学者认为，第六次科技革命正向我们走来。一些重要科技领域已显现出革命性突破的先兆，新技术革命和产业革命初现端倪，世界正处于新一轮科技革命的“拂晓”。从科学角度看，可能是一次“新生物学革命”；从技术角度看，可能是一次“创生和再生革命”；从产业角度看，可能是一次“仿生和再生革命”；从文明角度看，可能是一次“再生和永生革命”。参见：中国科学院院长白春礼在2011年9月21日举行的第十三届中国科协年会上所作的题为《新科技革命的拂晓》的报告。<http://business.sohu.com/20111102/n324274552.shtml>。访问日期：2012年3月12日。



表 1-1 人类社会技术革命阶段表

| 名称                       | 内容                                                                                                                                                  | 影响                                                                                                                                     |
|--------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 第一次科技革命<br>(18 世纪 60 年代) | 以珍妮机的发明和使用为标志,以棉纺织业为开始部门,以 1840 年前后大机器生产成为工业生产的主要方式为完成标志                                                                                            | 又称工业革命,大机器生产成为工业生产的主要方式,创造了巨大生产力,使社会面貌发生了翻天覆地的变化,资本主义最终战胜了封建主义。率先完成工业革命的西方资本主义国家逐步确立起对世界的统治,世界形成了西方先进、东方落后的局面                          |
| 第二次科技革命<br>(19 世纪 70 年代) | 资本积累和对殖民的肆意掠夺积累了大量资金,自然科学取得突破性进展,世界市场的出现和资本主义世界体系的形成,进一步扩大了对商品的需求                                                                                   | 被称为第二次工业革命,资本主义制度在世界范围内确立                                                                                                              |
| 第三次科技革命<br>(20 世纪四五十年代)  | 直接推动力是二战及战后各国对高科技迫切的需要                                                                                                                              | 二战后,资本主义推行福利制度与国家垄断资本主义,政局稳定,促进了 20 世纪初科学理论的重大突破和一定的物质、技术基础的形成                                                                         |
| 第四次科技革命<br>(20 世纪后期)     | 以系统科学的兴起到系统生物科学的形成为标志,系统科学、计算机科学、纳米科学与生命科学的理论与技术整合,形成系统生物科学与技术体系,包括系统生物学与合成生物学、系统遗传学与系统生物工程、系统医学与系统生物技术等学科体系,导致转化医学、生物工业的产业革命。发展新能源被看成是第四次科技革命的核心任务 | 以生物技术为重点的第四次科技革命,已经实现或者即将实现:塑料将不以石油为原料而完全以玉米替代;建筑材料将由洋麻等纤维类作物替代;石油的枯竭也不再可怕,因为用秸秆完全可以替代;2050 年人类的寿命有可能达到 120 岁;5 亿亩的不毛之地、盐碱地将会成为植物的生长乐园 |
| 第五次科技革命<br>(当今)          | 以电子和信息技术的普及应用为开端,以互联网技术的普及和移动互联网的发展为最新动向                                                                                                            | 全球正处于半个世纪以来的又一次重大技术周期之中,不久的将来,移动宽带会覆盖到所有人群,而现在正处于从导入期到拓展期的转折点。从固定电话到移动通信再到物联网,人与人之间的联系更加紧密便捷                                           |

“信息化”(Informationalization)这一概念首先由日本学者梅棹忠夫在 20 世纪 60 年代所提出。西方社会普遍使用“信息社会”和“信息化”的概念是 70 年代后期才开始的。

我国于 1997 年召开的首届全国信息化工作会议,对信息化和国家信息化定义为:“信息化是指培育、发展以智能化工具为代表的新的生产力并使之造福于社会的历史过程。国家信息化就是在国家统一规划和组织下,在农业、工业、科学技术、国防及社会生活各个方面应用现代信息技术,深入开发广泛利用信息资源,加速实现国家现代化进程。”

根据 2006—2020 年国家信息化发展战略,信息化是充分利用信息技术,开发利用信息资源,促进信息交流和知识共享,提高经济增长质量,推动经济社会发展

转型的历史进程。实现信息化就要构筑和完善七要素(开发利用信息资源,建设国家信息网络,推进信息技术应用,发展信息技术和产业,培育信息化人才,制定、完善信息化政策和信息安全)的国家信息化体系。

对企业而言,信息化要求实现产品信息化、管理信息化、服务信息化;对国家而言,信息化要求实现产业信息化、政务管理信息化、行政内部管理信息化;对社会而言,要实现生活信息化。产品信息化是产业信息化的基础,也是整个国民经济和社会生活信息化的基础。其包含两层意义:一是产品所含各类信息比重日益增大、物质比重日益降低,产品日益由物质产品的特征向信息产品的特征迈进;二是越来越多的产品中嵌入了智能化元器件,使产品具有越来越强的信息处理功能。

信息技术的兴起为提升企业竞争力提供了重要契机,同时也大大增加了企业风险尤其是法律风险。原来在小范围内传播的企业风险可能会由于信息技术的发展而迅速扩散,从而加大控制难度以及加重风险后果,甚至给企业带来危机。

然而,信息技术的传播对企业管理提出了更高的要求,亦为企业管理创新提供了可能。随着企业业务模式不断转变、组织规模不断扩大、市场环境不断变化,企业信息管理也逐步从总部向基层、从局部向整体、从简单向复合进行演变,逐步由窄至宽、由浅至深、由简至繁发生演变。我国企业信息化建设已经不断优化、升级、扩展和升迁,这一成长路径与信息化的时代要求密不可分,也与世界发展趋势相吻合。

对于企业法律风险管理而言,管理理念、管理模式和管理手段的信息化是信息时代企业风险管理的迫切需求,也是提升企业竞争力的必然选择。企业法律风险管理信息化的目的在于提高法律风险管理效率,降低法律风险管理成本,提高企业竞争优势。企业法律风险信息化管理以计算机技术、网络技术、数据库技术、通讯技术等现代信息技术为依托手段,实现法律风险信息的收集、存储、处理、更新、维护等管理活动信息化。

企业法律风险管理信息化涉及企业的设计、生产、经营、管理等职能部门,是一个循序渐进的系统过程,更是一个观念创新、机制创新和工具创新的过程。实施和实现企业法律风险管理信息化需要制定企业法律风险管理信息化战略,需要实施企业法律风险信息化管理机制,更需要研发和使用法律风险管理工具。

### 1.1.3 法治化

法治文明是现代文明的重要组成部分,也是人类社会发展到一定阶段的必然历史图景。所谓“法治化”,是指以市场经济、商品社会为基础,以行为的规范化和民主的制度化为主要内容,以国家和社会治理方式由人治和专治向法治的转变为核心,以法治社会的形成为目标指向的社会变迁过程。



法治是西方发达国家留给全人类的文明遗产。早在两千多年前的古希腊,就发生了一场关于“人治”与“法治”的著名争论。柏拉图倡导人治,主张贤人政治;柏拉图的学生亚里士多德则厌恶人治,极力主张法治,并对“法治”做了经典论述:“法治应包含两重含义:已经成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”<sup>①</sup>亚里士多德的法治思想成为西方法治社会的理论渊源。在西方资产阶级革命时期,涌现出一大批著名的启蒙思想家,如洛克、孟德斯鸠、卢梭、霍布斯、杰弗逊等等,这些思想家不仅继承并发展了古代法治理论,而且把这些法治理论付诸革命运动和治国实践,极大地促进了西方法治社会的进程。

在我国春秋战国时期,也有过“法治”与“人治”(不同于“专制”,是“贤人之治”)。儒家的代表人物孔孟主张“人治”、法家的代表人物韩非子主张“法治”。倡导法家思想的秦国逐步壮大,最终统一了中国,直到西汉董仲舒“罢黜百家,独尊儒术”后,儒家(该思想已并非春秋战国时期儒家思想的原貌,而是糅合了道家、法家、阴阳五行家的一些思想)思想才成为两千多年来中国传统文化的正统和主流思想。

我们曾经错误地把法治当作资本主义的专利和糟粕加以排斥,使民主法治遭到严重破坏。事实证明,社会的健康发展,离不开法治保障。以党的十一届三中全会为标志,中国社会主义开始迈入法治化轨道,法律成为治理国家与社会的主要手段。尤其是随着以市场为取向的社会主义经济体制改革的深化,法治经济、法治政治、法治文化、法治社会逐渐生成,党的十五大明确提出了“依法治国,建设社会主义法治国家”的宏伟目标,社会主义法治化趋势不可逆转。

“人类社会发展进化的过程,从某种意义上说,就是一个由传统的非法治社会向近代法治社会转化的过程。”<sup>②</sup>法治化的过程是专制制度逐步被民主制度取代的过程,是国家公权渐受限制、公民私权渐次扩大的过程,是个人权威崇拜逐步被法律权威取代的过程。法治化的最终目标是形成法治国家和法治社会,即包括国家机关、企业组织、公民个人在内的一切社会主体都严格按照“良法”运作,法律成为最基本最主要的行为规范。

社会主义法治化既是对资本主义法治文明的借鉴和超越,又是实现社会主义现代化的必然要求。随着社会主义法治化进程的加快,社会主义经济运行也相应进入法治化的快车道。法律成为调整和规范企业生产经营活动、社会经济生活的主要手段,产品研发、生产、销售、分配、消费等各个环节都主要由法律来引导,法律成为规范市场行为、维护竞争秩序最常规的手段。同时,法治的完善也意味着企业法律风险的增加。

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,商务印书馆,1995年版,第199页。

② 蒋先福:《契约文明:法治文明的源与流》,上海人民出版社,1999年版,第31页。

## 1.2 中国社会转型及其法治意蕴

### 1.2.1 中国社会转型的内涵

“社会转型”(Social Transformation)范畴源自西方社会学的现代化理论,较早使用“社会转型”一词的是社会学学者 D. 哈利生。在中国,关于社会转型问题的研究,一般认为是由李培林发表在《中国社会科学》1992 年第 5 期的《“另一只看不见的手”:社会结构转型》一文最早提出并系统阐述的。随后,“社会转型”问题一直是学界探讨的一个热点问题。关于社会转型的含义,学者有不同的看法。代表性的观点有:

社会转型是指中国社会从传统社会向现代社会、从农业社会向工业社会和信息社会、从封闭性社会向开放性社会的社会变迁和发展<sup>①</sup>。

社会转型是指人类历史从民族地域历史向世界历史的转变,是指人类社会从传统农业文明社会向现代工业文明社会的跃迁<sup>②</sup>。

社会转型是指构成社会的诸要素如政治、经济、文化、价值体系在不同的社会形态之间发生的质变或同一社会形态内部发生的部分质变或量变过程<sup>③</sup>。

社会转型是指一种特定的社会发展过程,它包括三个方面:一是指社会从传统型向现代型转变的过程;二是指传统因素与现代因素此消彼长的进化过程;三是指一种整体性的社会发展过程<sup>④</sup>。

综观学者对社会转型的定义,可以看出,一般都是在立足于本学科实际特点和研究需要来使用这一概念的。有的是从中国国情角度出发论述中国社会转型,如第一种观点;有的是从整个人类社会角度出发论述人类社会转型,如第二种观点;有的是从社会形态角度出发论述社会形态转变,如第三种观点;有的则是从社会发展角度出发论述社会发展历程,如第四种观点,等等。应当说,社会转型作为一个复杂的概念,可以而且应当能够从多角度、多层次、多方法对其进行界定,从而使我们从不同的方位、不同的视角对社会转型有更加全面的了解。

西方社会学家普遍认为,20 世纪 70 年代以后的人类社会发生了(着)深刻的变化,即由传统工业社会向另一种社会形态变革(变迁),丹尼尔·贝尔称之为“后工业社会”,马尔库塞称之为“单向度的社会”,吉登斯称之为“现代性社会”,利奥塔

① 郭德宏:《中国现代社会转型研究评述》,载《安徽史学》2003 年第 1 期。

② 荆学民:《现代社会转型的性质、运演和趋势》,载《上海行政学院学报》2001 年第 4 期。

③ 王永进,邹泽天:《我国当前社会转型的主要特征》,载《社会科学家》2004 年第 6 期。

④ 刘祖云:《社会转型:一种特定的社会发展过程》,载《华中师范大学学报》(哲社版)1997 年第 6 期。



称之为“后现代社会”，更多学者称之为“信息社会”或者“知识经济社会”。

我们认为，从不同的学科可以对社会转型作出不同的解读。从社会学角度出发，社会转型就是从一个社会形态转变为另一个社会形态，现代社会转型主要是指从乡村社会向城市社会、从农业文明向工业文明、从封闭性社会向开放性社会的变迁和发展，这是社会转型研究的主要维度。从历史学角度出发，社会转型是一种全面的整体的结构性变动，其中，经济结构的转换具有根本性和决定性意义，这主要是马克思主义的研究维度。从哲学角度出发，社会转型表征着人类社会的全面发展和全面进步，体现着社会结构及社会形态的变迁，以及人们生产方式和生活方式的改变<sup>①</sup>，也即是说，社会转型不仅在于社会结构的转变，更重要的是在于实现人的现代化，这主要是方法论的研究维度。

本书语境中的社会转型特指中国社会转型，其起点是 1978 年党的十一届三中全会<sup>②</sup>。也即是说，本书语境中的社会转型主要指改革开放以来中国社会结构的变化，即是指完成经济、政治和文化等领域全面性的社会变革，由传统农业社会向现代工业社会转变，由高度集中的计划经济体制向社会主义市场经济体制转变，由政治国家向公民社会转变，实现中国特色的社会主义现代化，意味着经济市场化、政治民主化、文化多样化的万象图景<sup>③</sup>。

至于近代中国社会转型至今是否完成，大多数学者持否定的态度<sup>④</sup>。“中华民族自 1840 年以来之所以内忧外患、灾难深重，其深层原因即在于直至 20 世纪中叶中华民族仍旧未能实现传统农业文明向现代工业文明的全面转型。”<sup>⑤</sup>“中国近代社会转型，已持续了 150 年之久，至今尚未最后完成。”<sup>⑥</sup>

① 王雅林：《中国社会转型研究的理论维度》，载《社会科学研究》2003 年第 1 期。

② 关于我国社会转型原点结构及起始点的判定，我国学界主要有四种观点：第一种观点认为中国社会转型是始于清前期，参见高翔：《论清前期中国社会的近代化趋势》，载《中国社会科学》2000 年第 4 期。第二种观点认为中国社会转型始于鸦片战争，这也是大多数学者的观点，参见马敏：《有关中国近代社会转型的几点思考》，载《天津社会科学》1997 年第 4 期；郑杭生：《中国社会大转型》，载《中国软科学》1994 年第 1 期。第三种观点认为中国社会转型始于 1860 年的洋务运动的开始，参见陈国庆：《中国近代社会转型刍议》，载《华夏文化》2001 年第 2 期。第四种观点认为中国社会转型始于 1978 年我党的十一届三中全会。夏东民：《我国社会转型起始点论析》，载《南京林业大学学报》（人文社会科学版）2006 年第 3 期。

③ 朱志萍：《首届“社会转型与社会心态”学术研讨会综述》，载《哲学动态》2000 年第 5 期。

④ 当然，也有学者提出不同的见解。如有的学者认为，至 1949 年，在中国社会经济结构呈现“非新旧、新旧混合型”的社会转变时，“资本主义近代工业虽未能与传统农业和家庭手工业平分天下，但它已成为整个经济结构中异质的对立因素和不可忽略的子系统。这种二元化、混合型经济结构的成型，标志着中国近代社会转型的完成”。参见陈曼娜等：《论近代中国社会结构的转型》，载《河南大学学报》，1996 年第 4 期。

⑤ 葛金芳等：《试论百年中国历史的外显形态与内在主题》，载《湖北大学成人教育学院学报》2001 年第 4 期。

⑥ 马敏：《有关中国近代社会转型的几点思考》，载《天津社会科学》1997 年第 4 期。

我们今天所关注的社会转型,实质上与现代化是同一个问题,是传统型社会向现代型社会过渡的过程。在此过程中,传统因素与现代因素此消彼长,社会的结构发生整体性变革。

### 1.2.2 中国社会转型的背景

中国社会转型是在特定的国际、国内背景下进行的,受到历史、现实等诸多因素的影响。它不是孤立进行的,离不开国际社会转型的大环境,更离不开中国的特定时空。

目前学术界对近代中国社会转型的动因主要有两种看法:一种是近代中国社会若没有外来刺激,中国无法出现市场经济;一种是中国传统的社会内部结构的冲突和近代国家文明冲击形成的合力,促进了近代中国社会转型。应当说,这两种观点是从不同的侧面和角度对中国近代社会转型进行了分析,都具有一定的道理和合理性。我们可以把世界各国的社会转型分为三类:“早发内生型”、“后发外生型”和“后发内生型”,西方发达国家的社会转型属于“早发内生型”,中国近代社会转型属于“后发外生型”,中国改革开放以后开始的当代社会转型应当属于“后发内生型”。中国当代社会转型不仅仅是对外现代化挑战的一种自觉的回应,而且是本社会内部现代性不断成熟和积累的结果。相对于“后发外生型”的近代中国社会转型而言,它的被动性和防御性降低,社会转型的急功近利色彩淡化,社会转型的自觉意识增强,呈现出自主性和统一性的特点。中国社会转型表现为现代因素由外到内、由表及里、由名到实的生成和发展过程<sup>①</sup>。

中国社会转型虽然具有社会转型的一般特征,但它更多地是立足于中国国情。如前文所述,当今社会已经进入了不同于工业社会的信息社会,席卷全球的数字化、知识化、信息化浪潮已经成为全球发展的动力系统和新型生产力结构。中国作为后发现代化国家,其社会变迁呈现出不同于传统工业国家社会变迁的特征,即我国不仅要实现工业化,而且还要同时实现信息化。换句话说,发达国家的工业化、信息化是两个历史时态过程,而中国的现代化则要同时经历农业社会向工业社会的转型以及工业社会向信息社会转型,社会转型时空高度压缩。

中国社会转型,从空间上看是全方位、多角度、多层次的<sup>②</sup>,从时间上看是加速度的,从程度上看则是深层次的,从难度上看具有复杂性、艰巨性,从动力上看具有自觉性、计划性、系统性和配套性,从性质上看具有非同源性<sup>③</sup>。

① 刘祖云:《社会转型:一种特定的社会发展过程》,载《华中师范大学学报》1997年第6期。

② 王永进、邬泽天:《我国当前社会转型的主要特征》,载《社会科学家》,2004年第6期。

③ 戚攻:《社会转型·社会治理·社会回应机制链》,载《西南师范大学学报》(人文社会科学版)2006年第6期。