

转型期

法治丛书

# 转型期法治报告

2009<sup>年卷</sup>

孙笑侠 · 主编

国家211第三期建设项目“转型期法治的理论、制度与实践”研究系列成果



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

国家211第三期建设项目“转型期法治的理论、制度与实践”研究系列成果

# 转型期法治报告

2009<sup>年卷</sup>

孙笑侠 · 主编



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

转型期法治报告. 2009 年卷/孙笑侠主编. —北京:  
法律出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1573 - 6

I. ①转… II. ①孙… III. ①法制—研究报告—中国  
IV. ①D920. 0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 245624 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/孙 杨

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/22 字数/357千

版本/2010 年 12 月第 1 版

印次/2010 年 12 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1573 - 6

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 转型期法治丛书

## 编 委 会

主 任： 孙笑侠

委 员： 陈林林 陈信勇 方立新 梁上上  
(以姓氏拼音为序) 钱弘道 阮方民 翁晓斌 吴勇敏  
夏立安 张 谷 钟瑞庆 朱新力

秘 书： 陈林林 钟瑞庆

# 总 序

中国正处于一个史无前例的大规模的转型过程之中。这种转型包含着若干种含义,其一,计划经济向市场经济的转型;其二,从农业社会向工业社会乃至后工业社会的转型;其三,从前法治时代(威权时代)向法治时代的转型;其四,从封闭社会向开放社会转型;其五,从身份社会向契约社会转型;其六,从一元社会向多元社会转型……总之,是多种转型同步展开,其复杂性让人目眩神迷。

《转型期法治丛书》以关注转型期的法治为中心,当然兼及上述转型期的多个面向。因为,法治转型的含义,不可能脱离其社会转型的背景而得到理解。实际上,中国转型成功的可能性,正是在社会转型与法治转型的互动中展开的。探讨转型期法治的理论、制度与实践,既有吸取西方国家经验,总结本土案例的作用,又期待能够对中国法治道路的探索、“中国式法治模式”的创建提供有益的思考。

《转型期法治丛书》获国家“211工程”三期重点学科建设项目资助,是“转型期法治的理论、制度与实践”项目的成果。项目参与者既包括法学,也包括各部门法学,还包括经济学、哲学、社会学、政治学等相关学科的学者。从学术旨趣和研究风格来讲,这也是我们“返回法的形而下”的一种继续。

总项目课题组  
2010年3月

# 序

法治是一种稳定的秩序,而转型是一种变革,无论渐变或巨变,它都会给法治发展带来困境。在渐变或巨变的社會中,法治有哪些阶段性的特殊表现?法治在转型阶段所具有的意义和作用是什么?这个问题在中国是普遍的,无论东南、中部和西部,没有一个地区可以躲避转型或幸免转型困境。这个问题又是漫长的,转型期无论从鸦片战争开始还是从建立新中国抑或从改革开放后起算,这个问题一直伴随着我们。这个问题是重要的,因为它决定着社会能否达到预期的社会理想,实现成功转型。这个问题如此的普遍、漫长和重要,可能是除中国以外的其他国家所没有经历过的。有的欧美国家可能遇到过一个政治巨变后的法治困境问题,但显然与漫长的中国社会变革是不同的,比如 Ruti G. Teitel 的《Transitional Justice》(Oxford University Press, 2002)论述了第二次世界大战后若干涉及纳粹法律的刑事审判的法律的连续性和稳定性问题。通过这些审判案例来讨论转型时期法律或法治的困境,引起我们对特殊阶段和条件下的法治困境的思考,反思人类曾经经历过的难题,来启发后人。

中国社会发展处于转型期,但究竟如何界定转型期则众说纷纭。多数认为中国的社会转型起始于 1840 年鸦片战争,并认为 1949 年为分水岭,开始了中国真正意义上的现代化进程;这个阶段又以 1978 年为界分为两个阶段,后一个阶段是目前意义上的“社会转型期”,是急剧变革和转型的时期。20 世纪 90 年代末提出的“依法治国”至今,已经为我国未来法治作了十来年的准备。从现在开始的未来 30 年,是中国法治建设的重要转型期。未来这 30 年,我们要真正完成从“法制”向“法治”的转型,也是从人治社会向法治社会的转型的关键时期。西方国家建设法治花了一个世纪甚至数百年,美国因为直接沿用英国普通法法系,所以美国法治化时间要比欧洲国家来得简短一些,而我国港、澳、台地区的法治

化过程也用了数十年。当然这些国家和地区之间有许多差异,我国的国情与社会条件也有许多固有的特点。

根据各国法治发展规律以及我国社会经济发展的态势,在 2039 年暨建国 90 周年(即再过 6 个五年到第十七个五年计划)的时候,我国将会建成一个相对比较成熟的法治社会。从 1978 年开始计算,我国社会大致经过了 60 年的法治化过程。如果从 1999 年“法治”入宪开始推算到 2039 年,也经过了 40 年的历程。我们曾经和学生们一起“展望未来”,30 年后的法治会是什么样的?我想这关键还是要看我们如何完成社会转型以及转型期的法治建设。

法治是否可以指标化甚至量化的检测?目前在法治指标研究方面,主要停留在城市法治或区域法治。比如在《世界城市的法治化治理》一书中,张志铭教授等作者考察了纽约、东京等世界城市法治化治理的四个方面,即世界城市立法、城市行政法治、城市司法和城市社会法治,从中分别列明若干指标。再比如浙大钱弘道教授“法治余杭”课题组的法治指标分析,属于县区级区域的法治指标。本书收录了钱弘道教授在法治指标与法治评估方面的相关论文。如果说我们能够列举出一整套中国化的法治指标(体系)的话,那么,到那个时候,除了我们与他国有不同的个性因素之外,我们法治指标中的某些共性因素将与其他发达国家和地区的法治指数大致持平。我们是否可以展开想象的翅膀:到那时,公民对法治主观感受(满意度)会与境外城市大致相等;那时候的法官和检察官的年薪会高于当地公民人均收入的 3 至 4 倍;城乡差别缩小,农民收入与受教育程度均有较大幅度的提高;全国性大规模的拆迁与权利冲突现象成为历史;信访制度发生重大变化,它可能主要是起到公民与政府信息沟通的作用,信访局或许会演变成为公民政府信息咨询机构;法官和检察官的年薪达到当地公民平均收入的 3 至 4 倍;公民上访率下降,基于对司法的信任度,他们的纠纷更多地是通过律师和法院的途径得以解决;那时候健全的制度为官员提供了防火墙和防腐剂,官员犯罪率明显降低,犯罪率较集中地分布在文化水平较低的人群;等等。

从 1949 年至 2009 年,这六十年是转型期;从今天开始到 2039 年,仍然是转型期。我国法治的未来 30 年,是社会向民主化发展的 30 年,也是公民社会成熟的 30 年,立法向精细化发展的 30 年,司法向职业化发展的 30 年,行政向规范化发展的 30 年。在未来 30 年中,转型社会的各

种矛盾冲突仍然会以不同形式出现,尤其是前10年的社会矛盾和冲突还会局部地有所加剧。所以根据前60年特别是最近30年法治发展特点和规律,来认识和把握今后一个时期的法治发展特点非常必要。

2009年12月13日,“转型期法治”全国研讨会在杭州举行。会议由浙江大学光华法学院主办,由我主持的国家211第三期项目“转型期法治的理论、制度与实践”项目组承办。来自全国各地的法学专家近40人参加了会议。这本主题论文专集就是在此次大家提交给研讨会上的论文汇集,其中提出了许多很有启发性的见解。比如徐显明教授在研讨会上提出,转型期法治的发展始终要强调改革,以改革作为法治发展的动力。所以,中国的法治建设也是一种设定了目标以后,进行推进式的法治,不是一种演进的法治。当联系到法治与公民社会的关系问题时,张骥教授认为,法治是公民社会发展的重要条件,因为法治提供了公民社会所需要的法律框架并保证公民社会的发展。通过社会转型,我们所要建构的和谐社会,应当是一个法治社会,也是一个公民社会。蒋立山教授则从中国的转型秩序与法治发展战略角度,论述了自己的独到观点。

我们的转型是在开放时代、全球化时代背景下的社会转型,而不是封闭时代的社会转型。公丕祥教授在其论文中分析这个时期的特点,认为我们既要自觉地关切国际规则的本土化,把握中国法律发展模式在全球法律体系中的自主地位,谨防全球化名义下的新的法律殖民主义,坚持走自主型中国法制现代化道路;又要打破“西方中心主义”的桎梏,抛却对西方法律发展模式的依恋情结,从本国的法律国情条件出发,坚定地探寻法律发展的中国模式与中国道路。公丕祥教授还提出,处于全球化与转型社会进程中的中国法制现代化运动,呈现出一系列阶段性特征,诸如法律地位的提升与法律权威的缺失并存,城乡二元法律结构的某种程度的深化,区域法律发展的不平衡状态,权利意识的高扬与权利诉求非理性表达的彼此交织等。

转型期法治的价值标准存在相对性。龙宗智教授在这个问题上仍然采取他的“相对合理主义”观点,他认为,转型期法治最突出的特点就是法治与社会主义的结合,从而形成转型期特有的“社会主义法治”。由于法治是多元化体制,社会主义是“统揽型体制”,因而法治与社会主义的结合过程中必然会遇到一些矛盾和问题。解决这些矛盾和问题的关

键就是尊重客观现实,以相对合理主义的方式推动法治建设。相对合理主义就是在法治的公理与法治现实之间进行妥协,然后维系一个最基本的底线,逐步推进,追求相对性标准,并注意从技术到制度的改革策略。

转型期的制度建构与文化绵延同时并存,且时常发生碰撞。刘作翔教授谈到“多元混合秩序”便成为转型时期中国社会秩序结构的主要特征,于是,当代中国社会的社会秩序形态呈现出一幅由“法治秩序”与“礼治秩序”、“德治秩序”、“人治秩序”、“宗法秩序”等组合而成的“多元混合秩序”。

关于转型期司法的特点以及司法改革的特点,也是大家十分关注的问题,季卫东教授、徐昕教授、李其瑞教授等都关注司法改革以及转型期司法的特点。值得重点关注的是季卫东教授,在这篇论文中首次提出司法改革第三波的观点,他对新中国建立以来的司法改革作了考察,认为曾经进行过两次大规模的司法改革,一是20世纪50年代以董必武同志为主导的改革,在废除六法全书的基础上,刷新审判机关,排除职业法律人,采取群众路线和政策思维方式,认为这是一种反对法律形式主义的运动。第二波是以肖扬同志为主导的司法改革,其目标瞄准司法权的合理化、现代化。在人事路线上则表现为职业化、精英化;在制度设计上则表现为提高审判的效率,加强判决的执行力等。季卫东教授强调第三波司法改革应当是以有效的方式限制法官行使裁量权的任意性。

张志铭教授重新开启了一个老话题——法律体系,认为中国当下转型期的法律体系建构中,显示了理性主义的建构思路、国家主义色彩、立法中心—行政辅助的运作模式和简约主义的风格,并且作了一定的评析。他认为要重视社会法秩序的自然生成、淡化和校正法律体系构建上的国家主义色彩、形成法律体系自足自洽不断生长的弥散机制、处理好法律体系建构中适当的繁简关系。

此外,童之伟、刘仁文、朱新力、阮方民、翁晓斌、张谷等教授,分别从宪法、民法、刑法、行政法、诉讼法等部门法角度来考察转型期部门法的特点和发展规律。本次研讨会前的论文征集中,我们还特邀了邓正来教授、汪丁丁教授和叶航教授的论文。邓正来教授针对转型期中国法学者与实践的关系问题,选择了个案进行分析,批评了中国法论者在“现代化范式”的支配下,遮蔽甚或扭曲中国现实社会结构或中国现实问题的问题。另外,叶航教授专门撰写了“人类正义感与司法制度的起源”,汪丁

丁教授也撰写了“经济利益,个人权利,自我与社会”、“民主的要素及其文化表达”和“社会过程及其评价”等论文,给课题组及与会者提供了一个全新的视角,对研究转型期法治颇有裨益。

对于全体与会学者以及以论文与会的学者,我代表课题组向大家表示衷心的感谢。钟瑞庆博士为这部论文集的编辑出版投入了大量的精力和心血,在此一并致以谢忱。



2010年3月25日于杭州

# 目 录

Content

## 社会转型与法治发展

---

全球化、中国崛起与法制现代化

——一种概要性的分析 公丕祥 /3

中国司法改革第三波与法社会学研究

——限制审判裁量权的客观化机制的探求 季卫东 /24

转型时期的中国社会秩序结构及其模式选择

——兼对当代中国社会秩序结构论点的学术介评 刘作翔 /30

转型中国的法律体系建构

张志铭 /48

转型期“先行法治化”现象解读

孙笑侠 /80

走向和谐

——当代中国的公民社会探析 张 骐 /94

中国的转型秩序与法治发展战略

蒋立山 /110

法治评估的意义和方法

——以杭州市余杭区为对象的实证研究 钱弘道 /157

## 转型期的法学

---

中国法学向何处去？

——一个案研究与批判（四） 邓正来 /163

## 转型期的司法与纠纷解决

---

民意并不天然与司法为敌

张永和 /175

司法改革在走回头路？

徐 昕 /184

## 2 目 录

### 转型社会视域下的多元解纷方式论析

——以西安地区建构多元纠纷解决机制为例 李其瑞 宋海彬 /195

### 转型期视域下的部门法

---

顺应时势变迁更新人大制度理念 童之伟 /211

社会转型与刑法转向 刘仁文 /226

法治政府建设的二维结构

——合法性、最佳性及其互动 朱新力 唐明良 /244

社会转型与刑事政策模式的调整 阮方民 叶良芳 /264

程序利益保障论 翁晓斌 /274

中国民法的四个面像 张 谷 /293

### 经济学与法治转型

---

人类正义感与司法制度的起源 叶 航 /301

经济利益,个人权利,自我与社会 汪丁丁 /309

民主的要素及其文化表达 汪丁丁 /319

社会过程及其评价 汪丁丁 /329

## 社会转型与法治发展

---



# 全球化、中国崛起与法制现代化\*

## ——一种概要性的分析

公丕祥\*\*

### 一、问题的复杂性

伴随着当代全球化的时代进程,中国崛起现象成为国际社会广泛关注和热烈讨论的一个话题,而全球化与中国崛起背景下的中国法制现代化的取向与趋势,亦成为国内外学术界研讨的重要学术领域之一。在我看来,全球化时代的中国法学研究首先应当关注当下中国的法制问题,而当代中国法制的变革、转型与现代化问题,构成了当代中国法律问题的核心要义。<sup>〔1〕</sup>全球化时代的中国法制现代化进程波澜壮阔,呈现出诸多独特的历史品格,展示出蓬勃的生机与活力,迫切需要当代中国法学与法律工作者从全球视野,深入研究全球化背景下中国法制现代化的理论与实践问题,从而在中国崛起的进程中,始终保持着对法律发展的中国模式与中国道路的自觉意识。

如同全球化进程一样,中国的崛起是一种历史性的现象。从1500年左右第一次全球化浪潮的“蠕动”,中经19世纪末20世纪初第二次全球化浪潮,到20世纪80年代开始的第三次全球化浪潮,迄今已经经历了五百年左右的历史行程。如果说第一次全球化浪潮中的中华帝国大致处于世界或亚洲的中心,而第二次全球化浪潮之时的中国已经被世界边缘化了,那么正是

---

\* 本文原载《中国法学》2009年第5期。

\*\* 公丕祥,法学博士,南京师范大学法学院教授,法学理论专业博士研究生导师。

〔1〕 邓正来先生突出地强调了当代中国法学参与全球化进程的特定意义,指出要从中国发出重思世界结构中的中国,建构中国关于自己和关于世界的法律理想图景。实际上,这一观点旨在于阐释全球化时代中国法学研究的中国与世界之互动取向。参见邓正来:《谁之全球化?何种法哲学?——开放性全球化观与中国法律哲学建构论纲》,商务印书馆2009年版,第14~21页。

借助第三次全球化运动的汹涌浪潮,中国开始重新崛起了!许多观察家认为,中国充分利用了当代经济全球化的战略性机遇,就像其他历史上若干崛起的大国那样,成为“世界工厂”,改革开放的革命性效应获得了空前的释放,因此,中国是第三次或当代全球化进程的最大赢家之一。美国高盛公司预测,至 2027 年,中国的经济规模将超过美国,到 2050 年,中国的经济规模将达到美国的两倍。当然,也有的人不大认同中国的崛起,认为当下的中国只是一个“表面巨人”,尽管从远处看中国的一切似乎显得很强大,但是一旦从近处观察中国,所谓中国崛起的陶醉情绪就会很快消失。然而,无论人们对中国崛起持有何种看法,当代中国的综合国力之强大,作为一个负责任的发展中的世界大国,中国已经或正在崛起,这已是一个无可否认的客观现实。应当说,这是国际社会关于中国问题的主流话语。正是从这个意义上,我们对第三次全球化浪潮持有正面的积极评价——尽管这次浪潮对中国冲击的负面作用不容低估。

实际上,当代中国崛起的真正的标志性形象,乃是时下的国际金融危机中的中国现象。2008 年下半年以来,由美国次贷危机引发的金融危机席卷全球,不仅对实体经济造成了破坏性的影响,而且严重动摇了现行的国际金融体系乃至整个全球管理体系。为了化解这场金融风暴,摆脱全球治理危机,世界各国特别是诸多大国紧急行动起来,联手协调应对之策,2008 年 11 月的华盛顿 20 国集团(G20)金融峰会和 2009 年 4 月的 G20 伦敦金融峰会以及 2009 年 7 月的意大利拉奎拉 G8 峰会(实际上是 G8 + 新兴国家峰会)相继召开。一个有趣的现象是,所谓“金砖四国”(中国、俄罗斯、印度和巴西)作为新兴大国的代表,不仅积极广泛地参与了这场国际金融危机的应对与治理的过程,而且对化解危机所表现出来的坚定信心与欧美诸国的低迷形成了鲜明的对比,因而被国际社会称为正在兴起的“全球领袖”。而在这“金砖四国”中,中国的表现尤其受到关注和重视。人们广泛认为,正是在这场国际金融危机中,经过 30 年改革开放的中国的崛起,获得了一种全新的形象:自信、诚实、内敛和负责任。这种崭新的国家形象既承继了韬光养晦、绝不当头的基本国策,又展示了有所作为、担当责任的国家行为取向,积极地回应了当今世界面临的关系人类社会命运的重大挑战。

于是,许多政治家和学者似乎看到了这样一幅画面:中国统治世界的时代正在缓慢到来。比如最近,英国伦敦经济学院亚洲研究中心研究员马丁·雅克在英国《泰晤士报》网站(2009 年 6 月 24 日)的一篇题为“货币、文化和孔子:中国的权力将覆盖全世界”的文章中,认为中国人不是从民族而

是从文明的角度去认识自我的,民族国家是表层土壤,文明国家才是地质构成,正是后者给中国人带来了认同感;中国的崛起将改变先前遵循西方模式的世界,尽管这种情况不会很快出现;中国的崛起标志着一个截然不同的时代正缓慢来临,中国将对这个时代产生越来越深远的影响。因此,在这里我们面临着一个严肃的课题:如何估量中国崛起的文明意义?怎样看待全球化进程中的中国模式与西方模式?在中国崛起的历史进程中,中国的法制及其现代化将会呈现出什么样的时代面貌,换言之,如何观察中国法制现代化运动的未来前景?很显然,我们应当对这些问题作出必要的阐释。

## 二、中国的全球地位及其变动

在全球历史的演化进程中,东方与西方的关系及其在全球化历史运动中的地位,经历了一个复杂的变化过程。长期以来,国际学术界流行一种观点,认为16世纪的西欧处于原初的中心地位,成为全球性现代化的中心地区,而广大的非西方世界则是所谓的边缘或半边缘地区。美国学者伊曼纽尔·沃勒斯坦在其代表作《现代世界体系》一书中,描述了世界经济体的中心与边缘的变动过程,认为伴随着世界经济体的不断变动而发展起来的国家体系,经历了三个霸权周期,产生了三个霸权国家,这就是17世纪中期的荷兰、19世纪中期的英国和20世纪中期的美国,世界格局的中心与边缘随之发生相应的变化。<sup>[2]</sup>在沃氏的心目中,东方在全球发展进程中的位置似乎不足为道,唯有欧洲或西方才是世界历史舞台上经久不变的主角。与这种“西方中心主义”的主流观念不同,德国学者贡德·弗兰克试图对1400年以来全球化进程中的东方与西方的关系给出一个全新的解说。在《白银资本》一书中,弗兰克极力证明,从15世纪到19世纪前这四百年的全球经济时代并不是欧洲时代,而是亚洲时代,中国则是这个亚洲时代全球经济体系的中心;直到19世纪之前,“中央王国”实际上是世界经济体的中心,“表明中国在世界经济中的这种位置和角色的现象之一是,它吸引和吞噬了大约世界生产的白银资本的一半”。<sup>[3]</sup>因之,弗兰克的分析与结论打碎了欧洲中心主义的神话,摧毁了“西方天然优越”论的历史依据。这样看来,按照弗兰

[2] 参见[美]伊曼纽尔·沃勒斯坦:《现代世界体系》(第1卷),罗荣渠等译校,高等教育出版社1998年版,第79~128页;《现代世界体系》(第2卷),罗荣渠等译校,高等教育出版社1998年版,第44~45页。

[3] 参见[德]贡德·弗兰克:《白银资本——重视经济全球化中的东方》,刘北成译,中央编译出版社2000年版,第19~20页。