

市民社会理论视域下的 中国法治秩序建构

于柏华 马金芳 潘丹丹 著

ZHONGGUO FAZHI ZHIXU JIANGOU

SHIMIN SHEHUI LILUN SHIYU XINDE

黑龙江人民出版社

市民社会理论视域下的 中国法治秩序建构

于柏华 马金芳 潘丹丹 著

黑龙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

市民社会理论视域下的中国法治秩序建构/于柏华著.

哈尔滨:黑龙江人民出版社,2006.10

ISBN 7-207-07154-X

I. 市... II. 于... III. 社会主义法制-建设-研究-中国 IV. D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第121944号

责任编辑:安晓峰 崔冉

市民社会理论视域下的中国法治秩序建构

于柏华 马金芳 潘丹丹 著

出版发行 黑龙江人民出版社
通讯地址 哈尔滨市南岗区宣庆小区1号楼
邮 编 150008
网 址 www.longpress.com E-mail hljrmcbs@yeah.net
印 刷 哈尔滨市民强印刷厂
开 本 850×1168毫米 1/32·印张7.5
印 数 18万字
版 次 2006年10月第1版 2006年10月第1次印刷
书 号 ISBN 7-207-07154-X/D·926

定价:18.00元

(如发现本书有印刷质量问题,印刷厂负责调换)

目 录

第一编 市民社会理论进程中编中编法治

第一章 法治的理论起点·····	1
第一节 问题的提出·····	1
第二节 法治的社会根基与历史的连续性·····	5
第三节 解释与建构法治的可能途径·····	10
第二章 市民社会理论对中国法治分析的意义·····	16
第一节 现代化与“市民社会”·····	16
第二节 “市民社会”与法治的复杂关系·····	24
第三节 “市民社会”的“中国问题”·····	33
第三章 中国法治建构的现实问题·····	39
第一节 政府主导—社会自发：单向度的社团·····	40
第二节 个人主义—非个人主义：法律制度的移民性格 ·····	47
第三节 国家权威—个人权利：政治体制改革的问题·····	57
第四节 公民—臣民：村民自治的困境·····	63

第四章 通过“程序”来实现法治的本土化	71
第一节 “程序”与中国的法治建构	71
第二节 “程序正义”的制度条件：司法改革	81
第三节 “程序正义”的主体条件：市民社会自主性的型塑	84

第二编 国家/社会视角下行政法理论反思 与建构

导论：全球化时代的行政法理论基础	89
------------------------	----

第一章 西方社会国家/社会矛盾运动与行政法深层社会历史根基	92
-------------------------------------	----

第一节 古希腊城邦国家/社会复合模式下的行政法状况	93
第二节 古罗马国家监护社会模式下的行政法状况	99
第三节 中世纪国家吞没社会模式下的行政法	105
第四节 17、18 世纪国家和社会分立模式下的行政法	109
第五节 19、20 世纪的国家和社会界分模糊模式下的行政法	111

第二章 中国国家社会矛盾运动与行政法深层社会历史根基	114
----------------------------------	-----

第一节 古中国国家与社会“同一”模式下的行政法	114
-------------------------------	-----

第二节	近代中国半殖民地半封建社会下的宪法与行政法状况	117
第三节	现代中国国家和社会既吞噬又合作模式下的行政法	131
第三章	国家/社会格局演进下的行政法理论基础分野	135
第一节	管理论	136
第二节	控权论	138
第三节	平衡论	141
第四章	新世纪国家/社会四维八重关系模式与传统行政法的危机与变革	144
第一节	第一维度：民族国家与国际社会	145
第二节	第二维度：政治国家与国内社会	148
第三节	第三维度：国际社会与国内社会	151
第四节	第四维度：民族国家与政治国家	154
第五章	全球化时代的行政法理论基础	157
第一节	平衡论的历史局限与理论局限	157
第二节	善治论—全球化时代的行政法理论基础	160
第三节	诉辩交易：辩解与社会解谈机易解解	
表达		
导 言		165
第一章	诉辩交易制度概览	169
第一节	美国诉辩交易制度的发展历程	169

第二节	诉辩交易的概念描述·····	175
第三节	多元理念：诉辩交易的前沿品格·····	176
第二章	西方法治的当代面向：程序主义法治范式·····	180
第一节	西方法治发展的困境：自由主义法治范式与福利国家法治范式之间的两难·····	180
第二节	困境的超越：程序主义法治范式的出现·····	191
第三章	诉辩交易：一种体现程序主义法治范式的反思性整合机制·····	197
第一节	控辩交易：交涉性的合意·····	197
第二节	法官：法律的规制者·····	199
第四章	关系求证：诉辩交易在中国法治背景下的合法性·····	205
第一节	背景探源：中国法治背景的语境分析·····	205
第二节	诉辩交易于中国法治秩序建构之意义·····	217
第五章	诉辩交易在中国的前景展望·····	224
第一节	移植与型塑中的壁垒·····	224
第二节	制度移植的嵌合性要素·····	229
第三节	诉辩交易在中国的前景展望·····	231

第一编 市民社会理论进程中的 中国法治

第一章 法治的理论起点

第一节 问题的提出

随着我国政治体制和经济体制改革的深入、社会转型的拓展、“依法治国、建设社会主义法治国家”方略的确立，关于“法治”这一深具理论与现实意义的课题的研究，在学界日趋凸显。此课题可归结为“法治是什么”和“如何建构法治”这两个相互关联的问题。其中，对二者中任何一个的回答都脱离不了“现代化”这个当代中国置身于其中的特定历史背景。“现代”与“本土”的冲突与整合是贯穿于其中的主旋律，“法治是什么”往往取决于人们对“如何建构法治”的回答，价值无涉地分析法治的形式要件只是一种“法律理论”，却无法满足国人的实践性主张。

就学界一蹴理解而言，前一问题包含了法治的渊源、规诫与

价值,^①更多地现代性的意义上探讨法治的标准与样式。在我们探讨“法治”的历史起源、发展历程、基本要求、价值取向时,所选择的讨论对象不可避免地是已经步入现代化的西方诸国。当然,中国学者较多关注的是作为一种治理模式的“法治”在西方的成长历史及其对西方现代化的正面意义。至于法治的“规诫”,尽管人们意识到它的重要性,但并没有给予太多的强调。后一问题则在此基础上进一步从本土的情思出发去关怀法治的实现,“尽可能从既存条件中发现可能嫁接或生长新事物的契机”。^②在建构过程中,怎样最大化地发挥既存制度的效益、最小成本地推进改革是最重要的,最成功的建构策略莫过于在中国已有的制度中发现与西方法治相当的“功能等价物”,以便促成“现代”和“本土”的均衡。

对近几年国内相关研究成果略作审视的话,便可发现论辩焦点已从前一个问题中的主体因素转移到二者的建设性转化上。学者们从曾经的“法治”和“人治”孰优孰劣的问题中探脱出来,转而在坚定了“法治”信念的前提下去探寻实现“法治”的可前路径。

至于“法德并治”、“德法兼济”这样一些最近被提出的主张,由于其存在一些理论问题而并没有被学者们广泛宣扬。它们的论述思路在于:从法与道值的关系入手,从法与道德的不可分离推论出“法治”和“德治”的不可分离。作为社会规范的法与道德在事实上确实有着必然联系,值法不等于“法治”、道德不等于“德治”,通过如此不恰当的“同类项替换”在作为治理模式的“法治”和“德治”之间牵线搭桥的做法太欠思考。

① 参见夏勇:《法治是什么——渊源、规诫与价值》,《中国社会科学》1999年第4期。

② 季卫东:《法治与选择》,载季卫东:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年版。

法治中的主体因素曾引发了“人治”与“法治”的争论，排除学理以外的因素来考察的话，该争论部分肇端于传统法学对法的实证态度，部分归因于“现代”与“本土”的冲突与整合于发生场域的误置。那时，中国法学界较普遍的将“法”的范围局限于“书本”上，自然会导出要么“人治”要么“法治”这样非此即彼的争论。同时由于计划经济思维模式的影响，人们习惯于先建构后行动，忽视了实践中的试错机制，没有领会“不管黑猫白猫，抓住耗子的是好猫”的精义，难免在行动之前要争论一番。

随着社会学法概念在中国接受域的拓展、作为现代化一部分的“法治化”的不可避免，该争论在一定意义上趋于消解。^①并转换为“如何在中国共产党的领导下，形成具有中国特色的社会主义法治模式”^②等诸如此类的颇具实践性的主张。在此基础上形成了以“政府推进”与“本土自发演进”为代号的两种代表性法治模式^③，事实上，它们的区别并不止它们的名字所反映出来的那样简单。持这两类主张的学者对学术问题的价值取向不同，前者是“规范”的，而后者则是“描述”的，这是最重要也是最容易被人们忽略的一点。就苏力本人而言，他经常强调“读者”们不要过分在意他在文章著述中的结论，而要更多地关注其研究方法，说的也就是这个意思。^④

前者秉持“现代化”思路，并在“现实紧迫性”关怀的促

① 参见陈信勇：《法律社会学》，中国社会科学出版社2000年版，第43页。

② 王人博、程燎原：《法治论》，山东人民出版社1998年版，第88页；并参见此前其对“人治”、“法治”之争的述评。

③ 参见蒋立山：《中国法治道路初探》（上、下），《中外法学》1998年第3、4期；苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。

④ “苏力”之所以能够热起来，主要原因并不在于他的“本土资源”，而在于他的描述性的研究方式有悖于此前学术界的主流研究思路。在一个注重“定性”与“价值”的圈子里，他很难不被人们关注，先期的盲目崇拜与盲目反对对苏力来说就是难免的待遇。

动下更多地把法治建构等同于由政府将移植自西方的法律制度自上而下地一以贯之；后者则充分意识到法治的社会性及“地方性知识”的特质，力图从功能角度理解法治，并关照其在中国社会中的“本土资源”。

从理论背景上看，二者都是“现代”的，并无差异，也应承认其中的建设性成分：前者对法制现代化进程中“政府主导”的必要性和可行性的宏观审视、后者从微观角度切入的对现代法制的社会运行状况的描述性分析，均有令人称道、发人深省之处。但由于在“现代”与“本土”的冲突与整合而前的偏向一端（或可表述为视角与价值取向的局限），它们的“解构”性也是明显的：

前者把法治理解为一套西方现代化的法律制度，忽略了法治的生成历史及现实社会根基，实际上是在建构“法治”的同时消解了其要应对的“中国问题”。更准确地说，在其“政府”视野中，法制社会运行的多样性与活力被过于同质的、缺乏社会学支撑物的“人民群众”掩盖了，“诱致性制度变迁”的生发机制似乎成了一个“勿庸讳言”的问题，它与“强制性制度变迁”的关系也被更多的理解为单线式的。由此导致该视角内省力的不足，使其困惑于政治改革与经济改革之间，慨叹于法治化进程中政府改革动力的衰减。^①

后者由于过分地关注中国社会的特质及由此而来的对法治的功能主义理解，从而消解了法治本身，其论述逻辑的内在理路导致从对法治的关怀出发，最后又背离了法治、转向了“秩序”这一“白马非马”式的悖论。具言之，它的问题更多地是价值

^① 参见蒋立山：《中国法治道路初探》（上、下）。实际上这种理论困境的产生与后文将要述及的，现代化理论中过多地关注政治因素的取向有关。

取向上的。深入的实证研究固然支撑了关于乡土社会“法治”的生命力的认知，但一方面，此生命力仅归依于“本土”吗？另一方面，秩序的“实然”能够推出“应然”吗？这是其面临的没有解决，或更贴切地说，有意回避的两个问题。

此种取向较明白的表述是，“法治最终如何，从来不是法学家说了算的，是一个民族的生活创造其法治，法学家创造的最多是对这种法治的一种理论正当化……法治如果事实上本土化了，你想让它西化也不成；如果同国际接轨了，你法学家全都主张本土化也不行。我是很知道理论的局限的。只要想一想，你法学家能命令法官听你的？命令老百姓听你的？你连一个偷渡客都管不了！”^①这致使有学者略有偏颇地回应道，“如果忽略法律的文化意蕴或者价但内涵的话，那么苏力倡导中国法治建设的本土资源也就没有多大意义。”^②

由此，如何超越这两种论述逻辑，为“法治是什么”向“如何建构法治”的转化提供一条可能路径，便成为我们思考的方向。

第二节 法治的社会根基与历史的连续性

追寻现代化对于非西方国家而言更多地是一项无奈的事实，“一切社会一度都是传统社会，面现在的任何社命要么是现代社

① 苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》（自序），中国政法大学出版社2000年版，第6-7页。

② 徐忠明：《思考与批评——解读中国法律文化》，法律出版社2000年版，第260页。

会，要么是正在成为现代社会过程中的社会。”^①这种转变在初期很大程度上是由西人的“坚船利炮”启动的，物质因素在其中居于主导地位，成为转变过程中最为重要的价值评判准则，整个世界因此也就“唯物”起来。“心”“物”倒挂的结果是使人们相信“人类社会的发展除现代化之外，还看不到有别的出路。”^②

日、韩等国家在追寻现代化过程中因物质成就而取得的成功更增强了这一信念，东西方关系似乎据此或隐晦、或鲜明地被定义为“中心—边缘”、“模版—翻版”。但对于有着自身文化积淀，尤其是中国这样有着数千年文明史的非西方国家，现代化不是、也不可能是没有创造余地的机械运动。^③西方国家今日之状况并非凭空拽来某几个“理念”、“主义”而造就，而是与其过去的历史积淀有着千丝万缕的联系，这就不是他人能够模仿的了。非西方国家要以西方国家为目标，但结果却无论如何也不会彻底西化，这一点与“民族感情”等人们的主观意愿并无必然联系。

对于“法治”这一现代化的制度化形态的理解也应立足于现代—本土这一历史语境之上，偏向任何一方都不足为训。在这里强调“传统”、“本土”，不是促值人们过多地关注历史，进而

① [美] 塞缪尔·P·亨廷顿：《导致变化的变化：现代化、发展和政治》，载 [美] 西里尔·E·布莱克编：《比较现代化》，杨豫等译，上海译文出版社 1996 年版。

② 金耀基：《中国现代的文明秩序的建构—论中国的“现代化”与“现代性”》，载刘军宁等编：《经济民主与经济自由》，生活·读书·新知三联书店 1997 年版。

③ 参见金版基：《中国现代的文明秩序的建构—论中国的“现代化”与“现代性”》。乔治·麦克林在哲学层面上对中国儒家的和谐思想对于调解现代社会中人与自然尖锐对立的弊病所具有的意义及其自身转化方向进行的研究，以西人的视角佐证了这一点。参见 [美] 乔治·麦克林：《传统与超越》，于春松等译，华夏出版社 2000 年版。

把它当做法治的界限。任何处于现代化进程中的国家的法治建设都是以“现代”作为主导因素的，但“本土”的因素却无论如何不应被忽视，即便是在最为激进的、以“脱亚入欧”为发展策略的地方，也需要对本地方的历史传统有最基本的真正了解。不然的话，针对传统的法制现代化主张只会沦为“自立稻草人”式的自我催眠。

法治建构的“应该如何”离不开对中国现时代治理方式的理解，这又必然会追溯到历史上的“功能等价物”。可惜的是，由于某些特殊的历史原因，“旧中国”的法律被贴上了“封建”、“专制”、“腐朽”、“落后”等等一系列斗争标语，它们的影响是如此深广，以至于法学界少有人去认真对待中国的历史。最为常见、也最难让人理解的是，一边承认传统很重要，一边又对所谓的“封建主义”、“专制君主”不屑一顾，好像它们可以与传统相剥离，这可真是“精神战胜物质”了。对此，倪正茂先生的批评非常直接：

20年来的中国法律史研究以及整个法律史研究，都犯了一个基本性的错误，既定性错误：把法律史当做阶级压迫史，掩盖了法律史的真正本质。

流行的观点认为，在没有法律规范的原始社会里，人类是非常自由的，因为那时“没有阶级压迫”；而一旦有了法，人类（至少是人类的大多数——奴隶）就失去自由了。从奴隶制法到封建制法，从封建制法到资本主义法，都是阶级压迫的法，充斥其中的只是血淋淋的阶级压迫，因而，法律史是阶级压迫史，是可诅咒的血泪史。但与此同时，有关著作论及中华法系时又是喜形于色、赞赏有加的，论及唐律时更是诩许“辉煌”、颂叹倍至

的。这无异于自己打自己耳光。^①

苏力在论及“人治”时也有类似看法：

今天，人们已经普遍接受，法治是当代中国应当追求的。在流行的法学话语中，人治往往受到批判，甚至被等同于专制。从普及法治常识、促成当代中国制度的形成、确立人们对法治的追求而言，这种近乎宣传的文字也无妨，但是，若是将这样的文字当做法理学，则有重大纰漏。如果法治作为治理社会的手段真的是如此优越，而人治真的是如此恶劣，且反差真的是如此鲜明，那么人类历史上为什么还会有长期的“人治”和“法治”之争？人治又怎么可能曾经长期被一些伟大思想家作为一种治理社会、国家的基本方法之一？这些思想家怎么会在这样一个在我们看来都一目了然的选择之间选择了人治？难道，我们的前人真的是如此愚蠢，而我们真的是如此聪明？^②

要彻底摆脱这种“无知”，便须认真地、仔细地看一看我们的过去：在那样一个地域广阔、以农业为主要产业的社会里，政府是如何治理的，社会是如何反馈意见的？是什么连接了政治与社会，保证了自秦以来的所谓的“超稳定”发展，在国家的制度设置上，此种“中介”是如何表现自己的？清末以来，它们又发生了何种变化？“新中国”真的和她的名字一样切断了与历史的联系了吗？如果不是，执政党又是通过什么手段去改造与适应社会的，她的做法与过去是否有相似之处？1978年以来又发生了哪些变化？经过如此一番追问，想必可以对中国的“国愤”有大体上的真了解，而不至于以空洞的臆想去构思中国法治连构

① 倪正茂：《批判与重建：中国法律史研究反拨》（序），载倪正茂主编：《批判与重建：中国法律史研究反拨》，法律出版社2002年版。

② 苏力：《认真对待人治——韦伯〈经济与社会〉的一个读书笔记》，载苏力：《制度是如何形成的》，中山大学出版社1999年版，第228～229页。

的“应然”问题。^①

不过就本文而言，主要关注的并非对中国过去的历史的描述，而是未来“法治”的走向，上述诸问题并不在本文的专门讨论之列。但这并不意味着法治的建构可以率性而为，从以上所述的应尊重历史的连续性这种考虑出发，对诸如“法治建设应该如何”之类问题的解决不应仅在政府的理性建构中寻找答案，“生活世界”中人们的行为习惯比少数“精英”的计划更多地体现了历史的连续性。

“化”为“法治”不可能单靠上层的理性建构而达到，社会多元自主力量的生成是中国法治建构的另一个重要方面。^②从西方“法治”的发展历史来看，以维护“自由”、“人权”为价值追求的“依法而治”并不是统治者主动放权让利的结果，掌权者所考虑的从来都是如何使政治利益最大化，并不会仅仅因为“良知”而控制权力的行使范围。在西方历史中，“权力的界限”是通过多元利益集团冲突之后的妥协来划走的，离开了纵向分权、扼杀了社会的活力之后，纯粹的官僚模式无法保证以三权分立为标志的“法治”，结局不外乎是“绝对的腐败”而已。由此使不难理解为什么近现代西方各国的宪法普遍性地将“地方自治”作为一项根本的政治制度予以明确规走，为什么西方人为保证选举的公开、公正不惜“一掷千金”而非简单的举手了事。^③

对社会的多元自主性的强调不会导向对“无为而治”的崇

① 在这方面，黄宗智先生的研究甚为重要，其已经出版的《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》（上海书店出版社2001年版）及《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》（上海书店出版社2003年版）堪称代表作。

② 参见林毓生：《“创造性转化”的再思与再认》，载刘军宁等编：《市场逻辑与国家观念》，生活·读书·新知三联书店1995年版。

③ 参见〔日〕杉原孝雄：《宪法的历史—比较宪法学新论》，吕旭、栗涛译，社会科学文献出版社2000年版。

拜，并不意味着放任自流。对于处在转型期的中国来说，政府自上而下的建构无论如何是不能缺少的，问题的关键在于建构什么。如果一味的强调政府的调控能力，法治是不可能被建构起来的，政府的工作重心应放在为社会自主性的形成创造外部条件上。这一方面与法治的外在要求相适应，另一方面也可摆脱中国自五四以来一贯的狂飙突进式的变革方式，使在一次次“推倒重来”中被打断的历史连续性得到恢复。

尊重“传统”、维持历史的连续性并不意味着复古，事实上，随着中国传统文化由于其支撑结构（亲缘组织、文官制度、精耕农业）的瓦解而弥散于现代中国社会之中，^①也找不到原汁原味的“本土”作为法治的支撑物。所谓“本土”，即为普通人所习惯的行为模式，对处在迅速变化过程中的中国社会而言，其究竟为何，负责任地说乃一未知之数，但不管怎样，一个独立于政治因素的“市民社会”是必不可少的。离开了政府对社会自治领域外在框架的刻意维系，便不会有什么“本土”的东西，更别说什么“本土与现代相融合”、“建设有中国特色的社会主义法治国家”之类的豪言壮语了。

第三节 解释与建构法治的可能途径

在中国，不论是对法治进行解释还是策划“法治化”的实践策略，都会被夹在“现代”与“本土”的两难困境中。单就“法治是什么”这一问题而言，站在西方人的立场上来回答是一个普遍化的做法，不过一旦想把这样的答案与中国的法治建构联

^① 参见许悼云：《中国文化与世界文化》，贵州人民出版社1991年版，第219页。