

法律、司法制度与

**LAW, LEGAL SYSTEM AND
SOCIOLOGY OF LAW**

法律社会学

李 楯 / 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

法律、司法制度与

法律社会学

Law, Justice and
Sociology of Law

法律社会学

李昌钰 / 著



法律、司法制度与 法律社会学

LAW, LEGAL SYSTEM AND SOCIOLOGY OF LAW

李 楯 / 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

法律、司法制度与法律社会学/李楯著. - 北京: 社会科学文献出版社, 2007. 6

ISBN 978 - 7 - 80230 - 707 - 0

I. 法… II. 李… III. 法制史 - 研究 - 中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 084856 号

法律、司法制度与法律社会学

著 者 / 李 楯

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 65269967

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 65595789

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目负责 / 王 绯

责任编辑 / 童根兴

责任校对 / 汪建根

责任印制 / 盖永东

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 市场部 (010) 65285539

排 版 / 北京步步赢图文制作中心

印 刷 / 北京智力达印刷有限公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/20 开

印 张 / 23

字 数 / 378 千字

版 次 / 2007 年 6 月第 1 版

印 次 / 2007 年 6 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 80230 - 707 - 0/D · 207

定 价 / 45.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误,
请与本社市场部联系更换



版权所有 翻印必究

序

这是我近一个时段在法律、司法制度和法律社会学方面的一些著述。

把中国的法律、司法制度、法律问题放在全球化语境下中国社会转型的大背景之中去研究，是我 20 年来持续尝试的一种方法。面对当代中国问题，有认为与今日世界上的其他国家、地区并无质的不同，区别只在于发展的阶段和先后而已；有认为中国的道路是极特殊的，不但不同于发达国家，且不同于发展中国家。我持后一种看法：今日的中国是一个转型国家，它有着在整体世界形成后，被迫打开国门，开始自己的被现代化进程后的重新封闭，有着一般发展中国家所没有的计划经济的经历，有着作为计划经济遗产的城乡分治，在结构上缺少与政府相对应的市民社会。

在法律和制度方面，当持续千年的“家一国本位”的法律作为一种制度文明退出历史舞台后，在经历了先是通过日本学习西方，引入大陆法系的样式，构建自己的法律之后，另一种变化发生了，1924 年国民党提出“党治”，构建“国（家）—社（会）本位”的法律，到 1997 年共产党重提“法治”，一条与众不同的法律发展线路呈现了出来。一种法系，不只在它的外在形式，更在其价值取向和思维模式。因此，不宜轻言今日中国大陆的法律属大陆法系。而且，即使是在计划经济的年代，中国大陆的法律



也不同于过去的苏联的社会主义法系。中国大陆的法律制度是有着它的独特之处的。

我们用以阐释解析法律的词语和方法都来自外部（主要是来自西方）。至今我们缺乏脚踏实地地对自己的问题的研究。我们要能研究中国真问题，而于开放的世界中与外部不同质的文明有对等的交流。

这里的文章著述都是在这样一种思路之下撰写的，但它却不是我的研究的阶段性成果（这一研究到出成果估计还要很长时间），而只是在不同的工作之中，不同的题目之下，运用这种方法的产出而已。

中国的道路太艰难了，曾经有人说这个民族灾难深重；我们相信在今天法治与善治对中国的发展有益，对提升一个、一个的中国人的生存质量有益，所以，我们才主张运用法律推进改革。

李 楯

2007 年 5 月 15 日

目
录

❁ 第一部分 法律研究

法律评估：就业与职业歧视 / 3

法律评估：艾滋病防治 / 29

是“治法”，还是法治

——我看婚姻家庭法修订讨论 / 125

面对法理：强制拆迁

——为 2004 年中华人民共和国宪法修正案而书写 / 139

中国法政策检讨 / 154

❁ 第二部分 司法研究

关于中国法官与法律教育 / 179

法官培训与司法改革 / 187

中国法官培训的由来、效果与法官培训评估

——在 1999 年法官培训与法官职业国际研讨会上的发言 / 196

从制度安排入手，解决“执行难”问题 / 203

着眼制度设计

——关于证据法立法建议的思考 / 207

证据立法再思考：社会结构、法律传统与制度设计

——访法学者李楯 / 211

司法审判：反对监督，可以质询，容忍批评 / 220

论中国司法体制改革 / 224

❁ 第三部分 法律教学

法律社会学授课提纲 / 257

在清华法学院做案例教学 / 261

❁ 第四部分 法律问题

标准与理念

——从市场经济看“盲流” / 271

有关三峡移民的几个法律问题 / 275

在实践中不断完善中国的法律援助制度 / 283

法律援助十年：从帮助穷人，到维护人权和法律正义 / 289

关注中国：为志愿服务提供良好的法律环境 / 293

“婚检”之争：强制，还是自愿选择

——法律、伦理、健康意识与责任意识，以及事实表述的利益驱动 / 296

关于“行为艺术” / 301

个案：这座酒店该归谁？ / 304

第五部分 犯罪研究

婚内强奸在中国

——对个体权利与整体利益关系的法律社会学分析 / 323

附录：一 有关婚内强奸的十五个案例 / 340

二 几部法律著作中关于“贞操权”的论述 / 346

三 保护女性作为人的权利

——我看“婚内强奸”讨论 / 351

日益增多的犯罪 / 359

第六部分 评论

21 世纪：我们能成为法治国家吗？ / 409

法治精神百年波折

——访法学者李楯 / 413

在法律的背后：商行为伦理与市场经济的价值观 / 421

第七部分 法律社会学

面对中国的法律社会学 / 431

第八部分 书序书评

《美国法官自选裁判文书集》编者序 / 441

《从案例剖析看美国民事诉讼程序》编者序言 / 444

《中华法史论纲》出版后记 / 446

作人、做事与读书

——《法律、司法制度与法律社会学》后序 / 448

法律、司法制度与法律社会学

第一部分

法律研究



法律评估：就业与职业歧视

引 言

本报告是受国际劳工组织北京局委托，就中国的现行法律和国际劳工组织第 111 号公约（《就业和职业歧视公约》，1958）之间的关系所做的评估。

做这种评估的背景是多元一体的世界格局的形成和中国作为一个在 20 世纪中期曾经有过封闭经历的大国，在过去的 20 年中正重新步入融入世界体系的过程之中，特别是在这一过程中，中国自身显现出了一种既要进入世界主流而同时又存在着体制上的阻碍的态势。

要评估中国的法律是不容易的，因为这不是简单地以西方的立场，或是国际劳工标准的立场来评价中国法律，也不是以中国的国家立场去回应来自外部的要求。特别是由于中国有过在世界体系形成后在体系之内的封闭经历，中国在封闭时期形成了独特的制度文明质态，有着不同于外部世界的行为方式和思维方式，这些，以今天世界的主流话语——或说是世界主流通行的法律概念体系——是难以解释的。20 年来，中国和世界的对话中始终存在着自说自话的现象，就在于双方对对方话语往往不能准确理解。同时，在中国存在的问题，内部人往往因身处其中，习以为



常，视之不见，而外部人则又因文化相异，缺少体验，难以把握。

中国是一个大国，世界上有 1/5 人生活在中国大陆，中国发展的走向不只影响着世界上 1/5 的人的生存状态，且将影响着整个世界的发展，影响着人类共通规则的形成和遵守，以及人类在最基本的价值理念上的认同。

基于上述原因，在评估中国与劳工问题相关的法律之前，有必要先对中国的特殊之处做一分析。只有理解了中国的这些特殊之处，才能准确地把握中国在有关劳工方面的法律相对国际劳工标准而言实际存在，或是真正存在的问题。

正是因为如此，在评估中国与劳工问题相关的法律时，不宜仅从狭义的或是通行的法律或是劳工的视角去看问题，而应强调要历史地从整体上去把握问题，因为惟其这样，才能有助于使现实更接近理想的目标——社会正义的实现。

背 景

当代中国独特的制度文明质态形成的背景是自 20 世纪中叶开始形成的冷战势态。中国作为一个大国，在外部不容于对峙的美国、苏联两大阵营；在内部迫于长期积聚的自晚清以来形成的由政治解体和社会解组叠加而成的总体性危机和长时期以来实现工业化的民族主义目标受阻的挤压（孙立平，1999）；于是，作为后发展国家，在经历了在 19 世纪中叶被打开国门，开始自己的被现代化进程后，又中断了这一进程，重新关闭国门；在 20 世纪 50~70 年代，于封闭和市场极度式微的条件下，经过超强力的社会整合，形成了独特的制度文明质态。其中，与有关劳工问题的法律相关的是中国在封闭状态下形成的制度化结构，及这种制度化结构在近 20 年中在中国再度走向开放时的变化，以及建立在中国的制度化结构之上的中国的制度和法律的特殊之处。

制度化结构

在中国，之所以形成一种独特的制度文明质态，除了历史的和意识形态的原因外，在相当大的程度上是与改变对社会中各种资源的控制权和配置体制，以加速实现共产主义（社会转型）和工业化（经济转型）这两个目标相关联的（孙立平，1999）。就后者而言，中国人口众多，受教育程度低，人均资源相对缺少，在封闭的状态下，选择了由国家垄断资源，抑制城市化，城乡分治，以强制的方式低价收购农产品，再以低价销售给城市居民和工业企业，以降低企业原材料成本支出和工人工资，产生超额工业利润，支撑工业化的发展模式（陈吉元，1993）。

中国在20世纪50年代通过没收前政府时期形成的官僚资本和完成农业、手工业和工商业的社会主义改造建立了公有制，由此形成中国社会的深层制度化结构（李路路，1991），及被研究者称之为序列化体系或总体性社会的制度文明质态（李楮，1991；孙立平，1999）。其最大的特点是整个社会的序列化组织形式和国家直接面对民众的互动方式（孙立平，1993）。在一种特殊、强大的整合力量之下，几乎是每一个人和每一个合法存在的组织都被纳入序列。在整个社会形成一种类似军队的建制的同时，社会的中间层消失了；社会空间和国家空间合而为一。

这种制度化结构的次级结构表现为单位制度和身份制度：单位制度使党军政机关、工厂、商店、学校、科研机构、医院、社会团体和宗教团体，以至是农村社队和城市居民委员会等在其他社会中性质迥异的组织，成为同一序列化体系的组成部分，且使这些组织具有同构性：具有同样的内部职能机构设置，遵循同样的运作规则。同时，单位制度又使每一个人最终隶属，并且只能隶属于一个单位。在单位制度下，国家通过垄断和控制一切资源、利益、信息和发展机会控制每一个单位，进而实现对社会的整合和控制；而单位又通过对自己所控制资源、利益、信息和发展机会的垄断，控制每一个人。单位对国家和个人对单位，都只

有服从。因为只有服从才能换得资源、利益和机会，甚至是只有服从才能生存（路风，1989；李路路，1991；李汉林，1993；华尔德，1996；李楯，1999）。

与单位制度并存的是身份制度。身份制度曾经是当代中国社会的一种刚性极强的结构限制，它首先将人分为农业人口与非农业人口，其次将非农业人口中的就业人口分为工人编制和干部编制（李路路，1991）。农业人口在绝大多数情况下是由出生而决定的，凡是具有农业人口身份的人，一般不能进城就业，只能留在农村从事农业劳动。而具有非农业人口身份的人则会因学历和国家统一分配工作而分别取得全民所有制工人身份、集体所有制工人身份或是干部身份，这种身份一经确定后，对大多数人来说，也是难以改变的。身份不同的人由不同的国家机关管理，享有不同的待遇，适用于不同的法律或规范。于是，在此前出现过的，为刘易斯理论所能解释的，中国同于一般发展中国家的典型的二元经济结构（许纪霖等，1995），伴随着身份制度的形成，在中国演变成成为独特的二元社会结构（郭书田等，1990）。

二元社会结构将城乡分割开来，实行城乡分治。在这种结构之下，农业人口相对非农业人口而言，除了被限定只能从事农业生产而不能进入城市就业外，还有如下差别：农业人口不享有非农业人口所享有的由国家提供的住房，平价定量供应的粮、油、肉，有补贴的蔬菜、副食品和燃料，以及由国家投资兴建的大部分公用设施和文化设施，不享有公费医疗和退休养老金保障（郭书田等，1990；蔡昉，2001）。此外，自20世纪50年代后期至70年代，他们之中处于食品营养不足状态下的，几乎占到他们人口总数的一半左右，而处于食品严重不足状态的，则占到1/3（周彬彬，1991）。农村和城市的收入水平，被估计为相差3~6倍（华尔德，1989），而农村选举出的全国人大代表所代表的人口数，则8倍于从城市选举出的代表所代表的人口数（吴家麟，1983）。

中国在一种独特的体制之下曾经消灭了绝对贫困，也消灭了

在市场经济意义上的失业。但是，同时它也使在市场经济意义上的就业机会均等不复存在。因为就业机会均等的前提，是劳动者有选择职业的自由，而中国当时体制的基本规则就是由国家来安排每一个人，这种安排在一般情况下是不能由个人意愿去更改的。人们曾经认为，在当时的体制下，中国已经实现了人与人之间的平等，但当时中国的体制在实质上不是使人人都同样可以选择，而是使人人都同样没有选择的可能。此外，在这种体制下的职业流动是极其有限的；职业待遇的差异也并非不存在。——只不过由于封闭和受封闭时形成的观念的影响，人们在当时对这种差异感知有限而已。

1978年，在中国开始改革之前，从业于公有制单位的人占当时从业人员总数的99.96%，而从业于个体经济的不足0.04%。与此同时，在农村从事农业劳动的人占当时从业人员总数的76.31%，具有农业户口的农村人占全国总人口的82.08%。

社会转型中中国社会结构的变化

人们很容易忽视中国20年来的现代化是“再度启动”，而把它等同于一般的后发展国家的现代化启动，这样就会有意无意地忽略了这次现代化所启动的并非是一个前现代的传统农耕文明社会，而是一个经过严密构建的实行计划经济体制的社会。而如果我们注意了这一点，我们就会感知到一种原有的（计划经济）体制的影响会不断地、强烈地表现出来。

从结构上看，中国最大的变化是重新打开国门，20年来外资进入中国的实际额度从最初的每年十几亿美元到20世纪末的每年500亿~600亿美元，进出口贸易在国民生产总值中所占比例在20世纪90年代前期即已达到38%。每年从境外进入中国的人数从开放之初的寥寥无几，到1999年已达到8172万人次，中国人出境的也逐年增加。开放所带来的影响绝不只限于经济领域，还表现在行为方式、文化、观念，甚至是制度层面。

在中国国内，由政府推动的改革，促成了由国有企业、股份

制企业、私营企业、个体经营等多种经济并存势态的形成，并由此导致相当数量的城市人离开原体制，或是游离于原体制与逐渐形成的国内市场之间。正是在这种情况下，政府的改革行动和体制外新生成各种因素的交互作用共同提供了在中国再现社会空间的条件。

在中国的农村，曾经使得国内外关注的家庭联产承包责任制和乡镇企业，实际上只是在原体制框架内的改革。真正使中国社会发生结构性变化的是自 20 世纪 80 年代后期开始涌现的农村人大规模进城谋生的浪潮。经过十多年的发展，至今游离于原体制的农村与原体制的城市之间的所谓“流动人口”已达 1 亿多人。他们之中有些人已进入城市生活十几年，并且生有子女，只是由于体制的原因，他们在中国目前尚无法成为城市的新移民。

中国的开放和改革都是由政府推动的，正是这种由政府自己推进的改革导致曾经在政府的直接管理之下的国有经济从原本在整个国民经济中占绝对优势，到 1993 年已退而只占不足一半。但中国的改革却并未使原体制内的结构发生根本性的变化，官方称在 20 年的改革中“政府职能转换滞后”，就是明证。正是这种状况导致了一方面旧体制对劳动者的控制并未消除，甚至一些源于旧体制思路的新控制还有所加强；而另一方面，在新的社会保障体系尚未健全的情况下，劳动者原本可以从旧体制中得到的保护、帮助和救济却已消失了。多种经济成分并存和外资的进入，改变了社会的收入分配状况和劳动者的就业方式，并使劳动者——不管他们是原体制下的职工，还是保有“农民”身份，但在实际上早已以工资为其主要生活来源的农村外出务工者——面对的都是在全球范围内流动的资本。平等和公正成了一个有必要关注的问题。

20 年的改革在中国发生的变化是，到 1999 年，从业于国有单位的人占从业人员总数的 12.14%，从业于城乡私企、港、澳、台和外资企业的占 3.73%，从业于城乡个体经济的占 8.84%，从业于乡镇企业的占 17.99%，从业于集体、联营和股份制企业的

占 4.1%。与此同时，在农村从事农业劳动的人仍占从业人员总数的 61.73%，具有农业户口的农村人仍占全国总人口的 74.93%。

与就业、职业相关的制度的演变过程

中国于 19 世纪中叶开始出现现代意义上的劳工，此后形成的就业和职业制度具有一般的发展中国家和早期资本主义的特征。

1949 年之后，随着中华人民共和国的建立，情况发生了变化。一是建立了独特的“统包统配”的就业制度；二是在城乡分治的体制下，严格限制农村人进城就业。

从 20 世纪 50 年代初起，新建立的政府即开始在全国范围内大规模地组织调配技术人员和技术工人，进而是设立了对高等院校、中专和技工学校毕业生实行统一分配的制度，并规定尽可能地将临时工转为固定工，在此基础上最终形成了凡生活在城市中的人，就业由国家按计划统一分配，单位不准私自招收员工，一般也不准辞退的制度。个人在就业时，基本没有选择，就业后，一般也难辞职。个人提出从一个单位改换到另一个单位去工作，须经批准。

由于用人单位在一般情况下不准辞退职工，所以作为非农业人口一经就业后一般会有一份低标准的但却是稳定的工资；他在生病时仍可以领取全额的或是一定比例的工资；单位承担他最基本的医疗费，他所供养的直系亲属的医疗费也可以部分报销；在他退休后，则可以领取退休金；死亡后，家属可以得到丧葬补助和救济费；他如果因工负伤，则由单位负担全部医疗费用；因工致残，可得到抚恤费；因工死亡，他的家属可以得到丧葬费和抚恤费。女职工生育享有产假，假期工资照发。

由于实行 8 小时工作制度和月工资制度，严格地限制计时和计件工资，所以职工的休息一般是有保障的，公休假日不扣工资。