

法理文丛

# 发展中法治论

当代中国转型期的法律与社会研究

Rule of Law in  
the Developing Status Quo

A Theoretical Approach to Law and Society in Contemporary  
China in Its Social Transition

付子堂 赵树坤 等著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

法理文丛

# 发展中法治论

当代中国转型期的法律与社会研究

Rule of Law in  
the Developing Status Quo

A Theoretical Approach to Law and Society in Contemporary  
China in Its Social Transition

付子堂 赵树坤 等著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

发展中法治论:当代中国转型期的法律与社会研究/付子堂等著. —北京:北京大学出版社,2013.8

(法理文丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 22953 - 8

I. ①发… II. ①付… III. ①社会主义法制 - 研究 - 中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 179577 号

书 名: 发展中法治论:当代中国转型期的法律与社会研究

著作责任者: 付子堂 赵树坤 等著

策 划 编 辑: 李燕芬

责 任 编 辑: 周 菲 李燕芬

标 准 书 号: ISBN 978 - 7 - 301 - 22953 - 8/D · 3385

出 版 发 行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新 浪 微 博: @北京大学出版社

电 子 信 箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 28.5 印张 512 千字

2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 49.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

# 目 录

## 引论 / 1

- 一、社会转型与转型社会 / 1
- 二、中国社会转型的历史定位 / 3

## 第一编 转型时期法律的社会基础

### 第一章 当代中国的社会精神 / 15

- 一、法治目标的社会精神基础 / 15
- 二、转型时期的社会精神特质 / 24
- 三、转型中国的法律如何与社会精神相统一 / 27
- 四、走向全球化时代的社会精神与法律 / 38

### 第二章 当代中国的社会道德 / 40

- 一、转型时期的道德多元化格局 / 40
- 二、转型时期法律制度的社会道德根基 / 52
- 三、转型时期的道德多元化与司法确定性 / 61

### 第三章 当代中国的社会结构 / 72

- 一、当代中国社会结构的变迁与重组 / 74
- 二、当代社会结构的法律规制现状 / 77

三、当代中国社会结构的制度影响力 / 78

**第四章 当代中国的社会冲突 / 84**

- 一、当代中国的社会冲突认识与法律定位 / 84
- 二、当代中国“社会冲突”视角下的社会秩序 / 87
- 三、非现实性冲突与法律控制不能 / 107
- 四、一种“有限度”的法律发展观 / 115

**第二编 转型时期的法律运行机制**

**第五章 法律创制的理念背景**

——以全国人大常委会历年公报为分析对象 / 121

- 一、法律创制的互动关系理论概述 / 122
- 二、从经济结构转型看社会结构与社会行动者的互动 / 124
- 三、从立法者价值观的变化看立法理念的发展 / 130
- 四、从立法实例看立法理念的影响 / 138
- 五、对转型时期立法理念的再认识 / 143

**第六章 法律运行的适应性解读**

——以 1982 年《宪法》的修改历程为分析对象 / 154

- 一、回应社会需求:现行《宪法》四次修改背景的历史探寻 / 155
- 二、推进社会发展:现行《宪法》四次修改效果的现实考察 / 168
- 三、互动中相一致:现行《宪法》四次修改的理论思考 / 179
- 四、社会转型进程中的法律适应性 / 186

**第七章 司法运行的功能变迁**

——以最高人民法院历年工作报告为分析对象 / 188

- 一、从法院机构设置及经费和物质装备情况看司法改革 / 189
- 二、从法院的审判制度建设看司法改革 / 201
- 三、从法官队伍建设看司法改革 / 221
- 四、社会变迁中的司法 / 236

**第八章 成文法局限之修补**

——以最高人民法院历年司法解释为分析对象 / 244

- 一、转型时期的中国司法解释 / 244
- 二、司法解释的困境 / 246
- 三、影响司法解释的其他因素 / 261

四、从“命价”看司法解释的“能”与“不能” / 265

五、中国司法解释的发展走向 / 279

### 第三编 转型时期的法律制度创新

#### 第九章 横向法律关系的规则自治

——以私法体系的完善历程为视角 / 291

一、转型之初中国私法发展的总体背景 / 291

二、20 世纪 80 年代:中国私法的初步发展 / 292

三、20 世纪 90 年代:中国私法的高速发展 / 301

四、21 世纪:中国私法的成熟与完善 / 304

五、从“政策他治”到“规则自治” / 308

#### 第十章 纵向法律关系的制度调整

——以行政法律制度变迁为视角 / 312

一、行政法律制度变迁总述 / 312

二、行政主体法律制度的变迁 / 315

三、公务员法律制度的变迁 / 319

四、行政行为法律制度的变迁 / 322

五、行政程序法制的变迁 / 329

六、行政责任与行政监督法制的变迁 / 333

七、行政救济法制的变迁 / 336

八、走向法治政府 / 338

#### 第十一章 社会进步与人权价值取向

——以刑法典的人本化历程为视角 / 341

一、转型时期刑法改革的起点:1979 年刑法典 / 342

二、转型时期刑法改革的动力:来自现实的挑战 / 344

三、转型时期刑法改革的深化:1997 年刑法典 / 348

四、转型时期刑法改革的成果:八个《刑法修正案》 / 355

五、社会转型的刑法维度:来自历史的启示 / 371

#### 第十二章 中国法制和法学的转型

——以一国两制法治实践为视角 / 380

一、一国两制语境中的中国法制新定位 / 381

二、一国两制法治实践与中国法制转型 / 385

三、一国两制法治实践与中国法学转型 / 399

四、一国两制与“中国法系”:21 世纪中国法学的理论进路 / 408

**结论 / 422**

一、中国法律的近现代转型 / 422

二、从封建专制到民主法治 / 423

三、从民主法治到民生法治 / 426

**参考文献 / 431**

**附:本课题在研究过程中的主要阶段性成果 / 445**

**后记 / 447**

# 引 论

## 一、社会转型与转型社会

现在,学界一般习惯于把中国各种发展特征都用“转型”来表达,特别是经常用“转型”一词指称当代中国社会的结构性变动。的确,研究当代中国问题虽然可以从多个角度着眼,但其中社会转型是一个颇有意义的独特视角。甚至有学者称,“社会转型”概念可以成为我国社会学研究当代中国社会变迁的“理论支点”。<sup>①</sup>

“社会转型”一词来自于西方社会学的现代化理论和发展社会学理论。其实,“转型”是社会学对生物学概念的转用。在生物学的意义上,“转型”(transformation)是一种生物演化论,特指生物物种间的变异,即一物种变为另一物种,其原意指“微生物细胞之间以‘裸露的’脱氧核糖核酸的形式转移遗传物质的过程”<sup>②</sup>。这一范畴后来被移植到社会学中,则借喻社会的变迁,被用来描述社会结构的进化意义的转换和性变,通常是指传统的原型社会的规范结构向现代化范型(modernization paradigm)社会结构的演化。

1987年,台湾地区社会学家蔡明哲在他的《社会发展理论——人性与乡村发展取向》一书中,首次直接把“social transformation”译为“社会转型”,并表达了“发展”就是由传统社会走向现代社会的一种社会转型与成长过程的思想。<sup>③</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 《简明大不列颠百科全书》(第9册),中国大百科全书出版社1986年版。

③ 蔡明哲:《社会发展理论——人性与乡村发展取向》,台湾远流图书公司1987年版,第66、189页。

我国首倡对中国社会转型进行研究的是著名社会学家郑杭生教授,他于1989年发表了《转型中的中国社会和成长中的中国社会学》一文,倡议对“转型中的中国社会”进行研究,强调中国社会学只有植根于转型中的中国社会,才能具有“中国特色”。此后,郑杭生教授组织学界同仁在全国进行了多次抽样调查,在理论研究与实证研究相结合的基础上,完成并出版了《当代中国农村社会转型的实证研究》(1996年)、《转型中的中国社会和中国社会的转型》(1996年)、《中国社会转型中的社会问题》(1996年)、《当代中国社会结构和社会关系研究》(1997年)等著作。尤其是,郑先生关于“转型度”和“转型势”的思想,具有极其重要的方法论意义,为研究转型中的中国社会提供了新的研究视角和分析工具。现在,社会学界一般把中国各种发展特征都用“转型”来表达,特别是指社会的结构性变动。

在中国,“转型”这一概念是20世纪90年代以后才开始逐步流行起来的,其最早也是最典型的含义是体制转轨,即从计划经济向市场经济体制的转变。这与西方社会学的上述理论是一致的。

“转型”是主客观的统一。所谓“转”,指转变与调整,并强调着“主观”。从社会学视角理解,它标志着事物原有的模式和形态与人主观作为的重新耦合,预示着事物结构的序列及所内化出的累积性社会关系将发生改变,如将原有的身份资源转换为基于市场秩序的资源,对人的评价急速脱离具体的社会关系而愈来愈受外部力量左右,等等。所谓“型”,指模型,是一个机械学术语并揭示着“客观”。在社会学上,它强调事物的发生与形成有统一的基础、模式和形态,喻示着事物间的联系具有固定的结构与关系,表达出事物在发展与变化中追求无差别的取向。“转型”最初是一个限定很狭窄的概念,指的是经济的转型(transitional economy),后来才逐渐扩展到涵盖经济之外的众多方面。因此,社会转型的基础是经济体制的变化,但其影响涉及政治、文化、教育、科技和军事等社会的各个方面和领域。

社会的“转型”与“转轨”既有联系,也有区别。所谓“转轨”(transition)一般多指体制的转变、模式的变更;所谓“转型”(transformation)一般侧重包括体制在内的制度以及社会其他方面如观念等的转换。作为一个现实的社会发展过程,社会转型具有变迁的全面性、确定的方向性和过程的长期性等特征。不过,国际上也有部分学者不赞成“转型”这个提法,认为它体现了单一“目的论”(teleology),预设了仅仅一个固定和明确的终端目标。而在现实生活里,并不存在这样的一个目的地。

从内容上来看,社会转型包括社会结构的转型、社会主体价值观念的转型、社会组织的转型、社会成员身份系列的转型、社会生活方式的转型和社会人格

的转型等,而其基础则是社会结构的转型。社会转型是一种对于社会秩序的描述。按照社会的秩序状况,社会形态划分为常态社会和非常态社会。常态社会表征为制度规范、社会理性、政局稳定、生活有序;非常态社会表征为制度混沌、社会病态、问题丛生、生活无序。所谓的“转型社会”,即介于两者之间的既不是完全意义上的常态、也不是完全意义上的非常态的“过渡”社会形态。在正常时期的转型社会,通常指的是在良好的统治秩序下社会形态从一种正态转换成另外一种正态。一般而言,这种转换形态基本上涉及体制的转轨、制度的变迁和观念的变更,而不涉及颠覆式的政权更替,可以说是一种理性的、规则的形态变换。

“转型社会”即转型期的社会形态。一般具有的特点包括:社会结构的不平衡性、社会矛盾的尖锐性和社会制度的创新性。<sup>①</sup> 从一种社会常态过渡到另一种社会常态,即所谓理性的、规则的社会转型,与其他相对非规则的社会转型一样,裂痕、冲突、对抗都是在所难免的。为了维护稳定的社会局面,公共权力机构一方面通过传统公共政策范式去维系社会原有格局,另一方面又急欲寻找新的公共政策范式去弥合新出现的“缝隙”以及“非对称”的社会状况,因而不可避免地出现范式守护、范式冲突和范式叠加。于是,所谓的“双轨制”就是这一阶段的特色产物。<sup>②</sup>

## 二、中国社会转型的历史定位

从广义上理解,在人类历史上,每一次社会形态的更替,都经历过社会转型期。因此,中国历史上曾多次处于社会转型时期。例如,在战国末期,中国社会就面临过一次重大的转型。从社会结构上看,随着宗法制度的衰落,原来的地缘与血缘合一的地方行政组织转变为单一的以地缘关系为基础的行政组织,宗族血缘关系从行政系统中分离出去,地缘关系取代了血缘关系,行政组织代替了血缘组织。这个过程从春秋时期即已开始,到战国末期已基本完成。

中国的社会转型具有多种历史性质,从而可以进行多重历史定位。从最直观的意义上说,就是从落后的、传统的社会向发达的、现代化的社会发展。从广阔的历史背景来考察,中国社会自从1840年鸦片战争以来,一直处于从传统社

<sup>①</sup> 贺善侃:《当代中国转型期社会形态研究》,学林出版社2003年版,第41—51页。

<sup>②</sup> 陈潭:《社会转型与公共政策创新——以人事档案制度为例的分析》,载《湖南师范大学社会科学学报》2004年第5期。

会向现代社会转变的过程中,中国近代历史的整个进程就是中国社会的转型过程。到目前为止,这一转型过程已大致经历了三个时期:1840—1949年为第一个时期;1949—1978年为第二个时期;1978年至今为第三个时期。作为以社会为基础的法律,在每一不同历史时期的社会转型进程中,也必然呈现不同特点。

### (一) 1840—1949年:中国近代法律转型

关于近代法律转型的起点,多数学者认为20世纪初的清末法制改革是按照传统文化与近代西方法律文化的双重标准所进行的一次法律改造工程,是传统法制向现代法制过渡的转折点,此时旧传统消解,新传统形成,是中国法律近代转型的起点。<sup>①</sup>有学者则认为,近代中国法律转型“并不是人们通常论述的,仅仅是从晚清变法修律才开始的”,认为它是“经由林则徐、魏源、李鸿章、康有为、孙中山等几代社会精英的长期探索和奋斗才逐渐走向成熟的”,从洋务派的“稍变成法,引进西法”开始,传统法观念就开始呈现出向近代化趋势<sup>②</sup>;与此相同,有学者指出,中国法律从传统向近代转型不是“突发性的飞跃”,而是渐进的,不是“越过社会的基础性层面而直接进入上层建筑领域”,到清末的立宪和修律才迈出近代化的第一步的,而是从19世纪60年代第二次鸦片战争开始就起步;有学者认为,中国法制变革的实践,并没有与法制变革的思想同时起步,而是晚至戊戌变法才开始的<sup>③</sup>。也有学者认为,1911年孙中山领导的辛亥革命以及产生的资产阶级法制应该作为近代法制转型的起点。<sup>④</sup>实际上,无论起点定在哪,在20世纪的一百年里,以戊戌变法、预备立宪、沈家本修律、《临时约法》、《六法全书》为代表,书写了中国传统人治型法律逐步向近代民主型法治转化的复杂历程。

近代法律转型成果显著。就法律体系而言,有学者指出清末法制变革促使传统的中华法系的法律结构在形式上改变了“诸法合一”、“民刑不分”的法律编纂体系,构成了以宪法为主导的公法与私法相分离,实体法与程序法相区别的西方法律体系,意味着传统法律结构的历史性终结。<sup>⑤</sup>有学者认为,近代法律体系通过移植西法逐渐呈现国际化与本土化的趋势。<sup>⑥</sup>就法的观念而言,有学

① 参见公丕祥:《中国的法制现代化》,中国政法大学出版社2004年版,第251页;刘笃才:《中国法制走向现代化的历史进程》,载《走向法治之路——20世纪的中国法制变革》,中国民主法制出版社1996年版;夏勇:《法治源流——东方与西方》,社会科学文献出版社2004年版,第113页。

② 张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》(第2版),法律出版社2005年版,第356页。

③ 谢晖:《价值重建与规范选择》,山东人民出版社1998年版,第228页。

④ 侯强:《中国法制现代化发生期研究综述》,载《高校社科动态》2009年第1期。。

⑤ 公丕祥:《中国的法制现代化》,中国政法大学出版社2004年版,第251页。

⑥ 曹全来:《国际化与本土化——中国近代法律体系的形成》,北京大学出版社2005年版。

者认为近代中国开始由皇权无限向皇权有限转变,由否认民权向有条件确认民权转变,由行政与司法合一向司法独立转变。<sup>①</sup>有学者更为详细地从八个方面系统论述了近代法观念的转变:由固守成法到师夷变法,由维护三纲到批判三纲,由盲目排外到中体西用,由专制神圣到君宪共和,由以人治国到以法治国,由义务本位到权利追求,由司法与行政不分到司法独立,由以刑为主到诸法并重。<sup>②</sup>也有学者通过大量的资料梳理了近代中国“法治”话语的流变,认为“19世纪之前不为国人所知的‘法治’、‘法治国’、‘法治主义’之类的话语,20世纪初突然成为中国政坛的流行语言”<sup>③</sup>,认为清末新政期间“法治”作为一种思想和制度得到普遍的理解和接受<sup>④</sup>。也有学者认为近代“法治”的提出并不是出于对法治文化优势的真正理解,而是为了收回领事裁判权的权宜之计。<sup>⑤</sup>有学者主张清末民初中国法治思想的一大特色就是给传统的法治理念注入了民主自由思想并且突出变法主题,这个特色也使得中国近代法治思想有着三大明显的缺陷,主张区分三种意义上的法治思想:价值法则意义上的、政治法则意义上的和程序法则意义上的法治思想。<sup>⑥</sup>

尽管盘点成果的角度不同,但是通过一百年来变革,近代中国第一次从制度层面迈开了政治现代化的步伐,确立了不同于传统政治秩序的新型秩序。经过清末立宪思潮和立宪运动的促动,绵延千年的传统观念开始出现松动、甚至瓦解的迹象,法治主义、权利义务观念、三权分立原则、司法独立等话语开始渗入中国社会。尽管个别法律依然保留着浓厚的封建色彩,甚至有些也未及施行,但蕴涵着近代民主法治精神的法律体系框架已经被搭建起来。清末新政促进了宪政改革与宪政文化的发展,推动了早期政治法律现代化的进程,加速了传统专制法制的崩溃,使得民主法治逐步成为时代潮流。在清末以前,中国社会不知权利为何物,权力的专断更是有恃无恐。清末新政固然没有改变封建君主专制的实质,但至少使对专制从思想意识形态层面的口诛笔伐上升为制度的规制。在中国法律史上,第一次有了试图限制君权的宪法性文件,而且在这部宪法性文件中,公民的权利第一次出现,权力与权利同时在法律中首次得到关注。尽管它并没有使君权得以真正受到制约,臣民的权利也很少成为现实,但

① 公丕祥:《中国的法制现代化》,中国政法大学出版社2004年版,第251页。

② 张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》(第2版),法律出版社2005年版,第323页。

③ 程燎原:《清末法治话语》,载中南财经政法大学法律史研究所编:《中西法律传统》(第2卷),中国政法大学出版社2002年版,第205页。

④ 刘保刚:《晚清法治观念演变探源》,载《历史教学》2003年第11期,第15页。

⑤ 贺卫方:《二十世纪中国法治回眸》,载《中国青年报》2001年1月1日。

⑥ 夏勇:《法治源流——东方与西方》,社会科学文献出版社2004年版,第113页。

它对于中国法治发展的形式意义却是不可低估的,从此,对权利与权力的关系问题的探讨逐渐在中国历史大舞台上展开。如果说戊戌变法和清末新政,仅仅是在不触动传统专制体制基础上的法治改良,那么辛亥革命推翻清朝统治,后来逐步建立资产阶级民主法治国家、施行“五权宪法”,足可以说是民主法治的新生。资产阶级革命者缔造的南京临时政府通过《临时约法》,使中国的民主法治建设取得了突破性进展,虽然辛亥革命所塑造的临时政府如昙花一现,但民主共和观念却已然深入人心。之后,每届政府都不得不制定宪法以顺民意,而宪法若仅仅停留在形式上,民众又不能容忍,这使得任何以民主的名义建立的独裁统治都不得长久。在北洋时期政府像走马灯似的换,宪法也像走马灯似的一部接一部地制定,中国历史就在这破——立——破中前行,每一次变动都意味着一次进步。正是在这一次次的变动中,中国社会治理观念在不断增强,法治体系也在不断完善。可以说,近代以来中国社会的发展就是从专制人治到民主法治转变的历史性跃进过程,这个过程明显地表现为民主法治不断成长,专制人治不断衰落。在这个过程中,民主和专制,法治和人治不断发生冲突、斗争。

## (二) 1949—1978 年:中国现代法律转型挫折

从 1949 年 10 月新中国成立到 1978 年 12 月中共十一届三中全会召开的近 30 年间,由年轻的中国共产党领导的中国社会现代转型在取得了显著成绩的同时,也遭遇了重大曲折,在“阶级斗争”被看做是中国社会的主要矛盾的同时,法律虚无主义思潮盛行一时。

中华人民共和国的成立,标志着新民主主义革命的胜利。“社会主义”作为一种意识形态,在国家社会生活中获得了全方位的指导地位。新生政权在社会主义国家建设的许多方面做出了有益的尝试和努力。在法律领域,最突出的表现即 1954 年 9 月 20 日第一届全国人民代表大会第一次会议通过、颁布了《中华人民共和国宪法》。这是新中国第一部社会主义性质的宪法。该宪法序言指出:“从中华人民共和国成立到社会主义社会建成,这是一个过渡时期。国家在过渡时期的总任务是逐步实现国家的社会主义工业化,逐步完成对农业、手工业和资本主义工商业的社会主义改造。”这一认识被 1956 年 9 月 15 日至 27 日召开的中共八大继续肯定。刘少奇在八大会议上作了《中国共产党中央委员会向第八次全国代表大会的政治报告》,指出“外国帝国主义的工具——官僚买办资产阶级已经在中国大陆上消灭了。封建地主阶级,除开个别地区以外,也已经消灭了。富农阶级也正在消灭中。原来剥削农民的地主和富农,正在被改造成为自食其力的新人。民族资产阶级分子正处在由剥削者变为劳动者的转变

过程中。广大的农民和其他个体劳动者,已经变为社会主义的集体劳动者。工人阶级已经成为国家的领导阶级。它的队伍扩大了,它的觉悟程度和文化技术水平大大提高了。知识界也已经改变了原来的面貌,组成了一支为社会主义服务的队伍。国内各民族已经组成为一个团结友好的民族大家庭。以共产党为领导的人民民主统一战线,更加扩大和巩固了。”鉴于国内主要矛盾的新变化,党和国家的工作重心必须转移到社会主义建设上来:“党现时的任务,就是要依靠已经获得解放和已经组织起来的几亿劳动人民,团结国内外一切可能团结的力量,充分利用一切对我们有利的条件,尽可能迅速地把我国建设成为一个伟大的社会主义国家。”<sup>①</sup>但是,1958年5月5日到23日在北京举行的中共八大二次会议对我国主要矛盾作了新的分析:“在社会主义社会建成以前,无产阶级与资产阶级的斗争,社会主义道路与资本主义道路的斗争,一直是我国内部的主要矛盾。”<sup>②</sup>这从根本上改变了八大一次会议关于国内主要矛盾问题的正确定位。1959年8月2日到16日中国共产党第八届中央委员会第八次全体会议在江西庐山举行。毛泽东在庐山会议上将对彭德怀的批判说成是“一场阶级斗争”。1962年9月24日至27日召开的党的八届十中全会上,毛泽东进一步指出,在无产阶级革命和无产阶级专政的整个历史时期,在由资本主义过渡到共产主义的整个历史时期(这个时期需要几十年,甚至更多的时间)存在着无产阶级和资产阶级之间的阶级斗争,存在着社会主义和资本主义这两条道路的斗争。阶级斗争是不可避免的,是错综复杂的、曲折的、时起时伏的,有时甚至是很激烈的。无论现在和将来,我们党都必须提高警惕,正确地进行在两条战线上的斗争,既反对修正主义、也反对教条主义。从此,阶级斗争、路线斗争“年年讲,月月讲,天天讲”、“阶级斗争,一抓就灵”,“千万不要忘记阶级斗争”等话语开始流行。以“阶级斗争为纲”<sup>③</sup>被概括为全党全国各项工作的根本指导思想。

中国社会的主导矛盾被定位为是无产阶级与资产阶级、人民与敌人之间的“殊死搏斗”,社会冲突被定位为无产阶级和资产阶级之间的阶级冲突。在此种“敌我对立”社会结构下,解决冲突的方式是必然以消灭对立面为目标,镇压是实现该目标的最常见的手段。因此,有了对敌斗争要像“秋风扫落叶”一样,要“痛打落水狗”等形象、通俗的说法。这些说法所蕴涵的反规则、无界限的取向与法律有明显不同。法律的地位、作用在这28年中也经历了曲折的变化。

① 刘少奇:《中国共产党中央委员会向第八次全国代表大会的政治报告》,参见中国互联网新闻中心:《中国共产党历次代表大会》。

② 胡绳:《中国共产党的七十年》,中共党史出版社2004年版,第388页。

③ “以阶级斗争为纲”的提法,最早见于1964年9月中央为开展社会主义教育运动所制定的《关于农村社会主义教育运动中一些具体政策的规定(草案)》的“后十条”中。

1954年《宪法》第2条宣布国家的一切权力属于人民,确认我国人民民主国家的性质和人民代表大会制度这一适合中国国情的政权组织形式。同时,1954年《宪法》第85条确认“公民在法律上一律平等”,赋予公民广泛的民主权利和自由。董必武在党的八大会议上所作的报告明确指出:“我们目前在国家工作中的迫切任务之一,是着手系统地制定比较完备的法律,健全我们国家的法制。”1954年到1957年这一时期,宪法在国家政治经济生活中发挥了重要作用。但随着关于社会基本矛盾判断出现偏差,“以阶级斗争为纲”路线崛起,以稳定性、程序性、保守性见长的法律只能成为对阶级斗争的束缚,不可能有太多的生存空间。

1958年8月,毛泽东曾经说过:“公安法院也在整风,法律这个东西没有也不行,但我们有我们这一套,……不能靠法律治多数人,民法刑法那么多条谁记得了。宪法是我参加制定的,我也记不得。……我们基本上不靠那些,主要靠决议,开会,一年搞四次,不靠民法、刑法来维持秩序。”<sup>①</sup>伴随这种法律无用论的调子,法制被斥为“修正主义”,国家的立法工作停滞不前(作为最高立法机构的全国人大在1964年召开完第三届全国人大一次会议后,直至十年后的1975年才召开第四届全国人大一次会议);已有的法律得不到实施;司法机构名存实亡<sup>②</sup>;律师行业瘫痪;等等。直至十年“文革”期间,法律虚无主义发展到顶峰,1954年《宪法》所确定的国家基本原则和制度受到重大冲击和破坏。

有人概括说,1949年以后的近三十年时间内,国家倡导并推行“持续的阶级斗争”,不同“阶级(成分)”被政治、家庭和职业标准加以界定;阶级标签被用于政治运动的大众动员,以及生活机遇和社会身份的分配。这是一套被政府及其不同部门设计、支持乃至操纵的阶级系统。<sup>③</sup>反过来,这套阶级系统又为法律虚无主义提供了生存土壤;两者共同使年轻的共和国法律在现代转型过程中遭受重大挫败。

1978年12月18—22日召开的中国共产党十一届三中全会,断然决定停止使用“以阶级斗争为纲”口号,否定了1977年8月中共“十一大”仍继续肯定的“无产阶级专政下继续革命”、“‘文化大革命’这种性质的政治大革命今后还要进行多次”等“左倾”错误观点。党的十一届三中全会公报指出,在中国大规模

① 参见项淳一:《党的领导与法制建设》,载《中国法学》1991年第4期。

② 1959年第二届全国人大一次会议作出决议撤销司法部,1969年最高人民检察院被撤销,直至“文革”结束后才恢复。

③ 李静君:《中国工人阶级的转型政治》,载李友梅等编:《当代中国社会分层:理论与实证》,社会科学文献出版社2006年版,第57页。

的急风暴雨式的群众阶级斗争已经基本结束,对于社会主义社会的阶级斗争,应该按照严格区别和正确处理两类不同性质的矛盾的方针去解决,按照宪法和法律规定的程序去解决,决不允许混淆两类不同性质矛盾的界限。至此,中国社会转型被推进到了第三个阶段。

### (三) 1978 年至今:中国当代社会转型

1978 年至今为中国社会转型的第三个时期,即当代中国的社会转型。本课题主要着眼于这个时期。当代中国的社会转型主要指改革开放以来当代中国社会结构的变迁。具体内容包括:从计划经济体制占主导地位的社会向市场经济占主导地位的社会转型;从农业社会向工业社会转型;从封闭、半封闭社会向开放社会转型;从伦理型社会向法制社会转型;从同质的单一性社会向异质的多样性社会转型;等等。当然,对中国历史上各个不同的社会转型期的法律状况进行研究,无疑有助于探索当代中国社会转型的法律制度创新之路。

中国当代社会转型又主要经历了两个发展阶段:

第一个阶段开创“经济建设时代”。从 20 世纪 70 年代末到 90 年代中期,中国社会经历了全方位的嬗变。1978 年 12 月,中国共产党的十一届三中全会作出了党的中心工作由阶级斗争为纲转移到社会主义现代化经济建设上来的战略决策。工作中心转移的新战略,抛弃“以阶级斗争为纲”这个不适用于社会主义社会的“左”倾错误方针,解决了长期以来没有解决好的社会主义基本制度建立后的战略转移问题。这是新时期中心工作的第一次转型,开创了“经济建设时代”,开辟了中国改革发展开放的新时期,生产力的解放和人的发展成为社会整体变革的基本动力,经济体制的转变,进一步带动了社会各方面的变革,诸如政治体制的改革、社会观念的转换、生活方式的改变等。社会的改革和发展,同时也促使了法制的发展和完善。从 20 世纪 70 年代末开始的最初几年里,中国法制的发展体现为恢复法律秩序,重建最基本的法律制度框架。这种发展实际上是中国 20 世纪 50 年代法制模式的延续,是按照那时所构想的法制蓝图来实施的。具体的法律规定也都反映了当时法律理论的精神。不管是刑法、刑事诉讼法,还是民事诉讼法,都是如此。最能反映社会发展的法律规范莫过于与经济体制改革联系最紧密的经济法规范。经济体制改革的成果必须由相应的法律制度加以巩固。法制的积极推动作用使超前性立法大量出台,形成了立法的高潮,大量的经济和社会立法又反过来推动了社会的进一步发展。然而,具有超前性的法律毕竟是少数,而且更多的是在经济立法领域,经济发展的规律性和普遍性,使移植性经济法规的制定容易在经济滞后发展的国度里实施。更多的立法属于“滞后性”和“随机性”的。即使如此,仍然有许多法律在制定时

反映了当时社会发展的客观现实,具有应时性,但由于中国社会经济发展之迅速,加之法律理论研究的薄弱,往往使法律在制定后不久就滞后于社会经济的发展需要。

第二个阶段开创“制度建设时代”。进入 21 世纪,中国的长远发展目标不仅要实现经济现代化,而且还要实现制度现代化。只有如此,才能实现社会的现代化。为此,第二次战略转型即从经济建设为中心转向制度建设为中心,这是中国共产党执政方式的重大转型。经过改革开放,当代中国的社会转型已经不是单一的而是整体性的,不是某个具体领域而是全面性的。面对社会生活的整体性的、全面的转型,无论是经济领域里的计划体制向市场体制的转型,还是政治领域里的修修补补,对于解决问题都已经无济于事,社会发展既需要有综合性的政策策略,又需要灵活多样的有针对性的方法。因此,21 世纪中国的发展,必然首先是一种社会制度再造的过程。政治改革与社会制度创新的落后,已经成为经济继续健康发展和社会文明进步的障碍。没有关于社会生活的伟大的制度发明,就无从激发 13 亿人民的劳动创造活力,中华民族就不可能获得文化复兴。<sup>①</sup>

转型期的法律与社会研究主要涉及两个方面的问题:社会转型本身的问题和由社会转型所带来的法律问题。但毫无疑问,社会转型的过程即制度创新过程。由于原有的旧制度的全部或部分已经不能适应社会的变迁,于是需要改造旧的制度或创立新的制度。制度创新其实就是基于旧制度老化失效的情况下,寻求新的制度规则,选择成本小、收效快的组合路径,探索良性的制度替代方案,从而摆脱转轨阶段的制度困境,使适应相关制度环境的新型的公共政策回到常态社会当中来。

最后,必须明确两点:第一,制度创新不仅包括制定规则,而且更强调制度的根基——法律文化土壤的培育,否则,移植的规则难以成活,也成不了真正的制度。所以,立法的完备只能是规则建设任务的基本完成。第二,制度创新也不等于“制度拜物教”,不能将某种具体的制度安排直接等同于抽象理念。这种思维方式是对人类想象力、创造力和民主潜力的破坏。这种思维方式给特定历史条件下的具体制度安排以超历史的神秘的“必然性”,它给某些具体的制度安排以“虚假的必然性”,将其直接等同于抽象的理念。只有摆脱这一思维方式,制度创新才能得到充分的认识、研究和进一步的发展。

很明显,当我们讨论社会转型问题时,实际上已经是在“时间”维度中进行思考。我们从何处来?社会又转向何处去?究竟中国社会从哪里“转型”到哪

---

<sup>①</sup> 参见胡鞍钢:《第二次转型——国家制度建设》,清华大学出版社 2003 年版。