

公法论丛

中国 社会 结构变迁的 法学透视

——行政法学背景分析

张树义 著



中国政法大学出版社

公法论丛

中国社会 结构变迁的 法学透视

——行政法学背景分析

张树义 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国社会结构变迁的法学透视/张树义著. - 北京:
中国政法大学出版社, 2002.7

ISBN 7-5620-2243-7

I. 中… II. 张… III. 社会结构-研究-中国
IV. D66

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 052870 号

书 名 中国社会结构变迁的法学透视
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 北京博诚印刷厂
开 本 850 × 1168 1/32
印 张 10.375
字 数 220 千字
版 本 2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印
印 数 0 001—4 000
书 号 ISBN 7-5620-2243-7/D·2203
定 价 22.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮 政
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

总 序

公法始生于古罗马时期，迄今已两千余年历史，其间有了较为丰厚的知识积累。

然公法学之研究，于中国大陆则甚为贫瘠。盖因1949年以来所建立的体制所致。在一个“大公无私”的世界里，恐无私法存身之地，而私法之不存，在我辈所处之相对世界，则意味着公法亦难存。

然情况现在有了改观。1979年国人开始了几千年历史上最伟大的事件：改革。中国的变革最深刻之处在于：国家与市民社会二元结构开始形成。此种二元结构的形成于法律的影响，则是公法与私法的划分提上日程。显然，公共活动和私人活动遵循的法律规则并不同一，其间所涉，如个人理性与集体理性，个人的意思表示与公意的证成与表达，均遵循着不同的运行逻辑。经济学能够证明，每个人是理性的，但有理性的个人却可能合成“集体的无理性”。这说明，公法

规则与私法规则有别。职是之故，研究公共活动之运行规则乃中国制度变迁与制度创新题中应有之义。舍此，国家与市民社会的二元结构无缘求得。

中国法学研究中有一个非常奇特的现象：私人活动的空间十分有限，却生出一棵私法的“参天大树”，而公共活动的领域十分广阔，却长出一棵公法的“幼小弱苗”。二者之间形成了巨大的反差，个中三味，颇耐琢磨。其实，中国公法固然十分弱小，但私法也非真正的繁荣。在强大而无所不在、无所不包、无所不能的公共活动笼罩、抑制之下，何来私法之生存？所以才有了意识形态上的说法：社会主义国家的法律都是公法。中国向来是有公共活动，而无公法。然公法问题不解决，不独私法不可能真正繁荣，整个社会亦无法达至正常稳定。但天助我辈，广阔的公共活动领域的存在，为公法研究提供了广袤的土壤，也提出了严峻的挑战。还公法学以其本来面目，乃有意公法学理论研究者职责之所在。惟有通过深入的研究，探求公共活动应有之规则，进而将公共活动纳入法律的轨道，方可谓“行政法治”，方可谓“依法治国”。也惟其如此，中国方可谓真正开始了“建设社会主义法治国家”进程。

有鉴于此，故二、三志同道合者开辟了此学术园地：公法论丛。以此展现公法学术研究的成果，推进中国公法领域的学术交流与研究。

“公法论丛”，如研究公法之人应有宽大胸怀一般，是一个开放的园地，举凡国内法律界的研究专著、外国著作的汉译、有关公法研究的文集，只要符合论丛的学术旨趣和成果标准，均在采撷收入之列，以质取文，以文取人。其他如入选作者之职称级别、身份地位等等，皆非本文丛所关心者。

一棵幼苗长成参天大树，决非一时一刻之功。中国的法治状态，亦决非一群文弱书生，抑或一、二学术文丛所能实现。若本文丛能对中国的公法研究之进步及行政法治之实现有所助益，则于我等已属幸甚。

张树义

2002年6月

以法学为业

(自序)

一、我的心路历程

大凡人之立世，必有安身之所，我选择了法学。

选择法学，对于我来说，绝对是一件偶然的事。当年，少不更事之时，去了北大荒，做了个“修理地球”的农工。等到8年后返回北京城，却忽然觉得有些迷惘，偌大的一个北京城，仿佛没有我的立身之地。想来也是，1966年那场多少有些让人不堪回首的“文化大革命”开始之时，我小学刚毕业，经过3年的所谓“复课闹革命”，1969年离开了北京城去了遥远的边疆。16年河东，8年河西。以一个初中毕业生，准确地讲，是小学毕业生，没有学历；刚回京城，也没有财力，连生存都存在问题，你拿什么体现自己的价值？好在还有一颗经历8年艰难生活却磨而弥坚的“赤子之心”。经过1年短暂而艰难的彷徨与挣扎之后，我上了大学。继而感觉还不满足，仿佛生活在和你开玩笑，多年积聚下来的老问题没有找到全部答案，却又平添了许多新问题。于是，又于1983年考上了中国政法大学的研究生。毕业后留校，开始了我现在仍然在从事的教学、研究生涯。这7年的学业虽然一笔带过，个中的艰辛却只有经历者自己最清楚。这可能要感谢8年的北大荒生活。在

2 以法学为业（自序）

那段磨难中虽然奉献出了我最宝贵的青春，但却使我获得了人生最大的财富：一种坚韧不拔的性格以及底层生活的经验，它使我一生受益无穷。一个人的一生有很多无奈，可能会面对很多你所不能选择的情况，就像汹涌海潮中的一叶扁舟，无力抗争；但对于你能选择的一定要把握好机会，更为重要的是，如何走好。只有这样，你才能争取到更多的选择权利。

其实，自1986年研究生毕业留校至今，我有许多机会离开学校，甚至也曾动过这一念头。记得研究生毕业之时，由于帮助国家体改委搞过一个课题，体改委欲商调我去那里。但考虑再三，我选择了留校。我喜欢学生那一双双渴望求知的眼睛，当然他们也给我许多，尤其是那不太成熟、可能略带跳动而又富有挑战的提问，使你能保持一颗永远年轻的心；我喜欢那一方自由的三尺讲台和宽松的校园氛围，你可以在思想的海洋中“畅游”，因为教育原本的宗旨就是“能够达到独立自主地进行思考”（马克斯·韦伯）。我更喜欢那相对较为宽裕的时间，他可以使你有更多的机会向那些大思想家们“讨教”问题，使你经常感觉到自己的无知而追求有知。我平生喜欢大海，因为它深邃而平静。静能致远，静而生慧。正是在这种略显平静而平淡的生活中，一个信念慢慢形成：以法学为业。不过，这似乎还应有一个蜕变的过程。

1995年，在澳门回归之前，为了实现三大任务之一的“法律本地化”，应新华社澳门分社之邀，我暂时离开学校去了澳门。之所以去澳门，于公，是为了将所学应用于实践；于私，则是为了近距离观察大陆法系与英美法系两大法系在过渡社会状态下的走向，而这正是本书主题所涉及到一个重要问题。对此，澳门实在是一个再理想不过的地方。澳门的3年之

中，除了完成本职工作之外，大部分时间都沉醉于我所感兴趣的阅读、思考之中。对于只受过不多正规、系统的学术训练的我来说，一个最大的收获是完成了思维方式的转变。以至于回到北京后的一段时间内，我甚至感觉到处于“失语”状态，有点不知道如何思考问题了，也不知道如何写文章了。但我心里清楚，这大概就是“蜕变”所必须经历的痛苦。

以法学为业，正如马克斯·韦伯所言，“是精神贵族从事的一种事业”。“观念是在它们高兴时才对我们显现的，而不是在它们使我们高兴时对我们显现。最好的观念实际地出现在人的头脑中的方式，正如艾瑞所描述的那样：它出现于坐在沙发上抽烟时；或如赫尔姆霍茨以科学的精确性谈到他自己时所说的那样：它产生于在缓慢下坡的街道上散步之时；或者它是与其他同类方式产生的。但在任何情况下，观念都是我们对它们没有期望时所产生的，不是在我们对之苦思冥想和搜肠刮肚时产生的。然而，倘若我们不在书桌旁苦思冥想，并以极大的热情致力于寻求答案，我们头脑中也确实不会产生这些观念。”思想家就是思想家，在这种不经意中，那些启迪人们智识，滋润人类心灵的涓涓细水流淌出来。

你无法抗拒这种生活！

二、中国的过渡法学

观此标题，许多人大概会不知所云。其实，这不过是我读《中国的过渡经济学》的一点感想。尽管我选择了以法学为业，但这并不意味着自我“画地为牢”。就法学的研究方法而言，有内部观察法和外部观察法两种。内部观察法更多关注的是法律规范、概念及其逻辑结构等，这方面的研究使法学成为自足的学科而独立于科学之林。其中堪称典范的，当属哈特的《法

4 以法学为业 (自序)

律的概念》。外部观察法则将法律视为一种社会现象，侧重于法律与其他社会现象之间的联系中考察法律，如经济、如政治、如文化，甚至法律和时间、和地理、和气候，举凡一切社会因素，不论自然的，还是人文的，都在观察的范围之内。学术研究如果没有深沉的积淀和宽阔的视野，那就很有可能是在制造“学术垃圾”。过往的中国法学可能更多关注的是内部，我近年的研究旨趣却在外部。尤其是经济学、社会学。

尽管经济学家们似乎有一种偏好，仿佛世间的一切现象都可以经济学的观点加以解释，但我仍以为，经济学是目前社会科学中最有生气的学科。过渡经济学的提出即为一例。

对于正统经济学来说，近年来在原计划经济国家中发生的市场化改革，与其说是胜利，不如说是挑战（盛洪语）。经济学家们一语惊人。确实，计划经济的失败，映衬着市场经济的胜利，但从学术角度而言，它对正统经济学所提出的不啻是一种挑战。因为在西方经济学理论中，有的是市场经济自发而形成的理论，却缺少如何从计划经济过渡到市场经济的理论。这恰恰是中国所面临的，也是中国经济学家必须解决，从而也是其所能做的贡献所在。中国学者对中国如何从计划经济向市场经济过渡问题所做的研究，往往可能会对正统经济学理论做出补充、完善，甚至可能是修改。这是时代赋予中国学者的使命。每每读此，不禁为经济学界的精神所感慨。由此自然也就想到了中国法学，似乎面临着同样的挑战。

中国人治的失败，与其看作为西方法治的胜利，不如看作为对它的一种挑战。因为人治的失败，尽管显示了法治的优越，我们也因而放弃了人治而选择了法治，但在人治向法治的过渡中，西方法治理论中却缺少相应的指导。如何从人治状态

过渡到法治状态，这是中国法学研究所面临的问题，对此类问题的研究，可能要对西方的法治理论做出相应的修正。应该说这是中国法学所能作的贡献。故此我们可有中国过渡法学之说。

中国过渡经济学的提出不仅是一个命题，更重要的是一种思维方法，它所着眼的是中国从计划经济向市场经济的过渡过程的研究。在十几年的改革中，我们积累了极为丰富的实践经验和理论文献，我们突然发现，在过去的十几年中我们学习其他国家的这种模式、那种模式，现在我们自己也成了模式，中国的市场化道路逐渐获得了它的独特的理论含义，对中国改革的过渡过程的研究就具有了一般理论意义。

确实，每个国家都有其自己独特的发展过程，从而形成特殊的文化和特定的国情，从这个意义上说，从来就不存在着普适的理论，所谓知识从来都是“地方性”的，“毋必毋固”是学术研究应有的态度。在这方面，经济学做出了应有的贡献。迄今为止，中国的经济体制改革已取得了令人瞩目的成就，无论是在改革的具体内容方面的市场组织或自发地、或由政府倡导和支持所形成的完整体系，还是改革过程的渐进式发展，经济学都做出了功不可没的贡献。相比之下，法学则显得有些落后了。

说其落后，最主要的原因是：法学在思维方式上还没有跳出“西方中心主义”的窠穴。由于近代以来西方经济的发达所造成的强势，在社会科学研究中掌握了“话语霸权”，法学研究中所使用的概念、术语基本上是来自于西方。最要命的是那种削足适履式的思维方式，偏要把中国“现实之脚”，装进西方“理论之鞋”。其实，自从社会学、文化学、人类学等学科

相继出现后，其研究成果也早已促使西方的学术研究有了转变。哈耶克的“自发秩序”原理，吉尔兹的“地方性知识”学说，霍贝尔“初民社会的法律”理论，等等，都向中国法学研究发出警示信号，难道中国的法律还必须由西方学者来研究才能搞明白吗？

你不能不面对中国的现实！

三、关于中国社会结构变迁的法学透视

既然关注中国问题，就不能不以中国改革为背景。因为近代以来，对中国最具有意义的事件，恐怕就是我们现在正在进行的体制改革。本书的主题，是我多年酝酿所形成的。早在帮助体改委做课题之时，出于对中国改革的一片热心，就在思忖着改革的意义：它究竟对我们意味着什么，对法学意味着什么，对行政法又意味着什么。对于中国改革所造就的变化，有责任感的科学工作者都会倾注心血。有人说，中国的变革经历了三个阶段：文学革命，它勃发了人们的激情，使长期受计划体制禁锢的人们思想开始活跃起来，冲破了精神方面的桎梏；经济革命，它解构了“政治时代”，使人们判断事物的标准发生了位移，出身、等级等观念被利益、效率等标准取而代之；社会革命，它引发了人们全方位、深层次的思考，投入“经济之潭”的石头波及到社会，中国的改革由此扩展至整个社会。在我看来，下一轮所进行的是法律的革命，我们正面临着社会秩序的重构，这是时代赋予法学的职责。

我的专业是行政法学研究，中国社会结构变迁似乎与行政法有些“不搭界”。但其实，科学无国界，研究也无边界。之所以从社会结构变迁的角度透视主要是基于以下考虑：

中国现实发生的最深刻的变化，不是某一方面，也不是某

项制度的变革，而是20年改革所累积的社会结构性的改变。我将其称为“世纪性结构变迁”。行政法学应自觉地将自己的研究置于这种结构性变化之中。因此，它也是为中国行政法学研究寻找一个新的起点。一切行政法问题，恐怕都应该立足于这一基点来考虑，一切有关行政法的观点、结论，都应当在世纪性社会结构变迁这个“理性的法庭”面前为自己的生存作辩护。此其一。

不同于西方行政法学，中国行政法的发展先天缺少宪政这一背景。缺少背景不等于没有背景，中国的背景就是社会结构变迁这一背景。在这一社会结构变迁中正蕴涵着宪政因子，只不过需要学者们去发掘。因此，西方行政法学发展的路径是从宪政走向行政法，故此才有奥托·梅耶那惊世骇俗之言：“宪法死亡了，行政法永存”。但中国行政法的发展却恰恰是互逆的，即从行政法走向宪政。此其二。

更为重要的是，我从来不认为社会生活是切块存在的，而是各种社会因素共存于社会之中。它们彼此相互交织，其间有着错综复杂的关系：共存与冲突、融和与碰撞、矛盾与依存，由此而形成的有关社会生活的知识也无限多样。正是在这个意义上，哈耶克说，“人的知识是有限的”。学科的划分只不过是為了研究的需要，因为我们如果不对其进行分类，就几乎无法认识我们所欲把握的对象。但这里隐含着学科的划分往往是一个“陷阱”。中国法学已被学科的划分切割得支离破碎。中国社会的发展已到了需要学科整合的阶段。如果再固守学科的界限而拒斥对其他学科知识的吸收，那我们恐怕就只能称这样的知识是“伪科学”了。

正是因为上述的原因，我们不仅选择了法学的视角来透视

8 以法学为业（自序）

中国社会结构的变迁，而且以本书作为《公法论丛》的开篇之作。不希冀能有多高深的理论，惟期望对法学之学术发展有所启示。

张树义

2002年6月

于法大寓所

目 录

1	总 序
1	以法学为业 (自序)
1	第一章 导论
1	一、中国改革理论的检讨
5	二、社会结构的变迁
10	三、社会结构变迁的法学透视
17	第二章 社会主体结构的变迁：一元化—多元化
17	一、社会结构与主体
22	二、主体一元化社会的形成
40	三、一元化主体社会的分化
53	四、社会主体的再造
67	第三章 社会权利结构的变迁
67	一、关于社会权利结构的认识
78	二、社会权利结构的形成
92	三、社会权利结构的变迁
100	四、人身权结构

108	五、社会权利结构的重新配置
122	第四章 社会关系结构的变迁:身份社会-契约社会
122	一、身份社会的形成与特征
139	二、身份制社会的分化
147	三、身份社会结构向契约社会结构的转化
161	第五章 社会秩序的重建
161	一、世纪性社会结构变迁
175	二、秩序——新社会结构的焦点
186	三、关于中国市民社会的建立
199	四、政府的职能与作用
209	第六章 社会变迁与法律秩序
209	一、社会秩序新的权威——法治
223	二、社会变迁与法律多元
247	三、中国法律多元化的走向
260	第七章 社会结构变迁与司法
260	一、司法在社会结构中之地位
277	二、社会结构变迁中的司法改革
300	三、司法与行政的关系考察
310	参考文献
316	后 记

第一章 导 论

一、中国改革理论的检讨

伟大的变革需要全新的观念和理论加以指导。

因为，任何一种制度的变革首先都是以人们的思想观念的变革为先导，物质的、实在的世界的变革不过是人们思想观念变革的外化。

同样，任何一种制度的变革都需要理论的指导，因为任何一种制度的变革都首先是人们思想观念变革的外化，因而，没有一种理论指导的变革，企望获得成功是不可想像的。

进而，任何伟大的变革也需要全新的理论加以指导，因为，伟大的变革意味着对社会的全面更新、创造，没有全新的理论指导，对社会的全面更新、创造也就无从谈起，

人们常说，中国的改革正在使我们从一个政治时代走向经济时代。这似乎是对我们这个变革时代所具有的特征的最典型的概括。政治时代确实即将过去，但随之而来的是否就是经济时代，却值得怀疑。人类社会发展的目标究竟是什么？或者说，什么是社会的发展？我们有理由在伟大的变革面前驻足发