

法律文化研究文丛

法制与治理

—国家转型中的法律

强世功

中国政法大学出版社

法律文化研究文丛

法 制 与 治 理

—国家转型中的法律

强世功

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法制与治理:国家转型中的法律/强世功著. —北京:
中国政法大学出版社, 2003. 6
(法律文化研究文丛)
ISBN 7-5620-2442-1/D · 2402

I. 法... II. 强... III. 法制—研究—中国
IV. D920. 0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 051786 号

书 名 法制与治理
——国家转型中的法律
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 清华大学印刷厂
开 本 880 × 1230mm 1/32
印 张 13. 625
字 数 320 千字
版 本 2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷
印 数 0 001 — 4 000
书 号 ISBN 7-5620-2442-1/D · 2402
定 价 28. 00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@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。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

谨以此书献给我的母亲
并纪念我的父亲

作者简介

强世功 北京大学法学院副教授。中国人民大学法学学士(1990),北京大学法学硕士(1996)和法学博士(1999)。《北大法律评论》主编(1999 - 2000),美国哥伦比亚大学法学院访问学者(2001 - 2002)。主要研究领域包括法学理论和宪法学,发表相关领域的研究论文、书评、译文和译著多种。

主编者言

《法律文化研究中心文丛》自 1996 年问世以来，已经出版著作 10 种，其中有专著、文集、译著等，内容涉及法律理论、法律史、比较法、法律社会学、法律人类学等。原“编者说明”述其宗旨为“将私人交谈转变为公共话语，通过平等的交谈和论辩取得最低限度的共识，并在此基础上建构自主的学术空间和建立学术共同体，……通过开展严肃认真的学术讨论和学术批评，逐步建立新的评判标准和评判机制，探求法学研究规范化与本土化的途径，寻找理论创新的可能”。《法律文化研究文丛》将更新旧版，赓续其事，继续坚持批评和反思的学术立场，提倡跨学科之法律研究，深入探究和理解中国的社会现实和法律现实，改善中国的法学研究，推进中国的法治事业。

梁治平

法律文化研究文丛

主编

梁治平

我们究竟贡献了什么？

——法律社会学的初步反思（自序）

—

上个世纪 90 年代中期，在关于学术研究规范化与本土化的讨论中，苏力教授以他所特有的敏锐和犀利，向学界提出了一个非学术（或者前学术）的问题——“什么是你的贡献？”农民贡献了粮食，工人贡献了钢铁，对于学人来说，“我拿什么奉献给你”无疑是一种本能的反映。这个问题的提出虽然是“非规范化”的，但却捍卫了“本土化”的立场，捍卫了学人坚持本土的政治立场。无论学术多么科学规范、多么玄妙超然，学人可不是不食人间烟火的神仙，而是和工人、农民一样生存在大地上，生存在一个具体的国度之中。正是这个具体国度使得学人的学术贡献具有了特别的政治意含。“什么是你的贡献”尽管说的是学人的学术贡献和思想贡献，而且这些贡献往往被理解为对全人类的普遍贡献（“科学无国界”）。但是，这个贡献的前提是政治性的，它实际上在追问：什么是中国人对人类的贡献？当然，这个贡献不仅仅是经济增长、技术进步和政治稳定，而且也包括学术与思想。总而言之，是一种文化与文明意义上的贡献，甚至是一种生

2 我们究竟贡献了什么？（自序）

活方式的贡献。

“什么是你的贡献”直接提出了社会科学知识的主体性问题，由此构成了社会科学规范化与本土化之间的张力。如果没有这种文化主体性问题，我们在社会科学规范化的意义上实在难以回答刨根问底的“追究”：为什么我们要研究中国的村庄？为什么不能仅仅翻译西方思想经典或者海外汉学的研究成果？尽管“本土化问题”也可以在学术规范化下进行思考，但无论是借助文化科学与自然科学的分类，还是依赖哈贝马斯提出的知识三型，都只能掩盖知识主体性的问题，而不能取代这个问题。苏力的这个质朴的前学术问题构成了学术研究规范化难以消化的硬核，它像利刃一样不时在划过中国知识分子的心。说到底，苏力首先是站在学问的“外面”来看待学问的，是从一个人的生存意义上来看待学问的，具体说来，就是从一个谋求中华文明之复兴的知识分子的政治立场来看待学问的。这个政治立场才是学问的“根本的根本”（苏力援引的袁可嘉的诗句）。因此，“本土化”在苏力那里与知识类型之类的规范化思考没有关系，而是与知识的主体身份联系在一起。“本土化”之所以重要是因为我们是中国人，而且是处在西方知识体系（以及背后的政治经济力量）支配下的中国人，是对自己的民族传统充满自信而对现实处境焦虑不安的中国人，否则我们为什么不把其他国家的村庄作为我们的社会科学研究对象呢？由此，我们才能理解为什么苏力总是抱怨人们对他提出的本土资源概念的误解，也可以理解为什么他在关于现代性与后现代性的争论中，最后会坦诚地向对手拱手让步：“我们这一代都是现代主义者”。

正是基于对本民族传统和智慧的自信，苏力才称中国是一个学术的富矿，本土化研究就是在挖掘这些富矿。“什么是你的贡献”实际上是在问：“你在中国发现了什么？”尽管苏力认为这些

发现作为一种“解说”对于中国复兴的现实来讲微不足道，尽管他认为这些发现的价值取决于国家的经济实力，但苏力所说的发现一定是学术的发现，他所说的贡献也一定是学术方面的贡献，是在一个社会科学规范化传统中的贡献。这种贡献是由工人、农民、商人和知识分子在一个政治共同体中的自然分工所决定的。因此，苏力的本土化立场反过来强有力地支持了社会科学的规范化，尽管人们更关心他所提出的本土资源问题而不是他所提出的语境论的研究路径。

现在，距离提出中国社会科学规范化与本土化的问题差不多已经过去10年了，我们有必要检讨一下在社会科学规范化的研究中，我们究竟贡献了什么？由于社会科学的专业分化，这里所能检讨的仅仅是法律社会学的研究，而且作为本书的序言，只能是对我自己在这个领域中的研究进行初步的检讨和反思。

我自己差不多是在社会科学规范化和本土化讨论的背景下开始法律社会学研究的，本书可以看作是自己在这个研究领域中的一个小小的总结。这些研究一开始并没有一个明确的主题，也并非因为受到“什么是你的贡献”这一追问的感召，不过，这些研究都有意无意地围绕法制在中国的命运展开的，这是基于近代以来法制的曲折发展所产生的问题意识。本书的标题“法制与治理”意在表明法制在国家转型中与国家治理之间的复杂关系。由于受到了社会科学规范化的影响，理论范式的运用成为本书研究中的一个关键。从某种意义上说，本书关心的与其说是作为研究对象的中国法制，不如说是研究这种对象的理论工具。贯穿本身的“国家与社会”范式、程序主义的法制观和国家治理这个概念，就可以看作是本书的在“解说”中国法制过程中的学术努力。要回应“什么是你的贡献”这个提问，就必须检讨本书中所使用的“国家与社会”范式、程序主义的法制观和国家治理这个

4 我们究竟贡献了什么？（自序）

概念。当然，由于历史的进展，这里的检讨不仅在回应差不多10年前的提问，而且也在回应当下的现实生活。

二

今天，我们的法律越来越被理解作为一种具有普遍性的社会规则，其目的在于约束国家权力以保护个人权利。在“依法治国”、“约束公权力”和“国家退出社会”的呼声中，在依照WTO规则来清理法律规章的过程中，法律的普遍性和规则性获得了前所未有的显赫地位。这种法律据说与个人尽情享受私人自由的文明秩序联系在一起，这种文明的生活秩序被称之为市民社会，法律就是为了保证市民社会的生活秩序。我们的民法典正在审议之中，它被看成是个人享受私权利的圣经。正是在这种文明化和理性化的过程中，法律最原始的野性被驯服了，法律赤裸裸的暴力被驯化了，法律的政治意识被消解了，法律变成了普遍的理性规则。20多年来，我们的法律史，看起来就是驱除法律中的野蛮要素、暴力要素和政治要素的历史。70年代末“人治”与“法治”的大讨论第一次给法律赋予新的意含，法律从无产阶级专政的暴力工具变成了约束恣意权力的工具。80年代初关于法的“阶级性”与“社会性”的论战实际上是为了否定法律的国家暴力属性，如今这项工作已经完成了，但并不是在理论上完成了，历史的遗忘比理论的论证更为有力。今天除了考试用的教科书，谁要是说法律是体现国家意志的暴力机器，肯定会遭到文明人的嘲笑，因为90年代以来随着市场经济的发展，“权利本位”取代“义务本位”已经为我们的法律赋予了新的灵魂。

这样一个驯服法律的过程在理论上往往表现为一个遗忘的过

程，我们忘记了法律的目的服从于政治秩序的理想，忘记了法律的力量来自国家的暴力。在市民社会的私人生活看来，国家无疑是最大的恶，因为国家垄断了导致恶的根本性力量——军队与法律。法律的暴力往往是国家制造罪恶的帮凶，专制和暴政往往是通过法律的暴力实现的，这似乎构成了法律的耻辱。在我们的历史上，这种耻辱就是那种无所不在的“弥散性惩罚”，以至于整个社会都变成了“惩罚的社会”。（参见本书第三章）因此，只有溯洗法律的耻辱，驱除了法律中的野蛮要素，只有将法律塑造为实现公平正义的普遍性规则，才能参与建构市民社会的生活秩序，这就是为个人享受财产、隐私等消极自由提供最大可能空间的社会，并依此来对抗国家的野蛮。

无论我们如何通过思想史的梳理来定义“市民社会”，这个概念的中文意含总是让人自觉不自觉地想象起“清明上河图”里描述的文人墨客、青楼酒肆、车夫商贩云集的市井生活的繁华。然而，这种生活如何可能呢？仅仅依赖这种理性化的普遍规则能保护公民的财产权、自由权并维持这种生活秩序吗？对于那些坚信市民价值的理想主义者，历史是最好的导师，也是最好的清醒剂。昔日东京汴梁的繁华轻而易举地被蒙古人的铁骑所埋葬，就像雅典的美好自由生活在外邦人的军事进攻中所毁灭一样，这足以证明市民社会的善无法维护其自身。不过，雅典的灭亡产生了《伯罗奔尼撒战争史》这样伟大的政治教科书。自由生活必须由强大的国家暴力来捍卫已经差不多成为罗马帝国以来西方的政治信条和道德信条。因此，西方政治的典范不是雅典，而是罗马，不是自由风范，而是共和精神。市民社会秩序的真正敌人是割据的封建秩序，是一盘散沙的无秩序或自然状态，而绝对主义国家或者强权君主有时候会成为市民社会秩序的同盟军。在近代历史上，市民社会的法则固然是民法典，但是我们不要忘了，这部民

法典被称之为“拿破仑民法典”。

因此，对法律暴力的遗忘实际上隐含着对国家的遗忘，对市民社会如何可能的遗忘，对自身历史的遗忘，对“人对人是狼”这种无秩序状态的遗忘，对我们身处的弱肉强食的恶劣环境的遗忘，对追求美好生活的政治信念的遗忘。没有强大的民族国家，没有坚定的政治信念，市民社会的财产、安全与和平不会获得保障。如果说国家暴力和政治斗争是一种恶的话，那么这种恶也是为了克服市民社会本身的恶，克服深深植根于人性中的恶。国家暴力是一种必要的恶，而且是政治斗争由此达至至善之至恶。

三

本书就是这种时代遗忘症的一个见证，尽管它在自觉不自觉中与这种遗忘做斗争。当人们已经习惯于不假思索地使用“社会转型”这个概念时，我在本书中一直坚持使用“国家转型”这个概念，因为没有国家转型实际上就不可能出现社会转型，或者说社会转型没有特别的意义。不过，无论是使用“国家转型”还是“社会转型”，都是放在“国家与社会”这个理论框架下来讨论的。在今天，“国家转型”与“社会转型”这两个概念的区别之所以显得如此重要和迫切，就在于我们如何在理论上看待“国家与社会”。

“国家与社会”作为普遍采用的理论分析框架是90年代社会科学兴起的重要成果之一。这个分析框架的提出不仅是一种理论思考，而且也意味着一种政治表述。这里所谓的政治表述并不是说这种理论的提出或者适用具有什么明确的政治目的，而是说这种理论本身就支持了某种政治立场并由此产生了具体的政治效

果。

社会科学的原则基于价值自由和社会科学自主性，这些原则本身就假定社会科学知识的生产是非政治的，它有自己的自主性逻辑，不受政治、经济等要素的影响，不受政治的干预和国家的控制。与此相呼应，“国家与社会”范式也在假定社会具有不受国家干预的自主性。尽管理论思考不受国家政治的控制和作为理论思考对象的社会不受国家政治的控制是两个问题，但是，在“国家与社会”的分析框架中，或者在“市民社会”的概念中，这两个问题紧密地联系在一起。知识生产领域和市场秩序领域乃至乡村社会秩序领域构成了独立于国家的“市民社会”。这样一个“市民社会”概念不仅是反映了1990年代初知识分子的政治诉求，而且反映了社会科学在本土化研究过程中所遇到的问题，本书的第十章就检讨了“市民社会”概念在中国所面临的问题。

由于社会科学的兴起以自主性科学的面目出现，1980年代知识分子在国家政治生活中如何捍卫个人价值信念的知识分子人格问题在1990年代就轻而易举地转化为知识分子群体如何构成市民社会一部分的问题。知识进入了生产领域（“知识生产”这个概念已经溢出了知识社会学的范畴），成为市场经济的一部分。社会科学研究与市场经济秩序正是在“市民社会”这个概念中形成了同构，二者都属于不受国家干预的社会领域。知识分子走下了“立法者”的神坛，成为知识市场上的产品提供者，成为文化商人，由此导致所谓“人文精神衰落”的哀叹。“捍卫人文精神”（人文科学）与“知识生产市场化”（社会科学）构成了1990年代相互对立两个的主题。这种对立其实是虚假的、表面性的，二者不过是同一根茎上盛开的两朵不同的鲜花。这个根茎就是没有价值根基的“自由”，是“漂泊知识分子”的自由，是社会科学研究的价值自由，是市场经济的交易自由。自由主义不仅构成了

市民社会理论的政治意识形态，也构成了 90 年代流行的“国家与社会”分析框架的政治基础。

因此，“国家与社会”表面上是知识自主增长的科学范式，实际上却产生了巨大的政治效果。甚至可以说，它从一开始就不是中立的。中立是自诩的；一旦中立就意味着可以采取任何价值立场，并且可以有效地掩盖这种政治立场。“国家与社会”范式的前提假定存在着独立于国家的社会，并由这个独立的自由社会决定了“国家与社会”的关系。也就是说，不是“国家与社会”的关系决定了“国家是什么”和“社会是什么”，而是“社会是什么”决定了“国家与社会的关系是什么”，进而决定了“国家是什么”。因此，“用社会来规定国家”就是“国家与社会”关系的政治实质。这种政治立场在法学中不仅体现在“用社会权力来规定国家权力”以及“通过法治社会来实现法治国家”的主张中，而且体现在法学界关于“刀治”（“法制”）与“水治”（“法治”）的争论之中。如果不理解这种争论的政治目的，就会简单地将这些争论看作是缺乏学术依据的无聊的口水仗。由此，在“国家与社会”范式中，国家不再是一个独立自在的存在实体，而是社会的附庸，国家没有自己独立的意识，其存在仅仅是服务于社会的需要，比如保护市场经济、保护交易安全、保护市民社会中的个人权利等。相应地，“国家与社会”关系中的“国家”不过也是按照契约自由原则建构起来的法律国家，而与具体的历史文化传统没有关系。

基于社会契约论的国家社会关系混淆了哲学上的形而上学幻想与真实的历史进程，或者说，这样一种社会契约的国家观本身是反科学的，与社会科学的实证立场是不一致的。无论是人类学的研究还是历史学的研究，都表明没有国家是通过社会契约建立的，现代国家是基于民族而自然形成的民族国家。在社会科学的

背景下，“国家与社会”范式不可能落入自由主义社会契约论的形而上学建构之中，而必须采用社会科学工具获得有效的证明。正是在这里，新制度经济学为国家与社会关系的自由主义基础提供了科学有力的辩护。作为“社会科学皇冠上的明珠”，新制度经济学为其他社会科学的逻辑提供了效仿的样板。在它看来，无论是社会、还是国家都是通过“理性人”这个假定而建立起来的。“理性人”就是自由主义对个人自由的理想想象，是一个没有文化和历史背景的欲望个体。但是，新制度经济学的力量就在于它有效地防止了“理性人”概念堕落为纯粹的假定。经济学家们通过对所有社会关系的分析试图证明“理性人”不是形而上学的假定，而是真实的具体的存在。这种理性人由于其知识上的局限性导致社会秩序只能是一个自生自发的秩序，这样一个经验的秩序才是真正良好的秩序。由此，作为“国家与社会”范式之基础的自由主义不再需要道德形而上学的捍卫，而是基于社会科学的证明，自由主义的自生自发秩序就是有限的个人知识与他人知识以及集体知识之间形成的秩序。

尽管社会学、人类学和法学对“经济学帝国主义”抱有学科本能的警惕，但却积极主动地投入了自由主义的自生自发秩序的怀抱。自生自发秩序正是在社会学、人类学和法学的具体研究中完成了对历史与现实生活的无声“敲诈”，自生自发秩序由一种学科假定变成了真实的历史进程。国家之外的社会、“大传统”之外的“小传统”尤其成为社会学、人类学和法学关注的焦点。人口的自然增长、民间习惯法的形成、商业网络的建立、家族村庙的复兴、乡村社会的调解、法律职业群体的形成等等都为这种自由主义的自生自发秩序提供了科学的、实证的社会史支持。“社会”或者“民间”成为一个想象的异邦，构成了“国家与社会”范式的支点。

其实,这种关于社会的想象不过是为了解构传统的国家想象,因为“社会”这个概念是在自由主义的自发秩序概念下建构起来的,它必然与传统的权威主义的国家想象相冲突。于是,自由主义和作为其必然后果的后现代思潮结合在一起,用口述的历史颠覆文献的历史,用村庄的历史颠覆国家的历史,用商业的历史颠覆政治的历史,用感觉的历史颠覆阶级的历史,用习俗的历史颠覆革命的历史,一句话,用支离破碎的历史颠覆所谓“大写的历史”。正是在这一系列“游击战”式的解构活动中,“国家与社会”范式以自主性社会科学的名义完成了以自由主义立场批判现实的政治任务。如果说1980年代对现实的批判是一种公开的政治批判,1990年代的这种批判则是静悄悄的批判;如果说1980年代的政治批判是直接针对政治现实展开的,那么1990年代的批判则是针对现存政治秩序的知识传统展开的。作为本书理论框架的“国家与社会”或“大传统与小传统”只有放在这样的背景中才能得以理解,其中广泛采用的“权力技术”分析是进行解构的有效工具(第五、六章和第八章),尤其第二章就通过对法律治理化的政法传统的谱系学分析来寻找中国法律新传统的起源,以期解构中国没有形成由自主性法律职业团体所支撑的“法治”的政治根源。

四

一旦采取自由主义的立场来理解社会,并采取后现代主义的策略来解构国家,如果这种解构式的批判不是导向彻底的虚无主义,那么这种批判的基准在什么地方呢?既然社会科学的价值是