

# 社会变迁与法制

季 卫 东

本世纪中国一直在进行变革,但是迄今为止与现代社会发展的需要相适应的制度建设仍然辗转于放权与收权循环不已的“动态平衡的陷阱”之中。要突破这种困境,就必须寻找一条能够把个人选择与制度选择衔接起来的“法律通道”。本文参照西方的有关理论和实践经验,针对中国的实际情况,重点分析了法制在社会变迁中的各种作用及其功能条件、操作方式等,提示了在系统与环境的互动进化过程中实现法制改革的具体思路。作者建议采取多元主义和功能可变、等价的观点,从既存条件中发现和充分利用可以移植、嫁接和生长新事物的契机。

作者:季卫东,男,1957年生,日本国立神户大学法学院副教授兼博士生导师。

## 不变与激变之间的制度因素

回顾二十世纪中国的历程,的确有沧桑巨变之慨。黑格尔所描绘的“停滞的东方国家”的图像昨是而今非,当代汉学者们倒在对变动不居、捉摸不定的中国感到困惑了。社会组织化程度也有了空前的提高,经济活动已经可以进行统计筹划,孙中山曾为之痛心疾首的“散沙状态”在很大范围内不复存在。虽然目前开始讨论民间社会“板结”这一重要的问题,不过毕竟国家动员资源推进产业化、有效控制社会变迁的机会结构也自有其存在的意义。

但是,不断的社会变迁迄今为止并没有带来令人满意的制度创新,国家和社会的关系还没有摆正、还不具备适当的中介和调节的机制。人们在单位制中发现了传统的家族制的影子,<sup>①</sup>在承包制中发现了“保人(包)”连环链的传统经济秩序的现代翻版。<sup>②</sup>在搞活经济的市场化过程中,由于还缺乏公平的制度条件,无规范的竞争不仅有残酷化倾向,而且正在酝酿着腐败和不满。一方面,旧的社会控制的松动引起了过渡期的振荡和混乱,从而导致对安定和秩序的追求;另一方面,“一刀切”的令行禁止却又会压抑选择的自由,从而导致对巨变和放任的渴望。这就是中国社会变迁过程中出现的所谓“一放就乱、一管就死”的两难处境。因此,我们有必要适时进行冷静的反思,认真研究规章制度的存废破立的问题。

与现代市场经济相适应的制度建设,不仅要完备保障个人选择自由的条件,而且应着重于形成一个能够把个人理性选择累积起来并使之升华为制度选择的循环系统。换言之,要把国家和市民社会有机地结合成为一个法律共同体,促进实定法秩序和自生秩序之间互动、对流。然而,我国传统法的特点在于:特别强调实体合法性而轻视程序要件的完备,法律适用

<sup>①</sup> Walder, Andrew G., *Communist Neo-Traditionalism: Work and Authority in Chinese Industry*, University of California Press, 1986.

<sup>②</sup> Mceldery, Andrea L. "Guarantees and Guarantors in Chinese Economic Reforms", a paper for the Vietnam Committee for the Social Sciences, 1989.

往往在僵硬化和肆意化之间走极端，目前的法制建设仍未跳出这样的怪圈：一谈周详规定就变得条文烦苛，一谈灵活运用就变得比附失当。这种状态与前面提到的社会变迁中的两难处境恰成呼应之势，构成了某种动态平衡的陷阱。社会变革往往半途而废，困死在这一放权和收权循环往复的迷魂阵里；新的施政措施多半由此而只开花、不结果。改变现状的关键在于确立正当程序观念。因为正是公正而合理的程序，尤其是司法程序使法制区别于命令，成为个人选择和制度选择的纽带。

所以，关于社会变迁的研究必须与制度创新、法制改革以及程序建设联系在一起。基于同样的道理，即使非常专门的法解释学研究也无法脱离现代化的历史背景，无法回避变革中的实践问题。

## 法制在社会变迁中的作用

如果我们把社会变迁定义为涉及个人之间关系型式的社会结构的部分或全部的显著变化的话，那么可以认为：持续的社会变迁是现代化社会、尤其是二十世纪的一个显著特征。技术、货币、权力、信息等中介机制的发达，导致了社会变迁的加速。这一趋势深刻地影响了法制系统。为了反映和实现不断变化的社会需要，法的修改可能性得到强化；这种可变性被认为是现代法的一个基本的构成因素。<sup>①</sup>

关于法与社会变迁研究的先驱者沃尔夫冈·弗里德曼曾经指出，对于社会变迁来说，法既是反应器又是启动器；而在这两种功能中，尽管法的反应性得到更加普遍的认知，但是法的积极启动作用正在逐步强化。<sup>②</sup>在法能否积极组织和推动社会变迁的问题上一直存在着不同意见。赞成者认为国家以法律为手段、通过控制行为方式来组织社会变迁是必要和有效的。<sup>③</sup>反对者则认为在大多数场合，法只不过助于创造社会变迁的条件，并不能直接产生社会变迁；必须在与社会各种条件的相互关联中认识法的功能。<sup>④</sup>目前的情形是：在实践中，伴随着社会的法制化程度的加深和国家管理职能的扩张，法经常作为独立变数干预社会过程，并为经济和政治的发展打开突破口；但另一方面，对法的功能期待与法的实施效果之间又存在着巨大的反差。而在理论上，从70年代中期开始，西方学者对法制化走过头的病态进行了批判，对法与社会变迁研究中的一元化、决定论以及功能主义的偏颇作了反思；强调有管理的自治和强调法对社会变迁实行间接控制的各种学说主张也层出不穷。

让我们首先对关于社会变迁中法的角色定位的几家最有代表性的新理论略加评述讨论，然后再具体分析法在社会变迁中各种作用的方式和条件。

在有计划的、受到有意识调控的社会变迁中，法处于什么位置或者状态才能有效发挥作用呢？按照N·卢曼的观点，<sup>⑤</sup>法的本质首先在于它有安定化的效应，现代法是通过对社会

① Galanter, Marc "The Modernization of Law", in Myron Weiner(ed.) *Modernization: The Dynamics of Growth*, Basic Books, Inc. 1966.

② Friedmann, Wolfgang, *Law in a Changing Society* (2nd Ed.), Columbia University Press, 1972.

③ 参见 Dror, Yehezkel, "Law and Social Change", *Tulane Law Review* 1959, Vol. 33 pp. 787-802; Grossman, Joel B. & Mary H. Grossman (eds.) *Law and Social Change in Modern America*, Goodyear, 1971.

④ 参见 Trubek, David M., "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development", *The Yale Law Journal* 1972, Vol. 82 No.1 pp. 1-50.

⑤ 参见 Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, Verlag GmbH 1972.

中的可变事物不断进行选择作用来实现安定的。与此适成对比,中国法的传统做法则是通过压抑或放弃选择去追求安定。而在选择性安定化的过程中,法解释学理论的抽象能力比立法计划更重要,因为“这种抽象性允许更充分的复杂性和可变性,允许社会中出现更新颖的各种制度,赋与它们抽象的权限”。<sup>①</sup>从中国的现实也可以发现,由于解释学不发达,尽管不断制订和修改立法计划,法依然不能很好适应一日千里的发展局势,不得不面临要么无视既定法规以求变通,要么牺牲法的安定性去随时修改法规的困境。另一方面,在考虑社会变迁中法的功能时,有意识地把偶然的、暂时的以及可变的各种关系编织到法律体系中去规范方式也十分重要。这种规范方式在与社会同步变迁的意义上可以称之为“学习的法”,<sup>②</sup>它有助于弥补法律僵化的缺陷。中国的法律试行制度具有与之极其类似的特性。<sup>③</sup>N·卢曼的观点注意结合规范预期和事实认知这两个基本方面,认为在社会变迁过程中法的典型状态是:法自觉地认识到社会对自己的功能期待,但具体的角色定义始终是法根据其自身的逻辑进行选择后的结果。

以依法的社会变迁为中心课题的伯克莱学派,比卢曼更加强调整法的自身内在发展这一变数。该派的代表人物P·诺纳和P·塞尔兹尼克把法的变迁理解为服从一定的制度逻辑的进化过程,主张一种新型的法——“应答的法”是进化的必然结果。在应答的法中,可以成为社会变迁和秩序重建的能动工具的基本因素有:积极主义、开放性和认知能力。他们认为,在应答法体制下“制度有必要由目的来引导。目的能够设立批判既存的规章制度的基准,并据此开拓出变革之路。同时,如果真心实意对待的,那么目的也当然能够制约行政裁量,从而也可以缓和制度屈服(于社会压力)的危险”。从他们论述的前后脉络可以看出,这里所说的目的并非单纯的统治阶级意志的政治表现,而是指价值层次至政策层次的合法性。关于法的变迁动因,他们认为“准则和原理的交相作用”最重要,因为正是“在这里变化的源泉得以从法秩序内开掘出来”,而且因为只有“这样才能在使法的变更更容易进行的同时维持法的连续性”。<sup>④</sup>

与此相反,比卢曼更加强调整法以外的因素和社会对法发展之影响的是J·哈贝马斯。他把现代社会的变迁与法的发展结合起来,分为四个时期——即“市民国家”、“市民的法治国家”、“民主的法治国家”、“社会民主的法治国家”——加以考察,指出法制化的起因是生活世界驯化经济和行政子系统的需要,但到第四时期,干预主义法的膨胀导致了社会病态。哈贝马斯认为法制化的结果是破坏了生活世界的内在机制,作为法发展的替代方案,必须重视社会中的日常对话等沟通活动原理,建立起所有关系人都能参加的调整纠纷、形成共识、通过交涉做出决定的程序。这种调整纠纷的程序的基础在于:把普遍主义的道德原理转化为论证规则。这种道德论证规则既是选择的,又是形式的,为了保证基于论证规则的形式性共识在内容上的真实性,需要设定“无限反复的合理性共识”这一前提。在无限反复的对话过程中,本来能够对抗事实变更的共识(规范)也随着理解和状况解释的改变而逐步变化。<sup>⑤</sup>

① 同前页注⑤。

② 同前页注⑤。

③ 详见季卫东:《论法律试行的反思机制》,《社会学研究》1989年,第5期。

④ Nonet, Philippe & Philip Selznick, *Law and Society in Transition; Toward Responsive Law*, Harper & Row, Publishers, Inc.) 1978; 并见 Teubner, Gunther, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law & Society Review* 1983, Vol. 17 No.2 pp.239-285.

⑤ 村上淳一,《德意志当代法的基层》,东京大学出版会,1990。

我们不妨援例取意,把这种动态的规范姑且称为“沟通的法”。

G·图依布纳被认为是承传卢曼的衣钵并有所修正和创新的法社会学者,同时也综合以上三大理论而集其大成者。他仔细分析了诺讷和塞尔兹尼克关于应然的法的概念内容,发现其中不仅有法的实质化倾向,而且有法的反思化倾向;他把后一倾向中表现出的在内部结构、外部功能、正当化方式、思考原理等方面的各种特征与卢曼的“反思机制”的概念结合在一起,构筑了所谓“反思的法”的学说。这种学说综合考虑法发展的内因和外因,以卢曼关于法系统“对应于社会的适当的复杂性”的概念为中介,将哈贝马斯的社会“组织原则”导入法的结构之中,进而把这些观点与诺讷和塞尔兹尼克的法“内部动态”的概念联系在一起,推演出一种新程序主义的结论。<sup>①</sup>该学说把改善法系统与社会环境的结构性衔接方式、扩大法系统内部替代选择的范围,作为以法制调节社会变迁的有效方案。从更加法律论的立场上来看,它提倡在私法和社会法领域中“以有效的内部自律来代替干预主义的国家统制”。在这种角色转换过程中,反思过程的重要性突显出来,程序化现象普遍发生,法的社会控制方式在相当程度上由直接的改为间接的。相对于其他有关学说而言,图依布纳的主张被认为至少对法律家有更强的说服力。

上述论点各自有不同的侧重:卢曼强调法系统在调整与社会环境及其变迁的关系时的自我参照性,哈贝马斯强调超越于法制之外的实践理性和个人间的对话、共识的意义,诺讷和塞尔兹尼克强调目的的普遍价值和实质正义,图依布纳强调可控的自治和程序正义。但更重要的是它们表现出的共同倾向,即都注意法的过程性、选择性、交涉性和中介性,除伯克萊学派之外都在不同层次上强调程序的意义。鉴于中国的社会变迁的现实需要以及法的程序缺陷,我们有必要重视这种法社会学研究的动向。

在讨论法与可控的社会变迁的关系时,不能不涉及法系统对于外部环境的功能。法的这种功能一般可以分成为以法为中介的社会动态过程、能够控制社会变迁的功能前提条件、一定法律措施的社会效果等三方面加以考察。由于篇幅关系,在此只对第二个方面——可控制的社会变迁的基本条件略作如下分析。

首先,社会关系必须在法制层面上有流动化的可能性。要使社会流动化,有两种方式非常重要。一种是通过分散既存的权力、而不是立即削弱或者任意剥夺这些权力的办法,逐步减轻权威主义秩序的重负,扩大自由的幅度。另一种是通过把社会组织中的确定的归属原理转换成不确定的功绩原理的办法,建立和健全能力主义的专业分工体系,扩大选择的余地。

其次,保持法的系统独立性或者说功能自治性与社会关联性或者说功能相互性之间的适当平衡。法制没有独立性就不能有效地发挥安定化的作用,但如果这种独立性太强则有可能脱离社会现实,反而引起法系统与社会其他子系统之间的紧张。

第三,强化法律行为的实用主义的工具性指向。在一日千里地不断发展变化的现代社会中,法律工具主义的倾向势在必然。对此卢曼曾经说明过其理由:“工具性行为注定它当然要承认自身的变更可能性,并随着各种观点的展开而委身于自我操纵和外部操纵。它不能抵抗变更本身,顶多只能从变更的目的观点抵抗之”。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> Teubner, Gunther, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law & Society Review* 1983, Vol. 17 No. 2 pp. 231-285.

<sup>②</sup> 同102页注⑤。

第四，变革措施能够调动个人积极性、使之成为内在化的自觉行动，并与社会其他方面形成协调的关系。这也涉及社会变迁的正当化和正统化机制。

在上述功能前提条件之下，法对社会变迁究竟能够起到什么样的具体作用呢？法能够积极地组织或者促进改革吗？在理论上，关于这类问题学者们之间存在着不同的看法。一部分人认为通过法制实现有意识的社会革新是现代社会的特征，对以法图变的必要性和有效性给予了高度评价。<sup>①</sup>另一部分人则认为法在多数场合只能有助于形成社会变迁的条件，而不能直接产生这种变迁，因此必须在与社会其他条件的相互关联之中认识法的功能。<sup>②</sup>在实践中，伴随着社会的法制化和国家管理职能的扩张，法在社会变迁中往往作为自变量而发挥积极的作用，为经济和政治的发展打开突破口。同时，法与社会脱节而缺乏失效的问题也的确存在。这说明对于法的功能应该有一种相对的、有分析的持平之论。

社会变迁中法的作用可以分为直接的和间接的两种来考察。法的直接运用指通过规定法律义务及相应的制裁措施改变人们的行为或态度，以实现一定的变革目的。法的间接运用则是指提供可以孕育变革的制度框架和条件。<sup>③</sup>这里不准备对法在社会变迁中的作用进行实例研究，而侧重于建立一个有助于理解和实现这种作用的初步的分析模型或者概念架构。

在法作为社会变迁的工具而直接加以运用时，其操作方式主要有以下三种：

(1) 通过法律规定的实施引起行为型式的变化。这种场合权力作为中介具有特别重要的意义。权力不仅指以刑罚为典型的国家的物理强制力，而且广泛包括司法制度、警察、租税制度、公共财产和资源的管理能力。<sup>④</sup>在现代社会中，政府在资源的分配和再分配中发挥着越来越重要的作用，因而权力行使的重点由消极制裁转移到积极制裁上，权力行使的效果也较明显。特别是有关开发的法律，其制裁的典型与其说是惩罚毋宁说是报偿、奖励。<sup>⑤</sup>

(2) 通过对国家职能的调整、变更和基本制度的改革，重新编排社会结构的各种关系。在制度改弦更张之际，应该特别强调对机制的认识和灵活利用。所谓机制，可以定义为能够根据具体情况进行功能选择 (functional alternative) 的活动复合体，其本质在于富有选择可能的弹性结构。这里存在着的强制机关与强制对象之间的复杂的相互作用必须充分反映到制度革新之中，尤其要注意直接影响法律实行的各种互动关系，例如法律信息的供给与接受、法律决定的制订与异议、利用法律制度的便利条件、因事制宜的法律贯彻方式等等。

(3) 通过以形成某种政策为目标的审判、法律执行过程中的裁量、特别的法律措施启动或者促进社会变迁。在这种复杂的操作过程中，技术往往左右结果。法律技术主要指严格地操作法律的概念和命题的法律家的思考方式，不仅仅限于有说服力的法解释学方法，而且包括行政手段以及其他法律执行的各种手法、恢复和调整社会关系的技巧、改善法律设施的措施等等。

在法作为孕育或促进社会变迁的框架、条件而间接加以运用时，权力的行使和变迁的结果之间不存在显著的相关关系。法的影响只有通过经济杠杆及其他中介系统、社会资源的动

① 参见 Dror, Yehezkel, "Law and Social Change", Tulane Law Review, 1959, Vol.33 pp.787-802.

② 参见102页注①。

③ 同注①。

④ Morison, John, "How to Change Things with Rules", S.Livingstone & J. Morison (eds.) Law, Society and Change, Partmouth, 1990.

⑤ Seidman, Robert B., "Law and Development: A General Model", Law & Society Review 1972, Vol. 6 No.3 pp. 311-342.

员才能表现出来。例如在版权法中增加关于保护计算机软件的规定似乎并不直接引起社会变迁,但这种立法措施却可以导致软件产业的繁荣和有关技术转让的活跃,进而可能通过技术制度的中介作用带来非常深刻的社会变化。与此相似,教育法制对未来社会也具有长远的影响。竞争的市场经济是产生社会变迁的重要动力机制,因而维持市场经济健全运行的法律制度也间接地对社会变迁发挥重要作用。

除了上述直接的和间接的作用之外,还应该重视法在与意识形态的关联中所起的作用。例如在日本明治维新和 80 年代英美的社会变革中,法与一种强有力的新意识形态结合在一起并且作为该意识形态的传导装置强化了改革措施的正统性和实施效果。<sup>①</sup>

## 法制的变迁及其与社会的关系

我们考察法在社会变迁中的作用,不能忽视法自身的变迁。一方面法反映社会、经济的各种关系并随之不断进行调整性变更,另一方面法还按照其内在逻辑实现自我进化。法的自我进化反过来又作用于社会环境,形成新的社会进化和法制进化的条件。任何变迁都是在法与社会的这种相互进化的交换关系中达成的,这一点在私法与产业市场经济的发展史中看得最清楚。

关于法制变迁和社会变迁的关系,劳伦思·弗里德曼认为,如果以变迁的起源和结果为标准加以考察,那么在理论上法的变迁可以分为四种类型。即(1)起源于环绕法系统的外部社会且其影响仅及于法系统的变迁,(2)起源于法系统的外部,通过法最后作用于外部社会的变迁,(3)在法系统内部发生且其一切影响也限定在法系统内部的变迁,(4)起源于法系统内部、经过一定法过程之后再对外部社会施加影响的变迁。<sup>②</sup>除了表现纯粹的法律内在运动的第三类型外,实际上法制变迁与社会变迁之间只存在三种关系。其中由社会变迁而引起的法制变迁最为常见,例如政治体制的改革带来了修宪运动,全球市场的形成引起了私法统一化。由法制变迁而引起的社会变迁最著名的实例是 A·托克威尔所指出的美国继承法的改革有力地推动了平等化的社会过程、摧毁了妨碍民主化的地方豪族这一史实。类似的现象还可以在中国和日本移植西方亲属法的社会效果方面看到。需要指出,在这种场合也存在法制变迁先行于社会变迁的“法的超前(legal lead)”问题,它有时会使新的立法由于不具备功能要件而流于形式。以法制为中介的一系列连续的社会变迁更加普遍。例如美国的自由放任主义体制在经历大恐慌之后向新政体制的过渡,就是以联邦立法权的扩张、为建立被称作“罗斯福法院”的联邦最高法院而进行的人事刷新、经济法和社会法的激增作为津梁的。

在考虑法制变迁的关系时,必须重视作为法制运作的角色扮演者的职业法律家的属性和活动方式。法律家不仅是国家规范的宣示者和执行者,而且是社会控制机构的组成部分,同时也应该是反映民众的愿望和要求的传导装置。一般认为法律家是社会中比较保守的成员,这是因为法对社会变迁的反应必须依法而行,新法必须与一切现行法律规定相协调,不可能

<sup>①</sup> 山室信一:《近代日本的知性与政治》,木铎社,1985; Morison John, "How to Change Things with Rules", S. Living stone & J. Morison (eds.) Law, Society and Change, Partmouth, 1990.

<sup>②</sup> Friedman, Lawrence M. The Legal System; A Social Science Perspective, Russell Sage Foundation, 1975.

总是那么及时和充分。但法律家的思考方式是理性的而非肆意的、兼容并包而非独断专行的，尤其律师更具有庶民性，因而法律家也可以在社会变迁中起到积极的作用。例如在18世纪法国大革命中法律家、特别是律师对反动的统治集团进行了激烈的抵抗，连受到“被阉割了政治意识”之讥的德国律师也在许多地区登上了19世纪三月革命的舞台。<sup>①</sup>法律家在美国独立革命中则成为领导力量，使这场革命相比较而言副作用更少、制度化的意识更强。<sup>②</sup>

社会变迁和法制变迁往往不可能齐头并进，由于社会和法的各个构成部分对时间的感受性和运行率不一样，会发生某一因素的变动先行而另一因素的变动滞后的变速不均现象。法制具有在同一形式下功能可变的结构特征，并且是作为社会变迁的制度化、安定化装置而存在，因此法制变迁较社会变迁滞后的情况多有发生。但是，可以容许的“法的滞后 (legal lag)”是有限度的。如果在时机成熟后仍然不及时变法，法的滞后就会转变成“法的阻害 (legal delaying)”，妨碍进一步的社会变迁。<sup>③</sup>

现在让我们再来看看纯粹的法系统内在运动、或者说独立进化。这意味着按照一定的顺序通过某些不同的阶段。关于法系统的独立进化的理论可以大体分为两大类：一类以同一化程式为主，强调进化的普遍性、趋同性。例如梅因所谓“从身份到契约”、拉斯布尔夫所谓“从个人法到社会法”、斯通所谓“从归属指向的身份到功绩指向身份”等命题以及瑞典达教授综合以上命题提出的“身份—契约—职能”公式。另一类以差异化程式为主，强调进化的特殊性、可变性、偶然性以及多元发展的趋势。其中又存在两种不同的倾向，即：像A·瓦特森那样强调法的移植和无机合成以及个人的法变化过程的观点和像图依布纳那样强调法的生态和“机会结构 (opportunity structure)”以及全息性的有控制的自治的观点。无论持何种学术立场，在分析法的阶段性进化时都不能不考虑以下一些基本问题：关于反映进化中的时间含意的历史资料如何进行解释，怎样认识进化中矛盾物的对立统一的反馈机制，能否确定在进化中实现自我超越（即进化通过自我认识而达到进化过程本身的进化）的条件标准，等等。

促进和控制法的进化的操作因素是法系统与社会环境之间存在的复杂性的落差。法既反映社会的复杂性又缩减这种复杂性，因而既有具体性又有抽象性，既可以容纳千变万化又可以进行预测把握。在操作法与社会的复杂性落差的过程中，有三种机制——分化和多样化机制、随机选择和合理选择机制、定向维持和安定化机制——必须同时运转。与这些机制相对应的制度要素是专业分工和机构分权、公正程序，以及法解释学上的抽象。

与法的进化有直接关系的是法制改革，它既可以由国家机关按照一定的政策目标有计划地自上而下施行，也可以通过社会运动的自下而上的推动、由进步的法律家集团排除政府的阻挠去实现。法制改革实际上是一种周期性的或者螺旋式的变化。R·庞德称其为在非正义与合法的正义之间往返的历史过程，M·韦伯称其为在实质正义与形式正义之间的选择紧张。由于社会发展阶段、文化背景以及国家政策的不同，同时进行的法制改革往往并没有普遍的共同模式，甚至可能采取截然相反的路线。法制改革的方式有“托古改制”、继受移植、试行创新等不同的类型。

① 上山安敏：《法社会史》，米思咨书房，1966。

② Surrency, Frwin C. "The Lawyer and the Revolution", in Sara Robbins (ed.), Law: A Treasury of Art and Literature, Hugh Lauter Levin Associates, Inc., 1990, pp. 166—171.

③ Levine, Evyatar, Legal Justice and Social Change; A Philosophy of Law, Rubin Mass, Ltd, 1990.

导致改革遭受挫折和失败的主要原因其实往往并不在于保守势力的抵抗或者对于新事物的拒否情绪，而在于作为改革对象的既存秩序具有多样的功能、具有不能由新的法律措施简单地取而代之的独特的意义。为了避免改革的夭折，需要把握单一功能的改革措施在多功能的现实中的效果和出乎意料的副作用，因而需要强化反馈机制以及相应的模拟、监控、学习和反思的制度化作业。由于法制改革包含着改革的主体本身也处于改革的对象结构内部的自反性问题，反思作为克服法系统的病理现象、保证改革顺利进行的前提条件具有特别重要的意义。在对法制进行彻底改革之际，法对社会的控制方式由结构性控制转变成反思性控制，违法行为不仅仅是制裁对象，而且也是法改善自身的参照物，即变成了法向社会学习的主要的认识对象。在这种情形下，法的交涉过程侧面凸现出来，程序成为变革期间解除合法与非法、合理性与非理性等一系列悖论的关键。

### 变迁的方向和步骤

如果说社会变迁的是与否则的判断以构造上新要素的有无为标准，变迁的大与小的判断以其空间范围、时间范围、强度、烈度为观测指标的话，那么，变迁的方向如何确定呢？现代化理论把产业化作为独立变数和出发点，提出了组织的大规模化、职能分化、人员分配规则的利益本位化、社会开放性和流动性的增大、产业权力的肥大化、权力分配规则的科层化、民主化、物质分配的平均化等分析框架。<sup>①</sup>但是近年以来，强调社会的特殊和内在发展的倾向日益强劲，这种理论认为社会变迁的方向是个人的自主、共生这一大前提下的多样化。<sup>②</sup>

在激烈的变迁过程中，社会具有远离平衡状态的耗散结构，随机涨落机制使各种措施的效果带有极大的偶然性、无目的性，事态的走向难以确定。在这样的场合要通过法制进行社会控制，扩大随机选择的自由度和加强临机应变的合理性就成为重要的功能要件。就具体的操作而言，首先，必须有意识地选择一个“以不变应万变”的重点（例如中国市场化过程中的企业改革），把可以利用的社会资源集中投到这个部位。这一方法可以称作重点倾斜政策或者“发展极”政策。其次，围绕既定的重点使某种过程或制度因素通过自我催化反应得到加强加速（例如企业股份化、股票上市与证券交易）。再者，利用所谓歪打正着的非线性变化的关系，在自我催化的过程中不断寻找杠杆支点，以收“四两拨千斤”之效（例如通过法人相互持股的方式培养国内产业投资机制）。最后，必须抓住突变分叉的机遇，及时进行筛选、定向发展和制度化的工作。本文开头已经指出，这是迄今中国社会变迁中的最大的薄弱环节。

如果我们同意现实生活的矛盾、对立和抗争是社会变迁的原动力这一命题的话，那么应该承认发展的契机正是存在于统合对立因素的中介过程之中。现代法制作作为矛盾的制度化结果，具有很强的中介性；而法在社会发展中的角色地位就取决于这种中介作用。中介有妥协的一面，但是这种妥协是以允许不同主张的存在价值和対等交涉的制度安排为前提的。与此不同，实质性的妥协则往往只能压抑或化解矛盾，但却缺乏在发展中扬弃矛盾的建设性契机。因此，有必要在社会变迁中把实质性妥协的组织原理转变成制度性妥协的组织原理。

法制的变迁一般说来是与社会的变迁相对应的。但是正如马克思在《政治经济学批判大

<sup>①</sup> 富永健一：《社会变动理论》，岩波书店，1965。

<sup>②</sup> 鹤见和子=川田侃（编）：《内发的发展论》，东京大学出版会，1989。

纲》中曾经指出的那样，社会关系作为法律关系出现时会产生不平衡的发展。这种不平衡状态及其自身演变的样式反过来又对社会变迁产生相当的影响。在1949年后很长的一段历史时期内，中国法与社会的衔接方式是不妥当的。其问题用一句话来概括，就是“社会的过组织化，法制的过社会化”。社会过组织化造成政府控制一切的官本位、民间社会萎缩、缺乏活力和选择的自由。法制的过社会化造成“应然”与“实然”的混同，一切变动不居而少有必要的制度建设。因此，在研究社会变迁以及法制在社会变迁中的作用时，我们不得不同时甚至优先考虑法制变革的问题。

在西方社会，现代法制的形成和变化经历了以下三个阶段。第一是法形式主义阶段，以各国基于市民社会的商品经济需要进行的大规模法典编纂为象征，在所有权神圣不可侵犯、契约自由的原则指导下强化法的形式合理性。第二是实质的干预主义阶段，以福利国家和社会主义国家以法制干预经济为特征，具体表现为法系统的集中化、管理法规的增加、不法行为法的扩张、司法权的积极化等等。第三是现在正在进入的间接控制主义阶段，其基本倾向是强调法通过不断的自我修正对社会实施有弹性的控制和个人及共同体的自治。与这种变化相呼应，几乎所有非西方的发展中国家的法制建设过程都可分为移植西方法、制定开发政策和相应的法规、法律传统的再创造等方面来认识。

由此可见，在讨论中国法制变革及其与国际通行的法制接轨的问题时，首先必须承认：大多数发展中国家在致力于产业市场经济化的过程中，的确存在着法制越来越向西方模式趋近的普遍倾向。“法与现代化”理论对法与社会变迁之间的关系进行了有价值的研究，由此得出的分析框架和解释方式仍然是有意义的。<sup>①</sup>同时也要认识到西方现代法制的非普遍性的一面和本国的特色，借鉴和移植外国法制不能无视与之配套的功能要件和社会前提。

一般而言，任何社会及其法制中都保留着大量发展的机遇、余地和选择的关节点。但是它们并非一目了然。在大规模的单维替代的社会变迁和法制改革之际，这些本来可资选择的机遇、余地和关节点极有可能被人为地、并且往往是无意识地破坏殆尽。因此，在采取果敢的改革措施之前必须进行慎重的审视、研究和思考；应当善于在既存条件中发现可以移植、嫁接和生长新事物的契机；要跳出一元决定论的窠臼，采取多元主义的、功能可变的、功能等价的观点考察法制与社会变迁的课题。

责任编辑：谭 深

<sup>①</sup> Trubek, Pavid M., "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development", The Yale Law Journal 1972, Vol. 82, No. 1, pp. 1-50.