

# 法治中国建设中的法治社会建设

姜明安

(北京大学宪法与行政法研究中心,北京 100871)

**摘要:**建设法治中国必须在推进法治国家、法治政府建设的同时推进法治社会建设,并以推进法治执政党建设为前提和保障。法治社会建设的目标和任务是:推动全社会树立法治意识;推进多层次多领域依法治理;建设完备的法律服务体系;健全依法维权和化解纠纷机制,以培植全社会的法治环境,推进全社会厉行法治,培养自觉遵守法律、真诚信仰法治、忠实崇尚法治和坚定捍卫法治的国民。法治社会建设的路径主要包括三个环节:社会组织建设、社会行为规范建设以及社会监督和纠纷机制建设。

**关键词:**法治中国;法治社会;法治国家;法治执政党

**中图分类号:**D 920.0 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5919(2015)06-0108-09

人作为社会动物和政治动物存在,总是在一定的共同体中生活。人类共同体各种各样,但最基本的共同体是国家共同体和社会共同体。现代国家共同体通常设置立法机关、行政机关和司法机关等公权力机构管理公共事务;现代社会共同体则是各种各样的,有行业性的、特定利益特定目标性的、地域性的、血缘性或宗教性的,还有兴趣性的,等等,社会共同体通常也设置一定的组织机构管理内部事务和处理与国家(政府)及其他社会共同体的关系。由于现代社会在任何一国之内总是两种共同体并存,故一国的治理必然包括国家治理和社会治理,一国的法治建设必然包括法治国家建设和法治社会建设。

“法治中国”是中国实行依法治国,建设法治国家和法治社会的统称或简要表述。我们在这里之所以用“法治中国”而不用“法治国家”表述中国实行依法治国的治国方略和目标,是因为“国家”有两重含义:地域意义的国家和政治意义的国家。就地域意义的国家而言,“法治中国”等同于“法治

国家”,“法治中国”指在中华人民共和国这个地域范围内建设法治国家。但就政治意义的国家而言,“法治中国”则不等于“法治国家”,而是包括“法治国家”和“法治社会”,法治社会建设在法治中国建设中占有重要的地位和具有重要的作用。

本文专门探讨法治社会建设。但是探讨法治社会建设不能不涉及法治国家建设。法治社会建设和法治国家建设是法治中国建设必须同时推进的两大宏伟工程。法治国家建设工程主要包括人大制度建设、法治政府建设和公正司法制度的建设等诸项子工程;法治社会建设工程则主要包括社会组织建设、社会行为规范建设、社会监督和纠纷机制建设等诸项子工程。

另外,在中国推进法治社会建设和推进法治国家建设,都必须以推进法治执政党建设为前提和保障。作为中国执政党的中国共产党,在性质上既有社会的因素,又有国家的因素,但它又既不完全属于社会<sup>①</sup>,也不完全属于国家<sup>②</sup>,而是国家和社会的领导。中国共产党的领导地位和作用,

收稿日期:2015-07-01

作者简介:姜明安,男,湖南汨罗人,北京大学宪法与行政法研究中心教授。

① 中国共产党中央委员会、政治局、书记处及中央工作部门(中纪委、中组部、中宣部、政法委等)的经费由国家财政开支,其工作人员具有公务员资格,党中央和地方各级党委及其工作部门行使一定国家公权力,如就国家重大事项做出决策、党管干部(包括党的干部和国家干部)、党管军队等。这显然不同于一般的社会组织,也不同于一般的外国执政党。

② 中国共产党的机构在法律性质上不属于国家机构,我国宪法规定的国家机构只包括人大、国家主席、一府两院和中央军委,不包括党的机构。

对于依法治国,建设法治中国是决定性的。在中国,没有法治执政党建设,没有执政党的依法执政,法治社会建设和法治国家建设的目标和任务都是不可能完成的。因此,本文研究法治社会建设,不仅要与研究法治国家建设联系起来,而且要与研究法治执政党建设联系起来。

## 一、法治社会建设与法治国家建设的关系

前面我们概述了法治社会建设与法治中国建设的整体关系,下面我们再具体讨论法治社会建设与法治国家建设(包括法治政府建设)以及法治执政党建设的关系。

我们首先讨论法治社会建设与法治国家建设的关系。关于此二者的关系,笔者两年前曾在一篇文章中提出,法治国家建设是法治社会建设的基础,法治社会建设则是法治国家建设的条件。<sup>①</sup>

笔者之所以认为法治国家建设是法治社会建设的基础,理由主要有五:其一,建设法治社会需要法律,需要良法为人们行为提供规范,确立社会关系准则。而建设法治社会所需法律、所需良法,需要法治国家供给。没有法治国家,没有人大科学立法为法治社会建设提供良法基础,法治社会不可能生长、存在。尽管建设法治社会所需法律,所需良法并非完全由人大立法(硬法)供给,社会自治过程中形成和产生的软法也是法治社会建设的重要法源<sup>②</sup>,但人大立法(硬法)毕竟是基本法源。其二,法治社会需要相对稳固的经济基础和相对稳定的社会秩序支撑,而相对稳固的经济基础和相对稳定的社会秩序有赖法治政府的保障。没有法治政府,国家经济基础不可能稳固,社会秩序不可能稳定,从而法治社会也就难以存在和运行。其三,法治社会需要国家公正司法提供有效的解纷机制。法治社会虽然能自生一定的多

元化解纷途径,能够通过自治化解大部分社会矛盾和纠纷。<sup>③</sup>但是,国家正式司法制度毕竟是解决争议,维护社会公正的最后一道防线。如果没有国家的公正司法,社会稳定受到影响,法治社会将难以为继。其四,法治社会公民自治主体的生长、发育需要获得政府的宽容、支持和保障,而能宽容、支持和保障公民自治主体生长、发育的政府只能是法治国家的法治政府。如非法治国家的法治政府,专制国家的集权政府岂能容忍公民自治主体的生长、发育,岂能容忍政府公权力受社会权力的制约。因此,在这个意义上,我们可以说,没有法治国家,就没有公民社会,而没有公民社会,自然不可能有法治社会。其五,社会公权力也需要法治国家、法治政府予以一定的监督、制约。因为社会公权力也是一种权力。凡是权力,就必须有监督、制约,否则,同样可能产生腐败(如中国足协就曾经产生过严重的腐败)。对于社会公权力可能的腐败,有两种最基本的监督、制约途径:一种是社会共同体内部及其成员的监督、制约,另一种即是国家和政府的监督、制约。毫无疑问,能有效监督、制约社会公权力的国家、政府只能是法治国家、法治政府。

笔者之所以认为建设法治社会是建设法治国家的条件,理由主要有三:其一,法治国家建设需要法治社会建设的配合、支撑。只有在加强法治国家建设的同时加强法治社会建设,法治国家建设才能获得适宜的环境。法治国家不可能在虚无缥缈的空间建设,而必须在现实社会中建设。现实社会是法治国家建设的无可选择的现实空间。很显然,只有不断打造整个社会尊法、信法、守法、用法的法治社会环境,才可能不断推进法治国家的建设。试想,如果我们的整个社会都不尊奉法律,不信仰法律,我们的大多数国民都不懂法、不信法、不守法,在这样的社会环境中,我们还能建设法治

① 参见姜明安:《论法治中国的全方位建设》,《行政法学研究》2013年第4期。本文引用了该文的某些观点,但有修正,有发展。

② 关于“软法”,可参阅罗豪才等《软法与公共治理》(北京:北京大学出版社2006年版)以及罗豪才、宋功德《软法亦法——公共治理呼唤软法之治》(北京:法律出版社2009年版)。

③ 关于“多元化解纷机制”,可参阅棚赖孝雄撰,王亚新译《纠纷的解决与审判制度》(北京:中国政法大学出版社1994年版)以及何兵《现代社会的纠纷解决》(北京:法律出版社2003年版)。

国家,建成法治国家么?在这样的社会环境中建设、建成法治国家即使不是完全不可能,也会是非常非常困难的。当然,法治社会与法治国家的建设是一个互动的过程,法治社会的建设也有赖于,而且更有赖于法治国家的建设。其二,法治国家建设有赖于法治社会建设为之提供一定的协助治理机制。现代国家治理不同于传统的国家管理,需要社会的广泛参与。所谓“国家治理现代化”,最重要的特征就是治理主体的多元化。而在多元治理主体中,最重要的主体就是社会公权力主体。另外,像社会公权力需要国家公权力的监督、制约一样,国家公权力同样需要,而且更需要社会公权力的监督、制约。为此,必须加强法治社会建设,促进各种社会自治组织的生长、发展,提高其参与国家法制监督的能力。其三,法治国家建设的主体是人民,而人民是生活在各种不同的社会共同体之中的,他们同时是各种不同的社会共同体的成员。各种不同的社会共同体的成员的素质就是人民的素质。建设法治国家需要有高素质的人民,高素质的人民只能源于各种社会共同体的供给,源于法治社会的供给。没有法治社会培养、锻造高素质的各种社会共同体成员,高素质的人民就没有来源。而没有高素质的人民,就不可能,或至少是难于建设法治国家。

至于法治社会建设与法治政府建设的关系。法治政府本来是法治国家的组成部分。我们前面讨论了法治社会建设与法治国家建设的关系,实际上就已经涉及和包含了法治社会建设与法治政府建设关系的内容。但是,由于政府在国家中相对特殊的重要地位,有时我们研究法治中国的问题时,会将法治国家、法治政府和法治社会三者并

列。<sup>①</sup> 因此我们在讨论了法治社会建设与法治国家建设的关系后,有时还会进一步单独讨论法治社会建设与法治政府建设关系。对于这种关系,我过去在相关论文中曾有这方面的讨论和论述,故本文不再赘述。<sup>②</sup>

## 二、法治社会建设与法治执政党建设的关系

在中国,研究依法治国必须研究执政党依法执政。研究法治中国建设必须研究法治执政党建设。<sup>③</sup> 因此,本文探讨法治中国建设中的法治社会建设问题,就不能不同时讨论法治社会建设与法治执政党建设的关系。

关于此二者的关系,笔者认为,法治执政党建设是法治社会建设(同时也是法治国家、法治政府建设)的前提和保障,法治社会建设是推进法治执政党建设的促动力。

法治执政党建设之所以是法治社会建设的前提和保障,其主要理由有三:其一,中国共产党作为执政党不同于西方国家的政党,它是整个国家的领导,决定国家和社会治理的目标和方式,建立法治国家和法治社会,就是中国共产党确立的治国理政的目标。<sup>④</sup> 然而这一目标的实现,关键取决于中国共产党自身能不能实现法治,能不能将自身建设成法治执政党。如果执政党自己的各级组织、各级党委不实行法治,不依法执政而任性执政,建设法治社会的目标无疑会落空。其二,建设法治社会,涉及国家公权力和政府公权力(如制定规则的权力、社会管理的权力、解纷止争的权力等)适当向社会转移的问题<sup>⑤</sup>,从而社会组织与国

① 例如,习近平总书记在2013年中共中央政治局第四次集体学习时指出,要“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”,即是将法治国家、法治政府、法治社会三者并列。

② 参见姜明安:《论法治国家、法治政府、法治社会建设的相互关系》,《法学杂志》2013年第6期,该文第四部分专门论述法治政府建设与法治社会建设的关系。

③ 依法治国,建设法治中国包括四大任务:一是建设法治国家,包含立法、执法、司法等环节法治化;二是建设法治社会,包括社团、基层自治组织、行业协会、NGO、NPO等公益组织的法治化以及宗教法制的健全;三是建设法治执政党,保证执政党依法执政;四是建设法治市场,促进经济、文化活动和生态环境保护的法制。

④ 参见2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

⑤ 参见郭道晖:《论国家权力与社会权力》,《法制与社会发展》1995年第2期。

家机关、政府部门之间有大量的各种利益和关系需要协调和平衡。谁能担负起这种协调和平衡的重任呢?在中国,当然只能是执政党。但是执政党要协调和平衡好法治社会建设过程中的各种利益关系,其所基于的思维必须是法治思维,其所运用的方式必须是法治方式,执政党自身必须是法治化的执政党。否则,将可能促退而不是促进法治社会的建设。其三,法治社会在建设过程中,不可避免地会受到各种传统观念和传统势力的阻碍,会遇到各种各样的困难和干扰。对此,执政党对法治的坚定信念,对法治社会目标的坚守是法治社会建设顺利进行的关键。只有执政党在领导法治社会建设的过程中,坚定不移地推进社会自治,培育和发展公民社会,指导各种社会共同体完善自治规则,依规则处理社会共同体内部、外部的关系,依规则解决共同体内部、外部的各种争议、纠纷,法治社会建设才能不断有序向前推进。如果我们执政党对法治不坚定,在法治社会建设过程中一出现问题、困难、矛盾,就动摇、止步不前,甚至退缩,法治社会建设的目标就难有实现的希望。<sup>①</sup>

至于法治社会建设之所以可成为推进法治执政党建设的促动力,其主要理由有二:其一,执政党对国家、社会的领导在很大程度上决定国家、社会的发展方向和发展模式。但是,执政党对国家、社会的领导并不是,也不可能随心所欲地进行,它必然受社会现实政治、经济、文化及其制度的即成运作模式的影响。一个国家,一旦经过执政党和人民共同努力,选择了法治的治理模式,法治社会的形态、制度架构、运作方式初步形成,人民在此过程中逐步产生了对法治的信仰和依赖。这种情

况不能不反过来影响执政党的执政方式和推进执政党依法执政,促进执政党自身的法治化建设。其二,执政党的党员和领导者均生活在社会之中而不是生活在真空之中,从而其思想和行为不能不受社会的影响,一个国度或一定地区的社会,其生活方式和治理方式如果已经法治化或初步法治化,这种法治化不可能不对执政党的党员和领导者个人的思想和行为方式产生影响。执政党的全体或绝大多数党员、领导者如果都具有了一定的法治理念,对法治有了一定信仰,这自然会影响整个执政党的执政风格。在法治社会的环境下,即使执政党的个别领导人、领导干部试图背离法治,违法滥权,其行为也会受到社会的制约,其只能要么改弦更辙,要么被社会淘汰;即使执政党的政策违反法治,个别党的组织违反法治,在很大程度上也会受到党内和社会的有形或无形的抵制、反对。因此,法治社会一旦形成,任何个人、组织,即使是执政党,想改变它,扭转它的方向,都不是一件容易的事情。由此可见,执政党领导人民建设法治社会,法治社会反过来又会促进执政党的法治化,促进法治执政党的建设。这是一个互动的过程、互动的关系。<sup>②</sup>

### 三、法治社会建设的目标和任务

关于法治社会建设的目标,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出了一个宏观的总目标设计:“弘扬社会主义法治精神,建设社会主义法治文化,增强全社会厉行法治的积极性和主动性,形成守法光荣、违法可耻的社会氛围,使全体人民都成为社会主义法治的忠实

① 胡锦涛同志曾特别强调提高党的领导干部运用法治思维和法治方式治国理政的重要意义。在《中国共产党第十八次全国代表大会上的报告》中,他指出,要“提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的能力”。很显然,执政党,尤其是执政党的领导干部的法治理念和法治能力对于法治社会的建设是至关重要的。

② 这种关系有如经济基础与上层建筑的关系:经济基础决定上层建筑,上层建筑反作用于经济基础。一定的经济基础一旦形成,必然推动上层建筑与之适应。上层建筑虽可反作用于经济基础,但这种“反作用”不应理解为“反向作用”,而是促使经济基础进一步向前发展的作用,尽管落后的上层建筑对经济基础确实会产生一定的“反向作用”,但经济基础终归不会被落后的上层建筑一直反推着向后发展,而只可能是经济基础的发展改变落后的上层建筑。执政党与法治社会的关系亦然:党领导人民建设了法治社会,法治社会就必然推动党自身进一步法治化。

崇尚者、自觉遵守者、坚定捍卫者。”<sup>①</sup>

法治社会建设的这一总目标包括三个方面的子目标:其一,培养自觉遵守法律、真诚信仰法治、忠实崇尚法治和坚定捍卫法治的国民;其二,推进全社会厉行法治;其三,培植全社会的法治环境。第一个子目标针对的是构成社会原子的个人——国民。建设法治社会,首先必须培养真诚信仰法治和忠实崇尚法治的人。没有信法、尊法、尚法的人,国民不信仰法治、崇尚法治,何谈自觉遵守法律和坚定捍卫法治,何谈法治社会建设?而要让国民信仰法治、崇尚法治,必须以法治文化(包括硬的法文化和软的法文化)培养国民的法治理念、法治精神。第二个子目标针对的是社会行为和社会秩序。法治社会必须和必然是厉行法治的社会。社会行为如果不以法律为基本标准、基本准则,人们不依法办事,各行其是,官员和百姓都任意、任性而为,何谈法治社会建设?而要让全社会厉行法治,则必须“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”。当然“法”包括硬法和软法。治国更多地是依硬法,治社会更多地是依软法。第三个子目标主要针对的是社会环境。法治社会必须有信仰法治的人、厉行法治的法治秩序,而此二者都有赖于法治社会环境的培植和塑造。如果整个社会都弥漫着不信法、不讲法、不守法,不以违法为耻,反以违法为能、以违法为荣的氛围,何谈法治社会建设?当然,法治社会环境与信仰法治的人、厉行法治的法治秩序三者是互动的关系:一个国家,一个地区,自觉崇尚、遵守、捍卫法治的国民越来越多,依法办事的规矩越来越得到严格遵循,法治社会环境自然会越来越好。反之,法治环境就会越来越差。我们建设法治社会,就是要形成前述三者的一个良性循环的境界。

关于法治社会建设的任务,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出了四个方面的具体任务和实现这些任务的措施:一是推动全社会树立法治意识;二是推进多层次多

领域依法治理;三是建设完备的法律服务体系;四是健全依法维权和化解纠纷机制。<sup>②</sup>

推动全体社会成员树立法治意识对于法治社会建设是一项基础性工程。美国著名法学家伯尔曼指出,“法律必须被信仰,否则它将形同虚设”。“没有信仰的法律将退化成僵死的教条,而没有法律的信仰……将蜕变成狂信”。<sup>③</sup>我国三十多年改革开放的经验证明,中国要科学发展,必须推进法治;要推进法治,必须提高全民的法治意识,让政府官员和全体人民均信仰法律,信仰法治。如果我们的政府官员和人民不相信法律而只相信权力,不相信法治而只相信人治,或者只是口头上信仰法治而在内心中迷信权力,迷信人治,法治社会是不可能建成的。

所谓“推进多层次多领域依法治理”,即全方位推进依法治理。“多层次”包括中央层面、地方层面、基层组织层面等社会的各个层面;“多领域”包括政权机关、社会团体、行业协会、居民社区以及民族、宗教等社会的各个领域。社会的所有这些层级、领域的治理均应依法进行。当然,这里的“依法”,既包括依国家法律,也包括依社会法,依软法。特别是互联网领域的治理、民族和宗教领域的治理,进一步发展和完善社会法、软法有着更重要的意义。

至于“建设完备的法律服务体系”,包括律师、公证、法律鉴定、检验、法律顾问、法律援助等多个类别和环节。现代法治社会建设对法律服务提出了越来越广泛,越来越高的要求。个人、组织在现代社会生活和社会关系中会遇到的各种各样的问题,大多需要依一定的法定途径处理和解决。而社会中的每个人不可能都是法律专家,即使是法律专家,其自身也不可能都有相应的设施、设备和技术来处理和解决相应法律问题。因此,法治社会必须建立一套完善的法律服务机构、机制,逐步构建完备的法律服务体系,以为公民个人、组织

① 参见中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的第五部分。笔者对这部分的内容做了若干分析和解读。

② 参见中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的第五部分。笔者对这部分的内容做了若干整理和归纳。

③ 哈罗德·J·伯尔曼撰,梁治平译:《法律与宗教》,北京:三联书店1991年版,第5页。

和市场提供全面的、经常性的、及时的、高质量的法律服务。

就“健全依法维权和化解纠纷机制”而言,“维权”和“解纷”往往是相互联系的。“维权”通常是在个人、组织权益被侵犯,发生纠纷(民事纠纷或行政纠纷)后寻求法律救济;“解纷”通常是通过法定争议解决渠道(复议、诉讼、仲裁、调解、裁决等)实现维权的目。四中全会决定要求完善“维权”和“解纷”的制度体系,建立健全社会矛盾预警机制、利益表达机制、协商沟通机制和救济救助机制,构建立体化的社会治安防控体系等。这些机制、体系的建立、完善是国家治理与社会治理的协调统一,是建设法治社会与建设和谐社会的协调统一。国家治理与社会治理、法治社会与和谐社会应该和必须协调统一。没有完善的“维权”和“解纷”法治机制,就没有和谐社会,而没有和谐社会,自然也谈不上法治社会。

#### 四、法治社会建设的主要路径<sup>①</sup>

法治社会建设的路径主要涉及三个环节:社会组织建设、社会行为规范建设和社会解纷机制建设。建设法治社会首先要培植社会组织,培植公民社会。如果没有相对于政治国家的社会组织,没有相对于政治国家的公民社会,或者公民社会不发达,社会被国家覆盖或淹没,是谈不上法治社会的。因此,培植和发展社会组织,培植和发展公民社会是建设法治社会的前提和基础。当然,有了社会组织,有了公民社会,这个“社会”也不一定是法治社会。其是否构成法治社会,还取决于这个“社会”是否依法运作,是否形成构建了法治的社会秩序。因此,加强社会行为规范建设,保证“社会”依法、有序运作乃是建设法治社会的关键。此外,法治社会的建设还需要加强和完善监督机制和解纷机制的保障。没有监督机制和解纷机制的保障,法治社会的大厦同样是不可能建成的。即使建成,也可能会随时垮塌。因此,法治社会建设的路径主要表现为三大环节:社会组织建设、社会行为规范建设、社会监督机制和解纷机制

建设。

#### (一) 社会组织建设

社会组织是法治社会建设的基本主体。尽管国家、政府、执政党对于推进法治社会建设具有重要的,甚至决定性的作用,包括决策、支持、保障的作用。但社会组织乃是建设法治社会的基本主体。一个国家,一个地区,只有培植和生长出充满生机、活力的,能承担与国家公权力相对应的社会公权力,并对国家公权力能加以适当制约的非国家、非政府的社会组织,才可能谈得上建设法治社会。我们这里使用的“社会组织”,是广义的非国家、非政府、非营利性、非强制性的组织,包括社会团体、行业协会、公益事业机构、基层群众自治性组织、文化娱乐性团体、基金会、民办非企业单位,等等。

根据十八届四中全会的精神,大力发展社会组织是法治社会建设的主要内容之一。发展社会组织既要解放思想,尽量减少和去除各种不必要的条条框框限制,同时也要走法治化的道路:其一,社会组织依法建立和发展。社会组织并不是公民任意的,松散、临时的结合,而是为特定目的组成的具有一定持续性的共同体。社会组织的持续性决定了其成立必须符合相应的法定条件,遵循相应的法定程序。否则,即可能构成非法结社,与法治社会背道而驰。其二,社会组织的内部结构和内部相互关系应通过其组织章程和其他软法规则实现法治化。这种组织的内部法治化可以保证其运作有序,消除可能的矛盾、纠纷和混乱。其三,社会组织的职能应通过其组织章程加以规范,有些社会组织的职能还要受国家法律的直接规范,如律师协会的职能要受《律师法》的规范;注册会计师协会的职能要受《注册会计师法》的规范;村民委员会的职能要受《村民委员会组织法》的规范。社会组织的章程必须遵循和吸收国家法律的相关规定,而不能与之相抵触。社会组织不是如民族或国家那样的自然共同体,而是人们有意创设的一种目的共同体。所谓目的共同体,意味着其并非自然生成,而是人为设计。这种人为

<sup>①</sup> 本论文这一部分参考和引用了笔者与本中心刘刚博士合作撰写的,向一个学术论坛提交但未正式发表的会议论文《论法治社会建设的若干问题》中的某些观点。因此,本部分成果也有刘刚博士的一定贡献。

设计的特征主要体现为它们必须具有特定而明确的职能。国家法律可以为社会组织的职能范围划定外部边界,组织章程则在此边界内对职能做出具体表述。其四,社会组织成立以后,其运作和发展同样要受硬法和软法的约束和规范。

我国现行宪法明确规定了公民结社自由<sup>①</sup>。但目前我国尚未制定《结社法》,调整社会组织的成立、管理、监督等现行生效的法律规范是国务院于1998年颁布的行政法规《社会团体登记管理条例》。《条例》发布至今已经近二十年,虽然它在对社会团体进行规范化管理方面发挥了重要的历史作用,但其中许多内容因受时代的局限很不适应法治社会建设的需要。特别是要求社会组织成立登记必须自找“婆婆”(业务主管单位),并经“婆婆”审查同意的“第九条款”<sup>②</sup>,长期以来受到人们的普遍诟病。近年来,许多地方都通过制定地方性法规或规范性文件,对这一条款予以修正或废止<sup>③</sup>。虽然这样做构成违法(尽管是“良性违法”),因为根据《立法法》,行政法规在位阶上高于地方性法规,地方性法规不得与行政法规相抵触。但许多地方这样做,进一步说明国务院的《社会团体登记管理条例》必须抓紧修改,以适应法治社会建设的需要。在十八届四中全会强调法治社会建设、大力发展社会组织的背景下,《条例》的很多其他规定对培植、发展社会组织也构成了明显的障碍。《条例》对于社团的设立登记设置了三道关卡:第一道关卡是要经过业务主管单位审查同意;之后要向登记管理机关提出筹备申请;完成筹备之后,才能正式向登记管理机关提出登记申请。只有顺利通过这三道关卡,才能成立一个社团。这期间耗时的漫长、手续的繁复,即

让很多申请者望而却步。如果相关部门再刻意刁难,就会让社会组织的生长发展更加举步维艰。另外,《条例》还限制社团间竞争发展。《条例》第十三条规定,在同一行政区域内已有业务范围相同或者相似的社会团体,没有必要成立新社团的,登记管理机关不予批准筹备。这样的规定导致先成立的社团具有排他性和垄断性。成立社会团体本是宪法赋予公民的结社自由,是公民的一项基本权利,政府从局部和短期利益的角度对之加以限制是没有道理的。

因此,要推动法治社会的建设,必须修改《社会团体登记管理条例》,放宽对社团登记的限制,积极鼓励和推进社会组织的发展。

## (二) 社会行为规范建设

建设法治社会,必须加强社会行为规范建设。社会行为规范包括国家法律规范和社会自治规范。国家法律规范由国家制定或认可,并由国家强制力保证执行。这些规范即是我们通常所称的“硬法”。硬法既约束国家行为,也规范社会行为。但规范社会行为的规范更多地是社会自治规范,如中共十八届四中全会决定提到的市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等。现代社会的治理日益显现出多元化的特征,硬法虽然能够为社会提供基本的秩序,但不足以保证善治的实现。从而社会层面的各种主体越来越多地制定各种约束其成员行为的规范。这些规范分别调整一定范围的人群的行为,但它们不具有国家强制力,我们通常称这些规范为“软法”。

考查历史,硬法与软法的关系随着国家与社会关系的变动曾经历过若干次变迁。在原始社会,社会的规范多为软法规范,硬法规范较少,作

① 见《中华人民共和国宪法》第35条。

② 该条款规定,申请成立社会团体,应当经其业务主管单位审查同意,由发起人向登记管理机关申请筹备(见《社会团体登记管理条例》第9条)。

③ 例如,2010年12月23日北京市十三届人大常委会第二十二次会议通过的《中关村国家自主创新示范区条例》第十六条规定,申请在示范区设立有利于自主创新的社会团体、民办非企业单位、基金会,除法律、行政法规、国务院决定规定登记前须经批准的以外,申请人可以直接向市民政部门申请登记。2011年11月28日,广东省《关于进一步培育发展和规范管理社会组织的方案》规定,从2012年7月1日起,社会组织“可直接向民政部门申请成立,不再需要挂靠主管单位”。除特别规定、特殊领域外,将社会组织的业务主管单位改为业务指导单位,社会组织直接向民政部门申请成立,无须前置审批。同时,行业协会将率先引入竞争机制,以后将允许一业多会,允许跨地域组建等。深圳市近年亦有类似的规定。

用有限。而在专制社会,社会的规范多为硬法规范,软法的生长和作用受到国家的限制,人们的行为和社会关系主要受国家硬法调整和规制。到现代民主社会,公民社会逐步生长发育,人们开始组建各种各样的社会团体、组织,逐步形成相对于国家共同体的广泛的社会共同体。社会共同体除了要遵循国家硬法的规范运作外,更多地则要遵循各自共同体内部自然形成和自觉制定的软法运作。

当然,硬法和软法虽然呈现出此消彼长的关系,但是,在当下和今后相当长的一段历史时期内,二者间仍应是互相补充的关系,而不是互相替代、互相排斥的关系。

我国当下法治社会建设常见的软法规范的法源形式主要有五:一是各种社会共同体的章程。相应社会共同体的章程可以认为就是该共同体的“宪法”,如政党的章程就是政党的“宪法”,大学的章程就是大学的“宪法”;二是各种社会共同体制定的调整其特定内部关系,规范内部成员特定行为的规则,如律师协会制定的规范律师事务所和律师行为的规则,注册会计师协会制定的规范注册会计师事务所和注册会计师行为的规则,等等;三是多个社会共同体共同制定的调整和规范其相互关系、行为的联合公约、协议、规则,如几个村民委员会协商制定的处理其土地、林木、水流等争议的协议、规则,几个大学协商制定的联合自主招生的协议、规则,等等;四是政府和社会共同体通过协商共同制定的社会治理规则,如政府与居民委员会或社区签订的社会综合治理协议、政府与志愿者团体签订的志愿者行为规范,等等;五是网络服务提供者和互联网用户协商制定的网络服务规则和网络使用规则等。

虽然所有这些软法规则对法治社会的建设具有重要的和不可替代的作用,但是,这种作用并不能完全自发地产生和发挥。要充分有效地发挥软法对于推进国家治理现代化,建设法治社会的作用,我们有必要改进和完善软法,使之进一步正当

化、规范化和系统化。从一方面看,由于软法的形成途径和制定主体具有多元性特征,导致其内容可能会良莠不齐,甚至与硬法的基本原则相抵触。这类软法已经超出社会自治的限度,应该定期对其进行清理。另一方面,软法之所以具有优势,是因为社会共同体成员对软法的形成或制定的广泛和直接参与。如果软法的形成或制定缺乏,甚至排斥了共同体成员的参与,就可能沦为相应组织、团体、机构负责人专制和滥权的工具。这样的软法就不再具有合法性和正当性。因此,为保证软法的民主性和规范化,对于软法形成或制定的基本程序应通过硬法加以确定,使之具有一定“刚性”。

### (三) 社会监督机制和解纷机制建设

建设法治社会,在解决了社会主体问题和社会主体行为的规范问题以后,接着还必须解决社会主体行为监督机制和社会争议、纠纷处理机制问题。不健全完善这两个机制,法治社会的大厦仍然不可能建立起来。

如同国家公权力没有监督和制约必然会滥用和腐败一样,社会公权力没有监督和制约同样会滥用和腐败。<sup>①</sup>当然前者的严重性和危害性甚于后者。对社会公权力的监督制约机制主要包括下述五个环节:其一,政府对之实施的法律监督;其二,组织成员对组织负责人实施的民主监督;其三,组织内部实施的自治、自律监督;其四,司法机关对之实施的司法监督;其五,社会公众和媒体对之实施的舆论监督。建设法治社会,一方面要不断加强社会自治权力,另一方面,同样要加强对社会自治权力的适当监督。

至于社会争议纠纷处理机制,即社会解纷机制,对于法治社会的建设同样是不可或缺的。社会解纷机制可分为正式机制与非正式机制。正式机制以国家对争议、纠纷的裁判为主体,以国家硬法为解纷依据。如诉讼、行政复议、行政仲裁等。非正式机制的形式则具有多样性,既可以是国家机构作为解纷主体的机制,如调解、协调等,也可以是相

<sup>①</sup> 例如,中国足球协会就曾出现严重的腐败滥权现象,而且排斥司法监督:有球队所在企业对之提起民事诉讼,法院以双方当事人非平等主体为由拒绝受理;另有球队所在企业对之提起行政诉讼,法院又以足协非行政机关,被告不适格为由拒绝受理。从而使足协的腐败滥权难以得到有效治理。

应社会组织自身或专设的特定社会组织作为解纷主体,以软法规范或纠纷当事人的意愿为解纷依据运作的机制,如《人民调解法》规定的人民调解和社会组织的内部实施的调解、协商、协调机制。

推进法治社会建设中的社会解纷机制建设,需要正确处理正式机制与非正式机制之间的关系。人们常说,“司法是正义的最后一道防线”。但是,这句话不应理解为所有的纠纷最终都要通过司法来解决。这句法谚的准确含义是,司法是正义问题的最终裁决者。然而,纠纷的解决与正义的判定是两个问题,纠纷的解决并不要求必须对正义的问题给出明确回答,反过来说,对正义问题的明确回答也并不必然意味着纠纷的平息。对正义问题的回答是对客观秩序的权威裁定,它所解决的核心任务是向全社会宣布对错的标准,以期为人们的行为提供明确的准则。而纠纷当事人更关注的则是主观诉求的满足,如果主观诉求与客观秩序恰好吻合,那么裁决的结果将会得到当事人心服口服的接受。反之,即使是一个公正的裁决,也不一定会获得双方当事人的满意,这不仅因为双方当事人利益的冲突使然,也源于双方当事人的法律意识、法治理念和法律知识水平等。

法治社会建设中可能发生的争议、纠纷以主体为标准主要包括以下四类:其一,社会成员与国家政府之间的争议、纠纷;其二,国家机关与国家机关、政府部门与政府部门之间的争议、纠纷;其三,社会成员相互之间的争议、纠纷;其四,社会成员与所在社会组织之间的争议、纠纷。一般来说,在任何一个社会,第三类争议、纠纷在数量上是最多的。不仅如此,社会成员的行为规范也不限于国家的正式法律,约束他们行为的甚至更多地是社会组织制定的各种软法规范。制定规范的主体的多样性、程序的民主性、规范内容的灵活性决定了社会解纷机制的多样化。在实践中,发生争议、纠纷的社会成员往往追求的并非一个完全符合客观正义的结果,而是双方能够接受的结果。这就决定了社会纠纷的解决不一定必须诉诸国家司法机关,也不一定必须依照国家硬法来裁决。只要有助于纠纷的平息和最低限度公平正义的实现,社会调解、协商、协调等手段均可以在解决社会纠纷的过程中加以运用。当然,“司法作为正义的最后一道防线”。在法治社会整个解纷机制中有着其他解纷机制不可替代的最为重要的作用。没有公正司法,绝对不可能有法治社会。

## The Construction of a Law-based Society in the Process of Building China under the Rule of Law

Jiang Mingan

(School of Law, Peking University, Beijing 100871, China)

**Abstract:** To build China under the rule of law, we must push forward the building of a law-based society as well as a law-abiding country and a law-abiding government. Meanwhile, it is essential to promote the construction of a law-abiding ruling party as its prerequisite and guarantee. The target and task of building a law-based society is: to enhance the public awareness of rule of law, to push forward a multi-level and multi-domain governance by law, to construct a comprehensive legal service system, and to strengthen the mechanism of supporting rights and resolving disputes by law, so as to create the legal environment and enforce the rule of law in the whole society, and train the nationals to abide by the law consciously, believe in the law sincerely, advocate the rule of law faithfully and defend the rule of law firmly. The path to building a law-based society mainly includes three parts: the construction of social organizations, the construction of social behavior norms, and the construction of the mechanisms for social supervision and dispute settlement.

**Key words:** China under the rule of law, law-based society, law-abiding country, law-abiding ruling party