

钱塘 钱塘法学文库
QIAN TANG FA XUE WEN KU

身边法律秩序的建构

罗思荣◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

钱塘 钱塘法学文库
QIAN TANG FA XUE WEN KU

杭州师范大学民商法学省重点学科建设经费资助

身边法律秩序的建构

罗思荣◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

身边法律秩序的建构/罗思荣著. —北京: 中国法制出版社, 2014. 5

(钱塘法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5137 - 6

I. ①身… II. ①罗… III. ①司法制度 - 研究 - 中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 020861 号



责任编辑 赵宏

封面设计 周黎明

身边法律秩序的建构

SHENBIAN FALÜ ZHIXU DE JIANGOU

著者/罗思荣

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2014 年 5 月第 1 版

印张/24 字数/305 千

2014 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5137 - 6

定价: 65.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

值班电话: 66026508

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

编辑部电话: 66010483

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

对话 交流 进步

——钱塘法学文库总序言

钱塘是杭州城的古称谓，自古文人荟萃。杭州师范大学前身可以追溯到创建于1908年的浙江官立两级师范学堂，至今已有百年有余。沈钧儒、马叙伦、鲁迅、李叔同、叶圣陶、朱自清、陈望道、刘大白等大师名家都曾任教于此，人文艺术底蕴深厚。吾等坚信，理性对话与平等交流是学术生命之所在，现将吾等工作和学习的成果冠以“钱塘法学文库”之名出版。

杭州师范大学法学院成立于2001年，现有专任教师近四十余人。其历史虽不悠长，其队伍也并非堪称庞大，然而这里从不缺乏富有朝气和创造力的中青年学者。近十余年来，我们的教师在科研和教学一线上取得了累累硕果，其研究成果或深刻宏大，或细致精专，或博学深思，或务实前瞻，对当前的民主和法治建设均有重要的理论意义和实践价值。奈何吾等偏居江南一隅，与学界的交流与对话较为缺乏，故而吾等声音不能为学界所充分了解，这不仅使得我们的研究成果难以发挥其应有的学术价值，而且使得我们失去与学界同仁切磋琢磨、共同进步的难得机会。鉴于此，吾等特筹专款，组织多方人力，筹划出版“钱塘法学文库”丛书。

“钱塘法学文库”将为我院教师提供三个平台：一是出版的平台，旨在为杭州师范大学法学院教师的高水平学术专著提供一个固定和连续的出版平台；二是展现的平台，旨在以系列丛书的面貌集中展现杭州师范大学法学院教师的学术成果和学术传统，起到彰显前贤，激励后学，提升学术研究氛围的作用；三是交流的平台，旨在通过丛书与学界同仁展开思想交锋和观点碰撞，以求达到扩大学术影响，刺激学

术创新的目的。三个平台概况为一句话，也就是“钱塘法学文库”的宗旨，即对话、交流和进步。

“钱塘法学文库”是一个长期的学术出版计划，将随着杭州师范大学法学院的发展一直延续下去。每年视我院教师成熟作品的数量出版若干部著作。收入文库的著作需符合以下条件：（一）作者是杭州师范大学法学院在编教师；（二）著作学术水平应属同专业上乘，具有较高的理论意义或实践价值；（三）符合学术规范，符合出版要求。“钱塘法学文库”的编审委员会，负责审查作品的学术水平，严守质量标准，宁缺勿滥。

钱塘之畔，是吾等工作和学习的地方，钱塘者，亦钱塘江之谓也。愿“钱塘法学文库”有如巍巍钱江潮，后浪推前浪，一浪高过一浪！

编委会

目 录

构建具有杭州特色的法治文化体系

一、法治文化的一般特征	2
二、杭州特色法治文化的考量	8
三、杭州推进法治文化建设的已有探索	23
四、杭州推进法治文化建设的已有经验及其不足	35
五、杭州特色法治文化体系的建构	40
六、杭州特色法治文化体系的形成	48
七、结论	58

杭州市预防和制止家庭暴力地方立法调研报告

一、必要性分析	61
二、关键概念：家庭暴力是什么	74
三、厘清家庭暴力的私与公	78
四、预防和制止家庭暴力的社会辅助	83

杭州市民办教育地方立法问题研究

一、民办教育地方立法的前提和范围	89
二、民办教育的分类管理	94

三、民办学校办学风险防范管理机制	103
四、其他法律问题	113
五、建立专门教育执法机构	116

终身教育法律制度的构建

第一部分 概况与研究计划	123
一、终身教育概况	123
二、项目计划	125
第二部分 终身教育国外法制研究	127
一、美国	127
二、法国	135
三、日本	141
第三部分 终身教育国内法制研究	147
一、我国台湾地区	147
二、福建	151
三、上海	156
第四部分 杭州市终身教育法律机制的构建	164
一、杭州市终身教育的现状	164
二、问题与对策建议	170

运动员权益保障的问题研究

一、课题意义	198
二、问题揭示	202
三、理论分析与制度建构	218
四、立法建议	250

旅游饭店规范管理研究

一、引言	257
二、旅游饭店的界定	269
三、旅游饭店与消费者	279
四、旅游饭店与管理者	348

附录

调查问卷（一）	368
调查问卷（二）（适用消费者）	371

构建具有杭州特色的法治文化体系*

“城市法治文化”作为一个新概念，是在城市文化和法治文化的基础上形成的，其内涵中必然包含着城市文化和法治文化的应有之意，也充分体现着它们之间交融渗透的密切关系。从广义上讲，城市文化是城市各个要素相互作用的总和，不仅可以通过一定的物质载体加以记录、表达和传递，也可以价值观念、思维方式和行为方式存在于人们的意识和行为中。法治文化则是法治与文化的有机结合，是文化现象的子系统，是文化的一种具体形态。因而，城市法治文化的题中之意则是指存在于“城市”这种特定的环境中，与法治紧密相连的，能够体现城市法治的精神和理念、原则和制度、运作实践和生活方式。

一般认为，从其结构要素上看，文化是包括从物质层、制度层、观念层到行为层的互动与共存的统一体。而城市法治文化作为文化的一种形态，首先应该在这四个层面有所体现，即城市法治文化无论是作为一个既成的还是正在构建的文化体系，它都将在法律语言符号和法律机构设施、法律规范制度、法律意识观念和法律行为模式等方面体现出其城市社会的特征和法治秩序的特征。也就是说，城市法治文化在其广义的总体结构上应该包括四个基本层面的要素：第一，表征性的物质层面（如语言符号、机构设施）；第二，合乎形式理性的规范制度层面；第三，合乎价值理性的意识观念层面；第四，形式理性与价值理性相契合的行为方式层面。就城市法治文化与法治城市的关系而言，城市法治文化是法治建设的核心内容和必然要求，是法治城市

* 本课题为2010年中共杭州市委建设法治“法治杭州”工作领导小组办公室委托项目。
课题主持：罗思荣；参加人：李安、刘练军、赵元成、魏小军。

和法治社会的重要精神支柱和内在动力。建设法治城市，无论是法制的健全，还是立法、执法、司法、法律监督等制度的完善，都需要先进的法治文化作支撑。

一、法治文化的一般特征

探索构建具有杭州地方特色法治文化体系，首先需要从理论上明了法治文化的基本特征与内涵。缺乏对法治文化一般特征的准确把握，将注定难以构建具有真正法治文化特性的杭州特色法治文化。

（一）何谓法治文化

法治文化，亦为一种文化。这种文化的特性决定于“法治”而非“文化”。因此，认知法治文化之关键在于了解法治的内涵与特征。法治，是一个非常古老的概念，有关它的界定可谓多如牛毛、不胜枚举。较有代表性的如古希腊亚里士多德。在著名的《政治学》中，亚里士多德明确指出：“我们应注意到邦国虽有良法，要是人不能全都遵循，仍然不能实现法治。法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^① 英国著名宪法学家戴雪则认为法治应当包括以下三个方面的内容：“第一，法律具有超越也包括政府的广泛裁量权在内的任何专制权力的至高无上的权威；第二，任何公民都必须服从在一般法院里实施的国家一般法律；第三，权力不是建立在抽象的宪法性文件上，而是建立在法院的实际判决上。”^② 亚里士多德和戴雪的判断，尤其是人类几百年来的求索法治历程，充分证明，法治的基础在于良法的存在，法治的条件在于国民对法律的信仰，法治的关键在于公共权力受到一定的制约。基础、条件和关键能否同时具备，将决定法治的实际生态。

文化，从广义上来说指的是人类作用于自然界和社会的成果的总和，包括一切物质财富和精神财富。从狭义上看则是指由意识形态所创造的精神财富，包括宗教信仰、风俗习惯、道德情操、学术思想、

① [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 199 页。

② [英] 戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社 2001 年版，第 263 页。

文学艺术、科学技术、各种制度等。

综合法治与文化的概念，我们可知，所谓法治文化，从狭义上来说是指与法治国家相适应的，体现在人们心底和行为方式中的法治意识、法治原则、法治精神及其价值追求；而从广义上看，它还包含着体现法治意识、法治原则、法治精神的物质载体，如法律法规等方面的内容等。概言之，广义上的法治文化的范围涉及到了法律制度文化、法律组织文化、法治设施文化、法治行为文化、法律语言与文本文化等六个方面。

（二）法治文化的基本内涵

法治是一种与人治相对立而存在的治理国家、管理社会的基本方法、方略和规范。法治贯彻并体现着一整套有利于维护法律的至上权威并能保证法律得到普遍遵守的原则和制度，其核心在于对公共权力的有效监督和对公民权利的基本保障。法治，特别是现代法治还蕴意和象征着一系列重要的法律精神和理念，诸如公平、正义、效率、自由、平等、安全、和谐、人权等。法治最终还要标志和体现为一种彰显上述原则、理念要求的良好秩序、结果或状态，即法治国家和法治社会。总而言之，法治是承载着以合乎人类理性的价值理念为指导，贯彻一整套有利于维护法律至上权威并保证法律被普遍有效遵守的法律原则和制度，进而达到对公共权力的有效制约和对公民权利的有效保护，并形成一种良好有序社会状态的一种与人治相对立的治理模式。法治是人类法律文明的深刻表征，是人类所能发明的最好的国家、社会治理模式。

（三）法治文化的基本要素

认知法治文化，把握其内涵固然重要，但更重要的是深入了解其构成要素，因为内涵抽象色彩浓重，不易认知，而构成要素则相对具体，易于掌握。我们认为，法治文化由以下几个基本要素构成。

1. 良法是基础

人类法治发展的历史表明：法治在以特有的制度方式介入人类生活之时，就已经作为人类思想中最具有生命力的一部分孕育在人类的

精神世界。这诚如恩格斯所言：“历史从哪里开始，思想进程也应当从哪里开始，而思想进程的进一步发展不过是历史过程在抽象的理论上前后一贯的形式上的反映。”^① 亚里士多德曾指出，法治的实现有赖于两个条件：一是已成立的法律获得普遍的服从，二是大家所服从的法律本身是制定得良好的法律。因此，法治首先意味着“良法之治”，良法是法治文化的基本构成要素之一。只有规制社会的规则本身制定得合理，才能从根本上保障法律的至上权威，实现法律对社会的全面治理。

从这种思想认知出发，具体探讨立法和执法两个领域为实现“良法之治”所必须满足的标准，制定良好的法律往往能够得到广泛的遵守，相反劣质或邪恶的法律则时刻面临着被违背、遭唾弃的风险。法治社会的根本特征在于法律权威的至上性，人们从内在的心理到外在的行为皆崇敬法律。法律如果不是良法，不与人们的政治理想和伦理道德观念相一致，是不可能获得人们的普遍遵守的。良法，应该是法治的最低要求，所谓法治首先应该是良法之治。

那么，何谓良法呢？良法的标准何在呢？这可以从外在形式上和实质内涵上两个层面予以分析和判断。

首先，形式上的“良法”应是条文内容和谐、结构严谨、层次分明、规范明确的法律。具体而言，良法的形式要求体现在三个方面：（1）法律体系具有统一性。这既是法律权威性的要求，更是国家主权统一性的要求。首先，法律体系下的全部法律规范的效力必须统一于一个共同的最高效力标准——宪法；其次，法律规范之间在形式上应是协调一致的，在相互冲突的法律规范所涉及的行为领域，人们必然无所适从；最后，法律体系应该是完备的，随着社会的发展也应该立即制定出新的以前不具备的部门法。（2）法律制定的合法性。包括制定的机关必须有法律规定的立法权且只能在其合法立法权范围内立法，以及法的制定程序必须合乎相关法律规定。（3）法的执行上必须

^① 《马克思恩格斯全集》（第一卷），人民出版社1995年版，第166页。

有可行性，有较好的执行力，能被人民所信赖。

其次，实质上的“良法”应该具有诸如公平性和正义性等基本价值取向。关于法的正义性，从历史上看，学者们对正义有不同的理解。西方有的法学家认为，在伦理上，可以把正义看成是一种个人美德或是对人类的需要或要求的一种合理、公平的满足。但在经济和政治上看，则可以把社会正义说成是一种与社会理想相符合，足以保证人们的利益和愿望的制度。在法学上，正义一般理解为执行正义，指的是在政治上有组织的社会中，通过法院来调整人与人之间的关系及安排人们的行为等。古希腊政治思想家亚里士多德把正义分为两种，即分配的正义和矫正的正义。他认为，社会先用某种制度安排好每个人的位置，使之能各司其职实现分配的正义；当这种分配的正义被撞击和遭到破坏时，必须通过执法与司法救济被破坏了的平衡，使社会趋于新的公正及矫正的公正。而当代美国哲学家罗尔斯则认为正义有社会正义和个人正义之分以及实质正义和形式正义之别。他认为社会正义是指社会制度的正义，只有在正义的社会制度结构中个人才能实现正义。实质正义是指制度本身的正义及结果的正义。形式正义是指对法律和制度的公正和一贯的执行。^① 不管我们如何划分正义，正义都是良法的一个基本构成要素，这一点是毋庸置疑的。

公平，亦为法律追求的价值之一。功利主义法学创始人边沁认为，法律的目的应该具备公平的要求，亦即为社会谋福利；分析法学派的代表人物奥斯丁则认为法律是一种命令，是由主权者颁布的或强加于人们的一种意志，法律虽受道德的影响，但法律往往与公平、正义相分离，法律有时候在道义上可能是十分邪恶的，但只要以适当的方式颁布就仍然有效，所以恶法亦法。在他看来，法律无论好坏，亦不在乎是否符合公平、正义的要求。人们只有执行法律的义务，而没有不服从的权利。对于功利主义法学和分析法学的论断，恩格斯指明了他们的症结所在：“在法学家和盲目相信他们的人们眼中，法权的发展只

^① [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第218页。

在于力求使获得法律表现的人类生活条件愈接近于公平理想，即接近于永恒公平，而这个公平却始终只是现有经济关系在其保守方面或其革命方面的观念化、神圣化的表现，这说明，公平作为人们对社会对物进行价值评价时表现出来的观念，是一种价值评价形式、一种思想意识，作为一种社会意识形态有一定的历史连续性。从根本上说，公平是现存经济关系的反映，始终只是现存经济关系的观念化表现，是随社会经济关系的发展变化而发展的。”^① 总而言之，公平的标准是随着历史的演进而不断更新的，随着时代的变迁而不断被补充新的内容，所以没有永恒的公平法则。我们现时代所能遵循的只能是建立在辩证唯物主义与历史唯物主义基础上的马克思主义的公平观，因为它是最自觉地反映经济规律与历史发展的客观要求，亦因为它是积极促进社会进步的革命的公平观。法律规范只有体现了这种公平观，才称得上是良法，否则非也。

2. 信仰是条件

美国著名法学家伯尔曼先生曾在《法律与宗教》中写道：法律是需要被信仰的，否则将形同虚设（law has to be believed in, or it will not work）。人们所要信仰的应当是法律背后所沉淀下来的法律精神。当然，法律精神的载体只能是国家或政府或其他统治者、主权者所制定、建构的法律文本、法律规范等等。由此决定了人们信仰法律、信任公平正义的法律精神，在形式上就是遵循既定的法律规范，在日常生活中一切按照法律的要求来行事，把法律视为衡量自己行为的唯一标准。唯有如此，才是信仰法律，唯有如此，法治社会、法治国家才能建立起来。

当今社会，法治毫无疑问地成为了社会控制的主要方法和模式，从长远看，它亦是最好的国家和社会治理模式。但这种治理模式的有效性决定于人民对法律的信仰程度，它们两者之间呈一种明显的正比例关系。

^① 《马克思恩格斯选集》（第三卷），人民出版社1972年版，第296页。

那怎样信仰法律和法治呢？信仰是一种深刻的认识、信赖和约束。法国思想家卢梭曾经说过，一切重大的法律不是刻在大理石或铜板上，而是铭记在公民们心中。法治是一个客观的社会现象，更是一定的法律秩序状态。成熟的法治是公众高度自觉参与的法治，在这个过程中，社会公众对法律和法治产生一种内在的感受和体验。法治表达或主要表达了社会公众对法律规范的一种神圣的信赖情感。这种信赖情感是一种真诚流露的情怀，是一种确信，而非外力强加于民众的外力强制。在这种法律情感的熏陶下，法律找到了自身正当性与合理性的真正可靠的基础和源泉。托克维尔说：没有民情的权威就不可能建立自由的权威，没有信仰也不可能养成民情。我们对法治的信仰，不仅仅包含了人的理性和意志，而且包含了感情、直觉和激情。仅凭功利的计算和理性的推导演绎所支撑起来的法治，不具有长久的稳定性，不是真正的法治。只有民众对法治有自觉的情感，有了像宗教般的信仰，法治才具有长久的生命力，这个国家的法治才能真正建立起来，并长期运作下去，否则，注定会经历种种人治的挑战和磨难。职是之故，人民对法律的信仰是法治建立的关键，是法治文化盛行不衰的基础性条件。

3. 尊重权利是外在表现

“大部分法律——即限定和实施社会、经济和外交政策的那些法律——不可能是中立的。在它的大部分内容之中，它必然说明大多数的关于社会利益的观点。因此，权利制度是至关重要的，因为它代表了多数人对尊重少数人的尊严和平等的许诺。当人群中的这种分裂最为严重时，如果必须执行法律，那么这个许诺必须是最真诚的。”^① 美国著名法学家德沃金先生在这里郑重声明的“多数人对尊重少数人的尊严和平等的许诺”的观念，其实是最为重要的权利观念，它也是法治精神最为重要的内在理念。因而，在现实的政治生活中对这种权利的尊重乃是法治最为重要的外在表现。可以说，法治就是尊重权利，尊重权利就是法治。

^① [美] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第269页。

人治与法治的最大区别在于对待权利的立场和态度。法治的本质在于通过控制权力来保障权利，而人治的本质是通过压制权利来炫耀权力所带来的威权。人治与法治在旨趣上是互斥的。追根溯源，法治源于法律，法律源于权力，权力源于权利，权利源于人性，法律的最终目的是维护公民种种的权利和利益，也可以说是维护人民各种基本自由以及由此而派生的其他一切权利。

尊重权利的基本途径是让权利与权力保持一种和谐的关系状态。在权利与权力的关系中，一方面，权利是目的，权力是手段，权力来源于权利；权利决定权力，权力服从权利，权力要受到权利的制约与监督。但另一方面，权利的实现，不仅需要权力的自我控制和约束，也要依赖于权力的积极帮助与合作。令人无比动容和肃然起敬的体现尊重权利的历史事件，就是十八世纪中期英国首相威廉·皮特在一次议会演讲时所说的经典话语：“即使是最穷的人在他的小屋里也敢于对抗国王的权威。屋子可能很破旧，屋顶可能摇摇欲坠，风可以吹进这所房子，雨可以打进这所房子，但是国王不能踏进这所房子，他的千军万马也不敢跨过这间破房子的门槛。”^①皮特首相的这段演讲词后来被高度凝练为“风能进，雨能进，国王不能进”。如今这句名言成为私有财产神圣不可侵犯最直接、最形象、最生动的注解。公权力和私权利有明确的界限，如果当事人没有请求公权力相助，政府无论有多么冠冕堂皇的理由也绝不能介入其中。时至今日，皮特所说宣讲的权利神圣观念已是深入人心，成为法治的永久灯塔和永恒指南。

二、杭州特色法治文化的考量

杭州特色法治文化体现的是杭州这一特定区域法治建设及法治现状的文化积淀，它是杭州法治建设的创造性实践成果。

（一）杭州特色法治文化的界定

区域特色法治建设既要坚持法治的普遍性价值，排除因地而异的

^① 参见钱乘旦等著：《英国通史》，上海社会科学出版社2002年版，第119页。

特殊主义倾向，又要考虑到地方实际情况的条件约束以及与地方实际情况的适应能力。因此，在地方法治建设过程中必须注意一些约束条件，在此条件范围内实施法治建设才可能是最为成功、至少是最为有效的法治建设。

具体而言，杭州特色法治文化建设所面临的约束条件主要有：

第一，与国家整体法治状况相衔接，以保证法治的统一性。我们务必要明确的是，杭州正在努力建设的地方法治，而不是法治地方化。所以，杭州特色法治文化建设不能离开整个国家的法治文化状况。

第二，与地方风俗习惯的衔接，以保证法治的要求能与地方社会经济、人民素质相适应。我们应该注意与地方风俗习惯的衔接，吸收地方习俗中有益的成分。这样既可以完善地方法治的规范体系，也可以增强法治规范在社会层面的适应性，使法治规范更好地为民众认可与接受。

第三，与相关系统之间的衔接，以保证法治的系统性与协调性。任何一个环节的缺漏或者滞后，都会影响到地方法治建设的整个系统，影响到地方法治建设的总体水平，因此，地方法治建设应致力于整体推进，各系统相互支撑、相互促进、共同推动地方法治建设进程。

同时，杭州特色法治文化的形成和建设与经济、政治、文化等密不可分。

第一，在经济上，杭州以民营经济为主的市场经济的发展非常迅速，可以说，正是市场经济的发达为“法治杭州”奠定了坚实的经济基础。

第二，在民主政治建设方面，杭州基层民主政治的发展为“法治杭州”创造了必要的政治前提。杭州创造了“民主恳谈会”制度、民主听证制度、党代表常任制、“五常委会旁听制”、村务监督委员会制等基层民主制度，这些制度突出地反映了杭州草根民主和市民社会的发达，也使得杭州的民主政治建设带有明显的自下而上的特征，既培育了浓厚的民主氛围，为杭州民主政治建设奠定了坚实的基础，又为“法治杭州”创造了必要的政治前提。

第三，以重商为特色的理性文化为“法治杭州”提供了文化条件。