

ZHUANXING ZHONGGUO
FAZHI LUNHENG

转型中国法治论衡

许娟◇著

知识产权出版社

■ 本书获中南民族大学学术著作出版基金

转型中国法治论衡

ZHUANXING ZHONGGUO
FAZHI LUNHENG

许娟◇著

知识产权出版社

内容提要

本书上篇以和谐社会视野下的人本法治观为基调,以西方法治为参照,通过对法治的经济条件、政治基础(大共同体)、社会基础(小共同体)以及主观心理机制的层层分析,搭建法治的基本理论框架。中篇揭示转型中国社会变迁中若干问题,并定位当前中国经济社会的阶段性特征。下篇探讨如何通过立法、司法、执法以实现法治。本书运用多学科知识,从多角度、多层面进行深入分析,揭示了符合中国法的时代精神的法治理论与实践,有益于国家经济繁荣和社会和谐。

本书可供法哲学、法社会学、法经济学等领域的学习者、研究者参考使用。

责任编辑:汤腊冬

责任校对:董志英

特约编辑:刘永红

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

转型中国法治论衡/许娟著. —北京:知识产权出版社,
2009.4

ISBN 978-7-80247-366-9

I. 转… II. 许… III. 社会主义法制-研究-中国
IV. D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第045337号

转型中国法治论衡

许娟 著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村1号

邮编:100088

网址: <http://www.ipph.cn>

邮箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000893 82000860 转 8124

传真:010-82000893

责编电话:010-82000860 转 8108

责编邮箱: tangladong@cnipr.com

印刷:知识产权出版社电子制印中心

经销:新华书店及相关销售网点

开本:880mm×1230mm 1/32

印张:12.125

版次:2008年11月第一版

印次:2009年4月第二次印刷

字数:335千字

定价:28.00元

ISBN 978-7-80247-366-9/D·742 (2400)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

序

1994年，22岁的她满怀对未来的憧憬，走出教给她如何做
人、怎样处事的象牙之塔，步入了这个她既感到些许熟悉却更多陌
生的社会，去感触那些人生不可或缺的历练。直到1997年重回学
校，再次在知识的海洋徜徉，历经又一次的精神洗礼。简单而平
凡，感性却宁静，这就是我的学生——许娟，一位2006年以出色
的表现而破格的、年轻的副教授，我为之自豪的学子。

周遭的人们发现，她是一位既能够入世，做到开朗生活、笑对
人生的女子，又是一位超然脱俗、倾心法学研究、力行言传身教的
师长，更是一位躲进小楼成一统、用一种法的视野和一颗年轻却不
失成熟的心去思考人生和社会的学者。作者观察问题思维敏捷、视
角独特，大量见诸于各类学术刊物的美文往往具有令人引起共鸣的
哲理。这些得益于父母先天赋予的秉性，更源自后天的教育和不懈
的求索。欣闻其专著将付梓问世，感到由衷的欢欣，倍感给予她更
多的鼓励与支持，乃是难以推辞的责任和义务，故提笔作序。

在社会转型时期的急剧变迁，文化冲突、道德失范、信用危机
等各种各样的表层和深层的社会问题交织在一起，令人迷茫和失
措。痛定思痛，认真寻思，导致诸多社会问题的根本原因究竟是什么，
谋求解决这些问题的途径在哪里？本书的主题所诠释的，正是
中国前进道路上，事关经济社会发展中的一些矛盾与冲突。作者通
过对当前中国经济社会发展特定阶段中的自由与法治秩序进行反

思，对那些人为设计的、与现实的经济条件不相适应的制度进行讨论，对那些依靠指令性的、主观主义的、不科学的计划管理以及缺乏效率的政府调节进行个性化的梳理，最终对当前我们处于一个什么样的历史阶段做出一个法学视域的定位，并在这个基础上提出符合当前时代精神的自由理念和法治秩序，以期推动国家经济繁荣和社会和谐。

通读此书，在作者的法律精神家园，你会捕捉到不少的亮丽，同时也难免发现这样和那样的不足。对于一个年轻的学者，有些稚气是我们没有必要苛求的，也许正是这些稚气成为成就未来的希望，不是吗？愿《转型中国法治论衡》这部处女作，能够对业内学人研讨和交流现实中的自由和法治秩序的学术课题有所裨益，哪怕就只有一点点，也足够了，也是收获。

是为序！

王广辉

2007年4月于中南财经政法大学

前 言

转型中国的自由与法治秩序这一命题，是笔者多年来一直不间断思索的一个学术视域。主要有以下几点体会：其一，从意识形态方面看，由于长期以来受意识形态的影响，自由被插上新自由主义的标签，在我国一直遭到拒斥。自由实现的诸多积重难返的障碍，更有自由问题这种由来已久的敏感性，自由问题研究当然成为一个需要逐步被打破的学术禁区。尽管我们探讨这一问题时总是心怀忐忑，然而这一研究视域却是我们理论法研究的学人们所不可避免而不得不正视的问题。其二，从学科分类方面看，直到近几年才逐渐打破学科泾渭分明之限，才开始将经济自由主义思潮引入到哲学、法学、社会学等学科研究。如果不运用跨学科的方法和在特定阶段中进行考察，就无法全面揭示这一命题的本质。其三，理论探讨是撬起实践的支点。理论的探讨是学科发展必不可少的要素，着眼于理论的研究进路不仅扩展和加深了学科内涵，而且作为一种指导实践的方法对当前中国的自由与法治秩序的构建能够起到“牵一发而动全身”的作用。其四，越过比利牛斯山，真理就变成谬误。法理学是一种能够为现实提供理论养分的学科，是源于现实生活但又必须超于现实之上的思辨中的实践理性。运用法理解释现实问题，无疑是在超越比利牛斯山之路上的艰难学步。

改革开放 20 多年来是中国的经济社会飞速发展的时期。纵向来看，这一过程也是经济运行不断获得自由的过程。中国的经济改革

从农村开始，首先是农村经济获得一定的自由，然后在城市开始了经济改革，随着生产资料和技术市场放开、资本和劳动力的流通逐渐加大，自由的程度在逐渐加大。放开展、追求经济自由是每个国家所期望的发展经济的最佳状态，但是其实现却有赖于政治决策和公众参与，这其中法治的力量与人之自由的合理限度对经济发展起着至关重要的作用。当前中国经济社会发展的特定阶段需要怎样的自由法治？什么样的自由法治才能实现与当前中国经济社会发展的良性互动？这着实是我们必须认真加以思索和解决的重大课题。另外，如何在全球化浪潮中保持中国特色的学术语境，划定中国经济社会中的伦理底线，直接关乎我国的法治化进程。然而，对这一问题的探讨，可能由于无法准确运用经济学、社会学的方法，也可能由于无法对当前我国经济社会做出完整的把握，而得出完全错误的结论，这就要求研究者抱着万分审慎的态度，迎接这一严峻挑战。

本书分上、中、下3部分，分别从三个不同的角度展开论证。上篇分为7章，从理论上探讨转型中国的自由与法治秩序。第一章从依法治国理念的形成和确证入手，第二章进一步分析当前中国和谐社会下的法治构建的特征，第三章着重探讨了中国法治的区域性特色，尤其要澄清全球化、国际化、本土化、现代化等概念之间的区别。第四章、第五章是本篇重点，从发端于家族共同体入手，进一步发展为越来越大的共同体的形式——政治共同体。着力探讨这些共同体形式的嬗变过程，这些共同体形式的当代主要表现形式，以及它们对中国经济社会发展的影响力。第六章论及信仰之于法的意义，并主要论证作为信仰对象的法律并非完全指实在法的概念，更应该是具有神圣性的法的精神、超验的法。第七章论证了经济自由是当代中国法的时代精神。

中篇分为5章，主要探讨经济社会中的实际问题。第八章对转型时期社会失范的探讨，主要对转型时期的社会表层问题：贫富分化、环境污染、犯罪激增，转型时期的社会深层问题：道德失范、信用危机等问题的研究，进而认为，转型时期的法治问题症结是人治权威与

法治权威的较量，转型时期经济问题的症结是政府干预与市场调节的较量。第九章主要对中国国情的研究，包括当前中国经济社会中存在的问题，当前我国所处的经济社会发展的阶段，进而对中国经济社会发展中存在问题的对策研究。第十章通过对当前中国经济社会中社会各阶层的分析，希望找寻社会各阶层之间的利益平衡点，这种平衡的关键在于政府在构建中国经济社会中自由与法治秩序的角色定位问题。第十一章分析了政府在推进当前中国法治进程中的作用以及政府权力的法治限度，探求政府干预与市场调节的动态平衡。第十二章通过对当前中国经济社会中的问题分析，认为必须尊重规律和人们行为的习惯与自由，以无为而治实现帕累托最优。

下篇分为4章，主要用人本法治观分别对法的生成过程中的立法、司法、执法问题分析，运用个案分析方式，分别对人本立法、人本司法、人本执法等理论与实践进行了探讨。

本书主要意图是要将自由与法治秩序问题置于当下经济社会中进行探讨，期待获得较有特色的学术价值和现实意义。

在学术价值上，第一，该研究有助于促进法学与经济学、社会学及其他相关学科形成良好的学科交流、回应和互动态势，从而弥补以往学术界受学科壁垒及人为的肢解、割裂所造成的对自由法治的研究的片面性，拓宽、加深和丰富对中国社会转型中的自由法治的整体认识。第二，它将涉及学术范式的变革。自由与法治秩序最终并不是一个形而上的问题，而是一个具体的历史的问题，所以对其形成过程的研究不仅是一个逻辑的问题，而更是一个使之完全具体化的问题。

本研究更具现实意义。在我国经济社会发展的框架内，通过对自由与人本主义法治得以形成的动因、过程和特征给予现实性的考察与思索，并上升到理性认识，对于正在大力发展市场经济和正在走向法治化的中国有着重要现实意义。

目 录

上 篇

第一章 依法治国理念的形成和确证	(3)
第一节 依法治国理念的形成	(3)
第二节 法律至上的追问	(18)
第三节 人本法治观的确证	(25)
第二章 当前中国和谐社会下的法治构建	(30)
第一节 法治保护下的权利：和谐社会的目标追求	(30)
第二节 法治控制下的权力：和谐社会的手段追求	(41)
第三章 法治的民族性与世界性	(46)
第一节 法治范式的抉择：本土抑或西化的拷问	(46)
第二节 全球化视域下的中国的自由与法治秩序	(54)
第三节 民族国家框架内的自由与人本法治秩序	(60)
第四节 中国传统法律文化与现代法治的融合	(70)

目 录

第四章 家族共同体中的自由与法治秩序	(78)
第一节 家族共同体、社区、政治共同体、 市场秩序	(78)
第二节 乡村建设：价值、问题与重构	(94)
第三节 与身份有关的法律的现代化	(113)
第五章 国家共同体中的自由与法治秩序	(116)
第一节 国家共同体的建立及权力的正当行使	(116)
第二节 单一制国家下地方自治的新发展	(121)
第三节 国家共同体下的公民社会的培育	(125)
第四节 国家权威二元机制的吸纳与拒斥	(132)
第六章 社会信仰体系下的自由与法治秩序	(144)
第一节 信仰对法治秩序构建的积极意义 ——兼谈宗教信仰与法律信仰的价值 共契	(144)
第二节 作为信仰对象的法律 ——一种中国式解读	(150)
第三节 信仰之于人与法的差异	(169)
第四节 通往法律信仰的道路	(172)

目 录

第七章 经济自由是当代中国法治的时代精神	(175)
第一节 经济自由的追问与检讨：在历史与现实之间	(175)
第二节 经济自由在自由权利中的核心地位：几种自由之间的关系	(180)
第三节 经济自由是当代中国法的时代精神——一种经济社会发展的范式	(183)
第四节 体现法的时代精神的经济自由的要素分析和决定性因素分析	(186)

中 篇

第八章 社会失范：新旧秩序的交替	(191)
第一节 转型时期的社会表层问题：贫富分化、犯罪激增	(192)
第二节 转型时期的社会深层问题：道德失范、信用危机	(199)
第三节 转型时期的法治问题症结：人治权威与法治权威的较量	(204)

目 录

第四节	转型时期的经济问题的症结：政府 干预与市场调节的较量	(210)
第九章	国情发展：当前中国经济社会发展 阶段	(216)
第一节	中国经济社会发展阶段特征的 总体把握	(216)
第二节	中国经济社会发展中的阶段特征	(221)
第十章	人的发现：当前中国经济社会中的社会 各阶层分析	(229)
第一节	现代性语境下的社会分层理论、 标准和道路	(229)
第二节	中国社会各阶层利益追求的人性 之光	(237)
第十一章	适度干预：政府在构建中国经济社会 中自由与法治秩序的角色定位	(244)
第一节	政府在推进当前中国法治进程中的 作用	(244)
第二节	政府权力的法治限度	(247)
第三节	政府干预与市场调节的动态平衡	(254)

目 录

第十二章	看不见的手：从当前经济社会中的 自由与法治秩序问题切入	(257)
第一节	规律和人们行为的习惯与自由	(257)
第二节	当前中国经济社会中的问题分析 ——以阶梯水价为例	(268)
第三节	无为而治实现帕累托最优	(277)

下 篇

第十三章	人本主义：当前经济社会中限制 自由的理由	(283)
第一节	法律限制自由的原则	(283)
第二节	法视野下有限度自由的法治意蕴	(288)
第三节	生命是类自由，是最高人权	(292)
第十四章	通过立法确认、维护、保障法律 自由	(297)
第一节	民主立法：完善人民代表大会制度	(297)
第二节	通过立法确认主体的法律自由	(299)
第三节	人本立法：以具体法律条文的解读为视角 ——以“卖淫嫖娼被抓通知家属”为例	(301)

目 录

第十五章	形成良好社会效果的司法判决的途径	(309)
第一节	在规范与事实之间 ——司法合法性与合理性	(309)
第二节	由打击犯罪到司法人权保障理念的确立	(316)
第三节	由裁判文书说理充分解读司法公正价值观	(323)
第四节	在现行制度框架下的司法途径	(330)
第十六章	确立合乎经济社会发展的执法机制	(335)
第一节	减小风险成本促进群众反腐	(335)
第二节	规范检察机关执法行为，促进执法公正	(346)
第三节	检察引导侦查不易提倡	(356)
主要参考书目		(367)
后记		(371)

上 篇

第一章 依法治国理念的形成和确证

第一节 依法治国理念的形成

法治作为一项宪法基本原则，被确立为基本治国方略，反映了人们对理性的不断追求，表现了人们对自由与平等、公平与正义等法律价值的迫切诉求，寄托了人们对未来美好生活的殷切向往。法治思想在西方源远流长，在群星璀璨的法律天空，一直是不断跳动的法律主旋律。不同历史时期，随着时代背景的变迁和社会实践的需求，种种不同观点的法学流派应运而生，各种思想或许迥然相异，甚至截然相反，但是对法治的探讨始终是法律发展中所有法学家青睐的目标，是任何法学流派不愿绕开的主题之一。

一、从人治到法治：时代发展的必然

西方法治国家的确立是在与封建制度斗争以后，建立资本主义国家之后确立的，在此之前，不过是法治理念的提出和反复论证的过程，要想让法治成为人们向往并且可为统治者所遵循的政治准则，必须建立一个民主自由的国家，近现代意义的法治论者都在 rule by law、legal system 或 rule of law 之外，提出了所谓 government by law 或 constitutionality。在上述各种表达方式上，rule by law 或 rule of law 可以直译为“法治”或“依法办事”，即一切皆依于法，而 government by law 则似乎更接近于学者们思想中的法治一词，该词可直译为“依法治理”或“依法治国”，而 constitutionality 则包