

GUANGHUA
FAXUE

光华法学

第三辑

《光华法学》编委会 编

转型国家治理的秩序三元观

腐败与金融体系的结构

惩罚的边界——以“卖淫法”为例

机动车交通事故责任强制保险条例

对普通民事诉讼证明标准的效用分析

法律：概念的多元还是事实的多元

邻居的意义



西南财经大学出版社

GUANGHUA
FAXUE

光华法学

第三辑

《光华法学》编委会 编



西南财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

光华法学. 3/《光华法学》编委会编. —成都: 西南财经大学出版社,
2009. 1

ISBN 978 - 7 - 81138 - 112 - 2

I. 光… II. 光… III. 法学—文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 162871 号

光华法学 第三辑

《光华法学》编委会 编

责任编辑: 杨爱东

封面设计: 大涛

责任印制: 封俊川

出版发行:	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街 55 号)
网 址:	http://www.xcpress.net
电子邮件:	xcpress@mail.sc.cninfo.net
邮政编码:	610074
电 话:	028 - 87353785 87352368
印 刷:	郫县犀浦印刷厂
成品尺寸:	185mm × 260mm
印 张:	15
字 数:	310 千字
版 次:	2009 年 1 月第 1 版
印 次:	2009 年 1 月第 1 次印刷
印 数:	1—1000 册
书 号:	ISBN 978 - 7 - 81138 - 112 - 2
定 价:	36.00 元

1. 如有印刷、装订等差错,可向本社营销部调换。
2. 版权所有,翻印必究。

西南财经大学法学院简介

法学院是学校“211工程”重点建设学院。其前身是创建于1946年的重庆朝阳学院,1949年更名为私立重庆正阳法商学院。同样为西南财经大学前身院校之一的、创建于1946年8月的相辉文法学院也设有法律专业。

1987年5月,在原学校基础部经济法教研室和人口研究所基础上组建法学系,开设经济法专业和人口学专业。1992年,在企业管理专业下招收经济法方向硕士研究生;1998年,本科经济法专业调整为法学专业;2001年10月,组建法学院。

法学院现有法学(设有人口学、民商法、经济法学、经济刑法学方向)、法律经济学2个博士学位授权点;是法学一级学科硕士学位授权点,有权招收法学各专业硕士研究生,目前招收民商法学、经济法学、刑法学、国际法学、法律硕士(JM)、法律经济学6个专业硕士研究生。法学学科整体实力连续多年稳居全国财经院校前列。本科法学专业是四川省重点建设的法学本科人才培养基地;经济法学科是四川省内仅有的两个法律类省部级重点学科之一。拥有经济法、民法、刑法、国际经济法四门四川省精品课程。

学院一贯坚持“人才兴院”的发展战略,大力引进海内外优秀人才。截至2007年6月,有专职教师48名,其中教授15人,副教授18人;有博士生导师11人;50岁以下的青年教师占教师总人数的90%;已获得博士学位及在读博士的占全院教师的80%左右。学院教师中有数名教师分别担任国务院部委的顾问、教育部高等学校法学学科教学指导委员会委员以及中国商法研究会、中国刑法学研究会、中国经济法学会、中国国际经济法研究会和中国劳动法学研究会的常务理事、理事等学术职务。同时,法学院还聘请了20多名国内外知名的法学专家担任特聘教授或兼职教授。

法学院设法学系、法经济学研究所、民商法学研究所、经济法学研究所、刑事法学研究所、国际法学研究所、欧盟法研究中心。此外,学院与西南财大中国金融研究中心、财税学院合作设立金融法研究所、中国税法研究中心。

学院始终坚持“科研强院”的科研发展思路,实施科研精品工程,强化科研激励机制,学院教师科研水平和科研成果质量稳步提高。学院教师在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《经济研究》、《管理世界》等权威期刊发表论文500多篇,并在法律出版社等知名出版社出版专著70余部。迄今为止,本院教师主持国家及省部级社科课题70余项,获得省部级以上奖励50多项,先后获得中宣部“五个一工程”奖、全国青年优秀社科成果奖、教育部、司法部以及四川省哲学社会科学优秀成果奖等省部级以上奖励,学院教师的博士论文还成为全国首篇获得优秀博士论文提名的经济法博士论文。

Introduction of SWUFE Law School

The development of the Law School is a key effort of Southwest University of Finance and Economics since it was selected into “211” national education project. Its predecessor was the former Chongqing Sunrise College founded in 1946 which changed its name into Zhengyang Business and Law School in 1949. The president and director of the college at that time was Ju Zheng, President of Judicial Yuan of the Republic government and deputy president was Xia qin, the then vice minister of the Judicial and Administrative Ministry. Xianghui College of Humanities and Law, another predecessor of Southwest University of Finance and Economics also had its own law department.

In May 1987, Department of Law was established based on the Staff Group of Economic Law and Institute of Demographics and it had two principles—economic law and demographics. In 1992, a master degree of economic law was begun to be granted as a branch of corporate management major. In 1998, the major of economic law was adjusted into major of law. In October 2001, Law School was formally funded.

At present, LS has two doctor degree conferring disciplines: law (including demographics, civil and commercial law, economic law, and economic criminal law) and economics of law. It is the first level institution to grant master's degrees of law and is authorized to confer master degrees of law of various research directions. It is now has six master degree conferring disciplines: civil and commercial law, economic law, criminal law, international law, jurist master (JM) and economics of law. It is among the premier law schools of universities and colleges of finance and economics. It is also a key talent training basis for fostering undergraduate law majors in Sichuan Province. The discipline of economics of law is one of the two provincial level key disciplines of law. Its courses of economic law, civil law, criminal law and international law are among the best college courses of Sichuan Province.

LS always persist in the stratagem of bringing in talents from home and abroad. By June 2007, among the total 48 faculty members, 15 are professors and 18 associate professors, 11 doctor advisors. Over 90% faculty members are below 50 years age and about 80% of them have or are studying for doctor degrees. Several faculty members are advisors of ministries, commissioner of Guidance Commission on Legal Education of Law Schools

under Ministry of Education of P. R. C., executive members of China Commercial Law Study Association, China Criminal Law Study Association, China Economic Law Society, China International Economic Law Study Association, and China Labor Law Study Association. In addition, Law School has invited about 20 famous experts of law from home and abroad and lawyers with high theoretical levels and plenty practical experiences as special hired professors or adjunct professors.

Law school has the Department of Jurisprudence, Institute of law of Economics, Institute of Economic Law, Institute of Civil and Commercial Law, Institute of Criminal Law, Institute of International Law, Institute of European Union Law. Through the cooperation with China Financial Research Center and College of Finance and Taxation, Law School established Institution of Financial Laws and China Research Center of Taxation Laws. Law School has always adhered to the principle of "emphasizing research" and gives great effort to the development of selected outstanding projects. It has strengthened the incentive mechanism for research. As a result, the scientific research level and the quality of research result of Law School have been making steady progress. By August, 2006, over five hundred thesis have been published in such authoritative periodicals as Social Science in China, CASS Journal of Law, China Legal Science, Economic Study and over 60 books have been published by such well-known press as Law Press. Since 2000, faculty members of Law School have organized 70 research projects of national and provincial levels. They have won the Award of "Five Ones" Project, the Award of Outstanding Social and Scientific Research Result, Outstanding Philosophy and Social Science Research Result of the Ministry of Education and the Ministry of Justice, National Outstanding Social Scientific Research Award for Young Scholars and other 40 some provincial and ministerial level awards. The doctor thesis of LS teacher was the first doctor paper on economic law that was nominated as Selected National Doctor Thesis.

院长寄语

《光华法学》是以法学院研究生为主体独立编辑的出版物。在世界上,法科学生编辑高水平的学术出版物已不乏其例,饮誉全球并成为世界法学研究水平代表的《哈佛法律评论》就是其中的佼佼者。就这些出版物为法学研究所做的卓越贡献而言,他们至少是世界法律学说与法律制度发展历史的一个见证。在各种数据与现实面前,人们已经相信法科学生完全有能力办好一份学术出版物。西南财经大学法学院经过20年的开拓与发展,或许也应该有一份法科学生自己编辑的刊物了。但是,由于众所周知的各种原因,创办《光华法学》这项工作足难能可贵的。

在创刊卷的编辑过程中,主持编辑的同学和我谈及了他们办刊的思路、刊物承载的学术理想、具体的制度建设等方面的设想,我觉得他们对《光华法学》的出版已经做好了准备,并且非常重视《光华法学》的发展。令人欣慰的是,我在交谈中发现同学们为自己能成为一名“刊物”的编辑而充满自豪感和责任感。我既为他们这些初生牛犊所特有的创新精神与严谨的工作态度而折服,也为他们高涨的学术热忱与踏实的工作作风而感动。我相信学子们的这种自豪与追求是发自内心的,也坚信他们能够以学术为乐趣,以“刊物”为寄托,也就能够珍惜自己的“羽毛”,呵护自己的刊物。

正因为这支由研究生组成的团队具有流动性,“刊物”可以经常获得新鲜的“血液”补充,而有利于保持学术与“世俗”之间的适当距离,从而有利于学术的净化与健康。与此同时,每届编辑部都有可能出于对学术的高尚情感而产生超越前辈的思想,从而为刊物的发展提供了源源不断的动力。如若达此境界,学子们便在编辑刊物的过程中实现了自我价值与社会价值的统一,这正是法学教育的基本诉求。从而,《光华法学》的问世对于提升西南财经大学法学院的研究水准和学术影响,对于进一步提高法学院的教育水平都具有重要的意义。

《光华法学》的编辑一再要求我在创刊卷为他们写点东西,我却唯恐自己的语言给刊物造成某种选择的偏好,而一直有所踌躇。然而,内心的感动使我不能自己,很想借此对学子们创办《光华法学》的努力和精神表达鼓励与赞赏,于是应允下来。“千里之行,始于足下”。我希望《光华法学》在不断的学习与反思中创造奇迹,在不懈的努力中追求卓越,我更期待《光华法学》最终能够为中国的法治建设与社会进步作出应有的贡献。

高晋康

卷首语

自英伦以利器叩开中国大门以来,泱泱大国竟为列强争相鱼肉,令人黯然神伤。炎黄子孙为中华之崛起而上下求索,从救亡图存到求富求强,“革命”、“改革”与“社会转型”简约为中国近代的符号。民族革命的胜利开辟了华夏复兴的道路,制度变迁与社会转型迎来了中国空前的繁荣。尤其是随着市场经济理念与法治精神的传播,社会、政治与经济所取得的进步更今非昔比,这为中国法学研究带来了前所未有的机遇,但挑战更甚。公平与效率、个人与社会、国家与市民、本土问题与国际化……这些问题日益成为国人关注的焦点,亟须更多的志士努力以解决此中冲突、争端。

中国正重新赢得世界尊重,现代化、全球化与本土化的激荡编织成当下的语境,为学术研究提供了丰富的场域,也是我国学术繁荣的契机。因为社会转型和制度变迁为我们的研究提出了许多新的课题,为解决这些重大问题而进行的探究注定会为知识积累作出贡献,并由此推动法学理论的进步。

法学的语境依赖性决定了法学研究需要对社会现实更为密切的关注。作为法学灵魂的公平与正义也只能在特定的语境中才获得实效。但是法学精神时刻以特有的保守消解着所在语境的不谐音符,并最终消融于该语境中。或许,法学由此而有别于其他学科,我们大抵也由此找到了法学研究分为自然法学、纯粹法学与实证法学等诸多学术之根源。这或许还是法学富有吸引力而值得我们为之倾洒热血的重要缘由。

然而,由于众所周知的一些原因,中国法学在相当长时期内对社会现实的回应不够,法学的特性没有得到很好的彰显,甚至在一段时期仅为注脚。法学研究受到了或多或少的束缚,甚至法学本身的独立性都曾受到质疑。是故,致力于中国法学进步的学人理应承担更多的责任,在回应中国现实需求的基础上不断夯实法学之基础,张扬法学之特质,推动法学研究方法之创新。

《光华法学》以此为宗旨,“点滴之光、聚而为华”,以期在社会进步的大潮中略尽绵薄之力。我们感念于“图大学问、治万世平”,以积累知识、解读社会与关涉民生为办刊目标。为此,我们将格外关注现实与前沿的法学理论,积极倡导多种学科的融合与方法的创新,力求为法学研究方法与学术范式的转换和积淀提供一块兼容并蓄的“试验田”,并在同仁的宽容与支持中获得进步,共同为推进中国法学研究的鼎兴作出应有的贡献。

《光华法学》编辑部 谨识

编者按

按照编辑部的惯例,每期都需要确定一个主题。这期拟定的主体是“法律与社会发展”,这一理论传统甚至可以追溯到马克思·韦伯那里。20世纪法律社会学的兴起使得法律和社会发展一度成为法社会学的主要话题。但由于各种原因,法社会学放弃了对这一主题的研究。在世界银行等机构的支持下,自20世纪90年代起,经济学界开始再次关注法律与发展的关系。在他们看来,经济活动依赖于产权保护、合同执行,由此法律是经济发展的前提。^①我国法律制度并不完善,产权缺乏保护、法院也难以公正判决合同纠纷,但却经历了长达30年的高速增长,学界称为“中国之谜”。^②为此,如何解释中国经验与法律和社会发展理论的悖离,如何理解我国经济增长的制度支撑就成为一个现实而颇具意义的问题,我们期待能有更多学者参与到这个问题的讨论中来。

或许是刊物的影响力不够,或许是话题本身的吸引力不够,也或者是法学家无法或不屑回答这个问题,总而言之,我们设置的主题没有得到太多的回应,这自然遗憾。幸运的是,张建伟和杜巨澜慷慨的回应了我们的主题,尽管他们的讨论与本文主题的直接关联性不那么明显。

张建伟发现由于司法腐败、执法不足等原因,形成了多元的“法律资源”供给体系。在《转型国家治理的秩序三元观》中他构造了一个关于国家治理的法律、政策与“关系”规则的秩序三元规则实施的理论框架,对照中俄两国不同的改革路径,试图解释“国家治理与经济增长之谜”。作者强调只有从法律多元或法律现实主义的视角出发才能真正理解中国当下的转型与国家治理秩序。

杜巨澜的《腐败与金融体系的结构》是法律与发展理论分支之法律与金融所关注的一个问题。该文的核心思想认为造成各国金融体系差异性的一个关键因素是各国政府的腐败程度。在腐败政府治理下,企业行贿得到政府保护和租金,贿赂就成为企业生存和发展的前提条件。作者认为资本市场的发展,尤其是拥有大量小股东的公司金融模式,如分散股权融资模式和证券市场为基础的金融体系,更需要强有力的公

① See Ginsburg, Tom. 2000. "Does Law matter for Economic Development? Evidence from East Asia.", 34 Law and Society Review 701.

② 已有的研究可参见斐文睿:中国的法治与经济发展[M]//洪范评论:2004年第1卷第1期。北京:中国政法大学出版社,2005。

共机构和有效率的政府支持。

在法律经济学专栏里我们还收入了另外三篇论文,杨圣坤的《刑罚的边界》、丁凤楚、吴锦宇《论机动车交通事故责任强制保险条例的改进》与涂永前《对普通民事诉讼证明标准的效用分析》。

杨圣坤突破了传统刑法的研究模式,也纠正了国内传统刑法学者所认为的法律经济学无法讨论刑法问题这一偏见。作者将卖淫嫖娼的入罪与否作为切入点,讨论了刑事惩罚的边界问题,并认为刑罚的合理边界应当确定在边际刑罚收益与边际刑罚成本恰好相等的位置上。为了节省公共资源的投入,国家就要被迫限定刑罚的范围或者说是刑罚的边界,许多有害行为因此可以“逍遥”于刑罚之外。

虽然对机动车交通事故责任配置争论已告一段落,但还是存有一些争论。丁凤楚、吴锦宇强调与国外的相关立法相比,我国的《机动车交通事故责任强制保险条例》不仅法律效力等级不足,而且在交强险的被保险人、保险人、受害第三人权利与义务方面,以及对其的监督管理制度等方面的规定上也存在着缺陷,应当加以改进。

涂永前分析了民事诉讼法中的一个问题,作者认为由于法律就诉讼中的争议事实采取了一种盖然性标准,法官将最大程度地做出实际上正确的判决,从而最大化其做出正确裁定的总数。为此,将 $P > 0.5$ 作为普通民事诉讼证明标准存在一定合理性。

在法律社会学专栏中,刘希的《法律:概念的多元还是事实的多元》和王波的《邻居的意义》两篇文章纠正了法律万能主义者对成文法的过度偏好。刘希从法律概念的多元化、法律多元的因子以及法律多元的原因三个层面解释,因此法律的多元究竟是概念的多元还是事实的多元。作者认为,我们不应否认法律的多元性特征,这也确保了制定法失灵状态下的井然社会秩序。王波讨论了社会规范研究中非常基本的“邻居”。^① 作者把邻居置身于“个人—共同体”序列中进行反身性考察,发现邻居规则契合了现代法律的基本气质,法律很大程度上是按照邻居规则予以设置的。面对现代性下的法律,邻居不仅具有复原功能,还有诊疗意义。无论是本期看到的一些文章,还是上一期刊登的几篇文章,我们都试图传达这样的信息:法律尽管重要,但法律万能主义是不妥当的。法学家需要深入微观生活之中,提炼理论,而不是致力于构造抽象、宏观但略显空洞的宏大理论。

宪政与财政有着天然联系。郭绍敏在《清末士大夫财政立宪观述评》一文中考察了清末宪政改革面临的财政困境,为解决新政经费而向民众加征赋税,结果却变成戕害民生的手段,新政反成“病民之根”,以致于民变迭起。尽管作者讨论的是百年前的问题,但是财政与宪政的关系现今依然未能得到足够的讨论。

赵宗亮《论财产权在美国的演进及保障》认为财产权的去神圣化是根据社会实际做出的必然选择。财产权的社会性确立之后,公共利益就可能对财产权的权能形成

① 埃里克森在其著名的《无需法律的秩序》一书中,其副标题就是“邻居间纠纷的解决”。本辑《法律社会学》所收入的两篇文章都可视为为该书的扩展。

制约。作者担心社会本位很有可能开启国家权力大幅进入民法的缺口,高压管制私法自治的空间,因此,要在权利与权力之间寻求一种平衡,当私法自治与国家管制不可调和时,除非有重大理由,私法自治应优先。陈丹从更宏观层面讨论了民法的社会化,在《民法社会本位》一文中,作者担心社会本位很有可能开启国家权力大幅进入民法的缺口,高压管制私法自治的空间。故作者强调当私法自治与国家管制不可调和时,除非有重大理由,私法自治应优先。戴兴利的《究竟是“权利形式”之争,还是肯定性观念的“自负”?》一文从较宏大理论背景下重新分析了王泽鉴先生所举之挖断电缆线案,作者从纯粹经济上损失的赔偿问题切入,认为为了确保行为之预期,加害人应当承担相应的责任。

廖瑜的《论逆向情节的适用》讨论了刑法中“情节”的认定,作者认为无论采用何种方法,都需要首先确定基准刑,不能只通过案件的一般情节确立基准刑,至少还应通过独立情节来确立。确立基准刑之后,再根据逆向情节冲突的不同类型来综合分析,最终决定宣告刑。

俞丹的《论暂缓起诉的理论基础》论证了暂缓起诉制度的理论基础,暂缓起诉制度体现了“轻轻重重”的刑事政策,效率价值是其直接的理论依据。但从更深层次讲,暂缓起诉是基于刑罚目的刑论取代刑罚报应刑论以及对刑罚功能理性认识的产物。由于被执行人往往没有执行能力,从而使得许多刑事附带民事判决成为空判,被害人难以得到足够的赔偿。薛培和温华荣在《刑事被害人国家救助制度构建问题之探讨》一文中认为,为保障被害人合法权益,彰显司法人文关怀,促进社会和谐发展,应由国家通过公力救济的形式建立刑事被害人国家救助制度。

按照预计,该书应该在6月份出版,但由于“5·12汶川”地震,整个社会机制的正常运转受到影响,该书的出版也不例外,时间由此被耽搁了。在此期间,一些作者所给予的鼓励及读者对前2期的认可使编辑部非常感动,同时也使我们就这份拖延的作业更感到愧疚,但愿本辑收录的文章不会让关心本刊物的各位友人失望。

目 录

Contents

(第三辑)

法律经济学

- 3 转型国家治理的秩序三元观:一个“法律现实主义与多元主义”理论分析
张建伟
- 30 腐败与金融体系的结构
杜巨澜
- 72 惩罚的边界
——以“卖淫法”为例
杨圣坤
- 83 机动车交通事故责任强制保险条例对普通民事诉讼证明标准的效用分析
丁凤楚 吴锦宇
- 91 对普通民事诉讼证明标准的效用分析
涂永前

法律社会学

- 103 法律:概念的多元还是事实的多元
刘 希
- 120 邻居的意义
王 波

制度与理论

- 147 清末士大夫财政立宪观述评 郭绍敏
- 160 论财产权在美国的演进及保障 赵宗亮
- 171 民法社会本位:一个否定性的质疑 陈 丹
- 183 究竟是“权利形式”之争,还是肯定性观念的“自负”? 戴兴利
- 194 论逆向情节的适用 廖 瑜
- 202 论暂缓起诉的理论基础 俞 丹
- 212 刑事被害人国家救助制度构建问题之探讨 薛 培 温华荣

光华法学

(第三辑)

法律经济学

转型国家治理的秩序三元观： 一个“法律现实主义与多元主义”理论分析

■ 张建伟^①

〔内容摘要〕当前对转型与增长问题的研究，无法解释转型秩序、法律改革、国家治理与经济增长之间的复杂关系。本文从规则实施与国家治理的“法律多元主义”和法律现实主义视角出发，以法律不完备性理论为基础，构造了一个关于国家治理的法律、政策与“关系”规则的秩序三元规则实施的理论框架；以该理论框架解释了中俄两国转型过程中所发生的“国家治理与经济增长之谜”；并对中国国家转型与秩序治理演进的长期走向做出了一个前瞻性预测和评论。

〔关键词〕转型 国家治理 法律 政策 “关系”规则

一、引言

对于国家的转型和治理问题的研讨，可以从不同的角度

^① 笔者将国家治理的秩序规则划分为三元规则，实际上只是一种简单概括，按照老子的道家思想，“三”即为“多”，是最简单的“多”，从这个意义上说，“国家治理的三元观”实际上也就是国家治理的秩序规则“多元观”，而这又是与法律多元主义和法律现实主义思想不谋而合。需要强调的是，与国家治理的二元观（正式规则和非正式规则、内部规则和外部规则）相比，秩序三元观更加注重规则之间的转化机制，更具有灵活性，更注重实用主义，更具弹性、实践理性，其中蕴含的关系主义秩序原理最具中国特色，甚至从某种意义上说，中国法的精神就是关系主义秩序。张建伟，复旦大学法学院教授。

去观察。从转型秩序演进过程中出现的法律多元机制角度去考察,是一个有趣的视角。在这一视角下,我们发现,在某些转型国家,由于法律不完备及政治秩序混乱;或由于政府与法院腐败而失去民众信任,法律供给机制存在种种障碍;或者由于执法部门缺乏执行能力,法律也就只是停留在字面上,政府或法院的官方执法垄断地位就会受到种种挑战,于是民间的各种原始治理方式就会再次流行起来,形成“法律资源”供给的多元竞争局面。转型国家经验教训提示,民间秩序维持需要相对稳定而坚硬的“政治秩序外壳”的保护。如何作好政治平衡来控制社会资本存量,防止私人规则私人(如腐败官员、权贵、金融寡头等)实施情形的出现,可能成为决定国家治理绩效的关键因素。

中国和俄罗斯的转型案例为我们观察转轨、变法与国家治理的关系提供了良好契机,也为我们洞察转轨过程中政治秩序与民间秩序之间的互动提供了难得的好素材。从中国的情况来看,改革开放以来,虽然政治秩序和民间秩序以及国家治理结构都已发生大规模转型,但民间的合作秩序并没有遭受像俄罗斯那样被“黑帮”和“权贵”等恶性“制度企业家”所破坏的那么严重。因此,从秩序治理的角度讲,中国稳定的政治秩序保存了良性社会资本,减少了各种机会主义和交易成本,提高了交易效率,使专业化分工深化,同时鼓励了生产性投资,因此,中国实现了转型中的经济快速增长。而对于其他转型国家而言,由于良性社会资本在政治混乱中耗散,私人掠夺与侵权大量发生,整个社会陷入“零和博弈”甚至“负和博弈”状态,因此,这些国家大都不同程度地经历经济衰退的困扰,尤以俄罗斯为甚。同样的转轨,不同的绩效。中、俄两国在转轨过程中到底发生了什么?该如何来解释过去20余年中国经济增长、法律改革与国家治理之谜呢?中国的经济增长在可持续性上是否有制度上的保证?如果从法治指标来看,根据世界银行公布的数据,中国的得分是40.6分,满分是100分,墨西哥、巴西、印度等国都比中国好一些,中国的法治状况并不是很好,但中国却有相对不错的经济增长绩效,那么到底是什么支撑了中国的经济增长呢?

本文认为对转型与增长问题的研究,仅仅停留在“渐进与激进”、“长期与短期”的简单区分上,往往无法解释转型秩序、法律改革、国家治理与经济增长之间的复杂关系,应将研究视角转换到对转型秩序演进过程中的国家治理的“法律多元主义”控制机制的具体观察上。而对于这个问题,先前的研究大多局限于“法律中心主义”视角或仅仅关注政府和市场之间的“二元”替代性关系以及仅仅注意法律机制和政策等官方法律资源等,而对国家和社会之间的沟通机制以及社会机制所起的作用则没有引起足够重视。基于此种情况,本文从规则实施与国家治理的“法律多元主义”^①和法律现实主义视角出发,以法律不完备性理论为基础,将国家治理结构解读为法律、政策与“关系”规则之“三元”组合,进而探讨法律、政策与

^① 关于法律多元主义的论述,参见千叶正士:《法律多元》[M].北京:中国政法大学出版社,1997:1-11.