



廖奕 著

The Spiral of Equilibrium in Jurisprudential China:

Discourse, Thinking and System

法治中国的均衡螺旋

话语、思想与制度



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

廖
奕
著

法治中国的均衡螺旋

话语、思想与制度

The Spiral of Equilibrium in Jurisprudential China:
Discourse, Thinking and System

图书在版编目(CIP)数据

法治中国的均衡螺旋：话语、思想与制度 / 廖奕著. —北京：
社会科学文献出版社，2014. 11
ISBN 978 - 7 - 5097 - 6515 - 9

I. ①法… II. ①廖… III. ①社会主义法制 - 建设 - 研究 -
中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 216132 号

法治中国的均衡螺旋

——话语、思想与制度

著 者 / 廖 奕

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军 芮素平

责任编辑 / 胡晓利 关晶焱

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址：北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编：100029

网址：www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367090

读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 三河市东方印刷有限公司

规 格 / 开 本：787mm × 1092mm 1/16

印 张：17.5 字 数：281 千字

版 次 / 2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 6515 - 9

定 价 / 68.00 元



本书如有破损、缺页、装订错误，请与本社读者服务中心联系更换

▲ 版权所有 翻印必究

本书系教育部人文社会科学项目、国家 2011 计划·
司法文明协同创新中心和武汉大学 351 人才计划研究成果

内容提要

本书以“螺旋”为隐喻，从“均衡法理学”的视角全面剖析了“法治中国”的思想、话语与制度，重点阐释了法治均衡战略在当代中国的理论基础与实践要点。本书以“虚拟对话”开篇，提出了“法治均衡”的话题，并通过法学流派分析和思想谱系考察的方法予以证立。研究发现，法治均衡理念在传统中国儒家思想中内蕴丰富，值得进一步开掘和转化。为了重新发现“法治中国”，本书从全球化背景下的“世界法”话语逐级回推到“天下观”，围绕“中国大历史”勾画了一幅新的法治均衡图景，并对断裂社会的病灶进行了初步的诊治。本书的制度分析表明，在社会发展的螺旋结构中，当下法治中国战略必须把握国家、社会与政府的多重均衡，立法、行政、司法过程的均衡主轴体现为多种模型和样态。

目 录

CONTENTS

导 论	001
从“书本”到“行动”	001
多元的“均衡”	002
从发展观到法理学	003
“螺旋”的隐喻	005
思路与架构	008
第一章 法理门前	010
第一节 虚拟对话	010
一 “法理”为何	010
二 “司法”新解	012
三 “法治”之难	014
四 共识图景	018
第二节 理论反思	026
一 法学：法律学或法理学	029
二 法学家：政治家还是哲学家	031
三 法理世界：如何均衡	033
第二章 寻找“均衡的法”	036
第一节 问题与背景	036

第二节 自然法与实在法	039
一 理论争议与对峙	039
二 争议中的融合与汇通	043
第三节 转型时代的“均衡”法学	046
一 危局下的法学重整	046
二 社会学法学的“新均衡”	051
三 迈向全面均衡的“综合法学”	055
第三章 法治均衡的思想系谱	062
第一节 古典时代的哲学家	062
一 永未完结的《政治学》：理想政体的法治与均衡	062
二 看不见的儒家权力：法治均衡的德性构造	069
第二节 法政精英的均衡观	074
一 万民法与国务家	074
二 衡平的法治与一统的主权	078
三 分权与制衡的迷思	086
四 施密特的模型与遗憾	093
五 “人民神”的整体均衡	098
六 回归“法治中国”的思想传统	100
第四章 重新发现“法治中国”	103
第一节 “世界法”与“中国话”	103
一 世界法：全球化法治话语的典型标本	104
二 法治国：世界法理想的西方主导	105
三 孔教乌托邦：西方法治启蒙的中国悖论	107
四 国家与天下：全球化法治的非均衡博弈	109
第二节 “法治中国”与“大历史”	113
一 “中国大历史”	113
二 法理均衡分析	116

三 经济危机、“法理大国”与意识形态重建	120
第三节 “断裂社会”与“法治均衡”	125
一 叫魂：转型时代的社会断裂与权力独断	125
二 火光：人权与公权的断裂式博弈	128
三 洞穴：弥合断裂的司法方法	131
第五章 法律体系的均衡构造	136
第一节 “中国特色社会主义法律体系”的话语分析	136
一 话语结构	136
二 均衡理论	141
三 实践反思	145
第二节 法律统一与立法理念的均衡再造	151
一 法治与立法的理念悖论	151
二 法律统一与立法再造	155
第六章 行政规制成本收益的均衡分析	165
第一节 历史与现状	165
一 历史背景	165
二 中国现状	169
第二节 功能与原则	171
一 界定权利与分配正义	171
二 增加财富与节约成本	172
三 定量计算与定性分析	173
四 成本收益的比例均衡	174
第三节 成本指标体系	176
一 立法成本	176
二 实施成本	179
三 模型小结	183

第四节 收益指标体系	184
一 经济收益	185
二 政治收益	188
三 社会收益	190
四 模型小结	193
第五节 成本收益分析的方法实例	194
一 行政立法成本的衡量和计算方法	194
二 行政规制收益的衡量和计算方法	198
三 模型小结	205
第七章 转型中国的司法均衡	207
第一节 司法改革的均衡模型	207
一 改革困境与顶层设计	207
二 断裂社会的司法非均衡	211
三 司法均衡模型的多样化设计	218
四 反思与结论	232
第二节 司法均衡模型的实证：以网络公案为例	234
一 问题的提出	234
二 模型与实证	236
三 焦点与讨论	240
第三节 司法改革与“法治中国”的顶层设计	245
一 “法治中国”的整体战略	245
二 以“司法均衡”为切入点的“法治中国”	248
三 法治均衡逻辑下的策略选择	250
四 长远的文化问题	252
结 语	255
参考文献	258
致 谢	廖奕 / 268

导 论

法治的精义不在于许诺的美好与崇高，而在于实践的大义与正道。对法治中国而言，“均衡”这一预设的主轴，从历史到现实，从理念到制度，都是显见的事实，深奥的谜题。

当下中国最基本的国情，可称之为“非均衡发展”：一方面，改革开放以来，中国政治、经济、文化诸方面均长足进步；另一方面，巨大的城乡差距、地区差距和贫富差距使得发展成果难为民众公平分享。通过法治的社会均衡，已成各界共识。但问题在于，法治是否内蕴均衡的主轴？“法治均衡”如何建构和运转？其意义与限度何在？对于这些问题，我们不仅要从理论上证立，更要在现实中审思，特别是要紧密结合转型中国社会的“螺旋”结构，揭示法治的战略之维。

从“书本”到“行动”

众所周知，“法治”（Rule of Law）是近代西方文明的世界性贡献，就其理论渊源而言，可追溯至古希腊时代的法哲学。时过千年，学者们对“法治”的研究热情仍在持续，并丝毫没有降温迹象。但对中国这样一个历史文明古国而言，“法治”的内涵、价值与实践都具有固有的文化惯性。西法东渐，引来了摩登的“书本法”，却并未伴生相应的“行动法”。法治的形式与实质之杆格，制度与文化之冲突、逻辑与策略之背离，长期困扰着法律的决策者和行动者。

在当代中国经济突飞猛进以及伴生的各种社会问题语境中，如果将国家的发展战略比喻为一场持久攻坚战，那么，法治无疑是指导这场伟大战役的重要战略。改革开放后“法治”的提出与践行，与经济增长与社会稳定的关系均衡密切相关。这种“路径依赖”决定了作为战略的法治，其功能与价值不能驻足于“纸面的美好”与“想象的崇高”，不能麻醉于“法律至上”“法律权威”“法律信仰”这些大而化之甚至有些华而不实的大

词与口号。行动中的法治战略核心之问在于，未来中国能否走出“历史三峡”，有效化解发展中的疑难弊困，最终实现社会主义的价值理想？这与中国共产党的执政方针，尤其是与法治建设必须坚持实事求是的中国化路径，内质吻合。当“依法治国，建设社会主义法治国家”成为一项宪法制度后，法治研究的政策性愈发强化。在此背景下，对法治战略加以中国语境的法理考察，具有特定的时代意义与实践价值。

多元的“均衡”

本书探究的法治战略，就方法论而言，本身就体现了“均衡”的要求。法治研究必须深嵌于当代中国的发展语境，才不会重复“主流”。总体而言，当今对于法治的探讨，要么以思想、价值、理念为关切，着眼于法治优越性的论证；要么以制度、规范、行动为焦点，倾力于法治事务性的厘清——这两种进路都有其理用，但它们对于当代中国的整体发展未必契合。当下中国处于社会转型的“深水区”，法治建设的过渡特征和救世功能非常明显，某种复杂的法律秩序成为势所必然的选择。在此背景下，单纯的理念呼吁唤醒不了国人对法治长期以来的漠然与误会，琐细的事务研究也改变不了法律实效性匮乏的残酷现状。只有将抽象理论和具像事务有机契合，运用战略思维的判准，在社会发展的螺旋结构中，运用思想与制度的多元均衡分析方法，才能描绘出法治的全息图像，从理念上证立一种新的法治发展观，为法治中国型构解释论的基础框架。

法治均衡战略是本书的论述中心，这一理论问题对于当下中国发展而言，至少具有下述实践意涵：首先，将法律治理与社会发展全面契合，可充分发挥法律的社会功能，对于矫治长久以来法律阶级专政功能过盛，有对症之疗效。其次，通过法律均衡发展功能的整体性发挥，渐趋确立法律崇高的社会地位，有利于法治精神真正为匹夫匹妇吟咏体会。再次，系情“均衡”的法治可以衔接传统中国智慧与现代西方理念，勾连大众与精英的法律态度与情感，避免偏狭的极端选择，沟通理性，凝聚共识。最后，内化为公民生活哲学的法治均衡观，可为一系列制度与文化创新设置路标与指引。

从法治政策的视角看，执政党对均衡发展已经形成了整体规划，但相关法理基础和实践细节亟待完善。中国共产党提出的科学发展观，本质上

就是一种以“均衡”为主线的动态治国理念。通过发展治理国家，这是一种新的“能动执政”；通过科学发展实现国家富强、民族复兴的“中国梦”，这是一种极高明而道中庸的战略思维。从作为政策指引的科学发展观到作为学理建构的法治均衡论，两者应当属于一个相互衔接的思维过程。

法治不是孤立存在的圣物，亦非无所不包的洪宇，它是社会结构下规范体系的理念凝成。均衡的法治本体系于价值、形式与事实的协调整合，均衡的法治功能涵盖文化、规范、社会的系统效用。立法民主和“分配正义”、司法公平与“程序正义”、执法效率与“裁量正义”、守法普遍与“认同正义”都离不开“均衡”的主旨。这一系列的法治“内部均衡”都围绕着当下中国至关重要的战略目标——均衡发展——协调运转。我们也可以这样理解：在当代中国整体发展的螺旋结构中，均衡主轴其实有多条：均衡发展行为的法治主轴、均衡法治系统的司法主轴以及均衡司法过程的权能主轴。本书最后落脚于法治中国的顶层设计，希望国家、社会、公民都可以在均衡的螺旋中找到各自的位置，在发展和法治的场域中形成系统，协调兼容。

从发展观到法理学

本书是一部以当代中国为中心的“发展法理学”论著。事实上，发展观与法理学的关系无比紧密。虽然从概念来源上看，发展观内蕴不可否定的西方性和现代性，但从实质内容来看，对发展问题的理性沉思，贯穿于人类的价值、规范和行动体系，融凝在法理学的历史发展过程中。

从内容上讲，“发展”的要义有三：一是发展的目的是什么。二是发展的主体是什么。三是发展的形式是什么。在发展三要素背后，博弈的是人们对于生存问题的法理思考与价值选择。热爱诗性生活的哲学民族会对发展的理念性、文化性、精神性大加颂扬；而陷于温饱危机的部族、地区和国家可能对此无动于衷，他们更关心发展可能带来的物质改善。即便是同一民族和社群，不同生活取向的人们，对于发展要义的理解也会大相径庭。可以说，发展首先是一个多元主义的概念，它与生活状态的千姿百态直接相关，它是人生哲学的核心构件。

当多元主义的发展观形成某种理念共识，并经由权威国家意志的宣

告，便会形成特定时空环境下支配多元主体发展的指导性方针和路线，这种发展理念，可称之为政治性的发展观。它绝非是对“人生发展观”的铲除或类同，它是多元主义发展观的共识凝聚，具有整体化的功能和意义。政治性发展观的基础是个人发展观，个人发展观的高级形态和根本依据是政治性发展观。

政治性发展观的形成，关键在于“发展共识”的达成。除了内部共识，发展共识还包括超越区域、种族等差异的“全球共识”。客观而论，要达成国内外的普遍共识，造就“普适天下”的发展观几近神话，但可以肯定的是，愈接近于普遍性共识，政治性发展观的驱动力和引领力就会愈强劲。

由于政治性发展观需要通过法理的共识加以凝合，故其形态不同于个别性的人生哲学。一般而言，它具有社会科学的导向。现代社会科学需要融为一体，协力研讨发展问题。“二战”后的半个多世纪里，发展政治学、发展经济学和发展社会学的研究范式日趋成熟，相互吸收、彼此补足的趋向日渐明朗，这些都对法理学的发展构成了重构性契机，对传统法学的主题与范式提出了挑战，也为法学的更新创造了难得时机。

传统法理学总是固执死守“法学”的疆域，暧昧地自定为“法学的基础理论、一般理论和方法论”。而法学的性质究竟是什么？科学，还是哲学？前提性问题尚无定论，法理学自然方向不明，遑论自足远行。如果法学的发展目标是社会科学，那么，作为“社科法学”的“理论供应商”，法理学对发展观的贡献应当是“主力性”的，它首先应当是“科学化”。但法理学除了与政治学、经济学、社会学等社会科学关系紧密，与哲学也是“剪不断、理还乱”，与史学、文化学、语言学等人文学科更是须臾难离。试问，如此斑驳多情的法理学一旦科学化，会产生怎样的后果？

为了避免法理学走入科学主义的陷阱，但又要使之与社会科学的一般要求“接轨”，我们不妨转变思路，将法理学从狭窄的科系视野中解放出来，将其理解为介于哲学与科学之间的沟通性学科，一种具有“超学科”性质的综合知识系统。这种新的法理学思维，本书从问题发现、流派融合和知识谱系多个角度进行了论述，并将其初步应用于法治实践的模式设计。

具体而言，首先，法理学应坚守其固有的哲学品性，从个人日常生活

的发展哲学视角编织新的法理锦绣，生发出个人化、日常型、生活本位的“发展法理学”。精英与大众有关发展和法律问题的哲理思考，都可纳入此种类型的法理学，其判断标尺以个人风格为重，其价值取向以表达自由为准。其次，在坚守哲学性的同时，法理学还应不断深化内在的科学性。作为社会科学的法理学应当是治国的规范学、强国的改革学、权利的保障学、正义的工程学，其关注的发展问题应当是立基于个人生活的社会公平、世界和平和天下太平的法治之道。在社科法理学内部，存在关乎国族整体发展的多重维度：经济发展法理学、政治发展法理学、文化发展法理学、社会发展法理学等等。这种趋向与现今多维的法律交叉学科颇为契合，诸如法律与经济分析、法律政治学、法律文化研究、法律社会学等。最后，法理学的根本使命在于，有效地将个人日常生活的发展型法理与国族富强和谐的发展型法理有机结合，形成哲学与科学完美融合的均衡境界。如果说近代科学从古典哲学的母胎中孕生，形成了科学的主流范式和支配性后果，那么，现代法理学必须从近代科学的支配性范式中脱茧而出，提升知识一体化的水平，实现对发展问题的均衡解释与战略重构。这或许是一个遥不可及的梦想，也并非本书所能完成的任务，但它的确代表了一种真诚的学术欲念和努力。

“螺旋”的隐喻

本书将当代中国发展视为一种奇特的螺旋结构。必须言明，螺旋只是一个比喻，确而言之，是隐喻。螺旋结构是自然界最普遍的一种形状，DNA 以及许多其他生物细胞都采用了这种神奇的构造。《科学》杂志发表的研究论文指出：从本质上来看，螺旋结构是在一个拥挤的空间，例如一个细胞里，聚成一个非常长的分子的较佳方式，譬如 DNA。这不仅让信息能够紧密嵌入，而且能够形成一个表面，允许其他微粒在一定的间隔处与其结合。例如，DNA 的双螺旋结构允许进行 DNA 转录和修复。当代中国的社会结构与此相似。众多的人口紧密聚合在相对拥挤的空间，信息传递过程呈现熟人社会的“短平快”特征。费孝通先生多年前所说的“差序格局”，不正是如同水面上泛开的涟漪，由自己延伸开去，一圈一圈而成的螺旋纹状？只不过，当初的亲属关系主轴，已然在现代化过程中日渐削弱乏力，取而代之的，是淡化亲缘的法治主义。螺旋结构的结合功能，与社

会学所强调的“有机团结”有异曲同工之妙。现代生物学研究已经清楚地证明，核苷酸分子有四种类型，它们按着不同的顺序排列，构成了含有各种遗传信息的生物基因（DNA），基因可以通过合成实现重组互补。通过法治均衡的螺旋纽带，现代社会可以实现国家权能与公民权能的互补，这正是“均衡”的效果。

在战略营销领域，螺旋理论很早就受到了学者的青睐。例如，著名的“广告螺旋理论”认为广告过程可分为三个阶段：开拓（Pioneering stage）、竞争（Competitive stage）和保持（Retentive stage）。所谓开拓阶段，是指新产品刚进入市场，消费者大多不熟悉不认同，此阶段的广告策略必须以功能或用途为诉求为重点。到了竞争期，许多竞争者都推出类似产品，各商家试图瓜分或占有市场，消费者已经了解产品的属性，此时的广告诉求应该改为强调自我品牌特色，以确保市场优势地位。经过激烈淘汰竞争，进入保持阶段后，只剩下几个强势品牌存在，此时广告策略应以巩固本品牌在消费者心目中的地位为要务。

反观法治战略，何尝不具有类似的螺旋特性？在开拓阶段的法治，因为大众的观念陌生和既有习惯的抵制，推广者必须采取喜闻乐见、通俗易懂的营销策略，以功能主义的吸引力拓展法治的市场；当法治为大众接受，“法律多元主义”涌现，国家法治要捍卫权威的品牌地位，必须以“特色话语”确立差异，让消费者自由且自愿地选择其法律产品；在保持阶段，国家法治要更为注重产品细节和服务质量的改善，同时加大创新研发力度，进入另一轮的开拓性螺旋发展之旅。

如果说当下中国正处于法治螺旋发展的第二阶段，那么，我们就必须真正塑造属于自己的“特色品牌”，必须强调法治过程的沟通和知识理念的创新。知识螺旋理论认为，内隐知识是无法用字或句子表达的知识，包括认知技能和透过经验衍生的技术能力；外显知识则是具条理及系统化的知识，因而很容易传播与分享。其强调的知识转换机制包括：①社会化（Socialization），指人与人间的知识分享，内隐知识和内隐知识的交流；②外部化（Externalization），指透过有意义的交谈，具体表达内隐知识，将之转变成外显知识；③整合化（Combination），指将具体化的外显知识和现有知识结合，扩大知识基础，实现知识创新；④内部化（Internalization），指主体学习新知识，将新的外显知识变成自己的内隐知识。知识螺

螺旋理论有助于我们理解法治均衡追求的目标，因为外显的法律规范与内隐的法律理念也需要在社会实践中互动和转化。它尤其有助于解释法治精英与大众知识的均衡：第一，法律人思维与大众观念的社会化沟通，实现内隐知识的深度交流，让法治成为生活的必需和整体的共识。第二，在社会化的基础上，进一步以外部化的具体表达呈现法治的共识，将之转化为具体的法治话语，塑造法治的外显知识，让法治观念真正可知可见、可观可感；第三，将新的法治观与既有知识整合，实现“第二波”的知识创新，这是一个观念融通的过程，必定充满各种争论和不适应。第四，将创新的法治知识内部化，最终潜移默化的结果是，法治生活智慧得以形成，行动中的“实践法治观”得以确立。此种螺旋发展，也非常符合马克思主义哲学的辩证法（见图1）。

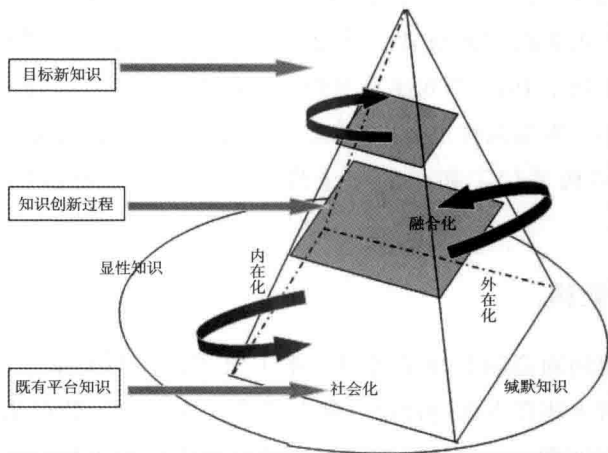


图 0-1 知识的螺旋

就当下中国法治的战略推进而言，大众与精英的观念整合和行动协调，已成为至关重要的问题。随着大众社会和互联网时代的到来，法治的正当和权威面临着强大的“话语危机”。层出不穷的“网络公案”，对司法公信力提出了严峻挑战。如何确定和解释“民意”，成为均衡型法治能否发挥实效的关键。

“沉默的螺旋”理论认为，如果人们觉得自己是公众中的少数派，他们将不愿意传播自己的看法；而如果他们觉得自己的观点与多数人一致，则会勇敢表达。媒体通常会关注多数派的观点，轻视少数派的观点。于

是，少数派的声音越来越小，多数派的声音越来越大，形成一种螺旋式上升的模式。当下互联网法治话语传播中的极化现象，正是此种沉默螺旋的表征。打破沉默螺旋的要津包括：①个体克服孤立感的困扰，对自我观点的合理性具有充分的信心，这需要法治具有足够的社会化程度；②大众媒体不是唯一的意见表达途径，其承担的功能趋向于生活化，而非政治化；③中坚分子的功能发挥。在沉默的螺旋结构中无视孤立威胁的人，被称为中坚分子。他们是一群愿意为自己的公开言论付出代价的人，这些特立独行的人通常与主流意见有所冲突。这些问题本质上都与法理均衡密切相关，需要置于新的法律理论加以重新认识和考量。

通过“螺旋”的隐喻破解，本书将告诉大家：法治不是我们通常想象的那般泾渭分明内容单一，不是一句限制公权的口号就能概括的。在“X射线”的透视下，法治的结构或许并不复杂，可以通过简化的模型加以仿真演示，但其内在的均衡机理极为复杂，甚至无法用纯科学的方式叙述，正如科学家发现了DNA的双螺旋结构，却依然没有清楚阐释其复杂的分子联结互动机制。本书同样也没有完成对法治均衡螺旋的微观机理分析，只是对宏观的结构进行了初步的理论建模，诸多细节尚需进一步探讨和完善。

思路与架构

基于上述问题意识和理论考量，本书以“法律与文学”的手法开篇，从虚拟对话引入法理本体的讨论，站在“常人方法论”的视角提出“法治均衡”的现实问题，并进行了预设性的理论反思。为了检验预设，第二章从法学流派的发展与融合视角，重新梳理了“均衡法学”的脉络，从法律本体论和方法论的视角进行了全方位的分析。为了弥补总体性理论考察及单纯学术家视野的局限和不足，第三章以“理念深描”的系谱学方法，对哲学先贤、法政精英的相关思想进行了透视、比较和总结。从亚里士多德的《政治学》到孔子的《论语》，从西塞罗到培根、孟德斯鸠、施密特，从美国的建国者到新中国的缔造者，他们的诸多论述都包含着法治均衡思维的宝贵因子。通过学说思想史考察，我们发现，法治均衡理念不仅具有普遍的基本共识，而且富有深厚的本土基础，值得进一步勘察、开掘转化。循此思路，本书第四章启动了重新发现“法治中国”之旅，从全球化