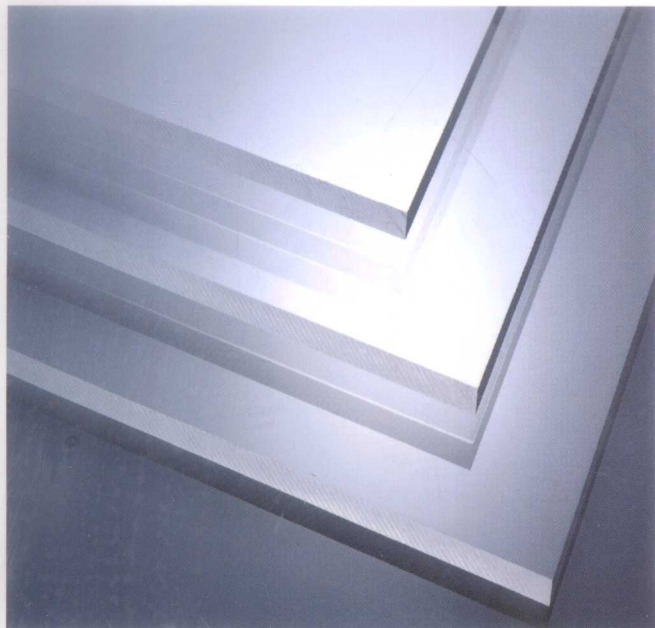




立法法理学丛书
主编 宋方青

国家法治与法学理论研究项目



立法与和谐社会

以人为本的理论基础及其制度化研究

Legislation and Harmonious Society

Theoretical Foundation of People Orientation
and its Institutionalization

宋方青等
著

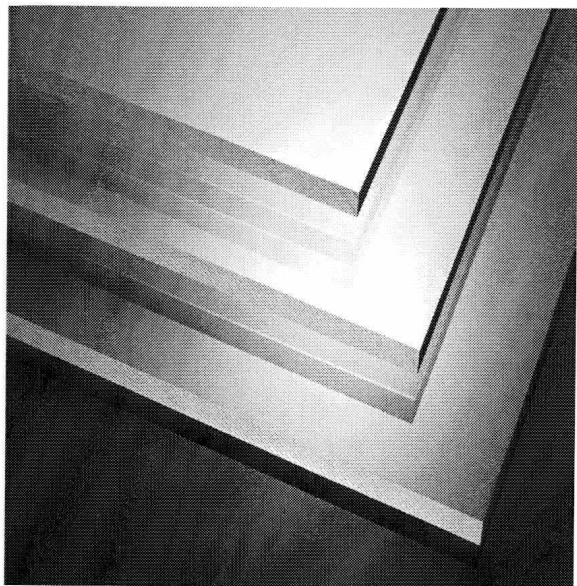


法律出版社
LAW PRESS · CHINA



立法法理学丛书
主编 宋方青

国家法治·



立法与和谐社会

以人为本的理论基础及其制度化研究

Legislation and Harmonious Society

Theoretical Foundation of People Orientation
and its Institutionalization

宋方青
郑金雄

周赞
傅振中

周刚志
王云清

郭春镇



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

立法与和谐社会:以人为本的理论基础及其制度化
研究 / 宋方青等著. —北京:法律出版社, 2015. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8683 - 5

I. ①立… II. ①宋… III. ①立法—研究—中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 265755 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧	装帧设计/凌点工作室
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京七彩京通数码快印有限公司	责任印制/沙 磊
开本/A5	印张/8.875 字数/235 千
版本/2015 年 11 月第 1 版	印次/2015 年 11 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
	重庆公司/023-65382816/2908
	深圳公司/0755-83072995
书号:ISBN 978-7-5118-8683-5	定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

立法法理学(Legisprudence),顾名思义即立法的法理学,它是一门用法律理论的方法及视角研究立法及其过程,并促进立法完善的学问,其学术旨趣在于探求理性的立法理论。

立法法理学肇始于 20 世纪 50 年代的欧美国家,它是伴随着对传统法律理论的批判以及对立法实践的反思而产生发展起来的。

在欧美国家,传统法律理论倾向于法制主义(Legalism)的研究视角。法制主义将规范性行为视为规则遵守问题,主要关注的是裁判问题,即法官对规则的适用,而不重视这些规则的来源,不重视规则的创制,此外,法制主义认为,立法是前法律的(pre-legal)政治理论问题,应由政治家而非法学家去研究。由此,法律理论便逐步将研究重心聚焦于司法,但是,由于研究对象的专业性质,政治家对立法问题的研究又显得力不从心,这便造成了立法这一重要问题域被忽视,被“边缘化”。总之,传统法律理论对于立法理论是忽视的,立法问题没有被认真对待。

20 世纪欧美国家正处在一个“立法国”(legislation-state)的时代,但却面临着立法膨胀(legislative inflation)与立法紧缩(legislative deflation)共存的困境,这主要体现在,欧美国家成文立法的数量呈现指数性的增长,但立法的质量却越来越低,立法没有达到预期的目的。造成这种困境的直接原因是实践中立法的被贬低。在现实中,

人们往往将立法问题视为政治问题,并且视政治为非理性、恣意的选择问题,因而立法具有诸多“坏名声”。例如,每每提到立法,人们经常将诸如决策交易,讨价还价,相互吹捧,利益迎合以及政治分肥等标签贴于其上。相对于司法、行政,立法被视为最不道德的(unprincipled)、最不连贯的(incoherent)、最无尊严的(undignified)事业。

在这种背景下,立法法理学(legisprudence)作为研究立法问题的新进路应运而生,它试图构建一种理性的立法理论,以此恢复立法的尊严,并唤醒法律理论家对立法问题的严肃对待。最终,通过理论上的反思与重构为立法实践提供更好的智识支撑,实现提高立法质量的终极目的。

最早使用 Legisprudence 这个名词的学者是美国法学教授朱利叶斯·科恩(Cohen Julius)。1950年他在《耶鲁法律评论》上发表的“迈向现实主义的立法法理学”(Towards Realism in Legisprudence)一文中使用了这一名词。1982年在《霍夫斯特拉法律评论》上发表的“立法法理学:问题与方案”(Legisprudence: Problems and Agenda)比较详细地说明了这个概念。但在美国并未引起很大的反响。推进立法法理学研究并引向深入的则是欧陆国家的学者。在欧陆国家,比利时布鲁塞尔大学维特根斯(Luc J. Wintgens)教授2012年出版的《立法法理学:立法中的实践理性》一书是立法法理学领域的第一部专著,该书对立法法理学的概念、背景、理论基础及主要内容进行了较为系统的分析。目前以布鲁塞尔大学法学院“立法·法例·立法法理学研究中心”、欧洲法律理论研究会等机构为基地,以《立法法理学》期刊(自2007年始,每年出版1期,维特根斯教授任主编)为载体,云集了一大批对立法法理学有浓厚兴趣的学者,从各个学科、各个领域、各个角度探讨立法的理论,成为立法法理学研究的重镇。

自20世纪80年代以来,我国的立法迅速地发展,从中央到地方每年的立法都以数以百计的规模产出。2011年,我国向全世界庄严宣告:“以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成,国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现有法可依,党的十五大提出到2010年形成中国特色社会主义法律体系的立法工作目标如期完成。”我国的立法可谓硕果累累。但我国立法的质量尚不尽如人意,加强“科学立法、民主立法”,完善中国特色社会主义法律体系,成为时代的呼唤,国内相关的研究成果也越来越丰富。但从总体上来说,我国现有的立法学研究成果更多是关于具体的立法制度和立法技术问题的研究,缺少对自身的理论反思及提升,因而,在创建中国特色社会主义法律体系的过程中以及在对立法制度的建构与完善方面,从整体上表现出有限的知识贡献。

国内目前有关立法法理学研究仅有极少量翻译资料及论文,无体系化的研究成果,研究基础比较薄弱。我与我指导的博士生姜孝贤合作发表的“立法法理学探析”一文,在国内算是最早的关于立法法理学的专门研究成果。为将立法法理学研究推向深入,并为完善中国立法提供决策参考和理论支撑,特组织一套“立法法理学丛书”。

厦门大学法学院法学理论教研室,尤其是以学院为依托的立法学研究中心,长期以来将立法学作为重点研究方向,发表了一系列研究论文,研究成果为国家立法与地方立法提供了理论支持。在我历年指导的硕士与博士论文中,以立法为选题的占大多数。立法是一门科学,要想真正为我国立法提供智力支持,我们的研究既需要深厚的专业知识,还需要丰富的实践经验,至少需要对中国立法的现状有

4 总 序

充分的了解。为了使硕士与博士论文的写作不至于陷入空谈,我总是要求学生多了解我国立法的实际,并通过具体参与起草法案而直面立法,深切地感受立法,所写的论文要理论联系实际,真正做到既有学术价值又有实践意义。本丛书将以我自己的著作和历年指导通过答辩的立法法理学博士学位论文、博士后研究报告及立法学研究中心同仁相关的研究成果为基础构成。希望本丛书的出版能够为我国的立法提供理论支持,为完善我国的立法制度贡献绵薄之力。

宋方青

2014 年 6 月

目 录

第一章 和谐社会立法的价值取向及其原则	1
第一节 以人为本的理念与和谐社会的构建	1
一、“和谐社会”的社会学分析:基于涂尔干的社会类型理论	1
二、和谐社会:一种自由人的联合	6
三、人本:和谐社会的逻辑基础	11
第二节 和谐社会立法的价值取向	17
一、和谐社会是一种法治社会	17
二、立法:法律之治的根本	22
三、人本:和谐社会立法的价值取向	26
第三节 和谐社会立法的基本原则	28
一、以人为本原则	28
二、兼顾效率与公平原则	31
三、兼顾公权运作与人权保障原则	36
四、兼顾传统性与现代性、地方性与全球性原则	40
五、兼顾前瞻性与保守性原则	45
第二章 新中国人权立法的回顾与反思	47
第一节 新中国人权立法的回顾	48
一、人权立法的起步阶段	48
二、人权立法的停滞阶段	54
三、人权立法的繁荣阶段	56

2 目 录

第二节 我国人权立法的反思	74
一、深化人权立法的保护内涵	75
二、提升人权司法的救济力度	87
第三章 中国部门法的人权立法问题分析	91
第一节 部门法划分理论与人权立法	91
一、我国传统部门法划分理论之由来	91
二、部门法划分标准之逻辑谬误	92
三、部门法划分理论与人权立法	95
第二节 公私法区分与人权立法	96
一、西方法学中的公私法区分理论	97
二、我国法学界对于公私法区分理论的探讨	104
三、公私法区分对于人权立法的重要意义	111
四、公私法区分与我国的人权立法	119
第四章 社会弱势群体人权的立法保障	124
第一节 社会弱势群体：一个需要特别关注的人类群体	124
一、“弱势群体”的法律意蕴	124
二、认真对待弱势群体的必要性	132
三、当下中国的实际与认真对待弱势群体的必要性	137
第二节 立法：弱势群体人权保障的基础机制	141
一、弱势群体人权保障的机制类型	141
二、立法：弱势群体人权保障的基础机制	142
三、对国内既有弱势群体保护立法经验的检讨	145
第三节 立法如何体现弱势群体的人权保障	150
一、弱势群体权益立法工程的指导思路	150
二、弱势群体权益立法工程的基本原则	154
三、弱势群体权益立法工程的目录性内容	162

第五章 人权及新兴人权的保障问题	167
第一节 对医疗广告的规制及其界限	170
一、问题的提出	170
二、对医疗广告的规制	172
三、全面禁止医疗广告的法律问题	182
第二节 《医疗机构管理条例》第三十三条的能与不能	184
一、《医疗机构管理条例》第三十三条的“能”	185
二、《医疗机构管理条例》第三十三条的“不能”	192
第三节 对公职人员“人肉搜索”	197
一、人肉搜索与知情权	199
二、“人肉搜索”与隐私权	205
三、对公职人员“人肉搜索”的引导和规制	211
第六章 国际人权立法与国内人权立法	215
第一节 国际人权立法的新发展	215
一、后冷战时代国际人权立法的新特征	215
二、国际人权立法所面临的困局	223
第二节 国际人权立法的中国化	233
一、国际人权立法中国化路径之一：直接融通	234
二、国际人权立法的中国化路径之二：内国化	246
后 记	270

第一章 和谐社会立法的价值取向 及其原则

第一节 以人为本的理念与 和谐社会的构建

一、“和谐社会”的社会学分析：基于涂尔干的社会类型理论

从理论研究的角度讲,对于“和谐社会”内涵的分析,更为恰切的也许不是采取广为人知的政治描述方式,而应按照学术逻辑之方式进行,并且尤其应当注意的是从学术逻辑的角度去证立(或否证)既有认知。按照逻辑学“属+种差”的定义模式,则欲更好地分析、界定“和谐社会”一词,就有必要厘清和谐社会所属之“属”。换言之,有必要先厘清和谐社会所属的社会类型。

关于社会类型的划分,一般有两种进路,其一是政治—经济哲学的进路,最典型者如经典马克思主义将人类社会划分为原始社会、奴隶社会、封建社会、资本主义社会以及共产主义社会(包括作为其初级阶段的社会主义社会);又如经典自由主义关于集权社会与自由社会或封闭社会与开放社会的划分。^[1]其二则是法律—社会哲学的视角,此种视角的典型结论如庞德(R. Pound)根据法律特质的不同五分人类社会之理

[1] 典型者可参见[英]波普尔:《开放社会及其敌人》,郑一明等译,中国社会科学出版社1998年版,第15页以下。

论,又如昂格尔(R. Unger)以及诺内特(P. Nonet)等人的划分。^{〔2〕} 在这两种思路中,前者长于思辨与逻辑色彩,后者则更擅长实证与经验。就本书来说,将主要依据法律—社会哲学、尤其是涂尔干(E. Durkheim)社会哲学的理路展开。之所以选择涂尔干,主要原因在于他的理论是如此经典以至于人们根本无法忽视或绕过它而展开相关分析——事实上,前文提及的庞德、昂格尔、诺内特等人之观点的主要依据恰恰是涂尔干社会哲学;另外,可能也与笔者个人的研究喜好相关联。

在涂尔干的社会哲学中,人类社会系基于“社会连带”(social solidarity)而形成,因此社会连带的类型也就基本决定了人类社会的类型。所谓社会连带,简言之,即人们组成社会时赖以联合的关系及方式,涂尔干认为有两种基本的社会连带模式,“在第一种里,个人不带任何中介地直接属于社会”,在这种情形下,“社会在某种程度上是由所有群体成员的共同感情和共同信仰组成的,即集体类型”;“在第二种连带里,个人之所以依赖于社会,是因为它依赖于社会构成的各个部分”,因此,“社会是由一些特别而又不同的只能通过相互间的确定关系结合而成的系统”。^{〔3〕} 后来,涂尔干分别用“有机连带—社会”和“无机连带—社会”指称这两种连带模式及其所决定的社会类型。对于涂尔干来说,他显然更“青睐”有机社会,因为它明显具有更强的社会凝聚力,“社会的凝聚性是完全依靠,或至少主要依靠劳动分工来维持的,社会构成的本质特

〔2〕 如上论者的有关论证可分别参见[美]庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社2003年版,第36页以及[美]庞德:《法理学》(第一卷),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第72~73页;Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press, 1976, pp. 48-87; [美]诺内特等:《转变中的社会与法律:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第38页以下;等等。

〔3〕 [法]涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店2000年版,第89~90页。

性也是由分工决定的”,^[4]并且也更有利于张扬个人,所谓“一方面,劳动越加分化,个人就越贴近社会;另一方面,个人的活动越加专门化,他越社会化”,“分工不仅通过限制每个人的活力使个人之间确立了牢固的关系,而且也增加了个人的活力。它不仅加强了有机体的统一性,也助长了有机体的生命”。^[5]根据如上描述,我们大体可以用尊重差异、鼓励交往、强调活力但又注重秩序概括有机社会的基本特点。

另外,相对应这两种连带模式及社会类型,涂尔干并对它们的法律属性作了这样的判断,“社会生活有两个来源,一是个人意识的相似性,二是社会劳动分工。……意识相似性所产生的法规是受压制手段辖制的,它强迫人们去执行一致的信仰和实践”,而基于劳动分工所产生的法律则具有明显的“恢复性”色彩。^[6]也就是说,在一个有机社会,法律更多的不是一种压制手段,而是一种协助社会运作并提供必要之救助的手段。

涂尔干还提醒他作品的读者,其中可能特别包括那些极端或偏激的个人主义者,应当清楚地认识到在一个有机社会中,个人—自由与集体—权威的相互依存关系,尤其是前者对后者的依存(前者对后者的依存已经为世人所熟知)。他说,“群体不只是规定其成员生活的一种道德权威,它更是生活本身的源泉。任何集体都散发着温暖,它催动着每一个人,为每一个人提供了生机勃勃的生活”,“人们常常愿意在规范权威与个人自由之间设定一条鸿沟,这简直荒谬之极!恰恰相反,自由(我指的是一种合理的自由,是社会应该得到尊重的自由)是一系列规范的

[4] [法]涂尔干:《社会分工论》,渠东译,生活·读书·新知三联书店2000年版,第26页。

[5] [法]涂尔干:《社会分工论》,渠东译,生活·读书·新知三联书店2000年版,第353页。

[6] [法]涂尔干:《社会分工论》,渠东译,生活·读书·新知三联书店2000年版,第183~184页。

产物。我若想得到自由,首先就要杜绝其他人在肉体、经济以及其他领域内所享有的利益和特权,防止他限制我的自由。只有社会规范才能限制他们滥用这些权力。……如果我们要保证个人的经济独立地位,一系列繁琐复杂的规范总归是必需的,否则,自由也只不过是一种虚名”,总之,无论逻辑要求还是实证经验都表明,“在个人范围不断扩大的同时,国家的活动范围也在不断扩大,这两个事实并无矛盾之处;在中央机构不断扩充的同时,国家的活动范围也在不断扩大,这两个事实并无矛盾之处……最简略的权力,莫过于野蛮酋长的专制政府”〔7〕申言之,个人自由越多,国家或政府的职责就越多,相对应地公权之扩大也就具有正当性,而非苏格兰式经典自由主义者〔8〕或无政府主义者所谓之“政府越小越好”。

至此,我们可以将有机社会的基本特质归纳如下:其一是个人自由与社会合作的重要性。有机社会既不像无机社会那样完全或基本无视个人的主观能动性,而只强调秩序;当然,也不像无政府主义者那样片面地强调个人自由高于一切以至于无法从逻辑上回答“社会何以可能”的问题,它强调的是一种基于个人自由的个人联合。其二,正因为个人自由与社会合作之关键地位,使得在有机社会中一个具有必要之权威的政府以及一种必要之权威的法律成为必要(否则就会陷入一种类似于“一切人对一切人的战争状态”之中)。

很显然,“和谐社会”作为一种美好的价值目标,它只能也只应该属于有机社会,而非无机社会。事实上,根据胡锦涛同志在2005年早春的

〔7〕 [法]涂尔干:《社会分工论》,渠东译,生活·读书·新知三联书店2000年版,第二版序言,第38、15、178页。

〔8〕 当然,也不能一概而论,譬如洛克作为一个具有苏格兰色彩的哲学家,就认定政府以及权威立法是极其必要的,而他之所以有这种认识,是因为唯有如此才能避免自然状态中的种种不足。可参见[英]洛克:《政府论》(下篇),瞿菊农等译,商务印书馆1986年版,尤其是第109页。

中央党校省部级主要负责同志研讨班上的一次讲话中对和谐社会内涵的界定——“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处”的社会,我们可以发现它与有机社会在如上两个基本的面上是相通的:都强调法治及秩序;都强调个人自由与社会活力。这种相通清楚地表明,“和谐社会”不仅可以作为一个政治实践性术语,也可以作为一个严肃的学术理论范畴。

当然,从胡锦涛同志的这个界定中我们还可以发现和谐社会作为有机社会的一种,它还具有如下一些“种差”(特点):首先,它不仅仅强调活力与秩序或自由与连带,还特别强调了这种秩序或连带的和谐性属性以及“公平正义、诚信友爱”的道德本质。虽然,从逻辑上我们似乎也可以从涂尔干对有机社会之有机属性的描述中推导出它的和谐属性,但涂尔干毕竟没有明确强调这一点,至于和谐社会的道德基础,则显然并非所有有机社会都拥有。其次,它突出地强调了人与自然的和谐。尽管涂尔干肯定也不会排斥一个有机社会中人与自然的和谐互动,但相对来说,由于历史视野等因素的影响,却只有胡锦涛关于和谐社会的界定对人与自然的和谐予以了明确。最后,我们还可以从政治属性的方面列举和谐社会的一个特质,“从社会主义和谐社会是社会主义社会的一个属性来看,它应该是一个体现社会主义本质的社会。也就是说,它是一个能够不断地解放生产力、发展生产力的社会;一个消灭了剥削、消除了两极分化,人们能够共同占有生产资料、平等相处、民主协商、自由发展的社会;一个人民群众通过自己的辛勤劳动最终走向共同富裕的社会”〔9〕

〔9〕 青连斌:“北京日报:和谐社会,中国新主题——一年来理论学术界关于和谐社会研究综述”,载人民网, [http://politics. people. com. cn/GB/8198/70195/70201/4757608. html](http://politics.people.com.cn/GB/8198/70195/70201/4757608.html), 2008年7月5日访问。

二、和谐社会：一种自由人的联合

仔细分析胡锦涛同志关于和谐社会的界定,我们可以发现其中主要包括两个层面:其一是人与人的和谐,具体表现就是“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序”;其二是人与自然的和谐。从根本上讲,所谓人与自然的和谐,亦决定于人与人的和谐,首先,人与自然的和谐只能通过规范、和谐的人际关系来达到;其次,人与自然的和谐也必须服务于人与人的和谐;最后,一种真正的人与人的和谐态势必定有人与自然和谐的内涵——人与人的和谐当然应包括和谐地享验自然,而这必然要求对自然进行保护。

也许有人会问,本书这里关于两种和谐之关系的解读是否过于私人化?换言之,是否与中央精神有偏离?可以明确且肯定的是,这种解读是有官方依据的:在中国共产党十六届六中全会通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》(2006年10月11日)中曾就我国近十五年的和谐社会建设任务和目标作了部署:到2020年,社会主义民主法制更加完善,依法治国基本方略得到全面落实,人民的权益得到切实尊重和保障;城乡、区域发展差距扩大的趋势逐步扭转,合理有序的收入分配格局基本形成,家庭财产普遍增加,人民过上更加富足的生活;社会就业比较充分,覆盖城乡居民的社会保障体系基本建立;基本公共服务体系更加完备,政府管理和服务水平有较大提高;全民族的思想道德素质、科学文化素质和健康素质明显提高,良好道德风尚、和谐人际关系进一步形成;全社会创造活力显著增强,创新型国家基本建成;社会管理体系更加完善,社会秩序良好;资源利用效率显著提高,生态环境明显好转;实现全面建设惠及十几亿人口的更高水平的小康社会的目标,努力形成全体人民各尽其能、各得其所而又和谐相处的局面。可以看到,在长达数百字的论述中,我们始终看到的是“人”或“人与人的关系”,而基本没有看到“人与自然”,这说明政府层面对于和谐社会的“人”之属性也是有非常清楚和明确之认识的。申言之,“人”以及“人与

人的关系”成为了和谐社会的核心——而这也与和谐社会所属之“属”的有机社会之基本特质有内在的相符。那么,和谐社会中的“人”应该是怎样的人?结合前文的分析,再考虑到社会主义中国政治意识形态之马克思主义属性,也许我们应当从经典马克思主义作品中去寻找回答这个问题的“钥匙”(key)。

在“德意志意识形态”中,马克思、恩格斯曾指出:在未来的共产主义社会,生产力得到充分发展,私有制已消灭,因而“个人的独创的和自由的发展不再是一句空话”;^[10]后来又在“对英国北方社会主义联盟纲领的修正”中指出,“我们的目的是要建立社会主义制度,这种制度将给所有的人提供健康而有益的工作,给所有的人提供充裕的物质生活和闲暇时间,给所有的人提供真正的充分的自由”;^[11]到了“共产党宣言”的写作时期,他们则明确把未来的共产主义社会视为“每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件”的联合体,简称为“自由人的联合体”。^[12]尽管马克思、恩格斯提出“自由人的联合体”之概念时主要是为了批判资产阶级理论家所谓之抽象的个性、自由,而并非针对当下社会主义建设,但这种关于“自由人的联合体”的美好社会目标却值得我们今日建设社会主义和谐社会时予以充分的关注。

事实上,如果我们从“人”的角度去定义和谐社会,则“自由人的联合体”无疑是最为恰切的,原因在于:第一,作为有机社会中一种,和谐社会中的“人”应当具有充分个性发展机会以及相应的分工差异以保证社会足够的活力。而所谓个性发展、分工差异、社会活力等就已经充分地

[10] [德]马克思:“德意志意识形态”,载《马克思恩格斯全集》(第3卷),人民出版社1956年版,第516页。

[11] [德]恩格斯:“对英国北方社会主义联盟纲领的修正”,载《马克思恩格斯全集》(第21卷),人民出版社1956年版,第570页。

[12] [德]马克思、恩格斯:“共产党宣言”,载《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1995年版,第294页。