

秩序与混沌的临界

季卫东 著

季卫东法学系列

法律出版社

LAW PRESS · CHINA



秩序与混沌的临界

季卫东 著

季卫东法学系列



法律出版社

始创于1954年

图书在版编目(CIP)数据

秩序与混沌的临界 / 季卫东著. —北京:法律出版社,
2008.6

(季卫东法学系列)

ISBN 978-7-5036-8436-4

I. 秩… II. 季… III. 法学—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第077135号

© 法律出版社·中国

季卫东法学系列

秩序与混沌的临界

季卫东 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8.75 字数 226千

印次 2008年6月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8436-4

定价:24.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

在 1982 年,法兰西科学院院士、巴黎第一大学哲学教授米歇尔·塞瑞斯(Michel Serres)出版了诗集《生成》。其中有一段写道:

“此处,现在,有一条纽带。
还有迷茫的大海……
波与涛的起伏、分歧以及反复,
节奏或韵律,乱流漩涡的动态……
纽带突然中断,于任何所到之处……
脆弱的,不稳定的——那纽带,
特色也显现出来”。

这样的意境,似乎暗示了世界即将陷入宏伟叙事终结、意识形态分崩离析的混沌。

就在同一年,中国颁布了所谓“改革开放宪法”,启动了一次声势浩大,但方向和目标却并不很明晰的远航。没有详细的海图,有着“四项基本原则”的罗盘以及振兴经济的共识。所以,政府不得不增强对试错过程的宽容以及立足于实践的反思

理性。从而也使制度化、立法以及政策思考的话语纽带逐渐呈现出就像赛瑞斯描绘的那种无规则性碎片的景观。从中能够看到解构后的堆积，或者解释性回旋的余地，或者创造性破坏，或者在混乱中重组的秩序。

从那时开始算起，四分之一世纪的光阴已经逐浪而去。人们开始追问：究竟“生成”了什么样的新文明？在激湍中还应该怎样促进和引导“生成”？

不得不承认，政府以及法律人也一直在致力于对奇妙的偶然进行非随机化处理和技术加工，使之转写到制度设计方案之中，但是，崭新的结构尚未成形。实际上，亿万张蛛网般的人际关系纵横交错，使许多创造性举措纠缠其中，最后像被粘住的蜻蜓，飞不了，走不动，最后只留下被抽空精髓、分享营养之后的残骸。凡此种种都不断地引起制度的功能障碍，并且导致某种“网络混沌”。

尽管如此，历史毕竟在逶迤地向前延伸——从计划经济到市场经济，从义务本位到权利本位，从自由裁量到程序正义，从专断支配到民主法治，等等。这就是1982年中国宪法体制变迁的主要轨迹。而我个人的学术生涯以及思考的轨迹，基本上与之同步。为经济、政治、社会以及文化的发展而欣喜，也为短暂的倒退或停滞而忧愤——诸如此类的现实关怀都在研究和写作中留下了鲜明的烙印。

一般而言，在意识形态的向心力弱化之后，结构的维持、演化以及改编调整不得不更多地依赖国家的权力和规范，因而很容易落入彻底法律实证主义的陷阱。为了防止这种偏颇，同时也避免反过来滑向极端民粹主义的泥潭，有必要从相互的本质直观（如阿尔夫勒德·舒茨 Alfred Schutz 关于日常生活多元化分析的现象学）、正当性说明（如卡尔·曼海穆 Karl Mannheim 关于意识形态和时代解释的知识社会学）、人类道德（如埃麦纽尔·勒维那斯 Emmanuel Lévinas 关于个人对他者责任的道德论）、社会正义（如约翰·罗尔斯 Jhon Rawls 关于分配公平和政治自由的正义论）等视角来观察现象，不断思索和讨论法学理论上的一些基本问题，并发展出一种以沟通、相互理解以及重叠性共识为基础的新的程序

民主主义的制度安排。

正是基于逐渐清晰化的上述认识和宗旨,我始终关注法治秩序的建设与对异议、抗议的处理这两个相反相成的方面,并试图在有关张力中寻求制度创新的基点以及中国法学研究的适当定位。可以说,从1992年起发表的学术论文、笔记、时评、散文、访谈等,基本上都采取了同样的立场,具有显著的一贯性。因此,在盘点和重组新旧稿件并汇编成系列化文集的时候,我决定把在1980年代发表的带有思想杂质、不太成熟的部分作品都摒弃在收录范围之外,虽然其中有的论述也曾经产生过某些反响、具有一定的参考价值。

但是,要对这十五年来在不同场合先后写出的文章进行严格的分门别类和体系化,仍然存在一些困难。现在,这套系列作品大致整理成五卷,各自形成松散的、包涵多样性的统合。第一卷《宪政的理念》,分为“宪政的结构与功能”、“走向宪政之路”、“围绕宪政的互动与参照”三辑,主要考察宪法秩序的结构、功能以及价值涵意,探讨政治改革“软着陆”的可能性和具体方式。第二卷《法治构图》也分为三辑,包括“法治国家的主轴和框架”、“推行法治的前提条件”以及“法治与反思理性”,勾勒出了在中国形成和发展法律秩序的主要设计图以及作业的关键性内容。第三卷《正义思考的轨迹》分别从“人物与学说”以及“法学前沿的景观”这两个角度来处理如下问题:何谓法律家的独特思维模型?应该怎样确定实质性价值?当代法学思潮的流向变化如何?等等。第四卷《制度、规范以及实践》由“制度设计的主要着眼点”、“在网络结构中的规范效力”以及“法学教育与专业化水准”等不同方面组成,把重心从理想型转向现实可行的操作,根据社会需要来转动制度的“万花筒”。第五卷《秩序与混沌的临界》以关于法律现象和典型实例的随笔或评论为主,整理成“解构、不确定性以及法的生成”、“透过个案看机制”以及“围绕秩序转型的对话和沟通”三个部分。

与专业性很强的著作相比较,这些风格相异、长短不齐的文章也许更能体现一个海外游子对祖国的热爱、牵挂以及深沉的忧患意识。特别

是从1993年起,我经常回国,或进行田园调查,或参加学术研讨会、应邀讲演,也不断接到采访和约稿的函件,这一切都迫使本人更加关注在这片广袤的土地上发生的各种法律现象以及制度化的得失成败。当然,自己是没有资格判断这些观感和主张是否对法与社会发展构成贡献、是否具有真知灼见的。但有一点可以问心无愧,这就是笔者一直信守和实践着当年在北京大学毕业纪念簿上留下的那句诺言:“说真话,做实事”。这五本册子正好构成了真实的交代。

值此作品系列出版之际,我向曾经慷慨地提供信息、资料、对话平台以及各种支持和帮助的朋友们再次表示谢忱,也感激有关学术机构、报刊编辑部、出版社为拙稿提供发表的机会并允许我另行结集出版。最后我要特别向法律出版社的编辑致意,他们的开明作风和敬业精神给我留下了深刻的印象,在文集的构成等技术处理方面的建议也很有助益。

季卫东

于2006年霜叶红透时节

[附记]

在《正义思考的轨迹》付梓后,由于各种原因,剩下几卷的排版和校订作业都被延搁迄今,敬请读者谅解。值此出版计划重新启动之际,作者与责任编辑协商对本书的内容构成进行了较大的调整,在剔除某些似乎不合时宜的文章的同时,也追加了最近一年多来发表的新稿件,并对部分内容进行了修订。

2008年3月9日深夜谨识

目 录

第一辑 解构、不确定性以及法的生成

- 重新界定国家与个人之间的关系 /3
- 被漠视的与被扭曲的 /9
- 解读引咎辞职条款 /13
- 生死的博弈：从核准权回收到刑法改革 /17
- 误判死刑的沉冤是怎样发生的？ /21
- 对法院误判怎样追究国家赔偿责任？ /25
- 城市本该飘逸平等自由的空气 /30
- 作为护身符的艾滋隐私权 /34
- 送法上网 /38
- 让律师迈上新台阶 /42
- 律师的重新定位与职业伦理 /45
- 直面法律摩擦 /49
- 以法治指数为鉴 /55

第二辑 透过个案看机制

- 网络空间也须维权 /61
- “馒头血案”引发的法治困境 /63
- 彭宇案的公平悖论 /67
- 异化的“患者同意权” /72
- 不可寄望“环境风暴” /76
- 问责与制度环境 /80
- 还我法律爪与牙 /84
- 人治与狗患 /88
- 国家“私营化”的怪味豆 /92
- 贪官的忏悔与制度反省 /96
- “牙防组”事件公益私诉启示 /100
- 解放奴工之路 /104
- 加强劳工的谈判地位 /116
- 作为隐喻的 ATM 犯罪 /122
- 爱国,何不守法? /127
- 制定新闻法当其时 /131
- 立法改革的“反刍胃”模式 /135

第三辑 秩序转型的对话与沟通

- 审判的舆论空间里流动的多元规范
——在中国政法大学讨论制度设计的继承
与创新 /141
- 从博弈行为和机制设计看中国法律秩序的特征
——清华大学法学院讲演记录稿 /180
- 东西方视野下的中国法治路径 /190

以社会最小代价获取民主化最大成果

——探讨中国政治改革“软着陆”的制度设计 /202

推进改革不能因噎废食

——与一位德高望重的经济学家的对话 /219

决策的程序和语法

——《罗伯特议事规则》中文版序 /238

中国传统的财产法秩序与诉讼

——《财产权利的贫困》序 /242

职业伦理的陶冶与法学教育

——《法律职业主义》序 /247

外来人口与大城市的转型(记者访谈) /251

什么是中国的正身(记者访谈) /263

第一辑

解构、不确定性以及法的生成



重新界定国家与个人之间的关系

一、对过去 20 年市场化的惊鸿一瞥

具有划时代意义的民法通则是在 1986 年春天公布的,自此市场化和交易主体的平等化正式成为经济制度变革的既定目标。到 1996 年,社会主义法治国家论被公开提出,从规制型政府转向服务型政府、限制权力行使、切实保障人权和竞争自由就是这个大政方针的题中应有之义。预计 2006 年的全国人大全体会议还将审议通过物权法,进一步加强对既成的财产关系的强制性保障。至此不妨宣告,中国以 20 年的时间基本完成了国内私法体系的建构,已经支撑起市民社会的框架,并且开始根据新的所有形态来重新定义国家的职能。“制约公权、伸张私权”势必成为新年法律话语的主旋律。

再把目光转向国民经济实体与全球金融资本主义之间的互动以及有关游戏规则。中国在 1986 年正式加入亚洲开发银行,同时不得不让人民币对美元贬值 15.8%,但 20 年后,伴随着亚洲通货单位

的出台,人民币正面临日益强劲的升值压力以及变成跨区域循环的主要结算货币之一的机遇。根据加入世界贸易组织的承诺,中国对外开放金融服务市场的期限是 2006 年,而当年美利坚将举行国会选举,巨额贸易逆差、景气不振以及中美汇率的进一步调整势必成为两党政策争论的焦点之一。由此引起的国家之间利益冲突的激化很可能在某个瞬间导致贸易保护主义幽灵的苏醒和游荡,妨碍世界经济新秩序的生成发展。

由此可见,2006 年很可能将成为法与社会发展的历史进程中的又一个重要拐点。

二、民法制定与农村土地处分权主体的定位

已经交付全民讨论的物权法草案的本质是让现存的所有权结构适应营业自由化的需要,分别从交换价值和分配正义这两个方面对财产关系进行法理解释。就专业性讨论的内容而言,争议的焦点有两个:一个涉及物权保护,主要围绕物权性请求权与侵权行为责任的分界和交错以及物权效果与债权效果所引起的不同的费用负担等问题;另一个涉及物权变动,特别是如何协调抵押权设定行为与抵押物转让契约的效应、在对流押、流质特约网开一面的同时如何防止暴利行为等问题。就法案的经济、社会功能而言,最引人注目的关于土地使用权的让渡、不动产共有、登记制度的统一化以及征地拆迁的程序和补偿标准等规定。

在现有法案中,最能体现中国特色的物权制度是第 12 章所罗列的与建设用地使用权相关的各项条款,其中严格限制划拨方式、严格限制转化农用地以及乡镇村企业使用集体所有土地必须符合法律规定的内容,主要针对 20 世纪 90 年代以来化公为私的“圈地”运动。这一点从物权法草案第 137 条(征收承包期间土地合理补偿原则和贪污截留征地补偿费禁令)以及第 68 条(禁止以拆迁、征收等名义非法改变私人财产的权属关系)也可以得到充分的印证。

但不得不指出,由于有些与政治决策相联系的根本性问题仍然没有明确,难免将导致立法者的高尚宗旨在实践中不断遭到折扣。这些问题包括集体所有土地的处分权主体究竟是谁?农民面对征地之议时主张自己合法权益的根据何在?对征地补偿的请求能否落实到承包经营者并得到物权性保障?如此等等。固然,物权法草案第136条表明决定土地承包条件的是作为集体载体的村民会议或者村民代表会议。不过关于征收条件的决定者却暧昧不清,轮到村民会议或者村民代表会议讨论通过的只是土地补偿费等费用的使用和分配方法。同一法案第157条对乡镇村企业用地的决定也闪烁其词。

围绕集体所有的土地的各种处分性决定的权利主体究竟是该集体的全体村民(民主决定的会议体),还是享受物权性保障的土地耕作资格者(各个承包经营农户),抑或只承认农民的契约当事人身份而把土地的所有权归属于某个政经实体或法人,这样极其关键性的界定权利的作业有必要在全国人大正式审议通过物权法草案之际补完或列入社会体制深层次改革的议事日程。否则,已经初露端倪的反征地和反拆迁的异议、抗争、诉讼乃至骚动恐怕今后将会愈演愈烈。

三、从死刑复核权回收到司法积极主义

在司法制度方面,2006年将采取的一项重要措施是:最高法院收回自20世纪80年代初以来委托高级法院行使的死刑核准权。享有终极判决权的机关对预定科以死刑的案件进行审核和批准,这属于中国的优良传统,也在现行法律中早有明确规定,因而取消授权、恢复原状固然很必要,但却并没有意外的惊喜。更值得重视的倒是伴随着死刑核准权的回归,最高法院将大幅度增加审判人员的编制,此举无疑会产生深远的积极影响。

自20世纪80年代末以来,最高法院审判人员的编制稳定在300~

340 名之间,而职员总数在 600 人上下浮动。与中国法官号称 20 万之众的庞大阵仗相比较,这个数字小得实在太不成比例。与外国最高法院相比较,这个数目也很可怜。虽然美国联邦最高法院大法官只有 9 位,日本最高裁判所的判事只有 15 位,但以具有法官资格者担任审判具体业务和准备工作的人员并不少。假如以日本的情况为参照系并考虑人口比例,那么中国的最高法院法官和职员的合计编制即使增加到万人左右也是不足为奇的。根据最高法院的计划,为了适应死刑核准权回收后的业务需要,从 2006 年起审判人员要增加 300 名以上的编制,具有法官资格者的数字可能将达到 700 人,职员总数势必过千。虽然这样定编仍然未必能充分反映法治国家建构的形势,但“大审判队伍、小最高法院”的畸形格局能得到明显改变,有利于司法改革的深入。

与此同时,中国有关当局也在大幅度增加基层法院及其派出机构的编制,采取一系列措施激励优秀审判员到农村人民法庭工作,并且使草根层面审理诉讼的作业率先摆脱了行政区划的限制。这些强化末梢功能的努力可望在新的一年里开始见效。

行政诉讼法和国家赔偿法的修改稿正在起草之中,即将进入审议程序。新增内容中非常重要的一项是为落实 2004 年宪法修正案人权条款,规定公民有权对抽象行政行为提出赔偿请求之诉。这意味着行政诉讼受理范围的大幅度拓展,也意味着各级审判机关有权对地方政府的规章制度以及起其他普遍性决定、命令的合法性与合宪性进行审查和纠正。虽然行政法规、部门规章以及地方性法规没有纳入国家赔偿的范围,但还是应该把它们当做行政诉讼的对象,并按照法治国家的基本原理全面确立司法解释相对于行政解释的优势。司法审查的射程究竟调整到何种幅度,将是 2006 年法律界争论的焦点之一。

四、推动产业结构升级的经济杠杆和法律手段

国际原油市场价格的继续上涨,对企业的生产经营成本构成巨大的