

立法：理想与变革

江国华 著

gong fa yan jiu
公法研究

主编 谢 晖
陈金钊

山东人民出版社

江国华 著

立法：理想与变革

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

立法:理想与变革/江国华著.—济南:山东人民出版社,2007.1

(公法研究/谢晖,陈金钊主编)

ISBN 978-7-209-04183-6

I.立... II.江... III.立法—研究 IV.D901

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 000802 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

立法:理想与变革

江国华 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 15

字 数 300 千字 插页 4

版 次 2007 年 1 月第 1 版

印 次 2007 年 1 月第 1 次

印 数 1—2500

ISBN 978-7-209-04183-6

定 价 29.50 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0633)8221365

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可

厚非。但不无遗憾者，两者皆以误读公法为能事，终致公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，即使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之

国家权力不断扩张,甚至权力制约原则因此而如履薄冰,但相继成长之公法,使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等

主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”；贺卫方等主持之“司法文丛”；陈兴良主持之“刑事法评论”；杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

走出立法更多反而秩序更少的悖境(代序)

立法,在某种程度上,即意味着秩序;但是,立法又不必然地带来意想中的秩序。有时,甚至出现相反的情况:立法越多,秩序反而更少!

秩序,在惯常情况下,都与法律密切相关;但是,并非所有的秩序都是法律调整的产物,在人类社会中还存在着,而且始终存在着,远离法律的秩序,这种秩序与立法无关,甚至排斥立法的干预。此即美国学者埃里克森之所谓“无需法律的秩序”。

美国学者埃里克森在《无需法律的秩序》一书中的最末一句告诫说:“法律制定者如果对那些促进非正式合作的社会条件缺乏眼力,他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界。”^①

何以法律更多而秩序会更少呢?这看似一个悖论的命

^① [美] 罗伯特·C. 埃里克森著:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第354页。

题，却揭示了一个顺理成章的道理。用一个妇孺皆知的比喻来说罢：一个身体虚弱或者有病的人，为健康计，必须吃一些药或者保健品，这本是无可厚非的事情。但是否药吃得越多健康就会越多呢？显然不是。甚至会出现相反的症状，即出现药吃得越多健康反而更少的结果。究其原因，就在于人的身体有着与生俱来的免疫力，当人身固有的免疫力出现故障的时候，就需要借助于药物的调整，以保持身体的健康状态——药的意义不在于其本身会有多大的功效，而仅仅在于其能够帮助人体自身的免疫体系恢复功能。但是，倘若药吃得太多，非但不能帮助人体自身的免疫系统来维持身体的健康，反而会破坏免疫系统固有的功能，甚至造成整个免疫体系的崩溃。如是，药吃得越多，非但健康不会越多，反而健康变得越少，甚至危及生命。

立法之于社会亦犹如此。人类社会存在着一种固有的免疫体系，正是这一体系，而不是其他的任何因素，构成了社会有序运转的基本条件。立法只有在社会自身这种免疫体系能力不及或者功能失调的情况下，才是必要的。当立法超越了这种必要性的限度的时候，就可能非但不能达到构筑社会秩序的目的，反而会破坏社会本身的免疫能力，从而打乱社会的自发秩序。在这种情况下，立法越多秩序就反而会更少。

新中国成立以来，对于“立法”我们经验过由“否定”到“盲崇”的历史。在1978年之前的30年，我们对于“立法”，基本上持否定或者怀疑态度，所以在那个时期，我们奉行的是“无法而治”，即所谓“和尚打伞，无发（法）无天”。事实证明，在一个“无法而治”的社会，是无所谓秩序的——人的任性总是给自发的社会秩序以自以为是的干扰。除非人的这种

任性受到法律的有效规制,否则,不仅自发的秩序无以生成,甚至连法律的秩序也难有存续的机会。正是基于这种认识,我们抛弃了“无法而治”的模式,而代之以“依法治国”。然而,矫枉过正,从一个极端走向另一个极端,似乎是我们最容易犯的错误。自“文革”结束以来,大量的立法运动便随之开始了,我们似乎坐上了一个由立法作引擎的快速列车……尤其是在“依法治国”口号作为一项治国原则写入宪法之后,我们的立法运动更是得以蓬勃发展——在20年不到的时间里,我们基本完成了西方国家历经200年风雨之后乃成的法律体系。至此,我们已经彻底地滑向了“立法崇拜”——借助人们对于法治的渴求和热情,立法者迅即将总量可观的成文法律批发式地推向社会。但是这些法律并没有为我们建构可欲的秩序,反而在相当程度,使得人们对于生活感到更加迷茫——我国的法律和现实生活之间长期存在着紧张关系,从而让人们常感到法律无法回应自己朝夕处之的现实生活,感到法律无法连接现实生活的过去和未来,感到法律看不到生活是怎样走过来的,也看不到生活将怎样走去。^①

二

也许,在现代社会,一个人一生之中要想不跟法律打交道,几乎是不可能的。但是,人的一生中总有某些领域和某些

^① 引自《余华作品集》之《活着》前言,中国社会科学出版社1995年版。转引自欧树军:《活着的法律》,载苏力主编:《法律书评》(第1辑),法律出版社2003年版,第35页。

场合是完全可以不受立法干预的。甚至奠定我们日常生活中的秩序的基础,并非主要来自成文的法律,而且人们日常生活中的纠纷的解决,也大多不是通过正规法的途径来实现的——尽管正规法针对这些纠纷作了详细的规定。

人是社会中的人,社会由人而构成。生活在社会之中的每一个人,都不可避免地与他人发生冲突和产生纠纷。倘若所有的冲突和纠纷都要借助于法律的途径来解决,那么,不仅法律不堪重负,而且每一个人都会不堪重负——在所有的纠纷解决方式中,法律的方式是最为昂贵的。但是,纠纷必须得到解决,否则,社会就会为纠纷所困扰而停滞不前。既然人们没有通过法律的渠道来谋求冲突的解决,而纠纷却得到了有效地解决,这足以说明在成文法之外,其他解决纠纷的途径客观存在的事实;并且这种途径比正规法所提供的服务更为廉价而方便——正规法在这里,只是一种备用的方式,那就是在穷尽了其他所有纠纷解决方式之后的一种无奈的选择。所以,人世间无法找到一生不与他人发生纠纷的人,但是,一辈子都不与他人打官司的人却比比皆是。甚至在总量上,一辈子不打官司的人大大超过了有过官司经历的人。在这个意义上说,在人们的日常生活世界里,人们之间的纠纷并不是主要靠法律来解决的,冲突也多以一种非法律的方式得以消弥,而人们日常生活世界的秩序却在大多数情况下是井然有序的。这就意味着,在人们日常生活的世界,其秩序更像是自发生成的,法律的作用也往往是一种边缘性的作用——对于“立法崇拜”者而言,这是不可思议的,因为在这里法律不仅不是秩序的唯一缔造者,甚至被完全地忘却了。

那么,是什么力量在操纵着日常生活世界的天平呢?其

实,仍然是一种叫做规范的力量在默默地起着作用,只不过这种规范是非政府力量的创造物,是一种非正式的控制体系,是一种与国家立法完全不同的作用力——在人类社会的大多数情况下,人们都是运用这种规则来调整彼此之间的关系的,比如在中国传统乡土社会的“礼俗”大致就可以划归为这种规则的一类。正是在这个意义上说,支持人类社会有序发展的根由,恐怕还不是因为立法的存在,而是因了这种镶嵌在朴素的人们的日常生活之中的非政府规范控制体系——这种规范,无疑完全是人们在相互交往中自然而然所形成的。按照埃里克森的话说,这种由“关系紧密之群体内的成员们所开发并保持着规范”的内容,就在于“使成员们在日常事务中获取的总体福利得以最大化。”^①

所以,在人们的生活世界中,真正默默地对其成员发挥着独立的不间断的作用的规则,往往是内生的,是群体中各个成员在长期持续交往过程中,即“重复博弈”的过程中逐渐形成的。这就是说,在人类社会的绝大多数领域,特别是在人们的日常生活世界的绝大多数场合,其主要的秩序并非立法所塑造,相反,这种秩序是无需法律便可以存在的。甚至立法本身也不得不尊重这种内生的规则,并将之作为立法的一项基本的原则来对待。

① [美]罗伯特·C. 埃里克森著:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第354页。

三

人有趋利避害的本能。在人的一生之中的绝大多数情况下的所作所为,都受到这种本能或多或少的影晌。人们对于规则的态度和选择,也基本受到这种本能或多或少的制约。只有那种能够使人们所向往的那种利益达到最大化的规则,才有可能成为人们的首要选择;倘若这种最理想的规则不可获得,人们就可能作出一种次优的选择,即选择那种“守法成本”最低的规则。为此就需要一个社会中的成员之间就“利”或者“害”的测度标准达成某种程度的一致性——如果某群体的成员们希望自己在与他人的交往中获益最多,或者,使他们在相互交往中客观发生的交易成本最小化,首先就必须在这种交往规则中参入自己的标准,并力图让这种标准为交往中的所有成员所认可。或许正是因为这种“自利”的权衡,使得成员之间的合作式交往即所谓“双赢”式的交往成为可能。不过,这也是导致正式的立法常常被搁置或者“非正式的执行”的原由之所在。^①

四

世界也许是广大的。相对于这种广大的世界而言,在人的一生之中,经常活动的范围实在是微不足道的。

^① [美] 罗伯特·C. 埃里克森著:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第211页。

在这个世界上,熙熙攘攘、来来往往的人也许是无数的。但是,在人的一生之中,经常打交道的人,却是非常有限的。

我们不排除胸怀天下、广交天下人的仁人志士的存在。但在我们所生活的这个世界里,绝大多数人和我们一样,都是普普通通的人。作为一个普通的人,穷其一生,所关注的只不过是发生在他周围的事情以及和他经常打交道的人。因此,他所关注的也仅仅是在他经常活动的这个范围内发生效力以及与他经常打交道的那些人所普遍认可的那些规则。对那种普适天下的立法,他们知道得多一些,或者少一些,或者完全处于无知状态,实在无关紧要,因为他们的日常生活并不会因为这种对于立法的博学抑或是无知而产生多大的影响。在远离城市的许多乡村僻壤,那里的人们大多对于国家立法是处于无知状态,但他们的日常生活却并没有因为这种无知而终止或者发生混乱。

五

立法不是万能的。在很多情况下,塑造社会秩序的核心力量是立法以外的因素。因此,即便是在一个法治非常发达的社会,无需法律的秩序仍然普遍地存在——这就是说,在任何一个社会,那种试图通过立法运动的方式将社会秩序完整地纳入到立法的控制范围的想法或者做法,都存在着一个不得不面对的风险,那就是立法被虚置甚或被嘲弄的风险——用埃里克森的话说,就是“由于各种各样的原因,立法对于社

会的干预可能都是无用功。”^①如果我们想真正主动地把握这个社会的整个秩序的话，最明智的做法不是匆匆忙忙地去多制定几部法律，而是“加深对社会控制系统中非法律构成部分的理解”。因为这种非政府规范是客观存在的，并且始终“随着人们追求自己利益的过程不断地重新塑造和改变自身。只要人类生生不息，只要社会的各种其他条件还会（并且肯定会）发生变化，就会不断产生新的习惯，并将不断且永远作为国家（只要国家还存在）制定法以及其他政令运作的一个永远无法挣脱的背景性制约因素而对制定法的效果产生各种影响。”^②

六

迄今为止，或许法治的确是一种优良的生活秩序。但是，迄今为止我们并没有找到一个有说服力的证据向人们证明，那种无需法律的秩序就一定是一种悲惨的生活秩序。

所以，立法应当是一项审慎的事业。当我们企望通过立法来塑造我们所理想的那种秩序的时候，我们应当怀着崇敬的心情，去考证那些发生在远离法制的世界中默默起着作用的那些非政府规则之所以发生效力的根由，以便使我们的立法对社会秩序的建构具有更多的助益，而不是相反。

① [美]罗伯特·C. 埃里克森著：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社2003年版，第348页。

② 苏力著：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第262页。

最后,让我们铭记哈耶克的名言:“立法现象的出现……意味着人类历史上一種艺术的发明,即规定合法与不合法的艺术。在此之前,人们认为,法律是不能制定的,而法律只能作为某种本来就存在的東西来加以适用。根据这种观念,立法作为一种发明,就可能产生某种严重的后果,与火的发现或火药的发明所具有的那种严重后果一样。这是因为,越加强立法,人类的命运就会越依赖于法律。”^①

国华

2006年3月5日

^① Beinhard Rehfeld, die wurzeln des rechts (berlin), 1951, p. 67. 转引自[英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第143页。

弘扬法治精神 真诚支持学术

法 理 文 库

- | | | | |
|---------------------|-----|-----|---|
| 1. 法治论 | 王人博 | 程燎原 | 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 | 王人博 | 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | | 谢 晖 | 著 |
| 4. 价值重建与规范选择 | | 谢 晖 | 著 |
| 5. 权利的法哲学 | | 林 喆 | 著 |
| 6. 法律对行政的控制 | | 孙笑侠 | 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | | 刘作翔 | 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | | 谢 晖 | 著 |
| 9. 法律解释的哲理 | | 陈金钊 | 著 |
| 10. 义务先定论 | | 张恒山 | 著 |
| 11. 基本法律价值 | | 谢鹏程 | 著 |
| 12. 中国法理念(增订版) | | 江 山 | 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论 | | 葛洪义 | 著 |
| 14. 法律思维学导论 | | 林 喆 | 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | | 范忠信 | 著 |
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | | 陈新民 | 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版) | | 孙笑侠 | 著 |
| 18. 法权与宪政 | | 童之伟 | 著 |
| 19. 法的应然与实然 | | 李道军 | 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | | 周汉华 | 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | | 公丕祥 | 著 |
| 22. 法学方法论导论 | | 胡玉鸿 | 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | | 王人博 | 著 |