

制度与规则解析

ZHIDU YU GUIZE JIEXI

唐莹莹 著

知识产权出版社

制度与规则解析

ZHIDU YU GUIZE JIEXI

唐莹莹 著

知识产权出版社

内容简介

没有规矩，无以成方圆。大至一个国家，需要制订法律法规来规范国民的行为；小至一个单位，需要制订规章制度来约束成员的举止。这些制度和规定，从广义上来说，都可以称为规则。规则是人类社会得以维持的必要条件，人们依照规则来分享自然、社会、政治和权利资源。本书是对国家不同层次规则的思考和分析。

责任编辑：兰 涛

图书在版编目 (CIP) 数据

制度与规则解析/唐莹莹著. —北京：知识产权出版社，
2008. 7

ISBN 978-7-80247-370-6

I. 制… II. 唐… III. 法律—制度—研究—中国
IV. D920. 0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 113674 号

制度与规则解析

Zhidu Yu Guize Jixi

唐莹莹 著

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000893 82000860 转 8101

责编电话：010-82000860-8325

印 刷：知识产权出版社电子印制中心

开 本：880mm×1230mm 1/32

版 次：2008 年 9 月第 1 版

字 数：291 千字

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010-82000860-8325

责编邮箱：lantao@cnipr.com

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：11.625

印 次：2008 年 9 月第 1 次印刷

定 价：32.00 元

ISBN 978-7-80247-370-6/D · 683 (10232)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

目 录

第一辑 宪政与法治思考	1
从人性的视角看宪政制度设计.....	2
政治文明视野中的民族区域自治制度建设	12
特别行政区制度——具有中国特色的地方自治制度	27
行政权与公民权如何可以平衡——平衡论实证基础的 一个经济学分析思路	36
关于我国法院现代化路径的几点思考	43
以现代司法理念为视角看当前法官思维模式	51
关于陪审制价值和功能的思考	72
政治文明视野中的司法制度改革	84
第二辑 人大制度探析	101
和谐社会理论和人大制度建设的关系.....	102
如何构建合理的人大代表产生机制.....	106
关于优化人大常委会组成人员结构的思考.....	115
建立和完善人大具体工作制度.....	122
坚持和完善人大制度必须注意两大问题.....	138
关于我国循环经济立法价值的思考.....	145
对人大个案监督的思考.....	153
人大司法监督权的职能定位.....	164
什么是人大类案监督.....	176
人大类案监督的理念与价值.....	180

如何构建科学合理的类案监督制度·····	186
关于人大行使重大事项决定权法律程序的思考·····	196
监督与支持关系的再思考——以构建和谐的国家权力 运行机制为视角·····	203
海淀人大的“老五篇”——关于“海淀人大现象”的调查 报告之一·····	211
人大代表访谈录——关于“海淀人大现象”的调查报告 之二·····	218
第三辑 潜规则阅读 ·····	261
什么是潜规则·····	262
潜规则的研究价值·····	272
阅读法院里的潜规则·····	277
从哲学的视角看潜规则·····	286
从经济学的视角看潜规则·····	288
从社会学的视角看潜规则·····	293
从法学的视角看潜规则·····	299
如何对待潜规则·····	306
再思考的一个起点·····	315
第四辑 法律事件评析 ·····	319
纠纷解决机制浅探——从“一元钱诉讼”谈起·····	320
消费者权益保护的边界问题探讨——从李冰诉华星影城 侵权案谈起·····	335
抽象行政行为可诉性探析——从乔占祥诉铁道部春运 票价上浮案谈起·····	345
法律实证分析方法的运用——对 40 个强奸案件的分析 ···	355
后 记 ·····	366

第一辑

宪政与法治思考

从人性的视角看宪政制度设计

人性的问题，自从宪政问题提出来以后，就一直被思想家、学者们所关心。宪政作为一种人性化的制度，首先是对人性因素进行充分、全面的考虑，并以此作为宪政的基础。“正是因为人是有美德的，人是有理性的，宪法与宪政方有可能，也正因为人是人，是有弱点的，可能迷误，因此才需要宪法与宪政。”^①对于人性，笔者一直有一种深切的关注，并且始终认为，任何制度的设计如果不是建立在对人性有深刻理解的基础之上，这样的制度一定不是好的制度，它必定得不到彻底的实施，甚至在某些时候还会走向反面。基于这样的认识，笔者试图把人性作为一个分析模式，^②从人性的角度去分析和思考宪政。本文从分析人性哲学与宪政制度设计的必然联系入手，试图解释西方的基督教人性哲学和东方的儒教人性哲学各自对于宪政制度设计的不同意义：基督教对人性的二重性悖论假设推动了以保障人权和实现有限政府为标志的自由宪政的形成；儒教的人性至善论对人性持浪漫主义的态度，相信政治家在本性上有道德自觉的能力，追求的是完美的个人和完美的社会，其

① 陈端洪，宪政初论 [J]，比较法研究，1992（4）。

② 运用分析模式的思路是受北京大学法学院陈端洪教授两篇文章的启发：《对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路》，载《中外法学》1995年第4期；《国家权力作为财产——政治腐败分析》，参见 http://www.soulunwen.com/type1_11/21032219.htm。两文分别使用了“对峙”和“财产权”作为分析模式。

结果是一个“有宪法而无宪政”的社会的产生。本文最终的关注是，中国如何在目前的政治实践中建立起真正的权力制约体制，形成具有中国特色的宪政体制。

一、人性哲学与宪政制度设计的关系

制度是为了人而设计的，所以任何制度的设计者都不能不考虑人的存在，不能忽视人的需要、愿望、能力及其相应的偏好，因此，人性哲学与宪政的制度设计必然有着重要的甚至根本的联系。在权力和权利对峙中，有两个基本问题——人的权利应否受到保护及如何获得保护？权力应否受到控制及如何去控制？——是宪政的制度设计者需要回答的，而对这两个问题的回答必须借助于对人性问题的理解。

中国与西方的政治道路为何朝向了如此不同的方向，这种不同恐怕只能以文化上更深一层的差异来解释。要说明这个问题，我们可以由中西方对于人性的基本看法入手。因为，不管有没有明确的意识，一种政治哲学的提出通常是以关于人性的假定来做它的前提。而人性的善恶的确也是古代政治哲学讨论的中心问题。虽然，作为一个哲学或者道德命题，关于人性的任何一种立论都是可以反驳的，但是，这些立论一旦成为政治学上的假定和前提，立刻就会产生惊人的后果。[●] 马克斯·韦伯（Max Weber）在其整个宗教社会学研究中对儒教与新教的人性哲学（从神与人的对峙视角分析人性之善恶及其理性限度）及其各自对于宪政的意义作了开创性的研究。他指出新教伦理的世俗化推动了西方理性化法律体系和英美式自由宪政的形成，儒教导致中国缺乏自然传统而未能孕育以理性化官僚政治为特征的法理

● 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》[M]，北京：中国政法大学出版社，1997：81—82。

型统治。^①在韦伯上述分析的基础上，本文将作进一步的思考。

二、基督教人性哲学与现代宪政的制度设计

从历史的角度看，近代意义的宪政是从西方开始的；从文化发生学角度理解，以保障人权和实现有限政府为标志的自由宪政根植于基督教文化对“人的至尊与迷误”这一悖论性假设的洞见。基督教人性哲学就是在神与人、超越与现实的两种维度、两种空间展开的。这种两维的对峙状态所形成的独特张力决定了人性的二重性悖论：人的伟大与渺小，人的高贵与卑贱，人的无限与有限。

基督教孕育了西方自由主义的源流，伟大的“自然法”、杰出的《人权宣言》和现代宪政的经典蓝本都源于此。“我们认为这些真理是不言而喻的：人人生而平等，他们都从造物主那里被赋予了某些不可转让的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利”（《美国独立宣言》，1776）。美国宪政思想史权威弗里德里希（Carl J. Friedrich）早已点明了其中的真义：西方的自由宪政，从头到尾就是以基督教为主要思想背景的。只有基督教人性观念才能引出下面这一结论：神定法和自然法，作为上帝统治世界的永恒法的具体体现，规定了真正的立宪政府。这种立宪政府有赖于一种对人类的坚定不移的信念，即：人是理性的和向善的，因此，他能有效地参与到该政治制度之中，并通过选举那

① 韦伯在《新教伦理与资本主义精神》（1905）一书中至少有七处地方概括性地指出新教伦理之于西方宪政法治的意义（主要指新教传统里的个人主义与个人自由、立宪政府、救赎行善的社会意义和福利立法的转型等问题），参见〔德〕马克斯·韦伯著：《新教伦理与资本主义精神》，于晓、陈维纲等译，三联书店1987年版，第7、13、14、80、87、139、140页。后在《儒教与道教》（1915）一书中，韦伯用了大量的篇幅集中论述了儒教的理性主义与基督新教的理性主义二者之间的关系以及“儒教的政治生活取向”问题。实际上谈的是儒教伦理的政治实践性意义，参见〔德〕马克斯·韦伯著：《儒教与道教》，王容芬译，商务印书馆1995年版，第193—222页。

些为他们说话的人来参与制定法律。●

为什么要保障人的权利？基督教认为人是按照神的形象创造的，因此每个人的天性中都有“神性”，这个神性赋予了人作为受造物固有的尊荣、权利、幸福与慈爱。人生而自由、平等，因为“人人均为上帝的造物，人只受上帝的奴役”。

但是，基督教认为，当亚当和夏娃经不住撒旦的诱惑而偷食了善恶树上的禁果时，就犯下了人的恶根和必须世代救赎的罪孽。● 这样，人的存在就构成了一个悖论：人有与生俱来的神性与尊荣，人同时又有根深蒂固的罪恶和难以遏止的堕落趋势。因此，人权要得以保障，就必须实现“有限政府”：一个在某些领域永远无权作出决定的政府，一个像普通公民一样守法和负责任的政府，一个内部有分权和制衡机制的政府。这种信念其实源于基督教的人的“原罪说”。

自由宪政由此确立，这表明人类在尘世间的制度设计已大胆地面对了一个真实的“人”：认真地保障人之所以为人的尊严与权利，系统地控制了堕落与罪恶！人权保障和有限政府的信念始终捍卫着自1689年英国确立君主立宪制以来三百年的现代宪政史一以贯之的自由主义传统。而这一传统可以被正确地理解为基督教人性哲学世俗化的产物。●

● [美] 卡尔·J. 弗里德里希，超验正义——宪政的宗教之维 [M]，周勇，王丽芝译，北京：三联书店，1997：41。

● 这就是基督教的“原罪”观念。“耶和華見人在地上罪惡很大，終日所思想的盡都是惡”（《創世紀》6·5）；“人從小時候心裏懷着惡念”（《創世紀》8·21）。這是《聖經》的傳統，也是中世紀以來西方文化的傳統，西方近代政治哲學正是在這種傳統中成長起來的。

● 在十七八世紀現代憲政形成之初，几乎所有的憲政思想家都是清一色的新教徒。如約翰·密爾頓、約翰·洛克、大衛·休謨、亞當·斯密、埃德蒙·柏克、里查德·胡克、愛德華·柯克、約翰·亞當斯、亞歷山大·漢密爾頓、詹姆斯·麥迪遜……關於新教人性哲學與現代憲政的關係，參見 Carl J. Friedrich, *Trancendent Justice: The Religious Dimension of Constitutionalism*, Duke Univ. Press, 1964。

三、儒教人性哲学与中国的宪政历程

反观中国传统文化主流儒教，它缺乏基督教的超验性，缺乏人与神的永恒对峙，缺乏类似于基督教的原罪观念和救赎意识。基督教从人与神、超验与现实两个维度理解人的“至尊与迷误”，对人之所以为人而拥有的“神性”和天赋的权利有着诚挚的理解，而对人的根深蒂固的罪恶和堕落趋势又深信不疑。因此，基督教的人性论孕育了既注重权利、又对权力怀有深刻谨慎意识的自由宪政。儒教从“人”出发理解人自身的本性，这个“一维”的视角体现了一种自负的人类中心情结：它更倾向于认为人具有美好的天性，而不愿意承认人的罪恶和无知；或者至少认为有些人生来就是善的，而恶和无知只属于一部分人。在儒教看来，“现世是一切可能的世界中最好的世界，人性本善，人与人之间在一切事情上只有程度的差别，原则上则都是平等的，无论如何都能遵循道德规则，而且有能力做到尽善尽美”。“除了渴望摆脱无教养的野蛮状态以外，儒家不希图任何解脱……同真正的古希腊人一样，儒家也没有任何伦理的先验寄留，没有超凡的神的戒命同被造物现世之间的任何紧张关系，没有对来世目标的任何向往，没有任何原恶概念”。[●]

因此，不同于基督教人性论的二维性、平等性和超验性等特征；儒教发展出的人性论具有一维性、等级性和现实性。由于它不承认人与神的永恒对峙，不承认人与生俱来的罪恶，因此对“善”这一对立概念也无法有深入的理解，进而它也否定存在超越于尘世之上的自然法则和人的天赋权利。儒教人性的至善性使制度设计者相信“人好一切都好”，关注权力的归属而轻权力的

● [德] 马克斯·韦伯：《儒教与道教》[M]，王容芬译，北京：商务印书馆，1995：280-281。

运行。因此，中国自西汉到晚清两千年间未曾产生过实质性的分权制衡机制（包括立法、行政、司法之间以及中央与地方之间），无独立的司法审查制度（行政司法合一），无类似于英国古老的“自然公正原则”的程序制度。这种以圣人道德为基点设计的制度虽然理论上完美，但实际上却是虚伪的，坚持这种制度的政府只好一面唱着高调，一面容忍无数背离圣贤教诲的人和事。而中国百年宪政建设的焦点始终停留在“谁掌握了权力”以及掌权者如何通过宪法去巩固“胜利果实”这个层面上，因此就创造了不到80年而颁布14部宪法典（含草案）的世界奇迹，^①因人设法，因人废法，中国宪法的地位略见一斑。^②

至此，我想起了哈耶克的忧虑，他说：“我谨希望我们这一代人能够习知：正是形形色色的至善论，不时摧毁着各种社会业已获致的各种程度的成就。如果我们多设定一些有限定的目标，多一份耐心，多一点谦恭，那么我们事实上便能够进步得更快且

① 从1908年的晚清《钦定宪法大纲》的问世到1982年共和国第四部宪法的诞生，计有14部宪法典（含草案）在中国的政治舞台上相继出台，这种戏剧性的情境一方面昭示着风云变幻的艰难时势，也意味着一个世纪的宪政建设一直处于没有根基的状态。参见包万超：《儒教与新教：百年宪政建设的本土情结与文化抵抗》，载《北大法律评论》（第1卷第2辑），法律出版社1999年版，第516—537页。

② 梁漱溟（百年来中国唯一一个系统地作过儒教与基督教文化之根本界分及其宪政法治意义的比较研究的学者）指出：“中国的失败自然是文化的失败，西洋的胜利自然也是文化的胜利，宗教问题是中西文化的分水岭。中国社会构造演化不同，悉决于周孔教文化。”梁漱溟从儒教文化缺乏超验性之宗教信仰、笃信人性之善与人类自身的理性、缺乏个人与集团的对峙意识等视角探讨了“中国何故无民主”、“人权自由之所以不见”、“民治制度之所以不见”三个宪政问题，此境皆因“中国文化是人类文化的早熟”，“全由他自己以往文化使然”。并率先提出了在未来儒教文化（人类发展的“第二期”文明）复兴以前西洋制度之移植和基督教文化的“全盘承受”问题。梁漱溟先生在这方面的研究有两部代表作：《东西文化及其哲学》，商务印书馆1999年版；《中国文化要义》，学林出版社1987年版。

事半功倍；如果我们自以为是地坚信我们这一代具有超越一切的智慧及洞察力，并以此为傲，那么我们会反其道而行之，事倍功半。”^①哈耶克认为，至善论和非至善论的诸多争论最终并非基于目的、动机和伦理价值的差别，而是一个关于实现目标的不同手段问题，至善论的谬误并不源于错误的道德意图，而是在缔造伟大社会和文明的自信中对权力和知识的误用。^②然而，这种误用在中国的宪政建设史上，已有近百年。

四、中国宪政：出路何在

在过去的一个世纪，中国的宪法典（草案）很少具有价值的至上性，由此，宪政的制度设计难以实现从传统到现代性的创新，“以至于中国的民族国家的建构最终以政党国家而非法理国家的形式达成”^③。同时，一种世界性的文化认同意识由于“本土中心情结”而始终无法达至。使文化认同的种种努力变得更为艰难的是，人们往往把“儒教孕育不出现代宪政”这一实证命题理解为“儒教不如基督教（尤指新教），中国人不如西方人”这一规范命题，于是，民族自尊心凸显出来，宪政的移植和基督教文化的接受便从一个现代性、世界性问题转化为民族性问题。

那么，我们这些缺乏基督教文明养育的人，我们这些历史地处于无神论精神状况的人，如何可能像一个虔诚的基督徒那样深信世间的统治者只有像上帝那样行事才是符合正义的，人定法必须符合上帝的理性，上帝的理性是可以为上帝平等赋予其理性能力的人所知晓的，如何可能像基督徒那样在此确信基础上坚定不

① [英] 弗里德利希·冯·哈耶克著，自由秩序原理 [M]，邓正来译，北京：三联书店，1997：11.

② F. A. Hayek, *Law Legislation Liberty*. The University of Chicago Press.

③ 刘小枫，现代性社会理论绪论 [M]，上海：三联书店，1998：96.

移地维护个人自由权利是神圣的，任何政治秩序必须有分权，权力必须受到限制等主张呢？行文至此，骨子里的一种对传统文化的依恋情结促使我试图去寻找中国传统中的“上帝”。让我们一起来看看老子曾提出过的一种对后世颇有影响的“创世理论”：

道生一，一生二，二生三，三生万物。万物负阴而抱阳，充气以为和。^①

恐怕“道”是中国哲学史上最早和最有影响的一个包罗宇宙万物的基本概念了。然而我们发现，“道”纯粹是一个“自然”概念，内中并不含任何“人格神”的观念。^②而在中国哲学史上著名的“天人合一”论中，我们看到，万事万物都处在一个共同的有机体当中，它们互相作用和影响，天道和人道其实只是一个道，这里根本没有一种经验之外的超验世界。正是因为这种思维方式，在中国传统文化里面，就少了神和人的对峙，少了神圣法和世俗法的对立，因而形成不了宪政的人文基础。

那么，在我们这样一个没有宗教信仰、没有“自然法”理念的国度，我们如何进行宪政建设？难道我们都必须首先成为基督徒，在我们的内心深处拥有了基督徒执著、坚固的信仰，形成了一个崭新的民族精神，然后才可以真正走上宪政之路？这绝对是一个荒谬绝伦的构想。弗里德里希在其细致阐明宪政论的基督教根基之前，早就驳斥了与此荒诞构想一脉相承的某种文化相对论：“在断言西方的宪政论是基督教文化的一部分时，我们所遵从的是一种现代的信念，即认为一切文化现象应被视为一整套相互关联的价值观、利益和信仰的体系的呈现。这一正确的主张很

① 《老子》四十二章。

② 所谓“有物混成，先天地生。……吾不知其名，字之曰道，强为之名曰‘大’。……人法地，地法天，天法道，道法自然。”（《老子》二十五章）讲的完全是一种“自然”的宇宙观。

容易导致一种错误的相对论，这种相对论将该种价值观、制度和行为模式限定在一套特定的体系内，并因此难以超越其樊篱。我不同意如此眼光狭隘的浅见，而承认在许多相互关联的情境中，基本相同的现象的再现，呈现出作为人的人类所具有的普遍可能性。易言之，通过展示文化的和观念化的宪政论内涵，我不想排斥其普遍有效的可能性……”^①

弗里德里希的驳斥之所以具有说服力，因为他提出了“作为人的人类所具有的普遍可能性”这一值得重视的论据。我们可以承认自己和弗里德里希以及他所展示的思想巨匠来自于不同的文化传统，但我们绝对不可回避我们和他们一样是作为人而存在的；我们可以拒绝承认人乃上帝造物，因而每个人都享有同等的尊严、自由和上帝赐予的理性能力，但我们绝对不能抹杀每一个具体的人与其他人一样的生命存在和发展的价值。或许正是在这里，我们才看到了中国宪政的出路。

当我们开始使用法治一词，开始讨论宪法、宪政一类术语时，就已清楚地表明：我们正朝着法治或宪政的道路上走，尽管走得有点费力，有些摇晃，迟钝缓慢，但毕竟是在前行而不是后退。虽然这条路荆棘丛生，陷阱密布，湿滑泥泞，然而今天，我们必须走下去。宪政并不只是一种制度，它同时更是一种生活方式，一种价值追求。正是在这个意义上，我们可以说，中国宪政建设的命运在根本上取决于文化建设的成败。而文化的建设又是依着于经济、政治制度的建设。当我们开始建设市场经济，开始建立行政诉讼，开始努力促成司法审查制度在中国的确立时，我们将静静地期待着“多米诺骨牌”效应的产生。

● [美] 卡尔·J. 弗里德里希，超验正义——宪政的宗教之维 [M]．周勇，王丽芝译．北京：三联书店，1997：2．

五、结语

上述文字只是简单地梳理了一下基督教人性哲学和儒教人性哲学各自对于宪政制度设计的不同意义，并试图从理论上探讨中国宪政的出路。然而，当我们将目光投向我们自己的传统文化时，我们是无奈，还是悲哀？尤其值得我们注意的是，为什么我们会轻易否认儒学之于中国政治社会的意义？这样一种经过时间考验的文化传统可能有其不足之处，但是，在我看来，这些不足往往是利益衡量的产物，轻易地否认他们，结果往往是“孩子和脏水一起倒掉”，这对我们的法治和宪政建设会有何种影响可想而知。[●] 毕竟，我们的建设是在一个一无所有的基础上起步的。

然而，任何理论的阐释离开了实践的支持都是苍白的。作为一个炎黄子孙，我们的立足点应该放在我们生活于其中的国家和社会，放在这个社会已经发生、正在发生和即将发生的实践中。从这一方面来看，本文的论述是非常浅薄的。但是，笔者的目的在于通过自己的阐述，为每一个善良而理性、每一个对中国的昔日和现实充满真切和真诚的关注的中国公民提供一个可能有益的视角。毕竟，宪政作为一个抽象的理论，对于习惯于形象思维的国人来说是比较陌生的。希望通过本文粗浅的论述，能够让人们从人性这一视角理解宪政建设的文化基础，从而能够在此基础上做出一些不仅真诚而且更为有益的努力。

历史固然不曾告诉我们说哪一种文明必死，但也不曾说过哪一种文明能够永生。它只说过，没有不死的文明。历史上的一切都在生与死之间流转。作为旧秩序的古代文明已然逝去，重要的是，我们还有可能去建设一个新的文明，这便是希望所在。

● 一种古代的“无法有天”状态向现代的“无法无天”状态的恶化。

政治文明视野中的民族区域自治制度建设

党的十五大报告把人民代表大会制度与中国共产党领导的多党合作和政治协商制度、民族区域自治制度，并列为我国的三大基本政治制度，在党的政治纲领中第一次明确了民族区域自治制度在国家体制中的位置，即与人民代表大会制度、中国共产党领导的多党合作和政治协商制度，共同构成了中国的三大制度柱石。党的十六届六中全会强调，要全面贯彻党的民族政策，坚持和完善民族区域自治制度，全面落实民族区域自治法，牢牢把握各民族共同团结奋斗、共同繁荣发展的主题，巩固和发展平等、团结、互助、和谐的社会主义民族关系。这是我们党将马克思主义的民族理论和中国民族问题的实际相结合，坚持走有中国特色的解决民族问题道路的新发展。在我国社会主义政治文明建设过程中，加强民族区域自治制度建设，构建和谐的民族关系，是其中不可缺少的重要一环。深入研究在建设社会主义政治文明中如何坚持和完善我国的民族区域自治制度无疑具有十分重要的意义。

一、民族区域自治制度与社会主义政治文明

胡锦涛同志在2005年5月召开的中央民族工作会议上指出：“民族区域自治制度，是我国的一项基本政治制度，是发展社会主义民主、建设社会主义政治文明的重要内容，是党团结带领各族人民建设中国特色社会主义、实现中华民族伟大复兴的重