



经济、法律 与公共政策的规则

著 / 柯武刚 朱利安·西蒙 詹姆斯·格瓦特尼 维克托尔·范伯格 等
译 / 秋 风 史世伟 孙一梁 王巧玲 庄绪侠 等
校 / 黄爱丽 秋 风 冯兴元 王巧玲 等
编 / 冯兴元 毛寿龙

JINGJI FALÜ YU GONGGONG
ZHENGCE DE GUIZE



重庆大学出版社

<http://www.cqup.com.cn>

经济、法律 与公共政策的规则

..... 著 / 柯武刚 朱利安·西蒙 詹姆斯·格瓦特尼 维克托尔·范伯格等

译 / 秋 风 史世伟 孙一梁 王巧玲 庄绪侠

 闫 恒 倪咸林 李 军 李杏果 徐会玲

校 / 黄爱丽 秋 风 冯兴元 王巧玲 景朝亮

编 / 冯兴元 毛寿龙



重庆大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济、法律与公共政策的规则/冯兴元,毛寿龙编. —重庆:
重庆大学出版社,2013.5
ISBN 978-7-5624-7220-9

I. ①经… II. ①冯… ②毛… III. ①制度经济学—文集
IV. ①F091.349-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 018731 号

经济、法律与公共政策的规则

编 冯兴元 毛寿龙

责任编辑:尚东亮 版式设计:尚东亮
责任校对:邬小梅 责任印制:赵 晟

*

重庆大学出版社出版发行

出版人:邓晓益

社址:重庆市沙坪坝区大学城西路 21 号

邮编:401331

电话:(023) 88617183 88617185(中小学)

传真:(023) 88617186 88617166

网址:<http://www.cqup.com.cn>

邮箱:fxk@cqup.com.cn (营销中心)

全国新华书店经销

重庆升光电力印务有限公司印刷

*

开本:787×1092 1/16 印张:19.5 字数:382 千

2013 年 5 月第 1 版 2013 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5624-7220-9 定价:39.00 元

本书如有印刷、装订等质量问题,本社负责调换
版权所有,请勿擅自翻印和用本书
制作各类出版物及配套用书,违者必究

序言 经济繁荣的秘密

毛寿龙

在历史上,人类文明主要和农耕有关系。人最基本的需要是吃和穿。要对付的灾难和祸害主要是天灾和人祸。天灾需要人们集体努力,依靠权力运作来抵抗。人祸也需要人们团结起来,依靠命令和等级体系来防御。一个强大的国家,有一个发达的命令和服从的体系,不仅能够有效地应对天灾,也能够有效地抵御外敌。当然,如果要扩张,也轻而易举。一旦强大的国家建立起来,战争就会结束,人们就可以在和平的环境下辛勤劳作、幸福生活。

这样的历史延续了很久。在那时,人们认为农业是根本,而制造业和商业都是奇技淫巧。政策重农抑商,轻视手工业和制造业。18 世纪中期,亚当·斯密发表了《国富论》,开始认为国家富强的秘密来自分工和交易。政府的职责是国防、治安和基础设施,其他都是市场的事情,市场看不见的手可以让逐利的个人实现国家的共同富裕。他甚至认为,号称利他的人对公共利益的贡献,从来没有像自利的人那样贡献大。

这就是国家财富的秘密:有限政府和经济自由。只要个人是自由的,他所珍重的财富,就不会仅仅停留在可以吃穿的产品上。而且一旦有了个性化的发展,每个人对吃穿的产品也会有各种不同的要求。比如,有 10 瓶矿泉水,如果严格由政府来分配,其结果就是 10 个人每人一瓶矿泉水。假定政府定价,一瓶矿泉水 1 元,其 GDP 就是 10 元。如果由市场来配置,10 瓶矿泉水,刚开始未必有市场,因为一瓶水 1 元钱还是很贵的。人们宁可烧开水喝,也不愿意用 1 元钱来买矿泉水。所以,GDP 可能是零。但是这 10 元钱如果用于其他更重要的消费和投资,会创造更多的 GDP。人们收入增加了,对饮水有了多样化的需要。矿泉水有了细分市场。同样品牌的矿泉水,在不同场合定价出现了细分,2 瓶每瓶 1 元,2 瓶每瓶 5 元,2 瓶每瓶 10 元,2 瓶每瓶 15 元。结果,8 瓶矿泉水的 GDP 已经远远超出了 10 元,而是 62 元。而且矿泉水种类也增加了,有些是低端产品,有些则是高端产品。一头猪、一头牛,在市场没有发展的时期,所有部位的定价没有差别,但市场细分后,猪牛不同部位的肉,价格就有了细分。而且猪和牛本身也有了差异。市场的物理空间越大,产品的种类和档次就越多,而且同样产品的差价也越大,其 GDP 计算的财富也就越多。

在有市场的情况下,我们发现财富的量发生了变化。从数量上来看,人类可消费的产品越来越多,内涵也越来越丰富。人们几乎不再知道饥饿是怎么回事,担心的不是吃不饱、穿不起,而是担心吃得太多,无法减肥。每天担心的是,今天穿什么

衣服合适,而不必担心是否有衣服穿。从质量上来看,很多产品几乎一年一次更新换代,日新月异,超出人的想象。从生产角度来看,生产能力已经远远超过消费能力。显然,这一切,都与经济自由有密切的关系。有了经济自由,人的有效需求就得到充分展现,人的生产能力也因分工和合作而得到充分的扩展。

神奇的经济自由,不仅造就了市场,造就了惊人的生产能力,而且还造就了无数的产品,使得财富的形式也发生了变化。过去是金银财宝,然后是吃的粮食和穿的衣物。现在是以成交价格计算的 GDP。当然,更多的企业家则是以企业为财富。你的财富在哪儿?在企业里。一个成熟的企业、有前途的企业,就是企业家的财富。如果一家企业前途很好,就可以在产权市场上卖个好价格,甚至通过 IPO,在证券市场发行股票,并获得很高的溢价。一个企业家,现在所拥有的财富,已经可以说是不计其数,可以高达数百亿美元。而且如果有创意,在数年时间里,年纪轻轻就可变成大富翁。

这一切,都是拜经济自由所赐。当然其另一个条件,就是有限政府。也就是说,政府要确保政治和平,要确保良好的治安秩序,否则一个战火纷飞、盗贼丛生的地方,是不可能市场的,也不可能有经济自由。政府还要提供良好的基础设施。没有基础设施,物流很难发展,交通很难发展。要有良好的宪法法律秩序,要有良好的政府领导力,要搞好公共服务。

除此之外,政府都应该是有限政府。有限政府,一是指遵守宪法和法律的政府。政府权力受到宪法法律的制约,所有的政府行为都需要有法律依据,而且受到法律监督,接受司法审查。二是指受到公民权利制约的政府。政府要保护公民的基本自由权利、人身自由权利、财产权和言论自由权等权利,政府的权利边界是公民的自由和权利。三是指确保公民消费自由、生产自由、定价自由、企业管理自由和资本自由。只有这样,才能确保市场经济得到充分的发展。

如果政府不是有限的,干涉公民的定价权,规定矿泉水只能卖 1 元钱,其结果就不会有很好的矿泉水市场。10 瓶矿泉水的 GDP,可能没有 10 元钱,更不会有 62 元钱。如果政府干涉企业自由,企业就会官僚化,缺乏创新能力,也缺乏灵活适应市场的能力。如果政府干预股票市场,企业家就无法把企业拿来在市场上买卖,企业本身的价值就无法体现为市场价值,坏的企业可能会生存得很好,好的企业可能会发展不起来。如果政府干预资本市场,资本就会短缺,这些国家永远会是招商引资的国家,即使有大量的资金也会依然缺乏资本。

经济自由、有限政府、宪政法治是经济繁荣的核心秘诀。国家的政策往往都是针对问题的。要解决问题,就要采取相应的公共政策。但是,如果为了解决问题,而破坏了经济自由,放纵了有限政府,损坏了宪政法治,那么一个国家的经济就会停滞不前,甚至大幅度倒退,或者一直在贫困线上挣扎。而一旦实行了经济自由、有限政府和宪政法治,那么经济增长的引擎就会发动,10~30 年里就会发展到人均 GDP 五

千到上万美元的水平。如果因为经济快速增长而放弃对经济自由、有限政府和宪政法治的追求,那么这些国家就会陷入中等收入的陷阱,也就是到了中等发展的水平就停滞不前,永远无缘于发达国家。

这些道理,似乎已经成了老生常谈,但要变成政策,依然需要有良好的智慧和理性的思考。摆在读者面前的《经济、法律与公共政策的规则》《产权、市场与竞争的基本理念》两本书,收集了国际上重要的研究报告和论文,他们都说明经济自由、有限政府和宪政法治,对于经济繁荣来说是多么重要。相信读了本书,读者们对市场经济以及相关的公共政策会有更好的了解,并坚定对市场经济的信心。

目 录 c o n t e n t s

>>> 1/ 何为法治?

利昂·娄

>>> 36/ 让贫穷成为历史:治理腐败

柯武刚

>>> 50/ 应对气候恐惧:奴役制还是自由制?

柯武刚

>>> 89/ 经济学常识:关于经济学与环境每个人都应了解的观念

詹姆斯·格瓦特尼 理查德·斯特鲁普 德怀特·李

>>> 153/ 更多人口、更多财富、更多资源、更健康的环境

朱利安·西蒙

>>> 167/ 通往产权之路:国际发展中制度变革的路径

卡罗尔·布德罗克斯 保罗·德莱格斯·艾利吉卡

>>> 208/ 论非中心制度

罗伯特·内夫

»» 255/ 自由主义政策的社会维度

胡贝尔图斯·穆勒-格勒林

»» 269/ 一个乌托邦？无地域垄断的治理

布鲁诺·弗雷

»» 285/ 弗莱堡学派：瓦尔特·欧肯和秩序自由主义

维克托尔·范伯格

何为法治？

What is the Rule of Law?

[南非]利昂·娄 (Leon Louw) 著

孙一梁 译

景朝亮 黄爱丽 校

法治,在我这个公认的退休多年的老律师看来,指的是与君王们随心所欲相对的那种法规的有序实施(structural exercise of rule)。即使君王们仁慈地用权,法治也在道德和政治上更具优越性。在不适用法治的领域,可以由统治者施行统治。而法治强调的是有序化的责任与权力。

——尼尔森·曼德拉 (Nelson Mandela)

1. 法治的全面“胜利”

1.1 法治的起落与东山再起

为什么要再写一篇关于法治的文章呢?原因至少有两个:首先,以前大多数对于法治的描述都太模糊且模棱两可,缺乏操作性;第二,许多甚至是大部分关于法治的论述对法治定义不准确。本文的首要目的是对法治给出足够清晰的定义,以协助法律的制定、分析与执行;第二个目的是对那种将法治用作个人信奉的各种“主义”之代名词的倾向加以批判。法律及其实践何时违反法治?这方面的模糊极为严重,几乎使法治这种自由与繁荣社会最重要的一项制度“因模糊而失效”。

自冷战结束以来,出于政治上的需要,各国政府及政治家,无论是何派别,对法治怎样认识或持何种意识形态,都宣称支持“法治”。大多数现代政治家,从津巴布韦的罗伯特·穆加贝(Robert Mugab)到英国的托尼·布莱尔(Tony Blair),从伊拉克的萨达姆·侯赛因到美国的乔治·布什,都说自己信奉法治。既然现在每个政府都支持法治,而那些反对法治的人已经消失不见,因此一个研究人员在遍访世界各国领导人之后大得得出结论说,法治已经取得终结性胜利。

有一个典型的例子:“在伊朗伊斯兰共和国,许多政治家在说法治的时候,其意思是指伊斯兰教法的法治。有时候他们提伊斯兰法,有时候为了简便就说法治。如果问他们为什么,他们会解释说,所有法律都必须与伊斯兰教法一致。^①”伊朗司法部长阿亚图拉·纳贾法巴迪(Ayatollah Ghorbanali Dorri Najafabadi)在第十一届联合国预防犯罪与刑事司法大会上(2005年4月18—25日)的声明中说:“我们的确相信法治,相信司法体系的一致性能确保整个公共体系、政府机构和私人部门的健康与效率,也是这一切的前提。”^①罗伯特·穆加贝坚持认为他所做的一切都符合法

^① www.un.org/webcast/crime2005/statements/23iran_eng.pdf.

治。他称自己没有违反宪法,且对媒体的审查、没收土地、政治关押、大清洗、对人权的侵犯等都符合一个民主选举的议会所合法颁行的法律。

新一轮对于法治的普遍拥护与20世纪60年代(那个时代在智识和意识形态方面都变化无常)的社会科学家们所持的“进步主义”教义迥然不同。当时法治被贴上了一系列指责性标签,这些标签被用来指称一切在智识上不够时髦的概念。法治被称作不合时宜的“反革命”“保守”“反动”“退化”“反民主”“精英主义”,总之是一种对“人民权力”的限制。法治还被看作是资本家用来将资本帝国主义永久化的诡计。

在“极端派”与“温和派”之间只有程度之分而无实质之分,而在左派右派的“软”与“硬”之间则无根本区别。左右两派都反对古典自由主义要严格实施法治的主张。

当提到法治时,它褒义的意思是指法律本身,而不论其性质,其目的都是使当权者将其最大化的权力合法化。在这个意义上,至少存在着补偿性的动机令权力精英与其子民遵守同样的法律。

当权者不应凌驾于法律,但却可以用任何手段去制定任何法律。一般来说,所有国家的现代政府在说到他们支持法治时,都是这么认为的。这种短视的理解缺乏哲学内涵,它将法治降低到纯粹的技术层面:即法治就是指政府按照它制定的任何法律来运作,它自然也不含有任何像权力分立、正当程序、普遍实施、公正性、自然正义、可预见性、无罪推定、合理性之类的古典自由主义价值。

我有一个担忧:当一些古典自由主义者将法治当作自由的同义词使用时,会无意间认可了正流行的对于法治之真义和重要性的误解,并将这种误解合法化^①。

顺便提一下,法治也常常被用作“没有腐败”或“存在法律与秩序”的同义词。尽管这些并不是法治概念的缔造者——18和19世纪的西方哲学家们当初考虑的问题,但也是具体层面法治的一部分,因为如果良好的法律遭到忽视,显然是不会存在法治的。换句话说,法治首先指的是其实质,其次才是指其应用。

1.2 法治面临的新机会与新威胁:发展与反恐战争

后殖民主义时代的增长与发展理论经历的第一次大转变是从20世纪七八十年代专注于对发展中国家提供援助转变为20世纪八九十年代的“新自由主义”或“华盛顿共识”式经济政策。这个过程中穷国构建市场友好型宏观经济基本架构的做法被看作是万能药。在对所谓的现代援助的逻辑进行分析时,早期援助是冷战霸权的

^① 许多朝圣山学会的论文——有些在学会网站上可以找到——对“法治”的使用不准确,会起反作用。

体现的这种看法是一个重要考虑。例如,人们确实希望扭转援助和滞涨之间的奇怪关系——援助不但不能带来增长或发展,获得人均援助量最多的非洲反而变得更穷,而且得到援助最多的国家变穷得最快,这一点也变得越来越明了。

宏观经济保守主义(机构调整)尽管造成的灾难较小,却也没有达到预期效果。相应地,过去十到十五年间流行的战略也转变为一种新的发展方式。现在那些发展中国家被鼓励去接受“法治”,尊重“财产权”。所有国家都声称自己做到了这些,而评判其是否果真如此的标准却不^①存在。现在显然需要那些主张法律正确性的人们给出法治的明确定义,以及衡量遵守与否的简单标准。本文认为,言语层面上法治的成功可能会成为世界的一个重大胜利,尤其对于那些穷人而言,前提是古典自由主义者要能够成功地对法治作适当的定义和实施。

就发展而言,证据^②表明,法律体系^③的完备性很可能是和平、繁荣和发展最重要的决定因素。当然,最理想的还是能找到将成功国家与失败国家区别开的所有因素,并加以适用。第一世界国家的领导人们为大多数第三世界国家经济的持续滞涨或下滑感到恼火。他们得出的结论不是发展中国家需要全面采纳已经证明成功的政策——罗宾汉式领导人反而忘记了财政援助已经试过且失败了——反而再一次沉迷于援助。和往常一样,他们在一些明星的支持下,用自己公民的财富,给外国暴君提供资金。好在没有用援助代替对于良好法律体系的强调,只是掀起了很可能如以往一样失败的新一轮财政援助浪潮。

法治在言辞上(如果不是在实践中)的新一轮流行可能是新千年古典自由主义最为积极的发展。但是,世界范围内也存在一股强大的损害法治的倾向,不仅是在反恐战争的交战双方,也包括在一些中立国家,特别是在美国驻内罗毕大使馆爆炸事件和巴厘岛爆炸案发生后。真真假假的反恐措施体现在很多方面,特别是在对隐私(通过打击“洗钱”,对通讯的“拦截和监督”)、自由(对国际旅行增加限制)和财产(武断地没收财产)的侵犯上,当然还有更多例子。

对采取这些对法治有侵害的措施所给出的合法理由是,非常情况要采取非常手段,古典自由主义者在这方面态度极为分化。一方面是那些较为保守的,认为与法治原则相冲突的反恐措施也是战争的内在组成部分;另一方面是那些自由意志主义倾向较重的,认为如果对一种价值观妥协,就无法再对其加以捍卫。尽管两方的论据都很有力,但对于我这个先前反对种族隔离的积极分子而言,却令我想起一些前

^① 现在有很多关于财产权和法治的措施,大多数是代理制的。但是根据本分析中所言,不存在足够清晰的定义或评判标准。结果是不仅公布的指数会不准确,而且政府也很难知道他们究竟应该做什么,以及不做什么(这一点更重要)。

^② Leon Louw. *Habits of Highly Effective Countries*. Law Review Project, Johannesburg, 2006. 该书按照标准政策目的,分别指出了表现最好和最差的国家在政策方面的特征变量。

^③ 法律体系的完备性可以作为良法所具备的一切特征的总称。

尘往事——当初为种族隔离辩护的理由是为了防范社会主义和共产主义。较小的恶也是恶，但都说现实生活不会给人们在好与恶之间选择的奢侈，而是迫使他们选择较小之恶。

因而，本文的语境和论点如下：

①法治已经丧失其含义，而且对于古典自由主义者来说，挑战在于搞清楚法治是什么和不是什么，并将其作为法学的一个重要方面加以复活。

②新千年被夹在两方面力量的搏击当中：一方面是人们意识到法治是发展和繁荣的前提；另一方面是在反恐战争中损害法治的倾向。

2. 走向一致性

从历史的角度看，自 20 世纪开始，法治从一个英国（也可能是法国和荷兰）的观念逐渐转变为全球性的观念。这个转变的过程复杂而又富有启发性，其中最具有现实意义的因素就是，对法治进行定义的过程具有的特点：即人们总是断言它没有精确定义，或者无法对它下定义；其含义在传遍全球的过程中发生了变化，且往往是朝着不同的方向变化。关于法治的假定往往是：它是由法学家们构想出来，并被加以了成功（虽不连贯）地宣传。而那些自然秩序学者们，特别是哈耶克，则认为法治是一个自文明出现以来就普遍存在的现象，只是在不同的时代和社会中程度不同而已。

我对相关文献进行再度研究之后得出的印象是，并非法治含义模糊或发生了变化，而是学者们没能解释清楚自己的想法。这令我想起肯尼斯·克拉克（Kenneth Clark）的著作《文明》，在这本书中他写到他无法对文明加以定义，但当他看到时，就能认出文明，这种说法也适用于古典自由主义法治概念。不过与文明不同的是，前者是存在时被人们感知，而后者是在缺位时才为主张法治的人们意识到，即使他们并不总能说出到底缺失了什么。法治表面上赢遍了全球，但问题是，似乎很少有人看到它时，或当它缺位时能意识到。要使一种论调变成现实，显然需要搞清楚政治家、政府官员和法律起草者需要怎样做才能真正支持法治，必须使这些人在日常工作中能发现哪些法律和行为与法治原则相悖，并避免出现相悖的情况。

人们经常将法治和财产权相提并论,好像它们是一体之两面^①。其实并非如此。既然用词不同,通常都是因为两个概念不同。而且作出这种语词和概念上的区分有着重要的思想上的理由。例如,让不尊重财产权的人们至少合作促进法治,也是有可能的。

尽管如此,由于财产权也正在赢得越来越多的口头上的支持,有必要对财产权是什么作一澄清,以便在财产权遭到侵犯时,决策者与执行者能够知道。对此几乎没有什么法学上的论述,只有对什么构成财产权之征用的论述(征收与没收)^②。对财产权的管制本身就是对它的损害,这一点是非常清楚的。这里不便详述,但有必要提一下,很少有人认识到经济管制的实质是对财产权的损害。

过去3个世纪关于法治的论述,许多都是模糊不清的,有些甚至是完全错误的,法治常常被用来作为作者支持的那种法律秩序的同义词,总的结果是对于法治的含义,即使在专家中,也存在许多迷惑。有时候,建立虚假的法治似乎比建立真正的法治还要重要。

3. 法律是什么?

3.1 富勒的法律八原则

要依法而“治”,必须先有法律,那么究竟什么是法律? 法律这个术语在多种意义上被使用过。法治之法显然不是指科学法则,如重力法则或牛顿的运动规律。它也不是指数学法则、经济学法则,如供求法则和塞伊法则,它不像科学法则那样固定不变,更精确地讲,它们是关于人类行为的一般规则。从法理学上讲,“法律指的是人类行为的规则”。在其他社会科学和自然科学中,“规律”是一种描述性的东西。

在这个意义上,一部法律若满足如下几点,则为良法:

① 如在《the rule of law and property rights》一文中,有许多例子。以下是一些代表性的作品: Akbar Ali Kha. Rule of Law and Property Rights: How Do they Affect Development in Bangladesh? (www.sdnpsd.org/sdi/issues/governance/governance/ruleof_lawand_property_rights.pdf)? World Bank theme Legal Reform. Property Rights and the Rule of Law (<http://rru.worldbank.org/PapersLinks/ReducingBusinessRisks/>)? The measurement of ‘institutional quality’ as ‘attempts to measure property rights and governance’ (<http://pgpblog.worldbank.org/archive/2006/11/term/259>)? Chris Pounds. Property Rights and the Rule of Law (www.fte.org/capitalism/lessons/02/).

② 参见理查德·爱泼斯坦(Richard Epstein)对于此问题的研究,比如他的经典之作: Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, Harvard, 1985.

据法律的性质产生,
由一国宪法所要求,
根据法治原则的要求。

一部“法律”要成为现实的法律,必须在最为根本的意义上具备遵守和施行的预期。这一点通常并未被法治原则要求,原因很简单,因为法律不可能以其他方式来“治理”。而为数不多的一般文献通常仅从立法和法律实体法角度定义法治。

如果一个政府是按照宪法而运作的,则法律要成为法律,其通过过程、内容及执行都必须合宪。由于这是一个具有国别特殊性的技术性问题,这里不对合宪性进行具体探讨。如果要提到细节,我会谈南非宪法,不仅因为它是我最为熟悉的一部宪法,还因为法治原则是该宪法第一章中的基础性规定。其“基础性”地位就蕴含着一种有意思的可能情况,即如果宪法中其他规定违背法治,则宪法本身就可能包含某些违宪的规定^①。

著名的自由主义法学家朗·富勒(Lon Fuller)对那些“使法律获得通过的道德”作出了描述^②。他指出了立法失败的八种情况,还用雷克斯王(King Rex)的语言加以解释。雷克斯王决定清除腐败与低效的法律体制,然而,尽管其用意良好,却不仅未能成功改革法律,甚至未能制定出任何法律,他为什么失败呢^③?

雷克斯王首先废除了现行法律和程序,但并未制定新规取而代之。人民遂抗议,于是雷克斯为自己制定了一部法典,使他根据此作决定。但是,人民依然抗议,因为他们想知道这些规则是什么。由于雷克斯王明白依照先例以后知后觉的方式决策总是相对容易,于是他决定每年年初判决去年的案件,并制定当年的规则,以及断案的理由。但是,这些理由并非要为来年制定规则,因为这有损“后见之明”带来的好处。

但人民还是抗议,他们要求事先知道规则,如此便可据之行事,而不必等事后才被人依据规则作出评判。于是雷克斯决定响应民意,制定一部法典,提前列出规则。然而这样的法典却令人无法理解,甚至律师都理解不了。人民再次抗议。在律师委员会的协助下,雷克斯制定了一部明晰的法典,但它却满是漏洞和相互矛盾之处,人民的抗议有增无减。

雷克斯对其子民感到愤怒和挫败,于是制定了一部内部一致却极端严苛的法律(如不准打喷嚏,在获召后十秒钟内必须向国王报告等)。人民抗议道:要求不可能

① 像大多数宪法中的一些规定一样,按非宪法中的某些条款很有可能违反法治原则,例如允许行政机关制定“附属立法”的规定,以及对之前曾遭受歧视性待遇的人们进行偏向性对待的规定。

② 在法律剖析(1968)一文中也称为“立法的隐含规律”,该文重编于 Kenneth I Winston. *The Principles of Social Order, Selected Essays of Lon L Fuller* [M]. Duke University Press, Durham, 1981.

③ Lon L Fuller. *Morality of Law* [M]. revised ed. New Haven: Yale University Press, 1969:33-38.

做到之事不是立法,而是在摧毁法律,因为不可能遵守的命令只能导致迷惑、恐惧和混乱^①。

雷克斯于是制定了一部清晰、一致且公平的法律,对人民的要求不超过其承受能力。然而,自法律制定以来人民的社会经济状况变化很大,雷克斯便每日对法律进行修正,以跟上社会状况的步伐。人们又抗议道:法律每天变更比没有法律更糟糕^②。

随着时间推移,情况开始好转。但雷克斯还是决定自己亲任法官,因为他不放心由司法系统负责法的实施。他现已不再受无力通过判决制定法律一般规则的困扰,在判决时他都援引法典——王国的最高法。但是,当他的判决意见付诸公开审查时,人们发现他的许多判决显然与法典中的规则毫无关联。

富勒说需要谨记的很重要一点是,雷克斯并没能制定出良法,他也未能制定出恶法——他根本未能制定出任何法律。雷克斯的八项失误可归纳如下:

- ①未制定出普遍通行的法律^③;
- ②未将法律公开;
- ③使法律溯及既往;
- ④使法律难以理解;
- ⑤制定有内在矛盾的法律;
- ⑥制定不可能遵循的法律;
- ⑦法律变动太频繁,使人们难以据之指导行为;
- ⑧法律与其实施缺乏一致性。

要法治必须先有法。而法律如要存在,则必须满足富勒给出的最低条件。若能如此,则法治已大体具备。

3.2 公认的准据法(Putative Law)

在现实生活中也许不存在雷克斯王这样的实例,因为世界上不存在统治者废除

①② Lon L. Fuller. *Morality of Law*[M]. revised ed. New Haven: Yale University Press, 1969:37.

③ 我认为这一点也包含了阿奎那的观点:法律应为公众利益而定,而非为私利而定。富勒定会支持此观点。

旧法而不制定新法的国家,但是,在每个国家都存在数以千计的恶法^①。最为著名的关于伪法律的例子是,在许多或者说大多数主张禁止卖淫的国家,这种现象都公开存在。和其他许多非洲国家一样(但没那么严重),南非也有一些几乎无人知晓也从未实施过的法律,其中之一就是禁止卖淫的法律。其他一些例子没这么“性感”,比如关于《产品标价规定》^②。“法律审查工程”^③在调查中间人们是否知道什么人负责该法律的实施,结果没有人知道这部法律的存在。

南非有一部法律,具有潜在的重要意义(从法治的角度),即《简易程序法庭法》^④,该法律旨在加速民事争议的解决,降低其费用。但该法律从未执行过,司法部也找不出多少知道其存在的人。

当“法律审议工程”在反烟草法案听证会上告知议会议题委员会该法律的核心条款违宪,且警察总长宣布他们不打算执行该法律因为无法理解它,部门代表没有承认他的证词中的矛盾之处,他对委员会说,政府并无意执行该法律,其目的在于向公众传达一个信号,即政府是认真反对抽烟的。

另一个拒绝尊重宪法的例子是,当前贸易与工业部部长阿莱克·厄文(Alec Irwin)被告知有些高级资政认为他的《酒精法案》违宪时,他说他意识到了该问题,但无论如何还是要继续下去,也不担心会在宪法挑战中失败。结果他确实失败了。

南非政府常常在明知一项措施合宪性可疑的情况下,仍推行之,这样的例子不少。如前总统尼尔森·曼德拉曾拒绝签署三个法案,因为作为一名前律师,他怀疑它们的合宪性,尽管这些法案经过了几个月的筹备,几十场公开听证会和呈递,无数次起草,漫长的议会听证、通读和辩论,得到了所有政党和两院的通过,且公众对其充满热情。宪法法院同意曼德拉的意见,并判决称他所质疑的方面确实违宪。

还有许多其他的例子证明许多“法律”根本就不是法律。不幸的是,这些垂死的法律并非无害,它们给无良警察、官员和竞争者提供了机会,以对其加以执行的方式去加害对手,榨取贿赂。大多数国家对反卖淫法的执行非常随机,这表明这不过是腐败的幌子,只有在保护费和服务没有提前支付的时候,才会遭到制裁。

南非的反烟草法的一个可预期的效果就是,对它的遵守只能是断续的,而且到

① 最为全面的例子,尽管是由法学家编纂的,却是幽默性大过学术性,如 Harold Faber, *The Book of Laws*, Sphere, London, 1979; Sheryl Lindsell Roberts, *Funny Laws & Other Zany Stuff*, Sterling, 1999; Paul Dickson (a) *The Official Rules*, Addison Wesley, 1990, (b) *New Official Rules: Maxims for Muddling through to the Twenty First Century*, Portland, 1989, (c) *The Official Rules for Lawyers, Politicians and Everyone They Torment*, Walker & Co, 1996; Kathi Linz, *Chickens May Not Cross the Road: and Other Crazy But True Laws*, Houghton Mifflin, 2002; Dick Hyman, *The Trenton Pickle Ordinance and Other Bonehead Legislation*, Penguin, 1984. 在 20 世纪 70 年代,本文作者编纂了一个清单,是关于南非的愚蠢可笑的立法,发表在《星期天时报》(南非)上。

② 1977 年政府通知 413 号。

③ 这是南非的一个推动良法原则的非政府组织。

④ 1991 年 103 号法案《某些民事案件中简易程序法庭和调解法案》。