

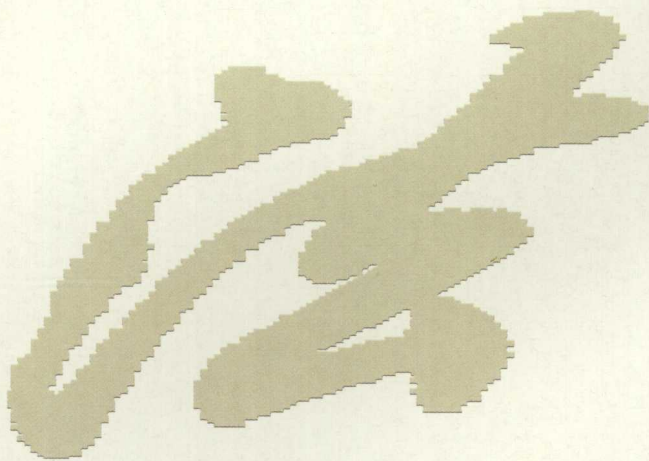
● 法 学 译 丛 ●

徐显明 / 主编

法律的限制

——法治、权利的供给与需求

〔美〕尼尔·K·考默萨 著



商務印書館

THE COMMERCIAL PRESS

法 学 译 丛

法 律 的 限 度

——法治、权利的供给与需求

[美] 尼尔·K.考默萨 著

申卫星 王 琦 译

商 务 印 书 馆

2007年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法律的限度:法治、权利的供给与需求/[美]考默萨著;申卫星,王琦译.—北京:商务印书馆,2007

(法学译丛)

ISBN 7-100-05229-7

I. 法… II. ①考… ②申… ③王… III. 法治-研究 IV. D902

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第111122号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

法 学 译 丛

法 律 的 限 度

——法治、权利的供给与需求

[美] 尼尔·K.考默萨 著

申卫星 王 琦 译

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北 京 民 族 印 刷 厂 印 刷

ISBN 7-100-05229-7 /D·405

2007年4月第1版

开本 787×960 1/16

2007年4月北京第1次印刷

印张 15¼

印数 5 000 册

定价: 22.00 元

《法学译丛》编委会

主编 徐显明

编委(按姓氏笔画排列)

方流芳	王利明	孙宪忠	米 健	许传玺
许章润	吴志攀	宋英辉	张千帆	张文显
张明楷	郑永流	姜明安	袁曙宏	黄 进

《法学译丛》出版理念

戊戌变法以来,中国的法治化进程伴随着频繁的政治更迭和意识形态之争,终于走完了命运多舛的百年。21世纪的中国把依法治国,建设社会主义法治国家作为根本的治国方略,对于法学界来说,历史已经进入了前所未有的大好时期。然而利益价值多元且求和谐的世界中,中国法治社会的建设能否立足于本土资源而又有效地回应域外的种种经验与教训?这是法律学人以全球为视界所首先要思考的问题。

一方面,世界上从来没有一种整齐划一的法治模式,各国地域性知识和经验的差异性构成了法学资源的多样性。中华民族具有悠久的历史 and 丰厚的人文资源,因此,我们有充足的理由首先立足于中华民族的生活世界,既要对中国传统怀着真切的关怀,又要对中国的现实和未来满怀真诚的信任,既要有人乎其内的悲天怜命,又要有出乎其外的超然冷静,让思想听命于存在的声音而为存在寻求智慧,以将存在的真理形成语言,“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平。”

但是另一方面,世界各国法治的多样性是以某种一致性的共识为文化表现的,否则就失去了学术交往的意义。由于初始条件的不同,人类自身智识的局限性和客观环境的复杂性等因素决定了法治进程必然是一个长期的、不断试错的过程。西方国家的法治经历了漫长的演化过程,在此期间,许多制度理念和制度模式经历的试错和检验,能够保留下来的法学思想资源具有可资借鉴的合理性和科学性。他们所经历的种种曲折,可以作为我们的前车之鉴。同时全球化的步伐日益加快,整个世界已经到了几乎是牵一发而动全身的境地,任何国家,任何民族,再也不能固执于自身的理念,盲目地摸索前行。我们确信,只有用人类创造的全部有益知识财富来丰富我们的头脑,才能够建造成

2 法律的限制

代化的社会主义法治社会。因此法学基础理论的译介和传播,对于转型期的中国法治建设具有基础性的理论价值。

商务印书馆素有重视法学译介、传播人文精神的传统。据不完全统计,民国时期,商务印书馆印行了全国60%左右的法律译作和著作,汇聚了150多位杰出的法律专家的优秀成果,留洋法学博士和法学教授的成名之作以及法律名著译介几乎都出自商务印书馆。这些译作和著作至今仍然有强大的学术生命力,许多作品仍然为学术界频繁引用。可以说,在半个世纪以前,商务印书馆一直是中国了解西方法学思想的窗口,是中国法学思想和现代人文精神的摇篮和重要的基地。

改革开放以后,商务印书馆秉承引进新知,开启民智的传统,翻译出版了许多经过时间检验,具有定评的西方经典法学著作,得到了学术界的好评。然而也留下了一些遗憾。许多思想活力并不亚于经典著作,对法治建设的影响甚至超过了经典著作的作品,因为不具有经典性而没有译介。故此,我们组织翻译这套《法学译丛》,希望将那些具有极大的思想影响力和活力的著作译介过来,以期为促进中国法学基础理论建设略尽微力。

曹丕云:“盖文章,经国之大业,不朽之盛事。年寿有时而尽,荣乐止乎其身,二者必至之常期,未若文章之无穷。是以,古之作者,寄身于翰墨,见意于篇籍,不假良史之名,不托飞驰之势,而声名自传于后。”尽管这套丛书不以“名著”命名,但是在选题和组织评介方面,我们一定会以对待名著的态度和标准而虔诚持之。学术成于新知,学理臻于共识,文化存于比较,哲思在于超越。中国法学正在鉴人知己中渐达成熟,组织好本译丛的工作,当是法学界共举之事。

徐显明

2004年12月

**仅以本书献给罗斯、
伊夫和贾斯汀**

序

写作真是一位不错的老师。本书的写作初衷，在于将我的第一本关于制度选择的书——《不完美的选择》^①中所构建的分析框架应用于财产法和产权的研究。不过很快这本书的写作就朝几个方向发展了，我的思路也随之发散开来。首先，分析框架的应用领域在不断拓展。很明显，财产法和产权的一些基本理论也适用于一般的法律和权利。反过来，这也诱使我将目光投向法治和宪政这样富有魅力的话题。因而，在保持了对财产法的兴趣的同时，本书也成为一部关于一般性法律的过程和全球范围内的法律与权利的论著。

其次，法律与权利自身出现了许多变化，我对法律与权利的认识也在深入。我完全没有料到，在我写作这本书的时候，法律与权利已经呈现出不同于我写作第一部书时的状态，尤其是它们在不断地循环与转换。当诸如人数和复杂性等系统变量不断增长时，基本的司法策略之间的循环交替变得更加频繁，如个体诉讼与集团诉讼之间的交替、规则与标准之间的转换，还有可能在一个较长时期内向法院完全放弃社会决策时的“缺位”规则不断靠拢。

再次，分析框架在不断地深化和变化。我不得不就我的第一部书中所构建的理论分析框架进行重新思考和重新构建。尤其是，我需要探求诸如人数和复杂性等系统因素的变化对于制度选择和制度比较的意义和影响。在《不完美的选择》一书中，我提出了制度间的“趋同”现象，但并没有解释原因何在。现在诸如人数和复杂性等系统因素已经很容易理解，处于普遍联系之中的各

^① 考默萨(1994)。

2 法律的限度

种变量,也揭示出为何会出现制度趋同的现象,并且有力地揭示了一个常见的谬误:在一种情境下进行批判,而在另一种语境种则进行改革。本书对人数和复杂性的关注深化了比较性的制度分析,并且赋予了相似的制度选择以新的意义。另外,在写作本书的过程中,我逐渐认识到把社区作为一个可供选择的制度来进行研究的重要性,也看到了社区及其非正式规范与我早已熟知的其他制度之间的联系。

最后,在我第一部书中提出的“参与中心型”进路的作用,在本书中显得尤为重要。在《不完美的选择》一书中,我倾向于一般性的制度比较分析,而没有重视我所运用的特殊策略。但随着本书写作的进行,我开始逐渐意识到“参与”不仅仅对理解各种制度有着重要的意义,而且对于社会目标和价值的理解也十分关键。许多重要目标的选择都取决于基本的参与理念,因此,“参与中心型”进路提供了一条途径,它可以超然于貌似迥异的诸如社会资源分配效率和公平的各种目标之上,把目标选择和制度选择结合起来。

我在写作中的成长和收获得益于许多人热情的帮助,我的朋友和同事们阅读了本书的草稿,有的甚至一连读过几个版本的修订稿。我要特别感谢威兹·贝恩、吉尔·费什、亚什·盖、大卫·戈德博格、迈克尔·海瑟、凯瑟琳·亨德勒、简·拉森、维多利亚·诺思、保罗·奥泽卡、汤姆·帕勒、勃·桑特斯、大卫·施瓦茨、格雷格·撒佛,以及比尔·惠特福特,感谢他们对本书提出了宝贵的意见和建议。我更要特别感谢我的朋友米盖尔·皮埃尔斯·马德罗,他同我一样,都是比较制度分析学的追随者,他曾无数次地阅读本书的草稿并热情地提出他富有建设性的评论意见,他的见地使我受益匪浅。能拥有他这样的朋友和战友,我感到十分幸运。

还有大卫·诺特库特、埃德·帕登和雅克·布拉瓦特几位朋友出色的研究也给了我莫大的帮助,我还有幸得到了特莉撒·多芬缇的协助,她工作起来不知疲倦,看着我的稿子从一堆乱七八糟的草纸和嘟嘟囔囔的言语化为标准流畅的文字。我还要感谢剑桥大学出版社的编辑朋友们,特别要提到斯科特·帕里斯和劳拉·拉里二位为本书所作的贡献。我还想对夸利和布拉迪表示感谢,还有法学院的各种资助让我节省了大量的时间并得以顺利完成本书。我还要特

别感谢阿伦·费臣的协助和支持。更多地,我要感谢我的妻子,谢莉·萨佛,感谢她带给我的智慧、爱和欢笑。

中文版序

尼尔·考默萨

我主要是从执教美国法的经验中构建比较性制度分析理论的。多年来，这一理论从欧洲、南美洲到澳洲，走过了舒适的旅程。在本书中，它面临着最长的旅程。面对这段旅程，每当我凝神静思之时，既感到无上的荣幸，又有些惶恐。面对一个与其母国如此迥异的文化和法律体系，它会有怎样的遭遇？这本书的读者是判官。我有理由期盼。所有的法律都是“参与”的力量在总是不完美的各个决策过程中运行的产物。司法裁判过程、政治过程和市场，在不同的国家可能会很不一样，但是它们实际的决策能力却总是那些能够被听到的声音和实际上被代表的利益的函数。

在一个所有文化相互碰撞的日益复杂和相互影响的世界里，很少再有简单的答案，愈发需要依赖大规模的、复杂的决策制度。这些制度如何运行，我们如何从中进行选择，将决定法律和法律策略的命运——以及更为广义上的国家的命运。

法院、宪法和法治的作用，取决于在日益增长的人数和复杂性所带来的压力之下，这些制度力量的机能。我希望我分析这些力量的尝试能够帮助其他人更好地理解法律的实然与应然。如果这个愿望实现了，那么这在很大程度上应该归功于清华大学法学院的申卫星教授和王琦女士为本书的中译本所做的努力，他们的热情使得这本书在中国出版成为可能。我对他们表示深深的谢意。

目 录

第一部分 基础理论架构

1 供给与需求	2
2 权利的谱系	10
I. 从新区流动人口案看普通法和制度选择	11
A. 市场 v. 法院	11
B. 政治过程 v. 法院	16
C. 权利谱系的形成——制度比较的需要	18
II. 一些普遍性的经验	22
III. 社区、市场、参与及方法论	26
IV. 结论	33
3 供给——法律与权利的小引擎	36
I. 司法裁判的过程	36
II. 人数、复杂性和诉讼程式的推进	42
III. 人数、复杂性与集团诉讼	46
IV. 结论	52

第二部分 土地使用及权利

4 规划及人们对它的不满——政治失灵与权利需求	56
I. 规制不足与规制过度之间的冲突性看法	57
II. 政治的“两股力量”范式：对少数人和多数人的担忧	62
III. 司法的回应	72

2	法律的限度	
	IV. 结论	89
5	合理补偿——司法定价的问题	91
	I. 卢卡斯案的局限	92
	II. 两份建议书	97
	III. 需求方面:合理补偿与政治失灵	98
	IV. 供给方面:司法制度与合理补偿	103
	V. 诺兰案与度兰案的奇异世界	111
	VI. 结论	116
6	高度利害关系的玩家与看不见的市场	118
	I. “多数人的偏见”和劣币驱逐良币的终结	119
	II. 应对“多数人的偏见”	121
	III. 结论	127

第三部分 法律的规则

7	有关财产的理论——从科斯到社群主义	130
	I. 财产的演进与功能:关于产权的经济学理论	131
	II. 对社区的考察	141
	III. 社区和道德规范遇到人数和复杂性	151
	IV. 结论	161
8	人数、复杂性及法治	164
	I. 移转与循环:获得稳定而确定的法律的可能性在降低	165
	II. 面对供给方:法院的形象与现实	174
	III. 面对需求方面:社群主义 v. 法治	179
	IV. 结论	183
9	变革	185
	I. 改变法学分析	185
	II. 改变法学教育和法学讲座	188
	III. 改变经济学	192

IV. 世界范围的法律	194
V. 法律的未来	196
VI. 突破这个循环	198
参考书目	202
索引	210
译后记	219

第一部分 基础理论架构

1 供给与需求

法律的本质不在于空洞的原理或者抽象的价值。法律是什么、能够是什么,以及应该是什么,取决于制定、解释和实施法律的过程的特性。这些过程之间的互动决定了法律的供给与需求。美国的律师和法学家在使用“law”这个词的时候,通常指的是“法院创制”的法律。这里法律是一个过程的结果——司法裁判过程——这个过程充满了局限和交替换位:精细而复杂的司法程序增加了诉讼参与的成本,降低了信息的可获取性;这个制度自身的资源十分有限,上诉制度也是制约其发展的瓶颈。为法律——至少是美国意义上的法律——界定一个角色,意味着需要对这种司法裁判过程的角色进行界定,就必须清楚地认识到它自身的局限性。此即所谓的法律的“供给”方面。

然而,司法资源的妥当分配意味着,不仅要考虑供给,还要考虑需求,即仅仅把目光锁定在法院上是不够的。当其他可供选择的决策者,诸如政治过程、市场和非正式团体的运转最为艰难的时候,法院被认为是最必要的。如果我们仅仅关注于供给的问题,由此而过分依赖法院的特性,则我们往往要无谓地浪费司法资源;而如果仅仅关注需求,因而仅仅关注其他决策者的缺点,我们往往会过于依赖司法制度,为法律和法院设置一些远远超出其自身能力的目标。为了理解法律的应然和实然问题,我们必须同时考虑供给与需求两个方面,必须明确法院为权利提供司法保护的能力及社会对这种司法保护的需求程度,这意味着要对各种决策者,如法院、市场、社区和政治过程等有了解并做出选择。

本书所要关注的重点,集中于“法院造法”和“法定权利”的问题。但对法院和权利的关注绝不仅限于美国的范围。法律和权利在西方民主国家以不同的形式得以发展。事实上,关于法律和权利观念的影响力已经远远超出了美

国和西方民主国家的国界,在贴上了诸如“法治”和“宪政”之类的标签后“出口”到世界各地。许多人相信,强有力的司法存在和合法权利观念将会有效地保护财产和私人权利,进而能繁荣经济、发展民主。^①

但正如本书所要说明的,通过供需机制发挥作用的系统因素注定要挫败法院、权利和法律所肩负的使命,没有哪个地方会出现例外。这些因素在作为对法律和权利的需求的形成力量的同时,又注定了会导致法律和权利功能的萎缩;在不断增加对法律和权利的需求的同时,又削减了对它们的供应。这些因素的力量之强大,要求我们重新审视法律和权利的功能,以及法院所扮演的相应的角色。法律、权利和法院的确是在扮演着重要的角色,但是要想对此做出一个清晰的界定却绝非易事。

把供给和需求结合起来考虑,用以分析法律、权利和法院的功能,意味着必须正视和应对各个制度行为的现实状况。在受决策影响的人数比较少、决策事项的复杂性比较低的时候,所有的机构,包括法院、政治途径、市场和非正式团体都会发挥良好的作用。此时,从市民团体到非正式团体到小型政体再到法治的各种理想模式都被构思出来了。但一旦出现人数增加、决策本身趋于复杂化的时候,这些理想模式就难以有用武之地了。而且,现实世界中人数和复杂性的增加会一直继续下去,通向理想模式的路很长,而且是一条不断延长的路。

本书所描绘的法律和权利的图景不同于先前。随着社会对法律和权利的需求不断增长和供应能力的不断降低,人数和复杂性的增长对法院提出了过多要求。法律和权利处于不断的变换和移转之中。基本的司法策略之间的循环往复在加剧,如个人诉讼和集团诉讼之间,规则和标准之间的交替。法院让位于其他决策制度,退出全部社会事务的决策将是一个长期的趋势。在规范的意义,目标与实现方式之间将可能有令人意外的结合——私有财产可能会通过政治途径来获得最佳保护,而社群主义价值则可能通过分散而自由的市场竞争机制和退出机制来实现。

^① Ackerman (1997); Franck (1992); Sunstein (1993).