

憲

政

论

丛

Contractual Methodology

以公法哲学为背景的思考

[illegible]

于立深 著

北京大學出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



宪
政
论
丛

契约方法论

——以公法哲学为背景的思考

于立深 著

Contractual Methodology

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



图书在版编目(CIP)数据

契约方法论:以公法哲学为背景的思考/于立深著. —北京:北京大学出版社,2007.6

(宪政论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 12410 - 9

I. 契… II. 于… III. ① 契约法 - 研究 ② 公法 - 研究
IV. D913.04 D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 083357 号

书 名: 契约方法论——以公法哲学为背景的思考

著作责任者: 于立深 著

责任编辑: 李 晨 郭瑞洁

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12410 - 9/D · 1794

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 18.5 印张 310 千字

2007 年 6 月第 1 版 2007 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

总 序

上世纪 90 年代末至本世纪初,我和罗豪才教授曾与北京大学出版社合作,主编过一套《现代行政法论著系列》。该《系列》共出了二十多部专著,这些专著都是有关现代行政法前沿问题的研究成果,一本本都透着新时代公法的气息。这套论著的作者大多是刚刚步入而立之年的年轻博士,其所著大多是他们在自己的博士论文基础上所进行的再创作。这套书虽然不能说每本都是精品,但其中确实不乏精品。

现在,我们又一次与北大出版社合作,出版一套新的公法论著系列《宪政论丛》。《宪政论丛》与《现代行政法论著系列》是公法论著系列的姊妹篇,主要出版中青年学者研究宪法和宪政前沿问题的最新成果。

宪法与行政法是公法的两大支柱。行政法是规范行政权运作,调整行政主体与行政相对人关系的法律部门;宪法则是规范整个国家权力的运作,调整国家与人民的关系的法律部门。行政法是构建法治的基本法律部门;宪法则是构建宪政的基本法律部门。法治是宪政的构成要素之一,但不是唯一要素,宪政的构成要素除了法治以外,还包括民主、人权、对公权力的控制、对私有财产权的保护、司法独立与分权制约等。毫无疑义,宪政离不开法治。没有法治,宪政不可能实施。但同样毫无疑义,法治也离不开宪政。因为宪政是法治的灵魂,是法治的保障。没有宪政,不可能有真正的法治。

“文革”结束后,我们就开始探索建设法治,也开始探索建设宪政。但直到“孙志刚案”、“齐玉苓案”、“身高歧视案”、“乙肝歧视案”、“种子案”、“夫妻看黄碟案”等一系列宪法或宪法性案件发生和我国宪法正式确立“依法治国”、“国家尊重和保障人权”、“公民合法的私有财产不受侵犯”等原则以前,我们一直没有过分地看重宪政,没有真正重视宪政建设。“文革”的切肤之痛,使我们开始对法治(而不是宪政)有了比较深切的认识,故从 20 世纪 70 年代末和 80 年代前期开始制定《刑法》、《刑事诉讼法》、《民法通则》、《民事诉讼法(试行)》等法律,并提出了“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的法治口号。然而,70 年代末和 80 年代前期推出的法治还并不是完全意义或真正意义的法治,因为它很少或较少有宪政的指导,很少或较少贯穿宪政的精神。直至 20 世纪 90 年代,我们的经济体制开始根本性的转

变:市场经济体制开始逐步取代计划经济体制。此种转变才促使和逼迫我们较多地思考一些宪政问题:对于政府的权力,即使是人民政府的权力,是不是也要进行适当的限制和控制?政府的权力,即使是人民政府的权力,如果不加限制和控制,是不是也会侵犯人民(包括工人、农民,也包括企业主、个体劳动者等)的权益?是不是也会成为市场的障碍和经济发展的阻力?人民政府如果侵犯人民的权益,人民可不可以向法院告人民政府,要求人民政府赔偿?作为这种思考的结果,20世纪90年代我们出台了很多重要的法律,如确立“民告官”制度的《行政诉讼法》和《行政复议法》,确立国家向人民承担赔偿责任的《国家赔偿法》,确立政府行为应遵守正当法律程序规则的《行政处罚法》,确立公务员行为规则和公务员制度的《国家公务员暂行条例》,确立对整个政府机关及其工作人员法制监督制度的《行政监察法》,等等。由此可见,20世纪90年代的中国法治显然已经贯穿了若干宪政精神了,是已经有相当法治味的法治了。但是,尽管如此,20世纪90年代的中国法治还不能称为完全的和完善的法治,因为直至上世纪末,中国的宪政还很不健全,我们的国人,即使是法律学人,甚至是宪法学人,对宪政尚未予以足够的重视,尚很少有人以推动经济体制改革、推动市场经济建设的激情和干劲去推动中国的宪政建设。法律学人、宪法学人中也较少有人以研究法制、法治和宪法文本、宪法具体制度的劲头去研究宪政。

从20世纪末到本世纪初,情况开始逐步改观。首先是一系列宪法或宪法性案件陆续发生,如“田永案”、“刘燕文案”、“孙志刚案”、“齐玉苓案”、“身高歧视案”、“乙肝歧视案”、“种子案”、“夫妻看黄碟案”,等等;其次是1999年和2004年两次修宪:1999年修宪确立了宪政的一项基本原则,即“依法治国,建设法治国家”,并为培育宪政环境确立了一项基本经济制度,即确认“非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分”;2004年修宪确立了宪政的另两项基本原则,即“国家尊重和保障人权”、“公民合法的私有财产不受侵犯”,并为培育宪政环境确立了另外两项基本的经济制度,即财产征收、征用补偿制度和社会保障制度。正是这些宪法或宪法性案件以及由此推动产生的这些宪法修正案,促使国人,特别是法律学人、宪法学人,更深入地思考中国的宪政问题:中国的宪政之路应如何走,是头痛医头,脚痛医脚,出现一个问题解决一个问题,搞一个宪法修正案,还是应全盘考虑,整体设计?中国的宪政应包括哪些内容,哪些要素,是全面移植西方的制度,还是全面创新,或者是有借鉴有创新,且借鉴、创新之选择完全取决于“制度的作用”(能否为人民带来福祉),而不是取决于“制度的颜色”(是否

符合某种意识形态)?中国宪政的主体和宪政的设计师应由谁担当,是中共中央、全国人大、国务院,还是法学专家、宪法学专家,或者是全国人民?总之,中国人在新世纪开始思考一系列宪政问题了,而不是停留在对法制、法治、经济体制改革、市场经济等问题的思考,法制、法治、经济体制改革、市场经济等问题是20世纪后期涉及中国前途、命运的问题,而宪政问题则是21世纪涉及中国前途、命运的问题。

我们组织编辑、出版这套《宪政论丛》,其目的就是要汇集、归纳、梳理国人对宪政问题的思考,推动国人对中国宪政之路的探索,促进中国宪政制度的建设。这套《论丛》的内容主要包括五个方面:

其一,对宪政理论的宏观研究。主要探讨宪政的基本概念,宪政的构成要素、宪政产生、发展的条件、环境,宪政形成、发展的一般阶段,宪政的功能、作用,宪政与政治、经济、文化的关系,世界各国宪政的不同模式、各种不同模式宪政的特征,以及世界各国研究宪政的不同学派、学说,等等。

其二,对中国宪政道路和宪政制度的宏观研究。主要探讨中国宪政的特色,如共产党的领导,人民代表大会制度,人民通过多种途径、多种形式参与国家和社会管理,多党合作,政治协商制度,遵循中央统一领导与充分发挥地方主动性、积极性原则的中央与地方关系,民族平等、民族区域自治和国家特别保障少数民族权益的民族政策,社会主义市场经济,依法治国与依法行政,国家尊重和保护人权,坚持社会主义公有制和保护私有财产,等等。

其三,对中国宪法和行政法具体制度的中观、微观研究。此包括研究现行立法制度、选举制度、监督制度、司法制度、国家机关的设置及相互分工与制约、政务公开、社会团体、行业协会的发展与国家权力向社会转移,以及一国两制、特别行政区和国家结构形式等宪法或宪法性的中观、微观问题。在行政法方面,则包括有关行政主体制度、公务员制度、行政许可制度、行政征收征用制度、行政给付制度、行政强制制度、行政裁决制度、行政处罚制度、行政复议和行政诉讼制度等与国家宪政密切相关的各种中观、微观制度问题。

其四,对实际宪法和宪法性案例的研究。包括研究已作为“过去时”的历史性典型案例,介绍这些案例发生的历史背景,探讨其所创立的重要宪政原理、原则,揭示其对于宪政发展的重大历史意义和对于我们今天宪政发展的现实意义。当然,也包括研究作为“现在时”和“将来时”的今天正在发生以及明天将要发生的各种有宪政意义的典型案例。之所以包括“将来时”,是因为我们的《论丛》刚刚开始,它无疑还要继续到明天、后天。《论丛》对

作为“现在时”和“将来时”的宪法与宪法性案例的探讨,将着重揭示我国宪政发展过程中的困难、问题,产生困难和问题的原因,克服困难、解决问题的对策,以探寻中国走上宪政道路的适当路径。

其五,介绍西方宪政先行国家宪政发展的经验、教训。本《论丛》也将有选择地介绍西方宪政先行发展国家的宪法和宪政制度,包括传统的控权分权制度、代议制度、政党制度、人权保障制度、言论自由制度、结社集会游行制度、司法审查制度等。同时,《论丛》对西方国家宪政制度的介绍自然也包括现代宪政制度,如信息公开制度、正当法律程序制度、参与式民主制度、非政府组织制度、督察专员制度、放松规制制度、公法契约制度、行政指导制度,等等。本《论丛》在介绍西方宪政先行国家的这些传统的和现代的宪政制度时,将对这些制度进行必要的分析,探究其利弊得失,总结其经验教训。而且,《论丛》还要对相应制度的政治、经济、文化及民族历史传统等背景进行适度地考察,以区分这些制度的普适因素和特定的乡土因素,以为我国借鉴或移植这些制度时提供若干辨识和选择的参考材料。

总之,这套《论丛》是一套主要以中国宪法、宪法性法律和宪政制度为素材,同时参考国外、境外的宪法、宪法性法律和宪政制度的相应材料,研究宪政的一般理论和实践,为中国宪政建设提供理论指导的学术丛书。我国学界对宪政研究起步较晚,目前研究成果很少,有分量、有深度的研究成果更少,但愿我们这套《论丛》能推动我国宪政研究向前发展一步,为改变我国宪政研究的落后面貌有所贡献。

是为序。

姜明安

于北京八里庄公寓

2005年8月5日

自序

本书是我主持的司法部“法治建设与法学理论研究”部级科研项目《契约方法论——以公法哲学为背景的思考》(05SFB3001)的成果之一,全书由两部分组成,第一部分是我的博士学位论文,原论文题目是《公法哲学意义上的契约论》,出版时作了简单而必要的修改。第二部分是我2000年以来已经发表和未发表的学术论文、译文和小品文,它们都与契约或者公法基础理论有关,记录着我对契约方法论和公法哲学基础问题的点滴体会和见解,我之所以想把它们集结发表,是因为契约精神和方法常常体现在看似平常的公共生活之中,只能用身心慢慢地去感触,这些不太规范的文章也许能感染读者和决策者。

1998年以来,我的学术兴趣集中表现为两个领域:(1)行政立法与管制;(2)公法哲学和契约哲学。在独自思考公法哲学和契约哲学基本问题的过程中,我作为主要参加人协助导师崔卓兰教授完成了两项国家社会科学基金项目,分别是《行政规章研究》和《地方立法实证研究》,虽然立法研究更强调实证性和技术性,但是我从中也发现了立法与契约的关联。我对美国的州际契约(interstates compact)和中国“泛珠三角区域合作”出现的新的立法形式——“省际协议”具有浓厚的兴趣和乐趣,因为它们从一个侧面证明了契约精神、契约原则和契约方法在公共生活领域里是生生不息的。至于中国法秩序中的“盟”与“约”以及那些被美国学者宋格文,被日本学者滋贺秀三、寺田浩明所开掘的“乡规民约”,更确切地表明“约”的文化和制度安排原本就是中国的一种本土资源和“草根民主”的基础。

窃以为,公共领域的基本问题是如何解释个体与共同体的关系,如何在制度上安排和解决个体与共同体的利益冲突问题,这里面有三个基本概念:个体的主体性、共同体的合法性以及个体和共同体各自的效率性。个体与共同体的关系基本上存在三种状态:无政府主义、强制和契约化。实际上,中国的很多公共问题都游离于强制和无政府主义之间,前者如专政、帝制和通过行政命令和强制表现出来的计划国家,后者如军阀混战和公共组织的“散沙化”(“上有政策,下有对策”,是最好的描述)。

人权、公权和契约是公法哲学的基本范畴。契约范畴是西方公共领域

里最基本、最核心的社会关系范畴。契约首先是一种普遍的社会生活现象,而不仅仅是经济现象。经济契约与社会契约并非次第出现,经济契约对社会契约的影响是很微妙的。契约是整个文明的产物,而不仅仅是商业和工业的结果。霍布斯契约方法论的出现改变了人类公共生活的制度建构和思维模式,也奠定了近现代以来的公法哲学、公共哲学、政治哲学的主题。在全球化的今天,契约论的知识结构和方法论特色将深刻影响及至重新塑造中国公法哲学的理论结构和制度模式。

当命令和强制不能解决人际交往关系的一片散沙状态时,为什么我们不给契约一个机会呢?只有理解契约这个范式和隐喻,才能理解人类社会及其交往关系,才可能在共同体的共存与个体人格的完整性之间、强制与自由之间、公平与效率之间、和谐社会的治理目标和手段之间找到阿基米德式的支点。

在社会变迁中,契约方法论担负着重要功能。从霍布斯到高夫,再到罗尔斯和埃拉查……契约论者一直思考着人类的基本问题,基本问题可能不是宏大问题,甚至不是重要问题,但是是根本问题。

“光阴的眼中你我只是一段插曲”,学者的内心平安来源于自己的思索。契约论是一首绵绵不断的经典老歌,历久弥香。

是为序。

于立深

2007年4月5日

青青象牙塔

CONTENTS 目 录

导论	1
一、公法哲学理论基础素描	1
(一) 政治哲学	2
(二) 公共哲学	4
(三) 社会契约论	4
(四) 同意论	5
二、公法哲学体系从契约范畴开始	7
(一) 公法哲学范畴的划分路径	7
(二) 人权、公权、契约及其相互关系	10
三、本书的写作目的	14
(一) 契约知识梳理	14
(二) 契约观点澄清	14
(三) 契约哲学与制度的建构	15
四、本书的主要内容	16

第一章 作为公法哲学基石范畴的契约	19
一、“契约”的语义	19
(一) 契约词汇图谱	19
(二) 三个重要词汇	21
二、交往关系中的契约内涵	24
(一) 法律上的契约与生活上的契约	24
(二) 麦克尼尔的契约规范	25

CONTENTS 目 录

(三) 塞尔茨尼克和柯林斯的契约定义	27
三、政治交换中的契约	29
四、中国法秩序中的盟与约	31
(一) 盟	31
(二) 约	33
五、契约范畴向契约方法的转化	37
 第二章 契约论的历史脉络和主题	39
一、以正义为核心的早期契约论	39
二、以权力合法性为核心的统治契约论	41
三、以人造国家为核心的社会契约论	45
(一) 由统治契约向社会契约过渡	45
(二) 社会契约的发展	46
(三) 古典契约论	49
四、以个人理性选择为核心的新契约论	50
五、反契约论	53
(一) 父权主义(Patriarchalism)	53
(二) 休谟主义者的反契约主义和功利主义	54
(三) 黑格尔和社群主义者	
(the communitarians)	56
(四) 女权主义者	57
六、一场哥白尼式的思想革命	57

CONTENTS 目 录

第三章 契约论的基础和类型化	62
一、契约论演化路径的中国误读?	62
(一) 误读的源头	62
(二) 民法学家的见解	63
(三) 法理学家的见解	65
(四) 争鸣与结论	66
二、契约论基础的多样性	69
(一) 政治人类学视角的契约故事	69
(二) 契约论的宗教渊源	72
(三) 公共生活中的日常契约	75
三、当代契约论的类型化研究	77
(一) 契约论类型的多样性	77
(二) 契约论的基本要素	81
第四章 契约方法论及其功能	83
一、契约论的方法论	83
(一) 逻辑推理方法	83
(二) 逻辑推理设计	86
(三) 经验论证与逻辑论证的区别	90
(四) 方法论个人主义和主观主义	93
二、契约方法论的价值取向	96
(一) 主体性	96
(二) 平等性	102

CONTENTS 目 录

(三) 正义性	107
(四) 互惠性	111
(五) 效率性	115
三、契约论的方法论功能	116
(一) 契约隐喻及其泛化	116
(二) 分析与解释功能	118
(三) 中介与组织功能	121
 第五章 契约理念的制度化	124
一、从契约到制度	124
(一) 契约消失之谜	124
(二) 作为契约钙化的习俗	128
(三) 跨越制度变迁的峡谷	129
二、作为协议客体的宪法	131
(一) 演进的根本法	131
(二) 公共选择的宪法	134
三、作为契约机制的程序	136
(一) 程序的多重视角	136
(二) 法律程序的契约性	137
(三) 程序对权力的中介作用	139
四、公法中的契约表达	141
(一) 契约概念谱系:对话、谈判、 妥协和自治	141

CONTENTS 目 录

(二) 公法契约的制度形态	145
(三) 全球化背景下的公共生活契约化	148
第六章 中国公共制度的契约选择	152
一、社会困境与治理方法选择	153
(一) 从囚徒困境到社会困境	153
(二) 孙中山的“革命者困境”模型	156
(三) 柏杨的“和尚担水困境”模型	158
(四) 无政府主义、强制和契约之间的权衡	160
二、民主制度的契约维度	166
(一) 代理人问题:权利与责任的对称性	166
(二) 决策与立法的公共选择	167
(三) 新联邦主义	169
三、社会变迁与契约治理	172
(一) 从命令到契约	173
(二) 公共产品供给的契约模式	174
(三) 契约治理案例分析	178
结束语 契约论:一项未竟的事业	187
主要参考文献	188

CONTENTS 目 录

附录

中国公法学现代化的方法论进路	194
公共地悲剧没有技术解——怀念哈定教授	201
“炉边谈话”的象征意义	206
契约主义的断代史	213
科罗拉多河契约	220
省际协议：区域协调发展的契约治理模式	225
契约的基础	252

后记

283

导 论

努力求不确定的东西,要去航海,要在舷板上行走。^①

——帕斯卡尔

哲学家冯友兰说:“哲学是人类精神的反思。所谓反思就是人类精神反过来以自己为对象而思之。”^②经过一百多年的反复和努力,中国法哲学研究初见成效,集中表现在两个方面:一是构筑了独立的法学范畴体系和话语结构,使法学从其他学科中分离出来;二是形成了独特的法律思维方式,使法律同其他社会现象区别开来,并形成最具影响力的学术力量以指导社会按照法治的要素重塑利益结构。但是,囿于复杂的社会因素,中国法理学尤其是“宪法法理学”^③对公共权力的合法性和运行机制缺乏整体性的、形而上的反思,公法基础理论欠缺所带来的弊端已经十分明显。公法哲学就是关于权力和人权的哲学。步入新世纪,中国公法领域迫切需要形而上的沉思,中国法学最有价值的范式研究和体系建构也将在公法领域发生,切入点是契约范畴和契约理论。

一、公法哲学理论基础素描

建构公法哲学体系的学术资源十分丰富,其理论基础除了法学知识体系以外,还有政治哲学、道德哲学、公共哲学以及与之牵连并构成基础的社会契约和同意理论。

① [法]帕斯卡尔:《思想录》,何兆武译,商务印书馆1985年版,第149页。

② 冯友兰:《中国哲学史新编》(第一册),人民出版社1982年版,第9页。

③ “宪法法理学”是美国法学家、人权学家L·亨金提出的一个概念。他说:“法学院在教授宪法时就好像宪法无理论,因而,当某些法学院学生了解到实际上存在着宪法理论时,他们往往会大吃一惊,当然,还有人会否认宪法理论的存在。”参见[美]亨金:《权利的时代》,信春鹰、吴玉章、李林译,知识出版社1997年版,第105页;亨金:《宪政·民主·对外事务》,邓正来译,三联书店1997年版,第1—2页。德沃金的著作里也出现了“宪法法理学”字样,参见其《自由的法:对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社2001年版,第396页。

（一）政治哲学

政治哲学是一种批判哲学,是关于制度正义的学说,覆盖的论题包括国家主权、自然法和自然权利理论、契约论、立宪主义和权力分立学说,它研究政府的性质、起源和目的。即“政治哲学的探究题材是政治物(politischen Dinge):政治共同体的奠基、共同体成员的权利和义务、其行为的目的与手段、共同体内部及共同体之间的战争与和平等等”^①。

西方政治哲学和制度有效地平衡了政府权能限制和政府权能发挥之间的紧张关系,其基本中心是一个以私人自然权利普遍性、至上性为轴心的权利哲学体系,包括宪政、民主、人权和法治理论。这些理论源远流长,从古希腊、古罗马、启蒙哲学到现代的政治、经济和法治理论始终贯穿着一条主线:源于自然法或人性的人权理论和契约方法论形成的同意理论,是政治哲学永恒的主题,宪法典、三权分立架构、民主选举制度和人权保障体系都是政治哲学中“主权在民”原则的产物。西方政治哲学内容的丰富性、底蕴的深厚性、时空上的连贯性令人叹为观止,其思维方式已经超越了形而下的桎梏,强调诉诸抽象的价值目标、人性平等理念和实证化的制度来约束权力、保障人权。

中国政治哲学思想渊源由两部分构成:一部分是近代以前的中国政权建设经验及官方的、民间的政治哲学(民本主义和善的统治思想),另一部分是近代以来中国学界和政界对西方民主、共和、宪政和法治观念的吸收与制度转化。但是,迄今为止,我国政治哲学研究还较为落后,一直缺乏对公权力深邃的、形而上的沉思,多为应急性的、对策性的、意识形态性的、碎片化的结论。

例如,我们还没有将政治权力和义务的合法性解释清楚,“以家喻国”是一种非常落后的政治哲学思想,这种观念并没有被深刻地批判过。虽然洛克也认为父母对孩子具有正当的“保护、养育和教育”^②义务,但是,他并没有基于此种自然现象就得出王权支配力是天然性和无限性的结论,而是认为人本自由、天赋平等、主权在民,国家统治权与家父统治权不仅不同而且

^① [德] 迈尔:《隐匿的对话——施密特与施特劳斯》,朱雁冰、王庆华等译,华夏出版社 2002 版,第 111 页。

^② [英] 洛克:《政府论》下篇,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆 1997 年版,第 35 页。