

正大法学文库

大数据时代的中国法治建设

——一种立法视角的分析

熊春泉 聂佳龙○著

中国政法大学出版社

正大法学文库

大数据时代的中国法治建设

——一种立法视角的分析

DASHUJU SHIDAI DE ZHONGGUO FAZHI JIANSHE
YIZHONG LIFA SHIJIAO DE FENXI

熊春泉 聂佳龙○著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

大数据时代的中国法治建设：一种立法视角的分析/熊春泉, 聂佳龙著
北京：中国政法大学出版社, 2017. 8
ISBN 978-7-5620-7663-6

I. ①大… II. ①熊…②聂… III. ①社会主义法制—建设—研究—中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第198988号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱 fadapress@163.com
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 7.625
字 数 198 千字
版 次 2017 年 8 月第 1 版
印 次 2017 年 8 月第 1 次印刷
定 价 36.00 元

正大法学文库编委会

编委会主任：聂 剑

编委会成员：（以姓氏笔画为序）

王满生 刘延林 沈桥林

宗志翔 聂 剑 蒋九愚

熊时升 熊春泉 颜三忠

总 主 编：沈桥林

副 总 主 编：熊时升 熊春泉

总 序

在党的十八届四中全会精神指引下，江西师范大学把加快法学专业发展列入了发展战略规划。2015年10月，学校决定，组建以法学专业为主体的新政法学院。此前，政法学院也通过了一项卓越法律人才基地建设经费资助科研计划。恰逢此时，中国政法大学出版社又向我们伸出了热情的双手，愿意对我们倾力相助。缘此种种天时地利人和，新政法学院决定，利用江西省普通高校卓越法律人才培养基地建设经费，组织出版正大法学文库，尝试以此进一步激活教师们的学术细胞和科研情愫，提高科研热情，营造学术氛围。同时，也可以集中展示法学专业教师的最新研究成果，助力学科建设。

之所以定名“正大法学文库”，既取江西师范大学前身中正大学之简称，又采法律“大公至正”之精神，可谓前承历史，彰显法意。

江西师范大学源于1940年创办的国立中正大学。那时的法学专业在国内声名远播、群英荟萃。新中国成立后，学校更名为南昌大学。20世纪50年代院系调整，法学专业整建制调出。学校也只剩下师范部，遂更名为江西师范学院。此后，又几经周折，几经迁址。

现在的法学专业，始于1993年的经济法专科，1996年开始招收本科生。2003年，获批“宪法学与行政法学”硕士点。2004年6月，法学专业遴选为江西省品牌专业。2007年，获批法律硕士专业学位授权。2013年，获批江西省普通高校卓越法律人才教育培

养基地。这一时期，学院也从政教系发展到政法系、政法学院，再到新政法学院。

对法学专业而言，过去那段历史虽已尘封，现在的法学专业办学和师资与那时的法学专业也几乎没有承继关系，但那毕竟是我们的真实历史，不妨存入我们的记忆，化作我们的憧憬。

过去的辉煌给我们以信心！前辈的成就激励我们去追随！今天的我们任重而道远！我们必须坚定地走在由理想与现实共同铺就的发展之路上，头顶蓝天，脚踩大地，牵引专业奔向未来！

出版正大法学文库在我们法学专业办学史上是第一次，但肯定不会是最后一次。

对于文库，我们秉持开放态度。第一批选题，绝大部分来自现在学院的青年教师博士论文。我们的想法是，在已有经费渠道和资助标准基础上，先做起来。日后逐渐扩大资源渠道，开拓研究选题，坚持持久连续。待具备一定影响之后，再考虑面向校内外专家学者征集选题，把文库做成我们的品牌，期盼赢得学界的赞许！

愿正大法学文库未来辉煌！愿我们的法学专业越办越好！

聂剑

2016年7月6日于瑶湖之畔

目录 | contents

导 言：大数据与法治的联姻	1
第一章 反思中国的立法	13
引 言	13
第一节 中国立法概览（1949 年~2017 年）	15
第二节 中国法治建设的困惑：“制定了大量法律 却无法形成相应秩序”	24
第二章 守法范式的言说	38
引 言	38
第一节 守法的重新认识	40
第二节 守法范式的叙事与隐喻	54
第三章 服从守法规律的善治	71
引 言	71
第一节 协商：调和国家与社会确定的法律价格 之间张力的方式	72
第二节 服从守法规律的善治：最好的社会治理方式	79
第三节 善治的实现：法律供给“市场化”	90

第四章 大数据助力法律供给“市场化”	96
引 言	96
第一节 大数据的描述	97
第二节 大数据助力国家设定预算线	111
第三节 大数据助力生产价格适度的法律产品	121
第五章 构建“立法大数据系统”以促进法治中国的实现	130
引 言	130
第一节 大数据是实现法治中国的机遇	131
第二节 “立法大数据系统”实现的制度安排	139
第三节 “立法大数据系统”作用实现须注意的问题	150
结 语：想象另一种可能	160
附 录	169
《国务院办公厅关于运用大数据加强对市场 主体服务和监管的若干意见》	169
国务院关于印发《促进大数据发展行动纲要》的通知	187
工业和信息化部关于印发《大数据产业发展规划 (2016-2020年)》的通知	206
主要参考文献	225
后 记	237

导言：大数据与法治的联姻

一、人们遵守符合正义的法律

很难确切地说我们是从什么时候开始这项研究的。但是，如果有人问起我们何时燃起将“大数据”与“法治”联姻之想法，那么确定一个开端就相对容易多了。

2006年9月，聂佳龙在安徽开始法学的学习，从此“何为良法”便像一个“梦魇”一样始终萦绕于他的脑际。2014年，我们以老师学生的身份结识于江西师范大学，聂佳龙告诉了我这个困惑。一如我们所知，古希腊哲学家亚里士多德在《政治学》这部传世经典中给法治下了这样一个经典的定义：“法治应包含两重含义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”^{〔1〕}然而，什么样的法律才是“制订得良好的法律”抑或是“良法”，亚里士多德并没有给出回答，仅仅是说“人民可以服从良法也可以服从恶法。就服从良法而言，还得分别为两类：或乐于服从最好而又可能订立的法律，或宁愿服从绝对良好的法律。”^{〔2〕}不仅亚里士多德没有给出答案，从其以降的政治学家们、法学家们等都没有给出可以让人信服的答案。在探讨过程

〔1〕〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第199页。

〔2〕〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第199页。

中,“何为良法”对于我们来说是一个“哥德巴赫猜想”^{〔1〕}。

和所有的数学家一样,尽管要证明“哥德巴赫猜想”特别的困难,但始终确信总会有被证明的那天。在这个信念的指引下,我们的阅读范围从法学扩展到了政治学、社会学、哲学、伦理学、经济学、管理学、心理学、博弈论、历史学、神学,甚至数学、物理学、生物神经学和天文学等。“路漫漫其修远兮”,上下求索甚至左右求索,虽捡到几块小“石子”,但始终是浮云遮望眼;虽然隐约感觉到浮云背后的天空,然而就是猜不透是什么气候,是惠风和畅,还是愁云惨淡?

1959年在印度新德里召开的国际法学家会议通过的《德里宣言》指出,法治的目标是“为实现人格的全面发展确立基本的社会、经济、教育和文化条件”。美国法学家拉兹认为,《德里宣言》所体现出来的精神是法学家的自我背叛,因为“如果说法治被理解为良法之治,那么对其本质的理解就意味着必须拼凑出一套完整的社会哲学。但这样的话,法治这个概念也就失去了它的真实意义。如果说信仰法治即意味着信仰正义终将获得胜利的话,那么我们其实并没有必要获得这样的信仰”。^{〔2〕}也就是说,对于法治的理解我们要回答的问题不是“什么是良法之治”。因而,我们开始质疑将法治与良法之治等同起来的这种做法的正确性。于是,开始对《政治学》进行更为细致和更为系统的阅读。果不其然,从《政治学》的内容来看,亚里士多德并未表达“法治即良法之治”之意思,他强调说:“邦国虽有良法,要是人民不能全遵循,仍不能实现法治”^{〔3〕}。因此,对于法治的追寻最后会落脚于法律被人民遵守。

〔1〕 哥德巴赫猜想是哥德巴赫在1742年给欧拉的信中提出的“任一大于2的偶数都可写成两个质数之和”的猜想。时至今日,这个猜想都没有被证明出来。

〔2〕 丁社教:《法治博弈分析导论》,西北工业大学出版社2007年版,第174~175页。

〔3〕 [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

得到“对于法治的追寻最后会落脚于法律被人民遵守”这个答案后，似乎比起追问“何为良法”要简单得多。然而“不幸”的是，一阵兴奋后又陷入了一连串的疑惑之中。这是因为“怎样的法律才会被人民遵守呢？”从其本身性质来分析，我们无论做出怎样的回答，最后总是会通过这样或那样的途径回到“法的应然”这个问题上来。

“法的应然”是价值判断。美国法学家庞德曾经指出：“在法律史的各个经典时期，无论是在古代或近代世界里，对价值准则的论证、批判或合乎逻辑的适用，都曾是为法学家的主要活动。”^{〔1〕}“发展一个法律系统的使命乃是一项难度极大的智识使命，而如果首先不把某些规则视作给定的规则接受下来，又如果不在由这些给定的规则所决定的系统之中开展这项工作，那么这项使命就不可能得到实施”，但是“人们会发现，种种公认的价值之间常常发生冲突。在某些情形中，人们也确实有必要根据一些更具有一般性的原则去否弃某些为人们已然接受的规则。就此而言，真正的指导原则将始终是：正义（也就是普遍适用的规则）必须支配特定的（尽管也可能是人们普遍感受到的）欲求”。^{〔2〕}由此，在众多的价值中，正义被设定为“高级法（higher law）”的角色，从而“法的应然”往往被概括成了法律与正义的关系问题^{〔3〕}。于是，我们得到的答案是“符合正义的法律才会被人民遵守”。

二、正义是无法精确回答的问题

既然只有符合正义的法律才会被人民遵守，那么回答完“什么

〔1〕〔美〕罗科斯·庞德：《通过法律的社会控制：法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，商务印书馆1984年版，第55页。

〔2〕〔英〕弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由（第二、三卷）》，邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社2000年版，第63~64页。

〔3〕朱景文主编：《法理学》，中国人民大学出版社2011年版，第50页。



是正义”这个问题后便可画上句点。英国科学哲学家卡尔·波普尔曾指出：“当我们言及‘正义’时，我们究竟意指什么？我不觉得这一口头上的问题无足轻重，也不认为有可能给它以明确的答案，因为类似这样的术语通常在多重意义上被使用。”^{〔1〕}于是，“正义有着一张普洛透斯似的脸（a Protean face），变幻无常、随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时，我们往往会深感迷惑”。^{〔2〕}即使是深感迷惑，但古往今来的思想家们均从各种角度试图解开正义这张脸背后的秘密。

在古希腊时期，苏格拉底、柏拉图还有亚里士多德认为，正义是社会中最重要的美德。柏拉图在《理想国》一书中指出：“正义能给予那些属于国家法制的其他的美德——节制、勇敢、智慧——以及那些被统摄在这一普遍的观点之下的德性以存在和继续存在的力量。”^{〔3〕}亚里士多德也认为，在众多的社会德性之中，“公正是最重要的，它比星辰更加光辉”“公正不是德性的一个部分，而是整个德性”“公正集一切德性之大成”^{〔4〕}；由此，“有一种东西，对于人类的福利要比任何其他东西都更重要，那就是正义”^{〔5〕}。德国哲学家康德和黑格尔均从道德原则，把自由视为解决正义问题的首要任务来探索正义。康德认为，“任何一个行为，如果它本身是正确的，或者它依据的准则是正确的，那么，这个行为根据一条普遍

〔1〕〔英〕K. R. 波普尔：《开放社会及其敌人（第一卷）》，陆衡等译，中国社会科学出版社1999年版，第181页。

〔2〕〔美〕E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第261页。

〔3〕〔德〕黑格尔：《哲学史讲演录（第2卷）》，贺麟、王太庆等译，商务印书馆1960年版，第255页。

〔4〕苗田田编著：《亚里士多德选集（伦理学卷）》，中国人民大学出版社1999年版，第103、104页。

〔5〕周辅成：《西方伦理学名著选辑（下卷）》，商务印书馆1987年版，第534页。

法则，能够在行为上和每一个人的意志自由同时并存”。^{〔1〕} 从而正义的法则是“外在地要这样去行动：你的意志自由行使，一条普遍的法则，够和所有其他人的自由并存”。^{〔2〕}

康德之后，思想家们继续从不同的角度探索正义这张脸背后的秘密。最具代表性的人物有罗尔斯、诺齐克和麦金太尔。

纵观《正义论》一书，罗尔斯将其正义观界定为“作为公平的正义”。“正义否认为了一些人分享更大利益而剥夺另一些人的自由是正当的，不承认许多人享受的较大利益能绰绰有余地补偿强加于少数人的牺牲”^{〔3〕}，而“正义的主要问题是社会基本结构”^{〔4〕}。也就是说，通过和利用度制度安排可以使“所有的社会基本善——自由和机会、收入和财富及自尊的基础——都应被平等地分配”^{〔5〕}。此种正义的实现有一个必要的条件，即初始的公平。为了实现这一条件，罗尔斯设置了“无知之幕+相互冷淡”的原初状态，由此引申出两个正义的原则：“第一个原则：每个人对与其他人所拥有的最广泛的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利。第二个原则：社会和经济的不平等应这样安排：使它们被合理地期望适合于每一个人的利益；并且依系于地位和职务向所有人开放。”^{〔6〕}

〔1〕〔德〕康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈书平译，商务印书馆1991年版，第40页。

〔2〕〔德〕康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈书平译，商务印书馆1991年版，第41页。

〔3〕〔美〕约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第1~2页。

〔4〕〔美〕约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第5页。

〔5〕〔美〕约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第303页。

〔6〕〔美〕约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第56页。

由上可见，罗尔斯是在原初状态、无知之幕后理性选择的分析概念之上，建立起一套基于社会契约之上的伦理学。这种研究路径为罗尔斯赢得了广泛的赞誉，但也存在着如西方一些学者所指出——“罗尔斯的理论过分强调了天赋的不平等，而过少地注重人自身的选择”“总体色彩是对弱者的同情，而不是对强者的鼓励，这同样是一种新的不平等”。^{〔1〕}——的问题。

为了克服罗尔斯的理论所存在的缺陷，诺齐克和麦金太尔分别从权利和美德的角度思考正义的问题。诺齐克认为，社会制度的首要问题是个人权利的自由保障问题，而不是罗尔斯所主张的社会权利的正义分配问题，于是主张用持有正义代替分配正义。在社会中，一个人的持有是否正义取决于其对其持有是否拥有权利，“如果一个人按获取和转让的正义原则，或者按矫正不正义的原则（这种不正义是由前两个原则确认的）对其持有是有权利的，那么，他的持有就是正义的”。^{〔2〕}

麦金太尔的《谁之正义？何种合理性？》一书，通过对古典的亚里士多德主义传统，《圣经》与奥古斯丁主义传统，以苏格兰启蒙运动文化为典型的奥古斯丁主义的基督教与亚里士多德主义共生互容的传统，现代自由主义传统这四大西方伦理学史传统的考察指出：

对于按优秀善来定义的正义来说，作为一种个体美德的正义，是在撇开并先于强制性正义规则的确立的情况下被定义的。正义是给每个人——包括给予者我们——应得的本分，并且是不用一种与他们的应得不相容的方式来对待任何人的一种

〔1〕 李小兵：《当代西方政治哲学主流》，中共中央党校出版社2001年版，第148页。

〔2〕 〔美〕罗伯特·诺齐克：《无政府、国家与乌托邦》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1991年版，第159页。

品质 (disposition)。当正义的规则按照这种正义概念来设置而处于良好秩序中时，它们就是那些得到最佳设计来确保这一结果——包括正义的和不正当的结果——的规则，假如人人都遵守它们的话。^{〔1〕}

于是，“在一个自由公民的城邦，善良的公民必须既具有统治和被统治的知识，也必须具有统治和被统治的能力。善的统治与做一个善的人一样，要求有同样的优秀品格。”^{〔2〕}“无论‘正义’还指别的什么，它都是指一种美德；而无论实践推理还要求别的什么，它都要求在那些能展示它的人身上有某些确定的美德。”^{〔3〕}“只有对于拥有正义美德的人来说，才可能了解如何去运用法则。”^{〔4〕}

由上，我们不难理解凯尔逊为何感叹地说：“为了正义的问题，不知有多少人流了宝贵的鲜血和痛苦的眼泪，不知有多少杰出的思想家，从柏拉图到康德，绞尽了脑汁；可是现在和过去一样，问题依然未获解决。”“我〔作者〕以什么是正义的问题作本文的开端，即提出什么是正义的问题，现在在结尾时我却觉得没有回答这个问题。的确，我不知道也不能说什么是正义，即人类所渴望的绝对正义。”^{〔5〕}

美国著名法学家和大法官本杰明·N. 卡多佐在谈到有关法律

〔1〕〔美〕阿拉斯戴尔·麦金太尔：《谁之正义？何种合理性？》，万俊人等译，当代中国出版社1996年版，第56页。

〔2〕〔美〕阿拉斯戴尔·麦金太尔：《谁之正义？何种合理性？》，万俊人等译，当代中国出版社1996年版，第147页。

〔3〕〔美〕阿拉斯戴尔·麦金太尔：《谁之正义？何种合理性？》，万俊人等译，当代中国出版社1996年版，第35页。

〔4〕〔美〕阿拉斯戴尔·麦金太尔：《谁之正义？何种合理性？》，万俊人等译，当代中国出版社1996年版，第9页。

〔5〕〔奥〕凯尔逊：“什么是正义”，耿淡如译，载《现代外国哲学社会科学文摘》1961年第8期。

性质的不同理论时指出：“当人们使用一个涵义过于宽泛、内容没有精确界定的术语、却未对其中包涵的不同意思加以区分时，混淆就产生了，大多数争论皆源于此”^{〔1〕}，从而认为“定义是种冒险，描述却可以提供帮助”^{〔2〕}。“正义”这个术语，不仅涵义过于宽泛、内容没有精确界定，而且其中包涵——公平、公正等——的不同意思难以加以区分。“我们并不拥有评断正义的肯定性标准（positive critical of Justice），但是我们确实拥有一些能够告知我们何者是不正义的否定性标准（negative criteria）。”^{〔3〕}由于我们只拥有一些不正义的否定性标准，因此从逻辑上讲，即便是我们将这些标准全部定义或者描述出来，也不能实现对正义的全部描述。由此，我们注定无法精确地回答“什么是正义？”这一问题。

三 “大数据”与“法治”联姻想法的由来

既然“什么是正义？”是一个不易回答的问题，那么“怎样的法律才会被人民遵守呢？”这个问题也就没有得到圆满的回答或者说即使回答了，也是存在着这样或那样的问题。然而，这并不是我们拒绝对“怎样的法律才会被人民遵守呢？”这个问题做出回答——哪怕这种回答是尝试性的甚至注定是失败的——的借口与理由。正如凯尔逊没有回答“什么是正义”这个问题后特别强调说的“因为研究科学是我的职业，因而也是生命中最重要的事情”^{〔4〕}那样，“怎样的法律才会被人民遵守呢？”是法治建设的核心和关键问

〔1〕〔美〕本杰明·N.卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社2002年版，第19页。

〔2〕〔美〕本杰明·N.卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社2002年版，第16页。

〔3〕〔英〕弗里德里希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由（第二、三卷）》，邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社2000年版，第65页。

〔4〕〔奥〕凯尔逊：“什么是正义”，耿淡如译，载《现代外国哲学社会科学文摘》1961年第8期。

题，因而也该成为我做这项研究所要做的最重要的事情。带着这样的信念，我们不得不重新审视“怎样的法律才会被人民遵守呢？”这个问题，期待能够发现一条能更好地给出回答的路径。

一切科学对于人性总是或多或少地有些关系，任何学科不论似乎与人性离得多远，他们总是会通过这样或那样的途径回到人性。即使数学，自然哲学和自然宗教，也都是在某种程度上依靠于人的科学；因为这些科学是在人类的认识范围之内，并且是根据它的能力和官能而被判断的。如果人们彻底认识了人类知性的范围和能力，能够说明我们所运用的观念的性质，以及我们在作推理时的心理作用的性质，那么我们就无法断言，我们在这些科学中将会作出多么大的变化和进步。^{〔1〕}

以上这段英国哲学家休谟说的话，在以往的学术研究中反复地被我们以各种各样形式引用着。或许是因为这个缘故，在重新审视“怎样的法律才会被人民遵守呢？”这个问题时，自然而然地想到从人性这条路径去寻找答案。

所谓人性，“又称人的本性，是人之为人的基本品性”。^{〔2〕}“人来源于动物界这一事实已经决定人永远不能完全摆脱兽性，所以问题永远只能在于摆脱得多些或少些，在于兽性或人性的程度上的差异”^{〔3〕}。人性最大的功能是将人同动物区别开来。但是，无论人与动物的区别有多大，其和动物一样，行为的驱动力是需要的满足，只不过是人要满足的需要比动物的需要要丰富得多、复杂得多。“任何需要的满足所产生的最根本的后果是这个需要被平息，一个

〔1〕〔英〕休谟：《人性论》，关文运译，商务印书馆1980年版，第6~7页。

〔2〕陈兴良：《刑法的人性基础》，中国方正出版社1999年版，第1页。

〔3〕《马克思恩格斯选集（第3卷）》，人民出版社1995年版，第442页。