

[文章编号] 11009 - 8003(2005)02 - 0005 - 07

科学发展观视野下的法学与法治发展

[编者按] 今年元月14日,第四届全国杰出青年法学家颁奖仪式在北京人民大会堂隆重举行。颁奖仪式前,周永康等领导亲切会见了十大杰出青年法学家,并勉励他们多提治国安邦的真知灼见,多创造实践需要的学术精品。借此机会,本刊特邀新当选的部分杰出青年法学家围绕“科学发展观视野下的法学与法治发展”这一主题,从各自的研究领域进行笔谈,以飨读者。

[关键词] 科学发展观;实证方法;人文精神;互联网法律;暂住证

[中图分类号] D920.0 [文献标识码] A [收稿日期] 2005 - 02 - 28

Subject: the Development of Jurisprudence and the Rule of Law under the Scientific Development View

Editorial note: The awarding ceremony of the Forth National Outstanding Youth Jurist was holding in the Great Hall of the People on 14 January 2005. Before the ceremony, some leaders including Zhou Yong - kang amiably interviewed the jurists, and hoped them put forward more good opinions to manage state affairs and create more academic first - class products to meet the practice need. By the chance, we designedly invite some outstanding youth jurists to air their written opinions of respective researching field to meet the readers, and the theme is “the development of jurisprudence and the rule of law under the scientific Development view”.

Key words: scientific development view; experimental methodology; modern humanist spirit; internet law; temporary dwelling card

实证方法的引入与法学研究方法的转型

陈瑞华

(北京大学法学院,北京 100087)

从形式上看,今日的中国法学确实呈现出繁荣的景象。各种版本的法学教材铺天盖地充斥于坊间,几乎所有法学期刊都出现了稿件供过于求的局面,来自西方国家的法学著作被大规模地翻译过来。不仅如此,在“评定高级职称必要有个人专著”的学术政策影响下,几乎所有法学者都将出版专著视为自己学术事业达到高峰的标志。而无力撰写学术专著的人,也会以一两本法学随笔聊以充之。但是,法学者究竟为这个处于重大转型的社会提供了多少精神资源?那些以法律理论家自居的学者究竟在哪些方面做出了不同于西方学者的贡献?法学家们究竟提出了多少获得社会公认的理论或者命题?还可以更加苛刻地追问:对于司法制度和法律实践中所发生的变化和所存在的问题,我们真的给予了精确的把握和令人信服的解释了吗?

上述问题的答案恐怕很难是令人振奋和鼓舞人心的。相对于较为成熟的经济学和历史学而

言,法学的研究状况是不容乐观的。究其原因,不是因为法学者缺乏国外的文献和本土的素材,而是因为法学者缺乏科学、精当的研究方法。事实上,近期对西方法学著作的翻译和介绍已经达到相当大的规模了。再加上越来越多的学者精通英语、法语、德语、日语、意大利语,有越来越多的出国留学和学术访问的机会,过去一直存在的不了解西方法学的问题至少在很大程度上得到了缓解。而大量司法案例、调研报告、司法数据的公开发表,也为法学者的研究提供了丰富的第一手材料。不少学者还利用讲学、调研甚至亲自代理诉讼案件的机会,对司法程序的运作情况和法律实践中的问题,有了直接的感性认识。照理说,有了对西方法学的精确把握以及对中国问题的深入了解,法学者就应当有能力做出一篇篇鸿文力作,并推动法律理论的创新和发展了。

但是,由于缺乏系统的科学方法的训练,也由于受到主流研究方法的影响,不少法学者的研究

都在一定程度上脱离了社会科学研究的轨道,甚至违背了最基本的科学研究准则。当然,科学方法的训练属于一个与国家法学教育政策有关的大问题,笔者不好妄加评论。不过,目前对法学研究影响至为深刻的“主流研究方法”,却值得我们做出深入的检讨和反思。因为几乎每个法学者都受到过这种研究方法的训练,并在研究中自觉不自觉地遵循了这种方法的准则。

在近年来的学术研究中,笔者曾经提出过“以世界的眼光研究中国问题”这一方法论命题。这主要是针对中国法学界所盛行的“对策法学”和“思辨法学”现象,提出了法学研究应当以解释问题和解决问题为宗旨、法学者应具有问题意识的观点。根据笔者的观察,中国的法学,尤其是部门法学,在研究“问题”方面,更多地赋予法学研究以实用性和功利性的考虑,以推进立法和改进司法作为研究的归宿,从而走进了“对策法学”的桎梏之中。而法学界,尤其是法理学界,在研究“主义”方面,则明显地陷入纯粹的理性思辨之中不可自拔,以致于忘记了法学研究的本来目的,使法学在部分学者那里变成一些西方哲学观点的变种。这是两个需要引起足够警惕的学术误区。

那么,究竟应当如何展开我们的法学研究呢?在笔者看来,法学研究中存在着解释和评价两个基本的方面。尽管对于评价或者规范研究的是非曲直一直存在着争论,但对于解释现象和问题而言,无论是自然科学还是社会科学,也无论是经济学、历史学、社会学、政治学还是法学,其研究方法其实都是大体相通的。这就是被通常称为“实证方法”的科学方法。

一般而言,科学研究始于对问题的发现和解释。问题是一切科学研究开始的前提和基础。卡尔·波普尔就认为:“从这种方法论的观点来看,我们从问题开始我们的研究。我们总是发现我们处在一定的问题境况中,而且我们选择一个我们希望解决的问题。这种解决总是尝试性的,是一个理论、一个假说、一个猜想。将各种相互竞争的理论加以比较和批判讨论以便发现它们的缺点……”

当然,科学研究的前提并不是单纯的事实本身,而是事实所蕴含的无法得到解释的问题。对于这种问题,胡适称之为“困难的发生”,张五常则视之为“不明白”。按照前者的解释,“人必遇有歧路的环境或疑难问题的时候,才有思想发生”,而

“有些困难是很容易得到解决的,那就没有讨论和指定困难所在的必要”。而真正能够引发科学研究活动的往往是那些既无法得到解释也没有解决之道的“困难”和“问题”。而按照张五常的说法,真正从事学术的人“为文的出发点,永远都是因为有些世事他不明白,要试行解释”,而“为了满足自己的好奇心,要对世事多知一点,也为了要明白而想解释一下”。

对问题的解释离不开归纳方法的应用。按照胡适的形容,“平常论理书里说归纳法是‘从个别的事实力求出普遍的法则来’的方法。但是这句话是很含糊的,并且是很有弊病的。因为没有下手的方法,故是含糊的。因为容易使人误解归纳的性质,故有弊病。宋朝的哲学家讲‘格物’,要认‘即物而穷其理’……后来王阳明用这法子去格庭前的珠子,格了七天,格不出什么道理来,自己犯病倒了。”事实上,“单去观察个体事物,不靠别的帮助,便想从个体事物里抽出一条通则来,是很不容易做到的事,也许竟是不可能的事。从前中国人用的‘读书千遍,其一自见’的笨法,便是这一类的笨归纳。”

过去,中国法学界较为注重理论分析,而不擅长、也忽略了经验性实证研究,所进行的“理论研究”大多是对西方法学理论的简单重复或者综合总结而已,而不可能提出富有创新性的法学理论。有鉴于此,一些法学者独辟蹊径,注重对经验实证研究方法的运用,亲自到司法实践中去收集素材、掌握数据,并透过对这些素材、数据的统计分析,来发现一些新的问题,并得出一些新的结论。但是,由于不清楚归纳方法的局限性,也由于缺乏最起码的问题意识,有些学者在运用数据统计分析方面出现了“走火入魔”现象。例如,有的研究者对司法、立法乃至现有理论中所存在的问题缺乏最起码的了解,就匆匆忙忙地投入到实证调查之中;有的研究者还对自己不了解法律问题“沾沾自喜”,认为这样恰恰可以摆脱一切固有成见之束缚,可以通过数据统计发现一些为正统法学者所“熟视无睹”的问题;还有的学者认为实证研究就如同“公正的审判过程”同样,也要通过数据统计来得出结论,还美其名曰“使结论来自实证研究过程之中”,并为此不惜维护一些尽管符合“实证研究程序”却违背基本经验常识的所谓“科学结论”……所有这些实证研究的偏差,都说明仅仅依靠收集案例、设计因变量并进行数据统计(哪怕是电

脑统计)分析的方法,研究者既发现不了真正的问题,也提不出任何假设命题来。这些研究者忘记了一条常识性命题:科学理论不是靠什么“研究程序”推导出来的,而往往来自研究者在某时、某地和某种情境下所提出的假说或者猜想,甚至来自研究者一时偶然的“顿悟”。没有提出假设的能力,研究者纵然掌握了汗牛充栋般的资料和素材,并试图运用归纳方法对这些资料进行分析,也根本无法提出任何具有创新性的理论来。

因此,归纳方法运用的关键,不在于穷尽一切事实和材料,而是在对若干材料进行分析和总结之后,应当适时地提出带有通则性的假设来。但有时候,研究者在解释同一个问题时可能提出了不止一个假设。面对多个可能的假设,研究者需要有所取舍,从中选择一个最适当的假设,以此作为立论验证的对象。研究者在对多个假设都无法作出取舍判断的时候,还可以对这些假设都进行验证活动,从而最终选择那个得到证实的假设,并视那些得不到证实的假设为不成立的。很显然,对假设的证实应为科学研究的重要环节,也是使假设从猜想变成科学结论的关键一步。

对一项假设的命题进行证实,可以有多种不同的方法。对于这一点,似乎很难从一般化的角度作出概括和归纳。不过,无论从何种角度加以论证,研究者都需要提出足以令人信服的论据来。一般而言,这种论据来自两个方面:一是理论上的根据,包括已有的学说、理论和原则;二是经验实证方面的论据,如相关的数据统计、案例、现象、访谈等。要使理论走向客观化,研究者所用的论据必须既要具备真实性和可靠性,又要具备相关性和令人信服性。与此同时,研究者的论证过程也应当具有可验证的属性。也就是说,任何相关领域的学者如果想对该论证过程加以验证的话,都可以通过对研究者逐项论据的分析和推演,对有关假设作出同样的证明。这一点,可以称为科学理论的“可反复验证性”。

可以看出,在解释问题过程中善用归纳方法的主要标志,就在于提出带有通则性的假设,并对该项假设作出具有客观性的验证。但是,仅仅使用归纳方法是不会自动产生科学的理论的。因为科学理论之区别于一切信仰、神学、形而上学的关键之处,并不仅仅在于它是可以得到验证的。事实上,任何一位信仰基督教的人士都可以提出旨在证明“上帝确实存在”的证据,任何一位坚持某

项教条的人士也可以提出证据证明该教条的正当性,这其实并不困难。但是,这种论证未必会产生令人信服的结论。原因很简单,论者只是说明其结论在某些条件和场合下是成立的,但并没有证明在其他所有场合和条件下都是成立的。因此,要使假设得到全面的验证并转化为科学的理论,还必须借助于演绎方法。

按照证伪理论,运用归纳方法最多只能提出一种未经证明的假说。除非运用反驳和否证的方法,否则我们永远无法通过归纳方法提出科学的理论。毕竟,一万个天鹅是白色的事实,也并不能证明所有天鹅都是白色的。“归纳问题的这种解决产生一种科学方法的新理论,引起一种对批判方法、试错法的分析:提出大胆假说,使它们接受最严格的批判以便弄清楚我们在何处犯了错误”。这种可证伪性和试错法的运用,意味着研究者需要用演绎方法来代替归纳方法,也就是“通过对理论的演绎结果的否证和反驳来对理论本身加以否证和反驳”,这显然属于一种演绎推理方法。因此,要使“所有天鹅都是白色的”这一假说变成科学理论,就需要对这一论断进行演绎推理,看一下能否推导出错误或者虚假的结论。或者,可以提出相反的假设或论断,然后对这些足以推翻上述假设的相反假设进行证伪。如果能证明所有可能提出的相反假设都是不成立的,那么,上述假设就是成立的科学理论。但即便如此,这种理论也并不等于真理,而属于尚未被推翻或者被证伪的假说而已。

需要注意的是,任何科学理论都必须有确定的外延和边界,也就是要有明确的适用范围。换言之,对于研究者来说,清楚地了解其理论对于哪些场合和哪些对象是不适用的,这是标志着理论具有客观性的重要一点。所谓“没有放之四海而皆准的真理”,“真理往前再走一步,就是谬误”,说的都是这个意思。因此,一项成熟的理论总是具有一个显著的特征:研究者能够告诉后来者该理论具有哪些局限性,以及该理论在哪些场合下是不适用的。那种在任何场合下都可以用作解释现象的“万金油”式的理论,要么属于被误用的理论,要么根本就不是科学的理论。而要准确地确定某一理论的边界和适用范围,研究者也需要谨慎地使用证伪和反证方法。经过这种证伪过程,研究者提出的理论中能够成立的部分最终得到验证,而那些得不到证实的部分则最终被抛弃。不仅如

此,经过这种反证程序,研究者所提出的理论对于哪些场合不适用、而对哪些情况具有解释力的情况,也会越来越清晰了。由此,科学理论的外延和适用范围有望得到准确的界定。

最后,在从正面论证和反证两个角度论证了假设之后,研究者还应当做的工作就是从该项假设出发,提出一般性的结论。所谓“假设的一般化”,是指将有关假说引用到其它的更多现象和领域中去,

从而使该项理论具有更大、更为普遍的解释力。当然,能够在科学研究上提出一般性理论命题,并不是一般研究者所能做到的。对于大多数研究者而言,穷其毕生精力所能做到的,也只是提出并论证了若干项假设而已。至于提出一两个公认的“定理”、“定律”,恐怕研究者既要具有较高的智商和才气,也要有一些运气和机遇了。假如有人能够做到这一点,就足以做出较大的学术贡献了。

宪法应当体现人文精神

莫纪宏

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

毋庸置疑,我们今天称之为宪法的法是近代资产阶级革命的产物,是西方法律文化不断发展的结果。虽然从19世纪末,自郑观应《盛世危言》中明确用“宪法”一词来指称如英文中的“constitution”,法文中的“la constitution”,德文中的“verfassung”,但是,蕴藏在西方法律文化传统中的人文精神并没有在中国百余年的宪政实践中得到充分体现,宪法自身所具有的调整社会关系、整合社会资源、建构社会秩序、保障公民权利、实现人文关怀的功能并没有在中国近百年的制度变迁中得到很好的发挥,以致于今天在某种程度上仍然在从事一百年前引进宪法概念和宪法价值之初所追求的人文事业。有的学者甚至提出了引起学界高度关注的“本土资源”思想(苏

力教授在《法治与本土资源》一书中提出的“本土资源”思想,与其说是一种法治现象,不如说是一种文化现象)。虽然说,包括克隆人技术、因特网技术、全球化等问题都已经进入了我国宪法学研究的视野,但是,从总体上来说,人文精神不论是在我国宪法学的理论研究视野中,还是在宪法制度的具体构造中,都没有得到应有的彰显。笔者认为,当下我国宪法学理论研究应当恢复人文主义传统,要关心人,而不仅仅将宪法看成是一个单纯制度性的产物,或者是将宪法简单地视为市场经济或者社会政治运动的结果。宪法价值应当具有区别于其他社会价值形态的独立的价值内容。这种价值内容要真正地以人为核心,解决人的问题。

一、民主不是简单的多数决定

政治决策本来是要通过政治决策程序来集中体现人的智慧、力量和勇气,政治决策的过程不仅仅是简单地反映人与人之间的社会关系,更重要的是要透过民主决策程序来把科学的、合理的价值判断突显出来,使得公共政策能够有效地为实现人的需要服务。因此,将自古希腊时代就已经具备比较成熟的价值框架的民主机制借鉴到现代宪法的产生程序中,就不能仅仅看中民主价值中所体现的“多数原则”。民主要有批评精神,也就是说,不受批评的民主可能就是受控式的民主。因为尽管民主是一种多数表决程序,但是,在表决程序之前的酝酿过程则不是民主价值所能左右的。所以,民主若不允许批评,就可能在制度上演

化为民主就是通过多数来投票,至少说就什么主题来投票就与民主无关了。结果是不难想象的。许多不科学的决策或者是错误的决策或者是包藏了决策者私心的动议都可以巧妙地运用民主投票的程序,天衣无缝地成为民主价值的产物。民主价值的功能在很大程度上下降为一种受人控制的游戏规则,而不是一种体现了人民意志、符合科学精神的人文理性。为了解决民主价值在现实层面可能产生的价值异化,必须要对民主程序建立比较有效的监督程序,也就是说,民主决策应当与舆论批评机制结合起来。具体到制度层面,就是要将表达自由作为弥补民主价值缺陷的制度措施。如果在发展民主制度的过程中,单纯地追究投票,

单纯以民意为导向,其实践的结果必然会与民主价值的初衷背道而驰。所以,学会用批评式民主的思路来研究民主问题,构建民主制度,可以最大

限度地避免民主价值受到简单的游戏规则的控制,能够更多地体现人的智慧,更充分地发挥人的主体性在公共决策中的作用。

二、法治原则必须以政治价值为基础

现代宪法的合理性实际上是以彻底的法治精神为前提的,通过强化了不受控于任何政治组织或个人的制定宪法的程序,使得宪法真正地具有了法律至上的权威性。但是,正是由于宪法具有是政治程序的产物这一个基本价值特性,所以,在涉及到宪法制度自身的合理性和改革时,就必须要结合宪法所产生的政治程序来综合评价宪法制度的价值得失。绝对的法治主义是不符合宪法价值的特性的,宪法是政治与法律的有机统一。而且在政治与法律之间的价值界限需要用宪法制度来加以区分。在我国宪法的理论研究中,对宪法在处理政治与法律之间关系中所起的中介和协调作用研究得不够,宪法价值没有能够成为政治决策与法律运作之间的有效的价值平衡器,出现了要么政治先行,离开了法律谈政治;要么将法治原则绝对化,将法律的功能不恰当地延伸到政治

决策的领域。出现了政治法律化、法律政治化的非宪政价值现象。

解决上述问题的出路还在于如何来体现人文精神。人文精神的核心是要突出人在改造自然和改造社会中的核心作用。在政治与法律之间,虽然存在着明显的价值界限,但是,仍然具有通过制度关联可以妥善加以处理的价值空间。宪法在政治与法律之间摄取“中道”,而“中道”思想正是人文精神的体现。我们在过去的法制实践中曾经出现过价值偏差,这种偏差背后的原因不能不说与忽视“中道”精神有关。治国理性中的功利心太强必然会导致某些价值的极端盛行,忽视了人文社会的和谐发展要求。所以,今天我们在研究宪法的过程中,将宪法与和谐社会联系起来是很有价值的课题,是需要认真研究的问题。

三、个人自由需要重新定义

个人自由作为宪法权利的核心价值依据的是近代宪法产生以来的一个关于宪政价值的公理,但是,这种价值倾向背后所蕴藏的人文精神却没有被很好地体现出来。出现了为自由而自由的价值悖论。出现这样的价值困惑,不能不说与西方人文传统有关。在韦伯看来,新教伦理是资本主义精神的起源,也是资本主义政治和法律制度的价值源泉。但是,以基督教教义为核心的新教伦理只是人类社会的一种形式的宗教,而不是所有的宗教思想。因此,不管是用“原罪”说,还是用“赎罪说”来解释个人自由的内涵,都属于东方哲学意义下的“有漏”思考。其实,将政府权力放到个人自由的对立面,在制度上的效果必然是给个人增加了社会生存的压力。事实上,每一个个体在社会中生存的能力是不一样的,通过法律保障机制建立起来的个人自由空间,实际上也是限制个人自由的壁垒。所谓柏林的“消极自由”实际上是一个不能证明的价值悖论。既然是自由的,又何需用一个“消极”或者是“积极”来定义,如果有“消极”或者是“积极”的自由的区分,那么,这种分类方法本身就是不自由的,相对于专制意识

形态来说,不过是“五十步笑百步”,在自由价值的实践形式上并没有走出多远,而且还平白无故地增添了不少不切实际的期待。

因此,从人的自由角度出发,对个人自由设立的制度壁垒是需要重新加以考虑的。包括以思想自由、宗教信仰自由等一系列主观性质的宪法权利的制度生存空间必须认真加以研究。民主的社会是否允许反民主的思想的存在是一个需要认真加以思量的价值问题,不能轻率立论。我国宪法学理论研究在个人自由合法性和合理性问题上长期存在的单向度的价值判断是需要加以重新考证的。如果仅仅用西方人文的思想来考察个人自由问题,文明价值的丰富性就无法在宪法权利中得到全面体现,继而由价值绝对主义导致的价值专制以及意义专制就很难被轻易地加以发现,人文精神的继承和发展可能会落入历史宿命论的泥潭。所以,当今天我们来研究宪法在保障人权方面的作用时,绝对不能采用简单的保护模式,而必须从发展人、全面提升人的角度来适当强化公共管理和服务职能,在机会平等与结果平等的价值选择之间作出巧妙的平衡。

四、宪法的社会功能主要在于为人的发展提供制度保障

宪法发展到当今社会,一方面承载着人文精神和人文传统,另一方面,又承担着不断推进文明发展进程和社会进化的历史使命。宪法的社会功能应当是开放性的,主要是为人的发展提供一个良好的制度基础和环境。要真正地保证人的全面发展,仅仅依靠宪法的规范作用是不够的。在人类文明形态的构建中,宪法只能解决一部分社会问题,而不可能解决所有的人文价值问题。科学的进步、宗教的发展以及人类自身的进化都是人文精神发展的必要推动力。所以,如何正确地来看待宪法的社会功能,保持一种平和的价值心态是宪法学者们的必要品格。既不能把宪法价值事实上当做具有终极意义的人文精神,也不能忽视宪法文明在整个人类社会制度文明进化史中所承

担的历史使命。早在古希腊时代的哲学家柏拉图在《对话录》中就提到了史前时期亚特兰蒂斯文明中所具有的高度发达的宪法文明。当然,这些历史文献是否指向了确定的事实并不是我们能够通过常规的实证方法所能理解的。但是,作为一种有意义的表述,我们在研究宪法的社会功能时确实是要将宪法与人文精神和人文关怀紧密地联系在一起。离开人这个根本目的,就会将宪法视为一种简单的治国规则,而不是一种人文理想。

总之,从目前我国宪法学关注的问题来看,我们需要慎思一些习以为常的概念、命题乃至宪法政策的合理性。切不可少为多,以多为大,以大为善,人为地设置思想领域的壁垒,远离人文精神的轨道。

互联网法律问题纵横谈

薛虹

(中国政法大学,北京 100088)

互联网发展到今天已经成为重要的信息传播的媒体、交易活动的平台和人们社会生活不可缺少的组成部分。随着人类政治、经济、文化活动向网络空间扩展,互联网也当然进入了法律规范和调整的范畴。各类网络活动已经或者正在拥有明确的法律坐标。

互联网立法涉及分配互联网信息资源、保护和发展信息基础设施、缩小和消除数字鸿沟、维护

网络安全、打击网络犯罪、制裁垃圾邮件、促进电子商务和电子政务的发展、保护知识产权等一系列重大的法律问题。我国目前管理互联网的法律规则存在过于分散、法律层级偏低、某些方面相互冲突、可操作性不强等问题。有些严重问题(例如垃圾邮件泛滥)的处理和制裁尚无法可依,有些审批手续和限制正制约着电子商务的发展。这些问题应当引起我们的关注。

一、完善我国的互联网管理法律体系

互联网可以成为各类活动的平台和媒介,因此互联网上各种各样错综复杂的法律关系无法用任何一部“互联网法”来调整。互联网所涉及的各方面问题基本上可以通过现有的各部门法来解决,例如,网络犯罪属于刑法管辖,网络上的知识产权保护由知识产权法负责,网络上的民事纠纷则隶属民法范畴。

互联网问题的复杂性虽然不足以动摇现有的法律体系和部门法格局,但是传统的部门法需要在网络环境下进一步完善和发展。例如,网上的

消费者保护和个人数据保护就是非常突出的问题。

我国已经颁布了《消费者权益保护法》,该法同样适用于通过互联网获取商品或者服务的消费者。但是,通过互联网平台进行的交易活动具有与传统交易不同的特点,为了在这种远程交易中更有效地维护消费者对商品或服务的知情权和选择权,弥补消费者在交易活动中的弱势地位,现有的关于消费者保护的法律规定已经不敷适用,必须强化电子商务企业在互联网上的信息披露义

务,让消费者在网上商家的资质及其提供的商品或服务一目了然,同时有效保障消费者在不能及时获得商品或服务时有权解除合同。

个人数据保护属于广义的隐私权保护的范畴,由我国《民法通则》调整。但是,姓名、电话号码、电子邮件地址等个人数据从来没有像在网络环境下那样容易被收集、存储、处理和传播,也从来没有像在网络环境下那样具有商业利用的价值。发展现有的隐私权保护的法律规定,制定“个人数据保护法”,已经是当务之急。个人数据保护是互联网立法的基石之一。现在将个人数据保护的问题与关于政府信息公开的立法联系起来,虽然不乏可取之处,但是不尽全面。诚然,政府在尽可能公开政务信息的同时,要合理保护公民的个人数据,但是保护个人数据不仅应当是政府机关的义务,更应当是企业(特别是电子商务经营者)的义务。现在垃圾邮件泛滥,原因之一就是掌握了网络用户电子邮件地址的企业擅自出售这些信息给垃圾邮件服务商或者其他信息中介机构。随着我国《电子签名法》的颁布、实施,电子签名认证机构将掌握大量的个人数据,配套的个人数据保护法必须及时跟进。

互联网立法还涉及一些非常特殊的问题,必须制定新的规范加以调整。这些新的规范虽然不足以导致新的法律部门的产生,但是已经相对独立于和区别于传统规范。电子签名和垃圾邮件就是两个突出的例子。

二、维护网络安全,有效打击网络犯罪

我国《刑法》、全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》为制裁计算机犯罪、特别是网络犯罪提供了比较明确、全面的法律依据,覆盖了利用互联网媒介实施的传统犯罪(例如利用网络赌博、传播淫秽物品的犯罪)和互联网上出现的新型犯罪(例如传播计算机病毒的犯罪)。

由于网络犯罪的特殊性,当务之急是法律规范的细化、解释和实施。例如最高人民法院、最高人民检察院公布了“关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释”,便于司法机构更有效地打击互联网上的制黄、贩黄问题。

目前我国关于维护网络安全的讨论,还基本停留在保护未成年人、戒除网瘾等浅层次的问题,

电子签名法律规范是为了消除阻碍电子商务发展的法律障碍,保障电子形式的信息传输来源的真实性和内容的可靠性。它既不同于传统的民法规范,也不同于传统的行政管理法。我国颁布的《电子签名法》中有关于电子签名效力的内容,也有大量规范电子签名认证机构的内容,尽显其特殊性。

垃圾邮件是网络空间的公害,为网络用户和邮件服务商所深恶痛绝。垃圾邮件不仅浪费网络用户自己的通讯费用,而且占用网络服务商的系统资源,可能减慢信息传输速度,甚至导致系统瘫痪。垃圾邮件还能够成为计算机病毒、淫秽色情信息的传播途径。如此有百害而无一利的行为,在我国法律体系中竟然至今找不到直接、明确的依据加以制裁。除发送大量垃圾邮件导致计算机系统瘫痪或者传播计算机病毒或者其他违法信息等行为,可以按照《刑法》、全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》追究刑事责任之外,如何处理发送垃圾邮件的行为本身尚无法可依。解决垃圾邮件问题绝非单纯的行政管理问题,不论是采用所谓“黑名单制度”(封杀某些臭名昭著的垃圾邮件服务器)还是所谓“白名单制度”(仅声誉良好的邮件服务器方可运行),都需要行业自律机构、经营者和广大用户的支持和配合。目前在起草中的“电子邮件服务管理办法”仍然过于侧重行政管理,而且采取部门规章的形式,法律层级较低,对垃圾邮件治理的力度不够。

实际上网络安全应当提高到保卫国家信息基础设施,保卫国土安全的高度。现今,已经出现了信息战、电子战等新的军事活动,我们必须高度警惕针对我国计算机主干网络的恶意攻击。我国有些企事业单位在网站被病毒、黑客攻击之后,隐瞒不报,不利于网络安全机构全面了解和评估我国的网络安全状况。因此,有必要建立全国性的计算机病毒、黑客攻击的预警和通报机制。

互联网域名注册对网络安全也有一定影响。我国用户在国外注册的域名(.com, .net, .org)数量至今多于国内CN域名的数量。那些在国外注册的域名,受控于国外(主要是美国)的注册管理机构。对这些域名的流量、解析情况,国外的注册管理机构完全可以加以监控。如果那些关系国家信息安全的机构、媒体(例如CCTV)也在

国外注册,就存在网络安全的隐患。因此,应当鼓励我国机构注册国内的 CN 域名,限制或者禁

止一些重要机构注册国外域名,以更好地维护我国的网络安全。

三、营造有利于电子商务发展的法律环境

在我国出台了《合同法》、《电子签名法》之后,电子商务有了基本的法律保障。但是,我国网络管理体制仍然存在不完全适应电子商务发展的方面。例如,电子政务的发展滞后于电子商务的发展,导致某些在网上完成的活动,必须到网下申请审批。除海关、专利等部门建立了比较完善的网上申报、核准系统之外,大多数“政府上网”工程还停留在简单的信息发布阶段。希望《电子签名法》的实施不仅能够促进电子商务的发展,也对电子政务有实质性的推动作用。

我国互联网管理机构众多,政出多门,部门规章相互重叠甚至冲突是阻碍电子商务发展的又一大障碍。例如,互联网信息服务提供者需要获得电信管理部门和工商管理部门的双重审批,但是两个部门都以对方部门批准作为本部门批准的前

置条件,致使申请人往返奔波,且常无功而返。因此,简化行政审批手续,协调部门规章的规定,将有力促进电子商务发展。从国外的经验看,对电子商务企业的建立不宜适用比建立传统企业更复杂和严格的审批手续。例如,欧盟“电子商务指令”规定,对电子商务企业的建立,欧盟成员国不应加以特别的限制。

我国现在的互联网域名管理规定仍然不允许个人注册域名,只有国内外机构可以注册 CN 域名。如此限制性规定不仅导致我国公民大量在国外注册域名,使我国域名服务机构痛失商业机会,而且遏制了个人的网上创业。像 Yahoo、Google 等知名的网络企业都始于学生个人注册的域名。尽快取消不允许个人注册域名的限制,对我国电子商务的发展将非常有利。

公民与暂住证

许章润

(清华大学法学院,北京 100087)

晚近以来,东、西方现代国家渐次形成了一个基本的社会事实,即以一种新的社会、政治和法律身份来标定每一社会成员及其彼此关系。个人、社会与国家,人我群己,各依此决定彼此的进退。它不是别的,即通常所谓的“公民”。公民意味着非畜夫(serf)、非奴隶、非臣民,亦非简单的“农民工”或“外来人口”。以公民身份标定每一个体,并由此将人与人之间的关系界定为公民关系,个体与社群的关系笼统于公民社会与政治国家的框架之内,是社会—政治领域发生的一个最为重大的变革,也是自西向东,历数百年而逐渐形成的所谓“现代性”在社会—政治领域的指向之一。某种意义上甚至可以说,所谓的现代社会之“社会”内容,若论其奋斗结果,最为昭彰而显著者,不外乎此“公民”二字。

因而,以“公民”为纽,可以结、解现代社会—政治之网。毕竟,在现代社会中,无论是基于宪政

主义立场还是站在其他什么视角,也无论是基于“应然”还是“实然”,任何人的最终身份最佳定位,一言以蔽之,“公民”也!每个人首先是工人、农民、公务员或者教师,而最终均为公民,一国之内,“公民”身份才是他们之间能够通约的最为基本的项目;天下事千头万绪,日理万机毫不为过,其纲举目张者,公民的权利义务也!道理很复杂而原因却很简单,是人就要过日子,今日的中国人,都想过好日子。“公民”与否,事关能不能过日子,能不能过上好日子。朋友,你说它不是“重中之重”吗!

正是立基于此,现代国家以“公民”定位国民,而对全体国民实行普遍一致的市民管理。所谓的“暂住证”制度,恰恰违背了这一基本原理。它不是对全体国民实行普遍一致的市民管理,而是差别性处遇。同为国民,仅因“本地”与“外地”,便有权利义务的重大差别,甚至是根本差别。而“外

地”者,其于城镇,则为农民;其于大城市,还包括小城镇市民。因而,这种逐级差等、画地为牢的“诸侯”体制阴影下彰显的,是身份差等的尊卑标签,配合以迹近种姓制度的城乡二元户口体制,最终形成了对于绝大多数国民的“合法性歧视”。当下中国,大江南北,城里城外,有一亿“农民工”如此“暂住”,流血流汗;仅京城之内,所谓的“北漂”,即不下数十万。受此歧视,你让他们怎么过日子?本来,既为国民,张三也好,李四也罢,只要怀揣身份证,腰藏人民币,真正所谓“一卡在手,行遍神州”——一人一卡,一卡一号,此即“按数目字管理”之谓也。倘非如此,他们过不好日子,长远而言,恐怕大家都别想过好。

这一差别性立法所造成的合法性歧视,将国民的公民内涵销蚀殆尽。“公民”是一个具有政治、社会、法律和人格主体性的存在。公民的政治主体性意味着他们是民主的立法者,作为利益主体,对于自己的切身利益保有通过民意代表,经由立法而实现权利主张的权利。暂住证制度所凭借的种种立法,不论是1958年的“户口条例”,还是1985年的“城镇暂住人口管理的暂行规定”,以及1995年的“暂住证申领办法”,其实旨在限制公民,其中主要是农村社区成员的流动和迁徙、就业与就学,强化诸种歧视。但在中国的立法体制下,对于这些根本违犯自身利益的立法,他们却无由伸张,成为沉默的多数。所谓“四分之一”选举权,其为端倪。其实,现行的行政许可法所规定的六类行政许可事项中,并无暂住证的依据。正是在此,公民的政治主体性不见了,取而代之的是尊卑等级的制度化,“暂住”者们沦为不法之法的牺牲品。

公民的社会主体性意味着他们是市民生活的主导者,是社会关系的自主缔结者。举凡职业的变换,居住地域的选择,与谁结亲,在什么地方上学,何处购物,到哪里旅游,悉听尊便。而暂住证制度恰恰侵蚀公民的社会主体性,取而代之的是本地与外来(“暂住”)、城市与乡村的地缘身份。而由于血缘承续的关系,这一地缘身份也不得不继承,即便你生于斯长于斯,可因为你老爸老妈是“暂住”,你也只能暂住一段,最终还是要打道回府。请问,一国之内,迁徙无由,这是现代社会中人能够接受的规矩吗?

公民的法律主体性意味着他们是平等的社会成员,自由的理性行动者,独立的政治单元,意思

自治的主体。暂住证制度彻底否认了他们的平权地位,严重限制甚至剥夺了他们基于利益最大化而自由行动的可能性,根本无视其作为独立政治单元的国民价值,而将其纳入城乡二元、贤愚二元、尊卑二元、高下二元、应予保护的与可以随意侵害的等等非主体性归类之中。于是,公民的法律主体性不见了,取而代之的其实是某种予取予夺的物权关系。

公民的人格主体性不仅意味着他们享有天赋的人格尊严,更在于保有法律赋予的捍卫人格尊严的自由,在生存的基础上获得发展的空间,直至行使公民不服从这一自然法权的权利。“我这一辈子不能这样被荒废掉”,免于恐惧,追求幸福的权利。民主政体的主要职责就在于尊重公民的自尊,维持公民尊重他人尊严的法律意识,为公民的自我发展提供公平机制。从而,民主政体是公民免于恐惧的屏障,追求幸福的护符。暂住证制度恰恰将大多数公民的人格主体性葬送于“我不是东西,因为我(只能)‘暂住’”这一社会与法律合谋。一箍在头,时时受怕,夜夜惊心,深恐“又来查证了!”灰头土脸之下,人不人鬼不鬼,哪里还有什么公民的人格主体性。国民没有公民的人格主体性,则国将不国。

置此情形,朋友,你让他们怎么过日子?又怎么能过上好日子?

暂住证制度起源于特定的社会、历史背景。20世纪50年代末开始实行的高度集中的城乡二元计划经济体制及其判若霄壤的社会福利待遇政策,是1840年以来整个中华民族奋力建设现代民族国家的特殊时段的特殊努力。民族国家作为全体国民的文化、政治和法律共同体,要求国民奉献出自己的政治忠诚,就此而言,法律信仰即为一种对于民族国家的政治忠诚。国民怀持这一忠诚,兼具这一信仰,意味着他们认同这一文明,表明这一法律体系具有强大的政治感召力。历史早已证明,只有善法之治,才能具备这一特征,而使国民奉献出自己的公民忠诚与大众信仰。让国民在自己的国家落地生根,对这片土地怀持深深的眷念,其为一端。事关国家的整合和凝聚,统治的合法性与执政智慧,不进则退,朋友,你说暂住证制度是不是到了该休止的时候了。

荷尔德林诗赞:人,诗意地栖居于大地。笔者遥想:中国人,适意地游走于神州。

如此,公民不能老是暂住着。

警惕执法者规避法律

马怀德

(中国政法大学,北京 100088)

行政许可法实施已经半年有余,轰轰烈烈的宣传归于沉寂,行政机关也由开始的紧张焦虑变得轻松坦然了,老百姓与政府的许可官司虽偶有发生,但并没有像当初人们担心的那样,出现爆发和激增的情形,这与行政许可法颁布之初人们的预测形成强烈反差。

记得一年半之前,行政许可法刚刚颁布,宣传可谓声势浩大,报告讲座铺天盖地,各级领导带头学习,非经考试合格不得上岗,大有山雨欲来风满楼之势。法律实施前后更是剑拔弩张,行政机关和公务员如坐针毡,惟恐自己的饭碗被行政许可法砸掉。可是,法律实施刚过半年,紧张的气氛就消失得无影无踪,原有的威慑力也好像减了一大半,不能不让人怀疑法律的实施似乎也是一阵风。难道是我们当初过高估计了这部法律的杀伤力?还是政府严格执法,转变职能,从根本上减少了纠纷?纵观行政许可法从颁布宣传到实施准备以及正式施行的全过程,我们发现,可能最关键的因素是某些部门和领域的执法者成功规避了行政许可法,使得原本“威力巨大”的法律变得“虎头蛇尾”,最终被虚置。

法律实施之后,特别是审批项目清理接近尾声时,有些机关渐渐意识到,行政许可法虽然厉害,但只要将自己的许可审批行为“更名换姓”,改成诸如“核准”、“备案”等叫法,或者想方设法纳入所谓的“非行政许可的审批”以及“内部审批”、“有关民事权利的审批”,就会安然逃脱行政许可法的规范。

我们不禁要问,制定良好的法律何以被成功规避,立法者的智慧为何总是赶不上执法者呢?这究竟是行政许可法的困惑还是中国法治的悲哀呢?事实上,这不是行政许可法独有的尴尬,而是我们特有的“运动式法治”的一个缩影,是所有规范控制行政权力的法律难以逃脱的最终命运。

早在8年前行政处罚法颁行时就上演过立法者和执法者“猫捉老鼠”的游戏。当初,行政处罚法规定的听证程序被人们誉为中国正当行政程序

的新起点,具有划时代的意义,成为无数老百姓寄托希望的救命条款。可法律一旦实施,很多按照法律应当听证的处罚决定,却被聪明的执法者排斥在听证范围之外。方法也很简单,就是“指鹿为马”,把性质上属于处罚的行为换个名目,比如法律规定“吊销”许可证必须听证,那我就把所有的吊销决定改称为“注销”或者“撤销”,于是就逃脱了听证程序。比如,较大数额的罚款必须经过听证,那我就把罚款改称“保证金”。汉语词汇如此丰富,语义又是这般微妙,靠文字游戏规避法律看来不是什么难事。法律的实施者恰恰就是如此这般逃脱了立法者的“围追堵截”,成功迈向随意行政的“自由王国”。

看来,再好的法律,如果不能成功预见和防范执法者的规避可能,最终都会落得被架空和虚置这样的结果,这并不是危言耸听。当然,我们不能要求立法者全知全能,预见到所有规避法律的可能;也不能在丰富微妙的汉语词汇中穷尽各种说法;更不能频繁修改刚刚制定的法律。面对“道高一尺,魔高一丈”的法律规避现象,需要从立法、立法解释、执法观念以及司法监督等多方面加以规范和克服。

最重要的是立法者在立法之初就应当有防范执法者规避法律的意识,即使不能穷尽各种规避的可能,也必须为日后的解释和司法机关适用法律预留足够空间。特别在规定执法者拥有的权力时,必须明确列举,以防执法者日后扩大解释或者利用立法语言的模糊和立法中所谓的“其他”等条款随意增加自己的权力。如果不能对行政权力加以一一列举,也应当有原则性限制,从外在形式和实质性质上界定行政权力的范围。例如,在规定行政机关享有的行政强制权力以及行政强制法适用范围时,必须明确该法规定的强制权是行政机关运用物理方法迫使相对人服从行政机关决定和命令的各种行为,包括但不限于限制人身自由、查封、扣押、冻结财产等。即使行政机关日后试图将“双规双指”、“登记封存”等行为排除在行政强制

行为之外,也会因该行为的强制特征而感到力不从心。再比如,当立法者为行政机关设定听证义务时,不能简单地规定“行政机关认为需要听证或者法律法规规定应当听证”等条款,因为授予行政机关如此之大的自由裁量权无异于取消了听证制度,没有行政机关会认为自己的某一行为需要听证,也不可能在自己制定的法规和规章中规定听证的义务。只有立法者预见到行政机关会想方设法规避这项法律时,才可能作出“凡是影响相对人权利义务的決定,相对人在法定期限内提出听证要求的,均应举行听证”的明确规定,也惟有如此规定,才能防范执法者的规避可能。

防范执法者规避法律的另一个重要途径就是,在法律实施过程中,立法者针对出现的各种新问题必须及时作出明确无误的立法解释,对于已经或者可能出现的执法者规避法律的行为应当作出必要的回应,而不是任由执法者自行解释和适用法律。应该看到,目前普遍存在的执法者规避法律的现象与立法者的不作为有直接的关系,这也成为执法者规避法律的通常借口。执法者经常会说,由于法律规定过于原则和抽象,立法机关又很少及时作出解释,而执法任务不可能等待漫长的立法解释,所以执法者不得不按照自己的理解与需要进行所谓的“行政解释”。恰恰就是这种行政解释成为规避歪曲立法原意的重要方式。为此,敦促立法者对法律进行及时而必要的解释,杜绝行政机关作为执法者自行解释法律是防范法律

被规避的又一重要手段。

与此同时,执法者还必须忠实执行法律,遵循法治原则,领会立法原意。执法者规避法律的内在动力仍然可以归结为“扩张权力和利益,减少责任和义务”。如果法律已经作出了十分明确的规定,即使存在解释的空间,但行政机关为了获得权力和利益,减少责任和义务,执意作出违背立法原意的解释又该当如何呢?这时,已经触及到行政活动的基本原则问题了。执法者忠实执行法律,正确领会立法原意是一项基本的行政伦理准则,更是不言自明的法律要求。在行政活动中,执法者本不应该有任何规避法律的权力,即使法律存在缺陷和漏洞,作为公权力主体,也应当选择对相对人有利的方面解释和适用法律,而不是规避法律,减轻或者免除自己的公法责任。从这个意义上说,立法者可以容忍相对人规避法律的行为,但不能允许行使公权力的执法者规避法律。

我们还应当看到,立法者制定和解释法律的水平,对于防范执法者规避法律的作用是有限的,而且执法者的观念更新也需要时间。一旦发生规避法律的行为,仍然需要一个超越立法者和执法者意志的第三方居中裁判。如此看来,纠正和遏止规避法律行为的关键是法院公正行使司法权,作出令人信服的司法裁判。当执法者故意规避曲解法律时,应当允许利害关系人就此提出质疑,把最终的判断权交由法院行使,以保证法律实施不走样。

重视科学立法 推进依法治国

谭世贵

(海南大学,海南海口 570228)

依法治国基本方略的确立和实施,极大地推动了我国的法治进程。依法治国,顾名思义,只有依良法才能治国,如果依的是劣法或恶法,则不但不能治国,反而会误国或害国。因此,制定良法至关重要。2004年初,党中央、国务院提出树立科学发展观,坚持以人为本,实现经济社会全面协调可持续发展,这不仅对我国的改革、建设和发展具有重要的指导意义,而且对我国的法治建设同样具有重要的指导作用。在立法工作中贯彻落实科

学发展观,要求我们重视科学立法,以制定出体现人民意志、反映客观规律的良法,从而推进依法治国的进程。

首先,应当完善民主公开的立法程序。在世界各国,立法应当通过民主公开的方式进行,这已成为共识。立法程序是立法机关制定规范性文件的工作顺序、步骤和方法,是国家协调社会各集团利益冲突、规制社会秩序及配置社会资源以实现制度化的正当法律程序。“民主性与公开性

是现代立法程序的基本属性,也是现代立法程序作为一种制度文明的重要标识。具有民主性和公开性的立法程序堪称良法之母。^[1]而在民主政体下,立法程序的民主化有两方面的要求:一是要求立法机关应当有民主化的立法活动程序,包括它的立法活动应当有更多的公开性;二是公民和社会团体等能够充分参与、影响和监督立法过程。立法程序民主化的精义,就是立法要体现人民意志,保护人民利益。^[2]立法程序的公开性是保障人民群众积极参与立法、表达他们意见和愿望的基本条件,是确保所立之法能够体现最广大人民群众根本利益的必要措施,也是接受人民群众监督、防范“立法腐败”的重要举措。因此,立法机关有义务为公众提供有关立法活动的信息,有义务接受社会各界的舆论监督。同时,立法机关还应当不断改革法律法规草案的征求意见方式,如采取听证会、问卷调查、公开征求意见和建议等,实行“开门立法”,逐步完善法律法规草案的形成机制,使所立之法真正体现人民群众当家作主这一社会主义国家的本质特征。民主公开的立法程序保证了制定法律的过程是一个聚民意、集民智、凝民心的过程,是一个以看得见的方式实现人民当家作主的过程,既可以使法治理念得以活生生地展现在广大人民群众的面前,也可以使他们真切地感受到法治的真谛和关怀,而且“人民的参与强化了参与者遵循法律的内心动力。”^[3]这样就能够培养他们的法治意识,激发他们对于法治国家的无限热爱和美好憧憬,而这正是建设社会主义法治国家所必不可少的条件。

其次,应当贯彻以人为本的立法理念。根据中国科学院可持续发展战略研究小组组长、首席科学家牛文元的解释,以人为本的内涵包括:惠及全民,不能为某一阶级、阶层或团体;保障基本人群;创造就业、教育的平等机会;一切为人民服务;对弱势群体的救助;文明的共建与共享。^[4]树立以人为本的立法理念是保障公民权利、制约国家权力的必然要求,是法治思想在立法领域的最好体现。中华民族传统上历来强调国家利益、社会利益和集体利益,而个人利益则通常被边缘化,国家法律没有给予公民权利以足够的重视和关怀。例如,当因国家和社会利益需要而使公民财产受到损失时,法律往往没有规定相应的补偿措施,或者即使规定也难以弥补实际遭受的损失。显然,将应当由整个社会承担的不利后果强加于公民个体

的立法违背了法律所追求的公平与正义的价值目标。当今时代,是崇尚人权的时代,是国家利益、社会利益与公民个人利益相互包容的时代,是人本主义思想深入人心的时代。那种片面强调国家利益、集体利益高于个人利益的立法理念已经不能适应社会发展的潮流,缺乏人文关怀的法律将受到越来越多的质疑与抵制,从而其权威与尊严也就无从谈起。2004年3月,十届全国人大二次会议高票通过了宪法修正案,历史性地将“国家尊重和保障人权”、“公民的合法的私有财产不受侵犯”、“国家可以对土地实行征收或者征用并“给予补偿”、“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”等体现人本主义和人性关怀的法治理念写入宪法,使之上升为具有最高法律效力的宪法原则。这必然要求将以人为本、立法为民的法治思想贯穿于我国立法工作的始终,把尊重和维护人的尊严,把实现人民的愿望、满足人民的需要、维护人民的利益作为立法工作的出发点和落脚点。因此,在立法工作中,我们应当改变长期以来重国家权力的配置与行使、轻公民权利的尊重与保障,重公民义务的设定与分配、轻国家权力的制约与规范等错误倾向,实现立法工作从“强化公民义务和政府权力”向“强化公民权利和政府责任”转变。2003年国务院废除收容遣送制度,目前改革劳动教养制度的呼声亦日益高涨,这说明以人为本的立法理念正在得到社会各界的广泛认同,这无疑为科学立法提供了契机和条件。

再次,应当坚持求真务实的立法作风。在十六届中央纪律检查委员会第三次全体会议上,胡锦涛总书记向全党发出了大力弘扬求真务实精神、大兴求真务实之风的号召,他指出:“求真务实,是辩证唯物主义和历史唯物主义一以贯之的科学精神,是我们党的思想路线的核心内容,也是党的优良传统和共产党人应该具备的政治品格。”所谓求真,就是依据解放思想、实事求是、与时俱进的思想路线,去不断认识事物的本质,把握事物的规律。所谓务实,则是要在这种规律性认识的指导下,去行、去实践。^[4]按照求真务实的要求,我国的立法工作必须从社会主义建设和改革开放的实际需要和可能出发,必须与我国国情相结合,必须真正体现广大人民群众的根本利益和基本要求,以期获得人民群众的支持和拥护,使所立之法成为良法。一段时间以来,我国的立法工作出现

了两种倾向:一是脱离客观条件,不顾我国国情或者本地区的实际情况,为了“早日”填补法制空白,盲目制定大跃进式的立法规划,甚至照搬照抄外国的法律条文;二是在立法条件已经成熟的情形下,仍然瞻前顾后,踟躇不前,害怕承担政治风险,以致贻误立法良机。目前主要应当防止第一种倾向,即防止任务式、指标式、功利式、政绩式、做秀式的立法。事实上,法律法规的完备不在于数量,而关键在于质量。针对法律数量过多对理解和执法造成的不良影响,庞德在上个世纪40年代就作过如下描述:“其数量之巨大,卷帙之浩繁,尽管为了便于寻找合用的法规而不断增加了设备,仍然使得在法学家运用该词的第二种意义上去理解和熟悉全套法律成为远远超过一个人能力之外的事情。……法的统治已变成了法的倾盆大雨了。这种情况已成了执行法律的一个严重问题。”^[5]因此,我们应当在立法工作中始终坚持求真务实的工作作风,深入进行立法调研,重点审议法律法规草案的合法性、必要性、统一性和可操作性,将注意力切实转移到提高立法质量上来,积极落实执法机构设置、人员编制、经费保障等问题,避免所立之法成为“中看不中用”甚至“既不中看又不中用”的“植物法”。

最后,应当遵循科学严谨的立法技术。技术是自然科学中的一个概念,泛指“根据生产实践经验和自然科学原理而发展成的各种工艺操作方法与技能。”^[6]科学、严谨是技术的基本属性。而立法技术是指在法律的创制过程中所形成的一切知识、经验、规则、方法和技巧的综合,包括立法体制技术、立法程序技术和立法表达技术。其中立法表达技术是狭义的立法技术,即:如何表达规范性法律文件规定的知识、经验、规则、方法和技巧等,

包括法律文件的内部结构、外部形式、概念术语、语言、文体以及立法预测、立法规划等方面的技术。立法技术无疑是实现立法理念和立法目的的必要途径和手段,是使理念上的法转化为实践中的法的重要媒介,体现了立法的程序价值。遗憾的是,立法技术并没有受到我国立法机关的应有重视,就连“千呼万唤始出来”的《立法法》也明显偏重于立法制度的设置而严重忽略了立法技术的运用,未能就始终困扰我国立法界和严重影响法律法规实施效果的立法技术问题做出系统规定。在“立法运动”中,立法机关追求的是规模、速度、创新、特色,而忽视了立法技术的科学性和严谨性,由此导致耗费大量人力、物力、财力所制定出来的法律法规从生效时起就面临执行难的问题。我国现有近300个全国人大及其常委会制定的法律,800多个国务院制定的行政法规,还有7000多个地方性法规、自治条例和单行条例,其中大多数没有得到很好的实施和执行。殊不知“良法就是为人民利益所需而又清晰明确的法律。”^[7]如果希望所立之法不是纸上谈兵,也不是招摇过市、哗众取宠之法,而是行动中的法、生活中的法和实践中的法,能够真正发挥法所应有的指引、评价、预测、强制和教育等作用,那么就必须高度重视立法技术。科学严谨的立法技术是立法文明的重要标志,能够为制定具有科学性、明确性、可行性的法律法规创造有利条件,并在很大程度上降低法的实施和执行的成本。在社会主义法律体系初具规模的今天,科学严谨的立法技术更应当引起立法机关的足够重视。为此,笔者建议全国人大常委会法制工作委员会设立专门小组,深入研究立法技术问题,及时规范和统一立法技术,以确保我国立法的科学性和可行性。

[参考文献]

[1] 刘武俊.立法程序的民主性与公开性[N].人民法院报,2001-05-29.
[2] 李林.立法权与立法的民主化[A].法治论衡(第1辑)[C].北京:清华大学出版社,2000.36.
[3] 贺卫方.如何走出“禁放”困境[N].新京报,2004-01-28.
[4] 李崇富,吴波.论求真务实[N].光明日报,2004-02-13.

[4] 转引自:罗志荣.人是发展的尺度[Z].企业文明(电子版),2004-04-06.
[5] [美]罗·庞德.通过法律的社会控制:法律的任务[M].北京:商务印书馆,1984.112-113.
[6] 辞海(缩印本)[Z].上海:辞书出版社,1989.759.
[7] [英]霍布斯.利维坦[M].北京:商务印书馆,1964.271.