

变法模式与中国立法法

周汉华

本文以全球现代化的实践与理论为背景，考察了“自发模式”与“变法模式”的不同历史轨迹与不同特征。在此基础上，作者梳理了近年来我国立法理论与实务的基本思路，指出审议中的《立法法》（草案）存在三方面的问题：未能涉及立法与市场的关系（即立法或不立法）这一根本性问题；忽视立法实现资源的有效配置这一实体价值；在立法程序的民主性与科学性方面仍有欠缺。作者据此提出，我国《立法法》的出台宁肯慢些，但要好些。

关键词 变法 立法 立法法

本文作者周汉华，1964年生，中国社会科学院法学研究所副研究员。

立法及其法律控制近年来一直是我国法律理论与实务界的热点问题，学术界先后草拟过数份立法法草案，供国家立法机关参考。《立法法》（草案）日前在全国人大常委会的讨论，更将这一问题推上了正式的立法轨道。鉴于立法法对于整个法律体系的基础性作用和重要影响，有必要从我国社会发展与法制现代化的高度，对正在审议中的《立法法》（草案）进行评析。本文的重点，在于重新梳理我国立法理论与实务的基本思路。

全球现代化进程的历史事实说明，现代化可以分为两种实现途径：一是通过传统社会内部自发的因素实现现代化，一是在外部的压力下通过变革实现现代化。用制度变迁的理论解释，前者属于诱致性变迁，以响应获利机会而自发形成的社会秩序实现社会变革，可以称之为“自发模式”；后者属于强制性变迁，以法律规定强制实现社会变革，可以称之为“变法模式”。

自发模式产生于社会内部的需要。在西欧，市场经济以及与之相应的交易规则和产权制度都是在漫长的自然秩序中形成的。在欧洲民族国家出现以前，法院、海商法、财产法、保险法、合同法等基本制度与规范已经形成，民族国家形成以后，只不过是法律的形式对早已形成的制度和规范予以确认和规范化而已。可见，在自发模式下，规范、制度的形成与国家的有意识

林毅夫：《关于制度变迁的经济学理论：诱致性变迁与强制性变迁》，载刘守英等译《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，上海三联书店1991年版。

参见 Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Chapter 2 (1983); 道格拉斯·诺思、罗伯特·托马斯：《西方世界的兴起》，厉以平等译，华夏出版社1989年版。

立法活动没有必然的关系。

自发模式的顺利实现取决于社会内部的传统性与现代性之间的兼容关系，如果兼容关系较弱，则无力从社会内部产生出推动现代化的制度安排。由于自然经济和集权政治等诸多原因的影响，亚洲国家未能在社会内部自发产生推动现代化的制度因素。即使在西欧，也并不是每一个国家都能从社会内部不断产生推动现代化的因素。

然而历史表明，自发模式并不是现代化的唯一途径，变法模式同样可以实现国家的现代化。在西方，相对而言较后发展的发达国家并没有刻意从头重复较早发达国家的自发过程，而是直接采用强制性制度变迁的方式引入有效率的经济组织和交易制度。美国法对英国法的既受和法国民法典对欧洲大陆其他国家的影响，都可以充分地说明变法模式的有效性。事实上，当代西方国家的私法大都或多或少直接源于或借鉴于罗马法或英国普通法。庞德因此提出，“一个法律制度的历史很大程度上是从其他的法律制度借鉴法律材料的历史”。尤其是，从自由资本主义转入国家干预主义以后，不论是立法方式上还是国家与市场的相互关系上，西方国家应该说都大量地采用着变法模式来对社会生活进行调节，国家对社会生活的干预程度与范围使自发模式的制度变迁已经越来越少见，活动的空间越来越受到限制。

现代化理论及实践表明，发展中国家要实现现代化，需要比早发达国家有更大程度的政府干预和控制。并且，根据制度经济学的原理，自发的制度变迁必须是在预期收益大于预期成本的情况下才会发生。发展中国家的政府既是政治权力的持有者，也是经济中占支配地位的国有资产的所有者和整个社会经济活动的计划组织者，因此，发展中国家自发的制度创新的成本异常高昂，这就使政府推动下的变法更显重要。除非由政府引入法律、政策以建立和保护与市场兼容的制度，强制推进制度变迁，市场不可能自发形成。这样，立法与变法具有了不可分割的联系，立法构成了变法模式的基本表现形式。

由于两种社会的发展轨迹不同，自发模式与变法模式的特征具有明显的区别：

第一，市场秩序与规则。自发模式是在市场秩序形成的过程中在市场主体间自发产生交易规则，然后由国家以法律的形式对自发形成的规则予以确认。“这种经过交换和在交换中才产生的实际关系，后来才获得了契约这样的法律形式”。变法模式则是通过国家制定强制性的规则来引导、促成市场秩序的形成。它是先有法律规则，后有市场秩序。

第二，中央与地方的关系。自发模式本质上是一种个人行为或地方行为。即使有统一的国家权力存在，中央政府也不会对个人的行为或地方特色进行干预，因此各个地方的特殊性以及与之相应的公共产品（如纠纷解决机制、交易惯例等）可以得到多样化的发展。在变法模式下，

道格拉斯·诺思、罗伯特·托马斯：《西方世界的兴起》第10章。

“欧洲工业化所创造的所有新制度实际上是不同国家的法律人对话的结果。” Helmut Coing, *European Common Law: Historical Foundations*, in Mauro Cappelletti, *New Perspectives for a Common Law of Europe*, 38 (1978)。

Quoted from, Alan Watson, *Legal Transplants*, 22 (1974)。

Can see, Mattei Dogan, (ed.) *Comparing Pluralist Democracies: Strains on Legitimacy*, 16 (1988)。

参见 T. 帕森斯《现代社会的结构与过程》，梁向阳译，光明日报出版社 1988 年版，第 131、95 页；赛缪尔·亨廷顿：《变革社会中的政治秩序》，李盛平、杨玉生等译，华夏出版社 1988 年版，第 139 页。

“改革过程中，不但强制性制度变迁的实现必须通过政府的强制实施，诱致性制度变迁也必须通过政府放松约束才能实现”。苗壮：《制度变迁中的改革战略选择问题》，载盛洪主编《中国的过渡经济学》，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版，第 100 页。

《马克思恩格斯全集》第 16 卷，人民出版社 1956 年版，第 423 页。

为了保持对整个变法过程的调控能力和贯彻公平原则，推动变法的权力主要集中在中央政府。并且，为了打破地方势力对变法的分割和阻扰，适度的中央集权更变得不可或缺。

第三，基础性制度安排与第二级制度安排。变法必然涉及制度与观念的根本性变革。没有基础性制度安排的变革，整个改革过程将会因为缺乏客观的评价标准而陷入无休止的争论中。在自发模式下，由于第二级制度安排形成于交易方的协议，因此，在基础性制度安排发生变化以前，很有可能发生的是第二级的制度变迁，逐步导致对基础性制度安排进行更根本性的修改。根本性变革能在短期内实现变革的目标，但其实现成本较高，容易给社会生活带来突然性的变化和震荡。渐进性变革需要的时间较长，但其实现成本低，过渡平缓。

第四，市场秩序与法律体系的形成时间。变法模式力求在一个比较短的时间里建成法律体系，并以变法方式在短时间里促进市场秩序的形成。自发模式所形成的市场秩序与法律体系往往经过长时间的历史积淀，任何一部法律的最后制定，都是市场长期自发选择的结果。

第五，法律的稳定性与变动性。自发模式下的法律是经过长时间市场选择的结果，因此一旦制定法律，其生命力牢牢根植于市场秩序本身，除非社会结构发生大的变革，法律都可以保持其稳定性和可预见性。变法模式下的法律是一种人为的创造和推动社会变革的工具，随着社会生活的发展随时调整法律，应是变法战略的题中应有之义。由于每一次法律变动都是使法律能够更有效地推动市场秩序的形成，这种变动性并不会破坏人们对法律的合理预期。

第六，法律的本土化与国际化。自发模式下的规则形成完全是市场秩序的自发选择结果。在变法模式下，政府往往是借鉴发达国家的成功经验，将其法律观念与制度移植到本国。从形式上看，发展中国家采用变法模式似乎缺乏本土化的支持。然而实质上，市场经济并不是发达国家的专利，因此相关的观念与制度也不意味着就是西方国家的专利品。当然，如何将西方国家成功的法律观念与制度与发展中国家的具体国情相结合仍是一项艰巨的工作。在法律制度史上，任何一次成功的法律移植或借鉴都是一种本土化的过程，变法与本土化并不矛盾。

二

自发模式下的规范与制度是市场经济的内在要求经过长期的历史积淀后在法律上的反映，因此，大致能保证国家的立法与市场经济所要求的法律关系的一致性。在变法模式下，市场秩序是在国家法律的推动下形成的，法律因而是外加于市场的。如果立法不能反映市场的要求，或者立法超越或滞后于社会生活的发展程度，就会使书本上的法律与市场所要求的法律关系出现错位与脱节，甚至以立法来扭曲市场的客观要求。这是变法模式下立法活动的固有风险。

如果改革不同步，率先改革或采用新体制的地方或部门有可能在一定阶段成为改革的牺牲品。要打破这种局面，只有加强中央政府的宏观调控。

根据制度变迁的一般理论，基础性制度安排具有公共物品的性质，第二级制度安排具有私人契约的性质。见陈郁《制度变迁、市场演进与非正式的契约安排》，载张曙光主编《中国制度变迁的案例研究》，上海人民出版社1996年版，第31页。

参见蒋立山《中国法治道路问题探讨》（下），《中外法学》1998年第4期。

“当两种伟大的文化力图以同情之心相互理解，诚恳地相互模仿时，他们各自都会得到成长，他们在相互接触之后能够更忠诚地各自保持其本身的全部特征”。詹姆斯·奥康内尔：《现代化的概念》，《比较现代化》，第35页。

变法的这种风险根植于法与法律的区别或法的应然与实然的区别。这种区别是法哲学的核心问题之一，从古希腊哲学家关注实在法与自然法的关系开始，始终缠绕着每一个法学家和法学流派。尽管当今世界的三大主要法学流派对这一问题的回答迥异，但它们无一不承认实在法与超越实在法之外的某种应然法的区分。

马克思主义法学同样承认法的实然与应然之间的区别。马克思指出，立法者“不是在制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律”。后来他进一步指出，“法的关系正像国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质的生活关系”。根据马克思主义认识论，法律应当“是事物的法的本质的普遍和真正的表达者。因此，事物的法的本质不应该去迁就法律，恰恰相反，法律倒应该去适应事物的法的本质”。“法的关系”、“事物的法的本质”是指由经济关系所派生和决定的法律关系，是在一定生产方式下，人与人的关系所必然产生出的权利义务关系。法律与立法则是立法者对经济关系与法的关系的主观表述，是立法者意识活动的产物。某一制定法既可能符合“法的关系”，也可能部分甚至完全不符合“事物的法的本质”，出现法律与法之间的错位和脱节。

在自发模式下，市场主体间的权利义务完全依据经济关系所决定的法律关系由当事人自愿确定，这种权利义务关系经过充分的发育之后，经由国家权力的作用固定为法律。这样，法与法律之间的关系是一种决定与被决定、反映与被反映的关系。尽管因为立法技术或认识过程的复杂性等原因可能会使法律在一定程度上不能完全复写客观的法律关系，但自发模式下的法律只能忠实地反映客观存在的法律关系而不能脱离法律关系进行创造。这就决定了自发模式下的立法不可能与客观的法律关系出现大的脱节。

在变法模式下，立法是在市场经济以及与之相应的法律关系并不存在的情况下启动和进行的，目的是以法律为工具来促进市场经济的形成。这样，法与法律应该具有的决定与被决定、反映与被反映的关系出现了倒置，法律早于法律关系而出现。在这种情况下，无论立法者多么聪明，多么详细地研究和借鉴别国的经验，都不可能完全避免法律不能反映市场经济以及法律关系的客观需要或法律与现实发展脱节的后果。加之立法者往往与旧的体制有着千丝万缕的联系，在改革发展到一定程度或市场的作用逐步增大以后，变法可能会影响到立法者的实际利益，甚至可能使立法者成为继续改革的对立面。这样，立法者所制定的法律就会与现实的需要相脱节甚至相背离，出现法律规则愈多，离市场经济所要求的法律关系愈远的二律背反现象。

具体而言，变法是以国家权力推动市场的形成，构造市场要素，它是对自发市场秩序的一种人为干预。然而任何干预都是有成本和代价的。立法的成本主要由三部分组成：社会成本（社会为遵守法律规定而付出的成本）、立法机关成本及执法机关成本。立法机关成本与执法机

参见李步云《法的应然与实然》，《法学研究》1997年第4期；郭道晖《论法与法律的区别——对法的本质的再认识》，《法学研究》1994年第6期。

哈耶克甚至以《法、立法与自由》为书名来显示法与法律的区别，F. A. Hayek, *Law, Legislation, and Liberty* (1973)；也可见信春鹰《20世纪西方法哲学基本问题》，《法学研究》1993年第1期。

例如，自然法学派坚持国家的制定法必须符合自然法的精神和原则；分析法学派主张将实然的法与应然的法区分开来；社会学法学认为制定法只是书本上的法律，而社会生活中实际起作用的则是现实的法律。参见沈宗灵《现代西方法理学》第3章，北京大学出版社1992年版。

《马克思恩格斯全集》第1卷，第183、139页。

《马克思恩格斯全集》第13卷，第8页。

对渐进性改革愈深入则难度愈大的分析，可见樊纲《论改革过程》，载《中国的过渡经济学》。

参见郑成良《法律、契约与市场》，《吉林大学社会科学学报》1994年第4期。

关成本可以度量，而国家对市场进行干预的社会成本往往无法计算。一些国家的情况表明，立法可能给社会造成巨大的负担。国际学术界已越来越多地将国家以立法形式对市场进行干预所造成的社会成本与通常的财政支出相题并论，后者以税收的形式由社会负担，前者以间接税收的形式加诸社会。问题在于，立法的社会成本不受任何财政预算控制，政府因而可以任意对社会施加这种成本。在社会承受能力不变且财政预算控制严格的情况下，政府必然会以更多立法的方式转移社会成本的负担以实现施政目标。结果，法律越多，社会的负担越重，企业的竞争力越弱，消费者的损失越大。这是立法在当代世界各国存在的最普遍、最尖锐的问题。

变法模式的缺陷并不构成对其有效性的否定，并不意味着人类应当重新回到自由放任的年代。变法模式的风险只是提示着必须对立法活动进行控制，决定着对立法进行控制的立法规范的客观存在依据，尽管从形式上看这种立法规范并不一定表现为一部统一的立法法。并且，立法法的主要使命应该是防止立法扭曲市场秩序，增加社会成本。

三

从理论研究与各国的实践来看，对立法弊病的补救可以从两个方面进行：(1) 在变法模式下引入自发模式，鼓励自发的制度变迁，以自发模式消除成文的法律与现实的法律的冲突根源；(2) 在变法模式框架内实现立法的民主化与科学化。

在变法模式下引入自发模式可以采用双轨制，两者处于平行状态，各自独立发展；也可以采用交叉制，以变法模式来推动自发制度变迁的形成，或以自发的制度变迁推进变法进程。

由于市场行为归根到底是一种市场主体追求利益的自主自愿行为，无论政府怎样控制，只要存在人与人之间的相互关系，存在社会分工与生存需要，自发模式都会在一定程度上存在。为降低交易费用，使市场主体的个人收益与社会收益接近，市场主体必然会不断进行各种各样的制度创新。在我国，经过二十多年的改革，高度集中的中央计划体制已基本解体，中央政府对整个经济活动的管制大大弱化，传统的公有制经济也为多元所有制结构所取代，市场要素已逐步发育形成。这种环境为由获利机会诱发的自发行为提供了相当的制度创新空间，市场主体因而有可能通过自发行动界定、保护和实施产权，构建市场制度。如果市场可以自发形成，由

在政府干预较少的美国，政府对市场进行干预所造成的直接社会成本仍超过国民生产总值的4%，达到财政预算的15%—25%。见 Robert W. Hahn and John A. Hird, *The Costs and Benefits of Regulation: Review and Synthesis*, 8 *Yale Journal on Regulation*, 233 (1991)。

例如，国家既可以以财政支出的形式统一对环境进行治理，也可以通过立法的形式要求企业投入资金减少污染。在前一种情况下企业的负担是税收，在后一种情况下企业的负担是间接税收。

See, John F. Morrall III, *Controlling Regulatory Costs: The Use of Regulatory Budgeting*, 7 (1992)。

据考察，70年代的劳动与环境立法使美国制造业的生产力下降了31%。W. Gray, *The Cost of Regulation: OSHA, EPA and the Productivity Slowdown*, 77 *American Economic Review*, 998 (1987)。

有关理论分析可见乔治·施蒂格勒《产业组织与政府管制》下篇，潘振民译，上海三联书店1989年版；Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform*, (1982)。

对国家干预主义批判最为激烈和全面的哈耶克，在立法观上采取的仍是理性主义的方式，主张以无遗漏的规则调整人们的生活，不为自由裁量权留下任何空间。可见 F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, 54 (1944)。

实际上，类似我国《立法法》(草案)这样从源头上进行详细的立法权限划分的立法在世界上尚无成例，最为接近的仅有法国1958年宪法第34、37条，而后者也只是原则性地明确了议会的立法权限。

政府变法提供制度安排也就不再是市场化的惟一方式。政府只需要放松对自发行动的限制，退出相关领域，为自发的制度安排提供创新空间。随着新的产权及相应的市场规则的建立，或者可以由自发形成的非正式安排约束、规范人们的行为；或者可以将其转变为正式的制度，以国家法律的形式来降低非正式制度安排的交易费用。

可见，引入自发模式后，与其由政府通过立法来预先制定疏而不漏的市场规范，不如转变立法方式，放松政府规制，首先由市场主体进行制度选择与制度创新，并在此基础上形成法律规则，实现书本上的法律与现实中的法律的统一，从根本上消除立法可能存在的缺陷。应该承认，由于长期“大一统”观念的影响，我们已经习惯于以无所不在的国家权力来解决社会生活中的所有问题。对于本应由市场或社会自己解决的问题，我们也采用了统包统管的方式，并伴以相关的政策或法律规定。改革开放以来的实践表明，政府管得过多、管得过宽并不利于市场经济的形成与市场主体积极性的发挥。

除了采用增量方式改革外，还可以将变法模式与自发模式交织在一起。我国的改革实践表明，既可以通过变法模式启动市场化的进程，然后在市场的自然选择中形成社会秩序，也可以通过立法的方式强制推广某些地方自发形成的改革经验。我国立法实践中的地区试点或试行，往往先通过社会震动不大的试验性立法进行强制性制度变迁的尝试，然后在市场的自发作用中考察、评价变法的得失，变法是否进一步推广则完全取决于市场的自发选择。这种办法既可以发挥变法对制度变革的推进作用，又不致于造成脱离实际的变法；既重视自发选择对制度变迁的最终决定作用，又不坐等自发机制的形成，因而在实践中具有很强的生命力。另外，将人民群众的自发创造予以认可并以强制性的立法方式进行推广，构成了中国式改革的一个主要特点。农村家庭联产承包制、价格双轨制、股份合作制、基层民主制等新的经济制度与政治制度都是在人民群众的自发创造的基础上得到推广的，它们结合了变法模式与自发模式的优点。

自发的制度变迁的主体主要是市场的参加者，如企业或个人等私法主体，由它们在交易中形成各种惯例和制度安排。然而有效率的制度并不只局限于经济制度或市场规则，它还要求相应的社会经济管理制度、政治法律制度等。这样，国家及其各级政府机关除了作为平等的市场主体参与自发的制度变迁以外，也作为公共产品的提供者成为自发的制度变迁的主体。对于国家机关而言，并非所有的制度安排都是由法律提供的，它们在实践中也创造着大量新的制度。

我国经济学界谈论的增量改革方式，就是在传统的体制之外引入市场机制，在变法模式下引入自发制度创新。在成文法剧增的当代西方国家，出现了普通法与立法同时增长的奇特现象，这实际上代表着变法模式与自发模式的共同作用。参见 Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* (1982)。例如，在本应由企业自主决定的投资领域，由于害怕出现重复建设，一直由政府严格进行行业规制。但这种政策并不总是那么有效，有时甚至阻碍市场的发展。有关案例分析可见刘世锦等《竞争推动产业进步——中国电冰箱行业生产与集中过程的实证研究》，《中国制度变迁的案例研究》，第 186 页。除了严格意义上的法规，国家机关还创造了大量的法律惯例或现实的法律制度。例如，对于法律援助问题，有关的法律要求有关规定必须由国务院制定。司法部在草拟了《法律援助试行条例》并了解到国务院不可能通过有关决定后，以部发通知的形式建立了法律援助制度。这种以通知形式实际承担规章或法规作用的做法，就是非常典型和常见的国家机关制度创新形式。见张耕主编《中国法律援助制度诞生的前前后后》第 10 章，中国方正出版社 1998 年版。国内一些学者在研究制定法的不足时提出了所谓“民间法”的概念，凸显相对于制定法而言的民间自发创造，是有意义的。然而，“民间”两字有过于强调公法主体与私法主体相对立的缺陷，容易使人产生自发的制度变迁只能产生于民间的联想，因而不是一个科学的概念。民间法概念的另一个缺陷是它使用了“法”这一规范性评价结论，好像所有的自发制度创新都是合法的，都已经有了规范性结论，这种推理显然是不成立的。见苏力《法律规避与法律多元》、《再论法律规避》，载《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版。

在变法模式下引入自发模式，不论自发模式与变法模式是交叉关系还是平行关系，都会涉及对非规范的自发制度变迁的法律评价，即这些自发的制度变迁是否为制定法所容许。如果这些制度变迁为制定法所容许，则它们能成为新制度的生长点；否则，它们实际上构成对制定法的违反，应遭到禁止或惩罚。这就涉及非常复杂的评价标准问题，本文不打算在此详细加以讨论。作为暂时的结论，可以认为在自发模式下一个行为合法不合法，基本取决于作为独立表现形式的法律体系的规定。在变法模式下，由于变法模式的固有风险，变法所构造的法律体系可能与现实生活或市场经济的基本要求完全脱节，形式上非常完备的法律体系在实践中可能根本不起作用。如同庞德所云，法律体系“必须根据其达到的结果和实现目的的程度，而不是其逻辑过程的华丽加以评价”。这样，变法模式下的评价标准就不能仅仅局限于形式标准，还应该从功效标准与价值标准进行估量。

从立法法的角度考虑，在变法模式下引入自发模式，首先引出的问题不是立法或如何立法，而是不立法或如何“不规制”（deregulation），即如何在最大的限度内充分发挥市场与个人的首创性与积极性，首先由市场进行制度构造与选择。在各国法律与经济领域，在学术界与实务界，不规制从80年代以来已成为一场席卷全球的运动，立法问题实际上已经实现了话语转换，变为不立法问题。只有先明确哪些不应该立法，才能进一步探讨哪些可以立法。这样，在众多可被称为立法法的各国法律规定中，不立法的考虑与规定占据了绝对的优先地位。

然而在我国，长期以来，法律理论界与立法界对立法法的关注始终集中在立法权限、立法程序、立法监督、立法解释等立法体制本身的问题上，不规制的讨论仅局限于部分经济学家。这样，在呼之欲出的《立法法》（草案，1999年8月5日稿）及其立法说明中没有任何部分涉及这一问题也就丝毫不奇怪了。这应该是《立法法》（草案）的最大疏漏，也是最致命的疏漏。如果不首先解决该不该立法这一前提问题，不首先明确政府是否应该对市场进行干预，对哪些领域进行干预，干预的程度、范围与成本等，很难设想，仅仅实现立法体制的法律化会对立法质量的提高与市场经济的形成有任何实质性的意义。从这一意义上看，《立法法》（草案）只能算是半部立法法，是缺少了基础支撑的立法法。在我国，由于历史的原因，干预过多、管得过死仍然是阻碍市场机制形成的主要障碍。如果不从根本上解决立法干预社会生活过多的弊病，《立法法》（草案）完全有可能使政府对市场的不当干预合法化、神圣化。从《立法法》（草案）的这种先天不足，不但可以再一次窥视我国法律与社会“两张皮”之间的巨大差距，折射立法理论与实务局限于法律规则而与现实社会发展宛如隔世的距离，也可以感知我们对当代世界法治与立法经验的了解与认识是多么的有限。

Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Columbia L. Rev.* 605 (1908).

在受到亚洲金融危机严重冲击的日本和韩国，最后的诊断药方是减少政府对银行过多的规制立法。在今年的APEC首脑会议上，立法改革，减少政府干预，更成为一项主要的会议成果。

参见OECE, *The OECD Report on Regulatory Reform* (1997)。

例如，荷兰《立法指导原则》首先要求界定立法的目的并评估社会自律的能力。德国《联邦法律案注意要点》规定应明确是否有必要制定法律，如果不制定会发生什么。日本《1988年不规制原则》明确规定“自由是原则，规制是例外”。加拿大《公平对待公民立法法》规定，除非有清楚的证据表明存在问题并且政府干预有必要，则政府不应该立法。芬兰《行政机关正确起草法律规范手册》规定，只有通过任何其他方法不能达到目的时才应该立法，立法应该基于实际的必要性。经济合作与发展组织理事会《加强政府立法质量建议》提出，应将市场当做政府干预的替代选择，多让市场解决问题。

理论界与职能部门对立法问题的关注点，可见李步云主编《立法法研究》，湖南人民出版社1998年版。

四

在变法模式下引入自发模式，可以消除书本上的法律与现实中的法律的对立，使法律制度真正反映事物的法的本质。然而，其弊端也非常明显，那就是自发的制度创新往往是以非规范的形式出现的。如果机械地以形式标准来判断，这些自发的制度创新有可能都被认定为非法。即使能够加上功效标准和价值标准，也存在对这些自发的制度创新的性质不易认定的困难。在法律规定不严密的情况下，一项新的改革或创造究竟是进步举措还是违法行为，其界限确实难以划定。这样，个人、企业、社会或政府机关从事该种行为的危险将会异常巨大，这种不确定性极有可能使制度创新的预期成本大于预期收益，使自发的制度创新不可能出现。另一方面，如果允许大量的非规范行为存在而不能从法律技术上予以合理的评价和处理，势必会造成人们对法律制度权威性的怀疑。从这个角度看，通过立法改革，实现立法的民主化与科学化，以法律规定预先提供合理的制度安排，给市场主体明确的行为规范，既可以最大限度地缩短法律与社会的距离，又可以避免对自发制度创新性质的认定困难，维护法律制度的权威。

自国家干预主义盛行以来，各国普遍采用变法模式弥补市场机制的缺陷。然而近年来，政府对市场大规模干预的缺陷越来越明显，因此立法改革成为全球范围内尤其是发达国家最为关注的问题之一。除了在有关的法律、法规或国际条约中零散地对立法改革做出一些规定以外，许多国家还专门制定了立法改革的各种原则、指导政策或指导手册等。在改革思路方面，一是从程序上实现变法模式的公开与民主；二是从实体上实现变法模式的科学与效率。

首先从结果来看，立法改革取得了巨大的成功，其社会影响远远超出最初的预料。对于国家，改革所带来的国内生产总值（GDP）的增加值可以达到三至六个百分点；对于企业，改革加强了它们的竞争力和技术创新能力；对于政府机关，改革减轻了它们的负担，并使法律的遵守情况得到极大的改善；对于消费者，改革促进了企业间的竞争，降低了物价；对于劳动力市场，改革增加了就业机会和劳动者的收入……由此可见，深入研究各国目前正在进行的立法改革，可以借鉴许多有益的经验。

需要说明的是，政府对市场的规制基本上都是以法律或行政立法的形式进行的，因此，立法改革可以说是政府规制改革的自然延伸或重要组成部分。

如美国的《联邦行政程序法》、荷兰的《行政法典》、美国国会的内部规则、美国总统行政命令、世界贸易组织条约、北美自由贸易协议等，都对立法作了许多规定。

奥地利、加拿大、欧洲联盟、经济合作与发展组织理事会、芬兰、德国、日本、荷兰、西班牙、英国、美国等，都制定了专门的规范性文件。

程序改革与实体改革往往能够相互促进，互为条件。一个好的立法程序必然可以提高立法内容的科学性，减少社会成本。从这个角度考虑，《立法法》对立法权限、程序、监督、解释等立法体制本身的规定有其不可忽视的意义。

OECD, *The OECD Report on Regulatory Reform: Summary* (1997).

比如，澳大利亚立法模式改革所带来的年 GDP 增长率为 5.5%。见 OECD, *Regulatory Reform: A Country Study of Australia*, 7 (1996)。

通讯领域的规制改革使电话服务费在英国降低了 63%，在日本降低了 41%，长途话费在芬兰降低了 66%。在美国，1976 年至 1993 年，航空机票费实际降低了三分之一，其中的一半归功于废除各种不合理的规定。

应该看到，发达国家也只是最近二三十年才对变法模式进行深刻的反省和改革，许多做法仍在探索阶段。如果我们能够抓住机遇，完全有可能在立法改革方面大有作为。

立法程序改革主要表现在三个相互联系的方面：在政府与民众的关系上实现以社会权利制约国家立法权；在国家机关之间的关系上实现以权力制约权力；在立法权的行使上以明确的法律规定制约权力。主要做法包括：增加政府官员的责任，设立专门的中央监督机构，加强对立法的监督；加强立法机关之间的信息交流和反馈，掌握立法的数量、成本、效益和趋势；加强法院对立法的司法审查，维护法制统一；加强议会对行政立法的控制，平衡行政独立性与行政责任，既充分发挥又有效控制行政机关的立法裁量权；增加政府决策的透明度与开放性，鼓励公众或利益集团参与立法过程；权力下放，将立法权更多地交给与人们生活更接近的地方政府；简化立法，减少立法的不确定性；限制法律存在的时限，减少立法对公众生活的干预；协调国内立法与国际条约的关系；更好地向民众说明立法的必要性，等等。

在我国，随着法律手段的广泛运用和立法数量的逐步增多，立法过程中的各种问题也开始暴露。立法理论界与实务界普遍意识到的问题主要有：有些机关越权制定法规、规章；有些法规、规章同法律相抵触或者法规之间、规章之间、法规与规章之间存在着相互矛盾、冲突、不衔接的现象；有些法规、规章的质量不高，存在着不顾国家利益而为部门、地方争局部利益的倾向。基于这种认识，《立法法》（草案）主要从立法权限、立法程序、立法解释与立法监督等

已经有国家采用立法预算（regulatory budget）对立法进行控制，立法不得超出预算规定的立法社会成本。在美国制定1990年清洁空气法修正案时，该法的年社会成本首先被确定为250亿美元，由此而使该法采用了许多创造性的规定以满足预算的要求。在实施该法时，为确定每类产业所承受的社会成本上限，行政立法机关也相应地确定了不同产业的立法社会成本预算。见 U. S. Office of Management and Budget, *Budget of the U. S. Government FY 1993*, I-401 (1992)。

学者研究发现，在立法的社会成本相当的情况下，在不同的领域立法的社会效果明显不一样。例如，以立法提高汽车的安全标准与禁止某种石棉产品的生产所导致的社会成本都是10亿美元，但前者可以挽救1万人的生命，而后者只可以防止13.7人患癌症死亡。在这两者中间，还有许多应该立法的领域。如果暂时不考虑其他因素，只考虑挽救每一生命的成本，则立法显然应该从成本最低的领域开始。可见 I. Broder and J. F. Morrall, *The Economic Basis for OSHA's and EPA's Generic Carcinogen Regulation*, in Richard Zeckhauser and D. Leebaert (ed.), *What Role for Government* (1983)。

Can see, e. g., Mauro Cappelletti, *Judicial Process in Comparative Perspective* (1989)。

荷兰《立法指导原则》要求，凡授予行政权力时应尽可能制定法律规范；另一方面，施以处罚的机关必须拥有相当程度的自由裁量权以确定处罚的性质和范围。芬兰《行政机关正确起草法律规范手册》规定，应避免过于具体的条款，给执法机关和人员一定的自由裁量权。

这方面的改革举措，可见周汉华《行政立法与当代行政法》，《法学研究》1997年第3期。

多尔夫与沙比尔教授指出，国家干预主义时代的权力集中化使宪政理念受到威胁，但是相互孤立的地方化知识也无法找到解决地方问题的最好办法，他们提出一种分权化的政府理论，主张在信息流通的基础上便利利用地方性知识解决问题。Michael C. Dorf and Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 *Columbia Law Review*, 287 (1998)。樊纲先生在提出解决“非规范收入”现象的办法时也得出异曲同工的结论，主张将控制乱收费的权力交给地方的人民。樊纲：《论公共收支的新规范——我国乡镇“非规范收入”若干个案的研究与思考》，《中国制度变迁的案例研究》，第110页。

荷兰《立法指导原则》规定，立法机关必须保证立法简洁明了，不能经常修改。加拿大《公平对待公民立法法》要求政府机关以清楚的语言向民众说明立法的理由。奥地利《起草与制定法律指导原则》要求，法律案必须以文法清楚的短句子起草，使用普通和连贯的表达方式。

德国《联邦法律案注意要点》要求明确法律规定的有效期限是否应该受到限制，是否可以规定有时间限制的“试行”条款。美国《削减公文法》规定，联邦政府的任何公文要求只能实施三年。芬兰《法律规范法》要求每五年对法律规定的必要性和适当性进行评估，以确定是否需要废止或更新。

瑞典《内阁办公室立法指导原则》要求审查国内立法与国际法尤其是欧盟法是否协调。芬兰《行政机关正确起草法律规范手册》规定，芬兰不得制定与国际合作不符的法律规定。

方面对立法体制的问题做了相应的规定。从理论上分析,《立法法》解决这些问题肯定可以促进立法效率的提高,促进社会主义市场经济的形成。然而必须看到,我国立法存在的问题绝不限于立法体制。即使是立法体制的问题,解决的关键也不在立法体制之内。在立法的程序方面,《立法法》(草案)应该说未能解决缺少权威的立法规划与监督机关的问题,未能解决缺少立法的社会参与问题,未能解决人民法院对法律的适用问题,未能解决地方立法的积极性与探索性问题,未能充分发挥行政立法的作用,未能引入立法的成本控制机制,未能对立法技术问题给予足够的关注。可见,即使关于立法体制本身,《立法法》(草案)也是一部视野非常有限的文本。

变法模式的目的在于以立法来促进资源的有效配置,形成市场调节机制,因此,各国立法改革的实体方面集中在实现立法的经济价值,提高立法的质量和社会效益。长期以来,各国大多习惯于传统的命令与服从式立法,以“一刀切”的方式进行社会管理。这种立法方式的缺陷是比较僵化,过于具体,成本过高,执行不力。结果造成立法的效益下降,立法的社会成本增加。近年来,各国开始对传统的立法方式进行改革,拉近立法与市场的距离。主要措施包括:明确政府与市场的界限,减少立法对市场的干预;采用诸如经济刺激、自愿协议、自我规制、信息披露、行政指导、协商等调控方式,弥补立法的缺陷;改革传统的命令与服从式立法

国务院法制办公室与全国人大的法制工作机构分属不同系统,而全国人大的法制工作职能分散于众多机构之间。严格地说,我国至今仍无一个统一规划与监督法制工作的机构。

《价格法》与一些地方性法规早已明确规定了立法的社会参与机制,《立法法》(草案)未能作相应的规定,应该说是一个退步。

严格按照《立法法》(草案)的规定,法院在审判实践中遇到的几乎所有问题都要向全国人大请求法律解释;除最高法院以外,各级法院审理案件根本没有选择适用法律规范的权力。

按照《立法法》(草案)对中央立法权的列举,目前地方立法的许多行之有效、广受社会欢迎的规定,如人大监督、法律援助、招商引资、消费者权益保护等,权力都要收归中央。如果中央立法不能及时跟上,这些领域必然会出现一定的立法真空。另外,鉴于中央财政与地方财政各自独立,立法权的过于集中化会产生管事的不管钱,管钱的不管事,中央立法,地方花钱,使立法加大地方政府的负担或使立法的实施大打折扣。邓小平指出,“违反中央政策根本原则的‘土政策’要反对,但是也有的‘土政策’确是从实际出发的,是得到群众拥护的”。《邓小平文选》,人民出版社1983年版,第132页。

行政立法权的扩张是世界性的现象,对于行政立法(主要是规章)所存在的种种问题,一种思路是限制行政立法权,另一种思路则是综合治理。《立法法》(草案)显然是采用了前者,对行政立法权进行限制。这样的规定似乎有违世界潮流与我国现实发展的需要。

例如,北京市不久前进行的在用车尾气改造涉及20万辆车,每台车3000元人民币,社会成本简单计算即为6亿元人民币。但其实施结果是车主花钱,车厂赔钱,修理厂不挣钱。如果有立法的成本控制机制或比较机制,用同样的社会成本,完全有可能通过其他治污手段(如住宅燃气改造、加速报废旧车、城市绿化等)获得更好的环境质量和评价。

这些政府与市场主体之间的合作式调控方式不同于传统的命令服从式立法方式,它们更多地建立于市场主体的自愿行动基础上,因而可以减少社会成本。政府与市场主体间的合作式调控方式在现实管理实践中的成功案例,可见OECD, *Co-operative Approaches to Regulation* (1997)。

方式，增加市场主体的选择权和立法的灵活性，降低立法的社会成本；分析立法的社会成本与效益，增加立法的社会效益；对立法的社会影响予以分解，保护弱者和中、小企业的利益；对立法的政府成本（包括立法成本与执法成本）进行评估，保证政府资源的有效利用；研究立法实施的可行性，设计合理的制裁方式，降低执法成本，维护法律的权威。

与立法的民主价值相比，实现立法的经济价值需要付出非常艰巨的努力和相当的制度资源。在立法资源受到约束的情况下，要进行各种细致的经济分析和制度设计对于立法者而言确实是一项沉重的负担。因此，不同国家在立法经济价值追求方面的动因与结果存在很大的差距。然而，要克服变法模式的固有缺陷，实现以法治促进经济发展与社会进步的目标，就必须讲求立法的科学与效率。实际上，立法的民主价值与经济价值是紧密不可分的两个方面。一个民主的立法体制是实现立法科学性的前提，而立法的科学性是民主的立法体制最终追求的目标。

在我国的经济理论研究和政府管理实践中，对于政府干预的科学性与效率问题的探究从未停止过。我国经济学家关于计划权利与计划义务的市场化主张，实际上是希望以平等的经济关系取代政府与企业的命令与服从关系，这种主张对于实现立法方式的转化具有重要的方法论意义。我国环保立法从谁污染、谁治理，限期治理、限期达标，到征收超标排污费，谁污染、谁付费，污染治理逐步社会化、市场化，由此可以清晰地分辨出环保立法方式从命令服从式向经

这方面最明显的事例是环境保护领域。传统的环保立法属于命令服从式，排污企业必须按规定的标准治污或达标。新的立法则是经济诱因式，它是根据排污量收费，或者给企业排污指标，指标可以有偿转让。传统的立法方式难以有效地制止环境污染，而且增加了企业的负担，而新的立法方式可以最大限度地调动企业的积极性，实现社会资源的有效配置。不同立法方式之间的对比，可见 Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 *Harvard L. Rev.* 713 (1996)。经济诱因式立法方式较之传统方式的长处，可见 Jon D. Hanson & Kyle D. Logue, *The Costs of Cigarettes: The Economic Case for Ex Post Incentive-Based Regulation*, 107 *Yale L. J.* 1163 (1998)。经济诱因式立法方式的实例，可见 OECD, *Economic Instrument for Environmental Protection* (1989); OECD, *Putting Markets to Work: The Design and Use of Marketable Permits and Obligations* (1997)。

立法的成本效益分析最先由美国总统里根通过总统 12291 号行政命令加以采用，要求任何潜在经济影响每年超过 1 亿美元的行政立法案必须通过成本效益分析，并且只能制定效益大于成本的行政立法。英国《准备守法成本评估修正原则》、德国《联邦法律案注意要点》、荷兰《立法指导原则》、芬兰《法律规范法》、加拿大《联邦立法政策》等都规定了成本效益分析原则。

除了进行总体上的成本效益分析以外，许多国家还要求对立法的社会影响进行进一步的分解，以保护特定社会主体的利益。例如，美国《灵活立法法》要求立法机关必须评估立法对中小型企业以及基层政府的影响。瑞典《内阁办公室立法指导原则》也有类似的要求。

在政府资源有限的情况下，立法的政府成本分析可以保证政府集中资源于最为重要的领域，满足公众的期望。美国《灵活立法法》要求分析立法对基层地方政府成本的影响，而 1981 年的《政府成本评估法》要求国会评估重要立法对州和地方政府成本的影响。德国《联邦法律案注意要点》要求明确新立法可能对联邦、州和地方政府造成的额外成本与开支。

具体改革措施可见 John Braithwaite, *Improving Regulatory Compliance: Strategies and Practical Applications in OECD Countries* (1993)。

可见盛洪《市场化的条件、限度和形式》，《中国的过渡经济学》，第 108 页；盛洪：《外汇额度交易：一个计划权利交易的案例》，《中国制度变迁的案例研究》，第 55 页。

以产权界定和可让与的特权 (tradeable allowances) 来构筑市场关系并调控社会生活，最先由经济学家科斯在论述污染权交易时提出。美国法学教授里希则从法律制度的角度系统地发挥了新制度经济学的上述主张。见科斯 (R. H. Coase) 《社会成本问题》(The Problem of Social Cost, 3 *J. L. & Econ.* 1, 1960)，中译本载盛洪、陈郁等译《企业、市场与法律》，上海三联书店 1990 年版；Charles A. Reich, *The New Property*, 73 *The Yale L. J.* 733 (1964)。

济诱因式的转化趋势。同样，我国鼓励外商投资立法的利益引导方式，我国国土及其他资源立法从单纯的（禁止）保护向开发保护的转变，我国资本市场与其他要素市场从非法到合法，国家对证券交易从打击、限制到支持、保护的转变，也同样体现了产权因素与经济因素在具体立法中的巨大作用。然而不得不承认，我国在立法科学性方面的探索仍然停留于经济层面或部门管理层面，实践中的各种制度创新并未能上升到一般立法理论与制度设计层面。在大量的立法研究和实际立法中，立法问题仍局限于立法体制，立法的效率问题甚至尚未引起立法理论和实际部门的足够关注。这样，立法缺乏科学性，立法阻碍社会生活的发展，立法损害消费者权益，立法限制自由竞争与企业的创造性，立法固化行政权力，立法封锁市场，立法在现实中因成本太高而无法实施等问题在实践中大量存在也就不足为奇。反映在《立法法》（草案）中，则是对立法的实体价值令人吃惊的忽视和遗漏。

立法是科学，是社会资源与财富分配与再分配的重要手段，是推动社会、经济发展的重要杠杆。由于我国立法理论与实务界对立法控制的认识长期停留于立法体制，未能从更宏观的层次将国家调控与市场的自发机制结合起来，草拟中的《立法法》未能涉及立法与市场的关系这一根本性问题，充其量只能算是半部立法法，或者说只是一部国家机关立法权限划分法；至于立法体制本身，《立法法》（草案）对立法实现资源的有效配置这一实体价值未能予以应有的关注；此外，在立法程序的民主与公开价值方面也存在一定的欠缺。这三个方面的问题加到一起，决定了《立法法》（草案）不但不能解决中国立法领域当前所存在的深层问题与诸多矛盾，反倒有可能使未来的立法活动更加加重社会的负担与成本，使立法的问题更多、更难解决。回顾改革开放的历史可以发现，中国立法制度的形成是近20年改革经验的累积，而不是按照某种预定的方案规划的。因此，在我们对立法问题有更深入的了解、认识与试验以前，最好不要以剧烈的制度变革来轻易改变20年积累的经验与制度。从这个意义上归纳：制定《立法法》，宁肯慢些，但要好些。

〔本文责任编辑：王好立〕

郭道晖与苏力是国内在这方面较早提出问题的学者。郭道晖：《立法的效益与效率》，《法学研究》1996年第2期；苏力：《市场经济对立法的启示》，《中国法学》1996年第4期。

国务院授权立法制度产生的过程就是一个很好的例证，可见彭真《关于立法工作》，载《彭真文选》，人民出版社1991年版，第503页。

“对新的重大问题、重要改革，要制定法律，必须先有群众性的探索、试验，即社会实践检验的阶段。在这个基础上，经过对各种典型、各种经验的比较研究，全面权衡利弊，才能制定法律”。《彭真文选》，第507页。

capitalist societies and represent the interests and demands of specific social classes. They are characterized by the analysis of modern capitalist societies, a strong color of irrationalism and concern with global problems and the future of humankind. In the study of Western trends of thought we must have a scientific attitude of seeking truth from facts, that is, while we point out their fundamental theoretical fallacies we must see they have raised many new problems and concepts, opened up new research fields and embodied progress of modern science and human civilization. They contain in the core some rational elements. A serious study of Western trends of thought is the requirement for adhering to and developing Marxism, for building socialism with Chinese characteristics and for understanding contemporary capitalism and making use of its positive results. The authors further point out that we should adopt a Marxist attitude towards Marxism itself in our study of Western trends of thought.

(7) **More on the Establishment of China's Hermeneutics**

Tang Yijie 83 ·

As a follow-up to the discussion on the establishment of "China's hermeneutics", this paper believes that even if a definite answer could not be given at present to the question whether it is possible to establish China's hermeneutics, a summing-up of the Chinese history of interpreting classics will enrich Western hermeneutics. In the view of the author, there are three different ways of interpreting classics in the Chinese history: First, in the form of narration of events as represented by *Zuo's Commentary* in its interpretation of *The Book of Spring and Autumn*; second, the holistic and philosophical explanation as represented by *Yizhuan* (Commentary on the Book of Changes) in its interpretation of *The Book of Change*; and third, interpretation in terms of social and political operation as represented by *Hanfei Zi* in its interpretation of *The Book of Lao Zi*. In addition, there are other forms of interpretation, such as the explanation of Chinese characters and words, as the explanation of the word "classic" in *The Classic of Mo Zi*. Thus it could be seen that hermeneutics is of vital importance to the Chinese Culture, philosophy, religion and literature.

(8) **Models of Institutional Reform and China's Legislative Law**

Zhou Hanhua 91 ·

The paper investigates the different historical loci and characteristics of spontaneous models and models of institutional reform against the practice and theories of global modernization. On this basis the author sums up the basic thinking of China's legislative theories and practice over recent years. Then he points out that China's "Legislative Law" (draft) under consideration has three problems: First, it does not touch the fundamental issue of relationships between legislation and the market (i. e., legislation and non-legislation); second, it ignores the substantive value of the effective allocation of resources; and third, there are drawbacks in the democracy and scientificity of legislative procedure. The author holds that we would rather have a better and later legislative law than an earlier but worse one.

(9) **The New Criminal Law and the Theory of Comprehension**

Zhang Mingkai 103 ·

This article makes, first of all, the implications of absolutism (retribution), relativism (prevention) and comprehension in the theory of criminal punishment. It points out that the difference between the theory of retribution and the theory of prevention does not lie in the aim of punishment, but in the grounds of proper punishment, and therefore holds the theory of comprehension is the ideal concept of punishment.

It then demonstrates that the new criminal law adopts the theory of comprehension, which helps protect individual rights and social interests, handle the relationships between penal activism and penal passivism, coordinate suiting punishment to crime and individualization of punishment, and bring about appropriate punishment as a whole.

The article proceeds to put forward, based on the concept of comprehension, specific punishments for offenses against society and personal safety, and argues against overstress on the need for prevention.

Finally, in the light of the Chinese national conditions and the values of Chinese citizens and tak-

· 206 ·