

走向法律代价的“精确制导” PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_B5_B0_E5_90_91_E6_B3_95_E5_c122_483874.htm 法律不是玄而又玄的事物，它是社会行为的代价单，是社会行为的定价工具。这个“代价说”在合意法学那里，被频繁表述；热爱合意法学这科新兴学说的人们，对这样的论调耳熟能详。法律是规定社会行为代价的东西，或者干脆说：法律规定了社会行为的“价格”（代价与之通用）。以前的法学教科书没有这种表述。将法律俗化为“价格”，似乎没有人象合意法学这样直率和认真。如果没有社会交换关系的拓展，人们孤守在鸡犬相闻社会，或者处于人类互斗的激情亢奋中，这种“价格发现”是万万不可能产生的。市场化大交换社会的出现，使人们对社会，多了经济观察的视角，促进了人们去思考从古至今社会的经济机制和结构。在这种分析脉络中，我们看到了隐藏在民族、阶级、地域、人群竞争关系中经济元素，也发现了神权和君权、社团权力下的社会分配格局。社会分配作为社会建构和改造核心命题，虏获了爱好社会宏观思考者。几千年来的许多人物，都努力地建构分配正义的学说，从亚里士多德、孔孟到罗尔斯不胜枚举。法律，源于社会生活。它直接参与社会分配，也逐渐独立成一种社会的规则体系。如同恩格斯讲过的，法律并不能独立于“物质生活条件”被单独考察。它与自身所处的社会的经济机制和结构，密不可分：社会中可能存在独立的法学，但并不会存在脱离于经济机制和结构的“独立的法律”。法律是否正义，是和经济机制和结构相关的。在社会分配极为不公社会，即儒家所谓的

无道之邦，亚里士多德所讲的非正宗政体，无法产生整体分配正义的法律。如果，某人不小心降临到这样的恶劣社会；如果他（她）又对正义的法律产生了兴趣，那么他（她）就会发现正义法律，必然会与非正宗政体的治理关系产生冲突。恶劣社会总是以少博多，非稳定性极为突出，必然走向崩溃：少数毕竟扛不过多数。毛泽东所讲“正义的事业是不可战胜的”，按照数量关系来理会，最终是一条社会真理。非正义社会之所以偶尔要被提及，问题在于这种社会是法律代价混乱的典型，它使法律代价整体合理化建构成为不可能。法律，其兴也“价格”；其衰也“价格”；社会法治者，合意的法律代价所趋也，单方垄断定价停歇之状态也。如果我们假想要建构法治社会，发育适应正宗政体的法律学说，就需要脱掉种种社会势力为法律穿戴上的“大而不当的外衣”，体现出公平分配和公平交易这一人类最高文明成果对自由意志主体的影响。合意法学，主张自由意志主体之间合意确立法律代价，由于对法律代价的关注，俗称为代价学派。它一方面主张法律代价的合意化设定，即自由意志主体之间通过合意机制，商定社会行为的法律代价，主张合约代价；另一方面，塑造出“代价原理”，即社会行为在代价上涨的情形下社会行为数量曲线下降，主张利用代价原理进行社会竞争秩序的控制。再一方面，合意法学对于法律效力理解为一种履约关系，将法律效力问题转化为“履约率”，塑造出法律效力定理，认为法律效力即履约率与和法律承认存在正比例关系。本文欲论说的是，合意法学极端重视法律这一“定价工具”的“工具选择”问题，认为法律代价的制作，必须考虑代价的兑付工具是否具有精确定价的能力。由于本人在

有关合意法学文章中，已经就前几个方面略有论述，本文重点阐述的是，“工具选择”问题。为何某些社会法律的具体适用，与立法预期的实施状态存在非常大的出入？为何某些国家的法律全书愈来愈厚，法律中的美德和正义却愈来愈薄？为何立法目的总是难以实现？不管是正宗政体，还是非正宗政体，国法的实施预期，总应得以基本保障。法律实施出现的普遍性偏差，证明出现了法律这一定价工具的“定价失误”。如果人们有兴趣实证研究部分中华人民共和国的法律制度，一定会发现比比皆是的“定价失误”：在行政法律领域，如禁止擅自占用土地的规定，生活中运用成可以占用，交钱即可；交通违章行为，法定5元RMB罚款，可能被处5元，也可能处200元，行政执法混乱。在民事法律领域，同样的民事侵权行为，一个地方的司法机关要求承担法律代价，另一个地方则可能没有代价。在刑事方面，同样的民营企业家，同样的行为，一个地方成为“光彩人士”，一个地方或是囚徒；同样的零星贩毒，有的据刑法规定刑罚给予了刑事处罚，有的可以完全不理睬刑罚代价，给予“劳动教养”。这些现象，显示了“定价不准”的事实。问题是如果本社会鼓动法治，许多人便简单地认为是制定更多成文法。人们将成文法的制作，当成了法律现代化的唯一必要方式；尤其严重的是，它们要将试图将成文法律调整到“各个生活领域”。这导致了“成文法的滥用”。滥用成文法，在法律定价的“工具选择”上，往往出现偏差，许多社会生活中行为，如何具体适用成文法，成为了一个巨大问题；由于缺乏发达的法律解释组织化人力、发达的解释技术，社会行为适法中，频繁出现“定价不准”。我们基本上估断，在本社会现代法治

技术刚刚起步的历史阶段，法律解释的发达化是不现实的要求，因此滥用成文法形成的“定价不准”，势必一时难以遏制。并非一切成文法都是好东西，脱离了人类成熟成文法制作技术和公平传统的成文法，往往是个“糟东西”。尤其力求“法网恢恢”的成文法制作，往往造成社会行为的集合定价，具体行为的法律使用，时常定价不准。有识之士纷纷提出法律形式的“混合”问题，如武树臣老师的“混合法”说（注一），以及浙江大学法学院对“判例法”的持续关注，抓住了法律操作技术的基础性问题。灵活使用法律形式，满足精确定价要求，是社会法治技术操作层面应当充分重视的问题，除非一个社会愿意让自己的法律失去定价功能。放任法律失去精确定价功能，导致法律适用混乱：其中，它引发的社会代价混乱，是社会崩溃的“价格原因”。由于缺乏“工具选择”的反思，愈是成文法化，社会适法层面愈是“定价混乱”和“定价自由化”。对于法律的操作者而言，在缺乏必要“唯一正确”解释的情形下，成文法解释的多样性，提供了中华人民共和国法律制度中所谓的“法律空子”。经常情形是，一个执法者，处罚公民10万RMB，还是“教育教育”，乃一念之差。定价自由化，又称为“定价随意”。这是人治社会普遍的社会行为定价形式。如果法律实施中“定价随意”普遍化，即使存在法治化的主观努力，它也必然走入人治社会同样的“定价随意”状态，社会行为必然处于人治下的运动状态。法律规则多，而法律制度不兴，是“价格”出了问题。如何走向法律定价的“精确制导”？在定价工具选择上，必须灵活化，以满足准确定价的要求。如果对社会行为能够抽象概括为成文法形式，法律解释又能适应规则

的各种运用情形，成为法是妥当的法律形式，否则适宜用个别的定价范例形式，即判例法的形式。为何必然合理发展判例法？这不是“法学时尚”问题，而是因为法律是定价工具，判例法具有精确定价功能。“精确、精确、再精确”，是市场交易的要求。法律必须以代价精确制导的思路，来完成自身设计。那种代价混乱的法制，不适应市场交易的要求，必然会导致生活秩序的混乱。许多研析法律者朦胧意识到需要“具体”法治。合意法学从定价的角度，认为在“集合定价”可能定价不准的情形下，应采个别性定价的思路。武树臣老师指出在法律观念上，即使中国古人也没有只承认成文法而无视判例的偏见；而异域普通法的历史，是正一个积极寻找法律定价工具的历史，也是一个对可灵活验校的定价工具不断校正的历史。走向代价精确制导的法律，是本社会迈向社会法治的必然要求。这就需要在传统的权力机制中，安排和容忍一个法律代价合意化的机制，需要附生出现生产判例的司法审判组织。考虑到中华人民共和国的法律代价体系，相对原始，一些社会行为的定价，如死刑的滥用，还需要紧迫改造；同时司法权威的树立，还是一种“法律理想”，代价精确的法律的构造，存在社会权力再分的过程。没有独立司法，就没有新的精确定价机制。虽然司法权威树立是一个困难的政治过程，然而建构法治的“方向问题”是重要的。在市场化的过程中，需要休克代价模糊的成文立法，废除“定价随意”的成文立法，精确化成文立法，打击力图获取“自由定价权”的非合意立法冲动，以积极的并非是“赶时髦”的态度，通过司法机制发育判例法。法律代价的具体确定，实际是一项专业化的复杂活动，它并不比现今使用的古

代“八股文”式的结合君权思维、脱离于罗马法传统的成文立法更简单。代价精确化，不等于代价僵化固定。私法中的违法社会行为，代价精准是一个方面，更重要的是，需要给予权利人追偿法律代价的自由。如法律规定违约情形下定金的处置，有精准的代价，但是双倍返还或不予退还的代价，自由意志主体应当可以自由追偿，或放弃追偿。代价精确化，也不等于法律粗俗化。代价精确需要更加精细的推理、表述更为法言法语。如李老汉诉张老汉的租赁土地树木果实的法律纠纷，需要用土地用益权的法言法语进行判例化，而不是象而今国家档案馆保存的民国审判案例那样，直接就是“李老汉状告张老汉”。实际上，定价不准的八股文式成文法，才是粗俗简单的东西，它简单和粗俗到一个没有进行过法律训练的人，在“半个小时”就“掌握了法律”，进而许多人不恰当地以为这样自己具有了使用法律工具定价的能力。代价精确化，就是要尽力减灭法律权利的不平等，要让同类的行为，承担同类的代价。我国法律之所以表现出在实现正义方面的低能，原因在于代价不平衡。中国“法律”一词本来极具创造性，律者“均布”也；如果“法”被重新界定为一种社会行为“代价单”，均布代价，就是法律代价的平等兑付。笔者经常关注的中国法制的“法不律”，实际上是存在一种法律代价兑付中的非均衡现象。二十余年中国社会的发展，使我们能够在相对从容的环境下，反思100余年来中国法律制度的建设成果。反思成文法，是一个必要的环节。源于罗马法的能够精确定价的成文法，是恰当法律形式之一；能够精确定价的判例法，同样是恰当的法律形式。非精确定价的八股成文法，产生“定价随意”，放大人治社会的

体制弊端，是需要警惕的。与合意法学即代价学派观点契合的“混合法”思路，是当今被忽视的法学真知，它是关于“工具选择”的可操作运用的知识。如果我们要让法律成为法律，而不是“法不律”，法律就应当走向代价“精确制导”的新阶段。新闻来源:北大法律网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com