

民法典学者建议稿信息结构及其参与者的社会网络^{*}

张洪涛

内容提要:受公共财政投入不足的低(零)成本立法策略约束,当代中国民法典的立法者不得不委托与自己有强关系的学者作为主持人起草学者建议稿,试图在学者建议稿的基础上整合成立法草案。而同样受制于公共财政的投入不足,主持人也不得不选择与自己有强关系和同质性的人作为建议稿起草者,形成了一种存在信息结构性缺陷的参与者的社会网络,进而直接导致了起草者倾向于信息成本较低的西方法制信息的搜寻和利用,而对信息成本较高的中国社会自身信息的搜寻和利用较少,最终形成了民法典学者建议稿的信息结构性缺陷。为了减少甚至消除信息结构性缺陷对学者建议稿的制度性影响,必须改变低(零)成本立法策略,加大公共财政投入,建立需求导向型的法学创新和投资体制,强化起草设计与管理,优化起草网络。

关键词:民法典学者建议稿 信息结构 结构洞 起草网络 低(零)成本立法策略

张洪涛,东南大学法学院教授。

一 问题、材料与“方法”

实现法治与中国国情的结合,是当代中国法治建设的重要要求。当代中国两部民法典“学者建议稿”(简称“梁稿”和“王稿”,下同)中,^[1]是否体现了这一要求?原因何在?

* 国家社科基金项目(13BFX001)阶段性研究成果。

[1] 参见:梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由·亲属编》,法律出版社2013年版,“序言”第9页;王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由:人格权编·婚姻家庭编·继承编》,法律出版社2005年版,“体系说明”第6页。“为制定一部民法典形成两个草案是许多大陆法系国家的正常现象。受托起草的学者完成的草案成为先期草案(西班牙文是 anteprojecto;法文是 avant-project;我国习称‘学者建议稿’)”(徐国栋著:《认真地对待民法典》,中国人民大学出版社2004年版,第175页),而梁慧星称之为“草案建议稿”。本文取其习称,称之为“学者建议稿”。多年以来,我国理论界和实务界一直在为制定民法典而努力。1998年,受全国人大常委会及其相关部门(法制工作委员会)的委托,梁慧星教授和王利明教授参与了民法典草案的起草工作,后来他们分别作为主持人,起草两部民法典的学者建议稿。根据以往的惯例,全国人大常委会法制工作委员会最后将两个建议稿整合为一部民法典草案。因此,在本文中,法工委被称为“立法者”,梁和王被称为主持人,他们的团队(梁网和王网)分别被称为学者建议稿的起草者;“立法者”、主持人和起草者通称为参与者。

有何影响? 是如何形成的, 又何以处之?

对上述问题, 已有学者从规范层面进行了探讨;^[2] 但有其不足, 如从规范层面看不见法律是否实现了与中国国情的结合, 但在立法过程中很可能考量了中国国情。当代中国两部民法典学者建议稿尤其是“附理由”, 为本文提供了一个可实证研究的难得机会和材料。本文将首先考察其最富民族性、本土性的“亲属编”或“婚姻家庭编”中的信息结构,^[3] 看其是否结合了中国国情, 借此“以小见大”、“一叶知秋”。然后, 再对参与者的社会网络情况进行分析; 最后, 试图从中进行某些关于中国立法及法学研究状况的观察。

起草应最大限度地做到“纳什均衡”, 但受信息成本、起草者信息能力等因素的限制, 起草面临的最大问题就是起草信息的不对称和不周全。^[4] 在绝对意义上, 人类不可能也没有必要做到起草信息的周全和对称, 但在相对意义尤其是信息结构上, 还是可以有所作为的。一个相对合理完善的信息结构, 对起草质量的提高至关重要(详后)。信息结构实质就是信息分类。根据本文研究需要, 信息可作以下划分:

第一, 法律是“事实性规则与规范性规则”的统一体, “在事实与规范之间”,^[5] 因此, 可将信息理念化地分为事实信息即自身信息和规范信息即法制信息。这种划分有利于考察起草是否现实了与中国国情的结合。

第二, 根据信息来源不同, 可将法制信息细分为大陆法系、普通法系和中国三种。这种划分能反映起草是受大陆法系还是受英美法系影响大些,^[6] 以考查其内部信息结构。

第三, 可将自身信息细分为中国和国外两种。中国自身信息是指法律移植、取舍和选择的 中国社会依据和理由; 国外自身信息是指国外规范制定的原因和取舍、选择的社会依据和理由, 从而反映出起草与中国国情结合状况及其程度以及法律移植的水平。

第四, 还可将中国自身信息再细分为直接和间接两种。直接自身信息是指规范层面的习惯、传统、道德等直接可转换为法律规范的制度信息; 间接自身信息是指社会层面法律取舍、选择、制定的依据和理由。根据内容不同, 间接自身信息又分为大词化自身信息(如“中国国情”等)和具体化自身信息; 后者又细分为纵向起草依据(如历史依据)、横向起草依据[如空间上的比较, 包括起草时社会现实和立法后司(执)法预测]。这些指标可多维度地反映起草时对中国社会自身信息了解、研究的广度和深度, 以及与中国国情结合的程度。

还需说明的是, 本文只是根据研究需要和便利作信息分类, 其分类本身是否科学不是本文研究目的, 重要的是这种划分是否有利于接触到中国立法的真问题并客观描述法律与中国国情结合状况, 此其一。其二, 本文考察的是建议稿条文的信息结构即种类, 对属于同类的几个信息只算作一个统计单位。其三, 理论上信息分类相对明晰, 操作起来可能模棱两可, 对此, 采取从大类或尽量照顾小类原则。这对大类的信息结构统计没有影响, 只

[2] 苏力:《当代中国立法中的习惯》,《法学评论》2001年第3期,第19-33页;杜宇著:《重拾一种被放逐的知识传统》,北京大学出版社2005年版,第1-132页。

[3] 徐国栋著:《认真地对待民法典》,中国人民大学出版社2004年版,第41页。

[4] 参见张维迎著:《信息、信任与法律》,三联书店2003年版,第178-251页;吴元元:《信息能力与压力型立法》,《中国社会科学》2010年第1期,第147-159页。

[5] 参见[英]哈耶克著:《法律、立法与自由》(上),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第123页;[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店2003年版,第1-52页。

[6] 考虑到中国法制和中国法学的移植性在我国改革开放初期表现得更为突出(苏力著:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第97-121页),我国法制信息应大多属于大陆法系法制信息。

影响小类的统计,对本文关注的问题不会产生大的影响。其四,有些条文没有本文所关注的诸种信息,不在统计之列。其五,当某信息与本文研究的问题关系密切时,就再回到原文中研读,以保证其研究建立在客观材料基础上。尽管如此,还是不能保证每个条文的信息结构统计都是客观准确的,只能将此控制在合理范围内,不至于对研究的问题产生实质性影响。

二 建议稿的信息结构

依据上述“方法”,对“梁稿”亲属篇和“王稿”婚姻家庭篇起草信息逐条进行信息结构统计,结果如下表(一)和表(二)。从中可看出其信息结构具有如下特征:

“梁稿”亲属编信息结构统计(一)

		具体条文(第 1716 条至第 1932 条共 217 条)序号	合计	比例		
法制信息	大陆法系	1、2、3、6、7、8、10、11、12、13、14、15、16、17、18、19、20、21、22、23、24、25、26、27、28、29、30、31、32、33、35、36、37、38、39、40、41、42、43、44、45、46、47、48、49、50、51、52、53、54、55、56、57、58、60、61、62、63、64、65、66、67、68、69、71、72、73、74、75、76、78、80、81、82、83、84、88、89、90、91、92、93、94、95、96、97、98、99、100、101、102、103、104、105、106、107、108、109、110、111、112、113、114、115、116、119、120、121、122、123、124、125、129、132、133、135、136、137、138、139、140、141、142、145、146、149、150、151、152、153、154、155、156、157、159、160、162、163、164、165、166、167、168、169、170、172、173、174、175、177、178、179、180、181、182、183、184、185、186、187、188、189、190、191、192、193、194、195、196、197、199、200、201、202、203、204、205、206、207、208、209、210、211、212、213、214、215、216、217	189	87		
	中国	1、2、3、4、5、6、8、9、11、12、13、14、15、16、17、18、20、21、22、23、24、25、26、27、28、31、32、33、34、35、36、37、38、39、40、41、42、43、45、47、48、49、53、56、57、58、59、60、61、62、63、64、65、66、67、68、69、70、71、72、73、74、75、76、77、78、79、84、85、86、87、88、94、97、99、113、116、117、118、120、121、122、123、124、125、126、127、128、129、130、133、134、135、136、137、138、139、140、141、142、143、144、145、146、147、148、154、155、156、157、158、159、160、161、170、171、172、174、175、176、177、180、181、182、184、187、189、194、195、198、203、204、205、212、213、215	136	63		
	英美法系	20、23、38、63、68、78、79、82、96、154、181、196、215	13	6		
自身信息	外国		0	0		
	中国	直接	19、22、61	3	1	
		间接	大词化信息	3、4、5、6、13、23、39、40、48、51、52、63、81、94、121、136、150、151、152、163、161、215	22	10
			历史信息	2、3、5、8、11、13、33、38、39	9	4
			现实信息	12、13、17、41、45、52、57、69、72、76、77、79、82、132、155、157、158、159、160、196	20	9
	司(执)法信息	13、41、47、57、59、62、63、68、69、70、172、174、176、177、180、181、182、183、190、192、194、195、197、198、199、203、205、206	28	13		

注:“梁稿”每个条文由“条文”、“说明”、“理由”和“立法例”组成。本表中的序号是将亲属编第 1716 条作为第 1 条,重新编排至第 1932 条,共 217 条。比例 = (条文数/总条文数 217 条) × 100%。

第一,总体信息结构严重失衡,自身信息很少,绝大部分是法制信息尤其是大陆法系(含中国)法制信息。尽管“梁稿”主持人遵循“从中国的实际出发”的“现实主义思路”,^[7]“王稿”主持人主张既要借鉴德国式的长处,又要借鉴罗马式的优点,还要立足中国国情,科学地继受和创新,^[8]两者在形式上有所区别,但在内容尤其是信息结构上,没有实质性区别,都是对中国现有法律条文和大陆法系有关条文的继受和借鉴,自身信息较少。在“梁稿”217 条中,涉及大陆法系和中国法制信息分别为 189、136 条,自身信息排除重复 11 条后,只有 71 条,约占 33%;在“王稿”141 条中,涉及大陆法系和中国法制信息均为 107 条,自身信息排除重复的 22 条后,只有 35 条,约占 25%。可见,民法典学者建议稿存在着“实践知识的短缺”和“疏于事实”的不足,^[9]自身信息与法制信息存在关系间断的情形,即“梁稿”和“王稿”分别约有 67% 和 75% 的立法条文只有法制信息没有自身信息尤其是中国自身信息,难以实现两者的结合。

“王稿”婚姻家庭编信息结构统计(二)

		具体条文(第 389 条至第 529 条共 141 条)序号	合计	比例			
法制信息	大陆法系	4、5、6、7、8、11、13、14、15、16、17、18、19、21、22、23、25、26、27、28、29、30、32、33、34、35、36、37、38、40、41、45、46、48、49、53、54、55、56、57、58、59、60、61、62、63、64、65、66、67、68、74、75、76、77、78、80、81、82、83、84、85、86、90、91、92、93、94、95、96、97、102、103、104、105、106、107、108、109、111、113、114、115、116、117、118、119、120、121、122、123、124、125、126、127、128、129、130、131、132、133、134、135、137、138、140、141	107	76			
	中国	1、2、4、7、10、11、12、13、14、15、16、17、18、19、20、21、22、23、24、25、26、27、28、29、31、32、34、35、36、37、38、41、42、43、44、45、46、48、49、50、51、52、53、54、55、56、57、58、59、60、61、62、63、64、65、67、68、69、70、71、72、73、75、77、78、79、82、83、84、85、86、87、88、89、90、91、92、93、94、96、97、98、99、100、101、102、103、104、106、107、108、109、110、111、112、113、114、116、119、120、124、126、129、132、134、136、137	107	76			
	英美法系	14、16、18、65、66、67、68、93、102、103、106、119、133、136	14	10			
自身信息	外国		119	1	1		
	直接		5、49、51、92、99、119	6	4		
	中国	大词化信息	3、12、21、34、83、129	6	4		
		间接	历史信息	1、3、5、6、12、45、99、119、123	9	6	
			具体化信息	现实信息	1、6、8、11、20、34、40、44、45、46、51、52、56、70、92、103、115、119、124、129	20	14
			司(执)法信息	5、7、8、12、18、46、52、55、60、62、110、115、119、124、138	15	11	

注:“王稿”每个条文由“条文”、“立法理由”和“参考立法例”组成。本表中的序号是将婚姻家庭编第 389 条作为第 1 条,重新编排至第 529 条,共有 141 条。比例=(条文数/总条文数 141 条)×100%。

[7] 参见徐国栋编:《中国民法典起草思路论战》,第 10 页。

[8] 参见徐国栋编:《中国民法典起草思路论战》,第 106-109 页。

[9] 孙宪忠:《中国民法典制定现状及主要问题》,《吉林大学社会科学学报》2005 年第 4 期,第 171 页;苏力著:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社 2004 年版,第 122-154 页。

第二,如果考虑到自身信息尤其是中国自身信息的具体内容,这种情形就更为普遍。“梁稿”和“王稿”中,涉及直接自身信息和历史信息不仅很少,“梁稿”分别为3条和9条,分别约占1%和4%，“王稿”分别为6条和9条,分别约占4%和6%,而且大都以封建、落后、批评、否定等贬义形象出现,力图用法律改变之,如“梁稿”第19、22条、“王稿”第49条,等等。这与其他学者研究得出的结论基本一致。^[10]另外,在涉及中国自身信息时,常用大词化信息(如国情、实践情况、现实、特殊性等)来简化、代替甚至遮盖对丰富多彩的中国社会现实和历史的研究,缺少对大词化信息及其对法律规范影响的具体分析研究,“梁稿”大词化信息有22条,约占10%，“王稿”则有6条,约占4%。这也与某些学者的研究结论基本一致。^[11]因此,“梁稿”和“王稿”真正涉及自身信息的只有现实信息和司(执)法信息,“梁稿”分别为20条和28条,约占9%和13%，“王稿”分别为20条和15条,约占14%和11%,存在着“陌生于执(司)法”的情形。^[12]可见,即使是部分条款中既有法制信息也有自身信息,也存在着两者联结微弱的情形。

第三,法制信息内部也存在着严重的结构性失衡。“梁稿”和“王稿”大陆法系法制信息分别为189条和107条,约占87%和76%。如果从法制信息绝对数看,每个立法条文大陆法系的重复率很高,会远远超出这个比例,这从“梁稿”“立法例”和“王稿”“参考立法例”中可明显地看出来。如果考虑到中国法制信息与大陆法系法制信息的紧密联系,也可从中国法制信息反映出来。“梁稿”和“王稿”中国法制信息分别为136条和107条,约占63%和76%,民法典学者建议稿普遍存在“不加修改地纳入现成法律”的情形。^[13]而英美法系法制信息较少,“梁稿”和“王稿”分别为13条和14条,约占6%和10%。

综上,民法典学者建议稿“亲属编”或“婚姻家庭编”既存在法制信息与中国自身信息联结间断或微弱的结构性缺陷,也存在法制信息内部与英美法系法制信息联结间断或微弱的结构性缺陷。既然民族性、本土性和文化性最强,在理论上来自中国社会自身信息应该相对较多而来自西方法制信息相对较少的民法典学者建议稿中的“亲属编”或“婚姻家庭编”,在实然层面也存在着信息结构性缺陷——中国社会自身信息较少而西方法制信息较多——的情形,那么,对于民法典学者建议稿中那些比“亲属编”或“婚姻家庭编”的民族性、本土性和文化性较弱,而技术性较强的其他部分如“合同篇”,就更加存在着信息结构性缺陷的情形;因此,在这个意义上,我们就此可“以一斑窥全豹”,推断整个民法典学者建议稿也存在信息结构性缺陷。为什么两部民法典学者建议稿都存在信息结构性缺陷呢?以下将从参与者社会网络的形成入手。

[10] 徐国栋著:《认真地对待民法典》,中国人民大学出版社2004年版,第35-44页;苏力:《当代中国法律中的习惯——制定法的透视》,《法学评论》2001年第3期,第25-26页;杜宇著:《重拾一种被放逐的知识传统》,北京大学出版社2005年版,第40-41页。

[11] 苏力著:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第18页。

[12] 苏力著:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第122-154页。

[13] 徐国栋著:《认真地对待民法典》,中国人民大学出版社2004年版,第156页。

三 参与者社会网络的形成

作为每个关系人的个体,构成了民法典学者建议稿微观层面的起草网络。^[14] 参加“王稿”的 30 人所形成的社会关系网络,构成了“王稿”的起草网络即“王网”;参加“梁稿”的 26 人所形成的社会关系网络,构成了“梁稿”的起草网络即“梁网”。“王网”和“梁网”都属于中观层面的起草网络,统称为“群内网络”。按惯例,由“学者建议稿”经过“小组稿”、“室内稿”等阶段,最后形成“起草草案”,因此,参加“王稿”和“梁稿”的关系人又可能形成宏观层面的起草网络即“群间网络”。在此,主要探讨后两者。

(一) 群内网络

根据主持人提供的课题组成员相关信息和笔者在互联网上搜索查询得到的信息,对“梁网”(L)与“王网”(W)社会关系网络进行统计和整理,其群内网络具有以下共同特征:

第一,从职业构成看,绝大部分人员任教于国内高校法学院或法学研究机构,大多是教授(研究员)或副教授(副研究员)。“梁网”26 人中,主要来自中国社科院法学所、北大、烟大、清华、人大、上海师大、复旦、深大、外经贸大、北京化工大学、山大等高校或科研机构,1 人来自实务部门;教授或研究员 20 人,副教授或副研究员 4 人,助理研究员 1 人,1 人不详。“王网”30 人中,主要来自人民大学、中央财大、外经贸大、郑大、烟大、清华、苏大、浙大、中政大、北大、北航等高校法学院,3 人职业不明,2 人来自法律实务部门,还有人曾在其他部门工作过;教授 12 人,副教授 10 人,讲师 2 人,5 人不明。

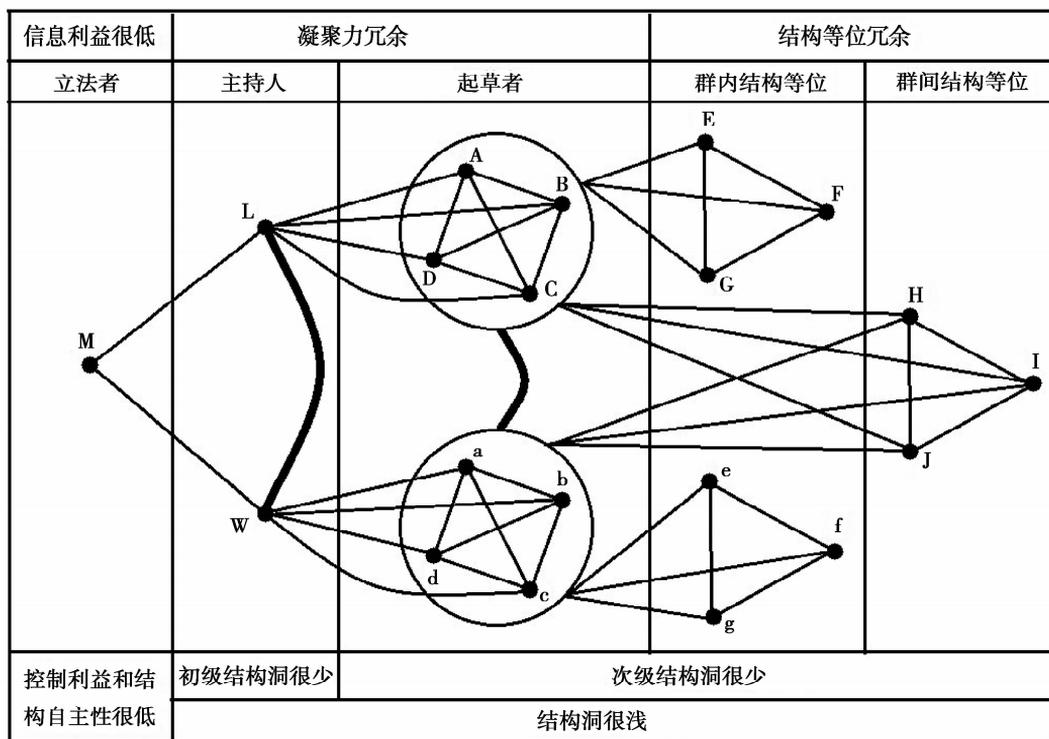
第二,从学历构成看,大多是民商法学博士,获博士学位集中于人大法学院和中国社科院法学所。“梁网”民商法学博士 20 人中,6 人不明,获社科院博士学位的至少 12 人;“王网”民商法学博士 26 人中,1 人无博士学位,3 人不明,获人大法学院博士学位的至少 23 人。

第三,大部分成员与主持人有强关系。^[15] “梁网”25 人(主持人除外)中,以主持人所在的中国社科院法学所为联结点,获博士的 12 人,硕士的 5 人,工作的 9 人,只 6 人与社科院法学所没有直接关系;其中,同事关系 13 人(含主持人在山东大学法学院的同事 2 人),师生关系 5 人,其余的不明。“王网”29 人(主持人除外)中,以主持人所在单位人大法学院为联结点,获博士的 23 人,获硕士的 10 人,工作的 8 人,作博士后的 4 人,只 1 人与人大法学院没有直接联系;其中,同事 8 人,师生 19 人(包括狭义的师生 7 人,广义的师生即在人大法学院读过书与主持人形成师生关系的 12 人),同学 2 人。

[14] 这里的关系人除了包括主持人和起草者外,还包括实质意义上的立法者如人大法工委民法室及其成员;但文章对关系人的分析侧重于起草者。

[15] 这里的“关系”是社会学意义上的含义,是中性词,不是社会中一般人所理解的那种带有贬义的词。

起草网络的构成及其结构洞分布示意图(一)



第四,即使部分成员开始不是强关系,也很有可能发展为强关系。首先,“出于社会比较和社会支持的目的,人们有一种很强的、同那些与自身具有共同特征的人集拢在一起的倾向”。^[16]“在一个组织中,如果某一社会分类是相对少见的,那么,组织成员就会使用该分类的特征项作为其社会身份识别和友谊关系建构的基础”。^[17]“梁网”与“王网”中所有成员相同职业、相同知识学历、相同学术旨趣,为他们之间形成强关系提供了可能。^[18]其次,即使刚开始成员之间(如图一中A、B、C、D之间和a、b、c、d之间)并不熟,但由于有主持人及其所在工作单位这个“联结点”,受平衡论中相互性的影响,即L把A、B、C、D当做朋友,A、B、C、D就有压力把L当做朋友,受平衡论中传递性的影响,即A与B是强关系,A与C是强关系,B与C之间也很有可能形成强关系,因此,A、B、C、D之间和a、b、c、d之间都有可能发展成强关系。^[19]相反,如果群体内成员不同程度地卷入了不平衡关系中,就会产生不舒服的感觉,就会采取行动(如协调性顺从或中断关系)把不平衡关系转变为平衡关系,尽量采取一致性的行为和态度。这种平衡压力不只是在行为上,还在认知上尽量取得“认知平衡”。^[20]“对于与自身密切相关的关系,自我有很强的动机使

[16] [美]马汀·奇达夫、蔡文彬著:《社会网络与组织》,王凤彬等译,中国人民大学出版社2007年版,第61页。

[17] [美]马汀·奇达夫、蔡文彬著:《社会网络与组织》,王凤彬等译,中国人民大学出版社2007年版,第60页。

[18] [美]罗纳德·伯特著:《结构洞——竞争的社会结构》,任敏等译,格致出版社、上海人民出版社2008年版,第16页。

[19] 关于平衡论中相互性和传递性的详细论述,参见[美]马汀·奇达夫、蔡文彬著:《社会网络与组织》,王凤彬等译,中国人民大学出版社2007年版,第47-50页。

[20] [美]马汀·奇达夫、蔡文彬著:《社会网络与组织》,王凤彬等译,中国人民大学出版社2007年版,第80页。

之平衡……人们会通过改变关系或认知来维持与自身密切相关的关系的平衡”。^[21] 因此,人们出于平衡的压力,都倾向于采取一致或类似的社会行为,容易形成一致或类似的社会认知,也倾向于形成一种“民主集中制”的关系密切群体或者网络体系,^[22] 如图一中 L 和 A、B、C、D 之间与 W 和 a、b、c、d 之间的联系。

第五,以组织为分析单位,群内网络还存在着群内结构等位(如图一中的 E-F-G 网和 e-f-g 网),即“两个人如果拥有一样的关系人,他们在结构上就处于同等位置”。^[23] 从学习单位看,“梁网”26 人中,至少 12 人在社科院获博士,如果将硕士和博士后考虑进去,至少 14 人与社科院有这方面的联系;“王网”30 人中,至少 23 人在人大法学院获博士,如果将硕士和博士后考虑在内,只 1 人与人大法学院没有这个方面的联系。从现工作单位看,“王网”中,9 人来自人大法学院,4 人来自烟大法学院,3 人来自外经贸大法学院,2 人来自中央财大法学院,2 人来自北大法学院,2 人来自中政大;“梁网”中,10 人来自社科院,3 人来自烟大法学院,2 人来自清华法学院,2 人来自人大法学院,2 人来自山大法学院。这种群内结构等位即相同的学习单位和工作单位,同样受平衡论中相互性和传递性影响,易使群内网络形成强关系网络。

(二)群间网络

上述有关群内网络的分析,同样适用于群间网络的分析:

第一,群间网络存在与“梁网”和“王网”类似的职业结构和知识学历结构,为群间网络 L、A、B、C、D 与 W、a、b、c、d 之间形成强关系提供了可能。

第二,如果以个人为分析单位,群间网络存在“小集团交叠”,即“某个小集团中的许多成员同时也会是其他小集团的成员”,^[24] 也存在群间结构等位(如图一中 H-I-J 网),既是“王网”的关系人,也是“梁网”的关系人,共计四人。

第三,如果以组织为分析单位,群间网络也存在群间结构等位(如图一中 H-I-J 网),“梁网”与“王网”共同的单位有:人大、北大、清华、外经贸大和烟大等高校。

第四,群间结构等位还会进一步影响到 L 子群体与 W 子群体成员之间的互动。由于结构等位的四人与 L 子群体的成员和 W 子群体的成员之间形成的是一种强关系,“梁网”的部分成员与“王网”中的部分成员来自相同的单位,同样受平衡论中相互性和传递性的影响,L 子群体的成员和 W 子群体的成员之间形成强联结的可能性增大。如 L 子群体中的成员 A 和 W 子群体的成员 a 都与结构等位的某人有强关系,受平衡压力的作用,A 与 a 之间形成强联结的可能性大增;依次类推,通过群间结构等位 H-I-J 网这个“联结节点”的相互性和传递性的作用,L 子群体成员 A、B、C、D 与 W 子群体成员 a、b、c、d 之间形成强关系的可能性也大为增加,最终使群间网络可能形成一种强关系网络。

[21] [美]马汀·奇达夫、蔡文彬著:《社会网络与组织》,王凤彬等译,中国人民大学出版社 2007 年版,第 82 页。

[22] 谢哲胜等著:《中国民法典立法研究》,北京大学出版社 2005 年版,第 10 页。

[23] [美]罗纳德·伯特著:《结构洞——竞争的社会结构》,任敏等译,格致出版社、上海人民出版社 2008 年版,第 19-20 页。结构洞理论具有“玩家-结构二元性”,结构单位可以是个人,也可以是组织(详细论述,参见该书第 5 章);这里的结构单位是组织。

[24] [美]马汀·奇达夫、蔡文彬著:《社会网络与组织》,王凤彬等译,中国人民大学出版社 2007 年版,第 53-54 页。

第五,还不能忽视 L 与 W 之间关系的强度对 L 子群体的成员和 W 子群体的成员之间关系的影响。尽管 L 与 W 在中国民法典的体系、结构等形式上有一定分歧,但由于两者在教育、收入、职业、社会地位等方面存在一定程度的相似之处,尤其是在学术思想上应该说都属于诠释法学,^[25]在民法典学者建议稿的知识信息内容及其结构等实质内容上很难有实质性分歧,都属于北京地区同一个领域的学者和民法典起草小组成员,因此,L 与 W 之间更容易形成强联结。同样受平衡论中相互性和传递性的作用,群间网络通过 L-W 这个“联结点”,在 L 子群体成员 A、B、C、D 与 W 子群体成员 a、b、c、d 之间形成强关系的可能性也大为增加,最终也使群间网络可能形成一种强关系网络。

四 参与者社会网络结构洞对信息结构的影响

第一,由大量重复关系人构成的民法典学者建议稿起草网络影响了民法典学者建议稿信息结构。“更多的关系人意味着你能获得更多的信息”,^[26]但不可能无限制地扩大起草网络规模,“增加网络规模,关键是要增加非重复性关系人的数量”,^[27]即“通过最优化网络中的非重复关系人的数量来最优化每个关系人的结构洞产出。”^[28]反之,“当若干关系人都介绍给你同样的人,提供给你同样的信息,他们就成为重复的关系人”,^[29]如在群内网络中,由于群内每个起草者具有相同或相似的学历知识结构和职业结构,提供给主持人的很可能是相同或相似的起草信息;在群间网络中,由于每个主持人和起草者具有相同或相似的学历知识结构和职业结构,每个主持人和每个起草者通过主持人提供给立法者的很可能也是相同或相似的起草信息。在这个意义上,民法典学者建议稿群内网络和群间网络规模的扩大,只是增加了重复关系人的数量,没有增加非重复关系人的数量及其结构洞的产出,大大降低了网络的有效规模和效率;影响了立法者通过起草网络结构洞获取信息利益及其带来的信息结构优化,出现一种与大多数关系人所拥有的法制信息相异的自身信息,使民法典学者建议稿大量充斥的是法制信息,较少自身信息,形成了民法典学者建议稿起草信息结构性缺陷。

第二,民法典学者建议稿强关系起草网络还会导致大量的凝聚力冗余,形成民法典学者建议稿信息结构(如图一)。“关于新观点和新机会的信息一定来自于与其他不同的群

[25] 参见苏力著:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社 2004 年版,第 11-12 页。

[26] [美]罗纳德·伯特著:《结构洞——竞争的社会结构》,任敏等译,格致出版社、上海人民出版社 2008 年版,第 17-18 页。

[27] [美]罗纳德·伯特著:《结构洞——竞争的社会结构》,任敏等译,格致出版社、上海人民出版社 2008 年版,第 18 页。

[28] [美]罗纳德·伯特著:《结构洞——竞争的社会结构》,任敏等译,格致出版社、上海人民出版社 2008 年版,第 21 页。当 X 既与 Y 熟悉又与 Z 有关系,而 Y 与 Z 没有联系,那么,Y 与 Z 之间的弱关系或关系间断,就形成了一个可被 X 利用的结构洞,获取这个结构洞的信息利益和控制利益。由于 X 周边没有结构洞,而 Y 与 Z 身边有结构洞,因此,X 有较高的结构自主性,Y 与 Z 的结构自主性较低。结构洞可以通过关系强度即凝聚力和结构等位来测量。详细论述,参见该书的第一章。

[29] [美]罗纳德·伯特著:《结构洞——竞争的社会结构》,任敏等译,格致出版社、上海人民出版社 2008 年版,第 18 页。

体中的人们之间的弱关系……弱关系对信息流动很重要,它将除它自身之外并没有联系的社会群体整合进一个更广阔的社会中。”^[30]这就是“弱连带的优势”。^[31]相反,“人们生活在一个他们与之有强关系的人组成的群体中,信息在这些群体中高速传播。每个人知道的,其他人多半都知道。”^[32]因此,民法典学者建议稿群内网络和群间网络的强关系意味着缺乏结构洞,存在凝聚力冗余,主持人不能通过群内网络结构洞获取信息利益,立法者也无法借助群间网络结构洞获取信息利益。

强关系不仅影响起草网络的信息传播,还会降低其信息创新能力。“在既不存在正式的、诸如专利法创造的知识产权又不存在公共补贴的情况下,开发新生产技术并获得收益的唯一办法就是隐藏知识”。^[33]因此,在一个强关系群内网络和群间网络中,在缺乏前两种激励新信息生产方式的前提下(详后),因其否弃私隐和隐藏知识,导致强关系群内网络中的起草者与群间网络中的主持人和起草者对有关民法典学者建议稿新信息(如自身信息)的生产缺乏动力,使民法典学者建议稿在信息结构上大量充斥法制信息,较少需要一定创新度的自身信息,形成民法典学者建议稿信息结构性缺陷。

第三,民法典学者建议稿起草网络结构等位冗余也影响了民法典学者建议稿信息结构(如图一)。在群内网络中,如果以获取博士学位的单位作为分析单位,“梁网”和“王网”的结构等位冗余量至少为 11 人和 22 人,有效规模为 15 人和 8 人;如果以现工作单位为分析单位,“梁网”和“王网”的结构等位冗余量至少为 14 人和 16 人,有效规模为 12 人和 14 人。在群间网络中,如果以个人为分析单位,结构等位冗余量至少为 4 人,有效规模为 52 人;如果以工作单位为分析单位,结构等位冗余量为 35 人(14 + 16 + 5),有效规模为 21 人。“不管结构等位的人们之间的关系如何,他们因为导向同样的信息资源而产生冗余”。^[34]因此,民法典学者建议稿起草网络中,不同的起草者由于来源于同一信息源——相同学习、工作单位——给主持人以及通过主持人给立法者都会带来较高结构等位冗余量,大大降低了网络的有效规模和效率,以及网络结构洞的产出和立法者通过起草网络结构洞获取的信息利益,形成了民法典学者建议稿信息结构性缺陷。

第四,“如果他们既在结构上等位又有强关系,那么结构洞的深度便会急剧变浅”(如图一)。^[35]换言之,民法典学者建议稿立法者的起草网络不仅存在结构洞的量——重复关系人的存在即凝聚力冗余和结构等位冗余导致起草网络结构洞较少——的问题,而且存在着结构洞的质——结构洞不深——的问题;立法者既存在着因主持人之间强关系即凝聚力冗余而导致初级群间结构洞的缺乏,也存在着因起草者之间强关系即凝聚力冗余

[30] [美] 罗纳德·伯特著:《结构洞——竞争的社会结构》,任敏等译,格致出版社、上海人民出版社 2008 年版,第 27 页。

[31] [美] 马克·格兰诺维特著:《镶嵌:社会网与经济行动》,社会科学文献出版社 2007 年版,第 67 页。

[32] [美] 罗纳德·伯特著:《结构洞——竞争的社会结构》,任敏等译,格致出版社、上海人民出版社 2008 年版,第 27 页。

[33] [美] 波斯纳著:《正义\司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 152 页。

[34] [美] 罗纳德·伯特著:《结构洞——竞争的社会结构》,任敏等译,格致出版社、上海人民出版社 2008 年版,第 19-20 页。

[35] [美] 罗纳德·伯特著:《结构洞——竞争的社会结构》,任敏等译,格致出版社、上海人民出版社 2008 年版,第 44 页。

和结构等位冗余而导致次级群内结构洞的缺乏;最终导致起草网络的有效规模和效率较低,立法者通过起草网络尤其是群内网络的结构洞特别是次级结构洞获得的信息利益也较低,形成了民法典学者建议稿信息结构性缺陷。

第五,民法典学者建议稿起草网络还存在着立法者在起草网络中的控制利益及其结构自主性很低的问题(如图一)。“一个提供信息利益的结构洞也衍生出控制利益”;^[36]一个缺乏信息利益的起草网络,也缺乏控制利益。由于L、W与其他群内网络成员联系紧密,周边没有群内结构洞,结构自主性较高,L、W带给立法者M的约束最强,提出的民法典方案立法者难以拒绝。同样,由于L与W的联系较为紧密,立法者也无群间结构洞可用,谈判余地也较小,由L与W联合起草的民法典学者建议稿也无法拒绝。正是由于L和W在立法网络中的这种网络地位——既没有群内结构洞又无群间结构洞——决定了他们在与M形成的群间网络中处于获取信息利益和控制利益的有利网络位置,有较高级别度的结构自主性,立法者M反而处于非常不利的获取信息利益和控制利益的网络位置,结构自主性较低,从而决定了L及其“梁稿”和W及其“王稿”对立法者M及其中国民法典学者建议稿的信息结构具有决定性影响,形成了民法典学者建议稿信息结构性缺陷。

综上,正是由于我国民法典学者建议稿起草网络结构洞的多少、深浅和分布状况,决定了主持人、立法者的起草网络地位,进而影响主持人、立法者通过结构洞获取信息利益及其带来的控制利益和结构自主性,形成了民法典学者建议稿信息结构性缺陷。

五 公共投入不足的低(零)成本立法策略的约束

作为直接贡献于民法典起草的学者建议稿,公共财政投入不足的低(零)成本立法策略,显然直接制约了起草者信息搜寻的能力,也制约了整个民法典建议稿在更大程度上的提升。^[37]在财政支持力度不够大的情况下,由于道德风险、信任以及组织成本等问题,主持人选择自己关系较远的不熟悉的人作为参与成员,显然不现实。为此,主持人不得不选择强关系人方案及其带来的成本与收益的时间差来维持民法典学者建议稿起草工作的正常运转,利用自己长期积累起来的社会资本弥补低(零)成本立法策略带来的物质资本之不足。但大量的关系人成为重复关系人,形成了关系人的知识网及其结构洞的缺失,具体表现在以下主要方面:

第一,低(零)成本立法策略使关系人的收益几乎为零。首先,不论是法制信息还是自身信息,都具有公益性、共享性特征,不能像科学技术那样拥有对信息即创新信息的“知识产权”,从而激励发明人去创新、发明;而且在我国进行法律产品的生产,不仅没有物质收益,也没有精神利益,不像某些国家立法那样有署名权。^[38]其次,在一个强关系网络中,信息的共享性、公益性更为突出,信息创新者无法通过隐藏知识的办法获得必要的

[36] [美]罗纳德·伯特著:《结构洞——竞争的社会结构》,任敏等译,格致出版社、上海人民出版社2008年版,第47页。

[37] 详细论述,参见徐国栋著:《认真地对待民法典》,中国人民大学出版社2004年版,第170-176页。

[38] 徐国栋著:《认真地对待民法典》,中国人民大学出版社2004年版,第146页。

收回成本的收益。另外,由于低(零)成本立法策略,导致信息的生产者生产的信息包括成本高的自身信息和成本低的法制信息都无法获取必要的公共财政补贴。因此,对起草者的收益就是维持与主持人的长期合作关系,对主持人的收益就是完成工作任务,维持与立法者的长期合作关系,获得一定的社会声誉,对立法者而言,就是完成本职工作,这些收益相对于需付出艰辛劳动的民法典学者建议稿制定而言,极其不相称。

第二,低(零)成本立法策略使起草者趋向于“已有知识或信息”的搜寻,而对“未有知识或信息”的创新和搜寻缺乏足够的内在驱动力,形成了起草者个人知识网及其结构洞的缺失。这种情形首先突出体现在“梁稿”和“王稿”法制信息搜寻中,对大陆法系(包括中国)的“偏爱”和对英美法系的“冷淡”。中国在总体上主要移植了大陆法系的法律和制度,因此,在法学教育上,以讲授大陆法系法律和制度为主要内容和任务,以培养学生运用法律的能力为主要目标,而对英美法系的相关法律和制度较少涉及;也因此,在法学研究上,“构建一个基本完整、自洽且能够有效传达和便于司法运用和法律教学的法律概念系统和规则体系”的诠释法学,自然成了主流。^[39]而大陆法系法律发展的最高成就和集中体现则是各国民法典,因此,上述情形在民法领域最为典型:教学上,围绕民法典相关法律和制度组织主要教学内容;研究上,以大陆法系各国民法典的翻译、解释、结构、体系、基本原则、基本原理等有关民法典的法制信息为研究主线。因此,大陆法系有关民法典法制信息就成了一个以民商法教学和研究者为主构成的民法典学者建议稿起草者群体起草时的“已有知识或信息”,其信息成本较低;英美法系相关法制信息则成了起草者起草时的“未有知识或信息”,其信息成本较高。正是两者的成本差异,导致了起草者倾向于前者而规避后者。

其次,信息成本和收益的高低决定了关系人的信息搜寻范围。“决策者不会无限制地展开信息搜寻,他们会在对信息投资的预期边际收益等于预期边际成本这一点停下来。如果信息费用过于高昂,决策者就会采取简化决策模式,诉诸……一些粗略的‘代表标记’(proxy)。”^[40]如当搜寻未有法制信息费用过于高昂而收益很低时,起草者也会采取简化模式,诉诸于可降低信息费用的有关法制信息的“代表标记”:正义、公正、幸福、安全等法律价值,以及集中体现这些法律价值的法律原则、法律原理和法律规范;特别是在低(零)成本立法策略约束下,这种依赖更为突出。

第三,在“未有知识或信息”搜寻和创新上,低(零)成本立法策略使关系人趋向于“规范性知识或信息”的搜寻和创新,对“事实性知识或信息”的搜寻和创新缺乏足够的内在驱动力,形成了关系人的个人知识网及其结构洞的缺失。这是由法制信息和自身信息的差异性所决定的信息成本不同而带来的必然结果。民法典学者建议稿法制信息,经过各国民法典立法的不断完善及其法学研究尤其是规范分析法学对规范长期而系统的研究,以及比较法学对各国民法典法律规范的类型化整理、比较、总结、提炼,人们对这种“规范

[39] 苏力著:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第17页。

[40] 参见[美]詹姆斯·马奇著:《决策是如何产生的》,王元歌、章爱民译,机械工业出版社2007年版,第18-19页;转引自吴元元:《信息能力与压力型立法》,《中国社会科学》2010年第1期,第149页。

性的知识或信息”的认识和研究趋于成熟和一致,形成了相对稳定的具有内在逻辑联系的规范体系和知识体系,在很大程度上已达到了规范化、体系化、定型化、文本化的状态,具有鲜明的“纯粹理性”特征。相反,民法典学者建议稿自身信息则是民法中最具本土性、民族性的部分,是一种非常典型的《个人性知识》(波兰尼)、“地方性知识”(吉尔兹)、“弥散性的未阐明的知识”(哈耶克),有时还是一种被肉体化了的“身体记忆的知识”、“习得的知识”和只可意会不可言传的“无言之知”(波斯纳)、“无意识的知识”(波普尔),甚至还是一种“难以清楚地以言词或文字交流的知识即传统”。^[41] 如果考虑到中国有着5000余年自成一体的文化历史传统,13亿多人口,民族成分众多,各地政治、经济、文化的地域性、差异性极大,城乡二元结构极其突出等国情,民法典学者建议稿自身信息的这种“实践理性”特征就更为典型。

正是由于民法典学者建议稿法制信息和自身信息的这种特征,决定了两者信息成本的巨大差异。首先,从时间成本看,获取自身信息的时间成本远高于法制信息。随着现代网络技术的发展,在法律交流日益活跃,信息传递非常便捷的今天,对已规范化、体系化、定型化、文本化的法制信息,获取信息的成本较低,有些甚至在“书斋”中轻触键盘仅凭个人力量就可以获取大量的法制信息。^[42] 对那些具有个人性、地方性、弥散性的习得的身体化了的“交流起来不经济的知识”,^[43] 即民法典学者建议稿自身信息,无法通过移植或书面形式获取,只可能通过广泛而深入的实证调查和田野研究,有些甚至要在一定理论指导下,经过许多学者长期不懈的努力,才能认识到并获取,其时间成本非常高昂。如法国民法典对习惯法的整理和研究,保守估算就持续3、4个世纪;^[44] 德国民法典对以“民族精神”为名的自身信息的获取也持续了近100年(1814-1900年);至于英美法系地方性习惯发展为普通习惯法,从无法交流的实践理性知识变为可交流的实践理性知识,持续的时间更长;^[45] 日本法制现代化也表明:法制信息是枝节,“活法”(即自身信息)的现代化才是关键,贯穿于日本法制现代化的始终。^[46] 在这一点上,对于曾有5000余年自成一体的文化历史传统,现有13亿多人口,民族成分众多,各地政治、经济、文化的地域性、差异性极大,城乡二元结构极其突出的中国而言,所需时间成本更高。

其次,从信息加工成本看,自身信息的加工成本远高于法制信息,对人的知识结构、认识能力、获取信息的方法和技术手段等要求更高。在知识上,除了法制信息所需的诠释法学知识外,更需要长于了解社会、研究社会的深厚的社会科学底蕴,如社会学、经济学等学科的知识储备;在能力上,除了需要法制信息所需的解决常规问题的能力外,更需解决非常规问题的创新能力和更多的智识投入;在获取信息的方法技术上,更需社会科学的实证

[41] 苏力著:《制度是如何形成的》,中山大学出版社1999年版,第166页。

[42] 如徐国栋收藏的外国民法典截止到2007年7月一共有109部。参见徐国栋著译:《比较法视野中的民法典编纂》,北京大学出版社2007年版,第353-359页。

[43] 苏力著:《制度是如何形成的》,中山大学出版社1999年版,第166页。

[44] 陈颐著:《立法主权与近代国家的建构》,法律出版社2008年,第31页。

[45] 苏力著:《制度是如何形成的》,中山大学出版社1999年版,第172页。

[46] [日]川岛武宜著:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第52页。

研究方法及其带来的较大资金投入。^[47] 在这一点上,如果结合中国国情,如人口众多,民族成分复杂,地域辽阔,自然地理环境、政治、经济、文化的地域性差异巨大,城乡二元结构突出,文化历史传统深厚,社会转型规模、复杂程度世界上绝无仅有,就表现得尤为突出,也尤为必要;如果考虑到目前中国法学教育分科较早、硕士不硕、博士不博等法学教育现状而导致的社会科学底蕴不深,^[48] 考虑到诠释法学目前甚至今后还会占据主流地位而社科法学目前甚至今后还会处于“也许”阶段,^[49] 中国法学尤其是民法学研究现状及其研究手段远远不能满足民法典学者建议稿获取自身信息的这种要求,民法典学者建议稿起草者为获得必要的自身信息就需要更大的知识投入和资金投入。

但由于受低(零)成本立法策略约束,立法者在起草管理范围上,既无法根据民法典学者建议稿起草指导思想来选择主持人并实施有效的起草管理,如主持人之间要具有异质性和弱关系及其丰富的初级结构洞,至少不能像现在那样存在凝聚力冗余和结构等位冗余,以最大限度地提高群间网络的有效规模和效率,保障自己处于获取信息利益和控制利益的有利的网络位置;也无法前推至具体起草者范围内进行起草管理,根据民法典学者建议稿起草指导思想对主持人选择具体起草者实施必要的起草管理和干预,制造更多的次级结构洞,避免出现目前群内网络的凝聚力冗余和结构等位冗余,以最大限度地提高自己的信息利益和控制利益以及结构自主性。由于受低(零)成本立法策略约束,立法者在起草管理机制上,只能采取工程承包中的整体打包式——实质是“甩包”——管理方式,^[50] 无法根据起草指导思想选择科学的起草管理方式,如经济学中的委托-代理模式与社会学中的结构洞原理,也无法控制、减少甚至消除主持人与起草者之间发生的很可能影响民法典学者建议稿起草质量的层层转包现象。为此,立法者不得不直接参与民法典学者建议稿的具体起草,在“学者建议稿”基础上提出“室内稿”,从一个民法典学者建议稿起草管理者“沦落”为执行者,扭曲了立法者作为民法典学者建议稿起草管理者功能,最终影响了民法典学者建议稿的起草质量。

六 信息结构性缺陷的主要影响及其克服

(一) 信息结构性缺陷的主要影响

第一,信息结构性缺陷会影响到起草论证的过程,使起草者趋向于简化甚至缺乏起草论证过程,不可能进行充分而具体的起草论证。由于信息结构性缺陷的存在,因此,不论是在“王稿”还是“梁稿”中,许多条文都缺乏必要的起草理由或起草根据方面的论证;也因此,还有许多条文只是立法例等法制信息的简单堆砌,缺乏结合中国社会具体情形的论证;即使是有些条文有所论证,也较为浅显,大多停留在规范层面,从规范到规范,或者利用法学的教义性,将这些必要的论证过程意识形态化、大词化,无法深入中国社会进行细

[47] 苏力著:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社 2004 年版,第 21 页。

[48] 苏力著:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社 2004 年版,第 159-186 页。

[49] 苏力著:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社 2004 年版,第 25 页。

[50] 徐国栋著:《认真地对待民法典》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 168 页。

致、具体而充分的论证。也许正是这个原因,中国当代立法大多采取“无立法理由”的立法形式。在这个意义上,“梁稿”和“王稿”采取“附理由”的起草形式,是中国当代民法典向科学化和民主化迈出的艰难一步。

第二,即使有所论证,由于信息结构性缺陷的存在,起草论证和起草目标只停留在合法律性层面,无法推进到合法性层面。“从统治客体的角度看,合法性意味着被统治者基于某种价值、信念而认可、支持某种政治统治,将其视为‘正当’或‘应当’的”。^[51] 换言之,民法典学者建议稿要想获得合法性,为承担者中国社会民众所认可、接受,必须考察中国民众对它的态度和动机。相反,“合法律性是不问法律承受者的态度和动机的”。^[52] 由于信息结构性缺陷的存在即中国自身信息的缺失,立法者无法知道中国社会民众对民法典学者建议稿的态度和动机,无法知道民法典学者建议稿是否“合中国社会之身、合中国人之体”,无法展开“合身”的论证,也不可能达到“合身”的起草目标,推进到合法性层面;^[53] 立法者只能抽象地论证法制服装的“漂亮”问题——是德国牌的民法典“漂亮”还是法国牌、瑞士牌、日本牌……的“漂亮”,局限于合法律性层面的论证,只能追求法律规范之间的自洽性和合法律性,这种情形大量存在。也许正是这个原因,“160 多年来的‘变法’,不过是在‘制定法’的层面上改来改去,照搬照抄一些书面上的规则,而忽视具体制度下的行为博弈。这样的变法是昂贵的试验,甚至可能是‘换汤不换药’的‘改标签游戏’”;^[54] 中国近代以来的法治只是停留在“变法”层面。^[55] 可见,中国立法并没有解决像西方立法那样应解决的合法性问题,必然给我国法律运行带来广泛而深远的制度性影响。^[56]

第三,为了克服民法典学者建议稿信息结构性缺陷,受制度环境的制约,中国社会往往会在有关法律出台后,围绕这些法律条文形成一个法律解释群或地方性法律群,以便使立法更适合中国国情。如由立法机关结合法律实践中出现的具体问题,有针对性地出台相应的立法解释;由司法机关针对立法中立法者缺乏对司法中一些具体情形的考量或者陌生于司法的情形,有针对性地出台相应的司法解释;由行政机关针对立法中立法者由于立法信息的结构性缺陷而陌生于执法,缺乏对行政执法中具体情形的考量,有针对性地出台相应的行政解释;由法律直接授权有一定立法权的地方性立法机关或政府及其部门针对立法者对中国各地方性因素缺乏综合而具体的考量和权衡的情形,有针对性地制定一些地方性实施办法等地方性法规或规章。这些围绕某个法律条文形成的法律解释群或地方性法律群,往往是基本法律条文数的数倍甚至数十倍,使整个立法呈现法律解释“即准

[51] 张星久:《论合法性研究的依据、学术价值及其存在的问题》,《法学评论》2000年第3期,第27页。

[52] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店2003年版,第40页。

[53] 也不是说立法完全没有合法性,如在理论上,我国要建立的是市场经济,因此,移植西方有关市场经济的法律有其合法性,即具有观念上或大词意义上的合法性。但这种合法性没有与中国社会具体情形结合,不能直接转换为司法或执法能够立即操作的技术上的合法性。本文持后一种认识。

[54] 张维迎著:《信息、信任与法律》,三联书店2003年版,第250页。

[55] 苏力著:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第3页。

[56] 参见张洪涛:《法律洞的司法跨越》,《社会学研究》2011年第6期,第62-66页;《中国法院压力之消解》,《法学家》2014年第1期,第21-24页。

法律秩序肥大化”。^[57]

第四,信息结构性缺陷的存在还会使其社会运行在整体上呈现出“硬法软行”的格局。^[58] 由于民法典学者建议稿信息结构性缺陷的存在,民法典学者建议稿在未来的司法中的结构自主性较低,特别是民法典学者建议稿未来司法适用的对象是关系密切群体时,其结构自主性更低,民法典学者建议稿未来司法适用的阻力更大,不得不软化民法典学者建议稿未来的司法适用。^[59] 由于立法信息结构性缺陷的存在和立法提供给司法的合法性资源有限,法院不得不解决立法本应解决而没有解决的合法性问题,不得不改变自己解决纠纷的方式,软化法律实施,使司法和执法柔性化,广泛运用调解来制度化地解决中国法院的制度困境——合法律性与合法性的紧张和冲突——以便填补民法典学者建议稿信息结构性缺陷。^[60] 由于信息结构性缺陷的存在和结构自主性较低,民法典学者建议稿自身“求生存”的能力较低,^[61] 出现规避法律的情形,更容易被其他制度——如习惯、道德、经济规律、政策等——所取代,使民法典学者建议稿空洞化。^[62]

(二)信息结构性缺陷的克服

第一,要改变我国目前民法典低(零)成本立法策略,加大其财政投入。这是民法典学者建议稿信息结构性缺陷克服的前提,也是世界发展的共同趋势。如美国路易斯安那州在 1806 年制定民法典时,即使当时经济状况不佳,也要分 5 年给予二位起草者 4000 美元的巨款;瑞士民法典制定时,在 1902 年给予起草者欧根胡贝尔很高的精神待遇;波多黎各 1997 年制定民法典时,用立法方式第一年拨款 50 万美元,第二年又增加到 77.5 万美元,专用于民法典制定;^[63] 即使法治成熟的国家,也非常注重立法的投入,如在 1995 年的美国,整个法院的总开销约 150 亿美元,其中 50 多亿美元用在立法和起草法律上。^[64] 我国作为人口与地域大国,国情独特而复杂,低(零)成本立法策略显然与国际惯例不符。由于中国民法典学者建议稿制定的难度,起草者要想制定一部高质量的民法典学者建议稿需要巨大的投入甚至几代人毕生的投入。

第二,要注意立法投入的科学性,建立需求导向型的法学创新和投资体制。这是克服信息结构性缺陷的体制和机制保障。

首先,在法学研究资源配置方式上,要实现由“学科导向型”计划方式到“需求导向型”市场方式的转变。“学科导向型”创新体制是根据供给方学科理论建设需要按照计划来配置、组织法学研究资源,具有行政化与计划经济的特征,易造成法学研究与法治实践、

[57] 季卫东著:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 66 页。

[58] 张洪涛:《从“以礼入法”看中国古代习惯法的制度命运》,《法商研究》2010 年第 6 期,第 148 页。

[59] 张洪涛:《法律洞的司法跨越》,《社会学研究》2011 年第 6 期,第 72 - 75 页。

[60] 张洪涛:《中国法院压力之消解》,《法学家》2014 年第 1 期,第 24 - 30、32 - 34 页。

[61] 一般化的论述,参见[美]罗纳德·伯特著:《结构洞——竞争的社会结构》,任敏等译,格致出版社、上海人民出版社 2008 年版,第 202 - 232 页。

[62] 张洪涛:《国家法难行之源:国家主义抑或人本主义》,《政法论丛》2009 年第 5 期,第 29 - 32 页;苏力著:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 41 - 73 页;邢会强:《政策增长与法律空洞化——以经济法为例的考察》,《法制与社会发展》2012 年第 3 期,第 117 - 122 页。

[63] 徐国栋著:《认真地对待民法典》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 143 - 144、171 页。

[64] 宋冰编:《程序、正义与现代化》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 297 页。

法学内外各学科之间的壁垒和脱节,以及法学创新市场的分散、分割和学科化,法学研究成果在学术圈“内卷”。“需求导向型”创新体制是根据需求方法治建设实践需要由市场来配置、组织法学研究资源,可将有限的法学研究资源引导到中国法治实践最需要的地方,如中国当代立法急需来自中国社会的自身信息,通过市场机制的引导就可以将有限的法学研究资源引导到这个方面。法学学术创新市场的高度专业性、法学信息的复杂多样性等特征,决定了在资源配置方式上需要实现由计划向市场的转变。

其次,在法学研究投资体制上,要实现由“学科导向型”投资体制到“需求导向型”投资体制的转变。“学科导向型”投资体制的投资范围(即课题指南或课题来源)和投资额度(即课题经费)基本上是由供给方和行政管理部门根据各学科理论建设需要来提供和编制,具有学科化特征,易带来重复投资、投资效率不高、不协调、不配套等弊端。“需求导向型”项目投资体制是根据需求方法治建设实践需要来决定投资范围和额度,投资范围或课题来源主要由有关立法、司法、行政等部门和社会团体提供和发现,投资额度主要根据研究课题的难易程度、课题研究技术手段等研究需要来确定。如根据民法典学者建议稿制定的需要,需要加强对有关来自英美法系的法制信息和来自中国社会自身信息的投入,而且后者的投资额度要高于对法制信息的投入。

再次,在法学研究的组织运作模式上,要实现由“学科导向型”组织运作模式到“需求导向型”组织运作模式的转变。“学科导向型”组织运作模式是按照学科界限标准选择课题负责人和课题组成员开展项目研究,具有学科化特征,不利于学科之间的交叉、融合和研究问题的深入。“需求导向型”组织运作模式是根据研究问题需要来选择课题负责人和课题组成员开展项目研究,有利于学科之间的交叉、融合和研究问题的深入拓展。如在制定民法典学者建议稿时,要适当选取一些从事中国社会自身的描述性、事实性研究的学者参与民法典学者建议稿的制定。

最后,在法学研究的评价机制上,要实现由“学科导向型”评价机制到“需求导向型”评价机制的转变。“学科导向型”评价机制是根据供给方的学科理论研究和建设标准进行立项审批和结题验收,具有学科化特征,存在评价标准不客观、裁判员与运动员合一等弊端。“需求导向型”评价机制是根据能否有效地解决需求方中国法治实践具体问题作为评价的最重要标准,遵循谁设计谁批准立项谁验收谁负责以及裁判员与运动员分离的原则。为了建立科学而客观的评价机制,法学研究评价机制需实现由“学科导向型”向“需求导向型”的转变。

第三,必须加强起草设计和管理,改变目前立法者既当运动员又当裁判员的功能不分的格局,强化立法者作为民法典学者建议稿的设计者和管理者的裁判员功能,弱化其直接参与民法典学者建议稿制定的运动员功能。这是民法典学者建议稿信息结构性缺陷克服的核心。由于民法典学者建议稿制定的技术性较强,世界各国制定民法典时一般将其委托给法律专家。但这并不意味着立法者对民法典学者建议稿制定不管不问。在弱化其运动员功能时,要强化其裁判员功能,加强设计和管理。立法者作为民法典学者建议稿的设计者,应明确未来民法典学者建议稿的蓝图,并将其作为起草管理的灵魂和评判民法典学者建议稿优劣的最终标准。在起草管理上,要变目前事后被动审查为事前主动管理,将起

草管理前推至民法典学者建议稿起草的整个过程,包括规划设计、主持人和起草者的搭配与筛选、条文的信息结构及其起草论证、民法典学者建议稿是整体审议还是分条审议,等等;其次要变目前承包式起草管理机制为科学的起草管理机制,如运用信息经济学的委托-代理理论和社会网络理论进行起草管理机制的设计。

第四,要减少甚至消除起草网络中凝聚力冗余和结构等位冗余,优化民法典学者建议稿的起草网络,增加起草网络的结构洞,提高立法者在整个起草网络中的信息利益、控制利益和结构自主性。这是民法典学者建议稿信息结构性缺陷克服的关键。当立法者身边没有结构洞,而关系的另一端(如主持人、起草者)具有较多和较深结构洞时,立法者就处于获取信息利益和控制利益的有利的起草网络位置,具有较高的结构自主性。因此,提高立法者在整个起草网络中的信息利益、控制利益和结构自主性,就是增加主持人之间、起草者之间以及主持人与起草者之间的异质性,减少甚至消除他们之间存在的凝聚力冗余和结构等位冗余,构建一个由非重复关系人构成的起草网络,以便制造更多、更深的结构洞。申言之,首先要尽量增加关系人(如图一中 A、a)的知识结构洞,选择那些既懂民法学知识又对中国社会较为了解的成员,做到每个起草者的一专多能;其次要尽量增加群内结构洞(如图一中“王网”和“梁网”),选择弱关系人方案,以提高群内网络的有效规模和效率;最后要尽量增加群间结构洞(如图一中“M-L-W”网),增加主持人之间和群内网络之间的异质性,提高群间网络的有效规模和效率。

[Abstract] As a result of low (zero) cost legislation policy and insufficient public finance investment, the legislators responsible for the drafting of Chinese Civil Code have been reduced from designers and managers to the mere implementers of the drafting work, and have been compelled to entrust scholars with whom they have strong connections to provide scholars' proposals on the draft Civil Code and then try to develop a draft legislation on the basis of such proposals. The latter, faced with the same constraint of insufficient public finance investment, also have been compelled to find other scholars with whom they have strong connections as drafters of the proposals. This directly leads to the inclination of drafters to search and use low-cost western legal information, rather than high-cost domestic information, in the drafting work. Such a drafting network with defective information structure has ultimately produced two scholars' proposals on draft Chinese Civil Code with defective information structure. In order to reduce or eliminate the institutional influence of defective information structure on scholars' proposals on draft civil code, the government must change the low (zero) cost legislation policy, increase public finance investment in legislation, establish a demand-oriented innovative legal research system, strengthen the design and management of law-drafting work, and optimize the drafting network.

(责任编辑:韩 豫)