

经济与法治的范式创新

■季卫东 上海交通大学凯原法学院院长、教授



我本人一直关注中国的经济改革,关注制度派经济学的研究成果。我在国外留学期间主攻方向就是“法律与社会变迁”。上世纪80年代后期写硕士论文的时候,曾经以中国破产制度的导入作为基本素材对法律在经济改革中的作用进行了分析。

不得不指出,中国的法治建设其实很大程度上是由经济学界推动的。比如说,1980年代吸引外资、改善投资环境,使得涉外经济法规体系不断完善。1990年代确立社会主义市场经济体系,有一个口号说市场经济就是法治经济,推动了民法制定和司法改革。2000年,吴敬琏先生提出“好的市场经济”和“坏的市场经济”的区别,特别强调了法治对于“好的市场经济”具有重要意义。

本文的题目是“经济与法治的范式创新”。一方面,我想讲一讲从十八届三中全会提出市场发挥决定性作用、国家治理体系的现代化以及全面深化改革等一系列重大命题和方案,到四中全会提出法治中国的基本设想,两个全会之间的关系我们究竟应该如何理解。我们能不能在两个决定构成的基本框架中找到真正推动制度创新的契机?创新必须有自由的空间,可惜这种自由空间被意识形态之争大幅度压缩了。即便如此,我们还是可以找出一些推动制度创新的契机以及技术性手段。实际上,对于制度变迁而言,最重要的还不是选择理想的目标,而是选择达到目标的不适当手段。只有人们选择了正确的手段,才有可能实现正确的目标。在这个意义上可以说,在既有的框架里找到变革的契机,以此为抓手进行点点滴滴的制度建设的实现中国国家治理体系现代化的关键。

另一方面,我想在全球化以及世界史上的结构大转换的视野里谈谈中国推行发展模式与法治创新的创新。关于推行现代法治的一些基本原理,我想大家都耳熟能详,怎样在中国的实际条件下具体落实,需要琢磨操作技艺。在未来几十年,我们必须推动民主法治,以使国家治理适应市场经济发展的态势,这是没有疑问的。但是,与此同时我们还必须注意到二十一世纪人类以及中国不得不面对的新情况、新问题,及时跟踪经济社会体制和法治原理的深层次演变的趋势和层出不穷的新生事物,以便思考和践行经济和制度的范式创新。总之,既有范式下的制度创新以及范式的创新,都是我们在当下不得不关注的本身,我的演讲主要涉及这两个不同的层面。

首先来看第一个方面。正如前面提到的那样,无论是国家治理的现代化,还是法治中国的构想,都与市场经济的发展密切相关。如果没有1970年代末启动的那场经济体制改革,很多制度建设和社会改革举措也许不会发生,至少会被延迟。是改革开放时代的法治推动了法制建设。为什么现代市场经济要求法治秩序?很多人已经从事过很好的分析。我在这里还是要对相关的基本思路做一个梳理,以便界定问题,分析制度演变的路径。

市场经济要求法治,目的是保障竞争机制的发展。竞争是否自由,是否公平,游戏规则的内容和执行情况具有决定性意义。为了说明竞争对法治的推动作用,我介绍一下这几天在北京的活动以及讨论的内容。

应国家外国专家局的邀请,名满天下的日裔美国政治学家弗朗西斯·福山教授和经济学家青木昌彦教授到北京做了系列演讲,并参加了闭门讨论。我作为中方对话者和评议人全程参加了有关活动,并就福山的观点提出了自己的看法。为了厘清问题的脉络和背景,我先把福山的理论框架大致介绍一下。他认为在所有政治体制发展过程中有三个元素

是非常关键的,第一个是国家权力,第二个是法治,第三个是民主问责。这三个元素的比例如何,他们互相组合如何,这是由一个国家的国情和历史进程,还有一些文化因素决定的。但是,好的政治体制,必须在这三者之间达成适当的平衡。福山认为,中国政治体制的不足是国家权力太强,法治和民主问责不够。反过来,作为比较和对照的案例,美国的政治体制是法治和民主问责都很强,但国家权力方面存在问题,有时无法有效地做出决定。这是一个去意识形态化的理论框架,着眼点是国家权力以及对权力的法律制约和民主问责。

我在评议环节表示认同他的分析方法以及对对中国政治改革的建议:应该按照先法治、后民主的顺序推动改革,当然这两者之间也存在着相互作用,先后顺序也未必那么清楚不变。这里存在的一个重要的问题是,既然中国的国家权力非常强,而法治又是对国家权力进行限制的一种制度设计,那么国家接受这种限制的动机何在、理由何在?国家接受的现代化过程,是从封建制开始的,王权还受到教权制衡,所以推行法治的客观条件是具备的。但中国的现代化过程要在中央集权制下进行,国家的权力乃至能力都特别强,为什么要用法律规则限制自己的行为?当然需要社会的压力,在这个意义上,民主问责就构成一种压力。但更重要的动因却来自竞争。

我认为,有两个因素导致国家必须走向法治,这些因素都与竞争机制密切相关。第一个因素就是市场化。经济改革导致市场竞争机制的出现。这种竞争机制一旦出现,就必然会提出一个问题:竞争是不是自由的?竞争是不是公平的?随之游戏规则的问题会被提出来。所以可以说市场就是竞争必然推动法治的发展。第二个因素就是利益集团分化。中国竞争必然导致强者与弱者、胜者与败者的区分,也必然伴随着投资者和劳动者的区分,这样的区分会导致不同利益集团出现,他们会提出不同的诉求。这就会引起不同利益集团之间的竞争。不同集团怎样表达自己的利益诉求?如何协调它们之间的关系?随之公正程序和判断标准的问题会被提出来。在这样的背景下,政府的中立性、客观性、公正性的问题也会被提出来。只有当政府保持中立时,才能在不同利益集团之间扮演仲裁者、协调者的角色。那么怎样才能使政府中立化呢?在这里,法治原则非常重要。因为法律本质的特征就是中立性、客观性、公正性,尤其是在司法领域,这种特征表现得更加突出。还有第三个因素,这就是党内民主化。近十几年来强调党内民主,为意见竞争、政策竞争、派别竞争、权力竞争提供了前提条件。无论是哪一种竞争,当这种竞争具有公开性时,也会提出游戏规则问题,从而形成法治的驱动力。顾准早就阐明过这个道理。总之,在当今中国,法治建设具有三个主要动因,都与竞争机制有关。

通过以上分析,中国走向法治的动因就比较清楚了。回过头来看,还有一个法治能不能适应市场经济的需要的问题有待考虑。我在这里有点班门弄斧了。一般而言,如果要形成一个有效率的市场经济,制度派经济学家的观点,按照古典经济学的基本逻辑,首先要明确地界定产权。产权关系明确了之后,就知道谁能够对财产进行处分,这才具备自由交换的前提条件。理性的经济人之间如果能进行自由交换,结果就会导致资源的合理配置,提高经济的效率。与此相应,现代法学特别是民法学上存在两条根本原理:一条是所有权神圣不可侵犯,主要是指私人所有权的保障,另一条是契约的自由。现代法学最根本的两条原理,与现代经济学的基本观点是吻合的,完全符合市场逻辑。

但是,科斯教授发现实际情况可能会与上述构想不同,为此提出了市场交易成本和社会成本的概念。从他的观点来看,在交易成本并不为零的场合,即使产权明确,即使允许自由的讨价还价和交换,也未必就能导致一个很合理的资源配置,未必就能提高经济效率。因为交易成本的存在会影响人们的判断和行为。于是问题就会转换成:如何限制或者减少交易成本?科斯主要提示了两个关键:一个是组织。“企业的本质”这篇论文就揭示了这一点。通过产业的组织可以使契约关系内部化,减少逐一谈判、反复谈判的成本。组织涉及治理的结构。从企业治理到国家治理,组织的结构和功能都可以影响交易成本。另一个是司法规则。对于交易成本的预测和计算而言,法院关于权利认定以及损害赔偿的判决具有重要的意义。科斯在他的论文集《企业、市场以及法律》中曾经用很大的篇幅分析英国简易法院和商业纠纷处理过程以及判例在市场经济问题解决方面所起的作用。

总之,组织或者权力结构的合理性和弹性,司法判断的确定性和公平性,这两个因素对市场经济的健全发展具有重要作用。因此可以说法治是好的市场经济的前提条件。十八届三中全会决定的市场经济的命题,四中全会决定提出了依宪执政、依法治国的命题,似乎就是要把前述两个因素作为抓手,进一步推动市场经济体制的改革和发展。

值得重视的是,在新一轮全面深化改革过程中,顶层设计和顶层推动成为热议的话题。顶层设计究竟应该怎么进行?这个问题似乎已经解决了,但从法学的角度来看,还是需要问题的相关状况或者脉络进行梳理。在考虑国家治理体系现代化之际,必须注意三个维度。第一是权力,即国家权力结构,也涉及主权理论。国家权力同时,即法治与法治思维,用以运作权力同时,即制约权力。第三是具体的制度设计和操作技术。这三个维度的分析框架是卡尔·施米特建立的。这位德国20世纪代表性政治学家和宪法学家,在《论法学思维的三种模式》中论述了决断论、规范论以及具体秩序论。我参考了他的分析框架,当然问题意识和论述的内容还是很不相同。

国家权力对于现代化当然具有重要意义。欧洲从封建制度走向现代官僚制度、建立统一的国内市场,经历了加强国家权力的阶段,这就是绝对王政时代。没有强有力的王权,就很难打破原有的封建身份关系的束缚,终结分裂局面,形成民族国家的主权和统一秩序。从而无法突破对大一统的官僚制为出发点,其路径与欧洲必然有所不同,但也存在打破村落共同体的身份关系,向社会基层渗透的需要。另外,当代中国的主权理论其实存在逻辑上的断裂,有待在理论上进行弥补和改进。

在按照现代主权概念建立统一的民族国家之后,在国家权力变得更加集中和强大之后,如何防止国家滥用权力就成为非常重要而且紧迫的任务。为了限制国家权力,必须加强规范性思维,必须采取法治方式。现代法治秩序就是在这样的背景下形成和发展的。规范性思维的典型可以在汉斯·凯尔森的纯粹法学理论中找到。由此可见,在考虑国家治理体系现代化时,相关问题可以简化、归纳到两个核心元素之中,一个是权力,体现为施密特的主权者决断论,另一个是规范,体现为凯尔森的法律效力等级体系。这两者之间充满了张力。在强调规范性思维时,司法权、司法规则、司法独立原则等占有关键地位。审判机构最能体现规范性思维的特征,因而必然在限制国家权力方面发挥重要作用。

但是,中国的国家权力具有两面性,看上去很强,有时却很弱,看上去很集中,有时却分散,所以如何加强权力的实效性也是个问题。这就使得理论可能不得不更加复杂。如果用规范限制权力,可能会在一些场合使得权力实际上较弱的缺陷凸现出来,进一步降低权力运行的效率,使得通过非正式动员资源获得某些组织优势无法发挥。而如果不用规范限制权力,腐败就会蔓延,个人权利就遭到蹂躏。实际上,中国的最大问题与其说是权力强大,毋宁说是权力的边界不清楚,容易率性而为。因此,规范性思维的主要着眼点是划清权力的边界,明确问责的范围。似乎如何,权力与规范之间的张力在中国似乎更强,也很有特色。如何才能根据实际情况妥善处理好两者之间的关系?如何在强大的权力与有效的规范之间达成适当的平衡?这是个难题。要解决这个难题,具体的制度设计、具体的操作技术至关重要。在权力和规范之间的第三个维度就是调整两者关系的具体制度安排和解决问题的技术诀窍。

从权力与规范的关系来看,无论传统而是现实,中国与欧美各国之间的确存在太大的差异。用一个简单的公式来表述,那就是中国的制度设计思路是权力一元、法律多元,与此相反,欧美的特征是权力多元、法律一元。

从法律秩序的角度来看,欧美各国也存在不同类型的规范,例如超越规范、国家规范以及社会规范,与中国同样。但是,在欧美各国,这三种不同类型规范之间的边界以及相互关

系是非常清晰的,尤其是国家规范存在等级森严的效力阶梯,呈现出类似金字塔形状的法律体系。中国的情况大不相同。首先,不同类型的规范交叉交错,它们不是混合在一起的,而国家规范也不具备明确的效力等级结构,是平面化的,类似马赛克拼图。在思想上从荀子开始,在制度上从西汉儒士解释法条开始,礼法双行、以礼入法就成为国家规范秩序的常态。道德、礼仪不仅渗透到法律规范之中,还可以直接成为春秋决狱的标准。最典型的是西汉董仲舒的春秋决狱、经义断狱,要求司法官僚直接把儒家原理和评价历史事实的价值取向作为审判案件的根据。到唐代,中华法系臻于成熟,其基本特征是道德与法律融为一体,家族主义伦理渗透到律令格式的字里行间。在民间,情、理、法已经成为浑然一体的行为准则,也是官府办案的依据。在座的有人去平遥县衙参观过吧?在那个传统的审判空间里,天理、国法、人情是基本指针,永远是交织在一起的。司法官僚的判断必须与这三种规范吻合,或者在这三种规范之间进行选择。所以我们可以说,中国的法律体系是一个多层次结构,是一个复合结构,是一个复杂系统。这样的结构在二十世纪,在现代化过程中有些改变,但是在当今中国反而又进一步强化了。在五、六十年代,法律与政策是混为一谈的。在七、八十年代,外部规则与内部规则是并存的。在八、九十年代,全国法规与地方法规、行政法规与地方规章,还有成文化的司法解释、乡规民约等各种规范混合在一起,歧义百出。

如果法律是多元化的,存在各种地方版本甚至个人版本,又没有解释共同体对纷繁复杂的规范进行整合,那么法律就会因为内在矛盾而减弱实效,很难在社会中发挥统一的作用。这时很容易出现“一人是一本,一事是一法”的乱象,解决纠纷的各种成本会增高,事实上也很难做出决定。如果法律不能有效发挥一锤定音的作用,那么中国靠什么协调行动、处理对立呢?回答是:靠权力。国家权力是一元化的,可以有效解决问题,可以一锤定音。只要法律体系是多元化、混合性的,那就必须维护一个一元化的、比较强大的权力,否则社会就难以整合。既然要依赖权力最终给出答案,那么权力就势必具有相对于法律的优势,规范对权力的限制也就很难进行。甚至我们可以从中悟出中国式制度设计的一个深层秘密,为了形成和维护集中的、强大的国家权力,就一定要保持法律的多元化格局。由此我们可以推而广之,既然结构性腐败的蔓延把规范和制约公权力作为重要任务,那么政治规范与制约公权力的一元化陷阱,我们必须首先建立法律共同体。如果法律体系还是碎片化的,那就不得不维持集中的、强大的权力。也就是说,如果没有一个法律共同体,如果没有一元化、普遍性的法律规范体系,就很难导入分权制衡的设计方案。在这个意义上,中国政治体制改革的方向或步骤是先行法治、后民主;先建立法律共同体,再推动限权、分权,否则就会碰到整合困境。我的这个主张是不是正确,可以进一步讨论。

以上问题界定和分析为前提,现在我们来再看看十八届四中全会决定是不是在往首先建立法律共同体的方向走?如果回答是肯定的,那么理论与实践就可以统一起来。如果回答是否定的,那就有必要进一步追问其原因或者理由。从整体上看,可以说十八届四中全会决定是往推动法律体系一元化、建立法律共同体的方向迈进。在逻辑上连贯的、自洽的法律体系需要有一个根本规范,前面提到的凯尔森就特别强调根本规范的最高效力。比较低的阶规范都应该由这个根本规范推演出来,反过来,所有的具体决定和低阶规范也应该能够追溯到一个根本规范,这就可以构成一个在结构上闭合的纯粹法律体系。十八届四中全会决定的最大特征就是强调根本规范,强调宪法的最高法律效力和最高规范效力,并把宪法作为检验各种法规的标准。决定认为依宪执政是依法执政的前提,依宪治国是依法治国的关键,这种对宪法的尊崇不仅表现在设立宪法纪念日和宪法宣誓制度等形式上,而且还表现在对宪法实施的监督方面。这就意味着所有规范、决定、举措必须以宪法为准则,根据宪法精神统一起来,从而建立一个法律规范效力的等级结构,形成一个统一的法律秩序。

问题是这个宪法怎么理解?这个根本规范怎么理解?按照现代法治的理念,宪法主要由两个部分构成,一个涉及主权定位,另一个涉及人权保障。关于主权定位,现代宪法强调的是主权在民,强调的是作为社会最大公约数的基本共识以及共同性,强调的是国家机关的合理主义制度设计,强调的是国家权力的理性化。从人权保障这个角度来看,宪法精神就是要规范公权力,使得权力不能任意侵犯在宪法和法律中明文规定的公民的自由和权利。在上述两个方面,确实可以从十八届四中全会决定解读出一些令人振奋的变化。例如,从强调阶级性转向强调规范性的共同性。迄今为止中国法学理论并没有摆脱斯大林时代御用法学家维辛斯基学说的束缚,尤其是在关于法律的本质的认识方面。维辛斯基把法

律定义为统治阶级意志的表达,这是一种主观主义的法学观。由此可以推导出一种阶级刀把子的观念,把法律理解为统治工具,甚至司法把子、枪杆子,片面夸大强制性,而忽视强制的正当性根据。事实上,正是这种阶级司法观念造成了司法公信力不高、冤假错案频发的事态。我们从四中全会决定的文本解读中可以发现一些令人鼓舞的变化,可以解读出从阶级性转向共同性、转向社会性、转向科学性、转向合理性的发展趋向。例如强调寻找社会最大公约数,并且把宪法理解为党和人民意志的共同体体现,理解为按照科学民主程序制定的根本规范,等等。

四中全会决定强调要按照宪法精神来检验现行法律,这意味着立法权在一定程度上相对化了。按照现在的法学理论,人民代表大会是国家最高权力机关,法律是由人民代表大会制定的,因此对法律的正确性是不容怀疑的。也就是说,中国在事实上存在着一个法律无谬性的假定,至少我们找不到关于纠错机制的安排。但是,从四中全会决定开始情况似乎在变化。四中全会提出了一个重要命题:“良法是善治之前提”。从法律理论的角度来看,提出良法概念,就意味着存在有劣法、恶法。我们都知道,法理学、法哲学上有一个非常重要的问题:恶法究竟是不是法律?良法与恶法的区别,这是法学理论研究的重要范畴,但中国过去是缺乏这类讨论。既然提出良法概念,就势必涉及恶法概念,四个良恶之辨迟早会上讨论的议程。四中全会决定还隐含了早别别的标准,要求让每一项立法都符合宪法精神。在这里,我们可以看到价值体系上的一些微妙变化,并且势必影响权力结构和法制结构。例如重申任何组织和个人都必须在宪法、法律范围内活动,不得享有超宪法的特权。例如强调依宪治国必须以规范和约束公权力为重点。要求老百姓守法,这是任何国家都会做的事情,但要求政府自身守法、率先守法,这才是现代法治的特征。所以,四中全会决定的上述内容是正确的,也是难能可贵的,的确反映了现代法治精神的核心内容。特别值得注意的是,四中全会决定承诺一切违反宪法行为都必须予以追究和纠正,这让我们看到判断和追究?怎么纠正?在这里这一条审查制度的设立呼之欲出。否则,就无法真正监督宪法的实施。由此可见,以宪法为顶点的一元化法律体系,似乎已经是四中全会决定中应有之意。

关于违宪审查制度,在四中全会决定公布前后都有讨论,早在1982年现行宪法起草过程中也曾讨论过。2004年的孙志刚案,曾经把这种讨论与实践推动了一步,尽管后来又退回来了。现在我们重提宪法实施的监督,重提对违宪法规的追究和纠正,在制度安排上究竟有什么可能性,有哪些选项?我认为,中国要建立违宪审查制度,有四个选项是可以考虑和比较的。第一个选项就是根据现行的宪法和法律中规定的宪法实施监督条款,加强全国人大常委会的宪法实施权。实际上,由2004年孙志刚案之后在办事机构层面成立的法规备案审查机构进行监督。这是最切实可行的,也最容易做到的。但是,这个选项很容易流于形式。首先是因为法规备案审查机构太弱势,只是一个事务性机构,怎么可能对立法机关即国家权力机关进行真正的审查呢?其次,对违宪与否的抽象审查是非常困难的,因为在成文规定上如果与宪法冲突,早在起草和审议阶段就会被发现和剔除。问题往往是在具体案件、具体现象中发生并被意识到,不会明显表现在文本里。再次,由全国人大常委会自己行使监督权,解决立法中的违宪问题,其实也是多此一举。通过立法者自我审查,不现实也是提出出来就可以通过技术性处理消于无形,根本没有意义,也很难取信于社会。

第二个选项就是设立宪法委员会。很多学者持此主张,1982年宪法制定时还曾经写入草案。的确,专门设一个宪法委员会,当然会比法规备案审查机构权威性更强很多。这个机构专门负责宪法实施的监督,权限很明确,必然会有些作用。但这样的制度设计还是没有办法消除前面提到的不利因素:对法规文本的抽象审查难以发现违宪字句;立法机关自我审查基本上是多此一举。除非这个宪法法院可以受理具体案件的申诉或个人起诉,但如果允许这么做,宪法委员会就难免具有司法性质,放在人大做,并不妥当。如果我们认为不妨让宪法委员会受理具体案件中的违宪审查,那么制度上的通道还是存在的。2000年制定的立法法第90条第1款规定国务院、中央军委、最高法院、最高检察院以及各省级人大常委会认为某一项行政法规、地方法规、自治条例和单行条例违反宪法或法律,有权要求审查。紧接着立法法第90条第2款规定其他国家机关、社会团体、企事业单位以及公民个人认为法规条例违反宪法或法律,可以向全国人大常委会提出审查的建议,由工作机构决定是否移送专门委员会审查。值得注意的是,在现行制度下,法律不在审查的范围之内;个人、企业、社会团体没有要求权而只有建议权。但是,只要对立法法第90条第2款进行修改,让个人、企业、社会团体等也有权要求审查,那么宪法委员会就有可能获得司法性质的审查权。只要再修改第90条的整体内容,把法律也纳入审查范围之内,那么宪法委员会就可以真正发挥违宪审查的作用。这样宪法委员会就必须也能够享有更大的权威。