

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

(上接 03 版)

既然可以让宪法委员会进行司法性质的违宪审查,那么还不如干脆设置宪法法院来受理宪法提诉和人权提诉,这样的制度安排会更合理、更顺畅。但是,在这里不得不考虑的一个问题是:对现行体制的修改会非常大,需要对人民代表大会制度本身进行改革。设置宪法法院的好处是具有从头开始进行理性设计的机会,可以确保违宪审查机构的权威性和专业性,不留下立法机关自我审查的任何话柄,可以进行真正意义上的司法性质的违宪审查,但唯一的问题是要修改现行体制。如果现阶段不打算修改现行体制,但又想进行司法性质的违宪审查,那么还有一个选项,这就是授予最高人民法院以宪法解释权。最高人民法院如果享有宪法解释权,他在审理具体案件的时候就能够在宪法文本与法律、法规之间做出推理和整合,可以适当审查和适用审判的规范根据,进而推动违宪审查。由最高人民法院进行违宪审查,从政治的角度来看也是相当安全的,因为最高法院它只能就个案问题进行附带审查,审查结果只对这个案件有效,并不产生普遍约束力。当然,最高法院做出违宪判断势必产生重要影响,推动立法部门对有关规范进行修改。如果要采取这种司法性质的违宪审查制度,在现行体制下只要做一个很简单的法律修改就行了。现在法律明文规定能行使宪法解释权的只有全国人大常委会,但也并没有禁止最高法院解释宪法。实际上,最高法院是法律判断的终审机关,如果没有解释就无需判断,如果没有解释也无法判断,所以法院是必须、也是真正有能力进行法律解释的。进行法律解释,怎么可能把宪法这个根本规范的解释排除在外?法律解释如果不涉及宪法文本的涵义确定,就会失去衡量的最高尺度,规范的整合性就会出现缺口。所以,我们只需对现行法律做一个小小的修改,承认最高法院也有权解释宪法就可以了。那样的变革最容易推行,几乎没有成本,影响却极其深远。

但是,不得不承认,以这样的方式推动司法性质的违宪审查在中国也还是存在一些问题。第一个问题涉及到违宪审查机构的权威性。我们现在的体制是一府两院都向全国人大及其常委会负责。这种安排决定了最高人民法院很难进行真正的违宪审查。在理论上,制度上它都必须服从立法机关。第二个问题是中国的司法机关缺乏足够的公信力,让人对最高法院的审查缺乏信任感。第三个问题是最高法院以立法方式制定了那么多的司法解释,构成一大奇观。这些成文规则是不是都合法、是不是都合宪?最高法院也面临一个自我审查的尴尬。

综上所述,四个选项各有利弊,但比较起来最理想的制度方案就是另起炉灶设立宪法法院。这是最快刀斩乱麻的方式,可以免除很多的纠结。唯一的挑战是我们该不该对现行的人民代表大会制度进行修改。这样的修改涉及国体,需要改宪,兹事体大,不得不慎重对待。但无论如何,要想把对宪法实施的监督真正落到实处,发挥宪法作为最高规范的效力,那就应该设立具有司法性质的违宪审查制度。只有这样,我们才能树立起以宪法为顶点的、一以贯之的、逻辑自洽的法律体系,建设成法律共同体。

当然也可能有人会对我上面的这些乐观主义观察提出质疑,以十八届四中全会决定的其他部分内容来否定法律共同体的发展方向。例如四中全会决定的文本里存在国家法规体系与党内法规体系并列的提法,这是不是意味着中国法律体系还将是一个双重结构?会不会导致法律适用上的区别对待?另外,还有依法治国和以德治国并举的提法,反映了中国文化特色。如此一来,中国法律体系岂不是仍然维持了双重结构、三层秩序?这样的状态与传统中国法的复合性究竟有什么不同?如果真的是这样,从法律多元走向法律一元就是一厢情愿的幻想,前面说的一切都白说了。是不是这样呢,还有待进一步观察,也值得深入再考。

转而在看立法体制改革,四中全会决定还是很有亮点的,主要体现民主化和专业化方面。在现代国家,法律的正当性归根结底是民意。公民为什么要守法?因为法律是人民意志的体现,而公民可以通过不同的渠道参与立法。所以法律的制定必须严格按照民主程序,主要是民意代表提出法案、参加法案的讨论并行使表决权。但是在我国现阶段,人民代表大会参与立法的程度并不很高;常委享有审议决定权,但大都并非专职的,也并非真正由公民选举出来的。因此,民意反映为法律的逻辑链条中间存在脱节环节或者薄弱环节。正是针对这样的现状,十八届四中全会决定提出了一些改革措施,值得适当评价。例如为了解决官员没有时间和精力审议法案的问题,从2004年起设立和专职常委;为了解决常委缺乏法律专业知识和法律实务经验的问题,这次特意强调要增加有法治实践经验的专职常委的比例这一条内容。又例如设置立法专家顾问制度。还有委托第三方起草,加强专业论证,等等。通过这些举措可以提高立法的专业化程度,从而提高立法的质量。另外,在民主

化方面,四中全会决定提出要健全有立法权的人大主导立法工作的体制,要完善公众参与立法的机制,增加人大代表列席常委会会议的比例,完善草案征求人大代表意见制度,建立地方基层立法联系点,等等,试图在立法程序中建立一条民意通道。

我觉得最有实质意义的立法制度改革还有两项。一项是依法赋予设区的市以地方立法权。四中全会决定已经明确了这一点,在今年三月的两会期间又得到落实。地方立法权原来只是省一级人民代表大会及其常委会享有,后来扩大到特区。现在要扩大到设区的市,地方立法的范围被大幅度扩展了。这意味着什么呢?在我看来,这意味着地方自治的空间在扩展。对于这么大规模的国家,地方自治是非常重要的。值得注意的是,四中全会决定强调要更多地发挥人大代表参与起草和修改法律的作用。如果地方享有更大的立法权,地方人大代表发挥更积极的作用,那么就有可能形成政治制度变迁的新机制。也就是说,地方人大代表积极行使提案权、立法建议权、参与立法过程,随着地方立法权范围的扩大,地方政治生态有可能发生实质性变化。在这样的条件下,从地方开始推动法治建设、地方政府之间围绕法治建设开展竞争的机制就有可能形成。这种局面就像当年地方推动经济改革一样,会给中国的制度变迁带来活力和动力。我觉得这是一个值得关注的契机,当然目前还只是契机而已。

另一项是立法协商,对政协而言的。从2003年开始,广东省以及其他一些地方开始出现立法协商的尝试,效果还不错。但是全国政协还没有这么张大旗鼓。十八届四中全会决定倡导立法协商,不是意味着全国政协也要加强在立法方面的功能?尤其值得关注的是,四中全会决定所谓立法协商,落脚点在重大利益调整论证咨询机制。例如财税制度改革,与各个行业、各个社会团体、各个党派有密切关系,应该属于重大利益调整论证的范围。在这方面加强立法协商,政协的话语权就会增大,甚至会在某种程度上参与立法权的运作。还有民法典制定、竞争法的健全,都会与地方立法权以及立法协商形成良性互动。

行政改革这一块,李克强这一届政府做得还是很认真的,理念清晰,举措到位,效果显著。具体的内容在这里就不必重复了。大家担心的一个问题是,在简政放权过程中,在反腐败运动的压力下,行政不作为的现象似乎在蔓延,行政效率是不是会下降?这个问题是需要重视的。关键是行政裁量权的重新定位。十八届四中全会决定强调法治原则的宗旨,正是要通过权力清单、流程透明、信息公开、责任追究、绩效考核等一系列改革设计限制行政裁量权。但也要认识到,行政部门不可能没有裁量权。但没有裁量,就可能失去灵敏应变的弹性和优化选择。没有裁量,也就没有作为,没有效率。关键的问题在于怎样才能通过对裁量的适当制约,在效率与公正之间达成某种适当的平衡关系。

弘扬法治原则,并非全盘否定行政裁量权,而是要适当规范行政裁量权。与此同时,还应在行政管理过程中确立服务型政府的观念,让公民从公共物品消费者的角度对行政事业进行审视和评估,从而在监控行政裁量的同时提高行政效率。“国家治理”这一表述来自“企业治理”概念,包含公共经营的涵义。实际上,国家治理的现代化,在相当程度上也可以理解为借助企业运营的方式和方法,不断加强政府的企业-效益意识以及在结构和功能方面的合理性,从而提高行政组织和活动的效率,并通过游戏规则的执行和遵守来达成效率与公平之间的平衡,改善干群关系。换句话说,这意味着在行政服务方面要或多或少导入某种竞争机制,只是应该把目标从单纯的GDP增长转换成社会正义和善治的实现。

从十八届三中全会决定明确宣布市场在资源配置中发挥决定性作用,到四中全会决定布局国家治理现代化,如果认真研究全面深化改革的顶层设计的各种细节及其相互关系,我们可以发现一种不同于传统官僚机器的、力争像公司那样富有效率和竞争力的行政改革蓝图浮现在眼前。如果把政府活动理解为公共物品,过去的行政法学只强调生产计划,而现在更强调整售后服务、产品召回以及产品责任追究。从治理机制上看,在行政部门分事行权、分岗设权、分级授权的基础上,推行定期轮换和综合治理,并且试图内化了责任与财政责任的统合。在政府内部加强了集权化程度,推进综合执法就是一例;但是,在政府外部却更多地采用分权化的、强调共识的协调关系。从上述这些举措中,或多或少,也可以找到一些与美国新公共管理方式、英国公私协同方案、德国规制新模型的类似性。

我想特别谈的就是司法改革的这一块。从上海自贸区开始推动的新一轮市场经济体制改革,一个非常重要的特征就是大幅度简政放权,按照负面清单的方式减少行政审批,能不审批的尽量不审批。在这样的情况下,事中、事后的监管就会变得重要,为此必须加强司法权,让法院发挥更大的作用。在这个意义

上,全面深化改革与司法改革密切相关。这次法院制度改革从2013年就开始推动,有了若干决定,上海也是重要的试点。

司法改革方案的内容涉及很多方面,其中有两个方面是最重要的,与妨碍司法公正的两个最大问题——地方化、行政化——有关。地方化导致司法地方保护主义,怎么消除它呢?十八届三中全会决定提出来的一个重要对策,司法改革方案的一个主要举措就是人财物省级统管,用以克服省级以下的地方各级政府对司法的干预。还有一个问题就是行政化,法官在办理案件时没有独立性、没有主体性,处于上令下从的状态。法院的行政管理色彩太浓,以致很多法官不办案,只从事行政管理工作。在上海,大约三分之二的法官是不办案的。怎么办?司法改革的思路是,要让真正办案的法官,优秀的法官留下来,其余的不再视为法官。按照设计理念,先确定一个比例,把优秀法官留下来,同时提高他的待遇,这样就可以留住优秀人才,防止法官流失,提高审判质量和法官的职业威信。法官待遇提高了,加上其他配套举措,这样法官就不太容易受到外界诱惑,或者更有条件抵制来自各方面的干扰。

上述制度设计是有道理的,没有错。但在实施过程中,却出现了一些问题,有的问题甚至还很严重。首先看人财物省级统管,结果有点事与愿违?原来基层法院有地方政府支持,特别是财政方面的支持,经费是比较充足的。人财物省级统管之后,这一块支持没有了,经费减少了。省级统管后资源由上级分配。在中国,办事的逻辑是上级享有资源配置优先权,所以一下子就造成了基层法院空虚的问题。在上海等发达地区,基层法院的经费不足了,整体的实际待遇明显下降了,这就造成了不满。另外,在法院系统内部,行政管理的逻辑还没有明显变化,特别是享有人财物管理权限的省级法院,行政管理职能大幅度加强,给下级法院的感觉是司法的行政化反而进一步加强了。我们再从全国层面来看,过去有一个说法:在中国,除了最高人民法院,所有的各级法院都不是全国性质的法院,而是地方的法院。原先各级法院都分别受到地方政府影响,法院之间的关系比较松散,最高人民法院反倒可以一杆子插到底。现在省级统管,三十来个高级法院权力大增,最高人民法院反而有些势微。在这种情况下,更大范围的地方保护主义的阴影似乎若隐若现。

另外就是员额制,针对的是法院行政化问题。按照司法改革方案的设计,采取主审法官负责制,提高办案法官的话语权和待遇,使行政逻辑大幅度削弱。但是,在上海试点过程中出现了意外情况。员额制下法官的比例是三分之一,在确定人选时发现管理职务上的法官都进去了,真正在第一线办案的法官却几乎都要变成法官助理。在实际操作中,这样做的理由似乎也颇充足。院长、副院长不能是法官吗?否则怎么有权威?业务庭长、副庭长不能是法官吗?审判委员会委员不能是法官吗?这些人全部加在一起,剩下的名额还有几个?每个法院就只有两到三个了。在一线办案的这些法官会想,活全是他们干的,一天到晚辛辛苦苦的,原来我就是法官,只有两、三个名额让我们去争夺,那人生前景还有指望吗?换个角度来看,处于领导职务上这些法官要被员额制排除在外也不是没有怨言。因为有些人本来是优秀法官,因为法院没有其他晋升通道,所以行政职务就成为对优秀法官的褒奖。在行政岗位上辛辛苦苦做这么多年,审理业务虽然疏忽了,但对司法工作有苦劳、有功劳,到了快退休的年龄却失去法官资格,他们也会觉得不公。但如果真的都让这些这些人回到法官岗位上来的话,也许审判质量会骤然下降。无论如何,这里还存在一个分蛋糕的人在什么时候拿多少份的问题。按照程序公正的原则,分蛋糕的人应该最后拿蛋糕份额,这样才能保证公平。现在司法改革的操作过程恰恰犯了这个大忌,是分蛋糕的人最先拿蛋糕,剩下一点点给其他人分。说改革红利,但红利让进行改革设计和改革操作的人先拿走了,这个问题非常大。于是出现了办案一线法官纷纷跳槽的现象。那么,已经进来员额制内的法官满意吗?似乎也颇失望。说起来法官薪酬比普通公务员高了43%,但实际上算下来,基层法院的员额制法官的年收入增加之后是十七、八万,跟法官的地位、负担、责任等并不相称,跟律师收入相比并没有职业尊严感。

既然司法改革方案在操作上出现了问题,那下一步怎么办呢?一不做,二不休,开弓没有回头箭,干脆借着这个机会把规模先砍下来再说,可能这也是一种思路。但是,涉及人事问题的改革,还是慎重其事为妥。最好是设置一个较长的过渡期,借助自然淘汰机制化解人事问题。但时间过长,形势逼人怎么办?那就有必要采取把尊重现实的新进程与从零开始的理性设计结合起来的做法。怎么结合呢?老人老办法,新人新办法是一种结合方式。另外一种就是按照分蛋糕的程序公正原理,让没有权力切割蛋糕的人先选择。例如首先把员额中70%的名额留给正在第一线办案的法官,剩下的30%给那些处于领导岗位的人去竞争。当然还有其他方式,比如像90年

代试行的审判长选举制,从法官中遴选部分优秀者担任审判长,让审判长享有更优渥的待遇,这是第三种。或者借鉴当年税制改革分出国税局和地税局的方式,让现在的各级地方法院组成地方性法院系统,从现有法官中选出精兵强将,另行组建全国性法院,后者的组建就提供了一个从零开始进行理性设计的机会。

让我们从现实问题回到理论。从理论的角度来看,中国正处于数百年一次的世界史巨变的进程中,不得不面对层出不穷的新情况、新挑战。经济和社会演化的事态告诉我们,一场范式革命正在酝酿之中,有可能将颠覆我们对制度和机制的既有认识。如果讨论这种范式创新,可能会使与国家治理和法律秩序相关的问题状况变得复杂化,也会使改革的目标和手段变得复杂化。但是,我们却又不能回避正在发生的事态,不得不在新的脉络中考虑制度和机制的设计。因为我们现在有一个能够避免锁定过去路径之中的机会,这也就是所谓后来者优势吧。因为全面深化改革和顶层设计必须把未来的趋势也纳入视野之中。

亚投行能吸引那么多发达国家加盟,不仅出乎美国的预料,也出乎中国自己的预料。我们当然觉得非常高兴,也看到了历史给我们的重大机遇。发达国家看好亚投行,原因当然很多。其中一个很重要的原因是,持续大约五六百年的那种资本主义体制以及持续了一百多年的大量生产、大量消费的经济发展模式已经面临空前的危机,即驱动力衰竭的危机,资本过剩和产能过剩的危机,甚至正在迎来最终阶段。这是一个世界史的问题,也是一个政治问题,还是一个意识形态的问题。但在我们,我们不预设任何价值前提,没有先入为主的判断,只考虑现实和经济自身的逻辑。

既有的那种资本主义体制和经济模式,其实究竟是什么?客观地说,就是资本不断增值的过程以及相应的支持条件。怎样才能让资本不断增值呢?必须对经济发展的中心和前沿或者边缘进行区别,中心具有比边缘地带更强的汲取力,因而具有更高的资本回报率。为了维持和提高资本回报率,中心必须通过各种方式和手段不断延伸边缘,例如开拓殖民地、开发农村、扩大市场份额、扩充社会需求、改良技术、改进治理结构等等,都使得边缘更远更深、中心更富更强。然而,当非洲也开始被纳入全球化市场体系时,地理上的边缘就趋近消失了。当金融市场利用电子信息技术开发高速投资系统,证券交易所以百万分之一秒、亿分之一秒的时间差距竞争利润时,资本回报率上升的空间也就趋近消失了。目前,发达国家的十年国债利率均低于2%,短期利率事实上为零。这种状况如果持续较长时间,也许会经济系统必然无法维持下去。有人也许会说,这种状况在日本已经持续了20年,为什么还没有爆发大危机?的确,日本处在一种极端异常的状态之中。即便储蓄利率为零,日本人还是把钱存在银行里,不太积极从事投机性盈利活动。这也许与日本国民的心态非常有关系,或者出于对政府的信任以及长期合理性的考虑。

当然,中国以及其它新兴国家凭借剩余的人口红利和市场需求还可以继续在既有的轨道上增长二、三十年。由于这些国家不再是发达国家的边缘地带,所以它们的发展会给发达国家带来困境和危机,加快驱动力衰竭的节奏。美国曾经试图通过军事实力重新开拓地理上的边缘,但反恐战争的结果证明极其困难。中国正在通过“一带一路”战略开拓新的地理边缘,同时也消化自己的过剩产能,以维持经济持续增长势头。其他国家试图借助中国的驱动力来拉动本国经济。

在实体经济、制造业走向衰败的情况下,资本为了实现自我增值的目标,必然倾向于借助金融技术。例如美国从1971年开始从制造业主导转向金融业主导,在1990年代借助电子信息技术和金融自由化的制度安排继续提高资本回报率,结果形成了一种典型的金融帝国主义体制。据统计,在1995-2012年期间,美国在电子金融空间创造出了140万亿美元的资金,导致商业银行借助各种杠杆过度投资,投资规模甚至超出自我资本的60倍,先后酿成巨大的IT泡沫和住宅泡沫。2002年美国产业利润中金融业所占的比率达到30.9%,而1984年只占9.6%。金融业的大发展是以市场原理主义为指导思想的。但资本的分配如果完全委诸市场机制,就会导致通过降低劳动分配率来增加资本回报率的空间,加剧贫富分化。特别是借助电子金融空间强行促进资本自我增值,只能导致泡沫不断生成和破灭。每次泡沫生成都使得财富进一步集中到占人口1%的富裕阶层,泡沫破灭都需要用国民税金进行补救,并且会导致中产阶层大批失业,变成贫困阶层。

不管是否愿意,中国以及其他新兴国家的经济都不能不被卷入金融帝国主义体制。美国在电子金融空间创出那140万亿美元的货币,必须到新兴国家是寻找投资和盈利的机会。到2013年,新兴国家经济规模的总额大约28兆美元,经济发展所需要的固定资本,包括共同投资、设备投资以及住宅投资,大约占经济规模的30%左右,即9.3万亿美元。即

使新兴国家储蓄率为零也只能吸收美国庞大资本的一个零头,因此,如果这140兆美元都涌到新兴国家寻找赢利机会,只能导致设备过剩和产能过剩。过剩的设备和产能需要美国的过剩的消费来维持,但雷曼破产事件之后,美国消费过剩的机会性结构已经瓦解了。无论如何,发达国家的资本过剩,新兴国家的设备和产能过剩,这就是我们不得不面对的现实。到哪里去寻找经济的新动力呢?科技创新当然非常重要,可以提高企业和国家的竞争力。科技创新需要法治作为基础,否则没有人愿意进行长期的、充满不确定的冒险事业。金融暴利的诱惑,更使得科技创新增加难度。何况体制、机制不变,科技创新也会遭遇设备过剩、产能过剩的阻碍,因为需求不大,资本回报率也不大,科技创新的意义就很难大起来。

由此可见,我们现在必须考虑怎样彻底改变体制和模式的问题。我们正面临一个重要的历史转折,而且是全球性的转折。当然,因为最后的发展空间还在中国,在新兴国家,所以中国必须利用原有的条件继续发展。但无论如何,那种美国式大量生产、大量消费的模式确实是不可持续了。中国基于产业政策和行政主导的经济发展模式,其实与美国式的大量生产、大量消费模式其实是一枚硬币的两个方面;看起来中美信念和做法截然相反,其实是结合在一起,构成绝配。正因为有这样的契合性,所以我们的制造业才取得那样的辉煌。但是,现在的事实表明,那样的好日子已经基本上结束了。这意味着我们正在面临非常深刻的变化,结果必然导致体制创新、经济模式创新。这是我们根本就无法能回避的。今年政府提出的“互联网+”战略,是否构成这样的根本性变革,还有待进一步观察。只要体制和经济模式出现全新的变化,法治的制度条件也必然随之变化。国家治理方式和法律秩序将会呈现什么景象和特征,现在还不清楚。

我在这里只是提出问题,希望能促进未雨绸缪的思考、探索、研究以及制度设计。当然,现代法治的改革方向还应该坚持,未来几十年的发展机遇还需要通过既有的经济发展机制来充分利用,这是没有疑问的。但是,与此同时,我们还要考虑体制创新和模式创新。为此,应该重视现实中已经出现的一些新问题、新现象,以此作为深入研究线索。例如超国家性。现代化的国家治理体系和法治都是以民族国家为前提条件的。但是,全球化过程已经打破了这样的前提条件,形成了美国这样的世界国家、欧盟这样立足于市民社会的超国家,还有各种各样的区域治理机制,主权的确在不同程度上相对化了。在中国传统文化中,从来就没有民族国家和主权的概念。天下国家是中国历史的特征。现在我们的看到,两岸四地格局本身就是一个超国家的架构。这四个中国人社会,经济体制不一样,政治体制不一样,意识形态不一样,法律体系也不一样,与基于主权学说的民族国家的形象大不相同。所以,我们需要从超国家的角度来把握法治。

又例如风险性,在经济如此快速发展、科技和交通极其发达、市场全球化的背景下,社会的风险性大幅度增加了。在这样的风险社会,各种事物的相对性、不确定性会越来越明显,日常化的法律秩序似乎显得捉襟见肘。于是,规范的适用不得不更加灵敏机应变,否则就会与立法意图发生背离。但是,这种灵活性势必加强裁量权,使主观任意性有可能获得更多的机会。在这样的背景下,法律思维不能不更多地关注结果,根据结果进行问责,从而更多地强调责任。或者更多地追踪事态推移的过程,加强动态监督,并对结果提供事后的救济。在一个风险社会,法治范式究竟应该是什么样的,也是很值得研究的课题。

还有一个思考的线索,这就是网络性。中国传统社会的特征是强调人情关系,因而结构是非常网络化的。互联网进一步加强了这种网络社会的属性。从现代法治的角度来看,网络结构是不利于法律对行为方式进行规制的,因为也就会降低行为的可预测性、可计算性,因为平面互动和纵横交错的过程,使得法律的规范效力很容易被扭曲、被稀释。网络中的相互关系和相互作用很容易引起网络混沌,也会形成特殊的场域,抵消法治追求的普遍性。

如果我们把上述一切因素进行综合考察和分析,就会发现到民主和程序很可能还是未来法治范式的核心元素。但无论如何,我们的现代法治工程项目,我们的法治秩序的形制,的确变得有些复杂化了。这种复杂性是由中国的现实所决定的,也是由世界结构大转型的趋势所决定的。我们如果想推动什么具体工作,最好是把问题状况简单化,给出一个明确的目标,提供简单的手段。这是行动者的思维方式。但是,当我们经过反复实践发现一个单纯明确的目标总是无法对应现实时,也难以反映全球化的新趋势时,研究者就应该进行反思,转换问题意识,转换分析方法,以便提出具有可选择性、或者替代性的新方案来,供实践进行检验,并通过试错过程逐步完善。