

# 北京市法學會中國法律文化研究

法

首页

关于我们

学会活动

会员关注

学界动态

民族法文化

法史春秋

名作佳文

首页 >> 名作佳文 >> 佳作一览

## 重新认识中国法治进程中的问题

2011-06-23 访问量: 访问量: 335

季卫东

中国对法治的重新认识起源于经济改革和对外开放,在这个过程中基于正面教训,人们认识到市场经济就应该是法治经济。社会的进一步发展还证明市场经济正确的、固定不变的模式。也就是说,不仅要重视法治对市场经济的影响,而且法治模式对不同的市场经济模式的不同影响,并应该根据实际情况对不同的类型作出判断。

迄今为止,中国式的法治在市场监督管理和管理方面采取了非常强硬的、直截了当的规也往往呈现刚性结构,以令行禁止、严打重罚为基本特征。结果是放任自流与规制的并存和交错,不断引起“一管就死、一放就乱”的两难困境。在承认市场经济制度缓和行政规制并致力于经济可持续发展和社会和谐发展的现阶段,国家对市场经济的畸形发展进行限制的管理应该更加灵活多样。就像科斯在讨论社会成本时着眼于“问题的相互性”,或者权利诉求背后的相互性。因此,有必要使竞争的结构于弹性的结构。这意味着一种多元化的、动态的、注重正当性论证的、通过反思的、与社会对公平的诉求相对应的法治观。也就是说,要使与经济发展有关的规转变为弹性结构,这是我们不得不面对的第一组问题。

早在1980年代中期,经济学家和法学家就指出了政府既当运动员、又当裁判员,主张促进政企分离、功能分化以及国家权力的中立化。但这个问题一直没有解决,至还在全球化的过程中复杂化,呈现花样翻新的表现。例如政府作为市场的活动主体,拥有很强的财物、也从事规模更大的采购,既发行数额巨大的国库券,也出售国家资产。另一方面,政府又必须站在超然的立场上,借助货币、利率、雇用、薪给、物价、社会保障等制度举措,从外部对市场活动进行规制。的确,贸易和金融的世界体制成形、扩大、产业资本市场的规模扩张之类的因素促进着“去国家化”的趋势;但与此同时,技术、市场份额以及制度和政策的国际竞争不断激化,也刺激着保护主义势力以及“反全球化”的运动。目前政府强调报酬体系的合理化、分配公正、环境保护、能源调整等模式,势必维护或者重新形成一种容许、加强国家干预的机会性结构。政府扮演的角色和参与和干预相反相成,这就是我们不得不面对的第二组问题。

在现代法治秩序的深层结构里,区隔和对峙具有重要的意义。合法与非法、公与私、人格与财产、公共性与隐私性、主权与人权、国内法与国际法之间存在着明显的分野以及持续不断的矛盾和对抗。但是,1990年代以来在全球化和地方化这两股力量作用下,原有的许多界线变得越来越模糊不清了。人员、物质、资本以及信息的跨国自由

的同时进展、异质因素的混合以及法律体系各组成部分的交融和重新搭配。例如为融资方式、治理结构以及资源重组这三个不同的基本环节，各有各自的规范、辑，然而以巨大的资本市场和激烈的国际竞争为背景，频繁的并购活动可以引使证券交易与企业治理发生短路联系，进而造成组织以及实体经济的融解。还供公共物品的民间团体、对非自然人的刑事惩罚、侵权行为法中故意与过失之绕具有经济价值的数码信息的著作权和课税方式的错综复杂的法律关系，等等。及各种旧的制度性藩篱的拆除、风险性的增大以及变得非常相对化了的规范场

最后还有文化价值观以及权利意识的影响。中华帝国自古以来采取轻法、强调礼乐教化、贤人支配、乡规民约、调解妥协的作用，其结果，市场缺乏权的制度条件，个人的正当利益也缺乏必要的法律保障。的确，法治存在某些固的公道以及其他各种有序化机制来弥补。但正是法治这样正当性强制的安排可以互惠以及契约，从而加强对未来的预期以及社会关系的确定性。也就是说，法行的、不可随意变更的信任，这对市场交换行为者的判断和选择极其重要。从当秩序原理的主要特征是事实比规范优先、互惠比权利优先；在人际关系之前或之即使并非完全没有，也是非常薄弱的。造成这种事态的原因与其说是人们都不说是都按照自己对公正的理解或偏好、并且借助国家权力的广泛影响来随便解和目标来操作条文，各有自己的是非尺度，一切取决于特殊主义的交换性信任，自身不和谐，充满内在矛盾，缺乏实效。我与其他学者曾经对中国市民价值观进行从中可以看到这样的思想倾向，城市居民对特殊人格(例如亲人、领袖)甚至实政府等具有非常强的威慑性和报偿性的强制机关)的信任度较高，而对法律制度(力较弱的审判机关)的信任度偏低。如何克服对法治的不信任，就是迄今为止中无从回避的第四组问题。

(文章来源于《检察日报》2011年6月16日学术版)

(编辑: 张洁)