

追寻

ZHUIXUN ZHENGZHILIXING

ZHUANXING ZHONGGUO DE SIKAO

追寻政治理性

——转型中国的思考

张树义 / 著



中国政法大学出版社

013049465

D6
136

追寻政治理性

——转型中国的思考

ZHUIXUN ZHENGZHI LIXING

ZHUANXING ZHONGGUO DE SIKAO



张树义 著



北航

C1658416



中国政法大学出版社

2013·北京

D6
136

图书在版编目 (CIP) 数据

追寻政治理性——转型中国的思考 / 张树义著. --北京 : 中国政法大学出版社, 2013.6

ISBN 978-7-5620-4814-5

I. ①追… II. ①张… III. ①政治—研究—中国 IV. ①D6

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第122332号

书 名	追寻政治理性——转型中国的思考
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 邮箱 fada.zb@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	880mm×1230mm 32 开本 9.625 印张 220 千字
版 本	2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4814-5/D·4774
定 价	36.00 元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

自序： 为什么是政治理性？

本书记录的是我近几年来对中国的一些问题的思考，它们或者是已发表的时评和论文，或者是尚未发表的文章和演讲。这些凑集在一起的文章，有的是对时事的评论，也有的是研讨某个专题的论文，它们看起来虽然有些凌乱，主题各异，长短不一，恰如我们身处的当今中国社会一样，但似乎都体现着一个中心主题，那就是追寻政治理性。这种对政治理性的追求，并不是在我心中预先所确定的，而是在我对发生于转型中国的日常事件的分析，对中国的政治、社会问题的思考中慢慢流淌出来的。

政治理性主义源于西方的传统。自古希腊开启先蒙，历经中世纪神学之昌盛，遮蔽了理性的光芒，遂有文艺复兴、宗教改革、启蒙运动，伴随着封建束缚的缓缓减弱和个人主体意识的渐渐觉醒，人的理性能力大为光扬。以至于在英国哲学家欧克肖特看来，“今天几乎所有的政治都成了理性主义或近理性主义的。”也就是说，理性主义政治并不限于某些国

家的政治，而是近代（欧洲）政治最主要的样式。那么，在中国我们提出政治理性的正当性何在呢？

这有两方面的原因。一为现代化的必然。近代以来，现代化似乎已成中国的宿命，我们念兹在兹。而源自于西方的现代化，究其实质就是一场理性的革命。如马克思在《共产党宣言》中所言，“所有的制度、观念、思想都要在理性的法庭面前为自己的生存作辩护，否则就要放弃生存的权利。”二为中国的现实。虽然当下的中国在全力推进现代化，但实践中的现代化似乎更多偏重于技术与器物，满地的开发区摊在那里，满目的高楼堆在眼前，似乎我们已经有了现代化光鲜的外表。如果技术与器物还不足以作此概括的话，至多可以加上经济方面的现代化，至于政治方面的现代化却很少提及。政治已经成为“每个人的政治”，无论是从理念上的国民概念，还是从实际运行中的每个人作为纳税人的存在，政治都成为我们无可逃遁的命运。这使我想起了霍姆斯大法官关于思想市场的名言：“他们所期望的至善，最好通过思想的自由交流来获得——对于真理的最佳检验，在于思想在市场竞争中获得接受的力量。”因为缺少思想的市场，我们也就难以享受到思想给我们带来的恩泽。

政治理性主义在西方有两大支脉：一为欧洲大陆法、德、俄等国的建构理性，也可以称之为技术理性；一为英、美等国的经验理性，也可以称之为进化论理性。在理性建构论者看来，在政治事务上存在着所谓的如自然规律一样的“不以人的意志为转移的客观规律”，这种客观规律可以为人的理性能力所认识和把握。建构理性经常表现出人类的雄心，但遗憾的是最终难脱“致命的自负”的命运。如果按照建构理性来看，中国似乎并不缺少政治理性。我们所实行的计划

经济体制其实就是一种最为典型的建构理性的体现，但事实已对此作出了最好的说明：计划经济是失败了，它也开始被市场经济所替代，但是支撑计划经济的建构理性并没有退出中国的政治活动。如同哈耶克所言，“毋庸置疑，理性乃是人类所拥有的最为珍贵的禀赋。我们的论辩只是旨在表明理性并非万能，而且那种认为理性能够成为其自身的主宰并能控制其自身的发展信念，却有可能摧毁理性”。政治活动当然要追求某些理想和目的，但这些理想和目的不是通过抽象思辨演绎出来的，而是应该在我们的经验中暗示了的。历史经验使我们的眼光开始投向经验理性。社会进步是经由不断试错、日益积累而艰难获致的结果，或者说它是经验的总和。

自1840年鸦片战争以来，中国在西方重压之下开始了社会转型，百年多的激荡史中迈开了缓慢的现代化步伐。1978年开始的改革更是中国社会转型最为激烈的时刻。我们从来没有经历过如此深刻的社会变革，我们也从来没有面临如此众多的社会矛盾。政府的职责与市场功能的冲突，新生的与旧有的矛盾，经济上的持续发展与政治上的发展滞后等等。面对如此深刻的社会变革，所有的理论都具有借鉴意义，但仍需要一种理论指导中国的变革；一切观念都在中国发挥着作用，但一切的观念也都要经受中国经验的检验而决定其命运。我的这些文章都是针对某些社会事件所发的议论，就像一个号脉的医生，在为中国社会把脉，试图通过脉象找出中国问题的“病灶”所在。

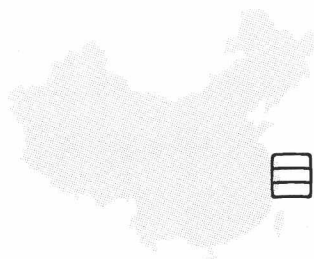
当然，这种对政治理性的思考并非没有结果。本书最后两个部分，即《社会转型与政府治理》、《民主与自治》两篇演讲，是我带着中国问题意识访学美国的收获。它们或可以作为追寻政治理性的总结性思考。当然，它们也意味着将来

新的思维之旅的开启。借用哈耶克的话说，“我们应当学到了足够多的东西，以避免用扼杀个人互动的自生自发秩序（置身于权威当局中指导之下的方法）的方式去摧毁我们的文明。但是，要避免这一点，我们就必须否弃这样一种幻想，即我们能够经由审慎的思考而创造人类的未来……这是我……现在对我就这些问题所作的 40 年的研究所下的最终结论。”因此，当我们面临着“三千年未有之大变局”之时，是该考虑如何通过民主与自治而实现社会善治的时候了。这是我对政治理性思考所得的结论。

张树义

2013 年 5 月 20 日

于军都山下慎远堂



目录

CONTENTS

自序：为什么是政治理性？ / 1

一、市场的归市场 政府的归政府 / 1

（一）“游戏”是要讲规则的 / 1

（二）是什么妨碍了中国人的创意 / 4

（三）“夏利强制淘汰”的法治追问 / 8

（四）由车上牌想到的 / 11

（五）中国名牌评选活动真的合法吗？ / 13

（六）中国名牌评选再质疑——把评选权交给市场 / 17

（七）消费应自决，认证要中立 / 21

（八）理解直销、规范直销、促进直销 / 23

28 / 二、业主：一个新的逻辑起点

28 / (一) “业主联谊会”呼唤制度资源

31 / (二) 有权力必有监督

33 / (三) 法官不得拒绝审判

36 / (四) 业主：一个新的逻辑起点

39 / (五) “小产权房”提供制度创新的契机

43 / (六) 中国的过渡法学——以住房模式转型为例

55 / 三、国有企业的社会责任

55 / (一) 认真对待听证

57 / (二) 涨价还是降价，这是一个问题

60 / (三) 春运降价：企业的社会责任

63 / (四) 公共企业的社会责任

68 / 四、政府与公产

68 / (一) 建立明晰而合理的产权制度

70 / (二) 湖心岛事件的解读

73 / (三) 养路费征收的是与非

77 / (四) 《物权法》的是与非

83 / (五) 慎言“天价滞纳金”合法

(六) “费”的收取需要合意 / 85

(七) 政府与财产 / 91

五、我们需要一个什么样的政府 / 105

(一) 我们需要一个什么样的政府? / 105

(二) 官商勾结在, 政令统一难 / 107

(三) “自行解决”: 交通事故处理的有效新方法 / 111

(四) 未尽审查义务要承担赔偿责任 / 114

(五) 政府行为应保持必要限度 / 118

(六) 公共权力的运用应当讲规则 / 120

(七) 消极行政与积极行政辨析 / 122

六、依法行政的今生与来世 / 130

(一) “电子眼”为何频频出事? / 130

(二) “首违免罚制”的意义 / 133

(三) 拘留不应当听证吗? ——《治安管理处罚法》

(草案) 解读之一 / 136

(四) 听证由谁来主持? ——《治安管理处罚法》

(草案) 解读之二 / 138

(五) 金钱诚可贵, 自由价更高——《治安管理处罚法》

(草案) 解读之三 / 140

142 / (六) “穷尽一切手段”是行政强制的必要前提

144 / (七) 不能为了目的不择手段

146 / (八) 《行政许可法》的实施反思

149 / (九) 几个基本观念的转变——写在

《治安管理处罚法》修改之际

158 / (十) 创制法律还是发现法律？

163 / 七、追求更人性化的制度

163 / (一) 社会转型：追求更人性化的制度

165 / (二) 民办义务教育应享有平等权利

167 / (三) 助学贷款“违约生曝光”要慎行

169 / (四) 为了生命权的缘故

172 / (五) 生命悲剧为何一再发生

177 / (六) 为什么生命阻挡不住碾人的车

181 / 八、追求政治理性

181 / (一) 对“公权私用”要保持长久的警惕

185 / (二) 公有公道，私有私理

188 / (三) 公权力不应乱伸手

191 / (四) 追寻政治理性——关于“小广告”的思考

194 / (五) 特权不去，和谐难在

(六) 行政程序承载的正当性使命 /	196
(七) 制度是这样演进的 /	198
(八) 出租车涨价不是价格问题, 而是体制问题 /	200
(九) “暴力抗法” 考验政府智慧 /	204
(十) 反思政府权力的权德基础 /	207
 九、司法权威是法治的关键 /	212
(一) 法治尚未成功, 诉讼仍需努力 /	212
(二) 公益诉讼挑战中国诉讼制度 /	214
(三) 司法权威是法治的关键 /	216
(四) 司法“主动” 需要慎重 /	218
(五) 何以为正义最后屏障 /	220
(六) 是谁绊了“法治” 的脚 /	223
(七) 探求正当裁判的事实基础 /	226
(八) 司法与行政——一个历史视野的观察与分析 /	231
 十、社会转型与国家治理——从美国看中国 /	240
 十一、民主与自治 /	281

一、市场的归市场 政府的归政府

（一）“游戏”是要讲规则的

我们生活中不缺乏创意，但可能缺乏创意生存的土壤。“月球大使馆”即是一例。

2005年9月5日至10月5日，北京月球村航天科技发展有限公司首席执行官李捷以每英亩2美元的价格从美国人丹尼斯·霍普处购进月球土地7110.32英亩，金星及火星土地各2000英亩，付款22 220.64美元，另付许可费4166.68美元，共计26 387.32美元（折合人民币214 030元），并在中国设立了月球大使馆。丹尼斯·霍普指定李为月球大使馆大中华区大使，以北京月球村航天科技发展有限公司的名义对外销售。2005年9月29日，该公司印制月球土地所有权证3000册，自10月14日至10月28日，该公司以每英亩人民币298元的价格，共向33个人销售出48英亩月球土地，销售款共计人民币14304元。然

而，工商机关却认定这是“投机倒把”行为，对其有关财物进行扣留（封存），并在听证后作出处罚决定。由此招致双方对簿公堂，各执一词。

工商机关的观点是，根据国际法，月球属于全人类的共同财富，谁也无权处置月球土地，任何国家不得通过主权要求、占领、使用或以其他方式把月球据为己有，因此，月球大使馆无权处置或销售月球土地；月球大使馆则认为，《月球协定》中说，月球是全人类的共同继承遗产，但是中国以及世界上的绝大多数国家都没有加入协定，因此对我国没有法律效力。而《外层空间条约》明文禁止任何国家拥有外层星体，但没有禁止个人拥有其土地，无禁止性规定即可为。

又是外层空间，又是国际条约，又是月球土地，这事还真有点“整”大了。

在我看来，销售月球土地，更像是一场游戏，就像小时候玩的“过家家”游戏一样，是不必较真的。否则，你做爸爸，她当妈妈，那也太早熟了。我就不相信，哪一个购买“月球土地”的人真会以为自己就拥有了该片土地的所有权。一位购买了月球土地的人就说，“买月球土地，就是花 200 多元买个证玩玩呗。如果女友要天上的月亮，我就把这个给她，哄她开心。”另一位男士则称，“这事挺荒唐的，反正任凭他们说得天花乱坠，我肯定是不买的”。荒唐也好，工商机关的较真也罢，既然是游戏就要讲规则。其实，游戏是最讲规则的，凡是能够不断地“玩”下去的，都是有其规则的。

那么，“销售月球土地”这一场游戏的规则是什么呢？

这场游戏的主角共有三方：作为销售者的月球大使馆，购买者和政府有关部门。规则就是围绕着这三方展开的。

销售者与购买者之间的关系是普通的民事关系，其所遵循

的规则是：凡是法律所不禁止的，就是公民可以做的，即所谓的“法无禁止即自由”。为什么法无禁止即自由呢？这涉及生活与法律之间的关系这一根本问题。

对于个人来说，我们生活的这个世界原本就是其自由驰骋的天空，世上本是没有法律。只不过人作为社会动物，要在和其他人的相互关系中生存。两两关系难免产生“自由的碰撞”。因此必须划定边界，以免因“碰撞”而两败俱伤，以致失去“自由”。正是在这个意义上，西塞罗说，为了自由，我们选择了法律。这说明，生活是先于法律的，而人们是为了生活得更好才选择法律的。离开了生活，法律就是无源之水、无本之木。因此，法律既无可能、也无必要将人们的全部活动“揽入其怀”，只是将那些可能影响他人权益的、对社会秩序与安全构成威胁的活动加以禁止。人们将此概括为：法无禁止即自由。

然而，长期以来“全能主义”的国家大包大揽，在高度集权的计划经济体制浸淫之下，我们养成了等、靠、要的行为习惯，“等”组织安排、“靠”政府命令、“要”行政资源，个人或组织缺少主动性、积极性。由此形成的思维模式是：政府让做的才能做，行政允许的才能做。在一种外在于个人的力量安排的秩序之下，其规则是对个人自由选择的压抑。我们经常说的“体制的僵化”、“效率的低下”等传统体制的弊端大概皆源于此。问题在于，市场经济是一种“自生自发的秩序”，它需要的是自主、自由、自愿、自律、自治，提倡的是个人的主动性、积极性。很显然，没有思维方式上的转变，市场经济很难在中国真正建立。即使勉强建立起来，也只能是一个“坏”的市场经济。

现在看来，市场经济的好与坏，很大程度取决于这场游戏中的政府一方。对于政府活动来说，其活动规则与公民个人活动的规则刚好相反：只有法律规定的才能做，正所谓“无法律

即无行政”。其间的道理在于，政府活动是运用权力的活动，所谓权力就是可以强制他人服从的力量，强制服从即意味着可能的损害。故此，享有何种权力，能不能强制，如何强制，都不能由掌握权力的人自己说了算，必须由法律决定，政府依法行政。人治还是法治于此泾渭分明。从另一个角度来说，政府的存在是为了公共秩序，而达到好的秩序状态哪些能做，哪些不能做，这不是行政机关的自由裁量权，而只能根据秩序的要求通过法律来确定。人们将上述概括为：无法律即无行政。

然而，吊诡的是，计划经济体制的内在逻辑是，没有政府的安排就没有经济活动；其游戏规则是，一切都按照政府的计划运转。过去大家经常讲的“计划就是法律”，大概就是这个意思。由此形成政府部门的行为模式以及思维方式，不是无法律即无行政，而是相反，无行政即无法律。正是这种思维方式与“月球大使馆”发生了碰撞。难怪本案工商部门要到计划经济的“武库”中寻找“武器”，搬出来一个刻有鲜明的计划经济烙印的“投机倒把”，因为“投机倒把”就是一个筐，什么东西都可以往里装。在我看来，投机倒把是计划经济的最后一个堡垒，它也是市场经济发展之路上一个顽固的障碍。很明显，计划经济与市场经济是两种完全不同的社会经济构造，于中国，由计划经济向市场经济的转型，就不仅仅是个别“器物”的改造，甚至也不仅仅是某种制度的改革，更为重要的是思维模式的转型。若非如此，市场经济这场游戏是没办法“玩”下去的。

(2006年1月15日)

(二) 是什么妨碍了中国人的创意

北京月球村新能源科技有限公司 CEO 李捷，从德国运来

“世界杯空气”到北京出卖，却未能在工商局获准增添“特定地区特色空气”这一营业范围。自称十分尊重法律的李捷没卖成空气，把北京工商局朝阳分局告到了法院，要求批准他卖“特色空气”。

又是李捷！又是月球大使馆！前番搞了个“销售月球土地”，一时被媒体炒得沸沸扬扬；今天又搞出一个出卖“世界杯空气”，吸引了众多眼球。如果说“销售月球土地”多少有些让人觉得滑稽，那么出卖“世界杯空气”则还多少有些靠谱。据李捷讲，“世界杯空气”的销售对象是球迷，他们在观看世界杯比赛的时候，闻到来自德国浓郁的草地清香，会产生一种身临其境的感觉，可以弥补一下不能亲自到现场观看比赛的缺憾。在他看来，“世界杯空气”应属于体育用品或者文化用品范畴。他还有2008年向全球销售北京奥运会空气的设想，不仅让国际运动会来中国，而且让北京的空气卖出去。

然而，这一富于“创意”的想法却再次受挫。工商机关不予变更登记的理由是：《公司登记管理条例》第15条规定，公司的经营范围用语应当参照国民经济行业分类标准。行业分类标准中没有明确记载是否允许卖空气，对于如何认定和论证，工商局走访了环保、卫生防疫、技术监测等部门，问是否需要他们前置审批，并向上级单位请示，但都没有得到明确答复，再说也没有办法界定是不是“有利于人体健康的空气”。最终作出了驳回登记的决定。李捷只能眼巴巴看着商机错过。

不论你以为李捷的这些想法有多么怪异，还是认为他的这些想法多么富有创意，我们不得不说，李捷其人还是有一些“奇思怪想”的。但两次事件，相同命运。一次“销售月球土地”，被工商机关以“投机倒把”为名予以处罚；这一次出卖“世界杯空气”，又被工商机关以不符合“国民经济行业分类”