

FORUM ON FRONTS OF JURISPRUDENCE

法学理论前沿论坛

张文显 / 主 编
李晓辉 / 副主编
颜毅艺

[第二卷]



科学出版社

www.sciencep.com

法学理论前沿论坛

〔第二卷〕

张文显 / 主 编

李晓辉 / 副主编

颜毅艺

科学出版社

北 京

内 容 简 介

本书荟萃了吉林大学理论法学研究中心博士生前沿论坛的理论研究成果。

本书的论题既包括一般法理学的问题,如人权与主权、法律解释,又包括部门法理学的问题,如金融自由与管制、商法精神、私权及其救济;既包括法学理论的基本问题,如权利与权力、立法程序,又包括法学理论的前沿问题,如信用与法治、网络与法律、WTO与中国司法改革。本书论题前沿,形式活泼,视域开阔,见解多样,信息丰富,是法学理论领域富有重要价值的学术文献。

本书适合法学专业研究生以及从事法律专业研究的科研人员使用。

图书在版编目(CIP)数据

法学理论前沿论坛(第二卷)/张文显主编. 李晓辉. 颜毅艺副主编. —北京:科学出版社, 2003.11

ISBN 7-03-012360-3

I. 法… II. 张… III. 法学-理论研究-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第097791号

责任编辑:胡华强 徐蕊/责任校对:朱光光

责任印制:安春生/封面设计:耕者设计室

科学出版社 出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

双青印刷厂 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2003年11月第一版 开本:B5(720×1000)

2003年11月第一次印刷 印张:45 1/2 插页:1

印数:1—2 500 字数:881 000

定价:68.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈环伟〉)

序

继吉林大学理论法学研究中心 2000 年被批准成为教育部人文社会科学重点研究基地以后，以本中心为依托的法学理论学科 2002 年又被批准为国家重点学科和“211 工程”重点建设学科。本中心乘势前进，继续开展了一系列旨在推动理论创新、培养高层次法学理论人才、促进国内外学术交流的重大学术活动，“法学理论前沿论坛”是其中之一。本书收入的是“论坛 2001”（FORUM 2001）中的主报告和主评论。

“法学理论前沿论坛”是由我提议，吉林大学理论法学研究中心举办，法学理论专业以及相关专业的博士生导师共同主持，博士生具体组织。

论坛的宗旨是为博士研究生们创造一个自由、开放、活跃、严谨的学术环境，以培养富有时代气质、创新精神、论辩能力、写作技巧、善于交流的法学理论人才。从这一宗旨出发，论坛坚持科学精神，贯彻学术民主，倡导公允平实、有理有据的学术对话、论辩与研讨。

论坛完全按照国际学术会议的标准和程序举行，每个论题由 1~2 位校内外著名学者或对本论题有深入研究的学术带头人主持，由 1 名法学理论专业博士生担任主报告人，1 名法学理论专业博士生担任主评论人。在发言中，主报告人首先进行论题分析，然后就该论题的研究现状、学术价值和实践意义做出综述，接着发表本人的学术观点，并进行阐述和论证；主评论人针对主报告发表自己的评论，或肯定，或修正；或深化，或拓展；或质疑，或补充。主报告和主评论之后，与会师生自由发言。最后，由主持人作总结性陈述和评论，或者给予指导性讲解。

论坛是开放型的，除了法学理论专业的博士研究生和教师之外，其他专业的博士生、硕士生、青年教师亦可自由参加论坛，并提问和发言。

我认为，法学研究应当有“问题”意识，不仅如此，还应当有“前沿”意识。两者结合起来就是“前沿问题”意识。

法学理论的问题和论题数以百计，哪些问题能够归结为法理学的“前沿问题”呢？“前沿问题”有哪些特征？如何确定其中一些为“前沿论题”呢？在我看来，主要有六点：

第一，法理学的前沿问题一般来说就是法治的实践前沿在理论上的反映或表现，归根结底，是当代中国及世界经济、政治、科技、文化、社会生活的理论反

映或表现。例如,法治与法治国家,民主、法治与宪政,司法改革,法律全球化,法制与可持续发展,知识与法制创新,社会弱势群体的权利保护,反腐倡廉的法律机制和道德机制等,都是当代中国或世界最为瞩目的经济实践、政治实践、法律实践和社会实践。理论前沿和实践前沿这两个前沿是一致的、同步的、互为折射的。

第二,法学理论的前沿问题一般来说是法学研究和学术争鸣中的热点问题,而热点问题必然被法学界普遍关注、广泛讨论、持续争鸣。纵观中外法理学(法哲学)的历史,法理学的热点问题大致分为五类:第一类是不断被人们提出并以各种不同的方式加以解释的法学的根本问题和“永恒主题”,如法的本体论问题、法的作用与功能、法与权力、法与正义、法与道德等,这些问题在西方从古希腊、古罗马时期,在东方从中国的春秋战国时期开始就已经出现,并延续到当今。第二类是社会发展的某一时期由特定的经济发展、政治发展、文化发展以及社会变迁而引起的具有重大意义的时代问题和时代性争论,如什么是应由法律保护的正当要求和利益、民主与法制(法治)、分权与制衡、自由裁量权、自然法与实证法、自然权利与实证权利、社会本位与个人本位、法律与传统(民族精神)、效率与公平等。第三类是法律改革及重大法律事件引起的反思,如英国社会转型时期的普通法与衡平法、司法审查权与审查制度、福利国家和福利法、过错责任与无过错责任(严格责任)、人权的国内保护和国际保护、人权与法制、本土法律文化与外来法律文化的关系、法律发展、法律移植等。第四类是受哲学、政治学、社会学、经济学、心理学以及自然科学的巨大影响所产生的新观念、新范畴、新方法论,如法的效力与实效、法的事实与价值、法律的结构功能分析、法律的经济分析,法学的语义分析、行为分析、效益分析、系统分析等。第五类是围绕某一重大法律事件、重要法律人物的评价而发生的论战,如围绕着德国要不要制定一部成文的民法典而在德国法学界发生的有关法律之民族精神与时代精神的持久论战,围绕着纽伦堡国际审判所发生的法与道德、法的效力等问题的争论,围绕对凯尔森及其法律思想的评价而在学术界出现的分歧。在我国法学研究的现阶段上述五类热点问题情况均存在。例如,依法治国与坚持和改善党的领导的关系,依法治国与以德治国,司法公正与司法效率,程序正义与实质正义,公法与私法,权利本位与义务本位(义务先定),权利与权力,契约自由,法律移植,表达自由与知情权,人权与主权的的关系,错案追究的法理基础与制度,法治与信用,婚姻法修改所涉及的人权与自由,法制现代化和法律发展中的建构论与进化论等,都是我国法学界热烈讨论和激烈争鸣的热点,有些甚至构成一个比较长的时间内理论研究和学术争鸣的焦点。

第三,法理学的前沿问题一般来说具有解放思想、更新观念、开拓创新的意义,因而代表或预示法学的发展方向、发展趋势。例如,当代中国法学研究的学

术范式及其转换,法学的现代化和国际化,中国的人权理论与实践,知识产权制度与实践中的法哲学问题,后现代法学(后现代主义与中国法学),中国传统法律文化的现代转型,中西法律文化比较研究等。这些论题本身就具有思想解放和学术创新的意味和导向,对这些问题的深入研究必将推动中国法学的进步以至跨越式的发展。

第四,法理学的前沿问题一般都包含着(明示或隐含)更具涵概性、启智性的概念,或体现时代特征和时代精神的新话语、新命题。例如,法律本质的层次,法的时代精神,走向法治,走向权利时代,人权国际化,现代法律精神,法律的程序价值,法律的真善美,WTO与法律全球化,法律方法,法学研究范式,法律职业与法律共同体,法律实践推理等。这些新的概念、话语、命题是法学家的认识成果,具有凝聚知识、深化思想、联结实践、引导学术进步等方面的作用。如果没有新概念、新话语、新命题,任何问题都无法被确定为前沿问题,即使人为地将其确定为“前沿”问题,也引起不了广泛重视,或者就不具备研究价值。

第五,由于法理学性质和功能上属于法学的一般理论、基础理论和方法论,所以,法理学前沿问题一般来说具有全局性、复合性、多边形。所谓全局性,指的是这些问题在法学中至少在法理学中带有普遍性、根本性、长期性,对于解决法学的其他问题可以起到枢纽或钥匙的作用;所谓复合性指的是这些问题通常是渗透在理论法学和应用法学之中,是法理学与宪法学、民法学、经济法学、刑法学、诉讼法学或国际法学共同关注的重大问题,这些问题的阐释和解决,既需要法理学的理论指导,也需要部门法学提供丰富的理论资源和实践经验;所谓多边形指的是有关法理学这些论题中相当一部分属于法学与其他学科的多边问题,因而需要综合运用哲学、经济学、政治学、社会学、心理学、历史学以至文学、自然科学的理论和方法去解决。

第六,对前沿问题的研究需要研究者有新的视野、新的境界,采取新的思维、新的参照、新的方法,以形成新的概念、新的观念、新的理论或理论体系。在新世纪之初,中国法学面对着一系列新的时代特征,诸如知识化、理性化、大众化、多元化、专业化、法治化、全球化,经济市场化、政治民主化、文化信息化、法律体系化、法律国际化等等,这些时代特征概括在一系列法学的前沿问题之中。对这些问题的研究,必将使研究者步入新的境界,获取新的知识。

本书在体例编排上,使论题之间各自独立,每个论题分别包括主报告、主评论、参考资料。其中主报告和主评论反映报告人和评论人的学术思想、理论观点以及对这些思想和观点的阐述或论证,参考资料则反映了报告人和评论人对该问题的了解程度,拥有该论题研究的信息量。这三个方面结合起来,构成深入研究该问题的理论资源。

收入本书的专题报告和评论既标志着法学理论的现实前沿，也展现出中国法学理论研究的未来趋势，具有较高的学术价值。当然，由于论题本身的难度和资料的有限性，也由于作者之间理论功底、驾驭重大理论问题的能力、学术水平以及表达能力的差异，本书的主报告和主评论在学术质量和文采等方面也存在着一定的差别。

愿本书能够把更多的法律人带进法学理论的前沿，能够增进法学界以及法学界与其他学科之间的交流与对话，能够促进中国法学的学术进步。这既是我们编写本书的初衷，也是我们的期待。

张文显

2002年10月1日于长春

目 录

序	张文显 (i)
信用与法治	李晓辉 (1)
法治思维的新尝试	
——评《信用与法治》	车传波 (19)
参考资料	(28)
网络空间的法律维度	马国强 (31)
网络社会的立法规制	
——兼评《网络空间的法律维度》	张成元 (46)
参考资料	(55)
当代中国农村阶层分化与法律调整的初步研究	颜毅艺 (57)
法社会学的全新视角	
——评《当代中国农村阶层分化与法律调整的初步研究》	
	马国强 (82)
参考资料	(89)
利益平衡论	尹奎杰 (92)
论法律推理中的利益选择	
——兼评《利益平衡论》	沈仲衡 (116)
参考资料	(131)
法律解释的必为性、可行性及妥当性	钱大军 (133)
关于法律解释的几点思考	
——兼评《法律解释的必为性、可行性及妥当性》	高淑贞 (146)
参考资料	(151)
矛盾统一中的人权与主权	丁启明 (153)
人权与主权关系的反思	
——评《矛盾统一中的人权与主权》	李 冬 (184)
参考资料	(194)
妇女权利的法律保护	
——从人权的视角看	邹晓红 (196)
女权主义视角下的“权利”解析	
——兼评《妇女权利的法律保护》	田 雨 (212)

参考资料	(223)
中国传统法律文化现代化转型若干动因考察	李声炜 (225)
法律文化思考的新视角	
——评《中国传统法律文化现代化转型若干动因考察》	王 静 (240)
参考资料	(248)
晚清法制改革的前奏：洋务派对西方法律思潮的传播	罗海山 (250)
启蒙乐章的源头追溯	
——评《晚清法制改革的前奏：洋务派对西方法律思潮的传播》	
.....	马国强 (267)
参考资料	(268)
公法行为契约化	于立深 (270)
契约、契约理念与公法行为契约化	
——兼评《公法行为契约化》	苗正达 (285)
参考资料	(295)
权力的自省与权利的自觉	周 毅 (297)
寻求公权力和私权利的平衡	
——评《权力的自省和权利的自觉》	朱祥海 (314)
参考资料	(323)
中国市民社会的建构与公法的现代化	鲁鹏宇 (325)
市民社会、公法与法治	
——评《中国市民社会的建构与公法的现代化》	王月萍 (341)
参考资料	(349)
立法程序的原理及其实证分析	孟凡哲 (351)
一个追求程序正当性的立法论	
——评《立法程序的原理及其实证分析》	李海平 (367)
参考资料	(377)
论政府行为模式的转换	孙红梅 (379)
现代行政法理念与政府行为重塑	
——评《论政府行为模式的转换》	赫 然 (393)
参考资料	(398)
WTO 与中国司法改革	张临伟 (400)
也谈 WTO 与中国司法改革	
——评《WTO 与中国司法改革》	周 艳 (425)
参考资料	(431)
WTO 规则中国审判适用研究	童兆洪 (433)

WTO 语境中的司法权

——兼评《WTO 规则中国审判适用研究》 张晓锋 (453)

参考资料 (460)

司法权威初论 孟祥锋 (463)

司法体制创新与构建当代中国司法权威的基本路径

——兼评《司法权威初论》 李庚香 (486)

参考资料 (498)

从统一司法考试到法律共同体的养成 王利锋 (500)

法律共同体建构理论与实践的契合

——评《从统一司法考试到法律共同体的养成》 杨 俐 (516)

参考资料 (521)

自由与管制之间

——中国金融制度改革法哲学思考 李宪普 (524)

金融制度改革新的分析视角及中国金融法治化

——兼评《自由与管制之间——中国金融制度改革法哲学思考》

..... 辛博聪 (544)

参考资料 (558)

经济法的综合性特征

——以马克思的市民社会与政治国家的二元理论为视角

..... 董文军 (560)

市场经济与经济法性质的再认识

——评《经济法的综合性特征》 徐兴祥 (571)

参考资料 (578)

侵权行为法若干问题的法理学思考 王福友 (580)

侵权行为法的价值分析

——兼评《侵权行为法若干问题的法理学思考》 王 哲 (601)

参考资料 (610)

商法精神

——一个现代性的解读 王艳梅 (612)

商法精神略论

——评《商法精神——一个现代性的解读》 马 晶 (631)

参考资料 (641)

保险契约

——理念及制度分析 臧 彦 (643)

关于保险范畴中几个问题的思考

——兼评《保险契约——理念及制度分析》…………… 李光宇 (657)

参考资料…………… (665)

私权及其救济…………… 曹险峰 (667)

关于私权的几个问题

——评《私权及其救济》…………… 张 姝 (681)

参考资料…………… (688)

制度法学与制度经济学视角下的企业法人治理结构…………… 张忠野 (690)

有关企业法人治理理念的再思考

——兼评《制度法学与制度经济学视角下的企业法人治理结构》

…………… 李光宇 (709)

参考资料…………… (715)

后记…………… (718)

信用与法治

李晓辉

导语

当某个话题成为社会 and 理论界关注的中心之时，往往表明我们正丢失了某种东西。綦江虹桥垮塌事件、广信事件；国有商业银行的大量呆坏账、基金黑幕、上市公司的违规；假冒伪劣的充斥、合同履约率的低下……国家信用（政府信用）、银行信用、商业信用、个人信用全面危机，信用似乎成为当下中国最缺乏的社会资源。与此同时，法院威信的丧失、法律判决的白条化、执法与司法中的腐败等问题正在考验社会容忍度的底限，法治建设屡屡受阻。建设法治国家、培养信用文化成为世纪之交的中国最具焦点性的两个话题。这两个问题的同时出现不是偶然的，二者对于转型社会而言具有根本性，而且相互之间存在逻辑与历史的双重关联。

一、问题的根本性与关联性

（一）概念工具分析

1. 信用分析

在伦理学的意义上，信用即诚实守信、履行诺言（honesty, keep faith），是一种好的德行、是善的表现。在《论语》中“信”字出现过至少 38 次，在《孟子》中至少出现过 30 次。儒家经典中的“信”字所表达的意思可以从信任他人和不辜负他人的信任两个层面理解，通过树立和描绘“君子”这样的道德楷模建立道德坐标，要求人们诚实不欺，信守诺言。^①但儒家经典中的“信”主要是一种道德上的主张。无独有偶，西方最重要的道德经典——《圣经》中与信用和信任相关的 trust、confidence 也出现几十次之多。^②道德的信条和惩戒机制（比如

① 郑也夫。信任：溯源与定义。见：北京社会科学，1999（4）。119～120

② 郑也夫。信任：溯源与定义。见：北京社会科学，1999（4）。120

通过对声誉的影响)通过生存环境作用于人本身。一个失去信用的人将无法与他人进行交互行为,因为他失去了换取别人信用的资本。

社会学研究信用是从信任问题切入的,信任(trust)是一种心理选择,从心理选择角度考察信用关系建立的人性基础和过程条件。人类为什么需要通过信任建立信用关系?第一,是人性不完善的结果。人作为个体存在,具有天然的脆弱性,任何人都不能仅仅依靠个体与他人的斗争在人类社会中生存,而必须依赖与他人的合作。第二,与他人的合作中,大量的行为具有非即时性,如借贷、赊销,人们无法确切预知他人明日的行为和未来的风险。但是又不能因为无法预知,永远生活在无休止的恐慌中,因此,人们选择了相互信任来增加对未来的信心、强化对现实的把握。信任就成为人类生活的一种简化形式和减少不确定性的工具之一。人类社会存在着天然的信息不完备,即使在严格的边界和小的场景中存在完备的信息,人的脑力也很难在一定的时间范围内找到最有效益的途径。就像两个人的国际象棋,任何一盘棋的给定状态都有30种符合规则的走法,每一次过招(双方各走一步)有1000种可能。现实的社会比下棋要复杂得多,选择和变量也更多,博弈的过程就更加多样,因此为了简化未知的风险,人类会选择各种简化社会的形式,比如语言、金钱、权威等社会符号,用规定的符号代表意义。“靠着意义,人类完成了简化;靠着简化,人类在复杂和未知中生存。”^①信用是一种简化机制。“信任强化现有的认识和简化复杂的能力,强化对未来相对应的现在的状态。信任增加了对不确定性的宽容,从而增加了人们行动的勇气和可能性。”^②所以:“信任是一种态度,相信某人的行为或周围的秩序符合自己的愿望。他可以表现为三种期待,对自然与社会的秩序性,对合作伙伴承担的义务,对某角色的技术能力。它不是认识论意义上的理解,它处在全知和无知之间,是不顾不确定去相信。”^③

经济学中广义上的信用(credit)是二元主体或多元主体之间,以某种经济生活需要为目的,建立在诚实信用基础上的心理承诺与约期实践能力相一致的能力。它形成于古代,广泛流行于近代商务和金融领域之中,是从属于商品和货币关系的产物,是构成现代文明社会不可缺少的、相对独立的经济范畴和社会现象。根据《英文韦氏(Webster's)词典》的解释,信用的意思为:“The system of buying and selling without immediate payment on security”。简单说,它是一种建立在信任基础上的能力,不用立即付款就可获取资金、物资、服务的能力。这种能力受到一个条件的约束,即受益方在应允的时间期限内为所获得的资金、物

① 郑也夫. 信任的简化功能. 见: 北京社会科学, 2000 (3). 114

② 郑也夫. 信任的简化功能. 见: 北京社会科学, 2000 (3). 115

③ 郑也夫. 信任的简化功能. 见: 北京社会科学, 2000 (3). 123

资、服务而付款或还款。上述时间期限必须得到提供资金、物资和服务一方的认可。

2. 文中使用的信用与法治界定

本文中使用的信用(credit)是综合了伦理学、社会学和经济学中不同涵义的概念,是指包涵了社会心理选择(trust)、道德伦理(honesty、keep faith)和经济履约能力(ability to repay a debt)的一种综合性社会资源。英语中的“credit”一词来自拉丁文动词“credo”,它的意思是“我相信”(I believe)而拉丁文的“credo”有来自“cred”和“do”、“cred”的意思是“我给予”(I place)。因此“信用”一词的原始意思是“我给予信任(I place trust)”。按照辞海的解释,信用是:“遵守诺言,实践成约,从而取得别人对他的信任。”可见,信任(trust)作为信用资源中的心理构成部分,是最核心的部分。信用是相互信任的结果,同时信用作为一种评价标准又是主体赢得信任的依据。基于以上的认识,文中讨论信用与法治关系时将信任与信用不做区分。

当下,对法治的实质与形式要件的讨论已经达成了许多共识,文中使用的法治概念建立在这些共识之上。而法治基本含义的经典表述仍然是亚里士多德的古老法谚:“法治应包含两重意义:已建立的法律获得普遍的服从、而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^①既强调了法律的最高权威,也体现了人们对法律的高度信任。在本文的分析框架中是将信用作为非制度因素与法律代表的制度化来理性对应分析的。制度与非制度的划分是相对的,是为了运用概念工具的方便,当然只代表有限的合理性。

(二) 信用与法治对于转型社会的根本性

在当下中国出现信用危机与法治困境,并不是因为“中国人集体道德滑坡”,而是有其深刻的历史与现实的原因。所谓社会的根基无非是制度资源与非制度资源的有机结合,信用与法律分别是这两个方面的代表,它们的存在形式、发展变化是社会形态发展的表征。社会的转型就是通过制度资源与非制度资源的转型完成的。中国正处于社会全面转型的时代,转型使处于变化过程中的事物具有不稳定性,制度与非制度因素往往发生负向互联,彼此施加不良影响,从而引发一系列问题。因此才会出现对中国的许多社会问题追问下去都会牵扯到信用与法治上来,在追问信用与法治问题的时候,又往往走到对方面前。这是由于信用作为非制度的社会资源(包括道德伦理、心理倾向、文化因素等)与法治代表的制度理性是转型社会的根本问题。

“法律至上、法律是社会最高权威”是法治的核心内涵。现代文明中,法律不再仅仅是政府的命令,而是具有社会公约性质的制度理性。因此,人们通过法

① 亚里士多德. 政治学(中译本). 北京:商务印书馆,1965. 199

律这种中介实现的社会关系,不再是对某个人格化权威的简单服从,而是对自己意愿的尊重,“由于每个人都仅仅是法律的仆人,因此,每一个人就都成为自己的主人,一个自由人。”^①无论是建设还是培养法治社会,首要和核心的任务都是树立法律至上的权威。而对权威的尊崇,是从信任开始的。反观当下,法律威信不高,特别是民众对司法的信任较低,可知我们距离法治社会还很远。法治受阻有社会信用环境的影响,在社会信用程度普遍很低的情况下,要民众对法律具有很高的信任是不可能的。人与人之间的信任度较低,对执法和司法人员一样缺乏信任,来自各方面的怀疑使法律职业阶层的职业操守很难保障。好的法律一到现实中就走样,对人的怀疑带来了制度的怀疑,现实中各种负面事件又加重了这种怀疑。对法律的怀疑导致厌诉情绪和司法人情化倾向。最终使法律的权威不断减损,民众对法律的信任度也不断降低。因此出现了以下现象也不足为怪:即使权利被侵害也不会诉诸法律,认为没有熟人有理也说不清;案件刚进入法院,各方当事人就开始各处找关系;由于对司法的怀疑判决被抗拒执行。社会大环境如此,法治建设自然艰难,法治走到了信用的面前寻求解释、寻找答案。然而信用对于法制也颇有微词。由于转型社会中,规则真空、规则重叠和规则冲突大量存在,法律制度的普遍有效性受到冲击。加之制度运作疲软,也使制度的刚性体现不够充分。法律的权威不足,致使社会缺少借以建立信用关系的稳定中介,导致人们对于利益缺乏安全感,群体性的信用关系建立遇到困难。信用与法治面面相觑,都很无奈。

相互关联的问题之解决,需要认识二者之间存在的逻辑与历史关联,在此基础上才能重寻制度因素与非制度因素的均衡,实现社会的平稳转型。

(三) 信用与法治的逻辑关联

信用的多角度研究为总结信用概念提供了多种依据。信用作为一种社会资源与法治有着价值与内在机理上的契合之处。

1. 信用与法治的社会心理基础都是简化社会生活,减少风险的不确定性。信任是社会的黏合剂,是“稳定社会关系的基本因素”^②、“信任是社会中最重要的一股力量之一。”^③;“没有人们相互之间享有的普遍的信任,社会本身将瓦解,几乎没有一种关系是完全建立在对他人确切了解之上的。”^④相互之间的信任可以在不同的、特别是彼此陌生的主体之间建立一种行为的可预期性,消除社会生活中的不稳定性,从而建立起社会秩序。信任起着简化社会生活的作用。这就是

① 郑成良. 论法治理念与法律思维. 见: 吉林大学社会科学学报, 2000 (4). 4

② 彼得·布劳. 社会生活中的交换与权力 (中译本). 北京: 华夏出版社, 1988. 99

③ G. Simmel. The Philosophy of Money. London: routledge, 1978. 326

④ G. Simmel. The Philosophy of Money. London: routledge, 1978. 178~179

自休谟以来,虽然怀疑论的结论已经广为人知,但是人类仍然在从历史中寻找现实的影子,对建构社会体制倾注热情的原因。信任是从过去、现在当中寻找未来的可预测性。于是当我们看到一个人的信用记录是优良的、现在的行为是连贯的,就有理由去信任他。因为如果不去信任他,就没有办法去进行交互性的行为。如果社会不按照这样的思路去发展,导致的只能是逐渐走向消亡。

信任在心理的意义上安慰着人类对时间的无奈和对未来的恐慌,但是安全感仅依靠心理上的依赖是无法实现的。这不仅因为一旦出现失信,对方将面临损失,长久以往又回到短期行为充斥的状态,而且因为任何一个人类社会的符号都会为自身建立一套理念和制度,为价值和心理上的选择建立规则和预警机制。信任从一种群体性心理倾向发展成为群体性制度倾向是一种必然。在这种意义上,法律的产生及发展动力之一就来自信任的催促。法律是信任的制度化要求,同时法律同样具有社会简化功能。法律作为出自国家的符号系统为社会生活提示合法性,用权利义务符号进行确定性与不确定性的指引,提供行为的评价机制。法律还使社会生活具有了可预测性,人们可以依据法律预先知晓相互将如何行为,进而安排自己的计划。在法治社会中,法律是最具权威的规则体系,社会生活也通过法律的简化达到秩序状态。

2. 信用与法治都是以契约理念为基础的。关于法治理论发生与发展的研究证明:契约是法治的源与流(蒋先福先生语)。在近代西方法治的发展史上,契约作为一个成熟的法律概念不仅是私法领域解决经济交往和财产流转问题的重要工具,而且还成为理解公法领域中政治、国家、民主、宪政的重要途径。契约既是法治发展的滥觞,也是法治精神的集中体现。

信用首先发生在经济生活领域。随着社会生产力的发展,在商品交换中商品的使用价值与交换价值出现了分离,交易行为契约化,而任何市场交易的实现都首先要求赋予对方以信任,信任是契约的灵魂。按照市场发展规律,隐含契约要先于明确契约。事实上,当事人之间的最大诚信就是隐含契约的核心内容。信用的需要是内在于契约产生和发展的脉络中的,而法律更多的关注明确契约的订立、履行以及明确契约的责任问题;但是任何明确契约都无法将交易的过程全部量化为各方的权利义务,契约法中模糊和权衡的地方很多,对于诸多契约中变化的情势要靠契约双方本着契约法原则诚实信用地实现承诺。只要明确契约无法完全替代隐含契约,信用就依然是交易的前提。隐含契约与明确契约的关系可以说明信用与法治的内在关系,二者都与契约理念关联紧密。而对于当代中国信用与法治发展的不足,也有观点认为是契约理念缺失的结果。

3. 信用与法治都是经济的效用函数。在古典和新古典经济学的公式中,社会是无摩擦的,假设不存在制度这一影响交易成本的主要因素,以理性人的选择偏好为基础建立分析与解释的模型。这里的信用概念就是一种价值的特殊运动,

是指交易存在时间与地域界限时价值运动的特殊形式。信用只与借贷、赊销和货币等有限的信用形式联系在一起。而制度经济学特别是新制度经济学打破了这一分析框架,去关心带“摩擦”的社会经济结构与发展。“制度提供人类在其中相互影响的框架,使协作和竞争的关系得以确定,从而构成一个社会,特别是构成了一种经济秩序。”^①新制度经济学的制度概念包括约束个人行为而制定的一组规章、依循程序和伦理行为准则。政治——经济系统,是由一些相互有特殊关系的复杂制度构成的。由于资本存量(人口、知识等)和经济绩效(生产总量、成本与收益的分配或生产的稳定性)与制度之间的相互作用,前者的变化将直接导致制度的结构性变迁。经济史研究为信用与法治危机的出现提供了一种根本的解释。即总体而言,是经济因素的结构变革导致与之相呼应的制度的变革。赫希认为:信任是很多经济交易所必须的公共品德。^②社会学家卢曼也认为,信任是致力于在风险中追求最大化功利的有目的的行为;信任是一种资本形式,可以减少监督与惩罚的成本。^③因此经济学家阿罗认为,信任是经济交换的有效润滑剂:“世界上很多经济落后可以通过缺少相互信任来解释。”^④信用的发达程度与经济的繁荣程度直接相关。

交易可以分为三种形态:实物交易、货币交易和信用交易。市场经济是信用经济,在市场经济中实物交易和货币交易都是建立在信用交易基础上的,在市场经济的发展史中,信用交易大大降低了交易成本,扩大了市场规模。现代市场经济更是建立在各种复杂的信用关系基础上的经济形态。失去了信用,交易的链条就会断裂,市场经济就无法进行。信用是企业经营绩效和规模的递增函数,是市场发展程度的递增函数。因此,普遍的守信是现代市场经济的前提。而我国的市场经济刚刚脱胎于计划经济体制,在计划经济体制下,社会被组织成一个全国范围的单一企业,经济资源由政府通过行政命令在自己所属的各单位之间进行配置,信用只是资源配置的一种微不足道的辅助手段,信用手段是由国家的出纳机关国有银行来实现的,企业之间的商业信用是被严格禁止的。^⑤人们将所有的信任倾注在一个主体——国家之上,没有选择的机会。当原有的计划体制被打破,新的市场机制还不成熟,信用危机产生了。信用危机增加了交易成本,使市场机制处在低效率运转的状态。

市场经济是法治经济已经成为一种广泛共识,法治为市场行为提供基本框架,法律对于市场而言有着促进、协调、保障和补充的作用。信用与法律是维持

① 道格拉斯·C. 诺思. 经济史上的结构和变革(中译本). 北京:商务印书馆, 1992. 195

② F. Hirsch. Social Limits to Growth. Harvard University Press, 1978. 78~79

③ J. S. Coleman. Foundations of Social Theory. Cambridge University Press, 1990. 306

④ K. Arrow. Gifts and Exchange, in Phelps. Altruism, 1975. 24

⑤ 吴敬琏. 经济学家讲“信用”. 见:知识经济, 2002 (1). 41