

法治 的

市场建构

——走向法治的经济分析

FAZHIDE
SHICHANGJIANGOU
梁木生 著



湖北长江出版集团
湖北人民出版社

法治 的 市场建构

——走向法治的经济分析

梁木生 著

湖北长江出版集团
湖北人民出版社

鄂新登字 01 号

图书在版编目(CIP)数据

法治的市场建构:走向法治的经济分析/梁木生著.
武汉:湖北人民出版社,2007.10

ISBN 978 - 7 - 216 - 05333 - 4

I. 法…

II. 梁…

III. 市场经济—关系—法治—研究

IV. D90 - 059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 150462 号

法治的市场建构

——走向法治的经济分析

梁木生 著

出版发行: 湖北长江出版集团
湖北人民出版社

地址:武汉市雄楚大街 268 号

邮编:430070

印刷:武大图物印务有限公司

经销:湖北省新华书店

开本:850 毫米 × 1168 毫米 1/32

印张:9.875

字数:248 千字

插页:3

版次:2007 年 10 月第 1 版

印次:2007 年 10 月第 1 次印刷

书号:ISBN 978 - 7 - 216 - 05333 - 4

定价:28.00 元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

走向法治的必然

法治是一个现实,也是一个梦想。作为现实,法治已然在文明世界获得了广泛的确立;而作为一个梦想,它至今仍然只是国人们魂牵梦绕的企盼。面对今天的中国,在这一现实与梦想之间,一个巨大的困惑顽固地困扰着人们,法治能够成为中国的现实吗?如果能够,为何法治不肯光顾这一古老的大地?如果不能,我们又何必孜孜以求与我们无缘的法治文明?当人们不能获得令人信服的答案时,有人走向了虚无,有人陷于了无奈,更有人失去了自我并漠视法律的存在。所以,在今天的中国,走向法治既是一个理论问题,更是一个实践问题。基于这一时代需要的推动,本人以自己的浅陋加勇气选择了这一题目,本书就是这一题目思考的一个集结。

一直以来,人们总是将走向法治视为一个文化问题,或是一个政治问题。随着市场经济在我国的迅速发展,人们逐步认识到走向法治最终是一个经济问题,而且这一命题似乎成为学界的普遍共识。但是,面对市场经济迅速发展过程中我国并不乐观的法治现状,人们哑然了:市场经济也许诉求法治,但它似乎

无力将法治从理想变为现实。这一认识逻辑的短路,使人们将法治的希望重新引致固有的思维路径上,走向法治的决定因素是政治,不是经济。而一旦从政治上诠释法治,人们除了沉默就没有了选择。所以,力图彻底理解并对法治抱以坚定的信念,必须延伸认识的逻辑,从经济上探寻法治的形成。

以市场经济为逻辑起点论证法治,其完整的命题是:市场经济既诉求法治,又建构法治,还支撑法治稳定地运行,至于其他因素具有干扰与影响法治进程的作用,但不具有决定法治是否形成的能力。当然,由于市场经济的发展是一个过程,法治的市场建构也是一个过程,而各种因素特别是政治因素则使走向法治的过程显示出各国的特色。本书则对这一命题进行了系统论证,其直接目的就是坚信各国在市场经济发展过程中走向法治的必然性,及其路径上的差异性。

当然,作为一种学理的探索,其局限与缺陷一定存在,而且非常明显。对此,作者真诚欢迎各个方面的批评,并希望不吝赐教,以减少自己的粗浅、偏狭。

目 录

第一章 建构法治的力量探源	(1)
一、法治是什么	(2)
1. 法治的界定	(3)
2. 法治的价值	(10)
3. 法治的确立	(17)
二、法治的悖论	(22)
1. 政治悖论	(22)
2. 悖论克服	(24)
三、法治的建构	(26)
1. 谁诉求法治	(27)
2. 谁建构法治	(28)
3. 建构法治的经济力量	(33)
第二章 建构法治:经济力量的市场整合	(48)
一、制约的市场经济	(49)
1. 经济的发生探源	(50)
2. 市场经济的形成	(51)
3. 利益制约:市场经济运行的关系机制	(53)
4. 市场经济制约机制的基本特点	(56)

二、市场经济制约体系的自我建构	(60)
1. 三类基本经济主体之间的相互制约	(60)
2. 三类基本经济主体各自内部的经济制约	(68)
3. 市场经济制约体系的自我建构	(70)
三、市场经济力量的市场整合	(74)
1. 市场经济力量的组织整合	(75)
2. 市场经济力量的契约整合	(76)
3. 市场经济力量自我整合的两种基本方式	(80)
 第三章 建构法治:公正价值的市场确立	(85)
一、公正价值市场确立的经济根据	(86)
1. 市场交易的两种心理	(86)
2. 市场交易的不当选择	(89)
3. 公正交易:经济制约的内在规定	(92)
二、市场经济公正运行的内在条件	(96)
1. 目的明确	(97)
2. 资源私有	(99)
3. 权利自主	(102)
4. 实力均衡	(105)
三、公正价值市场确立的外在诉求	(109)
1. 干扰公正交易的因素始终存在	(109)
2. 公正交易的中介人维护	(115)
3. 中介人的基本职能	(119)

第四章 建构法治:委托国家承担公正人 (129)

一、国家作为公正人 (130)

1. 公正人的资格 (130)

2. 国家作为公正人的优势 (134)

3. 国家作为公正人的局限 (137)

二、国家作为公正人的市场委托 (139)

1. 公正人的市场委托 (139)

2. 公正人市场委托的国家化 (148)

3. 国家作为公正人的契约化 (154)

三、传统国家的市场改造 (157)

1. 改造的目的 (158)

2. 改造的内容 (160)

3. 改造的方式 (167)

第五章 建构法治:控束国家权力的运行 (178)

一、国家权力存在滥用 (179)

1. 国家权力的代理人存在私利 (179)

2. 国家权力代理人的能力局限 (183)

3. 国家权力代理人委托的弱点 (185)

4. 必须预防国家权力的滥用 (188)

二、控制国家权力的运行 (193)

1. 经济控制 (193)

2. 团体控制	(202)
3. 舆论控制	(210)
三、约束国家权力的运行	(216)
1. 国家权力竞选者的民众约束	(216)
2. 国家权力运行的自我约束	(222)
第六章 法治的实现	(231)
一、法治的建构	(232)
1. 代议:建构法治的机制	(232)
2. 政治行为法治化	(239)
3. 经济行为法治化	(247)
4. 其他行为法治化	(253)
二、实现法治:一个渐进的过程	(254)
1. 市场经济的渐进发展	(255)
2. 市场经济渐进发展过程中的政治运行	(261)
3. 市场经济发展过程中法治化演进的三个阶段	(271)
三、法治实现的两种基本类型	(278)
1. “内生”型法治	(279)
2. “移植”型法治	(292)
后 记	(310)

众所周知,法治不仅需要国家权力施行法律,还要法律控束国家权力。法治的这一界定告知,走向法治内含政治悖论:国家权力制定、实施法律,国家权力是推动法律运行的外在力量;国家权力受到法律规束,国家权力是法律调控的对象。施行法律与受制于法律的国家权力为同一主体,法治因此存在政治悖论。面对法治中的政治悖论,国家权力不会自我克服,法律亦没有能力克服,只能依靠国家权力与法律以外的力量。文明世界历史发展进程供给的一个经验事实是,法律伴随国家产生时这一力量并不存在——否则法治理应凭借这一力量于国家出现时确立,这一力量是社会文明发展到一定历史阶段后形成的,它表现为人类社会经济渐进发展过程中自然演变而成的一种新的生产方式,人们约定俗成成为市场经济。所以,克服法治悖论确立法治,最终是一个经济问题,不是政治问题,也不是什么文化问题,它们误解了法治的源头。这里,克服法治悖论与确立法治是法治形成的两个方面,市场经济具有这两方面的能力,是为法治的市场建构。

第一章 建构法治的力量探源

法治不是依靠信念建立,而是通过力量建构,而且建构的力量必须现实、强大。

已经法治化的国家的法治实践告诉人们,法治是国家的一种治理状态,它表现为整个社会置于法律的统治下有序运行,各种矛

盾能够得到法律的最终调控,尤其是具有能力治理整个社会的国家权力在法律的控束下运行。正是法治之下社会运行昭示的这一理想范式,成为文明社会的普遍诉求,人们希望法治从天国降临人间,以便共享法治的恩惠。然而,一个不证自明的公理性事实是,作为文本的法律本身没有任何力量,它是依托国家权力调控社会,但它依托什么力量控束国家权力?因为同样一个无法否认的事实是,国家权力始终是社会中强大的现实的力量。正因如此,一个国家达成法治的实现,强大的国家权力能够发挥作用同时受到法律的控束,一定存在一种强大于国家权力的外在力量强制其服从法律,否则实现法治无疑梦呓。这里,我们称这一控束国家权力的外在力量为建构法治的力量,因为这一力量并未从任何意义上消解国家,仅仅将法律置于社会的统治地位,并将国家与社会建构成为法治的状态。今天,走向法治已经成为文明世界的潮流,人们理应揭示这一与国家权力同时存在但肯定强大于国家权力的外在力量是否存在及怎样形成,惟此企盼法治的人们才会抱法治以真诚、坚定的信念,而不是永无希望的幻想、祈祷。

一、法治是什么

法治是一个理想,也是一个现实。今天,环顾整个世界,法治在一些国家早已实现,在另一些国家仍然是一个神圣的梦想,可望而不可及。作为一个普世性的目标,文明世界的人们普遍诉求法治,源于什么直接的目的应该不难回答——法律能够控束国家权力。然而,问题也许并不如此简单,假如人们认可关于法治的这一基本判断,一个深入的问题则内含于法治的范畴之中,文明社会为什么不干脆放弃国家权力或用法律代替国家权力,非要运用法律控束国家权力达成法治?难道法治之下国家权力的存在是必备的要素?可以认为,法治的一个基本价值正在于此。如果文明社会

不能放弃国家权力,也不能以法律代替国家权力,人们当然只能追求通过法律规范社会与控束国家权力达成法律的统治,以在法治的状态下确保整个社会稳定、持续、和谐地运行。从这一意义上讲,法治没有改变国家权力与法律同时存在的客观事实,改变的只是二者的关系,即由国家权力支配法律转变为法律控束国家权力。这正是我们探讨法治的目的所在。

1. 法治的界定

认识与信仰法治必须从法治的界定入手,因为它给定了实现法治的目标,所以理解法治理应成为追求法治的逻辑起点。人类社会的文明史说明,法治理念比法治实践的历史悠久得多。法治理念源于法律的产生。法律从产生时起社会就赋予它应有的品质,包括内在的与外在的:内在品质是法律具有公正性或者说合道德性的实质要件;外在品质是法律具有公开性、稳定性、一致性、明确性、程序性、不溯及既往性等形式要件。鉴于这些优秀的内外品质,人们诉求着法律的统治,古往今来人们亦一直执着地追求国家与社会的法治。但是,何为法治,人们的认识往往莫衷一是、各执一词,以致于形成了各不相同的法治思想。因此,理解法治需要一个关于法治的基本共识,以利于问题的讨论。

从理论层面讲,思想家们关于法治的认识,不仅能够成为人们理解法治的一个视角,也能够成为人们判断一个国家是否法治化的理论指导,并为人们理性地认识法治究竟指称什么提供一个基本的图式,因为他们的界定更具有令人信服的权威性。从法治思想史的角度梳理,有人将不同时期提出的法治思想概括为几个时期,即古代时期、古典时期、资本主义早期、现代时期^[1],这几个时期的法治思想虽然可以作为整个人类社会思想史的构成部分,但它主要来自于西方思想家们的认识,且集中体现在一些著名思想家的理论之中。所以,认识法治需要从这些思想传承中获得理论

材料。关于法治,西方不同时期的思想家、法学家进行过不同程度的探讨,并提出了各自关于法治的经典论述,从中我们应该能够形成关于法治的基本范畴,并获得基本的共识。

(1)最早提出较为完整法治思想的是古希腊时期的亚里士多德。亚里士多德在他的经典著作《政治学》一书中对什么是法治作了简要界定,他说:“法治包含两重意义:已成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。”^[2]这一界定揭示了法治的两个核心命题,法律是社会中的最高权威,法律是公正的。这一法治思想之所以在古希腊由亚里士多德提出,与他所处的时代存在紧密关系。在文明历史的进化过程中,古希腊半岛上建立了不少城邦国家,这些国家有些是民主政体,有些是君主政体,有些是贵族政体。亚里士多德通过系统对比研究这些城邦国家政体的优劣好坏,得出了贵族政体最为优越的结论,同时提出了法治优于人治的思想。他认为,法治优于人治主要有两点理由:一是法律之治优于一人之治,因为法律是大家的智慧,大家的智慧当然要高于一个人或少数人的智慧;二是法律是理性的,没有感情,而人治下的人是有感情、私心的,受到感情、私心的支配,人治更容易侵犯民众的利益。亚里士多德的法治思想着重于法律治理国家的角度,将法律作为一种治理的手段看待,认为所有人都应该服从理性的法律。

(2)资本主义启蒙时期的法治思想。整个中世纪,西方世界受到神学的统治,法治思想几乎被消解了,直至16至17世纪的启蒙时期,法治思想异常丰富起来,启蒙思想家们虽然论证的角度各不相同,例如有的从自然法角度出发,有的从历史角度出发,有的从功利角度出发,有的从哲理角度出发,但他们几乎都直接或间接、明确或隐含地主张实行法治。其中,有代表性的是哈林顿、洛克、孟德斯鸠等,他们分别从自己的视角提出了自己的法治观念。哈林顿主张将权力分割为立法权与行政权达到应用法律控制权力

的目的。洛克认为,法治的真实含义就是对一切政体下的权力都有所限制,同时提出政府应该用可接受的法律进行统治;作为法律必须得到执行,即“法律一经制定,任何人也不能凭借他自己的权威逃避法律的制裁”^[3]。尤其难能可贵的是,他们先后形成了如何控制国家权力的操作性方案,这就是分权理论,其中孟德斯鸠的三权分立理论最为完备,在政治上具有实施的可行性,以致于今天的法治国家都实行了国家权力的分立与制衡,并作为法治运行的保障机制。上述法治思想集中反映了这一时期启蒙思想家们所追求的目标,为资本主义发展开辟道路。由于阻挡资本主义发展的主要障碍是封建主义,因此他们将法治的重心放在了控制封建王权上,认为它是实施法治的最大障碍,法律限制了国家权力也就确立了对整个社会的最高权威,使国家权力的恣意妄为没有可能。

(3)19世纪自由资本主义时期,最著名的是英国的宪法学家戴雪阐述的法治的三大原则。戴雪一般被视为近代西方法治理论的奠基人,他第一次比较全面地阐述了法治概念。在《宪法性法律研究导言》里,戴雪认为作为宪法基本原则的法治有三层含义,可以从三个不同的角度理解:首先,法治意味着与专横权力的影响相对,正规的法律至高无上,它排除政府方面的专擅、特权乃至宽泛的自由裁量权;其次,法治意味着法律上的平等,即官员或特殊的人可以不承担服从管治着其他公民的法律义务,或者不受普通审判机构的管辖;最后,法治可以用作一种事实,作为在外国自然地构成一部宪法典的规则,我们已有的宪法性法律不是个人权利的来源,而是其结果,并且由法院来界定和实施,即通过法院和议会的行动,已有的私法原则得以延伸至决定王室及其官吏的地位,因此宪法乃国内普通法律之结果。

戴雪为近代法治所作的经典阐述,主要针对的是当时的英国现实,尤其关注的是英国议会制度与宪法传统之间的关系,但它对以后人们认识与理解法治提供了更为宽泛的思路,特别是为人们

如何从运行与操作层面界定法治提供了指向。当然,这也与英国当时是少有的而且其法治实践走在世界的前列有关,他不可能对还没有实现宪政的国家的法治应该如何提出看法,因为除了英国几乎没有另外的国家的法治实践提供案例,同时他的法治思想是以普通法作为实践对象,对法律以成文法的方式实施应该如何没有给予关注。另外,法治化的实践运行处在早期,英国作为宪政最早的国家,法治的实践过程如何也只能通过法律的实施状态逐步归纳、总结,因此戴雪法治思想不可能揭示法治运行的全貌。

(4)在当代,关于法治的思想更为系统、丰富,思想家们更多地从法律实施的角度界定法治,往往将法的实体价值与程序价值统一起来提出法治。其中,著名的有美国新自然法学派代表人物富勒的法治八原则。富勒在《法律之德》一书里把法律之道德区分为内在之德和外在之德,认为法治是法律内在之德的一部分。富勒认为,具备法治品德的法律制度由八个要素构成:一般性,公布或公开,可预期,明确,无内在矛盾,可遵循性,稳定性,同一性。法治的八项具体原则可以归纳为法治的两大基本原则,一是必须有规则,二是规则必须能够遵循。在这两大原则中,富勒的重心放在法律的遵守上,也就是为了能够被遵循,法律必须具有某些品德。这些品质就是法律需要完全公开而被人们知晓,法律具有内在的一致性便于人们执行,法律需要清楚而明确明白,法律不能经常变动,能够得到良好实施的法律必须是可预期的。富勒还认为,他归纳的法治原则是法律存在的必备要素,一种法律制度在某种程度上必定与法治相符合,因为在法律和道德之间存在一种本质的联系,也就是说法治的施行尚有其他要素如道德的作用,这与他的自然法思想有关。

新自然法学的另一代表,美国的约翰·罗尔斯在他的代表作《正义论》一书中,在系统论述了制度正义和个人正义后,强调了法治的重要性。他认为,公民的平等和自由必须受到法治的保护,

否则自由就成为一句空话。在罗尔斯看来,法律制度是具有强制力的公共规则。这些公共规则是为了调整个人的行为和提供社会合作的结构而向有理性的个人提出的。他还认为,法治就是指法律得到经常与公正的执行。为了确保法治原则的贯彻执行,罗尔斯提出了四条正义准则:其一,法律的可行性;其二,类似案件类似处理;其三,法无明文规定不为罪;其四,自然正义观,即用以保持司法程序完整性的方针。从中不难看出,罗尔斯把实现正义准则同法治原则紧密地结合在一起,也就是他把实行法治看做是实施社会正义的前提条件。这是他的法治思想的重要特征之一。

英国新自由主义的代表人物哈耶克是当今西方世界影响巨大的思想家之一,他的法治理论是他政治法律理论的重要组成部分,他对法治进行了丰富的解说。体现他的法治思想的代表性著作包括《通往奴役之路》、《法治的政治理想》、《自由秩序原理》等经典,特别是《法律、立法与自由》、《自由宪章》更是集中而系统地探讨了法治。哈耶克认为,法治不是一条规则,而是一个政治理想。法治是指所有法律必须依从于某些原则,即关于法应该是什么的原则。哈耶克的法治概念主要包括以下因素:第一,法律是保护自由的。法治社会,法律是人们行为的准则,但法律应该遵循一定的原则,不是任意制定的,而真正的法律应该是保护个人私人领域不受政府权力侵犯的规则,它是人类长期经验的总结,可以最大限度地保护自由;第二,法律面前人人平等的原则。在法治社会里,个人与组织都要受到一般抽象行为规则(即法律)的制约;第三,政府的权力严格限制于合法的范围内,不能侵犯个人自由的领域。从这一概念中可以看出,哈耶克着重强调法律至上,维护法律的权威性。

哈耶克在其代表作《自由宪章》一书中对法治原则进行了十分详细的阐述,其基本内容有:第一,法的普遍性与抽象性。普遍与抽象的规则是实质意义上的法律,它们不涉及特定的人;第二,

法的确定性原则。真正的法律必须是明确的,以及人所共知的和确定的;第三,法的普遍有效性和平等原则。所有法规应平等地适用于所有的人,包括立法者和执法者;第四,权力分立原则。这是法治的重要内容。要求制定新的普遍规则与将适用于特殊情况的职能分别由若干机关行使。行政机关的强制行为必须受到规则的约束;第五,限制行政裁量权。法治意味着行政机关在公民的私人领域中不享有自由裁量权,必须以规则和制度严格限制政府的行政行为;第六,基本权利和公民自由。个人自由包括所有不被普遍规则明确禁止的行为。公众意见是反对压制自由的惟一保障;第七,程序保障。人身保护令、陪审团审判等程序保障措施是自由的主要基础,司法程序规则和原则的存在的前提是:个人之间及个人与国家之间的每一个争执都可以适用普遍性法律来解决。这些原则着重从法治的实施层面进行了阐述。

与此同时,20 世纪 50 年代以来,越来越多的思想家、法学家开始从形式与内容两个视角认识法治,并集中体现在 20 世纪五、六十年代召开的一系列国际法学家大会上,如 1955、1959、1961、1962、1965、1966 年的国际法学家大会,其中最具代表性的是 1959 年国际法学家大会。1959 年,国际法学家会议在印度召开,会后发布了《德里宣言》。在宣言中确立了法治的三大原则:立法机关的职能就在于创设与维护使每个人保持人类尊严的各种条件;法治不仅要为制止行政权的滥用提供法律保障,而且要使政府有效地维护法律秩序,以保证人们具有充分的社会和经济条件;司法独立与律师自由是实施法治原则不可缺少的条件。这三大法治原则被视为当代文明世界对法治所作的具有代表性的阐释,且作为共识为人们普遍认可。国际法学家大会属民间性质,由来自西方和非西方国家的代表组成,它的决议或宣言反映出不同社会和文化背景法律界人士就法治所达成的共识,其中包括对于实现法治条件的强调,在一定程度上超越了形式法治的概念,对法治认识的拓