

## Marketing Process and the Road to Rule of Law of Chinese Society

### Processus d'approfondissement du marché et voie de perfectionnement des lois de la société chinoise

### 市場深化過程與中國社會法治化的道路

Li Weisen

韋森

Received 9 March 2005; accepted 18 March 2005

**Abstract:** With the development of Chinese marketing reform, the lack of honesty, social corruption, and whether the trend of increasing economy can continue have currently become the three biggest realist problems disturbing the Chinese government and people of all circles. The author argues that something must be done to construct the national law system, otherwise the problems in the marketing honest system and prevalence of corruption will eventually hold back the high increasing of the Chinese economy. Beginning from the differentiation of the two concepts of “to rule according to law” and “the rule of law”, the author then suggests that law should be returned to its objective reality as the justice incarnation on the basis of jurisprudence, and the utilitarian view of pragmatic jurisprudence in Chinese traditional culture should be discarded, otherwise it's impossible to develop the sacredness and authority of the law, then it will take an unconscionable time to practice the rule of law in China, and there will be no way to cure the institutionalized corruption problem once and for all.

**Key words:** further the market reform, legal system, rule of law, justice, law, utilitarianism, tension of system change

**Résumé:** Avec le développement de la réforme du marché chinois d'aujourd'hui, le manque de confiance, la corruption sociale et la croissance rapide font l'objet des problèmes réels qui obsèdent le gouvernement chinois et les hommes clairvoyants de tous les milieux. On constate, dans ce texte que, la croissance rapide de l'économie Chinoise stagnera tôt ou tard à cause des problèmes de l'édification du système de honnêteté et confiance pour le bon fonctionnement du marché, et ceux de la généralisation de corruption, si on ne fait pas de progrès réels sur l'édification constitutionnelle et politique. Ayant pour point de départ la distinction entre les deux concepts “Gouverner selon les lois” et “Gouverner avec les lois”, ce texte affirme encore que la divinité et l'autorité des lois ne sauront être respectés, si on ne reconnaît pas la vérité que la loi est l'incarnation de la justice à la base des principes du droit, si on ne rejette pas le concept utilitaire du droit qui a un lien très étroit avec l'esprit philosophique de l'utilitarisme imprégné dans la culture traditionnelle chinoise. Par conséquent, on est toujours trop loin de suivre la voie de construire une société chinoise de droit, et les problèmes de corruption du système ne sauront jamais réglés de façon radicale.

**Mots-clés:** l'approfondissement du marché, système du droit, justice, utilitarisme du droit, la force expansive de mutation du système

**摘要：** 隨著當代中國市場化改革進程的發展，信任短缺、社會腐敗以及高速經濟增長勢頭能否持續，已成為困擾著中國政府和各界有識之士的三大現實問題。本文發現，如果不在國家憲政建設上真正有所作為，市場運行的誠信體系建設和腐敗普遍化問題將遲早會成為中國經濟高速增長的羈絆。從“依法而治”和“法治”兩個概念的辨析入手，本文進一步提出，如果不在法理學基礎上恢復法律是的正義的化身這一本來面目，不揚棄與傳統中國主流文化中濃郁的實用主義哲學精神密切關聯著的功利主義法學觀，法律的神聖性和權威就無能被高高樹立起來，那麼，中國社會的法治化道路，將會永遠遙遙無期，當今中國的制度化腐敗問題也就無法根治。

**關鍵詞：** 市場深化；法制；法治；正義；法律功利主義；制度變遷的張力

“根據一般性法律來治理一個大國，乃是一件極為困難的事情，以至於任何人之天資（不論有多麼全面）都不可能通過理性和思辯的方式將它付諸實施。在這項工作中，眾多人的判斷必須統一起來：他們必須用經驗來指導他們的工作，而且也惟有通過時間的磨練才能夠一點一點地將這項工作完善起來；他們必須根據他們對不便之處的感受來糾正他們在最初的嘗試和實驗過程中必定會犯的錯誤。”

—— 大衛·休謨

## 1. 市場深化過程與當今中國社會法制建設的自然要求

自 1978 年以來，當今中國社會已進行了四分之一多個世紀的經濟與社會改革。這場發生我們身邊的經濟與社會改革，是平和和漸進性的，但對當代中國社會的影響和改變卻是巨大和深遠的。在不斷向前延伸人類社會歷史上，這一經濟社會改革對中華民族的長期發展和世界格局動態演變的影響，可能並不亞於辛亥革命和中華人民共和國的 1949 年的成立，這或許更不用說在近代中國歷史上的洋務運動和五四思潮了。

綜觀四分之一個多世紀的經濟改革的實際過程和當今中國社會結構的基本格局，可以認為，市場運行的基本框架已在中國經濟內部初步生成了。中國經濟的市場化，既為經濟的高速增長提供了巨大的空間和強勁的增長動力，也為當今中國社會帶了許許多多的新問題和新的挑戰。在困擾著政府和學界的諸多社會問題中，信任短缺、社會腐敗，以及中國的高速經濟增長勢頭能否持續，

已成為目前國內外社會有識之士所密切關注的三大現實問題。

這裏首先讓我們來討論一下當今中國社會普遍存在的社會信任缺失以及與之相關聯著的商業信譽和誠信體系的建設問題。社會信任以及與其相關聯著的市場信譽和商業信用體系，是市場交易發生和持續的前提條件。作為市場體系運行的道德基礎，沒有社會信任或者說一個運作良好的信用體系，別說現代金融、期貨、證券、電子商務等現代市場交易不能良序運作，就連任何長程和跨期的貨物貿易也很難持存和發展。儘管市場中的信任、信譽和信用如此重要，但不能不說，在當今中國經濟高速增長的同時，“信任”（在媒體的時尚話語中為“誠信”）好像突然成了商界和社會各界一種普遍“稀缺的商品”，甚至比前段時間“政府宏觀調控”格局下的鋼材、水泥、煤炭、電力和交通好像還要“緊缺”。對於這一判斷，我們有經濟學大師的見解為衡量尺規。在《以自由看待發展》一書中，1998 年諾貝爾經濟學獎得主、印度裔經濟學家阿瑪蒂亞·森（Amartya Sen）曾說過一句非常到位的話：“良好商業行為的基本準則有點像氧氣：只有當缺少它時，我們才對它感興趣”（見該書第 263 頁）按照這一“森誠信測度計”的標量，目前中國的報刊媒體上“誠信”二字出現的頻率甚高，究其原因，原來是因為在當今中國社會中存在著嚴重的“誠信短缺”！

當今中國經濟社會體系中存在著嚴重的“社會信任短缺”，甚至比目前“宏觀調控”下的鋼材、水泥、煤炭、電力和交通還“緊缺”，這不會不引起我們一些有洞識的經濟學家們和社會各界的關注。然而，社會信任和商業信用體系何來？顯然，社會信任並不是道學家的道德呼喊所能呼喚出來的，也不是經濟倫理學家的理論探索所能研究出來的。市場交換中的社會信任與和良序的

商業信用體系何以生成？在這個問題上，北京大學光華管理學院的張維迎教授曾經指出，這原來這與產權制度安排以及政府的職能與作用密切相關聯。

為什麼說信任和商業信用體系與產權密切相關？根據孟子“無恆產者無恒心”和法國哲學家孟德斯鳩的“產權是道德之神”的命題，可以認為，在一個市場交換經濟中，如果沒有足夠穩定的產權結構，就沒有確保人們商業交往中的許諾兌現和履行的制度保障，實際上也就不可能簽立行之有效和確定實施的契約，在處於交易與交往關係中的市場參與者之間就很難相互信任，因而也不可能形成真正的良序市場。因而，正如張維迎教授所言：“穩定而明晰的產權制度是促進信任形成的基礎”（《資訊、信任與法律》三聯出版社 2003 年出版第 305 頁）。

為什麼社會信任與明晰產權制度密切相關？進一步追問，就會追溯到規約市場運行的法律制度上來了。很明顯，沒有一個完備的法律——尤其是在制定法體系中的民法制度——體系，就不會有明晰的和剛性的產權制度，因而也可以說沒有法律就沒有產權。由此我們也可以進一步推論到，一些商家不講信譽，假冒偽劣產品氾濫，以及目前中國企業所表現出來的短期行為，說來說去都與市場運行的法律制度不健全密切相關。談到產權、法律與社會信任和商業信譽之間的關係，這裏應該指出，在一個具有良序法律規則體系的市場環境中，當事人較講信譽，並不僅僅是一個理性計算問題，而且也存在一個制度環境與個人行為習慣之間的良性互動問題。具體來說，當人們在一個良序的法律規則體系中生活慣了，守法和講信用就變成了大多數市場參與者的一種為制度所型塑的行為方式，或者說變成了他在市場交易中不假思索的一種慣性行為。正是因為有這麼一種互補和互動機制，規約市場的法律體系月完善，人們和商家之間的相互信任程度就越高，大多數企業和商家就越自動傾向於講信譽。這樣一來，市場參與者的日常守信和履約行為，便構成了法律制度之有實際約束力且良序運作的一個內在組成部分。這一點可以從西方發達市場經濟體系的社會演變史中明顯地得到驗證，也實際上為國內許多社會調查結果和實證研究所證實。在世界上，法律體系越完善的國家，社會信任度也越高，商業信用體系也越加發達。從國內

的情況來說，在浙江、江蘇、廣東和上海等東部發達地區，由於這些省份和地區的政府行政行為比較規範和較多為政府行政法律法規所約束，其社會信任和商業誠信程度要比內地和東北相對落後地區高一些，這也足以證明這一點。

其次，沿著當今中國的信任缺失的社會根源問題進行理論梳理，就會發現，社會信任缺失也與政府官員的腐敗程度密切相關，而當今中國社會較為嚴重的社會腐敗現象，也與市場經濟初成階段的法律制度的實際運作有某種關係，因而可以認為，人們所普遍關注的政府公務員腐敗問題，從某種程度上來說是有體制和制度原因的。從市場經濟內部法制建設與政府官員的腐敗的關係來看，在市場運行的基本框架在中國經濟內部生成後，如果沒有一個完備的法律法規體系來規約仍然深陷在市場操控之中的政府官員的行為，那麼只會導致腐敗的普遍化。我這裏有最新官方數字。按照中新社北京 2005 年 2 月 28 日的一篇報導，最高人民檢察院檢察長賈春旺在接受記者採訪時說，2004 年，檢察機關共查辦各類大案 1.8 萬多件，查處縣處級以上領導幹部 2900 多人。這些數字足以證明我國目前政府官員腐敗和以權謀私問題的嚴重性。為什麼在當今中國會產生這樣大面積的腐敗？這顯然不能僅從政府官員的個人品質和思想認識上去找問題的原因，而須得從制度安排上反思約束我們市場秩序運行的基礎法律構架。這裏面的道理非常簡單：如果沒有法律法規明確界定政府的職能和行政範圍，或言政府的權力是無限的，自然也就意味著不會存在有效約束政府官員腐敗尋租的制度機制，因而腐敗也必定伴政府管制而生。且政府的管制越多，賦予政府機關的權力越大，政府官員手中的自由裁量權也就越多，由他們的自由意志決定經濟社會命運和市場運行的力量也就越強，腐敗產生的可能性也就越高。用通俗的話來說，政府監管的權力太大，管得太多，這個批，那個審，每批一個條子，每審一個項目，政府官員就獲得一個“腐敗”的機會，手中就多握有一個“尋租”的砝碼。這樣一來，在整個社會已形成了個人通過市場交易來發財致富的普遍價值導向的當今格局和世風之中，如果沒有明確的法律法規約束政府公務員手中的權力範圍和界限，腐敗的大面積地發生和擴展，還不是一個法制不健全的市場化過程的一個自然和必然結果？

對於如何看待當今中國市場經濟體系初成中的社會腐敗問題，從學理上可以講很多。但我這裏特別提醒大家要把政府官員的腐敗瀆職問題放在中國歷史的大週期背景中來認識。最近讀了一位美國華裔律師周天瑋博士所寫的一本《法治理想國：蘇格拉底與孟子的虛擬對話》，很受啟發。在這本書中，周天瑋對中國歷史迴圈的邏輯做了這樣的歸納：“國人發展財富往往先依賴有政府專斷所提供的種種便利，法治不是前提；等到社會漸漸富裕的時候，用專斷所維持的秩序不幸遭到富裕的腐化和敗壞（因為政府部門代表唯一的權力，而權力必然腐化），人們驚訝之餘，不解何以經濟進步、文明發達，政府卻一再落伍，便懶惰地對現狀做口頭上的道德譴責，或者遁入心性之學。等到社會現象畢現，秩序崩潰，一場革命於是展開，這是中國歷史迴圈的縮影”（該書第152頁）。把中國的市場化過程放在中國歷史的這種大背景來審視，就會推想，如果不是在我們的基本法律制度和政體的基本架構上做些文章，而僅僅期盼有像有包拯那樣的清官和雍正那樣嚴厲的皇帝來懲治政府官員的腐敗，或者只是指靠思想道德教育來說服官員清廉守法，在整個社會的物質利益追求和發財致富的導向已變成了人們的普遍價值觀的今天，那只會愈懲愈多，愈反愈腐，愈說愈虛。

最後，這裏也應該指出，社會信任短缺和政府官員的腐敗，不僅僅是個道德倫理和價值判斷問題，而且與中國經濟增長和社會發展的長期遠景命運攸關。事實上，無論在西方主流經濟學中，還是在國內一些經濟學家個人的實際認識中，均有腐敗尋租可能有利於經濟增長甚至社會福利增進的觀點。在西方當代經濟學界，這種觀點不但很有市場，而且也有數理理論論證和精美的博弈模型分析。按照這種觀點，腐敗，或用經濟學的語言美其名曰為“尋租”，在許多情況下，尤其是在從一個計畫體制向市場經濟轉型的過渡期中，實際上只是市場機制生成和經濟高速增长所需要支付的一種“買路錢”。在西方經濟學界和管理學界所流行一時東亞發展模式的“發展型國家”理論、“權威主義政府誘導型發展”理論，以及“國家－社會的合作主義（corporatist）發展路徑”說，在精神上與這種觀點實有“惺惺相惜”且“異曲同調”之妙。這裏我們暫且不從純經濟學或博弈論的視角進行理

論推理，單從法治與市場的關係的分析視角來看，這類觀點就有許多值得商榷的地方。首先，無論從人類社會經濟史的歷史長河來看，還是從當代世界各國經濟的發展經驗來看，沒有任何一個國家會在法律制度不健全和社會腐敗橫生的社會格局中能夠保持經濟長期增長的，儘管在一定的市場初成的時期幾乎所有國家和社會都經歷過一段由於法制不健全所導致的市場混亂和一些人趁機發財暴富而經濟卻實現了一個高速增長的“轉型過程”。當代印度的腐敗的制度化和一些拉美國家長期陷入經濟增長疲軟的困境中不能自拔，均是一些例子。那些停留於個人專制和家族統治的國家（如亞洲金融風暴中的印尼），則因政府官員腐敗和社會動亂而長期經濟增長乏力，也說明了這一點。相反，西方發達國家的經濟史和法制史則表明，良序的憲政體制和社會的法治化為北美大陸保障了長達兩個多世紀的經濟增長和穩定。尤其是美國這個世界最發達的國家，在21世紀初仍然保持著經濟不斷繼續增長的活力，也與其具有完備的法律制度密不可分。因此，無論從人類近現代經濟史的經驗來看，還是從法治與經濟增長的關係進行理論梳理，我們都可以達致這樣一個結論：如果不在國家政體的基本構架和法制建設上真正有所作為，市場運行的誠信體系建設和腐敗普遍化問題將遲早會成為中國經濟高速增长增長的羈絆，且這一天也許並不十分遙遠。

## 2. 從“法制”到“法治”

談到當今中國市場化過程中社會信任、產權、腐敗與的法制建設的問題，也許有人馬上會問這樣一個問題：目前我們國家並不缺少法律法規，全國人大、國務院以及各級地方政府制定和頒佈法律法規的速度也在很快，且西方發達國家所擁有的法律法規，我們目前差不多都有了，但在當今中國，實際情形卻是“有法難行”，“有法難施”，“有法不依”。社會上大多數人對與自己經濟與社會活動有關的法律法規或則根本不知道，甚至也不想知道，即使知道也不怎麼自覺遵守。如果大多數國人都對我們的法律法規如是對待，那結果自然是政府官員仍舊依照自己的職位所衍生的權力任意決斷，普通老百姓則主要靠

熟人、托關係和遵從上級指示和命令辦事。在這樣的一個格局中，法律對政府公務員腐敗尋租的行為怎麼會有現實約束力？人們又怎樣會相信政府？社會信任又怎麼會建立起來？於是，一個問題自然是：中國法制建設的問題到底出在哪裡？這裏我們不妨以反腐倡廉的有關法規為例來說明問題。按照 2005 年 2 月 23 日《東方早報》OMP 數據直遞 (0223) 所發佈的一項消息，目前中國是世界上擁有與反腐敗有關的法律、法規最多的國家，僅省部級以上部門就有規範性檔 2000 多件。但是，一個無可置否的事實卻是，近些年來，腐敗事件在全國各地仍然層出不窮，以致社會上有一種“制度被腐敗牽著鼻子走”的說法。這一現象實在值得我們深思。

國家有法難行，人們有法不依，這說明了一個什麼問題？有學者指出，這反映了中國制度設計的誤區，因而主張應把我們的制度設計的重點從政府公務員不敢腐敗向使他們不能腐敗轉變。即使我們同意這種制度設計論，進一步的問題是，如何才能規劃我們的制度設計，來促使政府官員從不敢腐敗向不能腐敗的轉變？難道中國目前存在“有法難行”或“有法不依”僅僅只是法律條文不周密、不嚴厲，司法程式不完備和人們的守法意識不強的問題？

深入思考這個問題，就會發現，關鍵似乎並不是出在我國的法律法規不系統和司法程式不健全上，而是出在支撐我國法律制度的法學理論最深層的基礎問題上。因而，要真正迫使政府官員依法行政從而誘導普通老百姓依法行事，必須在我國憲法所規定的根基層面的法律制度的轉型與變革上做些文章。要做到這一點，就需要我們的法學家和學術各界對我們既存法學理論的基本精神重新進行審視，更進一步，也需要對我們傳統中國文化中的法律功利主義和工具主義的精神傳統進行深層反思。

這裏，讓我們先不對東西方法學理念的根本差異做進一步的探討，而只在一些社會現象的表層上來談些問題。首先，從直觀上來判斷，可以認為，到目前為止，當今中國已進入了一個市場經濟社會——即大致我們已經“入市”了，但是，儘管自改革開放以來我們的政府和立法機構已經制訂和頒佈了許許多多的有關市場運行的法律、法規和條例，且法律檔和及其文本的文字數量可能並不少於西方的一個發達市場經濟國家，

但當今中國還遠遠不是一個法治社會，或者簡單說，中國社會從整體上還遠遠沒有“入法”。談到中國社會“法治建設”問題，我覺得這裏應該簡要梳理一下中文中的“法制”和“法治”這兩個概念。從語義上來說，“法制”即“法律制度”，這比較簡單。但是，要理解到底什麼是“法治”，就要弄清英文中“the rule by law”和“the rule of law”區別了。嚴格來說，前者只能被翻譯為“依法而治”和“用法(律)來治(理社會)”，因而還不是真正意義上的“法治”。只有“the rule of law”，即“法律的統治”和“法律之下人人平等”，才是我們所理解的“法治”、“法治社會”和“法治國”（在德文中為“Rechtsstaat”）。概言之，儘管“the rule by law”和“the rule of law”可以同被翻譯為中文的“法治”，但二者是有著重大區別的。其主要區別在於：前者內涵著法律僅為主權者（the sovereigns——主要是皇室和政府）進行社會統治和控制的一種工具，並因而也潛含著這樣一重意思：主權者永遠“above laws”；而後者則內涵著“法律之下，人人平等”（即“Equal Justice Under Law”）的意思，即任何個人、組織和政黨都平權地受法律規則約束。

理解了“the rule by law”和“the rule of law”的這一區別，也就大致就能認識到我們當下法律制度的基本問題到底出在哪裡了，也就自然能發現，我們當下所缺少的並不是法律法規，而真正缺少的卻是“法治”即“the rule of law”這一社會共識。

我這樣說，大家覺得可能還是很玄。如果我們進一步從文化精神的差異上來梳理人們對法律的本質的認識，問題可能就清楚一些了。簡單說來，到底是從功利主義視角把法律視作為一種主權者和政府進行統治和社會控制的一種工具？還是把法律視作為一種人世間存在著的某種超驗公義的一種外在表現？對這個問題的不同認識，不但決定一個社會的法律制度的基本精神導向、社會效力、司法程式和具體的法律制度安排，而且也決定了這個社會的國體、政體和政府治理結構，從而最終會在法律對人們社會交往和市場交易活動範圍的約束程度、約束效力以及經濟績效上反映出來。

如果從法律功利主義的觀點出發，僅僅把法律當作為主權者進行統治和社會控制的工具，不

管制定了多少法律法規，也不管有多少法院、法官、律師和法律從業人員，這個社會最多只能達致“依法而治”和“用法來治”的階段，從而最終難能走出“人治”和“德治”的困境。相反，只有從法學理論上以及在普通人的認識中共同把法律理解為天理人道和人世間公平正義的化身，才能真正高樹法律的神聖尊嚴，努力致力於（現在且不說“要做到”）“法律之下人人平等”理念的普及，並以期在這一點上達成社會共識。有了這個社會共識，政府官員、政黨和個人也方能開始有意識地把自己置放在真正意義上的憲法和法律規則體系的約束之下，並自覺地抑或無意識地在與他人平等和平權的地位上進行社會活動和交往。只有這樣，法律才會有真正的約束力。人們才能相信和尊重法律的尊嚴，才能信任政府，並相應產生相互間的平等互信，社會也才真正能達到法治階段。由此來看，只有法律的正義性和神聖尊嚴得到社會全體成員的認同，種種法律法規才有現實的約束效力，才能建構成有效規約市場運行的法制體系。

區別開了“the rule by law”（依法治理）和“the rule of law”（法治——即法律的統治），我們自然也就會達致這樣一種認識：法治與民主互為表裏和互為因果，或者說簡單來說是一枚硬幣的兩面。道理說來簡單：只有達致了一種法治狀態，即只有當法律的公正性的神聖尊嚴得到全體社會成員的認同後，社會成員個人權利意識才會覺醒。只有在這樣一個狀態中，當個人的權利在社會交往和市場交易中被侵害時，他會訴諸於法律手段來求得其救濟和補償，也只有這樣一種社會安排中，社會公民才能有真正意義上的選舉權和被選舉權，也才會生成真正的代議制民主制。從這種意義上來講，民主必須以法治為條件且二者互為表裏。

反過來看，沒有真正意義的民主制度，也就沒有真正的法治社會，或者說法治只會是虛有其表。現代意義上的憲法和憲政，說到底是對政府職能及其作用範圍所施加的明確且有效約束和限制。從人類社會的法制史來看，憲法或憲政，並不是對社會公民而言的，其實質也並不是政府和立法者用基本法律條文的形式告訴人民你們應該擁有哪些權利；相反，憲法是人民通過社會契約的形式來有效約束政府權力及其行政控制範圍的一種法律工具。由於憲法就其實質而言明確界定

了政府行政的許可權和政府官員自由裁量權的範圍，因而現代憲政意義下的政府必須且必定是一個有限的政府，而不是一個全能的政府。按照美國著名法學家富勒（Fuller）的見解，在這種有限的政府中，在政府和公民之間存在一種對法律制訂和規則遵守上的互惠作用（reciprocity）。具體說來，在憲法所建立和規定的社會基本制度的框架下，每當政府頒佈一項法律或條例，就等於告訴人們，這是我們要求你們遵守的規則，如果你們遵守這些法律，我們保證你們不會受任何政府機構的干涉，你們的行為也會受到這些法律的保障。反過來，在這種法治下的政府和公民互惠機制中，公民會自覺依法行事，並會運用憲法所賦予的權力並通過自己的選票來約束和限制政府的行政權力，當自己的權益受到政府的侵犯時，他們也會通過法律手段來糾正政府的違憲行為。沒有這一點，政府行政的自由裁量權和行政操控權就會無限膨脹，國會就會變成一個橡皮圖章。正因為這一點，1974年諾貝爾經濟學獎得主之一哈耶克（F. A. von Hayek）在《通向奴役之路》，曾對法治社會做了這樣的歸納：“撇開所有的細節不論，法治的意思就是指政府在一切行動中都受到事前規定並宣佈的規則約束——這種規則使得一切個人均有可能十分確定地預見到在某一情況中會怎樣運用其強制權力，並根據這個預期來規劃自己的事務”（第73頁）。另外，在哈耶克之前，西方一位法學家A. V. Dicey也在其《憲法學》中對“法治”做了這樣的經典解釋：法治“首先是指和專斷權力的影響相反的正規法律的絕對無上的或超越一切的權力。法治防止政府方面的專斷權、特權甚至廣泛的自由裁量權”（同上）。

在哈耶克之前，休謨在“論政府的起源”（On the origin of Government）一文中對這些問題也做了很好的闡述，並在1770年把這篇論收入他的《道德、政治和文學論文集》之中。在這篇論文中，休謨給“那種以共同的名義接受了自由政府之名稱的政府做了如下的定義，即它是一種允許在幾個成員群體當中進行權力分配政府；這種政府聯合形成的權威絕不亞于君主制政府的權威，或者在通常意義上要比君主制政府的權威高得多；但是這種政府在日常的治理過程中卻必須根據一般且平等的法律行事，當然這些法律必須在此之前就已經為這些成員群體以及它們治理的

所有臣民所知曉。在這個意義上講，我們必須承認，自由就是市民社會的完善”。休謨還指出，在這樣一種政府中，必須“對行政官員予以密切的監督，必須根除所有的自由裁量權，而且還必須根據一般且不變的法律來保障每個人的生命和財產。除了法律明確規定的那些罪行以外，任何其他行為都不得被視作是罪行……”。

法治條件下政府依法治理與公民的自由與他們的自覺守法之間的這種互惠效應，對一個良序市場體系的運作至關重要。政府在憲法界定的權力中行政，人們在建立在憲法基礎上的法律法規體系中相互交易與交往，並與政府進行權利交換。憲法以及相應的政府行政法規（如我國已經頒佈試行的《行政許可法》、《國務院工作規則》、《全面推進依法行政實施綱要》等，以及上海市政府最近頒佈實施的《上海市人民政府工作規則》等）對政府權力範圍和職能的明確界定與嚴格限制，也實際上是對政府官員濫用權力的尋租行為所施加的一種剛性的制度約束，因而在法治社會中，對政府官員的瀆職腐敗行為的約束和懲治是日常性的和制度性的，因而不必像我們過去的人治社會中那樣來通過宣傳、學習、思想教育並通過週期性的運動——如整風、三反、五反、四清，甚至像文革那樣激烈的社會動盪——來懲治和糾正政府官員的腐敗和以權謀私行為。

到這裏我們就可以達致這樣一個結論了：只有中國社會達到了法治國階段，種種法律法規才會發揮其應有的約束效力，我們才有可能從根本上切斷政府官員腐敗尋租的的經濟與社會根源，才能建構出使政府官員不敢腐敗到不能腐敗的制度安排，也才會真正生成良序市場運行的機制與條件，我們未來的經濟增長和社會發展才可能會是持久的和穩定的。

### 3. 傳統文化與當代中國走向一個法治社會的制度變遷張力

當下中國社會中政府的“有法難行”和人們的“有法不依”現象，說來也與我們的傳統文化的精神品格以及和我們民族的實踐哲學有很大關係。大家知道，自梁漱溟先生提出“倫理社會”這一概念和費孝通先生提出“中國人的差序格

局”說以來，學術各界一般均認為，傳統中國基本上是一個靠儒家所提出的“仁”和“禮”來維繫其運作的“禮俗社會”，用通俗話語來說，傳統中國社會基本上是一個“關係社會”和“人治社會”。長期浸淫在傳統文化的實用哲學精神中，以及每日每時生活在中國人的“關係社會”中，使我們華人較為普遍地形成了一個比較明顯的行為品格，那就是我們一般不大注重剛性的制度規則約束，而在較多情況下是靈活且彈性地處理人際交往關係和事務。這就使得與世界上其他族群相比，我們是一個不大注重遵守規則的族群。從我們數千年的傳統文化中所承傳下來的這種精神導向和行為特徵，不能不給我們今天市場經濟條件下的法制建設帶來一系列的潛在問題。

從法律與文化關係的研究視角來看，在我們傳統中國的主流文化精神中，素來就先天缺乏超驗的正義觀，因而我們中國文化從整體上來說充滿著一種很強的實用主義哲學精神，且功利主義色彩甚濃甚厚。也正是因為長期浸淫在這種文化精神之中，中國歷朝歷代的法律（包括當代中國的法律）也具有很強的實踐導向和實用品格。中國沒能在近現代自發地走向一個法治社會，因而規範和良序的市場經濟秩序不能在傳統中國的文化環境和制度安排下自發生成和擴展，追根溯源，可能與中國傳統文化以及中國法律思想中原本就缺乏這種超驗的正義觀密不可分。

到這裏，也許我們自然就能達致這樣一種認識了：究竟是把法律視作為一種天地間之正義、人世間之公理的外在表現，還是僅把法律視作為主權者進行社會控制的一種工具，這不僅牽涉到對過去傳統中國社會演化路徑及其變遷張力的深層理解，也與未來中國經濟社會的發展路徑和走向密切相關。

首先，從法理學和法律制度史的理論視角反思傳統中國社會數千年的歷史演化路徑，可以發現，在傳統中華帝國中經濟與社會制度的長期停滯或言“內卷”（involution——即自同一個層面上自我複製），現代市場經濟體系沒能在傳統中國社會中自發生成和擴展，以及中國社會到如今還未能自身走向一個“法治社會”，究其法文化根源，就會發現，問題恰恰就在在傳統中國的主流文化精神中缺乏超驗的正義觀這一深層面的問題上。也正是基於這一思考理路，我們發現，傳統中華帝國之所以在一個數千年的歷史跨度中

停滯在一個“人治”的禮俗社會上進行“制度內卷”（這可能就是黑格爾所斷言的“中國人無歷史”的意思吧！），原因並不完全歸咎於作為傳統中國思想文化之主流的儒家素來重義禮、輕法治的價值取向，而中國古代法家對法律的實質和功能的理解及其社會主張，也是導致傳統中國沿著人治社會之路不斷在一個自我封閉的制度演化路徑上“兜圈子”的一個主要原因。道理說來簡單：中國古代的法家，即不像西方的自然法學家那樣認為天地間存在著一種超驗的公義和自然法則，而現實的法律只不過是這種天地之公義和人間之法則的外在表現，甚至也不像實證法學家所見的那樣人間公正的法律原則是源自社會成員福利最大化的理性推理，而實際情形是，他們僅僅只把法律視作為皇帝對臣民和百姓進行有效統治和社會控制的一種施政工具，是一種與“術”和“勢”並列的一種“帝王之具”。這樣一來，在向歷代皇帝進行施政導向進諫和遊說的時候，法家的觀點自然失去了道德義理的支持因而結果多為歷代皇帝所拒絕採納。應該說，這是歷代統治者“以德為政”、“依禮而治”從而導致傳統中國靜滯於一個禮俗社會而沒有向一個法治社會自發過渡的主要原因。到這裏，我們就能認識到這一點了：傳統中國社會沒能自身走向一種“法治國”，板子不應該只打在儒家的屁股上，而法家也是難逃其咎，甚至應該說負主要責任。

其次，從未來中國社會的發展走向來看，如果在今天仍然僅從“社會效率增進”和“有效社會控制”的角度把法律僅僅認作為進行社會控制的一種工具的話，那麼，這樣的認識無疑就與古代法家所信奉的法律只是主權者進行其有效統治的“帝王之具”觀點就一脈相承了，並且這無疑也潛含著這樣一重意思：主權者永遠“above law”，而不是與其他任何人一樣平權地“under law”，因之我們也可以直觀推斷出，支撐著中國法律體系的功利主義法學觀，最多只會達致“法制”——“用法來治”和“依法而治”——即“the rule by law”，而永遠無法達致“法治”——“法律的統治”和“法律之下人人平等”——即“the rule of law”的階段。這樣看來，如果今天我們不徹底揚棄中國法學理論中的功利主義和工具主義，中國社會的憲政化道路和法治國之夢，豈不就永遠只是流於少數書生茶餘飯後閒聊的一個話題？

到這裏，我們就可以大致理清當代中國市場深化過程中的法治建設的基本問題和未來的道路走向了。社會信任如何才能建立？社會腐敗如何才能從制度安排上予以根治？政府如何才能依法行政？那答案只能是，首先要高樹法律的神聖尊嚴，努力致力於（現在且不說“要做到”）“法律之下人人平等”理念的普及，並以期在這一點上達成社會共識。有了這個社會共識，就會引導政府官員、組織和個人開始有意識地把自己置放在真正意義上的憲政和法律規則體系的約束之下並與其他任何人平等和平權的地位之上。那麼，進一步的問題是如何才能在我們這個充滿實用主義和功利主義哲學精神的國度裏高高樹立法律的神聖尊嚴？這顯然一方面有賴於恢復“法律是正義的化身”這一本來面目，另一方面則要從草根層面喚醒每個人都能隨時隨地自覺運用法律手段保護自己所稟有的權利（包括財產權和人身權利）的意識。話說回來，只有回復了其正義和公正的本來面目，法律才會自有自己的神聖權威，人民大眾才敢訴諸於法律手段保護自己的天賦權利。19世紀的一位普魯士法學家祁克曾說過這樣一句話：“如果法律不忠於正義，只以實利為目的，那麼，法律的公正嚴肅就不復存在，實利也將不能得到”。順著這位普魯士法學家的話茬說下去，今天我們需要進一步補充的是，不揚棄與傳統中國主流文化中濃郁的實用主義哲學精神密切關聯著的功利主義法學觀，法律的神聖性和權威就無能被高高樹立起來，那麼，中國社會的法治化道路，將會永遠遙遙無期。

2005-2-27 初識於北京月壇華爾森賓館

\* 本文為作者2005年3月1日在上海世紀出版集團的講演稿。

### 參考文獻

- [1] 森阿馬蒂亞. *以自由看待發展*. 任蹟、於真譯. 北京：中國人民大學出版社, 2002.
- [2] 哈耶克. *通向奴役之路*. 馮興元等譯. 北京：中國社會科學出版社, 1997.
- [3] 韋森. *經濟學與哲學：制度分析的哲學基礎*. 北京：世紀文景出版公司, 2005.
- [4] 餘定宇. *尋找法律的印跡：從古埃及到美利堅*. 北京：法律出版社, 2003.

- [5] 張維迎. **資訊、信任與法律**. 北京：三聯出版社, 2003.
- [6] 周天瑋. **法治理想國：蘇格拉底與孟子的虛擬對話**. 北京：商務印書館, 2004.

**作者簡介:** Li Weisen (韋森), 中國復旦大學經濟學教授, 博士生導師, 經濟學院副院長, 主要研究領域為制度經濟學和比較制度分析。

**通信地址:** Li Weisen, Department of International Economics, Fudan University Shanghai, 200433, P.R. of China