

# 信用与法律

周汉华

**内容提要** 市场失信的实质是法律的失范,信用的基础是法制,信用制度的建立与法律制度的建立是一个相互促进的演进过程,同时与法制演进的方式联系在一起。要确立适应市场经济的信用体系必须改变已有变法模式,变控制—命令变法模式为合作式规制模式。

**关键词** 信用 法律 变法模式 制度演进

**中图分类号** F **文献标识码** A **文章编号** :1003 - 3947(2002)03 - 0018 - 07

## 一、市场失信的实质是法律失范

近年来,市场经济秩序混乱,信用缺失,坑蒙拐骗,假冒伪劣等现象的蔓延,加大了市场主体的交易成本,严重地制约了我国经济发展与市场经济秩序的形成。对此,政府部门与社会各界都给予了极大的关注,并希望构建适应社会主义市场经济的信用体系和提倡诚信经营来杜绝各种不守信用的行为。今年两会以后,建立全国性的企业和个人信用征信系统更被有关部门列入议事日程之中。

信用是市场主体之间发生的一种合理期待或信赖关系,它存在于人们的交往行为之中。没有交往或者交换,也就无所谓信用。当然,在传统社会和现代社会,信用具有不同的特征或形态。在简单生产方式之下,人们的生产活动基本上是为了满足自给自足的需要,偶尔发生的相互关系大多是通过实物交换的方式在熟人之间就地进行的,因此,信用问题相对比较简单。就保障机制而言,主要是通过执行成本较低的习惯、舆论与道德等机制来保障信用的实现。

当市场经济发展到一定程度后,由于人们之间的交换与交往方式更加复杂和多样,并出现了银行信用和企业信用等专门信用机制,以降低交易成本,促进社会资源的有效配置。这种情况下,仅仅依靠传统的习惯与道德等机制已不足以保障信用的实现,国家必须通过立法方式,将市场经济中的交往规则以国家意志的形式加以体现,并以国家强制力保证其实现。

由此可见,在市场经济高度发达的当代社会,信用问题典型地体现为契约和法律问题,人们相互交往中的失信行为实质上是对市场秩序的破坏,是对国家法律规范的背离,或者说,普遍的缺少诚信实质上是调整社会交往关系法律规则的无效或者未被遵守。从我们的现实生活来看,理解这一推论并不困难,诸如银广夏造假、注水猪肉、黑心棉事件、逃废债务、虚假广告、造假贩假以及知识产权中的盗用版权等现象,与其说是生产者或者经营者的诚信问题,不如说是公然违反法律,把法律视为儿戏更为确切。

作者简介:周汉华,法学博士,现为中国社会科学院法学研究所副研究员。

从法律制度的角度考虑信用问题,具有重要的实践意义。

首先,市场主体追求自身利益的最大化是市场机制的根本动力,而评价和调节这种行为的惟一标准是法律。只要是在法律允许的范围内,不应该用另外的道德标准来评价市场主体的行为。如果割裂信用与法律,将信用问题孤立起来,会使对市场主体行为的评价标准出现多元化或者信号混乱,不利于我们构建社会主义市场经济的改革方向,也不利于建立法治权威。市场经济是法治经济,信用问题只有放到法律制度的背景下考虑才能真正具有制度意义。对于那些与法律无关的纯粹道德意义上的传统信用问题,应该说不属于制度考虑的范畴。

其次,如果单纯考虑信用问题,很容易就事论事,将信用缺失的原因完全归责于企业和个人,以为靠政府建立一个征信系统就能形成诚信经营的市场环境。应该看到,发达国家非常健全的征信系统和征信业是诚信经营的市场秩序的结果而不是原因。没有健全的市场秩序和游戏规则,没有政府信用和法治权威,征信系统和征信业不可能存在,再好的征信系统在实践中也会变形。相反,从法律角度考虑信用问题,可以认识到信用的缺失实际上有着非常深刻的社会、经济原因,它与立法、执法、司法与守法诸环节紧密相关,是一个复杂的系统工程。要解决诚信问题或者法律失范问题,必须从诸多方面同时入手,真正将改革进程推进到更高的阶段,建立独立法治的权威。没有法治作为支撑,不可能形成公平竞争、诚实经营的市场经济秩序。

再次,从最近发生的安然与安达信事件来看,即使在市场经济比较发达和监管制度相对健全的国家,仍然不可能完全避免欺诈与造假等信用缺失现象,其中的原因不难理解,因为追求利益最大化是每一个理性人的自然选择。但是,对于类似安然这样的超出合理边界追求自身利益的行为,各国大多是从监管失灵或者法律失范的角度进行思考和补救,鲜有寄希望于单纯的信用体系构建。尤其是近几十年来,由于法学与经济学的融合,从多角度研究法律失范的原因并采取相应的对策,已经成为发达国家规制改革中的一个重要方面。因此,从法律失范的角度研究信用问题,可以真正借鉴国际社会的成功经验,构建公平竞争的市场秩序。

## 二、市场转轨过程中法律失范的原因

法律失范有着非常复杂的根源。对于像中国这样的发展中国家而言,法律失范首先与法律现代化的实现方式有关。

从各国(法律)现代化的发展轨迹来看,基本可以分为两种模式:自发模式与变法模式。欧洲早发国家的现代化多是社会内部的自发因素形成的,发展中国的现代化则是通过变革的方式实现的。用制度变迁理论解释,前者属于诱致性制度变迁,以响应获利机会而自发形成的社会秩序实现社会变革;后者属于强制性制度变迁,以法律规定强制实现社会变革。

在自发模式下,市场主体间的权利义务完全依据经济关系所决定的法律关系由当事人自愿确定,在这种权利义务关系经过充分的发育之后,经由国家权力的作用固定为法律。这样,法律关系与法律之间的关系是一种决定与被决定、反映与被反映的关系。尽管因为立法技术或认识过程的复杂性等原因可能会使法律在一定程度上不能完全复写客观的法律关系,但自发模式下的法律只能忠实地反映客观存在的法律关系而不能脱离法律关系进行创造。这就决定了自发模式下的立法不可能与客观的法律关系出现大的脱节。

在变法模式下,变法过程是在市场经济以及与之相应的法律关系并不存在的情况下启动和进行的,变法的目的是在政府的推动下,以法律为工具来促进市场经济的形成。这样,法律关

系与法律应该具有的决定与被决定、反映与被反映的关系出现了倒置,法律早于法律关系而出现。在这种情况下,无论立法者多么聪明,多么详细地研究和借鉴别国的经验,都不可能完全避免法律不能反映市场经济以及法律关系的客观需要或法律与现实发展脱节的后果。如果立法不能反映市场本身的要求或立法超越或滞后于社会生活的发展程度,必然会使书本上的法律与现实的法律关系出现脱节和错位现象。这是变法模式的固有风险。这种风险的直接表现形式就是一个形式上非常完备的法律体系、部门或规范在现实生活中作用不大或根本不起任何作用,出现大面积的法律失范和市场秩序混乱现象。如果对市场秩序混乱的这种根源没有清晰的认识,为了解决问题而一味地创设新的法律、增加新的处罚甚至刑罚,只会造成进一步的错位和脱节,出现法律越多、惩罚越重、秩序越乱、信用越少的结果。因此,解决信用缺失和法律失范问题,首先必须从根本上入手,减小变法模式的风险。

从当代规制理论考虑,法律失范还有更加具体的立法技术与执法环境等原因。根据 OECD 规制研究的结论和我国的实际经验,法律规定不清楚、执法程序不公正、监督检查不力,民众对法律失去信仰,管制成本太高,法律威慑力不够与市民社会的缺失等,都会导致法律失范。

1. 法律规定不清楚。法律规定复杂、多变往往是法律失范的重要原因,而这种不清楚的表现形式多种多样,如规定过于简单或者复杂、修改不及时、变化过于频繁、相互之间存在矛盾等等。中国广告市场上药品广告的违法率在 2001 年达到 70~80%,其中一条重要的原因是广告法与药品管理法对于药品广告的禁止性规定非常模糊,如不得有“不科学的断言或者保证”,不得提及“治愈率或疗效”,不得规定“国际领先”等等。药品广告到底应该如何作,可以说法律规定非常不清楚。这就为当事人守法增加了难度,也为不法之徒钻法律的漏洞创造了条件。

尤其是对小企业与个人而言,由于他们没有足够的资源或者时间去了解复杂的法律规定,在同等条件下,小企业的守法成本较大企业更高,违法现象相应地会较大企业要多。因此,对于众多的中小企业违法经营现象,需要作客观的分析,不能完全将责任推给企业,更不能简单地关闭了事,要促进中小企业发展,需要使法律规定更加清楚、明确、简明。

2. 执法程序不公正。在我国,由于市场秩序的混乱,一些行政机关经常不得不采用一些非常措施,如严打、集中治理整顿等运动式的执法方式。从表面上看,这种措施非常有效果,能够迅速扭转市场秩序。但深入分析会发现这种执法程序实际上产生了许多负面后果。首先,从违法者的角度看,运动式执法使他们产生某种既定预期,即躲过执法风头以后可以更加变本加厉从事违法活动,并因此产生执法机关与违法者之间的拉锯战,违法行为久打不绝。其次,从执法者的角度看,运动式执法使许多执法工作人员产生条件反射,上面重视的时候抓执法,上面放松则执法松弛。同时,平时执法与非常执法时期的宽、严标准的过分悬殊,使执法工作人员对法律权威缺少认同,并使其执法标准充斥随意性。再次,从合法经营者的角度看,由于非常执法时期其权益会受到影响,使法律制度的权威在运动式执法之下受到严重的损害。因此,为解决秩序混乱而采用的运动式执法,实际上成了法律得不到遵守的深层原因。另外,执法过程缺少透明度与执法过程中的地方保护主义等,也都会影响人们对法律的遵守。

3. 管制成本太高。规制理论研究表明,许多非规范的市场行为实际上有内在的存在根据,如果非要通过法律加以治理或者取缔,必然因为管制成本太高而无效,并会影响到人们对法律权威的认同。尤其对于从计划体制向市场体制转变的我国,许多领域的制度创新最初往往是以非规范的形式出现的,如果不顾社会结构的变化,强行加以禁止或者取缔,势必造成法律的大

面积被违反。同时,对于市场主体而言,只有遵守法律的效益大于其成本时,才能真正选择遵守法律。以我国的民航机票禁折令为例,价格竞争是民航企业的一种主要竞争手段,民航总局以禁折令的形式禁止机票打折,由于违反了市场的竞争规律和民航企业的利益而不可能得到民航企业的遵守。

4. 法律威慑力不够强。法律的威慑力包括发现违法与制裁违法两个方面。如果违法行为被发现的可能性非常小,肯定会诱使当事人铤而走险,以身试法,并能够逃过法律的制裁。同样,如果违法与犯罪的界限不清,以行政处罚代替刑事责任,不但造成行政执法中的各种腐败现象,还会造成无法遏制犯罪甚至纵容犯罪的后果。如果执法过程过于考虑法律之外的因素,有时还会使执法陷入“威慑陷阱”,即惩罚太强会伤及无辜或者其他政策目标,如我国破产法的实施现状,而惩罚太轻根本起不到威慑作用,造成法律失范的延续。

5. 市民社会发展缺失。需要明确的是,执法不是行政执法机关一家的事。除了公法执法以外,私法执法也是重要的执法形式,有时甚至是更为有效的形式。而在这两种形式之间,还有中间形式的执法,如行业协会、中介组织帮助政府分忧或者执法机关与市场主体之间的合作式执法等。这种多元执法体制的形成,需要健全的市民社会的支撑。

中国传统上是一个行政权高度发达的社会,国家权力延伸到社会生活的每一个角落,计划经济使这种传统得以延续。我们的政府机关管了许多管不好、管不了的事情,致使私法执法欠缺,社会中间力量缺失,社会中介组织发育不良。以证券市场为例,长期以来,证监会作为唯一的执法者难以应付 1000 多家上市公司的违法造假行为,而信息披露不健全,民事赔偿机制不存在,中介组织作用变异,行业自律没有,就使证券市场长期处于混乱的状态。因此,加快培育市民社会,是从根本上改变执法疲软、市场混乱、信用缺失的重要保障。

### 三、转轨过程中的制度演进与信用的建立

由于法律失范是变法模式的基本风险,而变法模式本身不能克服其根本缺陷,因此,为了解决法律失范问题,在采用变法模式的同时必须采用自发模式,减少政府规制和立法,鼓励自发的制度变迁,以自发模式消除成文的法律与现实的法律的冲突根源。也就是说,对于法律失范现象,绝对不能简单地以更多的政府规制和立法作为回应,否则不但不能解决法律失范问题,还会造成更多的法律失范现象。

在我国,经过 20 多年的改革,高度集中的中央计划体制已基本解体,中央政府对整个经济活动的管制大大弱化,传统的公有制经济也为多元所有制结构所取代,市场要素已逐步发育形成。这种环境为由获利机会诱发的自发行为提供了相当的制度创新空间,市场主体因而有可能通过自发行动界定、保护和实施产权,构建市场制度。如果市场可以自发形成,由政府变法提供制度安排也就不再是市场化的惟一方式。在自发形成的市场是可以被接受的前提下,政府只需要放松对自发行动的限制,退出相关领域,为自发的制度安排提供创新空间。可见,在自发模式下,与其由政府通过立法来预先制定疏而不漏的市场规范,不如转变立法方式,放松政府规制,首先由市场主体进行制度选择与制度创新,并在此基础上形成法律规则,实现书本上的法律与现实中的法律的统一。改革开放以来的实践表明,政府管得过多、管得过宽并不利于市场经济的形成与市场主体积极性的发挥。顺应时代潮流的需要,充分发挥市场主体的创造性与积极性,减少政府规制的范围与程度,应是法治现代化的一个刻不容缓的问题。

实际上,许多情况下变法模式与自发模式并不是截然对立的,完全有可能将它们的长处结合到一起。我国的改革实践表明,既可以最初以变法模式启动市场化的进程,然后在市场的自然选择中形成社会秩序,也可以通过立法的方式强制推广某些地方自发形成的改革经验。我国立法实践中的地区试点或试行是这方面非常成功的典型,先通过社会震动不大的试验性立法进行强制性制度变迁的尝试,然后在市场的自发作用中考察、评价变法的得失,变法是否进一步推广则完全取决于市场的自发选择。这种办法既可以发挥变法对制度变革的推进作用,又不致于造成脱离实际的变法,既重视自发选择对制度变迁的最终决定作用,又不坐等自发机制的形成。这种办法因而在实践中具有很强的生命力。另外,将人民群众的自发创造予以认可并以强制性的立法方式进行推广,构成了中国式改革的一个主要特点。农村家庭联产承包制、价格双轨制、股份合作制、办事制度公开制、基层民主制等新的经济制度与政治制度都是在人民群众的自发创造的基础上得到推广的,它们结合了变法模式与自发模式的优点。

从规制改革的角度分析,在变法模式下引入自发模式,意味着法律调控方式的根本性变革。对于那些可以由市场或其他方式解决的问题,就没有必要首先通过国家的规制和立法方式加以调控。也就是说,立法者首先面临的是替代方式的选择问题。

对于立法的各种替代方式,国际社会近30年来积累了许多宝贵的经验:

最为常见的一种替代方式是合作式规制。在传统的立法体制之下,政府机关与被管理者之间是典型的命令与控制式关系,管理者高高在上,被管理者只是消极地服从政府机关的管理。然而,由于信息不对称和监管资源的有限性,政府机关往往很难真正全面监管每一个被管理者的行为,并因此而经常出现按下葫芦浮起瓢的情况,难以真正解决执法疲软问题。为此,许多国家均尝试进行合作式监管,在政策和法律的制定过程中引入被管理者,并由政府机关与被管理者签订协议,在协议的框架内由被管理者通过内部自律机制进行自我监管,替代国家的正式规则。但是,一旦被管理者违反协议或者法律,则由政府机关进行更为严厉的惩罚。这种合作式监管方式不但解决了政府机关的监管资源不足问题,而且使被管理者更有主动遵守法律的诱因和激励,便利法律的实施。行业自律也是与此相应的合作式监管方式。

另一种替代是反垄断法的大量运用。与作为事前机制的政府规制和立法相比,反垄断是一种事后机制,它的优点在于既能保证市场竞争和制度创新的充分进行,又可以防止阻碍竞争进行的垄断行为,维护社会公共利益。就执行而言,它可以保证执法的统一性。我国政府干预与立法过多,市场主体的经营行为受到法律的重重束缚,并因此而使违法现象大量存在。这种现象与我们缺少强有力的反垄断机制有着内在的必然关系,或者说我们往往希望通过事先规制与立法的方式来达到反垄断机制才能达到的维护市场竞争和公共利益的效果,其结果当然可想而知。因此,要解决大面积的法律失范现象,必须在减少政府规制和立法的同时,加强反垄断方面的工作,它们是一枚硬币的两个不同方面。

还有一种替代是归责原则的改变,即从传统的过错责任原则发展到风险责任原则,由此实现从公法执法(通过立法控制)到私法执法(通过归责原则控制)方式的转变。这种替代的实质是充分发挥个人和企业的积极性和创造性,以社会自治代替国家干预,让每个人都成为自己利益的最好法官。这种替代不但可以大量减少政府规制的领域和行政执法的负担,而且可以促进人们的法治观念和权利观念,推进市民社会的形成。当然,在我国,要实现这种转变,需要司法制度的变革和观念的更新,包括责任观念、人的价值、精神损害、惩罚性赔偿以及鉴定机制等。

另一种替代是信息披露,既包括政府机关的信息披露,也包括规制对象的信息披露。对于政府机关而言,信息披露以及其他相应的行政指导措施可以对市场主体的行为产生引导作用,由此可以达到政府规制和立法等强制方式有时不能达到的政策效果,并且可以减少政府执法和监督的负担。规制对象的信息披露不但可以减少经营者与消费者之间的信息不对称状态,而且还可以由被管制者自我披露其违法行为,由此规范经营者的经营行为,并可以免除政府的强制性规制手段(尤其是社会领域的规制手段)的运用。在这方面,虽然我国的消费者权益保护法规定了消费者的知情权和经营者相应的信息披露义务,但实际司法过程中对于“误导”(misrepresentation)的追究并不够严格,尤其在上市公司的信息披露中如此,导致经营者缺乏进行全面信息披露的强制压力。

另外,诸如征税、可转让特许等等,由于引入了市场机制和经济诱因,也都能调动和引导市场主体的行为,避免法律的失范。

#### 四、市场信用的基础是法制

在变法模式下引入自发模式的长处是可以从根本上消除书本上的法律与现实中的法律关系之间的对立,使法律制度真正反映市场经济和事物的法的本质的要求。然而,其弊端也非常明显,那就是自发的制度创新往往是以非规范的形式出现的。如果机械地以形式标准来判断,这些自发的制度创新有可能都被认定为非法。在法律规定不严密的情况下,一项新的改革举措或创造究竟是社会进步还是违法行为,其界限确实难以划定。这样,个人、企业、社会或政府机关从事该种行为的风险将会异常巨大,这种不确定性极有可能会使制度创新的预期成本大于预期收益,使自发的制度创新不可能出现。另一方面,如果允许大量的非规范行为存在而不能从法律技术上予以合理的评价和处理,则势必会造成人们对法律制度权威性的怀疑,进而影响法律制度的权威。从这个角度看,通过变法模式内部的改革,实现变法模式的民主化与科学化,以法律规定预先提供合理的制度安排,给市场主体明确的行为规范,既可以最大限度地缩短法律与法律关系的距离,又可以避免对自发制度创新性质的复杂认定,维护法律制度的权威。

自国家干预主义以来,各国普遍采用的是变法模式,以弥补市场机制的缺陷,解决社会、经济问题。然而,政府对市场大规模干预的缺陷近年来越来越明显,并因此而使变法模式的改革成为近年来全球范围内尤其是发达国家最为关注的问题之一。除了在有关的法律、法规或国际条约中零散地对立法改革作出一些规定以外,许多国家还专门制定了立法改革的各种原则、指导政策或指导手册等,对立法进行了全面、深刻的改革。在改革思路,主要是两个方面:一是从程序上进行改革,实现变法模式的公开与民主;二是从实体上进行改革,实现变法模式的科学与效率。通过这种改革,使立法更加反映事物的本质,更有效地得到遵守。由此可见,要从根本上解决法律失范与信用缺失问题,必须实现立法的民主化与科学化。

变法模式改革的一个方面是实现变法模式的民主价值。它表现在三个相互联系的方面:首先是在政府与民众的关系上实现以社会权利制约国家立法权;其次是在国家机关之间的关系上实现以权力制约权力,在纵向与横向上实现有效的分权与制衡;最后是在立法权的行使上以明确的法律规定制约立法权。主要做法包括增加政府官员的责任,设立专门的中央监督机构,

加强对立法的监督<sup>①</sup>;加强立法机关之间的信息交流和反馈,掌握立法的数量、成本、效益和趋势<sup>②</sup>;加强法院对立法的司法审查,维护法制统一(Mauro Cappelletti, 1989);加强议会对行政立法的控制,平衡行政独立性与行政责任,既充分发挥又有效控制行政机关立法裁量权;增加政府决策透明度与开放性,鼓励公众或利益集团参与立法过程;权力下放,将立法权更多地交给与人们生活更接近的地方政府;简化立法,减少立法的不确定性,限制法律存在的时限,减少立法对公众生活的干预;协调国内立法与国际条约的关系;更好地向民众说明立法的必要性等。

变法模式的目的在于以立法来促进资源的有效配置,形成市场调节机制,因此,变法模式改革的另一主要方面是实现变法模式的经济价值,提高立法的质量和社会效益。长期以来,各国大多习惯于传统的命令与服从式立法,以“一刀切”式的方式进行社会管理。这种立法方式的缺陷是比较僵化,过于具体,成本过高,执行不力。结果必然使立法的效益下降,甚至增加立法的社会成本,给社会、企业和个人造成负担。近年来,各国开始对传统的立法方式进行改革,拉近变法与市场的距离,实现变法模式的科学与效率。主要措施包括明确政府与市场的界限,减少立法对市场的干预,采用诸如经济刺激、自愿协议、自我规制、信息披露、行政指导、协商等调控方式,弥补立法的缺陷;改革传统的命令与服从式立法方式,增加市场主体的选择权和立法的灵活性,降低立法的社会成本;对立法的社会成本与效益进行分析,增加立法的社会效益;对立法的社会影响进行分解,保护社会弱者和中、小企业的利益;对立法的政府成本(包括立法成本与执法成本)进行评估,保证政府资源的有效利用;对立法实施的可行性进行研究,设计合理的制裁方式,保证法律实施的有效性,降低执法成本,维护法律的权威<sup>③</sup>。

从构建诚信机制的角度而言,只有最终实现立法的民主化与科学化,才可能真正树立法治权威,避免法律失范,营造良好的市场经济秩序。

## 参考文献

- Starobin, 1990: Foggy Forecasts, *National Journal*, 1212 (1990).
- Broder and Morrall, 1983: The Economic Basis for OSHA's and EPA's Generic Carcinogen Regulation, in Richard Zeckhauser and D. Leebaert (ed.), *What Role for Government* (1983).
- Mauro Cappelletti, 1989: *Judicial Process in Comparative Perspective* (1989).

(责任编辑 路平)

<sup>①</sup>已经有国家采用立法预算(regulatory budget)对立法进行控制,立法机关只能在预算上限的范围内立法,不得超出预算规定的立法社会成本。在美国制定1990年清洁空气法修正案时,该法的年社会成本首先被确定为250亿美元,由此而使该法采用了许多创造性的规定,以满足预算的要求。在实施该法时,为确定每类产业所承受的社会成本上限,行政立法机关也相应地确定了不同产业的立法社会成本预算(Starobin, 1990)。

<sup>②</sup>学者研究发现,在立法的社会成本相当的情况下,在不同的领域立法的社会效果明显不一样。例如,以立法提高汽车的安全标准与禁止某种石棉产品的生产所造成的社会成本都是10亿美元,但前者可以挽救1万人的生命,而后者只可以防止13.7人患癌症死亡。在这两者中间,可能还有许多应该立法的领域。如果暂时不考虑其他因素,只考虑挽救每一生命的成本,则立法显然应该从成本最低的领域开始(Broder and Morrall, 1983)。

<sup>③</sup>各国纷纷对自愿遵守法律提供诱因和激励,同时,通过帮助企业和个人熟悉法律以及加强对严重违法行为的打击保证法律的实施,如荷兰、日本、德国等国。加拿大《公平对待公民立法法》则要求处罚的程度与执行权应与违法的严重性相符,政府机关应该在立法生效以后以明确的语言将立法的要求告诉公众。经济合作与发展组织理事会《加强政府立法质量建议》建议立法者评估法律实施的经济诱因和制度,并设计回应的法律实施战略。