

泥泞中的《政府采购法》之深度链接

法律失范的原因

文 / 周汉华

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。欧洲早发达国家的现代化多是社会内部的自发因素形成的,发展中国家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

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



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

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。

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型企业更高，违法现象相应地会较大型企业要多。因此，对于众多的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。

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、集中整治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。

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。

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。

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情。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。^[1]

(周汉华，中国社会科学院法学所教授。)