

市场经济立法的中国特色

社科院法学所研究员、宪法行政法研究室主任 周汉华

—

非常高兴有机会来讨论这个问题，因为最近一直在关心和思考这个问题。

前些时候有机会与亚洲开发银行的专家交流，他们思考的问题是“华盛顿共识”已经被中国的经济发展经验所超越。从中国经济发展来看，似乎产权问题不是那么重要，法治也不是那么重要。有些国际专家明确说“中国这些年的经济发展，法制没有起作用”，这个说法非常值得思考。但是另一方面，在国内，目前看来，好像全民都在欢欣鼓舞，认为我们正在建设社会主义法治国家，法治国家马上就要到来了，我们到2010年要基本形成中国特色社会主义法律体系，有学者称未来是法学家帝国主义，还有民法学者更明确地说未来是“民法学帝国主义”。这就引出了一系列问题，我们究竟应该如何看待中国的市场经济立法？它有哪些特征？它对于经济发展究竟起到了多大的作用？未来究竟应该如何选择？

从公私法对比的角度来看，私法虽然也有中国特色，但私法相对来说共同性更多，因为它是市场经济的基本制度与规律。如果真正来评价中国的市场经济立法，评价我们的特征到底是什么，可能更多的要从公法层面上来讲。比如说《证券法》也好，《公司法》也好，它们的形成路径都是一样的，都是私法制度。但是我们的公法就不一样了。我们从《宪法》开始到整个的行政法还有其他的跟公法相关的法是极其有中国特色的。

二

我们从公法的角度来看，中国的市场经济立法有什么特点呢？

一是推动主体。我把它归纳为自上而下与自下而上的双重政府推动主体机制。分析中国的例子，既有自上而下的，也有自下而上的，自上而下的形式推动力很强，而且制度涉及的面很广。但是，这种推动机制的缺陷也很多。由于民间的推动力量不够，容易造成政治的“停摆”，因为没有民间利益的表达性。民间的利益都外化到机关了，每个利益都可以找相应的机关来表达，机关的行政权力必然会出现问题。结果就是没有人拍板，你不同意，我不同意，谁也别说话。

另外，政府的推动还会出现周期性的推动力递减。就是说由政府来推动，目标就一定很多，但又不可能一下子搞很多事。很多情况下，我们的执法力量一个时间只能干好一件事，它不可能把所有的事情都搞好。现在煤矿安全事故比较多，我们就推动安全工作，结果就忘记了煤炭市场的问题，顾此失彼，导致推动力递减。

我把现状归纳为两句话：一个是不进则退，还有一个是退无可退。我们现在怎么退？往哪儿退？

二是从推动的形式来讨论我们到底是怎么推动市场经济立法的。我把它归纳为立法驱动型的典型路径。实际上推动市场经济可以有非常多的方式，有很多人说法国都是通过法官在那儿推，因为司法很重要。当然也可以靠市场机制本身来推动。但是你看我们国家的法，典型的是立法驱动，所以每年会推一个立法计划，完全靠立法来推，好处就是推进得很快。我们现在用了不到三十年的时间，几乎把其他国家市场经济发育几百年形成的格局基本上全搬过来了，所以我们基本上形成了中国特色的法律体系。

立法速度很快，实施效果却非常不理想。其实立法很简单，立法就是在纸上写字，像写文章一样，但是实施法律的难度是很大的，我们现在是制定法律容易，实施法律困难，许多法律制定完之后就没有下文了，有法不依的现象非常普遍。这是立法驱动的必然后遗症。

三是推动方向。我们的市场经济立法到底该往哪个方向推？在推动方向上我把它归纳为“单个制度逐步完善的战略”。比如说我们实际上每次推一个东西都是单个制度，都是独立的。比如我们说再制订一个《行政收费法》，它每个都是单独的，单独的好处是什么？就是阻力小。阻力很小，很容易形成共识。有人说乱收费很糟糕，人人喊打，那就搞收费法，如果行政强制很难，就再搞一个行政强制。所以说都是单个制度逐步完善的方式。

但是我们搞社会主义法制，它的方向到底是什么，到底有什么目标，其实是很模糊的，方向不明确，制度之间就容易脱节。你说不能搞行政处罚我就不搞了，我搞一个暂扣，我换一个名字叫收费；你说不能搞收容审查，没关系，我说叫劳动教养。这个问题解决了吗？没解决，还是一样，只是问题在转移。

四是价值倾向。我们现在的法，比如《行政法》，都是围绕如何控制行政权来设计的。因为中国传统上是强政府，政府很容易干预公民的自由，控制行政权有利于建设一个现代社会体制。但是我们在市场经济立法当中，对于现代行政的复杂性和艰巨性认识不足。政府除了无形之手、掠夺之手之外还有一个帮助之手，在转型时期，我们的政府实际上有些情况下三只手都起了作用。所以，仅依靠单纯的限权方式，不利于行政作用的全面发挥，所以现在的市场上都是假冒伪劣，社会管理、公共服务、教育、卫生，都出现了政府的缺位。你可以看到，在这个转型期，如果你不让政府的几只手都起作用，那中国的市场化改革一定也是不全面的。

五是推动的特征。我们的市场经济立法，实际上和我们的行政改革的进程是相对分离的模式。这种分离的好处是法治获得了独立的发展机会，没有陷入许多政策争论之中，有些超然物外的感觉，弊病就是法治与改革某种程度处于两张皮状态，没有成为社会生活的主旋律。实际上中国 20 多年的行政改革，一个基本特征是朝着有限政府方向努力，比如说政企分开、政资分开、证监分开、政事分开，然后行政和司法分开，还有十三大提出的党政分开，这个行政改革的路径是非常明确的，就是剥离一些不必要的职能，实现有限政府的目标。但是我们的市场经济法制建设和这个分离的。分析中国的一些重要法律，比如《处罚法》、《国家赔偿法》、《许可法》等等，会发现它与行政改革的进程是脱节的。许多行政改革中重大的制度调整，如《邮政法》中的政企分离，《电信法》中的独立监管制度、《反垄断法》中的事前手段与事后手段分离等，在我们的立法当中被简单地当作经济立法或者叫做部门法进行处理。

三

现在一部分人在用现代法治观念认识法，认识到法就是制约权力的，尤其是制约政府权力，法就是公平，就是正义。但是也有很多人认为法是主权者的命令，这种认识也很普遍。这样，大家都讲法治，但是讲的内容不一样。有些方面仅仅把法当作一种形式，只是把传统的做法套上法律的外衣。这样的观点很多，因为现在法很热，每个部门、每个地方都搞法，但是大家对什么是法还是不清楚。法是一般性的，是涉及权力义务的，是有权力救济机制的，不是说换个“马甲”就解决了，所以在观念基础上，我们还很欠缺。

我们经过 20 多年的市场经济立法，真的走到了一个十字路口，我们既不能像某些人说的，说我们超越了法律的共识，不要法治不是也挺好的嘛。实际上不能这么说，我们法律人辛辛苦苦干了这么多年，说一点作用都没起，不是那么回事。但是确实又没起那么大的作用，所以我把它归纳为一个的状态：不进则退，退无可退，进退失据。