

寻求自由与秩序价值的动态平衡

——以转轨时期的中国为视角

干 潇 露

(华东政法大学 经济法学院,上海 200042)

【摘 要】 自由和秩序是人类生存和发展的重要保障,现代社会依靠法律制度来保障个体自由和社会秩序,因此自由与秩序是法律所追求的主要价值目标。然而对自由与秩序的认识和取向在中西方之间有很大不同。这种差异导致了中西方之间整个政治、社会与法律制度的截然不同。中国进入转轨时期,面对着西方自由主义思想和各种制度的冲击,出现了自由与秩序失衡的状态。寻求自由与秩序的动态平衡对于转轨时期的中国明确发展方向,保障人们的自由和维持社会的稳定具有相当重要的作用。

【关键词】 自由; 秩序; 动态平衡; 转轨时期的中国

【中图分类号】 D920 【文献标识码】 A 【文章编号】 1673-0755(2011)04-0056-05

一 自由与秩序关系之学理剖析

人生而向往自由,婴儿出生时的第一声哭喊就是其表达自由的方式,自由是人类社会最重要的价值之一,也是人与生俱来的权利;同时人的自由不是无限的,没有限度的自由易导致人们对自由的僭越,最终使得个体的自由无法得到保障。因此必须建立良好的秩序,在对个体自由进行一定约束的同时,维护社会整体的自由。认识自由与秩序问题,首先应考察人们对这个问题的不同解释和取向,其次应考察两者之间的关系。对于处于社会转型时期的中国来说,自由与秩序是最能反映中国法治内在精神和其本质特征的基本价值^[1]。认识两者之间的关系,对我国整个制度体系的理论创新和科学实践都具有基础性的作用。

(一) 中西方对自由与秩序价值的不同取向

1、西方良法思想对自由与秩序的解释

良法与恶法^①思想是西方法哲学流派中的两大理论。良法理论认为良法应体现自由,自由乃是人类最高的道德价值,也是法律的核心价值;同时良法也应能够维护城邦的秩序,使社会能够长治久安。古典自然法学派是良法思想的主要渊源。古典自然法学派认为自由的价值标准高于秩序标准,秩序已不是现代法律的终极目标,其只是为了保障人们能充分地享有自由而存在的价值标准。如帕特里克·亨利说“不自由,毋宁死”洛克说“就法律的真实意图来说,与其说它是一种限制,倒不如说它是指导一个自由和聪明的人追求自己的合法权益。”

(1) 以赛亚·柏林的自由观

以赛亚·柏林是自然法学派的代表人物,其在《两种自由的概念》一文中对消极自由和积极自由这两者的概念作了自己独到的解释。柏林认为消极自由就是指个人的自主行为,是一种不受他人或者团体意志干预的自由;积极自由就是个人参与、从事某些活动的自由,即人可以通过自己的意志拓展自由的空间,提升自由度。积极自由必须依赖于国家的或社会外在的力量来实现。消极自由与积极自由的概念并非柏林首创,在柏林之前,英国政治理论学家已将自由做了区分,但是柏林更关注积极自由,即国家不仅不应干涉个人自由,还应为积极自由创造条件。

但是积极自由往往通过革命的形式换取,即以牺牲一部分人自由的代价来换取另一部分人的自由,而人们更希望的是在不损害他人自由的情况下,提升自己自由的空间,而且过分依赖国家的力量获取自由往往容易“异化”,最终导致国家以为人们争取自由的名义而实质上压制人们的自由。柏林的创新之处在于,将目光聚焦在消极自由上。在消极自由的观念中,重心在行动者,在“能”(can)^[2],即对于个体行动的限制主要是由于潜在的、自发性的能力,而不应是来自于社会的强制或他人的干涉。柏林的消极自由可以概括为以下三个方面:

首先,个人不能受到他人的强制或干涉。柏林认为在没有任何他人或群体干涉的程度之内,个人是自由的,而当个人自由行动的范围变得非常小时,个人就被强制了。在这个问

【收稿日期】 2011-06-23

【基金项目】 2010年国家商务部反垄断局研究项目“竞争政策问题研究与中国的选择”资助

【作者简介】 干潇露(1987-),女,浙江上虞人,华东政法大学经济法学院硕士研究生。

题上,柏林还对因外界的强制作用而自由受到限制和因自身能力缺陷而无法实现自身愿望做了区分,其认为自身能力原因而无法达到预期不属于自由受限制的范畴。

其次,自由只能因自由本身而受到限制。柏林认为人们为了正义、幸福、文化、安全和其他不同程度的平等这些价值的实现而限制自由,实质上也就是为了“自由”本身而限制自由,其他价值目标应该都是服从于自由这一终极目标的。追求自由是人类的本性,但是人类又是相互依赖的,没有任何人的活动是完全“私人”而永不干扰到别人的活动^[3],所以一部分人享有自由必然以另一部分人的自由受到一定程度的约束为代价。

再次,自由必须存在一个最低的限度。柏林认为虽然为了保障每个人的自由都能得到实现,必须对自由加以一定的限制,但必须维持最低限度的个人自由,没有个人自由意味着自由的无法实现。最低限度标准一直是一个备受争议的问题,而柏林给出的答案是:自由就是“免于……的自由”(be free from),也就是在变动不居的、但永远可以辨认出来的界限以内,不受任何干扰^[3]。

(2) 哈耶克的自由秩序观

对于自由的概念,哈耶克有着与柏林不同的解释。哈耶克从“自由”的原始意义出发阐述了自由的概念。他认为,自由就是一个人不受制于另一个人或另一些人因专断意志而产生的强制的状态^{[4]4-5}。这里的自由仅是指“个人自由”,哈耶克认为对自由的侵犯仅来自于他人的强制。

哈耶克对“强制”也做了与柏林不同的解释。他认为“强制”是指一个人被迫采取行动服务于另一个人的意志,即一个人的行为是为了实现他人的目的,而不是自己的目的。若要构成强制,必须符合两个要件:一是要有施加损害的威胁,二是要有通过这种威胁使他人按强制者的意志采取某种特定行动的意图^{[4]164}。

从哈耶克的解释中可以看出,他认为他人有意行为引起的强制是个人自由受到侵犯的主要原因。但是现实当中这种强制又是不可避免的,为了使个人自由受到侵犯的程度最低,必须将这种强制的垄断权赋予国家,因为要防止个人强制,就必须依靠另一种更强大的强制力来加以控制,而国家强制便是一种很好的选择。但另一方面,国家垄断强制权便有可能滥用这种权力。所以必须建立一个法治型的社会,用一系列法律制度来规范政府的行为。

关于秩序,哈耶克持有的是“以一般性法律为基础的自由秩序观点”。他认为,秩序是在人们日常的活动中自生自发产生的,而并不需要某个有权下达命令的人进行刻意的组织。人们为了保障自身的自由就会自发地在某种秩序下行事,因为在现代社会,人们认识到人的自由不可能是无限的,必须拿出一部分自由,形成良好的秩序,在这一秩序以内人们才能换取更大的自由。因此,哈耶克认为立法者所应做的不是建立某种特定的秩序,而只是为秩序的形成和不断重构创造一定的条件。

2、中国传统文化对自由与秩序的解释

中国的传统文化对自由与秩序的解释是截然不同于西

方的。人们对某一个事物的认识往往受整个社会制度和整体文化的影响。西方的法律文化更强调自由,个人自由是制度设计的出发点和归宿。他们的主流思想家所持的是一种自由秩序观,即秩序是人们为了保障自由的实现而自发形成的,不是外在力构建的,秩序的终极价值目标还是为了实现自由。

而中国的法律文化更关注秩序,更关注人们应该履行什么义务,而泯灭了人的个性和对自由的追求。所以长期以来,中国人对自由和权利的认识都是相当薄弱的。造成这种状态的因素主要有三个:

首先,中国传统文化中以义务为本位,强调秩序的建立,忽视个人自由是与中国整个社会形态的形成和发展分不开的。在氏族社会初期,社会的基本单位不是个人,而是“个人的集合”,主要表现为氏族、氏族联盟或宗族等集团性组织^[5]。在这样一种社会形态中,个人的权利被整体的利益给掩埋掉了。个人必须为了整个集团的利益履行义务,而权利是被完全忽视的。

到了奴隶制社会,奴隶主采取宗法制以维护其世袭的统治地位。宗就是家的意思,宗法就是按照尊卑贵贱等级形成一个大家族。在这个家族中,每个人都必须服从家长,履行自己的义务,家族中的成员没有权利可言。进入封建社会以后,宗法制与集权制相结合,君王和家长成为权力统治中的两级,家族成员必须服从家长的命令,而社会中所有的成员都必须服从君王的命令,不服从就有被处以刑罚的可能。

其次,儒家思想深化了“义务本位”思想,这进一步泯灭了自由思想形成的土壤。儒家思想的三大支柱是“礼治”、“德治”、“人治”。“礼治”主要表现在尊尊、亲亲思想上。“尊尊”即要求人们维护君权,“亲亲”要求人们维护父权。这都是对遵从权力和服从义务的规定。“德治”强调自身修养和榜样的推动作用,所谓修身齐家治国平天下。这还是在说人们的义务,它使人们处处感受到自己肩上的责任,而个人权利已被完全泯灭。“人治”就是指“君王一人之治”。既然人们相信个人品性的推动作用,人们就容易把希望寄托在所谓的如“圣贤”般的君王之上。所有的权力集于君王一身,君王必然要“建立”起一个有利于社会稳定,有利于维护其统治地位的社会秩序。人们必须在这样一个社会秩序中生存,必须服从君王的一切命令。而法律只是君王统治的一个工具,人们服从法律实际上就是服从君王的意旨。

再次,集权型社会制度加上儒家思想的影响,“义务观”已深深烙印在人们心里,至少在主流思想中,是完全没有自由的意识的。而包括法律在内的一系列秩序体系的建设都只是为了维护统治阶级的地位,不是人们在日常生活实践中自发形成的,自然是对人们的自由具有限制作用的。这种秩序或者可以被称之为由外力强制建立的秩序^[6],而不是自生自发形成的秩序。

(二) 自由与秩序的可分性及内在逻辑联系

自由与价值均属独立的价值取向,但两者之间又存在着某种逻辑联系。在西方文化中,自由的追求已成为文化的血液,自由与秩序是密不可分的,秩序是人们在不断追寻自由

的过程中自生自发形成的。而在中国传统文化中,秩序与自由之间是相割裂的,社会秩序的构建往往与人们自由的价值目标相背离。而事实上,自由与秩序既是独立的,同时又相互牵连。正确认识自由与秩序之间的关系对于转轨时期的中国寻找发展方向至关重要。

个人自由与社会秩序之间总是存在某种程度的不相容性。根据现代法学观念,社会秩序的形成来自于个人对自由的一部分让渡,而人们让渡自由的目的便是为了对无限自由进行制约,以使得一个人的自由不受另一个人的自由的侵犯^②。但是人们对于哪些自由应该受到制约,以换取哪些自由,是存在极大的争议的。这在有时就会使个人觉得自己的自由受到了社会秩序的约束。在这样的情况下,个人自由与社会秩序之间就产生了冲突。

但另一方面,自由与秩序又无法完全割裂,这主要表现在人们建立良好的社会秩序的最终目标是为了极大地实现个人的自由。每个人都具有个体性,但个人如果孤立起来就无法生存,人与人之间必然是存在联系的,这时人就具有社会性。生存于社会之中,必须存在一种社会秩序使得人们能根据一定的规则进行良好的交流和联系,必须存在一个集体来维护这种社会秩序。人们通过与集体订立契约,将一部分的权利(自由)转让给集体,让集体用这部分权利来维护社会秩序。

二 转轨时期的中国:自由与秩序价值的失衡

(一) 自由与秩序价值失衡的思想与社会根源

1、失衡的思想根源:对社会转型的单向认识

人们通常认为,中国社会的转型主要是指从 20 世纪 80 年代开始的计划经济体制向市场经济体制转轨的过程。实际上,虽然经济体制的转变是社会转型的主要内容,但这一转变远远不能涵盖社会转型的全部内容。中国的社会转型实际上包括了一系列制度的变迁和从传统的价值观到现代价值观转变的整个过程。而经济体制的改变只是制度变迁中的一部分。

可惜的是,从中国开始进行改革开放到现在,人们都把太多的关注放在市场经济体制的建设和国家经济的快速发展上面,而忽视了配套制度的建设和现代价值观的培育(后一点是更为重要的)。随之产生的是与市场经济发展相适应的价值观念的缺失以及因配套制度的不健全而带来的诸多问题,如贫富悬殊、贪污腐败、道德失范、信用缺失、环境破坏等社会问题^[7]。

2、失衡的社会根源:内外制度的冲突与融合

现代价值观包括自由、平等、秩序、公平、理性、权利主义等内容,而其中尤以自由和秩序价值为核心。经济的全球性发展极大地扩大了人们活动的自由,至少是经济活动的自由。这种自由的扩大化需要以一种具有统一性的秩序来加以约束。国际贸易规则、国家间的对话机制等都是这种秩序的体现。处于转轨时期的中国,一方面由于越来越融入到全球化的进程中去而不断地受到国外思想、价值观念和制度的冲击,另一方面面临着一个对传统文化和旧制度如何抉择和取舍的难题。在这一过程中,如果没有形成符合我国发展状

态的自由与秩序价值观,很多问题都会随之出现并在长时期内无法解决,甚至最终会导致社会的倒退。而我国当前正在面临着这些表现为经济、政治及文化上的问题。

(二) 自由与秩序价值失衡的具体表现

1、经济上:自由竞争与市场秩序的悖论

中国的经济发展有着与西方国家不同的进路。西方国家的市场经济是直接建立在自然经济的基础上发展起来的,以商业的发展为重要特征;而中国的市场经济是在国家对计划经济进行改革的过程中发展起来的,其缺乏在商业发展过程中形成的基本价值基础,即自由竞争和良好市场秩序的理念。

自由竞争理念的缺失体现在制度层面和思想层面上。在制度层面上,中国整个经济体制的改革是在政府主导下开展的。市场开放的过程就是政府逐步放权,逐步退出市场的过程。但是由于权力惯性^③和政府职能转变的缓慢性,市场主体直接自由而充分地竞争这一目标还是很难实现的。比如,国有企业与民营企业的市场地位实质上是不平等的,没有平等的地位,就无所谓自由的竞争;且国有企业或大型企业往往占有着多数资源,民营企业或小企业获取资源的渠道少,获得的数量也少,这无疑是对其自由参与市场竞争的限制。再比如,像电信、电力、铁路等行业国家依然进行着严格的控制,在这些行业中,市场主体根本无法自由地竞争。中国目前还存在着严重的行政性垄断问题,某些市场主体依傍政府的权力在市场中占据着垄断地位,这也阻碍了市场中的自由竞争。

在思想层面上存在着一个悖论:一方面由于长期受传统价值观的影响,人们对于自由和权利的意识都是不足的,如消费者对保护自身权利意识的不足;另一方面,突然的自由开放使人们有点无所适从,出现了盲目跟从自由的趋向,表现在经济上就是市场主体的过度竞争导致的市场秩序的混乱,不正当竞争、欺诈、商业贿赂等现象的纷纷出现。

现代意义上的秩序不同于传统意义上的为了维护统治阶级利益的秩序观。现代秩序价值与自由价值之间关系紧密。处于转型社会初期的人们对这一理念是缺乏认识的。在改革比较完全的行业出现了过度竞争的状态,最终导致市场秩序的混乱,如假冒伪劣、哄抬价格等现象的出现,近来出现的互联网市场主体相互“打架”的局面。而在国家管制比较严格的行业中,又出现了由于竞争不足而没有发展活力的现象。

2、文化上:多元文化对传统文化的冲击

西方文化对中国文化的第一次正面冲击始于鸦片战争。可以说,鸦片战争对中国的深刻影响并不在于它轰开了清政府的国门,而在于它炸开了中国人幽闭千年的精神世界和价值体系^[8]。在此后的历史进程中,西方文化对中国传统文化的影响和冲击进一步深入,人们对西方文化的认识也经历了一个从“保守自大的文化心态—学习西方器物—学习西方制度—引进西方思想与价值观念”的过程,也就是从闭关锁国到全盘西化的过程。但是随着中国殖民化程度的加深,全盘西化思想遭到了民族主义和爱国主义思想的冲击。在抗日战争时期表现得尤为明显。而解放战争以后,由于意识形态

的分流和两大阵营的形成,西方资本主义仇视中国与日俱增,封锁中国,围堵中国,中国又不得不走上了自立更生,较为封闭的道路。

直到改革开放,这种状态才被逐渐打破。其实改革开放还是沿袭了旧的步调,即从器物到思想的逐步引入过程,这表现在最初的引进国外先进设备、技术,到学习国外先进的制度,到最后国外思想和价值观念的进入。

随着改革开放的进一步深化,科学技术的不断发展,进入中国的不仅是西方主流文化与思想,还有其它国家的文化也随着经济交流的加深和文化产品的交易在中国蔓延开来,形成了多元文化的格局。在这种文化的交流和冲击之中,如何维持传统文化的基础,同时又可以汲取其他各种文化中的精髓,促使传统文化的发展,是我们面对的一个急迫的问题。

3、政治上“权力寻租”与腐败问题

西方国家的社会转型是在从自然经济向市场经济体制制度变迁的过程中自发开始的,政府在其中只起着间接引导的作用。中国的社会转型是由政府主导的,而且也必须由政府主导,这是由中国的特殊体制和历史条件决定的^④。中国社会的变革实际上很大程度上就是指政府职能和自身行为转变的过程。虽然政府在这一变革中起了非常积极的作用,我国在这三十多年里飞速发展,但政府在其中既充当改革的主导者,又成为了改革的对象,这种悖论使得政府自身出现了很多问题。

首先是“权力寻租”的问题。中国的改革实质上是政府对资源的再分配和政府权力不断退出社会经济生活的过程。政府手中掌握着资源配置的权力,政府配额管理、许可证管理、价格管制等制度人为造成了资源的稀缺性,产生了因政府干预和管制的超额利润,即“权力租金”,权力寻租便产生了。在体制转轨过程中通过权力寻租的既得利益者虽然在前期的改革中持支持态度,却反对进一步的改革^⑤。这给我国改革的深化和体制转轨的进一步开展带来了阻碍。

其次是腐败问题的日趋严重。政府是由个人组成的,政府中的个人也会考虑自己的利益,所以必须建立健全的制度体系规制政府的行为。但是处在转轨时期的中国,规制政府行为的制度恰恰是最不健全的。一方面,在制度上,我国存在着产权关系不明晰的问题。私有财产与公有财产之间很多时候没有明确的界限,政府官员利用公款消费、利用职权滥用公款、侵吞公款等腐败问题相当严重。同时,我国现在还没有建立公务员薪酬透明化的制度,这一制度漏洞为政府官员受贿、滥用公款等腐败行为开了方便之门。另一方面,在经济开放的同时,我们没有很好得借鉴国外的思想和价值观念。在转型的过程中,官员的个人主义和集团利益极度上扬,缺失了基本的信仰。这也是腐败问题严重的重要原因之一。

三 自由与秩序价值动态平衡的实现路径

在中国传统文化中,没有自由和权利的概念。中国进入社会转型时期,由于价值转轨相对于经济转轨的滞后性,在经济发展的过程中人们没有树立良好的自由与秩序观,导致在经济、文化和政治上都出现了一定程度的混乱。对于处于

这一非常时期的中国来说,寻求自由与秩序之间的动态平衡是十分重要的。自由与秩序价值的培育首先有赖于一系列体现现代价值观的法律制度的建立^⑥。良好的法律制度是实现自由与秩序价值平衡的重要途径,也是实现法治的唯一途径。虽然中国新的法律不断地出台,中国的法治建设进程实质上是相当缓慢的。制定法律某种程度上只是在进行重复建设,而没有创新可言。故实现动态平衡的目标首先有赖于东西方法律文化的冲突和利益集团对制度变迁阻滞这两个问题的解决。

(一) 法律移植过程中东西方法律文化的融合

中国的现代法律体制的建立可以说是一个不断移植的过程。东西方法律文化之间存在着巨大的差异。中国传统法律文化有着两千多年的漫长积累过程,其底蕴和根基都相当深厚。由于其巨大的惯性和对人们信仰、价值观念根深蒂固的影响,外来法律文化在短时间内很难撼动传统法律文化的根枝。而且两种法律文化的冲突和融合也需要一个漫长的博弈过程。

法律文化的融合首先应解决内在价值冲突的问题。中国人长期以来形成的是一种“义务本位”观,从统治者到被统治者都对自由和权利是忽视的;另外,长达两千多年的封建统治已然形成了一种严格的等级制度,人有尊卑贵贱之分,平等、正义、公平、公正等价值观念是极度缺乏的。即使等级制度随着新时期的到来被破除了,人们的等级观还是在一段时间内无法消除的。虽然在法律制度层面,传统法律早已被现代法律所取代,但是传统的法律观念还继续存在,并具有一定的影响力,在开化程度比较低的地区表现得尤为明显。制度的变革是可以通过政府强制力实施的,但是文化的变革却是一个相当缓慢的过程^[10],而文化变迁的缓慢也会阻碍制度变迁的进程。但是法律文化的变迁并不是对传统文化的完全抛弃,而是如何将现代先进的制度内核融入到传统文化中去,而形式可以是多样的。

其次在于破除“官本位”的思想。中国“官本位”的思想至今仍有深厚的影响。人们对于权力有一种追逐和崇拜的心理,拥有权力就是拥有支配力。这种社会现象导致了法律只是掌权者维护其统治地位的工具,掌权者制定法律只是为了维护其地位和既有利益,人民的利益被忽视了。而西方政府的权力是来源于社会契约,即人们为了保障自身的自由,必须建立良好的社会秩序,这种秩序必须依靠一个主体来维持,政府便是一个适合的主体,于是人们与政府订立了社会契约,将一部分权利交予政府,以让其拥有一定的权力来维持社会秩序。同时,人们通过制定法律的方式,具体规定政府拥有哪些权力,以防止政府权力的滥用。由于中国与西方之间对法律的地位的认识的不同,掌权者的阻力又是相当大的,导致法律制度的变迁变得缓慢。

(二) 利益和资源的再次重新分配

在中国体制转轨的过程中,资源进行了重新分配,导致利益分化,形成了新的利益格局。在利益博弈的过程中,形成了“独占型的利益集团”^⑦,其主要包括政治精英和经济精英两大集团。这两大集团在改革开放资本转换的过程中形

成,也在此过程中积累了大量的资本。这些资本占据了社会总资本的大部分,也即极少数的利益群体占据着社会大部分的资源 and 资本。“独占型利益集团”不会对社会的增量有所贡献,他们只会不断瓜分和占有社会已有的存量,导致社会生产的无效率、整个社会发展缓慢。“独占型利益集团”还往往与政府联合在一起,影响政府的行为。最终政府被利益集团绑架了,改革的进路和制度的变迁就会停滞不前。利益集团占据着大部分资源,具有强大的支配力。他们必然要通过法律的形式来瓜分社会财富的存量,这主要表现在对保护其原有利益的法律的维持和制定有利于保护其利益的新法律^[11]。

要使自由与秩序价值趋向平衡的状态,使中国在转轨时期能处于平稳过渡的状态,必须打破在改革过程中已形成的利益集团格局,对利益和资源进行再次重新分配。改变现有状况可以采取的第一步措施就是引入“社会影响力评估”制度,对已制定的法律或即将制定的法律、法规、行政规章、政府文件等进行审查,综合评估其对市场竞争、消费者利益、环境、个体权利等的影响。“影响力评估”制度首先是由世界经济合作和发展组织创设的,集中体现在其竞争评估工具书(competition assessment toolkit)中。之后欧盟、日本、韩国、澳大利亚等国家和地区纷纷采用了这一制度来评估政府的行为,防止公民利益和社会利益被政府所侵害,其中尤以欧盟的影响力评估(impact assessment)发展得最为完善。

四 结语

自由与秩序是建设法治社会基本的内在价值,也是我国整个社会变迁的价值基础。处于转型时期的中国,由于价值观念的转变滞后于经济体制的转变,在此过程中出现了一系列的问题。这些问题在经济上、文化上和政治上都有表现,而出现在各个层面上的问题都是相互联系和互为因果的。罗斯福说“没有秩序的自由和没有自由的秩序同样具有破坏性。”解决这些问题最根本的还是在不断变革的过程中寻求自由与秩序之间的动态平衡。这种动态平衡形成必须要靠具有现代价值的法律制度的建立。

但是在此过程中遇到了自然的和人为的阻碍因素。其中最主要的是人为的因素,即小部分垄断资源的利益集团使得法律制度的变迁出现了停滞状态。要完成法律制度的创新,必须打破这种利益垄断的格局,对利益进行再次重新分配。但是从目前的社会状况来看,这还需要相当漫长的过程。

注释:

① 恶法思想是随着新自然法学派和分析法学派的出现而兴起的,以奥斯丁为代表。其认为法律应与道德相分离,并将法律研究的重点由价值研究转向形式研究。其“恶法亦法”的思想与新自然法学派“恶法非法”的思想形成对比,成为了西方法哲学史上的两大流派。由于本文着力于讨论自由与秩序这两个价值目标,故不对恶法思想展开论述。

② 无限的自由是不存在的,一个个体的无限自由必然意味着对另一个或另一些个体自由的侵犯,最终的结果是所

有人的自由都受到了侵犯,所以必须要有良好的社会秩序来对这种“无限自由权”加以约束。

③ 权力惯性是指当某一主体在拥有某一项权力一段时间以后,该主体会当然认为其享有这项权力,就像受到惯性作用一样,要其突然放弃这项权力不是马上就能实现的,往往需要再延迟一定的时间,而对于像政府这样的主体,这段期间就相对变得更长。因为政府是一个比较强势的主体,就像某一物体重量越大,其惯性越大。

④ 首先,我国经济体制的转轨是从计划经济到市场经济,这种转变是不可能自发开始的,必须要靠强大的外力推动;其次,我国是一个缺少市场文化传统的民族,没有自发向市场经济体制过渡的思想基础。在面对国际经济迅速发展的压力下,政府充当了这股强大的推动力,且也只有政府有这个能力来发动这场变革。20 世纪 8、90 年代中国之所以没有出现像前苏联那样的局面,很大程度上是跟我们强势政府的主导有关的。

⑤ 萨维尼说“每个个人的存在和活动,若要获致一安全且自由的领域,需建立某种看不见的界限,然而此界限的确立又须依凭某种规则,这种规则便是法律。”笔者很赞同这一观点,在本文的论述中也是依照这一逻辑的。

⑥ “独占型利益集团”在诸多利益集团中处于垄断地位,他们为了维持原有的地位,维护其巨大的利益,往往与政府结合,推动政府加强管制,防止其他利益集团进入以分割其利益。他们阻碍制度的变迁和社会的改革,因为这种转变就意味着他们可能丧失原有的利益。而且由于其处于垄断地位,产生的阻力是相当巨大的。

[参考文献]

- [1] 李宏. 法治现代化的基本价值目标: 从自由与秩序的辩证关系入手[J]. 河南社会科学, 2008(1): 130-133.
- [2] 陈福胜. 法治: 自由与秩序的动态平衡[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 68.
- [3] [英]以赛亚·柏林. 两种自由概念[EB/OL]. [2010-12-16]. http://jmaggio.typepad.com/no_call_me_jay/files/two_concepts_of_liberty.pdf.
- [4] [英]哈耶克. 自由秩序原理[M]. 邓正来译. 北京: 三联书店出版社, 1997.
- [5] 程延军, 杜海英. 传统“义务本位”观的法律文化解析[J]. 内蒙古民族大学学报, 2007(2): 88-82.
- [6] 张康之. 论强制力的社会秩序功能的有限性[J]. 广东社会科学, 2001(2): 111-116.
- [7] 秦晓. 现代性与中国社会转型[EB/OL]. [2010-12-19]. <http://www.douban.com/group/topic/7789500/>.
- [8] 刘小英. 西方文化对中国文化影响的回眸与展望[J]. 江海学刊, 1999(2): 87-88.
- [9] 汪彤. 政府权力悖论与中国经济转轨[M]. 北京: 中国发展出版社, 2010: 40.

(下转第 94 页)

[参考文献]

- [1] 张穆. 顾亭林先生年谱[M]//续修四库全书(第553册). 上海: 上海古籍出版社. 2002.
- [2] 陈宏亮. “归奇顾怪”解[J]. 苏州大学学报, 1989(4): 68+56.
- [3] 严迪昌. 归“奇”顾“怪”略说[J]. 古典文学知识, 2001(4): 66-73.
- [4] 秦松龄. 苍岷山人文集[M]//四库未收书辑刊(第5辑第28册). 北京: 北京出版社. 2000.
- [5] 秦松龄. 苍岷山人[诗]集[M]//四库未收书辑刊(第5辑第28册). 北京: 北京出版社. 2000.
- [6] 归庄. 归庄集[M]. 上海: 上海古籍出版社. 2010.
- [7] 顾炎武. 顾亭林诗文集[M]. 北京: 中华书局. 1983.
- [8] 徐鼐. 小腆纪传[M]. 北京: 中华书局. 1958.
- [9] 赵经达. 归玄恭先生年谱[M]//丛书集成续编(第37册). 上海: 上海书店出版社. 1994.
- [10] 柴德赓. 跋顾亭林《致归元恭札》墨迹[M]//史学丛考. 北京: 中华书局. 1982.

“Gui Strange and Gu Gueer”

——Textual research into the association between Gu Yanwu and Guizhuang

ZHOU Yu-fei

(Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

Abstract: Guizhuang and Gu Yanwu came from Kunshan. The communication between them prolonged for forty years. They were called “Gui Strange and Gu Gueer”. They joined Fu association and “Jingyin poets’ society”. Textual research into the association between them, made a great contribution to studying loyalist’s literary creation in the early Qing dynasty.

Key words: Guizhuang; Gu Yanwu; Loyalists

(上接第60页)

- [10] 秦怡红. 当代中国法律文化的冲突及其解决路径[J]. 北方论丛, 2010(3): 160-163.
- [11] 潘小军. 中国法律转型的经济分析: 一种新制度经济学的视角[J]. 江苏社会科学, 2006(5): 65-71.

On the Dynamic Equilibrium between Liberty and Order

——A perspective of China’s transitional period

GAN Xiao-lu

(East China University of Politics and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: Liberty and order are the essential elements for the living and development of human beings, which are guaranteed by institutions of law in modern society. Liberty and order are the fundamental value of law. It can not be denied that there exists wide difference on the cognition and orientation of liberty and order between the East and the West, which leads to complete difference of political, social and law system. With the impact of Western liberal thought and institutions in this transitional period, China is in the state of imbalance between liberty and order, therefore, to seek dynamic equilibrium between liberty and order is of great importance to people’s freedom and social stability of China.

Key words: liberty; order; dynamic equilibrium; transitional period of China