



跨越式发展

KUAYUESHI 法治保障研究 FAZHAN FAZHIBAOZHANGYANJIU

——第四届“法治湖北论坛·湖北法学家高层论坛”论文选集

湖北省法学会 编



湖北长江出版集团
湖北人民出版社

跨越式发展 法治保障研究

——第四届“法治湖北论坛”·湖北法学家高层论坛论文选集

湖北省法学会编

鄂新登字 01 号
图书在版编目(CIP)数据

跨越式发展法治保障研究:第四届“法治湖北论坛”·湖北法学家高层论坛论文选集/湖北省法学会编.

武汉:湖北人民出版社,2011.11

ISBN 978 - 7 - 216 - 07029 - 4

I. 跨…

II. 湖…

III. 社会主义法制—建设—湖北省—文集

IV. D927.63 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 245329 号

跨越式发展法治保障研究

——第四届“法治湖北论坛”·湖北法学家
高层论坛论文选集

湖北省法学会 编

出版发行: 湖北长江出版集团
湖北人民出版社

地址:武汉市雄楚大道 268 号
邮编:430070

印刷:湖北省公安印刷厂
开本:787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印张:18.75

插页:2

版次:2011 年 11 月第 1 版

印次:2011 年 11 月第 1 次印刷

字数:352 千字

定价:50.00 元

书号:ISBN 978 - 7 - 216 - 07029 - 4

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

主 编 吴本清

副 主 编 陈志伟 王世杰 张永安

编 辑 人 员 何韵铭 舒红胜 甘 炜

第四届法治湖北论坛论文集编辑委员会

主 任 郑少三

副主任 李 龙 姚仁安

委 员 (按姓氏笔画排序)

王 晨 方世荣 李仁真 李长健 齐文远

刘大洪 吴汉东 陈小君 汪习根 萧伯符

易继明 徐汉明 康均心 曾宪义 彭真明

熊世忠 魏纪林

前 言

湖北省十一届人大四次会议批准了湖北“十二五”发展规划纲要,规划纲要正式把跨越式发展写在了湖北“十二五”发展的旗帜上,确立了新的战略目标和价值取向。省委书记李鸿忠多次强调:“跨越式发展必须是坚持以科学发展为主题,以转变经济发展方式为主线的发展;在新的起点上推进湖北跨越式发展,是时代赋予我们的光荣使命,是全省人民的殷切期盼。要充分利用一切有利条件和发展机遇,更加积极努力、更加奋发有为,共同开创湖北科学发展、跨越式发展的新局面。”落实跨越式发展的目标任务,固然有很多举措,需要方方面面的努力,但我们清醒地认识到,法治是实现跨越式发展的重要前提和保障,在新的起点上构筑湖北跨越式发展新优势,必须始终不渝地秉持法治这一重要理念,毫不动摇地坚持法治这一重要导向。省法学会紧跟省委、省政府重大决策部署,举办了以“跨越式发展法治保障研究”为主题的第四届“法治湖北论坛”,组织法学界的专家学者,就法治如何更好地服务跨越式发展、保障跨越式发展等问题进行深入研讨,契合时代要求,具有现实意义。

本次论坛共收到论文512篇,经过省法学会学术委员会委员的评审,评出一等奖2篇,二等奖6篇,三等奖14篇,提名奖22篇。在这些论文中,有关于产业优化升级、可持续发展、区域经济一体化发展、知识产权保护以及食品安全等法治问题的研究,也有跨越式发展基础理论的探讨,还有地方立法的建言献策。作者紧紧抓住跨越式发展中已经存在和可能出现的法治问题,从理念、机制、政策和法律规章等方面进行了深入研讨,形成一批较高质量的研究成果,提出的许

多法学法律方面的真知灼见,具有很强的理论性、实践性和积极的借鉴意义。

为进一步扩大论坛的影响,促进研究成果的吸收转化,同时也为了展示湖北法学法律工作者的学术风采,现将获奖论文汇编成册,以飨读者。

编 者
2011 年 11 月

目 录

一、基础理论篇

1. 跨越式发展的法治模式与机制研究…………… 汪习根 武小川 ((1)
2. 论跨越式发展的法治保障…………… 钱侃侃 (17)
3. 跨越式发展应有之品性及其法理反思…………… 张德森 (25)

二、地方立法篇

4. 地方立法保障区域跨越式发展若干问题探析…………… 陈焱光 (32)
5. 湖北省实现跨越式发展中的地方立法问题及其反思…………… 秦前红 (40)

三、产业促进篇

6. 产业转型中的法律风险控制研究
——以湖北长江经济带产业协调发展为视角…………… 刘大洪 (51)
7. 中小企业跨越式发展的法治障碍及解决…………… 潘 峰 易海辉 (57)
8. 中小文化企业融资难的成因与对策
——以武汉 CBI 动漫基地调研为蓝本…………… 李华成 (68)
9. 跨越式发展的法治之路
——湖北武陵山少数民族经济社会发展试验区法制机制建设初探
…………… 关 静 (77)

四、发展持续篇

10. 促进湖北省水资源管理跨越式发展的法律思考
——以《欧盟水框架指令》为借鉴…………… 杜 群 李 丹 (82)
11. 公安机关侦查经济犯罪案件中调解机制问题研究
——以跨越式经济发展为视角…………… 魏 伟 杨 彪 李武珍 (90)
12. 论包容性增长理念下的经济法再分配功能
…………… 胡 佳 (99)
13. 转型社会跨越式发展的法治进路
——基于犯罪与犯罪治理视角…………… 李枝良 (107)
14. 跨越式发展背景下环境刑事立法的反思与完善…………… 陈晓华 (120)

五、行政与司法创新篇

15. 区域公共行政的法治政策学探析
——以区域经济一体化为视角 何士青 (128)
16. 区域经济一体化研究区域经济发展与行政垄断的规制
..... 曹海晶 李 祎 (136)
17. 湖北跨越式发展背景下的司法救济路径 吴天宝 肖云端 (145)
18. 财政分权与纳税人保护 黎江虹 (149)

六、知识产权篇

19. 知识产权战略与湖北跨越式发展 吴汉东 (156)
20. 关于我国企业以品牌创新为主导的知识产权协同战略方式探讨
..... 魏纪林 李明星等 (164)
21. 湖北省跨越式发展下涉农企业知识产权战略实施对策研究
..... 胡神松 (172)

七、产品质量篇

22. 质量兴省战略的法律支持 湖北省法学会课题组 (179)
23. 权利视角的食品安全问题 张润昊 (189)

八、研究会学术论文

24. 网络社会诚信机制的立法构建 王永强 李 嫻 (198)
25. 浅析经济发达镇外来人口社会管理问题与对策
——从新塘镇“6·11”事件说起 王 军 (207)
26. 法治意识在创新社会管理中的定位探讨
..... 刘 剑 顿德爱 谭艳军 (213)
27. 刑法修正案(八)中刑法理念的六大转变 康均心 (224)
28. 论跨越式发展中的刑法理念
——以检察机关依法履职为切入点 周理松 陈 乔 (236)
29. “跨越式发展”背景下的刑事司法与律师辩护 汪少鹏 (244)
30. 论信访制度法治化的路径选择 秦国文 陈建华 (252)
31. 跨越式发展中的宪法问题 王广辉 (261)
32. 跨越式发展与宪法上的财产征收条款的完善 邹爱华 (265)
33. 我国社区矫正的反思与构建 吴占英 张伟宁 (277)

跨越式发展的法治模式与机制研究

汪习根 武小川*

跨越式发展自 21 世纪初进入中国国家决策层面视野后,引发了对跨越式发展模式研究的热潮^①。这些研究大多从经济学角度,针对中国或各个区域的实际情况来论证相应的跨越式发展的经济社会与技术模式,而法律上的模式构建与机制供给明显不足。法律与经济的关系是法学研究的重要部分。“对大多数持续的经济增长,法治如果不是充分条件、也是必要的一个条件。大量的长期和多国别的经验研究已经表明,法治与增长有正相关关系^②。”本文将从法学角度出发,研究法治对跨越式发展的作用模式与保障机制。

一、跨越式发展的法治模式选择

在研究跨越式发展的诸多文献中,对跨越式发展的定义其说不一。Keun-Lee 和 ChaisungLim 在研究韩国工业发展道路时指出了三种赶超(catching-ups)模式:路径创造型赶超(path-creatingcatching-up),路径跳跃型赶超(path-skippingcatching-up)和路径跟随型赶超(path-followingcatching-up)。他们认为只有前两种赶超模式才是跨越^③。尽管这种分类方法主要研究的是科技在工业发展中的作用,但在研究社会的总体跨越式发展时,该分类仍具有借鉴意义。本文认为,跨越式发展是落后国家或地区为了更好地提高发展水平而提出的一种目标性概念。

和科技发展不同,社会发展并不存在固定的路径。科技的发展本质上是一种发现过程,遵循客观的自然规律和科学规律。而社会发展是综合性发展,包括人的素质的提高、制度的完善、科技的进步等诸多内容。社会发展在某种程

* 作者简介:汪习根,武汉大学法学院院长、教授、博士生导师;武小川,武汉大学法学院博士研究生。

① 2000 年 8 月,江泽民在东北三省党的建设和“十五”期间经济、社会发展座谈会上指出:“我国正处于加快工业化的过程中,又面临着运用科技成果特别是信息技术改造和提升传统产业的难得机遇,必须以信息化带动工业化,发挥后发优势,实现社会生产力的跨越式发展。”随后,西藏、甘肃、宁夏、新疆、湖北等多个省区也将跨越式发展列入发展规划中。参见《人民日报》2000 年 8 月 29 日第 1 版。

② 裴文睿:《中国的法治与经济发展》,吴敬琏、江平主编:《洪范评论》第 1 卷第 1 辑《法律与发展》,第 18 页。

③ KeunLee, ChaisungLim. Technological Regimes, Catching-up And Leapfrogging: Findings From The Korean Industries. Research Policy30(2001). 459-483, 459.

度上是一种创造过程,“它的轨迹是由利益、意识形态和制度来维持的,而其中每一个都是可以改变的^①。”

跨越式发展建立在先进和落后的区分之上。后发优势论为跨越式发展提供了有力的理论支持。“科技知识有可能从先进地区向落后地区扩散。一个经济体离科技前沿越远,引入高科技后可能产生的技术进步就越大。因此,在劳动生产率方面落后发达国家越远的国家,就越有可能获得更高的生产力增长率^②。”除了技术引进优势外,落后地区还具有制度创新优势、结构变动优势、规模扩张优势、人力资源优势等其他优势^③。

但是,后发优势只是一种相对优势和可能优势。具备后发优势并不必然就能实现跨越式发展。实际上,近几十年来并未出现穷国追上富国的总体趋势。在发展中国家,国际贸易和投资的利益大多流向资本控制者,劳动者所得甚少。根据世界银行的报告,在过去三十年中,穷国和富国的差距扩大了十倍^④。要实现跨越式发展,借鉴国内外落后地区实现跨越式发展的成功经验是极为必要的。通过实证研究,在抽取典型跨越式发展样本并进行类型化分析后,将跨越式发展的法治模式归结为以下四种:

(一)权力主导下的法律强制干预模式

国家公权力以立法以及授权立法的最有效方式强力介入而非一般间接地引导发展过程。其关键在于打破了市场主体之间的平等权利义务关系,以非对等非互惠的现代法律调节机制进行强制性资源配置。以深圳市为例,1980年,全国人大常委会颁布了《广东省经济特区条例》,建立了深圳经济特区。根据该条例,深圳市在税收、土地使用、外汇管理、产品销售、出入境管理等方面制定了一系列吸引外资的优惠政策。通过来料加工、补偿贸易、合资经营、合作经营、独资经营等形式吸引了大量外资,加速了经济特区的发展。1988年10月国务院通过了深圳市在国家计划包括财政计划中实行单列的批复,赋予其相当于省一级的经济管理权限。全国人大常委会1992年通过了《授权深圳市人民代表大会及其常务委员会和深圳市人民政府分别制定法规和规章在深圳经济特区实施的决定》,赋予了深圳经济特区立法权。经过30多年的发展,深圳从1978年工业总产值仅有6000万元的边陲小县变成了2009年国内生产总值4479亿元的国际大都市。就整个珠江三角洲而言,其跨越式发展呈现出地方政府主导、外向经济发展、

① Peter A. Gourevitch, *The Politics Of Corporate Governance Regulation*, 112 Yale L. J. 1829, 1866 (2003).

② Edward N. Wolff, *Competitiveness And International Specialization: Policy Implications*, 25 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 263, 263 (1993).

③ 简新华,徐辉:《后发优势、劣势与可持续发展》,《经济学家》2002年第6期。

④ Mark. D. Kielsgard, *Unocal And The Demise Of Corporate Neutrality*, 36 Cal. W. Int'l L. J. 185, footnote 47.

经济组织创新和内外市场联动的特征^①。可见,这一模式的实质在于:第一,动用国家最高权力即立法权,并授权待开发区域以特别的地方立法权,使区域发展自由最大化;第二,市场自由的退场与经济行为的权力化,经济发展与政府行为直接相关,没有产业政策与分配优惠政策,就没有跨越式发展。

(二)权力引导下的政策性平衡模式

这一模式与上一种模式较为相似,都需要公共权力的高效率地干预,但在干预的力度与方向上存在重大差异。它是在传统公法的权力直接干预的同时,也注重发挥间接引导而非直接主导的功能,在不同的市场主体之间进行平衡与协调。以上海为例,1990年4月,时任上海市长的朱镕基提出了“上海浦东开发十项优惠政策”。1990年6月,国务院在开发和开放浦东问题的批复中指出,开发和开放浦东,主要是利用国外资金发展外向型经济,把引进的重点放在技术密集型产业上。1990年9月,国务院通过了《关于上海浦东新区鼓励外商投资减征、免征企业所得税和工商统一税的规定》,上海市政府也通过了《鼓励外商投资浦东新区的若干规定》,在浦东设立保税区,并对外资企业的地方所得税、关税、房产税、银行贷款等给予各种优惠。同月,上海市政府发布了《上海浦东新区产业导向和投资指南》,对产业发展原则、鼓励发展的产业和限制或禁止发展的产业做出了规定。通过大量吸引高端外资,走开发公司主导下的国家级开发区建设之路,大力发展高新技术产业和高端服务业,浦东新区的经济总量由1990年的60.2亿元增长到2006年2365亿元,占上海市的比重由1990年的8.1%提升到2006年的22.8%^②。可见,这一模式既重视法律的强力干预与控制,又注重发挥法对产业结构与技术进步的超前引导功能,采取了法律直接干预与间接平衡的双重手段。

(三)权力整合下的区域联动模式

通过国家层面的立法,政府承担投资、援助、补贴、产业规划与升级诸方面的法定职责,完成对特定区域的全面整合与系统规划,助推该区域摆脱发展困境而实现跨越式发展。以德国为例,在二十世纪五十年代以前,德国鲁尔工业区以丰富的煤、铁资源为基础,依赖便利的交通条件迅速发展成德国甚至是欧洲的重工业基地。但在五十年代后,资源枯竭和新能源的发展导致鲁尔工业区经济衰退、失业率上升、环境污染问题严重。为了摆脱危机,鲁尔经济区先后制定了《联邦区域整治法》、《煤矿改造法》、《环保基本法》等相关的法律法规,并制定《投资援助法》加大对煤炭、钢铁等工业的投资力度。1969年制订了《鲁尔区域整治规划》,是联邦德国第一个在法律上正式生效的区域整治规划,它的目标是以煤钢工业为基础,发展新兴产业,改善经济结构,拓展交通运输。但是,

^① 参见左正:《“珠江三角洲模式”的总体特征与成因》,《经济理论与经济管理》2001年第10期。

^② 参见曾刚、赵建吉:《上海浦东模式研究》,《经济地理》2009年第3期。

将大量补贴投向煤、钢企业,并没有从根本上改变产业结构单一的局面,也没有扭转经济衰退的趋势。“之所以发生这些错误,主要是认识方面的误区,政府认为,通过投入大量资金就一定能挽救鲁尔区,可以创造新的工作岗位。但实践证明这是错误的,政府虽然投入大量资金,但没有努力去改变单一的经济结构,政府试图通过补贴,以减少经济变革引起的震荡,但这种方式只是延长了变革的时间,最终阻挡不了变革。”^①1979年联邦政府与鲁尔区各级地方政府以及工业协会等组织联合制定了《1980—1984年鲁尔行动计划》。为加强服务业和第三产业的发展,鲁尔区规定向区域内从事信息技术、新材料等新兴产业的大型企业投资者28%,小型企业投资者18%的经济补贴。为减少产业结构转型产生的失业问题,政府积极建立各种替代性就业岗位,每年约安置20%再就业岗位,失业者均可获得失业保险。1989年德国政府又制定了“矿冶地区未来倡议”,然后又着手实施“欧盟与北威州联合计划”,依照鲁尔区内的不同情况,实现产业结构的多样化发展。比如多特蒙德依托高校和科研机构大力进行知识技术创新;杜伊斯堡发挥其港口的地理优势发展成为贸易中心;埃森市则利用森林和湖泊发展旅游和服务业。经过四十多年的转型,鲁尔从煤炭和钢铁制造中心发展成为多种行业协调发展的综合经济区。德国80%的硬煤、90%的焦炭、60%的钢铁和35%的炼油量仍由鲁尔生产^②,但鲁尔在环境整治、文化教育、交通设施和新兴产业方面却取得了长足的进展。可见,这种整合模式中的所谓“整合”,实际上是一种在主体和客体及其相互之间进行的三重整合,其主体是政府、区内经济体和区际经济体三者的互动,特别是区内主体与区际主体以及其内部不同主体的权利义务关系完全凭借公权力的政策性平衡来形成和展开的;其客体是产业格局与公共资金,即以国家财力的倾斜性分配来激励产业结构的调整。而这一切都是通过法律而进行的强制整合。

(四)核心资源的强行赋权模式

对公有土地、矿山等重要资源进行强制性分配,通过法律规范赋予开发者以所有权,从而激发活力、促进跨越式发展。这是一种没有政府直接投资、而是采用配置资源利益的典型权利模式。以美国为例,美国建国后西部边疆不断扩展,但是西部面临着劳动力不足、交通不便等一系列制约发展的问题,成为美国未经开发的“处女地”。美国对西部的开发涵盖了农业、工业和科技等多个领域。美国国会在1784年、1785年和1787年连续通过了3个土地法令,将西部土地国有化后再低价出售给私人。1862年美国通过了《宅地法》、《太平洋铁路法》、《莫里尔法》,加强西部的土地开发、基础设施建设和教育发展。《宅地法》规定美国公民或愿意成为美国公民的人只要交纳10美元就可以获得无人居住

^① 倪健民:《德国鲁尔区经济结构的转变》,《经济研究参考》2000年第11期。

^② 刘力钢,罗文元:《资源型城市可持续发展战略》,经济管理出版社2006年版。

的 160 英亩土地,居住和开垦 5 年之后就变为私有财产。《太平洋铁路法》规定铁路公司每修建 1 英里铁路,政府赠予铁路沿线两侧各 10 英里土地,可免费使用国有土地上的木材、石料等建筑材料。法令还授权州政府以平地每英里 16000 美元,山地每英里 48000 美元的额度贷款给铁路公司。《莫里尔法》规定由国会向忠诚州的每个参议员和众议员拨赠 3 万英亩的联邦公共土地,然后将变卖土地的资金用于建立或维持至少一所学院,讲授农学和农业机械知识。麻省理工学院、康奈尔大学、伊利诺伊大学、威斯康星大学、俄亥俄州立大学等诸多名校均是依靠该项法案得以成立和发展。1864 年美国成立移民局,通过了《鼓励移民法》,为西部开发吸纳来自欧洲、亚洲以及拉丁美洲等地的劳动力。1870 年、1873 年、1877 年美国又通过了《木材和砾石法》、《育林法》和《荒地法》,低价将土地和资源出售给私人进行开发。1887 年的《哈奇法》、1890 年的《第二次莫里尔法》、1935 年的《班克里德——琼斯法》也通过扶持农工商学院为开发西部提供大量掌握农业和工商业知识的人力资源。从 1860 年到 1910 年,美国的劳动生产率提高了近一倍,基本实现了农业的半机械化,美国的工业也从 1860 年的世界第四跃为 1894 年的世界第一。美国的铁路长度也从南北战争爆发时的 3 万英里扩展到 1914 年的 25 万多公里,西部地区的铁路占到总里程的一半。可见,这种模式的核心要旨有两个方面,一是公法与私法互动,在依据公法的强制干预调节方式无条件赋予土地权的同时,又按照私法的意思自治方式为私主体供给资金,满足发展的资金与资源需求。二是资源与权利联姻。将没有权利归宿的处于纯自然状态的土地资源予以确权,依据原始正义的先占之游戏规则,使看似不公平的赋权行为获得了最大的发展效率,其实质是一种以效率价值优先于平等价值为立法导向的跨越式发展模式。

二、跨越式发展模式的启示——从路径到制度

与经济社会发展模式的多样性相对应的是法治模式的差异性与多元性。深圳、浦东、德国鲁尔和美国西部都是利用后发优势实现跨越式发展的典范。由于发展环境和发展基础的不同,跨越式发展呈现出多元化的发展路径。深圳通过改革开放给予的优惠政策抓住了“四小龙”等新兴工业化国家转移劳动密集型产业的机遇,利用发展加工型贸易快速积聚了资金,然后实现向新兴产业和高端服务业转化。浦东开发之初便以吸引高端外资和发展高新技术产业为主要发展动力。德国鲁尔工业区通过从煤钢等重工业向以重工业和第三产业协调发展的综合性经济区的转型实现了跨越式发展。美国对西部的开发则走了一条农业、工业和科技综合发展的道路。跨越式发展并不存在一种固定的发展路径,各个地区可能并且应该在综合分析内部和外部因素的情况下,选择适合本地区的发展模式。

发展路径的多元化催生了对包括法律在内的制度的高度重视。新制度经

济学将发展路径的多元化视为发展的表象而不是原因。越来越多的经济学家认为,“不同国家经济发展的初始制度结构大相径庭,要求其发展路径也相应做出调整;不存在单一的成功发展模式,对于任何国家的任何时期,经济发展中的首要选择是制度的选择。换言之,在经济发展中,‘制度至关重要’^①。”在经济发展中,国家和市场的关系经历了“矫正价格”、“矫正政策”和“矫正制度”三个阶段。新古典经济学认为无论在发达国家和发展中国家,市场供求关系是促进资源配置和经济均衡的有效工具,政府的干预只限于矫正价格。结构主义经济学则认为发展中国家市场体系不完整,国家应该通过对经济的全面干预来弥补市场失败,因而应该矫正国家的政策。制度经济学则追问如何保证政策的正确性和公正性。发展中国家不仅要克服市场失败,还要克服政府失败,因而最为关键的是建立适应市场经济发展需要的基本制度环境。

尽管对制度的定义没有显著差异,但经济学和法学研究的侧重点却是不同的。对经济学家而言,市场是一套社会制度,包括了构造、组织交换活动并使之合法化的机制。新制度经济学从促进经济增长的角度强调制度尤其是市场制度的重要性。对法学家而言,法律同样是一种制度体系。麦考密克将法律视为一种特殊的“制度事实”,但是制度法理论“不是关于社会制度的理论,而是把法律视为一个现实的社会规范体系的理论^②”。制度法学从本体论和认识论角度分析制度尤其是法律制度,而较少关注法律的运作和法律与经济增长的关系。而法律与发展运动直接致力于研究发展中国家法律与经济增长之间的关系。第一次法律与发展运动以现代化理论和自由法制主义为理论前提,认为发展中国家可以通过移植发达国家的法律实现经济增长。这次运动在理论和实践上都受到了质疑,最终归于沉寂。新制度经济学的兴起带来了第二次法律与发展运动,第二次法律与发展运动“强调国家的权力下放和巩固那些有利于市场和私人投资的各种正式和非正式制度^③。”

由于以市场制度为中心,新制度经济学和法律与发展运动至少面临着两种指责。第一,它们忽略了经济发展中的民主。在分析法律与发展运动的效果时,MacGillCarfield认为法律与发展范式需要有一个根本的转变。“学者和实务工作者必须抛弃‘我们如何改变他们?’的问题,并代之以另一个不同的问题:一个共同体想要以何种方式改变它的法律,参与改革过程的外部行动者又应该如

① 谭崇台主编:《发展经济学的新发展》,武汉大学出版社1999年版,第114页。

② [英]尼尔·麦考密克、[奥]奥塔·魏因贝格尔著:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社2004年版,第36页。

③ MacGillCarfield, Participatory Law And Development: Remapping The Locus Of Authority, 47 Am. Bus. L. J. 795, 752.

何行动^①?” Carfield 提出了“参与型法律与发展”(participatory law and development), 强调落后地区人民的自决权, 充分尊重和听取他们的意见, 实现政策制定过程的民主化, 从而使得有利市场经济发展的制度得到更多的认同和支持。第二, 它们忽略了政府干预的积极作用。在 TorKrever 看来, 新制度经济学和第二次法律与发展运动中的法治话语不过是新自由主义的一种延续。法律对于经济发展的价值在于它能够提供一个稳定的投资环境和市场运作所必须的可预测性, 法律之治只不过是市场之治的工具性运用。“早期工业化资本主义的核心和东亚新兴经济体的发展的药方都是国家协调型的政策干预而非当时经济教科书中对市场的虔诚。理论研究也赞同国家在发展中, 尤其是在协调投资, 确保不断增加的资金流向更高产和有效的地方, 以及推动技术和工业升级方面的重要作用^②。”

缪尔达尔认为市场的力量通常倾向于扩大而不是缩小区域间的差距, 在落后地区与发达地区之间存在扩散效应和回流效应, 前者指发达地区到不发达地区的直接和间接投资, 后者指劳动力和资本从不发达地区流向发达地区。在市场机制作用下, 扩散效应小于回流效应, 从而加剧发达地区和落后地区的差距^③。因而落后地区要实现跨越式发展, 依靠市场的自发作用是无法完成的, 需要借助国家的宏观调控。

新制度经济学在研究制度变迁时主要关注的是基于成本收益分析的诱致性制度变迁。它认为随着行动主体组织成本的降低、科技的进步、知识的积累和政治的支持, 制度变迁会自然而然地实现优化。但是, 拉坦认为这些分析“都没有包含关于政治行为或官僚主义行为的明确解释^④”, 为弥补此项缺陷, 学者们提出了强制性变迁理论。“由于国家的权威和特殊作用, 可以强行地引入和推行制度变迁, 因而这叫做强制性制度变迁。在经济发展中, 会出现制度不均衡性, 有些制度不均衡可以由不同层次的诱致性制度变迁来消除。但是, 有些制度不均衡将由于制度变迁的私人收益与社会收益之间的差异而持续存在, 为此需要由上而下在政府的作用下实行强制性制度变迁^⑤。”

深圳、浦东、鲁尔和美国西部的跨越式发展是诱致性制度和强制性制度共同作用的结果。在跨越式发展的启动阶段, 政府自上而下的制度变革和资源配置起着决定性的作用; 在此基础上, 通过引入市场的诱致性制度, 地区的经济得

① MaGgiCarfield, Participatory Law And Development: Reinapping The Locus Of Authority, 47Am. Bus. L. J. 795, 739.

② TorKrever, The Legal Turn In Late Development Theory: The Rule Of Law And The World Bank's Development Model, 52Harv. Int'l L. J. 287, 318 - 319.

③ 聂华林、王成勇:《区域经济学通论》, 中国社会科学出版社 2006 年版, 第 145 页。

④ 转引自谭崇台主编:《发展经济学的新发展》, 武汉大学出版社 1999 年版, 第 256 页。

⑤ 谭崇台主编:《发展经济学的新发展》, 武汉大学出版社 1999 年版, 第 258 页。

到了持续快速的发展。与此同时,对亚洲“四小龙”的发展,安·塞得曼和罗伯特·塞得曼指出,“到20世纪末,正如不能仅仅通过复制法律而获得成功一样,其他任何一个第三世界国家不能复制促使亚洲“四小龙”发展的经济历史已获得成功。只有通过法律的工具性使用来改变其依照固有的约束和资源形成的社会制度,或许会促使其追求自身发展的道路^①。”当非洲国家取得独立后,那些接受过良好教育的领导者并没有改变落后现状。他们认为这是法律和制度变革的缺失造成的,与任用一个好人相比,“好的制度产生好的政府”。“以人为本的发展要求深思熟虑地改变社会制度。这样一种明确的、具有创造性的、有支撑的法律秩序,就构成了审慎的社会制度变革的主要工具。”用“制度再生产规律”可以较好地描述社会、制度和法律之间的关系:

(1) 社会制度,是由各类社会中全体社会成员的重复性行为所构成。

(2) 除非制度改变,社会将不会改变。

(3) 不管多么软弱无力,国家权力毕竟还是引导和有计划变革社会制度的主要工具。

(4) 除非法律秩序已然明确规定了社会变革的根本制度,制度才会发生改变,但这种改变绝非社会可以选择的结果。

(5) 与之相反,在其他事项保持不变的情形下,除非法律秩序变化,那么制度将在本质上保持不变^②。

尽管跨越式发展应该是路径多元的而不是路径趋同的,但是,法律是对多样性高度抽象的产物,对共识与规律的挖掘与确认是通过法治促进跨越式发展的基本动力。而一切理性的法治制度安排都建立在良好的法律价值取向和价值整合的基础上。通过以上分析,我们认为,要创设科学的跨越式发展法治保障机制,必须理性地构建好以下四个关系模式:

一是制度与发展的关系模式。发展依赖主体的自我超越行为,但行为离不开外部制度供给。法律制度是所有制度中最为长效与强效的制度。跨越式发展的法治制度构建首先应当来自于立法上的创新,为此,要处理好中央立法、区域立法与地方立法三者的关系。任何一个区域的跨越式发展都不只是该区域可以自我实现的,必须在国家层面进行立法创新;然后才是地方的立法,即享有地方立法权的省市的立法。但是,即使在同一区域内部依然存在发展的不平衡,所以,区域内部的不同地方之间进行立法或规范创制上的协作十分必要。可见,形成国家、地方以及区域三位一体的综合立法模式是跨越式发展的前提。

二是权力与权利的关系模式。实践表明,没有哪一个区域的跨越式发展可

^① [美]安·塞得曼,罗伯特·塞得曼著,冯玉军,俞飞译,《发展进程中的国家与法律:第三世界问题的解决和制度变革》,法律出版社2006年版,第57页。

^② [美]安·塞得曼,罗伯特·塞得曼著,冯玉军,俞飞译,《发展进程中的国家与法律:第三世界问题的解决和制度变革》,法律出版社2006年版。

以离开公共权力,尽管其介入的方式不同。公权力不能克减私权利,这是国际人权公约的基本原则。但是,公权力可以将道义上的权利提升为法定权利,从而在法律文本中添加权利的新成员,如对新型市场主体的创设、对新型权利的认可或将某种权利赋予给某类主体以激活发展潜能。此其一也。其二,公权力介入到两个及两个以上平等主体之间进行关系衡平,以激励发展行为抑制不利于发展的行为,最常见的是各种优惠政策的广泛采用。但是,应当将这一政策模式及时提升到立法规制上来。

三是自由与平等的关系模式。跨越式发展是对现实的形式上的平等竞争的颠覆。因为这种貌似平等的竞争永远只会是假借自由之名维持发展的不平等格局。所以,跨越式发展在本质上就是以不平等、不对等的特殊方式来干预自由、以缩小不平等从而最终达致实质公平。

四是效率与平等的关系模式。跨越式发展绝对不是简单的基于平等的发展,效率应当是其核心价值。但这并不意味着对平等的牺牲。在满足了罗尔斯正义论的第二个原则即对社会上最不利的人最有利的前提下,效率应当是跨越式发展法治建设的关键目标。

三、跨越式发展的法治机制

一旦承认跨越式发展路径的多元性,接下来要做的便是如何选择具体实践的法律机制。国家在资源配置、制度设计以及执行方面都有极大的能力,因而充分发挥和规范国家的引导、干预与调控职能,对实现社会的跨越式发展具有决定性意义。我们认为,跨越式发展的法治机制至少包括以下六大方面:

(一)赋权机制

赋权是跨越式发展的动力源,法治对跨越式发展的赋权首先在于将特定的公共资源与利益赋予给特定的主体,使其享有法律上的权能与资格,可以排他性地占有、使用或处置并获得收益,分为有形资源与无形利益两种类型的赋权,前者如对土地、自然资源的使用权、经营权与收益权的法律确认,后者如在创新中获得的智力成果权。这些权利客体往往是跨越式发展中增强核心竞争力的关键,其配置的不同取向直接关乎主体的发展动力与能力。同时,由于“民主和人类发展的联系可能是强有力的,但这种联系不是自动的,赋权是沟通其间的桥梁^①”所以,赋权意味着适度的“放权”,要求国家公权力向特定发展区域下放权力,包括立法权、政策规范的创制权等规范性权力和技术、市场、资本等发展要素上的实质性权力。国家在制定和实施发展规划时,给予地方政府更多的权力,使它们能够因地制宜地选择发展模式、发展道路和发展方式。比如资源富集的地区可以采取以工业为主导的发展模式,可以采取自主创新或引进技术的

^① 2002年人类发展报告:《在碎裂的世界中深化民主》,中国财政经济出版社2002年版,第54页。