

国家、市场、社会： 当代中国的法律与发展

梁治平 编

中国政法大学出版社

国家、市场、社会： 当代中国的法律与发展

梁治平 编

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家、市场、社会:当代中国的法律与发展/梁治平编. —北京:中国政法大学出版社, 2005.10

ISBN 7-5620-2811-7

I.国... II.梁... III.社会主义法制-建设-中国-文集
IV.D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 128442 号

书 名 国家、市场、社会:当代中国的法律与发展
出 版 人 李传敢
项目编辑 张 越
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 29.25
字 数 535 千字
版 本 2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2811-7/D·2771
定 价 38.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)58908325(发行部)58908335(储运部)
58908285(总编室)58908334(邮购部)

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编者前言

国家、市场、社会、法律和发展，这些是中国近代以来缘不同面目反复出现的主题。不同时期的现代化方案内容有别、侧重不同，这些主题的含义以及它们之间的关系也随之而变化。不过，正像国家的性质和功能是西方古典政治哲学的核心问题一样，国家概念在近代以来中国的政治思想和社会变迁过程中也占据着中心位置。与西方国家不同的是，在中国特定的历史语境中，个人的观念，以及与个人观念相联系的其他概念如市场、社区、社会、私人领域等，始终没有成为与国家概念同等重要因而能够与之相平衡的理论和实践范畴。这里，“国家”从一开始就是某种引力中心，其他范畴如个人、家庭、市场、社会等，其位置都要根据这个中心才可以被察知和确定。在一个不断变化的图景当中，个人、市场、社会的命运与国家的沉浮息息相关。这或者可以解释，为什么当代中国社会科学的各种论说，无论距离政治多么遥远，都或多或少透露出国家的消息。这也可以解释，何以在像本书这样一部以法律与发展为主题、而且多数作者、评论者和讨论者也不是政治学者的论文集中，多数论证和讨论都是围绕国家问题而展开的。

秦晖教授的文章从一段历史考证开始，但考证本身显然不是这篇文章的目的。对作者来说，“最好的政府是管事最少的政府”这句流传广远的名言究竟出于何人其实并不重要，重要的是这类说法出现在什么样的制度背景之下。进一步说，所谓“大政府”与“小政府”之争也不重要，重要的是政府的权力和责任是不是正相对应。理论上说，权力至小而责任至大的政府可能是最优的，但这种最优政府在现实中似无可能。相反，最坏的政府，即权力至大而责任至小的政府倒是在理论上和实践上皆有可能。作者希望在理论上澄清有关政府大小孰优孰劣的争论中的一些似是而非的论点，认为更重要的是要看政府的权力和责任是否对应一致。而要保证政府权力和责任的对应一致，防止最坏政府的出现，在他看来，就必须实行宪政。

实行宪政属于那种说来容易做起来却十分困难的事情。宪政的目标是要“驯服”权力，这与建立统一的民族国家的目标有着内在的紧张。在像中国这种具有半殖民历史的后发展国家，这种紧张尤为显著。在这里，当国家开始成长壮

大的时候，个人和社会如果没有沦为其牺牲品，也很容易被其阴影所遮蔽。着眼于这一点，了解和研究有关市民社会的各种理论对于构想一种健康的政治与社会理论就显得十分必要了。

最近十数年里，市民社会的理论经历了一次富有戏剧性的发展。因为这个缘故，市民社会的概念变得十分流行，并从欧洲和北美迅速传播到中国。我们应当如何评价西方的市民社会理论及其在中国语境中的应用？作为一种思想资源，市民社会理论对于中国未来政治思想具有什么样的积极意义？陈弘毅教授的文章就围绕这些问题展开。应该说，对这些问题的讨论与前一篇文章的主题具有内在关联，这不仅是因为“社会”始终是“国家”的对应物，而且因为市民社会概念是宪政理论中的一个有机成分。

市民社会理论的重要性似乎是显而易见的，但也像我们遇到的其他许多理论一样，如何把西方社会科学的概念、范畴和理论恰当地和创造性地运用于中国社会，使之适合其分析对象，从而帮助我们理解并且建设性地改造现实，从来都是一项极其艰难的工作。实际上，迄今为止我们在这方面的尝试成功的例子并不多。^{〔1〕}而中国1980年代以来的改革之所以取得了相对成功，也恰恰因为它是所谓渐进式的，而非基于某种革命性的理论。

当然，经验性的渐进主义并非在任何条件下都是最优的选择。实际上，中国在经历了二十多年的改革之后，其经济、社会与政治发展之间的不平衡已经变得十分突出，并且成为社会继续发展的主要障碍。在此情形之下，“摸着石头过河”的信条已经不再是有效的指南，对理论的需求变得日益迫切。季卫东教授正是针对这一情况，希望提出一种超越“渐进主义”和“休克疗法”的制度变迁模式。

在“结构的组合最优化”这篇文章里，季卫东敏锐地指出，与过去二十五年市场化改革相伴随的，是个人不断地从“组织”当中分离出来的过程。然而市场竞争和私人之间的讨价还价并不足以把个人和小集团重新联合起来，从而实

〔1〕 这方面的事例，大至主义、思潮，小至概念、术语，可以说比比皆是。市民社会理论也不例外。与以往不太一样的，由于对学术研究中西方中心主义倾向的自觉意识增强，现在无论何种理论，一经提出便可能面对各种批评和质疑。最早把市民社会理论和概念用于中国的尝试就是在这样的批评性论辩中发展起来的。参见黄宗智（主编）：《中国研究的范式问题讨论》（北京：社会科学文献出版社，2003）。尽管如此，在关于中国的市民社会问题研究中，仍然很少有人注意到中国的本土经验，也很少有人对凝聚了这种经验并且至今仍然被广泛使用的诸如“民间”这样的概念进行深入的研究。相关的批评和尝试，参见梁治平：“‘民间’、‘民间社会’和 Civil Society——Civil Society 概念的再检讨”，载梁治平：《在边缘处思考》页157-189。（北京：法律出版社，2003）

现社会和国家的转型。要做到这一点，必须有一套公共选择的程序、规则、组织和制度。换言之，这个市场化的时代也应该是一个为市场重新安排非市场性的前提条件以建立一套新的公共规范体系的年代。这里，作者的目标指向宪政和法治，而其讨论的重点，则是通过对作为中国社会结构和政治模式特征的关系网络以及“人称化”和“泛人称化”的分析，探讨如何在这些条件制约之下逐步实现基于自由合意的和“去人称化”的制度安排。

面对经济转轨和社会转型所带来的巨大压力，民主、法治、宪政在不同程度上成为颇富吸引力的符号和目标。但是除了在为数不多的具有批判意识的知识者那里，这些概念的含义及其实践意义很少得到深入的省思。比如，法律与发展的关系究竟是什么？发展的目的何在？在今天的社会条件下，法治是否可能？以及，就人的发展而言，法治的理想是否完满？於兴中博士在讨论这些问题时引入了一个重要概念，那就是“解放”。於博士认为，解放与发展是欧洲近代史上的两个主题，二者都要求法律为其提供保障，并在法律的框架内展开，由此而形成了解放、发展、法律三位一体的现代社会格局。然而，这种三位一体的现代社会格局本身又包含着难以解决的矛盾，尤其是在发展中国家，以人权为主要内容的解放和发展这两个主题常常不能一致，而作为一种文明秩序的法治，对于人的解放而言也不能说是一个完满的条件。作者认为，要推动解放与发展的事业，应当法律、道德和宗教并重，这同时也意味着，解放与发展的事业不能只依靠国家，而须要加强个人、社区、非政府组织和公民社会的作用。

强调个人、社区和公民社会的作用，通常被看成是加强民主的重要途径。而在现代社会中，公民民主权利在政治上的表现，首先体现在选举权上。“论我国选举法中的四分之一条款”一文讨论了1950年代以来一直存在于中国选举法上的一个特别规定，即全国和地方各级人民代表名额的分配，农村每一代表所代表的人口数目应当数倍于城市每一代表所代表的人口数。为什么会有这样的规定？其理由何在？这一条款意味着什么？它是否合理？赵晓力博士对这些问题做了清晰有力的分析，他的结论并不令人意外：四分之一条款在直接选举中造成了公民选举权的不平等，在间接选举中造成了代表名额分配的不合理，结果是代表的多数同人口的多数不能一致，这不仅令立法机构的合法性产生问题，而且破坏了宪法所确立的代议制民主原则。不用说，当初提出采用这一规定的社会条件也早已改变。因此，四分之一条款应当尽早废除。

中国是一个人口大国，且其人口的大多数是农村人口。那么，四分之一条款的实施意味着什么呢？农村、农业、农民问题（人称“三农”问题）的不断恶化，城乡差距的存在甚至扩大，这些现象是否同农民在选举权和代表名额方面受

到的“合法歧视”有关呢？

在接下来一篇讨论乡村法律制度建设和纠纷解决机制的文章里，作者傅华伶教授从微观角度入手为我们展现出了变化中的乡村社会法律生活景观。作者以1978年以来中国农村经济发展为背景，从规则、机构、中介和当事人四个方面去观察乡村社会的纠纷类型及其演变、纠纷解决的方法，以及国家法律在其中的作用。这一法律社会学性质的研究给了我们不少关于当代中国农村法律问题的具体知识，其中给人印象最深的，可能是农村社会组织的涣散、乡村经济的凋敝、国家财政的疲弱以及合格的法律服务的缺乏。实际上，正如评论人在讨论中指出的那样，当代中国农村问题的产生，有着极其深厚的历史和制度原因。农村社会的法律问题也只有放在更大的历史和制度背景之下才可以被更好地了解。

对于社会科学诸领域的学者来说，法律与经济之间的联系是不言而喻的。然而，法律与经济发展之间关系的性质，却是学者们一直争论不休的问题。1960年代曾经兴盛一时的“法律与发展”运动终于以失败告终，这对相信法律发展必将促成经济、政治和社会全面发展的人来说是一个不幸的消息。尽管如此，在许多第三世界国家，法律实践仍然在很大程度上是以法律为经济发展所必需的假定为指导而展开的。^{〔2〕}尤其是进入1990年代，在诸如世界银行、国际货币基金组织等重要国际组织持续不懈地推动之下，新一轮法律与发展“运动”逐渐成形，^{〔3〕}成为发展中国家经济发展中的主题。了解中国改革开放以来法律发展过程的人对这个主题应当不会感到陌生。因为，无论法律与经济的关系实际上怎样，改革开放以来的大规模立法以及相应的司法改革和法学教育的发展等，都可以被看成是这个主题的展开。

然而问题并没有解决。即使人们承认法律与发展之间存在某种因果联系，具体是什么样的法律、在哪些方面、哪些领域、通过何种方式、在多大程度上可能促进发展，这些都是需要深入探讨的问题。

杨小凯的文章介绍了一项新制度主义经济学的经济史研究，这项研究想要回答的问题是：“为什么工业革命在英国而不在西班牙发生？”。研究者的结论是：制度在经济成长过程中扮演着重要作用。具体说，虽然同样是因为大西洋贸易而

〔2〕 关于“法律与发展运动”兴衰背景及得失的分析，见布莱恩·Z·塔马纳哈：“法律与发展研究的教训”，载夏勇（编）：《公法》，页121-148。（北京：法律出版社，2000）

〔3〕 关于1990年代以来的法律与发展运动，可以参见汤姆·金斯伯格：“法律对经济发展有作用吗？东亚实践之意义”，载《洪范评论》（第一辑），2004；Randall Peerenboom, *China's Long March toward Rule of Law*, pp. 148-153. (Cambridge University Press).

获得大量财富和发展机会，英国却由于有制约王权的议会制度和更好的保护私人产权以及私人从事商业活动的权利的法律制度，而促成了经济成长的良性循环，并引发了工业革命。作者认为，中国今天所面临的情况可以类比于五百年前的英国和西班牙。换言之，中国的前途取决于制度选择和制度创新。显然，作者相信法律——从宪政体制到具体的经济和民事法律规范——能够促进或者阻碍经济发展。^{〔4〕}这似乎很自然，因为作者所介绍的新制度主义经济学，其本身就是新的法律与发展运动的一个重要的理论渊源。

论及中国这个个案，法律与发展的关系变得似乎更加复杂。一个显而易见的事实是，中国过去所经历的高速经济增长，并不是建立在同样程度的法律发展的基础之上，尤其是同一些其法律发达程度被认为高于中国的国家（比如印度）相比较，这一点显得更加突出。^{〔5〕}当然，承认这一事实并不意味着相反的命题可以成立。毋宁说，它要求人们在考虑这些问题时采取一种更加审慎的立场。在最近关于法律与证券市场关系的研究中，有人提出，虽然法律与经济发展之间存在显著的正相关关系，但在历史顺序上，并不是法律发展在前，资本市场的发展在后，而是相反，比较完善的保护证券投资者的法律制度是较晚才发展起来的，而促成这种发展的一个重要机制，便是资本市场上存在一个有动机推动法律变革的群体。换言之，要引发法律变革，必须先形成有动机去推动这种变革的利益群体。循着这样的思路，陈志武和王勇华讨论了中国的证券法和资本市场发展的关系。

根据这两位作者的研究，中国 1990 年代以来资本市场发展的历史，证明了上述“先发展，后规范”的发展模式。文章从 1990 年上海证券交易所设立开始，追溯了中国资本市场以及相关政策、法律和诉讼的发展，使读者对中国证券制度的背景、中小投资者所面临的问题、法院在解决这些问题时所扮演的角色等，有了一个相当清楚的了解。作者还比较了证券民事诉讼和产品责任民事诉讼，试图通过对这两种诉讼形成机制上不同特点的说明，解释为什么人数明显更少的资本市场投资者，比人数多得多的普通消费者能够更有力地推动与其利益相

〔4〕 我们曾经邀请杨小凯教授来参加同一主题的研讨会，当时他已经重病在身，未能前来，只是托人转来两篇短文。几个月之后，他便与世长辞了。与杨小凯教授在经济学上的贡献相比，这篇他去世前不久完成的短文实在太小太微不足道了，但我相信，这样一篇只有数千字的小文表达了他内心某种强烈的关注。因此，发表这篇短文便可能是我们对他最好的纪念。

〔5〕 一般认为，印度有较程度的民主化。其法治的发达程度也许略低，但肯定高于中国。现在，中国与印度之间经济发展方面的比较正在引起越来越多人的兴趣。最近的一组文章刊载于《比较》杂志第 14 期（2004）。

关的法律的发展。

中国的证券市场首先是为了解决国有企业的资金短缺问题而建立的，这一点已经国内外许多分析家指出。中国资本市场上中小投资者利益得不到保护的问题无疑与此有关。问题是，在证券市场的制度背景没有明显改变的情况下，私人诉讼的意义究竟有多大？比较上一篇文章作者的结论，郭丹青教授的看法可能没有那么乐观。在“政府持股与中国公司治理”这篇文章里，郭教授分析了存在于公司治理的论述、法律、机构和制度中的一些令人困惑的特性，指出造成这些法律和制度内在困境的原因，主要是国家不愿放弃在经济领域保有对企业的完全或者控制性所有权的政策。由于国家控制企业的目的并不只是为了财富的最大化，这样便产生了若干问题，其中包括对其目标进行衡量、平衡和监督执行的困难，也包括国家作为控股股东与其他股东之间不可避免的利益冲突。实际上，几乎是公认的公司治理法律方面的许多问题都源于这一政策和制度背景。

在分析公司治理方面的法律和制度问题时，郭教授还指出，实现公司治理只有合理的法律规定是不够的。任何公司治理体系都依赖于多种互相配合的机构和制度，除了法院和证券监管机构，中介机构如律师事务所、会计师事务所、投资银行、经纪人和股票交易所等也很重要。甚至，基于公法权利的言论自由和媒体多元化对于完善公司治理制度可能也是不可或缺的。值得注意的是，即使是中介性机构和制度的发达程度，也可能程度不同地受到政治发展的制约。这表明，法律与发展的主题必须在一个更大的制度框架里才能够被恰当地理解。

在“国家、市场、社会：以台湾的公寓大厦规范为例”一文中，简资修教授讨论了涉及公寓大厦公共部分（主要是顶层和停车场）的管理规范及其演变，重点分析了基于国家强制的法律规范同基于私人自治的市场规范和基于社区习惯的社会规约之间互相制约和影响的关系，指出在管理公寓大厦问题上，国家、市场和社会三者之间的任一规范都不足恃，相反，只有三者互相配合才可能产生最好的解决办法。就此而言，国家、市场和社会的关系不一定是相互冲突的，而可能是共生共荣的。

实际上，从一个更宏观的角度看，无论国家、市场和社会各自的性质如何，也无论它们之间可能怎样配合，这三者之间必须保有某种适度的平衡，否则就可能造成社会发展的失衡甚至灾难性后果。任何一个经历了从传统社会向现代社会转型的国家和民族，都会对这一点有深刻经验，因为在这些地方，国家、市场和社会这些制度本身都必须经历成长与再造，其过程往往漫长而痛苦。中国的现代国家建构早在一百年前就已经开始，而至今仍未完成。着眼于这一点，则法律与发展的主题也具有了新的含义。这在李强教授的文章中可以清楚地见出。

李强教授从法律的统一性入手，而进入到对现代国家功能和结构的探讨。他认为，现代国家的结构特征包括功能分殊、自主和中央集权等，其中，分殊与自主尤为重要。传统中国社会因为缺乏统一的财政和没有功能分殊，国家对社会的控制实际上很有限。20世纪中叶以后建立的全能主义政治结构虽然能够深入到社会基层，但因为其结构和功能的分殊程度仍然很低，自主意义上的现代国家并未建立起来，以至统一的法律秩序缺乏制度的基础。

王亚新教授的研究为我们进一步观察中国的法律不统一现象提供了更多经验性的材料。在对当下正在进行的民事诉讼程序改革所做的实证考察中，王亚新发现，与改革开放前实行的所谓“马锡五审判方式”相比，如今强调规范化、制度化、正规化的审判方式改革在各基层法院甚至显现出更多的差异。这种法律不统一现象显然与上面提到的没有统一的公共财政和功能分殊的组织的情形密切相关。根据同样的理由，我们也可以说，表面上似乎较少差异的所谓“马锡五审判方式”甚至距现代国家的统一法律制度更远。而人们之所以发现改革开放以来法律发展中存在许多差异，部分原因是这个时代正处在迅速变动的过程之中，尽管这个过程大体是朝着构建现代国家制度的方向进行的。

从某种意义上说，1970年代末“文化大革命”的结束是中国现代国家发展过程中的一个转折点。在那以前，国家的成长伴随着社会的衰落，直至全能主义的国家吞噬一切。而在那以后，社会变迁似乎是向着一个相反的方向运动，以至有所谓“国退民进”之说。不过，这种现象不应当遮蔽一个更重要的事实，那就是，国家向着不同方向的发展其实是受着同一种逻辑的支配。如果说20世纪中国全能政治的建构是在建立现代国家的方面迈出的一步（尽管这一步代价高昂）的话，那么，消除泛政治化，限制国家权力，强调政府职能转变，甚至在一些领域实行“国退民进”的政策，所有这些都是为了造就一个更具现代性的国家，一个权力有限但是功能分殊和自主性程度更高的国家，因此也是一个更强有力的国家。这样的国家自然有别于社会，也将承认和尊重社会的边界。所谓国家、市场、社会的关系，应当在这样的基础上加以考虑。

基于这样的理解，我们所谈论的就不简单是国家的进退，而是国家的改造。所谓政府职能的转变，是要在重新界定和调整国家、市场、社会关系的基础上完成现代国家的构建。在具体制度的层面，这涉及到诸如“党政分开”、“政企分开”等组织和功能的调整，也涉及到比如建立监管体系这样的举措。本书最后一组文章都与监管概念有关。藉着这一组文章，我们最后把焦点放在政府与市场的关系上面。

高世楫和秦海的文章在综合大量文献的基础上对所谓“监管型国家”的兴

起做了一个相当全面的描述。他们把监管定义为“政府以公正、透明、专业化、可问责的方式对日益复杂的社会经济事务进行管理的过程和行为”。这一意义上的监管是在极其复杂的现代社会条件下并且主要是针对市场失灵的情况发展起来的。在全能政治和计划经济的体制下，现代监管制度既无必要也无可能。正是改革开放所带来的经济转轨和社会转型，才使得监管体系的建立不仅必要而且可能。然而，不同国家的要素禀赋、历史经验以及因此造成的制度安排各不相同，要建立中国的现代监管制度既要学习发达国家的经验，也不能够脱离本国的社会条件和制度环境。基于这一点，两位作者建议从垄断行业开始，在垄断行业的改革过程中建立依法监管的现代监管体系。

在中国语境中讨论监管问题首先遇到的可能就是“监管”一词所带来的与传统国家职能联系在一起的想象。对许多政府官员来说，“监管”就是监督管理，就是行政权力基于所谓国家利益和行政便利对受管理者自上而下的干预和控制。^{〔6〕}实际上，近年来已经成立的各种监管机构的工作表现也往往给人这样的印象。造成这一点的原因无疑有很多，其中也包括认识上的原因。比如，人们很容易笼统地谈论政府的经济管理职能，而对其中涉及目标、对象、手段、组织、机制和措施等方面的差异不加区分。针对这种情况，余晖博士提出要对政府的经济职能重新加以划分，将之分为“宏观调控”、“微观监管”和“微观管理”三大类。在作者看来，政府这三种经济职能除了具有明显的共性和差异特征之外，还存在相互补充、替代和转换的关系。因此，对这三种经济职能的性质以及它们之间的关系是否有充分认识并且运用得法，将决定政策的效果和市场配置资源的效率。在文章的后半部分，作者着重讨论了政府经济治理结构中的行政监管问题，指出了现行监管制度中存在的主要问题，并提出了改革的目标。

最近几年，随着国务院机构改革，一些新的监管机构也开始出现在经济和社会领域。人们可以把这种变化看成是政府职能转变的新动向，也可以由此测知经济转轨和社会转型过程中政府与市场关系发生变化的程度。周汉华教授以电力行业监管制度的发展为例，向我们揭示出现有监管制度在机构设置、管理方式、程序安排、救济措施等方面存在的问题和应当遵循的原则。这些文章让我们意识到，现代监管制度的建立并不是设立一些冠以“监管”之名的机构就能够完成的事情。它涉及到国家的性质和治理方式以及国家、市场、社会之间的关系这样一些具有根本性的大问题。因此，尽管建立现代监管制度只是政府与市场关系的

〔6〕“监管”一词是英文 regulation 的中文译法之一，通行的译法还有“管制”和“规制”。显然，这些词（尤其是“管制”）都很容易让人联想到中国传统的治理方式。

一个方面，但它也是建构现代国家和现代社会过程中的一个重要环节。其困难和重要性同样显著。

对于从事社会科学研究的人们来说，中国是一个极具吸引力和挑战性的观察对象。这不仅是因为今天这里正在发生的社会变革，其规模之巨大、速度之迅捷和意义之深远在人类历史上并不多见，也不只是因为这种变革集合了不同时代的内容和要求因此而变得格外错综复杂，同时也是因为，尽管人们可以约略辨识出变革的方向，但是故事的结局并无一定。换言之，中国的现代化不仅是一项尚未完成的事业，也是一项不确定的事业；中国的现代化方案还需要在理论上和实践上不断地探索和调整。

然而长期以来，由于学科划分和专业化的缘故，本书涉及的主题通常是由不同学科的学者们分别地予以讨论。大抵“国家”在政治学，“市场”在经济学，“社会”在社会学，“法律”则不出法学，“发展”被归在经济范畴，“宪政”研究则被局限在规范宪法学的界域之内。不同学科之间绝少往来，更少思想的激荡、视域的融合，由此造成的思想贫弱和理论匮乏，使我们在面对一系列累积而成的极具挑战性的问题时无法提供理论上健全而有力的回应。要逐渐改变这种局面，为不同学科的学者提供各种形式的对话空间是非常必要的。本书就是这方面尝试的一个结果。

这本论文集是在 2003 年末一个同样主题的研讨会的基础上形成的。这些论文的作者、评议者和讨论者来自不同的学科和领域。他们不仅在学术背景、研究领域、治学方法等方面保有差异，其生活经验甚至思想倾向也不尽相同。这种差异为从不同角度进入大家共同关心的问题提供了可能，也为富有启发性和建设性的对话奠定了基础。在编选本书的过程中，我发现，所有论文报告之后的评论和讨论都是极富启发性的。它们不但使所讨论的问题更具现实意义，而且令相关主题变得更加丰富和开放。显然，这些讨论是相关论文主题的延伸、深入和扩大，也是本书主题不可缺少的有机组成部分。因为这个缘故，我保留了所有的讨论，并把它们分别附在相关的论文之后。

需要加以说明的是，原始的讨论稿还有论文报告人的论文报告部分，这部分的内容与论文基本相同，因此，尽管其中可能包含报告人临场加入的少量说明等内容，为避免重复和节约篇幅，这个部分没有收入，这样，读者在读完论文之后可以直接进入评论和讨论的部分。

“如何建设一个公正的社会”系研讨会期间一次单独组织的讨论纪要。这次讨论并未针对收入本书的任何一篇论文，但其重要性和相关性肯定不输于任何其他论文或讨论。故收为本书“附录”。

10 编者前言

本书编辑工作得到洪范东方咨询服务中心王燕云和顾珏女士的帮助，在此一并致谢。

梁治平
2004年12月27日
于北京奥园寓所

目 录

编者前言 梁治平	(1)
----------------	-----

国家、市场、社会：历史与理论反思

权力、责任与宪政：关于政府“大小”问题的 理论与历史考查 秦晖	(1)
讨论一	(21)
市民社会理论的启示 陈弘毅	(34)

法律与发展的再思考 I

结构的组合最优化 季卫东 ——探索中国法与社会发展的新思路	(59)
解放、发展与法律：走向后现代的现代性 於兴中	(87)
讨论二	(101)

法律与发展的再思考 II

论我国选举法中的四分之一条款 赵晓力	(126)
从乡村法律制度的建设看法律与发展：纠纷 的解决与经济发展 傅华伶	(141)
讨论三	(164)

法律与发展的再思考Ⅲ

- 为什么工业革命在英国而不在西班牙发生?
杨小凯 (192)
- 从中国的经历看司法改革与资本市场的关系
陈志武、王勇华 (197)
- 政府持股与中国公司治理 郭丹青 (221)
- 法治与比较制度:以台湾的公寓大厦规范为例
简资修 (236)

转型过程中的法治与国家治理机制

- 现代国家制度构建与法律的统一性
——对法律制度的政治学阐释 李强 (245)
- 程序·制度·组织
——基层法院的日常程序运作与治理结构转型
王亚新 (260)
- 讨论四 (281)
- 从制度变迁的角度看待监管体系演进:国际
经验的一种诠释和中国改革实践分析
高世楫、秦海 (313)
- 政府经济治理结构中的行政监管 余晖 (352)
- 讨论五 (373)
- 监管机构的行政程序研究
——以电力行业为例 周汉华 (393)
- 附录:“如何建设一个公正的社会?”研讨会 (405)
- 作者简介 (443)
- 讨论者名单 (446)

权力、责任与宪政：关于政府“大小”问题的理论与历史考查*

秦 晖

绪论：关于“最好政府”的考证与杰弗逊-梅逊共识

“最好的政府是管事最少的政府”，这句名言历来被认为是古典自由主义“小政府大社会”、“守夜人国家”等主张的经典表述。但如此有名的话最早出自何人？这却是思想史上长期没有解决的问题。

人们明确知道的是 19 世纪美国思想家亨利·戴维·梭罗有过更为极端的表述。他于 1849 年出版的名著《论公民的不服从》宣称：人们都说最好的政府是管事最少的政府，但其实还应彻底一点，“最好的政府是根本不管事的政府”。可见在梭罗时代前一句名言已经广泛流传。而美国历届总统中，明确宣布这句话作为执政理念而且有据可查的，我所知最早的是第 23 届总统、共和党人本杰明·哈里森（1889—1893 年在任）。〔1〕当然，无论梭罗还是哈里森都不是这种说法的创始者。

至今为止，英语世界最普遍的说法是：此话出自美国开国元勋杰弗逊。从学术专著到一般读物，这种说法十分流行。〔2〕而中文著作中称引这句“杰弗逊名言”的更是比比皆是。但是现存的各种杰弗逊文集与书信中都找不到这段话。

* 本文编入本书时有删节——编者

〔1〕 原话为：“To govern best is to govern least”。见 <http://www.jeannepasero.com/bh23.html>

〔2〕 笔者于 2002 年底曾经在网上用 google 搜索引擎检索 least government 及 jefferson 的与门，共有 184 个英文网页，绝大多数都提到杰弗逊讲过上述“最小政府”的话。但是没有一篇注明出处。

专门以搜集杰弗逊文字为务的美国杰弗逊遗产协会以及弗吉尼亚大学阿德尔曼图书馆杰弗逊电子资源库中也检索不到这段话。

1999年，杰弗逊遗产协会主席科茨（Eyler Robert Coates）鉴于查询此话的人之多，特在网上发表答贴，指出“几乎可以肯定”杰弗逊没有讲过这句话乃至类似的话。除了现存杰弗逊文献中查不到此言之外，科茨认为此话也不符合杰弗逊关于政治与政府问题的一贯思想。他特地引出杰弗逊1788年致萨缪尔·史密斯的信，杰弗逊在信中说：“我们现在正摇摆于太大的与太小的政府之间。但是钟摆最终将会停止在中间位置上。”科茨说：如果杰弗逊认为最好的政府就是最小的政府，他怎么会认为政府还有“太小”之说？科茨认为，从其一贯思想看，如果杰弗逊要以一句话来定义“最好的政府”，那只能是“最好的政府就是最遵从民意的政府”。^[3]不久，科茨又写了两篇论文《伪造的杰弗逊引文》和《最好的政府是……》，收入他主编的《杰弗逊主张：以杰弗逊作品为基础解说当今的社会与政治问题》一书。在此二文中，科茨引述了杰弗逊强调政府责任的许多言论，并总结说：“最小的政府最好”的说法过分集中地关注那作为一种体制化权力的政府，但杰弗逊的政府思想则是关注作为顺从人民意愿的服务者职能，武断地让政府“管得最少”未必有助于它更好地履行自己的职责。

科茨指出杰弗逊没有讲过那句话，这看来是对的——毕竟无人能举出杰弗逊说此话的出处。科茨还考证出“最好的政府是管事最少的政府”最早是19世纪前期著名的政论家、杰弗逊的崇拜者、《美国杂志》与《民主评论》的撰稿人约翰·欧苏利文（John O'Sullivan）于1837年讲的，也正是这个欧苏利文最先把这句话归之于杰弗逊。这个考证也没有遇到质疑。但问题在于：即便这句话是欧苏利文而非杰弗逊最先讲的，毕竟欧苏利文是个当时公认的“杰弗逊主义者”，他那句话即便不是杰弗逊的原话，至少也是他归纳出来并自以为属于杰弗逊的思想。那么杰弗逊是否确有类似的思想？科茨对此的否认就大有争议了。

因为众所周知，美国建国之初以汉密尔顿为首的联邦党人与以杰弗逊为首的民主派进行的那场旷日持久、影响深远的论战，正是以要不要一个强大的联邦政府为争论焦点的。双方态度鲜明：汉密尔顿要，而杰弗逊不要。论战中杰弗逊关于政府（尤其是中央——联邦政府）权力太大会威胁公民权利与人民自由的言论可谓比比皆是。并不是科茨征引的“钟摆论”可以抵消的。“小政府”论毕竟不是无政府主义，尽量限制政府权力也不是完全不要政府。而既有政府，必然会有一些规模的机构。从机构角度讲政府不能“太小”，与政治哲学意义上讲“小

[3] <http://www.geocities.com/Athens/7842/archives/quote017.htm>