

政治与法律思想论丛
SERIES OF POLITICAL AND LEGAL THOUGHTS



宪政、法治 与经济发展

张千帆 等著


清华大学出版社

宪政、法治 与经济发展

张千帆 等著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

宪政、法治与经济发展/张千帆等著. —北京:北京大学出版社, 2004. 10
(政治与法律思想论丛)

ISBN 7-301-07970-2

I. 宪… II. 张… III. 政治体制改革-关系-经济发展-研究-中国
IV. D6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 096287 号

书 名: 宪政、法治与经济发展

著作责任者: 张千帆 等著

责任编辑: 谢海燕

标准书号: ISBN 7-301-07970-2/D·0983

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 20 印张 299 千字

2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

作者简介

张千帆 美国德克萨斯大学奥斯汀分校政府学博士，1999年回国后任南京大学法学院教授、博士生导师（2002年起），《南京大学法律评论》主编（2000—2003年），2003年至今任北京大学法学院教授。曾先后出版《市场经济的法律调控》、《自由的魂魄所在——美国宪法与政府体制》、《西方宪政体系》（上下册）、《宪法学导论——原理与应用》，主编国家十五规划教材《宪法学》，并发表了50余篇论文。主要研究兴趣：比较宪法与比较行政法，宪政工程与经济发展，比较政治理论与公共选择实证分析。

PAZ 11/05

PAZ 385

内容简介

人们可能会认为，宪政对于保障个人自由和权利是重要的，但对于一个国家的经济发展或许是可有可无的。改革开放以来，我们逐渐认识到法治对于市场经济的重要性，但还没有清醒地意识到宪政对经济发展的重要作用。许多人甚至认为宪法是和实际社会生活没有关系的空头文件。本书的目的是澄清这种普遍误解。就和保障基本权利一样，宪政对于市场经济建设和可持续发展是不可少的。没有宪政，财产权就得不到充分保障，经济活动自由将受到国家的任意干预，中央和地方的财税关系将处于一种失序状态，全国范围内的市场竞争秩序就难以建立起来，司法系统也难以胜任市场经济对行政法治的基本要求……本书从司法独立、行政法治、政治民主、财政联邦以及经济权利的宪法保障等重要问题入手，全方位探讨宪政对经济发展的重要作用。全书观点新颖、内容详实、论证严密、博采众长，是一本结合宪政普遍原理与社会具体实践的力作。

■ 责任编辑：谢海燕

■ 封面设计： 春天·书装工作室
tel: 010-1360823

汤之《盘铭》曰：苟日新，日日新，又日新。

《康诰》曰：作新民。

《诗》曰：周虽旧邦，其命维新。

是故，君子无所不用其极。

——《大学》

主 编：高全喜

学术委员：李 强 季卫东 王 焱 高全喜

张千帆 曹卫东 杨立范 陈 明

谢鸿飞 刘海波

前言：宪政、法治与经济发展

当前,“依法治国、建设社会主义法治国家”已被写入我国宪法,从而为市场经济体制的建立与完善提供了法律基础。如果说法治(rule of law)和经济的联系已获公认,宪政(constitutionalism)对经济发展的作用则远未获得普遍认同。相反,一种普遍的误解认为,宪政仅涉及到公民权利和纯政治性事务,和经济无缘。更有甚者,由于对法治与宪政的长期忽视,宪法被认为是没有实际效力的空头文件。然而,对世界上主要法治国家的研究充分表明,宪法在现实生活中的直接效力不但是公民权利不受任意侵犯的切实保障,而且也是经济可持续发展的必要条件。这项课题通过比较各国的发展经验,论证宪政作为法治的源泉和最高表现形式,为健康与稳定的经济发展提供了体制基础。

到目前为止,国内学术界对法治与经济发展的关系仅限于一种被唤醒的意识,缺乏严格的科学论证,尽管已有一些相关的英文原著被陆续翻译。这一领域在国外也属于新兴学科,因为旧的“体制学派”(institutionalism)对法律的社会作用的认识限于受意识形态的影响所作的一般描述^①,往往陷入“法律形式主义”(legal formalism),未能在微观层面对个人的行为选择作出深入分析。事实上,“新体制学派”(Neo-institutionalism)在初始阶段的工作也有同样问题,尽管分析的视角已发生了转变^②。在这一方面,以韦伯(Max Weber)为代表的社会法学曾作出开创性贡献,但由于当时的研究方法和经验数据的限制,社会法学的研究仍然是宏观的与粗浅的。只是在近二十年来,随着方法论的个体主义(methodological individualism)被逐渐应用到社会科学的各个领域,博弈

① Carl J. Friderich, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America* (Revised edition), New York: Blaisdell Publishing Co. (1941).

② 如 James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy*, Ann Arbor: University of Michigan Press (1962).

论和理性选择模型等研究工具才被越来越多地用来分析法律问题^①。即使如此,这类分析目前仍局限于较为简单的事例,缺乏充分的理论与经验证据。至于作为法治最高形式的宪政和经济发展的关系,严格与中立的学术论述则更为少见。但宪政在发达国家乃至发展中国家的社会转型中的作用,受到学术界越来越多的关注^②。

本书的重点在于澄清宪政、法治与经济发展三者之间相互依存、相互制约的辩证关系。首先,要发展国民经济并全面提高人民的生活水平,市场是不可替代的运行机制;市场机制的稳定与顺利运行,又离不开一种由法律调控所提供的普遍秩序。这是因为市场活动在本质上是一种体制化、按规则进行的可持续的创造性活动,而任何能实际运行的体制都以一种可靠的实施机制为前提。市场经济涉及到为数众多的主体积极参与合作的生产与交换,并主要通过这些主体之间的相互调节而自动获得完成。出于对自身利益的考虑,这些活动主体之间自愿形成了某种相对稳定的互惠关系,从而产生了有关权利与责任分配的契约。如果没有一种公开与普遍适用的法律秩序及可靠的实施机制,那么这种权利与责任关系就不可能在大规模范围内获得实现。市场活动的多体性、多样性与复杂性,决定了其有效调控必须通过法治——而非人治——才能实现。但另一方面,法治也可能对经济与社会的发展产生消极作用。发达国家的历史表明,健全的法律体制将给人们的经济活动及其未来规划带来确定性和可测性,但过分确定、一成不变的法律又往往会成为少数人保护其既得利益、阻碍社会新兴势力发展的工具,在这个意义上,法治又可能成为经济与社会发展的敌人。在英、美、法等法治国家的现代化过程中,独立与有效的法院系统部分化解了法治与发展之间的紧张关系,这可作为我国司法体制改革的借鉴。

法治与宪政之间同样存在着一种在矛盾中相互依存的复杂关系。从表面上看,它和发展对法治产生的冲击一样,通过宪法审查制度而体现实际效力的宪政也会影响法律的确定性与稳定性。但在本质上,宪政

^① Douglas G. Baird, Robert H. Gertner, and Randal C. Picker, *Game Theory and the Law*, Boston: Harvard University Press (1994).

^② 参见 Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes* (2nd Ed.), Washington Square: New York University Press (1997).

与法治是一致的。就像宪法是最高法律一样,宪政是法治的最高形式,而法治是宪政的基础。没有法治作为基础,宪政就成了沙滩上的大厦,不可能承受住任何现实政治的风浪。但没有宪政,法治就成了无源之水、无本之木,也不可能维持长久。通过控制法律的合宪性,宪政为法治提供了获得社会普遍认同的道德目标,包括政府所必须尊重与保护的公民基本权利。不仅如此,宪政还为法治的实现提供了必要的政治机制,以监督政府依法行政、依法治国,并在提高政府效率的同时控制其权力的滥用与腐败。通过规定政府权力的结构,宪政为法治社会的运行提供了一个基本秩序,而这一法律化的政治秩序又是经济长期、合理与稳定发展的前提。

最后,发达国家的法治史表明,宪政对于经济发展具有至关重要的作用。宪政体制的有效实施为北美大陆保障了长达两个多世纪的和平、繁荣与稳定。通过纵横两个维度的分权,美国联邦宪法不但为政府权力提供了有效的法律控制,而且妥善化解了不同地区之间的潜在矛盾,从而在体制上保障了贯穿北美大陆的共同市场的建立与发展。西欧国家的战后经验也反映了同样的发展趋势。诚然,一些后起国家和地区的政府也能通过集中权力、统一规划来加速本国经济发展的步伐。台湾、韩国与新加坡等国家和地区的成功经验似乎表明,经济发展在宪政和法治不完善的环境下似乎也能实现。但这种观点显然是片面的。事实上,这些国家和地区在经济获得一定程度的发展后,本身也开始向宪政体制转变,从而保持了经济的稳定发展。相反,那些停留于个人专制或家族统治的国家(如亚洲金融风暴中的印度尼西亚),则难以避免因政府腐败和社会动乱引起的各种资源浪费。另外,这些成功经验仅限于地域和人口极为有限的地区,因而不适用像中国这样的大国。中国具有大国特有的国情,因而宪政仍然是经济可持续发展的重要条件。这项研究还将论证,如果使我国宪法的某些经济条款具备直接的法律效力,并在相应领域内建立起有限的宪法审查机构,将有助于保障我国经济改革的顺利进行。

本书将结合传统的概念分析和社会科学最新分析方法,探讨在现代化过程中经济活动主体和政府官员行为的微观选择机制,进而论证宪政在体制上对法治乃至经济可持续发展中的保障作用。通过比较一些典

型的发达国家和发展中国家的宪政建设经验,这项研究将尝试建立起经济发展、政治改革、法制健全以及文化转变之间相互作用的普遍模型,从而阐明市场经济得以建立与维持的必要条件。最后,这项研究将联系中国实际,考察宪政与法治对促进中国经济发展的积极意义,并探讨进入经济繁荣、政府法治和宪政文化的良性循环之途径。以西方法治国家的经验为借鉴,本书将探讨我国宪法中某些经济条款获得直接法律效力的可行性,并尝试对我国宪法审查制度的建立和司法体制的改革提出具体建议。

本书在结构和内容上由张千帆构思,并在他指导下完成。书中各人执笔的分工为:前言、第一章与第二章,张千帆;第三章,赵娟;第四章,黄建军;第五章,张道庆;第六章,李燕萍。全书最后由张千帆统稿并定稿。

本书的研究曾获得江苏省哲学社会科学一般项目的支持,在此谨表谢忱。本书的出版事宜获得了中国社会科学院高全喜教授的帮助,北京大学出版社副总编辑杨立范先生和政法事业部主任李霞女士也予以热情支持。责任编辑谢海燕仔细审读了原稿,并提出诸多中肯的意见。对于以上种种可贵支持和帮助,我们均表示衷心的感谢。

CONTENTS 目 录

前言	1
第一章 概念与理论	1
第一节 市场、法治与理性	1
一、投资环境与法治状况——从一个投资者的角度看问题	1
二、理性选择与法律的预测功能	2
三、法律与发展——对正统理论的挑战与回应	5
四、促进经济发展的法律制度	11
第二节 市场经济下的政府职能与行政法治	14
一、最小政府的法理学——“经济宪法”理论	15
二、市场经济要求什么样的政府职能?	16
三、市场经济与行政法治	17
第三节 市场经济与宪政	20
一、什么是宪政?	20
二、宪政对经济发展的作用	21
三、宪政对中国经济改革的意义	24
四、中国宪法与宪政制度的完善	25

第二章 让“危险最小”的分支发挥最大的作用**——论司法独立对经济发展的意义 30****第一节 从一个企业家的角度看司法****独立的必要性 32**

一、权力滋生腐败,腐败危害发展 33

二、控制腐败的政治与法律过程 34

三、司法独立 36

第二节 司法独立对市场经济的作用 37

一、通过司法实现法治 38

二、其他实施机制及其代价 40

三、司法自由裁量权及其界限 45

第三节 司法独立与地方保护主义 48

一、美国联邦法院与州际贸易条款 48

二、欧洲法院与“四大自由” 57

三、美国联邦法院与欧洲共同体

法院的司法独立 66

第四节 如何让法院运转起来? 对中国**司法改革的实证探索 70**

一、司法改革的公共选择理论模型 71

二、法学研究的量化:司法改革

统计学模型概述 74

三、作为社会工程的司法改革 77

第三章 市场经济与行政法治 80**第一节 一般理论:经济自由主义与****政府干预 83**

一、自由主义与政府:宪政的意义 83

二、经济自由主义:政府干预

最小原则 85

三、市场失灵:政府干预的正当理由 91

四、有限范围:政府干预的合理性 99

第二节 行政法治:行政法与经济发展	101
一、市场经济的法治条件	101
二、法治与自由裁量权	105
三、行政法治与经济发展: 以美国行政法作用领域和 方式的演变为例	109
第三节 行政权力的司法控制:模式变迁 及意义	120
一、行政目标实现的司法控制机制	120
二、司法控制模式的变化	122
三、美国行政法司法控制模式 变迁的意义	124
第四节 中国问题:现实与出路	127
一、中国改革时期的行政权与经济	127
二、中国经济发展中对行政权控制的 必要性	129
三、中国行政法治的完善——以 《行政许可法》和 《行政诉讼法》为例	132
第四章 市场经济秩序的政治条件	135
引论	135
一、民主政治的界定	136
二、市场经济的概念	139
三、问题和思路	141
第一节 资本主义历史上的市场经济 与民主政治	143
一、自由放任市场经济的 “黄金时代”	143
二、民主政治的渐进之路	145
三、自由资本主义的困境	148

四、民主政治与市场经济的相对协调发展	152
第二节 民主:市场经济秩序的政治条件	157
一、保障作用:提供友善的政治环境	162
二、促进作用:激发人的积极性和创造力	172
三、弥补作用:纠正市场经济的不足之处	176
初步结论	184
第三节 民主政治与市场经济的潜在冲突	185
一、市场经济对民主政治的潜在威胁	185
二、民主政治对市场经济的潜在危害	187
三、一种理性的民主政治观——民主政治功能的有限性	194
第四节 宪政对民主的制衡	196
一、发达国家宪政制度对民主政治的制衡	197
二、中国民主与宪政的建设	204
第五章 财政联邦主义——走向合理的中央与地方关系	210
第一节 财政联邦主义理论评述	210
一、联邦制的基本特征及作用	210
二、财政联邦主义的含义	215
三、财政联邦主义的特征	217
四、财政联邦主义的理论基础	218
第二节 财政联邦主义作用分析	221
一、财政联邦主义的积极作用	221
二、财政联邦主义的消极作用	235

第三节 财政联邦主义实践比较	237
一、美国的财政联邦主义	237
二、法国的财政联邦主义	241
三、美国和法国财政联邦主义 实践的启示	243
第四节 我国的分税制财政体制的完善	244
一、我国分税制财政管理体制的 具体内容	244
二、分税制财政体制改革的意义	247
三、我国分税制财政体制的缺陷	250
四、我国分税制财政体制的完善	255
第六章 经济权利的宪法保障	263
第一节 经济权利的概述	264
一、权利的一般理论	266
二、财产权	272
三、经济自由权	274
四、社会保障权	279
第二节 经济权利宪法保障的意义	281
一、经济权利宪法保障的积极作用	281
二、经济权利宪法保障的消极作用	288
第三节 经济权利宪法保障方式	292
一、财产权的限制及其宪法保障	293
二、积极性经济权利的宪法 保障方式	296

第一章 概念与理论

宪政、法治与经济发展之间存在着多重复杂关系。这一章将探讨如下问题：什么是宪法和宪政？什么是法治和行政法治？宪法和宪政、宪政和法治、法治和经济发展之间存在着什么逻辑关系？为什么市场经济要求法治或行政法治？宪政对经济发展具有什么作用？如何逐步完善中国的宪政与法治？我们希望通过解释有关概念和理论，为以后的讨论做一个背景性的铺垫。

第一节 市场、法治与理性

一、投资环境与法治状况——从一个投资者的角度看问题

设想一个拥有一定资本的海外投资者来到中国，要选择在國內什么地方兴办企业。他会考虑哪些因素呢？作为一个理性的投资者，他的愿望无疑是让有限的投资获得最大的回报，他的主要考虑因而也就是如何使他的投资利润最大化。为此他会考虑各种生产成本，包括当地的地价、厂房和设备价格、原材料价格、当地的劳动力价格和素质——因为这会影响产品的质量、市场价值、进出当地的交通运输费用以及其他一些中间费用。将生产出来的成品在市场交易后所获得的收入扣除这些生产成本，就是他个人所获得的净利润。利润的最大化也就是收入的最大化和成本的最小化。如果产品的市场需求和价格是一定的，那么理性的投资者会把他的资金投入到的成本最小的地方。

但上面的成本计算其实是过于简单了。实际的投资者还必须考虑一系列其他复杂的因素。在一个市场经济不发达的国家，所有的交易过程都带有中间环节，而每一个环节都可能意味着额外的费用。在一个带有计划经济残余的国家，企业是否能够兴建起来，首先需要行政审批。

这意味着投资者需要耗费一定的时间,并可能需要动用一部分资金贿赂负责审批的官员。企业兴建起来之后,生产过程能否不受政府的任意干预而顺利进行下去?负责税务、工商管理、质量检查和环境保护的官员是否能依法办事,不需要贿赂就放合法的企业过关?这些问题的答案都影响着投资成本。厂房和设备是否享有可靠的产权保护?当地的治安环境如何?政府除了依靠纳税者依法交纳的岁入之外,能否为企业的产权与契约提供“免费”而有效的保护?如果企业发生了偷盗行为,公安部门是否会主动积极破案,帮助工厂返还财产,而不需要额外的“赞助”?这些因素也影响着投资成本。最后,许多生产过程都是通过承包进行的。如果承包商未能履行合同或借钱不还,当地的司法程序是否能有效保证合同义务获得充分履行,而不需要花费更多的钱去打通各处司法“关节”,或不得不雇用法律外的社会势力强行催债?腐败或无效的司法显然将增加投资成本。

因此,投资成本取决于地方的投资环境,而投资环境就意味着当地的法治状况。在同等条件下,投资者显然会选择法治状况和投资环境最佳的地方,因为在那里他的资金和利润将受到最大限度的保证。这不仅对于国外的投资者是如此,对国内民营企业家也同样如此,因为经济活动的逻辑是共同的。这是为什么法治是市场经济的一个关键要素,一个国家的法治程度决定着这个国家的经济发展水平。

二、理性选择与法律的预测功能

在理性选择(rational choice)的理论框架下,每个人都是主要考虑自身利益最大化的利己主义者。在选择对自己有切身利益关系之行为的过程中,每个人都会基于其所能掌握的信息,比较仔细地衡量不同选择的利弊得失,并采取他认为对自身最有利的行为。当然,生活在社会中的个人不是孤立的,个人的行为选择必然影响他人的利益,反之亦然。个人的行为选择也取决于他人的行为选择——或者更准确地说,对他人的行为选择之预期,尽管每个人可能仅掌握很有限的关于他人之信息。在这个意义上,人的社会活动是一场信息不完善的博弈,以赢利为目的的