

- 1.北京市社会科学理论著作出版资助成果
- 2.北师大管理学院硕士生课程建设项目成果
- 3.教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目：
社会主义政治文明与宪政研究（03JZD004）的子课题成果
（课题首席专家为谢庆奎教授）



ZHONGGUO FAZHI ZHENGFU JIANSHEDE
JIBEN LUOJI

中国法治政府建设的基本逻辑 ——跨国比较与制度设计

汪 波 著



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

- 1.北京市社会科学理论著作出版资助成果
- 2.北师大管理学院硕士生课程建设项目成果
- 3.教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目：
社会主义政治文明与宪政研究（03JZD004）的子课题成果
（课题首席专家为谢庆奎教授）



ZHONGGUO FAZHI ZHENGFU JIANSHEDE
JIBEN LUOJI

中国法治政府建设的基本逻辑 ——跨国比较与制度设计

汪 波 著



图书在版编目(CIP) 数据

中国法治政府建设的基本逻辑: 跨国比较与制度设计 /
汪波著. —北京: 北京师范大学出版社, 2009.12
ISBN 978-7-303-10625-7

I. ①中… II. ①汪… III. ①国家机构—行政管理
—研究—中国 IV. ①D630.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 195257 号

营 销 中 心 电 话 010-58802181 58808006
北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com.cn>
电 子 信 箱 beishida168@126.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn
北京新街口外大街 19 号
邮政编码: 100875

印 刷: 北京京师印务有限公司
经 销: 全国新华书店
开 本: 148 mm × 210 mm
印 张: 9.625
字 数: 215 千字
版 次: 2010 年 1 月第 1 版
印 次: 2010 年 1 月第 1 次印刷
定 价: 20.00 元

责任编辑: 马洪立 陈婧思 装帧设计: 高 霞
责任校对: 李 茵 责任印制: 李 丽

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

序 言

随着中国改革开放逐渐由经济领域向政府领域的纵深推进，法治政府研究的重要性不断凸现，不仅成为政治学与行政学科学者所关注的热点理论问题，而且成为政治改革者所思考的重大现实问题。2003年起，我作为首席专家，主持教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目：社会主义政治文明与宪政研究（03JZD004），汪波博士作为主要成员，承担子课题的研究，并在《中国人民大学学报》、《浙江社会科学》、《国家行政学院学报》等核心期刊上陆续发表了一批较高质量的论文。之后，作者持续地进行跟踪调研与后续研究，在案例与实践基础上，思考与研究世界范围内法治政府变迁的内在逻辑，形成了较为系统的学术思想，并以专著形式将其展现，求教于大家。

专著任务明确，开门见山，直接以两个问题为导向：一是“为什么”，二是“如何”，并自然形成上下两部分。第一编聚焦于“为什么”，该篇对世界法治进程比较，目的在于求解法治政府演进的基本逻辑。第二编聚焦于“如何”，在参照世界政治文明共性经验的基础上，探讨如何建构有中国特色的法治政府体系。这有别于理论导向或概念导向的结构布局，并对研究者提出较高的要求，因为必须要对这两个问题进行系统深入的回答。

在研究方法方面，已有研究较侧重于法治原则与理念探讨，该专著借鉴与汲取了已有规范研究成果，但更倾向于从实证的经验视角，来研究世界法治演进的经验与得失，挖掘中国法治建设的独特逻辑，并在中外历史实践中加以检验。例如，作者对世界范围内的各国法治变迁过程进行绩效比较，发现“法治先行于民主”的体制演进模式，在绩效上优于“民主先行于法治”的体制演进模式。

在汲取已有研究成果的基础上，该书提出理论框架“初始制度约束—政治理性人—法治制度变迁”的三元互动结构，这一理论框架以“政治理性人”为人性假设，形成三个层次有机联系与互动的理论体系。这一理论框架尝试为法治研究提供了现实意义层面的视角。通过中西比较，提出：尽管中西方政治制度结构与理念相差甚大，但无论是西方政治制度演进史还是中国政治文明建设过程，皆显示着共性逻辑，制度与秩序形成于社会经济结构变迁中的政治理性人，在公共生活中通过反复博弈而形成的历史演进与进化过程。法治政府建设“时滞”长短取决于公共选择中多方力量对比。不论政府体制还是法律制度（政府体制的法律刚性表达），犹如市场交换中的价格信号，是经济—社会结构中多元利益主体理性博弈的外在均衡浮标。分析视角独特，观点颇具新意。

在因果关系论证的基础上，该书提出中国法治建设的对策体系。提出中国政治发展的“两步走”策略，即先法治后民主。第一步，建立与完善法治秩序，实现依（良）法行政，为进一步体制改革奠定秩序空间。执政党尊重、贯彻与充实宪法和法律，完善、健全政治过程与行政过程的法治网络，使法由静态的法制转变为动态的“法治”，实现“用法行政”——“法治”——“宪政”的从低到高的制度变迁。第二步，在法治秩序结构中，渐进、有序地推进和发展社会主义双轨民主，协商民主与票决民主相结合，使民主激情在理性的法秩序结构中得以

表达,从而实现“改革、发展与稳定”的动态均衡。在两步走策略的基础上,作者进一步在制度应用层面,以K市为例,尝试建构地方法治政府建设的测评体系。

从行文中,不难看出一位青年学者的思考热情,该书研究视野开阔,形成历时性与共时性相交织的知识网络结构,给出经验性理论框架,提出诸多令人深思的理论观点,大胆地提出了对策体系。一个理论或一个观点能否成立?这必将是长期的,甚至无穷尽的,不断检验、不断辩论、不断发展的过程。这就需要作者保持研究热情,在实践中不断获取新的营养、在专家学者的批评中进行新的反思,在与读者的交流中获得新的启迪,不断深入研究,不仅为中国法治政府的理论研究,而且为当代中国法治政府建设作出一点有益的知识贡献。

北京大学政府管理学院教授

北大政治发展与政府管理研究所所长

谢庆奎

2009年10月12日

目录

1	绪 言
1	第一节 研究源起与问题提出
4	第二节 研究方法论
7	第三节 理论框架与结构设计
12	第四节 核心概念界定
	第一编 法治政府的基本逻辑
21	第一章 “政治理性人”：本研究的人性假设
22	第一节 理性与经济人理性
27	第二节 政治理性人的基本逻辑
37	第三节 政治理性人作为本研究的基本人性假设
39	第二章 “初始制度体系”约束与中西方法治演进轨迹
40	第一节 “初始制度体系”与西方法治的历史演进轨迹

44	第二节 “初始制度体系”与中国古代专制官僚政治
63	第三节 新中国法治探索：得与失
68	第三章 新宪政论与现代法治精神
68	第一节 现代法治精神演进的轨迹
71	第二节 传统宪政观与新宪政论之比较
76	第三节 中国现代法治精神：控权与效率的均衡
86	第四章 当代中国法治政府建设的基本逻辑——双重动力、两元路径、三元价值
88	第一节 当代中国法治政府建设的基本逻辑
95	第二节 双重动力的实践分析
106	第三节 法治政府建设的两元路径
116	第四节 法治政府建设的三元价值导向
128	第五章 法治先行于民主：世界经验比较
129	第一节 法治与民主关系：民主嵌入法秩序结构
132	第二节 法治与民主关系的诸模式：世界经验比较
141	第三节 发展中国家的政治发展：秩序先行于民主
143	第四节 中国政治发展的“两步走策略”

第二编 中国特色的法治政府的体系建构

149	第六章 行政过程法治化的六大支柱
149	第一节 立法层面：依法行政是依“良法”行政
151	第二节 执法层面：行政行为纳入实体与程序轨道
154	第三节 司法层面：司法审查摆脱行政意志干预
157	第四节 权力监督层面：充实与强化人大为核心的监督系统
159	第五节 社会监督层面：法秩序结构中的新闻监督
161	第六节 法治政府的指标体系初探
169	第七章 法治政府建设的突破口：程序先行
170	第一节 程序与法治的耦合与互动
176	第二节 程序的工具理性：为政治文明建设创设程序轨道
183	第三节 程序的价值理性：法治建设的价值目标
188	第四节 程序建设的体系
200	第八章 法秩序结构中的双元民主路径
201	第一节 秩序结构中的双元民主路径
207	第二节 体制改良路径之实证分析
213	第三节 体制变革路径之实证分析

221	第九章 中国特色的权力制衡设计
222	第一节 行政、立法、司法关系的评估
228	第二节 中西方权力制衡的共性与差异性
235	第三节 中国特色的权力平衡与制约
250	第十章 中央地方关系的法治化
253	第一节 计划经济与中央政府主导下中央— 地方关系制度变迁
259	第二节 双轨制与地方政府推进下的中央— 地方关系制度变迁
273	第三节 市场主导下中央—地方关系的法治化
281	研究创新
286	参考文献
295	后 记

绪言

第一节 研究源起与问题提出

中国在 20 世纪,经历了法治理论与实践漫长的探索过程,20 世纪下半叶最后 20 多年中,党和政府的正式文件及主流学术思潮提出“社会主义民主法制”的新模式,继而主张“依法治国,建设社会主义法制国家”,最后确立“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国纲领。改革开放 30 年来,全球化日益改变着世界范围内的政治和经济秩序,WTO 规则体系正重塑全球经济模式与政府行为方式。从内部来看,随着我国经济社会结构变迁与社会阶层分化,民众维权意识日益强化,对法治政府的需求日益强烈,以保障和实现更为和谐、更为均衡的利益分配格局。在此情境下,法治政府的研究更具有理论与现实价值。

法治政府研究主要形成以下几种研究进路。①法治建构论。法治建构论以国家和政府为行动主体,以实现国家现代化为目标,以西方法治建设经验为借鉴,通过立法、司法、执法活动建设现代法治国家。凡是现代法律中已有的,反映现代市场经济共同规律的法律概念、法律原则和法律制度,各国成功

的立法经验和判例、学说、行之有效的新成果，都要大胆地吸收和借鉴，不必另起炉灶，自搞一套（王家福，1995）。②本土资源—法治论。本土资源—法治论强调：中国法治之路必须利用中国本土的资源，注重中国法律文化的传统。朱苏力（1996）从社会视角来观察法治，认为法治不可能仅仅依靠国家创造出来，也不应当依靠国家来创造。法治的唯一源泉和真正基础只能来自社会生活本身。本土资源—法治论将分析天平向社会一端位移，认为社会习惯、道德、惯例、风俗等社会规范（social norm）从来都是一个社会的秩序和制度的重要部分。③咨询型法治论。有学者把以华人为主体的香港和新加坡作为经验基础，将两个华人社会的法治归纳为“咨询型法治”。区别于民选领袖依法治国的西方民主制，咨询型法治具有两大鲜明特点，体现出社会秩序与权利保障的统一。第一，以“法”来治理取代由“人”来治理，法治制度使行政和立法活动技术化和中立化，由职业的、非政治化的公务员来主导。第二，依法设立以议会为核心的广泛的社会咨询系统。这个系统与自由的新闻出版业一道，迫使各部门和各层级公务员对公众意愿保持高度敏感。公务员内部精密的考评制度迫使公务员对公众意愿迅速作出回应（潘维，2000）。④指标体系论。随着法治政府研究的深入，法治政府的指标体系愈显重要。法治政府的原则与理念若要得到贯彻，就必须转化为具体指标。袁曙宏（2006）认为，法治政府指标体系应能测算出某一地区依法行政的状况和水平，以确定出该地区法治政府建设的进度，同时找出存在的问题并制定对策；测算年度不同地区依法行政的状况和水平，旨在比较和分析各地区依法行政水平的差异及原因，寻求解决方案。

关于这一研究主题，学者们通过研究，创造了较为丰富的知识存量。已有研究主要存在两种进路，一是“言必称古希腊”的规范进路，侧重于从规范层面研究法治政府；二是近 10

年来,随着“依法治国”、“依法治市”、“依法治县”的兴起,法治政府在实践中层面的探索也逐渐繁荣起来。有学者开始从对策层面研究法治政府,特别体现于法治政府的指标体系研究。本研究尝试将两者相结合,实践与理论不是分割的,而是相辅相成的。实证对策研究应建立于中国法治政府的独特逻辑之上,只有深刻地剖析中国法治政府建设的基本逻辑,了解中西方法治政府的基本差异,明确中国法治政府的独特价值,才能有针对性地设计出具有操作性的对策体系。自2004年以来,笔者以“中外政府制度”为主要研究方向,特别关注世界各国法治制度变迁进程,进而思考中国法治政府建设的最优路径和发展路线。从北京大学政府管理学院毕业进入北京师范大学管理学院任教以来,这一领域一直是笔者不懈耕耘的知识领域。在对这一领域研究的过程中,笔者陆续在《中国人民大学学报》、《中国行政管理》、《国家行政学院学报》等核心期刊上发表过一些学术论文,但尚未形成系统化思想。在2007—2008年,在北京师范大学、北京大学政治发展与政府管理研究所等一些机构的项目资助下,本研究取得了一定突破:世界各国政府制度变迁内在逻辑的梳理似乎逐渐清晰,学术思想逐渐由零碎转为系统,对中国法治政府建设的思考似乎变得较为清晰,因而有必要以专著形式,将学术思想较为系统地论述,求教于大家。

本专著主要探讨与回答两个核心问题,一是“为什么”,二是“如何”。第一编聚焦于“为什么”,该篇对世界法治进程进行比较,目的在于求解法治政府演进的基本的共性的逻辑。西方各国为什么能在长期历史演进中形成现代宪政与法治体系?为什么直至近代,中国社会“语境”一直未能内源性地生长出宪政与法治因素?中国法治建设与西方法治建设存在何种差异?当代中国法治发展处于何阶段?发展的动力与阻力体现在哪里?第二编聚焦于“如何”,以世界政治文明共性经验为

参照系,在我国既有政治存量资源的基础上,探讨如何建构有中华民族特色的法治政府体系。第一编是第二编的基础,阐明一系列因果关系,并加以检验。第二编是对第一编的应用,在历史经验充分检验过的因果关系的基础上,立足于中国政治“存量资源”,遵循渐进发展路径,来规划与设计中国法治政府蓝图。

第二节 研究方法论

在法治研究领域,法治研究似乎难以摆脱“言必称古希腊”,已有研究较为侧重于法治原则与理念探讨,并形成了极其丰富的规范层面的理论积淀。本研究借鉴与汲取了已有规范研究成果,但更倾向于从实证经验的视角,来研究世界法治演进的经验与得失,挖掘中国法治建设的独特逻辑,进而提出一系列理论假设,并在中外历史实践中加以检验。

本研究努力遵循社会科学研究方法,定性分析与定量分析相结合。尽管事实与价值难以分离,但研究过程尽可能用事实说话,从事实中提炼理论假设,并对其加以检验,“真正的理论在世界上只有一种,就是从客观实际抽出来又在客观实际中得到了证明的理论,没有任何别的东西可以称得起我们所讲的理论。”^① 本项研究描述、分析与预测相结合,描述是分析的基础,即基于实地调研、文献考察、历史求证、经济数据,对法治制度变迁的双重循环路径进行客观勾勒;分析是研究的核心,即在定性 with 定量分析充分数据的基础上,消化已有理论成果,对变迁路径进行案例比较分析与量化统计分析,挖掘变迁路径背后自变量与因变量的因果关系,从中得出初步理论假设,努力从中观层面为我国政府经济学研究提供纵向知识积

^① 毛泽东:《毛泽东选集》,第3卷,817页,北京,人民出版社,1971。

累；预测则是本研究理论假设的现实应用，即通过理论因果关系逻辑演绎，为法治政府建设与发展提出若干谨慎的预测和建议。本研究努力遵循政治科学研究方法，力图对研究问题作出实证性解释，但社会科学研究不同于自然科学研究，社会现象盘根错节、错综复杂、千变万化，理论假设很难得到科学实验般的精确性检验。研究者对特定问题往往已形成先验性价值判断，经验事实经过无形的“价值过滤”而得出的理论假设难免受到精确性质疑。^① 社会科学研究中理论假设难以获得绝对精确性和普适性，任何理论假设的提出与论证都离不开价值的潜在影响。

本研究的研究方法以实证分析为主，规范分析为辅。规范分析“是从主观的角度切入政治问题，目标是用某些政治原则或指导思想分析具体的政治行为，规范分析往往是从‘应然’分析开始的；而经验分析往往从‘实然’开始，它并不期望为某些规范性问题提供某种答案，回答这些问题最终依赖于个人的价值观与偏好。”^② 在本研究中，规范分析的主要目的是提出假设，在规范分析提出假设的前提下，有针对性地收集材料、信息和数据来证明假设，如果在这一过程中仍然发现假设有问题，则进一步修改假设，通过数据或文献论证，把假设变成结论。

本研究倾向于实证研究，主要体现在以下三个方面。

① 就研究手段和研究程序来说，现阶段政治科学已经越来越科学化，但是就研究成果的验证来说，政治科学还远未成为科学（宁骚，2005）。即使政治学研究大师的基本理论观也会随经验变化而变化，如，亨廷顿 20 世纪 70 年代在《变革中的社会秩序》中对发展中国家民主化进程采取了悲观主义态度，强调政治发展过程中的政治稳定和政治制度化，演绎出“强大政府论”，但随着 20 世纪末期席卷全球范围的民主化浪潮，他在 90 年代不再强调政治秩序，在《第三波》中改为为民主化摇旗呐喊，抛弃所谓“价值中立”的科学立场。

② Richard L. Cole, *Introduction to Political science and Policy Research*, St. Martin's Press, New York, 1996.

(1) 人性假设的界定：政治理性人。理论范式或理论框架总建立在特定、统一的人性假设前提之下，人性假设是社会科学各学科体系的方法论基石。特定的社会科学学科正是通过对特定领域内特定行为主体的人性内涵形成基本把握，才能对特定主体行为作出合理解释，从而构成理论建构的基本方法论前提。在研究法治制度时，首先要确立政治人的人性假设前提。法制构成政治精英与公民策略行为的背景性制度约束，但法制本身又是政治精英与公民通过公共选择而形成的共识性制度结果。

本研究的人性假设被定位为政治理性人，本研究基于政治理性人这一基本假设，探讨法治演进过程中，西方中世纪的“国王—僧侣—贵族—资本家—平民”如何展开博弈与斗争，并进而推进制度演进；探讨现代转型中国背景下“中央政府—地方政府—利益集团—企业—公民”，如何基于各自利益偏好，进行协商、谈判、互动，就法治制度变迁的目标函数达成一致契约，以及如何达成制度分配的合约。在历史制度演进过程中，法治似乎并不是因为“正义性”而获得天然的遵从与必然的选择，相反，正义性似乎从来都是利益的“副产品”，正如1215年英国大宪章产生过程所表现的那样，贵族仅仅出于对自身利益的追求而与国王斗争，最终“意外地”形成所谓“正义性”的契约。世界历史的背后常显示着这一规律：制度总是强者的战利品，而法治则是弱者防御强者的盾。

(2) 跨国比较分析。本研究主要定位于本国法治政府研究，但这并不意味着排除跨国知识领域，恰恰相反，只有更好地理解西方法治知识体系及其内在逻辑，才能更好地理解、把握与建构中国特色的法治体系。跨国比较分析既有两个及两个以上案例的比较，也有两种及两种以上理想类型的比较，通过比较，挖掘背后自变量与因变量间的因果形成机制。

(3) 在研究方法确立的基础上，本研究进一步提出实证性

理论框架：“初始制度约束—政治理性人—法治制度变迁”的三元互动结构。理论框架与研究方法不同，无论是规范研究方法或是实证研究方法，仅仅指出研究“应然”或“实然”的笼统进路，但并未涉及或指出特定研究的具体分析变量选择。理论框架是科学研究的思维方式和分析工具，是研究问题的具体化解释模型，本质上是研究者对研究问题初步形成的最基本最核心的变量间逻辑关系结构。不同的理论模型或理论框架之所以能保持相对差异性存在，正是由于不同理论框架有选择地或突出一些变量，或忽略另一些变量，从而形成具有差异性的变量间基本逻辑关系结构。本研究在借鉴与再检验既有理论进路的基础上，提出理论框架：“初始制度约束—政治理性人—法治制度变迁”的三元互动结构，以求更有效解释转型时期中国法治制度变迁的基本逻辑。

第三节 理论框架与结构设计

在汲取既有研究成果的基础上，本研究提出理论框架：“初始制度约束—政治理性人—法治制度变迁”的三元互动结构，法治是对政治人理性行为的结构约束，但法治又是政治理性人公共选择的结果。

1. 环境：初始制度体系约束

无论在何种历史文化语境中，任何形式或任何层次的国家法治建设都不可能在真空状态中展开，而总是嵌入于初始制度结构之中并受其限制与约束。任何国家的法治制度建设^①皆受制于国家的初始制度体系，初始制度体系形成政治精英行动有形的或无形的环境制约。初始制度系统主要包括该国现行政治

^① 在本研究中，制度建设与制度变迁基本是同义语，皆表示较低绩效制度安排向较高绩效制度安排的转变过程。