

# 国家、法治与“中间变革”

——一个中央与地方关系的视角

程金华\*

---

## 目次

- 一、中国走向法治的三种动力机制
- 二、法治建设的“顶层设计”
- 三、法律发展的“中间变革”
  - (一) 中间变革的内涵
  - (二) 中间变革的类似者：“实验性立法”、“边缘革命”与“部门改革”
- 四、“两个积极性”与走向法治的大国道路
- 五、结语

**关键词** 法治 顶层设计 中间变革 中央-地方关系

---

寓封建之意于郡县之中，而天下治矣。封建之失，其专在下；郡县之失，其专在上。——顾炎武《亭林文集》

我们的国家这样大，人口这样多，情况这样复杂，有中央和地方两个积极性，比只有一个积极性好得多。——毛泽东《论十大关系》

2013年9月18日，中国国务院以“国发〔2013〕38号”文件的形式，正式向社会公布《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》，十天以后的9月29日，“中国（上海）自由贸易试验区”正式挂牌成立。该试验区的成立肩负着很多期待，正如上述文件非常清晰地指出：“试验区肩负着我国在新时期加快政府职能转变、积极探索管理模式创新、促进贸易和投资便利化，为全面深化改革和扩大开

---

\* 华东政法大学国际金融法律学院教授、法学博士（目前同时在上海市浦东新区人民检察院挂职）。本文得到教育部“新世纪优秀人才支持计划”和“上海高校特聘教授（东方学者）”的资助，在此表示感谢！

放探索新途径、积累新经验的重要使命,是国家战略需要。”如此,作为地方政府的上海市政府被赋予一项非常重要的使命,那就是通过区域性的努力与试验为整个国家的制度创新——包括法律制度创新——提供经验。

当然,在中国这样的大国,地方政府成为法律制度创新的领头羊,并不罕见。地方政府也不都像上海在建设自由贸易试验区那样被赋予进行创新的角色,反而在很多时候非常主动,且走在中央政府的指令之前。同样在2013年,广东省政府于2月5日通过了两份文件,一份是《广东省法治政府建设指标体系(试行)》,<sup>[1]</sup>另一份是《广东省依法行政考评办法》,两份文件都在2013年6月1日起施行。<sup>[2]</sup>再一次,广东省成了中国法律制度改革中的领跑者。当然,这不是广东省第一次成为领跑者。<sup>[3]</sup>关于法律制度改革,在所有省级区域中,广东也并非总是领跑者。在湖南省,省政府在2008年就已经出台了《湖南省行政程序规定》,省委在2011年8月发布了《法治湖南建设纲要》,省人大常委会则在2011年10月发布了《关于推进法治湖南建设的决议》,这些也都是领一时之风气。在最近几年,在全国各地,一个同样值得大家关注的法律改革现象是,很多地方都开始施行了对本地的法治现状进行量化考核的“法治指数”的制度实验。<sup>[4]</sup>总之,在整个改革年代,无论是在法律改革领域还是更大范围的制度创新实践,中国的地方政府并非总是中央政府的执行者、追随者,反过来在很多时候是决策者、创新者。<sup>[5]</sup>

这种由地方政府——主要是省级政府或者副省级的计划单列城市政府——所领先驱动的法律制度改革,是在整个转型时期中国走向法治所呈现出来的非常明显的一条主线。这种改革的驱动方式,既不同于中央政府所主导的、自上而下的“顶层设计”,也不同于社会/市场力量所发动的、自下而上的“底层运动”,而是夹在两者中间的地方政府所引领的“中间变革”。从地方政府的视角研究中国走向法治的途径,学术界已经注意到,<sup>[6]</sup>部分学者也提出了“先行法治化”的理念。<sup>[7]</sup>但是,至今还鲜有文章对中国地方政府所引领的法律变革做一个系统的理论提升与归纳,阐释此类变革的机制,分析其对过去三十多年中国法律发展的影响以及对未来走向法治的政策涵义。本文则试图在前人研究的基础上,在这个领域做一些补充工作,并敦促理论界及中央的决策者认真对待走向法治的中间变革路径。

[1] 广东省人民政府:《广东省法治政府建设指标体系(试行)》,2013年6月1日起施行。

[2] 广东省人民政府:《广东省依法行政考评办法》,2013年6月1日起施行。

[3] 参见黄健梅、周林彬:《法律与中国经济增长:广东经验》,载《2009年度(第七届)中国法经济学论坛论文集》,山东大学经济研究院、浙江大学经济学院、《经济研究》编辑部主办,2009年7月4日,第734~748页。

[4] 钱弘道、戈含锋、王朝霞、刘大伟:《法治评估及其中国应用》,载《中国社会科学》2012年第4期。

[5] 关于地方政府在整个决策领域中的角色,参见 David S. G. Goodman & Gerald Segal (Eds.), *China Deconstructs: Politics, Trade and Regionalism* (New York: Routledge, 1994); Gabriella Montinola, Yingyi Qian, & Barry R. Weingast, “Federalism, Chinese Style: The Political Basis for Economic Success in China”, 48 *World Politics* 1 (1995), 50-81; 韩博天(Sebastian Heilmann):《中国经济腾飞中的分级制政策实验》,载《开放时代》2008年第5期;郑永年:《中国的“行为联邦制”:中央-地方关系的变革与动力》,东方出版社2013年版。

[6] 比如,参见苏力:《当代中国的中央与地方分权——重读毛泽东〈论十大关系〉第五节》,载《中国社会科学》2004年第2期;张建伟:《“变法”模式与政治稳定性——中国经验及其法律经济学含义》,载《中国社会科学》2003年第1期;张千帆:《宪法变通与地方实验》,载《法学研究》2007年第1期;孙笑侠:《拆迁风云中寻找法治动力——论转型期法治建构的主体》,载《东方法学》2010年第4期;季卫东:《以“三审制”落实法治》,载《财经》2013年第15期(总第357期)。

[7] 孙笑侠:《局部法治的地域资源——转型期“先行法治化”现象解读》,载《法学》2009年第12期;孙笑侠、钟瑞庆:《“先发”地区的先行法治化——以浙江省法治发展实践为例》,载《学习与探索》2010年第1期。

在结构上,本文安排如下。文章的第一部分重点讨论 1978 年以来中国法律发展的动力机制,从国家-社会关系和中央-地方关系这两个理论维度,梳理中国走向法治的三种动力机制:顶层设计、中间变革和底层运动。第二部分则分析顶层设计的长处与不足。第三部分进而结合政治经济学者对当代中国中央-地方关系的最新研究成果,系统说明中间变革的内涵,以及与一些类似概念的异同。接着,结合第二和第三部分的讨论,文章在第四部分指出,中国未来走向法治应当发挥“两个积极性”:也就是中央政府通过合理的顶层设计,通过合理的、制度化的激励机制来引导地方政府及其官员在法律改革上的积极性。“两个积极性”的要义在于中央政府承认地方政府及其官员在法律改革中的独立利益,并通过制度化来保障这种利益的实现。只有承认并保障中央(顶层)、地方(中间)和社会/市场(底层)的独立利益与利益差异,并且通过寻求利益共识来建构改革共识,中国走向法治的事业才有可能打破目前的僵局,取得真正意义上的进展,并为中国走向富强、文明和民主提供制度红利。文章的最后部分将简要总结本研究。

## 一、中国走向法治的三种动力机制

自 1978 年以来,尽管中国的法律体系至今还存在诸多问题,但是法律改革上所取得的成就毋庸置疑。在 2011 年初,当时的全国人大常委会委员长吴邦国做了一个专题报告,认为“中国特色社会主义法律体系已经形成”。<sup>[8]</sup> 中国政府随后发布的《中国特色社会主义法律体系》白皮书认为:“新中国成立以来特别是改革开放 30 多年来,中国的立法工作取得了举世瞩目的成就。截至 2011 年 8 月底,中国已制定现行宪法和有效法律共 240 部、行政法规 706 部、地方性法规 8 600 多部,涵盖社会关系各个方面的法律部门已经齐全,各个法律部门中基本的、主要的法律已经制定,相应的行政法规和地方性法规比较完备,法律体系内部总体做到科学和谐统一,中国特色社会主义法律体系已经形成。”<sup>[9]</sup> 不仅仅在立法层面,在颇令社会质疑的法院运作方面,其成就也相当突出。<sup>[10]</sup> 至今,虽然不能说中国已经成为法治(rule of law)国家,但是相比三十多年前,已经向法治社会大大地迈进了一步,初步实现了从法律虚无到法制(rule by law)社会的伟大转型。

中国走向法治所取得的成就离不开推动和实现这个大转型的动力,并已经备受关注。比如,孙笑侠认为,推动中国当代法治进程的有三种动力,即政府、市民阶层和法律职业者,并认为“中国式的法治已经显示出中国式进路的特点……这就是在官方主导力、民间原动力和职业建构力的动态合力作用下,中国法治在转型和磨合中一边建构,一边探索,一边前行”。<sup>[11]</sup> 再如,季卫东认为,当前推动中国法治前进的主要动力可能为如下几种因素,即负责总体规划设计的中央政府、竞争的地方政府、维权的个人、“死磕”的律师和公共媒体。<sup>[12]</sup> 而本文作者则曾经基于对“孙志刚案件”的深入剖析,提出了中央政府、地方政府和社会力量的“三方竞技”的法治进步动力机制。<sup>[13]</sup> 应该说,推动这个转型的动力是非常多元的,而且随着市场的进一步发展和社会的进一步分化,将会越

[8] 吴邦国:《在形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话》,载《人民日报》2011 年 1 月 27 日第 02 版。

[9] 中华人民共和国国务院新闻办公室:《中国特色社会主义法律体系》,人民出版社,2011 年 10 月。

[10] 参见最高人民法院:《人民法院工作年度报告(2011 年)》,2012 年 3 月。

[11] 参见前注[6],孙笑侠文,第 13 页。

[12] 季卫东:《论中国的法治方式——社会多元化与权威体系的重构》,载《交大法学》2013 年第 4 期。

[13] Jinhua Cheng, *A Threefold Legal Campaign: The Central State, Local Bureaucracies, and Social Forces Relating to the Sun Zhigang Case*, M. Phil. thesis, Hong Kong University of Science & Technology, 2005.

来越多元,并且相互之间的制约也越来越呈现结构化趋势。<sup>[14]</sup>

在本文中,结合已有的研究,我们试图从两个维度来观察这些动力:一个维度是国家-社会关系的维度,另一个维度是国家内部的中央-地方关系维度,然后把两者结合起来看,以便对推动中国实现法治的动力机制有更全面的了解。我们先看国家-社会关系的维度。在基础理论上,国家-社会关系涵盖两个方向上的问题。在一个方向上,学者们关心国家——通过政府及其官员的行动——如何影响了社会的运作与变迁,这种也通常被认为是“自上而下”的视角。<sup>[15]</sup>在另一个反方向上,社会——主要通过个人和社会组织的行动——如何影响了国家的建制与运作模式,这种也通常被认为“自下而上”的视角。<sup>[16]</sup>就当代中国走向法治之路而言,这两个方向,都有相关的理论论著与经验证据。

一方面,大部分国内外的学者都认同,当代中国走向法治的动力主要来自国家,走的是自上而下的“政府推进型”法治道路。<sup>[17]</sup>所谓政府推进型的法治道路,是指“政府是法治运动的领导者和主要推动者,法治主要是在政府的目标指导下设计形成的,是主要借助和利用政府所掌握的本土政治资源完成的,是人为设计出来和建构出来的……”。<sup>[18]</sup>的确,从国家的角度看,无论是基于高层执政者的合理设计,还是地方政府的创新尝试,国家自上而下的“变法”构成了改革年代中国法律发展的主要动力之一。如果没有政府的努力,上述《中国特色社会主义法律体系》白皮书中所提到的成就几无可能达成。

但是,在另一方面,在国家-社会关系维度上,我们也应当注意到,逐步成长的市场、公民社会、专业组织等也构成了另一种力量,从自下而上的角度、通过日常的法律实践来推动中国法治的进步。<sup>[19]</sup>在实践中,个人和社会组织的法律实践主要是“用法”及其对国家法律体系的重塑。个人和社会组织的“用法”,可以体现为多种形式。在最日常的层面,随着法律规则的普及,人们会越来越地谈论法律,按照法律的要求去安排自己的生活与工作,并用法律思维来规范自己与他人之间的关系,并且有时会诉诸诉讼来解决问题。<sup>[20]</sup>通过这种“润物细无声”的方式,国家的制定法被激活了,在日常生活中被重塑了。应该说,对于民商事法律来说,这种平和的“用法”方式,是最重要的塑造国家法的途径。当然,“用法”还意味着——有时非常激烈的——维权活动,<sup>[21]</sup>意味着——

[14] 参见程金华、李学尧:《法律变迁的结构制约——国家、市场与社会互动中的中国律师职业》,载《中国社会科学》2012年第7期。也参见梁治平编:《国家、市场、社会:当代中国的法律与发展》,中国政法大学出版社2006年版。

[15] Peter B. Evans, Dietrich Rueschemeyer & Theda Skocpol, *Bringing the State Back in* (New York: Cambridge University Press, 1985).

[16] Joel S. Migdal, *State-in-Society: Studying How States and Societies Transform and Constitute One Another* (New York: Cambridge University Press, 2001).

[17] Stanley B. Lubman, *Bird in A Cage: Legal Reform in China after Mao* (Stanford, Calif.: Stanford University Press, 2000); Donald C. Clarke (Ed.), *China's Legal System: New Developments, New Challenges* (New York: Cambridge University Press, 2008); 苏力:《送法下乡:中国基层司法制度研究》,北京大学出版社2011年版;徐显明等著:《中国法制现代化的理论与实践》,经济科学出版社2011年版。

[18] 蒋立山:《中国法治道路初探(上)》,载《中外法学》1998年第3期,第16页。另外,参见郭学德:《试论中国的“政府推进型”法治道路》,载《中共中央党校学报》2001年第2期。

[19] 参见前注[14],梁治平书。

[20] 根据《2013年最高人民法院工作报告》的描述,在2008-2012这五年间,最高人民法院受理案件50773件,审结49863件;地方各级人民法院受理案件5610.5万件,审结5525.9万件。

[21] Kevin J. O'Brien & Lianjiang Li, *Rightful Resistance in Rural China* (New York: Cambridge University Press, 2006).

有时具有显著政治意义的——大规模“法律动员”(legal mobilization)。<sup>[22]</sup> 在最近十多年,维权和法律动员日益成为个人和社会组织重塑国家法律的重要途径,相关的个案从 2003 年的“孙志刚案件”、废除收容审查和“刘涌案”,到后来的“李庄案”,再到 2013 年的“薄熙来案”、“聂树斌/王书金案”和“李某某强奸案”等等,层出不穷。这些事件也表明,法治已经成为国家和社会力量试图控制的前沿阵地。从自下而上的角度,个人和社会组织在通过两种方式重塑国家自上而下供应的法律。一种方式是通过强化自身的法律意识、法律思维,并转化为法律行动,积极地肯定了自上而下的国家法律,并使之从“书面的法律”转化为“行动的法律”。另一种是通过漠视、规避、抵制乃至抗议的方式,消极地否定了自上而下的国家法律,致使国家不得不反省、改造甚至推翻已经提供的法律,如此来达到重塑法律的效果,使其更加“接地气”。

但是,如果只从国家-社会关系的维度来观察中国法治变迁的动力机制,似乎在有些时候不太带劲。事实上,国家并非铁板一块。像在中国这样的大国,国家的治理不得不依赖于多层次的政府体系。在立法领域是如此,在执法和司法领域更是如此。多层次的政府体系,不仅会导致政府间的权责分配问题,还在客观上形成不同的政府利益主体。比如,在“孙志刚案件”及其引发的收容审查废除运动中,中央政府对收容审查制度的存废相对超脱,但是地方政府——尤其是经济发达地区的地方政府——通常视收容审查为维持本地治安的重要砝码,双方也因此有不同的立场。在中央层面,事实上,在“孙志刚案件”的若干年前,收容审查制度的修改早已经列入议程,但部分因为地方政府的反对而未能定案。而孙志刚之死所引发的社会抗议热潮,既不直接针对中央政府,也被后者顺势利用成为推动收容审查废除的重要推手。因此,在“孙志刚案件”中,中央政府、地方政府和(网络)社会力量形成了彼此借力打力的法律改革机制。<sup>[23]</sup> 因此,分析中国走向法治的动力机制,还得深入国家的内部,通过剖析中央-地方关系来洞悉政府内部的动力机制。在这个意义上讲,不仅仅中央政府,地方政府也是推动法治的重要动力。

综上国家-社会关系维度和中央-地方关系维度的分析,我们可以大致梳理出影响当代中国走向法治的三种力量:中央政府、地方政府和社会/市场力量。其中,中央和地方政府是国家的力量,地方政府包括省级以及省级以下不同层级的政府。这三种力量都以各自的方式来影响中国的法治进程。在未来的法治建设中,对于中央政府、地方政府和社会/市场力量这三种力量而言,“顶层设计”、“中间变革”和“底层运动”将分别是它们影响并推动中国法律体系变迁的主要动力机制。从推进中国走向法治这项伟大事业来看,我们还是有必要对每一种力量的角色进行“解剖麻雀”一样的分析,通过回顾三十多年的历史,动态地分析每一种力量参与法律建设的行动者、利益与动机,并通过寻找利益共识的途径来挖掘各方推动法治的正能量。

在下文的分析中,我们的重点是同国家力量相关的动力机制。相对于社会/市场力量而言,尽管目前国家的整体影响在相对减弱,但至今依然是最重要的角色。在这个关键的历史时刻,国家在正确方向上的作为可以使之之前三十多年的法律建设工作得到“法治巩固”(consolidation of rule of law)的效果。“法治巩固”来自政治学家研究民主转型所用的概念“民主巩固”(democratic consolidation)。<sup>[24]</sup> 该概念用来说明,如同民主转型一样,中国走向法治的道路也是分阶段的:从法

<sup>[22]</sup> Donald J. Black, “The Mobilization of Law”, 2 *Journal of Legal Studies* 1 (1973); Richard O. Lempert, “Mobilizing Private Law: An Introductory Essay”, 11 *Law & Society Review* 2 (1976).

<sup>[23]</sup> Jinhua Cheng, *supra* note [13].

<sup>[24]</sup> 关于民主转型与民主巩固,参见 Larry J. Diamond, “Toward Democratic Consolidation”, 5 *Journal of Democracy* 3 (1994), 4-17.

律虚无主义到法制国家,再从法制国家走向法治国家。经过三十多年的建设,中国目前大体已经实现了一种工具主义的、以法治国的法制国家,或者说形成了中国特色社会主义法律体系,但是离真正的法治国家还有很遥远的路途。美国法理学者塔玛纳哈(Brian Z. Tamanaha)把法治分为“形式法治”和“实质法治”。其中,形式法治强调法律的形式合理性,有三种形式,包括(1)以法治国、(2)形式合法性和(3)民主+合法性。实质法治强调法律的价值合理性,也有三种形式,包括(4)个人权利、(5)尊严和/或公正和(6)社会福利。并且从(1)到(6)的法治也是从“薄的法治”(thin theory of rule of law)到“厚的法治”(thick theory of rule of law)的演变。<sup>[25]</sup> 套用塔玛纳哈的上述理论框架,那么中国从目前大体上能够做到以法治国的法制国状态,经由其他阶段最终抵达保障社会福利的法治国,是一个从“浅薄的法治”到“深厚的法治”的长征。<sup>[26]</sup> 这个过程也是针对过去三十多年工作的“法治巩固”。

因此,在这个历史关口,中国政府的选择非常关键。中国的法治建设工作,不进则退。<sup>[27]</sup> 如何通过政府的努力来释放(法治的)制度红利,事实上也是当前理论界和政府所关注的热点问题。也正因如此,我们对同国家相关的法治动力机制进行深度剖析显得特别重要。在下文中,我们将分别对“顶层设计”和“中间变革”进行剖析。

## 二、法治建设的“顶层设计”

从国家角度看,法治建设的最重要动力机制是执政者为了谋求与改善其政权合法性,并实现国家的富裕与强大,而大规模进行的变法运动。在中国,这种国家主义的、自上而下的变法思路最晚可以追溯到晚清的大规模法律移植运动。甚至更早,我们可以追溯到战国时期的“商鞅变法”。<sup>[28]</sup>

自上而下的法律变革,顾名思义,是“上”推动的。不过,“上”是一个非常宽泛的概念,可以指作为个体的国家领导人及其核心决策团队。比如,在帝制时代,“上”指的是皇帝本人(包括其背后的高级幕僚);在当代中国,“上”在经验上可以对应那些直接影响政治局决策的小圈子。当然,“上”也可以更宽泛地指中央政府,以及执政党的中央决策机构。比如,自“孙志刚案件”以来,中国法学家形成了一种“上书”的风气——此时,“上”更多地指全国人大和国务院。在本文中,“上”包括上述两种含义,即,在组织上包括中央政府和中共中央委员会;在个体上包括党政机构的最高领导人。这个定义同现在顶层设计中的“顶层”概念相似。比如,根据高尚全的解释,“顶层就是最高层,就是全国全党这一层”。<sup>[29]</sup> 也正是在这个意义上,曾经作为执政党最高领导人的邓小平习惯性地被称为中国改革开放的“总设计师”。当然,在自上而下的法律改革中,行动者不仅仅包括设计

[25] Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 91.

[26] Randall Peerenboom, *China's Long March toward Rule of Law* (New York: Cambridge University Press, 2002).

[27] 比如,江平先生在2010年初评论道:“从我们国家现在的情况来看,我是觉得中国的法治处在一个大倒退的时期,或者说我们的法治建设、司法改革、政治改革都处在一个大倒退的时期。”出自张思之等:《江平与法治天下——〈律师文摘〉2009年年会精选》,载《中国政法大学学报》2010年第3期(总第17期),第88页。也参见Carl F. Minzner, “China's Turn Against Law”, 59 *American Journal of Comparative Law* 4 (2011), 935-984.

[28] 参见凌斌:《法治的中国道路》,北京大学出版社2013年版,第1~51页。

[29] 高尚全:《加强改革顶层设计》,载《发展转型中的政府与市场——当前形势与改革座谈会内容汇编》,中国经济体制改革研究会主办,2011年3月27日,北京,第18页。

者,还包括变法的执行者。在经验上,执行者对应的则是在中央和地方各级政府的人大、法院、检察院、司法行政、法制办公室等从事法律工作的官僚们。从顶层设计的角度看,这些官僚们只是上层设计师所提供的改革蓝图的施工人。

必须要明确的是,在自上而下的改革中,设计师们必定因为某些利益的考虑而启动改革。同界定行动者一样,对利益与动机的分析也是研究改革动力的核心内容。对改革者自身利益的追求是所有改革启动的相同根本原因。区分好的改革和坏的改革的根本标准不是看改革者有没有追求自身的利益。相反,好的改革是改革者为了自己的直接利益而去间接追求社会公共利益,坏的改革是改革者只是为了自己尽可能地攫取短期利益而对公共利益置若罔闻。

在当代中国,执政党高层至少由于如下的考虑而展开了自上而下的变法运动。其一,对“文化大革命”时期政治斗争的失控进行规范化,避免党内政治斗争所导致的灾难性后果。对这一点,老一辈的执政党高层领导人无不有切肤之痛。也因此,通过法制来实现政治活动的有序化很容易在高层达成共识。“文化大革命”之后,法制成为确立一种新的治理或者斗争秩序的重要工具。<sup>[30]</sup>对“四人帮”的公开审理是这种法律改革的序幕,它的核心内容体现在对刑事法制的改革上。这个不难理解,改革开放之后,《刑法》和《刑事诉讼法》是最早从法律虚无主义中解放出来的法律。其二,几乎在同时,为了能够让执政党对政权有持续的掌控而启动了经济上的改革开放,法律建设也因此变成了“为经济建设保驾护航”的重要工具之一。让法律保障经济建设是改革年代中国政府持续推进法治的重大原因之一。其三,随着公民权利意识的觉醒,人们不再只关心分配的结果(自己的那份蛋糕是否绝对地做大了),也变得越来越关心分配的过程(自己的那份蛋糕是否相对地变小了)。也因此,掌握分配权的行政机关的权力运作也日益成为社会关注的焦点。随着公民权利意识的逐步觉醒,公民同掌权者之间的关系也越来越紧张,并引发了20世纪80年代末的那次著名政治危机。同“文化大革命”一样,这次政治危机给执政党高层以巨大的压力启动新一轮的法律改革,其中最为关键的是行政诉讼法律体系的形成。其四,已露端倪且将来更为重要的缘由是,随着中国日益增多地参与国际性的经济、政治与社会交往,中国政府有压力和动力让中国的公民、社会组织和政府的行为越来越具有法治思维,否则会在国际交往中吃亏。简言之,让中国走向法治国家,是中国在世界和平崛起的重要前提之一。<sup>[31]</sup>

作为一种自上而下的改革方式,法治的顶层设计一方面为整个改革指明了方向,并做出整体性布局,是现代国家推动法治的基本动力机制,但在另一方面面临着很多局限性。第一个局限是,由于法治在本质上是约束(行政)权力的,因此自上而下变法中的“法治”观很容易具有工具主义的取向,把“法治”视为一种维护自己政权的工具,难以真正做到理念上的革新。孙笑侠有个非常精妙的表述:“令人着急的是我国自上而下现在只是从治国方略的角度来理解法治,即依法治国这个层面。其实这只是法治的一个最浅层面的含义。”<sup>[32]</sup>事实上,自始至终,中国政府在法律改革中的工具主义取向依然是人们质疑中国能否最后走向法治的最重要原因。<sup>[33]</sup>

第二个局限性是,如果社会/市场对改革的诉求没有演化成一种影响执政者整体利益的治理

[30] 参见强世功:《法制与治理——国家转型中的法律》,中国政法大学出版社2003年版,第166~186页。

[31] 程金华:《法治与中国崛起》,载《中国社会科学报》2012年12月21日“2012年终特刊”。

[32] 孙笑侠、胡瓷红:《法治发展的差异与中国式进路》,载《浙江社会科学》2003年第4期,第5~6页。

[33] Xingzhong Yu, “Legal Pragmatism in the PRC”, 13 *Journal of Chinese Law* 1 (1989), 29-51; Pitman B. Potter, “Legal Reform in China: Institutions, Culture, and Selective Adaptation”, 29 *Law & Social Inquiry* 2 (2004), 465-495.

危机,顶层设计或者很难启动,或者在启动后的执行中很容易打折扣——通常是两者兼而有之。在这个意义上讲,当代中国每一次的顶层设计都是直接针对“亡党亡国”的问题去的。包括邓小平在内的最高领导人都有类似的表述。也因此,尽管我们都期待能够有前瞻性的“明君”或者“哲学王”,但在人类历史上能够提前做好布局、社会没有支付大量成本就实施的顶层设计改革非常罕见。在近当代,一个比较成功的顶层设计是美国的建国者对美国政体的设计。但是,在美国人于1787年在费城制宪会议最终选择现有政体之前,他们为此曾经付出了很多代价——如果当时没有独立之后所采取的邦联制所带来的“亡国”问题,1787年美国宪法要么会推迟很多年出现,要么是另外一个模样。另外一个成功的顶层设计例子是港英政府在20世纪70年代中期对香港政治的改革,包括建立新的廉政体制。而港英政府之所以能够下如此大之决心,也是因为之前数十年政府腐败和社会不公正所导致的治理危机。因此,从经验上看,人类历史上每一次真正意义上的顶层设计都通常伴随着重大的治理危机。当然,整体性治理危机通常是启动顶层设计的必要条件,并不等于说执政者一定会认真对待或者及时发觉“致命的”整体性治理危机。甚至悲观地讲,社会革命对国家再造,而非执政者自上而下的改革,更经常伴随整体性治理危机。<sup>[34]</sup>

而且,关于顶层设计的一个相关悖论是,尽管我们期待顶层能够时刻把握机会去启动有效改革,但是执政高层只有面对整体性治理危机时才启动顶层设计具有一定的内在合理性。其原因至少有二。第一个是技术层面的原因,也就是顶层没有办法对大量的、小规模的社会问题亲自担任顾问并提供解决方案。第二个原因是更为根本性的原因,也就是顶层设计最终能否得以顺利施行,除了高层必须有合理的设计,这种设计方案还必须得到下级执行者的认可,否则难以执行或者执行时很容易被打折扣。在这个意义上讲,整体性治理危机是高层用来动员内部力量的重要工具,是达成关于改革的内部共识的重要契机。这意味着,对于大部分的执政集团的成员来说,政权是一个“政治公有地”。不到一切均可能失去的时候,执政集团的普通成员会为了自己的短期利益而蚕食这块公有地,从而造就执政集团自己的“公有地悲剧”。<sup>[35]</sup> 反过来讲,整体性治理危机会让执政集团的所有人都有失去利益的可能,因此此时进行顶层设计及改革动员,是最好的时机,容易在执政集团内部达成所有人均可能变得更好的“帕累托最优”状态。

简言之,只有感受到了切肤之痛,执政高层才会同时具备天时、地利、人和去实现有效的自上而下改革。“文化大革命”和20世纪80年代的政治风波是中国执政党的切肤之痛。幸运的是,中国执政党高层不仅体会到了切肤之痛,还进行了有效的改革。随后,执政党分别在其十五大(1997年)、十六大(2002年)、十七大(2007年)和十八大(2012年)的报告中,都明确树立了“依法治国”的行动纲领。在十八大报告中,依法治国更是成为一种“治国理政的基本方式”。毋庸置疑,这种高层对走向法治的态度,在当前的历史关口是至关重要的。但是,尽管如此,这种文本的表态能否转化成切实的改革设计和内部动员,以及最终效果如何,我们目前还不得而知。

通过顶层设计而进行的自上而下的改革所面临的第三个局限性是,相比较地方政府,中央政府里的决策者对社会运作的了解存在信息不对称。这一点早已经被思想家们所认识。比如,哈耶克认为,每个人总是自我偏好和自我利益的最好诠释者,因此个人对自己事务的决策是最有效的。<sup>[36]</sup> 由此延伸出去,分权决策比集权决策更有信息优势——这也是近当代研究中央和地方关系

[34] [美]西达·斯考切波:《国家与社会革命:对法国、俄国和中国的比较分析》,何俊志、王学东译,上海人民出版社2013年版。

[35] Garrett Hardin, “The Tragedy of the Commons”, 162 Science (1968), 1243-1248.

[36] [英]哈耶克:《个人主义与经济秩序》,邓正来译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第117页。



的学者的一个普遍共识。<sup>[37]</sup> 中央和地方政府在决策中的信息不对称有两个层面的涵义：其一，相比较“接地气”的地方政府而言，执政高层对地方治理的方方面面了解更少；其二，相应地，执政高层对地方差异性也了解甚少。在治理结构上，这两个方面都要求分权甚至联邦制的制度设计。

在转型年代，作为一个大国的中国并不能躲避上述顶层设计所面临的信息不对称问题。反过来，正如很多政治经济学者所观察到的，中国的改革之所以能够取得如此伟大的成绩，恰恰在于分权和地方竞争的治理结构。在法律改革上，也不例外。其具体的体现是“实验性立法”，也就是由地方政府先行先试。这方面的例子非常多。学术研究对此也有很多的著述。例如，江平把过去三十多年的法律改革路径称为“法律实验主义”。<sup>[38]</sup>

综上，在诸如中国这样的大国里，法律改革的顶层设计固然重要，但也有明显的局限性。上述分析也表明了剖析走向法治的动力机制的三个基本要素：行动者、利益和能力。这几个要素也是新制度主义经济学在研究组织发展时所考虑的核心要素。国家作为一种组织，其治理绩效如何也跳不出行动者的利益和能力约束。顶层设计的改革者在利益和能力上也有制约因素。在利益考虑上，自上而下的改革通常是支付大的社会成本之后才启动的，部分原因在于整体性治理危机是达成内部改革共识的前提。在行动能力上，自上而下的改革也必须依赖地方政府的忠实执行和自主创新。而地方政府之所以去执行顶层设计的改革，也是基于自身的利益考虑。简言之，行动者、利益和能力是交集在一起的。因此，尽管我们意识到在这关键的历史时刻，合理的顶层设计至关重要，但是中国能否实现“法治巩固”并最终走向法治国家，还是原地踏步甚至向后倒退，还得取决于执政高层在进行改革设计之时的利益动员，让国家内部实现利益共识——至少在局部领域实现利益共识。

### 三、法律发展的“中间变革”

上文的分析告诉我们，即便只考虑国家在走向法治中的角色，自上而下的改革——尤其是顶层设计的改革——既不是一个能够完全解释中国过去法律发展的描述型模型(descriptive model)，也不是一个能够为未来改革提供完美解决方案的指导性模型(prescriptive model)。就像著名经济学家吴敬琏先生所言，顶层设计存在被误读的问题。<sup>[39]</sup>

从国家内部看，地方政府的角色同执政高层或者中央政府一样重要。由于这种力量介于中央政府这种顶层力量和市场/社会这种底层力量之间，我们称其为“中间力量”，而对其对法律发展所贡献的工作归纳为“中间变革”。在这个小节中，我们从两个方面对中间变革进行一个理论归纳：其一，中间变革的内涵，包括其行动者、激励机制、方式和效果；其二，中间变革同相关改革路径的异同。

#### (一) 中间变革的内涵

##### 1. 中间变革的行动者

中间变革的行动者主要指地方政府及其官员。在中国的绝大部分区域，政府分五级：中央政府、省级政府、地市级政府、县市级政府和乡镇政府。严格意义上讲，省级或者省级以下政府都是

[37] Charles M. Tiebout, "A Pure Theory of Local Expenditures", 64 *The Journal of Political Economy* 5 (1956), 416-424; Wallace E. Oates, *Fiscal Federalism* (New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972), p. 54.

[38] 江平：《沉浮与枯荣：八十自述》，法律出版社2010年版，第465~475页。

[39] 吴敬琏：《“顶层设计”的误读》，载《商周刊》2012年第11期（5月28日）。

地方政府。但是在法律改革中,层级越低的政府越是扮演一个执行者的角色。事实上,《立法法》只确立了省级政府和“较大的市”的政府具有立法权。其中,“较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市”。<sup>[40]</sup>过去的经验也表明,中间变革的行动者主要是省级和较大的市的政府及其官员,尤其是负责决策的主要领导官员。但是,在未来的发展中,地方官员不仅仅在立法,而且在执法和司法的过程中应当扮演更多的创新者角色,这也意味着省级以下政府的官员也将成为中间变革的行动者主体。

## 2. 中间变革的激励机制

地方政府及其官员通常考虑两类利益,一类利益是自身的直接利益,另一类是地方的整体利益。同自上而下改革的行动者一样,地方政府的官员首先只会为了自己的利益行动,然后间接服务于地方的整体性利益。在政治哲学上,承认统治者的自私自利性是个古老的命题。<sup>[41]</sup>不过,在中央-地方关系的研究视角中,把地方官员的自我利益最大化作为前提来分析地方政府的行为则是“第二代财政联邦主义”学者的知识新贡献。<sup>[42]</sup>例如,对当代中国的地方政府行为有很好研究的钱颖一和温加斯特(Barry R. Weingast)认为:“第一代经济理论忽略了为什么政府官员要像理论描述的那样行动这个问题。他们想当然地假设政治官员提供公共产品并保护市场。……我们会提供一种新的、第二代关于联邦制的经济理论。这种新理论受企业理论的最近成就影响。在企业里,经理人并不天然服务于股东的利益。为此,企业理论对困扰企业运作的动机问题进行了广泛的研究。……就像企业理论一样,我们认为政治官员并不天然服务于公民的利益。因此,一旦有机会,政治官员就会从政治决策中寻求租金。”<sup>[43]</sup>

因此,承认法律的中间变革的可能性,就是要先打破(地方)官员天然“为人民服务”的政治假设,然后寻找合适的制度机制来激励地方官员为了自己的利益而间接为公共利益服务,包括良性的法律改革。在转型年代的经济改革中,中国通过政治分权与“竞标赛体制”在一定程度实现了这个效果。<sup>[44]</sup>竞标赛体制的涵义是,中央在设定政府活动的整体目标之后,把部分决策权下放给省级政府和计划单列的大城市,而后者又把部分权力再下放,以此类推;下级政府的官员则创造性地利用手中的有限决策权,力争在实现中央政府所设定的政策目标中拔得头筹,并实现任职升迁的奖励。在这样一场政治游戏中,地方政府官员的主要利益动机是获得政治回报,也就是留任与升迁——这一点同民主国家并无二致。而地方官员能否为了实现这个升迁的自我利益而为公共利益服务,就取决于中央政府制定政策目标或者顶层设计的合理性。换句话说,地方政府官员为了自我利益最大化而参与政治竞标赛本身是中性的,而对社会最终产生积极或者消极的后果取决于高层激励机制的合理性。当高层的政策目标是追求经济发展时,地方官员就会为了地方的GDP数字而不顾一切;如果高层的目标是为了追求政治斗争的绩效或者其他目标时,地方官员也会为

[40] 《中华人民共和国立法法》(2000年)第63条。

[41] Margaret Levi, *Of Rule and Revenue* (Berkeley: University of California Press, 1988).

[42] Wallace E. Oates, “Toward A Second-Generation Theory of Fiscal Federalism”, 12 *International Tax and Public Finance* (2005), 349-373; Barry R. Weingast, “Second Generation Fiscal Federalism: The Implications of Fiscal Incentives”, 65 *Journal of Urban Economics* 3 (2009), 279-293.

[43] Yingyi Qian & Barry R. Weingast, “Federalism as a Commitment to Preserving Market Incentives”, 11 *Journal of Economic Perspectives* 4 (1997), 83-84.

[44] 周黎安:《中国地方官员的晋升竞标赛模式研究》,载《经济研究》2007年第7期;周飞舟:《锦标赛体制》,载《社会学研究》2009年第3期。

了这些目标而穷尽一切手段。<sup>[45]</sup> 不管怎样，在升迁激励及经济发展指标考核的杠杆之下，地方政府的主要领导官员成为“政治企业家”，而其领导之下的地方政府则成为追求经济效益最大化的“地方政府公司”。<sup>[46]</sup>

在过去的三十多年中，中国的法律发展也部分得益于上述分权和竞标赛体制。不过，相对于经济发展而言，法律发展是竞标赛体制的副产品。其中的逻辑可以这么表述：自 1978 年以来，执政党高层设定了追求经济发展的执政目标，并通过其掌控的人事任免权对那些能够推动地区经济发展的官员给予政治奖励；为了获得这种政治奖励，地方的主要决策者同样通过人事任免权的杠杆，动员辖区内的地方官员，通过各种手段来刺激本地区的短期经济发展绩效——这些手段包括招商引资、税收减免、土地优惠、法律改革、社会关系等手段。法律制度，尤其是同经济发展相关的法律制度，在被当作刺激经济发展的杠杆来使用，并作为副产品得到了有益的改革。反过来，在那些同经济发展无直接关联或者无短期关联的领域，地方政府基本上不会采取什么改良举措。像在 2003 年之前存在的收容审查制度以及至今还存在的劳动改造制度，都是目前以经济 GDP 为核心的激励机制所不能覆盖的领域，因此也得不到地方官员的太多改革关注。在这个意义上讲，只要中央政府的激励得当，地方政府的主要领导同样可以在个人升迁的利益驱动之下成为推动法律发展的“法治企业家”。

### 3. 中间变革的方式

作为中间变革的行动者，在拥有充分的自主决策权之后，地方政府可以采用多种法律改革的方式。首先，最为人们所关注的是发生在立法领域的实验性立法。实验性立法也是地方政府更加宽泛的“政策实验”的一部分。<sup>[47]</sup> 同样是实验性立法，地方政府可以是受中央政府的委托进行，但也可以是自己主动策划而进行的实验。在前一种情况之下，实验性立法是自上而下改革的一部分。在后一种情况之下，实验性立法才真正体现了“中间”变革。

其次，尽管立法很重要，但是在中国走向法治的道路上，执法和司法变得越来越重要。因为，中间变革也可以体现在对行政执法和司法运作的改革上。在过去三十多年中，很可惜，行政执法和司法运作的地方变革经验只是零星地出现，而没有形成系统的成就。最近几年，针对行政执法的地方变革已经出现。典型的案例是湖南省在 2008 年颁布施行的《湖南省行政程序规定》。但是，从最近湖南省凤凰县景区收费所引发的巨大争议看，<sup>[48]</sup> 该省所引导的行政程序革新至今还没有取得实质性的进展。在司法改革上，地方对检察和法院体系所做的改革大多也是技术性的。在最近十多年，司法系统内部出现的最为大胆的地方性尝试之一可能是 2003 年河南省洛阳市中级人民法院法官李慧娟所做的一个类似“司法审查”的裁判。<sup>[49]</sup> 不过，最后的结果显示，这个行为更像李法官的个人行为，而非地方法院的组织行为——尽管我们可以合理地推测，李法官在做出这个大胆的裁判之前已经请示了法院的领导，并得到了明示或者默示的支持。由于地方政府针对司法系统改革上的相对无所作为，以及地方党政系统对司法的干预和地方司法保护主义等弊端的存在，相当一部分人提出了司法系统去地方化的改革建议。我们认为，司法的去地方化或许可以减

[45] 见上注，周飞舟文。

[46] Jean C. Oi, “Fiscal Reform and the Economic Foundations of Local State Corporatism in China,” 45 *World Politics* 1 (1992), 99-126; Andrew G. Walder, “Local Governments as Industrial Firms: An Organizational Analysis of China’s Transitional Economy”, 101 *The American Journal of Sociology* 2 (1995), 263-301.

[47] 关于“政策实验”，参见前注[5]，韩博天(Sebastian Heilmann)文。

[48] 社论：《凤凰古城收费涉嫌多处违法违规》，载《新京报》2013年4月18日第A02版。

[49] 曾金胜：《李慧娟事件再调查》，载《时代潮》2004年第10期。

缓地方司法保护主义等问题,但也可能失去了司法改革的地方动力。所以,倒洗澡水的时候,切忌把孩子一起扔掉。

最后,法律的中间变革也还可以体现为对辖区内整个法治环境的改善。这种综合性的变革,不仅仅包含了立法、执法和司法的改革,还可能涉及更为敏感的党政关系。比如,浙江省杭州市余杭区,在2008年创建了“余杭法治指数”,并对9个指标进行评估并试图加以改善。这9个目标包括:党委依法执政、政府依法行政、司法公平正义、权利依法保障、市场规范有序、监督体系健全、民主政治完善、全民素质提升、社会平安和谐。<sup>[50]</sup>而广东省在2013年刚刚发布的《广东省法治政府建设指标体系(试行)》也包含了9个一级考核指标,包括(1)提高行政机关工作人员依法行政的意识和能力、(2)强化公共服务能力、(3)坚持科学民主依法决策、(4)提高制度建设质量、(5)严格规范公正文明行政执法、(6)全面推进政务公开、(7)依法防范和妥善化解社会矛盾、(8)完善行政权力监督制和(9)落实推进依法行政保障措施。<sup>[51]</sup>对于这种地方政府针对辖区法治的整体性改革,被一些学者称为发达地区的“先行法治化”。<sup>[52]</sup>

当然,尽管我们在理论上可以很好地区分顶层设计和中间变革的行动方式,但有时候很难在一次改革中区分最终的改革启动者。比如,在上述《广东省法治政府建设指标体系(试行)》发布之前,广东省的深圳市已经在2008年制定和实施了《深圳市法治政府建设指标体系(试行)》,因此可以推断广东省的改革吸取了深圳市的经验。但是,反过来,在广东省的改革之前,国务院先后发布了《关于全面推进依法行政的决定》(1999年)、《全面推进依法行政实施纲要》(2004年)、《关于加强市县依法行政的决定》(2008年)和《关于加强法治政府的意见》(2010年)。这些中央的意见显然对广东的改革有指导意义,尽管并没有广东省的改革那样细致而明确。因此,在这个意义上讲,顶层设计和中间变革是相辅相成的,你中有我,我中有你。

#### 4. 中间变革的效果

相比较顶层设计的全局性、前瞻性与计划性,地方政府所主导的中间变革可以直接形成竞争性的“政策市场”,并进一步推动“政治市场”与“思想市场”的形成。具体而言,中间变革可以实现如下几个不同的效果。

首先,地方政府提出新的法律改革创意,成功则推广,失败则承担先行试错的成本。中间变革的改革创意并非总是对的,或者并非总是成功的。当地方性改革成功时,这种经验可以被其他地方借鉴,也可以上升为国家层面的法律制度。当地方性改革失败时,为此支付的成本较少,并可以被控制在可接受的范围之内。有国外学者说得更为直接:“总的来说,分散进行政策实验是把负担转嫁到了地方政府同时也给试验万一失败准备好了替罪羊,实际上是把中央决策者所承担的风险和成本降到了最低。”<sup>[53]</sup>很多政治经济学者已经从试错成本角度去说明,为什么中国早期经济特区的设立是在远离政治中心北京和经济中心上海的东南沿海地区。<sup>[54]</sup>

其次,中间变革可以实现法律制度的多元化和保障地区之间的制度差异性。地区之间法律制度的多元化与差异性,并不等于地区之间法律制度的先进和落后。多元化和差异性要比后者更宽

[50] 见前注[4],钱弘道等文,第147页。

[51] 广东省人民政府:《广东省法治政府建设指标体系(试行)》,2013年6月1日起施行。

[52] 见前注[7],孙笑侠文;孙笑侠、钟瑞庆文。

[53] 见前注[5],韩博天(Sebastian Heilmann)文,第46页。

[54] 比如,参见[英]罗纳德·哈里·科斯、王宁:《变革中国:市场经济的中国之路》,徐尧、李哲民译,中信出版社2013年版。

泛的概念。也就是说，多元化和差异性不但包含了地区之间存在先进和落后，也包含了只是客观上不同的情形。比如，在中国广袤的西部地区，那里“没有不动产”，也无需不动产法律概念的建制。<sup>[55]</sup> 一些学者忌讳讨论法律发展的先进和落后，因为这样可能会落进法律制度线性发展的圈套。我们并不忌讳如此，相反主张法律制度之间的确存在先进和落后的差异，也因此需要不同形式的改革予以改进。同时，我们也认为，在有些时候，法律制度之间的差异性并不能等同于先进或者落后，而应当属于更加宽泛的多元化范畴。在这个意义上讲，承认并推动法律的中间变革不仅是要实现某些地区的“先行法治化”，还要维护和保障地区之间所存在的客观差异性。也因此，法律的中间变革理念反对中央政府以促进“共同先进”的名义对地方的法律制度进行强制的统一。

再次，由于地方主导的法律改革可能导致差异性，就势必引起法律制度之间的模仿与竞争，以及作为制度消费者的公民与组织的选择与放弃。任何一个法律改革的方案，都不能和作为制度消费者的公民和组织的需求离得太远——制度供给和制度需求不匹配的情况包括法律改革的方案太陈旧或者太超前。针对政府提供的法律改革方案，就像经济学家赫胥曼(Albert O. Hirschman)所言，公民和组织可以通过“用手投票”(voice)、“用脚投票”(exit)或“保持忠诚”(loyalty)的态度来促进方案的改善。<sup>[56]</sup> 但是，如果只存在中央的一个顶层设计方案，那么就没有差异性，也没有选择，也就无所谓通过制度消费者的选择来促进制度供给的改善。反过来，中间变革提供了这种选择以及通过选择来促进改善的空间。因此，法律的中间变革的最重要效果是在一个主权国家的辖区之内形成一个关于走向法治的政策性市场。<sup>[57]</sup> 相比较单一的顶层设计，中间变革可以形成制度改革的持续市场动力，而无需在对改革共识和改革动员的漫长等待之后才启动新的制度尝试。并且，通常情况之下，整体性治理危机并不是中间变革的必要条件。换句话说，中间变革可以规避启动顶层设计时通常需要支付的高昂社会成本。

最后，尽管中间变革可以形成制度改革的持续市场动力，但是如果没有合理的约束，则既可能形成“朝顶竞争”(race to the top)，也可能形成“朝底竞争”(race to the bottom)。前者指的是地方政府之间会为了改善制度而进行良性竞争，后者指的是地方政府会为了特定团体的利益而让法律变得更糟糕。<sup>[58]</sup> 本文的立场是，一旦放开让地方政府进行充分自由的竞争，良性竞争和恶性竞争

[55] 苏力：《这里没有不动产——法律移植问题的理论梳理》，载《法律适用》2005年第8期。

[56] Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1970).

[57] Barry R. Weingast, "The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development", 11 *Journal of Law, Economics, & Organization* 1 (1995), 1-31.

[58] 关于地方政府的法律制度竞争所可能导致的“朝顶竞争”或者“朝底竞争”效果，在美国的公司法研究领域有非常成熟的研究。在该领域中，支持“朝底竞争”的研究可以参见 William L. Cary, "Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware", 83 *YALE Law Journal* (1974), 663; Melvin A. Eisenberg, "The Modernization of Corporate Law: An Essay for Bill Cary", 37 *University of Miami Law Review* (1983), 187; Donald E. Schwartz, "Federalism and Corporate Governance", 45 *Ohio State Law Journal* (1984), 545; Lucian A. Bebchuk, "Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law", 105 *Harvard Law Review* (1992), 1435. 反过来，支持“朝顶竞争”的研究可以参见 Ralph K. Winter, Jr., "State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation", 6 *Journal of Legal Studies* (1977), 251; Daniel R. Fischel, "The 'Race to the Bottom' Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law", 76 *Northwestern University Law Review* (1982), 913; Roberta Romano, "Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle", 1 *Journal of Law, Economics, and Organization* 2 (1985), 225-283; Roberta Romano, "The State Competition Debate in Corporate Law", 8 *Cardozo Law Review* (1986-1987), 709.

的效果会同时出现,因此需要中央政府的合理引导。促成积极中间变革的要素是(1)地方政府拥有决策自主权和(2)中央政府的合理激励机制。导致消极中间变革的要素是(1)地方政府拥有决策自主权和(2)中央政府的不合理或者不清晰激励机制。这种双重性也是我们在后文呼吁重视中央和地方政府的“两个积极性”的根本原因。

(二) 中间变革的类似者:“实验性立法”、“边缘革命”与“部门改革”

在中国的改革语境中,有几个概念同本文所谓的中间变革有类似与交叉的地方,因此值得澄清。这些概念包括政治经济学家常说的“实验性立法”,科斯和王宁最新提出来的“边缘革命”,以及由中央部委所主导的“部门改革”。

实验性立法,是指地方政府或者受中央政府委托,或者基于自身的创新,在辖区之内进行立法的实验。实验性立法是中国改革年代政策实验的重要组成部分。就内涵而言,实验性立法是指中央政府在全国范围内正式出台某项法律之前,由某个部门或者某个地方出台部门法规或者地方法规,以暂行、试行的名义,部门性或者区域性地阶段性实验,以检测其可行性与利弊得失,为最终出台全国性的正式立法提供经验与教训。在外延上,实验性立法可以是中央政府自己进行,也可以委托地方政府进行;地方政府既可能受中央政府委托进行,也可能基于自身的创新进行——通常是由中央政府委托进行。

根据上述内涵与外延,中间变革同实验性立法有交叉的地方,但也存在如下几个方面的重大差别。第一个差别是,实验性立法的主要目的是为了最后在全国正式推行某一样法律制度而在区域内进行先行先试,而立法型的中间变革的主要目的是针对本地的情况正式推行某个法律制度,并附带给其他地方乃至全国提供经验。无论实验成功与否,实验性立法本身最后会被取缔;而中间变革的立法本身具有独立性和终局性。第二个差别是,实验性立法尽管可能因为几个地方同时实验而存在短期之内的竞争,但某种方案一旦被中央政府最终采纳之后,竞争性实验便终止。其结果是,地方的法律实验的积极性减弱了,一部法律变成国家法之后,就好像没有地方政府的事了。相反,中间变革并非是为了给中央立法提供经验,因此除非涉及损害国家或者其他区域的利益,否则不存在被终止的情况,其制度竞争是常态,是持续性的。第三个差别是,实验性立法在最后正式化以后,立法中的地方特殊性便会消失;相反,中间变革就是要承认地方差异。当然,除此之外,就像前文讲到的,中间变革的范畴远远超过立法——在今后的很长时间内,立法甚至不是主要的范畴。

如前所述,科斯和王宁把地方政府主导的经济特区实验——和家庭联产承包、乡镇企业、个体经济等草根改革一起——视为中国市场转型的“边缘革命”。<sup>[59]</sup> 我们则认为,地方政府的草根力量不可同日而语。在中国,自秦汉以来,县级以上地方政府就一直扮演了上传下达的中间角色。并且,就制度变迁而言,市场转型和走向法治具有很大的差异性。在市场转型中,草根力量和地方政府可以采用一些“土办法”和“新办法”来激励市场动机——这些办法往往被称为“非正式制度”。<sup>[60]</sup> 但是,法律制度只能是一种正式制度,因此草根力量不可能是任何法律改革的完成者,而只能是推动者和参与者;但是相反,地方政府既可以是法律变革的推动者、参与者,也可以是完成者。退一步讲,即便在过去三十多年的法律改革中,中国的地方力量只扮演了边缘的角

[59] 见前注[54], 罗纳德·哈里·科斯、王宁书,第205~265页。

[60] Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990).

色，因此用“边缘革命”来归纳它们是一个合理的描述性模型，但是，我们也还是认为在未来的改革中它们应当成为中流砥柱的改革力量，应当把这种力量归纳为“中间变革”这样一个应然的指导性模型。

此外，在中国，与地方政府推动的改革相类似的是由中央政府部委所推动的“部门改革”。部门改革的行动者主要是各种中央部委机构及其主要领导官员，因此也属于自上而下改革的一部分。尽管同中间变革一样，部门改革也有明显的利益激励——中央政府部委的领导人为了自己的升迁和部门的利益而主动推行改革措施。但是，部门改革同中间变革有两个根本性的差异。其一，尽管中央政府下属很多部委，而且部分部委之间就特定的法律事项存在交叉管辖的问题，但是大多数由中央部委出台的部门改革方案还是垄断的方案；或者充其量只是“寡头垄断”的方案，因此不存在竞争与选择的问题。其二，相应地，两者的积极面和消极面都不一样。理想的中间变革是出现法律制度之间的良性竞争，并通过“朝顶竞争”来推动全国性的法治化进程；中间变革的负面效果是“朝底竞争”，导致区域的法治恶化。理想的部门改革是推动法治在某个领域的突破——比如法院系统的改革，而负面的部门改革则是把部门利益置于整体利益之上，并导致法律体系的“碎片化”或者“割据化”效果。<sup>[61]</sup>

综上所述，法律的中间变革是一个有自己独立内涵的路径。它的最终目的是为大国的法治道路创造一个政策市场，并同时推动一个主权国家辖区之内的同法治建设相关的政治市场与思想市场。因为如此，它同实验性立法、边缘革命和部门改革等改革方式有着本质的差别。当然，中间变革并非一贴万灵药，有其优势，也有其明显的不足。

#### 四、“两个积极性”与走向法治的大国道路

前文两个部分的理论分析可以归纳为如下一段话：走向法治的顶层设计至关重要，但因其局限性而不得不借助于中间变革；但是，地方主导的中间变革因为其两面性而不得不反诸顶层的合理设计。换句话说，从国家的角度来推动法治而言，如果只提倡顶层设计或中间变革的任何一种而忽略另一种，都会因噎废食。事实上，古今中外的学者和政治家都已经非常旗帜鲜明地指出了同时发挥两者功效的重要性。

在这里，我们引用三位比较有代表性论者的观点。在中国，如何从中央-地方关系的角度来建构一个合理的治国政体，一直是中华先贤重点关注的建国问题之一。<sup>[62]</sup>针对这个问题，被经常提及的一种方略是，平衡中央与地方的利益，并同时发挥两者的优势。比如，顾炎武指出：“寓封建之意于郡县之中，而天下治矣。封建之失，其专在下；郡县之失，其专在上。”<sup>[63]</sup>毛泽东则在《论十大关系》一文中说得更加直白：“我们的国家这样大，人口这样多，情况这样复杂，有中央和地方两个积极性，比只有一个积极性好得多。”<sup>[64]</sup>当然，中央-地方关系是所有大国的共通问题，因此对这个问题的思考不是中华民族的专利。在其不朽的政治学经典著作《论美国的民主》中，

[61] 参见刘思达：《割据的逻辑：中国法律服务市场的生态分析》，上海三联书店 2011 年版。

[62] 参见李治安主编：《中国五千年中央与地方关系》（上、下卷），人民出版社 2010 年版；吴稼祥：《公天下——多中心治理与双主体法权》，广西师范大学出版社 2013 年版。

[63] 顾炎武：《顾亭林诗文集》，中华书局 1983 年版。

[64] 毛泽东：《毛泽东选集》第 5 卷，人民出版社 1977 年版，第 267~288 页。

托克维尔也指出了类似的道理：“如果只有大国而无小国，人类无疑会更加自由和幸福。但是，也不能不有大国。在世界上，大国的存在为国家繁荣提供了一个新的因素，即力量。……为了把因国家之大而产生的好处和因国家之小而产生的好处结合起来，才创立了联邦制度。”<sup>〔65〕</sup>当然，提出类似思想的人可以罗列一大串。也有当代学者从中国政治体制改革的角度，对此有很好的阐释。<sup>〔66〕</sup>

此处，我们将结合当下的法律改革热点和趋势来提出如何发挥“两个积极性”来实现走向法治的具体制度设想。事实上，很多制度改革的要素已经存在，或者被学界所提出。本文在此处主要是加以归纳和整理。

首先，就中央的积极性而言，关于走向法治的改革意识和方向至关重要。从最近几年的发展态势以及一些敏感的事件看，当前的社会矛盾一触即发。如果不及时改革，社会矛盾的积累将极大地提高中国社会走向革命化的几率，并引发一场整体性治理危机。当然，如同前述，整体性治理危机或许能更好地为顶层改革提供天时、地利与人和，但其成本也极高昂。如果执政高层能够有足够的危机意识，提前并及时地通过改革来化解这种危机，实在是中华民族的万幸。说到底，走向法治的改革如果能够取得成效，将能极大地化解中国社会所面临的潜在政治危机与革命可能。因此，中央政府应当把走向法治的工作放在不亚于维持经济高速发展这项任务的战略位置之上。

从法律改革的方向上看，立法工作尽管还是未来走向法治的重要组成部分，但已经不再是重点工作。反过来，更大空间的改革存在于依法行政和司法体制这两个领域之中。就这一点，中央政府也已经意识到未来的改革方向是从“有法可依”转向“有法必依”、“执法必严”和“违法必究”上。这一点尤其体现在针对行政行为的法治化建设之上。说到底，未来法律改革的方向是从法制国家沿着正确的道路走向法治国家，从目前“浅薄的法治”走向未来“深厚的法治”。

其次，在现有政治体制的大格局不发生变化的前提之下，中央政府撬动地方积极性的杠杆依然是政治任免。过去三十多年，经济领域的“竞标赛体制”已经给中央政府如何撬动地方积极性来进行制度创新提供了榜样。对于执政高层而言，走向法治的合理顶层设计就是利用“法治 GDP”去考核地方政府及其领导官员的政绩。<sup>〔67〕</sup>就此而言，执政高层已经释放出了一些积极的改革信号。比如，执政党在其于 2012 年发布的“十八大报告”中明确指出“提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力”。类似的理念也出现在国务院在 2010 年所发布的《关于加强法治政府建设的意见》中。说到底，走向法治的改革能否落实，归根到底还是让政府官员意识到，是否认真对待法治同自己的利益（尤其是自己的官位）相关。只要中央政府能够利用干部任免的杠杆实现这种激励机制，那么就不愁地方政府及其官员不会有积极性。必须注意的是，合理的激励机制应当包括正面的奖励和负面的惩罚。在法治考核中，应当避免“只上不下”的单方面激励——否则的话，只会事倍功半。

再次，尽管目前在全国层面还没有成型的法治政府考核指标体系以及如何对政府官员的“法治 GDP”进行考核的方式，深圳市、杭州市余杭区等地方性的数年制度实验已经积累了很多的经

〔65〕 [法]托克维尔：《论美国的民主（上卷）》，董果良译，商务印书馆 1997 年版。

〔66〕 比如，参见前注〔6〕，苏力文。

〔67〕 马怀德：《让“法治 GDP”成为新政绩观的一个支点》，载《农村工作通讯》2008 年第 5 期；《法律实施有赖于“法治 GDP”的建立》，载《人民论坛》2011 年第 29 期。



验,而广东省于2013年6月1日开始实施的《广东省法治政府建设指标体系(试行)》和《广东省依法行政考评办法》将继续提供宝贵的经验。对于中央政府而言,目前需要做的是,尽可能对这些创新进行正面激励,并及时总结和提炼,争取尽快让法治指数及依法行政考核成绩成为中央直管干部任免的考核指标,并逐步加大其权重。当然,尽管中央政府的工作重心是通过合理的法治工作考核设计来激励地方政府及其官员的法律改革积极性,中央政府本身也不能放弃对一些具有全局性的法律改革进行具体的制度设计。而后者主要涉及宪法政治问题。

此外,对于地方政府及其领导官员而言,他们必须确保得到足够的自主决策权,以及地方性利益必须得到制度性的认可和保障。一些学者已经提出“中央与地方关系法治化”的建议。<sup>[68]</sup>我们非常认同这种建议。只有地方政府在法治建设上的自主决策权和利益激励得到制度化的保障,中间变革的市场动力才可能是长久的。

最后,尽管中央政府有必要把一些地方的法治化经验予以总结、规范化和全国推广,但是不能对所有的“先进经验”进行全部的、强制性的统一实施。部分强制性统一实施事实上妨碍了地方政府进行制度再实验和再改革的机会。现有的实验性立法就存在这个问题,也就是某部法律一旦变成全国立法之后,地方政府就失去了针对这部法律再实验的机会。今后针对地方依法行政和司法运作的总结和推广,应当避免类似问题。制度实验和改革是个持续的过程,并不是实验到一定程度变成全国推广的制度之后就不需要改进了。

必须提及的是,无论是中央通过顶层设计来激励地方的制度创新动机,还是地方政府在此种激励机制之下实施创新,都必须依赖于明确的法律授权,并遵循程序法定的最基本法治原则,否则中央或者地方政府都可能“以法治的名义”去破坏法治。

当然,上述就发挥中央和地方政府两个积极性的制度建设,只是一种针对当下体制现状的阶段性建议。中央政府利用干部任免作为杠杆来激励地方政府及其官员的制度安排在未来存在不同程度的变数。合理的制度设想还应当包括针对未来中央与地方关系的更长期规划。因为篇幅问题,本文在此不予展开。

## 五、结语

英文《时代周刊》发表于2008年12月10日的一篇文章说“[当代中国的改革]是我们时代的伟大故事。它是我们所有人的故事,不仅仅属于中国”。<sup>[69]</sup>在这个伟大的故事里,法律的改革扮演了一个分量很重要的角色。至今为止,中国在走向法治国家的道路上大大地迈出了一步。然而,“革命尚未成功,同志尚需努力”。

对于执政党来说,她目前的一项重大“革命工作”是防止社会矛盾聚集而导致的新一轮暴力革命。<sup>[70]</sup>关于革命的发生,托克维尔在《旧制度与大革命》中说了这么一段耐人寻味的话:“革命的发生并非总因为人们的处境越来越坏。最经常的情况是,一向毫无怨言仿佛若无其事地忍受着最难

[68] 张千帆:《国家主权与地方自治:中央与地方关系的法治化》,中国民主法制出版社2012年版。

[69] Michael Elliott, “Thirty Years After Deng: The Man Who Changed China”, Time (Dec. 10, 2008).

[70] 马国川:《吴敬琏:中国经济社会矛盾几乎到了临界点》,载《财经》2012年第22期(总第331期)。不过,针对当前中国社会是否会出现革命的危险,也有不同看法。参见赵鼎新:《当今中国会不会发生革命?》,载《二十一世纪》2012年12月号。

以忍受的法律的人民,一旦法律的压力减轻,他们就将它猛力抛弃。被革命摧毁的政权几乎总是比它前面的那个政权更好,而且经验告诉我们,对于一个坏政府来说,最危险的时刻通常就是它开始改革的时刻。只有伟大天才才能拯救一位着手救济长期受压迫的臣民的君主。人们耐心忍受着苦难,以为这是不可避免的,但一旦有人出主意想消除苦难时,它就变得无法忍受了。当时被消除的所有流弊似乎更容易使人觉察到尚有其他流弊存在,于是人们的情绪便更激烈:痛苦的确已经减轻,但是感觉却更加敏锐。”<sup>[71]</sup>

在这段话中,托克维尔仿佛在讲述一个关于改革的悲剧宿命:改革开启了革命之门。但是,我们的理解是,问题的关键是改革的时机:当人们变得忍无可忍才开启改革时,改革可能就是革命的导火索。在中国,晚清王朝在1900年之后到1911年爆发“辛亥革命”的十多年之间,当政者之改革不可谓不多、力度不可谓不大——取消科举和实行地方自治就已经是石破天惊的改革了,更不用说大规模的法律移植。但是,清王朝的改革还是太晚了。托克维尔想告诫后世当政者的是,启动改革要越早越好,否则只会加速革命的到来。借用鲁迅的话,革命就像地火:“地火在地下运行,奔突;熔岩一旦喷出,将烧尽一切野草,以及乔木,于是并且无可腐朽。”

在当今的中国,如同经济领域的改革一样,法律改革也进入了深水区,政府应当在这个关键的历史时刻有所作为。但是,当舆论与学术界一再强调以“顶层设计”这样一种自上而下的方式进入下一阶段时,不要忽视了过去三十多年的经验所得到的一个法宝:地方政府所驱动的中间变革不仅仅可以部分解释中国已经取得的法治建设成就,更为重要的是,同顶层设计一起配合,中间变革可以扮演更多、更好的角色。

尽管这看起来只是一个关于法治的故事,但是背后反映的是一个千古不变的命题:在体量如同中国一样的大国,国家治理必须得依赖中央和地方政府的“两个积极性”。这个辩证法不仅出现在人民共和国的缔造者毛泽东和后来的领导人讲话中,也更早地出现在华夏先贤顾炎武等人的著述中,也出现在诸如托克维尔这样的外国思想家中。由此可见,在理念上,这个关于中央和地方关系的认识并没有任何的新意。但是,决策者有没有认真对待这个认识,把这个认识纳入改革的框架里,并最终形成制度化的安排,却在中国的变革语境中一直有新意。因为,至今中国的治理结构还没有摆脱“一放就乱、一收就死”的悖论。当下关于走向法治的事业,将是执政者能否认真对待这个古老政治智慧的又一块试金石。作为学者,我们只能拭目以待,翘首以盼。

(责任编辑:林彦)

---

[71] [法]托克维尔:《旧制度与大革命》,冯棠译,商务印书馆1997年版,第210页。