



JINGMAO FAXUE LUNCONG

经贸法学论丛

总主编 柴振国

DIFANG FAZHI JIANSHE DE TANSUO YU CHUANGXIN

地方法治建设的 探索与创新

柴振国 等 / 著

中国检察出版社

地方法治建设的探索与创新

柴振国 等著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

地方法治建设的探索与创新 / 柴振国等著. —北京: 中国检察出版社, 2017. 1

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1783 - 8

I. ①地… II. ①柴… III. ①社会主义法制 - 建设 - 研究 - 华北地区 IV. ①D927. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 273996 号

地方法治建设的探索与创新

柴振国 等著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010)88960622

发行电话: (010)88954291 88953175 68686531

(010)68650015 68650016

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 9.75

字 数: 257 千字

版 次: 2017 年 1 月第一版 2017 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1783 - 8

定 价: 40.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

总 序

燕赵大地，人杰地灵。河北经贸大学就坐落在太行山脚下风景秀丽的滹沱河畔。它以经济、管理和法学学科为支柱，是省属综合性重点大学之一。生生不息的滹沱河水，孕育着一代代经贸学人，也孕育着法学院的法律学人和学子们。

正是这种无息的孕育，使法学院的学人们在这块田园里春夏秋冬不辞辛劳、辛勤耕作和无私奉献，也正是这种耕作与奉献，使得法学学科这棵幼苗得以快速成长，从 1993 年其前身经济法系成立到今天初具规模的法学院，经过 12 年的努力，已拥有民商法、经济法、国际法、刑法和法理学五个硕士点和法律硕士一个在职硕士点。年轻的法学院充满朝气与活力，集聚和培养了一群风华正茂、立志为学的年轻学者，他们分别毕业于不同的学校，汇集了全国各大重点院校的不同学术风格，吮吸着京畿大地丰厚的历史文化滋养。他们以无私无畏的精神白手起家，充分发挥着自身的后发优势，他们还利用环绕北京、贴近祖国心脏的地缘优势，关注和感受着法学前沿问题和法治社会的重大事件。他们与这个伟大的时代同呼吸、共命运。尽管他们所在的还算不上名门名校，但他们正在凭借自身的力量与智慧，努力争得一席之地。

法学院的发展关键在于学科建设，学科建设的基础关键在于学术成果的支撑，而学术成果的取得在于法律学人不断地发现问题、思考问题和解决问题，在于对学术价值的正确判断和刻苦追求。正是在这种理念下，法学院的学人们刻苦追求，努力奋斗，不断进取，在教学和科研上取得了可喜的成绩。为了展示和反映

河北经贸大学法学院的科研实力和最新研究成果，发现和支持新人新作，鼓励和培养科研精神，加强学科建设，就要开拓一个固定的园地或搭建一个平台，给法学院学人们提供一个展示和创新的机会，这就是出版本论丛的目的所在。

河北经贸大学法学院与中国检察出版社共同组织出版这套《经贸法学论丛》。之所以命名为《经贸法学论丛》主要从两个方面考虑：其一，“经贸”是河北经贸大学之意，因为河北经贸大学是这套丛书的发起者；其二，“经贸”是经济贸易的简称，从选题范围来说，这套丛书主要包括民商法、经济法和国际经济法，同时也兼顾其他法律部门，不受部门法划分的局限。今后，我们计划每年陆续安排若干种课题的读物出版，使这套论丛更加完善和丰满。

在这套《经贸法学论丛》出版之际，我们衷心感谢中国检察出版社领导与编辑朋友们的信任与支持，是他们给我们创造了这个平台，提供了机会。我们也殷切期望这套丛书能得到社会各界的支持与关注，同时，真诚欢迎来自各方面的批评与指教，所有这些都将成为激励和鞭策我们继续前行的力量。

柴振国

2009年8月

前 言

相对于广义的“法治”议题，“地方法治”只能算是其中一个相对崭新的领域。近年来“地方法治”议题引起了越来越多的关注，人们不仅对地方法治概念进行了辨析与厘定，而且深入论证了地方法治的可能性，探索了地方法治作为地方参与国家建设方式的重要作用。这些研究都为地方法治研究的推进奠定了基础。

在建设法治国家的大潮中，地方法治的理论研究和实践探索正如火如荼、方兴未艾，这是一种现实，也是一种必然。这一现象的背后，蕴含着深厚的根基。其一，法治是人类社会的一种普世性价值，也是一种各地法治实践探索和日趋完善的地方性知识。作为地方性知识，法治需要地方性实践的滋养和验证。地方法治实践实际上是法治建设的主战场和主阵地。探索地方法治，实际上就是探索法治的真谛。其二，法治是学术理论与社会实践共同关注的话题和领域。法治不只是理念，更是活生生的现实，是要扎根社会生活的实践。法治不能仅仅停留于口号和文件，不能凭空而建，而要落实于行动与实践。因此，法治建设的推进不仅需要理论上的深钻细研，更需要实践中的点滴耕耘。在基层、在地方有更加生动、更加鲜活的法治实践。其三，对于一国而言，法治是分层呈现的。法治不仅仅要有中央层面的顶层设计，更需要有扎根基层的精耕细作。国家权力是分层设立和实施的，尽管从中央到地方的每一个层级都有着共同的为人民服务 and 践行社会主义法治的宗旨，但是每一层级又有着自身任务，都需要在自身职权范围内落实法治。一个国家整体的法治水平与地方法治

实践息息相关，没有地方法治作为基础和支撑的国家法治是不可想象的。

法治乃是一份众志成城的事业。探索地方法治的理念以及地方立法、执法和地方司法的鲜活实践，实是为法治建设注入新活力的一种努力。为地方法治添薪助燃，也就是为法治鼓与呼，值得期许。

本书是河北省人文社会科学重点研究基地——地方法治建设研究中心的研究成果，也是河北省教育厅人文社科重大攻关项目《京津冀协同发展中的社会治理法治化研究》及河北省德治与法治协同创新中心招标课题《河北省地方立法评估制度研究》的阶段性成果。本书共分四个板块，分别从地方立法、地方司法、地方执法、京津冀法治建设等方面进行了阐述，不足之处，敬请大家批评指正。

作者

2016年10月于石家庄

目 录

总 序	柴振国 (1)
前 言	(1)

地方立法

法治观念的变革

——从文本法治观向实践法治观的转变	武建敏 (1)
公民参与立法的有效性研究	田宝会 (17)
河北省传统知识的立法保护研究	王岩云 (24)
行政首长出庭应诉的地方立法考察	刘 静 仑 王 丹 (34)
论《河北省新能源开发利用管理条例》的修改	张立锋 宋立康 (49)
对我国邮政地方立法的检视与思考	贾玉平 冯红霞 张 毅 (60)
浅析地方立法后的评估问题	刘义青 吴鹤汀 张雪莹 (70)

地方司法

河北省农村征地补偿分配纠纷司法救济面临的制度

困境及对策

——基于河北省 62 起典型司法判例的分析	田韶华 (77)
关于司法体制改革的思考	吕中行 (92)

地方法治建设视角下的法律援助制度研究

- 王 沛 武 青 (98)
- 坚持司法体制改革 提升司法公信力 吕中行 (109)
- 浅议网络舆情监督刑事司法适用的机制完善 张亚军 (119)
- 网络交易平台提供者注意义务的司法认定
- 柴振国 王 晶 (128)
- 行政强制措施检察监督之制度设计
- 课题组 (140)

地方执法

- 关于推进服务型政府建设的思考 田宝会 (152)
- 我国被征地农民养老保险法律制度探析
- 王 娟 王 晶 (159)
- 关于推进河北省依法行政,建设法治政府的思考
- 谢俊英 (167)
- 失地农民权益法律保护问题 何 昱 刘婷婷 (178)
- 河北省社会治理创新法制保障研究 王利军 刘俊廷 (191)
- 地方治理视角下的财政法治理论与实践创新
- 从“河北法治型财政”的实践切入 李大庆 (201)
- 改革环境下科技专业机构与科技服务机构监管法律
- 制度研究 王利军 (210)

京津冀法治建设

- 环渤海区域合作中的法制协调 潘 静 (217)
- 论京津冀区域财税法制的协同发展 王利军 纪 翔 (226)
- 区域法治化视角下京津冀法治一体化研究
- 王 娟 赵新潮 (232)
- 京津冀协同发展之法治先行 柴振国 李 菲 (244)
- 京津冀协同发展的行政与法律保障 郭广辉 田学斌 (250)

京津冀协同发展的历史现实困境与法制保障措施	郭广辉 (260)
推进京津冀区域立法一体化路径探讨	柴振国 盖 格 (269)
知识产权促进京津冀协同发展对策研究 ——以知识产权制度与执法服务体制为视角	刘春霖 王岩云 (283)
加强京津冀立法协作的思考	丁 渠 (292)

法治观念的变革*

——从文本法治观向实践法治观的转变

武建敏**

摘 要：中国当下的法治进路从总体上而言所采取的是文本推进型的法治模式，这是一种自上而下的法治发展进路，百年中国法治历程基本上采取的是这种发展路径，它以法律移植为基础，忽略了中国自身的传统和实践。但在具体的法治实践中这种法治进路出现了很大的困惑，面临着来自于人们的法律意识、权力运行习惯以及市民社会等多方面的抑制性因素。而从实践法哲学的立场出发则中国法治应当坚持一种行动理性的理念，在一个又一个的具体事件中完善和发展中国的法治，从这个意义上说法治是一种行动，而不是一种文本世界的理想设计。

关键词：实践法哲学；中国语境；法治游戏

中国法治是在不断地发展过程之中，但这个过程让我们意识到了法治进程中的困惑，我们现在实际上所采取的法治进路给人的感觉是推进型法治路径，其间法律文本发挥着重要的作用。但文本总是很局限的，文本型法治在实践面前显得苍白无力。于是

* 基金项目：河北省教育厅 2016 年度人文社会科学研究重大课题公关项目（ZD201601）。

** 武建敏，河北省内丘县人，河北经贸大学法哲学研究中心主任、教授，法学博士，主要研究法律思想史、法哲学和司法行为理论。

我们需要深入到法治发展过程中的困惑中去挖掘深层次的原因，这样我们就看到人们的观念意识、实际的权力运行状况，以及市民社会自身的缺憾等都组成了当代中国法治进程中需要加以解决的问题。而所有这些问题的解决理应采取一种实践法哲学的立场，我们不能因为文本化法治所存在的问题就懈怠无为，而应积极主动地推动每个事件的发展，在行动中逐步完善法治，解决法治问题依然是我们应该坚持的基本方略。

一、文本化法治的检讨

早在 2000 多年前，古希腊伟大的哲学家亚里士多德就提出了法治的两个基本内容，即首先要有良法，而同时良法要得到普遍地遵守。应该说，这个命题判断是很有道理的，但它并不是一个历史性的概括，而是一个一般性的理论概括。作为理论性的概括，亚里士多德忽略了历史的内涵，因为尽管法治在普遍和一般的意义上讲必须满足良法以及良法的对象化，但其实好的法律在不同的历史条件下所承载的内涵是不同的。毫无疑问，亚里士多德的理论判断，为我们提供了一种重要的思维方式，也就是说亚氏告诉我们其实法治并不是一个绝对的东西，而是在不同的历史条件下都可以存在法治的，所以这等于说亚里士多德虽然并不是在揭示法治的历史内涵，但无疑从他的理论中完全可以推导出历史的深刻含义。从这一理论出发，我们必须认为中国古代社会也有法治，因为中国古代社会也有好的法律，并且这些好的法律在历史的长河中也基本上实现了对秩序的维系。没有人会否认唐朝的律法是好的，因为它所承载的那个时代的良法之良是儒家伦理，而以儒家伦理为基础的法律对于那个时代来说就是好的法律，又因为老百姓在内心世界对于儒家伦理的契合性，所以对于体现了儒家伦理的法律的遵守自然大体上是可以做到的。那么，我们能说中国古代社会就没有法治吗？

其实当我们说中国古代社会没有法治的时候，我们是站在了现代性的立场，用现代人关于法治的观点对历史进行描述，而这

种方法在很多情况下往往是没有多大价值的。所以当我们反思亚里士多德的法治理论的时候，却恰恰可以为我们更好地理解法治的历史性提供良好的前提，一种普遍的学说恰恰为具体的认识提供了理论的指导。既然中国古代社会存在着法治，那么就必须珍视它的遗产，从中汲取合理的因素为我们今天法治的发展提供良好的历史基础。我们完全可以断言，古代法治对于它那个社会而言是好的法治，尽管那个社会存在着极其严厉的惩罚制度，甚至存在着严重的不平等，但你都不能从今天的立场对其进行过多的指责，因为即使是严厉的惩罚在那个社会也具有深刻的合理性，因为严厉必然有着文化的根基，而且即使不从文化上说，严厉的惩罚本身也向社会传递了一种正义的符号，而这正义的符号对于社会秩序的意义可能比很多具体的制度规范都具有更为深切的现实价值。

古代中国的法治之所以是好的法治，是因为当时的法律制度以及运行而形成的法治与人们内在的意识形成了一种契合，而这种契合构成了我们理解传统法治合理性的重要基础。法治不能没有观念和意志的基础，传统中国的老百姓所拥有的意识观念的主导是儒家伦理，而传统法治恰恰是儒家伦理的法律运行状态，所以这种契合很重要，如果人们的观念与法治不能形成一种内在的契合，恐怕当时的法治就不能算是一种好的法治了。而我们今天也在构造属于我们自己的法治社会，但今天的法治追求的背后观念却与古代有着很大的差异，古人从总体上的意识很一致，但现代人的意识却大不相同。并且现代中国法治按照学术界的说法实际上是在向西方学习，而实际上我们看到你可以向西方学习制度，但观念意识却很难一下子学到心里，也许只能学到表面，但仅仅学到表面实际上对于中国法治的构造并没有太大的价值。

法治是一个系统，一种真正意义上的法治必须能够满足人们对于法律制度以及法律行动的良好期待。对于中国当下的社会而言，制度是相当重要的，并且中国也已经制定了大量的法律制度以及与法律制度相伴随的政治制度以及经济制度，应该说这些制

度尤其是法律制度对于中国法治是一种巨大的推进。笔者一直认为，中国的法治实际上所采取的进路是制度推进型法治，也就是说在中国首先制定出可以与西方相提并论的法律制度，然后将这种法律制度向整个社会推进，这种法治进路充满着理想化的成分，但并非毫无意义。这种法治进路隐含了中国法治西方化的必然性，并且坚定地认为这是中国所必须采取的一种合理的法治进路。所以以制度为先行则必然会有一个效法的对象，而整个效法的对象对于中国而言就是西方，当然主要是西方的发达国家。所以主张以制度推进法治的人，同时一定会在某种程度上承认自己法治主张的西化特质。

从制度的角度去构思法治的发展路径是一种文本化的法治主张，而且中国从近代以来实际上所采取的法治发展进路总体上看都是文本化的，这种法治主张力图通过对于法律文本的加强而实现中国国家与社会的法治化。改革开放以来虽然有学者意识到本土化资源的重要价值，但对于本土化资源的吸收却并没有提出一种切实可行的方案，而实际的中国立法也在很大程度上没有满足社会的期待。于是法学界只有向西方学习，在向西方学习的过程中自然最容易被拿来的是法律文本，无论是民法，还是刑法，抑或是宪法，实际上都没有脱离西化的特质。但是我们发现，西方化的法律文本在中国的具体运行过程中并没有取得如同西方法律一样的效果。也许中国的法律文本和法律知识多数都是出自西方，但是法律实践却深刻地为中国古代社会一直绵延到今天的传统所控制着，所以实际影响着中国法律行动的并不是一整套西化的法律文本，而是中国社会的固有特质。

笔者将以制度为基础的法治追求叫作文本化法治，这种法治没有考察制度具体运行中可能遇到的各种各样的因素，因此其所实现的只能是表象化的法治，而不可能是内在化的法治。内在化的法治需要在法治运行的环境中有深厚的现实合理性基础，但是中国并没有目前的法律文本运行的现实基础。有人也许会说，民法里的公平难道就没有在中国存在的基础吗？笔者的回答是当然

存在，但关键的问题是公平并不是西方所独有的，而是在我们的传统中本身就存在的良好价值，而且实际上它是任何一种法律文明中都存在的价值。即使如此，中国人所理解的公平也未必就与西方的完全一致，无论民法文本中如何规定并用民法特有的制度体现了这种公平，公平在中国的实践运作永远都会是中国化的，而不是西化的。公平在中国并没有构成一种法律或哲学的理论体系，它实际上仅仅存在于中国思想家的散论以及老百姓的思维观念之中，而在法律的具体运行中公平也自有其实际运行机制，考察实际的法律运行，才可能对公平到底是什么有一个真正中国化的理解。其实不仅是公平，很多法律文本中的价值都是如此，再如刑法中的刑讯逼供问题，这里隐含着人权的价值理念，但在中国的具体司法中又何时消除过刑讯逼供的现象呢？不能否定中国的法律文本里的确是要消除刑讯逼供的，但在实际的法律运行中这根本就做不到。笔者并不是为刑讯逼供做任何辩护，就人类的尊严而言，刑讯逼供绝对是对人的尊严的漠视。但中国人好像并不大关心自身的尊严，无论是执法者还是老百姓好像都很难从观念的深处认同废除刑讯逼供的合理性，所以表象上所存在的刑讯逼供现象自然也就具有了内在的基础。你不能说中国从西方借鉴过来的废除刑讯逼供的价值理念不合理，但关键是在中国根本就做不到。这里自然就出现了一个法治的悖论，按照法治的原则法律必须规定人们能够做得到的东西，但取消刑讯逼供的规定好像在中国就是做不到的，那么中国的法律文本是否就存在与法治理念的冲突之处呢？这是一个值得我们思考的问题。

中国是后发展国家，在法治发展问题上也是如此，所以中国必须向西方学习。但学习的结果却是我们造就了大量西化的法律制度，构造了一个表面上合理的文本化法治模式，却在实际的法治运行中时常遭遇挫折。制度的构建所要达到的应该是一种良好的法治状态，但实际却并不按照理想的模式运行，所以文本化的法治就自然地暴露出了自身的缺憾，难以在实践中获得显著的对象化效果。无论效果如何，中国当前好像都已经走向了文本化法

治的发展路径，很难说还可以采用其他方式将这种思路扭转为另一种思路，于是我们只能沿着这个路径不断地去克服中国法治进程中所遇到的各种问题与局限性。

文本化法治路径是一种推进型法治，虽然从表面上看只不过是一些制度文本，但这些制度文本是要依靠权力向社会生活的各个方面逐步推进的，因此文本化法治实际上也可以说是一种主动性法治。主动性法治以立法者的主观意志为基础，目的是要达到一个社会的全面法治化。没有人否定这种理想所具有的合理性，也没有人否定中国当下法律文本中所包含的深刻合理性，它们是西方历史发展的结晶，而我们今天在建设自己的法治过程中却将它们拿了过来，这是立法者内心世界主观认知图式的自然反应，实际上充满着构造性。

之所以出现这样的局面，我们应该从社会变革的角度加以理解。传统中国的法律所适应的是自然经济的社会结构，而近代以来中国发展急剧地变化，工商业的发展以及伴随着工商业发展而自然带来的民主政治的发展都构成了对于崭新法律的要求。在中国传统社会缺乏这些法律资源的前提下，中国人自然要向西方学习，于是就产生了自近代以来各种各样的西化的法律文本，国家也力图运用这些法律文本达到一个良好的法治状态。西方的法律文本中蕴含了非常丰富的价值合理性，当自由、平等、人权、民主等价值被作为从西方拿来的事物而为中国法律文本所吸收的时候，我们并不能反对其内在的合理性，因为这些价值的确体现了人类发展的合理要求。现代人对于自由与平等的追求实际上超过了中国历史上的任何朝代，人们面对这些价值理念，也在欢欣鼓舞，并且能够从中获得一种自主性的期待，尤其是对于受过一定文化教育的人而言这些价值更具有内在的品性。

当下中国虽然在一些方面还保留着一些传统的价值理念，但这些价值理念已经不是今天的文本化法治所要求的价值理念，虽然在一些法律文本尤其是在法律实践中这些价值还在发挥着重要的影响力，但作为对构建的法治的追求，中国所坚持的依然是自

由、平等、人权等这些现代性价值。虽然在多年的经济发展和发展的基础上，人们对于这些价值已经不再陌生，但更多的中国人还是将这些价值停留在一种口头化的表达之中，而难以内化，更难以在内化的基础上使之成为一种巨大的行动力量。对于中国法治来说，不是缺少文本化的价值理念，而是缺乏作为法治发展动力的价值理念。同一种价值理念，如果仅仅存在于文本中就不可能转化为现实的对象化力量，而只有扎根于心灵才可能成为行动的依赖。中国人的意识观念中，恰恰缺乏这些精神价值的内化，因此中国法治实际上存在着意识缺失的现象，而正是这种意识的缺失使得中国法治发展面临着重重困境，这是一个需要认真思考的问题。

二、文本化法治进程中的困惑

如果一个国家希望通过单纯的制度构建而达到一种良好的法治状态，虽然不能绝对地说是完全不可能的，但毕竟法治是一项系统性的工程，尤其对于一个后发展法治国家来说，实践已经证明依赖单纯的制度建设可能会遇到很大的问题，因为制度构建所能解决的只是一种文本法治所赖以存在的基础问题，而不可能解决法律在运行过程中可能会遇到的问题。

（一）法治：意识深处的困惑与情感的缺失

从表面上看，法律的运行基础好像是制度文本，但实际上法律的运行基础是人们的观念和意识。一个民族若是缺乏建构法治的意识基础，就难以真正地造就合理的法治。而当法治丢失了意识基础的时候，只能产生扭曲的法治，而不可能产生真正推进法治发展的力量。

法治对于意识的需求首先在于人们对法律的尊重意识。法律是一套规则，这是一个几乎可以被每个人接受的观点，但这并不意味着有了规则就一定有良好的法治治理。其实法治的治理需要的是人们观念和意识的推进。也就是要求人们必须从内心尊重法