

全面建成小康社会的法治进路

——基于法治浙江的实证研究

叶肖华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



浙江省道德建设与价值培育重点文化创新团队成果
浙江工商大学法学基地重大项目成果
法治浙江研究院重大项目成果

全面建成小康社会的法治进路

——基于法治浙江的实证研究

叶肖华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

全面建成小康社会的法治进路:基于法治浙江的实证研究/叶肖华著. —北京:法律出版社,2016.8

ISBN 978-7-5118-9877-7

I. ①全… II. ①叶… III. ①小康建设—法治—研究—浙江 IV. ①D927.550.229

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 196940 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊	装帧设计/凌点工作室
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京京华虎彩印刷有限公司	责任印制/沙磊
开本/A5	印张/8.375 字数/280千
版本/2016年8月第1版	印次/2016年8月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978-7-5118-9877-7	定价:33.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

叶肖华 男,1975 年 7 月生,浙江上虞人。1997 年、2003 年和 2008 年分别获中国政法大学法学学士(国际经济法)、法学硕士(刑法学)和法学博士学位(诉讼法学),浙江大学法学博士后。现为浙江工商大学法学院副教授,硕士生导师。民革中央社会法制委员会“法治研究中心”专家组成员,浙江省 151 人才工程第二层次培养人员,浙江省高校中青年学科带头人,浙江省“之江青年社科学者”,中国政法大学法律实证研究中心研究员,中国文化大学客座教授,浙籍法学家研究会秘书长,浙江省孙中山研究会常务理事兼副秘书长,台湾大学、中国文化大学访问学者,第三届“浙江省十大优秀中青年法学专家”(提名)。主要研究领域为诉讼法学和司法制度。曾先后主持国家社科基金、最高人民检察院、司法部等国家级、省部级课题 6 项,在 Social Science in China、《法学研究》、《政法论坛》等国内外刊物发表学术论文 40 余篇,合著、参编著作、教材 10 余部。

献给我勤劳善良的父亲 叶永根先生
母亲 陈苗叶女士

序

全面建成小康社会的目标对依法治国提出了更高要求。坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,法治国家、法治政府、法治社会一体建设是对法治中国全方位建设的顶层设计和整体部署。建设法治中国要求必须善于运用法治思维和法治方式治理国家和治理社会,必须创新制度建设,积极探索法治建设的路径。

法治是治国理政的基本方式。在法治中国,法律能得到全社会一体的尊重、信赖、遵行。权力在宪法和法律规定的框架中良性运行,真正实现“权为民所用,情为民所系,利为民所享”。民主必须制度化,法律化。人民群众有序参与管理国家事务和社会事务、管理经济和文化事业,依法实现民主选举、民主决策、民主管理和民主监督。

从建设“法治浙江”到建设“法治中国”,走向世界文明,可以清晰地看到中国法治发展的脉络,法治自信的树立。浙江是经济先发地区法治先行的典型,“法治浙江”是“法治中国”的样本。以法治浙江建设为例,对中国的法治建设路径进行深入研究,窥一斑而见全豹,观滴水可知沧海。就内容范围而言,本书可以说是综合性的,是对相关法学、政治学、社会学内容的交叉研究。就结构体系而言,本书以法治建设路径研究为主线,选取律师、人民政协、参政党三个面向,深入探讨法治背景下的律师参与社会治理和社会建设问题,人民政协的协商民主和协同治理问题,以及参政党的文化建设和民主监

督问题。

一本好的研究著作不仅能深层挖掘理论问题、揭示研究新领域,更要面对当下社会正在发生的实际问题。本书充分运用社会科学研究的方法,以大量的访谈调研统计数据说话,结合法治建设中的实际事例,较好地实现了理论研究与中国实际相结合。本书在多学科交叉研究的基础上,以分析法治建设的成熟政策与理论为出发点,结合法治实践中的最新成果,从不同层面深刻解析当代中国的法治建设路径。在理论分析上采取交叉融合的做法,既可以为法学、政治学、社会学等研究者在对法治建设问题进一步深入研究做参考,也可作为政策和法律的制定者、执行者起到理论和实践的重要参考作用。

是为序。

陈寿灿

2016年6月6日

目 录

第一章 法治浙江建设的路径研究	(1)
一、法治浙江建设的基本内涵	(1)
二、法治浙江建设路径研究的价值	(6)
三、法治浙江建设中存在的问题	(8)
四、法治建设创新的成功经验	(15)
五、法治浙江建设的基本路径	(29)
第二章 依法治国视阈下的律师参与	(41)
一、律师参与社会治理	(41)
二、律师参与社会建设	(56)
三、律师有序参与政治	(78)
第三章 人民政协的协商民主与协同治理	(101)
一、协商民主的浙江样本与发展方向	(101)
二、人民政协协调关系与协商民主	(112)
三、人民政协与社会协同治理研究	(134)
四、人民政协与群众工作	(157)

第四章 参政党的文化建设与民主监督	(198)
一、参政党的文化建设	(198)
二、参政党的民主监督	(210)
附录 建议与提案	(223)
参考文献	(247)
后 记	(257)

第一章

法治浙江建设的路径研究

一、法治浙江建设的基本内涵

(一)法治浙江的含义

法治,首先是一种治国方略——依法治国。“当代中国的法治应是以反映全体人民意志和利益的法律为依据,以权利本位观念为指导治理国家并与社会政治、经济、文化等的发展相协调而形成的一种稳定有序的社会状态。”^{〔1〕}2006年,中共浙江省委通过了《关于建设“法治浙江”的决定》,深入贯彻落实依法治国基本方略,作出了建设法治浙江的重大战略决策,开启了浙江法治建设的新里程。法治浙江是实现依法治国、建设社会主义法治国家在浙江的具体实践,对浙江区域经济社会协调发展、社会和谐秩序建设产生深远的影响。“法治浙江”之“法治”更接近于“权利本位”、“权力制约”、“法律至上”、“正当程序”等现代法治精神,即“依法治理,意味着宪法和法律在一国的社会生活中具有最高地位,一切组织和个人都处于法律的

〔1〕上海市浦东新区依法治区领导小组办公室(课题组):“略论法治建设的目标定位及其路径选择——兼谈上海市浦东新区深入推进法治之路的初步构想”,载《中国司法》2011年第4期。

调控之下,不存在超越法律之外的特权。”〔1〕“作为落实依法治国方略新型载体的‘法治浙江’战略,不再把法律仅仅视为实现某种目标的手段,而已上升到‘发展战略’的高度,它通过把民主执政、科学执政、依法执政的制度化、程序化,提高政府执政能力和执政水平,进而在加强执政合法性建设的同时,进一步加强和改善党对社会主义民主法治建设的领导,为立法、执法和守法提供制度和机制保障,从而更充分地承载了中央对依法治国方略所赋予的新含义。”〔2〕

建设法治浙江需要实现以下三方面目标:一是增强社会的自治能力与自由。法治的发展,是与社会自治的进展和社会自由的保障相互促进的,必须正确把握政府与市场、公权与私权、事前控制与事后监管的关系,把政府职能真正转变到经济调节、市场监管、社会治理和公共服务上来,这是实现以社会自治与自由为基础的法治的不二法门。二是维护和保障公民的基本权利。法治的根本目的是维护和保障公民的权利与自由,保障人权是法治的基本出发点和归宿点。实践已经证明,只有从保障人权和发展人权的高度出发,才能建设一个既受监督又具高效的法治政府,从而遏制权力的过度扩张,限缩权力对于社会生活特别是私人领域的过多干预。三是“实现对公共权力系统的法律控制”。〔3〕如何规范公共权力的运行,如何完善对行政权力的控制,这是法治浙江建设的关键。行政权的运用,最经常、最广泛、最密切地关系着社会公共利益和公民个人利益。正是基于行政权的重要性,不仅要依法行政的角度来解决对行政权力行使过程中的法律控制问题,即行政机关应当严格依法履行职责、行使权

〔1〕 范旭斌:“社会管理创新的法治化路径”,载《扬州大学学报》(人文社会科学版)2012年第4期。

〔2〕 陈柳裕:“‘法治浙江’战略:建设社会主义法治国家的浙江经验”,载《中华读书报》2008年11月15日。

〔3〕 徐邦友:“社会主义政治文明实践视野下的‘法治浙江建设’”,载《中共浙江省委党校学报》2006年第3期。

力,更要注重从源头上、从立法上加强对行政权力的法律控制。

(二)法治浙江建设的创新

法治浙江建设是推进社会建设的一个重要内容。法治浙江建设的创新主要包括理念创新、方法创新和机制创新这三个方面。

1. 理念创新

理念不是静止不变的,必须随着社会的发展与时俱进,予以不断更新优化发展。正确的理念是法治浙江建设创新的先导,是确保法治浙江建设创新实效性和持续性的重要基础。法治浙江建设创新必须树立以下基本理念:一是法治理念。创新不是恣意而为的,必须依法,这是依法治国方略的最基本要求。其实,最有效的社会治理就是依法治理,推进法治浙江建设创新就是实现法律的创新。依法而治在法治浙江创新中的优越性显而易见,它使法治浙江建设的创新具有合法性、权威性和可操作性。二是“法律人”理念。所谓法律人,是指高度信仰法治思想,运用法律处理社会关系,实现社会公平与正义,追求人类社会和谐发展的法律职业从业者。法律人以对法律的实践经验与理性,运用特殊的专业技巧和特有的思维方式,从事着法律工作。信仰法律、追求正义是法律人的两大特质。“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。”^{〔1〕}坚定的法律信仰,是法律人进行价值考量、分析案件事实、厘清法律关系、适用法律规则的前提。法律具有滞后性,法律漏洞也是无可避免的,在法治浙江建设的创新过程中,法律人应当在充分尊重法律的基础上,独立思考、理性批判,为法治建设提供可行的方案,推动法治建设不断向前发展。三是服务大局理念。围绕着经济建设发展中心,服务于社会稳定和谐大局,讲求法律效果和社会效果的有机统一,是法治浙江建设的出发点和立足点。法治浙江建设创新要求政府将社会治理工作置于战略高度,重点关注保障和改善民生,积极回应社会法治需求和公众诉求,要从不

〔1〕 [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,商务印书馆2012年版,第7页。

于倚重“管理”理念转变为更加突出“服务”理念,坚持服务与治理并重,切实维护人民群众特别是基层群众和弱势群体的权益,促进社会公平正义。四是人本主义理念。以人为本是法治浙江新一轮发展所必须坚持的方向,中国古代“民为贵,君为轻,社稷次之”的民本思想在当今社会治理中仍具有重要的现实意义。人本主义理念既包含着为人的全面发展服务的涵义,也包含着为推进经济社会发展服务的涵义。以人为本,就是以民为本,重在通过切实保障公民的生存权和发展权来构建法治社会。人本主义理念强调现代社会治理的着眼点从对“物”的管理转向对“人”的管理,将“利用人”的工具理性与“为了人”的价值理性进行有机结合。^{〔1〕}不能为了打击而牺牲保护,必须将国家的利益、社会的利益与公民的利益有机地结合起来,“从重打击向重保护转型,从重一元化的国家政府本位向重国家政府、社会、公民个人利益三位一体的司法价值观转型。”^{〔2〕}

2. 方法创新

法治浙江建设方法可分成形而上的方法和方法论意义上的方法。在形而上的方法层面上,法治浙江建设可根据人的自觉程度分为三种层次:首先是以人治人。这是指管理者采取面对面的方式,直接对被管理者进行具有强制性的检查、监督。显而易见,它是基于对人的极端不信任而采取的治理手段,是一种低层次的管理方法,其典型为监狱管理模式。其次是制度管人。这是一种十分普遍的做法,是指将有利于社会进步的秩序,以规范的形式普遍地向人们提出约束自身言行的要求。制度的最大长处,就是消除了人性的不足对法治建设的消极影响,能够以平等的模式对待所有的人,从而大大促进了社会的公平正义。当然,制度建设的前提就是人具有不自觉的一

〔1〕 邓伟志主编:《创新社会管理体制》,上海社会科学出版社2008年版,第160页。

〔2〕 王俊民:“中国法治路径争议之辨析——由‘重庆打黑’引发的思考”,载《华东政法大学学报》2011年第2期。

面,需要采用强制性的手段来维持正常的社会关系。仅从这个方面来说,制度管人和以人管人,还是具有相同的一面的。最高层次的法治浙江建设方法,就是文化管人。这是基于人性向善基础之上才能实现的,其本质是将人性向善的一面充分地激发出来,提高自己的精神境界,能够高度自觉地遵守社会规范,努力做好事,杜绝做坏事。而要使人向善,自然就不能没有真善美的文化的熏陶。用高尚的文化,培养出高尚的人,做出高尚的事,从而构建美好的社会,是文化管人的本质所在。“充分利用浙江本土的传统文化、区域文资源,将法治文化与中华传统文化、浙江地方特色文化、群众文化等有机融合,扎实推进富有浙江特色的社会主义法治文化建设,努力扩大法治文化的辐射效应,增强法治文化的影响力、渗透力和感染力。”^{〔1〕}用群众身边的人和事以法释惑,用生动具体的案例以案说法,使法律知识和法治观念在润物无声、潜移默化中深入人心。上述三种层次的法治浙江建设方式,并不是历史延续相继的阶段,而是同时存在于一个社会之中,只不过三者 in 法治建设中所占的比重不同而已。一般而言,以人管人越多的历史,就越处在落后的阶段。在某种社会形态形成初期,社会建设多依赖以人管人,在某种社会形态成熟化后,社会建设一般依赖制度管人,再逐步过渡到主要依赖文化管人。浙江目前正处于向现代化社会“转型”的过程中,社会治理方法结构较为复杂。在法治浙江建设创新中一定要坚持文化自信,这是更基础、更广泛、更深厚的自信,要增加制度管人的比重,为过渡到文化管人做好准备。在方法论层面的方法创新上,法治浙江建设就是要增加制度管人的正当性,展示文化管人前景的吸引力。申言之,要从偏重管制控制向更加重视服务、重视协商协调转变,更多地运用群众路线的方式、民主的方式、服务的方式、协商的方式、疏导的方式,化解社会矛盾,

〔1〕 夏宝龙:“加强法制宣传教育 加快建设法治浙江”,载《法制日报》2013年9月17日。

解决社会问题,要实行依法治理、科学治理、柔性治理、人性化治理。

3. 机制创新

法治浙江建设的机制创新,就是要通过加强源头治理体系建设,构建相互联系、相互支持的规范、机制和制度体系,以推动法治浙江建设的民主化、科学化、规范化和常态化。民主化,是指要进一步健全民主制度,从各个领域、各个层次扩大公民有序政治参与,依法保障人民的知情权、参与权、表达权、监督权。科学化,是指围绕科学有效治理,按照重结果实效、重常态管理、重群众满意的思路,建立标准明确的法治浙江建设长效机制。规范化,是指要进一步健全法律制度,以法律来规范法治浙江建设的主体、地位、关系等,做到有法可依,有法必依,执法必严,违法必究,同时也要确保法律制度的公平公正,遏制司法腐败。常态化,是指建立健全法治浙江的治理范式,实现全过程动态型、全覆盖网格型、全方位服务型,将应急管理转化为常态管理,将一级管理转化为多级管理,将被动管理转化为主动管理,并特别注意从源头上化解矛盾。

二、法治浙江建设路径研究的价值

改革开放 30 多年来,伴随着我国经济社会的深刻变革,我国的法治建设正面临着许多新的问题和挑战。随着经济发展方式的转变,传统的社会管理模式已经不能适应时代进步的要求,对法治浙江建设的路径研究进行创新以适应不断进步的时代要求就显得尤为必要和重要。没有创新是不会走出自己特色道路的,也无法应对纷繁复杂的社会形势。

(一) 法治浙江建设路径研究是建设法治社会的根本要求

“法治”,即法律的统治,作为一种理想的社会秩序和社会状态,它要求任何主体在国家生活和社会生活中都必须依法办事。十八大指出:“法治是治国理政的基本方式。要推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,坚持法律面前人人平等,保证有法必依、执法必严、违法必究。完善中国特色社会主义法律体系,加强重点领域立

法,完善中国特色社会主义法律体系,加强重点领域立法。”在现代社会中,“法治”是一种最为理想的社会治理模式。建设法治浙江,要求在诸如政府权力的制约、公众参与的保障、社会纠纷的解决等关键的社会治理领域,必须自觉运用法律手段将其纳入规范化的轨道,通过建立一种制度化的模式来保障法律在各个领域的有效运行。近些年来,浙江省通过在地方立法、法治政府、执法司法和法律服务等诸多领域的实验和试点,创造出了不少的成功经验和做法,体现了法治的要求和精神,极大地展示了制度的活力与生机,丰富了对建设社会主义法治国家的认识。在法治浙江建设过程中出现的大量事件、现象和工作举措,既构成了提出“法治浙江”战略时的基础性分析材料,又为实施“法治浙江”战略提供了诸多有益的经验。

(二)法治浙江建设路径研究是实现“社会主导型”治理模式的基本要求

十八大指出:“完善基层民主制度。在城乡社区治理、基层公共事务和公益事业中实行群众自我管理、自我服务、自我教育、自我监督,是人民依法直接行使民主权利的重要方式。要健全基层党组织领导的充满活力的基层群众自治机制,以扩大有序参与、推进信息公开、加强议事协商、强化权力监督为重点,拓宽范围和途径,丰富内容和形式,保障人民享有更多更切实的民主权利。”“法治浙江”战略的一个重要基点就是浙江的特殊性。一是浙江在社会治理模式的形成上具有以民间力量为主导的自主性。例如,温州民间商会的自主治理、民营企业的民主治理等,都以利用独立于政府的第三部门来实现行业自治和企业自主治理,具有民间性和自治性等特征,它从一个层面说明浙江已经初步形成了以民间团体参与性政治和城市社区自治为主要特征的市民社会。^[1]二是浙江在经济发展上具有以市场为

[1] 陈柳裕:“‘法治浙江’战略:建设社会主义法治国家的浙江经验”,载《中华读书报》2008年11月15日。

主要导向的自发性。浙江从 20 世纪 80 年代初开始大步发展的民营经济,其核心的发展动力来自于浙江内部的自发自为,这既反映了民营经济的灵活性和天然的市场导向性,也体现了浙江人自主创新、自力更生、自强冒险创新的观念和敢闯敢干的精神,这些特性决定浙江在法治建设上有其社会主导型的文化基础。传统的“政府主导型”管理模式存在市场化程度低,综合效益低下的问题。为了更好地适应不断变化的社会发展的要求,社会治理模式必须实现创新,从“政府主导型”转向“社会主导型”。法治浙江建设路径的选择,必须因应全球化时代发展的要求,适应市场经济发展的需要。从我国法治建设的总体来看,确立新的法治建设路径和模式,是理清改革思路,深化法治改革的需要。

(三) 法治浙江建设路径研究是应对矛盾凸显期的现实需要

我国用了 30 多年时间走完了发达国家一百多年才能走完的社会发展历程,当下正处于经济社会转型的关键时期,经济体制和社会结构深度变迁,利益格局不断调整,价值观念日益多元,社会矛盾逐步凸显,类似“贵州瓮安事件”、“湖北石首事件”等群体性事件时有发生。社会发展过程中呈现出越来越多的隐蔽利害关系,它们通常具有不同的价值观和效用标准,稍有不慎即可能激化矛盾进而引发社会的不稳定。这就迫切要求改革传统的社会管理模式,厉行法治,探索法治浙江建设的路径,建立诸如畅通的社会诉求和反馈机制、健全的应急处理机制和完善的社会矛盾调处机制等,以充分有效地表达社会诉求和解决社会矛盾,从而有利于维护社会的政治稳定和实现国家的长治久安。

三、法治浙江建设中存在的问题

(一) 公民法治意识不足

法治意识是法治的精神底蕴,公民强烈而深厚的法治意识是法律得以实施的内在动力。随着改革的深入和现代化建设的发展,通过长时期的法制宣传和普法工作,民众的公民意识和权利意识逐渐