

Studies on Development,
Human Rights and Rule of Law

发展、人权与法治研究

——发展困境与社会管理创新

主编 汪习根



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

Studies on Development,
Human Rights and Rule of Law

发展、人权与法治研究

——发展困境与社会管理创新

主 编 汪习根

执行主编 张德淼 申来津 廖 奕



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

发展、人权与法治研究:发展困境与社会管理创新/汪习根主编. —武汉:
武汉大学出版社, 2012. 6

ISBN 978-7-307-09728-5

I. 发… II. 汪… III. 社会管理—研究 IV. D035

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 073027 号

责任编辑:田红恩

责任校对:黄添生

版式设计:马 佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:cbs22@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:湖北省荆州市今印印务有限公司

开本:787×1092 1/16 印张:25.75 字数:572千字 插页:1

版次:2012年6月第1版 2012年6月第1次印刷

ISBN 978-7-307-09728-5/D·1161 定价:50.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

发展、人权与法治研究

编委会名单

编委会主任 李 龙 姚仁安

编委会成员 (排名不分先后)

周理松 陈光斌 何士青 金 鑫 李 龙 刘一纯
刘 勇 彭礼堂 司马俊莲 汪习根 魏怡平 姚仁安
徐亚文 尹新民 曾宪义 张斌峰 张德淼 赵 静
郑鹏程 钟会兵 张万洪 廖 奕 占红沣 申来津
罗先平

秘 书 长 廖 奕

主 编 汪习根

执 行 主 编 张德淼 申来津 廖 奕

序 言

发展是当今世界的主题，良好的发展环境与发展本身一样重要。过去的2011年，在中共治国理政的大事记上，以社会管理创新保障社会和谐快速发展是浓墨重彩的一笔。

2011年，以胡锦涛同志为总书记的党中央从实现国家长治久安的高度，不断作出创新社会管理的重大战略部署。2月，在中共中央党校省部级领导干部社会管理及其创新专题研讨班上，胡锦涛发表重要讲话。5月，中共中央政治局召开专题会议，提出要把加强和创新社会管理摆在更加突出的位置，全面提高社会管理科学化水平；7月，正式发布加强和创新社会管理的纲领性文件，进一步明确了指导思想、基本原则、目标任务和主要措施；9月，中央社会治安综合治理委员会更名为中央社会管理综合治理委员会，一词之变体现理念飞跃、饱含制度创新；岁末，中央领导马不停蹄，分赴四路，围绕加强和创新社会管理总结经验，部署工作。^①

人类社会是复杂的有机整体，其存在和发展的规律具有特定的历史和现实语境。当代中国社会发展道路有别于其他国家和文明形态，其内在特质决定了相关组织和协调活动应当首先尊重中国的基本国情。正如胡锦涛总书记指出的：“在我们这样一个有13亿人口、经济社会快速发展的国家，社会管理任务更为艰巨繁重。我们加强和创新社会管理，根本目的是维护社会秩序、促进社会和谐、保障人民安居乐业，为党和国家事业发展营造良好社会环境。社会管理的基本任务包括协调社会关系、规范社会行为、解决社会问题、化解社会矛盾、促进社会公正、应对社会风险、保持社会稳定等方面。做好社会管理工作，促进社会和谐，是全面建设小康社会、坚持和发展中国特色社会主义的基本条件。”^②

社会管理是人类社会必不可少的一项管理活动。现代法学、社会学、管理学的一般原理告诉我们，法律不仅是社会行为控制的规则依凭，而且是社会管理创新的理念渊藪。法治强调“良法权威”，良好公正的法律治理与理性高效的社会管理，从本质上高度契合。良法的权威运行是规范社会管理的理念前提和制度支撑，经过创新的理性高效社会管理模式则是“良法之治”的逻辑延展和细节完善。

^① 参见新华社：《中共中央2011治国理政纪实》，http://news.ifeng.com/mainland/detail_2012_01/03/11731568_3.shtml，2012年1月15日最后访问。

^② 胡锦涛：《扎扎实实提高社会管理科学化水平》，http://news.xinhuanet.com/politics/2011-02/19/c_121100198_2.htm，2012年1月15日最后访问。

基于上述背景,《发展、人权与法治研究》丛书的第二部以“发展困境与社会管理创新”为主题,可谓切中时事,体现了法理学研究的时代性和实践性。读完这部文集的数十篇文章,我深切感受到,当代中国法治事业与发展大局和人权保障具有无比紧密的关联。在某种意义上,这三大主题是合为一体的:发展是大局,犹如棋盘的构造,具有客观的先定性;人权是主体,犹如棋盘上的棋子,每一个都具有不可替代和改变的功用;法治是保障,犹如棋局规则与战术,在经常与变动间寻求均衡。

就当下中国转变,在某种意义上讲,这种转变符合社会主义中国的国体要求,保民生、缩差距、促发展的社会公正思路是非常正确的,符合长远的政治利益和国家利益考量。在全球经济危机的大背景下,中国发展面临的困境虽然是暂时的,但也是不容忽视的。群体性事件不断增多,社会管理的任务日益突出。社会管理的理念、方式、体制等都需要进行全面而深入的创新。只有这样,人权保障才不至于成为一句空话。为了协调整体大局与个体权利之间的紧张关系,社会管理必须坚持法治的方向和路径。只有这样,国家尊重和保障人权的宪政承诺才不至于成为美丽的虚谈。

本书从四个方面对发展困境中的社会管理创新进行了深入的跨学科探讨,其中既有中西比较、古今纵横的理念溯源,又有从经验出发、质性为本的机理实证;既有着眼宏观、条分缕析的制度构造,又有注目微观、寻思方案的对策建言。全书从结构上浑然一体,内容丰富,颇为可观。各位作者中,既有享有盛名的知名学者,也有初出茅庐的年轻后生,他们都围绕同一个主题,别出心裁,贡献智慧。

衷心希望这部文集能为中国社会管理创新事业增添智识的力量!是为序。

武汉大学人文社科资深教授 李龙

前言

本书系《发展、人权与法治研究》丛书的第二部文集，主题是“发展困境与社会管理创新”。选择这一主题，首先是基于我们对当今世情和国情的综合分析和判断。

自新一轮的金融危机爆发以来，世界各国都不同程度地陷入了经济衰退的困境。发达国家受经济危机的冲击比发展中国家更大，但在经济冲击所造成的影响和后果方面，发展中国家则要比发达国家大得多。在全球化进程不断加剧的今天，没有哪一个国家可以在危机中独善其身，中国也不例外。作为发展中国家，中国经济的表现一直优异，被许多西方经济学家称为“东方奇迹”。但是，中国经济在这次危机中也受到了不小的冲击和影响，特别是在转型社会的复杂环境中，由于社会管理的旧体制和低水平，经济发展问题极易导致政治和社会危机的出现。

从全球范围审视，几乎所有发展中国家都曾经或正在陷入发展困境甚至发展陷阱，如拉丁美洲基于新自由主义改革导致利益分配严重失衡，失业率持续攀升，贫富悬殊，两极分化，各种社会矛盾凸显和激化，社会动荡不安，民众抗争此起彼伏；非洲国家20世纪90年代市场化改革也经历了与此相似的过程；亚洲“四小龙”在1998年金融危机的影响下，也曾因为经济问题导致社会发生剧烈震荡。诸多事实均表明，世界上很多国家在现代化进程中，都会出现机遇与困境同在的“发展风险期”。特别是当一个国家的国内生产总值（GDP）处于人均1000美元至3000美元之时，经济增长与社会问题、持续发展与阶层矛盾交织并存，往往是社会结构深刻变动、社会矛盾最易激化的敏感时期。

从世界各国的发展经验还可以得知，失业、贫困、贫富不均、两极分化、经济危机引发严重的社会危机甚至政治危机、军事冲突，群体性、突发性事件频频发生——面对“现代化的陷阱”，如果没有国家主导的法治化社会管理，势必会对自由秩序、民主民生造成致命性的打击，最终损害人的基本生存与发展权利的实现。

发展型国家很难应对突发的全球性经济危机。提高经济调控水平，是一项长期艰巨的系统工程。在中国高层的经济管理者眼中，确保经济又好又快发展，很多时候只是一个美好的理想——经济发展的速度和质量，很难兼顾。还有更多的深层症结，比如经济发展成果的公平分配、经济运行规范的法治建构等，都是让上层决策者头疼不已的老大难问题。备受诟病的“权贵资本主义”，在东南亚金融危机中的恶劣表现，让中国的有识之士如坐针毡。因为，在当下中国，权贵资本虽然未在制度上定型，但其危害和影响已粗具雏形。防范经济发展中的社会、政治和法律危机，加强社会管理，比防范经济自身的风险，更让人忧虑万分。

加强国家在经济发展和社会管理中的作用,是发展中国家走出困境的不二法门。经过 20 年的调整,拉美国家正积极主动改变发展模式,缩小社会贫富差距,寻求“发展陷阱”的破解之道,取得了举世瞩目的积极成效。就中国而言,虽然改革开放以来成功实现了从传统计划经济体制到现代社会主义市场经济体制的转轨,但也存在着大量有可能影响我们成功跨越“发展陷阱”的体制性因素,例如城乡二元结构、国企特权与垄断、脆弱的金融体系、有失公平的分配制度、命令式的政府管理模式等。对于这些问题,我们必须予以高度的重视,特别是要从法律学理的层面对其加以深度剖析。本部文集正是基于这样的目的,从理念、制度、机理和对策四大方面对当代中国的发展困境和社会管理创新问题进行了深入研究。

在理念上,我们强调法治对社会管理创新的引领意义。当代中国社会转型中矛盾凸显,对法治建设而言,既是挑战,也是机遇。如果我们仍然固守传统的“刚性维稳”模式,不放弃压制和强力,社会矛盾只会越积越大,“依法治国”会异化为“以法治民”。如果我们坚持情理法结合的动态法治原则,建立释法说理、民意表达、风险评估、纠纷解决、协作联动的诸种法律机制,对法治而言,社会矛盾化解和社会管理创新无疑是重要的时代契机。

在制度上,我们主张法治对社会管理创新的支撑作用。加强和创新社会管理,必须完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与的社会管理格局,加强社会管理法律、体制、能力建设,维护人民群众权益,促进社会公平正义,保持社会良好秩序,建设中国特色社会主义社会管理体系,确保社会既充满活力又和谐稳定。法治的核心是权力与权利的均衡,在中国,通过法律控制公权力是法治建设的中心任务,也是社会管理创新的核心意涵。这与发挥国家的能动作用并不矛盾,理论和经验均不容置疑地证明,只有法治国家才是真正有实力的国家,才是公众真正幸福生活、诗意栖居的乐土。

在机理上,我们关注法治对社会管理创新的微观功能。国家在社会管理过程中,既要避免强势的威权主义,也要克服犬儒的民粹主义。“现代社会管理既是政府向社会提供公共服务并依法对有关社会事务进行规范和调节的过程,也是社会自我服务并且依据法律和道德进行自我规范和调节的过程。”^①对于政府而言,法治是公权行使的规范体系;对于社会而言,法治则是人权保障的制度基石。法治既包含着均衡政治国家与公民社会的宏观机理,又发挥着规范政府行为与创新社会管理的微观功能。

在对策上,我们着眼法治对社会管理创新的战略完善。中国正处于多维的转型时期,从传统社会到现代社会,从臣民社会到公民社会,从农业社会到科技社会,从生产社会到消费社会,从实体社会到虚拟社会,从封闭社会到开放社会,一系列的变革与改变让社会管理工作具有相当大的难度。在此背景下,我们必须始终坚持法治这一转型时期中国社会管理创新的核心战略。对此,胡锦涛总书记特别强调指出:“要把依法治国基本方略落实到社会管理各领域和全过程,善于用法律手段解决矛盾,依法保护群众权益。”有鉴于此,文集第四部分专门提出了法治化社会管理创新的具体对策和建言。

^① 李培林:《创新社会管理是我国改革的新任务》,载《人民日报》2011年2月22日。

通过对发展困境与社会管理创新的深入探讨，我们拓展了“发展法学”的新视域，坚定了对这一正在形成中的法学新范式的信心。发展法学是以法律的价值观与方法论研究发展问题的法律科学，是关于发展的法律本体论与法律价值论、法律认识论与法律实践论的统一，是将有关发展的社会学、经济学、政治学、哲学等与法学整合形成的“超学科”。发展法学以发展权和法治为根本价值，对社会管理创新意义重大。

中国的发展困境，必须通过社会管理创新加以克服。中国社会管理创新，需要法治的内在支撑。中国法治的生命在于公民权利，尤其是经济社会文化权利的落实和保障。发展、人权与法治，三位一体的时代，正在中国变成现实。

目 录

◎第一部分 理念探原

第一篇 社会矛盾化解中的法律原则与机制	3
一、坚持情理法结合的原则，建立释法说理机制	4
二、坚持“治患”与“防患”相结合的原则，建立风险评估法律机制	6
三、坚持调解的类型化与科学性相结合的原则，建立新型纠纷解决法律机制	7
四、坚持程序之工具价值与实质价值相结合的原则，建立法律协作联动机制	10
五、坚持命令式执法与互动式执法相结合的原则，建立民意表达释放机制	11
第二篇 权利贫困与维稳的理性反思	14
一、权利贫困：需要认真分析的命题	14
二、缘何而生：权利贫困成因解释	16
三、理性反思：在权利与权力之间	19
四、权利贫困与维稳：让权利真正“富裕”起来	23
五、结语	24
第三篇 维稳的理性考察与困境突破	26
一、维稳的历史考察：维稳是个老问题	26
二、维稳的现实考察：体制化维稳的延续	28
三、维稳机制的成因与效果分析：权力意识消解法治	32
四、维稳的法治依据分析：公众也应是维稳的主体	33
五、改善措施：公众参与的功能与当下的缺陷	35
六、公众如何参与：具体制度设计	37
第四篇 和谐社会的治理之道	41
一、乡土社会的道德准则	42
二、和谐社会的治理之道	44
三、结语	45

第五篇 刑事和解的人本主义思想分析	46
一、刑罚观念的变迁是刑事和解的理念基础	46
二、基于以人为本的法律理念对刑事和解的分析	48
三、刑事和解的限度与人本法律理念的协调	50
第六篇 应急法制法理念探析	52
一、应急法制中的法本位	52
二、应急法制中法的社会作用	53
三、应急法制中法的基本原则	54
四、结语	57
第七篇 跨越式发展应有之品性及其法理反思	58
一、跨越式发展的三重品性	58
二、跨越式发展的主观心态问题	61
三、跨越式发展不能跨阶段发展	62
四、跨越式发展引发法律治理困境反思	64
第八篇 跨越式发展的法制保障	65
一、跨越式发展含义的界定	65
二、跨越式发展法制保障的历史依据	67
三、跨越式发展法制保障的实现途径	69
第九篇 跨越式发展与法治理念的调适与整合	73
一、跨越式发展与法治之间的紧张	73
二、法治在跨越式发展中的价值	74
三、跨越式发展与法治理念的协调	75
四、跨越式发展与法治理念的整合途径	76
第十篇 跨越式发展是在法治下的发展	78
一、跨越式发展是科学、可持续、无为基础上的发展	78
二、跨越式发展是自由法治下的发展	80
三、跨越式发展是民主法治下的发展	81

◎第二部分 制度构造

第一篇 服务型政府研究	85
一、服务型政府的基本理论	86
二、服务型政府的建设模式	90

三、服务型政府建设中存在的问题	91
四、服务型政府建设的构想	92
第二篇 富民政府：社会管理创新的基点及其法理分析	95
一、富民——确保政府政治合法性的根本途径	95
二、富民——支持政府进行社会管理创新的原动力	96
三、政府富民实践的多重法律支撑	97
第三篇 区域公共行政的法政策学探析	103
一、行政区划与地方政府的闭合式公共行政	103
二、区域经济一体化与区域公共行政的诞生	105
三、区域公共行政的政策依据	106
四、政策指导下的区域公共行政运行	107
五、政策法律化为区域公共行政提供根本保障	109
六、结语	110
第四篇 社会组织的社会管理主体地位及其法治保障	111
一、社会管理的两类主体	111
二、社会组织是优越于国家机关的社会管理主体	112
三、保障社会组织的社会权力	115
第五篇 社会管理创新视野中的 ADR 与基层法律服务所改革	120
一、基层法律服务所的发展困境	121
二、ADR 与基层法律服务所共生发展	124
三、从 ADR 的路径改革基层法律服务所的建议	128
四、我国从 ADR 路径改革基层法律服务所的有益尝试	130
第六篇 消费社会及其法律规制	132
一、消费社会的基本事实	132
二、消费社会的反思与批判	135
三、消费正义	140
四、保障消费正义的制度构建	144
五、结语	146
第七篇 地方立法保障区域跨越式发展若干问题探析	147
一、我国区域跨越式发展离不开法律的保驾护航	147
二、区域跨越式发展地方立法保障的基本原则	148

三、地方立法保障区域跨越式发展的主要机制和规范体系	151
第八篇 跨越式发展与地方立法若干问题探析	155
一、地方立法在我国立法体制中的地位和作用	155
二、跨越式发展对地方立法的新要求	157
三、地方立法存在的主要问题及成因	158
四、加强和改进地方立法工作，促进跨越式发展的基本思路	162
 ◎第三部分 机理实证	
 第一篇 无理上访与基层治理	167
一、问题与进路	167
二、基层政府对无理上访的治理	169
三、上访治理的历史经验	169
四、上访治理困境：话语权与治权的流失	171
五、民权与治权的平衡	172
 第二篇 被数字型塑的生活：指标督责型治理的非预期功能	175
引言：问题缘起及其分析进路	175
一、参与观察笔记断片	177
二、信义与信任匮乏的熟人社会：吸毒者的悖论式生存状况	185
三、在“压力型体制”下变异的执法：基层民警的高压型生存状况	187
四、何种“在数目字上管理”：“绩效评估”话语下的指标督责机制	190
五、嵌入底层：基层官僚制运作与法治建构的组织维度	194
 第三篇 警惕司法裁判中的道德化倾向	197
一、从教授换妻案看“德化的司法”	198
二、中国法治实践中的德化司法的非理性	201
三、情理司法或者卡迪司法：一种能否适用的传统回归	203
四、个人权利与社会公德的反思平衡	205
五、社会管理的观念与制度的创新	206
 第四篇 对司法能力的实践性反思	208
一、司法解释：迟来的“共犯”	208
二、法律面对：无可奈何的犯罪行为	210
三、法官反思：欠缺的司法能力	212

第五篇 司法能力主义	216
一、司法克制主义的考察	216
二、司法能动主义的考察	219
三、“执两用中”的第三条道路：司法能力主义	221
第六篇 在理想与现实之间抉择	229
一、法官职业认同是什么	229
二、为什么研究基层法官职业认同	232
三、基层法官职业认同的现状	233
四、如何解决基层法官职业认同中存在的问题	238
五、结语：在理想与现实之间抉择	240
第七篇 被边缘化的群体和被边缘化的法律	241
一、富士康的行为是否构成违法？	241
二、在“跳楼门”事件中为何法律被边缘化？	244
三、如何走出富士康“跳楼门”事件的法治困境？	245
第八篇 儒家“活法”与社会团结内在构造的法理学分析	248
一、社会团结：涂尔干的启发与局限	248
二、儒家“活法”：中国社会团结的基本事实	250
三、儒学义理：中国传统社会团结的原教旨	252
四、“龙种”变“跳蚤”：儒学义理的流变之路	254
五、强韧的“活法”：法治之法的宿命与困境	257
第九篇 儒家“活法”与儒式公民社会	259
一、直面：作为事实与秩序的儒家“活法”	259
二、疏离：公民社会的两种文化与团结模式	262
三、契合：国家法与“活法”共构儒式公民社会	266

◎第四部分 对策建言

第一篇 化解群体性事件需创新我国社会管理机制	271
一、群体性事件的特征	271
二、群体性事件形成的社会性因素	273
三、利用社会管理体制化解群体性事件	276
四、结语	278

第二篇 利益冲突与协调：农业补贴制度的体系化建构逻辑	279
一、起点逻辑：存量利益与增量利益的制度化分割逻辑.....	280
二、组织逻辑：农业利益集团与其他利益集团的组织化矛盾逻辑.....	280
三、机制冲突逻辑：多样性利益需求与单一性利益机制的体系化冲突逻辑.....	282
四、机制协调逻辑：农业补贴法律制度中利益机制国内与国际双重建构逻辑.....	285
第三篇 村籍制度创新研究	290
一、选择性利他下的村籍与公正.....	290
二、村籍的准入和准出.....	292
三、福利村庄与个人自由.....	295
四、公共服务供给的地方化：外嫁女权益难以保障.....	297
第四篇 区域经济一体化背景下的行政执法协调模式探析	299
一、问题的提出.....	299
二、现有模式的不足.....	301
三、制度创新的设想.....	303
第五篇 三峡库区突发事件应急法制应对	306
一、三峡库区突发事件之特点.....	306
二、三峡库区突发事件应对之现状.....	308
三、三峡库区突发事件应急法制应对.....	309
第六篇 “创新型武汉”的法律促进机制研究	312
一、武汉市促进自主创新法制实践中取得的成绩.....	313
二、武汉市促进自主创新法制实践中存在的问题.....	314
三、以建设“创新型武汉”为契机，营造良好的自主创新法制环境.....	316
第七篇 跨越式发展的法治模式与机制研究	319
一、跨越式发展的法治模式选择.....	319
二、跨越式发展模式的启示——从路径到制度.....	323
三、跨越式发展的法治机制.....	327
四、结语.....	333
第八篇 科技异化及其法律治理	334
一、科技异化概论.....	334
二、法律治理对科技活动的作用.....	336
三、法律治理解决科技异化的对策.....	339

第九篇 网络群体性事件探析·····	342
一、网络群体性事件的特性·····	343
二、网络集群行为的发生机制分析·····	346
三、网络群体性事件的应对对策及思路·····	350
四、结语·····	352
第十篇 互联网上主要信息侵权行为及法律责任·····	354
一、互联网发展中出现的主要信息侵权行为·····	355
二、互联网上信息侵权行为的法律责任初探·····	357
第十一篇 我国转型时期宪政价值重塑背景下的公民不服从·····	360
一、我国公民不服从因素的政治心理分析·····	361
二、合理规制、引导下的公民不服从对我国转型时期宪政价值重塑的意义·····	363
三、公民不服从行为对于宪政价值重塑效益实现的途径探讨·····	364
第十二篇 以人性化价值指向建构服务型政府·····	366
一、人性化的内涵及其逻辑根据·····	366
二、政府与人性（人性化）的内在关联·····	367
三、人性化服务型政府的内涵·····	369
四、构建人性化服务型政府的途径·····	372
第十三篇 跨越式发展与社会矛盾化解机制创新：检察监督助力解决行政诉讼 “告状难”·····	377
一、“告状难”的现状与评析·····	377
二、检察监督助力化解“告状难”的司法功效·····	381
三、检察监督的方式和程序·····	382
四、结语·····	384
第十四篇 社区小商贩的社会管理创新研究·····	385
一、社区小商贩的概念及特征·····	385
二、武汉市社区小商贩的现状·····	387
三、社区小商贩监管面临的难题·····	388
四、国内外城市加强社区小商贩监管的经验·····	389

五、武汉市硚口区开展社区“一照式”备案管理的成功经验	389
六、以推进社区“一照式”备案管理为契机，不断创新小商贩社会管理机制 ...	390
后 记	393