

法治发展 与社会管理 创新

中国法学会法理学研究会2011年 年会论文集

主 编 徐显明
执行主编 付子堂 齐延平



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治发展 与社会管理 创新

中国法学会法理学研究会2011年 年会论文集

主 编 徐显明
执行主编 付子堂 齐延平



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治发展与社会管理创新:中国法学会法理学研究会
2011年年会论文集 / 徐显明主编. —北京:法律出版
社,2012.5

ISBN 978-7-5118-3458-4

I. ①法… II. ①徐… III. ①社会主义法制—中国—
学术会议—文集②社会管理—中国—学术会议—文集
IV. ①D920.0-53②D63-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 078102 号

法治发展与社会管理创新
——中国法学会法理学研究会 2011 年年会论文集

徐显明 主编

责任编辑 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2012 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 34.25 字数 584 千

印次 2012 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3458-4

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

探索法治经典理论,共话社会管理创新

——记 2011 年全国法理学年会

2011 年 11 月 4 日至 6 日,全国法理学年会暨“法治发展与社会管理创新”学术研讨会在重庆召开。此次会议由中国法理学研究会主办,中共重庆市委政法委、西南政法大学、重庆市高级人民法院承办,中共重庆市渝北区、重庆市第五中级人民法院协办。来自全国各高校、研究机构和有关实务部门的法理学专家学者共计 300 余人参加了会议。年会为期三天,共举行了两次全体大会和 12 场分组讨论。与会代表围绕“法治发展与社会管理创新”的主题,深入研讨,从完善法治、健全立法、制度建构、模式选择等不同角度提出了诸多有价值的观点和建议。年会的讨论内容广泛、气氛热烈,取得积极成果。一些值得总结与进一步思考的问题也浮现出来。

一、主体与客体:人民民主与社会管理

从法制到法治,从建设社会主义法治国家到加强社会主义法治理念;从法治社会到和谐社会,再到创新社会管理,这是新时期中国在治国理念与管理社会方面的演进逻辑。“创新社会管理”是中共中央在 2011 年上半年所提出的一个全新概念,它是对“法治社会”、“和谐社会”的进一步具体化和落实,是目前中国管理的新指向。面对这一个全新的概念,2011 年全国法理学年会可以说提供了一个集中、深入地从法理学视角予以审视的机会。受传统中国思维的影响,在观念上,“社会管理”很容易被人误解为“社会管制”;在实践中,“社会管理”则易于被作为权力扩张的借口。要避免这种现象,必须强调人民民主,以此为基础,“创新社会管理”的初衷才得以实现。从人民民主的角度来看,人民是社会管理和创新的主体,在任何情况下,人民作为集合概念,不是依法治国的客

体和社会管理的对象,因而不能将“社会管理”作为某种“管制”人民的工具。作为人民的代理人,国家(政府)的权力来自人民,是社会管理的第二层次的主体,即经由社会(人民)授权治理社会,其职能在于尊重和保障所有社会成员的人权和公民权,为维护社会安全秩序和促进社会福祉提供公共服务产品。

二、基础与创新:依法治国与管理创新

与“依法治国,建设社会主义法治国家”相比,“创新社会管理”更加易于为“法律人”之外的一般人所接受,也更能有力地促进各行各业的人参与到社会管理中来,为社会管理建言献策。然而,“法律人”必须强调和重申创新社会管理职能是在依法治国的前提下展开,如果一个国家还不是一个法治国家,它就很难在管理国家之上进行创新。具体而言,上到党中央,下到基层政权,即使全民都拥有强烈的创新意识,但是只要法治理念缺失、规则意识薄弱,社会管理创新就会缺少根基。法治型社会管理模式应该是当前中国社会管理的最优模式。就我国当前情况来看,中国特色社会主义法律体系渐趋形成,国家经济、政治、文化和社会生活各个方面已经基本做到有法可依,为当前创新法治型社会管理模式提供了基础。但是,在当下急速的社会转型当中,有法不依、执法不严、违法不究的现象也时有发生,因此必须逐步实现社会管理过程法治化,逐步建构法治型社会管理模式。法治型社会管理模式是以法律理念和法律制度为基础的社会管理模式,其核心目标是实现社会管理的“善治”,这是一种“行为—过程”范式下的法治,主要应关注社会实践中的法而非“纸上的法”,并且关注法治的实际效果,尤其是社会效果。当下,法治型社会管理模式意味着政治国家与公民社会、权力与权利、社会依法管理与民众参与治理、民生法治导向性与管理主体多元化、利益诉求渠道畅通与各种社会矛盾化解、社会维稳与公民维权等相互关系的有机统一。因此构建法治型社会管理模式,必须将法律当做解决新时期社会矛盾的基本手段,将社会矛盾的解决和民众利益的保护都纳入法制化轨道。

三、秩序与自由:社会稳定与人权保障

当前,我国社会经济的不断发展、社会结构的不断变迁、利益格局的不断调

整、思想观念的不断变化这一新形势,特别是各类矛盾纷纷凸显的严峻形势,如何协调社会关系、化解社会矛盾、促进社会公正、保持社会稳定,成为摆在各级政府面前亟待解决的重大课题。在此背景下,有些地方大量花钱,不是解决影响稳定的社会问题,而是用来阻止和打压老百姓的上访和其他各种维权活动。提出和策动社会管理的目的不在保障公民权利和福利,而在维稳。维稳也不是侧重维护社会的公平正义和和谐安定,而是维护一些官僚特权集团的既得利益和执政地位的稳固。如此,在创新社会管理的过程中,确立采取何种价值取向成为关键点。在现代国家中,必须尊重和保障人权这一信念是如此广泛地被人们所接受,以致基本人权原则成为现代法治国家的基本原则,保障和实现人权则成为现代法治国家追求的目标。在宏观的层面上,要解决好民生问题,在实践上切实贯彻实实在在的利民、惠民政策,在法理上彰显公平、正义、平等、秩序等价值,最终,使老百姓得到实惠,增强人民群众普遍的幸福感和促进社会的和谐。在微观的层面上,社会管理创新不仅要明确人们拥有的各种具体权利,而且对于人权的尊重与保障还要落实到具体的社会群体之上,如弱势群体的人权保障、在监狱行刑中保障服刑人员的权利、老年人权利的保障、医患关系中各方权利的保障,等等。

四、立法与司法:法律体系与法律适用

在2011年3月十一届全国人大四次会议上,全国人大常委会委员长吴邦国正式宣布:中国特色社会主义法律体系形成了。这是实行依法治国,建设社会主义法治国家进程中的里程碑,是学术界与实务界的一件大事。这个法律体系适应了我国改革开放和现代化建设发展的需求,这个法律体系的形成是我国国家制度成熟的标志。此成就固然令人欣喜,但这还不足以成为中国法律界驻足于此的资本。关注中国特色社会主义法律体系形成后的各种问题应该成为当下法律界的新课题,其中最重要的莫过于进行法律适用方面的制度创新,因为我国虽制定了大量法律,可法律运行的效果差强人意。面对“越来越多的诉讼”趋势的形成,完善法律适用迫在眉睫。首先,在观念上,要厘清司法受制与司法独立的关系、法律守成与司法能动的关系、精英司法与大众司法的关系、程序公正与实体公正的关系;其次,在具体的制度建构上,积极探索适合于中国本土的司法模式,如完善人民陪审员制、发挥公益诉讼的功能、让审判与调解之间相

得益彰;最后,在实践上,坚持能动司法,发挥司法的主观能动性,积极主动地为党和国家工作大局服务,为经济社会发展服务,让人民法院参与到社会管理中来,成为创新社会管理的主体。

五、虚功与实务:法学理论与法治实践

理论与实践是一枚硬币的两面,毛泽东曾经说:“通过实践而发现真理,又通过实践而证实真理和发展真理。”^{〔1〕}但中国法理学研究中的实践转向是在改革开放 30 年的历程中逐渐展示出来的。在改革开放之初,什么是法治,法治与法制之间的区别是什么,法治蕴涵着一些什么样的基本内容,所有这些在我们的本土经验之中并不存在,这时,法理学的研究偏重于学习和借鉴西方法律制度和理论,试图在学习的过程中形成自己的法治。经济的发展、社会的演进,其中涌现出了各种各样的问题,这些问题不仅我们自己没有遇到过,西方人也没有经历过,所有这一切都必须靠我们自己对中国的具体国情、中国的独特问题做出分析才能够予以解决,在此过程中形成了关于法治的中国经验。最后,在理论与实践的相互映照中,我们确认必须立足于自我发展和自主创新的自主型法治进路。这一背景塑造了当代中国法理学所具有的特征:首先,保持开放姿态,当代中国法理学不仅面对外来文化开放,也面对本土资源开放,一方面对中西法治的理论与制度进行深层次的探讨与比较,另一方便试图打通传统儒家的价值理念与现代法治理念之间的隔膜;其次,始终关注现实,回归实践,当代中国法理学一方面切实把握国家的大政方针,为其通过法理学角度的思考和智力支持,另一方面关注法治发展与社会管理创新的地方经验;最后,自觉与理性的理论态度,面对中国转型过程中所呈现出来的各种理论、各种观点、各种政策、各种口号,当代中国法理学都能予以自觉而理性的反思。

是为序。

付子堂

壬辰年春节于宝圣湖畔

〔1〕《毛泽东选集》(第1卷),人民出版社1991年版,第296页。

目 录

· 法理学观念更新、实践法理学的构建与社会管理创新 ·

孙国华	法学应走科学发展之路	(3)
郭道晖	“社会管理”的法理评议	(7)
付子堂	论建构法治型社会管理模式	(13)
汪习根	社会管理机制创新的法律保障研究	(21)
徐亚文	实践法理学与环境法学的新视角	(36)
赵 明	法理学的“中国传统”之反思 ——行进在自然法与法律实证主义的边界上	(45)
胡玉鸿	以自由看待社会管理创新	(51)

· 完善法律体系与创新社会管理 ·

刘作翔	中国法治国家建设的战略转移:法律实施及其问题	(65)
于兆波	中国特色社会主义法律体系形成“后”立法执法司法守法一 体化 ——以立法为中心展开	(86)
黄信瑜	石旭斋 法治发展与公众参与立法:台湾地区的实践经验及 其启示	(96)
陈 俊	完善立法执法推进社会管理创新	(111)
王景斌	法价值的文明取向:一种哲学追问	(123)

· 尊重和保障人权与创新社会管理 ·

龚向和	袁 立 功能主义视域下的民生改善与社会权保障之关系	(133)
周祖成	社会管理中的私权意识和私法制度问题	(144)
张小罗	论基因权利	(154)
魏腊云	人权与宪政	(167)

- 肖世杰 李鼎楚 社会管理创新视野下我国监狱行刑理念的应然选择
——积极的个别预防之倡扬 (180)
- 张景玥 张斌峰 试论维稳创新管理中的人权保障
——以暴力强拆屡禁不止为例 (194)

· 深化司法改革与创新社会管理 ·

- 谢 晖 当代中国司法几对矛盾琐议 (207)
- 黄建武 中国调解功能的演变及制度创新启示
——基于 1988 ~ 2010 年统计材料的分析 (229)
- 侯学勇 修辞学视域下媒体与司法的关系研究
——以媒体为听众的视角 (244)
- 李拥军 形式的复兴与实质的变异
——对当下中国人民陪审制度现实困境的深层解读 (262)

· 法治、善治与社会治理 ·

- 陈金钊 把法律作为修辞
——法治时代的思维特征 (289)
- 杨春福 善治视野下的社会管理创新 (312)
- 何士青 论法治与公民幸福 (319)
- 蒋德海 民主法治建设要超越中国儒家“主体至善”说 (331)
- 蒋晓伟 浅论社会管理法治化的基本要素 (342)
- 安子明 齐海滨 社会治理的法治模式探索
——以榆林土地权属案件的证据适用为例 (351)

· 我国法治国家建设的战略型与法律的实施 ·

- 李 龙 许 娟 创新社会管理的三大难题
——从国家治理、法律和社会转型角度 (373)
- 沈国明 制度创新:由城市管理到城市治理 (394)
- 蒋传光 法治思维:创新社会管理的基本思维模式 (402)

王丽忠 刘振宇 论公益诉讼与中国社会的风险治理	(423)
胡兴东 新时期西南民族地区社会治理选择的法理学思考	(433)

· 法律论证理论与法治发展 ·

舒国滢 “争点论”探赜	(451)
温晓莉 司法论证中的“非存在存在” ——法律论证的同一律问题	(494)
严存生 法律的人性基础论纲	(500)

法理学观念更新、实践法理
学的构建与社会管理创新

法学应走科学发展之路

孙国华*

法学是科学,科学就得走科学发展之路。

对法学是不是科学,学界有不同的意见。这又涉及什么是科学?

科学是适应人类生活的需要而产生的关于自然、社会和思维的知识体系,是人类实践经验的结晶。每一门科学通常都只是研究客观世界发展过程的某一个阶段或某种运动形式。科学的任务是揭示事物发展的客观规律,探求客观真理,作为人们改造客观世界的指南。^[1]

法学是科学,它就应、就得具备这些特征。我们认为,法学是研究社会运动的一种特殊形式——法律运动的规律的科学。法律运动是有规律可循的。揭示法律运动的客观规律,也是为了把这些符合实际的认识,作为人们改造客观世界的指南。

在西方,有相当多的学者不承认法学是科学,甚至不承认社会科学是科学。国内有的学者也有类似的观点。这似乎与这些学者的世界观有关。这些学者认为:科学研究的是“是不是”的问题,即存在或实然的问题,而法学研究的却是“好不好”的问题,即价值或应然的问题,他们认为这是两类全然不同的、没有联系的问题。这样他们就把“存在”和“应该”、“事实”和“价值”截然割裂开了。这实际上就是给唯心主义,如对事实和规律的误解甚至曲解以及对神或上帝的信仰,留下了余地。

* 孙国华,男,1925年生,当代著名法学家,河北阳原人。中国人民大学法理学博士点创建人和新中国马克思主义法理学科奠基人之一。中国人民大学首批荣誉教授,现任中国人民大学法学院教授、博士生导师。中国法学会学术委员会的成员,同时亦是国内多所高校兼职或客座教授。

[1] 参见《辞海》缩印本1979年版,第1746页。

我们是辩证唯物主义者,我们认为自然、社会和人的思维都是有规律可循的,这些规律是客观的、是不依神或人的意志为转移的,是自然、社会和人的思维本身就具有的,而不是从外部强加进来的。因此,研究这些事物的规律,就得研究这些事物本身。法学研究的是社会运动的特殊形式——法律运动的规律性。法律运动与人的思维、愿望以及受人的思维、愿望支配的人们的行为直接相关。而人的思维、愿望又受其赖以生存的物质生活条件所制约,既受别人、前人的思想和流传的观念的影响,也受自己所处的历史时期的政治、文化、社会、特别是经济条件的制约。恩格斯曾指出:“阶级斗争的各种政治形式和这个斗争的成果——由胜利的阶级在获得胜利后建立的宪法,等等,各种法权形式以及所有这些实际斗争在参加者头脑中的反映——这里表现出一切因素的交互作用,而在这种交互作用中归根到底是经济运动作为必然的东西通过无穷无尽的偶然事件(即这样一些事物,它们的内在联系是如此疏远或者如此难以确定,以致我们可以忘掉这种联系,认为这种联系并不存在)向前发展。”〔2〕

什么是法学的科学发展之路?法学怎样才能走上科学发展之路?这是值得认真研究、仔细思考并在法学研究和法治建设的不断实践中才能解决的问题。这里想提出自己的一些想法供参考。

首先,法学要真正走上科学发展的道路,就必须坚持马克思主义的指导,即坚持科学的世界观、发展观、方法论的指导。一般认为,运动有五种基本形式:机械的、物理的、化学的、生物的、社会的。而以社会的运动最为复杂,它与各种运动形式相联系,又涵盖各种运动,是运动的最高形式,且离不开人的心理、思维。而人的心理、思维又离不开人赖以生存的物质生活条件。法律运动是社会运动的特殊形式,所以,研究法律运动,“既不能从它们本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解,相反,它们根源于物质的生活关系——人们在自己生活的社会生产中发生一定的、必然的、不以他们的意志为转移的关系,即同他们的物质生产力的一定发展阶段相适应的生产关系。这些生产关系的总和构成社会的经济结构,即有法律的和政治的上层建筑竖立其上并有一定的社会意识与之相适应现实基础。物质生活的生产方式制约着整个社会生活、政治生活和精神生活的过程。不是人们的意识决定人们的存在,相反,是人们的社会存在决定人们的意识”〔3〕

〔2〕《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第447页。

〔3〕马克思:《政治经济学批判》序言,参见《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1972年版,第82页。

这就是被马克思阐明的关于社会的生产力与生产关系,经济基础与上层建筑的历史唯物主义的著名原理。有了这个原理,就有了如实地认识事物的思想指南,这正是马克思主义法学的最大优势。

所以,我们说法学是科学,并不是说所有的法学都已经是科学了,而是说我们的法学、马克思主义的法学应该是科学,应该是研究其所研究的法律现实的客观规律的科学。法学要做到这一点,就必须以科学的世界观、方法论为指导,而非唯心主义、形而上学的法学,它们或者自认为就不是科学,或者虽认为是科学,却根本否认研究法律运动的客观规律,否定认识这种规律的可能性,而把法学的任务仅仅归结为只是研究、寻找和提出对自己有利的应付一定事态的主张和措施。尽管它们从历史的经验中也能概括出某些合理的、符合法律运动实际的规律的科学因素,但它们却不去,也不能去从总体上揭示法和法律的本质和其运动发展的基本规律,这就使它们的研究带有难以克服的局限性。

可见,法学要真正走上科学发展的道路,首先,就必须坚持马克思主义的指导,即坚持科学的世界观、发展观、方法论的指导。

其次,法学要走上科学发展之路、真正成为科学,还必须运用自然科学、技术发展获得的最新成就,以最新的科学、技术手段来武装自己。马克思曾说过:一种科学只有在能运用数学的形式时,才算达到真正完善的地步。^{〔4〕}一些著名的科学家、法学家也意识到了这个问题。早在1980年我国著名的科学家钱学森钱老就提出:要从系统工程入手,建立企业系统工程、教育系统工程、社会学系统工程和法治系统工程。^{〔5〕}我理解钱老的这个建议,特别是他关于建立法治系统工程的建议,就是要用自然科学技术的最新成就来武装我们的法学研究,把与现代数学紧密联系的系统论、控制论、信息论和运筹学等反映事物共同属性和普遍联系的科学方法引入法学研究,而高性能电子计算机的出现、网络技术的发展,也为这些方法在法学研究中的运用,提供了现实的可能。

法学要走上科学发展之路,不仅必须坚持科学世界观的指导,并且还应在法学领域为引入最新的科学技术手段不断创造条件,用这些最新的科学技术来武装自己。在我国法学研究领域中,也曾有同志积极主张引入这些新的、一般的或特殊的科学方法,但令人遗憾的是:个别同志自觉或不自觉地企图用它来否定马克思主义关于法和法律的一些基本原理,这就自觉或不自觉地否定或削

〔4〕 参见拉法格、李卜克内希著:《回忆马克思》,人民出版社1954年版,第8页。

〔5〕 钱学森:“关于用控制论的方法对我国未来一百年人口发展的趋势进行预测”,载《光明日报》1980年3月25日。

弱了科学世界观对法学研究的指导,自然不会有好的结果。但把法学研究方法仅仅归结为哲学方法,即使仅仅归结为马克思主义的哲学方法,而故步自封地不去引入其他科学的方法,或不顾科学技术的新发展,拒绝引入符合实际的最新的科学技术方法和手段,这本身就不符合马克思主义哲学方法的要求,也是没有前途的。

最后,法学要走科学发展之路,还必须有条件获得真实的、足够的资料、信息,这就必须深入实际,调查研究,为此还必须有一个良好的外部环境,良好的社会氛围,特别要坚决杜绝一切欺上瞒下、弄虚作假的作风。我以为国家应该制定一个专门查处和惩治这种恶劣作风的法律,以便保证下情能够上达,上情能够下达,解决信息不通畅、不对称的问题,这不仅是党和政府做出正确决策的前提条件,也是法学走科学发展之路的必然要求。因此就必须在不断发展社会主义民主、健全社会主义法制,厉行法治的同时,在努力从事社会主义经济建设、时刻关注广大人民群众民生问题的同时,不断加强道德建设、社会主义精神文明建设,弘扬诚信精神,弘扬社会主义的价值观,发展社会主义文化教育事业,努力建立并发展一个既有民主,又有集中;既有统一纪律,又有个人心情舒畅、生动活泼的一种政治局面。这样才能使社会在稳定中获得更大的发展,并在发展中获得更大的稳定,从而也才能为培养合格的研究人员和使这些研究人员获得进行研究所必需的、真实的资料和信息,创造必要的条件,为法学的繁荣、发展,创造更有利的条件。而这一切又必然也是一个艰巨的、长期的、曲折的,需要不断奋斗的过程,从而法学走上科学发展之路,也必然是这样一个不断奋斗、不断克服种种困难、不断发展的过程,需要几代人、几代法学家们坚持不懈的努力,而不可能是一蹴而就的。谢谢!

“社会管理”的法理评议

郭道晖*

近年党中央陆续提出若干以“社会”一词命题的执政理念与方略,其中最重要的有三个递进阶段或重心转换:

一是2004年2月20日,胡锦涛在中央党校省部级主要领导干部研讨班所作的讲话,首次提出“构建社会主义和谐社会”的任务。2004年9月,党的十六届四中全会《决定》正式把构建社会主义和谐社会作为提高党的执政能力的一个重要方面,并把它放到同经济、政治、文化建设并列的突出位置。在此前的十六大报告论述全面建设小康社会时已提到要实现“社会更加和谐”的目标。和谐社会的内涵界定为“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会”。

二是党的十七大报告在重申上述三大建设的同时,还提出要“更加注重社会建设”,并确认其重点在“推进社会体制改革”。

三是2011年2月19日,胡锦涛又一次来到中央党校,向省部级主要领导干部研讨班提出“创新社会管理”的概念和任务。在3月全国人大通过的“十二五”规划中以大量篇幅讨论了这个概念。在5月的《求实》杂志上发表了周永康的一篇长文论述社会管理创新。十七届六中全会进一步提出要“加强和创新社会管理,维护社会和谐稳定”。其中一项重要任务是“深化文化体制改革”,“建立社会主义核心价值体系”。

综观这三个阶段、三个口号,从字面意义上是由抽象模糊的“和谐”愿景,向具体化的“社会建设”和“社会管理”落实;执政党及其领导人特别关注社会问

* 郭道晖,1928年生,男,当代著名法学家,祖籍湖南湘阴,曾先后任全国人大常委会法工委研究室副主任,中国法学会研究部主任,《中国法学》杂志社总编辑、法理学研究会副会长等职。