

葛洪义 主编

地方法制评论

2014年·第一卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

葛洪义 主编

地方法制评论

2014年·第一卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

学术委员会

(以姓氏拼音为序)

冯健鹏	葛洪义	公丕祥	黄文艺
李秋成	李旭东	沈国明	宋方青
孙笑侠	吴大华	徐显明	余 军
张文显	郑成良	周世中	朱志昊

编 辑 部

主 编 葛洪义

执行主编 朱志昊

责任编辑 秦军蕊 柳 芝

帝力于我何有哉！

《地方法制评论》创刊号发刊辞

日出而作，日入而息，凿井而饮，耕田而食，帝力于我何有哉！

相传这是上古唐尧时代流传的《击壤歌》，当现代人在钢筋水泥构架下丝竹乱耳、案牍劳形之时，此歌谣总让人有“胡不归”的叹喟。然则，时间之流不可溯回，随着传说时代的终结，我们告别了遂古之初，不可避免地被历史飓风推进“国家”这样一种复杂的政治形态。在中华文明之下，国家起先也曾是温情脉脉的，因为一国就是一家、一族，一国之君就是一家之长、一族之首，维系国家存续的是血缘以及相应的宗法礼制，这种国家与社会高度同构的治理形态与击壤老人口中的原始状态或许相去不远。但旷日持久的东周战争打破了人们宁静的生活，三代以降，礼崩乐坏，维系国家存续的逐渐转变成了权力以及背后的暴力，国家的意象符号就从“田园”转向了“兵刑”。从社会母体分离出的国家，此时与社会渐行渐远。

历史仍然没有停歇，那些胸怀大志的人们不甘心天下的“散乱不一”，他们要“并有天下，别黑白而定一尊”。于是，分散的国家被武力整合成了统一但又“早熟”的帝国。经由儒法两家的共同努力，“早熟”的中华帝国借助礼乐刑政，以皇权为一体化纽带，在理念和制度的双重向度统合或扬弃了尚存一定自治权的社会。自西徂东的现代化浪潮冲开了中华帝国的大门，传统宗法国家已被雨打风吹去，西式或现代的政治国家尚未形成，在精神、物质以及各个层面，现代人及其领导者组建了国家社会一体的以国家为中心、全面覆盖的“统合—扬弃”体制，随着现代国家治理机制与技术的“完善”，社会仅存的自治性进一步被削弱。市场经济的复兴，或许意味着社会的复权，但仍需时日，仍需努力。

与此同时，稍稍翻阅史书，我们即可看到，不管是以武功定天下，还是以文

治安天下,致力于皇极大中、经纬天下的帝王将相们总要为中央与地方的关系绞尽脑汁,封疆大吏的不轨、基层官吏的不法、地方豪族的豪奢,都牵动着中央政府,也即朝廷的神经。即使是在20世纪,革命志士前赴后继,缔造共和,为中国开了一片新天,但领导者们仍然不可不考虑“统一领导”和“两个积极性”的大问题。改革开放,经济特区先行先试,地方治理获得了空前的机遇,然而中央却仍在统放之间犹疑不决。道理很简单,因为我们是统一的大国,我们正在经历一场前所未有的时代变革。“地方”或者基层始终作为问题出现,问题的表述或有不同,但问题的实质却惊人地相似。

从历史的演进过程中,我们可以发现,国家逐渐地从共同体、社会中衍生出来,并与社会形成了“统合—扬弃”关系;而在国家的扩张、分裂和统一的过程中,顶层政权与基层政权关系的问题也逐渐地显现。于是,“地方”至少应该包括两重意涵。

首先,“地方”一词包含了与国家相对的社会形态。除却主权、文化的因素之外,国家与社会之间主要呈现出权力式的、以“支配—服从”为核心的“统合—扬弃”关系:国家是领导者、支配者,社会是拥护者、服从者抑或反抗者。在这种语境下,当我们谈及国家之时,往往并不区分顶层与基层,而往往是借助一种整体主义的视角加以审视;而我们谈及地方之时,就是在说社会。国家要回应社会的需求,社会要顺应国家的统合,国家与社会的关系就在“地方”得到了最大的体现。

其次,“地方”一词包含了与顶层政权相对的基层政权。幅员辽阔但却又实行单一制,是我国独特的政治形态,这种独特性体现了为政者的自信。但这种自信并非凭空而来,需要一整套完整的行政、法律体系来给予支撑。统一治理体系或可分为两个向度,一是“自下而上”的信息传递,二是“自上而下”的指令传达。信息传递需要及时准确,指令传达需要顺畅无误。所以,顶层政权和基层政权之间的“指令—信息”交涉机制,就对国家治理产生了重要影响。此时,我们研究“地方”就是在研究基层政权如何上传信息、下载指令以及依照指令对社会进行治理。

然而,如果仅仅把“地方”的含义限定在社会与基层,那么也未免低估了地

方法制的研究意义。在我们通常的思维中,不管借助国家与社会的视角,还是借助中央与地方的视角,社会与基层永远都是受动者,在“国家领导”、“中央统筹”等话语之下,社会(当代或表述为“人民群众”)与基层的功能往往被定义为“积极响应”或“贯彻落实”,一种“自上而下”的、顶层设计式的思维方式彰显无遗。

对于这一思维方式的评判,或许可从两个向度展开。第一,就国家与社会的关系而言,“自上而下”的思路忽视了一个基本的政治哲学问题,即在一国的政治公共生活中,究竟是谁具有主体精神,究竟是谁能够发挥能动作用,究竟是谁在推动历史的演进,质言之,万里河山谁是主?启蒙以降的政治哲学大多会告诉我们答案是“人民”,而“自上而下”的思路就对“人民”以及作为其集合体之“社会”的主体性进行了有意或无意的贬抑。第二,就中央与地方的关系而言,“自上而下”的思路忽视了基层政权在施政治理与制度革新方面的重要性,这种重要性主要表现为信息的直接性、施政的具体性、问责的双向性,相应地,合理、常态的基层政权治理就具有及时、细致以及审慎等优势,但“贯彻”、“执行”、“落实”、“领会精神”等“自上而下”式的功能分配,往往导致基层政权有责无权、责重权轻,这必将极大地影响其施政治理与制度革新的能动作用。

以应然论之,社会相较于国家而言,具有主体地位和能动作用,地方相较于中央而言,具有极大的重要性和不可替代的优势。这是地方法制研究铺陈之蓝图,立基之理据,依循之风标。上述诸端必然要求我们转变视角,“自下而上”地审视我们法律制度的发展与创新,发掘地方国家政权与社会自身在法治理念的贯彻落实、法制实践的革新完善过程中所扮演的重要角色。

地方法制研究试图在抽象与具体、宏观与微观之间找出一条双向互逆之路,地方法制既关注国家法律的实施以及法定权利的实现,同时更加关注地方制度创新对统一法治体系的反馈以及社会新兴权利诉求如何得到制度化保障等问题,地方法制本身就是连接中央与地方、国家与社会的传声媒介。

地方法制不仅是问题域,更是研究范式,地方法制研究输出的是视角、思路与方法,以“范式”为本位。地方法制是一种理论,更是一种实践,此“地”者,既是“央地”之“地”,也是“天地”之“地”,地方法制的研究就是要将悬浮于高空

之中的各种理念、话语和言辞,深深地植入中华大地之中,并牢牢扎根,万世不移。法治要“接地气”,地方法制必可堪此大任。

国家在社会的大地浇灌着和谐之花,顶层在基层的大地栽培出安定之树,理念在制度的大地深植成法治之根,这或许就是大地的意义。让我们重温一下击壤老人的形象:自给自足、怡然自得,在国家与社会、中央与地方、理念与制度良性互动、相得益彰之时,这何尝不是我们普通人所应拥有的生活呢?需谨记,生活是施政之目的,社会是国家之基石,基层是顶层之依托,制度是理念之载体。当通过制度构建和基层革新来保障中国人民生活安定、社会和谐的时候,让我们温一壶浊酒,哈哈一笑说:帝力于我何有哉!

华南理工大学广东地方法制研究中心力求争天下之先,试集合天下有志方家之智、之识、之能,创此《地方法制研究》一刊,愿在历史演进的滚滚洪流中为我们的梦想贡献绵薄之力。

是为记。

葛洪义 朱志昊 谨识

癸巳冬于广州小谷围岛

目录

Content

帝力于我何有哉!

《地方法制评论》创刊号发刊辞	1
----------------------	---

专题笔谈：法制何以地方？

主持人语	葛洪义 / 3
区域法治发展的功能特征	公丕祥 / 4
我国经济社会发展中的地方法制问题概述	沈国明 / 6
认真对待地方法治，必须走出国家整体主义法治观	黄文艺 / 9
法治中国需要法治文化的软实力	孙笑侠 / 12
地方立法权配置的法制化	宋方青 / 17
互动式地方法制概念及其意义	余 军 / 20
法治中国进程中可能的地方性知识贡献	魏敦友 / 23

理论求索

基层法院的法社会学三思	严存生 / 31
“地方坏人论”评析	李旭东 / 39
中央与地方治理模式中的辅助性原则	李秋成 / 49
简论地方立法科学性判定的总体标准	朱志昊 / 61
公民权与公民参与	
——以转型时期地方立法为背景的观察	宋尧玺 / 69

制度探析

- “法治区县”动态评估机制建设若干问题探讨 丁新正/83
- “分类控制”体系中的“社会组织登记管理创新” 余 军/93
- 国家赔偿制度的中国存在
- 逡巡于“赔”和“不赔”之间的国家赔偿地方实践 杜仪方/107
- 我国地方审判机关职权研究 邹东俊/122

实践视角

- 刑事审判中适用法律规范的实证研究 俞俊峰/141
- 被征收房屋价值评估时点多元化界定规则之构建 纪荣典 章 毅/150

交叉学科

真相与假象:法律事件传播中的拟态环境

- 以彭宇案事件传播为例 郑金雄/163

青年文论

- 论地方行政规定的法政二象性 谢 郁/195

- 《地方法制评论》征稿启事 209

专题笔谈

法制何以地方？

◎区域法治发展的功能特征

◎我国经济社会发展中的地方法制问题概述

◎认真对待地方法治，必须走出国家整体主义法治观

◎法治中国需要法治文化的软实力

◎地方立法权配置的法制化

◎互动式地方法制概念及其意义

◎法治中国进程中可能的地方性知识贡献

主持人语

葛洪义*

我们大约在2007年开始关注“地方法制”。这或许与我们身处远离“中心”的地方有关,更与我们秉承的法治理念相关。在一个有着数千年中央高度集权历史的国度,国家治理也就是地方治理,当下所谓法治与人治之争,在这片土地上,某种程度上,也就意味着地方治理方式之争,法治国家有赖于地方法制。或基于此,近年来,全国各地陆续成立了一些有关地方法制或者区域法治问题的研究机构,举办了几场同类主题的学术研讨会,参与者日众,许多学者发表了深刻的见解。值此本刊创刊之际,我们特组织了本次专题笔谈,七位学者慷慨赐稿,发表于此,以飨读者。

* 葛洪义,华南理工大学法学院教授,博士生导师,华南理工大学广东地方法制研究中心主任。

区域法治发展的功能特征

公丕祥*

在当代中国,区域法治发展是国家法治发展在特定空间范围内的具体展开和实现,从而构成国家法治发展的有机组成部分。在我们党的文献中,党的十八大报告第一次提出“国家治理”的概念,强调要“更加注重发挥法治在国家治理和社会管理中的重要作用”。党的十八届三中全会明确提出全面深化改革的总目标就是“完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化”。这无疑有着重大的理论价值和现实意义。国家现代化、国家治理体系和治理能力现代化、法制现代化这三者是一个有机统一的整体。国家现代化离不开国家治理现代化,而法制现代化则是国家治理现代化的基础、前提和保障,因而构成国家现代化的重要内容。因之,推进中国法制现代化,是推进国家治理体系和治理能力现代化的题中应有之义。在这里,区域法治发展是在国家法治发展的总体方向和框架下,根据特定区域经济社会发展的法律需求,运用法治思维和法治方式推进区域社会治理现代化的具体法治实践,进而推动国家法制和国家治理现代化的进程。很显然,推进区域法治发展是一项开创性的法制事业,是建设“法治中国”的历史进程的必然要求。由此,我们有必要进一步揭示区域法治发展的基本的功能特征。

第一,创新区域社会治理体系。就总体而言,治理有国家治理与区域治理之分。如同国家治理是一个有机的系统或体系一样,区域治理乃是国家治理体系的不可或缺的组成部分,因而亦构成一个内在相连、有机整合的区域社会治理体系。无论是国家治理体系,还是区域治理体系,法治都是重要的基础。推进国家治理体系的现代化,在很大程度上取决于法制现代化的实现程度。而中国法制现代化是在特定的时空条件下展开的,区域法治发展乃是这一进程的重要表现形式和实现途径。因此,推进中国法制现代化,进而在此基础上推进中国国家治理体系的现代化,离不开区域法治发展的具体实践,也离不开区域社会治理体系的创新发展。推进区域法治发展的

* 公丕祥,南京师范大学法学院教授,博士研究生导师,南京师范大学法制现代化研究中心主任。

功能性目标，旨在于通过区域法治发展的加快推进，为区域社会治理体系的建立和完善提供坚实的法制基础，从而进一步创新区域社会治理体系，使之能够有效应对转型时期区域社会治理所面临的严峻挑战，引领和推动区域社会的健康稳定发展。

第二，提升区域社会治理能力。实现国家治理能力现代化，乃是全面深化改革的总目标之一，这对提升区域社会治理能力提出了新的更高的要求。推进区域法治发展，一个重要的任务就是要有效增强法律制度的执行力，这是提升区域社会治理能力的关键所在。要通过区域法治发展的具体实践，着力提高区域社会治理主体运用法治思维和法治方式推动改革、促进发展、化解矛盾、维护稳定的能力，把区域社会治理纳入制度化、规范化的轨道之中，进而切实提高制度的执行力和公信力，推动区域社会治理水平的不断提高。

第三，激发区域社会创造活力。法律调整的一个重要功能，在于通过授权性规范的制定与施行，充分调动社会主体的积极性、能动性和创造性，进而使社会生活充满生机与活力。推进区域法治发展，就是要善于通过法律手段，充分运用授权性规范以及法律激励机制，最大限度地增加社会的和谐因素，最大限度地减少社会的不和谐因素，赋予社会主体创造社会财富、促进自身发展的法律权能，从而在法律的框架下，让一切创造财富的源泉充分涌流，推动区域经济社会的科学发展。

第四，深化区域法治实践。在区域社会治理实践中，法治创建活动对于营造浓厚的区域法治氛围、推动区域法治发展的深入展开，有着重要的意义。推进区域法治发展，一个重要的实现机制就是加大区域法治创建工作力度，把区域法治创建活动提升到一个新的层面，整合相关法治资源，建立健全统一协调的区域法治创建机制，形成区域法治创建工作合力，不断提高区域法治创建活动的效果。

第五，优化区域法治环境。在当代中国的深刻社会变革进程中，推进区域法治发展要把维护社会正义、增进人民福祉作为根本的出发点和落脚点，着力优化法治发展环境，为区域经济社会科学发展提供坚实的法制保障。在这里，重要的是要在不断加强和改进地方立法、充分发挥地方立法在区域法治发展中的引领和推动作用的基础上，在以下三个方面下更大的功夫：一是在优化区域行政法治环境方面下工夫，加快建设区域法治政府，把政府治理的措施落到实处。二是在优化区域司法环境方面下工夫，坚持能动司法，致力于实现有效率的司法公正，不断提升司法的社会公信力。三是在优化区域法治文化环境方面下工夫，切实增强全社会学法遵法守法用法意识，大力弘扬社会主义法治精神，努力打造区域法治文化软实力，从而为区域经济社会发展营造良好的法治文化氛围。

我国经济社会发展中的地方法制问题概述

沈国明*

一、发展方式的转变将促使地方政府行为法治化

法治是国家治理中的长效机制。所谓长效机制,一是有制度,二是制度得到严格执行。运动式管理不是长效机制,虽然可以收到立竿见影的效果,但是往往风头一过便回潮。

法治建设至今,公权力有法不依的情形没有得到根本改善。究其原因,除了实行法治的历史短暂、干部缺乏法治意识之外,深层次的问题是,现有经济发展模式的负面影响在起作用。

改革开放以来,地方政府竞争发展模式推动了经济增长。地方政府对推动经济增长有着极高的积极性,而且,往往将“GDP”增长等同于经济发展,视其为政绩。于是,地方政府的经济增长冲动同法律有效实施之间的矛盾表现得相当突出。

城镇化是现阶段拉动经济的动力,城镇化改变了农村土地权属和户籍,也改变了农民基本生活方式,也改变了以往的资源配置。在这过程中,如果政府行为不规范,侵害了公民权利,便会引发社会矛盾。在环境保护、社会分配、社会保障、治安管理、司法等方面也是如此。

中国经济发展需要发挥地方积极性,这意味着,地方政府竞争发展模式还将持续。地方政府突破法律的行为,常常会因为“GDP”增长而被容忍,这一点在干部考核中不时表现出来。近日中组部出台了改变以“GDP”作为考核指标的干部政绩考核办法,使我们看到了改变现状的希望。法学界应当基于这样的现状开展研究,提出提高法律有效性的思路 and 措施,让法律有足够的权威遏制政府的出格行为,形成对政府行为的刚性约束。

现在看得很清楚,我国法治的实现,有赖于发展方式的转型;在经济和社会没有

* 沈国明,上海市社会科学界联合会党组书记、专职副主席,教授。

发展到相当高度时，法治不可能实现。

二、脱离法治轨道不可能化解社会矛盾

我国现在正处于矛盾凸显期。在这个阶段，各项事业快速发展，建设项目增多，财政收入快速增加，社会成员对物质生活的要求也在急速提高。而社会财富分配却不能满足所有方面的需要，再加上确实存在分配不公，存在依法行政方面的缺陷，特别是信息传播的便利，使人们易于互相攀比，因此，社会矛盾增多是不可避免的。

有了社会矛盾，应当及时化解，不能让其累积。及时化解矛盾，是社会稳定的需要，也是各级政府和领导共同的愿望。但是，为了快速解决矛盾，有的地方不惜突破法律底线，接受法外要求，甚至推翻并无错误的诉讼结果，满足个别缠访闹访人员的要求。“花钱买太平”的办法看似简单有效，可大量实践证明，它仅仅对解决个案有效、对暂时稳定有效，对实现长治久安无甚帮助。况且，面对众多社会矛盾，没有一个政府具有无限量的金钱供给能力来摆平所有社会矛盾。随着预算监督的进一步加强，“买太平”的钱也不是随便可以支出的。

总之，不能将化解社会矛盾的工作脱法运行。抛开法律、不讲规矩，结果定是欲速不达，社会矛盾会增多，政府公信力则将由由此下降。

三、财税体制不合理将导致地方政府与民争利

经过三十多年以市场经济为取向的改革，广大社会成员都拥有了一定财富，与此相应，全社会对公共产品的提供及其服务水平也有了更高期待。

国家的大多数公共服务、公共产品、基础建设、行政工作都依赖地方政府负责，全国的过半税收收入都归中央，但其只负责很小比例的公共服务，造成不少地方政府都赤字运行。地方上为了获得资金，争相“跑部钱进”，造成寻租腐败。中央的财政转移支付，将税主要返到省一级，而大多数公共服务是基层地方政府提供的，这势必导致基层地方政府财政问题较严重。地方政府为补偿税收收入的损失，都以土地收入解决其财政问题，土地财政收入已经成为多数发达地区政府的主要财政收入来源。

目前，城市土地收益是地方财政的重要支撑，地方政府对土地资源的依赖，导致其常常会卷入由土地引发的利益博弈。由征地引发的矛盾屡见不鲜，其结果是失地农民怨声载道，甚至恶性群体性事件频发，造成尖锐社会矛盾。

四、地方立法可以做些什么

地方立法要以问题为导向，针对存在的问题，去加以解决。地方工作都是很实在

的,立法止步于一般号召、倡导,不能解决实际问题的地方性法规是没有生命力的。地方立法“需要几条,规定几条”的工作原则是在实践中形成的,因此,地方性法规如要真正有价值,必须是能够直面问题、解决问题的。在这方面,似乎还没真正形成共识,只管主题抓眼球,或者价值取向正确,不管能否操作的情形并不少见。对地方性法规提出“站得住,可操作,真管用”的要求并不过分。

地方立法也有一定的探索功能。像中国(上海)自由贸易区的试验需要地方立法跟上。所谓探索就意味着条文不可能非常系统、周密、完备,而且,可能要不断应对不时冒出来的不确定因素的挑战。现有的地方立法工作经验还不足以从容应对。

地方立法在民生保障方面,要坚持用公平正义的原则来解决利益平衡问题。在化解矛盾过程中,要尊重程序,并要开拓各种化解矛盾的渠道,组织动员社会力量来参与社会建设和社会治理。