

解永照 黎汝志 著

MINSHENG FAZHI YANJIU



# 民生法治研究



中国政法大学出版社

解永照 黎汝志 著

MINSHENG FAZHI YANJIU

# 民生法治研究



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

### 图书在版编目(CIP)数据

民生法治研究/解永照, 黎汝志著. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 11  
ISBN 978-7-5620-7857-9

I. ①民… II. ①解… ②黎… III. ①社会保障—研究—中国 IV. ①D632.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第278013号

---

|       |                                                                                   |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社                                                                         |
| 地 址   | 北京市海淀区西土城路 25 号                                                                   |
| 邮寄地址  | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088                                                    |
| 网 址   | <a href="http://www.cuplpress.com">http://www.cuplpress.com</a> (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话   | 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)                                                   |
| 编辑邮箱  | zhengfadch@126.com                                                                |
| 承 印   | 固安华明印业有限公司                                                                        |
| 开 本   | 880mm×1230mm 1/32                                                                 |
| 印 张   | 7                                                                                 |
| 字 数   | 210 千字                                                                            |
| 版 次   | 2017 年 11 月第 1 版                                                                  |
| 印 次   | 2017 年 11 月第 1 次印刷                                                                |
| 定 价   | 36.00 元                                                                           |

国之大事在民，民安则国泰。搞好民生建设一直是社会公共生活的永恒主题，在当前也是如此。在建设法治中国，法治成为治国理政基本方式的背景下，将民生问题法治化是一个必然选择。民生建设存在的问题需要法律规范加以制度化解决，而更深层次的法治思维的转向则是其得以深入发展的基本动力。法治思维至少从整合价值认同、提供实践指导两方面对民生建设有着深刻意义，而在其统摄下的民生建设的发展进路呈现出综合性和全局性的新面貌。法治思维成为民生建设的重要指导。民生建设发展需要法治思维的主导。法治思维既可以为民生建设提供行为的规范化，制度化形态，也可以通过理性思维为自由裁量领域赋予法律正当性。法治思维从价值认同和实践指导两方面主导民生建设，实现了尊重和保障人权的价值目标，维护了安定繁荣的社会秩序，推进了法治政府与法治社会的建设，最终为构建法治国家作出了贡献。

除了需要在思想上重视民生问题，将法治思维植入民生建设的方方面面外，还要将民生法治思维具体化、制度化、规范化。而我国社会建设中民生法律规范的缺位，导

致民生建设缺乏规范性指导和制度化解解决途径。法律分配社会资源的过程中对公民基本权利的具体化实现就是对民生的规范性调整,纳入法律规范调整的民生建设形成了“民生法律关系”,其主体、内容、客体都在法律规范框架下完成塑造。法律规范对民生建设的保障方式通过对主体行为的调整而完成,对公民赋予并保障权利、明晰主体地位、疏通诉求机制并通过课以义务的方式限制其权利滥用;对国家公权力则规范其权力行为并发挥其主导作用,在实定法运行的各个环节保障民生,同时尊重并发挥优秀民间规则的调整作用。只有通过民生的规范化,才能将事关民生的种种权利义务实体化、现实化,也才能使民生红利真正落实到社会生活的枝枝节节。

研究民生法治在当前以及今后都是一个十分有意义的选题,笔者写作本书也是立基于此。对于这样一个宏大的选题,笔者构思良久,一直有不知何处下笔之惑。因而在谋篇布局上就采取了一般的论述套路,采用了总分式结构。在本书的章节安排上,总论部分主要是论述了民生法治的一些基本理论问题,为本书提供基础理论指导;分论部分主要是从中国立场出发,选取了我国当前社会生活中主要的法治问题进行具体论述,从而谋求在具体民生法治方面有所突破。关注民生,了解民生,解读民生,倡导法治,研究法治,构建法治,将民生与法治紧密结合是本书写作的冀望。当然,由于思考的不尽全面,在民生法治的总体理路以及民生具体领域选取方面难免有缺憾之处,这也是后研究需要完善和补充的地方。

序 言 / 001

---

第一编 民生总体法治论

---

第一章 法治思维指导下的民生建设分析 / 005

- 一、民生建设的法治需求——由法律制度确立到法治思维运用 / 005
- 二、民生建设的法治思维意义——价值认同和实践指导 / 008
- 三、法治思维统摄下的民生建设进路 / 015

第二章 法律规范性视域中的民生建设 / 020

- 一、我国民生建设存在的问题及原因 / 021
- 二、法律规范对民生建设的保障方式 / 024
- 三、法律规范性视角下民生建设的启示 / 032

第三章 民生法治变革的理论难题与实践探索 / 036

- 一、论争回顾与新发展 / 038
- 二、我国改革的内在理路存在理论与实际的差异 / 044

三、实现于法有据改革的实践探索 / 050

四、契合而非冲突：法与改革的走向 / 054

#### 第四章 民生法律解释的目标 / 057

一、解释学的知识谱系折射出来的法律解释目标 / 060

二、从法律解释方法的运用解读法律解释的目标 / 067

三、法律解释中的不同目标类型 / 073

四、结语 / 079

---

### 第二编 民生具体法治论

---

#### 第五章 “三留守”乡村的社会秩序及其再造 / 083

一、“三留守”问题的形成 / 084

二、“三留守”人员案例的法律社会学分析 / 087

三、“三留守”乡村的社会秩序再造路径 / 095

#### 第六章 我国移民法律的体系化 / 101

一、我国移民制度的历史变迁与现状 / 104

二、我国移民制度的基本范畴与功能定位 / 125

三、我国移民制度的发展环境与体制障碍分析 / 138

四、我国移民制度的体系化路径建设 / 159

五、结语 / 172

#### 第七章 醉驾犯罪化的问题与省思 / 174

一、醉驾犯罪化的背景 / 176

二、醉驾入刑在实践中出现的问题 / 182

三、醉驾入刑后刑事司法的路径选择 / 188

## 第八章 腐败洗钱及其规制 / 192

一、腐败洗钱的危害 / 193

二、腐败洗钱的方式 / 195

三、腐败洗钱产生的原因 / 202

四、腐败洗钱的规制 / 204

参考文献 / 211

党的十九大报告提出，中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡、不充分的发展之间的矛盾。这一新论断的提出 requirements 我们，“要深入贯彻新发展理念，着力解决好发展不平衡、不充分问题，更好满足人民多方面日益增长的需要，更好推动人的全面发展、全体人民共同富裕”。解决人民日益增长的美好生活需要和不平衡、不充分的发展之间的矛盾，要求我们把解决民生问题放到工作日程的中心。在建设法治中国、法治政府、法治社会的背景下，民生应该成为法律热词。可以说，转型期中国的民生改善问题，已经成为摆在当代中国人面前的一项中心工作，也是法律工作者需要面对的一项的中心任务。作为当代中国的法学研究者，必须认真思考：应当以一种什么样的立场和态度去面对、理解、解释民生法治这一中国社会转型期的重要话语？在新的历史时期，法治作为一种根本治国方略，对于着力保障和改善民生这个当代中国人的现实社会、政治需求，又能在哪些方面给予足够的制度和思想回应？<sup>〔1〕</sup>笔者认为，法律研究者回应当代中国的民生问题，最好的途径就是参与法治建设，从法治方面回应民生建设。法治可以分为总体法治与具体法治。借用这一类型化概念，民生法治也可以分为民生总体法治和民生具体法治，本书的论述框架也按照这一分类来搭建。

---

〔1〕 付子堂、常安：“民生法治论”，载《中国法学》2009年第6期，第39页。





第一编

# 民生总体法治论

法治是对法制的一种意识形态化改造，除了强调要有法，还要求所创造的法必须是良善之法。法治被引入中国之后，具体化成了法治中国、法治政府、法治社会等诸多具体概念，并得到了中国社会的普遍认同，成了中国社会的主流话语。各个领域、各个地方都将法治引入进来，形成了各具特色、因地制宜、因时制宜的具体法治形态。结合着中国社会主要矛盾的论断和认识，在民生领域如何实现法治以及如何进行法治建设，成了当前我国极为重要的现实任务。应该说，民生法治建设的内容和途径繁复多样，推进具体领域的民生建设也较为普遍。但是，笔者认为，民生法治建设还是需要从总体层面上进行一定的顶层设计的，我们姑且称之为民生总体法治建设。民生总体法治建设注重民生法治建设的总体性问题，力图用总体性、全局性观点来看待民生法治问题，解决民生法治的法治思维、法律规范框架以及总体建设路径等问题。这些民生法治问题关涉民生法治建设的总体指导思想和建设框架，对于具体民生法治建设起着导引作用，地位不可谓不重要。

# 法治思维指导下的民生建设分析

### 一、民生建设的法治需求——由法律制度确立到法治思维运用

在新的历史时期，我国经济、政治、文化的全面发展，综合国力日益增强，民生建设也取得了举世瞩目的成就：人民生活水平显著提高，社会保障制度日趋完善，基础设施建设稳步推进，尤其是全民医疗保障制度的逐步建立，代表了我国民生建设进入了一个新的阶段。但与之相伴随的是转型期间各种社会问题的凸显。尽管我国民生建设在总体上取得了重大进步，可是困扰民生建设的障碍依然存在，各种民生问题依然严峻并未得到缓解：如部分城市持续雾霾天气及PM2.5超标；食品安全问题层出不穷并仍未得到根本解决；城市基础设施重复、浪费严重；贫富差距及社会保障等影响社会公平的因素未能消除等等。“民生问题不是孤立存在的，而是和一系列重大的问题相联系，事关改革发展全局。”<sup>〔1〕</sup>民生建设问题也并不仅仅是某一领域建设的责任，而是与整个体制和社会基础的相互配合有关。考察民生建设的方式可以看出，由政策倾斜、领导重视和舆论

---

〔1〕 柴海瑞：“以民生为重点的社会建设创新机制研究”，载《东岳论丛》2009年第10期。

反映为主导的民生建设因为缺乏法律规范的参与而没有形成长效稳定的制度形态,<sup>[1]</sup>导致民生问题呈现出原因复杂并难以根除的情况。由于民生建设既是公民实现生存权和发展权的必然要求,也是以政府为主导的国家公权力履行公共服务职能的重要方式,所以涉及社会各个阶层、各类领域的民生建设呼唤法律规范的稳定性、权威性予以制度确认,从而保障其运行时能够一以贯之、规范有序。

有了制度未必就能当然有效地被贯彻实施。吴邦国同志指出:“法律的生命力在于实施。”<sup>[2]</sup>如果仔细考察现有的关于民生建设的法律法规,会发现中国特色社会主义法律体系已经形成,我们已经走出了大规模立法的时代,许多民生领域的法律规范已经完备,但是问题在于这些法律规范在实践中是否发挥着作用,是否能够指导民生建设的规范进行。我国于2009年2月28日,十一届全国人大常委会第七次会议通过了《中华人民共和国食品安全法》,确立了以食品安全风险监测和评估为基础的科学管理制度,明确食品安全风险评估结果作为制定、修订食品安全标准和对食品安全实施监督管理的科学依据,但各种食品安全问题依然存在,公民无法充分信任食品安全卫生质量。制度规范也并非解决民生问题的万灵药,因为民生建设事关社会各个领域和各个阶层,要面临各种复杂情况,法律规范固然是基础,但在实际操作中,灵活的政策调试、因地制宜的模式设计和具体情况的制度变通等自由裁量权也同样重要。“事实上,法律一般都会赋予执政者一定的自由裁量空间,只是这种

---

[1] 解永照、白利寅:“法律规范性视角下的民生建设分析”,载《新视野》2013年第2期。

[2] 吴邦国:“十二届全国人大一次会议全国人民代表大会常务委员会工作报告”,载 <http://news.sohu.com/20130308/n368197823.shtml>? pvid=04ad29061032e092,最后访问日期:2013年11月1日。

自由裁量不同于‘人治’的任意裁量，而是在坚持普遍性、原则性、稳定性和可预期性的前提下的自由裁量，是在追求实质正义和形式正义统一前提下的自由裁量。”<sup>〔1〕</sup>如何充分发挥这种“自由裁量”的作用，同时避免其偏离民生建设的目的而沦为恣意和专断，成为法律制度确立后民生建设关注的焦点，法治思维或成为这些问题的解决之道。

十八大报告中强调：“提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力。”<sup>〔2〕</sup>姜明安教授认为“法治思维”是指“执政者在法治理念的基础上，运用法律规范、法律原则、法律精神和法律逻辑对所遇到或所要处理的问题进行分析、综合、判断、推理和形成结论、决定的思想认识活动与过程”<sup>〔3〕</sup>。法治思维不等同于法律思维之处在于它以“法治理念”为基础——既在价值取向上体现了法治所蕴含的公平、正义、民主、人权等诸多目标和要素，也实际践行着法律的规范性、技术性要求，而法律思维更偏重于法律实践中的技术性要求。法治思维所发挥效用的语境是执政者思考和行为时，即其主体为执政者——履行公共职能的主体，只有在此语境下，法治思维的启动与运转才更有针对性，法治是一种治理国家的理念，而法治思维则是执政者所要具备的思维素质和行为方式，一般公民需要树立的是法治理念，即认真守法、积极维护法律权威的法治态度。“在思维方式上坚守法治其实并

---

〔1〕 姜明安：“法治、法治思维与法律手段——辩证关系及运用规则”，载《人民论坛》2012年第14期。

〔2〕 胡锦涛：“坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗——在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告”，载《中国共产党第十八次全国代表大会文件汇编》，人民出版社2012年版，第26页。

〔3〕 姜明安：“法治、法治思维与法律手段——辩证关系及运用规则”，载《人民论坛》2012年第14期。

不复杂,就是尊重法律,认真对待规则和程序,限制权力的任意行使。现在中国社会主义法律体系已经初步形成,规则并不缺乏,缺乏的是严肃对待规则的意识。”〔1〕正是在这个意义上,法治思维之于民生建设具有重要的指导作用,是民生建设的行为准则与运行方式。前文已述,民生建设除了法律规范的制度确立之外,仍需要制度之外的方式以约束监督建设主体的自由裁量权,执政者的法治思维恰好成了约束、自由裁量权、保障民生建设既遵循法律规范,又能针对具体情况灵活变通的有效手段。

## 二、民生建设的法治思维意义——价值认同和实践指导

民生建设的法治思维的意义在于两个方面:一是形成执政者、公民以及整个社会的价值认同;二是实现对具体建设过程的科学实践指导。前者是法治思维的固有意义:因为法治思维区别于其他思维方式的特殊之处在于法治理念的渗透和普及,需要以法治来整合价值取向,完成社会的价值塑造和认同;在法治思维的指导下,尊重和保障人权的目标确认、对法律规范与制度的构建维护、在具体利益衡量方面的判断取舍等民生建设的价值取向为社会所接受。而另一个意义是法治思维所追寻的目标:思维的最终目的是指导实践,法治思维的树立是为了执政者更加科学合理地治理国家、履行公共职能、维护社会秩序。而经过法治思维影响的民生建设在具体运作中则应该以法律规范为基础,尊重客观规律和现实情况,进行科学决策,积极扩大民主参与满足社会需求,既要按照法律制度规范行为以维护其稳定性与权威性,又能根据 ([1] 陈金钊:“对形式法治的辩解与坚守”,载《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2013年第2期。

实现灵活性与适应性，最终取得良好的建设效果。

### （一）法治思维对民生建设的价值认同意义

在价值认同上，法治思维给民生建设提供了以法律精神和原则为基础的出发点与归宿，民生建设由法治始，亦由法治终。具体包括以下三个方面：

#### 1. 尊重和保障人权的目的确认

尊重和保障人权既是法治思维的题中之义，也是民生建设的根本要求。

第一，法治与人权有着天然的联系。“法治作为普遍尊重人权的一种制度设计，反映了社会变迁的历史要求，具有深厚的公民文化基础。……法治所承载的人权保障的价值要求应当是对不同民族与不同文化的平等保护与尊重。”<sup>〔1〕</sup>有学者认为：“虽然法治不能解决人权价值的冲突，但人权的实现却离不开法治。法治是人权实现的必要条件。法治会直接或者间接促进人权。”<sup>〔2〕</sup>我国对法治与人权的理解也经历了一个阶段：十五大报告提出的“依法治国”的概念则通过公权力的非人格化将法治与人权紧密结合，依法治国即为践行人权保障的治国方式；2004年“尊重和保障人权”写入宪法修正案标志着我国保障人权事业的新起点；现在，尊重和保障人权是建设社会主义法治国家的必然要求已成了广大共识。以法治理念为基础的法治思维同样也把尊重和保障人权作为思维的出发点，执政者在运用法律规范、法律原则、法律精神和法律逻辑处理和分析问题时已经自然形成了人权保障的观念和实践，因为法治的形式品格决定了人权保障的目的，法治所要求的法律至上、司法公正等

〔1〕 魏治勋：《法治的真原》，陕西人民出版社2012年版，第167页。

〔2〕 王立峰：“人权保障与法律的形式品格”，载《南华大学学报（社会科学版）》2012年第5期。