



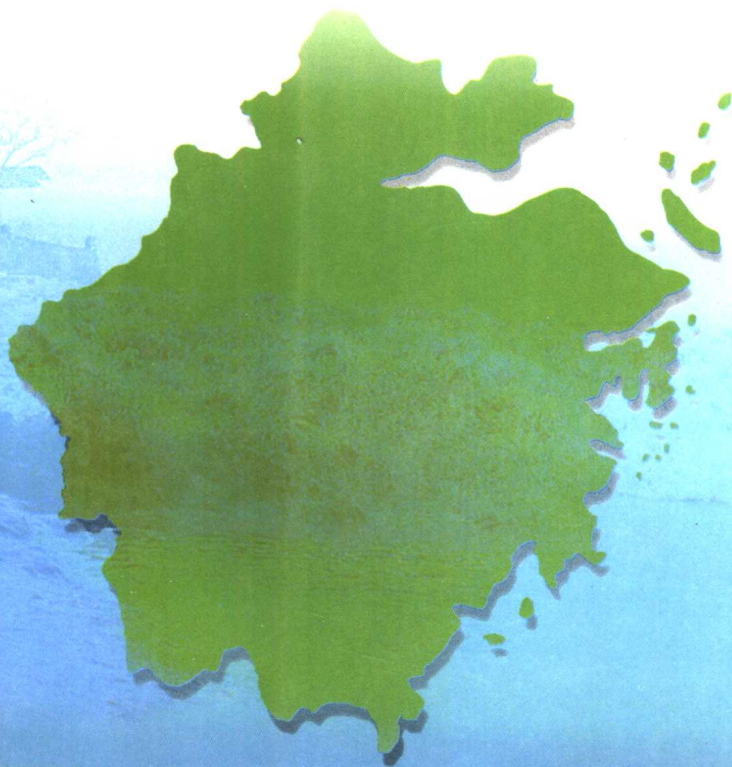
ZHEJIANG

浙江改革开放研究书系

ZHEJIANG GAIGE KAIFANG
YANJIU SHUXI

浙江地方法治 进程研究

孙笑侠等著



浙江人民出版社

浙江改革开放研究书系

浙江地方法治进程研究

孙笑侠等著

浙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

浙江地方法治进程研究/孙笑侠等著. - 杭州:浙江人民出版社, 2001. 10
(浙江改革开放研究书系)
ISBN 7-213-02247-4

I. 浙… II. 孙… III. 法制-研究-浙江省
IV. D927.55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 060118 号

浙江改革开放研究书系 浙江地方法治进程研究

孙笑侠等著

- 出版发行 浙江人民出版社(杭州体育场路 347 号)
责任编辑 张水春(特约)
封面设计 王义钢
责任校对 戴文英
经 销 浙江省新华书店
激光照排 杭州天一图文制作有限公司
印 刷 浙江印刷集团公司(杭州翠柏路 7 号)
开 本 850 × 1168 1/32
印 张 10.5
字 数 26.1 万 插 页 2
印 数 1 - 1000
版 次 2001 年 10 月第 1 版
2001 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-213-02247-4/D · 345
定 价 16.50 元
如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

“浙江改革开放研究书系”编委会

主 任： 侯玉琪

副 主 任： 蓝蔚青

编 委： (按姓氏笔画排列)

万 斌 方民生 史晋川

杨万江 汪水波 林 坚

罗卫东 胡祖光 黄祖辉

曾 骅 解力平

目 录

导言	(1)
第一章 地方立法的进程	(19)
第一节 中国地方立法概况	(19)
第二节 浙江地方立法的成效	(21)
第三节 浙江地方立法的特点	(43)
第四节 浙江地方立法的改进	(62)
第二章 法治下的地方行政权	(86)
第一节 宪法中的地方行政权	(86)
第二节 现实中的地方行政权	(90)
第三节 地方行政机关行使职权方式之一:制定行政 规范性文件	(102)
第四节 地方行政机关行使职权方式之二:作出行政 处理决定	(107)
第五节 规范地方行政机关行政权的制度:地方行政 执法监督	(115)
第三章 科学地追求司法公正	(132)
第一节 法治的核心维度:司法公正	(132)
第二节 通过司法独立实现司法公正	(143)
第三节 超越激进与保守:司法变迁的未来模式	(175)
第四章 权力制约与民主监督	(189)

第一节	沉重的话题·····	(189)
第二节	20 年反腐倡廉风雨路 ·····	(191)
第三节	权力制约的制度构建·····	(204)
第四节	民主和监督的制度空间·····	(221)
第五章	法律素质的培养·····	(251)
第一节	法律素质概述·····	(251)
第二节	浙江省法律素质状况 20 年回顾 ·····	(258)
第三节	浙江省法律素质现状的学理分析与建议·····	(285)
附录一	1978~1998 年浙江省法治进程大事记 ·····	(295)
附录二	1979~1998 年浙江省地方立法法规名录 ·····	(312)
	后记·····	(332)

导 言

一、法治与地方法治

自古希腊和古代中国先秦哲人提出“法治”并阐述其思想以来,历代思想家前赴后继地探索着这一亘古的命题。由于法治思想的博大精深,许多论著都没有直接、简单地对“法治”进行定义^①。法治在当代法学中仍是一个非常受重视的问题,法学家们从不同的层面和角度对它进行阐释。纵观法的历史,我们认为法治至少具有以下五层含义:

第一,法治是一种宏观的治国方略。汉语“法治”一词从被使用时开始,就与“以法治国”、“依法治国”等词相提并论,主要是被作为一种治国方略来理解。“以法治国”一词在中国古籍中首先见于《管子》一书,其后的商鞅、韩非子等人又对此进行了发展和实践^②。在古代中国思想体系中,法治总是与“礼治”、“德治”、“人治”

① 《牛津法律大辞典》对法治的表述是:“一个无比重要的,但未被定义的,也不是随便就能定义的概念,它意指所有的权威机构、立法、行政、司法及其他机构都要服从于某些原则。”

② 但是这里有一个问题:历史上主张过“依法治国”的朝代并不都是实行法治的。所以我们不能仅仅以是否确定“依法治国”的方略来认定某朝代是否实行法治。何况许多“依法治国”的提法还不是当时的政治事实,而只是当时的文人、学者对政治所发表的议论而已。

等治国方略相并列、相对称、相对立。西方思想体系中,“法治”也首先是被作为与人治相对立的治国方略,即“法律的统治”。治国方略有多种多样,法律的治理是其中的一种。“人治”与“法治”的争论都在对治国方略或手段进行权衡与选择。法治作为一种治国方略,它是指一个国家在多种社会控制手段面前选择以法律为主的手段进行控制,而不是选择其他作为主要控制手段,即我们今天重新提倡的“依法治国”。

第二,法治是一种理性的办事原则。法治一词又经常被理解为“依法办事”,其基本含义是:在制定法律之后,任何人和组织的社会性活动均受既定法律规则的约束。所谓“既定法律规则”强调的是法律已经制定,人们“在法律面前”该怎么做的问题。只是法律已经规定,任何人和组织不得以任何正当或不正当的目的(理由)去违背法律规则,而只能遵照执行。无论发生什么具体情况,甚至是法律本身发生不正当的情况,也要严格依法律办事^①。在既定的法律面前,严格遵循才是正当的。据此,我们可以把法治理解为人和组织进行社会性活动的形式正当原则。之所以说法治是理性的,是因为法律是人们事先设定的规则,具有稳定性和连续性、普遍性和一致性,它不受事发当时的人的情感和意志所左右。在法律面前只有先承认形式的合理才能承认实质的合理,这是法治建立的基本要求。

第三,法治是一种民主的法制模式。法治又常常被理解为“以民主为基础和前提的法制”。法律历来具有多样性,通常可以划分为专制的法制和民主的法制两大模式。法治就是后一种法制模式。其基本含义是:法制必须以民主为社会条件和制度基础。法制并不

^① 罗尔斯在《正义论》中谈到“一个法律的不正义也不是不服从它的充足理由。当社会基本结构由现状判断是相当正义时,只要不正义的法律不超出某种界限,我们就要承认它们具有约束性”。参见《正义论》,中国社会科学出版社1988年版,第340页。

必然是民主的,法制可以与专制结合,成为专制的工具。中国历代法家主张“法治”并直接参与实践,但他们所谓的“法治”理论不具有民主精神,他们的法制实践不具有民主的社会条件和制度基础。所以,这只是人治之下的法制。真正意义上的法治是以民主为社会条件和制度基础的法制模式。近代资产阶级在追求经济自由、渴望政治民主、反抗封建专制的过程中逐步建立法治这种民主的法制模式。

第四,法治是一种文明的法律精神。法治还经常被作为一种法的精神,与理念、原则、观念等词连用,如“法治理念”、“法治原则”、“法治观念”等等。离开法治精神的法律就会像一种失去控制的工具。这种精神导源于文明的社会条件和制度基础,是文明在法律上的转化形式,与人类精神文明一脉相承。法治的这些精神表现为一整套关于法律、权利和权力问题的原则、观念、价值体系,它体现了人对法律的价值需要,成为人们设计制度的价值标准和执行法律的指导思想。考察和分析近代以来的法治思想与实践,我们能够对法治所蕴含的法律精神作这样的归纳:法律至上、善法之治、平等适用、制约权力、权利本位、正当程序。

第五,法治是一种理想的社会状态。法治还可以被理解作为一种社会关系或社会秩序。正是在这种意义上,我们会常常使用“法治社会”这样的提法。这种社会关系和社会秩序是这样被安排的:法律与国家、政府之间,运用法律约束国家、政府的权力;法律与人民之间,运用法律合理地分配利益;法律与社会之间,运用法律确保社会公共利益不受权力和权利的侵犯^①。因此有人认为“法治”是“在法律约束住了国家权力和政府后而使权利在人和人之间得到

^① 这是现代社会赋予“法治”的新的内涵。如果从近代“法治”来看,它只具有第一和第二层次的含义。

合理配置的社会状态”^①，法治所追求的目标就是这样一种理想的社会结构和社会秩序。既然法治是一种社会的理想状态，那么，它必然不是一个一成不变的确定状态，而是一个不断探索和不断实践的运动过程，具有由低到高发展的阶段性。我们现在很多场合都把“法治”理解为“依法治国”，这是可以的。因为法治的首要含义是“治国方略”，但是我们不能把法治与“依法治国”划等号。事实上“法治”不仅仅是指作为治国方略的“依法治国”，它还有其他同样重要、不应被省略的含义。如果“法治”被等同于“依法治国”，那就产生这样的问题——这种“法”存在善与恶两种情况。所以“法治”之法必须强调其内容或精神的正义性、合理性。中国传统的“法治”思想与实践，基本上只有一层含义，即作为治国方略的法治，它几乎不考虑“法治”之法的内容或精神的正义性、合理性。如果在法治问题上只强调依法治国这一层次的含义，那么，作为它精神内涵的理性就被疏忽了。

作为治国方略意义来理解，“依法治国”有三层意思：第一，谁依？即依法治国的主体问题。依法治国的主体是人民，人民通过权力机关来行使权力。第二，依什么？这里的法不是泛指一切规范性法律文件，而应当专指正式的法律，诸如各级权力机关制定的法律和地方性法规等等，中央政府的行政法规由于其特殊的地位决定了它当然属于正式的法律。“正式法律”概念的外延应当排除诸如地方政府的规范性法律文件，甚至严格地讲，地方规章和部门规章均不应作为正式法律来看待。这一点在我国现行《行政诉讼法》中已有明确规定，法院对规章的适用是“参照”而不是“依据”。这一点实际上体现了法治所主张的“法律对行政的控制”的理念。第三，“国”是指什么？此“国”并非地域概念，而是政治与法律概念。依法治国的“国”是指国政，用法律来控制国家的政务，特别是政务的核

^① 徐显明：《论“法治”构成要件》，《法学研究》1996年第3期，第37页。

心——公权力。因此“依法治国”归纳起来就是指人民制定并依照正式的法律,从而授予并制约国家公权力。

一国法治当然会表现为地方法治的。所以省一级提出依法治省的口号,我们觉得是很正常的事。它意味着依法治国战略在地方一级的具体实施,是地方法治的一种表现^①。后来,“依法治省”紧接着又被广泛分解为“依法治市、县、乡、村”,实际上是把“国”字当做地理概念来理解了。这样上仿下效、一哄而起地提出口号,在中国历史上是司空见惯的。究其根源不排除与各级领导干部热衷于做表面文章的习惯有关。这样理解有一定片面性和副作用。它淡化了依法控制政府公权力的内容,使法治的精神几乎完全抛弃。现在还有一种流行的演绎方法就是按照各行各业提出“依法治X”,诸如依法治路、治水、治山、治林、治税、治火、治校、治(海)关等等。照这样层层划分下去,最后被依法治理的是人,即依法治人。最近有位记者在山东鲁西南地区看到关于加强上访工作的标语,其中一条叫做“依法治访”,这几乎就是拿法律来吓唬有意见要上访的老百姓。鉴于法治原理以及中国基层的这些原因,学界的基本观点是反对省级以下再划分为依法治市、县、乡、村。所有这些,只要采用“地方法治”这一概念基本上就都可以涵盖进去了。

二、法治国家的基本构造与社会条件

实现法治国家不是无条件的,光靠领导人的宣布是不可能实现法治目标的。法治国家的目标首先对国家制度的基本构造提出要求。从国家制度的基本构造来看:

第一,其政治统治模式应该是民主政体形式。政治统治模式实

^① 我们在1997年参与起草中共浙江省委有关领导关于依法治省问题的讲话稿以及在1999年参与中共浙江省委起草《浙江省委关于进一步推进依法治省工作的决定》时,都认为依法治国是法治在地方的具体表现和落实,即地方法治。

实际上主要是政治体制的问题。法治国家在这方面的基本要求是实行民主政体。

从古希腊亚里士多德、古罗马波里比安到近代孟德斯鸠,都对欧洲古代三种主要的不同政体(君主、贵族、共和)的性质和价值作了分析,他们都倾向于第三种政体。当代社会学大师韦伯提出了“传统型统治”(家长制的、世袭制专制——人治)、“卡里斯马统治”(独断的人治)和“法理型统治”(法治),由此得出结论认为只有最后一种是现代社会的统治形式。民主统治模式产生于近代资产阶级革命胜利后创立的立宪政体,即民主共和政体以及它的变种君主立宪政体。从世界各国来看,民主政体是法治国家的根本的政治基础。因此真正建立法治国家的也是在近代革命以后的各民主国家。民主共和政体是“资产阶级统治的正规形式”^①,也是无产阶级及其政党“将来进行统治的现成的政治形式”^②。民主政体的特征在于:遵循预定程序,服从多数决策,容许少数意见。社会主义国家的现行体制属于民主共和政体,这为社会主义国家实现法治国家提供了坚实的政治基础和条件。当然,法治是否名副其实,还取决于国家内部权力结构的实质内容、具体制度及其完善程度。

第二,其国家权力结构应该是分工制约的关系。法治国家在这方面的核心要求是国家权力的合理分工与有效制约。

一个国家由谁来掌握统治权,政权机构如何组织,权力如何分配和制约,按照什么规则来运转和行使,社会各种力量通过什么方式和途径来参与政治等等问题构成了这个国家的权力结构。国家权力结构与法治国家关系十分密切。能否实现法治国家,也取决于其权力结构中是否实行分工和制约。“分权制衡与法治是在一定程度上相互重叠、互为因果的。立法机关制衡行政机关的其中一个主

① 《马克思恩格斯全集》第7卷,人民出版社1971年版,第402页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年版,第734页。

要方法,便是制定法律——对行政机关有约束力的法律,要求行政机关遵守和执行。从这个角度看,法律及法治原则(在这里或可称为‘宪治’原则——宪法是最根本的法律,确定政府架构及对政府权力作一般性的规范)是制衡行政权力的工具。但法律的解释和应用及法治原则的实践,仍有赖于独立公正、不偏不倚的司法机关,而司法权独立于行政及立法权,正是分权制衡的重要环节。由此可见,法治与分权概念是具有不同分割的关系的。”^①从法治国家的要求看,一国立法权是国家的最高权力,是产生其他权力的基础和母体,是高于其他权力之上的国家权力,只有这样才能保证法律至上。行政权是执行法律、管理国家行政事务的权力,它所制定的法规、规章只能是在法律的范围内作具体规定,只能服从立法机关的法律,而不能与之相抵触。司法权是指解决纠纷、处罚犯罪的审判权,它应当独立于行政权并对行政有合宪性和合法性的审查权。

第三,其社会控制原则应该是服从法律治理。

国家对社会进行控制的手段是多种多样的。执政党的政策、社会道德、宗教、传播或宣传思想、领导人个人权威、当政者的强制权力、政府的行政命令、物质利诱等等都可能产生较大的影响,甚至各自都有某些特别的作用和优点。但是,无论哪种手段都不能与法律相比,法律的手段具有更明显的优势。法治国家的目标要求必须主要通过法律实行社会控制,其他手段都服从法律,社会整合主要通过法律实施和实现。

在人治国家里,法律作为社会控制的手段,其地位是附属的,其作用是微弱的。政治上以全能主义行政权力支配社会,出现决策的非程序性、处罚的任意性等,社会活力受压抑。经济上以超经济的行政权力垄断出现,抑商现象普遍或官商合一、官倒横行。文化

^① 陈弘毅:《法治启蒙与现代法的精神》,中国政法大学出版社1998年版,第283页。

上以封闭、保守和高压的原则实行文化专制主义的超强度控制。法律的优势在于它的理性。具体表现为：它是明确的、可事先预见的、普遍的、稳定的强制性规范，这为社会秩序的稳定提供了保障；它以权利和义务双重、双向的利导机制指引和评价人们的行为，给人们以日益丰富和扩大的选择机会和自由行动；它通过规范、原则、技术等因素，使法律不仅具有对行为和社会的灵活的调节功能，还具有效率化的组织功能。这是自足而有计划的社会发展所不可或缺的。

法治国家的社会条件也是多方面的，它主要包括经济与文化两方面。市场经济机制是法治国家的经济条件，理性文化基础是法治国家的文化条件。

第四，其经济条件应该是市场经济机制。

法治是以商品经济即市场经济为基础的。纵观法治历史，“法治总是与商品经济相关而与自给自足的自然经济和以国家垄断为内容的产品经济无缘”^①。对于任何一种经济形态来说，规则都是必要的共同要素。不过，市场经济与自然经济、产品经济这三种不同的经济状态或体制所需要的规则，在量与质两方面都存在显著的差别。量的差别反映出社会生活规则化、法律化的程度，质的方面则使法治与专制泾渭分明。在量的方面，市场经济形态比自然经济形态和产品经济形态更需要法律规则。这是由市场经济的社会分工、商品交换的规律所决定的。在质的方面，市场经济形态所需要的法律规则与自然经济形态和产品经济形态所需要的法律规则有着根本的区别。商品生产与交换中形成的契约关系和契约观念是法治生成的最重要的决定因素。因为商品经济、契约观念、权利自由平等三方面之间有着天然的联系。“作为商品交换关系总和的

^① 张文显主编：《马克思主义法理学——理论与方法论》，吉林大学出版社 1993 年版，第 414 页。

‘市场’，它对法律的最初始、最本能、最基本的要求便是自由、平等和权利的保障”^①。就拿竞争来说，当市场主体不平等、没有自主权时，就不可能有真正的竞争。马克思说过：“我在分析商品流通时就指出，还在不发达的物物交换情况下，参加交换的个人就已经默认彼此是平等的个人，……”^② 商品交换的特性决定了交换主体对“意志自由”和对权利平等的要求，市场对自由、平等和权利总是积极要求的。市场机制也有缺陷，市场经济也存在固有的弱点，它无法克服经济周期性波动、社会总体运行失衡、垄断、经济活动的“外部性”和分配不公平等问题，所以国家主要通过法律形式对市场进行干预或宏观控制。商品经济或市场经济是法治生成、存在和发展的肥沃土壤。正是因为这样，我们才说“市场经济是法治经济，法治的实现程度取决于市场经济的发达程度”。

第五，其文化条件应该是以理性文化为基础。

法治需要特定类型的文化为其文化基础（或“文化生态环境”）。这特定类型的文化就是理性文化。理性文化既不同于跟着感觉走的非理性文化，也不同于空想浪漫的超理性文化。就厉行法治的文化需要来说，科学精神、政治道德、人权思想、公民意识、权利观念等等理性文化要素有着特别重要的作用。只有当这些文化要素成为根深叶茂的社会意识时，法治国家的理想才会变成现实。人治需要愚昧、无知、迷信和愚忠等非理性因素来支持，法治则需要科学精神来支持。科学精神要求正视事实，实事求是地看待人性固有的弱点、社会固有的矛盾以及由此派生的法律的局限性。有了科学精神，就不会盲目相信领导人个人的智慧与德性；就不会把一个民族的命运寄托在一两个人身上；就不会在抽象、稳定的法律与

① 孙笑侠：《法的现象与观念》，群众出版社 1995 年版，第 136 页。

② 《马克思恩格斯全集》第 19 卷，人民出版社 1971 年版，第 422～423 页。

具体、运动的社会之间束手无策；就不会出现把法律当作医治社会百病的良方；就不会出现不想付出代价就实现法治的浪漫主义幻想；就不会把法律当作专政工具、再现宁枉勿纵的极左思想。同时为政必须注重道德，政治道德要求包括：政治主体是复数；政治资源是按照冲突、竞争等形式进行分配和选择；尊重人权成为政治生活中的习惯，这对于当权者特别重要，因为他们的权力直接指向人权，存在着侵害人权的现实可能性；此外还应当确立平等与自由的政治道德。“仁政”不是现代民主政治的道德，它是由单数的政治主体对政治资源进行施恩。社会成员能够明确认识到自己是摆脱了人身占有和人身依附的社会主人，是一个公民，而不是一个臣民，是社会政治生活和公共事务中的主体，而不是无足轻重的客体。他们是作为一个有独立意识、独立地位、独立人格的政治权利主体加入社会政治关系和政治程序之中的。社会成员具有正确的、强烈的权利义务观念也是实行法治国家的重要条件。因为从根本上说，法治国家要靠社会成员行使权利和履行义务来实现的。公民的权利义务观念应当包括：知晓自己权利及其正当性、合法性、可行性和界限；在法定范围内主动追求和行使自己的权利，勇敢地捍卫自己的权利，但不可无视社会所能提供的物质和精神条件以及社会承受能力而盲目主张自己的权利，滥用自己的权利；对他人一切合法的权利给予同等的尊重；认同并履行自己依法对他人、社会和国家负有的义务。

三、中国的法治国家建设的进程

我国 20 世纪 70 年代末开始的人治与法治问题的讨论中存在过两个误区，一是不考虑“法治”之“法”的内容，二是把“法治国家”当作西方资本主义国家特有的法制模式，认为社会主义国家不应实行“法治国家”。在今天看来认识这两个问题都十分重要。社会主义国家同样需要建设法治国家，同时社会主义的本质决定了

这种“法治”之法在根本上属于“善法”。这种“善法”在根本上能够反映社会发展规律和时代潮流,体现人民的意志和利益;它能够兼顾国家、社会、群体和个人的利益;处理好权利保障和权力制约两者的关系;处理好权利和义务的关系。

社会主义法治国家是对资产阶级法治国家的批判的继承。一方面坚决抛弃带有资产阶级阶级本质的原则和制度,另一方面,吸收了资产阶级法治国家中的反对封建专制、实现民主的原则和理论。这包括:主权在民、分权制衡、限制权力的宪政原则;代议制、普选制以及公务员制度等;保障民权、法律面前人人平等、罪刑法定等法治原则。

法治对于社会主义而言,其重要性和必要性主要表现在:1. 社会主义民主建设从根本上要求我们实行法治,建设社会主义法治国家。没有民主就没有社会主义,而法治是社会主义民主的根本保障。社会主义法治是社会主义政治制度趋于完善的重要标志。2. 社会主义市场经济从客观上要求我们实行法治。社会主义的主要任务是发展生产力,这就要求我们否定原来的计划体制,把市场经济引入社会主义制度。不实行法治就难以保证社会主义市场经济的建立和运行。所以社会主义法治国家是社会主义市场经济的内在要求。3. 社会主义精神文明本身就包括着对法治思想的内在要求,是繁荣科学文化事业的重要保证,同时法治还能促进社会全面、健康地发展。4. 社会主义国家的稳定、人民生活的幸福安宁,也要求实行法治,建设法治国家。5. 社会主义对外交往事业日益发展,对外开放向我们提出了法治的要求。现代法治具有国际化趋向,大多数国家选择法治,建设法治国家已成为不可逆转的态势。社会主义法治是我国走向世界的必经通道。6. 社会主义的终极目标要求各种制度(包括法律制度)充分体现对人的关怀,只有实行法治,才能保障人权,体现对人的尊严的尊重和爱护。

我国社会主义法治的进程,从某种意义上说是开始于建国初