

# 地方先行法治化的 基本路径及其法理限度

倪 斐<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**近年来，江苏、广东、浙江等地提出了先行法治化目标。针对这一现象，学者们就我国单一制体制下地方先行法治化的可行性、与法制统一原则的关系以及是否仅限于发达地区等问题产生了争议。在政府、法律职业阶层和民间力量等地方法治发展主要推动力的相互作用下，地方先行法治化的立法、行政和司法实践呈现出“体制内回应型”的基本路径。“体制内回应型”路径下的地方先行法治化在主体、内容和形式上存在偏离法治的情形。客观评判“地方先行法治化”命题的法理限度，重塑地方先行法治化的回应型路径，是协调地方法治与国家法治关系，保证地方法治建设合乎法治理念的关键。

**关键词：**地方先行法治化 体制内回应型路径 法制统一

---

2012年3月23日，江苏省出台《关于深化法治江苏建设的意见》，提出到2015年江苏省要建成全国法治建设先导区，实现法治政府建设水平、公正廉洁司法水平、社会管理法治化水平、法制宣传工作水平、法治创建绩效五个方面位居全国前列的目标。无独有偶，《法治广东建设五年规划（2011—2015年）》也提出到2015年建成法治省的目标。有学者将诸如此类的地方法治建设目标和实践称为“地方先行法治化”现象，意指我国发达省份在其经济与社会“先发”的基础上，在国家法制统一的原则下率先推进区域法治化，并认为这种地方先行法治化现象是我国转型期法治的重要特点之一。<sup>〔1〕</sup>然而，我国单一制体制下地方先行法治化是否具有可行性、是否与我国宪法规定的法制统一原则相符以及哪些地方可以先行法治化等问题，仍存有争议。本文将从这些争议问题出发，通过对先行法治化实践基本路径的分析，揭示“地方先行法治化”命题存在的法理限度，并对上述争议问题

---

<sup>\*</sup> 南京师范大学法学院副教授。

本文系“江苏高校优势学科建设工程资助项目”（PAPD）阶段性成果。

〔1〕 参见孙笑侠等：《转型期法治纵论》，《中国政法大学学报》2010年第2期。

作一个初步的回答。

## 一、围绕地方先行法治化现象的争议

针对地方先行法治化现象,学者们争议的主要问题有:第一,我国单一制体制下地方先行法治化是否具有可行性?第二,地方先行法治化与法制统一原则是否相符?第三,是否只有经济发达地区才可先行法治化?

首先,在我国地方先行法治化的可行性问题上,质疑的观点认为,法治有一些共通性的基本要求,在国家法治尚未实现的情况下,在这样一个大一统的体制中,地方先行法治化值得怀疑。<sup>〔2〕</sup>甚至认为,“一个主权国家在一个地区率先实现法治,这或许是一个美好的想象”。<sup>〔3〕</sup>持肯定观点的学者们则认为,地方先行法治化有其客观必然性和可行性。由于我国不同地方的法治发展水平不平衡,应当鼓励各地在本地实际情况允许的条件下,积极探索、建设法律实施的各种具体制度和规则,促进当地法制进步,然后将形成的经验推广到全国,这也是中国法治国家建设的一个思路。<sup>〔4〕</sup>对于能够满足法治所需的经济、政治、文化和社会等条件的一些省份,通过制度演进和治理方略的设定,可以率先达到法治的目标。<sup>〔5〕</sup>

其次,在地方先行法治化与法制统一原则是否相符问题上,质疑的观点认为,从学理上说,一些地方的先行性立法违背了现代法治精神与法制统一原则的做法,是以对现行法律秩序的破坏、宪法和法律权威的折损以及中央立法效力的流失为代价的。<sup>〔6〕</sup>地方先行法治化会产生一些潜在的弊害,如误造法治的单元体、破坏法律体系的完整性和统一性、导致法治观念的错位、走向法治的“地方割据”、消解法治的宪法基础。<sup>〔7〕</sup>持肯定观点的学者则认为,不能教条式地理解法制统一原则。法制统一原则是很重要,但是不能把它与“全国法治统一实行”划等号。简单地或形式化地强调法制的统一性和平等性,会损伤法律的公正性或公平性。先行法治化是试图寻找一条适应中国国情的试错之路,通过这种方式可减少向法治转型的社会成本。从我国先行法治化的地区经验来看,它不但不会违背法制统一原则,还能有效避免司法地方化、地方保护主义等倾向。<sup>〔8〕</sup>

最后,对于先行法治化是否只限于经济发达地区这一问题,持肯定观点的学者认为,地方先行法治化只有在具备经济社会先发优势的地方区域才有可能实现,没有地方民主政

〔2〕 参见龙宗智教授观点,同前引〔1〕,孙笑侠等文。

〔3〕 参见张永和教授观点,冯健鹏:《从“地方法制”到“法治下的地方”——全国“法治进程中的地方法制建设”专题研讨会综述》,《法制与社会发展》2010年第3期。

〔4〕 参见葛洪义:《地方法制的意义——中央与地方关系的法律化、制度化问题初探》,《学习与探索》2010年第1期。

〔5〕 参见陈柳裕等:《论地方法治的可能性——以“法治浙江”战略为例》,《浙江社会科学》2006年第2期。

〔6〕 参见封丽霞:《地方“先行先试”的法治困境》,《法律方法与法律思维》第6辑,中国政法大学出版社2010年版,第14页以下。虽然地方“先行先试”与地方先行法治化在内涵上有差异,地方“先行先试”主要是指立法上的先行性,例如封丽霞教授文章中提到的“深圳经济特区率先出台了国有土地使用权有偿转让方面的地方性法规”、“广东省自2005年就已开始实施《广东省集体建设土地使用权流转管理办法》”等做法,与地方先行法治化强调的重心不完全一致,但也可以将其视为地方先行法治化内容的一部分或一种表现形式。

〔7〕 参见李燕霞:《地方法治概念辨析》,《社会科学战线》2006年第6期。

〔8〕 参见孙笑侠、钟瑞庆:《“先发”地区的先行法治化——以浙江省法治发展实践为例》,《学习与探索》2010年第1期;顾培东:《中国法治的自主型进路》,《法学研究》2010年第1期;孙笑侠:《局部法治的地域资源——转型期“先行法治化”现象解读》,《法学》2009年第12期。

治的优先发展、市场经济的高度发达、民众理性文化的超前进步等条件,就不可能建构出区域法治建设的先行性。<sup>[9]</sup>经济发展水平不仅表现在经济指标上,也有明显的法律含义。经济发展水平高意味着资源的利用效率高,从而也更易引发纠纷,因而对法律的要求也更高。不但资源利用效率本身要求法治,作为资源利用效率人格化表现者的企业家们,也成为要求法治的重要阶层。在市场经济环境下生活的东部地区民众的法律素养更好,也使得东部地区的实际法治水平高于其他地区。<sup>[10]</sup>对此,有学者提出“市场经济比较发达是否就意味着法治先行”的质疑。<sup>[11]</sup>从实践看,发展地方法治并不仅限于先发地区,在我国西部大开发和东三省发展战略中也提出了法治战略,而作为我国中部省份的湖南,近十年来也一直致力于先行法治化的探索,且取得了显著的成效。<sup>[12]</sup>

上述理论论争是在我国社会主义法律体系基本建成前后,国家法治已经发展到一定阶段,地方法治建设兴起的背景下,学者们对我国法治未来发展道路的又一次重大战略性思考。地方先行法治化目标的提出和实践,反映了地方法治发展尤其是经济发达地区法治发展的迫切需求。有关地方先行法治化现象的理论争议,实质是在地方法治与国家法治关系上存在的分歧。支持者将地方先行法治化视为引领其他地方法治发展,推动国家法治向更高层次迈进的重要试错之举。反对者将地方先行法治化视为地方法治对国家法治的僭越,是对法治统一性和整体性的破坏。作为一个实践性命题,地方先行法治化的可行性、与法制统一原则的关系以及是否仅限于经济发达地区等争议问题的回答,应当立足于先行法治化地区具体实践的分析,明晰地方先行法治化的基本路径,并以此作为解读和评判“地方先行法治化”命题的法理基础。

## 二、地方先行法治化的回应型路径

根据推动力不同,法治发展的路径可以分为政府主导的自上而下模式和社会力量主导的自下而上模式两种类型,一般观点主张合理的法治发展模式应当是两种模式的结合。<sup>[13]</sup>但从地方法治建设实践来看,地方先行法治化的基本路径采取的不是单线的自上而下或自下而上模式,也不是二者的简单结合,而是自上而下模式主导下的两种模式相结合,本文称之为“体制内回应型”路径。这一路径的形成由地方先行法治化的主要推动力以及推动力之间的主次关系所决定。

### (一) 地方先行法治化的主要推动力

法治发展的主要推动力包括政府、民间力量和法律职业阶层。<sup>[14]</sup>其中,政府包括执政

[9] 参见姜彦君、姜学成:《地方先行法治化的内涵探索》,《学习与探索》2010年第1期。

[10] 参见前引[8],孙笑侠、钟瑞庆文。

[11] 参见龙宗智教授观点,前引[1],孙笑侠等文。

[12] 参见付子堂、张善根:《地方法治建设评估机制的全面探索》,《法制日报》2012年8月8日。

[13] 参见王锡锌:《公众参与和中国法治变革的动力模式》,《法学家》2008年第6期。也有个别学者对此提出了质疑,认为政府推进型法治发展模式与社会演进型法治发展模式相结合是一种简单的理想化构想。具体参见蒋立山:《法律现代化——中国法治道路问题研究》,中国法制出版社2006年版,第138页以下。

[14] 参见孙笑侠:《拆迁风云中寻找法治动力——论转型期法治建构的主体》,《东方法学》2010年第4期;周尚君:《国家建设视角下的地方法治试验》,《法商研究》2013年第1期。

党及其政权组织是法治发展的第一推动力。民间力量是法治发展的原动力,包括几乎所有的社会角色,诸如农民、工人、商人、市民、媒体记者、消费者、网民、行业协会、财产所有者、学生、学者等等。法律职业阶层则是来自法律范畴或体系内部的推动法治前进的技术性力量。这一理论模式同样可以用来解释地方法治,各地的地方法治实践也证明了这点。但若追问地方先行法治化的推动力,则需要做进一步的分析。

地方法治是否先行是相对于国家法治状况以及全国的其他省份的法治发展状况而言的。从江苏的先行法治化实践来看,法治化进程和阶段性目标都是由政府设定的,先行法治化的主导力来自中央政府的先行要求和地方政府对先行法治的自我认知和目标设定。2004年《法治江苏建设纲要》提出的目标是“到2020年,基本实现江苏政治生活、经济生活、社会生活的法治化”,这与国家以及其他省份(包括欠发达省份)的法治化时间表大体一致。但是在2012年江苏省委、省政府出台的《关于深化法治江苏建设的意见》中,又提出到2015年建成“全国法治建设先导区”的目标。究其原因,主要有两个方面:一是中央对江苏法治化进程提出了先行的要求。2012年全国两会期间,胡锦涛总书记对江苏工作提出了六个方面的最新要求。中央不仅要求江苏经济发展走在全国前列,而且要求法治建设也要走在全国前列。在2012年4月提出“全国法治建设先导区”目标的深化法治江苏建设大会上,江苏省委书记罗志军指出,深化法治江苏建设,是贯彻落实党中央对江苏工作新要求的迫切需要。<sup>[15]</sup>二是江苏省委、省政府对法治建设地位认识的深化。《江苏省国民经济与社会发展“十二五”规划》把法治建设列入“两个率先”(即率先全面建成小康社会,率先基本实现现代化)的重要内容。相较于之前法治建设为“两个率先”提供法治保障的工具性定位,作为“两个率先”组成部分的法治建设则成为目标本身,其重要性进一步提升。

在推动地方先行法治化的法律职业阶层方面,许多优秀的法学教授已担任政府部门领导职务,在体制内推动着地方法治的先行,例如公丕祥、邵建东等学者出身的政府部门官员。前者系统阐述了能动司法的基本理念、内涵及其在当代中国的重要意义,对我国司法理论和实践产生了深远影响,也推动着江苏法院司法工作的不断创新。<sup>[16]</sup>后者是江苏先行法治化的倡导者和践行者。<sup>[17]</sup>与学者们一般认为法律职业阶层主要“通过其职业性和技术性、独立性和自治性的力量”<sup>[18]</sup>来推动法治不同,实践中法律职业阶层主要不是独立地、自治性地完成,而是要依赖于政府部门提供参与法治研讨和决策的平台。例如,2012年9月江苏省政府法制办公室举行《江苏省行政事业性收费管理办法(草案)》立法辩论会,邀请了律师、法学教授等相关法律专家和政府行政部门的有关负责人参加。在这层意义上,法律职业阶层在参与法治的路径上对政府部门有一定的依赖性,先行法治化地区的法律职业阶层资源丰富,与政府的合作关系密切。

此外,公众参与地方法治的平台多样化是民间力量推动地方先行法治化的重要基础。

[15] 参见《深化法治江苏建设着力构建法治建设先导区》,《群众》2012年第4期。

[16] 参见公丕祥:《应对金融危机的司法能动》(上、中、下篇),《光明日报》2009年8月6日、8月13日、8月27日。

[17] 参见邵建东:《德国“法治国家”理论与实践的经验及教训——兼及对“法治江苏”建设的启示》,《江海学刊》2005年第1期。

[18] 参见孙笑侠:《拆迁风云中寻找法治动力——论转型期法治建构的主体》,《东方法学》2010年第4期。

有学者认为，“当今中国官方推行的法治化运动，实质上也正是来自民间的权利运动”，<sup>〔19〕</sup>这一观点其实有失偏颇。轰轰烈烈的民权运动确实以一种极端的方式推动了法治的进步。例如2012年7月江苏启东市爆发的市民抗议兴建王子造纸厂排污项目事件，是一起规模较大的民众维权事件，以南通市人民政府决定永远取消有关王子制纸排海工程项目结束。从结果看是民间权利运动的又一次胜利，但我们不能将其视为民众推动法治进步的常态。实践中，民间力量推动法治同样有赖于政府提供的公众参与平台。例如，江苏各地法院实行的人民陪审员制度，为公民参与监督司法权的行使创造了条件和空间；南京市有“万人评议机关”活动、“网络问政”平台建设以及“邻里情茶坊”的社区自治等参与模式。<sup>〔20〕</sup>

## （二）“体制内回应型”路径

地方先行法治化的推进过程一般表现为：政府出台政策文件主导法治先行的具体进程，将法治建设任务分配到立法、行政和司法等各个具体部门，每个部门发挥主观能动性，通过调查研究、公众参与、专家建议等多种途径了解和总结经济社会发展中法治需求，并在具体法治实践中回应这些现实需求，形成创新性的立法、行政和司法工作方式和法治成果。对于这种地方先行法治化路径，本文称之为“体制内回应型”模式。这一模式有两个相互关联的层次：一是政府部门对社会变迁与公众法治需求的回应；一是上级政府对下级政府推进法治发展经验与教训的回应。下级政府部门对社会变迁和公众法治需求把握越准确，其法治建设工作就越有成效，越能得到上级政府的积极评价与回应；上级政府对下级政府法治评价体系越合理，下级政府部门在回应公众需求时思路越明确，公众的法治满意度就越高。“体制内回应型”模式在地方立法、行政和司法等方面均有体现。

首先，公众参与地方立法的形式和渠道虽然很多，但受到政府相关规定的限制，属于“体制内回应型”的立法参与。例如，2009年7月3日江苏省政府法制办举办的《城乡规划条例（草案）》立法辩论会，是江苏省在立法听证会的基础上扩大公众参与立法的又一重大创新，在全国属首创。立法辩论会邀请了分别代表三个利益群体（公众和利害关系人、项目建设单位、政府部门）的8名律师就诸多规划热点问题激烈辩论，而旁听席上来自全省的市民代表也踊跃发言。<sup>〔21〕</sup>从形式上看，这场立法辩论会是自下而上参与立法的创新和典范，但仍处于自上而下的体制安排之下：其一，立法辩论会的4个辩题是省政府法制办确定的；其二，全省各界有100多人报名，但最终确定的是8名律师参加辩论；其三，参加旁听的各界代表也是经省政府法制办严格筛选。

其次，地方法治政府建设过程也体现了“体制内回应型”路径的特点，其中具有代表性的是江苏行政首长出庭应诉制度的发展路径。从国家到地方层面，行政首长出庭应诉并非法律的强制性规定，但从2004年起，海安县将行政首长出庭应诉制度作为法治建设活动的一项重要考核内容。在海安县的影响之下，如皋、海门等县级市也相继建立了行政首长出庭应诉制度。2005年6月，南通市政府下发《关于建立行政机关负责人出庭应诉制度的通知》，决定将“一把手出庭应诉”制度纳入年度依法行政考核。随着这一制度在规范行政执法方面作用的显现，在法治政府建设方面影响力的扩大，2011年初，江苏省出台文件在

〔19〕 同上文。

〔20〕 参见《公民有序参与：民主与法治动力之源》，《新华日报》2012年9月22日。

〔21〕 参见蒋德、丁国锋：《江苏开门立法首创辩论新举》，《法制日报》2009年7月5日。

全国率先构建起覆盖全省的行政首长出庭应诉机制。<sup>[22]</sup>这一过程表明,虽然地方的法治政府建设是自上而下推进的,但地方各级政府并非被动地执行,而是在具体建设中有地方经验的总结和创新,然后自下而上地回应,在更高层级上产生先行法治化的推动作用。

最后,在地方司法领域,“体制内回应型”模式也是地方司法理念和司法工作模式先行的源泉,其中在江苏具有典型性的是“陈燕萍工作法”的生成和推广。在十四年的基层法院工作中,陈燕萍法官坚持实体公正的理念,把胜败皆服、案结事了作为评判案件的最高标准,用情、理、法的统一,追求法律效果与社会效果的统一。“陈燕萍工作法”的典型特征就是坚持法官“适度能动”,根据司法服务对象的不同,能动地回应基层群众的司法需求。<sup>[23]</sup>这种工作方法在实践中非常有效,在陈燕萍法官十四年审理的三千多案件中,无一错案,无一投诉,无一引发上访,<sup>[24]</sup>使陈燕萍和基层法院在基层人民群众心中树立起了崇高的威望,法律权威因此得到了极大的提升。“陈燕萍工作法”是基层法官对基层司法活动的能动性回应,实践中的成效让这种司法理念和工作方法得到了司法体制内高层级司法部门的回应。江苏省高院认为“陈燕萍工作法”是新时代“马锡五审判方式”,<sup>[25]</sup>最高人民法院号召法院系统都来学习和实践“陈燕萍工作法”。<sup>[26]</sup>

“体制内回应型”路径的优点在于保持了政府推进型法治路径的长处,通过政府富有远见的法治发展战略,能够在较短时间内使某一地方较快地跟上时代的步伐,并有可能在某些领域与法治发达国家的地区相比肩。<sup>[27]</sup>同时,也吸收了社会推进型法治发展路径的一些成功做法,如鼓励公民的法律参与,注重基层法治经验的总结。但“体制内回应型”路径并未从根本上克服政府推进型路径的固有缺陷,地方政府对社会经济管理法律体制的主观设计与社会客观需求之间可能存在脱节和矛盾,从而会导致地方先行法治化对法治的偏离。

### 三、回应型路径下地方先行法治化对法治的偏离

在地方先行法治化的目标设定与制度建构过程中,地方政府通过公共权威,根据本地经济社会发展实际需要启动先行法治化的步伐,具有现实必要性,也是中国法治实现路径的重要探索。然而,从地方的先行法治化实践来看,在“体制内回应型”路径下,地方先行法治化的主体、内容和形式等都存在偏离法治的情形。

#### (一) 主体上的偏离——对“地方”的分析

地方先行法治化的主体是“地方”。在我国,一般意义上的“地方”是指与中央相对应的地方各级政府,但从目前地方先行法治化的理论和实践来看,作为先行法治化的主体的“地方”主要是在省级行政区划层面展开讨论的。对主体的讨论有助于回答我国单一制体制下地方先行法治化的可行性问题。

[22] 参见连继民等:《“一把手出庭”的“南通现象”》,《民主与法制》2011年第18期。

[23] 参见田瑶:《基层司法的路径探索——论“陈燕萍工作法”中的“法官能动”》,《社会科学家》2011年第4期。

[24] 参见《用心审案,播撒和谐——记江苏靖江市人民法院园区法庭副庭长陈燕萍》,《人民日报》2010年1月18日。

[25] 参见丁国锋:《公正祥:陈燕萍工作法是新时代马锡五审判方式》,《法制日报》2010年2月24日。

[26] 参见沈德咏:《大家都来学习和实践陈燕萍工作法》,《人民法院报》2010年2月25日。

[27] 参见张羽君:《21世纪的中国法律制度与社会建设》,《政治与法律》2009年第6期。

从我国目前宪法和法律的规定来看，地方先行法治化并不当然违反单一制体制。根据宪法第3条第4款的规定，在中央和地方关系上，应“遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则”。这条原则性规定肯定了地方在各个领域，包括法治领域建设上的积极主动性，但前提是要遵循中央的统一领导，服从全国性的法治安排。除民族自治区和特别行政区外，作为普通行政区域的“地方”没有自治权力，不具有独立的法律地位。<sup>[28]</sup>然而在实践中，一些地方政府往往基于自身利益的考虑而阳奉阴违地“变通”执行、“打折扣”执行甚至根本就不执行中央的法律和政策，<sup>[29]</sup>严重偏离了我国单一制体制的基本要求。例如，2010年1月10日国务院办公厅发出《关于促进房地产市场平稳健康发展的通知》（“国十一条”），以控制房价上涨势头。然而，就在“国十一条”颁布当天，杭州市政府公布了房地产新政，推出购房入户、公积金等优惠政策。<sup>[30]</sup>还比如，近年来各地环境污染问题突出、征地拆迁事件不断等现象，都与地方利益膨胀密切相关。在现有“体制内回应型”路径下，地方政府基于地方利益的诉求而偏离法治的现象是无法得到有效纠正的，虽然在“政府——社会”回应层面，民众对于强制征地拆迁和房价上涨的回应总体上负面，但在“上级政府——下级政府”层面的回应是积极肯定的，因为这些偏离行为有助于地方政府财政收入的增加，符合地方利益。

## （二）内容上的偏离——对“先行”的分析

与欠发达地区相比，虽然经济发达地区在法治化条件上有优势，但从实践来看，即使是经济发达地区，在地方立法、司法和法治政府建设等方面也存在偏离法治的情形。这部分的分析有助于回答地方先行法治化与法制统一原则的关系问题。

首先，地方立法偏离法治主要表现为先行性立法越权。根据立法法的规定，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，可以制定地方性法规。因此，“不抵触”是地方立法应遵循的基本原则，是维护国家法制统一的需要。但从地方立法实践来看，先行性立法越权、与上位法相抵触的现象并不鲜见。例如，2005年10月，广东省政府颁布的《集体建设土地使用权流转管理办法》第2条明确允许“集体建设土地使用权出让、出租、转让、转租和抵押”，建设用地的流转不再首先经过政府征收，也不需要任何行政审批。然而，根据土地管理法第63条的规定，“农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设”。显然，广东省颁布的《集体建设土地使用权流转管理办法》第2条的规定，与作为上位法的土地管理法相抵触。

其次，地方司法偏离法治主要表现为司法地方化和司法绩效管理教条化。为党和国家工作大局服务，是司法机关的重大政治责任，司法机关应当积极主动为经济社会发展提供良好的司法服务。<sup>[31]</sup>但是实践中，一些地方司法机关将地方经济发展等同于党和国家发展大局，将服务大局转换为服务地方经济，破坏国家法制的统一，是司法地方化的表现。<sup>[32]</sup>

[28] 参见杨海坤、金亮新：《中央与地方关系法治化之基本问题研讨》，《现代法学》2007年第6期。

[29] 参见上官丕亮：《中央与地方关系的法治化值得期待》，《人大研究》2008年第2期。

[30] 参见马宏建：《警惕房地产新政被地方政府逆向调控》，《中国改革报》2010年1月21日。

[31] 参见王胜俊：《深入学习实践科学发展观 坚持为大局服务为人民司法》，《求是》2009年第4期。

[32] 参见方工：《“为大局服务”的种种误解》，《检察日报》2011年8月25日。

这也是地方司法在“体制内回应型”路径上行进时容易出现的问题之一。在“体制内回应型”模式下，地方司法机关不仅要回应当地民众的司法需求，还要回应地方党委和政府一定时期的经济社会发展规划和政策，因而容易出现司法地方化倾向。地方司法偏离法治的另一种情形是将司法绩效管理教条化。司法绩效评价是法治发达国家评价司法质量的一种常见方法，如美国和加拿大。司法质量评估的重点是法官的自我评估和当事人、辩护律师对法官的评估，其所需资料是通过调查问卷收集的，用来评价法官的公正性、正直性、法律能力、气质和处理案件的能力等情况。<sup>[33]</sup> 与美国和加拿大司法绩效评估体系不同，我国法院绩效管理强调结案率、执行率、调解率等具体指标。这些指标的设定有其合理性，比如强调诉前调解符合司法社会化的发展趋势，能够提高司法效率，但将其作为一项硬性规定，结果是一些法官为了追求调解率在有意无意间采取强制态度，劝说甚至威胁当事人接受调解，以判压调、以拖促调，背离了司法绩效评估的初衷。<sup>[34]</sup>

最后，在地方法治政府建设方面，偏离法治的情形主要表现为片面理解社会管理创新。社会管理创新本质上是在法律框架内的社会自我完善，而一些地方误以为社会管理就是管理民众，地方创新社会管理的思路和举措，总是在限制和管控民众的权利和行为方面做文章，导致公权力的不断扩张和专横，偏离了法治控权的本质要求。但在“体制内回应型”模式下，地方政府内部的回应和监督难以有效纠正这一偏离行为。例如，在2009年10月上海发生“钓鱼执法”事件中，浦东新区相关部门最初的调查结论是取证手段并无不当，不存在所谓“倒钩”执法问题。随后，在媒体和公众的监督下，浦东新区政府又宣布该事件为“钓鱼式执法”，此前的初步调查结论与事实不符，向社会公开道歉。<sup>[35]</sup>

### （三）形式上的偏离——对“法治化”的分析

用指标化或指数化的方法衡量一国（地区）的法治水平已经成为一种趋势，<sup>[36]</sup> 这点在先行法治化地区更明显。自2005年北京市出台《北京市法治建设状况综合评价指标体系》，广东、江苏等地在先行法治化的过程中陆续出台了“法治指数”、“法治评价指标体系”等量化考核指标体系，内容涵盖党委依法执政、政府依法行政、司法公平正义、民主制度完善等主要方面，每个二级指标下设数个三级指标和四级指标。例如，2012—2013年江苏区（县）法治评价指标包括6个二级指标、17个三级指标、55个四级指标，每个指标后都有对应的分值和具体评分标准。<sup>[37]</sup>

从我国地方法治评估的实践来看，先行法治化地区的法治评估具有以下特点：一是法治评估过程由政府主导。国际上法治评估的发起、主持主体一般是国际组织或者民间机构，但在我国，地方法治评估指标的设定、评估活动的开展和评估结果的判定主要是由地方政府来主导。有的由政府发起，有关学术机构承担并主要服务于政府的政策导向和要求，如北京市。有的直接由政府来组织实施，如江苏。二是法治评估内容侧重考核公权力行使的规范性。例如，在2012—2013年江苏区（县）法治评价指标体系中，党委依法执政和政府

[33] 参见冬季、袁春湘：《美国和加拿大司法绩效评估的实践及启示》，《人民法院报》2011年11月5日。

[34] 参见蔡彦敏：《中国民事司法案件管理机制透析》，《中国法学》2013年第1期。

[35] 参见杨金志、季明：《“钓鱼执法”事件终于水落石出》，《新华每日电讯》2009年10月27日。

[36] 参见钱弘道等：《法治评估及其中国应用》，《中国社会科学》2012年第4期。

[37] 江苏省依法治省领导小组办公室“关于印发《江苏省2012—2013年法治县（市、区）创建综合考核内容及评分标准》的通知”，苏法治办〔2013〕1号，2013年1月18日。

依法行政两项指标的总权重达到 53%。三是法治评估主要采取政府部门内部考核的方式。一般是省级政府部门通过听取汇报、实地考察、民意征询、调阅文档等方式综合考核下级市、县、乡级政府的法治建设状况。总体上,先行法治化地区的法治评估主要还是一种政府内部的考核,缺乏外部的监督和参与。其偏离法治之处在于,将广大的公众参与法治建设的绩效评判排除在外,从而变成完全由党委和政府部门主观自主性的工作安排和目标考核,使得所谓的地方法治建设失去了根本的意义和价值。<sup>[38]</sup>

#### 四、地方先行法治化命题的法理限度

地方先行法治化实践中出现的种种偏离法治的情形表明,受“体制内回应型”路径的制约,“地方先行法治化”命题客观上存在与法治理念相悖的法理限度。

第一,逻辑上的限度。地方先行法治化是我国社会主义初级阶段经济发展“先富”理论<sup>[39]</sup>和改革开放过程中“先行先试”逻辑<sup>[40]</sup>在法治发展领域的实践,体现了法治非均衡发展特点以及为经济社会发展提供法律保障的现实要求。但法治发展的逻辑与经济发 展的逻辑并非完全一致。在经济层面,通过政府的政策倾斜和财政投入,地方经济能够在短时间内发展起来,然后先富地区通过经济上的外溢带动落后地区的发展,并且一个地区的经济发展成果也很容易通过数据显示出来。而在法治层面,在社会主义法律体系已经建成的现阶段,现代法律观念的培植则成为我国法治国家目标实现的关键。<sup>[41]</sup>法律观念的培植是一个长期的和隐性的过程,无法以时间表的形式来安排或以指标的形式来衡量,需要政府和民众在具体的法律实践中长期互动、反思和自觉才能形成。

第二,主体上的限度。虽然经济发达地区在法治建设方面具有一定优势,如市场经济体制相对比较完善,有许多成熟的市场经济管理经验可以进行法律提炼,有足够的物质基础保障民生立法的实施,有足够的财力去进行法律宣传,建设法律文化公共设施,投入法律教育,能吸引更加优秀的法律人才等,但一地区的经济发达不能推导出该地区法治就必然发达或者应当发达。学者们有关“先发”地区法治先行的判断是建立在或然性而不是必然性的基础上,或者是对经济发达地区法治的一种理想和期望。地方法治的实现需要一定的物质基础,但我国经济发达地区与欠发达地区之间物质上的差距是否达到足以影响不同地区法治发展的进程确实让人怀疑,尤其是在地方法治建设普遍遵循“体制内回应型”模式的情况下,地方政府对于地方法治的发展起着建构性的主导作用。从主观上看,各个地

[38] 参见朱未易:《地方法治建设的法理分析进路》,《学海》2010年第6期。

[39] 1978年底,邓小平在中共中央工作会议闭幕会上指出:“在经济政策上,我认为要允许一部分地区、一部分企业、一部分工人农民,由于辛勤努力成绩大而收入先多一些,生活先好起来。一部分人生活先好起来,就必然产生极大的示范力量,影响左邻右舍,带动其他地区、其他单位的人们向他们学习。”参见《邓小平文选》第2卷,人民出版社1994年版,第152页。

[40] 例如国务院近年相继批准的7个“国家综合配套改革试验区”,被媒体称之为“新特区”。“综合配套改革”政策便被中央和地方政府以及有关权威媒体解读为“对外开放和制度创新的先行先试权”,允许突破法律法规的禁区,允许改革出错,并“宽容失败”,在法律范围内为改革拓展空间,营造宽松的改革氛围。具体参见肖明:《“先行先试”应符合法治原则——从某些行政区域的“促进改革条例”说起》,《法学》2009年第10期。

[41] 参见刘作翔:《现代法律观念的培植是实现法治国家的观念基础》,《法学研究》2007年第4期。

方政府都有自上而下推动地方法治建设的意愿和举措，差别可能在于欠发达地区体制内回应的动力不足：一是欠发达地区民众法律意识和权利意识相对欠缺，普通民众缺乏民主参与法治建设的积极性，政府也没有提供完善的民主参与程序；二是体制内的立法者或执法者们没有及时地回应经济社会发展中的需求，工作方法比较保守，创新性不足，当然也有可能是地方经济实力影响了其在中央部门的话语权，具有地方特色的工作经验并没有得到像“陈燕萍工作法”那样的宣传和推广。因此，一般而言，经济发达地区更具有先行法治化的优势，法治建设的自上而下建构模式与自下而上自发模式结合得更好。但其他地区在法治建设上也并非不能先行，例如2008年湖南省在全国率先制定了《湖南省行政程序规定》，为行政程序的法治化提供了一份“路线图”，引领着我国法治政府建设的方向，被称为“程序性法治”的地方经验。<sup>[42]</sup>

第三，内容上的限度。首先，在地方立法方面，随着社会主义法律体系的建成，地方性立法的重点主要集中在制定实施性立法，先行性立法的空间实际上在逐步缩小。除了“不抵触”这条限制，立法法中对地方立法规定的另一条限制是“本行政区域的具体情况和实际需要”。也就是说，地方只能就本区域的事务进行立法，如果涉及其他省份事务或利益的事项，单个地方性立法无权加以规定。因此，地方先行立法不得采取地方保护主义，对关涉或损及其他省份或者全国性利益的事项作出限定，否则就是对法制统一原则的违反。其次，在地方司法方面，不能认为司法机关回应地方党委和政府出台的政策就一定是错误的，就是司法地方化。相反，在我国当前的权力架构下，司法机关自觉融入地方党委和政府工作大局，是司法机关提升自身地位，有效发挥司法职能的重要途径。问题的关键在于把握地方司法机关服务大局的限度，即司法机关应通过法定程序在法定的职权范围内服务大局，坚持适度干预和适度参与地方经济社会发展的原则，坚持依法办案和公正司法的原则。例如，在2008年金融危机爆发期间，从江苏高院到下级各地两百多个人民法庭，通过对个案的剖析和对日常审判执行工作的研判，密切关注各类可能危及经济社会发展的法律政策风险，及时向地方党委、政府和相关企业提出司法建议。<sup>[43]</sup>这一做法既没有脱离法院的基本审判职能，又创造性地发挥了为地方经济社会服务的职能，是法制统一原则下的能动司法。最后，在地方法治政府建设方面，在社会矛盾多发的转型期，固然需要地方政府积极探索社会管理的途径，甚至扩大行政权力的涉及范围，但法治的基本内涵之一就是要约束和规范公权力的行使，化解二者之间张力的途径应当是行政程序法治的完善，尊重社会公众的知情权、表达权、参与权和监督权。其实，2004年国务院出台的《全面推进依法行政实施纲要》和2010年出台的《关于加强法治政府建设的意见》都非常强调行政程序的重要性。按照法制统一的要求，地方法治政府建设的推进与创新应在程序正当的基础上进行。

第四，形式上的限度。与法治息息相关的价值，如平等、民主、公正、自由等很难通过指标的形式进行量化。发达的法治应当是形式法治与实质法治相结合，但从中国法治发展所处的阶段来看，形式法治化还是主要目标，<sup>[44]</sup>因而法治评估有其存在的现实必要性。具体而言，用法治指标量化法治的意义在于：一是可以对不同社会体制和文化进行比较；

[42] 参见前引[14]，周尚君文。

[43] 参见王明新、娄银生：《江苏各级法院能动司法服务大局》，《人民法院报》2009年9月4日第1版。

[44] 参见刘作翔：《不能把形式法治看得太低》，《南京日报》2013年1月8日。

二是能够为改造权力结构提供更清晰的蓝图；三是使法制建设的具体举措和绩效的评价趋于统一化。<sup>〔45〕</sup>但是，即使是法治评估理论的倡导者也承认这种方法存在天然的局限性，必须依靠与方法紧密相关的特定国家或地区政治体制、法治演进模式、民主法治的实现程度等法治资源，才能实现法治评估的科学化。<sup>〔46〕</sup>

## 五、回应型路径重塑的可能性方案

对“地方先行法治化”命题法理限度的分析，并非否定地方法治建设的必要性和可行性，而是旨在协调地方法治与国家法治之间的关系，通过对地方先行法治化实践中一些提法和做法的反思，找寻地方先行法治化回应型路径完善的方案，使不同地方法治建设能够形成推动国家法治进步的合力。

如前文所述，地方先行法治化的“体制内回应型”路径主要还是在政府主导下的一种地方法治发展模式。这种路径的优点在于可以节约时间成本，在短时间内实现法治化。但从制度经济学的视角来看，政府主导的强制性制度变迁的最大缺点，在于由政府所提供的法律产品可能会偏离社会需要。<sup>〔47〕</sup>对此，“体制内回应型”路径通过政府组织调研、鼓励公众参与的方式，在形式上弥补法律产品与社会需求之间的差距。但受调研方式和公众参与渠道的限制，政府获得社会需求信息的准确性和完整性有限，可能导致回应失败。政府主导的强制性制度变迁的另一缺陷，是政府推进法治以强化政府的权威和能力为前提，在国家层面立法没有明确规定的情况下，法律往往难以对这些政府部门的权力进行有效的约束，只能寄希望于决策者的良心和反思理性。<sup>〔48〕</sup>法治评价指标体系能够明确政府推进法治的目标，约束政府权力的行使，但由于指标体系本身的合理性限制，上级部门的回应也主要停留在形式法治层面的评价。

针对地方先行法治化“体制内回应型”路径容易出现的失败情形，本文提出的可能性方案是：完善公众参与地方法治建设的渠道，建立国家层面的法治评估指标体系和审核机制，重视法治建设中的非物质因素。首先，解决政府回应社会需求失败问题的途径是完善社会公众的参与机制。美国著名政治学家罗伯特·达尔曾将“在制定集体决策的整个过程当中，包括在把事项列入议程阶段，每个公民都应拥有充足和平等的机会来表达他或她关于最终结果的偏好”视为理想的民主程序之一。<sup>〔49〕</sup>这一观点的可借鉴之处在于，拓宽“体制内回应型”路径中公众回应的广度和深度，让更多公众参与地方法治建设，让公众充分掌握政府决策的依据和信息。其次，解决政府内部回应失败问题的途径在于，从国家层面建立法治评价指标体系和审核机制。一个地方是否先行法治化，其评价标准不应由地方自身来制定，而应由中央法治部门制定和评价。虽然中央部门制定的法治评价指标体系不一定比地方制定的更加科学合理，但其权威性更强，标准更统一，各地方之间的法治建设进

〔45〕 参见季卫东：《秩序与混沌的临界》，法律出版社2008年版，第55页以下。

〔46〕 参见同前引〔36〕，钱弘道等文。

〔47〕 参见梁迎修：《理解法治的中国之道》，《法学研究》2012年第6期。

〔48〕 同上文。

〔49〕 参见〔美〕罗伯特·达尔：《多元主义民主的困境——自治与控制》，周军华译，吉林人民出版社2006年版，第6页。

程更具有可比性。中央部门针对地方法治建设的考评,也能确保地方法治建设符合宪法规定的法制统一原则。最后,无论是政府对社会公众法治需求的回应,还是政府内部法治建设成效的回应,都不应过于强调物质因素,而忽视非物质因素。当前地方先行法治化建设过于强调物质层面的推动因素,认为经济发达地区当然地在法治方面先行。我们在重视物质基础对上层建筑的决定作用时,还有必要充分注意哲学、宗教、意识形态等非物质因素对地方法治建设的影响。中国历史上不乏经济繁荣的时代,仍旧没有走上法治道路的原因在于法治精神和相应理论观念的缺失。<sup>[50]</sup>因此,经济欠发达地区在法治建设上无需一味地追随经济发达地区的步伐,完全可以积极回应本地民众的实际需求,在遵循法治精神的前提下推动本地法治发展。

---

---

**Abstract:** In recent years, Jiangsu, Guangdong, Zhejiang and other Chinese developed provinces have put forward the goal of realizing rule of law in advance. This phenomenon leads to debates among Chinese scholars on the feasibility of regional realization of rule of law in the local in advance under Chinese current unitary system, the relationship between the local governments' practices and the unity of legal system, and the regions where the rule of law can be realized in advance. These questions are very important because they relate to the legitimacy of local governments' practices, and are actually concerned with the fundamental path of China to become a rule of law country.

Under the driving forces of local governments, legal scholars and civil society, local practices of local legislation, administration and judicial reform basically follow a model path of "Response in System", in which the government responds to the needs and advices of legal scholars and common people through official channels, and the higher level government responds to the lower government's practices by evaluating their effectiveness. However, this model is not perfect because the main body, content and form of the construction of rule of law in the local may deviate from the idea of rule of law. Therefore, it is necessary to evaluate the legal limits of this proposition objectively and reshape its responding path, which is the key to coordinate the rule of law between the local and the national, and ensure the local construction of rule of law to be in accordance with the basic idea of rule of law.

**Key Words:** realizing rule of law in advance in the local, "Response in System" model, unity of legal system

---

---

[50] 有关古代中国没有产生法治的原因分析,参见[美]昂格尔:《现代社会的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第二章第五节;[德]马克斯·韦伯:《儒教和道教》,洪天富译,江苏人民出版社1993年版,第172页以下。