

金道律师

BRIGHTFOUS LAWYER

专刊·胡祥甫文集

2025.

>>时政评论篇

法治：中国式现代化的必由之路

克服政策解读的随意性 巩固法律预期的稳定性——营商环境的基石是法治化
新质生产力：马克思主义政治经济学重大创造性理论成果

>>学术研究篇

请求权基础的实务分析

论法人所有权

>>执业感悟篇

律师协会的三个“三”

律师的人格、品格与风格

>>采访报道篇

发展新质生产力 多地加快部署“路线图”



时任浙江省委书记车俊同志向胡祥甫律师颁发“中共浙江省委法律顾问”聘书

时任杭州市市长徐立毅同志向胡祥甫律师颁发“杭州市政府法律顾问”聘书



胡祥甫律师受聘成为首届省人大常委会立法专家咨询委员会委员

习近平总书记任浙江工作时，亲自倡导、开创“领导干部下访律师随同”制度。胡祥甫律师陪同时任杭州市市长蔡奇接访。



金道律师

BRIGHTEOUS LAWYER

专刊·胡祥甫文集

2025.

谨以本期杂志盛迎金道律师事务所成立20周年

顾问：王全明 崔海燕

主编：赵青航

执行编辑：胡浩翔

祥甫同志惠存

温家宝

二零一四年

八月十一日



温家宝同志向胡祥甫律师赠书《温家宝谈教育》并题字

作者简介

胡祥甫,西南政法法学学士,复旦大学法学硕士,浙江金道律师事务所首席合伙人,一级律师。从事律师职业三十余年,2005年获中华全国律师协会授予的“全国优秀律师”称号,2016年获“2006-2016年度浙江省十大法治人物”称号,2020年获得国家司法部授予的“全国优秀法律顾问”称号。曾担任第六届、第七届杭州市律师协会会长,第六届、第九届浙江省律师协会副会长。曾连续两届任中共浙江省委法律顾问、连续两届任杭州市人民政府法律顾问。

现担任中共浙江省委建设法治浙江专家咨询委员会委员、浙江省人大常委会咨询专家、浙江省法学会首席法律咨询专家、中共杭州市委法律顾问、杭州市人大代表兼法制委员会委员,中国国际贸易仲裁委员会仲裁员、浙江大学光华法学院实务导师、浙江工商大学兼职教授、浙江工业大学客座教授、浙江理工大学兼职教授等社会职务。

曾在《中国法学》《管理世界》《复旦学报》《法治研究》《中国律师》《上海社会科学院学术季刊》等刊物上发表《论法人所有权》《论新税制的公平性》《股份制在中国》等60余篇论文,出版过《新编经济法学》等两本专著(复旦大学出版社出版)。出版个人案例选集《法庭风云录—胡祥甫律师论辩案例选集》(第一卷·金融案)与(第二卷·民事案)、《法庭风云—民商事案件代理策略与庭辩技巧》、《法庭风云—刑事辩护证据运用与法庭策略》(均由法律出版社出版)。

党的二十大以来,在学习强国、中国网、新华网、人民日报客户端、人民论坛、浙江日报等主流媒体发表《中国式现代化:科学社会主义最新创造性的重大理论成果》《克服政策解读的随意性 巩固法律稳期的稳定性——营商环境的基石是法治化》《东风吹来满眼春 潮起正是扬帆时——中央民营企业座谈会引领民营经济高质量发展》等时政评论文章十三篇。

执业以来,专注于各类重大疑难争议案件解决,在全国各级人民法院代理民商事、刑事、行政案件 1000 余件,其中在最高人民法院代理案件 30 余件。包括但不限于代理中国首例“压价与收购式”不正当竞争案、“中国股市第一案”、温州某四星级宾馆合作开发纠纷最高院二审胜诉案、中国环保名誉权第一案、著名科学家谈家桢被侵犯名誉权与肖像权案、淘宝网与小熊维尼网络侵权案、“杭州第一高楼”股权纠纷案、杭州某大型机械设备公司专利权属纠纷最高院再审胜诉案、湖州市标志性建筑施工合同纠纷案、东阳市人民政府与某开发商土地出让合同纠纷案等民商事及行政诉讼案件;代理惊动江泽民总书记的金华中学生徐某杀母被省高院二审改判减刑案、原浙江省交通厅厅长赵某某受贿案、原宁波市委常委鄞州区委书记褚某某受贿案、杭州某大型物流公司董事长林某涉嫌虚开增值税专票被从轻判处缓刑案、杭州某通信公司走私近一亿美元货物被判无罪案、杭州市拱墅区某村支书卜某某涉嫌挪用公款 2000 多万元被判无罪案、边某某涉嫌合同诈骗被绍兴某区检察院决定不起诉等刑事案件。

现担任中共浙江省委办公厅、浙江省委金融委员会办公室、浙江省发展和改革委员会、浙江省民族宗教事务委员会、浙江省商务厅、浙江省交通运输厅、浙江省生态环境厅、浙江省市场监督管理局、松阳、仙居、嘉善县政府等党政机关的法律顾问,多次为中信银行、浦发银行、中国光大银行、北京银行、中国进出口银行等金融机构提供法律服务;同时担任阿里巴巴(中国)网络技术有限公司、浙江物产国际贸易有限公司、杭钢集团、西泠印社集团有限公司、杭州西湖房地产集团有限公司、浙江华友钴业股份有限公司、西子清洁能源装备制造股份有限公司等企业法律顾问。

律师,骨子里是文人(代前言)

胡祥甫

浙江金道律师事务所成立 20 周年,准备为我这个创始合伙人出一本文集,收录我作为一个法律专业人士创作的学术研究、时政评论、执业感悟等方面的文章,及有关媒体对我的采访报道。编委会让我写个前言,我思虑良久,觉得还是把 2016 年我写作的《律师,骨子里是文人》这篇文章作为前言。当然因年代变迁,我作了一些修改。

文集收录本人文章之观点系我一家之言,不一定准确,更谈不上有多少高度。倘若您闲暇时翻阅相关文章,还望您多一份包涵、多一份雅鉴!

中国古代文人,多有“修身—齐家—治国—平天下”之家国情怀,用当今的语言表述,就是具有远大的政治抱负,身怀强烈的社会责任感,同时拥有较高的文化涵养,虽需财,甚至亦爱财,但取之有道,以保持其独立的人格、高尚的操守和精湛的技艺。文人的精神在中国传承了几千年,必将一直传承下去。中国律师无疑是社会精英,但在法律服务高度市场化和商业化的今天,人们毕竟会问:“律师是文人,还是商人?”随着法律服务商业化和市场化浪潮的席卷,法律商业主义的思潮把法律人向委托人提供法律服务的活动理解为商业活动,把法律服务供给和消费理解为市场交易行为。在这股浪潮的冲击下,律师还能否保持自己作为一个文人独立的品行,还是变成了法律服务市场的商人?

对此,笔者认为,哪怕在推销法律服务产品时采用了一定的商业模式(如现今很多国企在聘请法律顾问或重大诉讼案件委托代理律师时,采用竞争性极强的招投标方式),但律师骨子里应该是文人,要坚守“不为五斗米来折腰”的文人气节。

一、律师具有远大的政治情怀

范仲淹在其名篇《岳阳楼记》中写道：“先天下之忧而忧，后天下之乐而乐。”千百年来，中国的文人将这句话视为自己最高的政治抱负，即把国家、民族的利益摆在首位，致力于为国家的前途、命运担忧分愁，为人民的福祉出力。

律师是文人，有着同样远大的政治情怀，扮演着重要的社会角色，是国家法治建设中一支不可或缺的队伍。

首先，律师的参与，对治国理政是一种助力。法治是当今世界认可的主流治国理政模式。“依法治国，建设社会主义法治国家”已经被确定为我国的基本治国方略，并以法律形式载入 1999 年宪法修正案。尤其是党的十八大以来，“全面依法治国”提到了前所未有高度，成为“四个全面”战略布局的重要组成部分。党的二十大更是提出在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家。法律成为了治国之器。具有较高素养和职业道德的律师，以专业的法律人士担任各级党委、政府的法律顾问，促进依法执政和依法行政的进程，并以自己特有的专业技能助力社会纠纷的有效解决，更能在社会中传播和发扬法治精神，这有利于社会加深对法治的信仰。律师对国家政治活动的参与度是一国法治实现程度和政治民主程度的标尺。律师兴，则法治兴，进而国家兴。

其次，律师的参与，有助于实现司法公正。古罗马法学家塞尔苏斯有言：“法律乃公正善良之术。”法律是一门平衡各方利益、权衡各方关系、激励人们向善的艺术；法学是研究怎样设置权利义务，如何调整利益冲突，如何矫正不当行为的实践型学科。而律师则是掌握法律公器，谙熟法学知识的专业人士。贺卫方教授曾言，法律教育培养了律师思考问题、解决问题的独特方式。一个人经过法学教育和历练，会逐渐成为能够用法律的眼光观察社会的法律人。在一个遵循民主立法程序的国家里，法律正是最广大人民意志和利益的体现。况且，律师的存在，在客观上有利于国家司法权的正当行使，尤其是律师参与各种诉讼活动，可以有效防范公权力行使出现偏差，防止冤假错案的发生，增进社会公平与正义。律师属于社会精

英人士,作为卓越法律人的一分子,以其独立的智识,凭借对法律技术的掌控,通过法定程序,定能诠释与发扬法律公正、公平的本质——而公正与公平本身便是社会和谐稳定不可或缺的法治要素。

最后,律师的参与,有助于民主法治建设,有助于法治国家、法治政府、法治社会的建设。律师具有审慎行使权力的特质。在依法治国这一层面,律师与政府机关在认识上有许多共同点,行政权力可以借助律师之理性主义的行事风格,保证现代政治以一种秩序化、规范化的方式发展。同时,律师具有法律人稳重的性格,掌握专业的法律知识,在一定程度上熟悉政治理念与规则,因此可以成为政治规则化运作中值得信任的力量。

近年来,已有越来越多的律师担任各级党代表、人大代表或政协委员。以浙江省为例,目前全省专职律师队伍中有 714 名律师担任各级人大代表、政协委员。其中不少还担任人大或政府的立法专家咨询委员,为科学立法、依法监督、参政议政发挥了独特而又重要的作用。但必须清楚地看到,律师参与政治,不能仅限于以代表或委员的身份参政议政,或以立法专家、人大法制委员会委员的身份参与国家和地方立法,应有更多的优秀律师能够通过选拔进入各级司法机关、立法机关和行政机关。为此,党的十八届四中全会提出“建立从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者、法官、检察官制度”,进而使律师的触角深入到依法治国的多个领域。

在此要纪念新中国第一任司法部部长、爱国者和民主主义革命者史良先生(1900-1985)。通过法律来保障人民的民主权利,为人民服务,是史良的毕生志愿。在旧时代,她是大上海著名律师,民族救亡运动、争取民主运动的积极投身者,被毛泽东同志誉为“女中豪杰”;在新时代,她成为新中国司法工作的开拓者、司法行政工作的奠基人,为新中国的人民司法工作从理论到实践作出了杰出贡献。沈钧儒先生(1875-1963)也是如此,沈先生亦曾从事律师职业。抗日战争时期,曾组织平民法律互助协会,为被迫害的人民、抗日军人家属义务辩护。1946年1月代表民盟参加政治协商会议,为争取全国的和平民主而斗争。解放后他曾任最高人民法院院长。中国律师当以史先生和沈先生为楷模,身怀远大的政治抱负,在全面

依法治国进程中起到自己应有的作用。

二、律师身怀强烈的社会责任感

《律师法》规定：“律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。”法律对律师职业的这一定位，凸显了律师的社会责任。

我国法学界的泰斗江平教授曾在本世纪初曾呐喊：“一个人受社会尊重的程度，主要是取决于他的职业在社会政治、经济生活中所起的作用，他能不能够解决人民群众迫切需要解决的问题，能不能对社会给予推动，作为社会进步的推动力。”为了承担更多的社会责任，提高职业声望，律师至少要做到以下几点：第一，律师要用心、尽职地办好每一起案件，在每一起案件中实现法律的公平正义。这是律师承担社会责任的基本面。第二，律师在承办每个案件时都要注意自己肩上所扛的社会责任，维护其社会形象，正确处理好“名”与“利”的关系。第三，律师要积极关注社会民生，关心弱势群体，关切大众利益，广泛参与诸如维护农民工合法权益、食品卫生、生态环境等有关社会公益的案件，并尽心尽力地办好。律师协会也应当积极引导律师承担社会责任，例如引导律师办理法律援助案件，并为律师办理该类案件创造条件；对一些行业垄断、不公平的现象，律师协会该出手时就出手。

社区和村是社会治理的基本单元，亦是社会矛盾的聚集地，社区和村的和谐安定，不应没有律师的身影，因为律师不仅对社会矛盾有着深刻的理解和洞察力，还具有防范和化解社会矛盾的经验和能力。正是认识到这一点，早在 2009 年杭州市委、市政府领导部署了“律师进社区”活动，市律协安排律师每周进社区值班，接待咨询，帮助社区建立、健全各项规章制度，参与矛盾纠纷的调解。这是创新社会治理、促进社区依法自治的一项重要举措。后在许多地方推广，全国各地普遍建立“律师进村”“律师进社区”的制度，将律师服务从有偿服务变为无偿服务，坚持服务为民、公益为主，以帮助困难群众依法获得法律援助作为主要职责。多年来，大量群众通过这一送法上门活动，获得了实实在在的法律帮助。

令人欣喜的是，党和政府也越来越重视律师在社会纠纷解决中所发挥的作用。例如，全国律协和许多地市相继出台“中国律师行业社会责任报告”，系统总结了中国律师近年来在践行社会主义法治理念，服务和保障民生；积极参政议政，服务法治国家、法治政府建设；参与社会管理创新，依法化解社会矛盾、维护社会和谐稳定；开展多元化公益服务，慈善捐助、回报社会；行业协会引领公益法律服务发展等方面所取得的成就，全面展示了中国律师努力维护弱势群体合法权益、维护社会公平正义、积极履行社会责任、通过公益服务回报社会的良好形象。不少省、市的律师协会也相继发布了当地律师行业社会责任报告，获得广泛好评。

三、律师拥有较高的专业素养

辩论是一门艺术，精彩的辩论，不失为一场精彩的演说。张思之大律师曾说：“律师的语言常表现为演说。古希腊、罗马的演说大师，把演说看作‘一种道德完美的艺术’”古罗马教育家昆提利安在其巨著《雄辩家的培训》一书中指出：“辩护，乃是上帝赐给人类最神圣最高尚的礼物。它需要借助多方面的艺术。虽然，在演讲过程中，这些艺术并不出头露面，但它们是一股神秘而伟大的力量，人们都会感觉到它们存在的价值，一种悄无声息地存在着的价值。”诉讼之战是一场危机四伏的角逐，法庭辩论是一个斗智斗勇的过程，随时有风云突变的可能。为此，我们常感辩论这门艺术的深不可测，唯有以自己的执着去追求艺术的真谛。我们作为律师的愿望是，律师依靠也仅仅依靠辩论艺术去打贏官司。

技艺精湛的律师，其“说”与“写”的功夫必须建立在正确、严谨的办案思路上。由此，我们提倡当以“从大处着眼，从小处入手”的思路统领办案的全过程。

律师在接到一个案子时，首先要有宏观视野，须对该起案件存在哪几个法律关系，性质如何，效力又怎么样，对委托人存在哪些有利因素，又有哪些不利因素，该收集什么样的证据，该做什么样的调查，从哪个环节突破，提出什么样的诉讼请求，从哪个角度进行答辩等等，有一个通盘的分析 and 考虑，形成一个宏观上的整体思路。细节的重要性更是毋庸置疑，相

信不少律师都有体会,不少诉讼的成败往往是由一些细节决定的。

然而,近年来,我们也观察到,一些年轻律师的专业功底有欠扎实。长久以来,中国的法学教育重专业理论知识的灌输,轻法律方法论和逻辑分析和思辨能力的培养。其实,在学校里学到的法学专业理论知识,就像建造房子用的砖瓦、水泥、木材等建筑材料,没有这些建筑材料,房子是造不起来的,但是,为什么有的房子造得实用又美观,有的却差强人意,关键在于设计思路,和将合适的材料用在合适的部位。法律方法就好比是这个设计思路,而逻辑分析和思辨能力却是设计能力。一个优秀的律师一定是既具有深厚的法律专业理论知识,又能娴熟使用逻辑分析和法律方法论提出解决案件实际问题的专业人士。

四、律师爱财 取之有道

优秀的律师,除了必备的专业法律知识,营销能力自然不会差,拥有的社会关系也定不会少,自然,收费更不会低。是故,不少人都习惯性地将在体制内的律师视为商人,甚至称呼一些创收较高、较有影响力的律师为“老板”。

《韩非子·备内·第十七》有曰:“與人成與,則欲人之富貴;匠人成棺,則欲人之夭死也。非與人仁而匠人賊也,人不貴,則與不售;人不死,則棺不买。情非憎人也,利在人之死也。”商人追逐利益可以理解。律师提供的是法律服务,这种服务通常也是有偿的。但对法律的信仰决定了商业性从来不曾是也永远不会是律师业的本质属性。

律师执业的本质属性,是通过维护当事人的合法权利,体现法律的公平正义。所以,律师,总是要有点精神的;律师业,也总是要有点精神的。史良先生早年从事律师工作时,便不把获得报酬和金钱当作自己从业的主要目的,而是想伸张正义,主持公道。她说“单来找我的,有时为了他们的贫穷,我可以不拿公费,还要贴掉杂费和当事人的住旅馆钱,当然不能做生意地净图利。有时替贫困的当事人争得了胜利,心里真比什么都快活。”

是故,“君子爱财,取之有道”,律师要正确处理律师服务的法律属性、道德属性与商业属性的关系,不管在任何一个阶段,律师都不应当将经济

利益作为执业的唯一目的或第一目的。同时,我们认为,当当事人的利益与律师自身的经济利益发生冲突时,律师应以当事人利益为“优先”。江平教授曾言:“我们要看到律师不是商人, 特别强调律师职业的非商业化的性质。当然,我们不反对律师要有商业头脑,市场经济里任何一个人包括医生、律师没有商业头脑,那是一个糊涂人,但是绝对不能纯商业化了,纯粹以营利为目的。”

所以,大到职业规划,小到服务品格,律师最终都应努力追求超越金钱的理想。笔者认为,一名成功律师的职业生涯,可分为三个阶段:第一个阶段是“执业阶段”,通常需要3至5年的时间。在这个阶段,律师应当广泛代理多类案件,涉猎多个法律业务领域,因为这个阶段的律师,多是迈入社会不久的年轻人,生存是第一要务,所以他们工作的目的之一是解决温饱。第二个阶段是“事业阶段”,往往需要8到10年的时间。在这个阶段,律师应当专攻其擅长的业务,为的是成家立业。所以,这个阶段的律师有买车、买房和养孩子等压力,内心有追求经济利益的欲望。第三个阶段是“艺术阶段”,这个阶段的律师,已比较资深,不少律师已在业内拥有名望,甚至是社会贤达,已经没有什么经济拮据的顾虑,所以应将每个案件或每件非诉业务当作一件艺术品,精心雕琢,最终能成就律师之道。

律师做到一定份上,应该有一种境界将自己所承办的每一个案件,提供的每一项法律服务产品,不再当作商品,而是当作艺术品来对待。虽然艺术品也是有商业价值的,但是艺术家在创造艺术品的时候,他首先追求的不是商业价值而是艺术价值本身;艺术家创造艺术品也有可能失败,但是艺术家创造艺术品的过程,却是一丝不苟,精益求精,并且他乐在其中。

全球法律服务市场化和商业化的浪潮已经袭来,应避免唯利是图、拜金主义在律师界横行,人格独立、职业尊严、人文关怀和诚信为本等当成为广大律师同仁们共同追求的执业精神!

目 录

时政评论篇

党的二十大以来,在学习强国、中国网、新华网、中国日报、浙江日报、人民日报客户端等媒体发表的时政评论文章。

从“文化自信”到“两个结合”

——马克思主义中国化最新成果的文化特征	1
中国参加 G20 巴厘岛峰会在世界舞台展示出的风采	4
法治:中国式现代化的必由之路	7
中国式现代化:科学社会主义最新创造性的重大理论成果	11
论中国式现代化的文化底蕴:以我为主、兼容并蓄的中华文明的包容性 ...	16
克服政策解读的随意性 巩固法律预期的稳定性	

——营商环境的基石是法治化	23
打造法治化的营商环境 建立保护新质生产力的法律体系	

促进高质量发展	27
新质生产力:马克思主义政治经济学重大创造性理论成果	33
优化营商环境的着力点和驱动力 促进民营经济高质量发展	39
以法治力量推动营商环境持续优化	42
东风吹来满眼春 潮起正是扬帆时	

——中央民营企业座谈会引领民营经济高质量发展	45
------------------------------	----

学术研究篇

作为一名法律专业人士,从法律实践出发,对一些法学理论问题进行探索研究,写了一些文章,发表在《中国法学》《复旦学报》《法治研究》等刊物上。

请求权基础的实务分析	49
论新税制的公平性	66
论法人所有权	75
再论法人所有权	85
健全和完善财政金融法律制度 治理通货膨胀	96

执业感悟篇

作为曾经在杭州市、浙江省、全国三级律师协会担任相应职务的一名执业律师,对律师执业活动、律师行业建设,既有所思,亦有所悟,写了一些感悟文章,发表在《中国律师》杂志。

我们这一代律师的“顺”	106
市委法律顾问的“三重角色”	110
学习党的十九大精神的“一、二、三、四、五”点感悟	112
共筑法律职业共同体的新起点	115
律师协会的三个“三”	120
发出法律“好声音” 服务法治“最强音”	124
积极拓展律师业务创新工程 满足多层次宽领域法律服务需求	126
在法制框架内构建和谐社会	130

将爱进行到底

——“网络律师团”值班有感 135

借“十二五”春风,展律师业宏图 137

律师的人格、品格与风格 139

在实践中进一步完善“两结合”的管理模式 142

把社会主义法治理念作为律师的执业宗旨 146

采访报道篇

党的二十大以来,接受中国网、上海证券报、学习强国武汉平台等主流媒体采访。

专家视点 | 首席法律咨询专家谈《浙江省平安建设条例》 151

学思践悟 | 胡祥甫:深刻领会习近平法治思想 在法治框架内推进全面
从严治教 153

发展新质生产力 多地加快部署“路线图” 155

从时隔 18 年再次举办世界佛教论坛 看浙江宗教文化事业创新发展 ... 157

时隔六年再次召开民营企业座谈会 浙江民企引人注目 159

民营经济促进法施行 助力新质生产力发展 民营经济大有可为 161

从“文化自信”到“两个结合”*

——马克思主义中国化最新成果的文化特征

二十大修改后的《中国共产党章程》在总纲部分开宗明义地指出“十八大以来,以习近平同志为主要代表的中国共产党人,坚持把马克思主义基本原理同中国具体实际相结合,科学回答了新时代坚持和发展什么样的中国特色社会主义、怎样坚持和发展中国特色社会主义等重大时代课题,创立了习近平新时代中国特色社会主义思想”,同时指出“习近平新时代中国特色社会主义思想……是当代中国马克思主义、二十一世纪马克思主义,是中华文化和中国精神的时代精华”。

我们以前讲马克思主义在中国不同阶段的发展成果,都讲是马克思主义基本原理同中国革命和建设的具体实践相结合的产物,党的二十大首次提出了“两个结合”,指出习近平新时代中国特色社会主义思想不仅是马克思主义基本原理与中国具体实际相结合,而且也是马克思主义基本原理同中华优秀传统文化相结合的最新成果。

2014年2月,习近平在十八届中央政治局第十三次集体学习会上首次提出“文化自信”,指出“要讲清楚中华优秀传统文化的历史渊源、发展脉络、基本走向,讲清楚中华文化的独特创造、价值理念、鲜明特色,增强文化自信和价值观念自信”,党的十九大将文化自信写入党章。党的十九届六中全会系统总结了新时代我国在文化建设上取得的重大成就。党的二十大报告将“推进文化自信自强,铸就社会主义文化新辉煌”用专章进行阐述,指出:“全面建设社会主义现代化国家,必须坚持中国特色社会主义文化道路,增强文化自信……激发全民族文化创新创造活力,增强实现中华民族伟大复兴的精神力量。”二十大报告还指出:“坚守中华文化立场,提炼展示中华文明的精神标识和文化精髓,加快构建中国话语和中国叙事体系,讲好中国故事,传播好中国声音,展现可信、可爱、可敬的中国形象。”

习近平总书记在多个场合强调文化和文化自信的重要性。如:2014年9

* 本文 2022 年 11 月发表于国家重点新闻网站“中国网”,2021 年 11 月 15 日,“学习强国”平台转发。

月24日在纪念孔子诞辰二千五百六十五周年国际学术研讨会暨国际儒学联合会第五届会员大会开幕式上,总书记讲到“文明特别是思想文化是一个国家,一个民族的灵魂”;2016年11月30日在中国文联十大、中国作协九大开幕式上,总书记指出“文化自信,是更基础、更广泛、更深厚的自信,是更基本、更深层、更持久的力量”。习近平总书记还在各种场合的讲话中引经据典,彰显中华优秀传统文化的灿烂光芒。如在2013年1月22日在第十八届中央纪律检查委员会第二次全体会议上的讲话,引用了李商隐《咏史》一诗中的“历览前贤国与家,成由勤俭破由奢”;又如在2014年9月21日在庆祝中国人民政治协商会议成立65周年大会上的讲话,引用了管子《管子·牧民·四顺》中的“政之所兴在顺民心,政之所废在逆民心”。如此这般,不胜枚举。

习近平总书记提出的“以人民为中心”的发展思想,吸收了中国古代圣贤倡导的民本思想。孟子曰:“民为贵,社稷次之,君为轻。”当然,总书记在此处不仅仅停留在“吸收”的层面,更有提炼和升华。总书记讲“江山就是人民,人民就是江山……治国有常,利民为本。为民造福是立党为公、执政为民的本质要求”,更是道出了我们共产党人的宗旨和初心,是对共产党治国理念的高度概括。

可以说,习近平新时代中国特色社会主义思想有着浓重的中华优秀传统文化的元素。这一思想深深植根于中华文化的沃土之中,将中华五千年文明史中的哲学思想、人文精神、道德理念等各种优秀文化因子吸收进来,立足当代中国现实,结合新的时代特征,进行创造性的发展、创新性的凝练。

从十六世纪初兴起的社会主义思潮算起,社会主义经历了从空想到科学,从理论到现实,从一国到多国的发展,也经历了苏联和东欧社会主义国家纷纷解体和中国特色社会主义欣欣向荣的过程。而我们国家的社会主义也经历了以计划经济为特征社会主义、改革开放后处于探索、实验阶段的中国特色社会主义和进入新世纪在系统理论指导下对各领域进行全新架构具有高度自觉的新时代中国特色社会主义,历史的实践告诉我们只有将马克思主义基本原理同中华优秀传统文化相结合,马克思所创立的科学社会主义来到中国才不会“水土不服”,才会深深扎根,才会爆发出强大的生命力。

习近平总书记说得好:“如果没有中华五千年文明,哪里有什么中国特色?如果不是中国特色,哪有我们今天这么成功的中国特色社会主义道路?”中华文明是世界上唯一一个没有中断发展至今的文明,这其中蕴含着多少宝贵的精神财富,是我们当代中国人取之不尽用之不竭的。

“国家之魂，文以化之，文以铸之”，对文化的认同是最深层次的认同，是人心向往之魂、民族相融之根、国家安定之本。一个民族、一个国家，如果没有自己独立并高度认同的文化，就会像一盘散沙，是没有凝聚力的，更是没有战斗力的。

从“文化自信”到“两个结合”，不仅展示了随着国力不断增强、社会主义文化不断繁荣，人民的文化自信也大幅提升，更体现了中国特色社会主义理论的不断成熟、不断完善。可以说，习近平新时代中国特色社会主义思想，不仅坚持马克思主义基本原理，同时也更多呈现出中华文化的底色。正因如此，这一思想才更能为全中国各族人民所接受、所认同，不仅成为全党而且更成为全国人民的行动指南。

中国参加 G20 巴厘岛峰会 在世界舞台展示出的风采 *

2022 年 11 月中旬,习近平主席在印尼巴厘岛参加二十国集团峰会。无论是峰会大会上的发言,还是与其他国家元首或政府首脑的会晤,都展示了习近平主席的时代担当和天下情怀,展示了一个大国领袖的卓越风范。

一、习主席提出的并在此次峰会上再次重申的全球发展倡议,不是仅仅以一个国家或者一个地区的发展视角而是以全球共同发展的视野,直面现实存在的问题和困难,提出解决的理念和思路,确立全球长远发展的目标。

当今世界,百年变局和世纪疫情交织叠加,贸易保护主义蔓延,经济全球化遭遇逆风,世界经济面临衰退风险。习近平主席在此次峰会上再次重申全球发展倡议,体现了大国领袖的世界眼光和全球视野。早在 2013 年秋天,习主席提出“一带一路”倡议。九年来,习主席亲自谋划、亲自部署、亲自推动,“一带一路”建设取得丰硕成果。中国已与 149 个国家、32 个国际组织签署 200 多份共建“一带一路”合作文件,涵盖投资、贸易、交通、金融、科技、民生等多个领域,给沿线国家带来了实实在在的好处。2013 年至 2021 年中国与“一带一路”沿线国家货物贸易额累计达到 11 万亿美元,带动了当地经济发展。2021 年 9 月 21 日,习主席又在联合国大会一般性辩论的讲话中提出了全球发展倡议,聚焦发展优先,突出以人民为中心,强调普惠包容、创新驱动、人与自然和谐共生,坚持行动导向,推动全球朝着平衡、协调、包容、共赢的方向发展。一年来,“全球发展倡议之友小组”成员国已经超过 60 个。

在此次峰会上,习主席指出:“我们创设全球发展和南南合作基金,将加大对中国—联合国和平与发展基金投入,制定务实合作清单,设立开放式项目库,明确倡议推进路线图,同 100 多个国家和国际组织推进这一倡议,为实现联合国可持续发展议程提供新助力。中方向巴厘岛峰会务实合作项目库提交

* 本文 2022 年 11 月 29 日发表于党媒平台“学习强国”。2023 年,APEC 会议在旧金山召开,习近平主席会晤拜登总统,中美关系出现转暖迹象。值此时刻,2023 年 11 月 16 日,学习强国武汉平台将本文更改标题为《从 G20 巴厘岛峰会看中国式外交行稳致远》并重新发表。

了15个项目,并参与了其他5个项目,将同各成员一道落实”,可见习主席提出的全球发展倡议有思路、有措施、有行动,为全球经济复苏和可持续发展开出良方。联合国秘书长古特雷斯在与习主席会晤时肯定地说:“中方提出的全球发展倡议同联合国2030年可持续发展议程相契合”。从“一带一路”到全球发展倡议,习主席的眼界越来越开阔,可谓是“胸中有丘壑,腹内有乾坤”。

二、中国作为最大的发展中国家,依靠改革开放取得巨大的发展成就。习近平主席尤其关心发展中国家,愿意分享中国的发展经验,并力所能及地帮助发展中国家发展自己的经济。

其实,“一带一路”建设已经给许多发展中国家带来机遇,帮助它们改善落后的基础设施、交通条件,建设互联互通,促进经济提升,改善民生,摆脱贫困。世界银行研究报告显示,“一带一路”倡议将使相关国家760万人摆脱极度贫困、3200万人摆脱中度贫困,使全球收入增长0.7~2.9%;中欧班列、雅万高铁、中老铁路等项目是世人看得见摸得着的重大建设成就。

怪不得古特雷斯秘书长赞美地说道:“在帮助发展中国家共同发展方面,中国所作努力无可比拟”,注意这里说的是“无可比拟”。

在此次峰会上,习主席指出:要“始终想着发展中国家的难处,照顾发展中国家的关切”,并明确表示“中方支持非洲联盟加入二十国集团”。习主席又指出:“中方全面落实二十国集团缓债倡议,缓债总额在二十国集团成员中最大”。为缩小南北国家间的数字鸿沟,习主席倡导“期待同各方一道营造开放、公平、非歧视的数字经济发展环境”。为帮助发展中国家应对气候变化、发展绿色低碳经济,习主席指出:“必须本着共同但有区别的责任原则,在资金、技术、能力建设等方面为发展中国家提供支持,积极开展绿色金融合作”。在会晤阿根廷总统费尔南德斯时,习主席指出:“中方愿同阿方一道推动中拉论坛建设,深化新时代平等、互利、创新、开放、惠民的中拉关系……落实全球发展倡议、全球安全倡议,携手构建人类命运共同体”,表示了中国要与拉美地区发展中国家同命运、共呼吸、相互促进、共同发展的愿望。在会晤塞内加尔总统萨勒时,习主席指出:“中方愿继续支持塞内加尔公路、工业园等基础设施建设,扩大塞内加尔农产品输华,加强花生全产业链和水稻种植合作,落实好中非合作论坛各项举措”,在此,习主席表示的是,中国作为一个大国,尽管自己还是发展中国家,但愿意尽最大努力去帮助像塞内加尔这样的发展中国家。

三、在分析二十国集团在全球的地位和作用以及成员国相互之间的关系

时,习近平主席站在全球安全、稳定和发展的大局,高屋建瓴地提出了一系列新的发展理念和倡议,引领全球经济和社会朝着一个正确轨道发展。

当今世界正在经历百年未遇之大变局,人类社会面临重大而严峻的挑战。面对这些挑战,如何共同破解“世界怎么了,我们怎么办”这一时代课题,习主席在此次峰会上强调:“二十国集团成员都是世界和地区大国,应该体现大国担当,发挥表率作用,为各国谋发展,为人类谋福祉,为世界谋进步”,并提出“各国要牢固树立人类命运共同体意识,倡导和平、发展、合作、共赢,让团结代替分裂、合作代替对抗、包容代替排他”的重大理念,并进一步提出“推动更加包容的全球发展、推动更加普惠的全球发展、推动更有韧性的全球发展”三大倡议。可以说,习主席的这些重要认识、鲜明理念、重大倡议,正确定位了二十国集团在全球安全、稳定和发展中的地位和作用,给出了面临挑战破解难题的路径和方案。

对于二十国集团成员如何处理相互之间的关系,习主席又提出了富有远见卓识的主张:“二十国集团要坚守团结合作初心,传承同舟共济精神,坚持协商一致原则”。其实,习主席曾在多个场合强调,反对“阵营对抗”,反对“脱钩断链”,反对“筑墙设垒”,倡导相互尊重,互惠互利,团结协作应对危机,促进共同发展。

对于如何建设一个公平、公正、有效的国际关系和秩序,习主席一再强调,要建立一个以联合国为核心的国际关系、以国际法为基础的国际秩序,以世界贸易组织为核心的多边贸易体制。

在会晤美国总统拜登时,习主席指出:“美国搞的是资本主义,中国搞的是社会主义,双方走的是不同的路……中美相处很重要的一条就是承认这种不同,尊重这种不同”,这不仅提出了大国相处的应有之道,也体现了中国古代圣贤所倡导的“君子和而不同”的文化理念。令人欣慰的是,中美两国元首会晤后,中美关系出现了缓和和趋向修复的迹象,美国正在紧锣密鼓地安排布林肯国务卿访华。

可以说,处于世纪之变,习近平主席此次在 G20 巴厘岛峰会上提出的一系列主张、理念、倡议,体现了一份沉着冷静又深刻的思考、一种更广更远的全球视野、一腔真诚而又炽热的天下情怀,富有远见而充满智慧,对处理今后一段时间的全球关系,建设一个更加公平合理、相互尊重、平等互信、稳定有效的国际秩序具有深远的影响和现实的指导意义。

法治:中国式现代化的必由之路*

党的二十大报告指出:“在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家”,为什么是在“法治轨道”而不是别的轨道上全面建设社会主义现代化国家?

现代化,其实是一种文明的标志。一个国家的现代化是一个国家文明所达到的程度,这种文明,不仅仅是物质文明,还是精神文明,更是制度文明、治理手段和治理方式的文明。从某种意义上来说,精神文明比物质文明更难实现,而治理手段和治理方式的文明,则在实现物质文明和精神文明的过程中起着不可替代、不能逆转、至关重要的作用。

现代化绝不仅仅是一个国家 GDP 总量有多大,也不仅仅是人均 GDP 有多高。世界上有些能源大国,人均 GDP 比较高,但我们并不认为它们是现代化的文明国家。究其原因,就是因为这些国家虽然物质财富积累达到了一定高度,但治理手段和治理方式尚未达到现代文明国家所需要达到的程度,整个社会的精神文明也存在较大的差距。

党的二十大提出:“从现在起,中国共产党的中心任务就是团结带领全国各族人民全面建成社会主义现代化强国、实现第二个百年奋斗目标,以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴”,强调中国式现代化“既有各国现代化的共同特征,更有基于自己国情的中国特色”,并归纳了中国式现代化五个方面的特色,最终指出中国式现代化的本质要求是:“坚持中国共产党领导,坚持中国特色社会主义,实现高质量发展,发展全过程人民民主,丰富人民精神世界,实现全体人民共同富裕,促进人与自然和谐共生,推动构建人类命运共同体,创造人类文明新形态”

中国式现代化的一个重要目标是创造人类文明新形态。这种新形态文明

* 本文 2023 年 1 月 11 日发表于国家重点新闻网站“中国网”,2023 年 3 月 3 日学习强国平台转发,2023 年 3 月 23 日中国律师网转发。2023 年 5 月 25 日,中央有关部委应主题教育宣传之需,经国务院新闻办推荐,将《法治:中国式现代化的必由之路》更改标题为《努力做好中国式现代化法治建设事业的先行者》,并对内容稍作修改,再次发表在中国网。2023 年 5 月至 6 月,辽宁党建网头版头条、北京市委宣传部千龙网、河南党建网、浙江党建网、中国党政理论网浙江中心、四川中心双头版头条、人民政协报、学习强国武汉学习平台等多平台转发。2023 年 10 月 9 日,学习强国武汉学习平台更改标题为《为践行中国式现代化法治建设事业作出新的贡献》再次转发。

内涵丰富,覆盖面广。它不仅是指我们的经济实力、科技实力、综合国力达到一定的高度,人均国内生产总值达到或超过中等发达国家水平,也不仅是指我们形成现代化的经济体系,实现高水平科技自立自强,基本实现新型工业化、信息化、城镇化、农业现代化,它更是指实现国家治理体系和治理能力现代化,建成法治国家、法治政府、法治社会。

治理体系和治理能力现代化不仅是中国式现代化的组成部分,更是中国式现代化其他目标实现的重要依托,也可以这样讲,没有治理体系和治理能力现代化,就不可能实现中国式现代化。在实现中国式现代化的进程中,一整套高效、文明、各种手段相互契合的治理体系和治理能力是不可或缺的,起着十分重要的引领和保障的作用。

而法治是国家治理体系和治理能力的重要依托,习近平总书记多次强调,坚持在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化。

国家治理体系是一个系统工程,涉及政治、经济、文化、军事、科技、社会、生态环境、人民生活和国家安全方方面面,而法治是国家治理体系的重要载体,在整个治理体系中起到支撑和保障的重要作用。习近平总书记指出:“必须把依法治国摆在更加突出的位置,把党和国家工作纳入法治化轨道,坚持在法治轨道上统筹社会力量、平衡社会利益、调节社会关系、规范社会行为,依靠法治解决各种社会矛盾和问题,确保我国社会在深刻变革中既生机勃勃又井然有序”。

中国式现代化是在“五位一体”总体布局中推进的,而法治在这一总体布局中有着十分重要的战略地位。全面依法治国既是新时代中国特色社会主义的本质要求,也是进入新时代国家治国理政的基本方略之一。习近平总书记指出:“在全面推进社会主义现代化国家新征程上,我们要更加重视法治、厉行法治,更好发挥法治固根本、稳预期、利长远的保障作用,坚持依法应对重大挑战、抵御重大风险、克服重大阻力、解决重大矛盾”。

为了更好地发挥法治在实现中国式现代化进程中的“轨道”引领和基础保障作用,法治自身也须与时俱进,不断完善。

一、必须用系统思维,深入推进全面依法治国,使得法治更好服务于新时代中国特色社会主义事业

首先,要把法治放在“四个全面”的战略布局中来考量、来设计、来落实。习近平总书记指出:“没有全面依法治国,我们就治不好国、理不好政,我们的战略布局就会落空”,这说明法治在国家战略布局中的重要地位。这是一方面,另

一方面,必须处理好全面依法治国与其他三个全面之间的关系,充分发挥法治的基础性保障作用。习近平总书记指出:“要把全面依法治国放在‘四个全面’战略布局中来把握,深刻认识全面依法治国同其他三个‘全面’的关系,努力做到‘四个全面’相辅相成、相互促进、相得益彰”。

其次,用系统思维方式,牢牢抓住建设中国特色社会主义法治体系这一“牛鼻子”,纲举目张,落实全面依法治国的各项工作布局,更好服务于全面推进中国特色社会主义的伟大事业。习近平总书记指出:“我们既要善于总体谋划,又要注重牵住‘牛鼻子’……既对全面推进依法治国作出系统部署,又强调以中国特色社会主义法治体系为总目标和总抓手”。十八届四中全会作出《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,我们正在努力建设和逐步形成中国特色社会主义法治体系,包括完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系、完善的党内法规体系,更好地为党执政兴国建设中国特色社会主义服务。

二、正确处理改革与发展的关系,做到重大改革,立(修)法先行,于法有据;同时,法治建设也要与时俱进,适合时代变化,使得法治更好服务于中国式现代化事业

当前,世界百年之未有大变局加速演进,世纪疫情的影响仍在蔓延,世界进入新的动荡变革期。可以想见,中国式现代化事业推进过程中会遇到前所未有的困难、前所未有的挑战。二十大报告指出:“我国改革发展稳定面临不少深层次矛盾躲不开、绕不过……我国发展进入战略机遇和风险挑战并存、不确定难预料因素增多的时期,各种‘黑天鹅’、‘灰犀牛’事件随时可能发生”,而这一切,我们唯有一方面进一步深化改革,另一方面不断完善抵御风险的法治保障机制。二十大报告中提到的“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法”,就是为了健全这方面法治保障机制。“重点领域”——例如为了应对诸如百年不遇突如其来的新冠肺炎疫情,我们要制定或修订防疫管理、药品管理、基本医疗卫生、公共卫生事件应急管理等方面的法律。这方面,我们已经制定了《公共卫生与健康促进法》《疫苗管理法》等,但有些条款已不太适应新的公共卫生事件应急处置和管理的需求,需要修订。“新兴领域”——例如当今世界新技术、新应用方兴未艾,数字经济、互联网金融、大数据、云计算、人工智能等快速发展,催生一系列新业态新模式,提出许多法律问题,需要我们及时跟进,加快立法,以规范和保障它们的健康发展。这方面我们已经制定了《网络安全法》《个

人信息保护法》《数据安全法》，但还远远不够，需要进一步完善，且已有法律随着新业态的发展，也要进一步修订。“涉外领域”——随着国力增强，我国正在快速走近国际舞台的中央，我们与世界其他国家之间贸易、投资、交往日益频繁，应对美西方对我国的打压遏制，涉外法治建设显得尤为重要。近年来，我国涉外立法取得了重大成绩，先后制定了《外商投资法》《出口管制法》《国际刑事司法协助法》《反外国制裁法》等多部法律，但距离形成系统完备、衔接配套的涉外法律规范体系尚有差距，专门性涉外法律和其中的涉外条款还存在薄弱点，需要进一步补充完善。

三、深入贯彻“以人民为中心”发展思想，充分发挥法治“固根本、稳预期、利长远”的保障作用，切实增强人民群众在中国式现代化事业成就中的获得感和幸福感，从而全身心投入中华民族伟大复兴的事业中去

我们建设中国式现代化事业，实现中华民族伟大复兴，归根结底是为人民谋幸福，为民族谋发展。要用法律形式确立人民在中国式现代化进程中的主体地位，坚持发展为了人民、依靠人民，发展成果由全体人民共享，把实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益作为中国式现代化事业的根本目的。

二十大报告指出：“中国式现代化是全体人民共同富裕道路现代化……坚持把实现人民对美好生活的向往作为现代化建设的出发点和落脚点”。

在中国式现代化进程中，要不断完善相应的法律机制，确保人民通过各种途径和方式管理国家事务、管理经济和文化事业、管理社会民生和保障事务。

在中国式现代化进程中，要不断完善保护公民权利的法律体系，并通过高效的法律实施体系、严密的法治监督体系和有力的法治保障体系，确保全社会公平正义价值的实现。习近平总书记指出：“全面依法治国，必须紧紧围绕保障和促进社会公平正义来进行。公平正义是我们党追求的一个非常崇高的价值，全心全意为人民服务的宗旨决定了我们必须追求公平正义，保护人民权益，伸张正义”。《民法典》的颁布和实施就是更好保护公民权利的显著例证，《民法典》被称为公民权利保护的百科全书。

在中国式现代化进程中，要不断健全法制，确保共同富裕目标的实现，确保现代化的成果由全体人民共享。孔子曰：“不患寡而患不均，不患贫而患不安”，孟子曰：“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”。我们在 2021 年已经消灭绝对贫困，实现了全面小康，达成了第一个一百年的奋斗目标，在奋斗第二个一百年目标的现代化进程中，更要以法律形式确保全体人民共同进入现代化的队列，真正实现共同富裕。

中国式现代化:科学社会主义最新创造性 的重大理论成果*

党的二十大提出以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴,概括了中国式现代化的五大特色,揭示了中国式现代化的本质要求,提出了分两步走全面建成中国式现代化强国的战略安排和总体目标,明确了建设中国式现代化必须坚持的五大原则,系统阐述了中国式现代化理论,这在我党的历史上是第一次。

中国式现代化理论,是在回顾近、现代中国史,总结新中国建立以来社会主义革命和建设实践,尤其是改革开放以来中国特色社会主义实践的经验基础上,根据马克思主义基本原理,结合进入新时代的中国国情和国际环境,创造性提出的具有中国特色的现代化理论,是科学社会主义最新具有原创性的重大理论成果。

一、新中国成立以来,我国社会主要矛盾的变化和现代化建设的三个阶段

人类社会不同的历史发展阶段都有不同的社会主要矛盾,抓住了主要矛盾,就抓住了事物的关键。“秉纲而目自张,执本而末自从”。习近平总书记指出:“党的百年奋斗历程告诉我们,党和人民的事业能不能沿着正确的历史方向前进,取决于我们能否正确认识和把握社会主要矛盾、确定中心任务”。新中国成立后,不同的社会发展阶段,其主要矛盾也不同,因此,我们社会主义事业奋斗目标也不同。

第一阶段:新中国成立后至改革开放前的探索阶段。新中国刚建立时,我们面对一个经过多年战争千疮百孔、一穷二白、工业经济比重很低的落后的农业国家,党和政府的主要任务是恢复经济,建立一个独立的国民经济体系。这个时期的社会主要矛盾是建设一个先进的工业国与落后的农业国现状之间的

* 本文 2023 年 3 月发表于国家重点新闻网站“中国网”,2023 年 3 月 21 日学习强国平台转发,2023 年 3 月 28 日浙江党建网(党媒头条栏目)转发,2023 年 3 月 29 日国际在线转发,2023 年 8 月 11 日学习强国平台再次转发。2024 年 8 月 2 日起,中央广播电视总台三张网(央视、网广、国际在线)之央视新闻联播推出系列报道《奋力谱写中国式现代化新篇章——习近平总书记今年以来治国理政纪实》,与此联动,本文阅读量快速上升,国际在线阅读量已超过 250 万。2024 年 8 月 23 日,浙江省委十五届五次会议召开,浙江党建网当天在党史教育栏重发本文。

矛盾。1956年党的八大指出：“我们国内的主要矛盾，已经是人民对于建立先进的工业国的要求同落后的农业国的现实之间的矛盾，已经是人民对经济文化迅速发展的需要同当前经济文化不能满足人民需要的状况之间的矛盾”。在此之前，1954年召开的第一届全国人民代表大会，第一次提出要实现工业、农业、交通运输业和国防四个现代化的任务。1964年12月第三届全国人大第一次会议上，周恩来根据毛泽东的建议，在政府工作报告中首次提出，在二十世纪内，把我国建设成为一个具有现代农业、现代工业、现代国防和现代科学技术的社会主义强国和实现四个现代化目标的“两步走”设想。第一步，用十五年时间，建立一个独立比较完整的工业体系和国民经济体系，使中国工业大体接近世界先进水平；第二步，力争在二十世纪末，使中国工业走在世界前列，全面实现农业、工业、国防和科学技术现代化。但后来由于种种原因尤其是极左思潮的影响，现代化建设的进程受阻。虽然我们建立起了比较完整的工业体系和国民经济体系，但国民经济整体处在“短缺经济”状态，粮票、布票、肉票、油票、豆腐票、副食品票、煤饼票，百姓生活离不开各种票证。社会生产力总体水平不高，人民生活水平也普遍较低。

第二阶段：改革开放至进入新时代前的实践阶段。以党的十一届三中全会为标志，中国进入改革开放和社会主义建设新时期，党和国家的工作重心转移到经济建设上来。这个时期，社会主要矛盾已经转变为“人民日益增长的物质文化需要同落后的社会生产之间的矛盾”。邓小平同志以巨大的理论勇气和卓越的政治智慧带领中国人民开辟了一条中国特色社会主义现代化之路。1979年3月21日，邓小平在会见英中文化协会执委会代表团时说到：“我们定的目标是本世纪末实现四个现代化。我们的概念与西方的不同，我姑且用了新说法，叫做中国式的四个现代化”。1982年9月，邓小平在党的十二大开幕词中指出：“我们的现代化建设，必须从中国实际出发。无论是革命还是建设，都要注意学习和借鉴外国经验，但是照抄照搬别国经验，从来不能得到成功”。根据邓小平的设想，党的十二大提出了到本世纪末工农业总产值翻两番，使全国人民物质文化生活达到小康水平。1987年4月，邓小平明确提出现代化建设“三步走”的战略目标：第一步在八十年代翻一番，人均国内生产总值达到500美元；第二步到本世纪末再翻一番，达到1000美元，进入小康社会；第三步，在下个世纪用30至50年时间再翻两番，大体上人均4000美元，达到中等发达国家水平。在邓小平理论和“三个代表”重要思想指引下，我国经济社会快速发展，到上世纪末，前两步目标基本实现。进入二十一世纪，我们在科学发展观指引下继续推行改革开放政策，实行社会主义市场经济体制，中国现代化建设取

得重大成就,实现了经济总量跃居世界第二,实现了人民生活总体小康。

第三阶段:以党的十八大召开为标志,中国特色社会主义进入新时代,现代化建设迈入在系统理论指导下的全面提升阶段。这个时期,作为世界第二大经济体的中国,不能再将我们的生产界定为“落后的社会生产”,且人民的需求也发生了变化,中国社会的主要矛盾随之变化。习近平总书记指出:“中国特色社会主义进入新时代,我们社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要与不平衡不充分发展之间的矛盾”。根据这一主要矛盾的变化,习近平总书记以马克思主义政治家、思想家、战略家的远大目光、非凡魄力,统筹中华民族伟大复兴的战略全局和世界百年未有之大变局,深刻总结和分析中国特色社会主义建设的实践,深入探索新时代建设什么样社会主义现代化强国、怎样建设社会主义现代化强国,提出了一系列新的发展理念和新的战略,终于在党的二十大形成了系统的中国式现代化理论。

习近平指出:中国式现代化既有各国现代化的共同特征,更有基于自己国情的鲜明特色。党的二十大报告概括了中国式现代化是人口规模巨大的现代化、是全体人民共同富裕的现代化、是物质文明和精神文明相协调的现代化、是人与自然和谐共生的现代化、是走和平发展道路的现代化五方面的中国特色。这五大特色与“创新、协调、绿色、开放、共享”五大新发展理念紧密相联、相互呼应,也是解决当前我国社会主要矛盾的深层次规律性探索。

二、中国式现代化理论,是对科学社会主义的重大贡献,是人类社会进入二十一世纪科学社会主义发展的最新创造性的重大理论成果

(一)中国式现代化探索了一条没有经历过资本主义社会发展阶段的社会主义国家走向现代化的新路子。

按照马克思历史唯物主义观点,人类社会一般发展规律,是从原始社会、奴隶社会、封建社会发展到资本主义社会,资本主义社会通过实现高度发达的商品经济,进入其高级阶段帝国主义社会,然后,无产阶级通过革命手段夺取政权,在几个高度发达的帝国主义国家同时建立社会主义。列宁同志发展了马克思主义,认为社会主义可以在帝国主义列强的某个薄弱环节在一个国家首先产生,这就是前苏联。毛泽东同志进一步发展马克思主义,根据中国社会的具体国情,提出“农村包围城市、武装夺取政权”的思想,领导中国人民推翻了帝国主义、封建主义、官僚资本主义三座大山,在一个半殖民地半封建的旧中国建立了社会主义新中国。正因为我们没有经历过资本主义社会及其高级阶段帝国主义社会这一社会发展阶段,没有经历过工业经济和商品经济(或市场经济)充分发育、物质财富相对丰富这一现代化生产的社会形态,所以新中国

建立后的相当一段时间并没有高于西方资本主义发达国家的生产力，人民生活也并没有这些发达国家富裕。但是中国社会主义为什么并没有像前苏联、东欧社会主义国家那样垮掉，甚至，还发展得欣欣向荣蒸蒸日上，成为世界第二大经济体，是因为我们创立了中国特色社会主义理论，探索出了中国特色社会主义道路。这条道路归纳起来，就是坚持中国共产党领导、坚持人民民主专政、坚持公有制为主体多种经济成分并存共同发展、坚持实行社会主义市场经济等等。但我们坚持多种经济成分(包括民营经济)共同发展、坚持实行社会主义市场经济，与马克思经典著作所描述的社会主义是不一样的。在《共产党宣言》等经典著作中，社会主义国家一旦建立，就消灭了生产资料私有制、消灭了商品经济。邓小平结合中国国情，探究怎样建设中国特色社会主义，大胆提出，市场经济不是资本主义所特有的，社会主义也可以搞市场经济。这一论断完善了科学社会主义理论。尽管我们经过几十年改革开放，生产力有了很大发展，人民的生活有了很大提高，但我国仍处在社会主义初级阶段，仍是世界上最大的发展中国家，这一基本国情没有变，所以，我们仍然坚持实行社会主义市场经济，坚持两个“毫不动摇”。我们的现代化路子，就是在这样的基本国情下经过不断的探索走出来的。

(二)中国式现代化探索出了一条有着多个民族、人口数量特别巨大、人均资源占有量相对较低的国家，人与自然和谐共生、人民共同富裕的现代化发展路子。

在中国这样的国情下建设现代化，还要做到人与自然和谐共生、人民共同富裕，是马克思、恩格斯创立科学社会主义时所未遇见也未论证过的。中国共产党人从国情出发，大胆探索，不断完善，硬是闯出了一条中国式现代化的路子。

我国是一个多民族的国家，各个民族的文化传统、风俗习惯有所不同，经济社会发展水平也不一样。推进中国式现代化进程，一个民族也不能落下。党的十八大以来，习近平总书记站在中华民族伟大复兴的战略高度，围绕统一的多民族国家的民族团结和各民族共同发展的事业，提出了一系列新理念新思路。习近平总书记指出：“加强民族团结，根本在于坚持和完善民族区域自治制度”，而要巩固民族区域自治制度，关键在于帮助自治区域发展经济、改善民生。我们如期打赢脱贫攻坚战，一个民族没落下，就是这一制度优势的体现。我们有足够的理由相信，在全面建设社会主义现代化社会主义强国的进程中，每个民族既共同奋斗又共享成果，一体实现中华民族伟大复兴。

我国还是一个人口大国，人口数量位居全球第一第二，人均资源占有量相对较低。在这样的国情下，如何做到合理开发利用资源满足现代化建设的需

要,绝非易事。习近平总书记强调:“要完整、准确、全面贯彻新发展理念,坚持把节约资源贯穿于经济社会发展全过程、各领域,推进资源总量管理,科学配置、全面节约、循环利用,提高能源、水、粮食、土地、矿产、原材料等资源利用效率,加快资源利用方式根本转变”。在习近平经济思想、生态文明思想指引下,这些年,我们的资源利用效率逐年提高。2014年以来,我国单位国内生产总值能耗累计降低20%,以年均约2.9%的能源消费增长支撑了年均6.2%的国民经济增长。生态环境不断优化,正在朝着人与自然和谐共生的目标不断迈进。

我国幅员辽阔,东西部发展差距较大,城乡居民收入差距也不小,加上多种经济成分和多种分配方式并存,要实现共同富裕难度不小。习近平总书记强调,共同富裕是社会主义本质要求。总书记还讲:“中国要实现共同富裕,但不是搞平均主义。先是要把‘蛋糕’做大,再通过合理的制度安排把‘蛋糕’分好。‘水涨船高、各得其所’,让发展成果更多更公平惠及全体人民”。改革开放以来,按现行贫困标准计算,中国7.7亿农村贫困人口摆脱贫困;贫困地区农村居民人均可支配收入从2013年的6079元增长到2020年12588元,年均增长11.6%。相信随着经济总量不断提升和各项政策的具体落实,共同富裕肯定会越做越好。在中国式现代化进程中,全体人民的获得感、幸福感会越来越多。

(三)中国式现代化为其他发展中国家实现现代化提供了新模式、新路径。

一直以来,国际上一直有种错误的论调,国内也有一种模糊的认识,似乎现代化只有一种模式,就是西方式。其实,每个国家的自然环境、资源条件、人口状况、文化传统、宗教信仰等多有不同,硬把一个或者几个国家的现代化模式植入到另一国家,并不合适,有时还适得其反。比如,美国用武力推翻伊拉克萨达姆政权后,把美国的这套所谓的现代化国家的治理模式植入到伊拉克,不但没有使伊拉克变成像美国这样的现代化国家,反而,带来了无穷无尽的战乱、饥荒,人民民不聊生,政府苦不堪言。

每个国家,都有权从自己的国情出发,探索适合的现代化发展之路。中国式现代化,既遵循世界各国现代化的一般规律,借鉴吸收人类社会优秀的文明成果,同时深深扎根于中华优秀传统文化的土壤,结合了中国革命和建设的实践经验,融入了改革开放以来中国特色社会主义建设的规律性认识,呈现了一种不同于西方国家现代化模式的新范式,是一种崭新的人类文明形态。

习近平总书记指出,中国式现代化打破了“现代化=西方化”的迷思,展现了现代化的另一幅图景,拓展了发展中国家走向现代化的路径选择,为人类对更好社会制度的探索提供了中国方案。

论中国式现代化的文化底蕴： 以我为主、兼容并蓄的中华文明的包容性^{*}

6月2日，习近平总书记在北京出席文化传承发展座谈会讲话时指出：“中国式现代化赋予中华文明以现代力量，中华文明赋予中国式现代化以深厚底蕴”，阐述了中华文明五大突出特性，包容性是其中一大特性。

纵观中华文明五千年波澜壮阔的历史，包容性成了中华民族之所以成为多民族和睦共处、相互融合，中华文明之所以五千年不中断、绵延发展至今的重要因素。

一、中华民族是以汉族为主体、以汉文化为本源，不断吸纳其他民族并兼容其文化的基础上逐步从少到多、从小到大、从弱到强多民族共生共存共同发展成为一个整体的民族

据史料记载，中国历史上因战争、迁徙等原因有过三次民族大融合，各民族先后纷纷接受汉文化习俗，融入汉文化体系，最终形成了中华民族大家庭。

第一次大规模融合发生在从夏商周直至秦朝统一中国，华夏四夷融合为汉族，西汉王朝的建立标志着汉族的真正形成。

远在夏商周时期，华夏大地布满了古羌、夷、苗蛮、巴蜀、百越等几大种族群体。西周王朝在镐京（今西安）定都建国后，自认为夏朝继承者，自称为“夏人”“华夏”，将四周的民族称为“东夷”“北狄”“西戎”“南蛮”，统称“四夷”。西周国力强盛，四方诸侯纷纷臣服。西周建立了礼乐制度，影响了中国数千年。中国一直被称为“礼仪之邦”，与此相关。春秋战国时期，各国争霸，战争频发，人口多次大规模迁徙，文化不断相互交融，“四夷”渐渐融入了华夏文明。该时期诸子百家著书立说，形成争鸣之势，促进了文化繁荣。秦国征服六国，建立大一统的中央集权的地方郡县治理制度。该制度作为封建社会基本的国家治理制度，延续了二千多年（隋朝始改称为州县），为文明传承奠定了坚实的政治基础。秦

^{*} 本文2023年7月发表于国家重点新闻网站“中国网”，2023年8月14日学习强国平台转发。本文被中国行业报协会收录学习，全文交新华社做进一步安排。2023年11月3日，协会做成学习摘要，以新标题《中华文明具有以我为主兼容并蓄的包容性》再次发表在学习强国平台。2023年11月20日新华财经转发，2023年11月21日半月谈转发，2024年2月5日新华社新华网转发，迄今，新华网阅读量已突破205万。2024年5月12日，人民论坛网转发。

朝统一文字、度量衡,对文明传承起到重要作用。汉朝是我国历史上第一个强大而又稳定的封建王朝,疆域不断拓宽,汉武帝征服了南越、东越、巴蜀,开辟了河西走廊,百越各族、羌族进一步融入华夏族。汉武帝罢黜百家、独尊儒术,确立了儒教的正统地位。这一地位在整个封建时代未曾根本动摇,儒家文化在汉朝以后不断有发展,成为中华优秀传统文化重要组成部分。汉朝是当时世界上最先进、文明和强大的帝国。自汉朝始,华夏族被逐渐称为汉族,此后朝代虽有更迭,但汉族名称未曾改变,汉族作为中国主体民族的地位未曾改变。

第二次大规模融合发生在魏晋南北朝时期,史称“五胡入华”,而隋朝再次统一国家,唐朝的繁荣强盛大大巩固了此次融合。

魏晋时期,北方的匈奴、鲜卑、羯、羌、氏等游牧民族大规模进入中原地区。他们不断学习汉文化,吸收并接受汉人习俗,开始形成第二次大规模民族融合。北方先后出现十六个政权,史称“五胡十六国”,战乱不止。到了南北朝,鲜卑族拓跋氏统一十六国,建立北魏。北魏孝文帝由属汉族的冯太后抚养长大,受汉文化影响较深,大力推行汉化政策,在文化语言方面禁止使用鲜卑复合语,改用单音节汉语,将鲜卑人的复姓改为汉人单姓,建孔庙祭孔子。《魏书·咸阳王禧传》记载孝文帝言:“今欲断诸北语,一从正音。其年三十已上,习性已久的,容不可猝革。三十已下,见在朝廷之人,语音不听仍旧;若有故为,当加降黜”,如此一来,使得鲜卑族和进入中原地区的其他民族逐步融入汉族。隋朝统一国家,使得这一融合更加巩固,尤其是到了唐朝,唐太宗认为:“中国百姓,实天下之根本,四夷之人,乃同枝叶”。因国家强盛,文化繁荣,各民族之间交流十分频繁,各少数民族更是认同并接受汉文化。当然,西域地区少数民族的音乐、舞蹈、服饰、骑马、射击等文化也广为汉人接受,实现了各民族文化、艺术的大认同、大融合。正如习近平总书记所言:“展开历史长卷,从赵武灵王胡服骑射,到北魏孝文帝汉化改革;从洛阳家家学胡乐,到万里羌人尽汉歌;从边疆民族习用上衣下裳、雅歌儒服,到中原盛行上衣下裤、胡衣胡帽,以及今天随处可见的舞狮、胡琴、旗袍等,展现了各民族文化的互鉴融通”。

第三次大规模融合发生在唐朝灭亡直至清朝。随着国家统一、疆域拓宽、北方民族与汉族逐步同化、西南地区民族也渐渐接受汉文化纳入汉文化地区,各民族和谐相处、共同繁荣的中华民族大家庭真正建立。

唐朝灭亡后,契丹族在北方建立辽国,制定“因俗而治”原则,实行南北两套官制,以汉治汉、以夷治夷,并不断吸收使用汉文化和礼仪习俗,契丹族最终汉化了。金朝在灭辽、北宋后,使用大量汉人官员,并允许继续使用宋朝的官

名、服饰,后又大规模把女真族从东北迁往中原,本意图用女真族文化征服汉文化,结果反之。经过两代皇帝后,金朝统治者也爱上汉文化。第三代皇帝金熙宗要求女真族融入汉文化,并在儒家思想基础上编撰了《皇统新制》,大力推行以儒家为代表的汉文化。元朝建立后排斥汉族官僚进入核心层,推行汉法不彻底,但元朝消灭南宋时割据局面,为多民族共存的统一国家的建立打下了基础。明朝时,蒙古族、女真族(明朝末年改称族名为满洲,为容易记得,后称为满族)因北方生活条件艰苦纷纷南下,政府采取较为宽厚的政策接纳他们。同时,政府在西南地区完善土司政策并对少数地方实施改土归流政策,使得本来较为紧张的民族关系得到缓和或者稳定,汉文化也得以一定程度的推广。清朝建立后,从皇帝开始学习汉文化,汉文化得到迅速推广。据史学家阎崇年介绍,康熙5岁始学《三字经》《百家姓》《千字文》《千家诗》,17岁请人讲“四书”“五经”,且用汉字批奏折。乾隆皇帝一生用汉文写了四万多首诗,虽留传下来不多,但足见其对汉文化的热衷。因满族一以贯之地积极学习汉文化,到清朝晚期,满族与汉族基本上已没什么大的区别,其他各民族也进一步与汉族融合。清朝还在外交上第一次使用中国国名(1689年中俄两国签订的《尼布楚条约》)。清末梁启超提出“中华民族”概念。

至此,经历朝历代各民族之间相互交流融合,中华民族正式形成,而中华优秀传统文化也形成了一个以汉语为载体包括哲学与宗教、伦理与道德、文学与艺术等在内的完整的文化思想体系,在与其他文化交流交融过程中彰显了不可取代的主体性和强大的整合功能。

二、中国古代从“佛教东传”到“三教合流”,从文明互通到文明互融,充分体现了中华文明的开放性、包容性,同时也大大促进了这一文明的发展和繁荣

习近平总书记指出:“中华文明具有突出的包容性,从根本上决定了中华民族交往交流交融的历史取向,决定了中国各宗教信仰多元并存的格局,决定了中华文化对世界文明兼收并蓄的开放胸怀”

(一)从“佛教东传”到“三教合流”

众所周知,佛教最初是东汉时期从印度传入的,后来又有唐朝玄奘取经,佛教影响力进一步扩大。佛教传入我国后,又不断地与中国传统文化相交融、相融入,产生了具有中国特色的佛教宗派——禅宗、天台宗、华严宗。后佛教又与中国传统宗教——道教从对峙到交往到合流,尤其是与儒家文化碰撞、交流,到了宋朝三教渐趋融合,产生了程朱理学,这是三教合流的典型标志。

“三教合流”这种包容性的宗教文化在古代名著中也有所体现。如在《西游

记》中,唐僧西天取经,观音菩萨一路保佑,遇到孙悟空都不能解决的凶险妖灾时,常会出现观音菩萨,历经千难万险,终于见到如来佛祖,取得真经。然而,《西游记》中也出现了太上老君、玉皇大帝、太白金星等道教代表人物。而悟空一名,更兼具佛、道两教教义。而《西游记》很多体现人情世故的故事,则有儒家文化元素隐舍其中。

又如在《红楼梦》中,据红学家土默热的研究,“书中表现的宗教活动和宗教思想有着三教合流的深刻印记,特别是‘庄禅’思想的影响十分深刻”,而“庄禅”思想是“佛教禅宗思想与老庄玄学思想杂交的独特宗教教义”;“在多数场合,出场的出家人往往僧道不分,亦僧也道。《红楼梦》书中开篇就出现的‘茫茫大士、渺渺真人’就是一个和尚、一个道士”。而在贾府以贾母为代表的治家理念则更多体现的是儒家文化。

(二)从文明互通到文明互融

中华民族既对外交流自身的文明,也从来不排除外来文明,对外来文明的优秀元素采取欣赏、借鉴、吸收和融入的态度,这使得中华文明内容更加丰富、形式愈加生动。

此处,举几例加以说明:

1.张骞出使西域,开辟了从长安,经河西走廊、新疆至中亚、西亚,直抵欧州罗马的通道,世称“丝绸之路”。“丝绸之路”的开通,不仅促进了沿路地区的贸易往来,也大大增进相互之间的文化交流和交融。西域的核桃、葡萄、石榴等十种植物逐渐在中原栽培,汗血马进入中原,乐曲、胡琴、杂技及西域风采的舞蹈丰富了汉族人民的文化生活。汉族人民带去的不仅仅是丝绸,更有与丝绸相关的文化,还有蚕丝技术、穿井术、冶炼及铸铁技术等,各民族的礼仪习俗也得以交流,从而大大促进了人类文明的进步。

2.鉴真东渡日本,促进中日文化及宗教交流。公元742年,日本留学僧荣睿、普照到达扬州,请求鉴真大师东渡日本传授真正的佛教。经历五次失败,鉴真第六次东渡终于成功。鉴真大师不仅为日本佛教界带去佛经,主持重大佛教仪式,而且为日本医界送去医书,指导日本医生鉴定药物,还向日本传播唐朝的建筑技术、雕刻艺术,设计并主持修建了唐招提寺。

3.郑和下西洋,开辟海上丝绸之路。明朝时期,从公元1405年至1433年,郑和七下西洋,前后一共到访印度洋沿岸30多个亚非国家,不仅将中华民族的农业种植、建筑与雕刻、绘画、医学等技术,还将儒家思想、典章制度、文教礼仪带给这些国家,同时也将这些国家相关文明成果带回中国。如吸收阿拉伯人的一些

航海技术,又如从阿拉伯国家带回很珍贵的《古兰经》版本,每次出海都有伊斯兰活动,并获得朝廷认可,对伊斯兰文化在中国的传播起到了重要的促进作用。

此外,二千多年来,佛教、伊斯兰教、基督教、天主教等宗教相继传入中国,与中国本土的道教、儒教和谐相处、各自发展,也进一步印证了中华文明的包容性。还是习总书记讲得好,“中华文明是在中国大地上产生的文明,也是同其他文明不断交流互鉴而形成的文明”。

三、以更加开放、包容的姿态,借鉴吸收人类一切优秀文明成果,同时以守正创新的精神,积极推进中华文明现代化,创造人类文明新形态,全面推进中国式现代化事业

(一)“两个结合”既体现了中华优秀传统文化与马克思主义基本原理的契合性,同时又赋予以中华优秀传统文化为基本内核的中华文明以新的时代使命,从而为我们面向未来的理论创新和制度创新提供了源源不断的宝贵资源。

习近平总书记指出:“马克思主义哲学深刻揭示了客观世界特别是人类社会发展的规律,在当今时代依然有强大生命力,依然是我们共产党人前进的强大思想武器”,但马克思主义哲学是科学的世界观和方法论,而不是教条。诚如恩格斯所言“马克思的整个世界观不是教义,而是方法。它提供的不是现成的教条,而是进一步研究的出发点和供这种研究使用的方法”。当然马克思主义作为理论体系,还包括马克思主义政治经济学和科学社会主义。但马克思主义作为一种理论要成为一种思想武器或行动指南,必须与一个国家的具体实际和文化相结合。在马克思主义中国化的过程中,在“两个结合”之下,产生了三次“飞跃”。第一次是毛泽东思想;第二次是中国特色社会主义理论;第三次就是习近平新时代中国特色社会主义思想。仔细研究可以发现,马克思主义理论与中华优秀传统文化有许多契合点。如马克思倡导的解放全人类与中华优秀传统文化中的“天下大同”理念,马克思唯物辩证法与中华传统理念中的“物极必反”“否极泰来”,马克思矛盾原理与中国古代“阴阳相生相克”理念,马克思所提出的一切都会随着时间、环境、条件的变化而变化与《周易·革卦》中“天地革而四时成”,马克思主义的人民性与中国古代圣贤所倡导的“以人为本”等,均具有高度的契合性。诚如习近平总书记所讲“马克思主义与中华优秀传统文化来源不同,但彼此存在高度契合性。相互契合才能有机结合”。这种契合本身也充分体现了中华文明的包容性。

然而,人类社会已进入二十一世纪,我们国家也跨入新时代,国际国内形势发生了重大变化,“百年未有之大变局”加速演进,这既给我们提供了新的发

展机遇,也带来了十分严峻的挑战。所以,我们也须与时俱进,不断创新,努力创造中国式现代化的新文化形态。好在“两个结合”为文化创新打开了空间。习总书记指出:“‘结合’打开了创新空间,让我们掌握了思想和文化主动,并有力地作用于道路、理论和制度。更重要的是,‘第二个结合’是又一次思想解放,让我们能在更广阔的文化空间中,充分运用中华优秀传统文化的宝贵资源,探索面向未来的理论和制度创新”。

早期的现代化理论,是以欧美国家的认知去解释传统与现代的关系,也是以欧美国家科技文明、人文制度、社会结构以及治理手段和方法去理解现代化的标准和模式,这样一来,非西方国家如要走现代化道路,就得抛弃本国传统文化。而中国式现代化提供了一种不同于西方国家的新模式。这一现代化从源远流长的中国历史中走来,从波澜壮阔、丰富生动的改革开放实践中走来,蕴含着非常深厚的中华优秀传统文化的底子。这一现代化的实践,会不断创造新的中国经验、新的时代理论。诚如习总书记所指出的“要坚定文化自信,坚持走自己的路,立足中华民族伟大历史实践和当代实践,用中国道理总结中国经验,把中国经验提升为中国理论,实现精神上的独立自主”

(二)以全球文明倡议为号召,以文明交流互鉴为抓手,在“一带一路”基础上大力推进人类命运共同体的建设。

习近平总书记指出:“回顾历史,只有中华民族这样的具有开放包容胸怀的民族,才会容纳世界不同文明在此交融交汇。今天,我们要铸就中华文化新辉煌,就要以更加博大的胸怀,更加广阔地开展同各国的文化交流,更加积极主动地学习借鉴世界一切优秀文明成果”。文化是一个民族生存和发展的精神载体,是一个国家的软实力。一个国家的独立,文化独立是一个重要标志;一个国家的强大,文化实力的提升是一个重要方面。习总书记指出:“没有中华文化繁荣兴盛,就没有中华民族伟大复兴”。改革开放以来,随着经济、科技、国防建设的快速发展,我国的国际地位不断提升,已经到了文化应该走出去也可以走出去的时候。习总书记讲:“要更好推动中华文化走出去,以文载道、以文传声、以文化人”,讲好中国故事,塑好中国形象,同时与世界上的其他文明进行交流互鉴,促进人类文明共同繁荣。

2023年3月15日,习近平总书记在中国共产党与世界政党高层对话会上,提出了“全球文明倡议”,这是继2021年9月21日在第七十六届联合国大会一般性辩论上提出“全球发展倡议”、2022年4月21日在博鳌亚洲论坛开幕式主旨演讲中提出“全球安全倡议”后提出的第三个全球性质的倡议,是支

撑人类命运共同体的三大柱石。

尊重和保護世界文明的多样性是全球文明倡议的重要内涵。因语言文化、宗教信仰、生活习俗等的不同,不同地区各个国家的文明呈现出不同的样态。世界上有 200 多个国家和地区、2500 多个民族,存在多种宗教,不可能只呈现一种文明形态。习总书记指出的“文明是多彩的,人类文明因多样才有交流互鉴的价值”。中国以一种开放的姿态,积极与不同国家进行文明文流互鉴,以文明交流超越文明隔阂、文明互鉴超越文明冲突、文明包容超越文明优越。据统计,截至 2021 年 12 月 31 日,全球共有 489 所孔子学院和 817 个孔子课堂,分布在世界 158 个国家和地区;10 年来,中国与美国、意大利、法国、希腊、西班牙、日本、韩国、缅甸、埃及、拉丁美洲等国家和地区互办文化(旅游)年,与英国共同举办纪念汤显祖和莎士比亚逝世 400 周年活动,与希腊共同建立中希文明互鉴中心,与 157 国家签署文化与旅游合作政府间文件,累计签署的文化交流执行计划 800 余个,在五大洲 44 个国家建立 46 个海外中国文化中心,进行广泛文化交流、文明互鉴活动。

各个国家地区经济社会发展水平不同步,其文明也处于不同阶段,有的还处于农耕或者游牧文明阶段、有的处于工业文明阶段,而一些发达国家则已进入信息和智能社会阶段。同时,各个国家社会制度和价值理念不同,文明的社会形态也各有不同,但文明“没有高低、优劣之分”。正如习总书记所讲“文明是平等的,人类文明因平等才有交流互鉴的前提”。古代中国开辟了陆上和海上丝绸之路,与许多国家进行友好交往,从来不视自己的文明高人一等,今日之中国更是如此,从未将自己的社会制度和价值体系强加给其他国家。

当今世界正面临百年未有之大变局,少数西方国家搞单边主义、搞阵营对垒、搞极限施压,甚至搞脱钩断链、封锁围堵,给全球的和平与发展带来严峻挑战,在此情形下,习近平总书记提出的人类命运共同体建设显得尤为重要,体现了“天下大同、协和万邦”中华优秀传统文化。而在人类命运共同体建设过程中,文明交流互鉴是一个重要纽带。我们一直以一种包容的姿态与世界各国进行文明交流互动,主张不同文明之间的平等对话、互学互鉴,是“以和为贵”“和而不同”中华优秀传统文化理念的当今实践,必将促进各国经济交流与贸易合作,共同应对危机与挑战,推动世界经济复苏和文明繁荣。我们与“一带一路”国家的交流合作已经取得了显著成绩,必将在此基础上全面推进人类命运共同体建设。

克服政策解读的随意性 巩固法律预期的稳定性*

——营商环境的基石是法治化

去年3月13日,李强总理出席十四届全国人大一次会议举行的记者会时指出:“‘两个毫不动摇’是我国基本经济制度的重要内容,是长久之策,过去没有变,以后更不会变。确实,去年有段时间,社会上有一些不正确的议论,使一些民营企业家人心感到忧虑”。为什么一段时间内社会上有一些不正确的议论,似乎中央对民营企业的政策有所变化?是不是国家在实施“国进民退”?

实际上,自从党的十五大把“公有制为主体、多种所有制经济共同发展”确立为我国社会主义基本经济制度,明确提出“非公有制经济是我国社会主义市场经济的重要组成部分”,党的十六大、十七大、十八大、十九大、二十大均重申了“两个毫不动摇”的政策。党的二十大报告提出:“我们要构建高水平社会主义市场经济体制,坚持和完善社会主义基本经济制度,毫不动摇巩固和发展公有制经济,毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展,充分发挥市场在资源配置中的决定性作用,更好发挥政府作用”。

正确解读中央鼓励、支持民营经济发展的政策,相对比较容易;正确解读中央规范、引导民营经济发展的政策,不太容易。就后者而言,不仅要求民营企业和民营企业家人须正确解读,更要求政府相关职能部门和舆论媒体正确解读。李强总理提出的“忧虑”主要就是与去年以来一些媒体对中央规范、引导民营经济发展的政策解读不正确,与政府相关职能部门理解、落实中央政策不精准有关。

例如:前几年国务院相关职能部门对平台企业的垄断行为开出高额罚单,不少媒体进行大肆宣传,有些媒体借此挖苦、嘲讽知名的民营企业家人,认为这些资本家贪婪成性。曾几何时,这些民营企业家人风光无限,被媒体捧上神坛,可是,一夜间从神坛跌落,成了不择手段捞取利益的“贪婪资本家”。这样的舆论

* 本文2023年10月23日发表于国家重点新闻网站“中国网”,2023年10月24日中国经济网转发,2023年10月30日人民日报客户端转发,2024年1月8日学习强国武汉学习平台转发。

氛围对民营企业家的安全感会产生负面影响,对他们发展民营经济的积极性会有重大挫伤。事实上,持续三年的疫情对民营企业的发展产生了深刻影响,民营企业面临前所未有的困难与挑战。回过头去,即使当时个别民营企业家个性有些张扬,讲话有些偏激、夸张,但如果我们这个社会能包容,那么给国际社会的印象是,中国对民营企业家还是很宽容的;对国内其他民营企业家的一种感觉是,国家是保护、鼓励民营企业发展的。因此,正确的、宽松的舆论氛围很重要。这样说,并不是对民营企业的经营行为不需要进行监管,对其违法行为不需要进行处罚,而是要就事论事、理性平和去对待和处理。这一过程一定要把握分寸、恰如其分,让民营企业感觉到哪怕被处罚,政府还是带着一种关爱之情,社会也是抱着一种包容的态度。习近平总书记在去年6月文化传承发展座谈会讲话时指出,中华文明有五大突出特性,“包容性”就是其中一大特性。唐朝是我国古代最开放包容的朝代,也是我国历史上最强盛的朝代之一。

大家可以观察到,自从中央提出“两个毫不动摇”的政策以来,中央文件未曾出现“资本家”这个词,更没有将民营企业家与传统理念中的资本家划等号。那么为什么媒体中出现“资本家”这一称呼,将少数知名的民营企业家称为“贪婪的资本家”?这与少数媒体人未能正确解读中央规范、引导民营经济发展的政策有关。

如针对前些年平台经济扩张过程中出现的一些不规范、过度扩张的行为,中央提出要防止资本无序扩张,这无疑是十分正确的,但中央并没有说资本不要扩张。资本不扩张,投资上不去,经济怎么发展?事实上,中央一直鼓励民营企业扩大投资,尤其是在国家鼓励的领域。国家也一再改善营商环境,压缩负面清单,清单以外的产业领域,民营企业与国有企业一样可以平等准入。可是有些媒体人就不能正确理解资本无序扩张与正常扩张的区分。

还有,即使民营企业在资本扩张过程中出现了一些不规范或者过度扩张的行为,政府相关职能部门也要审慎对待,不能刹车踩得太急、太猛,要给民营企业一个自我觉醒、自我纠错的机会,要相信绝大多数民营企业家还是有遵纪守法、准确执行中央政策的意识的,只要适当教育、引导,就能让这些曾经出现偏差的民营企业走上正确、规范、有序、健康的发展道路。

其实,以习近平同志为核心的党中央对民营企业、民营经济的政策一直没有变化。2018年11月,习近平总书记在民营企业座谈会上讲话时指出:“民营经济是我国经济制度的内在要素,民营企业和民营企业家是我们自己人。民营

经济是社会主义市场经济发展的重要成果，是推动社会主义市场经济发展的重要力量……在全面建成小康社会、进而全面建成社会主义现代化国家的新征程中，我国民营经济只能壮大、不能弱化，不仅不能‘离场’，而且要走向更加广阔的舞台”。在去年3月全国政协会议民建与工商联界联组会议上，习近平总书记再次强调：“党中央始终坚持‘两个毫不动摇’、‘三个不变’，始终把民营企业和民营企业家当作自己人。要引导民营企业和民营企业家正确理解党中央方针政策，增强信心、轻装上阵、大胆发展，实现民营经济健康发展、高质量发展”。总书记还指出：“要优化民营企业发展环境，破除制约民营企业公平参与市场竞争的制度障碍，依法维护民营企业产权和企业家利益，从制度和法律上把对国企民企平等对待的要求落下来，鼓励和支持民营经济和民营企业发展壮大，提振市场预期和信心”。

所以，有关职能部门和媒体一定要正确解读中央关于民营经济和民营企业的政策，不要过度解读，更不要误读。相对于政策而言，法律具有“固根本、稳预期、利长远”的效能。当我们对政策理解不透、把握不定时，须看看法律是怎么规定的。《中华人民共和国宪法》第十一条规定：“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分。国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理”。宪法是我们国家的根本大法，其所确立的社会主义基本经济制度是不会轻易改变的。2020年5月颁布的《中华人民共和国民法典》也对保护包括民营企业家在内的私人财产、合法收益等民事权益作出了相应规定，建立了对国家所有权、集体所有权、私人所有权予以平等保护的基本法律制度。

2020年第12期《求是》杂志刊登了习近平总书记的重要文章《充分认识颁布实施民法典重大意义，依法更好保障人民合法权益》，总书记指出：“各级政府要以保证民法典有效实施为重要抓手推进法治政府建设，把民法典作为行政决策、行政管理、行政监督的重要标尺，不得违背法律法规作出减损公民、法人和其他组织合法权益或增加其义务的决定。要规范行政许可、行政处罚、行政强制、行政征收、行政收费、行政检查、行政裁决等活动，提高依法行政能力和水平，依法严肃处理侵犯群众合法权益的行为和人员”。按理，行政行为的主要依据是行政法规，那么为什么总书记讲，要以颁布和实施民法典为重要抓手来推进法治政府建设。如果说宪法是最大的公法，那么民法就是最大的私

法。我国民法典是确立、保护自然人、法人和其他组织权利的基本法,规定了私权利的边界。政府机关履职时,只要不侵犯私权利,不越私权利的边界,那就是依法行政。

所以,有关部门和媒体,更应从宪法和法律的规定中,去解读政策。只要宪法和法律规定不变,政策就不会变到哪儿去。我们时常讲,要打造市场化、法治化、国际化的营商环境,其实最核心的是“法治化”。“市场化”和“国际化”是要靠“法治化”来固定的,“法治化”为营商环境的“市场化”、“国际化”提供了制度支撑,使得营商环境的“市场化”、“国际化”有了可掌控的标尺,有了可实施的制度保障。可以说,如果营商环境没有“法治化”,也就没有“市场化”和“国际化”。习近平总书记在多个场合讲话中指出:“法治是最好的营商环境”。“法治化”是营商环境最可靠的基石。

打造法治化的营商环境 建立保护新质生产力的法律体系 促进高质量发展*

中共中央政治局5月27日召开会议,审议《新时代推动中部地区加快崛起的若干政策措施》时指出,推动中部地区崛起是以习近平同志为核心的党中央作出的重大战略决策。会议强调,要充分发挥科教资源集聚的优势,坚持创新驱动发展,加强原创性科技攻关。要因地制宜发展新质生产力,加快构建现代化产业体系,做大做强实体经济,统筹推进传统产业转型升级、培育壮大新兴产业、谋划布局未来产业。

2024年1月31日,中共中央政治局就扎实推进高质量发展进行第十一次集体学习。中共中央总书记习近平同志在主持学习时强调:“发展新质生产力是推动高质量发展的内在要求和重要着力点,必须继续做好创新这篇大文章,推动新质生产力加快发展”,并高度概括了新质生产力的要义:“新质生产力是创新起主导作用,摆脱传统经济增长方式、生产力发展路径,具有高科技、高效能、高质量特征,符合新发展理念的先进生产力质态。它由技术革命性突破、生产要素创新性配置、产业深度转型升级而催生,以劳动者、劳动资料、劳动对象及其优化组合的跃升为基本内涵,以全要素生产率大幅提升为核心标志,特点是创新,关键在质优,本质是先进生产力”。应该说,“新质生产力”是我国社会主义事业进入新时代,根据生产力发展的新状态、新趋势而提出的一种崭新的生产力理论,是对马克思主义政治经济学又一重大理论贡献。

根据马克思主义政治经济学基本原理,生产力决定生产关系,生产关系反作用于生产力,生产力与生产关系是相互依存、相互作用的关系。随着生产力的发展,生产关系必然要相应地进行调整和变革。生产关系包括人们在进行生产活动时形成的经济关系、产权关系、劳动关系、分配关系等,其外在形态就是调节和影响生产活动的社会经济制度。改革开放以来,我国进行的一系列改革就是为了不断调整社会经济制度,以适应和促进生产力发展。

* 本文2024年5月11日发表于国家发展改革委主管的新媒体平台“中宏网”,2024年5月29日长江日报-长江网转发,2024年5月29日学习强国武汉学习平台转发。

一种新质态的生产力的产生和发展,必然要对相应生产关系进行调整,对与之相关联的社会经济制度进行改革。习近平总书记指出:“发展新质生产力,必须进一步全面深化改革,形成与之相适应的新型生产关系。要深化经济体制、科技体制等改革,着力打通束缚新质生产力发展的堵点卡点,建立高标准市场体系,创新生产要素配置方式,让各类先进优质生产要素向发展新质生产力顺畅流动。”

广大民营企业是发展新质生产力的重要力量。早在2018年11月1日民营企业座谈会上,习近平总书记就指出民营企业贡献了70%以上的技术创新成果。这就涉及到民营企业发展新质生产力的营商环境。因为与已经熟悉的传统产业相比,要发展新质生产力,形成新的产业形态、新的经营模式,民营企业须投入更长的时间、更大的投资、更多的人力物力。这就需要政府牵头各方共同努力建成一个长期稳定、可预期、有安全感的营商环境。

一、优化营商环境的着力点从简化商事程序转至对民营企业和民营企业权益的保护

诚然,这些年来,随着政府“放管服”改革的深入,尤其是2019年10月国务院《优化营商环境条例》的颁布,民营企业到政府部门办理商事登记、审批、许可等事务的程序越来越简便。无论是企业设立、变更、注销,还是产权登记,抑或是生产经营许可申请,借助互联网数字技术,从“最多跑一次”到“一次都不用跑”,政府部门办事效率大大提高,企业的获得感越来越强。在发展新质生产力的背景下,优化营商环境的着力点应该从简化商事程序转移至对民营企业和民营企业权益的保护上来。

值得庆幸的是,相关有关问题已经引起了政府及有关部门的重视。如2016年12月至2020年6月,人民法院通过审判监督程序纠正涉产权刑事冤错案件190起237人。又如,2024年3月30日,中央网信办发文,部署开展“清朗·优化营商环境—整治涉企侵权信息乱象”专项行动,重点整治无事实无依据凭空抹黑诋毁企业和企业家形象声誉、炮制传播虚假不实信息、敲诈勒索谋取非法利益、干扰企业正常生产经营秩序等问题,切实维护民营企业合法权益。

还有一点非常重要,那就是对民营企业家人身和财产安全的保障。一段时间以来,部分富裕阶层和民营企业主移民海外,原因肯定很多,但其中不少跟这些移民人士对自身的人身和财产缺乏安全感有关。对此,我们要深刻领会习

近平总书记 2018 年 11 月 1 日在民营企业座谈会上讲话精神。总书记强调:稳定预期,弘扬企业家精神,安全是基本保障,要保护企业家人身和财产安全,并指出:“对一些民营企业历史上曾经有过的一些不规范行为,要以发展的眼光看问题,按照罪刑法定、疑罪从无的原则处理,让企业家卸下包袱,轻装前进”。其实,自从党的十五大提出非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分以来,我国坚持“两个毫不动摇”的政策始终未变。

发展新质生产力,需要民营企业长时间的大投入,要让民营企业对这种投入及今后的产出有一种安全感,这就需要建立一整套保护民营企业合法权益、保障民营企业家人身和财产安全的法律制度,为民营企业提供更加稳定和可预期的法律环境,打造一个真正能让民营企业安心、放心的营商环境,从而增强他们对国家法治和政策连续性的信心。

二、优化营商环境的动力从主要依赖政策驱动转变为稳定民营企业等市场主体的法律预期

与西方资本主义国家不同的是,我国营商环境的建设从一开始就具有政府政策驱动的浓重色彩。这与我国市场经济的产生、发展历程有关。自改革开放以来,我们先是提出“计划经济为主、商品经济为辅”,后又改为“有计划的商品经济”,直至 1992 年党的十四大才明确提出我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制,从根本上解除传统计划经济理论的束缚。依靠生产要素的低成本和国家政策的强烈推动,我国的市场经济取得长足发展,但是随着生产要素成本的不断上升、政策红利多年持续释放,这种发展模式已经到了需要转变的时候。因为,与东南亚发展中国家相比,我国生产要素低成本优势不再明显甚至不再是优势,而四十多年的改革开放高速发展,普遍性政策红利几乎已经全部释放,接下来能够使用的红利政策大多限于某一个或者几个领域,且往往是短期性的,而这样的政策红利使得民营企业对生产经营成本的预期具有不确定性,从而就不可能有长期、大手笔的投资。尤其是中小型民营企业,因与政府沟通渠道并不十分畅通,对工商联、行业协会的影响也较小,有一种“人微言轻”的感受,在享受不到现实政策红利或者对未来政策红利的预期看不清、不看好的情形下,就不会进行长期、持续、有效的投资去扩大现有产业或尝试新的领域、新的产业。这也就是近年来尽管政府出台了不少政策,对鼓励民营企业投资起到了一定的促进作用,但民营企业的投资预期仍然偏弱的原因之一。

其实，一个成熟的市场经济不是靠时不时出台一些刺激经济发展的政策来维系的（那只能带来一些短期的效应，尽管作为一种权宜之计，有时也是必要的），而是依托给企业提供一个长期稳定、可预期的营商环境。维系这样的营商环境的制度主要是法律，而不主要是政策。这也就是习近平总书记在多个场合强调的“法治是最好的营商环境”。与政策相比，法律具有确定性、稳定性、可预期性，政府给企业搭建好这样一个长期稳定、法治化营商环境，对所有企业一视同仁。企业这样的环境中自主投资、自主经营，自己享受或承担经营成果，政府无须时不时地为企业提供“保姆式”的服务。习近平总书记指出：“我国社会主义法治凝聚着我们党治国理政的理论成果和实践经验，是制度之治最基本最稳定最可靠的保障”。法治是国家治理体系和治理能力现代化的重要依托，也是优化营商环境的基石。

三、进一步健全和完善知识产权保护法律体系，鼓励创新，保护创新成果，促进新质生产力发展

知识产权保护与新质生产力发展有着内在必然联系。设立知识产权制度的目的就是为知识创新成果确权，保护被确权的成果不受侵犯，从而鼓励创新、促进创新成果转化应用，创造新的更高的生产效益。习近平总书记指出：“创新是引领发展的第一动力，保护知识产权就是保护创新”，新质生产力的本质特征是“创新”，而知识产权制度的基本功效就是保护和鼓励“创新”。

这些年来，随着知识产权强国建设的推进，我国知识产权的数量和质量不断提升，促进了我国从制造大国迈向制造强国。我国 PCT 国际专利申请数量已连续五年居世界首位，而世界知识产权组织发布的《2023 年全球创新数据报告》显示，中国的创新能力综合排名从 2015 年的第 29 位提升至 2023 年的第 12 位。据国家统计局统计，我国技术合同成交额从 2012 年的 6437 亿元增长至 2023 年的 6.14 万亿元，信息通信研究院发布的报告指出我国数字经济规模从 2014 年的 16.2 万亿元增长至 2023 年的 56.1 万亿元，占 2023 年当年 GDP 总量的 44% 左右。

但是与此同时，也不得不承认我们的知识产权保护无论是制度层面还是实践层面均还存在一些缺陷，需要从立法、行政法和司法等多个维度加以完善。

在立法和制度完善的层面，我们要系统检查现有知识产权保护制度有哪些不适应促进新质生产力发展之处，及时进行修改和完善。例如：在技术日新月异的今天，我国发明专利申请的公开期限是从申请之日起 18 个月内，实质

审查则是在三年内,虽说可以据申请人申请而提前,但三年的法定期限还是偏长。要知道,发明专利是最具技术含量和创新特质的,宜在较短时间内给予确权,以更好激励技术迭代更新。又如:芯片产业是美西方国家对我国进行“卡脖子”的核心科技,而集成电路布图设计是半导体和芯片技术的关键所在。1984年美国就出台《半导体芯片保护法》,日本于1985年制定《半导体集成电路布图设计法》,瑞典和英国则分别在1986年和1987年颁布相应的专门法。而我国只有2001年国务院颁布的《集成电路布图设计保护条例》和2001年国家知识产权局颁布的《集成电路布图设计保护条例实施细则》,前者是行政法规,后者是部门规章,法律位阶不高,且条例有些规定已有些过时。集成电路布图设计既非专利,亦不能纳入著作权法保护客体,其作为一种知识产权需要专门立法加以保护。

在行政执法层面,存在执法机构设置、执法手段不太适应知识产权保护需要等问题,亟待解决。首先,从机构设置来看,专利、商标、著作权分属不同政府部门管理,缺乏协调性。除商标管理外,专利和著作权地方管理力量较为薄弱,不少地方版权局与新闻出版局合署办公。其次,地方管理机关普遍存在执法力度不强、执法手段缺乏。如地方专利管理机关人手少、力量薄弱,对层出不穷的假冒专利行为,有时无法实施有效打击。而对商标侵权案,处以赔偿的比例和金额普遍偏低。这些,均需引起重视并加以解决。

在司法层面,长期存在“举证难、周期长、成本高、赔偿低”问题,有待解决。虽然近年来最高法院和地方各级法院高度重视知识产权审判工作,采取了知识产权领域民事、行政和刑事审判“三合一”的机制,以提高专业性和审判效率,但上述问题依然存在,需要通过立法和制定司法解释、深化审判体制改革等,公平分配举证责任,缩短诉讼周期,节省当事人诉讼成本,并通过依法提高个案侵权赔偿金额,对侵犯知识产权的普遍现象起到一种震慑作用。

在科技成果转化层面,要建立健全更加市场化的机制,促进知识产权的转让和交易,以更有效地应用于实践。对此,四川省雅安市民营经济发展局提出的几点建议具有借鉴意义:一是通过建立相应数据库,推进知识产权评估标准化,完善知识产权评估体系,为知识产权转让或质押融资创造条件。二是建设知识产权交易市场,扩大信息范围,简便交易方式和登记模式,促进知识产权的交易。三是建立统一的信息公示平台,定期披露科研机构和企业知识产权获得、有效期、参考评估价,以便潜在的买受人和银行进行查询。

事物的发展总是由量变积累形成质变,生产力发展也是如此。科技创新会大大加速生产力的发展并引发质变,进而促使社会经济制度发生重大变革。例如,随着瓦特对蒸汽机动力系统的革新,蒸汽机动力设备被大量应用于工业生产,从而引发第一次工业革命,人类社会逐步从农业社会进入工业社会。又如,我国改革开放初期,邓小平同志提出了“科学技术是第一生产力”的论断,出台了一大批促进科学研究和科技成果转化的制度,从而大大释放了广大科技工作者的创造热情,促进了科技成果的转化,从而推动生产力快速发展。

而从上世纪下半叶开始,尤其到了本世纪初,数字技术和人工智能技术的迅猛发展,不仅促使生产力发生质的飞跃,还在众多领域催生了新的产业形态、新的动能系统和新的社会运行模式。面对这一时代变革,迫切需要对相应的社会经济制度作出及时、适当的调整。这是新质生产力理论产生的时代背景。以习近平同志为核心的党中央高瞻远瞩,审时度势,以巨大的理论勇气和与时俱进的理论创新精神提出这一新的生产力理论。

新质生产力:马克思主义政治经济学 重大创造性理论成果*

据人民日报社消息,党的十八大以来,习近平总书记五次到湖北考察调研。2013年党的十八届三中全会前夕,湖北之行是习近平总书记谋划改革的重要一站,他在武汉鲜明提出了全面深化改革需要调查研究的六个重大问题。今年这次湖北之行,是总书记在省部级专题研讨班开班式上发表重要讲话之后首次出京考察,蕴含推动党的二十届三中全会改革部署落实的重要战略考量。

11月5日下午,总书记赴武创院考察时指出,实现高水平科技自立自强、发展新质生产力,对科技创新和产业创新融合提出了更为迫切的需求。6日上午听取湖北省委省政府工作汇报时,总书记再次强调,湖北科教人才优势突出、科技创新能力较强,要在推进科技创新和产业创新上开拓进取。坚持传统产业转型升级和培育壮大新兴产业、未来产业齐头并进,因地制宜发展新质生产力,打造更多叫得响的品牌。12月9日,中共中央政治局召开会议。会议认为,新质生产力稳步发展。同时进一步指出,要以科技创新引领新质生产力发展,建设现代化产业体系。12月11日至12日召开的中央经济工作会议将此纳入部署2025年经济工作的九项重点任务之一。

新质生产力,正从一个初出的年度热词迅速成为一个划时代的超强IP,其诞生本身就是一个历史性的创新过程。2023年9月7日,习近平总书记在地方考察时首次提出“新质生产力”这一重要概念。今年以来,新华社于5月20日转发上海证券报文章,盘点各地积极部署推进新质生产力发展路线图。党的二十届三中全会召开前,有关央媒在7月11日率先发文,全面、系统地对新质生产力进行解析,并大胆提出“新质生产力是马克思主义政治经济学重大创造性理论成果”这一重要论述。进入下半年,辽宁、北京、山东、江苏、上海、浙江、福建、广东、四川等省市将新质生产力理论与实践相结合的调查研究不断

* 本文2024年7月11日发表于中国网,2024年8月28日浙江党建网转发,见首页党媒头条。2024年12月24日,学习强国武汉平台以总书记在11月29日马克思主义理论研究和建设工程工作会议上的重要讲话精神为引言,重新编辑后发表。

走深走实,因地制宜发展新质生产力体制机制,已开辟出多个全国领先的新质生产力赛道。

11月29日,习近平总书记对新时代马克思主义理论研究和建设工程作出重要指示指出,马克思主义理论研究和建设工程是党的思想理论建设的基础工程、战略工程,“中国共产党为什么能,中国特色社会主义为什么好,归根到底是马克思主义行,是中国化时代化的马克思主义行。”——根据马克思主义政治经济学基本原理,人类社会的发展过程中始终存在着生产力与生产关系、经济基础与上层建筑这两对矛盾。生产力和经济基础分别是这两对矛盾的主要方面,它们分别对生产关系和上层建筑起着决定性的作用,但生产关系和上层建筑也能分别反作用于生产力和经济基础。当生产关系适应生产力发展状态和趋势时,就能促进生产力的发展;当上层建筑适应经济基础发展状态和趋势时,就能促进经济基础的发展;反之,若不适应时,就会分别阻碍生产力和经济基础的发展。当这种阻碍到一定程度时,就会引起社会变革甚至社会革命,人类社会的形态就可能发生变化。

人类社会从原始社会、奴隶社会、封建社会、资本主义社会(及其最高阶段帝国主义社会),发展到社会主义社会,最终实现共产主义社会,都是由生产力与生产关系、经济基础与上层建筑这两对矛盾运动的结果。以封建社会向资本主义社会的过渡为例,生产力的本质转变——从以农业为主转向工业生产——是关键因素,原先适应封闭式农业生产的生产关系及在此基础上建立的上层建筑已不能适应生产要素和商品频繁流动、资本大规模集合、开放式的市场经济的需求,才通过资产阶级革命建立了资本主义社会。对此,马克思形象地描述:“手推磨产生的是封建主为首的社会,蒸汽磨产生的是工业资本家为首的社会”。

通常理解,生产关系包括人们进行生产活动时形成的经济关系、产权关系、劳动关系和分配关系等,而经济基础则是生产关系的总和,它们的外在形态就是调节和影响生产活动的社会经济制度。在更多的时间和更多的场合,生产力是自变量,生产关系是因变量;经济基础是自变量,上层建筑是因变量。在这两对矛盾中,最具变动活力、最活跃的是生产力。

生产力的发展引起生产关系的变动有被动和主动之分。当国家管理层没有或者没有充分意识、认清生产力发展的态势以及已经由量变引起质变的情形下,生产关系的变动通常是被动的;反之,则往往是主动的。当国家管理层主

动识变、主动应变甚至主动求变的情形下,生产关系就能更好、更快、更高效地促进生产力的发展。

新质生产力理论,就是在我国改革开放以来特别是进入新时代,经过几十年高速发展尤其是科技创新的推动和产业形态的升级,生产力已经发生质的飞跃、形成新的质态,以习近平同志为核心的党中央高瞻远瞩、审时度势,以敏锐的洞察力、巨大的理论勇气、与时俱进的创新精神而提出的崭新的生产力理论,是对马克思主义政治经济学创造性的重大理论贡献。

一、新质生产力理论的创立,表明我们已经把握了历史的主动,全面深刻地认识到我国社会生产力的发展已经发生质的飞跃,产生了新的质态

党的十八大以来,我们党对经济发展的阶段性特征的认识不断深化。2013年,党中央作出我国经济发展正处于增长速度换挡期、结构调整阵痛期和前期刺激政策消化期“三期叠加”阶段的判断,提出我国经济呈现高速增长转向中高速增长的新状态。2015年10月党的十八届五中全会提出“创新、协调、绿色、开放、共享”五大新发展理念,强调以创新驱动经济发展,以协调解决发展不平衡问题,以绿色推动人与自然和谐发展,以开放解决发展内外联动问题,以共享促进社会公平正义。2017年,党的十九大提出我国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段。2020年,党的十九届五中全会提出以推动高质量发展为主题。2022年,党的二十大明确实现高质量发展是中国式现代化的本质要求。习近平总书记指出:“新时代中国经济发展的重要特征是,由高速增长转向高质量发展、从量的扩张转向质的提升”。毫无疑问,新发展理念是指引高质量发展的重要理论。正是在新发展理念的指引下,我国的高质量发展取得了显著成效,生产力发展呈现一系列新的特征,发生质的飞跃,产生新的质态。正是在这种背景下,习近平总书记以深邃的洞察力,以把握历史主动的精神,以巨大的理论勇气提出了新质生产力理论。可以说,新质生产力理论与新发展理念既一脉相承,又有重大突破,是指引我国经济高质量发展,实现中国式现代化的崭新理论。

并非每个国家、每个社会发展阶段,作为上层建筑的国家机构都能认识到生产力发展的内在变化及其未来趋势;也非每个国家、每个社会发展阶段,作为上层建筑的国家机构都能针对生产力发展的内在变化及其未来趋势加以总结并探索创立新的生产力理论;更非每个国家、每个社会发展阶段,作为上层建筑的国家机构都有勇气去主动调整、改革、完善社会经济制度从而更好地适

应并促进生产力的发展。中国共产党是最具自我革命的勇气的,也是最具理论创新的品质的。改革开放以来,我们在中国特色社会主义旗帜下,不断探索、不断创新,不断丰富着中国特色社会主义理论。尤其是党的十八大以来,中国特色社会主义进入新时代,在带领中国人民进行伟大斗争、建设伟大工程、推进伟大事业、实现伟大梦想的历史进程中,以习近平同志为核心的党中央顺应时代要求,结合新的实际,不断深化对中国特色社会主义建设规律的认识,创造性地提出了一系列新的理论、新的思想。新质生产力理论就是在这样的背景下,通过对生产力发展的内在变化及其未来趋势的分析研究,创造性提出的符合新时代生产力发展特点、把握新时代生产力发展规律、引领新时代生产力发展趋势的崭新的生产力理论。就像中国式现代化理论一样,新质生产力理论是马克思主义中国化的最新创造性重大理论成果。

二、科学概括新质生产力的内涵,深刻揭示新质生产力的核心要素,前瞻性地规划新质生产力的发展路径,从实际出发探索新质生产力的外在形态

习近平总书记指出:“新质生产力是创新起主导作用,摆脱传统经济增长方式、生产力发展路径,具有高科技、高效能、高质量特征,符合新发展理念的先进生产力质态。它由技术革命性突破、生产要素创新性配置、产业深度转型升级而催生,以劳动者、劳动资料、劳动对象及其优化组合的跃升为基本内涵,以全要素生产率大幅提升为核心标志,特点是创新,关键在质优,本质是先进生产力”,科学概括了新质生产力的内涵和本质特征,是对马克思主义生产力理论创造性的发展。马克思认为,科学技术是生产力的关键因素,它通过提高生产效率、改变生产方式等手段,推动社会经济发展。早在1848年的《共产党宣言》中,马克思、恩格斯就指出,资产阶级在它不到一百年统治中所创造的生产力,比过去一切时代所创造的全部生产力还要多、还要大。蒸汽和机器引起的大规模工业生产创造了前所未有物质财富。两位导师进一步认为资本主义生产劳动是立足于科学和技术的工业社会的生产劳动。

就新质生产力的核心要素和发展路径,习近平总书记指出:“科技创新能够催生新产业、新模式、新动能,是发展新质生产力的核心要素。必须加强科技创新特别是原创性、颠覆性科技创新,加快实现高水平科技自立自强,打好关键核心技术攻坚战,使原创性、颠覆性科技创新成果竞相涌现,培育发展新质生产力的新动能”。同时为了使科技创新成果转化为现实生产力,提高生产效率,总书记强调,要及时将科技创新成果应用到具体产业和产业链上,改造提

升传统产业,培育壮大新兴产业,布局建设未来产业,完善现代化产业体系。关键要害已经非常明确,发展路径也已十分清晰,只要抓住这一要害,沿着这一路径,新质生产力必将会成为推动我国社会主义现代化事业,促进高质量发展的强大引擎。

其实,进入新时代以来,在党中央创新驱动发展战略引领下,我国科技事业已经取得了历史性成就,发生了历史性变革。大批科技创新成果融入生产力系统的全过程,不仅提升了单个生产要素的效率,而且也优化了生产要素组合,推动了产业迭代升级,从而使得生产效率大幅提升,产生质的飞跃,呈现出新质生产力一系列充满生机的外在形态。正如习总书记今年6月在全国科技大会上讲话时总结的那样,战略高技术领域迎来新跨越,“嫦娥揽月”,“天和”驻空,“天问”探火,“地壳一号”挺进地球深处,“奋斗者”号探秘万米深海,全球第四代核电站商运投产。创新驱动引领高质量发展取得新成效,集成电路、人工智能等新兴产业蓬勃发展,第一颗6G卫星发射成功,北斗导航提供全球精准服务,国产大飞机实现商飞,高铁技术树起国际标杆,新能源汽车为全球汽车产业增添新动力,生物育种、新药创制、绿色低碳技术助力粮食安全和健康中国、美丽中国建设。据世界知识产权组织报告显示,我国全球创新指数排名从2012年的第34位上升到2023年以来第12位。

三、主动提出通过全面深化改革来调整生产关系,形成与新质生产力相适应的新型生产关系

生产关系的调整,不仅涉及生产要素的配置,还涉及收入的分配,这必然会触及固有的利益格局。并非每个统治阶级都有意识、有勇气去调整生产关系。中国共产党勇于以自我革命来带动社会革命。改革开放已成为当代中国最鲜明的特色、当代中国共产党人最鲜明的品格。习近平总书记强调:“生产关系必须与生产力发展要求相适应。发展新质生产力,必须进一步全面深化改革,形成与之相适应的新型生产关系。要深化经济体制、科技体制等改革,着力打通束缚新质生产力发展的堵点卡点,建立高标准市场体系,创新生产要素配置方式,让各类先进优质生产要素向发展新质生产力顺畅流通。同时,要扩大高水平对外开放,为发展新质生产力营造良好国际环境”。

改革开放四十多年,容易的、皆大欢喜的改革已经完成了,好吃的肉都吃掉了,剩下的都是难啃的硬骨头。随着改革的进一步深入,遇到的问题也会发生变化。党的十八届三中全会作出让市场在资源配置中起决定性作用的改革

部署,十多年来,这一机制已经发挥了巨大的作用,产生了显著的成效。我国GDP总量从2012年的51.9万亿元上升到2023年的126.06万亿元,占世界经济比重从11.4%上升到超过17%,人均GDP从6300美元上升到超过12000美元。但是,现在作为资源的生产要素已经发生了重大变化,传统的生产要素如土地的作用已不再那么明显(在房地产业作为拉动经济增长的重要支柱时代,土地资源是十分重要的),正如人民大学郗戈教授所言,生产力的“力”从以往的热力、电力、信息力向“算力”升级。

科技创新成果已经成为重要的也是最富活力的生产要素。如何创造更多更优质的科技创新成果尤其是原创性、颠覆性科技创新成果,则需要对现有的教育、科技、人才机制进行改革;如何让科技创新成果能及时转化,产生更大效益,则需要建立一个信息透明、渠道畅通、交易便捷的市场机制,这与传统的生产要素配置的市场机制是完全不一样的;如何让这类科技创新的智力成果参与收入分配,这与传统的劳动力资源参与分配也是大不一样的,则需建立一套公平合理的分配机制。还有,在当前经济全球化形势下,科技交流、信息共享显得越来越重要,需要更多更好地利用、整合全球科技发展的文明成果,则也需要营造更好更宽松更有利于引进文明成果的国际环境。习近平总书记指出:“要按照发展新质生产力要求,畅通教育、科技、人才的良性循环,完善人才培养、引进、使用、合理流动的工作机制。要根据科技发展新趋势,优化高等学校学科设置、人才培养模式,为发展新质生产力、推动高质量发展培养急需人才。要健全要素参与分配机制,激发劳动、知识、技术、管理、资本和数据等生产要素活力,更好体现知识、技术、人才的市场价值,营造鼓励创新、宽容失败的良好氛围”。

实践发展永无止境,我们推进马克思主义中国化时代化也永无止境。相信在新质生产力理论的指导下,我国的高质量发展之路一定能走得更稳更好,正如人民日报在总书记湖北考察纪实里所描绘的,“茫茫九派流中国,沉沉一线穿南北”,写尽了吞吐山河的气势。习近平总书记从全局谋一域,也从一域观天下,从“极目楚天舒”的辽阔,到“天堑变通途”的壮举,再到继续创造“当惊世界殊”的新传奇,中国式现代化事业一定能够顺利实现!

优化营商环境的着力点和驱动力 促进民营经济高质量发展*

党的二十届三中全会提出，高质量发展是全面建设社会主义现代化国家的首要任务，必须以新发展理念引领改革，完善推动高质量发展激励约束机制，塑造发展新动能优势。要健全因地制宜发展新质生产力体制机制，健全促进实体经济和数字经济深度融合制度。

由技术创新尤其是关键、重大技术的创新和突破带来的新动能、新产业、新模式，是新质生产力的发展路径。广大民营企业是发展新质生产力的重要力量。早在2018年11月1日民营企业座谈会上，习近平总书记就指出了民营企业贡献了70%以上的技术创新成果。浙江省作为民营经济大省，上榜“中国民营企业500强”企业数量连续二十五年居全国首位，民营经济增加值占全省生产总值的67.2%。因此，浙江更需要优化营商环境的着力点和驱动力，健全因地制宜发展新质生产力的体制机制。

一、优化营商环境的着力点从简化商事程序转至对民营企业和民营企业权益的保护

近年来，随着政府“放管服”改革的深入，尤其是2019年10月国务院《优化营商环境条例》的颁布，民营企业到政府部门办理商事登记、审批、许可等事务的程序越来越简便。无论是企业设立、变更、注销还是产权登记，借助互联网数字技术，从“最多跑一次”到“一次都不用跑”，政府部门办事效率大大提高，企业的获得感越来越强。在发展新质生产力的背景下，优化营商环境的着力点应该从简化商事程序转移至对民营企业和民营企业权益的保护上来。

发展新质生产力，需要民营企业长时间的大投入。要让民营企业对这种投入及今后的产出有一种安全感，就需要建立一整套保护民营企业合法权益、保障民营企业家人身和财产安全的法律制度，为民营企业提供更加稳定和可预期的法律环境，打造一个真正能让民营企业安心、放心的营商环境，从而增强他们对国家法治和政策连续性的信心。浙江的民营企业敢于创业、敢

* 本文2024年07月26日发表于浙江省法学会“法治视野”平台，2024年8月30日学习强国转发。

于冒险、敢于做长期投资、敢于创新,由技术创新带来的新动能、新业态,浙江始终走在全国前列。所以,浙江的民营企业更迫切需要一个长期稳定可预期的法治化营商环境。

习近平总书记2018年11月1日在民营企业座谈会上强调,稳定预期,弘扬企业家精神,安全是基本保障,要保护企业家人身和财产安全。对此,浙江省依据总书记讲话精神,制定相关规定,让民营企业和民营企业家吃下定心丸,卸下包袱,轻装上阵,放开手脚,大干一场。

二、优化营商环境的动力从主要依赖政策驱动转变为稳定民营企业等市场主体的法律预期

与西方资本主义国家不同的是,我国营商环境的建设从一开始就具有政府政策驱动的浓重色彩。依靠生产要素的低成本和国家政策的强烈推动,我国的市场经济取得长足发展,经过四十多年改革开放高速发展,普遍性政策红利释放明显。与政策相比,法律具有确定性、稳定性、可预期性,政府给企业搭建一个长期稳定、法治化的营商环境,对所有企业一视同仁。这也就是习近平总书记在多个场合强调的“法治是最好的营商环境”。

党的二十届三中全会再次强调,构建高水平社会主义市场经济体制,健全推动经济高质量发展的体制机制。浙江是民营经济大省,但绝大多数是中小微企业,其数量占到企业总数的99%。浙江省历届政府一直秉承“民营经济兴则浙江兴”的理念,注重保护民营企业尤其是中小微民营企业的利益,为民营经济打造良好的法治化营商环境。早在2006年,浙江省就出台《浙江省促进中小企业发展条例》,2020年1月出台《浙江省民营企业发展促进条例》,2023年1月出台《浙江省促进中小微企业发展条例》(该条例自2023年3月1日起实施,《浙江省促进中小企业发展条例》同时废止),2024年1月又出台《浙江省优化营商环境条例》。

可以说,浙江省针对保障民营企业尤其是中小微民营企业的发展,已经搭建起基础的法律框架体系。但实践中仍然存在不平等对待民营企业的现象,如对重点领域多元化投资模式中,民营资本控股的企业未能受到一视同仁。再如,尽管《浙江省优化营商环境条例》一再强调保障各类市场主体公平使用生产要素和公共服务资源,但仍存在民营企业“融资难”“融资贵”等现实问题。

法治是中国式现代化的重要保障,也是营商环境的重要基石。为稳定民营企业等市场主体的法律预期,浙江省需要协同推进立法、执法、司法、守法各环

节的改革，以法治化的手段在法治化的轨道上保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公平参与市场竞争、同等受到法律保护，促进各种所有制经济优势互补、共同发展。

三、进一步健全和完善培育专精特新企业的体制机制，鼓励创新，保护创新成果，促进新质生产力发展

新质生产力的本质特征是“创新”。专精特新企业就是以专注铸专长、以配套强产业、以创新赢市场的企业，专精特新“小巨人”企业释放了创新“大能量”，加速发展新质生产力。

浙江是专精特新“领跑”省份，拥有国家级专精特新“小巨人”企业 1442 家，更是孵化了先临三维、贝丰科技、天宏锂电等一众优秀企业。浙江民营经济发达，创新氛围浓厚，大中小企业量大面广，上下游易形成紧密合作关系，为浙江专精特新企业的高质量发展奠定了深厚的基础。

2024 年 6 月，浙江省人民政府出台《关于进一步促进专精特新中小企业高质量发展的若干意见》，表明浙江省已经迈入专精特新企业培育发展的新阶段。下一步，浙江更需要因地制宜，进一步细化培育专精特新企业的体制机制，建立完善“法规+政策”的制度体系，建立完善“普惠+增值”的精准服务体系。

潮涌千帆竞，聚力势如虹！生机勃勃的新时代，新征程的号角已经吹响，让我们深入贯彻党的二十届三中全会精神，持续推动浙江“八八战略”走深走实，建立起一个保护新质生产力的法治化营商环境，推动发展新质生产力，打开高质量发展“稳进立”新局面，促进经济高质量发展。

以法治力量推动营商环境持续优化^{*}

党的二十届三中全会提出，坚持致力于为非公有制经济发展营造良好环境和提供更多机会的方针政策。浙江经济的快速发展，离不开营商环境的不断优化。2023年浙江省政府工作报告提出实施营商环境优化提升“一号改革工程”，今年省两会，“优化营商环境”再次亮相政府工作报告。习近平总书记强调，法治是最好的营商环境。接下来，浙江应依据民营经济和数字经济大省的省情，不断提升营商环境法治化水平，为各类经营主体投资兴业营造稳定、公平、透明、可预期的良好环境，为推动高质量发展提供有力支撑。

一、打造法治化营商环境的浙江实践

一个地方的营商环境好不好，关键要看法治化程度高不高。与政策相比，法律具有确定性、稳定性、可预期性。打造最优营商环境，必须善于运用法治思维和法治方式，把好的政策通过法治方式确立下来，切实保护各类经营主体的合法权益，不断增强各类经营主体的投资信心。政府应给企业提供一个长期稳定、法治化的营商环境，对所有企业一视同仁。企业在这样的环境中自主投资、自主经营、自己享受或承担经营成果，政府无需一会儿提供“家长式”的管理，一会儿又提供“保姆式”的服务。

浙江是民营经济大省，浙江的民营企业敢于创业、敢于冒险、敢于做长期投资、敢于创新。浙江省委、省政府历来注重保护民营企业的利益，持续为民营经济打造良好的法治化营商环境。早在2006年，浙江就出台《浙江省促进中小企业发展条例》，2020年出台《浙江省民营企业发展促进条例》，2023年出台《浙江省促进中小微企业发展条例》，2024年又出台《浙江省优化营商环境条例》。

可以说，浙江为保障民营企业发展已搭建起基础的法律框架体系，但目前仍然存在民营企业“融资难”“融资贵”等现实问题。为稳定民营企业等市场主体的法律预期，浙江需要协同推进立法、执法、司法、守法各环节的改革，以法治化的手段在法治化的轨道上保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、

^{*} 本文2024年9月9日刊登于《浙江日报》理论周刊版面，同步在“潮新闻”平台发表，当天学习强国浙江学习平台、浙江省法学会“法治视野”平台转发。2024年10月12日，学习强国平台以新标题《以民营经济促进法出台为契机持续打造法治化营商环境》再次转发本文。

公平参与市场竞争、同等受到法律保护,促进各种所有制经济优势互补、共同发展。

二、打造法治化营商环境的主要方向

营商环境没有最好,只有更好。当前和今后一个时期,浙江要将打造法治化营商环境的主要方向从简化商事程序转移至对民营企业权益的保护上来。

新时代十多年来,浙江先后推出“四张清单一张网”改革、“最多跑一次”改革、数字化改革、营商环境优化提升“一号改革工程”等全局性重大改革,政府部门办事效率大大提高,民营企业到政府部门办理商事登记、审批、许可等事务的程序越来越简化,企业获得感越来越强。

习近平总书记强调,稳定预期,弘扬企业家精神,安全是基本保障,并指出:“对一些民营企业历史上曾经有过的一些不规范行为,要以发展的眼光看问题,按照罪刑法定、疑罪从无的原则处理,让企业家卸下思想包袱,轻装前进。”接下来,我们要通过建立一整套保护民营企业合法权益、保障民营企业人身和财产安全的法律制度,在思想上让企业家卸下包袱。根据《最高人民法院关于优化法治环境促进民营经济发展壮大的指导意见》,加强对民营经济主体合法权益的保护,健全常态化冤错案件纠正机制,依法保护民营经济主体申请国家赔偿的权利。严格区分经济纠纷与违法犯罪,严格规范采取刑事强制措施的法律程序。加强对当事人、案外人合法权益的保护,尽可能减轻追赃追缴财产等司法活动给民营企业和其他相关案外人的生产经营带来不利影响,畅通案外人在刑事追赃追缴程序中表达诉求的渠道。要充分发挥人格权侵害禁令制度功能,及时制止侵害人格权的违法行为。对于故意误导公众、刻意吸引眼球的极端言论和行为,利用互联网、自媒体、出版物等传播渠道对民营企业 and 企业家进行诋毁、贬损和丑化等侵权行为,要予以严厉打击,切实营造有利于民营经济发展的社会舆论环境。在做好涉案企业刑事合规改革的同时,积极延伸司法职能,在民商事、行政、执行过程中引导企业守法合规经营,强化防范法律风险、商业风险意识,推进民营企业在法治轨道上健康发展。

三、打造法治化营商环境的重点领域

各地战略定位不同、发展阶段不同、主导产业不同,优化营商环境的重点领域也需要因地制宜。接下来,浙江要结合省情,把打造法治化营商环境的重点放在建立实体经济和数字经济深度融合以及培育专精特新企业的体制机制

上来。

一是建立推动实体经济和数字经济深度融合的体制机制。党的二十届三中全会提出,健全促进实体经济和数字经济深度融合制度。浙江是数字经济大省强省,2024年1月至4月,规上数字经济核心产业营业收入突破万亿元,达到1.12万亿元。浙江也拥有发达的实体经济。去年9月,习近平总书记在浙江考察期间强调,把实体经济作为构建现代化产业体系的根基。为打造有利于实体经济和数字经济深度融合的法治化营商环境,我们要针对实际情况和市场需求,完善数字经济监管体制。与此同时,通过数字科技成果转化落地的法律保障与政策扶持等多种方式,推进创新型科研机构与产业开展数字技术合作,促进数字技术落地实体产业,激励科研人员创新的积极性,从而不断凸显数字技术对实体经济发展的放大、叠加、倍增作用。

二是健全和完善培育专精特新企业的体制机制。浙江是专精特新“领跑”省份,截至今年一季度,浙江已累计培育专精特新“小巨人”企业1432家,数量居全国第三;认定省级专精特新中小企业12167家、评价创新型中小企业28553家。今年6月,浙江出台《关于进一步促进专精特新中小企业高质量发展的若干意见》,鼓励有条件的地区,对研发费用占营业收入比重3%以上且年增长20%以上的企业,按上年度研发费用或基础研究研发费用的一定比例给予财政奖励。支持专精特新中小企业设立省级企业研发机构,提升省级科技计划项目参与度,在细分领域攻克更多关键核心技术,并进一步明确,要按照“创新型中小企业—专精特新中小企业—专精特新‘小巨人’企业”梯度,指导各地分层筛选建立培育库,引导企业对标提升,同时支持有条件的“小巨人”企业成长为制造业单项冠军企业。为打造有利于培育专精特新企业的法治化营商环境,浙江需要进一步细化培育专精特新企业的体制机制,建立完善“法规+政策”的制度体系,建立完善“普惠+增值”的精准服务体系。

东风吹来满眼春 潮起正是扬帆时^{*}

——中央民营企业座谈会引领民营经济高质量发展

春天里，议国是。进入 2025 年的中国更显生机盎然，尤以中央召开民营企业座谈会后持续引发的对人才培养、科技创新、营商环境优化等热议在两会期间成“硬核”输出。北京率先提出以“具身智能”为方向建设 AI 原生城市，江苏召开“一中心一基地一枢纽”建设推进会，湖北鼓励大中小企业组建协同创新联合体，广东推动全社会研发投入增速保持在 10% 以上，浙江强调营造稳定、公平、透明、可预期的良好环境，再推“六小龙+”新奇迹。从新兴领域到未来产业，从战略布局到技术落地，大国工程彰显大国智慧，大国智囊铺陈大国底气，中国式现代化正大踏步前行——

2025 年 2 月 17 日，中共中央召开民营企业座谈会，来自全国各地的民营企业代表参加座谈会，习近平总书记发表重要讲话，强调党和国家对民营经济发展的基本方针政策已经纳入中国特色社会主义制度体系，将一以贯之坚持和落实，不能变，也不会变。新时代新征程民营经济发展前景广阔、大有可为，广大民营企业和民营企业家大显身手正当其时。习近平总书记的重要讲话和会议所释放出来的信号像一股春风吹醒大地，吹暖了广大民营企业家的内心，鼓起了全国民营企业再次创业、大干一番事业的精神，必将掀起民营经济发展新一轮高潮。

一、在对民营经济发展基本方针政策不变的前提下，具体措施从“强监管”转到“促发展”，提振民营企业的信心和对未来的预期，促进民营经济更快更好地发展

实际上，自从党的十五大把“公有制为主体、多种所有制经济共同发展”确立为我国社会主义基本经济制度，明确提出“非公有制经济是我国社会主义市场经济的重要组成部分”，党的十六大、十七大、十八大、十九大、二十大均重申了“两个毫不动摇”的政策，而且也将其写入了宪法，宪法第十一条规定：“国家

^{*} 本文 2025 年 4 月 1 日发表于学习强国武汉学习平台。2025 年 4 月 1 日，中国网主页频道发表，并同步在中国网手机客户端。2025 年 4 月 3 日，浙江省法学会“法治视野”公众号转发。2025 年 5 月 9 日，人民日报社主管的中央重点思想理论门户网站人民论坛网转发。

鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理”,这说明党和国家对民营经济的基本方针政策是确定的,是一以贯之的,也是不会变的,且已转化为国家根本大法宪法的法律条文。

在具体措施方面,不同阶段,针对不同领域,侧重点会有所不同。有时有些领域更强调鼓励和支持;另些时段另些领域则更强调规范和引导,或甚强化监管。而参加这次座谈会的民营企业具有广泛的代表性,既有新希望集团、传化集团这样的传统产业,也有华为技术、比亚迪股份、小米科技、韦尔股份这样的新兴、高端制造业的,更有 DeepSeek、宇树科技这样的新生代人工智能企业。值得注意的是,包括阿里巴巴在内的几家平台企业也在其列,当镜头给到久未露面的马云时,春风有暖,今朝如似。显见党和政府对民营企业的发展是宽容的、支持是多样的、鼓励是深刻的。广大民营企业可以打消顾虑、释放压力、卸下包袱、提振信心、巩固预期、轻装前行。

习近平总书记在座谈会上指出:“要统一思想,坚定信心,促进民营经济健康发展、高质量发展。希望广大民营企业和民营企业家胸怀报国志、一心谋发展、守法善经营、先富促后富,为推进中国式现代化作出新的更大的贡献”,总书记的讲话定下了促进民营经济发展的总基调,必将为民营经济的发展迎来新的春天。

二、对民营经济发展的政策支持,从“重制定”转到“抓落实”,使得党和政府各项帮扶、支持民营经济发展的政策真正转化为民营企业的生产经营效益

改革开放尤其是党的十八大以来,党和政府出台了一系列促进民营经济发展的政策,就在近些年,2020年7月发布了《国务院办公厅关于进一步优化营商环境更好服务市场主体的实施意见》、2022年9月发布了《国务院办公厅关于进一步优化营商环境降低市场主体制度性交易成本的意见》、2023年7月发布了《中共中央 国务院关于进一步促进民营经济发展壮大的意见》,国务院相关职能部门和地方政府陆续出台了許多具体的鼓励支持民营经济发展的政策措施。但是也要充分认识到,有些政策措施,在制定初期调研不够,执行协调上打了折扣,没有给企业留出足够的适应调整期,实施起来针对性实效性不强,导致一些初衷是好的政策措施在实施过程中没有产生相应的积极效果。

在今年2月17日民营企业座谈会上,习近平总书记指出:“扎扎实实落实促进民营经济发展的政策措施,是当前促进民营经济发展的工作重点,凡是党中央定了的就要坚决执行,不能打折扣”。接下来,工作重点不是急于出台新的

政策措施,而在于对已有的政策措施进行系统梳理和集中检视,所有的痛点和卡点必须消除与打通。正如习近平总书记进一步指出的那样:“要坚决破除依法平等使用生产要素、公平参与市场竞争的各种障碍,持续推进基础设施竞争性领域向各类经营主体公平开放,继续下大力气解决民营企业融资难融资贵问题。要着力解决拖欠民营企业账款问题。要强化执法监督,集中整治乱收费、乱罚款、乱检查、乱查封,切实依法保护民营企业和民营企业合法权益”。广大民营企业可以不再犹豫、不再观望、放心大胆地该出手即出手、该扩展就扩展,心无旁骛、坚定目标、笃定脚步发展自己的事业。

三、强调企业的市场主体地位,弘扬企业家精神,鼓励企业坚守主业、做强实业,加强自主创新,转变发展方式,培育和发展新质生产力,同时履行社会责任

民营企业占了我国企业数量 90% 以上,民营企业活了,市场也就活了。我们通常说调节经济发展有两只手,一是市场这只无形的手,另一是政府这只有形的手。党的十八届三中全会确立让市场在资源配置中起决定性作用,这就意味着,调节经济发展主要依靠市场这只无形的手。但现代经济运行是一个十分复杂的体系,市场有时也会失灵,需要政府这只有形之手加以辅助。党的十九届五中全会提出:“坚持和完善社会主义基本经济制度,充分发挥市场在资源配置中的决定性作用,更好发挥政府作用,推动有效市场和有为政府更好结合”。市场是由无数企业以及它们之间的经济活动组成的,而经济活动过程中,企业需要明确哪些事项由市场决定,哪些又由政府来管。习近平总书记指出:“市场经济是法治经济,用法治来规范政府和市场的边界”。在这样的指导思想之下,如何更好地规范政府与市场的关系,建设一个公平有序的市场,充分激发广大市场主体的活力,有几点是值得注意且需要高度重视的:

第一,政府审批和许可事项严格实行“负面清单制”,清单以外的事项充分交由市场决定。政府在实行其自身掌握的资源配置时如土地与矿产资源的出让、基础设施项目的建设,也应当引入竞争机制,而且尽可能地向各类市场主体开放,使得各类市场主体有参与公平竞争的机会。此次民营企业座谈会上,习近平总书记指出要持续推进基础设施竞争性领域向各类经营主体公平开放,其目的也就在于让民营企业更多地参与到政府主导的基础设施建设项目中来,为民营企业创造更多的机会。

第二,要充分尊重企业尤其是民营企业的市场主体地位,营造更加宽松的

外部环境激发企业的创新活力。此次高规格的民营企业座谈会邀请各个领域杰出的具有代表性的民营企业参加，这本身就是对民营企业作为市场主体的尊重。会后，各省、市、自治区党委政府纷纷召开会议贯彻落实此次民营企业座谈会精神。民营企业具有巨大的创新动力和潜力，贡献了我国70%以上的技术创新成果，这是民营企业紧跟、赶超时代，发展壮大自己的需要，是由市场机制的规律决定的，这应引起我们的思考和重视。其实，只要充分尊重企业的市场主体地位，并为它们营造优越的创业环境、良好的创新氛围，它们之中的不少的杰出代表就能创造出让我们刮目相看的惊人成绩。

第三，企业家精神对一个企业来说至关重要。其实一个企业发展得好坏，在很大程度上取决于企业家的胸怀、视野、开拓和创新意识，企业家精神孕育一个企业的文化，而企业文化就是一个企业的灵魂。习近平总书记在此次座谈会上号召“广大民营企业和民营企业家要满怀创业和报国激情，不断提升理想境界，厚植家国情怀，富而思源、富而思进，弘扬企业家精神，专心致志做强做优做大企业，坚定做中国特色社会主义的建设者、中国式现代化的促进者……还要积极履行社会责任”。政府关心企业，更要关心企业家，在依法保护企业家权益的同时，创造良好的舆论文化氛围，培育出一大批具有创业创新精神、具有家国情怀的优秀企业家。

“阳春布德泽，万物生光辉”，乙巳蛇年的春天已然来临，祖国大地处处春讯萌发、春潮涌动。此次中央召开的民营企业座谈会必将营造出更好的营商环境和创业创新氛围。“东风吹来满眼春，潮起正是扬帆时”，广大民营企业和民营企业家定要抓住机遇、乘势而上，鼓足干劲，奋力拼搏，创造出更加耀眼夺目的成绩，为整个经济的高质量发展，为中国式现代化事业作出更大的贡献。

请求权基础的实务分析^{*}

摘要:以请求权基础为核心的逻辑推理方法是一种重要的法律适用方法。请求权可分为实体法上的请求权和程序法上的请求权,与程序法上的请求权相对应的基础性实体权利,包括实体法上的请求权、形成权和支配权。而“请求权基础”中的“请求权”,从概念外延去界定,指的是程序法上的请求权。各种请求权的构成要件不同,要善于从案件事实中梳理出要素事实,明确法律关系的性质,固定请求权构成要件,查找请求权基础。就请求权及其基础,法院应谨慎行使释明权,当事人也应慎重待之。

关键词:法律适用方法 请求权基础 实务分析

请求权基础,很多年来在我国没有受到足够重视。从1986年《民法通则》、1991年《民事诉讼法》公布,鲜有论著涉猎此课题。进入新世纪,我国学术界开始关注,尤其是在2007年《物权法》、2009年《侵权责任法》颁布后,^①学术界出了不少的专著和论文,但实务界的探索少之又少。除了上海市高级人民法院原副院长邹碧华先生的《要件审判九步法》对请求权及请求权基础作了较详实的研究,实务界鲜有讨论此课题。不仅没有讨论,关注的面及程度也远远不够。笔者从事律师实务二十多年,深感请求权基础与司法实践密切相关。对这一课题的探讨,实务界比学术界更为紧迫。近几年,笔者对此课题进行了一些探索,撰写此文,以求教于学术界专家和实务界的资深人士。

撰写本文的出发点,不是要从理论上系统地探讨请求权基础(这也不是笔者的专长),而是从实务出发,谈谈民事诉讼实务中常遇到的与请求权基础有关的一些问题。

一、逻辑与经验,都是法律适用方法。也许在判例法国家,判例所体现的审判经验比逻辑方法更为重要,但在成文法国家,逻辑演绎法是更实用的法律适用方法。而以请求权基础为核心的逻辑推理,是大陆法系国家最常见的法律适用方法。逻辑与经验结合在一起,才构成完整的法律生命

法律界,尤其是司法实务界,经常引用奥利弗·温德尔·霍姆斯的那句名言,“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”其实,霍姆斯并不是要否认逻辑方

^{*} 本文发表于《法治研究》2018年第1期。

^① 《物权法》与《侵权责任法》虽未给出请求权的概念,但引入了请求权的理念。如《物权法》第三章“物权的保护”规定了物权上的请求权;《侵权责任法》第3条规定:“被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。”

法在法律适用中的重要性,这就像博登海默认为的,“虽然演绎逻辑并不能解决所有的法律秩序中最为棘手的问题,但是这并不意味着逻辑与经验之间的相互关系是对立或相背的……逻辑与经验在行使司法职能过程中与其说是敌人,毋宁说是盟友”。^②值得注意的是,霍姆斯是美国联邦法院的大法官,而美国属实行判例法的英美法系国家。以判例所形成的审判经验在英美法国家显得十分重要,但我国是成文法国家,在很多方面传承或借鉴了大陆法系的法律适用方法。

德国法学家们提出的以请求权基础为核心的法律推理方法,迄今仍是大陆法系国家与地区最常用的法律适用方法。“德国民法学教育中,请求权基础方法是贯穿始终的唯一方法。在课堂上,教授结合法条运用请求权基础方法讲授知识……在运用请求权基础方法过程中,解决实例都会使用以下构造:假设谁向谁依据哪条法律规范,享有主张何种权利的请求权。在整个解题过程中,最重要的工作则为寻找法律规范,即一方当事人有权向他方当事人享有请求权所依据的法律规范。这种法律规范称之为请求权基础”。^③王泽鉴先生认为:“请求权基础的寻找,是处理实例题的核心工作。在某种意义上,甚至可以说,实例解答,就在于寻找请求权基础。”^④

这种法律推理方法,实际上就是逻辑演绎方法,是将抽象的法律规范进行具体化的过程,或者说将客观事实梳理,演绎到相应的法律规范之下的过程。以普赫塔和早期耶林为代表的概念法学理论认为:“适用法律的全部过程,本质上就是将某个生活事实归入某个法律概念之下(归类)。一个概念是由一些一般的特征组成(被定义)的,适用法律规范就是在‘归类’过程中重新认识这些一般特征。”^⑤笔者不完全赞成纯粹从概念出发去划分生活事实,但概念法学理论有关的推导方法值得借鉴。从对案件事实的分析、整理,找出其中蕴含的法律关系或法律行为之特征,就能找到可以适用的法律规范,这就是一种逻辑演绎方法。这种方法在大陆法系国家更多地被采用。

梁慧星老师认为,分析具体案件有两种方法,“一是法律关系分析方法……二是王泽鉴先生所提倡的请求权基础与抗辩的分析方法”。^⑥其实在司法

^② [美]E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第518页。

^③ 欧阳苏芳、陈世昌:《请求权基础理论体系》,法律出版社2015年版,第1~2页。

^④ 王泽鉴:《民法思维:请求权基础的理论体系》,北京大学出版社2009年版,第41页。

^⑤ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第96页。

^⑥ 梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2012年版,第289~290页。

实践中,这两种方法通常是可以,有时且必须结合起来使用的。只有准确定位案件双方当事人法律关系的性质,才能找到相对应的请求权基础。

至于谈到逻辑方法与审判经验在实务中的作用,笔者并不否定审判经验在司法实践中的作用。现在的趋势,哪怕是大陆法系国家,也越来越重视审判经验的梳理、总结与编纂。在我国也是如此,最高法院经常编纂指导性案例。应该说,上级法院与最高法院判例所体现出的审判经验及法理,对下级法院具有指导意义。笔者要强调的是,逻辑与经验结合在一起,才构成完整的法律生命。

二、请求权可分为实体法上的请求权与程序法上的请求权。与程序法上请求权相对应的基础性实体权利,不仅有实体法上的请求权,还包括实体法上的形成权和支配权。“请求权基础”这一概念中的“请求权”,涵盖实体法上的请求权,但从逻辑上分析,从概念的外延去定位,指的是程序法上的请求权

众所周知,现代意义上的请求权概念,是由德国法学家伯纳德·温德沙伊德(Bernhard Windscheid)在19世纪创立的。他在巨著《学说汇纂法教科书》中创立了一系列现代民法思想,包括请求权概念。温德沙伊德是在研究罗马法与普通法中的“诉”(actio)概念过程中,创立现代请求权概念的。^⑦在罗马法中,没有严格区分诉权与实体法上的权利;而且在罗马法中,是“诉确立了请求权”,而不是“请求权产生了诉”。温德沙伊德努力将请求权从诉权中分离出来,成为一种独立的权利。温德沙伊德认为,请求权是针对他人的意思力,即“要求与权利人相对的世人或特定人作为或不作为的权利”。在温德沙伊德的概念中,请求权是具有某种强制性因素,且是一种纯粹的实体权利。^⑧

在温德沙伊德请求权概念指导下,《德国民法典》在总则部分第194条第1款明文规定了请求权概念。该条款全文如下:“要求他人为或不为一定行为的权利(请求权),罹于消灭时效。基于亲属关系的请求权,如果是为了产生与该关系相应之未来状态,则不罹于消灭时效。”显然,在德国民法体系中,请求权是一种实体权利。而且,“要求他人为或不为一定行为”这种实体权利如果寻求法律保护,付诸诉讼,那必然是给付之诉。而王泽鉴先生将这种请求权分为:①契约上给付请求权,②返还请求权,③损害赔偿请求权,④补偿及求偿请求权,⑤支出费用返还请求权,⑥不作为请求权。^⑨显然,这六类请求权作为实体法上的请求权,如果发生诉讼,一定是给付之诉。

^⑦ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第67页。

^⑧ 参见金可可:《论温德沙伊德的请求权概念》,载《比较法研究》2005年第3期。

由此,笔者在考虑以下三个问题:

(一)在确认之诉、形成之诉中,当事人寻求法律保护的实体权利,是实体法上的请求权,还是其他的实体权利?

众所周知,诉分为给付之诉、确认之诉与形成之诉。承前文所述,在给付之诉中,当事人寻求法律保护的实体权利,是实体法上的请求权,即请求他人为或不为一定行为的权利。那么在确认之诉、形成之诉中,当事人寻求保护的实体权利又是何种权利?

笔者认为,在确认之诉中,当事人寻求保护的实体权利有支配权与形成权,但不含请求权(此处指的是实体法上的请求权)。如要求确认物权(包括所有权、用益物权、担保物权等物权)、各类知识产权等这几类确认之诉,当事人寻求保护的是一种支配权;又如请求确认合同无效、公司决议无效、婚姻关系无效、劳动关系无效、亲子关系等这几类确认之诉中,当事人寻求保护的是形成权。

需要指出的是,温德沙伊德认为,物权也是一种请求权,是针对除物权人以外的其他所有人提出的无限多的请求权。当然,这种权利针对的是消极义务,是要求他人不作为。温德沙伊德还认为,物权请求权也可以转变成一种要求他人积极作为的权利,即物权受到侵害时,要求侵权人停止侵害或排除妨碍、恢复原状的请求权。^⑩温德沙伊德提出的物权请求权被《德国民法典》所采用。但多年以后,“支配权”这一概念被提出,并为民法理论广泛接受。人们普遍认为,物权是一种支配权,只有当物权受到侵害寻求保护时,才产生物权请求权。

归纳起来,在三种民事诉讼中,给付之诉是最常见的一种诉讼形式,在这种诉讼中,当事人寻求保护的实体权利是请求权,包括债权上的请求权(含合同上的请求权、不当得利发生的请求权、无因管理发生的请求权、缔约过失发生的请求权等)、物权上的请求权、人身权上的请求权、继承法上的请求权;在确认之诉中,当事人寻求保护的实体权利有支配权与形成权;在形成之诉中,当事人寻求保护的实体权利只有一种,即形成权。

(二)是否存在程序法上的请求权?倘若存在,程序法上的请求权与实体法上的请求权是什么关系?

如上文所述,温德沙伊德是在研究罗马法过程中形成自己的请求权概念的。罗马法“‘actio’中含有到法院诉讼以实现其意思的权能,用主观权利思想

^⑩ 同注④,第55~57页。

^⑪ 同注⑧。

来表述,就是‘能向他人要求的权能’”。^①“如在日耳曼法上,‘actio’不能脱离作为其基础的权利而被让与,但在温德沙伊德的请求权概念下,请求权是可以被独立让与的,但这原则上只适用于对人之债。”^②温德沙伊德从“actio”概念中抽取、提炼并发展出请求权概念。但是没有被温德沙伊德抽取而留下来的是一种什么权利呢?因为“温德沙伊德的请求权概念并不以权利之侵害为前提”。^③显然,这样的权利是不可能含有程序上的权利的。笔者认为,没有被温德沙伊德抽取而留下来的那种权利,就是程序权利。

王泽鉴先生的《民法思维:请求权基础理论体系》未涉及程序法的请求权,他主要是从实体法层面来探讨请求权。进一步讲,王泽鉴先生将请求权界定在实体法的范畴。

在司法实务界,请求权究竟是一种程序上的权利,还是实体上的权利,抑或是既存在程序上的请求权,又存在实体上的请求权,两者之间又是什么关系,在很大范围内存在模糊的认识。所以,就这一问题进行深入的探讨,给出清晰的答案,很有必要。至少,对司法实务界具有较强的指导意义。

其实,在我国学术界对这一问题,也没有一个较统一、清晰的认识。就以杨立新老师领衔的“请求权与民事裁判应用”课题组(以下简称“课题组”)的科研成果为例。课题组首先认为,请求权包括两种不同类型,“第一种意义,是指民事权利的类型。在这个意义上使用请求权的概念,是说相对于支配权、形成权而言,是指一种民事权利的类型即相对权,最主要的是指债权,以及在绝对权中所包括的请求权。第二种意义,是指民法方法的民事权利,这种请求权的存在离不开其基础权利,因为它是基础权利的功能之一。但是,这并不等于请求权始终与其基础权利相伴随,而仅仅是一种权利的功能,是依附于基础权利,为救济基础权利损害的救济性民事权利。但它同样是民事权利,具有请求权的一切法律特征”。^④显然,此处第一种请求权是实体法意义上的请求权,而第二种请求权是程序法意义上的请求权。接下来,课题组又认为:“请求权是权利体系的枢纽,是各种基础权利的救济权、保护权。由于请求权的枢纽作用,将民事

^① Windscheid, a.a.O.S.5, 转引自王洪亮:《请求权基础的解释与反思》,法律出版社2015年版,第6页。

^② Rimmelspracher, a.a.O.S.28f, 同①, 第7页。

^③ Windscheid, a.a.O.S.2, 同注①, 第7页。

^④ 杨立新主编:《请求权与民事裁判应用》,法律出版社2011年版,第46页。

实体权利与诉权联系在一起,当义务人能够正确履行其义务而使权利得到实现的时候,请求权作为法律上的力处于相对静止状态或者尚未发生;必待权利人不能实现其权利亦即义务人不履行其义务时,此法律上之力乃发动起来,具备了请求权的形式要件或者构成要件,随之权利人有权行使诉权提起诉讼,将请求权引入诉讼之中。因此,请求权是连接实体法与程序法的权利。”^⑮此处,课题组又认为“请求权是连接实体法与程序法的权利”,让人可以理解为,请求权既不是实体法上的权利,也不是程序法上的权利,而是连接这两种权利的一种权利。

对比,笔者的观点是很鲜明的,既存在实体法上的请求权,也存在程序法上的请求权。实体法上的请求权,前文已进行阐述。程序法上的请求权,指的是实体权利受侵害或发生争议时,请求公权力救济的权利。这种程序法上的请求权所对应的实体法上的权利包括实体法意义上的请求权、支配权、形成权。具体而言,程序法上的请求权,在给付之诉中,对应实体法上的请求权;在确认之诉中,对应实体法上的支配权和形成权;在形成之诉中,对应实体法上的形成权。

那实体法上的请求权是不是一定要通过程序法的请求权来实现呢?在温德沙伊德看来,“在法庭起诉的权利或诉权(Klagerechte),只是请求权的结果,而非原因;请求权在法庭的可诉性(诉权),是请求权的一个侧面,而非构成请求权的东西。请求权概念不包括可诉性(诉权)的因素”。^⑯但也有法学家不同意温德沙伊德的这一观点,贝克尔就认为请求权“如有疑问,则总是可诉请的请求权”。^⑰

笔者认为,不管实体法上的请求权是否包含可诉性,有一点是明确的,即这一请求权不一定通过或依赖程序法上的请求权来实现,如当事人双方协商一致,相互抵消,自觉履行,又如经公证赋予强制执行力的债权文书等,也可以通过诉讼以外的途径实现,但一旦进入诉讼或仲裁程序,则必须依赖程序法上的请求权来实现。

就形成权、支配权实现途径而言,情形也大致如此。但是相对而言,形成权和支配权不依赖程序上的请求权来实现的途径更多一些。如在实现支配权的领域,要确认用益物权就有几种途径:确认土地承包经营权,只要签订土地承

^⑮ 同注⑭,第58页。

^⑯ 同注⑧。

^⑰ 同注⑧。

包经营合同并进行一定备案程序即可;确认建设用地使用权,只须签订土地出让合同,取得土地使用权证即可;确认抵押权,只须签订抵押合同,领取抵押权证即可;取得专利权、商标权,只须经过一定的申请、登记程序,即可。在实现形成权领域,解除合同,守约方只须给违约方发个解除通知即可;解除劳动关系,劳动者只要给用人单位提一辞呈即可;行使优先购买权,当事人只须给出让股份的股东、出卖房屋的房东发一函件即可。但这些实体权利一旦发生争议,产生纠纷,进入诉讼,也必须通过行使程序法上的请求权才能解决。

(三)“请求权基础”概念中的“请求权”,指的是实体法上的请求权,还是程序法上的请求权,还是二者兼而有之?

王泽鉴先生认为,所谓的请求权,就是“谁向谁,依据何种法律规范,主张何种权利”,而“此种可供支持一方当事人得向他方当事人有所主张的法律规范,即为请求权规范基础 (Anspruchsnormengrundlage), 简称请求权基础 (Anspruchsgrundlage)”。^⑧上文已述,实体法上的请求权,是给付之诉中的诉讼标的,而确认之诉中的诉讼标的是支配权和形成权,形成之诉中的诉讼标的是形成权。如果我们将“请求权基础”概念中的“请求权”局限或定位于实体法上的请求权,那么,确认之诉中的支配权和形成权,形成之诉中的形成权,难道无须赖以支持的法律规范作为其权利主张之基础吗?当然是需要且是必须的。那么,这些权利主张之基础冠以什么名称或概念呢?难道叫“支配权基础”“形成权基础”?显然没有这样的必要,且大陆法系国家从学术界到实务界也从未使用这样的概念。所以,笔者认为“请求权基础”这一概念中的“请求权”包括实体法上的请求权,也即温德沙伊德、王泽鉴先生学说中所指的“请求权”,但不局限于此。以逻辑学角度,从概念外延上分析,应该指的是程序法上的请求权。这样的定位,更加准确、贴切。

在我国司法实践中,不管是在给付之诉,还是确认之诉、形成之诉中,也不时会遇到法官在开庭时发问:“原告,请你明确你提出诉讼请求的请求权基础”,或者问:“原告,你提出的诉讼请求的请求权基础是什么?”显然,这些提问所涉“请求权基础”中的“请求权”,指的是程序法上的请求权。笔者认为,将“请求权基础”的“请求权”理解为程序法意义上的请求权,这样理解起来会比较顺畅,更能为广大的法官、律师所接受。

^⑧ 同注④。

三、各种请求权的构成要件不同,作为专业代理人的律师,应用请求权基础分析法,就是要首先梳理案件事实,明晰当事人之间法律关系的性质;然后固定请求权的构成要件,查找请求权基础(有直接规范和间接规范之分);最后提出最恰当的请求权

实际上,应用请求权基础分析法,最难点不在查询、检索请求权基础,而是如何从纷繁复杂的案件事实中,梳理出案件的要素事实及其体现的法律特征,明确当事人之间法律关系的性质,固定请求权的构成要件。有时,从案件事实中梳理出来的要素事实体现同一法律关系的特征,这样,法律关系比较明确,请求权的构成要件也就较易固定,请求权也就容易提出;但有时,案件事实中梳理出的要素事实所体现出的法律特征不太一致,甚至相互冲突,这样,法律关系的性质就不易明确,请求权构成要件难以固定,请求权也不好提出;而且,请求权基础与请求权也不是一一对应的,有时,同样的请求权可以有不同的请求权基础;有时,不同请求权基础可以为属同一个诉讼目的的不同请求权服务,起到互补作用;但有时,它们之间又是相互矛盾甚至冲突的。

(一)案件事实体现两个法律关系的特征,这两个法律关系都可以确立,相应成就了两种请求权的构成要件,可以提出两种请求权,当事人可作出最符合自己利益的选择

例1:奥运会成立一百周年时,国家奥委会授权发行了一套纪念奖牌。这套纪念奖牌,由一块金牌、两块银牌和三块铜牌组成,其中金牌的黄金含量为999。这套奖牌由上海金店铸造,全国各地发行。杭州一批消费者从周鑫鑫珠宝行购买了这套奖牌。过了几年,部分消费者发现金牌上生出了锈斑。交涉无果后,六十多名消费者将周鑫鑫珠宝行、上海金店和国家奥委会告上了法庭,要求退货、返还货款并赔偿利息等损失。但原告的诉状上未明确请求权基础,究竟是依据合同法还是侵权责任法提起本案之诉。开庭时,笔者作为第二被告上海金店的代理律师向原告发问:“你们原告究竟要求三被告承担的是合同违约责任,还是侵权责任?”原告的五名诉讼代表以及两名代理律师经过短暂商议后回答:“要求被告承担合同违约责任。”接下来在法庭辩论阶段,第二被告上海金店、第三被告国家奥委会的代理律师辩论道,与原告发生合同关系的是周鑫鑫珠宝行,第二、三被告与原告没有合同关系,不应承担合同违约责任。结果,法院驳回了原告对第二、三被告的诉讼请求。期间,根据原告的申请,并由众原告挑选一块生锈的金牌,由法院委托权威机构进行司法鉴定,发现其黄金

含量达到 999。且故宫博物院的专家说明,黄金生锈是一个世界性的技术难题。法院遂驳回了原告对第一被告周鑫鑫珠宝行的诉讼请求。

其实,损害赔偿请求权作为请求权类型的其中一种,其请求权基础可以是多方面的法律规范,如合同、无权代理、无因管理、不当得利、侵权行为、物权关系、身份关系等方面的法律规范。^⑩本案中,原告可以以合同法律规范或侵权行为法律规范作为其请求权基础,也即本案涉及请求权竞合,原告有选择权,但不管作出何种选择,都必须明确请求权基础。而在作出选择时要搞明白,合同法律关系与侵权法律关系的主体、客体、权利义务的设置是不同的,合同违约责任与侵权责任的构成要件也是不同的。

(二)案件事实呈现两个不同法律关系的特征,这两个法律关系只有一个可以确立,也即只能成立一个请求权的构成要件,此时,当事人不是选择请求权,而是要明确界定法律关系的性质,对照相应的请求权基础,提出正确的请求权

例 2:A 公司(投资公司)与 B 公司(房屋开发公司)签订合作开发协议,A 公司投资 5850 万元给 B 公司开发的一房地产项目,占该项目 28%的合作份额,约定 A 公司派两人分别担任 B 公司副总与财务人员。该项目的设计方案、施工方案与施工图、商品房销售单价要报双方同意,该项目由 B 公司负责开发经营,B 公司须确保该项目在 3 年内开发完成,利润不低于 2 个亿(A 公司占 28%的份额,可分到 5600 万元,超出部分归 B 公司享有)。四年半后,项目开发完成,因房价上涨,实际利润超过 4 个亿,但 B 公司迟迟未按约将 5850 万元投资款还给 A 公司,也没有将 5600 万元利润分给 A 公司。A 公司以合作开发为案由,起诉状告 B 公司,要求 B 公司返还按合作开发合同约定的 5850 万元合作投资款,并支付 5600 万元利润。法院经初步审理后认为,因为有利利润保底条款,所以这个合同名为合作开发,实为借款,并进行释明,要求原告 A 公司变更诉讼请求。原告虽然内心确认是合作开发合同关系,但觉得以法院释明可以计息,自以为可按民间借贷年利率 24%计息,四年半下来,利息已达 5850 万元本金的 108%左右,所以接受了法院的释明,变更诉讼请求为归还 5850 万元借款并按年利率 24%支付利息,并且调整请求权基础,但一审法院判决支持按银行贷款利率支付利息,不同意按 A 公司提出的民间借贷利率支付利息。案子到了二审,二审法院又认为双方之间的基础法律关系是合作开发

^⑩ 同注④,第 57 页。

合同关系,裁定将本案发回重审。原告又变回原来的诉讼请求,并取得重审一审和二审的胜诉。

从这个案子中可以看出,双方之间的合同显现出合作开发与名为合作开发、实为借款这两种法律关系的特征。那如何进行判断呢?应当从案件所呈现的要素事实着手,把握法律关系的主要特征,然后判断法律关系的性质,这样才能准确定位请求权及请求权基础。

(三)作为请求权基础的直接规范与间接规范

前文所述,司法实践中,最难的不是寻找、检索请求权基础规范,但要找到准确的基础规范,也并非易事。如《土地管理法》禁止集体土地作为建设用地转让,国有划拨土地只有经过批准才能转让,但如果有人(单位)偏偏转让了呢?或者拿土地与他人合作开发(合作开发也是土地使用权转让的一种形式),我们可不可以引用《土地管理法》的相关规定,直接要求确认转让合同(或者合作开发合同)无效呢?

例3:温州一城中村将一游泳池及健身房用地与开发商合作开发建设一个四星级宾馆,村里出地,开发商出钱。这块地约10亩,有4亩多是集体土地,2亩多是国有划拨土地,3亩多是国有出让土地。房屋建成,宾馆开业,村里觉得自己只有20%的份额,亏了,起诉要求确认该合作开发合同无效。那么,这一请求权的基础是什么?是《土地管理法》或《城市房地产管理法》的相应规范吗?笔者认为,这些法律规范是确认合作开发合同无效的间接规范,作为这一请求权基础的直接规范应当是《合同法》第52条。《合同法》第52条规定:“有下列情形之一的,合同无效:……(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”

之所以要将作为请求权基础的法律规范分为直接规范和间接规范,在笔者看来,直接规范是当事人提出请求权的直接的法律基础规范,它直接呼应当事人提出的请求权。当事人的请求权能否成立,最关键就要看能否找到这样的直接规范。而间接规范,是辅助直接规范的,它必须依附于直接规范才能成为请求权的基础。有些请求权只有直接规范作为请求权基础,有些则要有直接规范与间接规范合在一起,才能构成请求权的完整基础。例3中《土地管理法》和《城市房地产管理法》的相关规定,就是请求权基础中的间接规范。

(四)同一个诉讼请求,不能引用多个虽有关联但相互冲突的请求权基础,但可以引用两个以上互不冲突的请求权基础

司法实践中,有的当事人因不能准确认识案件要素事实,把握不准法律关

系的性质,便引用多个请求权基础,提出一个请求权,而这些请求权基础又是相互矛盾的。在这种情况下,对己方是极为不利的。

例 4:1999 年某市城中村康华村撤村建居,康华村经济合作社改为康华经济合作社。2000 年康华经济合作社(有 290 名个人股东),将其净资产 3560 万元全部投入海华集团有限公司,占 60%的股份。陈国华占 10%,其他 7 位个人股东占 30%。2002 年康华经济合作社召开股东代表大会决议,将康华经济合作社在海华集团 28%的股份转让给陈国华,但股东代表大会只有 13 名代表签名(代表总数 25 名,按该合作社章程,过半数通过即可)。2015 年,海华集团净资产达 39 亿余元。2015 年下半年,康华经济合作社 26 名股东起诉至法院,要求确认 2002 年该合作社将其持有的海华集团 28%股份给陈国华的行为无效,理由是股东代表大会通知时间未提前 15 天,且股东代表大会决议未达到三分之二以上同意通过。依据《公司法》第 42、44 条,这次股东代表大会所作出的决议无效。而在开庭时又转而引用《村民委员会组织法》《农民专业合作社法》。其实,两方面请求权基础是相互矛盾的。引用《公司法》,说明你认为康华经济合作社是公司;引用《农民专业合作社法》,说明你认为康华是农民专业合作社,不是公司。请求权基础如此摇摆不定,让法院如何支持?

但倘若同一诉讼请求引用两个或两个以上互不冲突,又与请求权有关的请求权基础,则应该是可行的。如例 3 中,当时作为原告的村民委员会同时引用了两方面的请求权基础来主张其与开发商签订的合作开发合同无效,一是《土地管理法》禁止集体土地作为建设用地转让,国有划拨土地未经批准不得转让之规定;二是《村民委员会组织法》关于村集体重大事项须经村民(或村民代表)大会审议的规定,而这份合作开发合同未经村民代表大会审议。在这种情形下更有利于支持原告的请求权。

(五)通过对案件要素事实的重新选择,找到新的请求权构成要件,提出新的请求权,同时调整请求权基础

如果当事人在进行诉讼时并未发现请求权竞合的情况,诉讼后才发现,那该怎么办?当事人还有选择权吗?已经审结的诉讼又该怎么处置?

例 5:B 企业是一家个体企业,规模较小;A 公司是一家生产家具的公司,规模较大。B 企业的投资人毛总认识 A 公司的财务总监顾某某。有一天,毛总向顾某某提出想通过顾某某的介绍,向 A 公司借款 250 万元。顾某某说:“你要借,就多借一些,索性借 1000 万元,其中 750 万元给我用。”于是,这两人向

A公司董事长之妻吕总提出借钱,吕总问借钱干什么用,两人回答:“要向银行贷款,账上必须要有自有资金。借的钱是不会动的,无非给银行看看,贷款放下来后,就把钱还给你们。”吕总不放心,两人又说:“我们在开户银行的留底印鉴卡上加一枚顾某某的印鉴,并将这枚印章交给你保管,这样你们公司打过来的1000万元,在没有你保管的这枚印章盖上去的情况下是不可能动用的。”于是,双方签订了借款合同,约定借款期限一个月。哪知道这1000万元汇入B企业账户后,不到一周就被转走,其中250万元被B企业用来归还其他民间借贷,750万元被顾某某挪到澳门赌场输掉。吕总觉得纳闷,增加的一枚银行留底印鉴章在自己手中,这笔钱是如何被转移走的?但钱被转移走是一个事实,于是A公司将B企业告到区法院,要求归还1000万元借款及偿付利息。一审判决生效后,B企业只归还了250万元,其余借款无力归还。期间,顾某某被公安机关以诈骗罪抓获归案,最后被法院判处徒刑。在顾某某刑事案件一审开庭后,A公司才得知,原来当初毛总请人同时刻了两枚章,紧张之中,将增加银行留底印鉴的那枚章(真章)交给了吕总,自己却留下了一枚假章。当然这两枚章相似。由于银行职员的疏忽,未查验出假章,被毛总、顾某某用几张支票将1000万元资金转移。

此处,银行有过错是确定的事实,但A公司如何追究银行的责任?这里有两个障碍:一是程序上的,这笔1000万元资金损失,A公司已以借款合同名义向法院起诉,要求B企业归还本息,一审判决已生效,且B企业已归还250万元,如果再次起诉,就变成“一案两诉”。二是,上次是以借款合同名义起诉,但银行并非借款合同主体。当时,笔者作为代理人,帮A公司想出了这么一个办法,就区法院已判决生效的借款案件向市中级人民法院申请再审,理由系因顾某某的刑事案件已判决,我方发现新的事实,要追究银行的损害赔偿责任。又因中院提审相当于二审程序,当事人不能变更案由和诉讼请求,也不能追加被告。所以我方要求中院将案件发回区法院重审。市中院组织开庭,经过慎重考虑,裁定将此案发回区法院重审。此时,我方当事人申请将案由由借款纠纷改为侵权纠纷,追加银行、顾某某为共同被告,并变更了诉讼请求,以《侵权责任法》相关规范作为我方的请求权基础,并提出这笔资金损失是由B企业、顾某某的故意侵权行为与银行的过失侵权行为形成一个无意思联络的共同侵权所造成的。后来,法院判决三被告承担连带赔偿责任。

从这个案件的办理过程可以看出,围绕请求权基础这一核心,结合案件事

实的变化,作为代理人的律师要深谙并充分利用现有的诉讼制度,帮助当事人设计出一套行之有效的诉讼方案,并据理力争,取得最终胜诉。在这里务必注意的是,随着案件事实的变化,或者新的事实出现,律师要有敏锐的观察力和准确的判断力,这会不会引起基础法律关系的变化,从而重新寻找请求权基础。

本案实体审理时,银行代理律师还真的对我方提出的请求权基础进行挑战,他指出,A公司将1000万元资金汇入B企业的账户,这笔资金的所有权就属于B企业,所以银行不可能侵犯A公司的资金所有权,A公司的请求权基础不能成立。当时,我方反驳说,所有权包括占有、使用、收益、处分四项权能,而处分权是最核心的权能。我方保留了B企业银行账户留底印鉴中的其中一枚印章,说明保留了对该笔资金的处分权。银行的过失行为侵犯了我方对这笔资金的处分权,即侵犯了所有权,所以我方的请求权基础成立。

(六)同一客观事实,引用不同的请求权基础,可以实现同样的诉讼目的,有时还有一定的互补性

一个客观事实的发生,从不同角度审视,可以看到不同的法律关系。准确把握已经发生的案件客观事实,理出法律关系的“头绪”,寻找相应的请求权基础,可以探索出一条简便、有效的途径,实现请求权。

例6:某业主停放在自家小区的汽车被盗,如何获得损害赔偿呢?有三种途径可供选择,一是依据保险合同,引用《保险法》,向保险公司理赔;二是依据场地租赁合同,引用《合同法》,向出租人索赔;三是依据物业管理合同,引用《物业管理条例》,向物业管理公司索赔。这三种途径,引用的请求权基础规范是不同的,分别是《保险法》《合同法》和《物业管理条例》的相应规范,但可以实现同样的目的,而且还可以互补。如果业主选择向保险公司理赔,但保险公司讲,你是投了车辆被盗险,车内物品未在保险范围内,则业主可以要求物业公司对车内物品进行赔偿。

四、法院的释明权与请求权基础的选择及调整。当事人对自己主张的请求权有选择和重新选择的权利,但当事人的选择明显错误时,法院可行使释明权。这二者关系处理得当,不仅可以更好地保护当事人的实体权利,且有利于提高审判效率;但处理不当,就有可能发生诉讼风险。而这过程中又涉及对请求权基础的检索、确定与调整

选择什么样的请求权以及寻找什么样的请求权基础来支持其请求权,这本应是原告的权利,也是其义务。但是由于不少原告对诉讼标的、请求权基础

不甚了解,往往不能准确表达自己的请求权,更不用说寻找请求权基础。于是就产生了一个问题,法官要不要帮助或引导当事人选择请求权并寻找请求权基础。这里涉及采用什么样的诉讼模式,是“当事人主义”,还是“职权主义”?

2001年最高人民法院颁布《关于民事诉讼证据的若干规定》引入了法官释明权制度。^⑩十多年来,这项制度在司法实践中被广泛接受并采用。但这项制度在实践中也暴露出一些问题。笔者认为有以下几点值得注意:

(一)严格控制释明权适用的范围

只有当原告对法律关系的性质、民事法律行为之效力的认识发生错误,法官才能行使释明权。因为不同的请求权会产生不同的利益、风险。一般而言,原告在起诉时对选择什么样的请求权是经过慎重考虑的。法官行使释明权会对当事人的利益产生影响。从正面理解,是法官对当事人正确行使请求权的一种引导;从反面理解,也不乏当事人认为这是法官对当事人行使请求权的一种干预。所以,法官应当谨慎行使释明权,对可以作出两种或两种以上请求权选择,而当事人只选择了一种;或者当事人打算分步行使请求权,先行使某个请求权,将来再视情况行使第二步请求权;或者请求权定性没错,只是请求金额上不甚合理,法官一般不宜行使释明权;且释明权只行使一次,不宜一而再、再而三地对当事人进行释明,否则不仅会让原告且会让被告产生不必要的“联想”或者误解。

(二)不宜对抗辩权的行使也进行释明

按民事诉讼程序制度的设计初衷,原、被告双方的诉讼地位是平等的,诉讼权利、义务也是对等的,这是否意味着对被告抗辩权的行使,法官也要释明?答案显然是否定的。因为,虽说在程序上当事人双方诉讼地位平等,诉讼权利、义务对等,但他(它)们的实体权利需要保护的度往往处于不对等的状态。比如原告起诉归还100万元款项,法院可以对这笔款项的性质及请求权基础向原告进行释明,但不能对被告作其可以用诉讼时效进行抗辩的释明。因为这笔债务是客观存在的,是原告的实体权利受到了侵害。这时,法官如果对被告进行时效抗辩说明,有引导被告以合法手段逃避债务的嫌疑。这在国际上也是如

^⑩ 详见《证据规则》第35条:“诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第三十四条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”

此,如十分强调法官释明权作用的德国、日本,也不贸然对被告抗辩权的行使进行释明。^②我国最高人民法院关于民事诉讼时效的司法解释也采用这一立场,除非当事人主动利用时效进行抗辩,法官不能对此进行释明或主动采用。

(三)法官的释明权不能剥夺当事人对请求权的选择权(一个是本位的权利,一个是辅助的权利)

的确,按我国目前的民事诉讼制度,法官可以就涉案法律关系的性质、民事法律行为的效力进行释明,但不能因为法官有这一释明权就剥夺了当事人对请求权的选择权。笔者近期就遇到了这么一起案件。

例 7:2010 年,A 公司与 B 公司以法院执行抵债方式取得了一块土地,当时这块土地已取得建设用地规划许可证,但因尚有部分农居房未拆迁,未取得国有土地使用权证。A 公司和 B 公司共同出资设立开发此项目的房地产公司 C 公司。2011 年,A 公司和 B 公司将持有 C 公司的全部股权转让给 D 公司,双方签有股权转让合同。后因 D 公司未支付第二期股权转让款,A 公司和 B 公司将 D 公司告上法庭,要求其支付该期股权转让款。D 公司则抗辩说因 A 公司、B 公司未按合同的约定完成拆迁,所以拒付第二期股权转让款。一审期间,A 公司、B 公司作为共同原告申请变更诉讼请求为要求法院确认双方之间的合同名为股权转让,实为土地使用权与项目开发转让,因尚未取得国有土地使用权证,所以合同无效。法院认为对合同性质、效力的认定属于法院的职责范围,如果法院经审理作出了与原告诉状不一致的判断,法院会进行释明。现在法院没有释明,原告不能主动对合同法律关系性质及效力的认定进行变更,从而变更诉讼请求,法院不接受这样的变更诉讼请求之申请。

笔者认为,请求权及其对请求权的选择从本源上讲,属当事人的权利。的确,法院经审理后若认为当事人选择的请求权有误,可以进行释明。但从两者关系上讲,当事人对请求权的选择是本源的,法院的释明是辅助的。不能因为法院没有释明,当事人就不能对请求权进行重新选择,从而变更诉讼请求。法院应当受理当事人变更诉讼请求的申请,因为这属于当事人的权利。但法院可以向当事人进行释明,变更的诉讼请求对实体法律关系性质及效力的认定有误,有败诉的风险。若当事人仍然坚持变更诉讼请求,法院不能不予受理,但可

^② 参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社 2003 年版,第 363~364 页。

以判决不支持变更后的诉讼请求。

(四)法官行使释明权后,当事人因不接受而败诉,尔后,就同一诉讼标的行使不同的请求权重新起诉,则属于一案两诉,法院不应受理

法院的释明,既然是一项诉讼制度,那么就会有相应的诉讼后果。当事人应慎重考虑法院的释明,作出是否重新选择请求权,调整请求权基础的决定。如果不接受法院释明,一旦败诉,就不能就同一诉讼标的换一个请求权,重新起诉,否则属于一案两诉。

例 8:潘某与某某银行温州瓯海支行(以下简称“瓯海支行”)签订委托理财合同,理财资金 300 万元。经瓯海支行职员陈某的指定,潘某将这笔钱直接汇给某进出口公司。后陈某因犯集资诈骗罪被判刑。上述委托理财合同上瓯海支行的业务章也是陈某私刻的。由于不能收回这笔理财资金,潘某将瓯海支行告到法院,其理由是陈某系瓯海支行职员,其行为构成表见代理。法院向潘某释明,陈某的行为已被定性为集资诈骗罪,不构成表见代理,如果你认为银行管理上存在疏忽,可以向银行提起侵权之诉。但潘某坚持原来的诉由及诉讼请求,法院遂裁定驳回其起诉。后潘某又以瓯海支行存在管理上的疏忽,提起侵权之诉,法院予以受理。

笔者认为,法院此处存在两个错误,一是潘某第一次诉讼时,法院已行使释明权,潘某坚持原来的诉由及诉讼请求,法院就应当用判决驳回其诉讼请求,而不是用裁定驳回其起诉。二是,法院不应受理潘某以侵权为由提起的第二次诉讼。这样,使得法院的释明权流于形式,原告不尊重法院的释明,没有实体法上的后果。

(五)法官行使释明权与二审改判之风险

对法律关系性质的判断以及对民事法律行为效力的认定是一件非常专业的事,需要进行释明的法官有较高的专业素养,稍有不慎,就会带来诉讼风险:当事人依照法院释明重新选择了请求权,变更了诉讼请求,虽然一审获得胜诉,但二审改判败诉;或当事人未接受法院的释明,仍坚持原选择的请求权,虽然一审败诉,但二审获得改判胜诉。

笔者近两年就遇到了这么两起案件。

第一起案例是前文所述案例 2。从这个案例可以看出,原一审法院对原告、被告双方合同关系所体现的法律特征判断有误,将非主要特征看作是主要特征,而将主要特征看作是非主要特征,而对合同法律关系的性质的认定发生

错误,又据此进行了错误的释明,导致被二审法院裁定发回重审。

第二起案例,即例 9:宁波 B 公司在当地受让了一块商业开发用地,因缺少资金,故需要找合作开发伙伴投入资金。杭州 A 公司闻讯与其洽谈,并签订《股权转让合同》。B 公司的控股股东张某(占 90%股份)将其持有的 51%股权转让给 A 公司,转让价为 10200 万元。签约后,A 公司支付了全部转让款。因张某迟迟未能按约取得另一小股东放弃优先购买权之承诺,股权未能变更登记。又因审批手续等原因,项目迟迟未能开发。A 公司将张某告到法院,请求解除合同,返还股权转让款并赔偿利息等损失。一审法院经审理认为,双方之间的合同名为股权转让,实为房地产合作开发,并进行释明。A 公司坚持己见,不同意变更诉讼请求。一审法院判决驳回原告的诉讼请求。A 公司提起上诉,二审法院以程序上的理由裁定驳回 A 公司的一审起诉,裁定书同时认定双方间的合同法律关系系股权转让关系,A 公司可另案起诉。A 公司另案起诉,并获得胜诉。

其实,司法实践中所遇到的法律关系常常是较为复杂的,有些特征符合这个法律关系的性质,有些又符合那个法律关系的性质。关键要看其主要特征或基本特征符合哪个法律关系的性质。从以上两个案件的诉讼过程可以看出,一审法院的释明对法院和权利人来讲都是一种诉讼风险。法院应谨慎释明,当事人应谨慎对待法院的释明,对自己认为正确的诉讼主张,则还得坚持。

论新税制的公平性^{*}

本文分析了我国新税制的公平性,指出以增值税为主体的流转税体现了市场竞争的公平性,克服了双重征税、内资企业与外资企业税负不平等的弊端,改善和加强了中央与地方、税务机关与纳税人的关系,进一步理顺了税收分配关系。

1994年,我国实行新的税收法律制度。一年来,新税制得到很好的贯彻实施,对我国社会主义市场经济体制的建立和发展起到了重要的促进作用。这不能不归结于新税制所具有的公平性。

一、以增值税为主体的新流转税制充分体现了市场竞争公平性的要求

1984年以来,我国实行产品税、增值税、营业税、特别消费税等税种并存,以产品税为主体的流转税制。第二步利改税措施出台后,流通领域由营业税一统天下,生产领域则主要是产品税征税范围。1994年开始,国家实行增值税、消费税、营业税等税种并存,以增值税为主体的新流转税制。取消了产品税。增值税的征税范围不仅覆盖了全部的生产领域,而且还延伸到了流通领域。在流通过程中,除了不动产和无形资产的交换征收营业税外,其他所有商品的交换均征收增值税。

(一)在生产领域,增值税克服了原产品税重复征税之弊端,具有明显的公平税负的特性。

原产品税以产品销售额为征税对象,一个生产企业不仅要就自己新创造的价值纳税,而且还要就从外单位购入的协作件(原材料、零配件等)的价值纳税,形成重复征税。而增值税以增值额为征税对象,只就商品销售额中增值部分征税,换言之,它只对销售额中由本企业所新创造的那部分没有征过税的价值征税,而对销售额中由其他企业创造,并已征过税的那部分价值不再征税,因此,它可以有效地排除产品税重复征税和由此导致税负不平之弊端。于是:

1.从一个企业来说,增值税的税负,不受产品构成中(由外单位生产的)协作件所占比重的影响。它改变了原产品税按产品销售额征税,税负随产品构成中协作件多少而上下浮动,协作件越多税负越重的现象,从而给社会化大生产

^{*} 本文发表于《中国法学》1995年第3期。

所要求的专业化协作创造了有利条件。

2.就一项产品而言,增值税的总体税负,不受生产结构变化的影响,始终保持平衡。按原产品税以产品销售额征税,一项产品若由一个企业完成,那么,只就其创造的价值纳税;若由几个企业协作生产,则每一个企业(除生产原材料无需从外单位购入协作件的企业外),不仅要就自己所创造的那部分价值纳税,而且还要就从其他企业所购入的协作件(不管是原材料还是零部件)的价值纳税。于是相对而言,一项产品由全能厂(即完成一项产品整个生产过程全部生产行为的企业)生产的税负轻,由若干个专业化生产厂家协作生产的税负重。增值税按增值额征税,一项产品,只要其成品销售价格相同,那么,不管是由一个企业生产的,还是由几个企业协作生产的,其总体税负总是一致的。这样,既有利于产品的深加工,又可以促进生产企业专业化技术水平的提高。

(二)在外贸领域,与原产品税按产品销售额征税相比,增值税一个突出的特点是**有利于贯彻奖出(奖励出口)、限入(限制进口)的政策,对进出口贸易进行合理适当的调控,以保护国内生产和国家经济利益。

1.在实行出口退税制度上,增值税比原产品税更彻底。根据原产品税制的规定,一项产品出口时,一般只能退还这一产品生产经营过程中最后一道环节所征的税。而增值税制的规定则不同,它可以把出口产品整个生产经营过程中已征的全部税款如数退还企业,使该项产品以完全不含税的价格进入国际市场,这样,就可以提高出口产品的竞争能力,扩大出口。

2.对进口产品,增值税比原产品税更有利于保护国内同类产品的生产和国家的经济利益。按原产品税制规定,国内生产与从国外进口的同类产品的税率虽是相同的,但由于原产品税制存在重复征税的因素,以及其他国家对出口产品采用减税、免税等保护政策,因此,同类产品国内生产的税负高于从国外进口的税负(进口彩电价格远高于国内彩电,主要是因为关税高),这样,无形中为外国商品大量涌入中国市场打开了缺口。增值税制虽然也对国内生产与从国外进口的同类产品设置同一税率,但由于增值税按增值额征税,消除了重复征税的弊端,而西方主要出口国一般也采用增值税制,因而同类产品,国内生产的税负与从国外进口的税负大致平衡。尽管出口国家也会采取减、免税等优惠措施,但由于进口产品在报关前在我国未缴过税,我国对进口产品征收增值税时,没有扣除项目,其销售额就是增值额,因而,征税基数大了,税额也就高了。这样,就有利于生产同类产品的国内企业和国外企业在平等的税负下展

开竞争。

不久的将来我国要恢复关贸总协定的缔约国地位,进口关税将大大降低,采用与国际接轨的以增值税为主体的流转税制,无疑将使国内企业与国外企业处在一个比较一致的税负之下,对国内企业建立现代化、国际化的管理体制将是有益的。

(三)与原营业税相比,增值税使得流通领域的商业企业与生产领域的工业企业处在同一税负之下。

按原流转税制,流通领域是营业税的征税“地盘”,国家对从事商品批发、零售的各个企业征收营业税。批发与零售环节的营业税率分别为进销差价的10%和零售价格的3%。国家当时为什么要对批发与零售行为分别设置税目及规定相应的两个税率,实际上是基于一定的历史条件的:其一、商品及各类物资的流通是按计划分配的渠道,自上而下,由各级批发站层层下发的;其二、批发行为与零售行为是分开的,一部分企业只从事批发,另一部分企业则只从事零售;其三、国家对绝大部分物资、商品的批发价、零售价采用计划定价或计划指导价的形式,国家有能力控制商业利润,使得其相对低于工业利润。在以上三个特定条件下,国家将商业批发、零售的营业税税率定得相对低于大部分工业企业的产品税率,以力图在两者之间保持一个相对公平的税负。

随着国家经济体制改革的深入,流通领域的计划体制模式逐步被冲破,商业行为主要由市场进行调节。工业企业从计划渠道获得各种物资供应的比例大大缩小,最终几乎趋于零,工业成本增大。而各类物资、商品价格的放开,商业企业最先获利,商业利润慢慢地最终大大地超过了工业利润。在这样的生产经营环境下,若再按原流转税制征税,工业企业将遭受明显不公平的税收待遇。

新税制适应企业外部环境变化的趋势,体现市场经济的要求,取消批发、零售的概念,打破工业企业与商业企业销售行为的界限,对各种类型企业的商品销售行为几乎均采用17%统一的增值税税率,从而使得工业企业和商业企业处于同一税负之下。税率不统一,企业会抱怨国家所给的外部环境不公平;税率统一了,企业要做的事只剩下如何从内部经营下功夫,以降低生产经营成本。

(四)从税率设置角度考虑,增值税税率简单、统一,使得几乎所有不同的行业、不同的企业处于同一税负之下。

原产品税按产品销售额征税,国家为了体现税负的公平性,对不同的产

品、行业,鉴于生产成本或行业成本不同,设置了高低不等的几十档税率(最高的达60%,最低的只有3%),以力图使不同行业处于一个平均社会利润率下。然而,不仅不同行业的生产成品很难比较,就是生产同一产品的不同企业,其生产成品受诸多因素的影响也往往是不同的,因而要估计出一个行业的社会平均成本以及与其他行业成本之差距,往往是不现实的,更何况成本是处于变动之中的。因而,依据估计得出偏又往往失真的不同行业之成本而设计的税率,常会有失偏颇,很难做到不同行业之间税负的公平性。

增值税只设置了两档税率。除了对销售或进口粮食、农用生产资料、图书、报纸及居民用煤、气、水等绝少数几类商品征收13%的税外,其他绝大部分产品的销售、进口都征收17%的税。由于增值税是就增值额征税,具体操作中又采用销项税扣进项税(进销税率相同)的办法,因此,不管是哪一类企业,也不管各个企业的生产经营成本是高是低,增值税只是就其新创造的价值统一征收17%的税,这样就从税收法律制度上保障了不同行业、不同企业间税负的公平性。

(五)新流转税制还有一个明显的公平性,那就是将增值税一贯到底,对“三资企业”也适用统一的增值税。

原流转税制对外商投资企业(即“三资企业”)与内资企业区别对待,对前者采用工商统一税,对后者则适用产品税、增值税或营业税,前者的平均税负明显低于后者。新流转税制取消“内”、“外”之分,对外商投资企业与内资企业适用统一的增值税,使得它们相互之间在平等的环境下展开竞争。

二、以收益(入)高低为唯一征税标准的新所得税制充分体现税收调节企业和个人收入的公平性

(一)建立在收入基础上的新企业所得税制,取代建立在所有制基础上的旧企业所得税制,充分体现所得税制改革的公平性,有助于建立现代企业制度。

我国实行新税制的一个重要目的应是要有助于建立现代企业制度。现代企业制度的核心问题是产权问题。建立现代企业制度,就是理顺产权关系,明确产权边界。现代企业制度的主体是公司法人制度。公司是法人,具有法律上独立的人格。各种类型的公司应该享有法律上平等的地位,包括平等的税收法律待遇。公司法人财产是有各股东的投资形成的,公司法所关心的不是股东出资财产的所有制性质,而是股东及其公司对外承担民事责任的界限、程序,以切实保护投资人、债权人的利益。由于公司可以容纳各种所有制性质的投资,

因而,公司本身是没有所有制性质的。新的公司登记制度,只有“公司类型”,没有“经济性质”这一登记栏目。在新的公司制度前面,那种以企业所有制性质的不同为依据的税收立法已失去存在的意义。

第二步利改税所形成的所得税制最典型地体现了以企业所有制性质为区别标准而进行税收立法的体例。当时,对全民大中型企业按 55% 的比例税率征收所得税,并在此基础上征收调节税;对城镇集体所有制企业、乡镇集体所有制企业按超额累进税率征收所得税,集体企业实际承担的税率平均在 25%—30% 之间;而对“三资企业”则按 33% 的比例税率征收所得税。国营大中型企业的税负明显高于其他所有制性质的企业。这当然是企业制度决定的。当时的企业都是划分所有制性质的,每个企业的营业执照上都登记有“经济性质”这一栏。全民企业是国家投资的,国家除了对其征收所得税外,还要收取利润。第二步利改税,就是要将国家对全民企业所收取的利润合并到所得税中一并征收,所以,才有 55% 这么高的税率。这种强化国家财政收入的做法,客观上大大加重了全民企业的税收负担,而且从理论上混淆了税收与利润这两种截然不同的收入来源,混淆了国家的政权职能与(对全民企业财产的)所有者职能。

很明显,这种旧的企业所得税制存在着两大弊端:一是不同所有制性质的企业之间税负的不公平性;二是以企业的所有制性质不同而分别制定所得税税法的体例不符合现代企业制度的要求。

新的企业所得税制只有两部所得税法:一是《中华人民共和国企业所得税暂行条例》(以下简称《企业所得税暂行条例》);二是《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》(以下简称《外商投资企业和外国企业所得税法》)。对所有的内资企业,不问其所有制性质,统一按《企业所得税暂行条例》征收 33% 的所得税,以充分显示税负的公平性。这种不问企业所有制性质的征税方法,客观上有助于现代公司企业制度的建立。

尽管新的企业所得税制对外资企业与外商投资企业及外国企业采用分别立法的体例,然而,两者之间的税率是统一的,均为 33%,这又一次显示了新所得税制的公平性。

也许有人会说,外商投资企业及外国企业享有很多优惠待遇,真按 33% 纳税的其实很少。作者认为,国家之所以要给外商投资企业及外国企业一定的优惠待遇,是考虑到引进外资的需要及其他发展中国家在类似情况下所适用的税率。然而从理论上讲,外商投资企业及外国企业适用的基础税率与内资企

业的税率是相同的。更何况,内资企业也可享有一定的优惠待遇。如:经济特区和上海浦东开发区的内联企业适用 15% 所得税率;高新技术产业开发区的高新技术企业也适用 15% 的税率,而且自投产年度之日起两年免征;新办的第三产业,在一定年度内减征、免征所得税。诸如此类,对内资企业的优惠措施也有十几项之多。因此,可以说现在内资企业与外商投资企业及外国企业的所得税税负已基本趋于一致。

所得税是直接税,其纳税人就是实际负税人。它不像作为间接税的流转税,纳税人可以通过商品销售行为和营业性服务行为将税负转嫁出去。因此,相对而言,所得税比流转税更能体现税负的公平性。

(二)统一个人所得税,而且采用累进税率,一方面体现税负的公平性和一视同仁的原则;另一方面调节个人收入水平,促进社会分配的公平化,以实现税收的社会职能。

在旧的个人所得税制中,有三部个人所得税法。一是个人收入调节税暂行条例,适用于中国人;二是个体工商户所得税暂行条例,适用于中国人中的个体工商户;三是个人所得税法,适用中国境内的外国人。相比较而言,个人收入调节税起征点低,税率递进速度快,税负最重;个体工商户所得税虽无起征点,但税率递进速度相对较慢,平均税负比个人收入调节税要低;个人所得税起征点最高,税率递进速度最慢,实际税负最轻。难怪当时有人说,中国境内的外国人,享有的不是国民待遇,而是超国民待遇;而一部分缴纳个人收入调节税的中国公民则呼吁要享受平等待遇。

新的个人所得税制,不问是中国人,还是外国人,也不问是不是个体工商户,均适用统一的重新制定的个人所得税法,取消个人收入调节税和个体工商户所得税,从而使得所有的自然人,就其所得,承担同样的税负,真正体现了新税制一视同仁的原则和个人所得税税负的公平性。

而且新的个人所得税制,对个人的工资薪金所得采用累进税率,收入越高,税率也越高,客观上起到调节个人收入水平,促进社会分配公平化的作用。随着社会主义市场经济的进一步发展,个人之间的收入差距也将进一步扩大,这也许是市场经济必然规律。从社会发展的角度考虑,要允许一部分人先富起来,以形成一种竞争激励机制,最终实现社会财富积累的增加和整个社会的进步。而从宏观管理的需要出发,要保持社会的平稳发展,尽量避免体制不完善因素引起的社会分配不公的现象。征收个人所得税,一方面本着公平税负的原

则,对个人收入进行必要的调节;另一方面,缓解新旧体制交换过程中因某些环节调控措施不衔接而造成的公民之间收入相差过分悬殊分配不公的现象。

(三)新的所得税制另一个明显的特点是开辟了一个新的税种——土地增值税。

这一新税种设立的目的是为了公平分配国有土地的增值收益,避免房地产开发商利用土地自身增值获得额外利润。

土地增值税是就转让国有土地使用权、地上建筑物(简称转让房地产)取得的收入,减除规定扣除项目金额(土地出让金和土地开发费)后的增值额所征收的一种税。从课征环节看,土地增值税在房地产转让环节课税,具有流转税的某些特点,但是,其征税对象——增值额却是一种所得额,因而土地增值税应归入所得税范畴。

在计划经济体制下,土地是无偿取得的,且不能转让。在市场经济体系中,国有土地使用权可以由国家出让给土地使用者,土地使用者取得这种土地使用权后又可以有偿转让,从中获得收益,也即国家承认土地使用权是一种商品。

然而,房地产作为一种商品与一般商品不一样。一般商品的增值是商品的生产经营者投入劳动所形成的价值;但是房地产的增值往往不是或者不主要是房产的增值,而是地产的增值。地产的增值除了少量属于土地开发性劳动所产生的收益外,绝大部分是土地自身的增值,也即绝大部分不是房地产开发商投入劳动形成的价值。很明显,这一增值全部归房地产开发商所有是不公平的。

国家对房地产增值额征收30%—60%的土地增值税,有助于形成房地产收益的公平分配机制,避免房地产开发商获取超过其所投入劳动的额外利润。

三、改善、健全税收管理体制,理顺中央与地方、税务机关与纳税人的关系

(一)增强税务机关的独立性,建立国家税务局与地方税务局两套系统;取消地方财政包干,实行分税制,实现税收征管权利在中央与地方之间的公平分配。

我国税收管理体制的一个传统性弊端表现为从属性、地方性、分离性,即税务局从属于财政机关领导,没有独立的法律地位,不能独立行使税收征收管理权力;国家中央机关在地方上没有直接管辖的税务机关,所有行使征税权利的税务机关均由地方政府领导,中央税收由地方税务局代征;税收立法权基本掌握在全国人大及其授权的中央政府手中,地方人大和地方政府没有税收立法权,但与此同时,大部分税收的优惠减免权交由地方政府和地方税务机关行使,造成税收立法权与优惠减免权的分离,税收的征管权利与义务不相一致,

这样,必然是税收征管在实践中的弱化,从而导致大量税收流失。

于是,国家为了稳定和巩固中央财政收入,调动地方积极性,采用地方财政大包干这一行政措施。这一措施曾一度起到积极作用,但随着实践的深入,其弊端也日益显露了出来。其一,它弱化了中央政府的税收管理权和宏观上的统一调配、协调权,造成一个又一个的地方独立利益主体,各地纷纷实行地方保护主义,从而阻碍全国统一市场的形成和市场机制的发育。其二、它造成了各地区之间不公平的待遇。由于各地财政包干的金额高低不平,而且这种金额并不是通过科学的计算程式得出的,更何况,各地财政包干的金额一经确定就是三年五年不变,然而各地经济发展速度却是经常变化的,因而,财政包干后,各地之间待遇往往有失公平、合理。其三、它是导致通货膨胀的重要原因。地方财政包干后,各地政府为了保护本地利益,越权给本地企业减免税收,使得地方企业预算外收入按较大比例逐年上升,其中一大部分直接用于消费,形成消费膨胀。

新税制力图从根本上克服传统税制的弊端,建立中央与地方之间相对独立又相互制约、公平有效的税收征管运行机制,具体体现在以下方面:

第一,提高税务机关的法律地位,增强其独立性和权威性。税务机关从各级财政部门分离出来,不受行政隶属关系制约,独立行使税收执法权。

第二,取消地方财政包干,实行分税制。地方财政包干是一种临时性的行政措施,实行新税制后将予以取消。新税制同时从税种上划分为中央税和地方税两套体系,将那些税源集中,额度较大的税种划归中央税系列;而把那些税源分散,不易于集中统一征收的税种划归地方税系列。中央税和地方税就税种本身而言是相互独立的。

第三,税收立法权、征管权与优惠减免权相一致。实行分税制以后,中央税与地方税分别由中央与地方两级人大及其授权的中央政府与地方政府立法。当然,地方税税种的开征需征得中央同意。同时分别设立国家税务局与地方税务局两套系统。国家税务局在地方设立分支机构。中央税由国家税务局征收、管理;地方税则由地方税务局依照地方法规规定的程序征收管理。中央税与地方税相对独立,谁立法,谁减免;谁减免,谁少税,既公平,又合理。从而,从体制上既保证了中央财政收入的稳定性,中央税税源的不可侵犯性,又调动了地方的积极性,还可以防止地方政府和地方税务机关滥施优惠减免权。

(二)实行税收的“征、管、查”权利相分离,推行税务代理制,理顺税收征纳

关系,实现税务机关与中介机构、纳税人相制衡的公平的约束机制,提高税收征管效率和质量。

我国税收管理体制另一个传统性弊端是“征、管、查”一体的专管员一员到厂制。税收专管员集“征收、管理、稽查”的权利于一身,除了国家进行税务大检查以及收到举报后进行突出性检查外,企业所有的税务事宜由专管员一人统管。这样就过份抬高了专管员的价值,使得“征、管、查”之间缺乏相互制约机制,什么事情都由专管员一人说了算,纳税人处于相对不利的地位,所谓“专管员领导下的厂长负责制”就是对征、纳双方关系扭曲的一种说法。同时,专管员制度也为企业逃税提供了方便。一部分企业为了尽量少纳税,千方百计地拉拢专管员,使得少数经不起诱惑的专管员蜕化变质,暗中支持、怂恿企业偷税。这不仅污染了社会风气,而且使国家税源大量流失。这也就是近年来,国家每年要进行税务、财务大检查,每年总能查出一大批偷税户的原因之一。

为了克服以上传统弊端,改变征、纳双方被扭曲的关系,建立一个公平有效的运行机制,新税制实施或推行以下措施:

第一,在纳税环节,建立以纳税人“自核自交”为基础的纳税申报制度。税务机关平时将不再来管纳税人“什么时候纳税、纳什么税、纳多少税”这些日常事务,全然由纳税人自觉交纳,从而为纳税人提供一个较宽松的纳税环境。

第二,逐步推行税务代理制。选择信誉良好的律师事务所、会计师事务所作为中介机构,实施税务代理制度,这是西方国家的成功经验。我国实行新税制后,将予以借鉴,并根据我国国情在税务机关、中介代理机构与纳税人之间建立一个相互制约机制,以保证税收收入及时入库,又最大限度地杜绝营私舞弊的漏洞。

第三,完善税务咨询服务,向纳税人提供有关税收法规、实务等方面的帮助,普及税收法律知识,以利于纳税人自觉纳税。

第四,加强税务稽核、检查和审计制度,实现税务机关职能的转换。税务机关主要职能将不再是具体的征税事务,而是对纳税人的纳税情况进行稽核、检查和定期或不定期审计,以提高纳税人的纳税自觉性。

第五,实行重罚制度。对纳税人的偷税、骗税行为,一经查实,实施重罚,罚得其“喘不过气”,直至破产为止,使得纳税人不敢产生偷税、骗税等违法之念头。

论法人所有权^{*}

一、两权分离理论的不彻底性

国有资产所有权与经营权分离,是处理国家与国有企业关系的基本思路,也是重新构造国有企业经营制度的理论依据。但是,企业体制深入改革的实践严峻地告诉我们:近十年来一直奉行的两权分离理论,实际上是很不彻底的。在这一理论的指导下,企业很难成为自主经营、自负盈亏、独立核算的经济实体,也难以建立自我积累、自我发展、自我约束、自我调适的经营机制。

(一)两权分离不能使国家与国有企业产权边界明晰化。

这一理论无法解释以下两个问题:第一,所有权与经营权的边界究竟在哪里?《中华人民共和国民法通则》(简称《民法通则》,下同)第七十一条规定:“财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。”《民法通则》没有给经营权下法律定义。根据《中华人民共和国全民所有制工业企业法》(简称《企业法》下同)第二条的规定,经营权是指企业对国家授予其经营管理的财产的占有、使用和依法处分的权利。从这两个法律定义的对比中我们会发现两个纰漏:1.企业依法处分国有资产的范围怎样确定?流动资产的借贷、固定资产的转让、租赁与再租赁、金融资产的出售与抵押、企业对外投资与发行股票、债券等是否属于依法处分的范围?2.企业经营权不包括收益权,这既不能解决现实问题(实践中,企业对自有资金比对国家投资和银行贷款拥有更大的支配权利,但又不拥有完整意义上的经营权^①),又与改革的目标不一致(企业改革是为了在承认企业独立利益的同时,增进企业的活力)。第二,在企业经营管理体系中,谁来代表国家所有权?谁来维护国家利益?如果说是厂长(经理),那么又怎样解释厂长(经理)通过与企业主管部门订立承包合同、租赁合同而取得企业经营权这一事实呢?总不至于说厂长(经理)既行使所有权,又行使经营权;否则,还怎么实现两权分离呢?

(二)两权分离不能使企业建立合理而又富于效率的经营机制。倡导两权分离理论的目标之一,是为了建立能充分激发企业活力的经营机制。但实践结

^{*} 本文发表于《复旦学报(社会科学版)》1989年第4期。

果却并非如此,从而要求理论倡导者修改理论本身。

第一,两权分离难以形成合理的企业财产(利益)制衡和约束机制。在两权分离的情况下,国家与企业之间产权边界是模糊的,而且企业对自己的经营活动不享有收益权,经营成果只能是国家资产的增值。于是,产生了以下几个问题:1.因为国家与企业产权边界不明晰,又因为国有资产不能“人格化”,因而,尽管采用了承包制、租赁制等两权分离的典型形式,但国家所有权仍然是虚置的。这正如一位经济学家所讲的:“承包制的症结不在于操作”,而在于它作为两权分离的一种典型形式仍无法克服传统国有制“所有权虚置”的根本弊端^②。2.企业不是产权主体,因而对资产的有效运营和增值不加以关心,既缺乏内在活力,又缺乏刚性的经济约束,造成了微观经济运行的低效率及无规则状态。3.既然资产收益上缴财政,国家仍然是最重要的投资主体,而资产存量与增量的产权边界又是模糊的,投资决策中的责任与利益难以对称化,“投资饥渴症”就赖以滋生,投资效益因此而低下。事实上,目前的法律允许留利的一部分用作职工福利、奖励基金,也承认经营者利益,可就是不承认企业用自有资金追加投资所形成的资产增量归企业所有,这样就很难在国家、企业、经营者、生产者之间形成一个具有相互协调、相互制约功能的财产(利益)结构及制衡机制。进一步的分析还会发现,为什么《企业法》没有将收益权列为经营权的内容,这并非是立法者的任意选择,而是在没有更好的解决方案之下的权宜之计。因为在对待企业自有资金追加投资所形成的资产增量问题上,立法者面临着一个两难选择:资金增量归属企业固然能激发企业的长期行为,但长此以往,国有企业资产中属于企业所有的部分将逐年增加,属于国家所有的部分将逐年减少,最终将导致国有制的瓦解;资产增量归属国家,经营者为所有者无偿增殖资产,则无疑会抑制企业增加积累的积极性,诱发企业的短期行为。国有制是社会主义经济基础的基石,是不断能瓦解的,因而立法者只好选择前者。

第二,两权分离很难形成合理的企业行为机制。产权边界的模糊,造成了软的财产约束,而软的财产约束必然伴随着软的预算约束。在财产约束和预算约束同时软化的情况下,企业行为会不时偏离国家宏观发展目标,并与国家、社会利益相悖逆。于是,国家又不得不加强行政干预,来约束企业行为。就拿两权分离的典型形式——承包经营、租赁经营来说吧,承包基数和租金都是人为地确定的,没有什么科学的计算程式。企业利润的实现与其说取决于市场约束,还不如说取决于与有关部门的讨价还价。如签订承包合同时承包基数的讨

价还价,承包过程中价格、税收、信贷、补贴的讨价还价,承兑合同时利益的最终实现的讨价还价。企业对市场和国家的双重依赖性决定了企业对市场的反应不仅不敏感,而且往往不合理,市场信号便会以歪曲的形式反映市场供求状况。在这种情况下市场机制必然是残缺不全的,其功能也不可能得到充分的发挥。而各个企业相互之间因来自行政和不规范的市场的多重限制难以展开公平竞争,企业不可能成为真正的市场主体。最终,企业的行为机制必然是紊乱的。

第三,两权分离难以形成合理的企业责任机制。由于产权主体不明晰,产权边界不清楚,企业资产收益不归属企业,因此,实际上企业不能对其经营债务和破产债务承担清偿责任。1.市场供求关系的变化而引起企业边际成本的上涨,企业往往不是通过挖掘内部潜力来消化,而是通过要求上级部门削减承包基数、租金、减免税收或提高产品价格等方式把损失转嫁给国家和消费者。2.企业因经营管理不善发生亏损或破产时,本来应以企业法人资产来清偿债务,但是企业实际上没有自己独立的法人资产,不仅最初投入的资产存量,而且还有以经营收益追加投入的资产增量,其所有权都归属国家。因此,亏损或破产清偿责任最终都得由国家来承担。

二、企业法人所有权的必然性

(一)企业独立的经济地位与企业法人所有权。

商品交换关系的一般前提是,交换双方对各自用来交换的对象(客体)拥有所有权。以价值量相等为原则的商品交换关系在法律上反映为债的关系。实际上,所有权是债的关系发生的前提,也是债的关系运行的结果——交换交换对象的所有权。正如马克思所讲的;“我在分析商品流通时就指出,还在不发达的物物交换的情况下,参加交换的个人已经默认彼此是平等的个人,是他用来交换财物的所有者。他们还在彼此提供自己的财物相互进行交易的时候,就已经做到了这一点,这种通过交换和在交换过程中才产生的实际关系,后来获得了契约这样的法的形式。”^③这里所讲的契约关系就是债的关系。所有权也即产权是法律赋予的一种财产权利。它作为所有制关系的法律形式,即法权含义的财产关系是特定生产方式下用来硬化一定的所有制关系,约束人们的经济行为,维护和稳定一定的经济秩序的法权工具。前面已提及即使是最简单的商品经济活动,例如市场交换行为,都是以交换主体拥有交换对象的所有权为前提的。而在发达的商品经济社会,各个商品生产者之间纷繁复杂的商品经济活

动,诸如资金的借贷与投放、商品的赊购、财产的抵押、资金租赁、资产经营的委托、股票的发行与买卖、债券的认购与交易、票据的承兑与贴现等等,是以所有制关系更细致的分化和所有权关系更明确的法律规定为基础的。发达资本主义国家通过十分详尽的经济法规来规定各种复杂经济活动中的财产关系,用以规范人们的经济行为。社会主义经济仍然是社会化大生产的商品经济,各个企业都是独立的商品生产者和经营者,具有自身的物质利益,它们之间的一切交换都是商品交换,从法律上承认企业(即交换主体)对交换客体的所有权,承认企业法人财产的独立性,则是维护和调节社会主义商品经济运行秩序的必要前提。

(二)企业独立的法律地位与企业法人所有权。

企业是法人,在法律上具备独立的人格。进一步说,企业不是别的法人,而是从事一定生产经营活动的法人。一方面,它的一切行为都以盈利为目的,然而以盈利为目的的行为并不一定以盈利为结果。若企业行为给企业带来亏损,就有一个损失承担问题。例如,企业对外投资就是一种风险投资,它可能给企业带来资产增殖,也可能给企业带来资产减损。另一方面,企业行为并不在任何时候都是合理的,特别是当前在完善的市场运行机制和企业行为机制尚未建立起来的状况下,企业的一些行为很可能给别的企业、事业单位或公民带来一定的经济损失,这就需要企业具有承担独立的民事责任的能力。鉴于以上两点,企业必须具有独立的法人资产。那么企业法人对其资产是拥有经营权就够了呢,还是必须拥有所有权?我们认为应当是后者;否则,就难以解决以下问题:1.如果企业仅仅对资产拥有经营权,那么企业永远也不可能真正掌握资产的实际控制和支配权,永远也不能成为真正独立的法人。目前法律没有将收益分配权、重大投资决策权、资产的重新配置组合权、最高经营人员的任免权等关系企业命运的权利交给企业,这与现代商品经济发展的要求是不一致的。“商品经济的发展要求突破资产所有与资产支配过程直接同一的局限。一方面,资产所有者在不丧失终极所有权的前提下将资产的实际支配权转让给他人;另一方面,非所有者通过一定的形式直接、自主地支配本属于他人的资产。”^④2.如果企业仅仅对资产享有经营权,其所有权归属国家,那么从公司法原理来讲,在企业资产所有权主体单一的情况下,这一单一的所有权主体应对企业的全部债务负无限的清偿责任,这也就是说国家必须对国有企业的债务负无限的清偿责任,而这显然是不妥的。我国目前的法律也不允许这样做,《企

业法》第二条规定:“企业依法取得法人资格,以国家授予其经营管理的财产承担民事责任。”

三、法人所有权的概念和组织形式

法人所有权是指企业依法设立后,在法律上取得法人资格,成为一个不依赖于资产最初(或追加)投入者的独立的所有权主体,拥有对法人资产占有、使用、收益、处分的权利,并以独立的主体资格从事生产经营活动,参加民事法律关系,享有民事法律权利,承担民事法律义务。

在明确法人所有权概念的同时,必须申明两点:(一)法人所有权本身不是一种独立所有制的法律形式,它是多种不同所有制相联合的法律形态。在同一法人企业内,可以有全民所有的财产,集体所有的财产,个人所有的财产,也可以由其他企事业单位所有的财产。法人所有权不仅不怕财产来源的分散,而且这种分散化恰恰是法人所有权独立的前提。(二)法人所有的财产与企业所有的财产是两个不同的概念。企业所有的财产仅指企业税后留利或完成承包基数的超收利润(实行股份制企业的企业股);而法人所有的财产既包括企业所有的这一部分,更指企业内的国有资产和其他资产、企业所有的财产仅占法人所有的财产的一小部分。^⑤

法人所有权作为不同所有制财产的组舍,其组合的法律形式有两种:一是股份有限公司(在国外也称为上市公司);二是有限责任公司(在国外也称为不上市公司)。两者的共同点是:股东只以各自的股份额对公司债务负有限责任,并拥有对公司的红利分配权、监督权和破产时的剩余财产分配权;各股东只对公司负责,而不对公司的债权人直接负责。其区别有三点:1.前者的股东多而分散,除少数大股东以外,还有大量的小股东;后者的股东少而集中,每个股东都掌握较大比例的股份。2.公司的最高权力机构不同。前者为股东大会;后者为董事会。3.公司的资本,前者通过公开发行和交换股票的方式筹集!后者由股东的最初投资或追加投资构成,不向社会发行股票。两者可统称为股份制企业(或股份公司)。

在承认并赋予企业以法人所有权的同时,应确认这种法人所有权的组合形式为股份制企业(或股份公司)。^⑥这是因为:

1.改革后政府管理经济的政权职能与其(国有资产)所有权职能相分离,政府作为资产所有者与资产的实际支配者——企业的法律地位是平等的,股份制恰到好处地处理了这两个平等主体之间的资产及资产收益关系。政府作

为政权主体与国有资产所有者的双重身份分离后,作为资产所有者的政府如何处理与企业的关系?目前普遍采用的方案是承包制。但是几年来的实践证明,与股份制相比,承包制在处理作为资产所有者的政府与企业的关系时,有许多严重缺陷。如:1)在承包合同签订时,由于这种签约行为不是一种风险投资行为,不受价值规律和市场机制的约束,带有很大的主观性。出包方——作为所有权主体的政府常常在签约时渗入政权主体的因素,带上超经济的色彩,从而很难使企业摆脱作为附属物的地位。而作为所有权主体的政府认购企业股票或投入股份资金是一种风险投资行为,受价值规律和市场(尤其是股票市场)机制的约束,必须考虑到投资效益,并力争单位投资效益最大化,因而也就排除了政府在确定投资流向及流量时的超经济因素,保证政府与企业处于平等的契约地位。2)政府主管部门事先人为地与各个承包企业——确定上缴税利指标,这是一种不规范的经济法律行为:一则,上缴税利指标是一对一经过讨价还价确定的,它既不科学,又给企业造成了一种不平等的竞争环境;二则,它将税利合在一起,既混淆了政府的双重职能,又使刚性的税收软化(因上缴税利指标是可以协商的);再则,政府给承包企业确定的上缴税利指标往往逐年按一定比例递增,但企业经营受市场机制的制约,其收入并不按一定比例逐年上升。而股份资金的风险投资行为是一种规范化的经济法律行为,它解决了以上一系列承包制中所存在的问题。一则,股东分红多少取决于投资多少和企业的盈亏状况,无需讨价还价;二则,实行股份制势必造成税利分渠分道;再则,股东分红多少,并不每年按一定比例递增,而是有升有降,与企业盈亏变化呈同步趋势。3)实行承包制,承包企业的行为受到分别属于不同的条条、块块的部门利益、地区利益的制约,生产要素不可能流动,从而也就不能实现社会资源的最优配置;实行股份制,股票的买卖带来了生产要素的频繁而迅速的流动(从效益低的部门、企业,流向效益高的部门、企业),从而可以达到(至少是不断接近)社会资源的最优配置状态。

2. 社会化大生产要求产权主体多元化(社会化的投资网络)和明晰化;而等量劳动相交换的价值规律要求公平地处理各产权主体之间的收益分配关系,股份制恰好适应了这种要求:1)由于股东既可以是国家,又可以是企业或个人,因而就形成了一种社会化的投资格局;同时,由于股票的发行和买卖可以跨越国家和地区的限制,超越时间和空间的界限,因而又可以形成一种社会化的投资网络。这种投资格局与网络与生产的社会化趋势是一脉相承的。2)

股份制以股份的形式对企业产权加以确认和确定,从而使产权关系明晰化。确认,是指产权属于哪个股东所有;确定,是指该股东拥有多少产权量。因而,股份制定是对企业资产所有权的一种科学的定性和定量。3)融集于同一企业的产权主体的多元化和各个产权主体利益的独立性,必然要求依照商品社会的一般产权规则,即根据各自财产的多少,产权量的大小来确定相互间的利益分配,股份制为这种分配提供了一个最佳方案^⑦。

3.适应现代商品经济发展的要求,股份制(这里主要指股份有限公司)创造了一种较为完善和成熟的风险、责任与利益相结合的机制。表现在:1)有限的风险与责任,无限的收益。一方面,股东只以认缴的股份对公司债务负有限责任,因而其风险也是有限的;另一方面,各股东既可以每年按其股份从公司利润中获得股息和红利,又可以因公司营业状况良好,从股票价格上涨中获得收益,这两方面的收益从理论上讲是没有界限的。2)流动的风险,稳定的经营。股票与债券的区别之一,就在于股东不能抽回自己的资金;与债券相同的是股票也是可以流转的。股份公司生产经营的风险可以通过股票买卖不断地在新、老股东之间流动。但无论股票如何频繁地流动,股票所代表的实际资产却始终留在股份公司手中,因而公司可以保持生产经营的稳定性。3)分散的风险,集中的投资。从股份公司方来讲,它可以将集中投资的巨大风险最大限度地分散给各个资本所有者来承担;就股东而言(特别是大资本所有者),他既可以通过出售股票来分散风险,还可以将自己的资金投入不同的股份公司,使投资风险分散到不同的行业和领域,以防止集中投资因某一公司的破产而给他带来致命的损失。4)分层的风险与责任,对等的权利。一方面,股东投入资金越多,说明它承担的风险与责任越大,但是它因此而获得的对公司的表决权和收益权也就越大。另一方面,公司通过发行三种证券来筹措资金:债券、优先股票、普通股票。其风险与责任的大小是这样排列的:普通股票大于优先股票大于债券,各证券持有人因此而获得的对公司的控制权也是这样排列的:普通股票持有人大于优先股票持有人大于债券持有人。这说明承担的风险、责任越大,对公司的控制权也就越大。

4.股份制在商品经济条件下创造了一种合理、有效的企业经营机制。1)股份制创造了一种合理的企业利益分配和激励机制。一方面,各股东以各自股份的大小来分享公司利润,这是股票市场的价值规律;另一方面,由于股东的利益与公司、经营者的利益紧紧地捆在一起,创设了一种有效的利益激励机

制。2)股份制创造了一种有效的企业权利分配和制衡机制。一方面,各股东对公司控制权的大小取决于各股东在公司财产中产权量的大小,这是商品经济条件下的权利分配规律;另一方面,股东大会、董事会、监事会、经理及职工代表拥有各自相应的权利,相互间形成一种权利平衡和制约机制。3)股份制创造了一种有效的企业行为约束机制,各股东通过两种方式来约束企业行为:一是“用手投票”,即通过选举董事来影响企业经营决策,二是“用脚投票”,即通过买卖股票来表示对企业经营状况及发展前途的信任程度。若股东大量抛售公司股票,说明对企业经营投不信任票,从而迫使董事会撤换企业经营人员。

从以上的分析中可以看出,以股份制形式所体现的法人所有权不是人的组合,而是财产的组合。它本身并不创造任何一种独立的所有制,也不改变任何一种所有制的性质;相反,它给社会主义公有制和其他所有制提供了一种更有效的资产组合形式。社会主义公有制实质上是联合起来的、社会的个人所有制,^⑧股份制为这种所有制提供了最理想的法律形式,并在此基础上建立了法人所有权。

四、法人所有权的权利结构

(一)终极(原始)所有权与法人所有权。

法人资产由各股东的股份资金构成,相对于企业来讲,各股东拥有对法人资产原始或终极的所有权。但各股东一旦将资金投入公司,其实际支配权就交给了公司,综合形成法人所有权。这正如日本经济学家所言:“在股份有限公司的股东权是所有权的一个变种,从根本上说它们仍然体现了私有制的基本属性。但是应该注意,股份公司作为虚拟人,具有法律人格,股东个人不得直接支配他所投入企业的资本,即表现为具体形态的资产”。^⑨法人所有权相对于股东的终极所有权而言,具有以下几个特征:1.它是一种派生性权利。法人所有权是从原始所有权中派生出来的。原始所有权在性质上居于先导地位,它的增减或转移对法人所有权具有重要意义。法人所有权的扩大或缩减及其运行归根到底仍以原始所有人的利益为依据。2.它是一种相对物权。之所以说它是物权,是因为它与一般所有权一样,具有占有、使用、收益、处分等四项权能;所以说它是相对的,因为它最终很难摆脱原始所有权的约束。或许有人会说,物权都是绝对的,无相对的。其实这并不矛盾。物权的绝对性是相对于其义务主体而言的,物权的义务主体是不特定的,除权利主体以外的任何人,义务主体履行义务的方式是不作为的方式。我们说法人所有权是相对物权,是就同一财

产上两个不同的权利主体——原始所有人与法人(企业)而言的。就法人所有权的义务主体及其履行义务的方式来说,它与一般所有权没有区别。³⁾它是一种实际运营权。股份资金一旦投入公司,其职能就分离出来由法人企业操作。法人掌握了资金的实际运营权。不论股票在市场上如何流动,并不直接影响法人所有权的独立行使和运营。

但是,法人所有权的独立化必须建立在原始所有权分散化的基础上。否则,若某一股东拥有一家公司的绝大部分股份就能实际操纵该公司的命运。这就需要相应的法事措施,如《美国联邦证券交易法》禁止商业银行介入股票交易,切断金融资本与工业资本的参股联系。我国目前若要推行国有企业股份化,那么企业大部分股份必然为国家所拥有,这就很难真正实现法人所有权,因而须采取一定对策。可供选择的方案是:在设立国有资产管理局行使国有资产收益权的同时,按行业和地区设立一大批国有资产经营公司行使国有股票操作权,实行国有股票收益权与操作权的分离,并允许国有资产经营公司相互展开竞争。同时要鼓励企业和其他团体投资人相互参股。

(二)股权与物权。

股份制之所以能够被股东和社会所接受,关键在于股份经济的产生创造了解所有权关系的物质条件,即创造了资本存在和运动的两重化形式:“一是以实物形式存在和运动的公司资产,一是证券形式存在和运动的股票。”股权与物权相分离,或者说股东终极(原始)所有权与法人所有权相分离“不过是资本存在和运动的两重化形式这一现实经济关系的法律表现,是股份经济产生和发展的必然结果”。^⑩对股东来说,它的资产所有权已演化为股权,也就是说它一旦将资金投入股份公司,就不再是实际资产的所有者,而是股票资产的所有者。它可以任意处置它的股票,如买卖、赠送、抵押、销毁等,但无权抽回股份资金。另一方面,就股份公司来讲,它却掌握了实际资产的所有权,可以象其他所有人一样,自主地行使对公司资产的占有、使用、收益和处分的权利。

同时,现代股份经济的发展要求弱化股东对公司的直接控制权(参与公司重大经营决策的权利)使股票仅仅成为一张收益凭证。如日本法学家指出“股东大会虽是选任董事权限的最高机构,但一般股东只关心分配和股票价格,而对公司经营和决策权的行使并不关心。因此,实际上以承认董事的提案而告终。股东大会不过是个形式。”。^⑪更有一些外国学者认为股东持有的实际上是一种债券。“股东在混合公司和财产中只有以股票持有者或公司股东的身份

享有一定的债权,分享这些资产所收益的权利。”^⑩我们认为我国是社会主义大国,且实行股份制经济尚属初始阶段,因此必须保证国家(以国有资产经营公司为代表)以适当的方式在适宜的程度上参与公司重大经营决策的权利。

(三)股份制企业内部的法人所有权与经营权。

在公司内,也必须实行法人所有权与经营权的分离。董事会是法人所有权的代表。在股份有限公司中,它由股东代表大会选举产生并对股东负责;在有限责任公司中,它由投资各方委派产生,并对委托人负责。董事会行使股票发行权、收益分配权、重大投资决策权、长中期规划的制定权或审议权、最高经理任免权等最高层次决策权。公司的日常经营决策权由董事会聘任的总经理行使。总经理对董事会负责,实现既定的公司目标。总经理在授权范围内的日常经营决策,董事会不得随便干预。

注:

① 两权分离理论倡导以来,对于企业自有资金所有权归属问题,一直是有争议的。但是,既然《企业法》没有规定将收益权作为经营权的内容,说明法律认为这部分资金的所有权仍归属国家,而不属于企业。然而,本文所持观点与这一现行规定不尽一致。

② 参见杜海燕《承包制:国有企业体制改革的初始选择》载《经济研究》1987年第10期。

③ 《马克思恩格斯全集》第19卷,第423页。

④⑤⑦ 顾培东、刘西荣《国有企业股份制问题研究》载《中国社会科学》1988年第3期。

⑥ 目前,资本主义企业的主要法律形式有三种:独资企业、合伙企业、公司。“但在今天,企业最重要的法律形式是公司”。而股份公司又是公司最普遍最典型的一种形式。独资企业和合伙企业不被视为法人。“公司是法人,就是说在法律上具有独立的人格,……和自然人一样可以成为权利主权。这一点与独资企业、合伙企业都不相同。独资企业和合伙企业都是自然人企业”(参见《美国企业经营管理概论》美霍德盖茨编,中国人民大学出版社第39-49页)。

⑧ 参见杨坚白《论社会的个人所有制》,载《中国社会科学》1988年第3期。

⑨ 日富永健一主编《经济社会学》南开大学出版社第117页。

⑩ 张学军等《美国股份经济的考察》载《经济研究》1987年第1期。

⑪ [日]龙田节编《商法略说》甘肃人民出版社,第45页。

⑫ [罗]乔治·弗洛雷斯库《罗马尼亚的混合公司》,生活·读书·新知三联书店版第66页。

再论法人所有权^{*}

作者认为,所有权关系是所有制关系的法律形式,所有制关系是所有权关系的经济内容;一种所有制可以采用多种形式的所有权形式;所有权关系确立的着眼点不只是从法律上确认社会生产的占有形式,还在于设立一套财产和财产增值的最有效组织形式。基于此,作者提出一种以体现法人所有权的股份制企业这一新的组织形式改造全民所有制独资企业的新尝试,以图在保持企业的全民所有制性质不变的情况下,解决近年来价格改革、企业承包、市场机制建立过程中未能解决的一些难题。

一、法人所有权与所有制

所有制关系本质上是一种通过对物的占有而体现的人与人之间的经济利益关系。其设立的目的是为了确认财产及财产增值的归属,从而进一步确立社会财产的占有形式,并在此基础上确定整个社会的生产方式。其着眼点在于保证财产主体通过对财产的占有获得财产收益。正是在这一点上,所有制的确立才有其社会意义。所有权关系是所有制关系的法律形式(反之,所有制关系是所有权关系的经济内容)。其本质是一种财产权利边界的法律规定。其设立的目的不仅仅是从法律上承认社会财产的占有形式,而且还在于确立一套商品交换的有效准则(根据科思的产权定理,产权的明晰度与商品的交换成本成反比,也即产权边界越明晰,商品交易成本越低,从而商品交易的有效率越高)。^①它的着眼点在于建立一套财产和财产增值的最有效组织形式。为了财产的增值最大化,所有权关系可以灵活地反映所有制的要求。也即作为经济范畴的所有制与作为法律范畴的所有权并不是一一对应的。一种所有制可以采取不同的所有权形式。而一种所有权也可以体现不同所有制的要求。正如有的经济学家所言:“同一所有制对于所有权的不同实现方式有较大的涵盖性。所有制存在本身对所有权运动过程的全部要求仅在于尽可能多地实现所有利益,所有制的生命力也正在于所有权的充分实现。进一步推论,维护一种所有制的稳固并不在于僵化地固守所有权形态,尤其是不必对所有物作静物控制,关键

^{*} 本文发表于《上海社会科学院学术季刊》1992年第2期。

在于能使所有物现实地作为生产要素进入社会再生产过程,从而使原所有者获得理想的收益”^①。根据经济发展的需要,所有制与所有权的对应关系可以变化,其变化的内在依据在于怎样才能更有效地促使财产增殖。

1.法人所有权与全民所有权、国家所有权。笔者提倡以体现法人所有权的股份企业这一新的企业组织形式作为改造全民所有制独资企业的一种新的尝试,但是,这并不是要取消全民所有制和国家所有权。法人所有权作为一种所有权形式并不决定所有制性质,恰恰相反,是投入法人企业的各个股东的财产的所有制性质决定了法人所有权的性质。因此,即使将全民所有制独资企业改为股份制企业也并不等于取消全民所有制,相反,它以一种更符合现代商品经济要求的所有权形式体现了全民所有制的内在要求,为全民所有制提供了一种更有效的财产增殖形式和企业组织形式。因为存在于股份制企业中的属于国有股名下的全民所有制财产不但没有得到损害,反而随着股份经济的发展,其价值量不断地增长。这可以拿资本主义的情形作比较。资本主义股份公司广泛发展(最终成为一种社会化的企业组织形式)及法人所有权的确立不但没有取消资本主义私有制,反而在生产资料不能由整个社会直接占有的历史条件下,更有效地适应了社会化大生产的客观要求,并且巩固发展了资本主义私有制。它使“那种本身建立在社会生产方式基础上并以生产资料和劳动力的社会集中为前提的资本,在这里直接取得了社会资本(即那些直接联合起来的个人的资本)的形式,而与私人资本相对立,并且它的企业也表现为社会企业,而与私人企业相对立,这是作为私人财产的资本在资本主义生产方式的本身范围内的扬弃”^②。但是,它“并没有克服财富作为社会财富的性质和作为私人财富的性质之间的对立,而只是在新的形态上发展了这种对立”^③。”即然,在资本主义社会,法人所有权使私人资本取得了社会资本的形式,但并没有否定资本主义财产私有制;那么,在社会主义社会,法人所有权同样不会否定股份企业内部属于国有股财产的全民所有的性质。

接下来谈谈法人所有权与国家所有权的关系,这里指的是股份企业中都以国有股资产为客体的国家所有权与法人所有权的关系。

第一,从所有权的四项权能(占有权、使用权、收益权、处分权)上来分析,法人所有权是对国家所有权的一种积极扬弃,它有效地改变了国家所有权的实现方式,部分地否定了国家所有权的权能。具体地说,国家一旦将国有资金投入股份企业就将这部分资金所代表实际资产的所有权权能中的占有权、使

用权完全地让渡给了股份企业,而以领取股息或按股票分红的形式完整地保留了它的最终收益权。(在股份企业对外发生商品交换关系时,股份企业代为行使收益权,然后在年终时,企业再以股息、红利的形式将收益在股东之间进行分配),同时又以参加股东大会投票表决的形式极其有限地保留了它的处分权,实际上这部分资产的具体处分权主要由股份企业的董事会和经理掌握,它连同完全让渡给企业的占有权、使用权和企业代为行使的收益权一起构成了法人所有权的内容。而且我们认为所有权最重要的核心是收益权,更确切地讲是一种与企业的经营效益和风险责任密切相联的收益权。在社会财富普遍采用价值形态的现代商品经济社会中,一个所有者能否保留对自己财产的所有权,并不取决于他在实物形态上与这一财产有多么密切联系,也不取决于他是否能直接支配这一财产的命运,而决定于他能否在社会再生产过程中,使自己的财产在价值形态上不断增殖,同时保持对这一增殖的最终收益权。

第二,从财产运动过程(即从社会再生产过程)来分析,得出的结论是:国家所有权是分配领域的所有权,而法人所有权是生产领域的所有权。从严格意义上讲,法人所有权是财产权运行过程中的中间性环节,它只有在资本的生产过程中(即资本采用生产资本形态时),才有其现实的经济意义。一旦生产过程结束(这是一种理论上的假定,实际上,只要企业生存下去,生产过程是连续不断的),进入分配领域,也即最初投入的资本又回到货币资本形态时,如果增殖了,这部分增殖的所有权由投入资本的股东分享;如果亏损了,由各股东分担。也就是说企业法人所有权运行的最终结果(不管是盈利还是亏损)都由股东共同承担,作为国有股的股东也不例外。因而,可以说,生产领域的法人所有权运行的好坏,影响到分配领域的国家所有权的量的扩大或缩小。马克思在阐述资本主义股份制企业的财产关系时指出:“实行职能的资本家转化为单纯的经理,即别人资本的管理人,而资本所有者则转化为单纯的所有者,即单纯的货币资本家……而这个资本所有权这样一来现在就同现实再生产过程中的职能完全分离,正象这种职能在经理身上同资本所有权完全分离一样。……在股份公司内,职能已经同资本所有权相分离,”^④而资本所有权职能与资本再生产职能的分离”是“由于资本法律上的所有权同它经济上的所有权分离”^⑤货币资本所有者与执行职能的资本家“实际上是伙伴:一是法律上的资本所有者,另一个,当他使用资本的时候,是经济上的资本所有者”^⑥马克思的这些观点对社会主义股份企业同样有借鉴意义。当然,马克思这里所讲经济上的所有权与法律

上的所有权的关系实际上就是我们上面讲到的生产领域的法人所有权与分配领域的股东所有权的关系。否则,若从“经济上”、“法律上”这些词的字面意义来理解,就会陷入自相矛盾的境地。因为,马克思本人也相当清楚,所有权始终属于法律范畴,而不可能属于经济范畴。严格意义上讲,不可能存在“经济上的所有权”。

2.法人所有权与企业所有制。从终极所有权或原始所有权角度讲,即从财产的最终归属或最初来源上来讲,企业没有自己所有的财产,因而,我们虽然主张法人所有权但不主张企业所有制。作为法人所有权客体的财产,从原始意义上说,是各股东投入(最初投入或追加投入)的资产(当然也包括国有股资产);从资产及资产收益的最终归属上来说,它同样属于各股东共同所有。

有的经济学家将企业所有制作为社会主义所有制的改革方向之一。^⑦我们认为“企业所有制”在理论与实践都是不能成立的,而且缺乏法律依据。首先,在理论上,“企业所有制”论简单地套用了马克思关于资本主义商品生产条件下的劳动价值论,认为企业的新增价值中的一部分以税收形式上缴国家后,剩余部分理所当然属于企业所有(即企业劳动者共同所有)。然而,实际上在社会主义国家国有企业中的职工是“全民所有制”中“全民”的一部分,是这种所有制财产的主体,这就决定了国有企业与职工之间绝不是雇佣关系,国家与国有企业之间也不是纯粹的劳动力商品交换关系,因此,简单地套用马克思关于资本主义商品生产条件下的劳动价值论是错误的。而且,“企业所有制”论将两种性质绝然不同的国家收入来源混为一谈也是不对的。国家征税所依据的是其政权职能,它不仅对国有企业征税而且还对其他所有制性质的企业征税。国家收取利润所依据的是其所有权职能,它只对国有企业征收。因而国有企业占用国有资产应当向国家上缴的是利润,而不是税收。

其次,“企业所有制”会在实践中造成一系列的麻烦:(1)在同一个企业中既存在属于企业所有制的财产,又存在属于其他所有制(如国有制)的财产,企业在进行资产收益分配时就很可能采用各种手段和方法“化公为己”损害其他所有者的利益。(2)企业将留利中的一部分作为追加投资,又采取各种办法从各方面吸收资金作为追加投资,这样一来,经过若干年以后,企业所有制名下的财产将“滚雪球”一般地扩大,最终将“国有制”等其他所有制财产从企业中排挤出去。(3)企业所有的财产的产权主体实际上分散到企业全体职工,因此企业的行为目标不可能是企业盈利最大化,而是职工收入最大化,这样必然造

成企业行为短期化的后果。而且职工的产权是不能自由流转的,它只体现为在企业内部参与分配的权利,一旦职工离开企业,产权既不能带走,也不能再以此参与企业分配,从而必然阻止企业职工及其他生产要素的流动。

最后,“企业所有制”缺乏法律依据。根据《民法通则》的规定,在我国财产权主体只有三类:自然人、法人、国家。企业只有具备法人资格时才能成为财产权主体。虽然法人里面有一类企业法人,但是法人与企业是两个不同的概念,法人强调的是财产权主体在法律上独立的人格,以及它的民事责任能力;而企业仅仅是一种生产组织形式,在取得法人资格之前,是不可能成为一类独立的所有权主体的。

作为法人所有权客体的财产既可以是国有股的财产,也可以是个人股等其他股的财产,但就不能是企业所有(这里的“所有”是从原始所有和终极所有的意义来理解的)的财产。我们主张在社会主义股份制企业中设立企业股,但这不是企业自己对自己拥有的股份,而是指其他企业所投入的股份,即企业互相参股。若企业对自己拥有股份,就容易控制股票价格操纵股票市场,损害其他股东的利益。因此,我们不赞成企业拥有自己的股份。在这一点上,大多数资本主义国家也是这样规定的。如法、日、西德的公司法都明令公司不得拥有自己的股份。^⑧

3.法人所有权的内、外部法律关系及其本质特征。法律上任何一项权利都是抽象的,它只有在具体的法律关系中方有其现实意义,而它本身又构成了一定法律关系的具体内容。社会化大生产要求生产资本的社会化、企业财产的多元化和产权行使的统一性。随着客观社会经济条件对所有制实现方式要求的变化,法律对所有制关系的反映也发生了重大变化。传统的所有权关系被分解为两部分:一部分是所有权(不论其享有的是终极所有权,还是法人所有权)与不特定的第三人构成的法律关系,即所有权的外部关系;另一部分是所有权的原始或终极主体(如股份公司的股东)与所有权的实现主体(如企业法人)间在实现所有权时结成的法律关系,即所有权有内部关系。企业法人所有权就是这两类法律关系中企业法人所享有的财产权利的有机统一。法人所有权在其外部关系中,对于任何一个不特定的第三人来讲,都表现为一种完整的(占有、使用、收益、处分四项权能完全具备)、绝对的(不允许他人干涉其权利的行使)的财产权利,任何一个第三人在与法人企业进行商品交换时,把它作为用来交换产品的所有权主体。法人所有权在其内部关系中,对于财产的原始(终极)所有

人来讲,表现为一种不完整的、相对的所有权。法人企业虽可以排除股东直接、具体的干预,在外部关系中行使完整意义上的财产权,但又必须保证股东原始和终极意义上的所有权,而前者正是后者实现的途径,法人所有权也正是在这种矛盾的统一中才成立。

法人所有权是一种多元产权的组合,是一种社会性、综合性的财产权利。构成法人所有权客体的财产由许多股东的股金组成,而法人所有权的独立正是以这种原始所有权的多元化、分散化为前提的。否则,如果某一股东拥有股份企业大部分的股份,就可以实际操纵企业的命运,法人所有权也就不可能真正独立。马克思把股份企业的资本称为“社会资本”,我们认为企业对这一“社会资本”所拥有的权利是一种社会性的、综合性的权利。法人所有权又是一种生产性的所有权。作为法人所有权客体的财产始终作为生产要素处于实际的生产过程中,并且在整个生产过程不同的生产环节不断改变其资产的物质形态。而正是在这种物质生产运行过程中,法人所有权实现了它本身的价值以及价值的增殖,因此,法人所有权也可以称为产权。法人所有权不是为主体自身追求和获得经济利益的所有权。它只是一种权力,而不是一种权利。企业法人行使法人所有权所获得的财产收益最终归属作为原始(终极)所有人的股东。股份企业追求利润的最大化,但它不是为自己,而是为别人(股东们)追求经济利益。之所以能做到这一点,是因为实行法人所有权的股份企业创造了一种合理有效的企业行为激励机制、风险责任机制、财产约束机制。所有权主体不是为自己而是为别人追求经济利益,是企业法人所有权不同于一般财产所有权的又一个本质特征。^⑩

二、法人所有权与市场机制、价格改革

1. 法人所有权与市场机制的建立、健全。根据现代西方产权理论,企业与市场是经济运行的两个层次。它们的关系是:企业产权边界越明晰,进入市场、运用市场机制时的交易成本就越低,市场机制就越健全;而市场机制越有序,企业运用市场的成本也就越低。企业无独立的产权或产权边界不明晰,就不可能建立完全竞争的市场。从产权理论看来,现代产权的核心是以企业为基本组织形式的生产要素配置(包括对这种配置的适时调整)权利^⑪。我们认为,现代西方产权理论是可以为我们所鉴借的,其依据不在于私有制与公有制的区别,而在于在资本主义私有制社会和社会主义公有制社会都不同程度地存在着产权边界模糊这一现象,而且后者比前者更普遍、更严重。根据这一理论来考察

我国现阶段的改革,就会发现:确立企业法人所有权与市场机制的建立、健全有着密切的关系。现在的问题是,处于转轨过程中的我国经济体制,不仅企业没有独立的产权,政府仍然决定着企业的命运,而且企业生存的外部市场是一个无序的市场,竞争处于不规则状态,企业不可能得到公平、合理的机会,从而使改革陷入一个两难境地:如果将企业所有制改革作为突破口,那么企业产权的独立化、明晰化的进程不能不受到市场无序的阻碍,如果将市场机制的建立、健全放在首位,那么由于缺乏明确的企业产权制度,企业不具备真正的法人资格,或者真正合理的市场机制不能建立;或者即使建立了,但以企业资源的极大浪费、效益低下为代价。目前以承包制为典型的企业体制改革就陷入了为它的设计者所不能预料的困境,一方面,由于承包制绕开了企业产权这一最敏感而又不能不触及的问题,而在传统的国有制的框框内做文章,企业实际上仍然受命于政府主管机关,因此,企业明确的产权制度没有建立起来。在这种情况下,国家进行价格机制、信贷机制等市场机制的改革,企业不仅不能对市场信息的变化作出及时、正确的反映(如在西方国家,贷款利率增降百分之零点几,就会使企业大幅度调整自己的贷款规模或结构,企业对市场反应灵敏。而在我国,国家曾几次调整贷款利率,而且调整幅度在几个百分点以上,但企业依旧不断地向银行要贷款,颇有“韩信将兵、多多益善”之态。要不是国家进行贷款额度限制,企业的贷款规模不但不会缩小,而且还会扩大。因为企业没有明确的产权,预算约束软化,企业对贷款不用承担风险责任),而且简直无力适应市场环境的变化,结果引起全社会范围内的物价猛涨、通货膨胀。另一方面,承包基数的确定照顾到了当前非规范的市场环境对企业盈利的影响。但是承包合同的履行是以规定的市场环境作为前提条件的,也即承包制客观上要要求外部条件的相对“凝固”,这样,承包合同的生效反而把扭曲了的市场信号看作是“合理的”。但在新旧体制交替时期,要求市场环境稳定不变实际上是不可能的,如果市场环境变动的频率与幅度超过了承包基数所允许的“弹性”,就必须调整承包基数,而如果多次调整承包基数,则等于抛弃了承包制的灵魂,强化了经常性的行政干预;如果维持原合同,则在兑现合同时,企业可以归咎于外部不可抗力而推脱不完成合同的责任。^⑩

实际上企业行为与市场环境是互为因果的。合理的企业行为不仅是市场机制发挥作用的必要条件,而且还直接构成了市场机制形成的基础。市场机制与市场体系的完善正是无数商品生产者的交换行为的综合作用的结果。企业

不仅是市场信息的受体,还是市场活动的主体。它在接受市场信息的同时,及时地调整自己的行为,从而影响市场环境的变化。从这一意义上讲,企业在市场环境中实现自我创造的同时,创造了市场本身。而这一切都是以企业独立的法人所有权与明确的财产关系为前提的。不能想像企业在没有明确的产权状况下,能作出合理的行为;更不能想像在没有合理的企业行为的前提下,能形成一个有序的市场。

2.法人所有权与价格改革。中国近几年的价格改革产生了一系列的问题,两位数的物价上涨与严重的通货膨胀迫使人们重新考虑价格改革的路子是否选择得正确。而企业没有独立的法人所有权,产权关系不明,正是这几年价格改革不能顺利进行并取得成功的根本原因之一。企业不拥有自己独立的法人所有权,不可能成为资产存量自由交易与转让的对象,企业的生产要素不能重新组合,市场供求关系的变化不会引起企业内部资产存量结构与企业之间产业结构的相应变动,某一类(或几类)产品价格的调整或放开,不是引起价格的结构性调整,而是价格轮番上涨与价格总水平上升。对于价格上涨而言,存在着两种承受力:一是收入(财政收入、企业收入、居民个人收入)的承受能力;二是财产承受能力。前者是收入增量的承受能力,后者是资产存量的承受能力。后者的承受能力要几倍甚至几十倍于前者的承受能力。以上海市为例:1985年、1986年上海市每年承受的涨价额为13~14亿元,从中减去本市产品的涨价收入,上海市每年实际承受的涨价额不超过10亿元。在这一金额下,上海市已感无力再承受涨价的冲击,不论是政府、企业,还是居民都纷纷叫苦连天。^⑫之所以如此,其关键原因就是企业不拥有法人所有权,不能在价格变动的情况下及时调整资产存量结构以抵消涨价的影响,使涨价冲击全部集中在企业年度收入增量上,而由于企业预算约束软化(这也是产权关系不明引起的)与职工利益结构刚性,价格改革必然背离价格的结构性调整与比价合理化这一目的,走上轮番涨价并减少财政收入的路子。如果体制改革将着眼点首先放在企业产权关系明晰化这一点上,使企业拥有独立的产权,那么就可以通过资产存量调整来承受价格改革的影响。

企业不拥有法人所有权,以现行承包制为典型的两权分离绕开了企业产权这一核心,使价格改革与企业体制改革同时陷入困境,目前,承包制与价格改革的关系处于一个十分矛盾的境地:(1)包了以后没法改。承包制要求的是价格结构的稳定性,而不是其合理性。因为现行价格结构不合理因素在承包基

数确定时已经考虑进去了,而从这一“不合理”向“合理”的变动却是没有考虑进去的,(2)改了以后没法包。价格改革不可能一步到位,而屡改价格从而调整承包基数的办法,必然破坏承包制赖以存在的利益结构基础——收入分配关系的稳定性。承包制是价格结构不合理的条件上推出的企业改革方案,而承包制的推行反过来进一步巩固了不合理的价格结构。(3)现在是不改也没法包了。物价上涨速度已超过了几乎所有企业的上交利润递增率,承包制度稳定国家财政收入和改善企业分配关系的功能已逐步丧失。实际上,价格变动与企业行为是互为因果的,而且这种关系随时可能发生变化。价格机制的实质就是价格与供求相互关系以及价格指示功能、调节功能的结合过程,是通过价格围绕价值上下波动与供求关系的变化诱导每个企业从自身利益出发,对价格信号作出迅速、连续反应的过程。离开了企业作为市场主体追踪价格信号与供求关系变动及时调整企业内部生产要素配置结构及生产规模的自主行为,价格机制的调节功能就会丧失。而企业依据价格信号调整内部生产要素配置结构及生产规模的一个前提是,企业拥有独立的产权,能自主地处分自己的资产(包括存量与增量)。

再一方面,企业不拥有法人所有权,由政府直接行使所有者的职能,政府成为市场活动的主体,其结果是在价格这一最为敏感的经济、社会问题上,政府成了价格改革风险最主要的承担者。企业因原材料涨价要求降低上交税利指标,消费者因消费品涨价要求政府增加补贴,国家财政年年亏损、年年赤字,而企业、消费者依然牢骚满腹。一旦企业获得了明确的产权(包括定价权),则价格改革的风险责任就得由各个企业自己来承担。任何一种商品价格上涨所导致的利益冲突都是在企业与消费者之间,政府则成为两者之外、之上的一种超然的协调力量,从而达到“国家调节市场、市场引导企业”的目标。

三、法人所有权与社会资源配置

社会资源配置可以分两个层次:第一层次是单个企业内各种生产要素的组合;第二层次是社会总资源在各个企业之间的分配^⑬。资源产出率是衡量这两个层次资源配置优化程度的标准。而不论是第一层次的资源配置还是第二层次的资源配置都与法人所有权制度有着紧密的关系。

第一层的资源配置与企业所有权制度的联系。厉以宁同志认为生产要素在企业内部的组合属于较低层次的资源配置,要达到这一层次资源配置的优化目的,可以通过完善承包制的方法来实现,与企业是否拥有独立的产权无关^⑭。

我认为则不然,承包企业不拥有独立产权,承包人只对承包期内的资产增殖负责。这就产生了两个弊端:一是承包人尽量挖掘现有资产存量的潜力,而不进行技术改造,有时甚至简单的维修也不搞。二是即使进行设备的重新投资,其投资方向受到预期利润率与承包期限的制约。企业尽量将追加投资投入能在承包期内见效的产品和项目上,对那些投资回收期长、风险大、利润低的产品则不感兴趣。从长远来看,这不可能实现企业内资源配置优化。

而在实行法人所有权的股份制企业中企业有独立的产权,可以根据市场供求关系,独立调整其资产存量或增量结构,力争最高的资源产出率。

第二层次资源配置与企业产权制度的联系。承包制并没有打破国家所有权的旧框框,国家仍然是全民企业生产资料统一、唯一的所有权主体。在企业不拥有独立产权的情况下,社会资源的配置受到以下几方面的制约:(1)企业的资产收益极大部分以税利形式上缴国家,企业再生产所需资金主要靠国家投入。而国家的投资行为往往与重要资源的计划分配相配套这样就造成了社会资源的纵向分配体系,排斥了社会资源的横向流动,妨碍资源配置市场体系的形成与发展。(2)资源的纵向分配是一种行政性的分配体系,不是按照社会平均利润率所进行的分配,从而决定了全社会范围内资源的产出率必然是低下的。加上行政性分配中的官僚主义、贪污、贿赂现象,有时社会资源的配置是极不合理的。(3)纵向的、行政的分配体系造成企业内部一部分资源的闲置状态,企业由于不拥有独立的产权,使资产存量(即使是闲置着的)不能按市场规则在企业之间流动,造成社会资源的巨大浪费。

在企业拥有独立的法人所有权,企业组织(股份)公司化以后,以上一系列问题就迎刃而解。企业法人所有权的创立将打破现有大一统国家所有权的封闭型框架,形成一个多元化、分散化的产权体系,促使社会资源的横向流动,形成一个社会资源配置的市场体系。资源的市场划置机制一旦形成,社会资源将按平均利润率规则流向利润率高的部门,提高社会的资源产出率,并优化产业结构。企业拥有了独立的所有权,可以及时地根据市场的变化来调整自己的生产要素结构,转让闲置的资产。这不仅将优化第一层次资源配置结构,而且将相对地增加第二层次配置的资源总量。股份公司明确的财产关系将迫使国家的所有权与政权职能分离,使国有资产与其他所有制性质的资产处于同等的竞争地位,促使资源优化配置统一规则的形成。各个拥有独立产权的企业纷纷加入产权交易的行列,将促使资源配置市场的发育和最终形成。

注:

- ① 四川省经济体制改革研究所:《国有企业产权制度改革研究》,《经济研究》1988年第12期。
- ②③ 马克思:《资本论》第3卷,第493页;第497页。
- ④ 《马克思恩格斯全集》第25卷,第493—494页。
- ⑤ 《马克思恩格斯全集》第26卷[III],第511页。
- ⑥ 《马克思恩格斯全集》第26卷[III],第515页。
- ⑦ 于光远:《对企业所有制发展前途的思考》,《经济研究》1988年第6期。
- ⑧ 郭锋:《股份制企业所有权问题的探讨》,《中国法学》1988年第3期。
- ⑨ 忠东:《产权制度的选择和我国走向股份制的道路》,《经济研究》1988年第2期。
- ⑩ 舒尔茨:《私人利益和公共利益》华盛顿1977年版,罗伯特·D·库特:《科思的成本》,[美]《法学研究杂志》1982年第11卷,第1期,1月号。
- ⑪ 杨瑞龙:《法人资产制度与企业自负盈亏》,《经济研究》1988年第8期。
- ⑫ 田源:《价格改革与产权制度转换》,《经济研究》1988年第2期。
- ⑬⑭ 厉以宁:《论资源配置和企业体制改革》,《金融时报》1988年2月6日。

健全和完善财政金融法律制度 治理通货膨胀*

近年来,我国经济生活中出现了较为严重的通货膨胀,引起了各界人士的关注。如何抑制通货膨胀,成为政府部门急需解决的紧迫问题。本文试图从健全和完善财政、金融法律制度这一角度来探讨怎样治理通货膨胀。

一、健全和完善财政税收法律制度

(一)改革现行税收法律体制,理顺国家与企业之间的分配关系,抑制投资膨胀和消费膨胀。第二步利改税留下的一些弊端,是造成目前通货膨胀的重要原因之一。具体表现在:(1)不能利用税收杠杆有力地抑制基建投资膨胀并合理引导投资流向。(2)没有形成相应的税收法制来抑制消费基金膨胀。(3)在全民企业与国家之间的收入分配关系上只有税收(所得税)这一形式,而取消了上交利润这一作法,从而混淆了国家作为政权主体与生产资料所有权主体的不同职能;全民企业所得税税率偏高,使全民企业维持再生产过份地依赖于政府投资和银行贷款,并且在全民企业与集体企业、私营企业和外资企业之间造成了一个不平等的竞争环境。(4)税前还贷成为财政收入减少从而引起财政赤字的重要原因。鉴于以上这些弊端,建议对第二步利改税以后所形成的税收法律体制进行以下方面的改革:

1.将建筑税改为“投资方向税”,用以引导、控制预算外资金的投资流向。基本建设规模过大的一个重要原因就是地方预算外资金增长过快,而且这份资金主要投入那些建设、生产周期短、见效快的加工工业,从而进一步加剧了产业结构和产品结构不合理状况,导致结构型通货膨胀。因此,必须正确引导预算外资金的投资流向。在目前价格结构不合理而又不可能立即改善的状况下,这一“引导”主要依靠税收杠杆。建议将“建筑税”改为“投资方向税”,改变目前对预算外基建投资一律征收10%的建筑税的办法,对预算外基建投资分别不同的产业、产品,采用不同的税率。如对预算外资金投入能源、交通、原材料等重点基础建设项目的,可一律免征“投资方向税”;投入目前尚供不应求

* 本文发表于《中国法学》1990年第4期。

的加工行业的,可采用 10%的税率;投入目前已供过于求的加工行业的,可采用 20%或 20%的税率;投入“楼堂馆所”等基建项目的可采用 40%甚至更高的税率。

2.取消奖金税、工资调节税,改为对企业征收消费基金税。消费基金膨胀是目前通货膨胀的一个重要方面,而目前企业实际发放给职工的奖金、福利名目繁多,相比之下,现行奖金税、工资调节税征收的内容、范围显得过窄。征收企业消费基金税,就是将企业发放给职工个人的各种名义的工资、福利(包括奖金、补助、津贴、股金分红、承包租赁收入、实物性消费支出及各种其他福利等)根据不同的劳动生产率和不同地区的消费水平,规定一个有地区性差别的人均限额,从而汇总为社会平均条件下的“企业基本消费”的总额。某企业实际支出的消费基金在“企业基本消费”总额以内,该企业不必缴纳企业消费基金税,如果超出这一总额,必须依法缴税。企业消费基金税可以采用全额累进税率。对绝大部分低收入、中间收入阶层的企业提供较低的边际税率;对于消费基金支出比较高、特别高的企业征收大量的税。这极为有利于国家对消费基金的控制,抑制消费基金的膨胀。

3.降低大、中型国营企业所得税税率,并逐步实行利税分渠分流,理顺国家与企业之间的收入分配关系。目前大中型国营企业缴纳所得税税率高达 55%,之后还要缴纳调节税。企业上缴了这两种利润税以后,再扣除发给职工的奖励、福利基金,用于发展生产的生产发展基金已所剩无几,企业缺乏自我积累、自我发展的能力,扩大再生产甚至简单再生产所需的再加投资都得依赖于政府和银行,从而加重了财政和信贷的压力。大中型国营企业所得税税率如此之高,实际上是将国营企业占有国家所有的生产资料而应当分配给国家的利润和应向国家上缴的税收混在一起,它混淆了国家作为生产资料所有权主体与政权主体的不同职能,模糊了国家与企业之间的收入分配关系,并且在国营企业与集体企业、私营企业、合资企业之间造成了一个不平等的竞争环境。国营企业生产能力不能全部得到发挥,效益低下,造成社会商品供给不足引起通货膨胀。因此,必须降低大中型国营企业所得税税率,宜下降到 30%左右,取消调节税,恢复国营企业向国家(作为投资者或生产资料所有者)分配税后利润的作法,理顺国家与企业之间的收入分配关系,同时明确规定企业扩大再生产所需资金主要靠企业自身积累,从而大大减轻国家财政和银行信贷的压力,堵住这两个通货膨胀的口子。

4.将税前还贷改为税后还贷。目前企业在缴纳所得税之前归还银行贷款的数额已经成为国家财政的一大包袱,1988年末达到173.54亿元,比上年增长32.4%,占企业实现利润增加额的86%,在企业实现利润总额中占24.5%。这实际上是拿财政的钱还银行贷款,把投资贷款的风险全部转嫁给财政,无异于对投资和贷款的鼓励和刺激,既扩大了银行信贷平衡的缺口,又加剧了投资膨胀。所以,必须改税前还贷为税后还贷,增加企业对贷款的经济责任感,促使企业对贷款项目的经济效益、偿还能力进行科学的可行性研究,提高投资贷款的使用效益,促使企业逐步形成自我约束机制,在一定程度上克服“投资饥饿症”,抑制投资需求膨胀。

(二)改革地方财政大包干的行政性措施,向分税制这一稳定的法律制度过渡。地方财政包干最初曾起到调动地方积极性,保证中央财政收入的作用。但这种行政性分权不符合改革的方向,而且已经成为通货膨胀的重要成因:(1)地方财政包干是投资膨胀及投资效益低下的重要成因。财政分权以后,地方政府成了一个独立的利益主体。为了扩大自己可支配的收入,地方政府争投资、争项目、争贷款、争物资,竞相攀比扩大基建规模,所以地方政府已成为投资膨胀的主体,制造经济过热的重要因素。因而,尽管中央一再三令五申压缩基建规模,但基建规模仍以每年数百亿元的速度增加。而且,各个地区为了追求近期利益,纷纷把资金投向“短、平、快”项目,造成产业结构趋同化。地区间不必要的低水平的重复引进、重复建设、重复生产,只求自成体系、自给自足,不讲规模效益。(2)地方财政包干阻碍全国统一市场的形成和市场机制的发育。首先,各个地区为了保护自身利益,实行地区封锁。“蚕茧大战”、“羊毛大战”、“烟草大战”此起彼伏。跨地区的生产要素流动受阻,历史上形成的协作关系累遭中断,建国初期统一财政初步形成的产品市场被严重分割,改革所要求建立的统一的商品市场难以形成。其次,不同地区之间的利益矛盾,追求双轨差价利益,“官倒”现象乘隙泛起,计划物资被多次倒卖,中央政府调节市场运行的宏观措施因地方政府的利益预期而难以发挥作用,从而阻碍着市场机制的发育。(3)地方财政大包干后,各地政府为了保护本地利益,越权给本地企业减免税收。有些企业甚至根本不具备减免条件,地方政府也给予减免优惠,从而使得地方企业的预算外收入按较大比例逐年上升,地方预算外资金的一部分直接用于消费,这是近几年来社会集团消费猛增的主要根源。另一部分用于基建投资,这是造成基建战线过长的重要原因。因而预算外资金的扩大是导致

投资膨胀和消费膨胀的重要诱因。要改变这种局面,较为理想的途径是建立分税制。分税制是经许多国家多次实践证明成功的税收管理法律体系,分为完全型分税制和适度型分税制两种。在我国,由于税收管理水平不够高,各个地方政府在税收方面大面积立法的条件尚不成熟,因此要建立完全型分税制条件还不具备,但可以建立适度型分税制。

1.中央税和地方税就其税种本身是相互独立的,中央和地方分别拥有不同的税种,并分别就这些不同的税种征税。建议将产品税、盐税、农业税、建筑税、资源税、国营企业所得税、企业消费基金税、关税、涉外税等划归中央所有。这是因为:(1)从财力上看,这些税收收入占国家预算总收入的70%左右,归中央所有能保证中央政府的财力。(2)这些税种对国民经济影响较大,划归中央管理,有利于中央对国民经济的宏观调控。例如把产品税、农业税划归中央,可以避免地方各自为政、扰乱国民经济的统筹布局,并有利于中央对不同的产业、产品采用不同的税率合理安排产业结构、产品结构。把资源税、盐税划归中央有利于消除不同地区因自然资源占有不均衡而影响其收入的现象。将企业消费基金税划归中央,有利于中央对消费基金的控制,防止消费基金膨胀。(3)这些税税源集中、额度很大,划归中央统一管理有利于提高管理效果。

建议将营业税、城乡个体工商户所得税、个人所得税、个人收入调节税、集体企业所得税、城建税、集市交易税、耕地占用税、房产税、牲畜交易税、屠宰税、车船牌照税、印花税等划归地方。这是因为:(1)这些税种可以保证地方的财力。(2)这些税种税源比较分散,中央不便于管理,划归地方管理效果更好。(3)这些税种的开征、停征、多征、少征对国民经济的总体布局不会产生太大的影响,有利于地方因地制宜地进行征收管理。(4)营业税划归地方,有利于发展各地的第三产业。

2.中央税的全部权限(包括立法权、征收权、减免权、监督权等)归中央掌握,加强中央政府的宏观调控能力。目前的税收法律体制中,产品税归地方管理,地方政府偏袒当地企业的利益,常常给一些不符合条件的企业以减免税收的优惠。产品税是一个主要税种(其税金占到国家财政收入的40%左右),地方政府和企业的非规范行为严重影响了国家财政收入的稳定,国家财政收入占国民收入的比重由1979年的31.9%下降到1988年的19.3%,这是国家财政赤字和中央政府宏观调控能力削弱导致通货膨胀的直接原因之一。所以我们建议实行分税制后,中央税收的全部管理权由中央掌握,这有利于充实中央

的财力,减少财政赤字,消除通货膨胀的财政诱因。

3.地方税的管理权限在中央和地方之间分割。目前实行的地方财政大包干是地区经济封锁、商品流通受阻,而造成资金周转速度和货币流通速度放慢,最终导致通货膨胀的重要原因。实行分税制以后,为了避免地区经济封锁,综合平衡各地区经济的发展,地方税收的管理权不能都归地方拥有,其中决定性的管理权限必须由中央掌握。具体一点说,地方税的税收立法权归中央;全国统一地方税的开征、停征权,由中央行使;地方税的部分税率、税目的制定权和部分税率、税目可变动幅度的制定权在中央;另外,中央还保留了对地方税收管理活动的监督权。地方税的征收、减免权限归地方,同时,地方有权开征除全国统一地方税以外的一些地方性税种。但是,这部分地方税的设立要严格遵守立法程序,要经地方人大常委会审批报全国人大常委会备案。

4.中央和地方共享税的立法权、税的减免权归中央,其他管理权由中央和地方分享。建议将增值税作为共享税在中央和地方之间酌情分割。这是因为:(1)增值税是一个优良税种,其征税面将逐步扩大,收入额也将越来越大,通过增值税的合理分割能基本上满足中央和地方的财力需要。(2)增值税的最大优点就是不重复征税,能够有效地防止地方违法行为,提高共享税的管理效果。

(三)逐步减少财政补贴,健全和完善财政补贴法律制度。为了减轻价格改革的阻力,在进行价格改革时,国家要对居民和生产企业进行补贴。企业和居民一旦能够获得补贴,便产生对国家的依赖,把物价上升的压力全部推给财政。从1979~1988年,财政补贴增加五倍多,占整个财政支出的比重也从14.2%上升到30%。因此,必须调整现行的财政补贴的方法,逐步缩小其范围,建立、健全新的财政补贴法律制度。

1.缩小补贴的范围。价格补贴实际上分为价格改革的补贴和通货膨胀的补贴两种。国家主要承担价格改革的补贴,用以调节价格改革的过程,减轻价格改革的阻力。至于通货膨胀,并不完全由政府造成。通货膨胀的风险应分散化,不应单由国家承担。应制定相应的经济法律制度,明确限定国家承担通货膨胀补贴的范围。它主要包括两个方面:一是收入源于财政的机关、事业单位职工的补贴;二是低收入阶层和实际收入下降幅度大阶层的补贴。

2.调整财政收支结构。国家提供补贴源于国家财政,价格体系作结构性调整后,各个部门的利润率也发生结构性调整。要建立并健全这方面的预算法律制度,逐步缩小并取消对在价格改革中得到的部门和企业的补贴,以抑制补贴

的无限扩张。

3.调整补贴的对象。目前用于价格改革的补贴主要是直接补贴调价商品的消费者。在农副产品提价、放开时给居民提供价格补贴;在基础产品提价时减轻消费基础产品的加工部门的财政上缴任务,这种价格补贴是增加需求的补贴,它鼓励提价商品的消费,并启动补贴和物价的轮番上涨。打破这种恶性循环的途径是,用法律制止行政部门的不规范行为,明确规定将这种需求型补贴转向供给型补贴,由补贴消费者转向补贴生产者。也就是将补贴用于增加农业和基础产业部门的投资,增加其扩大再生产所需资金,为之创造适宜的外部环境,降低成本,增加供给,平抑物价,以避免由价格补贴启动的物价上涨。

4.调整和控制福利性补贴。现行的福利性补贴大致有住房补贴、医疗补贴、公共交通补贴等。补贴商品采取低价消费的形式,造成了两个方面的压力:一是它造成了补贴商品供给压力,并扩大了这方面的财政开支。福利性补贴以低价的消费品为载体鼓励消费。只有消费这些商品,才能享受到福利,消费得越多,得到的福利越多,于是就形成了越来越旺盛的需求,然而由于房租、公共交通费太低以及公费医疗,政府能收回的投资微乎其微,政府只好拿其他的钱来建造住房,发展公共交通,医疗事业,财政用于这方面的支出额越来越大。二是它造成了消费膨胀的压力。由于居民的住、行和医疗都能享有福利性补贴,居民的货币收入便集中于吃、穿、用。膨胀起来的消费基金不能为房租、医疗费等吸收,便形成了对吃、穿、用市场的巨大压力,促使这方面的消费膨胀。因此,应建立福利性补贴的法律制度,对政府机关、企、事业单位的福利性开支进行严格控制,减小福利性补贴的范围,并对住房制度、公费医疗制度等进行相应的改革。

二、健全和完善金融法律制度

(一)加强中央银行独立的法律地位,建立一套独立于财政的货币发行制度。在我国促使货币超经济发行的主要因素之一是财政预算中连续多年出现赤字,财政不得不向银行透支,迫使银行增发货币。除此之外,还有一个隐性的货币超经济发行的财政诱因为人们所忽视。在我国目前财政赤字的计算口径中,没有把债务收入计算在内。从理论上讲,政府通过发行债券来弥补财政赤字,整个社会的货币总量并没有发生变化,而只是货币支配主体的改变,是既定的货币购买力总量的结构转换。因而,债券发行相对应的财政赤字在理论上并不对货币流通产生影响,不要求增加货币供给,不会引起货币发行的增加。

但这种理论逻辑在现实生活中能否实现,取决于特定的货币发行机制。在货币发行的决策由中央银行独立作出、实行独立的货币法律制度的情况下,货币供应的增加在总量上可以有效控制,因而政府举债便只能在既定的货币供应量的条件下进行。只有这样,通过举债弥补财政赤字才对货币流通量基本上没有影响。目前的现实是,中央银行并不实行独立的货币法律制度,因而就没有可能有效控制货币供应量。实际情况经常是,在认购政府的财政债券之前,银行已将各项贷款投放出去,没有了再行收缩的可能,一般就只能通过增加货币发行来购买政府债券。而且中央银行的货币制度还受到来自地方的干扰。地方政府往往与本地银行分支机构一道,将贷款优先满足于地方项目,把流动资金贷款、农副产品收购贷款等“硬缺口”留给中央,迫使中央银行放松银根。这就进一步使银行在购买政府债券方向的余地缩小。即使政府债券由企业来购买,最终还得落在银行身上。因为购买国债所占用企业资金必然相应地加大企业对贷款的需要,除非企业收缩生产规模,而这在现实中很难办到。所以,通过发行债券弥补财政赤字,最终还要引起货币供应量的增加,其本质意义与向银行透支的经济效应并无明显区别,总是具有诱发通货膨胀的性质。

总之,货币的超经济发行归根结底的原因是中央银行缺少独立的法律地位,不能根据商品发展的要求和资金供求状况,自主决定宏观货币政策,中央财政与中央银行穿“连裆裤”,中央银行在很大程度上仍然是中央财政的“出纳”。因此,目前最要紧的是建立中央银行独立的法律地位,并赋予其独立的货币发行权和管理货币流通的权力。可以选择的方案是把中央银行从中央政府中独立出来,使其隶属于全国人大及其常委会。中央银行对全国人大及其常委会负责。中央政府可以对中央银行的货币发行以及货币流通管理提出建设性的意见,但不能下达具体的行政命令。中央银行具有独立的货币发行权,控制货币流通总量,从而达到控制总需求的目的。中央政府发生财政赤字,只能通过减少支出,增加收入或财政信用的方法来解决,不得向中央银行透支。即使是中央政府实行财政信用,也不能强迫中央银行购买国库券,并且财政信用必须与银行信用脱钩,防止财政信用挤兑银行信用。中央银行拥有相对独立的货币发行权,在此基础上建立一套独立的货币发行的法律制度。与中央银行独立的法律地位相对应,各地人民银行的分支机构也必须独立于当地政府,而隶属于同级人大及其常委会。人民银行系统实行垂直管理,当地政府不得介入或干预当地人民银行具体的金融活动。

(二)完善信贷、利率法律制度,调整利率结构,充分发挥利率杠杆的调节作用,抑制信用膨胀。促使货币超经济发行的另一个主要原因是银行信用膨胀。而银行信用膨胀又与我国现行的信贷利率制度有着密切的联系,所以,必须完善现行的信贷利率制度。

首先,先谈信用制度。目前,我国存在普遍而又严重的信用膨胀。究其原因:(1)企业实行承包制以后,片面追求产值指标和生产增长速度,实行外延扩大型再生产,对社会资金形成一股不可遏制的需求。承包企业虽然取得了生产资料经营权,但不拥有所有权(即产权)。既不能出让其产权,又不能购入产权。一旦承包制成为一种普遍的企业经营制度,生产要素便在各个承包企业中沉淀下来,不可能进行流动以形成生产要素市场,再加上我国没有形成适应商品经济发展的资金市场,因此,企业扩大再生产所需资金只能向财政和银行伸手。而在流动资金和预算内基建投资拨给贷以后,企业所需资金更主要通过银行贷款获得。不仅如此,而且在产权关系模糊的情况下,造成了承包企业行为短期症。企业把利润更多地分配给个人消费,所需的固定资产投资和技术改造资金尽量从财政和银行取得。有时,企业把流动资金也分配给职工个人使用,缺少部分再向银行贷款,从而加重了银行的负担。(2)地方实行财政大包干以后,地方政府不断给银行施加压力,迫使银行超发贷款。有时,当地政府与银行联合起来向总行要钱、要指标。由于银行的人事安排、福利分配等权利掌握在当地政府手中,银行不得不听从当地政府的指挥。(3)由于各种行政干预,加上贷款项目审批过程中的不正之风,不少贷款放出去了收不回来,从而加重了信贷资金的短缺。

那么,银行信用膨胀怎么又会引起货币的超量发行从而导致通货膨胀呢?这与银行的货币发行和银行信贷合而为一的银行体制有关。现行银行体制的主要问题是:把两种不同性质的银行(中央银行与商业银行)合在一起,混淆了货币和资金的区别,颠倒了货币发行与银行信贷的关系,按照统收统支的原则编制综合财政信贷计划,把银行信贷与货币发行放在一个平衡表中。用公式表示就是:银行信贷差额=货币发行额,由此构成了统收统支条件下货币发行的传导机制,即银行信贷差额有多大,货币发行额就有多大。货币发行成了银行信贷实际执行的结果。

为了解决这一问题,必须采取一系列的相应措施:(1)改进现行的银行信贷与货币发行的关系和银行体制,区别中央银行与商业(专业)银行的性质与

职能。中央银行是掌握货币发行权的国家机构。它的基本职能是发行货币,根据商品流通的需要调节货币流通量,稳定币值,为经济运行创造一个良好的货币条件。商业(专业)银行是经营货币资金的企业。它的主要职能是依靠信用吸收存款、发放贷款,通过货币保管,汇兑结算、办理支付等为企业融通资金。银行信用越发达,需要的法定货币就越少,资金周转的效果就越好。当然,中央银行不直接经营信贷业务,货币发行要通过中央银行向专业银行贷款和贴现的形式进行,因而货币发行也就成为专业银行扩大信贷规模的资金来源,使货币发行与银行信贷发生外在联系。但是,这种联系不能成为混淆货币发行和银行信贷的依据,决不能把货币发行量和银行信贷差额作为同一个量,用货币发行来弥补银行信贷差额;或者,反过来用控制信贷指标的办法来减少货币发行。这种颠倒的作法,不是使货币发行失控造成通货膨胀,就是把银行信贷搞死,发生资金周转困难。正确的作法是把货币发行和银行信贷差额严格分开,分别管理,使货币发行真正反映商品流通的需要,不再为扩大投资规模服务;使银行信贷能够灵活地为企业融通资金,不再把增发货币作为扩大信贷的手段。增发货币的主要依据是国民收入增长率、货币流通速度和物价上涨率;银行信贷的主要依据是存款增加额、存款准备金的变化与贷款需求的平衡关系。(2)严格银行贷款项目的审批程序,并用法律加以明确规定。值得选择的方案是实行专业银行系统的垂直管理,切断地方政府对当地专业银行的人事领导关系,消除地方政府对当地专业银行贷款活动的行政干预,在此基础上建立一套相应的信贷法律制度,严格贷款项目审批的法律程序,并可以建立贷款项目审批的责任法律制度。(3)实行国外普遍采用的抵押贷款这一新的金融法律措施。企业在申请贷款时,必须以自己的固定资产进行抵押,企业到期不能归还贷款时,银行可将抵押的财产进行变卖,补偿贷款。这一方面可以促使企业提高贷款使用效益;另一方面可以防止银行信贷资金的流失。

其次,我们谈谈利率制度。我国现行的利率制度存在着许多弊端,是导致社会总需求膨胀的重要原因。具体说来:(1)利率水平过低,刺激消费需求膨胀和社会投资扩张,成为通货膨胀的重要诱因。我国目前的存款利率和贷款利率都明显低于通货膨胀率,因此不可能对投资需求和消费需求起到应有的调节、制衡和约束作用。(2)没有形成一个合理的贷款利率差别结构。贷款不分时间长短,不分行业、部门,利率水平一个样,从而不利于发挥利率杠杆调节产业结构、促进资金向高效益的行业、部门流动的作用。(3)利率管理高度集中,缺少

必要的弹性。只有全国统一的计划利率,没有各专业银行的利率;只有指令性的利率,没有受市场调节的利率。利率不能反映资金供求状况的变化,促进资金的合理流动。

因此,必须对现行的利率体制进行改革,建立一套合理的、高效的利率法律制度。(1)提高存、贷款利率水平。使利率必须高于通货膨胀率,变负利率为正利率。(2)坚决区别对待,实行贷款差别利率。其一,实行期限差别利率。根据占用贷款时间长短和资金成本高低确定利率,加速资金周转。其二,实行用途差别利率。按照贷款占用性质确定利率,适当拉开固定资产贷款利率与流动资金贷款利率的差距,控制固定资产投资规模。其三,实行产业、行业差别利率,根据不同产业、行业资金利润率的高低确定不同的利率水平,促使合理的产业、行业结构的形成。其四、实行政策差别利率,对国家限制发展的产品、产业采用高利率;对国家鼓励发展的产品、产业采取低利率。(3)建立一个以浮动利率为主,固定利率和市场利率为辅,三种利率并存的体系,充分反映资金的供求变化状况。(4)实行分层利率管理。利率体系不合理与利率管理体制不合理有着密切的联系。要把利率搞活,必须放开利率管理,顺应商品经济发展的需要,打破现行利率管理过于集中,统得过死的状况,正确处理集权与分权的关系,给专业银行、基层处、所松绑,建立一个调控灵活,各级金融机构分层决策管理的制度。中央银行主要负责制定国家利率、方针、政策、固定基准利率和利率管理范围、权限,通过向专业银行再贷款、再贴现,控制利率总水平,以保证货币政策等经济政策目标的实现。专业银行总行在贯彻国家利率方针、政策前提下,有权根据自行情况的贷款对象,在一定范围内对中央银行规定的利率作出灵敏的反应,确定存、贷款利率的浮动范围、浮动幅度,同时,负责检查下级机构的利率管理工作。基层行、处具体根据贷款用途、期限、风险和资金组织运营实际、确定个别存、贷款利率——实际执行利率,灵活发挥利率杠杆的调节作用。

我们这一代律师的“顺”*

身边的人常说我很顺。的确,在我投身法律事业、从事律师行业的三十多年里,还算比较顺利。但评论我“顺”的话多了,也不免有些感慨。如人饮水,冷暖自知。这几十年间的酸甜苦辣,百般滋味,又有谁人知?

我出生于上个世纪六十年代初,在当时的社会环境下,由于阶级成分不好,我基本没机会上高中。本以为与文化知识无缘的我,却因为 1977 年小平同志恢复主持工作这一历史性的转变得以继续接受教育,有机会念高中。这是我人生的第一个“顺”。现在想来,其实我人生中的每一个“顺”都和国家改革的步伐紧密关联。从那时起,我个人的命运就与中国改革开放的进程联系在了一起。

高中毕业时,我以 391 分的成绩成为我们中学唯一一个上重点大学分数线的学生。受当时政治环境的影响,我想报考中国人民大学的国民经济管理专业。年轻人嘛,总有一颗想在政治上奋斗进取的心。但校长亲自劝说我,人大不容易考上,而不久前国家颁布了刑法和刑事诉讼法,司法体系恢复重建,法律行业很有前景。于是我听从了师长们的建议,最终报考了西南政法学院(后更名为西南政法大学)。但说实话,当时的西政地理上与我老家有千山万水之隔,亦与我的心中本意差距甚远。

就这样,我第一次走出了自己成长的农村,跨越山山水水,来到了几千公里外的城市。这趟远征开拓了我的眼界,加深了我对自己的认识。举例来说,我发现逻辑思维能力是自己的强项——在形式逻辑课的考试中,甲大班 200 多人,只有我一人得了满分。现在看来,这为我今后从事律师工作奠定了良好的知识、能力储备。

1984 年,我从西南政法学院毕业。本想去机关工作的我,在赴浙江省司法厅报到时,被意外安排到浙江政法专科学校教书,主要讲授经济法、合同法 and 专利法。尔后,我开始兼以法律工作者的身份办理案件,至今仍清楚记得当年我代理的第一个案件。那是一个欠款纠纷的买卖合同案件(欠款标的额 28 万

* 本文发表于《中国律师》2019 年第 5 期。

元,在当时是很大的一笔款项),起初我尝试协调双方化解矛盾但未成功,随即到绍兴中院起诉,最后双方调解结案。从起诉到案结事了共计 35 天时间,我收获了当事人送我的第一面锦旗。

其实,去学校教书并不是我心里的第一职业选择,可以说,这在当时是“不顺”的。但现在回想起来,这三年的静心时光对我的帮助很大。一方面,我进一步夯实了法律理论基础,有了难得的潜心研习法律的机会,每年都能在各种期刊杂志上发表五至六篇文章。另一方面,这段经历让我对未来从事律师职业增添了不少信心。更重要的是,我还结识了一大批有志于从事法律行业的莘莘学子。所以,所谓的“顺”与“不顺”,要辩证地看待。只要自己沉得下心,脚踏实地做好每一件事,那么所有的“不顺”都有可能变成“顺”,并结出丰硕的果实。

八十年代中期,国家的经济环境发生了较大改变,出现了计划经济与市场经济并存的双轨制,研究经济转型时期具有中国特色的经济法律关系成为热点。在此背景下,1987 年,本着想要进一步提升法律素养的想法,我萌发了赴复旦大学攻读经济法硕士学位的念头。当时,读研究生不是一项热门的选择,但母亲很支持我。成长的道路上,她一直是我坚强的后盾。为了减轻家里的负担,我在读研期间除了领取国家发放的助学金之外,还去多所高校讲课赚钱,既支付了日常开支,还能补贴家用。这段经历给我留下的最大财富是有幸在《中国法学》、《复旦学报》等中国法学界顶级刊物上发表了多篇论文,这不仅极大地锻炼了我的文字组织、钻研思考的能力,更进一步坚定了我的法律理想。

到 1990 年我研究生毕业面临职业选择时,我果断地选择了在当时并不被人看好的律师行业,进入了杭州市第二律师事务所(后更名为浙江星韵律师事务所)。我看好这个“非主流”的职业,和当时的历史背景是分不开的。九十年代,国家改革的步子加速,小平同志在提出“两手都要抓,两手都要硬”的同时,还指出中国搞现代化建设要有 3 个 30 万,即 30 万注册会计师、30 万税务师、30 万律师。随着国家走上了改革开放的康庄大道,依法治国乃大势所趋,律师行业必然乘风而上。于是,在时任事务所主任曹星律师的引导下,我成为了一名专职律师,是当时杭州市第二位具有法学硕士学位的律师。

1990 年到 1995 年,是我从事律师行业的第一个五年,我一直把那几年的工作经历当成我律师生涯的起点。幸运的是,我得到了周围很多人的照顾和支持,在这五年间成功办理了不少在当时颇有影响力的案件,包括全国首例弃婴状告父母遗弃案、“马家军”名誉权案、中国股市第一案等。随着阅历的不断丰

富,我在1993年进入了律所管理层,并于1995年成为星韵所主任。按我当时的年龄和资历,担任这家在华东地区颇有影响力的律师所主任,的确让我感到有些意外,但同时对我也是一个正面激励,促使我快速成长,摆脱稚气和毛躁。

需要提起的是,这段时期是国家和社会的一个飞速发展期,我个人的进步和整个时代的发展紧密相连。1992年,小平同志南巡讲话吹响了进一步改革开放的号角,市场经济正式确立,各行各业都呈现出欣欣向荣的局面。法律服务的需求激增,各部门法相继出台,中国律师拥有了更大的舞台,有了更多的用武之地。1995年到2005年这十年间,星韵所进一步发展壮大。搬迁到新购买的办公场所后,星韵所于1998年被司法部授予首批“部级文明律师事务所”称号,是当年浙江省唯一的一家。2002年,时任中共浙江省委书记张德江同志莅临星韵所视察,对律所发展提出了宝贵的意见。我个人也在这十年间先后担任了杭州市和浙江省两级律师协会的副会长,并当选杭州市政协委员,开启了我参与行业管理和参政议政的新航程。

这十年间的经历,在旁人眼里肯定是“顺得不能再顺”了,包括我于2003年开始担任全国律协民事专业委员会副主任,在2005年荣获全国优秀律师的称号。但那些年的个中滋味,只有我自己才能体会。

由于我和同事在星韵所发展理念与经营模式上产生了较大的分歧,2003年9月后,事务所不再安排我担任主任职务,这是我律师职业生涯里一次刻骨铭心的“不顺”。在新世纪的最初几年,整个中国法律服务市场都在发生变化。2000年,国务院清理整顿经济鉴证类社会中介机构领导小组下发《关于经济鉴证类社会中介机构与政府部门实行脱钩改制意见的通知》,国资律师事务所逐渐脱钩改制为自收自支的律师事务所,律师定位也从“国家的法律工作者”转变为“为社会提供法律服务的执业人员”。之后,杭州的合伙制律所如雨后春笋般出现,创收几千万的律所也已出现,他们天生对市场经济活动分外敏感,加上灵活的管理体制、分配机制,法律服务的积极性、创造性被大大调动起来。但星韵所仍是合作制,我看到了律所经营模式向合伙制发展是必然趋势,提出了改制的意见,无奈与所内主流意见不合。经过再三权衡,我于2006年离开了工作、奉献十五年的星韵所,和其他几位志同道合的合伙人一起创办了合伙制的浙江金道律师事务所。

创所之初,我和其他几名合伙人确立了一个高目标——“以诉讼为基础,培养优质的法律服务产品,成为省内一流、全国有影响力的律师事务所。”彼时

的我想证明自己的能力——不仅是一名成功的律师，同时也是一名成功的律所管理者，能够站在更高的维度，引领律所的发展。功夫不负有心人，创所第一年，金道所就完成了1100多万元的创收，进入杭州律所创收排行榜前十，无疑成为杭州律师界的一匹黑马。第五年，金道所就被评为全国优秀律师事务所，这对于作为新兵的金道所来说真是莫大的殊荣。

2015年，我把律所管理的重担交给了新一届的管理班子。新的管理团队进行了律所管理架构的调整和薪酬体系的改革，一方面，进一步深化了律师的专业化分工和团队协作，优化了品牌建设，加大了人才建设力度，适度稳健地开设分支机构，金道所进一步发展壮大，业务创收稳步增长。另一方面，我本人的业务也在新时代中有了新的发展。随着党的十八届四中全会提出全面推进依法治国的总目标，为了贯彻习近平总书记全面依法治国新理念新思想新战略，各级党委、政府先后都建立了法律顾问制度。在这样的背景下，我相继受聘为浙江省委、杭州市委以及杭州市政府的法律顾问，有幸为法治浙江和法治杭州的建设贡献一点专业的力量。同时我更加相信，进入新时代律师必将在深化全面依法治国的实践中发挥更重要的作用，成为大国重器，助力伟大复兴“中国梦”的实现。

光阴荏苒，不知不觉我投身法律工作已逾三十载。回首往事，我觉得不论是在经济状况欠佳的日子里，又或是身处一个不被看好的行业环境内，自己的内心总是踏实的、安定的，心态与今日并无什么不同。说到底，人活着就是活个心态，心态好了，做很多事都会是比较顺的。

更为关键的是，个人的“顺”与大环境的改善是息息相关的。作为在中国改革开放环境下成长、发展起来的一名法律人，我感恩这个“顺”的时代。就像当初我们上大学时的一首歌《年轻的朋友来相会》里唱的：“美好的春光属于谁？属于我，属于你，属于我们八十年代的新一辈！创造这奇迹要靠谁？要靠我，要靠你，要靠我们八十年代的新一辈！”

市委法律顾问的“三重角色”*

党的十八届四中全会提出全面推进依法治国的总目标。浙江省作为习近平总书记全面依法治国新理念新思想新战略的重要萌发地，法治建设已取得较好的成就。杭州作为浙江的省会城市，同时也是“五四宪法”的起草地，宪法和法治精神全国领先。杭州市委在执政过程中更是将法治理念贯彻到社会治理各个方面，积极把依法执政要求转化为党领导立法、保证执法、支持司法、带头守法的实际行动，在深化“最多跑一次”改革、建设互联网法院等改革创新工作方面成绩斐然。

依法执政与从严治党紧密相连，必须通过从严治党使得广大党员领导干部能够始终坚持依法执政。浙江省委常委、杭州市委书记周江勇强调，杭州市委要坚持严字当头、全面从严、始终从严，坚决扛起管党治党主体责任，为“干好一一六当好排头兵”，为建设独特韵味别样精彩世界名城、打造展示新时代中国特色社会主义的重要“窗口”提供坚强保证。

2019年3月，杭州市委正式建立了法律顾问制度。作为杭州市委法律顾问，应勤勉尽职，敢于担当，有所作为，协助市委深入推进法治杭州建设。

首先，发挥专业特长，当好市委依法执政的法律参谋。作为市委法律顾问，要充分发挥自身专业优势，根据市委安排，积极参与市委重大决策论证，做好法律风险评估工作，为市委决策把好一道“法律关”，保证市委决策的法治化和规范化。同时针对法治过程中出现的问题，及时向市委反映，使得依法治市更有针对性，更能落到实处。

其次，利用专业知识，当好市委完善党内法规制度的建设者。习近平总书记要求“党的建设制度改革深入推进，党内法规制度体系不断完善”。无论是治国理政还是管党治党，无论是依法治国还是依法执政，不仅要有一套完善的国家法律规范体系，还要有一套完善的党内法规体系。作为法律顾问，要积极协助市委集中清理与党章、宪法和法律、党内法规不适应、不协调、不衔接的市委法规文件；要积极参与相关法规文件的制定，注重市委法规文件与党内法规的

* 本文发表于《杭州(周刊)》2019年第16期。

衔接和协调,提高法规文件的执行力;要积极参与全市党内法规制度建设,为党内法规和规范性文件的立改废释及备案审查提供法律意见,提升党内法规制度的专业性和科学性。

最后,运用专业经验,化解社会矛盾,当好“平安杭州”建设的促进者。当前社会经济处于转型升级阶段,各类社会矛盾日渐凸显,涉法涉诉案件、信访案件和重大突发事件等时有发生。在参与重大涉法事务处理过程中,作为法律顾问,应积极参与协调、提供专业意见,引导群众通过法律程序维护自身合法权益。这既有利于杭州市委树立依法执政的良好形象,又能够实现定分止争,将矛盾化解在萌芽阶段。

学习党的十九大精神的 “一、二、三、四、五”点感悟*

党的十九大是在全面建成小康社会决胜阶段、中国特色社会主义进入新时代关键时期的时代背景下召开的一次举世瞩目的盛会，具有重大的历史意义和深远的政治意蕴。作为党的一分子，在当下和今后的一个重要工作，就是认真学习、全面贯彻党的十九大精神，认真学习、深刻领会习近平新时代中国特色社会主义思想，不忘初心、牢记使命，迈进中国特色社会主义的新时代。

一个核心

党的十八大以来，我们党在中国特色社会主义伟大事业的实践中，确立了习近平同志在党中央和全党的核心地位，形成了治国理政的新理念、新思想、新战略，作出经济发展进入新常态的重大战略判断，加强了党对经济工作的领导，为改革开放和现代化建设指明了方向。在以习近平同志为核心的党中央的坚强领导下，全党全国各族人民团结奋斗，实现了国民经济持续、稳定的中高速增长。同时，在党中央、国务院的指挥下，各地区、各部门牢牢秉持经济健康发展的理念，积极促进就业、统筹调控物价，以创业带动社会就业，以创新驱动经济发展，不断增强全国人民和中华民族的自豪感和凝聚力，进一步巩固了人民拥护爱戴、风清气正、政风廉洁的良好社会氛围。

当前，我国发展站到了新的历史起点上，拥有前所未有的时代机遇，同时也面临空前艰巨的挑战。关山重重的新长征，离不开登高望远的领路人。我们坚信，在以习近平同志为核心的党中央的坚强领导下，只要不忘初心，砥砺前行，就一定能够将中国特色社会主义事业推向新的伟大胜利。

两个百年梦

“两个百年梦”清晰地勾勒出中华民族伟大复兴的路线图，充分地展现了建设社会主义现代化强国的战略步骤、目标任务。国之运在民之心，党之根亦在民心。“两个百年梦”充分彰显出以习近平同志为核心的党中央“以人民至

* 本文发表于《中国律师》2018年第1期。

上”的真挚情怀。这样的梦想和目标是极富感召力的,每一个人民群众都能从中感受到自己的梦想,都能从中汲取砥砺前行力量。伟大的事业都是干出来的,“两个百年梦”将党和国家事业的“大目标”与人民群众生活工作的“小目标”紧密相连,将国家和民族的命运与个人的未来紧密连结,汇聚起实现伟大复兴中国梦的磅礴力量。

新时代 新思想 新征程

习近平总书记鲜明地指出:中国特色社会主义进入了新时代。这个“新时代”具有丰富内涵:一是,这“是承前启后、继往开来、在新的历史条件下继续夺取中国特色社会主义伟大胜利的时代”;二是,这“是决胜全面建成小康社会、进而全面建设社会主义现代化强国的时代”;三是,这“是全国各族人民团结奋斗、不断创造美好生活、逐步实现全体人民共同富裕的时代”;四是,这“是全体中华儿女戮力同心、奋力实现中华民族伟大复兴中国梦的时代”;五是,这“是我国日益走近世界舞台中央、不断为人类做出更大贡献的时代”。“新时代”鲜明地标注了我国发展的新的历史方位,承前启后、继往开来,走进中国特色社会主义新时代,我们一定不忘初心、牢记使命,在未来抒写更辉煌的成就。

时代是思想之母,实践是理论之源。党的十九大最重要的理论成果——确立了习近平新时代中国特色社会主义思想,并将这一重要思想作为党的指导思想写入党章,率领中华民族真正变得“强起来”。习近平新时代中国特色社会主义思想,是对马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观的继承和发展,是马克思主义中国化最新成果,是党和人民实践经验和集体智慧的结晶,是中国特色社会主义理论体系的重要组成部分,是全党全国人民为实现中华民族伟大复兴而奋斗的行动指南,为实现两个百年的奋斗目标提供了强大的思想武器。

习近平总书记在党的十九大报告中向全党全国人民描绘了决胜全面建成小康社会,开启全面建设社会主义现代化国家新征程的美好愿景。这是一个高瞻远瞩的战略安排,对物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明设定了更高的目标,对国家治理体系和治理能力提出了更高的要求,详细地勾画出人民美好生活的愿景,使中华民族伟大复兴的中国梦变得更加可触可摸。现在,在以习近平同志为核心的党中央的坚强领导下,我们光荣地站到了新的历史起点上,比以往任何时期都更接近、更有信心、更有能力实现中华民族伟大复兴的中国梦。

四个意识 四个自信 四个全面

党的十九大再一次强调了加强政治意识、大局意识、核心意识、看齐意识的重要性,这“四个意识”,是体现党员和党内领导干部政治忠诚度的标杆,对于全面从严治党、全面加强党的领导和党的建设,具有丰富而深远的政治指南意义。

党的十九大同样强调要牢牢坚持道路自信、理论自信、制度自信、文化自信。这“四个自信”,源于长期以来党和人民建设中国特色社会主义的伟大实践,是党员和党内领导干部所要坚持的政治定律。“四个自信”告诉我们,应该举什么旗、走什么路,应以什么样的精神状态去担负起时代赋予我们的历史使命。

“四个全面”正是习近平总书记治国理政战略布局的集中体现,通过协调推进“四个全面”,取得了举世瞩目的效果,我们党解决了许多长期想解决而没有解决的问题,办成了许多过去想办而没有办成的大事。党的十九大提出成立中央全面依法治国领导小组,加强对法治中国建设的统一领导,正是推进“全面依法治国”的有力举措,有利于进一步促进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法。

“五位一体”建设与五大发展理念

坚定不移地按照党的十九大精神的指引,统筹推进“五位一体”总体布局,党和人民一定能够继续夺取中国特色社会主义的伟大胜利,不断开辟中国特色社会主义事业的新局面、新篇章。

站在新的历史方位,中国特色社会主义事业前程伟大、前途光明,同时也任重道远。这要求我们全党全国人民更加紧密地团结在以习近平同志为核心的党中央周围,高举中国特色社会主义伟大旗帜,以实现党的十九大所承托的两个百年梦想为奋斗目标,在新时代坚持新思想的指导,坚定踏上党的十九大所开启的新征程,深刻理解四个意识、四个自信、四个全面的重要内涵,秉持五大发展理念,统筹推进新时代“五位一体”建设,为实现中华民族伟大复兴的中国梦、实现人民对美好生活的向往而继续奋斗!

共筑法律职业共同体的新起点^{*}

刚刚过去的2015年,中央召开或经中央批准召开的两次会议为中国律师工作带来了利好消息,并注入了新的活力。

一是2015年8月20日至21日经中央批准,由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合召开全国律师工作会议,这样高规格的盛会在我国律师事业发展史上尚属首次。同时,由公、检、法、司联合共同召开全国律师工作会议的组织形式本身即表明了,由法官、检察官、律师等具有共同的知识、语言、思维、认同、理想、目标、风格、气质的法律工作者组成的法律职业共同体,将迈向一个崭新的起点。

二是2015年9月15日,习近平主持召开中央全面深化改革领导小组第十六次会议,会议审议通过了《关于深化律师制度改革的意见》。据介绍,自从2014年1月21日中央全面深化改革领导小组召开第一次会议以来,尽管曾有11次会议审议通过了有关司法体制改革的相关文件,但审议通过有关律师制度改革的内容与意见,还是史无前例的第一次。这两次会议已吹响律师制度改革的新号角,并成为构筑法律职业共同体的新起点。

共同的理念 不同的分工

虽然律师不属于传统观念里“体制内”的职业,但是律师制度是司法制度的重要组成部分,而司法制度又是政治制度的一部分,这就决定了律师制度的政治属性。时任中央政法委书记孟建柱在全国律师工作会议上强调,律师要提高政治素质,坚持正确的政治方向,把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为从业的基本要求,增强走中国特色社会主义法治道路的自觉性、坚定性。这是中共中央要求广大律师在思想上牢固树立并坚持党领导的观念,把社会主义法治理念作为律师的执业宗旨。中央第十六次深改会议指出,要围绕全面推进依法治国,完善律师执业保障机制,加强律师队伍建设,建设一支拥护党的领导、拥护社会主义法治的高素质律师队伍,充分发挥律师在全面依法治国中的重要作用。在这一点上,律师与警察、法官、检察官等法律职业共同体

^{*} 本文发表于《民主与法制》2016年第1期。

中的其他成员一样,都将社会主义法治理念作为执业、执法、司法活动的宗旨,因此法律职业共同体中的所有成员在政治上都应互相认同。

不久前,公安部指挥多地公安机关摧毁一个以北京市锋锐律师事务所为平台,少数律师、推手、“访民”相互勾连、滋事扰序的涉嫌重大犯罪团伙。这次事件提醒了广大律师,律师制度的政治属性决定了其属于上层建筑的范畴。不同于会计师、税务师、评估师等中介业务,律师提供的法律服务必须对很多问题的合法性作出判断,这就带有一定的政治属性。作为社会主义国家的律师,我们在执业活动中必须切实维护党和政府的权威,维护宪法和法律的尊严,为构建和谐社会作出应有的贡献。

律师与公、检、法等法律职业最大的区别,仅在于职责分工的不同,例如在刑事诉讼中,公安等侦查机关的职责是对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕等,检察机关负责批准逮捕、提起公诉等,法院负责审判。而律师以维护当事人的合法权益为己任,是提供专业法律服务的法律工作者。实践已充分证明,控辩双方在法庭上的辩论越激烈,离案件真相就越接近,法院的审判就会越公正。由此,公、检、法和律师在诉讼活动中虽有着不同的分工,但都是在追求同一个目标,就是维护法律的正确实施。

同时,法律职业共同体的全体成员应当彻底改变传统的观念,即认为公、检、法是高高在上的“官”,律师是“民”,前者与后者之间是“官”与“民”的关系,后者时常与前者作对甚至找碴儿,进而被视作“刁民”。这样的误解,会严重忽略甚至歪曲律师在法律职业共同体中所应发挥的巨大作用。事实上,律师无疑是推动法治中国建设的主力军,律师兴,则国家兴。正如王利明教授所言,在现代社会,律师与法官等其他法律人一起,实际操作着法律机器,保障着社会机制的有效运作,对推进社会的法治进程、保障人权、维护公平正义,具有重要的作用。¹一位美国法官曾说过一句名言:“我们之所以能写出精辟且经典的判决书,是因为我们有一支出色的律师队伍在法庭内外‘帮助’我们。”²

同一个舞台 不同的角色

诉讼是律师尽情发挥其才智的主要舞台,舞台的镁光灯无疑是射在法庭上的。

¹ 王利明:《律师是法律职业共同体中的一员》,载《中国律师》2015年第6期。

² 转引自蒋惠岭:《司法改革能否改出强有力的法律职业共同体?》,载《中国法律评论》2014年第3期,法律出版社2014年版,第43页。

但在我国当前的司法实践中,法官在个案审理程序中相对于律师往往处于优势乃至主导地位。因此,法官如果过分站在自身角度把握庭审、推进诉讼,就可能出现对律师相关权利的忽视甚至侵犯,实践中不乏法官随意打断律师发言、向律师刁难下性发问、对律师不当使用强制措施等问题,给律师造成十分糟糕的诉讼体验。³对此,孟建柱曾要求广大司法人员要率先放下“官”的架子,把律师真正作为与自己平等的同行,尊重律师的人格和权利。2018年4月,最高人民法院、司法部发布的《关于依法保障律师诉讼权利和规范律师参与庭审活动的通知》明确规定:法庭审理过程中,法官应当尊重律师,不得侮辱、嘲讽律师;对于律师在法庭上就案件事实认定和法律适用的正常发问、质证和发表的辩护代理意见,法官不得随意打断或者制止。同时,律师也要自觉维护司法人员在依法履职中的尊严,自觉遵守司法秩序,不能不服从司法机关的正常安排,不能不服从司法人员对自己违规行为的劝阻,更不能诋毁、谩骂甚至侮辱、诽谤司法人员。

不仅如此,要想让法律职业共同体的其他成员从心底里真正尊重在诉讼舞台上凭借其法律知识和能力扮演正义守护者的律师,其必须要正确地看待律师在法律实践中扮演的角色。江平教授曾介绍道,西方国家法律制度中,律师的地位和作用在审判中表现得尤为明显。律师和检控方是平等的,控辩双方是站在同样的位置上的。而法官则代表法院,高高在上而且绝对中立。从法律地位上来说,控辩双方的地位是完全一样的。而这一完美的“等腰三角形”式的诉讼构造,正是中国法律职业共同体的每位成员都应致力打造的。律师介入案件,虽已能体现程序正义,但欲实现最彻底的正义,辩方的充分参与是必需的;也只有控、辩、审在诉讼中汇成不同角色的合力,程序正义才能真的实现,实体公正方能水到渠成。为此,孟建柱强调,司法人员和律师的角色定位虽然不同,但都承担着维护当事人合法权益、保障法律正确实施、促进社会公平正义的使命。由此,法律职业共同体的所有成员都应该尽心、尽职地扮演好各自专业的角色,使人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义。

当然,为了鼓励和激发律师在诉讼舞台上发挥更大的作用,扮演更为重要的角色,律师的执业环境亟待进一步改善。当前,刑辩律师会见难、阅卷难、调查取证难的“老三难”问题尚未解决,发问难、质证难、辩论难的“新三难”问题

³ 江必新:《加强法官律师良性互动 探索构建协同诉讼模式》,载《中国律师》2018年第3期。

便接踵而来。不能否认,这是中国这片土地上出现如此之多的“死磕派律师”的重要原因之一。曾有人三问:有哪个律师不希望顺顺利利地办理案件?有哪个律师不愿意与公安司法人员融洽相处、彼此尊重、相互支持?有哪个律师愿意“拉下脸”、冒着风险与公安司法人员“死磕”?但是,如果律师在执业中处处碰壁,常常被难,又投诉无果,走投无路,那么,他们就会不在“被欺负”中忍受,就在“被欺负”中“死磕”。因此,律师执业权利的改革已势在必行,这不仅涉及律师群体的职业心理健康,更关系到整个法律职业共同体的和谐发展。为此,中央第十六次深改会议提出要把法律规定的律师执业权利切实落实到位(最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合出台的《关于依法保障律师执业权利的规定》第二条规定:人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、司法行政机关应当尊重律师,健全律师执业权利保障制度,依照刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法及律师法的规定,在各自职责范围内依法保障律师知情权、申请权、申诉权以及会见、阅卷、收集证据和发问、质证、辩论等方面的执业权利,不得阻碍律师依法履行辩护、代理职责,不得侵害律师合法权益),建立健全配套的工作制度和救济机制,依法保障律师在辩护、代理中所享有的各项执业权利,确保侵犯律师执业权利的行为能够得到及时纠正。

和谐的氛围 良性的互动

邹碧华法官生前说过:“律师对法官的尊重程度,体现了一个国家的法治发达程度;法官对律师的尊重程度,体现了一个国家的司法公正程度。”法官以尊重律师为己任,律师以尊重法官为使命,这是理想的、和谐的法治环境。事实上,和谐的法律职业共同体是全面推进依法治国的题中之义。

不久前,中央第十三次深改会议审议通过了《关于进一步规范司法人员与当事人、律师、特殊关系人、中介组织交往行为的若干规定》,孟建柱书记此次在会议上用24个字——“彼此尊重、平等对待,相互支持、互相监督,正当交往、良性互动”,概括了司法人员和律师应共同积极构建的新型关系。法律职业共同体的和谐关系,既表现在工作方式的互动上,也体现在职业的互通上。

在工作方式的互动上,浙江省的公、检、法、司系统作出了大量的努力。自2009年起,浙江省高级人民法院每年走访省律师协会,良性互动已呈常态化、制度化。浙江省法官协会与省律师协会共同签署了《关于建立法官与律师良性互动机制的意见》,提出六大点广受好评的意见:一是建立良性互动组织机制;二是坚持合法、独立、尊重、互信的良性互动原则;三是加强司法业务研讨交

流；四是实行资源和信息共享；五是重视律师作用，落实诉调衔接机制；六是加强相互配合和监督，确保司法廉洁。这为全面构建律师与法官的良性互动机制奠定了基础。2014年1月，浙江省高级人民法院、省人民检察院、省公安厅、省司法厅联合下发《关于刑事诉讼中充分保障律师执业权利的若干规定》，重视发挥辩护律师的作用，共同防范刑事冤假错案。2015年6月，开通了“浙江法院律师服务平台”，为全省1160余家律师事务所1.4万余名律师提供了实用性强、操作简便的在线工作平台。

同时，在职业的互通上，党的十八届四中全会提出“建立从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者、法官、检察官制度”，这实际上是提出了从法律职业共同体中选拔法官和检察官的机制，从而推进司法队伍的职业化和专业化。在这点上，上海走在了前列。2014年年底，上海市法官、检察官遴选（惩戒）委员会成立，其职能包括从律师、学者等法律职业人才中公开选任法官、检察官。2015年，上海市有一名律师成功当选为市二中院三级高级法官。“我愿天公重抖擞，不拘一格降人才。”法官、检察官和律师常被称为推动法治进步的“三驾马车”，选拔优秀的律师进入法院、检察院，不仅实现了法官、检察官来源渠道的多样化，有利于法律职业共同体成员间职业的良好流动，更促进了法律职业共同体成员间对彼此身份、能力、人格、品格的认同，进而夯实了构建法律职业共同体这座宏伟大厦的地基。

律师协会的三个“三”*

一、律师协会的三重责任

(一)政治责任。在我国恢复重建律师制度的初期,广大律师还是事业编制,属于“体制内”的法律职业人士。但律师体制改革之后,特别是大量的合伙所和个人所出现以后,律师便被认为是不属于传统观念里“体制内”的职业。然而,律师制度是司法制度的重要组成部分,而司法制度又是政治制度的一部分,这就决定了律师制度的政治属性。中共中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱同志在2015年8月召开的全国律师工作会议上强调,律师要提高政治素质,坚持正确的政治方向,把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为律师从业的基本要求,增强走中国特色社会主义法治道路的自觉性、坚定性。这也可以说是中央对律师职业的政治定位。

律师行业不能完全游离在“体制外”,而律师协会要引领行业主动、恰当地纳入到整个“体制内”。具体而言:1、结合律师的职业定位和行业特性,贯彻落实中央文件的精神,如贯彻党的三中、四中全会的精神。2、指导、培养律师的政治敏感性、警觉性。3、针对与律师有关的重大事件,律师协会要有自己的态度,发出自己的声音。4、引导律师积极地参政议政。2012年杭州“两会”换届时,杭州律协在司法行政机关的支持下,主动与人大、政协、统战等部门沟通,积极推荐律师担任人大代表、政协委员。律师人大代表、政协委员总数比上一届增长81%。同时,在每年“两会”召开前,杭州律协召集代表、委员开会,交流参政议政的经验,会后及时汇编律师参政议政的成果。5、引导律师注重宏观形势,积极参与党和政府的中心工作。例如2008年金融危机来临时,浙江省律协在省司法厅的支持下,安排优秀律师赴全省各市、县为党政领导、企业管理人员讲课,解剖金融危机,为很多企业进行免费的法律体检,产生了非常好的社会效果。6、党的十八届四中全会提出“建立从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者、法官、检察官制度”,所以律师协会要引导、推荐优秀律师从政。

(二)社会责任。现行《律师法》规定:“律师应当维护当事人合法权益,维

* 本文发表于《中国律师》2016年第1期。

护法律正确实施,维护社会公平和正义。”法律对律师职业的这一定位,凸显了律师的社会责任。由此,律师协会要更多地引导律师关注社会问题、社会生态、社会发展。

笔者认为,律师协会应当引导律师承担如下社会责任:1、律师在承办每个案件时都要注意自己所肩负的社会责任,维护其社会形象,正确处理好“名”与“利”的关系。2、积极关注社会民生,引导律师广泛参与诸如维护农民工合法权益、食品卫生、生态环境等有关社会公益的案件,并尽心尽力地办好。3、引导律师办理法律援助案件,并为律师办理该类案件创造条件。4、对一些行业垄断、不公平的现象,律师协会该出手时就出手。5、大力推进“律师进社区、进乡村”活动。

(三)行业责任。第一,律师协会应当维护行业的良好形象。为此,律师协会应对行业本身做正面的宣传,定期发布社会责任报告。杭州律协每届发布一次《杭州律师社会责任报告》,并向市委、市政府汇报,取得了良好的反映。还要与媒体保持良好的关系,有利于维护律师的正面形象。

第二,律师协会应当争取行业的应有地位。律师协会要围绕党和政府的中心工作,鼓励律师积极开展相关的服务。

第三,律师协会应当保护律师和行业的合法权益。在保障律师的执业权利上,孟建柱书记在2015年全国律师工作会议上强调,律师协会作为广大律师的“娘家”,要在保障律师执业权利上主动作为,哪里的律师合法权利受到侵犯,哪里的律师协会就率先站出来。在维护律师行业的合法权益上,律师协会应与公、检、法等部门多沟通,以保障律师的执业权利;与工商、房地产等管理部门多协调,以保障律师的调查取证权;与税务部门多交流,以切实解决律师行业的税收问题。

二、律师协会的三大功能

(一)对外协调和维权。从我国司法体制的架构来看,律师有一种体制外“没人管”的感觉。这种缺乏归属感的感觉使得不少律师在遇到困难、挫折甚至遭遇不公平的待遇时,不是寻求组织的帮助、支持,而是设法通过一些个人关系去化解。律师的职业行为是“司法活动”整体的组成部分,职业共同体在司法活动范围内如何相处,这个问题是摆在律师协会面前一个重大而棘手的问题。

针对这些问题,杭州律协采取了以下几项举措:第一,依靠市委成立了两

个层面的维权委员会。一个是由市政法委专职副书记牵头,由公、检、法、司等部门副职参加的律师权益保障委员会;另一个是公、检、法、司、新闻媒体等相关部门一名中层干部参加的维权委员会。第二,依靠市人大,通过刑法、律师法等执法大检查,发现问题,解决问题。并通过与公、检、法等部门召开各种形式、各个专题的座谈会,解决办案过程中一些具体问题。第三,制定相应的规范性文件。如在《律师法》已修改、刑法未修改前,由市公、检、司三家制定一个在刑事诉讼中保障律师执业权利的文件。第四,经常向市政法委、人大、政协汇报工作,争取理解,获得支持。

(二)教育、培训、制订行业标准(规范)。律师协会应当花大功夫对律师进行教育培训。业务培训不仅要进行新法培训,还要注重业务技能的培训,特别是一些新型业务。同时,教育培训不应仅局限于业务培训,还应关注律所管理方面的教育培训,例如杭州律协举办过事务所主任、合伙人培训班,讲解合伙人在律所管理中的地位与作用;编写了《杭州律师事务所管理手册》,对律所管理过程中亟待解决的一些主要问题作了梳理;也举办过行政人员培训班;在征税方法改变时,协会还邀请税务部门的专家给每个律所的财务人员进行培训。不仅如此,律师协会更应将教育培训的对象重点锁定在青年律师身上,杭州律协多年来坚持做好对执业不满3年的律师要进行专门培训,还出版了《第一步:青年律师启示录》、《律师业务风险指引》。

(三)奖惩。以杭州律协的实践为例,杭州律协做到奖励制度化,设立评审委员会,制定奖励制度。每一届评选一次杭州优秀律师事务所、优秀律师,其他奖项根据实际情况设置。同时,杭州律协做到惩罚程序化,对律所、律师的惩处,严格使用调查、取证、协调、听证、处罚等公开、透明的程序。

三、律师协会与司法行政两结合管理的“三个点”

新修改的《律师法》不仅从立法层面确立了我国律师行业实行“司法机关以宏观管理为主的行政管理与律师协会在行业内的自律管理相结合”的模式,即我们常说的“两结合”管理模式,还体现出了管理重心下移的特点。孟建柱书记指出,司法行政机关行政管理和律师协会行业自律“两结合”的律师工作管理体制,是我国的特色和优势,是律师事业健康发展的体制保障。吴爱英部长在2015年全国律师工作会议上也强调律师协会要充分发挥自律管理作用。如何在“两结合”管理模式的框架下,探索律师协会在行业内的自律管理,最大限度地发挥行业组织的职能,应当是律协工作的重要内容。

(一)会长与分局局长的协商机制、方法特别重要。在工作中,会长既要领会司法行政对律师管理的总体设想和整体要求,又要有自己独立的见解,有点子、有想法。这些点子、想法在提交会长办公会议讨论前,需要先与分管局长沟通,得到理解、支持后再提交会议讨论。

(二)会长办公会议与律协党委的分工合作。会长办公会议是行业协会的议事机构,是一个出点子、出方案的智囊机构。杭州律协每月召开一次会长办公会议,每周由会长轮流到协会值班,及时处理相关事宜。在此基础上,对行业协会的重要活动方案、重大制度设计、重要人事安排等,会长办公会议都邀请律协党委领导一起参加,共同协商,以形成较为成熟的方案,提交常务理事会、理事会进行审议。这种协商机制是“两结合”管理的重要环节,也是“两结合”管理能否成功的关键。

(三)秘书处与律管处的配合。秘书处已建立了相对独立的运行机制,其主要职责是落实常务理事会、理事会决议。而律管处主要负责落实司法行政的决议,传达司法行政领导的意见、事务所年度考核。在现行的制度中,秘书处与律管处的工作联系较多,有的还相互交叉。为了提高相互配合的默契和协同作战的效率,杭州律协建立秘书处和律管处的联席会议制度,定期召开例会,相互沟通信息。具体工作则是你中有我,我中有你,相互配合,协同作战。联席会议制度,充分发挥了司法行政的优势,强化了协会的职能,加强了相互间的沟通协商,是完善“两结合”管理模式的有益尝试。

发出法律“好声音” 服务法治“最强音”*

今年3月3日~13日,在全国“两会”上,全国政协委员、浙江天册律师事务所黄廉熙律师提交了《关于保障律师调查取证权的提案》、《关于进一步完善基层供销社工商注册登记和税收问题的建议》、《进一步规范涉案财务处理保护公民、法人及其他组织的合法权益》、《关于完善虚假诉讼违法责任体系的提案》、《关于小额贷款公司规范管理与可持续发展的提案》等5个提案和建议,这是我市律师深入贯彻党的十八大、十八届三中全会精神,通过“两会”积极“发声”的重要时刻。

近年来,我市律师人大代表、政协委员通过参加“两会”,以法律视角“把脉”经济社会全面发展的方方面面,既关注社会发展的热点难点,也着眼人民群众关心关注的焦点,提出的提案议案既专业有质量,又有前瞻性可操作性,体现了强烈的社会责任感和专业优势。目前,杭州有律师人大代表17名,政协委员39名。2014年杭州市“两会”上,律师代表、委员共提交提案、议案157篇,内容涉及环境、养老、经济、交通、教育、土地征迁、医疗、社区矫正、法治环境、海洋经济等领域。律师通过提案、议案履行社会责任,以实际行动为构建和谐社会贡献力量,越来越受到党委政府重视。

党的十八届三中全会做出《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,明确“普遍建立法律顾问制度”。这为律师参政议政注入新动力。截止2013年底,杭州市律师担任各级政府法律顾问、部门法律顾问219家,担任企业法律顾问6518家,规模以上工业企业实现法律顾问全覆盖,全市95%以上的重点建设项目有律师参与。全市1400余个社区、中心村有律师义务提供法律咨询。十八届三中全会这一《决定》无疑给法律顾问制度提出了刚性要求,不仅是对律师发挥作用的一次机遇,也是检验律师能力的一次重大考验,关键是要律师在这一平台中有所作为且必须作为。一方面,要切实学习好十八届三中全会精神,认清当前面临的良好形势和发展机遇,增强当好法律顾问、推进法治建设的责任感和使命感,努力在其中发挥作用。另一方面,要切实定位好中

* 本文发表于《杭州(周刊)》2014年第4期。

国特色社会主义法律工作者的地位,注重服务的政治效果、法律效果、社会效果相统一,多做一些与社会治理有关问题的研究,多提一些依法解决社会问题、加强社会治理的提案议案,提高参政议政水平。再一方面,要切实履行好以人为本、执业为民的社会责任,多关注社会热点,多承担社会责任,多热衷社会公益,以人民群众满意为目标来维护法律尊严、促进社会和谐。最后,也要切实实现好服务中发展、发展中服务的目标,通过参政议政加强自身建设,努力打造一支高精尖的律师队伍,营造一个良性竞争、优势互补的执业环境,以精业务、强素质、创品牌、树影响,为我市经济社会高起点上新发展提供更加优质高效的法律服务。

积极拓展律师业务创新工程 满足多层次宽领域法律服务需求*

杭州市律师协会深入贯彻落实中办发(2010)30号文件精神 and 《服务业发展“十二五”规划》,紧紧围绕中国特色社会主义事业“五位一体”总体布局 and 平安中国、法治中国建设对律师行业优质服务、宽领域服务的要求,立足杭州和浙江地域特点,全力实施“服务区域经济发展、服务社会管理创新、服务政府依法决策”三项重点工作,积极推动行业服务创新,拓展服务领域,创新服务内容,强化制度落实,为地区经济社会发展提供优质的法律保障。

一、顺应外向型经济发展,为企业“走出去”战略保驾护航

结合对国内外经济形势和企业发展需求的深刻思考,杭州律师已经率先在浙江省范围内,组建了浙江企业“走出去”的资讯及法律咨询平台——浙江境外投资法律服务中心。面对挑战,杭州律师与客户精诚合作,参与企业在新加坡、印度尼西亚、德国、蒙古、斯洛伐克、迪拜等地的项目设立和收购,实现了为企业“增值”的更高价值。

除了为企业提供服务,杭州律师还应省商务厅邀请,积极参与浙江省境外投资产业指导目录的调研工作,并撰写了《浙江企业境外投资现状——走出国门》,在2010年“第二届浙江省国际经济贸易研究优秀成果奖”的论文评比中被评为“实务类优秀奖”。

二、结对帮扶小微企业,保障个私民营经济健康发展

围绕中小企业的创业创新,杭州律协联合团市委、大创联盟成立杭州市大学生创业“律师服务团”,搭建法律助企平台。“律师服务团”充分发挥大创联盟和市律协的组织、人才和人脉优势,在引导大学生创业企业规范运营、帮助解决大创企业困难、提高大学生创业成功率等方面发挥了切实作用,受到了大学生创业者的普遍欢迎,“律师服务团”也被评为“2010-2011 杭州市优秀志愿服务项目”。

杭州律师除担任小微企业法律顾问定期为企业“体检”外,还专门设立“中小企业法律服务网”,立足中小企业法律需求,以纯公益服务为手段,为全省中

* 本文发表于《中国律师》2013年第6期。

小企业提供全方位的法律咨询、普及和解答服务。

杭州律师服务方式在实践运用中得以创新,首创“圆锥体法律风险防范体系”,即企业应当建立以合同交易、财务管理和知识产权三点所定之平面与用工管理四点所构建的圆锥体法律风险防范体系才是最稳固的。杭州律师编辑了《中小企业创业经营法律风险与防范策略》、《中小企业法律风险防范手册》、《律师服务中小企业成果汇编》、《对中小企业的十大法律建议》等资料,通过各种途径免费发放给中小企业,受到了政府主管部门以及社会各界的广泛好评。

在服务实践中,杭州律师坚持连续举办企业法律培训班,为广大中小企业提供公益性法律培训活动,富阳、余杭、临安等地积极开展“百名律师进百企”、“送法帮企”等律师服务中小企业专项活动,为企业健康发展保驾护航。

三、服务企业转型升级,保障经济社会稳定发展

在大量实体企业陷入经营困境,部分企业甚至破产清算的市场环境下,杭州律师先后为杭州萧山国际机场中期票据发行、浙广两地西气东输项目、杭州至临安富阳公交一体化改造方案、华数集团借壳上市项目、浙江龙盛收购德司达控股暨重大资产重组项目、绍兴市城市建设投资集团有限公司债券发行、中国银行浙江分行“2012 不良资产批量处置”等提供专业法律服务。据统计,仅 2012 年,律师办理近 80 余个 IPO 项目、56 家企业股票发行上市、162 家企业并购重组、45 家中国企业到境外投资案件。全市 25 家律师事务所获得浙江省高级人民法院破产案件社会中介机构管理资格。

随着国家对房地产调控的持续和调控效果的不不断凸显,杭州律师积极参与房地产开发企业为降低经营风险、降低资产负债而进行诸如重大项目转让、项目合作、引进合作方等方面的工作,并提供相应各项专业法律服务,帮助企业度过难关。同时根据市场不断出现的新事物、新问题,认真分析论证,提出法律解决方案,逐步积累和形成了具有本地律师特色的房地产法律服务经验和优势。

四、拓展电子商务领域,服务经济发展新高地

经过 10 年左右的发展,电子商务成为我国经济的重要力量。杭州律师顺应新形势,积极拓展电子商务法律服务业务。在非诉讼领域,杭州律师担任淘宝网、盘石、网品等知名电子商务企业常年法律顾问;为阿里巴巴小额贷款公司设立出具法律意见;为淘宝网络有限公司提供基金销售辅助服务提供法律意见;担任温州市电子商务行业协会常年法律顾问;作为首家律师事务所进驻淘宝法律服务领域,为百万淘宝卖家提供法律服务。在诉讼领域,代理淘宝网

与上海衣念公司、中国建筑工程出版社等知识产权侵权案;代理阿里云计算公司与广东原创动力公司著作权侵权案;代理乐视网与杭州优友科技公司侵犯作品发行权、复制权纠纷案;代理绍兴红鑫网络与杭州阿拉丁科技股份(E都市地图)计算机软件著作权许可合同纠纷案等。

在社会活动领域,杭州律师参加国务院《网络零售条例》立法征询意见工作会议;参加国务院《网络商品交易及有关服务监督管理条例》立法草案制定;主编国内首部《中国电子商务法律报告》;入选为中国电子商务协会政策法律委员会委员;受聘成为中国电子商务研究中心特约研究员;与北京时间戳服务中心正式建立区域(浙江省)合作关系,开展电子版权登记服务。

五、参与社会管理创新,搭建律师资政惠民平台

鼓励和推荐优秀律师积极参政议政,杭州律协在市、区(县、市)两级司法行政部门的大力支持下,与有关部门协调、沟通,积极推荐律师担任党代表、人大代表、政协委员。目前,杭州律师担任党代表 6 名,各级人大代表 17 名,政协委员 39 名,党代表、人大代表和政协委员数量比上一届增长 80%。“两会”期间,他们提交了 70 余件具有建设性的议案和提案,表达了杭州律师的呼声,引起有关政府部门的关注与重视,部分已得到落实。截至 2012 年底,杭州律师共计担任各级政府法律顾问 404 家。

自 2009 年开始,杭州市采用政府补贴的形式,在全市范围内开展“律师进社区”工作。到目前,杭州市“律师进社区”工作已经覆盖全市老城区的 529 家社区,实现了每个社区每周都有律师“坐堂”,提供法律咨询服务、每个季度都有针对性的便民法律服务讲座。

杭州市“律师进社区”工作运行至今,在组织管理、经费保障、工作流程、人员协调等方面都建立了一整套规范的管理制度,配之以“网络律师团”形成线上和线下互补,长效深入为基层社区居民提供公益的法律服务,极大地满足了居民的法律需求,赢得了“居民身边的律师”、“片儿律”、“阳光律师”等美誉。浙江省委书记赵洪祝批示:“杭州市的做法,全省有条件的地方应予以提倡。”《法制日报》、新华网、《人民日报》等中央、省、市各级媒体也相继对杭州市“律师进社区”工作进行了报道。

六、律师长期结对村镇,帮扶服务“三农”

2012 年开始,杭州律师紧紧围绕市委、市政府《关于深化“律师进社区”活动,进一步统筹城乡法律服务的意见》文件精神,积极参与杭州市覆盖城乡的

公共法律服务体系建设,取得了阶段性成果。

在全市“律师进村”工作中,杭州律协积极履行杭州市“律师进社区(村)”工作指导协调领导小组办公室职能,在活动开展前期充分筹备,先后参与情况调研、政策制定、经费申请、人员协调、组织联络等一系列组织工作,除了县(市)所在地的律师之外,同时面向主城区律师事务所广泛征集律师志愿者,结对帮扶桐庐、富阳等五县(市)中心村。

在前期充分准备的基础上,2012年7-9月,富阳、桐庐、临安、建德、淳安等地相继召开了“律师结对中心村”工作启动会议。启动仪式上,结对律师、区县司法系统、各中心村三方签订合作协议,党政领导、律师代表、中心村代表先后发言,部署工作任务,交流服务心得,明确保障职责。

为进一步扩大“律师进农村”活动社会影响,2012年7-8月,杭州律协参与策划、组织了“杭城名律师走乡村暨网络律师团下线服务”——面对面系列活动。

截至目前,杭州律师共计结对乡村1278个,占余杭、萧山、富阳等7个区、县(市)村总数的83.83%,主城区派驻支援结对中心村153个,保障了主城区的优质法律服务资源向基层偏远农村流动,不断加快杭州市覆盖城乡的公共法律服务体系建设。

在法制框架内构建和谐社会*

和谐与法治

“依法治国,建设社会主义法治国家”在中共十五大上被确定为基本治国方略,并以法律形式载入 1999 年宪法修正案;构建社会主义和谐社会是中共十六大提出的现阶段的奋斗目标。笔者认为,依法治国与和谐社会构建具有协同性,但是二者并不等同,亦不可相互替代。

“国无法而不治,民无法而不立。”法治的重大意义和作用不言而喻。然而,作为一种治国方略,法治的首要作用是治理社会的基本手段。“徒法不足以为政,徒法不能以自行。”和谐社会的构建是一个系统工程,有赖于法制、道德、习惯、行政等因素的共同作用,但是,法治却是构建和谐社会必备的最基本因素。要在法治社会的基础上构建和谐社会。

在实践中,要正确认识和处理法治与和谐的关系,需在法制的框架内构建和谐社会。目前社会上有两种倾向值得注意。

一是牺牲法治基本原则换取“和谐”。当前,社会正处于转型时期,社会利益冲突较为多发,因房屋拆迁、土地征收等引发的群体性案件逐渐增加,如何有效化解社会矛盾,促进社会和谐成为摆在各级地方政府面前的大事、难事。有些基层政府秉持行政手段比法律手段更管用的传统理念,在应对社会矛盾或冲突时喜好以行政手段取代法律途径。然而,一旦脱离法制框架,一般只能选取花钱买稳定、满足当事人不当利益的路径。

地方政府的这种行为恰被某些当事人钻了空子,他们抱着“小闹小解决、大闹大解决、不闹不解决”的态度,期待政府能够满足自己的不合理要求。事实上,地方政府出于“维稳”、“和谐”考虑,为达到息事宁人目的,往往会满足他们的不合理要求。

社会矛盾是无法避免和不断出现的,我们只能积极应对,不断化解。但是,不管采用何种形式解决矛盾纠纷,一定要依据法律的基本原则,按照法定程序进行,不能以牺牲法制的基本原则来换取所谓的和谐,否则,将与构建和谐社会

* 本文发表于《中国律师》2012 年第 2 期。

会这一奋斗目标越来越远。

二是法院在处理案件纠纷时“和稀泥”。调解具有有效化解社会矛盾,实现案结事了、促进社会和谐稳定的独特、强大优势,因此各级法院在审判工作中贯彻执行“调解优先、调判结合”的工作原则,调解不仅作为处理案件的首要选择,还被贯穿于立案、审判和执行的各个环节。虽然最高人民法院明确规定“调解优先,必须坚持合法自愿”,但在审判实践中往往“和稀泥”,出现“以判压调”、“久调不决”等问题,而这些问题直接导致了司法公信力和权威性的降低。以南京彭宇案为例,彭宇没有办法举证他没有撞老太太,老太太也同样没有办法举证彭宇撞了她。从法律最基本的证据规则来讲,原告主张的是积极事实,说是彭宇撞了自己,彭宇主张的是消极事实,那么举证责任应在主张积极事实的一方。在事实没有查明、现有证据不能证明是彭宇把老太太撞倒的情况下,彭宇本身就不应该承担赔偿责任。所以一审法院的判决一经作出,社会舆论一片哗然。当社会公众翘首期盼着体现法律正义的二审判决结果时,二审法院却选择了调解结案。虽然就个案而言,彭宇案以调解结案的方式尘埃落定,但是社会关于彭宇案的争论仍在继续,彭宇案的社会影响力仍无法消除。事实上,就该案而言,一份具有法律说服力、闪耀着法治精神的二审判决书比一份内容不为公众知晓的调解书更具有社会效果,更有利于促进社会和谐稳定。

信“访”与信“法”

信访与法律是两项并行不悖的制度,均是我们构建和谐社会的保障。信访是公民向政府寻求权利救济的一种途径,但不应成为公民寻求权利救济的基本方法和根本途径。民众固然可以通过多种合法途径进行权利救济,但是笔者以为,在党和政府坚决实施依法治国的情境下,司法应成为民众寻求权利救济的首要途径。

关于权利救济,我国法院实行两审终审制,并设置了再审程序。然而,部分群众抱着信访不信法的思想,弃用司法途径,选择信访手段,产生了“民众找政府不找法院,找中央不找地方,找上级不找下级,找主要领导不找其他干部”的怪现象,涉法涉诉信访案件量不断增长,增加了社会不和谐因素。

究其原因,可以归纳为以下几个方面:

第一,由于当前法制不健全,再加上个别腐败现象存在,使得一些案件当事人在正常的司法途径之外,更多地依赖于信访手段。

第二,与司法程序相比,信访程序简单,成本低,效果直接,尤其是如果得

到某位领导的重视,更能够快速地解决问题,远比司法程序来的轻松和有效。

第三,现在很多地方推行的领导接访制度,更是给信访当事人提供了可能直接面对领导的机会。这就导致一些本来进入司法途径的案件当事人更热衷于信访,忽视了正常的法律程序。

第四,地方政府息事宁人的维稳思路,使部分民众产生了“不闹不解决”的行为预期,期待通过缠诉缠访方式实现自己不合理的诉求。

第五,在遇到农村征地、城市房屋拆迁等矛盾较为突出、范围较广泛的重大社会问题时,一些地方政府寻求“法外解决”,偏爱运用非法律手段解决,引发了群众不满甚至对立情绪。

笔者认为,对待涉法涉诉信访案件,首先,应该尽量减少行政权力干预,公开公正地处理好涉法涉诉信访;其次,引导群众通过法律途径表达诉求,解决纠纷,维护司法的权威性和终局性;最后,二审终审案件原则上不能适用信访制度,应要求当事人按照法律规定,通过再审程序寻求司法救助。

领导接访与部门职责

2009年,中共中央办公厅、国务院办公厅转发《关于领导干部定期接待群众来访的意见》,要求将领导干部定期接待群众来访工作规范化、制度化。领导干部接访制度具有自身优势,是化解干群矛盾、解决与群众切身利益相关问题的关键环节,是促进社会和谐稳定的重要举措。

但是,“光之所在,影之所随”。领导接访制度的优势如一把双刃剑,如果被不当使用,则可能产生如下后果:第一,领导拍板解决问题可能引发政府职能部门职责被架空,不能切实履行职责。职责是政府职能部门的生命线,依法履行职责是政府职能的法定义务。领导接访的一大优势在于领导干部能够现场解决问题,当领导就某件事情代政府某个职能部门作出决定时,职能部门自身的职责到哪儿去了呢?第二,政府职能部门工作人员在工作中可能产生畏惧困难心理,对于疑难复杂问题不积极应对,反而怂恿民众去找领导解决。第三,民众对政府职能部门不信任,产生或强化了“有问题就要找领导”的预期,违背领导干部接访制度初衷。领导现场接访能够快速、有效地解决问题,符合民众的心理和需求。对于注重解决个人诉求的民众来说,领导接访制度更加受到他们的欢迎。

领导干部接访制度既具有重要作用也存在潜在的风险,需要正确认识,合理使用。因此笔者建议:第一,领导干部接访制度有其合理性,应予以保留。第

二,领导干部接访制度不应作为解决基层矛盾纠纷的一种常态机制,而只能起示范作用。第三,领导干部接访制度应界定其接访范围,即:涉及多个政府职能部门的重大社会民生问题,群体性事件等复杂、敏感社会问题。而对于涉及单一行政部门的民生问题,应该责令、督促职能部门依法行政,有所作为,不能由领导简单替代职能部门履行职责。

网意与民意

民意不可违,对待民意应该怀有一份敬畏之心。政府在制定政策时,应该高度重视民意,认真倾听,进而果断决策。随着互联网的运用和普及,网民异军突起,网意走进了政府的视野,愈来愈成为影响政府决策的一个重要因素。

网意是网民的诉求,据统计,截至2011年7月,我国网民规模已达到4.85亿,互联网普及率达到36.2%,因此,网络民意需要重视。网络具有反映社会民意、维护合法权益的积极作用,近年来有民众热衷于走“上诉不如上访,上访不如上网”的道路。在广大网友的努力和支持下,网络的确发挥了化解社会矛盾、促进社会和谐的效果。

但是据了解,依然有超过60%的人因为各种原因上不了网,因此,不能简单地将网络民意等同于社会大众民意。罔顾网络民意不可取,但被网络民意绑架更愚蠢。在网络社会,各种论坛、社区和网站林立,尤其是微博的流行,导致“每个人面前都有一个麦克风”,信息发送、转发的速度超乎想象地快,每个人都可能成为信息渠道,由此形成了一个自由、平等、开放、宽松的网络公共舆论空间。在这种情况下,有部分人利用网民的善良和热情,通过“借势”和“造势”手段,使网民在无意之中充当其炒作的“托儿”。不仅绑架网络民意,还通过网络民意对司法、政府部门施加压力,甚至造成司法、政府部门为了“平息民意”以及“民愤”,使裁决等屈从于网络舆论的现象发生。因此,我们要理性对待网意,对此类现象保持警惕。

创新管理与法治建设

社区是社会的基本单元,是社会矛盾的聚集地,亦是社会管理的重难点和落脚点。加强和创新社会管理,需要从社区抓起,调动社会各方的主动性和积极性,在法制框架内进行社区治理,力求从根源上解决矛盾纠纷,促进社会和谐。

创新社会管理需要多方参与,在依法管理社区的进程中,应充分重视和发挥律师的作用。律师不仅对社会矛盾有着深刻的理解和洞察力,还具有防范和

化解社会矛盾的经验和能力。

杭州市委、市政府领导部署的“律师进社区”活动,是创新社会管理、促进社区自治的一项重要举措,是杭州律师勇担社会责任,积极参与社会管理的集中体现。“律师进社区”活动以律师为主体,实行服务为民、公益为主、正面导向、持续运行和复合共建5个原则,以提供法律咨询、帮助困难群众依法获得法律援助、加强法律风险防范为主要职责,引导社区居民通过合理合法的方式行使权利,理性表达诉求,协助社区把矛盾化解在基层,处置在萌芽状态,构建一个基层矛盾调解平台。

“律师进社区”活动具有三个鲜明特征:一是将律师服务从有偿服务变为无偿服务。“律师进社区”活动坚持公益为主的原则,杭州律师义务为社区居民提供法律帮助,社区居民无需支付任何费用就可以获得社区律师的法律帮助。二是将律师“坐堂门诊”变为上门服务。按照惯例,当事人一般都会到律师事务所进行法律咨询,“律师进社区”活动设立了社区工作室,社区律师每周定期到社区工作室工作,居民在家门口就可以获得法律服务,对于行动不便等具有特殊情况的人群,社区律师亲自到其家里提供法律服务。三是将矛盾纠纷的解决平台从法庭前移至社区,使得基层群众的矛盾纠纷在萌芽阶段得以化解。在“律师进社区”活动中,通过律师的参与和努力,基层群众的矛盾纠纷得以在事前防范,刚发生还未加剧就被化解。

“律师进社区”活动开展两年来,已取得了显著成效。浙江省委、杭州市委都给予了很高的评价,值得总结、推广。我们要将“律师进社区”活动作为一项长效机制来抓,创新工作内容、方法和形式,继续发挥律师在化解社会矛盾纠纷、促进社会和谐稳定中的应有作用。

将爱进行到底*

——“网络律师团”值班有感

自从选择律师作为职业开始,我同时也选择了杭州这座城市。二十年过去了,我依然做着律师,依然生活在杭州。二十年间,我有幸见证了杭城律师业的蓬勃发展,亦有幸亲历了杭州成长为一座最具幸福感城市的辛劳付出。律师这个职业成就了我的事业,杭州这座城市成就了我的家庭,无论是律师这个职业,还是杭州这座城市,我都与之有着难解的情缘,始终怀着一种深厚的感情。古人云:“穷则独善其身,达则兼济天下”,用我为之倾心的法律服务我由衷热爱的城市,一直是我追求和努力的一个重要方向。非常荣幸我能够践行理想,不仅亲自参与、推动了用法律点亮生活的“律师进社区”活动,还又一次参与到法律服务网络、让生活更加美好的“网络律师团”活动中,作为第一期值班律师回复来自网络的法律咨询。

2010年12月14日上午,杭州市“网络律师团”成立仪式举行,市领导叶明、许勤华亲自启动“网络律师团”专题网页(触摸球),宣告杭州市“网络律师团”活动正式启动,当天“网络律师团”网页正式对外开通,定时轮流值班制度正式开始实行。按照安排,我担任第一周的值班律师,负责解答法律咨询。从12月14日到19日,一共解答了310条的法律咨询,我的整体感觉是很忙很累很辛苦,但是很感触很值得很欣慰。因为有了“律师进社区”活动的经验,这一周值班经历让我对“网络律师团”有了更加深刻、清晰、全面的认识。

一、基本职责初步实现。“网络律师团”和“律师进社区”恰似西子湖畔的并蒂莲花,共同植根于社会民生这片沃土,均以“提供法律咨询、帮助困难群众依法获得法律援助、加强法律风险防范”为主要职责,免费向杭州民众提供法律服务,是建设“法治杭州”、共建共享“生活品质之城”的客观要求,是政府创新社会管理、化解社会矛盾的重要举措。纵观这一周的法律服务咨询,可以看出杭城人民对“网络律师团”有了基本的认识,“网络律师团”的主要职责已经初步显现,基层矛盾化解、法制宣传、法律服务的主要功能已经初步实现。

二、法律咨询更加便捷。“律师进社区”借助社区这个服务平台,律师主动走入社区,居民在家门口即可获得法律服务,“网络律师团”提供了更为便捷的

* 本文发表于《杭州(我们)》2011年第7期。

咨询方式,借助网络这个服务平台,有法律服务需求的社会民众无需在网页上登录注册,只需打开网页直接输入需要法律问题即可。得益于这种便捷,甚至有重庆市民、浙江省内的非杭州居民都来咨询。

三、覆盖范围更加广泛。“律师进社区”只在全市各城区 500 多家社区全面展开活动,乡镇农村的村民无法触及。“网络律师团”则摆脱这种局限,使得杭州市 11 个区(县)的乡镇农村村民都有机会得到免费的法律服务,有利于实现法律服务均等化。

四、法律咨询范围广泛。法律咨询范围涉及民事、商事、刑事和行政法等领域,内容繁杂,基本都是和居民(村民)日常工作、生活紧密联系的,和切身利益相关,是大家的身边事、常见事。

五、法律咨询重点突出。在回复法律咨询的过程中,我发现咨询内容重点集中在离婚、遗产继承、交通事故、劳动合同、工伤、房屋出租、涉及房改政策的房屋拆迁、农村征地、行政纠纷等九个方面,咨询内容大部分都雷同。可以看出,这些咨询内容基本都是居民(村民)关注的、想要了解和学习的重点内容。

六、法律需求空间较大。一周内解答 310 条的法律咨询,工作量还是很大的,我经常要工作到晚上十点左右,从中也能够看出城乡居民(村民)有很大的法律需求,急需法律维护自己的合法权益。

七、加强法制宣传教育。当前人们的法律意识逐步提高,前来咨询的这些人中,有部分其实没有遇到什么法律纠纷,只是未雨绸缪,把想要做的事情拿来咨询,了解其是否合法。尤其财产分割、遗产继承这两部份,部分前来咨询的人只是想要了解法律的具体规定,做到心中有数。

八、具有情感宣泄作用。我发现,有小部分人咨询的内容和法律没有什么关系,只是为了排遣心中的郁闷,诉说自己的遭遇,不经意间“网络律师团”发挥了情感宣泄的作用。对于这些问题,我也没有忽略,而是积极给予了回应。

除此之外,我还有一个深刻感受就是:加强团队合作,加强业务学习。咨询内容繁复多样,涉及多个法律领域和各种法律关系,单靠一己之力是很难完成的。所幸我身后有金道所这个律师团队,各个部门的人通力合作,互相配合,为圆满完成本次值班提供了重要帮助。咨询内容中不乏新的法律问题,需要律师不断加强业务学习,方能从容应对这些新变化。

爱是奉献,爱是服务,只要心中有爱,我们就会在奉献社会、服务民生这条大道上坚持行进,风雨无阻。“网络律师团”为我们提供了一个将爱进行到底的平台,我们要珍惜她,呵护她,充分发挥“网络律师团”服务杭城民生、化解社会矛盾、促进和谐稳定的重要作用!

借“十二五”春风 展律师业宏图*

风雪中,我们迎来了2011年的新春佳节。在这举国欢庆的日子里,我们20万律师也沉浸在新年到来的喜悦与憧憬中。

刚刚过去的2010年,我们的国家完成了“十一五”规划,制订了第十二个五年规划。国家未来发展的美好前景已经清晰地展现在我们面前,我们律师界也迎来了前所未有的发展机遇。中共中央办公厅、国务院办公厅转发了《司法部关于进一步加强和改进律师工作的意见》,明确了律师是中国特色社会主义法律工作者,律师队伍是落实依法治国基本方略、建设社会主义法治国家的重要力量,健全了律师的工作机制,加大了律师业发展的政策扶植和保障力度,对律师行业党建工作提出了新的要求。这一意见下发后,各级党委和政府都在积极部署,研究解决律师工作改革发展中遇到的困难和问题,各项相关制度逐步完善,律师业未来的快速发展已成为社会热议的话题。

近年来,我国律师业的发展可谓突飞猛进。以杭州为例,近3年来,执业律师人数增长超过50%,业务增长超过100%。在自身发展的同时,律师越来越广泛地参与到社会生活、政治生活中。刚刚过去的2010年,杭州律师围绕经济转型升级,在基层矛盾调解、信访随访、法律援助、普法宣传等方面发挥了重要作用,得到了社会各界的广泛认同。特别是在杭州市委、市政府的主导下,杭州市律师协会组织全市律师深入开展了“律师进社区”活动,律师与全市8个城区的497家社区结对,深入群众提供法律服务,现场化解矛盾纠纷,取得了良好的社会效果,得到各级领导的充分肯定。浙江省委书记批示“杭州市的做法,全省有条件的地方应予提倡”,中央政法委对该活动做了专题报道。广大律师乐于承担社会责任,积极投身民主法治建设的良好形象赢得了社会的理解、尊重和认同,律师行业整体的社会美誉度不断提升。

回首取得的成绩,我们满怀欣喜。虽然广大律师仍然面临着执业环境尚不完善、执业活动存在风险、组织结构松散、部分青年律师生存状况堪忧等种种问题,但是我们相信,坚持党对律师工作的领导、坚持开辟新思路、探索新方

* 本文发表于《中国律师》2011年第3期。

法,一定能够创造律师业新的辉煌。

“阳春布德泽,万物生光辉”。新春伊始,万象更新。2011年是“十二五”的开局之年。面对着崭新的开始,面对着前所未有的发展机遇,我们对未来也有着无限的憧憬。广大律师充满着提高自身素质,在新的5年规划中建功立业的激情;充满着投身公益事业,服务社会、服务民生的热情;充满着维护行业形象、团结协作、推动民主法治进程的豪情。让我们抓住这难得的发展机遇,志存高远、脚踏实地,发挥自己的聪明和才智,挥洒自己的豪情和激情,实现自己的雄心和梦想,迎接律师业欣欣向荣的明天!

律师的人格、品格与风格*

“那最神圣恒久而又日新月异的,那最使我们感到惊奇和震撼的两件东西,是天上的星空和我们心中的道德律。”哲学家康德如是说。道德律要求:做一个有道德的人,做一个有职业道德的律师。职业道德的高下,某种程度上决定了在风雨交加的前行道路上,个体律师能够行进的距离。职业道德并非一个空泛的概念,她如同水润万物,无处不在,集中体现在律师的人格、品格和风格上。

律师的人格

律师以法律为业,是一个法律人,因此,对法律的信仰是律师的基本人格。律师心中要常怀对法律的敬畏之心,在任何时候,任何环境,都不能失去对法律的信仰,而要以个人行动践行对法律的信仰。古希腊哲学家苏格拉底认为,法律神圣不可侵犯,每个公民必须遵守,服从法律的判决。因此,当他因渎神和败坏青年两项罪名被判处死刑时,尽管他认为这是一场不公正的判决,尽管他的学生创造了让他逃跑的机会,但他却愿意接受这个不公正的判决,拒绝逃跑,坦然饮下毒酒。后法国著名画家达维德于1787年特意创造了《苏格拉底之死》,意在鼓舞革命者学习苏格拉底为信仰献身的精神。

律师,总是要有点精神的;律师业,也总是要有点精神的。虽然律师提供的服务是有偿服务,但对法律的信仰决定了商业性从来不曾是、也永远不会是律师业的本质属性。作为一名对法律怀有敬畏之心的律师来说,对法律的信仰会指引着律师进而引导整个律师业,听从法律精神的召唤,遵从职业道德。“君子爱财,取之有道”,要正确处理律师服务的法律属性、道德属性与商业属性的关系。要认识到律师是具有职业道德的法律人,而非商人,应具有法律人的素质,只有这样才能做金钱的主人,而不做金钱的奴隶。

律师的品格

对法律的信仰是内在的、指引行为的方向,外化为律师的品格。

1、律师的独立性。

律师是一个具有独立人格、独立思想、独立地位的法律人。

律师接受当事人的委托,为当事人争取合法利益的最大化;但是,律师不

* 本文发表于《中国律师》2010年第7期。

等同于当事人,只是当事人的诉讼代理人,在诉讼中有独立的诉讼地位。因此,律师尽管是当事人的代理人,但并不是当事人的代言人。不是当事人说什么,就要做什么;也不是当事人要求什么,就一味答应。律师和当事人之间要保持适当的距离,做到和而不同,在尽力为当事人争取最大合法权益的同时,保持自己独立的品格、独立的思维方法和独立的法律见解。

不惟如此,当面对公、检、法等部门,律师也要保持精神上和人格上的独立性,不能人云亦云。我国的法律职业共同体由律师、法官、检察官和警察组成,律师往往代表私权利,来自当事人的授权;而法官、检察官和警察则代表公权力,来自法律的明确授权。在目前的法治化进程中,因历史传统等因素影响,法官、检察官和律师之间是一种“官民”关系的这种认识在短时期内仍无法消除,但是律师对此要有清醒的认识,律师是独立于、而不是依附于法官和检察官。律师在接受当事人的委托后,运用自己的学识维护当事人的合法权益,这不仅是职业道德的内在要求,还是法治精神的应有之义。因此,当面对公、检、法等部门时,律师要做到不惧怕,不盲从,以平等、坦然的心态积极进行沟通,敢于发表并坚持个人的独立见解,保持精神和人格上的独立。

2、律师必须是一个精神上强健的人。

律师办案会遇到许多看不惯、不顺心的事和人。个别法官的刚愎自用你看不惯;个别办案警察的盛气凌人你看不惯;当事人的反应迟钝你看不惯;证人的虚伪陈述你看不惯;对方律师的沾沾自喜你看不惯。这些看不惯的现象日积月累,无法排除,再加上高强度工作量,个别律师觉得身心疲惫,不堪重负。我认为,要摆脱这种困境,必须保持一种健康、乐观、开放的心态,做一个精神上强健的人。律师的精神意志力非常重要,等同于雄心、自信还有自我控制力。

在办案过程中,律师亲身感受到了社会的多面性和真实性,挫败感和无力感相伴而生。但是,社会磨去的只是我们外在的棱角,我们却不能因此磨灭了自己的雄心,丢失了自己的自信。明知前途多艰险,依然保持着最初的雄心和自信勇敢面对,这才称得上是一个以法律为业的律师。

律师职业充满着诱惑,人有时很难挡住诱惑,因此需要极强的自我控制力。在繁忙的日常生活中,律师需要具备每日三省吾身的精神,明确知道自己需要什么,能要什么,而不是想要什么。诱惑随处可现,如果不能控制住心中的欲望,任其膨胀,最终会被欲望主宰,毁了自己。

3、律师做事要有品位。

律师是靠专业知识、技能为当事人提供法律服务的职业人,从职业定位上

讲,这是一个受人尊敬、崇高的职业。因此律师做事要有品位。正是基于此,我们杭州律师业提出“创品质律所,做品位律师”。

律师做事的品位体现在和公、检、法等部门交往时,应当不卑不亢;和当事人接触时,应当以礼相待;遇到咨询求助时,应当热情相助。律师做事的品味还体现在,律师以当事人的合法利益最大化为原则,不会纯粹为了多收取一点律师费而牺牲当事人的利益。一个做事有品位的律师,才是真正值得法律职业共同体成员尊重和欣赏的律师,值得当事人尊重和信赖的律师。

律师的风格

尽管律师在执业过程中体现出的个人风格各有不同,但我们还是能够从中窥察出律师从业的必备风格:从容不迫、处变不惊、充满自信、意志坚定。

律师执业随时会遇到压力和风险,也随时会遇到突发状况,也许一开始会不知所措,但似水光阴会打磨出一个从容不迫、处变不惊的律师。“谈笑间,强虏灰飞烟灭”,不再只是一个遥不可及的梦想,而是真实地存在于律师身上,成为律师执业生涯不可或缺的一部分。

人们都喜欢在轻松的环境里工作,但既然选择律师职业,就必须面对压力,迎接挑战。每个人都希望获得成功,但既然选择律师职业,就必须面对挫折甚至失败,不轻易言败。压力、挫折和失败是一个人成长的养分,要学习咬定青山不放松的精神,充满自信,意志坚定。

有个故事叫《在大海上航行的船没有不带伤的》,讲述的是英国萨伦港的国家船舶博物馆里停放的一艘不可思议的船。这艘船 1894 年下水,在大西洋上曾 138 次遭遇冰山、116 次触礁、13 次起火、207 次被风暴折断桅杆,然而令人称奇的是,它从没有沉没过。有一天,一名律师来此参观。当时,他刚打赢了一场官司,委托人也于不久前自杀了,尽管这不是他的第一次失败辩护,也不是他遇到的第一例自杀事件,然而每当遇到这样的事情,他总有一种负罪感,他不知该怎样安慰这些在生意场上遭受了不幸的人。当他看到这艘船时,忽然有了一种想法,为什么不让他的当事人来参观这艘船呢?于是,他就把这艘船的历史抄下来和这艘船的照片一起挂在他的律师事务所里,每当商界的委托人请他辩护,无论输赢,他都建议他们去看看这艘船。

我曾多次与律所的同事讲:“一个人可以认输,但不能服输。”认输是一种尊重事实、尊重对手的气度;不能服输是一种充满自信、意志坚定的表现。在尽力之后,并不是每一个案子都能够取胜,在屡遭挫折、充满风险的执业过程中,律师需要具备百折不挠的精神、不能服输的品质,只有这样,才能坦然面对未知的挫折和艰辛,才能在执业道路上越行越远。

在实践中进一步完善“两结合”的管理模式^{*}

新修改的《律师法》不仅从立法层面确立了我国律师行业实行“司法行政机关以宏观管理为主的行政管理与律师协会在行业内的自律管理相结合”的模式,即我们常说的“两结合”管理模式,还体现出了管理重心下移的特点。这既为地方律师协会提供了难得的发展机遇,也是莫大的挑战。如何在“两结合”管理模式的框架下,探索地方律师协会在行业内的自律管理,最大限度地发挥行业组织的职能,应当是地方律协工作的重要内容。

一、坚持律协党委的核心领导,是实现“两结合”管理的组织保障

在行业协会内部设立中共党委这一举措,在2002年3月得到了时任浙江省委书记张德江同志的肯定。杭州律协在第5次律师代表大会上通过的章程第5条规定:“本会接受中国共产党杭州市律师协会委员会的领导”,确立了律协党委的核心领导地位,并形成了市司法局分管律师工作的副局长任律协党委书记、协会会长任党委副书记的领导层。章程还规定:对于凡涉及行业领导人的选拔等重要人事事项,均由律协党委酝酿讨论;会长办公会议重大事项形成的初步意见需向党委汇报,征得党委同意后再提交常务理事会议、理事会审议等相应制度。确保了律协党委对律师行业的政治思想、组织人事、重大活动等工作的有效领导。这对于律师行业坚持正确的政治方向,充分发挥党员的先锋模范作用,引领律师业快速发展具有非常重要的意义。

二、发挥司法行政宏观管理的优势,是行业协会办成大事的重要依托

一般来说,律师行业的发展是以其独立性为前提,但从我国现实的政治体制构架和法制建设的进程来看,片面追求行业的独立性是行不通的。我国的律师协会与西方国家不同。西方是先有自发成立的行业协会,后有政府对其的监控。而我国是伴随着改革开放后律师制度的恢复重建,律师协会才得以建立,并逐步从司法行政机构中独立出来。另外,现在律师的政治地位、社会地位还相对较低,如果没有司法行政机构“扶一把、带一程”,律师协会的各项工作很难开展。杭州律协正是依托市司法行政的支持和帮助,才得到了在市委常委会

^{*} 本文发表于《中国律师》2009年第4期。

上专题汇报律师工作的机会。在我们汇报以后,杭州市委办公厅、市政府办公厅联合下发了《关于进一步加强和改进律师工作的意见》,对杭州律师业的发展提出了很多明确具体的意见,这是律师制度恢复重建以来杭州市委、市政府第一个指导和规范杭州律师工作的纲领性文件,在杭州律师工作发展史上具有里程碑的意义。与之相配套的文件还有市发改委、市司法局在2006年联合下发的《杭州律师业发展规划(2006-2010)》。这个规划的下发,标志着杭州的法律服务业正式纳入市政府现代服务业发展规划中。为了实现这个规划,市政府每年将拨出60万元专项人才培养基金给律师行业,这对于杭州律师业的人才培养工作来说是极大的支持。

三、会长办公会议的高效运行,是实现律师协会主观能动性的关键所在

会长办公会议是行业协会的议事机构,没有决策权,但它是一个出点子、出方案的智囊机构。一个团结协作、创新求实、个性鲜明又步调一致的会长团队,能在很大程度上决定常务理事会决策的成本和效率,决定着行业协会自律职能的发挥,对于拓展行业协会的服务职能,强化行业管理权威,具有非常重要的作用。有想法才会有办法,有思路才会有出路。

杭州律协的会长是在市司法行政党委和市律协党委精心挑选的基础上,通过律师代表大会直选产生的。2007年杭州律协顺利换届后,新一届律协领导通过一个多月的时间对全市律师执业的情况进行了深入调研,结合《杭州市律师业发展规划(2006-2010)》,详细制定了六届律协的3年工作计划,从加强律师队伍建设等10个方面对未来3年杭州市律师协会的工作做了详细的部署与安排。

根据相关的议事规则,我们每月召开一次会长办公会议,每周由会长轮流到协会值班,及时处理相关事宜,确保行业协会的高效运作。在此基础上,对行业协会的重要活动方案、重大制度设计、重要人事安排等,会长办公会议都邀请司法行政的分管局长和律协党委领导一起参加,共同协商,以形成较为成熟的方案,提交常务理事会、理事会进行审议。这种协商机制是“两结合”管理的重要环节,也是“两结合”管理能否成功的关键。

四、充分发挥职能机构的主动性,是律师协会有所作为的重要方面

在杭州律师协会,各专门委员会、专业委员会是围绕会长办公会议这一中心的两个基本点,是行业协会履行自治管理职责的专门工作机构。它们的作用是否得到充分发挥,在很大程度上决定了行业自律职能发挥的广度和深度。

杭州律协的11个专门委员会由会长、副会长分管,吸收优秀的执业律师

参与,在纪律惩戒、会员福利、业务指导、律师维权等方面发挥了较好的作用。7个专业委员会的主任采用民主竞选的方式产生,调动了委员会开展活动的积极性,形成了各项专业活动的良性竞争局面。实践证明,各专业委员会在举办专业论坛、规范执业指引、开展实务理论研讨、出具专业法律意见、扩大与公、检、法的交流等方面都取得了非常不错的成绩。女律师工作委员会开展的首届“我是女律师”征文活动、维护律师执业合法权益委员会牵头的聘请律师执业维权顾问行动等,都获得了很好的反响。

五、秘书处的独立高效运作,是律师协会实现行业自律管理的重要标志

作为行业协会的总执行部、总后勤部、总参谋部的秘书处,承担着协会繁重的工作任务。按照律师协会章程的规定,各律师协会的会长都是经过律师代表大会选举产生的,且有任期,逾期不得连任。中华全国律师协会前副会长朱洪超就曾说过:“铁打的秘书处、流水的会长。”相比会长的流动性,常务理事、理事的兼职性、分散性,只有秘书处是唯一专职从事律师协会运作的机构,无论是理事会决议、常务理事会决议的执行工作,还是会费缴纳、财务管理等后勤工作,都离不开秘书处。另外,由于秘书处具有工作的连续性、对协会工作熟悉等特点,都使得秘书处成为协会正常运作的重要参谋。

杭州律协秘书处从在司法局办公到拥有了自己的办公场所,其职能不断得到完善。在市司法局的积极指导和精心培育下,秘书处逐步成长为一支具有较高执行能力的队伍。杭州律协从秘书处的设置、专职人员的聘用、独立办公场所的购买以及财务的独立,到司法行政人员逐步从会长、副会长、秘书长的角色中退出,都展示了市司法行政对推动律师行业实行自律管理的坚定态度和有序安排。

六、秘书处与律管处的联席会议制度,是“两结合”管理的有效途径

秘书处虽然已建立了相对独立的运行机制,但在现行的制度中,秘书处与律管处的工作还是联系很多,有的还相互交叉。为了提高相互配合的默契和协同作战的效率,协会采取了两项举措:一是会长办公会议不仅邀请分管局长参加,而且还邀请律管处长与副处长、协会秘书长和副秘书长参加,使得处长和秘书长充分了解会议的精神,及时掌握协会的动向;二是建立秘书处和律管处的联席会议制度,每个月开一次例会,相互沟通信息,律管处的宏观管理及时吸收秘书处意见,秘书处的各项工作随时向律管处汇报,具体工作则是你中有我,我中有你,相互配合,协同作战。联席会议制度,充分发挥了司法行政的优

势,强化了协会的职能,加强了相互间的沟通协商,是完善“两结合”管理模式的有益尝试。

七、联络处承上启下,是“两结合”管理的根据地

为了实现管理重心的下移,杭州市律师协会在杭州市下属的区、县(市)设立了律师工作联络处,机构设在各区、县(市)司法局的律管科,一般由律管科长兼任联络处负责人,协会拨给联络处一定的办公经费。为了保证日常工作的开展,协会制定了经常召集联络处负责人开会、通报协会近期工作等相关举措,以了解协会各项决议执行的情况。作为最直接面对律师事务所的基层管理组织,联络处承上启下,在贯彻落实行业协会各项工作、服务广大律师、反映各类信息等方面,发挥了不可替代的重要作用,成为“两结合”管理的重要根据地。

八、协会与司法行政共同进行律所“百分考核”、主任谈话制,是“两结合”管理落到实处的基础

2008年3月,市司法局和市律协联合制定了律师事务所的“百分考核”制度,从队伍建设、内部管理、业务与设施建设等3个方面共27个子项对律师事务所进行“百分考核”。之后,市司法局与市律协用了近3个月时间对每一家律师事务所进行了走访,检查各事务所对于“百分考核”工作的落实情况。“百分考核”制度从律师事务所日常管理工作的引导入手,为律师事务所内部规范化的自律管理、制度建设提供了参照蓝本。同时制定主任谈话制,司法行政与律师协会共同针对内部管理不规范、管理层不团结、当事人投诉较多以及存在律师违纪的事务所负责人进行谈话或函询并促使其整改的制度,经过一年的实践,已取得了初步成效。

伴随律师行业的改革和迅速发展,律师管理体制也在不断的改革创新中。“两结合”管理体制的提出与实践,因其符合我国律师行业的实际,有力地推进了律师行业的发展,对“创品牌律所、做品位律师”起到了很好的促进作用。由于“两结合”管理模式的完善还处在探索中,对于律师行业发展中遇到的新问题,还需要我们勇于实践,勇于创新。

把社会主义法治理念作为律师的执业宗旨^{*}

法治建设是一个完整的体系,它包括公、检、法、司等执法部门正确地执行法律;包括各级国家机关自觉地树立社会主义法律意识,依法行政,依法管理社会事务;包括全体公民有一个良好的法律精神、守法意识。律师作为保护公民和法人的合法权益,维护社会公平正义,化解社会矛盾,促进社会稳定的一支重要力量,在社会主义法治建设中,有着不可或缺和不可替代的作用。

正确认识中国特色社会主义

马克思历史唯物主义认为,人类社会的发展规律是:原始社会—奴隶社会—封建社会—资本主义社会—社会主义社会—共产主义社会。

按马克思历史唯物主义的观点,只有经过资本主义的充分发展,经历帝国主义社会阶段,社会生产力高度发达,商品经济高度发育,物质财富高度丰富,才能在几个帝国主义强国同时产生社会主义。

列宁发展了马克思历史唯物主义,认为社会主义国家可以在帝国主义列强的薄弱环节,在一个资本主义商品经济并不高度发达的国家建立。在列宁主义指导下,建立了世界上第一个社会主义国家——苏联。

毛泽东思想进一步发展了马克思列宁主义,认为中国共产党必须建立自己的武装,武装夺取政权,否定了陈独秀的“两次革命”论,认为社会主义可以在一个没有经历过资本主义的半殖民地半封建的旧中国产生。

应该说,列宁、毛泽东同志结合本国的实际,综观国际共产主义运动的趋势,创造性地发展了马克思主义。但也产生了一个实践中的难题,就是先进的社会制度与落后的生产力之间的矛盾。

社会主义制度是比资本主义制度更先进的一种社会制度。按马克思历史唯物主义的观点,社会主义国家应具有比资本主义国家更高的生产力。但是,原苏联和新中国都没有经历过资本主义的发展或充分发展,没有经历过商品经济的高度发育,所以生产力的发展水平远低于西方资本主义国家,以至于人们对社会主义的信仰产生了动摇。邓小平同志讲:“搞社会主义 30 多年,截止 1978 年,工人的月平均工资只有四五十元,农村的大多数地区仍处于贫穷状

^{*} 本文发表于《中国律师》2008 年第 11 期。

态。这叫什么社会主义优越性?”

邓小平理论的建立——中国特色社会主义理论初步形成。为什么前苏联会解体,为什么现代中国充满着生机和活力?中国的快速发展引起了西方国家的担忧,他们提出了“中国威胁论”。在复杂的国际形势下,中国之所以保持着良好的发展态势,原因在于我们有了邓小平理论。

我们的基本政治制度是中国共产党领导的多党合作制,我们的经济制度是公有制为主体、包括私有制在内的多种经济成分共同发展,以商品经济为发展模式的制度。这就是有中国特色的社会主义。

“中国特色”体现在哪儿?因为按马克思主义理论,社会主义是消灭商品经济和私有制的,但是我们不仅没有消灭私有制和商品经济,还要保护和促进它们的发展,而这一经济发展过程,是在中国共产党领导下进行的。

党的十七大报告指出,“改革开放以来我们取得的一切成绩和进步的根本原因,归结起来就是,开辟了中国特色社会主义道路,形成了中国特色社会主义理论体系。高举中国特色社会主义伟大旗帜,最根本的就是要坚持这个道路和这个理论体系。”

“三个代表”重要思想是对科学社会主义理论的贡献。据国家统计局统计,截止 2005 年底,我国私营经济在 GDP 中的比重已超过 50%,加上外资和港澳台投资的经济,比例超过了 65%。也就是说,改革开放以来,我国经济基础的结构发生了重大变化。面对这种形势,我们党如何进一步完善自身建设,从而使党真正成为先进生产力的代表?“三个代表”的重要思想解决了这一重大的党建理论问题。

从“发展是硬道理”到“科学发展观”——中国特色社会主义理论的不断完善。改革开放 30 年,我国生产力得到前所未有的大发展,人民的物质文化生活有了天翻地覆的大变化,但同时我们也付出了巨大的代价。痛定思痛,国家进入“科学发展”轨道,坚持以人为本、坚持统筹兼顾、坚持全面协调可持续发展。科学发展观的提出,使中国特色的社会主义理论得到了进一步完善。

我个人理解,中国特色社会主义理论体系是开放式的,邓小平理论、三个代表重要思想和科学发展观都是其重要的组成部分,相信今后还有进一步的发展。

正确认识中国特色社会主义法律体系

我国的国体是人民民主专政的社会主义国家。我们的政府叫人民政府,法院叫人民法院,检察院叫人民检察院。法律是人民代表大会及其常务委员会制定的,这就决定了我们的法律体现的是人民的意志。政府管理社会事务代表的是人民,司法机关执行法律代表的也是人民。

在单一制国家,全国法律是统一的;在联邦制国家,每个联邦都有自己的法律。我国是单一制国家,全国范围内法律是统一的。即使少数民族自治地方制定的自治条例,也必须与全国人大制定的宪法、基本法律的立法精神、基本原则相一致。

我国的政体是人民代表大会制度,这个基本政治制度的核心内容是:“一府两院”由人民代表大会产生,向人民代表大会负责并报告工作,接受人民代表大会的监督;在人民代表大会闭会期间,“一府两院”还要向同级人大常委会负责,接受同级人大常委会的监督。人民代表大会代表全体人民统一行使国家权力。

我们不搞三权分立,国家的权力是统一的。立法权和司法权不是相互分治的。司法机关要接受人大的监督,对人大负责。

我国从秦汉到明清、民国都是成文法传统,新中国也是如此。不少人呼吁引进判例法制度,但是判例法的推广受到司法人员的素质和体系不健全的限制,目前还与中国国情不相适应。

律师制度是司法制度的组成部分。而司法制度又是政治制度的一部分,这就决定了律师制度的政治属性。按国际惯例,律师在法庭上的辩论权,还是国家主权的体现。吴爱英部长讲,我们是社会主义国家,社会主义是我国律师的本质属性。作为社会主义的法律工作者,律师一定要切实履行维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施,维护社会公平和正义的职责使命,更好地服务于最广大人民群众的根本利益,更好地维护社会主义法律制度、法律秩序,建设和捍卫中国特色社会主义事业。这是社会主义法律工作者这一根本属性的必然要求,任何时候都不能动摇。所以,律师要讲政治,讲大局。

律师制度虽是司法制度的组成部分,但不完全局限于司法制度的范畴。律师活动介入到法律(尤其是地方法规)的起草、修订;为政府依法行政提供决策参谋,参与党政领导接访群众,化解社会矛盾;作为人大代表、政协委员提出议案、提案,参政议政;参与基层调解等等。律师的触角深入到政治活动的多个领域。所以,律师制度不仅作为司法制度的组成部分而成为政治制度的一部分,还因律师活动的政治属性,直接成为政治制度的有机组成部分。

2006年6月,杭州市委、市政府专门制定了《关于进一步加强和改进律师工作的意见》,指出,积极探索律师参与立法工作的有效途径,在地方立法和政府规章的制定过程中,重视听取和吸纳律师的意见和建议。建立律师为各级人大代表和政协委员提供法律咨询的工作机制,为议案、提案提供法律帮助。在各级人大代表、政协委员的推选中,适当考虑增加律师代表的名额。积极建立律师担任各级政府及其职能部门法律顾问的工作机制,为政府依法行政和科

学、民主决策提供法律意见。各级政法机关要积极创造条件,发挥律师在推进司法改革、完善司法保障、强化司法监督、维护司法公正中的作用。各级党委组织部门要扩大选拔干部的视野,把律师作为领导干部选拔任用的范围,积极探索吸收律师参政的途径。

该《意见》同时还指出,不断完善律师参与信访和涉法涉诉信访工作的长效机制,进一步探索其他有效方法和实现途径,发挥律师在引导群众依法维权,息诉止争、预防和化解矛盾纠纷、维护社会稳定中的积极作用,引导和推动律师参与处理突发性事件、群体性纠纷等社会热点、难点问题,发挥其依法疏导各类社会矛盾的作用。重视发挥律师与社会各方面、各阶层广泛接触的优势,起好政府与民意沟通的桥梁作用。

此后,杭州市发改委、市司法局还共同制定了《杭州市律师业发展规划(2006—2010)》,将律师业的发展纳入国民经济和社会发展规划之中。

我认为,将律师事务所定性为中介机构不完全正确。律师在企业并购、股票上市、重大建设工程、招投标项目、对外投资贸易等非诉业务领域发挥着中介机构的作用。但律师制度的政治属性决定了其属于上层建筑的范畴,将律师事务所定性为中介组织,容易与一般的市场主体相混同,从而忽略了它的政治性。近几年来,律师队伍被法律共同体或政治体系边缘化,就与这种片面认识有关。而且,即使律师在发挥中介机构的作用时,与会计师、评估师、税务师、房地产中介等其他中介人员也不一样。律师所提供的中介法律服务必须对许多问题的合法性作出判断,这就带有一定的政治属性,而这一点,其他中介机构是不具有的。

用马克思主义辩证唯物主义原理指导工作

马克思主义分为三个部分:马克思主义哲学、马克思主义政治经济学和科学社会主义。马克思主义哲学有世界观和方法论两个方面,作为律师,用马克思主义的方法论指导工作是十分必要的。

不久前,我们在办理史木瓜(化名,本案例中的个人姓名和单位名称均为化名)涉嫌挪用资金案中,就是运用马克思主义的辩证唯物主义方法论指导辩护,取得了很好效果。

律师尽管不是公权力的代表,有时在“民告官”的行政诉讼中还代理私权利一方,但律师制度作为司法制度的组成部分,属于一个国家上层建筑的范畴,所以作为社会主义国家的律师,我们在执业活动中必须切实维护党和政府的权威。

3年前,浙江省政府被一个濒临关闭的国有企业提起诉讼,成为民事案件

被告。对方的代理律师有意通过媒体给法院施加压力。从维护政府权威的角度,我们积极与对方代理人进行沟通,从大局角度对其进行劝导,最终使案件得以和解。

在我国,宪法是国家的根本大法。律师作为法律工作者更应维护宪法和法律的尊严。

在办理原湖州市人大副主任兼中国银行行长受贿案时,地方反贪局提前介入,在纪委双规期间给其做了询问笔录。开庭时我们提出,这份笔录取证程序不合法,不能作为证据使用。秉承着任何人都必须遵守宪法和法律,任何组织和个人都没有超越宪法和法律的特许的理念,这是律师的职责。

在我国,人民代表大会是国家的权力机关。各级行政机关、人民检察院、人民法院都必须接受人大的监督。人民代表大会在监督法律正确实施方面发挥着重要的作用。

我们曾办理过浙江某上市公司涉嫌走私近一亿美元货物的案件。当时,在刚刚经历了远华走私案的福建,人们谈“走私”色变,有关部门处理走私案件也宁“左”勿“右”。福建司法部门坚持认为被告人和被告单位有罪。我们作为辩护人提出了“违规不构成犯罪”的观点。两位浙江省的全国人大代表旁听了案件的庭审,并向全国人大做了反映。在全国人大的监督下,最高人民法院对案件进行了审查,采信了辩护意见,最终,福建省高院作出了无罪判决。

在社会的转型期,各类社会矛盾比较突出。律师在维护当事人合法权益时,应注意化解矛盾,缓解冲突,为构建和谐社会作出应有的贡献。

温州某城中村因前任村领导与他人公司签订协议,将集体土地与他人合作建房,导致集体资产重大损失。上千村民采取了过激的方式,严重影响了该集体土地上建设的四星级酒店的经营。为此,少数村民还被公安机关拘留、逮捕。当村民代表找到我们时,我们向他们提出,要通过法律途径维权。从2004年开始,我们代理村民向浙江省高级人民法院提起诉讼,在省高院和最高人民法院均获得胜诉,最终合作建房合同被确认无效,为村民挽回了两亿多元的损失。

该案结束后,双方律师主动进行沟通,经过多次调解,终于促成双方近10场诉讼一揽子以和解协议解决的结果,使本来十分尖锐的矛盾得以化解,促进了社会稳定。

广大律师有幸在改革开放的大好形势下从事着维护公平正义的职业,在构建和谐社会的新形势下,我们更应深入理解社会主义法治理念的精髓,把社会主义法治理念当作执业宗旨,履行维护宪法和法律的权威,维护当事人合法权益的神圣使命。

专家视点 | 首席法律咨询专家谈 《浙江省平安建设条例》*

5月26日,浙江省第十四届人民代表大会常务委员会第三次会议审议通过《浙江省平安建设条例》(下简称《条例》),自7月1日起施行。这也是浙江省平安建设领域首部基础性综合性地方性法规,标志着平安浙江建设进入规范化、法治化新阶段。

《条例》固化总结了哪些平安浙江建设的实践经验、做法?有哪些规定涉及解决平安建设领域普遍性、综合性问题?又有哪些具有浙江特色的创设性规定?

近日,全程参与《条例》立法工作的省法学会三位首席法律咨询专家围绕共建共治共享平安浙江、平安浙江与风险防范、平安浙江与法治保障,就《条例》设计相关特色、亮点作解析。

平安浙江与首席法律咨询专家制度

胡祥甫:省法学会首席法律咨询专家,浙江金道律师事务所首席合伙人

首席法律咨询专家制度是中国法学会深入学习贯彻习近平法治思想、贯彻落实党中央关于全面依法治国重大战略部署而作出的一项重要制度安排。该制度作为法学会服务法治实践的一种全新模式,首次被写入平安建设领域的综合性法规,明晰了各方责任,有利于构筑全社会共同做好平安建设新格局,同时也凸显了法律咨询专家在平安建设中的重要地位。这有利于将首席法律咨询专家的制度优势真正转化为治理效能,使首席法律咨询专家更好服务于科学决策和法治实践。

实践中,法律咨询专家在参与重大矛盾纠纷调处、信访积案化解、助推基层社会治理中起到了关键作用。自浙江省和杭州市建立律师随同领导干部接待访制度以来,我随同参与了大量接待工作,为化解重大信访积案提供了合理、

* 本文于2023年6月20日发布在浙江省法学会“法治视野”平台,潮新闻、温度新闻等平台转发。

有效的法律咨询建议。当前,全省上下深入学习践行“浦江经验”,我相信首席法律咨询专家制度的推行,将在妥善处理重大疑难复杂及新型案件中探索出一条社会治理的新途径。

平安建设是全社会的共同责任。作为一名律师,我也将继续发挥专业优势,积极投身“法助共富 法护平安”生动实践,为全面优化基层社会治理服务品质,夯实高质量发展建设共同富裕示范区的法治根基贡献微薄力量。

学思践悟 | 胡祥甫:深刻领会习近平法治思想 在法治框架内推进全面从严治教*

2023年8月10日,以“之江同心·从严治教”为主题,由浙江省民族宗教事务委员会、省司法厅、省政协民族和宗教委员会、省普法办主办的2023年浙江省宗教领域以宪法为主题的“十百千万”普法工程系列活动之“和谐宗教·法在心中”宗教法治面对面活动在衢州市天宁寺成功举行。建设法治浙江习近平法治思想宣讲团成员、浙江省人大常委会立法咨询专家、省民宗委法律顾问胡祥甫受邀在主旨发言板块作题为《在法治框架内推进全面从严治教》讲话,引发热议。

胡祥甫强调,在全国宗教工作会议上,习近平总书记指出:“要支持引导宗教界加强自我教育、自我管理、自我约束,全面从严治教,带头守法遵规,提升宗教修为。”习近平总书记的这一重要论述是新时期党和政府就我国宗教现实问题做出的最新研判,是新时代党对宗教工作的最新要求。

胡祥甫指出,全面从严治教,要注重法治意识的培养。宗教界要学习习近平法治思想,其于2006年8月陪同时任浙江省委书记的习近平同志也是在衢州接待群众信访工作时,深刻感受到了习近平同志对法治建设及建设法治浙江的高度重视。目前在浙江省宗教工作中,已有《浙江省宗教事务条例》《宗教团体管理办法》《宗教教职人员管理办法》等法规政策作为依据,去年颁布实施的《互联网宗教信息服务管理办法》对切实解决互联网宗教突出问题,依法加强互联网宗教事务管理有重要作用。自今年9月1日起施行的《宗教活动场所管理办法》对深入贯彻落实《宗教事务条例》,维护宗教活动场所和信教公民的合法权益,提升制度化、规范化水平,具有重要意义。

胡祥甫强调,全面从严治教,要坚持“以人为本”的指导思想。现代宗教的一大进步就是树立“以人为本”的宗教理念,而习近平法治思想的立足点正是坚持以人民为中心,坚持法治为人民服务。习近平总书记还指出:“党的宗教工

* 本采访于2023年10月9日发布在武汉学习平台,中国网转发。

作的本质是群众工作，信教群众和不信教群众在政治上经济上的根本利益是一致的，都是党执政的群众基础。”所以，在全面从严治教的进程中，贯彻落实习近平法治思想，对树立正确的宗教观，建立和谐的宗教与社会的关系具有重大指导意义。

胡祥甫最后指出，全面从严治教并非只是一句口号，而需要我们共同努力来完成，尤其法律界人士应当运用自身的法律知识素养和能力，积极参与到宗教界法治宣传教育工作中来，通过参与制定合规行为指南、参与法律风险评估、协助解决法律纠纷，进行普法讲座，解答宗教界人士日常工作中遇到的问题等，为宗教界人士更好地建立法治思想、理解法律法规、遵守相关规定提供支持，共同推进浙江宗教工作法治化水平。

浙江省民宗、司法系统干部，宗教界人士、专家学者代表 150 余人参加了活动。

发展新质生产力 多地加快部署“路线图”*

近段时间以来,湖北、陕西、山东等地加快部署新质生产力发展“路线图”。各地主要围绕科技创新、绿色转型、营商环境等多个领域布局,促进产业焕“新”提“质”,经济“含绿量”显著提升。

“科技创新是发展新质生产力的核心要素。”山东省副省长宋军继表示,接下来将紧紧抓住创新这个“牛鼻子”,推进科技创新和产业创新深度融合。他透露,山东正在研究制定“新质生产力培育三年行动计划”等文件,将于近期印发实施。

今年一季度,天津全社会研发投入强度达到 3.49%。天津市委副书记、市长张工介绍,下一步将聚焦科技创新和产业焕新,在发展新质生产力上善作善成。比如,着力培育城市的科技创新和成果转化功能,依托科技资源和制造业的配套优势,聚力打造区域科技成果转化中心。

广东省发展改革委主任、广东省大湾区办主任艾学峰表示,广东将继续让企业在创新中唱主角,推动一流科技领军企业向生态主导型和平台引领型企业转变,培育一批创新链“链主”企业,壮大专精特新“小巨人”企业,在新领域新赛道加快孵化一批“新物种”企业,形成上下游紧密合作、大中小企业融通创新的良好格局。

国务院发展研究中心副主任张来明认为,科技创新、产业创新、企业创新、市场创新、产品创新、业态创新、管理创新等各领域的创新,以及这些创新成果在更大范围内的扩散应用,共同构成了支撑高质量发展的新动能,是新质生产力的整体呈现。总的来看,我国新动能正持续成长壮大,成为推动高质量发展的重要动力源。

浙江省中小企业法学研究会会长胡祥甫认为,要深化经济体制、科技体制等改革,着力打通束缚新质生产力发展的堵点卡点,建立高标准市场体系,创新生产要素配置方式,让各类先进优质生产要素向发展新质生产力顺畅流动。

* 本采访于 2025 年 5 月 20 日发布在上海证券报,新华社、中国证券网、湖南日报、中国金融信息网、中国经济网等媒体转发。

胡祥甫说,要发展新质生产力,形成新的产业形态、新的经营模式,民营企业须投入更长的时间、更大的投资、更多的人力物力。这就需要政府牵头各方共同努力建成一个长期稳定、可预期、有安全感的营商环境。

“营商环境没有最好,只有更好。”北京市委副书记、市长殷勇表示,下一步,北京将坚持问题导向,以提升企业的获得感为最终目标,努力打造营商服务的“北京服务”品牌。

从时隔 18 年再次举办世界佛教论坛 看浙江宗教文化事业创新发展*

10月15日,第六届世界佛教论坛在宁波开幕。中共中央政治局常委、全国政协主席王沪宁出席开幕式并致辞。

王沪宁表示,本届论坛以“同愿同行·和合共生”为主题,是展现中国佛教开放包容、推动世界佛教文化传承发展、加强人类文明交流互鉴的一次盛会。希望广大佛教界人士弘扬佛教优良传统,凝聚向上向善力量,顺应时代进步要求开展好教理教义阐释推动不同文明交流对话,倡导不同信仰和谐共生,共同为世界和平发展、人类文明进步贡献智慧和力量。

论坛举办地宁波雪窦山,佛教文化传承历史悠久,位于雪窦山山麓的浙江佛学院自2016年建成以来,目前开办有预科班、本科班以及研究生班。学校坚持爱国爱教,育人为本,掌握佛教基础理论和教义教规知识与从事佛学研究、佛事活动并重,培养了大批佛教人才。

作为数字化、信息化强省,浙江强化数字赋能宗教事务管理,主动投身数字化改革,开发“之江同心——宗教智治在线”综合集成应用,实现全省宗教活动场所覆盖率100%,形成了宗教治理的新格局。构建“浙里民宗快响”,建好“浙里互联网宗教信息监管在线”,实现“1分钟确认、5分钟执行、10分钟反馈”的响应机制。

对此,浙江省人大常委会咨询专家、浙江省民族宗教事务委员会常年法律顾问、杭州市人大代表兼法制委员胡祥甫在出席本届论坛活动接受采访时表示,浙江省宗教文化的传承发展比如佛教文化的传承发展从历史到现实都具有代表性,这主要归功于浙江多年来始终坚持我国宗教中国化方向,着力提高宗教工作法治化水平,在法治框架内积极推进宗教教职人员队伍建设,从根本上引导宗教与社会主义社会相适应。时隔18年再次举办世界佛教论坛,这正是印证了浙江的成绩有目共睹。

* 本采访于2024年10月23日发布在中国网。

论坛开幕式前,王沪宁会见了参加论坛的嘉宾代表。石泰峰参加会见并出席开幕式。

第六届世界佛教论坛由中国佛教协会、中华宗教文化交流协会主办,浙江组委会承办。来自 72 个国家和地区的佛教界代表、专家学者等约 800 人出席。

时隔六年再次召开民营企业座谈会 浙江民企引人注目*

2月17日上午,中央召开民营企业座谈会。基于国内外经济环境变化、政策调整需要以及民营经济地位深化等因素,时隔六年,中央再次召开这一针对民营企业及民营企业家的最高规格座谈会。

会议强调,党和国家对民营经济发展的基本方针政策,已经纳入中国特色社会主义制度体系,将一以贯之坚持和落实,不能变,也不会变。新时代新征程民营经济发展前景广阔、大有可为,广大民营企业和民营企业家大显身手正当其时。要统一思想、坚定信心,促进民营经济健康发展、高质量发展。希望广大民营企业和民营企业家胸怀报国志、一心谋发展、守法善经营、先富促共富,为推进中国式现代化作出新的更大的贡献。

会议有五位浙江籍企业家出席,并有代表发言。对此,浙江省人大常委会咨询专家、浙江省中小企业法学研究会会长胡祥甫在接受采访时表示,总书记的讲话兼顾时、势、事,令人振奋。今天的民营企业座谈会开得很好,再次激发广大民营企业家的创业精神。有多达五位浙江籍企业家参加会议,更是对浙江的巨大鼓舞。作为中国式现代化的先行者,也是民营经济大省,面对百年未有之大变局加速演进的历史考题,民营企业如何立足、怎样向前,浙江有责任也有能力答好。

乙巳蛇年伊始,浙江省各类型民营企业率先发力,尤以高科技企业为代表的杭州“六小龙”大放异彩。幻方量化的 Deepseek,以一己之力干崩英伟达八千亿美元市值,引发全民搜索热;宇树科技的机器狗上山下水鬼魅灵动,机器人还上了春晚跳秧歌转手绢;半年前,还是杭州的游戏科学却用一部《黑神话悟空》震撼了西方游戏工业,也重新定义中国文化新范式;还有强脑科技,与马斯克的脑机接口公司 Neuralink 分庭抗礼;群核科技的顶级物理世界模拟器,占领全球家具设计 70% 的市场;云深处的机器狗和同城的宇树不分上下,电

* 本采访于 2025 年 2 月 18 日发表在中国网。

力隧道巡检机器人还率先卖到了新加坡。

这看似横空出世的喜人场景，是多年来浙江努力打造法治化营商环境并积极培育创新土壤的具象成果。作为浙江省委法律顾问、建设法治浙江专家委员，胡祥甫参与浙江省委省政府、省人大常委会多项相关政策意见及重要法律法规的出台工作，并在中央及有关部委层面多次为民营企业发展建言献策。

胡祥甫表示，浙江是民营经济大省，浙江的民营企业家敢于创业、敢于冒险、敢于做长期投资、敢于创新。浙江省委、省政府历来注重保护民营企业的利益，持续为民营经济打造良好的法治化营商环境。接下来，浙江应依据民营经济和数字经济大省的省情，不断提升营商环境法治化水平，为各类经营主体投资兴业营造稳定、公平、透明、可预期的良好环境，为推动高质量发展提供有力支撑。

本次座谈会上，以浙江籍民营企业家为例，既有数十年如一日辛勤耕耘的老浙商，也有玩转高科技的90后新力量，胡祥甫说，浙江民营经济的蓬勃发展不仅展现在产业创新上，更体现在人才传承上，这就是顺应时代发展的浙江精神，也是始终勇于担当、走在前头的浙商风貌。

民营经济促进法施行 助力新质生产力发展 民营经济大有可为*

2025年5月20日,《中华人民共和国民营经济促进法》正式施行。民营经济,是推进中国式现代化的生力军,是高质量发展的重要基础。民营经济促进法汇集众智、凝聚共识,在我国民营经济发展历程中具有里程碑意义。

去年以来,在内外环境面临较大不确定性的情况下,中央积极应对,提前谋划,主动布局。以落实部署新质生产力发展为背景,同是5月20日,新华社发表上海证券报文章,从科技创新、绿色转型、营商环境等多个领域进行系统性梳理。

以改善营商环境为例,浙江省法学会中小企业法学研究会会长胡祥甫在专访中表示,“要发展新质生产力,形成新的产业形态、新的经营模式,民营企业须投入更长的时间、更大的投资、更多的人力物力。这就需要政府牵头各方共同努力建成一个长期稳定、可预期、有安全感的营商环境”。

时时不忘民营企业,时时心系民营经济发展,浙江一以贯之的,正是中央念兹在兹的。作为我国第一部专门关于民营经济发展的基础性法律,既是第一次将坚持“两个毫不动摇”写入其中,也是明确规定“促进民营经济持续、健康、高质量发展,是国家长期坚持的重大方针政策”。

截至目前,以发展新质生产力体制机制为导向,在技术创新尤其是关键、重大技术的创新和突破带来的新动能、新产业、新模式的引领推动下,我国已累计培育超60万家科技和创新型中小企业、超42万家国家高新技术企业,其中大部分都是民营企业。

胡祥甫表示,民营经济促进法支持民营经济组织参与国家科技攻关项目,支持有能力的民营经济组织牵头承担国家重大技术攻关任务。从“公平竞争”“投资融资促进”“科技创新”,到“规范经营”“服务保障”“权益保护”,实实在在打通束缚新质生产力发展的堵点卡点,必将进一步激发民营企业的发展活力。

* 2025年5月20日发布于“中国网”,浙江省法学会“法治视野”平台于同日转发。

在今年2月17日召开的民营企业座谈会上,浙江民企和民营企业家参与者众,其中,新兴产业尤其是高新技术产业大放异彩,各领域、跨界别、多层次的交流互鉴百花齐放,这正是发展新质生产力作为一种先进生产力质态的重要展现。

向新而生,向质图强。经济大省要坚定扛起“挑大梁”的责任担当,把因地制宜发展新质生产力摆在更加突出的战略位置,胡祥甫说,接下来要以民营经济促进法施行为机,促进民营经济高质量发展,让广大民营企业得以更快、更稳、更好地融入到“十五五”规划中,为中国式现代化建设做出更大贡献。

胡祥甫律师受邀在国家法官学院浙江分院为全省法院系统新晋法官授课



胡祥甫律师受邀为杭州市人民政府党组成员和市政府各部门负责人作《民法典》专题辅导报告

胡祥甫律师受邀为湖州市中级人民法院“职务犯罪办案能力提升专题培训班”授课



胡祥甫律师受邀为杭州市公职律师、公司律师岗前培训作“习近平法治思想和二十届四中全会精神”专题授课

守信如金 为业载道

Seeking the Best Solution for Our Clients



金道律师事务所
BRIGHTIOUS LAW FIRM

浙江金道律师事务所（总所）

杭州市文二路391号西湖国际科技大厦A座9-12层 310012

Tel +86 (571) 87006666

浙江金道（宁波）律师事务所

宁波市江北区新义路218号上江邑商务中心9楼 315000

Tel+86 (574) 87167941

浙江金道（钱塘区）律师事务所

杭州市钱塘区下沙街道天城东路433号金沙中心B1幢608-610室 310018

Tel +86 (571) 86938858

浙江金道（绍兴）律师事务所

绍兴市越城区镜湖总部经济园金滩大厦11楼 312000

Tel +86 (575) 89963171

浙江金道（台州）律师事务所

台州市椒江区椒江商务中心3幢15楼 318000

Tax +86 (576) 88127688

浙江金道（温州）律师事务所

温州市鹿城区益民路2号瓯越中央法务区1幢3层 325000

Tel +86 (577) 88991717

浙江金道（湖州）律师事务所

湖州市南太湖新区滨湖街道丰登路699号湖屹大厦11层 313000

Tel +86 (572) 2978866

浙江金道（衢州）律师事务所

衢州市柯城区白云街道白云中大道9号慧谷大厦13楼 324002

Tel +86 (570) 8813618

浙江金道（嘉兴）律师事务所

桐乡市凤凰湖大道666号小圆满大厦B座8楼 314500

Tel +86 (573) 88139988

