1933 年东吴大学法学院的学子们承续美国的传统，创办了学术刊物《东吴法声》。2013 年王健法学院学生科技协会《东吴法声》编辑部在复刊电子版杂志之后开始出版纸质版杂志，本期是第五期。

这是一场无声的交流，我们希望这些文字在带给大家视觉享受的同时更能引起思想上的共鸣；这是一次倾心的会话，我们希望前辈们的经验之谈与恩师的谆谆教诲能让大家有所收益，巧走捷径；这是一回专业科学的攀岩，我们希望法学院学子的科研硕果能让大家更亲近法学，追求专业素养的提升与完善；这是一个资讯与消息的共享平台，我们希望各种时下热点、时政话题能让大家拓宽视野，了解民生百态。

时光荏苒，韶华易逝，唯有文字的记忆永不泯灭，唯有知识的声音永远铿锵。愿《东吴法声》与每位学子一同成长，终成青春岁月里的一笔绚烂。

指导教师：上官丕亮　　**监　　制：**陆　岸

主　　编：朱利亚　张惠敏　赵有

副 主 编：罗俏　朱晨馨　邹雪雯

编　　辑：周新雨　刘玲　仲跻鹏

封面制作：施伊琳　周赟凯

排　　版：苏州大学文星印刷有限公司

卷首语

建构和谐法治，需突破机械科学观

方潇*

社会主义核心价值观涉及到一个极为重要的概念或命题——“法治”。它与“自由”、“平等”、“公正”一道，构成了当代中国人民对现实社会的价值诉求和期待。核心价值观还涉及到另一个重要概念或命题——“和谐”，某种意义上说，“和谐”即是中国社会主义建设的法治目标和社会目标。但什么是“法治”，如何建构“和谐法治”，却是一个极为复杂的问题。从字面上看，“法治”即是“依法治理”，可见“依法”是关键、是前提。那进一步的关键问题是：我们需要“依”什么样的“法”？需要“依”什么价值取向和评判标准的“法”去实现“和谐”？

众所周知，我们生活在一个科学追求和科学昌明的时代。在现代科学的推动下，我们穿着现代化，吃着现代化，用着现代化，玩着现代化，整个社会就是一个“科学武装”的现代化时代。我们的立法、司法等法律运作也纷纷以“科学”作为价值取向和评判标准。

不过，窃以为，在立法和司法过程中，“科学”固然是我们的目标，但如果我们盲目地过于追求，就很可能陷入某种法律困境；或者如果我们只是机械地理解“科学”，将其仅视为机械宇宙观下与“神性”势不两立的那个近代科学的延续的话（事实上普遍如此），那么我们理想中的“法治”蓝图就难以描绘。为什么会这样说？

诚然，从物质文明来看，现代社会在科学的推动下已经取得了巨大的进步，我们现在几乎所有的一切物质基础都深深地打上了“现代性”的烙印，我们几乎完全处于“科学”的包围之中。不过，从精神文明来看，虽然我们也生活在与现代性息息相关的主流意识形态之中，但是，我们同时也生活在代代相沿的传统观念之中，生活在富有传统特性的“地方性知识”——地方的风俗习惯之中。一个常见的现象是：很多人一面挥霍着现代性所带来的物质文明，一面又浸淫在传统性的精神世界中。比如，开着奔驰宝马去寺庙求神拜佛。这种现代性和传统性的错位，有时竟然发生在一些官员乃至政府身上。

如果从法律的层面看，很多的法律纠纷就缘于现代观念与传统观念的矛盾或冲突。为有效地解决纠纷，我们该选择什么观念？很自然地，我们会选择符合科学的现代观念，因为在我们看来，“科学”就是“正确”、“真理”的象征和代名词，凡是合乎“科学”理念的观念就应当得到执行。比如，我们许多人一听到某人谈论“鬼神”之类，就会断然直斥为“封建迷信”，是“愚昧落后”。但问题是，我们这个社会，科学虽然是主流，但这个主流充其量也

* 方潇：苏州大学王健法学院教授，法学博士。

只是“显性”而已，即主要在官方的公开层面体现和彰显。而实际上，我们这个社会还存在着大量“隐性”的一面，在这个隐性世界里，“科学”却是支流，在某些领域甚至被边缘化乃至消失，而作为主流的则恰恰是“科学”的对立面——“迷信”，一种基于鬼神信仰的所谓“迷信”。

在“前科学”的中国传统社会，社会各阶层几乎均有着深厚的鬼神信仰，上至最高统治者，下至底层民众，其言行方式和内容都打上了神性的烙印。基于此，法律的出台及运作自然就有着典型的神性内容及支撑。如“法律则天”，即成为中国古代立法、行法、修法乃至法律设施等问题上的最高原则。而这个“天”，则主要是一个“神灵之天”。正是传统社会各种人等纷纷陷入鬼神信仰之中不能自拔，调整社会秩序的法律以神性面貌出现，也就是情理之中的事情。传统法律的神性，可谓是中国传统社会秩序得以有效建构的最终决定力量。

那么，在今天所谓科学昌明的时代，中国古代那个具有神性迷信色彩的法律传统，是否真的与我们的科学时代格格不入了？我们的法治建设是否一定要以“科学”作为鲜明旗帜，而去绝对排除乃至打击传统的神性观念？我们能否从传统法律的神性气质去理解和诠释现代的“科学”法治？我相信很多人会认为这是梦呓，更或是可笑与愚腐的话题。然而，我认为这是具有可能性与可行性的，因为这对“法治”的“真正建构”其实很有价值。

学者们的研究已充分揭示，今天具有传统性的民俗，其内容和表现的来源处，几乎百分之百都与鬼神信仰有关，也就是说都有其所谓“迷信”的源头，没有迷信背景的民俗几乎是不存在的。比如春节、清明节、中秋节、端午节等这种全国普遍性的节日背后都有一个丰富的鬼神之说，地方性的民俗则更是如此。虽然以往在“破四旧”等运动下，所谓的封建迷信受到重创，几为绝迹，但是有些基于地方风俗习惯的鬼神观念不可能真正消灭，一旦在政治空气趋向相对自由之时就会从隐性成为显性。正因如此，随着改革开放的不断深入和推进，民间的风俗习惯也就越来越有其活力，成为很多人生活的观念指导和准则，成为了名副其实的“民间法”，从而与“科学”——近代以来人们习惯理解的机械论科学——发生了对抗，进行了“打架”。

那么，如何解决这种由现代和传统两种不同观念冲突而引发的法律纠纷？可以说，这是如何实现“法治”的重要问题。我们的立法和司法该如何面对此类纠纷？是我们在立法中必须出台“科学至上”理念的法律以应对，还是我们在司法中必须以“科学唯一”的标准去解决？窃以为，这两者均难以真正圆满地解决纠纷。现实中已有诸多事例反映了此种遗留问题：“科学”是“张扬”了，但“公正”真正实现了吗？当事双方都会心服口服吗？结果往往是：法律只表面上解决了纠纷，但本质上矛盾依然存在，甚至酿成了更严重的恶果。

笔者认为，在和平时代，除了其政治价值外，法律的社会功能在于能否真正圆满地解决纠纷。而这个纠纷的圆满解决，不仅仅是法律本身问题得到解决，更重要的是其背后的社会问题也同时得到解决。如果当传统观念和现代科学观念发生冲突，法官只是想当然地简单去选择所谓的科学观念进行审判，充其量只是解决了法律本身的问题，而真正的社会矛盾却仍

然存在。由于背后的社会矛盾没有解决，新的冲突迟早还会再次爆发。曾经在苏北某地发生这样一个案子：根据当地古来就有的一个船行风俗，妇女不得站立船头，否则不仅本船不吉利，而且迎面驶来的船只也会晦气。某天，两船相向行驶，一船头立着一妇女，另一船主便高喊让其进舱回避，但该妇女不予理睬，结果发生争吵，最后激化到双方斗殴。对这个案件如何处理？责任由谁承担？如果按照一般的科学观念，显然船主是“迷信”和“愚昧”的，他当承担所有的法律责任。但问题是，这样的处理方式，能使得这个矛盾冲突真的全面消除了吗？作为当地流传经久的一种风俗习惯，它肯定不会随着这种判决而消失、死亡，实际上它已经深植到当地船家观念当中而不可根除，那位立在船头的妇女只不过是个无知的叛逆者而已。既然不可根除，法律就应当尊重它，只有尊重它，矛盾才会真正圆满地解决。实际上，当地法官正是尊重了这个风俗习惯，虽然主要责任仍由船主承担（因为他先动手），但该妇女也要承担一定责任（因为她没有遵守这个风俗习惯，从而引发了矛盾）。当然，法官也对该妇女进行了劝导，让其认识到自己违背风俗的不足言行。最后这个案件得以圆满解决，双方矛盾真正消解，没有留下任何后遗症。

就上述这个案件而言，有着“科学”观念的人肯定会指责当地法官的“不科学”，时髦点说，是违背了“科学发展观”的，因为他们为“迷信”开了绿灯！但是，果真如此吗？什么是真正的“科学”？什么是真正的“科学发展观”？事实上，“科学”不应当只是近代以来机械论的自然科学，而更应当是一个开放性的科学理念系统。人的生活不仅有物质生活，还有更重要的精神生活。我们不宜用物质生活中的机械科学观来衡量一切，特别是武断地衡量精神生活。就是在自然科学领域，机械论的科学也并不就是“绝对真理”，甚至所谓的“科学”本身就是谬误，两者只是一步之遥。比如，哥白尼的关于太阳中心说的宇宙观，曾经一时被西方视为颠簸不破的科学真理，但现代的科学已证明，宇宙中存在着无数个类似的星系。这说明，就是自然领域中的所谓“科学”，充其量只是人类在现有水平上的认知而已，它也有一个不断超越、不断发展的进程。而关于人的精神生活，则是一个更为复杂的领域。我们是完全可以对国民进行科学观的教育，是完全可以用这样的科学去破除迷信，这是一种健康向上的作为，无可厚非。但是，我们必须要清醒的是，虽然国家的主导理念是科学，但不可否认，持非科学理念的国民却是大有人在。他们遵行传统礼俗，相信神秘鬼神，生活在科学和迷信的交错中，或全部生活在非科学的精神和信仰中。

可以说，在自然层面，传统的科学完全可以大行其道，乃至完全可以用科学来评判，但是在人们的精神和信仰层面，科学未必就能起到我们想象中的积极作用。我们今天的一个误区就是：过分相信（那个西方近代以来建立在反神性有机论基础上的“机械宇宙论”下的）科学，将科学也迷信化了，从而陷入了一个不能自知的另类“迷信”当中。在社会主义的“法治”建构方面，面对社会上涌出的种种社会矛盾，特别是现代观念和传统观念的冲突，如何圆满、合理、有效地解决矛盾，做到真正案结事了，正是“科学发展观”在法律层面大显身手之处。“法治”不只是一个简单的“依法治理”，而是一个依什么“法”去治理的问题，更

是一个如何衡量“法”的价值取向的问题。为真正实现和谐的法治，法律当然要在立法和司法等方面“科学”运作，但这个“科学”必须要有一种谦和、不傲的情操，要有一颗一定程度上尊重、包容传统的心灵；或者说，在探求所谓的“真”外，还更须有对“善”与“美”的追求。也许这正是“科学发展观”在“法治”建构上的内涵延伸。在一个民族性还无法与传统历史割裂的情况下，在非科学的诸多传统习俗观念还十分具有生命力的情况下，为建构和谐的法治社会，突破传统的机械宇宙论下的那个“科学”篱笆，已是十分必要！

目　　录

道夫先路

宪法与部门法的三种关系..... 上官丕亮（1）

美国联邦量刑指南的历史、现状与量刑改革新动向.....彭文华（10）

欧洲的育才环境——推荐安托内萨《莱布尼茨传》.....张成敏（32）

我国司法模式的历史变迁与当代重构——政治视野的考察.....瞿郑龙（35）

德清法恒

关联企业破产中的实质合并规则研究.....程向文（52）

“依法治僵”——僵尸企业破产重整之探路.....卢桐（70）

微探管理人职责的完善——以破产重整制度为切入点.....王筱筱（87）

执行转破产制度研究——以执行程序中僵尸企业的处置为中心.....孟丹丹（99）

春蕴法华

告别“肥皂箱”——浅谈微博表达自由..... 顾颖琦（112）

专制制度之下的表达自由——论中国古代表达自由状况及对当代的启示..... 尤佳君（126）

研精覃思

法律援助在反家暴领域内的作用研究——以苏州市为例.....王超 等（143）

征地拆迁中的职务犯罪研究..... 梁哲 等（155）

《公民权利与政治权利国际公约》第十条之研究——关于囚犯的基本人权保护..... 李梦雨等（161）

鼷鹿初试

中庸思想与西方自然法思想之比较——兼及对于中国现代法治建设的启示..... 朱青（173）

被拐儿童解救后安置问题..... 聂茜卓（186）

读《法窗夜话》有感.....徐景灵（194）

浅论公司法对中小股东利益之保护——以累计投票制为切入点.....罗俏（196）

宪法与部门法的三种关系

上官丕亮*

摘 要：宪法与部门法之间应有三种关系，宪法是部门法的立法依据这一关系不能否定，宪法是部门法的审查依据这一关系必须坚守，宪法是部门法的解释依据这一关系应当高度重视。

关键词：宪法 部门法 立法依据 审查依据 解释依据

2015 年，民法学者、北京航空航天大学法学院院长龙卫球教授提出，民法典编纂要警惕“宪法依据”陷阱，民事立法不需要依据宪法，因为“民法在前，宪法在后，是民法促成的市民社会，发育到一定程度之后，才培育出了政治上代表市民夺权的所谓‘宪法’”，“从人类的私法经验来看，民法从来就不需要也不会打算，在私权的扩展和保护方面，对历史迟到的‘宪法’去乞讨什么依据。宪法作为立法的实质依据，从其产生起，只在有关公法、政治权利立法事项的范围显见了其现身的机会和必要。”[1]今年 9 月，龙卫球教授在接受凤凰网专访时再次提出：“民法不应是宪法的简单施行法”、“民法尊重宪法，并不意味着民法制定要以宪法为根据”，他认为民法“民法不同，它涉及的是私人之间的关系，是关于个人权利和民事利益的规定，不需要在宪法先做出授权，然后才可以进行‘民法化’。宪法作为根本法，重点解决的是政治架构及其权力配置、运行问题，关心的是国家对于公民权利乃至人权的尊重和保障问题，至于个人之见的关系、个人之间的权利利益，宪法本身并不直接提供依据，从法制经验来看，都是交由民法制定时依据民法之理加以明确或界定”、“我们国内不少学者甚至包括宪法界的学者，不能正确认识宪法和民法的这种区分关系，简单地将‘宪法是根本法’的说法做望文生义的曲解，大推‘泛宪法根据论’，把民法和行政法混为一谈，甚至不惜把民法下降为宪法的一个实施法来理解，把民法等同于实施宪法的工具，这是完全错误的。”[2] 如此看来，宪法与部门法究竟是什么关系的问题仍值得研讨。笔者认为，宪法与部门法有三种关系，宪法是部门法的立法根据、审查依据和解释依据，对于这三种关系，我们不能否定，要坚守并高度重视。

* 上官丕亮：苏州大学王健法学院教授、博士生导师。

[1] 龙卫球：《民法典编纂要警惕“宪法依据”陷阱》，载财新网（http://opinion.caixin.com/2015-04-22/100802509.html），2016 年 4 月 30 日访问

[2] 龙卫球：《龙卫球谈民法典：民法不应是宪法的简单施行法》，载凤凰网（http://dxw.ifeng.com/xsc/longweiqiu/1.shtml）。2016 年 9 月 6 日访问。

一、宪法是部门法的立法依据，这一关系不能否定

在我国法学界，一般认为宪法是“母法”，宪法是普通法律的立法基础和依据。[3] 同时，在立法实践中，我国立法机关全国人大及其常委会在立法时也往往在各部法律“总则”的第1条中明确写上“根据宪法，制定本法”的文字。为此，对于宪法是部门法的立法依据，长期以来人们没有异议。

但是，在2006年前后，围绕《物权法》的制定，我国法学界曾经发生过一场民法学者与宪法学者关于“全国人大立法要不要写上‘根据宪法，制定本法’”的争论。一位著名的民法学者认为，人民代表大会所拥有的立法权不是来自宪法的“授权”，故不须规定所谓“立法权源”条款，如果写上“根据宪法，制定本法”，反而直接抵触和违背了我国人民代表大会制度。[4] 对此，一位著名的宪法学者基于宪法的根本法地位作了积极的回应，指出“全国人大行使的立法权源于宪法，它有权修宪但不可违宪”并强调目前情况下全国人大制定基本法律时写上“根据宪法”的必要性。[5]

后来，又有法理学者提出：“根据《宪法》第5条的规定，宪法与民法及其他法之间是‘不抵触’关系”、“立法‘以宪法为依据’，没有宪法依据”、“对中国影响甚广的‘依据论’，虽然在表面上和形式上突出了宪法的权威，但实践中无法操作，依据难以实现。原因在于除《宪法》以外的法其内容和范围要远远大于《宪法》，而绝大多数法都没有也不需要宪法的依据。”[6] 这位学者的质疑似乎很有道理，但仔细考究一下，难以经不起推敲。

2000年《立法法》制定时，为了研究全国人大及其常委会的立法权限，当时全国人大常委会法工委的同志专门对宪法规定应制定法律的情况进行了统计，发现共有45处，其中表述为“由法律规定”或“以法律规定”的有12处、表述为“依照法律规定”或“依照法律”的有26处、其他表述有7处，此外还有6处宪法规定也应由全国人大或其常委会制定法律。[7] 显然，对于这些由宪法明确规定应当制定法律的事项（至少45项），全国人大及其常委会制定这些法律，无疑是直接依据宪法的规定，具有明确具体的宪法依据。而且，即使是对于那些宪法没有明文规定应当制定法律的立法事项，也受到宪法的约束，立法机关在进行立法时同样必须“以宪法为依据”，因为我国宪法在序言中明确规定“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责”，而且宪法在第5条第3款提出了“一切法律、行政法规和地方法规都不得同宪法相抵触”的明确要求。此外，我国宪法典中

---

[3] 参见吴家麟主编：《宪法学》，群众出版社1983年版，第22页。

[4] 详见梁彗星：《不宜规定“根据宪法，制定本法”》，《社会科学报》2006 年11月16 日第1版；梁彗星：《物权法草案的若干问题》，《中国法学》2007年第1 期。

[5] 参见童之伟：《立法“根据宪法”无可非议——评“全国人大立法不宜根据宪法说”》，《中国法学》2007年第1期。

[6] 蒋德海：《从宪法“不抵触”原则透视宪法与其他法的关系》，《华东政法大学学报》2008年第1期。

[7] 参见张春生主编：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社2000年版，第306-311页。

还有“国家尊重和保障人权”等众多关于“国家”应当如何的规定。可以说，这些都是立法机关必须依宪立法的宪法依据。

其实，在汉语中，“依据”与“根据”两个概念含义相同，都是指“把某种事物作为结论的前提或语言行动的基础。”[8] 有学者认为，“根据宪法，制定本法”应作创制性立法和确认性立法的区分，关于国家权力的具体立法属于创制性立法，只能是宪法授权规范的具体化，应当遵循具体化的法源原则，而民事立法主要是对市民社会中的事实规则进行确认，属于确认性立法，应当遵循不抵触的法源原则。[9] 笔者则以为，“根据宪法”、“以宪法为依据”，不论是什么立法（要区分不同性质的立法不容易，而且我国宪法也没有相关要求），都不是重复宪法的规定、更不是完全照搬照抄宪法条文，而是要求以宪法为前提、以宪法为基础（并且不限于以宪法的具体规定为基础，还有包括以宪法的基本精神为基础），“不得同宪法相抵触”本身也是一种“根据宪法”、“以宪法为依据”，是“根据宪法”、“以宪法为依据”的最低要求。

在立法实践中，虽然对法律制定依据的表述不尽相同，有的写明“根据宪法”，有的没有写明“根据宪法”，但“‘根据宪法’是无庸置疑的共识和前提，是一种事实状态，无须进行价值上的判断。一切法律、法规必须与宪法相一致是我国宪法的基本原则，无论法律中是否写明‘根据宪法’，这部法律都应该是依据宪法制定的。”[10]

总之，宪法应当是部门法的立法依据，所有的部门法在立法时都应当以宪法为依据，首先“不得同宪法相抵触”（宪法第 5 条第 3 款），同时“立法应当遵循宪法的基本原则”（立法法第 3 条），并应当在立法中充分贯彻宪法的基本原则和基本精神，特别是在宪法有原则性规定时更应如此，这是中国特色社会主义法律体系始终以宪法为核心的首要保证。部门法应该是宪法有关规定的具体化或者宪法有关原则和精神的具体化，而且部门法立法时还应当遵循宪法所规定的立法权限和程序。[11]

至于各部门法在立法后所形成的条文即第 1 条中究竟应否写上“根据宪法，制定本法”，笔者十分赞同童之伟教授的观点：“如果立法机关组成人员、法官、法学家和整个社会都奉宪法为根本法，把根据宪法制定法律、法律不可违反宪法看作理所当然的事情，那么，立法时在法律中写进或不写进‘根据宪法’之类的内容并不重要，甚至可以说一般不必写。”但在“宪法的至上性时常被人忽略、忘记或经常遭遇挑战”的当下中国，“在由全国人大制定的基本的法律中规定‘根据宪法’，已经不是可有可无的做法，而是全国人大为维护宪法至

[8] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆 1996 年版，第 428、1482 页。
[9] 叶海波：《“根据宪法，制定本法”的规范内涵》，《法学家》2013 年第 5 期。
[10] 韩大元：《由<物权法（草案）>的争论想到的若干宪法问题》，《法学》2006 年第 3 期。当然，我们同时也必须看到，正如韩大元教授在同一篇文章中所指出的：在我国的立法活动中，宪法原则的指导作用并没有发挥充分的作用。有的法律中虽写“根据宪法”，但在法律理念的思考、具体内容的规定上并没有自觉地坚持“根据宪法”原则。因此，从依宪治国的基本要求看，今后立法时，首先需要从宪法角度准确地把握法律的基本理念和基本价值趋向，然后再设计具体法律内容，这对保证法律的合宪性是十分重要的。
[11]《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》也明确强调：“要恪守以民为本、立法为民理念，贯彻社会主义核心价值观，使每一项立法都符合宪法精神、反映人民意志、得到人民拥护。”

上性应该采取的必不可少的立法措施”，所以“凡应由全国人民代表大会制定的‘基本的法律’，均应在各该法第 1 条以适当的文字形式规定‘根据宪法’的内容”，“由全国人大常委会制定的‘基本的法律’之外的法律，与宪法关系较密切的，其自身也应该在第 1 条规定‘根据宪法’的内容。”[12]

关于民法典的制定要不要根据宪法的问题，笔者认为这是不言而喻的。正如宪法学们所指出的：“宪法既是国家的根本法，又是社会的基本法。”[13] “不存在独立于国家之外的市民社会”，民法“先于宪法不等同于高于宪法”、“先于宪法不等同于独立于宪法之外”[14]。我国宪法明确规定，宪法“具有最高的法律效力”、“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”，由此无论是政治立法还是民事立法，包括民法典的制定，都不得同宪法相抵触，都要根据宪法、依据宪法。

二、宪法是部门法的审查依据，这一关系必须坚守

虽然我国宪法明确规定宪法“是国家的根本法，具有最高的法律效力”（序言）、“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”（第 5 条第 3 款），但是这不能自动保证部门法的立法不与宪法相抵触，再说即使立法者在法律中明确写明“根据宪法，制定本法”，也不能保证该法律就一定合宪，不与宪法相抵触。这就需要违宪审查制度来保障。正如一位日本的著名宪法学者所指出的：“宪法虽然是国家的最高法规范，但宪法的这种最高法规范性，有时却会因为法律等下位的法规范或者违宪性质的权力行使，而产生受到威胁或扭曲的事态。因此，有必要在事前防止可能招致宪法崩溃的政治动向，或者预先在宪法秩序之中建立事后可以纠正的措施。这种措施，通常被称为宪法保障制度。”“作为宪法的保障制度而起最为重要之作用的，便是违宪审查制度。”[15]

对部门法开展违宪审查活动，也是维护国家法制统一的客观要求。我国宪法第 5 条第 2 款规定：“国家维护社会主义法制的统一和尊严。”法制统一的最基本要义是统一于宪法，服从于宪法的尊严，只有在宪法的基础上，才能保障我国法律体系的统一和尊严。在法律法规的实施中，应当进行日常的监督审查，审视其是否与宪法相抵触，这是维护和保证社会主义法律体系的统一和尊严所必需的，这也是确保我国的社会主义法律体系以宪法为核心的内在要求。按照我国的现行制度，全国人大常委会有权审查行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例等是否抵触宪法，并作出处理。不仅行政法规需要接受监督审查，即使是法律，甚

[12] 童之伟：《立法“根据宪法”无可非议——评“全国人大立法不宜根据宪法说”》，《中国法学》2007 年第 1 期。
[13] 韩大元、林来梵等：《行宪以法，驭法以宪：再谈宪法与部门法的关系》，《中国法律评论》2016 年第 2 期。
[14] 郑贤君：《作为宪法实施的民法——兼议龙卫球教授所谓的“民法典制定的宪法陷阱”》，《法学评论》2016 年第 1 期。
[15] [日]芦部信喜著，高桥知之增订：《宪法》，林来梵等译，北京大学出版社 2006 年版，第 327、330 页。

至是基本法律，也要接受监督审查。[16]

对部门法的违宪审查，显然就是审查部门法是否与宪法相抵触，这时宪法就成为部门法的审查依据和标准，正如林来梵教授所指出的：“与其说宪法的存在是为了给各种立法提供立法基础，倒不如说而是为了审查各种立法提供规范依据。”[17] 值得注意的是，审查部门法是否合宪，不仅要在形式上审查部门法的条文中是否具有“根据宪法，制定本法”的条款，更要在实质上审查部门法的具体内容是否与宪法的条文规定相一致、是否与宪法的基本原则相一致、是否与宪法的基本精神相一致。[18]

然而，众所周知，目前我国对法律的违宪审查机制尚未有效启动，那么宪法对部门法的审查依据之价值能否体现呢？笔者以为，倘若我们国家能够尽快健全对法律的违宪审查制度并且有效地启动起来，那自然是最好的。但是，即使在当下中国，宪法对部门法的审查依据价值在规范性文件的备案审查方面也能有所体现，我们同样不能忽视。全国人大常委会及全国人大专门委员会和常委会工作机构根据《立法法》第 98、99、100 条的规定，对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例等规范性文件进行备案审查（包括对报送备案的规范性文件进行主动审查）时，同样必须以宪法为最高的审查依据，应当审查有关规范性文件是否同宪法相抵触。全国人大常委会委员长张德江 2014 年 3 月 9 日在十二届全国人大第二次会议上所作的《全国人民代表大会常务委员会工作报告》指出：“常委会高度重视规范性文件备案审查工作，着力加强主动审查。一年来，对国务院新制定的 19 件行政法规，最高人民法院、最高人民检察院新制定的 32 件司法解释，逐件逐条进行审查，对审查中发现的同宪法和法律相抵触的问题，督促制定机关及时修改或废止。”[19] 规范性文件备案审查的工作可进一步加强，让宪法对部门法的审查依据价值进一步体现出来。[20]

另外，普通的行政执法机关和司法机关在适用法律时也应当对要适用的法律、法规等规范性文件进行合宪性判断，如果发现法律、法规等规范性文件明显同宪法相抵触，就应当逐级上报，分别由国务院、最高人民法院、最高人民检察院依照《立法法》第 99 条的规定提交全国人大常委会审查处理。这也是当下中国可充分彰显宪法对部门法的审查依据价值的重要方面。

---

[16] 许崇德：《充分认识宪法在中国特色社会主义法律体系中的统帅作用》，《求是》2011 年第 7 期。

[17] 林来梵著：《从宪法规范到规范宪法：规范宪法学的一种前言》，法律出版社 2001 年版，第 308 页。

[18] 参见韩大元：《论宪法在法律体系建构中的地位与作用》，《学习与探索》2009 年第 5 期。

[19] 张德江：《全国人民代表大会常务委员会工作报告——2014 年 3 月 9 日在第十二届全国人民代表大会第二次会议上》，《中国人大》2014 年第 6 期。

[20] 值得提及的是，2014 年 10 月 23 日《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》强调提出：“完善全国人大及其常委会宪法监督制度，健全宪法解释程序机制。加强备案审查制度和能力建设，把所有规范性文件纳入备案审查范围，依法撤销和纠正违宪违法的规范性文件”。紧接着，2015 年 3 月 15 日全国人大修改的《立法法》对规范性文件的备案审查作了多项补充规定，特别是新规定了全国人大有关的专门委员会和常务委员会工作机构可以对报送备案的规范性文件进行主动审查（《立法法》第 99 条第 3 款）。

三、宪法是部门法的解释依据，这一关系应当高度重视

除了宪法可以作为部门法的立法依据和审查依据之外，部门法在适用阶段与宪法有无关系？法院能否在适用部门法裁判案件时将宪法与部门法一起作为裁判依据，特别是在部门法缺乏具体规定时能否直接引用宪法来裁判案件？对此，在我国司法实践中曾经出现相关做法，近些年来我国法学界也有不少讨论和争论。

笔者认为，法院在裁判民事、刑事或行政案件时，如果部门法和宪法都有关规定，这时完全没有必要在引用部门法的同时又引用宪法作为裁判依据，一是因为如果什么案件都直接引用宪法来裁判，那么部门法的立法乃至部门法的存在就没有意义了；二是因为直接引用宪法来裁判案件在实际上就相当于进行违宪审查，开展宪法诉讼，这与我国现行的诉讼体制不相符。即使在部门法缺乏具体规定而宪法又有相关规定的情形下，也不宜直接引用宪法来裁判案件，这是因为“当出现无法律规则可以适用的情况下，法律原则才可以作为弥补‘规则漏洞’的手段发生作用”，即“穷尽法律规则，方得适用法律原则。”[21] 正如张新宝教授所指出的：“我国法院的职责决定了它不得引用宪法条文判案。人民法院的任务是审判刑事、民事、行政案件而不是‘宪法诉讼’，……法院审理刑事、民事等案件所适用的当然是具体的刑事、民事和行政法律法规”、“在目前的法治构架和国家权力配置之下，无论怎样也得不出宪法条文可以直接被法院引用来判决民事、刑事乃至行政案件的结论”、“在目前条件下，民事法官不宜直接引用宪法条文判决案件。即使是具体民事法律规范缺如，也应当从对民法的基本原则之解释中寻求解决方案。”[22]

既然宪法不宜直接作为普通司法实践的裁判依据，那么，在部门法的执行和适用过程中，行政执法者和司法者均不用考虑宪法吗？本文的回答是否定的。除宪法是部门法的立法依据和审查依据之外，宪法还是部门法的解释依据，人们在执行和适用部门法时应当依据宪法来解释所要适用的部门法条款。关于这一点，长期以来没有引起重视甚至一直被忽视。

部门法是根据宪法而制定的，我们可以说立法机关在进行部门法的立法时充分考虑了宪法，是依宪立法的，至少在立法时考虑了“不得同宪法相抵触”的问题，但是长期以来执法者和司法者在适用部门法时却往往忘记宪法，很少去考虑自己对部门法的理解和解释是否“同宪法相抵触”、是否符合宪法的规定及其基本精神。毫无疑问，这存在问题，否则即使部门法的立法完全符合宪法，也保证不了执法者和司法者所理解和解释的“部门法”符合宪法，也就保证不了部门法的适用符合宪法。过去的实践已经证明，警察、检察官和法官在处理因当事人在网络或报纸上批评政府官员但与事实有出入而政府官员提出保护其名誉权所形成的治安处罚案、行政诉讼案、民事侵权案乃至刑事诽谤案时，由于缺乏宪法思维，不懂得依照宪法来理解和解释所要适用的法律，所以在实践中通常是不考虑宪法所保障的公民言

[21] 舒国滢：《法律原则适用中的难题何在》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2004 年第 6 期。
[22] 张新宝：《民事法官能够直接引用宪法条文判案吗?——最高人民法院法释[2001]25 号司法解释另解》，《民商法前沿》2002 年第 1、2 合辑本。

论自由和批评权而只保护政府官员的所谓“名誉权”，从而让正当行使言论自由和批评权的普通公民受到不应有的惩罚，导致案件的处理不公甚至完全错误。2009 年 3 月，在上海打工的河南省宝灵市农村青年王帅在上海的网络上发帖举报家乡违法征地被当地公安机关以“诽谤政府”为由跨省追捕一案[23] 就是一个典型的例子。

适用法律（部门法）就必须解释法律（部门法），而且在事实上行政执法者和司法者在实践中在适用法律时也自觉不自觉在解释法律(固然许多学者以及广大法律实践工作者以为自己只是在理解法律)，这在近些年来已经逐步成为国人的共识。最高人民法院也曾明确指出：“在裁判案件中解释法律规范，是人民法院适用法律的重要组成部分。”[24] 而正因为部门法是根据宪法制定的，为保证部门法在适用时不偏离宪法，所以行政执法者和司法者在适用部门法而解释部门法时，无疑必须考虑宪法，依宪解释（即依据宪法来解释所要适用的法律），开展依宪释法的活动。[25] 正如韩大元教授所指出的：“我们已经从立法时代进入了解释时代。立法时代要求部门法的创立和发展，但是进入解释时代，法律的适用需要精细化的法律解释技术，而法律解释技术的价值和规则并不是由部门法本身创造的，必须依靠比法律层级更高的价值尺度，也就是宪法，使宪法成为法律的解释尺度与方法”。[26] 亦诚如苏永钦教授所言：“法规合宪性控制的机关以大法官为主，普通法院法官为辅，人权第三人效力的操作则有赖于民事法官，至于法律的合宪解释又是所有法官在审判中都可运用的解释方法。”[27]“合宪法律解释已成为基于宪政主义的理念，‘实际上’而且‘应该’普遍使用的法律认知原则。”[28] 当然，在部门法没有具体规则而必须适用部门法的原则时，也应考虑宪法，进行依宪解释。在 1946 年《日本国宪法》公布之后而于 1947 年修改补充的《日本民法典》第一条之二（解释的基准）明确规定：“对于本法，应以个人尊严及两性实质的平等为主旨予以解释。”[29] 其中关于个人尊严和两性平等是日本宪法第 13、24 条明确规定的，可以说日本民法典的规定是宪法为部门法的解释依据的一个典型例子。

有必要指出的是，行政执法人员和司法人员在处理案件适用法律时进行依宪解释，开展依宪释法活动，即依照宪法的规定及其精神来解释所要适用的法律以更准确地确定法律条款的含义，[30] 虽不是也不宜直接引用宪法条文作为处理依据，但在法律文书中可以而且最好引用宪法条文，当然这时引用宪法条文不是将其作为案件处理的依据，即直接适用宪法，而是在法律文书中的说理部分（比如法院判决书中的“本院认为”部分）引用宪法条文，作为

[23] 详见王俊秀、王帝：《一篇帖子换来被囚八日》，载《中国青年报》2009 年 4 月 8 日第 6 版。
[24] 参见 2004 年 5 月 18 日最高人民法院印发的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》，载《最高人民法院公报》2004 年第 6 期。
[25] 参见上官丕亮：《法律适用中宪法实施的正当性、合法性与可行性》，《法学论坛》2016 年第 2 期。
[26] 韩大元、林来梵等：《行宪以法，驭法以宪：再谈宪法与部门法的关系》，《中国法律评论》2016 年第 2 期。
[27] 苏永钦著：《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社 2005 年版，第 114 页。
[28] 参见苏永钦：《合宪法律解释原则——从功能法上考量其运用界限与效力问题》，载苏永钦：《合宪性控制的理论与实际》，月旦出版社股份有限公司 1994 年版，第 141 页。
[29] 《日本民法典》，王书江译，中国人民公安大学出版社 1999 年版，第 2 页。
[30] 参见上官丕亮：《法律适用中的宪法实施：方式、特点及意义》，《法学评论》2016 年第 1 期。

所适用法律的解释依据，即间接适用宪法，以充分阐明为何如此解释所适用的法律条文并且如此确定其含义，这不仅有助于让当事人服判息诉，心服口服地接受行政或司法的处理，也是政务公开、公开审判原则的内在要求。关于这一点，最近最高人民法院在某种意义上也表示了赞成。2016 年 6 月 28 日最高人民法院印发的《人民法院民事裁判文书制作规范》[31] 在裁判依据部分中强调："裁判文书不得引用宪法和各级人民法院关于审判工作的指导性文件、会议纪要、各审判业务庭的答复意见以及人民法院与有关部门联合下发的文件作为裁判依据，但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述。"该司法解释关于法院裁判文书引用规范性文件的规定，与以往的规定有很大的不同，明确强调宪法体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述。既然允许法院在裁判说理部分可以阐述宪法的原则和精神，那么按照其逻辑应该是允许在裁判说理引用宪法条文，引用宪法来解释所要适用的法律，因为只有这样才能保证法律的适用及其解释符合宪法，更好地体现宪法的原则和精神，至少不违背宪法的原则和精神。

将宪法作为部门法的解释依据，进行依宪释法，开展宪法的间接适用，也可以说是我国宪法的明确要求。我国宪法明确强调："一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律"（第 5 条第 4 款），"都必须以宪法为根本的活动准则"（序言）。显然，作为国家机关的行政机关和司法机关及其工作人员在适用部门法时必须有宪法思维，心中有宪法，始终以宪法为根本的活动准则，积极开展依宪解释，依据宪法的基本精神来理解、解释和适用部门法。正如韩大元教授所指出的："宪法对于审判机关以及法官的约束力是无需质疑的"、"法官在法律适用的过程中，必须考虑到宪法规范的要求以及法律体系的整体和谐……以符合宪法的方式来理解并适用法律规范"[32]。在很大程度上，我们可以说，依照宪法来解释和适用法律，这是宪法赋予司法机关和行政机关及其工作人员的义务。

值得一提的是，由于行政执法和司法适用是一个国家中涉及面最广的法律活动，所以将宪法作为部门法的解释依据，由广大行政执法者和司法者在行政执法和司法活动中适用法律时积极开展依宪释法活动，这也是让我国宪法得到广泛实施而且在当下就可以实施的重要路径和方式，我们务必予以高度重视。

四、结 语

综上所述，宪法与部门法二者之间有三种密切的关系。就拿行政法来说，宪法上有关国务院和地方各级人民政府等与行政相关的规定是行政法制定机关制定行政法的立法依据，是

[31] 该文件于 2016 年 2 月 22 日经最高人民法院审判委员会第 1679 次会议通过，自 2016 年 8 月 1 日起施行。详见 2016 年 6 月 28 日《最高人民法院关于印发<人民法院民事裁判文书制作规范><民事诉讼文书样式>的通知》（法〔2016〕221 号）。

[32] 韩大元：《论审判独立原则的宪法功能》，《苏州大学学报（法学版）》2014 年第 1 期。

违宪审查机关对立法者所制定的行政法开展违宪审查的依据，更是行政执法机关和司法机关在执行和适用行政法时进行行政法解释的依据。正如一位德国学者哈特穆特·毛雷尔在《行政法学总论》一书中所指出的："宪法不是严格意义上的行政法规范，而是行政和行政法的基础和标准。"[33] 这一句话形象地概括了宪法与行政法的关系，也可以说它较好地概括宪法与部门法的关系，即虽然宪法不是部门法的渊源或表现形式，但宪法是所有部门法的基础和标准，是部门法的立法依据、审查依据和解释依据，这是宪法与部门法的应有关系，宪法对部门法的应有价值。在对法律的违宪审查尚未启动的当下中国，不仅立法机关必须继续依照宪法的规定及其精神来立法，以宪法为根本的活动准则，始终将宪法作为部门法的立法依据，"根据宪法，制定本法"，保证所有立法不同宪法相抵触，而且全国人大常委会在彰显宪法对部门法的审查依据价值方面仍能有所作为，尤其是行政机关和司法机关也应当依照宪法的规定及其精神来执法和司法，时刻以宪法为根本的活动准则，在执行和适用部门法时将宪法作为部门法的解释依据，始终依照宪法来理解和解释所要适用的法律，切实保证部门法的理解、解释和适用在法律的实施阶段也不与宪法相抵触并充分贯彻宪法的基本精神，这不仅是维护宪法尊严的职责要求，而且是当下中国保证和加强宪法实施的重要途径。

[33] ［德］哈特穆特·毛雷尔著：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社 2000 年版，第 57 页。刘兆兴教授在研究德国行政法的法律渊源时也曾经指出："联邦基本法作为德国宪法以及各个州的宪法，是德国行政法的最基本的法律渊源，但是必须明确，并非是指基本法和州宪法即为行政法规范，而只是指它们是行政法和行政管理的基础和标准。尽管在行政法院的审判（以及其它法院的审判）实践中，有时可以援引和直接适用基本法的某些条款，但是绝对不是将其视为行政法律规范，而只是将其蕴含的对行政具有直接或间接意义的规则发生作用。"刘兆兴：《德国行政法的法律渊源》，《外国法译评》2000 年第 3 期。

美国联邦量刑指南的历史、现状与量刑改革新动向

彭文华*

摘　要：美国联邦量刑指南强制施行存在一定局限，未能达到消除量刑偏差、实现量刑均衡与一致的目标。联邦量刑指南引发的问题包括：面临违宪指控；降低法庭的对抗性；限制了法官的主观能动性与创造性；量刑事实的格式化、数据化具有不可持续性；使诉讼参与主体不堪重负；增加司法成本。联邦量刑指南仍在司法实践中发挥影响，美国量刑改革的动向是对传统量刑模式与量化量刑模式加以辩证扬弃。我国量刑改革的主要不足在于：量刑存在定量或自由裁量两极化现象，容易纵容量刑失衡乃至走向极端；没有设立量刑改革的专门负责机构；《指导意见》存在诸多问题乃至难以应对公正量刑的需要；缺乏系统的程序规制。

关键词：量刑改革　美国联邦量刑指南　量刑双轨制　程序规制

近年来，为了防止量刑偏差，实现量刑公正，我国各级审判机关大力推进量刑规范化改革。为此，最高人民法院颁布了《关于常见犯罪的量刑指导意见》并于 2014 年在全国全面推行，其主要特征之一是通过量化、数据化方式规范量刑情节，作为量刑的规则和标准。鉴于美国量刑改革曾围绕着联邦量刑指南所确立的量化量刑模式展开，因而研究其发展变迁及新动向，对我国正在进行的量刑改革无疑具有重要的现实意义。

一、美国联邦量刑指南制定的历史背景

20 世纪前半叶，英美法系国家量刑基本奉行个别化与矫正刑，康复思想大行其道，自由裁量权备受推崇。例如，1932 年在伯恩斯诉美国案（Burns v. United States）中，美国联邦最高法院宣称：“在每个案件中有必要考虑个别化，要为特殊情境下每位犯罪人提供细心、人道和综合的考虑，这只有在行使广泛的自由裁量权时才可能达到。”[34]量刑个别化与矫正刑侧重改善和消除犯罪人（包括社会上潜在犯罪人）的危险人格，以达到预防犯罪的目的。遗憾的是，其效果在司法实践中并未实现。“自美国革命以来，在这个国家大约每七年一次，我们突然发现还是存在犯罪问题。每一次我们都忘记它曾经发生过。”[35]随着时间的推移，

* 彭文华：苏州大学王健法学院法学教授、硕士生导师。

[34] Jelani Jefferson Exum, Why March to A Uniform Beat? Adding Honesty and Proportionality to the Tune of Federal Sentencing, 15Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights.141 , 145(2010).

[35] Francis A. Allen, the Decline of the Rehabilitative Ideal in American Criminal Justice, 27Cleveland State Law Review.147 , 149-150(1978).

广泛运用的司法自由裁量权以及盛行的康复医疗开始遭致质疑。“鉴于许多康复性‘制裁’的特征是，除非罪犯同意否则他们不能被‘强制’。通过对罪犯的最高利益的维护，现代康复计划与其说是惩罚性制裁不如说是福利服务。”[36]

20 世纪 60 年代以来，刑罚个别化与康复医疗逐渐成为众矢之的，人们要求刑罚改革的呼声越来越强烈。“出于对极度的酌定量刑实践导致的差异和歧视的疑虑，受不断增长的犯罪率和对整个惩罚和矫正康复模式的强烈批评所激发，许多刑事司法专家提出的改革以求量刑具有更大的一致性和确定性。”[37]自 70 年代起，美国一些州法院甚至联邦法院拒绝适用不定期刑及康复医疗，并开始采用确定量刑。“自 20 世纪 70 年代中期开始，由于种种原因，许多州开始拒绝不定期刑及其康复理由。许多司法管辖区，包括加利福尼亚、缅因州、亚利桑那州、科罗拉多州、北卡罗来纳州、明尼苏达州、华盛顿州以及联邦系统内，摈弃假释释放并创制服刑期间可以计算（‘确定的’）的‘确定’刑罚。”[38]1975 年，经参议员肯尼迪（Edward Kennedy）提议，国会通过了 2699 号法案，着手草拟联邦量刑指南框架，主要以美国联邦第十巡回上诉法院法官、有美国“量刑改革之父”之称的弗兰克尔（Marvin E. Frankel）构想的量刑方案为基础。在弗兰克尔的理想量刑方案中，国会应该创立量刑委员会，由其制定有约束力的量刑指南，量刑委员会应当是一个政治上的绝缘体，由“律师、法官、刑罚学家、犯罪学家，”以及“社会学家，心理学家，商人，艺术家，和……前任或现任囚犯”组成。[39]

1980 年，明尼苏达州首开实施量刑指南之先例，随后宾夕法尼亚州和华盛顿州也相继实施了量刑指南。[40]1984 年，美国国会通过量刑改革法案（the Sentencing Reform Act，简称 SRA），并创立了美国量刑委员会（The Sentencing Commission），其最初设想为一个灵活的、进化的系统，以法院和审判委员会之间的相互作用为特色。[41]量刑委员会负责创制新的量刑制度，“主要目的有三：其一，国会探寻量刑诚信。其二，国会希望通过限制处罚实施相似罪行的相似罪犯时普遍存在的量刑偏离，来寻求量刑的合理性与一致性；其三，国会希望通过对不同犯罪适用差异适当的判决，以寻求量刑均衡。”[42]1987 年，以量化为特征的美国联邦量刑指南（The Federal Sentencing Guidelines）面世并得以强制施行。

---

[36] Mirko Bagaric，Consistency and Fairness in Sentencing-the Splendor of Fixed Penalties, 2Berkeley Journal of Criminal Law.1, 16(2000).

[37] Douglas A. Berman，Foreword: Beyond Blakely and Booker: Pondering Modern Sentencing Process, 95the Journal of Criminal Law & Criminology. 653,655(2005).

[38] Michael Tonry, Sentencing Guidelines and the Model Penal Code, 19Rutgers Law Journal.823, 824 (1988).

[39] See Exum, Supra note 1，at 146-147.

[40] See David Yellen, Saving Federal Sentencing Reform after Apprendi, Bakely and Booker, 50Villanova Law Review.163, 167(2005).

[41] See W. Travis Parham, Grist for the Mill of Sentencing Guideline Reform: Williams v. United States, 28Wake Forest Law Review.487, 487(1993).

[42] Kirby D. Behre & A. Jeff Ifrah，You Be the Judge: the Success of Fifteen Years of Sentencing Under The United States Sentencing Guidelines, 40American Criminal Law Review,5, 6 (2003).

二、美国联邦量刑指南强制施行的局限、效果与问题

联邦量刑指南之所以体现确定的刑罚，是因为刑罚乃通过量化、确定的量刑规则和标准推断出来的，相对确定。[43]量刑相对确定看似科学、合理，但存在很大争议。从理论上说，人们有理由相信其在一定程度上能够消除量刑偏差。遗憾的是，在司法实践中量刑指南并没有取得预期效果。相反，联邦量刑指南除存在固有局限外，还诱发许多问题。

（一）量刑指南强制施行的局限

1.联邦量刑指南强制施行不具有普遍效力

美国有两套独立并行的法院系统：联邦法院系统和州法院系统。联邦法院系统由联邦普通法院和联邦专门法院组成。联邦量刑指南强制效力只限于联邦法院系统，一般不及于州法院系统。州法院的案件只有上诉至联邦法院或者受其管辖时，才会受到量刑指南的约束。通常，州法院审理的有关国会立法规定的犯罪、联邦和州法律均有规定的犯罪、涉及联邦宪法问题的案件等，上诉可能经联邦法院系统。但是，如果州法院审理的案件不属于联邦法院管辖或者不需要上诉到联邦法院，那么州法院只要根据州制定的量刑规则[44]量刑便可。可见，指南并非对美国所有法院具有普遍约束力。

2.背离指南的现象在一定程度上存在

英美法系属于不成文法系，与成文法系国家奉行合法性原则与规范治理不同的是，不成文法系国家侧重合理性原则与处罚必要。与此相适应，制定法中的规范用语往往较为概括、模糊。[45]这样的规定有助于实现处罚必要与实质合理。格式化、数据化的量刑由于局限于指南规定，很难适应司法实践的需要。在美国，为了追求处罚必要与实质合理，包括联邦法官在内，超然于联邦量刑指南之外量刑者大有人在。“在更广泛的范围内，量刑指南的应用未

---

[43] 量刑委员会制定量刑指南绝非简单的数据堆积。首先，通过研究成千上万个案并详尽分析其量刑情节及结果，挑选出影响量刑的典型情节或者因素加以整理、归类，确定量刑的计算方法。其次，确定量刑根据，主要是犯罪的严重性以及犯罪前科。再次，以不同类型犯罪的社会危害性为基础，划分犯罪基准等级体系，确定现行犯罪的等级，形成网格体系。“量刑表是一个二维网格，纵坐标是现行犯罪的严重性，横坐标是被告人的犯罪历史。指南计算的目的是确定犯罪和犯罪历史的范畴，综合起来便在网格体中产生交叉点。每一个交叉点指明的量刑幅度以月来表示。” Frank 0.Bowman III, the Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural Analysis, 105Columbia Law Review.1315, 1324-1325(2005).最后，还要考虑与量刑相关的其他因素，如犯罪性质、受犯罪行为影响的利益等。将所有影响量刑的情形综合起来并格式化、数据化，就可以在具体案件中推导出量化、确定的刑罚。

[44] 美国各州一般都有自己的量刑规则。具体可分为三种类型：一是格式化、数据化的量刑规则。如明尼苏达州、华盛顿州和北卡罗来纳州等便属此类。其特点是通过格式化、数据化的量刑规则使量刑量化，类似于但并非照搬联邦量刑指南。二是自愿的量刑规则。如弗吉尼亚州等适用的就属此类。由于考虑更多的是渐进，因而量刑规则和标准与联邦量刑指南有着显著不同。三是参考量刑规则。这种量刑规则介于前两者之间，即制定了格式化、数据化的量刑规则作为量刑参考而非强制遵行，同时对法官酌定适用 1 量刑情节予以鼓励，如宾夕法尼亚州便是如此。See Rakesh N. Kilaru, Guidelines As Guidelines: Lessons From The History of Sentencing Reform, 2Charlotte Law Review.101,104-117(2010).

[45] 例如，在美国模范刑法典中，关于犯罪意图就有“故意”、“有意”、“意图”、“意欲”、“恶意”、“明知”、“预谋”、“阴谋”、“企图”、“过失”、“鲁莽”、“疏忽”、“放纵”等之别。

见得更好：在量刑指南的范围内对被告量刑，在第九巡回法院仅为 50%，在第二巡回法院仅为 57.5%。”[46]即使从全国范围来说，量刑背离指南也很常见，甚至还呈现稳步增长态势。“在全国范围内，背离指南量刑范围的情形在过去的五年里稳步增长，现在大约占全部案件的 36%。”[47]可见，在联邦法院系统内，不受联邦量刑指南强制性效力约束的量刑还是在一定程度上存在的。

（二）联邦量刑指南没有达到预期效果

1. 未能有效消除量刑偏差

所谓量刑偏差（Sentencing deviation），是指对实施类似犯罪的犯罪人量刑存在差异。“术语‘莫须有的偏差’指的是在这种情况下，类似的罪犯实施类似的犯罪行为却受到不同惩罚。”[48]限制司法自由裁量权，消除量刑偏差，实现量刑均衡与一致，是制定量刑指南的有力理由。量刑指南施行之初，在消除量刑偏差上的确有一定效果。但实施一段时间之后，量刑偏差又慢慢回到指南颁行前的水平。[49]与此同时，由于采取格式化、量化的量刑模式，在某些特定的犯罪如毒品犯罪中，量刑偏差却呈现扩大趋势。“研究人员已经发现在州的不同地方以及国家不同区域，对于类似情形的被告人作出的判决却存在显著差异，并且在量刑指南时代不同地方的量刑偏差越来越大，特别是在毒品案件中。”[50]可以说，量刑指南并不能有效消除量刑偏差，即使在一定程度上能够消除量刑偏差但效果也极为有限。

2. 量刑过于刚性而导致罪刑失衡

实现量刑公正可以说是制定联邦量刑指南的终极目标。问题在于，司法实践中与量刑相关的因素复杂多样，不可能全部为量刑指南所包容。量刑指南通过将于犯罪的严重性以及犯罪前科等与量刑有关的因素格式化、数据化，使量刑呈现出量化特征，无形中会造成对其他量刑因素的漠视，影响公正量刑。“该指南的基本设计，特别是它们的复杂度和刚度，将使得联邦量刑法律制度的创制与执行越来越失衡，抑制了更为公正、有效、高效的联邦量刑制度的发展。”[51]另外，指南确定的强制性最低刑期（Mandatory Minimum Terms）也会严重制约量刑公正与司法公正。与限缩司法自由裁量权不同的是，法官对强制性最低刑期并无自由裁量权。“强制性最低刑期不允许法官自由裁量，指南则允许，只是严重限制行使自由裁量

---

[46] Behre & Ifrah，Supra note 9，at p.7.
[47] United States Sentencing Commission, Sourcebook of Federal Sentencing Statistics. figure G, 51(2001).
[48] Exum, Supra note 1，at 148.
[49] 一份对明尼苏达州监禁刑的量刑偏差调查显示，在量刑指南颁行后约 20 个月左右，量刑偏差波动较大，最大值约为 0.17。随后波动逐渐减小，至颁行 46 个月之后，量刑偏差的波动值基本上稳定在 0.06 的水平。刑期的偏差也类似。在量刑指南颁行后约 14 个月左右，量刑偏差波动较大，最大值近 60，其后波动值基本上稳定在 35 之内。See Lisa Stolzenberg & Stewart J. D'Alessio, Sentencing And Unwarranted Disparity: An Empirical Assessment Of the Long——Term Impact of Sentencing Guidelines in Minnesota, 32Criminology. 301, 305(1994).
[50] Bowman, Supra note 10，at 1326-1327.
[51] Emily Casteel etc., Principles for the Design and Reform of Sentencing Systems, 17Federal Sentencing Reporter. 341, 341(2005).

权。”[52]基于服从强制性最低刑期的需要，即使存在其他足以使犯罪人从轻或者减轻处罚的因素，也可能被漠视，因为“强制性的最低刑期要求法官对特定犯罪所处的监禁期限不低于国会设定的年限”[53]。可见，强制性最低刑期会加重犯罪人处罚，致使罪刑失衡。

（三）联邦量刑指南引发的问题

1. 违反宪法规定的正当程序条款

根据量刑指南，法官认定有理由就能加重被告刑罚，这种未经调查、证实而擅自改变刑罚的做法，有违反宪法的正当程序之嫌。事实上，量刑指南颁行后不久就受到违宪指责。“在米斯特雷塔诉美国案中，量刑改革法案被指责违宪，因为国会拥有过度的立法权或者搅乱了宪法规定的政府各部门之间的权力平衡。”[54]尽管最高法院在米斯特雷塔诉美国案中裁定指南合宪，但此后在联邦法院和地方法院量刑指南就一直受到违宪指责的困扰。“由于米斯特雷塔案的决定，下级法院一直受到根据不同的宪法依据准则挑战量刑指南的困扰。”[55]在量刑指南颁行的最初几年，虽然受到违宪质疑，联邦法官们还是坚定地认为指南合宪。[56]后来，联邦法官们也开始有不同看法，联邦法院的立场逐渐发生动摇。在阿尔门达雷斯-托雷斯诉美国案（Almendarez-Torres v. United States）中，最高法院大法官们对法官中心主义的行政化量刑程序表示严重关切，虽然最高法院最终裁定被告的前科证据可以用来增强判决而不受审判中的犯罪要素的程序规则影响，但斯卡利亚大法官还是提出强烈的反对意见，认为法院裁定存在严重的宪法问题。接下来，在琼斯诉美国案（Jones v. United States）中，法院认定阿尔门达雷斯-托雷斯案所宣称的前科是例外，认为决定更高刑罚的犯罪要素事实必须经过正当程序才能采用。[57]量刑指南最终由修改为参考施行，直接原因便是涉嫌违宪。

2. 降低法庭对抗性，抑制辩诉交易，冲击当事人主义的诉讼模式

对抗权（confrontation rights）既是美国当事人主义诉讼模式的特征之一，也是一项重要的宪法权利。对抗权源自美国宪法第十四修正案的正当程序条款和第六修正案的对质条款，隐含着秩序自由的理念。自从权利法案扩展到国家层面，法院就需要解决正当程序条款和对质条款，这两个保护往往统称为“对抗权利”或简言之“对抗”。[58]量刑指南施行后，对许多量刑制度进行了重大修改，大大增加了被告行使对抗权的风险，在一定程度上剥夺了对抗

---

[52] oseph F. Weis, the Federal Sentencing Guidelines——It's Time for A Reappraisal, 29American Criminal Law Review.823, 824(1992).

[53] ID, at 823.

[54] See Sandra Guerra Thompson ,the Booker Project: the Future of Federal Sentencing, 43Houston Law Review.269, 272(2006). 米斯特雷塔诉美国案，具体可参见 Mistretta v. United States, 488 U.S. 361, 412(1989).

[55] Maureen Juran,the Tenth Circuit's Approach to the Constitutionality of the Federal Sentencing Guidelines, Denver University Law Review .545, 545(1990).

[56] 例如，在 1989 年的美国诉托马斯案(United States v.Thomas)中， 联邦第十巡回上诉法院驳回了有关量刑指南违背宪法正当程序的指控。ID， at 545-546.

[57] See Berman，Supra note 4，at 671-672.

[58] See David A. Hoffman, the Federal Sentencing Guidelines and Confrontation Rights, 42Duke Law Journal. 382, 383-384(1992).

机会，使法庭对抗性大为降低。[59]另外，量刑指南也不利于辩诉交易（Plea Agreement）。辩诉交易是美国刑事诉讼的特色之一，有利于促使被告认罪与节省司法资源。然而，量刑指南在很大程度上限制了辩诉交易。一方面，指南对检察权有一定约束。“在量刑指南之前的时代当检察官控诉特定的被告时，他们知道定罪后有希望影响量刑法官处以严重或轻微的刑罚；现在检察官知道定罪了他们试图影响判决的权力有限，而且这种权力充其量只限于被告在针对他人的起诉中提供了重大援助。”[60]另一方面，受量化量刑模式与强制性最低标准约束，辩方即使能够进行控辩交易，回旋空间也十分有限。特别是强制性最低标准剥夺了向下从宽的可能性，因而控辩交易向下的可能性也就不复存在。降低法庭对抗性并抑制辩诉交易，必将对当事人主义的诉讼模式造成巨大冲击。

3. 限制了法官的主观能动性与创造性

司法权是刑事审判的核心，运用自由裁量权与酌定量刑情节，是发挥法官主观能动性与创造性的源泉，也是实现公正量刑的保证。遗憾的是，联邦量刑指南却严重限制了法官的自由裁量权和酌定量刑情节的运用。“由于扮演极为有限的角色，在今天的审判仪式联邦法官很少或没有机会考虑他面前的被告人的全部罪责。指南自己不仅决定哪些因素与刑事处罚有关，而且在大多数情况下决定每个因素精确定量的可用性。”[61]这样一来，“量刑指南使得法官不再努力评估一名罪犯是否正在开始或结束犯罪生涯，是危险的或是无害的，是大海中的小鱼还是大鱼，或是在异常紧张的情况下误入歧途而不将再犯。”[62]于是，“法官的作用在很大程度上局限在实际测定和基本的算术运算。……一个法官最近把他在量刑中的角色比喻成‘公证人’；另一个把新制度下的法官角色比喻成‘会计’。”[63]作为“公证人”、“会计”的法官，逐渐沦落为机械执行法条的工具，其主观能动性与创造性受到严重制约。

4. 量刑事实的格式化、数据化不可持续

量刑指南格式化、数据化的依据来自于犯罪的严重性以及犯罪前科等，这些影响量刑的因素异常复杂。且不说在不同犯罪中影响量刑的因素千变万化，就是在相同性质的犯罪中影响量刑的因素也千差万别。“罗贝尔的结论是联邦量刑指南太复杂。他的结论主要源自对抢劫犯罪的指导规则的分析，他指出抢劫罪的指导规则是超过 18000000 万个可能的犯罪主要特征的结合。”[64]客观地说，罗贝尔教授的结论虽然有些夸张，却也不无道理。事实上，自量刑指南颁行以来，其不断的修正及篇幅、内容的不断扩张，也间接证明了量化量刑之复杂与艰巨。“经历了过去的 15 年后，当前版本的量刑指南有 500 多页，修正案超过 600 个。指

---

[59] 联邦第十巡回法院在美国诉比利案(United States v. Beaulieu）中称，量刑不需要对抗，但法官需要发现可靠证据。地方法院在美国诉卢娜案(United States v. Luna)判决中秉承了比利案的理由。ID , at 397-398.

[60] Kate Stith & José A. Cabranes, Judging Under the Federal Sentencing Guidelines, 91Northwestern University Law Review.1247, 1257(1997).

[61] ID ,at 1254.

[62] Daniel J. Freed, Federal Sentencing in the Wake of the Guidelines: Unacceptable Limits on the Discretion of Sentencers，101Yale Law Journal.1681, 1728(1992).

[63] Stith & Cabranes, Supra note 27，at 1255.

[64] John Kramer，Rejoinder to Professor Ruback's article: Warranted and Unwarranted Complexity in the U.S. Sentencing Guidelines, 20Law & Policy.527, 527(1998).

南包含冗长而复杂的规定，反映了量刑委员会试图涵盖每一个法官在对刑事被告人量刑时可能考虑到的、与加重和减轻处罚有关的因素。”[65]量刑指南这样的体量，远非终局性体量，甚至说是所有影响量刑因素中的“沧海一粟”也不夸张。这表明量刑指南的格式化、数据化永远没有尽头，很难持续维系和贯彻。

5. 使诉讼参与主体不堪重负

指南几乎使所有诉讼参与主体难堪重负。一方面，量刑指南有赖于犯罪等级的划分、量刑依据的细化等，十分复杂。[66]另一方面，量刑指南适应现实需要必须不断与时俱进，这导致其内容不断膨胀。庞杂繁复的量刑指南无疑会大大加重了诉讼参与主体的负荷。因为，法官在量刑时不但需要面对有关指南的众多解释，[67]还必须对每个案件事无巨细地进行复杂、精确的运算，疲于应付。[68]不仅是法官，律师同样要面对众多法律的挑战。“这些表述源自辩护律师的关注，由于战斗在量刑指南的最前线，他们提供了一个强有力的理由使人相信并感到恐惧，即量刑指南已经使曾经被肯定地谴责为无法的联邦量刑系统，转换为现在背负着太多法律的系统。”[69]诉讼参与主体因法律众多而疲于应付，必将严重损害司法效率。从这一点来看，联邦量刑指南就不是好的量刑指导规则，因为好的法律必须简洁明了，便于司法操作。

6. 大大增加司法成本

司法成本是司法效率的重要体现，任何国家惩罚犯罪都不可能忽视司法成本，而适用量刑指南则明显增加了司法成本。主要表现在：首先，法官和律师需要面对数量巨大而又复杂的量刑因素，这使得审判期限大大延长。其次，量化量刑模式与强制性最低标准大大压缩了从宽、免除处罚以及非监禁刑的人数，从而使得监狱人口不断攀升。[70]再次，格式化、数据化的量刑依据因过于确定与机械，使得假释收监人数也呈现大幅度上升趋势。应当说，一定程度的犯罪增长以及假释收监人数上升也是正常的，但很明显因量刑指南人为所造成的不在少数。[71]在监人数的上升无疑增加了司法成本，损害了司法效率。

7. 致使司法自由裁量权转移至检察官和缓刑监督官，削弱了司法功能

---

[65] Behre & Ifrah，Supra note 9，at 5-6.

[66] 联邦量刑系统的量刑表十分复杂，具体包含 43 个犯罪等级、6 类犯罪历史以及 258 个表示量刑范围的方格。(See Bowman, Supra note 10，at 1325.)鲍曼所引证的数据，源自 2004 版美国联邦量刑指南，即 U.S. Sentencing Guidelines Manual § 5A (2004).

[67] “从一开始(在目前的指导指南的量刑时代)，地方法院和巡回法院就面临众多有关量刑指南的解释问题，几乎每个月发表几十起量刑意见。”Douglas A. Berman, from Lawlessness to Too Much Law? Exploring the Risk of Disparity from Differences in Defense Counsel Under Guidelines Sentencing, 87Iowa Law Review.435, 443 (2002).

[68] 如 1995 年有超过 4 万名被告在联邦地方法院被定罪，每个案件法官都必须遵循复杂和抽象的规则，每作出一个判决都要运用精细的算术运算。See Stith & Cabranes, Supra note 27，at 1254-1255.

[69] Berman, Supra note 34，at 443.

[70] 1995-2004 年的 10 年间，联邦、州的监狱人口和当地的监狱人口增长率分别为平均每年 7.8%、2.7%和 4.1%。 See Paige M. Harrison & Allen J.Beck, U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Bulletin: Prison and Jail Inmates at Midyear.1,2(2004,2005).

[71] 以联邦量刑指南施行后至 1998 年间的监狱增长人数为例，就可以发现越来越多的罪犯因假释违规而重返监狱。在 1990 年至 1998 年间，因假释违规而重返监狱的人数上升了 54%，即从 133870 到 206152，而法院判决的新增罪犯人数上升了 7%，即从 323069 到 347270。ID, at 6.

从刑罚的确定到执行，参与主体包括检察官、法官以及缓刑监督官等。然而，量刑指南对量刑自由裁量权的限制只是针对法官的，并不及于检察官和缓刑监督官。“对于检察官而言，需要弄清楚判决中的量刑偏差是否是特有的，因为绝大多数州没有要求检察官遵循特殊的规则或者程序作出某种判决。”[72]检察官的自由裁量权仍然保留，所产生的直接效果是，“检察官的指控和抗辩交易决定可以确定这些犯罪和罪犯的类别——特别是如果根据指南被认定有罪。”[73]当法官的自由裁量权受限制，而检察官的自由裁量权得以保留，此消彼长，那么检察官在量刑中的自由裁量权将得到强化，这会对减少量刑偏差的努力造成消极影响。“量刑指南颁布的几年来，批评人士认为预期的自由裁量权由法官转移至检察官实际上已经发生，导致量刑改革法案试图阻止的无端的量刑差距增加。”[74]这种现象同样体现在缓刑执行中。“量刑指南已经对刑事判决产生迅即而又戏剧性的影响。法官自由裁量权已经从地方法官转移到检察官和缓刑监督官。罪犯的服刑时间已经翻了一番。”[75]这样，本该由法官主导的司法自由裁量权被不恰当地转移给检察官和缓刑监督官，使得刑事司法活动的参与主体之角色发生错位，司法功能被严重削弱。

三、联邦量刑指南的强制性失效及其影响

（一）布克案与联邦量刑指南的强制性失效

一般认为，使美国联邦量刑指南由强制性规范改为参考性规范的标志性案例主要有三：阿普伦迪案（Apprendi v. New Jersey）、布莱克利案（Blakely v. Washington）和布克案。阿普伦迪案解决了形式上的法定刑上限问题，布莱克利案明确了根据量刑指南作出的超出正常范围的判决无效，布克案促使联邦量刑指南由强制性规范改为参考性规范。[76]

阿普伦迪案[77]之前，法官据以增加刑期的特定事实可以根据优势证据采信。同时，量刑要素通常被认为不同于定罪要素，无需进行合宪审查。在阿普伦迪案中，联邦最高法院肯定了无论是定罪事实还是量刑事实，均应排除合理怀疑。这意味着在每一个案件中，与定罪量刑相关的任何要素采信都需要排除合理怀疑，而不是取决于优势证据。这样，对量刑指南进行合宪审查就获得了充分理由。阿普伦迪案虽然开启了对量刑指南进行合宪审查的先河，但对司法实践的影响相对有限。主要表现在两个方面：

---

[72] Behre & Ifrah，Supra note 9，at 8.
[73] Stephen J. Schulhofer & Ilene H. Nagel, Plea Bargaining under the Federal Sentencing Guidelines, 3Federal Sentencing Reporter ., 218(1991).
[74] Diane Marks, Prosecutorial Discretion in Connecticut: A Lesson in Indirect Constraint, Federal Sentencing Reporter.209, 209 (2003).
[75] Gerald W. Heaney, the Reality of Guidelines Sentencing: No End to Disparity, 4Federal Sentencing Reporter. 142, 142(1991).
[76] See David Yellen, Reforming The Federal Sentencing Guidelines' Misguided Approach to Real- Offense Sentencing, 58 Stanford Law Review.267,272-273 (2005).
[77] See Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466 (2000).

一是合宪审查限于特殊量刑事实。即只有作为超越法定最高刑根据的事实要素，才需要接受违宪审查。“规则单纯要求检察官向陪审团提交的任何旨在提高法定最高刑的要素，须经陪审团以超越合理怀疑确定，且不适用于犯罪前科或低于法定最高刑的刑期。这种有限的影响意味着法官将继续有权按照传统方式考虑量刑因素决定绝大部分刑期并在法定范围内作出判决。”[78]许多重要问题如强制性最低刑期等是否需要进行合宪审查，未获解决。

二是合宪审查限于个案。即违宪问题仅限于阿普伦迪案，并未扩展到其他案件中，这就必然造成合宪性审查在某些特殊案件如毒品犯罪中适用受限。“根据最高法院的裁决，因为毒品数量的证据是压倒性的、无争议的，错误不会严重影响公平性、完整性或诉讼的公众声誉。因此，法院能够确定被告人的刑期，即使他们违反了阿普伦蒂案确定的新使命。”[79]

如果说阿普伦迪案的影响只限于个案的话，那么布莱克利案[80]的影响则是全面而巨大的，因为其明确了任何与惩罚有关的事实要素（犯罪前科除外）都需经过合宪审查（排除合理怀疑）或为被告承认。“布莱克利案对现代量刑系统的潜在影响的确惊人，因为判决不仅重新定义了阿普伦迪案，而且也表明作为‘惩罚的法律要素’的任何以及每一个事实必须由陪审团超越合理怀疑证实或者或为被告承认。”[81]这样一来，实质上给联邦法院适用量刑指南套上了程序的“紧箍咒”，使得它们在适用量刑指南与遵循程序规则的抉择中显得无所适从。“反映在一连串低层级联邦法院判决上，布莱克利案地震产生了巨大且具有戏剧性的法律余震。因为没有法院可以确定适用的量刑规则，也不知道规则何时或如何被澄清，联邦刑事司法进入了一个可以合理地描述为法律的无政府状态时期。”[82]于是，法院在是否适用量刑指南上呈现出多样化分歧。有的法院决定在法定范围内运用酌定量刑情节，将指南当作参考；有的法院不适用量刑指南的有关规定，除非满足程序要求；有的法院强化对加重量刑事实采信的程序规制；有的法院放弃指南并回归前指南时期的量刑模式；有的法院改变以前的量刑做法鼓励各方就加重事实达成协议；少数法院寄望于陪审团发现量刑事实，等等。[83]在这样的情况下，量刑指南的强制性被大大削弱，几乎所有人认为其强制性失效是迟早的事。

尽管布莱克利案的程序规制使得量刑指南的强制性有所降低，但在没有被废止之前，还是具有约束力的。事实上，在那些定罪量刑事实确凿清晰的案件（重罪案件多半如此）中，程序审查并无必要。同时，法院在量刑时只要避免适用未经排除合理怀疑的事实，就可以将布莱克利案的影响降到最低限度。可见，布莱克利案尽管影响巨大，但对没有直接促使量刑

---

[78] Robert S. Lewis, Preventing the Tail From Wagging the Dog: Why Apprendi's Bark Is Worse Than Its Bite, 52Case Western Reserve Law Review.599, 625 (2001).

[79] Stephanos Bibas, Back from the Brink: The Supreme Court Balks at Extending Apprendi to Upset Most Sentencing, 15Federal Sentencing Reporter.79, 80 (2002).

[80] See Blakely v. Washington,(02-1632) 542 U.S. 296 (2004).

[81] Berman, Supra note 4，at 675.

[82] Douglas A. Berman, Examining the Blakely Earthquake and Its Aftershocks, 16Federal Sentencing Reporter. 307, 309 (2004).

[83] See United States Sentencing Commission, Preliminary Findings: Federal Sentencing Practices Subsequent to the Supreme Court's Decision in Blakely v. Washington, 17Federal Sentencing Reporter.277, 277-278 (2005).

指南的强制性失效。布克案[84]意义在于，促使联邦最高法院裁定联邦量刑指南违宪而不再有强制效力，联邦量刑指南遂由强制性规范改为参考性规范，这使得美国的量刑改革正式进入后布克时代。布克案的司法效果在于，如果说法院在某种程度上可以不理会布莱克利案的裁定，却无法对布克案置之不理乃至于漠视最高司法机关的确定性裁定。“亚利桑那州、加利福尼亚州和田纳西州宁愿勉强信赖布克案却拒绝或限制布莱克利案。布克案提出了迥然不同的联邦量刑制度，所有三个州的意见是忽视差异。”[85]

（二）后布克时代美国量刑指南对联邦量刑的影响

联邦量刑指南的强制性规范虽然失效，但“它们将继续发挥一些有意义的影响”[86]。这是因为，其内容及规则和标准并非一无是处，主要在于数据化、格式化的强制性规则严重妨碍司法自由裁量权与酌定量刑情节的运用，乃至广受诟病。这就不难理解，在量刑改革时人们不是要全盘否定量刑指南，而是否定其中的不合理的规则和标准。“改革者应该避免任何诱惑，包括在任何指南改革中避免新的强制性规则妨碍司法自由裁量权。同时，立法者应该废除或限制法定强制性最低标准的影响。”[87]另外，阿普伦迪案以来确立的一些特别规则，如犯罪前科不需要通过超越合理怀疑证明、任何事实非经陪审团认定或被告承认不得被采用等，确实与联邦量刑指南相抵触，因而联邦量刑指南的强制性失效会成全这些规则的适用。然而，这些规则毕竟存在于少数案件中，故其对司法实践的影响相对有限。从理论上讲，如果摈弃其中的不合理的量刑规则和标准，并且不违背宪法规定的正当程序规则，那么联邦量刑指南还是能对很多案件的量刑发挥影响的。

后布克时代，联邦量刑指南之所以能在一定程度上继续影响量刑，主要原因在于：

首先，美国司法体系的特征决定量刑指南依旧发挥影响。如前所述，美国有两套独立并行的法院系统，即联邦法院系统和州法院系统。量刑指南的强制性无效，会对联邦法院产生直接影响，对州法院的影响相对有限。在美国，各州一般都具有自己的量刑规则，有的州的量刑指南与联邦量刑指南相类似，如明尼苏达州、华盛顿州和北卡罗来纳州等便属此类。[88]在这些州，联邦量刑指南虽然没有强制约束力，但本州的量刑指南依然具有强制效力。因此，联邦量刑指南依旧会在这些州发挥一定的影响。

其次，量刑指南的合理性能使其继续发挥影响。尽管量刑规则和标准所呈现数据化、量化不是科学、精确推导的结果，但不能否定其本身具有一定的合理性。同时，量刑指南所确

---

[84] See United States v. Booker, (04-104) 543 U.S. 220 (2005).
[85] Jefferson Lankford, the Effect of Blakely v. Washington on State sentencing, 27The Justice System Journal. 96, 99 (2006).
[86] John F. Pfaff, the Vitality of Voluntary Guidelines in the Wake of Blakely v. Washington: An Empirical Assessment, 19Federal Sentencing Reporter.202, 206 (2007).
[87] Mary Price, Everything Old Is New Again: Fixing Sentencing by Going Back to First Principles, 36New England Journal on Criminal and Civil Confinement.75, 96-97 (2010).
[88] Kilaru, Supra note 11，at 106.

定的量刑规则和标准之根本依据乃为事实，即使量刑指南成为参考性规范，法官仍将以事实为根据量刑。“法官很难忽视在审判中提出的事实，即使这些事实没有被陪审团超越合理怀疑正式证明。相应地，法官对罪犯判决会继续以他们相信存在的案件事实为基础，而不仅仅根据陪审团控诉。”[89]在司法实践中，联邦法院量刑时也在一定程度上认可量刑指南的合理性。布克案后，联邦最高法院允许地方法院在量刑时，将指南作为量刑合理性的证明的“第一个判例是瑞塔诉美国案，该案坚持上诉是基于在精确计算的指南范围内能够将合理性推断适用于判决中。这是因为量刑法院被认为已经将3553条（a）中的量刑因素考虑在内，并且在量刑委员会可接受的相同范围内行使量刑的自由裁量权。”[90]

再次，法官的潜移默化也会使量刑指南发挥影响。联邦量刑指南强制施行18年之久，对联邦法院法官以及那些以联邦量刑指南或者性质类似的量刑指南作为量刑依据的州的法官而言，在长期的数据化、量化的量刑思维引导下，其量刑的观念、意识不可避免地受到潜移默化的影响。这种潜移默化的影响，即使在量刑指南由强制性规范变为参考性规范后，依旧会对量刑产生现实作用。

最后，联邦法院的“指南情结”也是量刑指南发挥影响的原因。一方面，在联邦法院系统内，联邦法官仍然被要求在量刑时考虑指南，这使得量刑指南在某种程度上仍然发挥重要作用。“曾一度作为强制遵行的指南（尽管绝大多数观察者始终存疑）现在成为量刑参考。联邦法官仍然被要求在每个案子中考虑量刑指导，这使得联邦量刑指南（‘指引’）对于量刑判决依旧具有重要影响力。”[91]另一方面，联邦法院与地方法院对公正量刑的理解不一样，联邦法院一般坚持量刑的合理性，地方法院则主张刑罚的充足性。例如，联邦第六巡回上诉法院在美国诉福尔曼案（United States v. Foreman）中指出，“地方法院的工作不是判处‘合理的’刑期。相反，地方法院的任务是‘刑期充足，但不大于必要的’。上诉法院判断地方法院是否完成了任务的审查标准是‘合理性’。”[92]对于地方法院而言，由于联邦法院将量刑合理性作为上诉审查标准，那么对于需要上诉的案件就不得不考虑联邦法院的态度。而联邦法院所崇尚的量刑合理性又是在一定程度上以量刑指南为参照的，这使得量刑指南有时会对地方法院产生重大影响。

四、后布克时代美国量刑改革的新动向

由强制性规范改为参考性规范后，联邦量刑指南仍不乏支持者。“量刑指南也被批评为‘数字化量刑。’但那些数字，虽然有一种机械的感觉，却使量刑指南较之替代它的漫无目的、主观的和狮身人面像的‘系统’更加透明和负责任。……最重要的是，强制性指南在量刑上首次

[89] Jonathan S. Masur, Booker Reconsidered, 77University of Chicago Law Review.1091, 1101 (2010).
[90] Exum, Supra note 1，at 151.
[91] Thompson, Supra note 21, at 269-270
[92] United States v. Foreman, 436 F.3d 638, 644 n.1 (6th Cir. 2006).

设立了一些法律规则。”[93]甚至有学者呼吁，“为了法自身的目的和法所创造的利益，为了当事人和公众对司法公平管理的信任，新政府应该支持恢复强制性规则。”[94]

然而，联邦量刑指南要想回归强制性规范时代，至少目前看来是不现实的。同样，美国量刑改革也不会回归传统量刑模式时代。传统量刑模式青睐广泛运用自由裁量权与酌定量刑情节，体现的是一种依靠纯粹的直觉驱动（purely intuition-driven）的量刑模式；联邦量刑指南崇尚的是尽量限制司法自由裁量权和酌定量刑情节的适用，体现的是一种规则武断（arbitrary rule-based）的量刑模式。后布克时代，由于模范量刑指南为量刑确立一定的规则和标准，而法官又可以充分运用司法自由裁量权和酌定量刑情节，于是，直觉驱动受制于指南约束而变得理性，指南又因为法官的能动性和灵活性得到发挥而不再武断。美国的量刑改革逐渐走出了一条新的路径——在纯粹的直觉驱动与规则武断之间寻求平衡与折衷。“在刑事判决的背后指南提供了使直觉标准化的方式，参考性指南制度的施行是规则武断的量刑和纯粹的直觉驱动的量刑的折衷。”[95]

当初，弗兰克尔提倡量刑改革，主张限制司法自由裁量权与酌定量刑情节的运用，应当说有其时代意义。其贡献在于，创立规则能够使量刑者“必须审慎地评估对量刑目的的忠诚以及数据采用的根据”[96]。他的主要失败，在于方法设计有误。[97]也就是说，根据犯罪事实以及犯罪前科等量刑并没有错，但数据化、量化的规则和标准会使量刑机械化与形式化，会阻碍量刑公正的实现。因此，改革数据化、量化的规则和标准成为共识。“减少对精密而复杂的强制性量刑指令的依赖，更多地适用导向性的偏离，强化量刑的道德维度，减少量刑指南下机械式的判断，增加量刑指南的可理解性。”[98]模范量刑指南的积极意义正在于此。“法官接受后布克的量刑制度，因为它允许法官自由考虑量刑裁决中最核心的因素：即犯罪的性质和情节、公正惩罚的诉求、威慑和公众保护以及罪犯改造。”[99]于是，既要定量又要自由裁量的新型量刑模式——双轨制模式[100]逐渐在司法实践中得到贯彻，量化量刑模式和传统量刑模式从此渐行渐远。

---

[93] William Otis, Priority for a New Administration: Restore the Rule of Law in Federal Sentencing, 20Federal Sentencing Reporter.345, 345(2008).

[94] ID, at 346.

[95] Rebecca Krauss, Neuroscience and Institutional Choice in Federal Sentencing Law, 120Yale Law Journal. 367, 378 (2010).

[96] Judge Nancy Gertner, Supporting Advisory Guidelines, 3Harvard Law & Policy Review.261, 281 (2009).

[97] 有人就指出，指南在很大程度上失败，源自弗兰克尔的量刑方法存在严重缺陷。量刑不同于其他司法裁决，主要表现在三方面：一是量刑时，控方因其强势而与罪犯并非处于事实上的平等地位，因而法官的自由裁量权非常重要；二是量刑裁量不同于其他司法裁定，道德因素处于更核心地位。三是法官怜悯罪犯是恰当的，较之正义施加更少的刑期也是一般需要。See Lynn Adelmant & Jon Deitrich, Marvin Frankel's Mistakes and the Need to Rethink Federal Sentencing, 13Berkeley Journal of Criminal Law.239, 241-247 (2008).

[98] Jose A. Cabranes, The U.S. Sentencing Guidelines: Where Do We Go From Here? 44Saint Louis University Law Journal. 271, 272 (2000).

[99] William K Sessions III, the Relevance of Offender Characteristics in A Guideline System, 51Houston Law Review.1211, 1220 (2014).

[100] 所谓双轨制量刑模式，是指定量与自由裁量相结合的量刑模式。美国联邦量刑指南确立的量刑模式本属于双轨制模式，因为除了量刑的数据化、量化之外，司法机关在量刑时享有偏离指南的自由裁量权。遗憾的是，由于量刑的数据化、量化走向极致，导致司法自由裁量权与酌定量刑情节的适用严重受限，致使偏离指南自由裁量酌定情节几乎被边缘化。因此，指南确立的量刑双轨制在司法实践中始终没能实现。

后布克时代，辩证扬弃传统量刑模式与量化量刑模式的优缺成为美国量刑改革的方向。从现实情况来看，以联邦量刑指南为基础，对既有的量刑的规则和标准加以改良，似乎成为理想选择。所谓改良，实质上就是简化联邦量刑指南，为司法自由裁量权与酌定量刑情节的运用留下足够的空间和余地。可以说，布克案后随着联邦量刑指南的强制性失效，简化联邦量刑指南注定成为美国量刑改革的必由之路，指南定量与法官自由裁量并行的混合量刑模式成为美国量刑改革的目标。“布克案给了联邦量刑制度的一个新的开始。伴随着布克案，最高法院铺就了一条融合自由裁量权与指南的混合量刑制道路。”[101]

当然，如何简化联邦量刑指南显然是个十分复杂的课题。对此，美国理论界与实务界存在分歧。例如，有学者认为应当减少犯罪层级以简化量刑指导。“从简化立场出发，模范指南区别于现有指南的重要特征包括以下内容：1.在量刑网格中只保留十一个犯罪等级，而不是现有的四十三个；2.每个犯罪等级与更广泛的量刑范围相关联（犯罪等级的顶端和底限除外）；3.通过更少的特定犯罪特征强制调整犯罪等级。”[102]有学者认为，未来量刑指南应当从以下几个方面加以完善：一是以犯罪的严重性和犯罪人的历史为主要根据，改进量刑系统使之建立在简化的量刑表或网络基础上；二是赋予陪审团在事实认定上的更重要角色以约束法官的量刑裁量权；三是在简化的量刑表范围内各种指导或限制法官的自由裁量权的方法是有其存在的可能性；四是如果量刑超越陪审团裁决或认罪产生的量刑幅度，根据布莱克利案和布克案的宪法规则可以排除这种强加的判决；五是量刑裁决的合理司法解释很重要。[103]还有人认为，为了方便法院量刑，量刑委员会应当做好以下几方面工作：一是为指南的众多的策略性决定提供详细解释；二是修改那些存在广泛的司法异议的准则；三是向国会建议增强量刑指南在法官和其他利益相关者心目中的合法性。[104]

与理论上探讨如何简化量刑指南不同的是，司法实践亟需可供具体操作的量刑标准和依据。“人们只是希望，国会或者任由其发展或者经过深思熟虑讨论如何带来合理的量刑体系，以便为法院提供有益的指导，而不是狭隘地约束量刑裁决以有效地消除法官的作用。”[105]近期，对于量刑指南的决策和制定者而言，最为紧要的任务是创制出简洁实用的量刑规则和标准体系，以解决联邦量刑指南的强制性失效后所留下的空缺。“国会的政策制定者和量刑委员会应该明白，如有任何变革是必需的，至少在短期内，一个经过认真研究和慎重考虑的调整新增变化的方案，可能为后布克时代联邦量刑制度的发展提供合理的行动方向。”[106]长远来看，创设统一的刑事法典作为量刑的法律依据，不失为一种选择。“最雄心勃勃的想法是

---

[101] Gertner, Supra note 6763，at 280.

[102] Michael M. O'Hear, Guidelines Simplification: Still an Urgent Priority Post-Booker, 20Federal Sentencing Reporter.347, 347(2008).

[103] See Frank 0. Bowmen, 'Tis a Git to Be Simple: A Model Reform of the Federal Sentencing Guidelines, 18 Federal Sentencing Roporter.301, 302(2006).

[104] See Carissa Byrne Hessick, A Critical View of the Sentencing Commission's Recent Recommendations to "Strengthen the Guidelines System", 51Houston Law Review.1335, 1377(2014).

[105] Thompson, Supra note 21, at 278.

[106] Douglas A. Berman, Tweaking Booker: Advisory Guidelines in the Federal System, 43Houston Law Review. 341, 388 (2006).

由国会在量刑委员会或许美国法律研究所的协助下，彻底检修所有联邦刑事法律以创造出一部现代刑事法典。”[107]

五、美国量刑改革对我国的启示

美国早期以法官纯粹的直觉驱动为主导的量刑，在司法实践中造成不少问题。20 世纪 80 年代进行量刑改革主要围绕规制司法自由裁量权与酌定量刑情节的运用而展开。遗憾的是，联邦量刑指南过于侧重数据化、格式化的量刑规则和标准，具有鲜明的规则武断倾向，制约了司法自由裁量权的合理运用，使量刑滋生诸多问题。联邦量刑指南的强制性失效后，美国量刑改革主要是在纯粹的直觉驱动与规则武断之间寻求平衡与折衷。不过，如何平衡两者，怎样把握定量与自由裁量并行的尺度，对量刑而言绝非易事。这也使得布克案至今的 10 年来美国量刑改革基本归于“平静”。这并非说美国量刑改革在布克案后停滞不前，而是因为在传统量刑模式与量化量刑模式的磨合期间，人们更多地是对不同量刑模式进行反思。在尚未制定出切实可行、可供操作的方案前，联邦法院和州法院在量刑模式的选择上不可避免地呈现出“百花齐放”态势。后布克时代，美国量刑改革的最大成果，是人们普遍认识到程序规制在确保量刑公正与司法公正上的重要性。“琼斯案、阿普伦蒂案、布莱克利案和布克的裁决，以及它们帮助产生的在量刑政策、实践和程序上的重新辩论，能够且应该有效地激励立法机构、量刑委员会和法院就迄今都未曾在现代量刑改革运动中深思的程序问题，进行一场期待已久的政策性对话。所有这些裁决将真正表明一种‘分水岭’式的发展，如果它们不仅给现代量刑方案提出的重要程序问题带来所需的亮点，而且也要设法推动健全的程序改革，最终由最高法院确立任何超越宪法的最低界限。”[108]

纵观美国量刑改革的历程及其现状，应当说留下了许多宝贵的经验教训，对我国正在进行的量刑改革无疑有着重要的启示。当前，从我国现行刑法的规定和司法实践中的情形来看，依然存在不少问题，需要在未来的改革中加以完善。其中，较为突出的有：

（一）量刑存在定量或自由裁量两极化现象，容易纵容量刑失衡乃至走向极端

近年来，我国大力推进量刑改革，旨在通过限制司法自由裁量权以防止量刑偏差，实现量刑均衡与一致，最终实现量刑公正与司法公正。但是，在量刑改革过程中就出现过于侧重量化模式等现象，乃至走向极端。例如，继理论界有学者提出的电脑量刑之后，山东淄博某基层法院曾创立了一套电脑量刑系统，力求做到量刑准确、精致，实现量刑均衡与一致，避

[107] William H. Pryor Jr., Federalism and Sentencing Reform in the Post-Blakely/Booker Era，8Ohio State Journal of Criminal Law.515, 527 (Spring 2011).

[108] Berman，Supra note 4, at 688.

免“同罪不同罚”现象。[109]后来，由于遭致诸多质疑，电脑量刑逐渐淡出理论界与实务界的视野，这表明排斥自由量刑权的纯粹量化量刑模式在现实中是难以行得通的。

除了理论上及司法实践中出现过电脑量刑这种相对绝对的量化量刑现象外，我国刑法中还规定不少单一的量化量刑标准（如以数额等作为唯一量刑依据），在财产犯罪、经济犯罪以及毒品犯罪等具体犯罪中体现较为明显。同时，在具体的量刑制度方面，刑法规定也呈现出从纯粹的直觉驱动到规则武断的极端化现象，给司法实践带来巨大的困惑。刑法规定的酌定减轻处罚就是典型例子。1979 年刑法第 59 条规定，“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，如果根据案件的具体情况，判处法定刑的最低刑还是过重的，经人民法院审判委员会决定，也可以在法定刑以下判处刑罚。”根据该规定，酌定减轻处罚适用的实质条件是“案件的具体情况”，程序条件是“经人民法院审判委员会决定”，均具有极大的概括性与含糊性，几乎都是依靠法官或者司法机关自由裁量来决定的。换句话说，只要法官根据具体案情认为可以减轻处罚，并报经本级人民法院审判委员会决定，就可以酌定减轻处罚。这种依靠纯粹的直觉驱动进行的酌定减轻处罚，一度导致酌定减轻处罚适用非常泛滥，引起广泛的社会关注。为了避免法官滥用酌定减轻处罚，现行刑法第 63 条第 2 款规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。”据此，酌定减轻处罚适用的实质条件是“案件的特殊情况”，根据全国人大常委会法工委的有关答复，是指国防、外交、民族、宗教等的需要。[110]程序条件是“经最高人民法院核准”。如此苛刻的实质条件与程序限制，具有鲜明的规则武断特征，无疑走向了另一极端，有矫枉过正之嫌。其结果是导致司法实践中的酌定减轻处罚急剧下降，甚至在有的省市历经多年也只是个别现象。例如，2003 至 2011 年，江苏省法院经报核在法定刑以下判处刑罚的案件仅有 1 件。[111]

根据美国量刑改革的经验教训，今后我们应当尽量避免规则武断式的量刑制度、绝对化的量刑依据和格式化、数据化的量化量刑标准，同时也应当避免容易纵容自由裁量权的量刑制度和规定。对于现行刑法规定的规则武断式的量刑制度、绝对化的量刑依据和格式化、数据化的量化量刑标准，能修改、完善的应当在条件成熟时加以修改、完善，以便适当赋予法官自由裁量权；对于容易纵容自由裁量权的过于模糊、概括的量刑制度和量刑依据、标准，亦应当酌情对其适用条件加以适当的限定。这样能有效防止量刑被规则武断或者纯粹的直觉

---

[109] 山东省淄博市淄川区人民法院研制了一套“电脑量刑”法律软件，力图使复杂的量刑问题明确化、精确化，以避免同案不同刑现象。有记者就目睹过一起交通肇事案量刑的庭审全过程，被告人是李某。在查明李某的基本犯罪事实后，法官打开“电脑量刑”主页，选择“交通肇事罪”一栏，输入“交通肇事致一人死亡”的犯罪事实，屏幕上立刻显示出“基本刑期一年”的提示。法官又在酌情情节中输入“肇事者负 90%责任”，屏幕显示出“增加 9 个月刑期”的字样；再输入“主动全部赔偿”和“自首”等情节，又分别显示出减少刑期 25%、15%等的字样。最后，电脑算出刑期是 12.6 个月，拟判刑期为 1 年零 1 个月。参见冉多文：《电脑量刑能否避免同案不同刑——淄川法院探索刑事审判量刑标准化》，《法制日报》2016 年 8 月 2 日。

[110] 全国人大常委会法工委就冯洲受贿案答复最高人民法院中称：“1997 年刑法第六十三条第二款关于因‘特殊情况’在法定刑以下判处刑罚的规定，主要是针对涉及国防、外交、民族、宗教等极个别特殊案件的需要，不是对一般刑事案件的规定。”参见苏泽林主编：《最后的裁判：最高人民法院典型疑难百案再审实录·刑事与合同案件卷》，中国长安出版杜 2007 年版，第 15 页。

[111] 参见公丕祥：《完善法定刑下判处刑罚的核准制度》，《中国审判》2011 年第 4 期，第 11 页。

驱动，使量刑能够坚持定量与自由裁量并重，避免有所偏颇乃至走向极端。

值得欣慰的是，2014 年由最高人民法院颁布并于在全国全面推行的《关于常见犯罪的量刑指导意见》（以下简称《指导意见》）显然是排斥纯粹的直觉驱动或者规则武断式的量刑模式的。理由在于：一方面，《指导意见》强调量刑"该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪"，并通过对常见量刑情节以及常见犯罪的量刑采取量化、数据化的方式，限制司法自由裁量权，防止量刑偏差。另一方面，《指导意见》又强调"量刑要客观、全面把握不同时期不同地区的经济社会发展和治安形势的变化，确保刑法任务的实现"，这给法官自由裁量留下了充分余地。《指导意见》还明确规定要"实现惩罚与预防犯罪的目的"，"确保裁判法律效果和社会效果的统一"。而强调法律效果与社会效果的统一，意味着量刑时既需要对法定量刑情节适度定量，以避免量刑的纯粹直觉驱动，也应该根据社会需要对酌定量刑情节实行自由裁量，防止量刑的规则武断。《指导意见》的目标在于通过规范量刑准则和标准，促使司法自由裁量权与酌定量刑情节得以恰当、合理地运用，以实现量刑公正与司法公正。由于《指导意见》刚实施不久，其后续效果还有待观察。

不过，从《刑法修正案（九）（草案）》（以下简称《草案》）的修改内容来看，至少在立法上业已显露出积极苗头，即量刑摈弃过于绝对化的标准和原则。例如，《草案》对组织卖淫罪的加重处罚条件，不再限定为五种特定情节，而是规定为"情节严重"；又如，《草案》对贪污罪定罪量刑标准的修改也体现了量刑摈弃定量化的倾向：一方面，《草案》摈弃了单一的数量化定罪量刑标准，增加了情节标准。即将现行刑法规定的"贪污数额不满 5000 千元，情节较重的、数额在 5000 元以上不满 50000 元的、数额在 50000 元以上不满 100000 元的、数额在 100000 元以上的以及情节特别严重的"，修改为"数额较大或者有其他较重情节的、数额巨大或者有其他严重情节的、数额特别巨大或者有其他特别严重情节的、数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的"。另一方面，《草案》摈弃了绝对确定的量刑依据和标准。即将"情节特别严重的，处死刑，并处没收财产"修改为"数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产"。当然，《草案》也适当限制了自由裁量权。现行刑法对贪污罪的量刑没有具体规定，这在某种程度上赋予法官较大的自由裁量权。为了避免自由裁量权滥用，《草案》特别规定了一些具体的量刑依据，即"在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，避免、减少损害结果的发生，有第（一）项规定情形的，可以从轻、减轻或者免除处罚；有第（二）项、第（三）项规定情形的，可以从轻处罚。"可以说，《草案》对贪污罪定罪量刑依据和标准的修改，无疑为公正量刑与公正司法打下了良好的法律基础，具有重要的现实意义。

（二）没有设立量刑改革的专门负责机构，难以应对司法实践的具体需要

世界上大多数国家进行量刑改革都会设置专门的负责机构，如美国、加拿大、韩国的量

刑委员会、南非、新西兰的法律委员会等。美国进行量刑改革时，量刑委员会通常会根据具体情况或者现实需要，及时修改量刑指南过时的或者不合理的规定，确保量刑公正。根据弗兰克尔的设计，创设量刑委员会是因为需要其履行特殊的使命。“作为政治绝缘并享有规则制定权的量刑委员会的最初支持者，弗兰克尔法官描述他的建议如下：‘该委员会作为常设机构负责（1）研究量刑、修正和假释；（2）制定研究所确立的法律和规则；和（3）接受国会和法院的惯例审查而制定现行规则。’”[112]应当说，设置量刑委员会是非常必要的。以制定量刑规则和标准以及修改量刑规则和标准为例，众所周知，由于量刑依据和标准情节是千变万化的，在司法实践中会不断的涌现；同时，在不同的时期、不同的地域同样的量刑依据可能会对量刑产生不同的影响，等等。同时，量刑有时也需要回应公众诉求，体现大众情感的需要与价值取向，避免司法人员“闭门造车”而在量刑中忽视价值评价。“量刑委员会在切实可行范围内尽快但须在 1992 年 9 月 15 日之前，接受 1993 年修正周期的信息收集阶段的公众评论，以便委员会在 1993 年修正周期的工作中给予最有效地考虑。”[113]这些工作注定是繁复、庞杂的，由专门机构负责理所当然。联邦量刑指南的多次修改与完善，就足以证明量刑委员会的重要性。例如，自 1988 年 1 月 15 日生效后至 2006 年，美国联邦量刑指南共修改了 32 次，其中仅 2003 年就修订了 5 次之多。[114]可见，设置专门的负责机构应对司法实践的要求，能使量刑更真实地反应现实需要，有利于公正量刑。

遗憾的是，从推行量刑规范化改革试点至今的十余年来，我国始终未能设立专门负责与量刑密切攸关事宜的专门机构。目前，量刑改革主要由最高人民法院主导，具体负责量刑改革的部门则是最高人民法院刑事审判第三庭。该庭是最高人民法院的一个业务庭，很难及时采取相应的对策和措施反应司法实践以及公正量刑的需要。美国量刑改革的经验表明，量刑作为一项复杂、浩大的系统工程，离不开专门机构负责。主要原因在于：

1.我国幅员辽阔，各地情况千差万别，需要进行针对性的调查、研究和分析

众所周知，我国幅员辽阔，社会经济发展状况以及治安状况等不一雷同，道德伦理、民俗风情等千差万别。即使是同样的量刑情节，在不同的地域、不同的群体中所体现的社会危害性也应当有所不同。因此，确定量刑依据、标准以及规则等离不开大量的调研、分析和论证。如果没有专门机构负责并组织专门力量加以实证调研和分析，并采取相应的措施和对策，将很难满足司法实践中量刑的多样性与复杂性的需要。

2.量刑依据、标准以及规则等需要频繁修正、完善，离不开专职机构

只有设置专门的量刑机构，配备并且组织专业人员加以研究、分析，才能准确反映与回应现实需要，适时调整量刑的规则和标准使之更为科学化、合理化，使刑法、司法解释和《指导意见》有关定罪量刑的规定得以不断充实、改进和完善。在司法实践中，我国刑法或者司

---

[112] Michael H. Tonry，The Sentencing Commission in Sentencing Reform, 7Hofstra Law Review. 315,316（1979）.
[113] William W. Wilkins, United States Sentencing Commission (57 FR 32246) July 21, 1992, Federal Sentencing Reporter: September / October 1992. 119（1993）.
[114] 参见张天虹：《量刑公正论》，法律出版社 2012 年版，第 137 页。

法解释等一经确立定罪量刑依据和标准，通常若干年保持不变，这与美国对联邦量刑指南的及时修改和完善形成鲜明对比。例如，在“许霆案”中，一审将 1998 年的“数额特别巨大”标准适用于 2006 年发生的案件中，完全忽视自 1998 年以来我国物价快速上涨以及涉案财产所体现的社会危害性大幅降低的事实，造成量刑不公乃至引发民众普遍不满在所必然。尽管造成这种现象的原因很多，很可能并非司法机关没有注意到相关问题，因为即使注意到也没有专门力量来胜任定罪量刑的依据和标准的修正与完善。换句话说，缺乏专门负责的机构恐怕是重要原因之一。因此，设置专门的量刑机构来修正定罪量刑标准是很有必要的。

3. 建设法治中国需要量刑公开，回应公众诉求，因而需要专门机构予以负责

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》在阐述推进法治中国建设时指出：“推进审判公开、检务公开，录制并保留全程庭审资料。增强法律文书说理性，推动公开法院生效裁判文书。……广泛实行人民陪审员、人民监督员制度，拓宽人民群众有序参与司法渠道。”这意味着未来我国刑事司法改革的方向，是要将司法活动以及生效的裁判文书公之于众，使公众能够充分了解司法的运作并直接审视裁判结果，并创造条件让公民广泛有序地参与、监督司法活动及过程。而刑事司法活动历来是公众关注的重点。例如，2010-2013 的五年间，由《人民法院报》主导评选的中国十大典型案件中，刑事案件所占的比例分别为 90%、60%、60%、70%。[115]这样，刑法及刑事司法将有可能面对更多、更广泛的公众舆情，量刑也不例外。因此，充分分析公众舆情并回应公众诉求，酌情吸纳公众评价，是量刑必须面对的环节，也是公正量刑与公正司法的保证。这样的工作显然不可让法院的业务庭来负责，设立专门机构负责无疑是最佳选择。

4. 立法机关或者司法机关不具备专司负责与量刑相关的各项工作的条件

立法机关主要从事立法工作，这同样是项重大、复杂的工作，能做好立法工作对立法机关而言已经不容易。美国的量刑改革经验证明，立法机关（国会）通常没有足够的实力胜任繁复庞杂量刑工作，“因为国会没有时间或专业知识研制指南本身”[116]。司法机关同样如此。如前所述，最高人民法院刑三庭虽然就量刑改革做了一些卓有成效的工作，但无论从其职能、人员组成以及专业化程度来说，都不足以担当起专业的量刑改革的重任，从《指导意见》出台及其内容来看，就足以证明这一点。只有在立法机关和司法机关之外设置专门负责的量刑机构，才能有效应对与量刑密切攸关的各项工作。

从美国量刑改革的经验来看，量刑委员会设立后，其职责主要是评估量刑指南对刑事司法制度的影响，建议国会就刑法和量刑问题有关的问题法律的修改或制定向国会提出建议，建立对量刑问题的研究和发展计划，并执行其他相关职责。同时，在具体执行职责时，量刑委员会要向联邦法院以及美国颁行缓刑制度指南，以便在决定刑事案件的刑罚、有关量刑指

[115] 参见《人民法院报》2014 年 1 月 3 日第 01 版、2013 年 1 月 6 日第 01 版、2012 年 1 月 6 日第 01 版、2011 年 1 月 6 日第 01 版。

[116] Geoffrey P. Miller，Separation of Powers and the Sentencing Commission，1 Peview of United States Supreme Court Cases.23,24(1988).

南的一般政策声明、缓刑考验期恰当适用的政策声明以及监督解除和撤销缓刑上有所商讨。这些量刑指南和政策声明的设计，是基于以下需要：进一步处罚、威慑、剥夺（犯罪能力）和康复目的；促进公平以迎合量刑目的；避免莫须有的差距；涉及刑事司法程序时反映人类行为的知识进步。[117]

（三）《指导意见》存在诸多问题，难以应对公正量刑的需要

2014 年 11 月，笔者应邀参加最高人民法院刑三庭与西南政法大学联合举办的"规范量刑理论与实践研讨会"，不少理论界与实务界的与会同志就《指导意见》的某些规定提出质疑。例如，常见量刑情节中的不同量刑情节的百分比幅度以及常见犯罪的量刑起点，是如何得出的？是否合理、科学？等等。虽然说这些问题中有些未必客观，但《指导意见》存在不少问题是不争事实。主要表现在：

1.量刑指导原则之间存在不协调

《指导意见》规定的第一个量刑原则是，"量刑应当以事实为根据，以法律为准绳，根据犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度，决定判处的刑罚。"这一原则的法律依据无疑是刑法第 61 条规定。然而，《刑法》第 61 条的规定显然在价值评价上存在缺漏。"在现实生活中，体现国家和社会惩罚和预防犯罪需要的情节复杂多样，即便在司法实践中也难以穷尽，更毋庸说通过刑法将之规定详尽。这意味着，刑法规定的价值评价因素是相对典型的、有限的。在这种情形下，如果局限于'以事实为根据，以法律为准绳'，必将无视诸多价值评价因素的客观存在，导致量刑的价值判断在一定程度上缺失，不利于实现量刑公正。"[118]既然刑法第 61 条规定的以（犯罪）事实为根据、以法律（刑法）为准绳存在价值评价上的缺漏，那么《指导意见》规定的第一个量刑原则显然也存在同样的缺陷，即容易导致量刑的价值评价缺失。但是，根据《指导意见》规定的第四个量刑原则，"量刑要客观、全面把握不同时期不同地区的经济社会发展和治安形势的变化，确保刑法任务的实现"。这一规定显然要求量刑客观、全面地体现价值评价，显然不仅仅局限于犯罪事实与刑法规定。如此看来，《指导意见》规定的量刑原则之间是存在不协调之处的。由于根据哪个量刑原则都是合理的，这样一来原则之间的不协调极有可能影响量刑的均衡与一致，不利于量刑公正。

2.《指导意见》适用与刑法适用存在冲突

《指导意见》具体规定 14 种常见量刑情节的适用和 15 种常见具体犯罪的量刑，如果从试点的角度看似乎有一定道理。但是，如果从刑法适用的角度来看，则明显存在问题。且不说《指导意见》所筛选的 14 种常见量刑情节和 15 种常见具体犯罪是否科学、合理，是否具有典型意义，仅就其单独罗列出来予以特别对待，本身就存在问题。因为，对于其他没有归入其内的量刑情节和犯罪而言，这是极不公平的，并导致《指导意见》与刑法在适用上产生

[117] See United States Sentencing Commission，2005-2006 U.S. Government Manual. 80,81（2005）.
[118] 彭文华：《量刑的价值判断与公正量刑的途径》，《现代法学》2015 年第 2 期，第 105-106 页。

冲突。“具体就个案中个罪量刑的法律适用来说，任何一个量刑法律的适用，都需置于《刑法典》的有机体系中，根据个案个罪及某个具体量刑情节等具体情况，适用《刑法典》中的所有相关规定。由此可知，在适用量刑法律的具体规范时，将某一量刑法律规范从刑法系统中抽离出来进行孤立适用，或者仅就部分条文之间的联系进行梳理而没有兼顾其与整个刑法体系内在联系的片面适用，都会导致量刑法律适用的不完整，从而与刑法典体系下的法律适用规则相冲突。”[119]

3.《指导意见》在具体量刑规则和标准等的设置上也存在问题

一方面，“《指导意见》在对常见量刑情节的适用进行规范时，只是规定了单纯的减免尺度和标准，缺乏相对具体、详细的技术规制，导致将许多问题推给法官自由裁量，从而留下缺憾。”[120]例如，《指导意见》规定：“重大立功的，可以减少基准刑的 20%-50%。”“因如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减少基准刑的 30%-50%。”其中的“减少基准刑的 20%-50%”、“减少基准刑的 30%-50%”是如何推断出来的？而且，重大立功与重大自首的减少基准刑的比例分别是 30%-50%和 20%-50%，这样的一个比例和尺度是否客观、合理地体现了两者在量刑中的价值，显然是个问题。另外，《指导意见》在加减刑罚时有时幅度很大，会造成量刑上的尴尬。一个显而易见的问题是，若存在两个情节可减少基准刑的比例分别较大（如分别是 50%和 60%），或者存在多个减轻情节时，减少的刑罚比例很可能大于 1，如此最后判处的刑罚可能为负数，这显然让人难以接受。总之，《指导意见》在一些具体问题上留下不少缺憾是显而易见的，未来很有必要加以改进和完善。

（四）缺乏系统的程序规制，使量刑失去必要的制度保障

联邦量刑指南虽然规定了判决前的报告、报告公开以及争议问题解决等程序性规则，但总体而言较为简单，缺乏全面、系统的规制，这可以说是美国联邦量刑指南的主要缺陷之一。在大多数案件中，获取人们高度信赖的要求仍然是模糊性，仅仅在关键节点有确定的程序规制，缺乏明确、清晰、系统的程序规则。“在 Umaña 案中，法官再次通过分离程序先决条件成就‘可靠’的死刑判决。大多数案件仅仅需要在每个裁决点上适当调节自由裁量的程序：程序必须事前规定死刑是犯罪允许的处罚有资格约束自由裁量权，一旦被告被判处死亡适格（扩大自由裁量权选择），需要确保考虑所有与刑罚选择有关的证据。”[121]其实，就量刑程序本身而言，关键问题不在于有无程序规制以及程序规制的众寡，而在于量刑程序的完整性、体系性与有效性。这是因为，不同的程序权利具有不同的价值和意义，在量刑时发挥不同的作用，不能顾此失彼。“不同的程序权利服务于不同的目的，有的程序权利是为了寻求实现

[119] 石经海、严海杰：《中国量刑规范化之十年检讨与展望》，《法律科学》2015 年第 4 期，第 176-177 页。
[120] 彭文华：《布克案后美国量刑改革的新变化及其启示》，《法律科学》2015 年第 4 期，第 141 页。
[121] Criminal Procedure - Confrontation Clause-Fourth Circuit Finds No Right to Confrontation During Sentence Selection Phase of Capital Trial . ——United States v. Umaña, 750 F3d 320 (4th Cir.), reh'g en banc denied, 762 3d 413 (4th Cir. 2014)，128 Harvard Law Review. 1027，1033（2015）.

多重目标。例如，在法庭上对抗权增加针对被告的证据的可靠性，排除合理怀疑权确保在解决证据评估误差上有利于被告和维护政府的合法性。因此，在量刑中加强对抗权较之要求对量刑事实排除合理怀疑更为重要。”[122]

后布克时代，美国量刑改革开始重视上诉审查、量刑的信息系统建立等，在某种程度上是对前期的量刑改革的矫正。不少学者还提出了颇有针对性的建言。“该问题的倡议者提出了修改联邦量刑程序的四种基本建议：（1）要求政府提示被告人注意导致量刑争议的、会增加其刑罚的一切量刑因素；（2）建立证据呈示程序赋予被告事先获得所有与量刑有关的信息和证据的权利；（3）增加量刑中的证明负担，从目前的优势证据标准转向‘明确和令人信服的证据’或‘超越合理怀疑’；（4）提高量刑中需要考虑的证据质量，通过（a）改变量刑证据的认定标准，和（b）使一些或所有的联邦证据规则适用于量刑听证会。”[123]相比之下，有些国家在量刑的程序规制上的作为要好的多。例如，英国的量刑改革则非常强调上诉审查的功能与作用。“上诉审查在某种程度上可以扩大引导量刑的自由裁量权，在特殊案件中对每个个体以合适的方式量刑，保留这种自由裁量权是必需的。像这样基于遵从而盲目接受建立在推定基础上的制度模式，不仅不准确，而且可能导致对上诉阶段对进一步促进量刑的一致与公平的目标的量刑改革的排斥。”[124]

崇尚程序是现代刑事诉讼的特征。量刑程序模式是量刑程序规范化改革的关键问题。[125]就我国的量刑改革而言，缺乏系统、独立的程序规制无疑是《指导意见》的最大缺憾之一。量刑时实体规制再科学、再合理，缺乏应有的程序保障也难以充分体现公正。“有意义的司法程序的保护在量刑时必不可少的。公平的判决应通过提供可靠的事实发现机制给予保证。”[126]虽然两高等五部门颁布的《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》等规定了一些与量刑有关的程序要求，如事实调查、证据采信以及量刑说理等，但总体而言是零散的、指导性的，既不具体也不系统，缺乏可操作性，在约束力上也缺乏相应的程序保障。例如，对于案件事实、犯罪事实、定罪事实与量刑事实的关系以及被害人参与量刑活动的问题，就缺乏具体规范。[127]又如，对律师量刑辩护的程序保护就有待加强。“在《量刑程序意见》试行过程中,有必要对保障律师量刑辩护的方式进行探索。比如,在法院送达起诉书副本和量刑建议书之后,辩护律师可以就量刑证据进行专门调查工作,法院应为这种调查提供必要的保障和便利;法院在开庭前可以组织控辩双方进行必要的证据展示活动,使辩护律师在获悉公诉方量刑建议和全部量刑证据的前提下,进行充分的量刑辩护的防御准备工作;在法庭审理过程中,

---

[122] CarissaByrne Hessick & F. Andrew Hessick, Procedural Rights at Sentencing, 90Notre Dame Law Review. 187,233-234（2014）.

[123] Frank 0. Bowman,III, Completing the Sentencing Revolution: Reconsidering Sentencing Procedure in the Guidelines Era,12Federal Sentencing Reporter.187,188（2000）.

[124] Briana Lynn Rosenbaum, Sentencing Appeals in England: Promoting Consistent Sentencing Through Robust Appellate Review, 14Journal of Appellate Practice and Process.81, 157 (2013) .

[125] 张月满：《量刑程序论》，《法学家》2011 年第 4 期，第 174 页。

[126] Casteel etc.，Supra note 18, at 341.

[127] 李玉萍：《中国法院的量刑程序改革》，《法学家》2010 年第 2 期，第 53-54 页。

被告人及其辩护人要求就新的量刑证据进行调查核实工作的,法院无正当理由不应予以拒绝。”[128]此外，缺乏相应的程序法保障也是一个不容忽视的问题。客观地说，量刑程序也是刑事程序的环节之一，理当在刑事诉讼法中有所明确。遗憾的是，我国现行刑事诉讼法虽规定的程序制度和规则，主要是基于如何追究刑事责任而设置的，对量刑程序并没有作出相对具体的规定。即使有相对独立的《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》加以规定，但由于刑事诉讼法缺乏相应的规定，其约束力和权威性自然也难以同刑事诉讼法的规定相比肩。在这样的背景下，鉴于司法实践在量刑问题上历来重实体、轻程序，故而使并不精致的量刑程序在执行上大打折扣当在情理之中。

总之，加强量刑的程序制度建设，制定具体的、可供操作、卓有成效的程序规则和制度，应当成为未来我国量刑改革重要内容之一。只有将实体规范与程序规制有机地结合起来，才能有效实现量刑公正与司法公正。

The History, Current Situation of the Federal Sentencing Guidelines and New Trend of Sentencing Reform in U. S.

Abstract: The Federal Sentencing Guidelines of U.S. had its certain limitations when it was enforced, so it failed to eliminate sentencing deviation and realize the goal of balance and consistent to sentencing. Questions which the Federal Sentencing Guidelines lead to includes: facing the unconstitutional accusation; reducing antagonism of the court; limiting judge's subjective initiative and creativity; confronting with unsustainable for formatting and data in sentencing; bringing mountain-like pressure to participants in the proceedings; increasing the cost of justice. The Federal Sentencing Guidelines still influences sentencing in judicial practice. The trend of U.S. sentencing reform is seeking balance between the traditional sentencing model and quantify penalty sentencing patterns. The main problems of China's sentencing reform lie in: sentencing tends to polarization of quantitative or discretion which condones easily to unbalanced sentencing and tempt it to the extreme; the institutions which is responsible for sentencing reform being not set up; it is difficult for "Guiding opinions" to deal with the need for fair sentencing because it has many problems; lacking holistic procedural regulation.

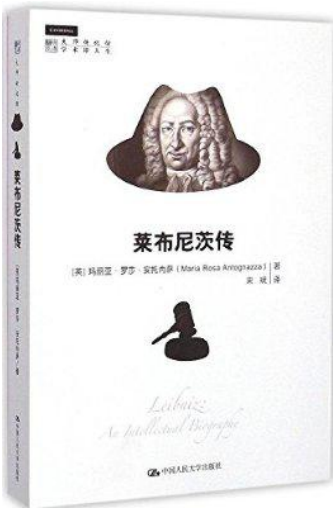
Keywords: the reform of sentencing the Federal Sentencing Guidelines of U.S. dual track system of sentencing Procedural Regulation

[128] 陈瑞华：《论相对独立的量刑程序——中国量刑程序的理论解读》，《中国刑事法杂志》2011 年第 2 期，第 14 页。

欧洲的育才环境

——推荐安托内萨《莱布尼茨传》

张成敏 *



一位天才需要怎样的环境才能成为“最伟大的智者”（施彭格勒评价莱布尼茨的用语）？解答这个问题或许对我们做老师和父母的人有启发。

首先他需要一个极为令人满意的家庭背景，莱布尼茨的父亲是大学的精算师、道德哲学教授、大学公证员，他结了三次婚（两任妻子病亡），第一次婚姻给莱布尼茨带来了一个神学博士姐夫，第二次婚姻给莱布尼茨带来了一个出版商书商外公——有意义的是他无所不包的杂书储藏，第三次婚姻莱布尼茨的外公是莱比锡最有名的律师和法学教授，外公去世后，莱布尼茨母亲的监护人是另一位法学教授，同时还有一位神学教授。为了让莱布尼茨这孩子获得世界上更多的关爱，上帝让他父亲在他 6 岁时去世，莱布尼茨在最好的拉丁学校学习后，15 岁时享受教授遗属特权进入了德意志最好的大学——莱比锡大学。在 15 岁以前，他已经精通拉丁文，13 岁时他一个上午就创造了 300 多首六步格拉丁诗，同是这一年，他在学习亚里士多德逻辑之后已经开始着手改造亚氏逻辑，此外，他还需要获得借住他们家的学生不经意遗落的两本书，使他对历史感兴趣，他还需要一位卓越的邻居说服他的家人开放莱布尼茨父亲的图书馆，以让这个孩子无所不读。从 15 岁开始他的学习就与我们现代大学教授的

* 张成敏：苏州大学王健法学院教授、硕士生导师。

工作差不多了，从培根、开普勒、伽利略到笛卡尔，他的哲学、神学、物理学都是高级学习，他的老师是托马修，托马修是德国启蒙运动的先驱。只用了 19 个月他就开始了《有关个体性原则的形而上学论辩》的哲学学士学位答辩，论文非常优秀。十天后，他注册了耶拿大学夏季学期。而后他回莱比锡大学攻读更高一级哲学学位，同时攻读法学学位——家族引力是明显的，而一位莱比锡高级法院的陪审法官经常给他读判例。他 18 岁取得哲学硕士学位，第二年获得法学学士学位，第 3 年他申请法学博士学位，莱比锡大学以年龄太小为由拒绝了，莱布尼茨跑到阿尔多夫大学注册，20 岁获得法学博士，随即这个大学就要聘他为教授，他说他想去更远的地方旅行（世界那么大，我想去看看，这种潇洒早就有了），拒绝了聘任——要知道黑格尔从收费讲师到聘任教授经历了多么艰难的过程。莱布尼茨的博士论文是《关于法律中的模糊案例的讨论》，评价很高。不过我现在知道了 20 岁的人解读普罗塔哥拉悖论是不成功的（我以前一直以为是做了上诉法院顾问的老年莱布尼茨写的），甚至是有些愚蠢，他居然说普罗塔哥拉的学费诉讼不能受理，他没有看出普罗塔哥拉挑战的是“胜诉”这个概念，他也没有看出合同和判决具有关联变化。更大胆的是，21 岁他写出《法学学习及教育的新方法》，他没有教过一天法学院就开始指点法学院。不过这篇论文构成下一轮机会。威尔.杜兰特说，莱布尼茨获得了当时可能有的任何教育机会。

莱布尼茨的第一个薪酬工作是纽伦堡炼金术协会秘书，这是职业导师们想不出来的。然后他又要去旅游，在旅游过程中他探知了美因茨大主教重编法典的宏伟计划，他就用那篇指导法学院的论文吸引了肖伯恩，成功地被聘用。5 年中他研究了民法改革、自然法原理、神学、物理学、哲学方法、医学，他还抽出时间研究了战争，而他提出的法国占领埃及的计划，本来目的是为德意志避祸，但路易十四却非常看重这个计划，于是莱布尼茨以外国智囊的身份向巴黎进军，而他真正的稻粱谋是为他的雇主向法国政府讨债……讨债是不成功的，尽管他是法学博士。他爱上了法语，他以后的书都用这种语言写作，他又爱上了数学，而且得到当时最伟大的科学家惠更斯的指导，不经意他发明了微积分，而符号算法比牛顿要优越，他制造了可以做乘除法的计算器，他实际上同时是数理逻辑（符号逻辑）体系和计算机概念的预言者……对于达尔文来说，幸运的是没有人为莱布尼茨提供远航的机会，不然他可能也是进化论体系的创造者，莱布尼茨说，他最适合做一个生物学家。

《莱布尼茨传》这本书的作者究竟能不能理解莱布尼茨，我们只需要看一段话就行了，她写道：“从普罗塔哥拉、柏拉图、亚里士多德到格劳秀斯、霍布斯、伽桑迪”，比较这一段话，你会发现中国流行的法理学总是少了两个人，一个是普罗塔哥拉，一个是莱布尼茨。如果法学院的学生认真读一下莱布尼茨传，再去考考某些法学老师，可能情况很尴尬。莱布尼茨是从任何一个近代学科都可以接近的人，如果我们只是听说哲学的莱布尼茨，不知他数学怎么样，知道他物理学怎么样，不知道他逻辑怎么样，知道他建立了柏林学院却不知道他外交怎么样，这都是一种文化缺点，因为莱布尼茨就是典型的欧洲文化微缩版，不读莱布尼茨不能理解现代科学是怎么联系的。

我觉得，老师和普通父母大概也不期待遇到个天才，但是我们可以看见的关系是明显的：只需要给孩子找到莱布尼茨生平中的一个机会、一种契机就很不得了，莱布尼茨的最佳成长基础是“教育人际关系”，也许他就是神的宠儿，但神同时也向我们暗示，总有教育人际关系是少年、青年可以利用的，或许我们找一个书法班或者舞蹈班的努力要比我们领悟一个好的教育人际关系更来劲些。

莱布尼茨唯一缺乏的是爱情，他比边沁好一点，他在 50 岁的时候求过一次爱，而边沁在 50 岁和 80 岁求过两次爱，都是光棍一生。希望这个不影响读者喜欢莱布尼茨。

顺便说一下，麦克唐奈/曼森所写的《世界上伟大的法学家》，莱布尼茨、培根都在其中，各有专章记叙，法学教科书上却翻不到他们的名字。

我国司法模式的历史变迁与当代重构

——政治视野的考察

瞿郑龙*

摘 要：建国以来，我国的司法运作深受政治逻辑的型塑，政法传统根深蒂固。我国政治经历了从革命政治到治理政治的转换，与之相应，我国的司法模式经历了从革命化司法模式到治理化司法模式的变迁。革命化司法模式以司法践行革命、以革命消解司法，具有强烈的司法虚无主义倾向；治理化司法模式强调通过司法进行国家治理，具有浓重的实用工具主义色彩；其共同根本问题在于不足以约束国家公权、保障公民权利。未来我国应当以权利政治为基础变革旧有司法模式，构建权利化司法模式，重塑新型法政传统。

关键词：政治 司法 革命 治理 权利

导论

作为现代法治率先垂范的西方国家，在其主流法治话语中始终标榜司法独立于政治的法治原则以致近乎意识形态地步，尽管对其客观司法实践如何，人们存有严重分歧；然而，这套现代西方司法原则却在当代中国司法实践中遭受冷遇，因为我国始终坚持司法服务于政治的官方立场。不同于直到批判法学运动的兴起，人们适才开始反思、破除西方司法独立于政治的现代法治神话，我国法学界倒是早已指出我国司法受到政治型塑的显见事实，尽管对于我国规范形态的司法模式应当如何构设，学界仍然聚讼纷纭。

建国以来，我国的司法实践浸染于浓厚的“政（治）—法（制）”文化之中，形成了鲜明的“政（治）—（司）法”传统。有关我国的“政法”传统，学界早有所论，论域所及涵盖从建国以前到当下中国的时间长度，从基层司法到最高法院的审级跨度，从乡村到城市的空间广度，涉及从立案到执行等司法运行的诸多维度，论述方式包括从话语、符号到组织、机制等多重角度。[129]但是，已有研究问题在于：一方面，对于建国以来我国司法实践之政治逻辑的阐释，要么泛泛而论司法表征了政治逻辑，停留于宏观的抽象层面；要么繁琐罗列司法受到政治型塑的具体细节，陷入到微观的杂多表象；这种两极偏颇使得已有研究对于“政

* 瞿郑龙：苏州大学王健法学院讲师、法学博士。

[129] 参见侯欣一：《从司法为民到人民司法》，中国政法大学出版社 2007 年版；高其才等：《政治司法》，法律出版社 2009 年版；苏力：《送法下乡》，中国政法大学出版社 2000 年版；Randall Peerenboom，Judicial Independence in China，Cambridge University Press, 2010. 林端等：《司法、政治与社会》，翰芦图书出版有限公司 2012 年版等等。

法”传统中的“政治”与“司法”大都进行笼统单一的同质化、静态性处理，并未认识到建国以来我国政治逻辑以及受其形塑的司法模式的复杂性、动态性。另一方面，现有研究虽然指明批判了司法受制于政治逻辑的现实问题，提出了去政治化作为司法改革建设的核心要义，但却并未认识到，司法遵循政治化运作还是实行去政治化改革，这本身就是重大的政治问题，司法并不足以决定其自身的运作逻辑及其改革方向，即使是去政治化的司法改革，司法与司法改革的政治本性也决定这只能通过政治方式予以实现。

面对上述缺失，本文旨在探究，如果抽象而论，建国以来我国司法深受政治逻辑型塑，那么具体而言：（1）建国以来我国政治到底遵循何种逻辑？（2）受其型塑的我国司法呈现何种模式、存在哪些问题？（3）未来我国的政治以及司法应当如何重塑，进而建构何种新型法政传统？

一、革命政治及其司法模式

（一）建国之后的革命政治

自十九世纪末步入“三千年未有之大变局”以来，中国逐渐陷入革命复产革命的链条之中，循环反复，越演越烈，无法自拔：一方面，面对外部的严峻挑战以及内部沉重的民族危机，救亡图存的强国运动经由戊戌变法、清末新政等改革实践以及辛亥革命等革命活动，从最初温和的改革运动被逐渐推向极端的革命高潮，政治激进主义愈演愈烈。[130]另一方面，革命成为国家权力孱弱以及政治权力斗争的必然产物，权力孱弱即是公开邀请暴力，权力在握并且渐感其正在流失者，难以抵制使用暴力代替权力的现实诱惑。[131]不管革命宗旨何在，革命主张差异若何，抑或革命主体为谁，“革命”本身却已被建构为最高神圣使命，“革命”不容质疑，否则极易沦为“假革命”、“非革命”甚至“反革命”；“革命”因其至上真理性、神圣性与浓烈专断性、任意性，陷入不断自我再生产的衍生逻辑之中，由此产生繁衍性、递进性，进而逐渐凝固、沉淀为厚重的革命政治文化。[132]建国初成短暂的正常化政治运行与规范化法制建设之后，随着政治形势的变化，激进政治社会运动死火重生，使得初步确立的稳定政治再次走向紧张，国内矛盾随之激化、阶级斗争升级扩大，革命政治文化传统的洪流最终突破正常政治的堤坝，以“继续革命”的姿态肆掠起来。

革命与正常政治相对而言，是革旧立新的暴力方式，立宪而非革命才是巩固政权的正常途径，[133]但是革命政治旨在以革命之“乱”实现政治之“治”，革命不仅是夺取国家政权的手段，也是巩固新生政权的方式，建国初成并非革命的终结，而是革命任务的转换以及继续

130 参见萧功秦：《危机中的变革》，广东人民出版社 2011 年版。
131 参见[美]汉娜·阿伦特：《共和的危机》，郑辟瑞译，上海人民出版社 2013 年版，第 137 页。
132 王奇生：《革命与反革命》，社会科学文献出版社 2010 年版，第 92—101 页。
133 参见[法]罗伯斯比尔：《革命法制与审判》，赵涵舆译，商务印书馆 1965 年版，第 159 页。

革命的开始，“非得政权则不能发动革命，不能保护革命，不能完成革命”。[134]因为“打败的人只图准备武力再来革命，打胜的人也只能时时准备武力防止别人用武力来革命。”经由铁血革命获得的政权仍然需要铁血革命来维持。[135]“继续革命”“继”远可溯源至现代以来的革命传统，“续”近可追及到建国以前的革命经验，秉持这种革命理想主义热情，原本应当以立宪实现的“治天下”任务仍由“得天下”的革命来完成，政治成为革命的内在部分，政治因此革命化。[136]

革命政治往往采取疾风暴雨的运动、镇压、斗争等暴烈、极端、变态形式，而非和风细雨、温和正常的治理手段，因为“革命不是请客吃饭，不是做文章，不是绘画绣花，不能那样雅致，不能那样从容不迫，文质彬彬，那样温良恭俭让。革命是暴动，是一个阶级推翻一个阶级的暴烈的行动”。[137]革命政治是对现存社会组织、国家机构及其运作机制的剧烈变革、彻底改造，它以暴力形式剥夺革命对象权力，对其予以斗争甚至消灭。革命政治对日常政治所依凭的形式化官僚体制以及专业化技术理性持有强烈蔑视、排斥态度，相较技术知识的“专”，它更为强调革命忠诚的“红”。

革命政治的作用对象是相对人民而言作为他者的“敌人”，“谁是我们的敌人？谁是我们的朋友？这个问题是革命的首要问题”，[138]划分敌友是革命政治的首要前提，“敌友意识”是革命政治的基本架构，[139]革命政治通过划分敌友以团结朋友、攻击敌人，甚至不惜采取军事行动、战争手段，因为“战争的目的不是别的，就是‘保存自己，消灭敌人’。”不妥协求全、不兼容共享是其秉持的基本理念。在革命政治看来，“政治是不流血的战争，战争是流血的政治。”[140]

革命政治的上述特质决定了其尚处于前政治状态，因为在人们意识到与异己的政治他者合作的可能性、必要性之前，并不存在真正的政治问题，而只有单纯的战争问题；这时，异己的政治他者只是被征服消灭的对象，只有当人们把异己的政治他者视为可以共联合作的平等主体时，政治适才开始。因而，坚守“敌友划分”、尚未进入“化敌为友”境界的革命政治实际上是前政治形态。[141]

（二）革命化司法模式：以司法践行革命、以革命消解司法

建国初期的法制在短暂正常政治的庇护之下获得初步创建发展，但是随着革命政治重新主导政治实践进而席卷整个社会机体，司法领域同样无可幸免。

---

134 《毛泽东文集》（第一卷），人民出版社 1993 年版，第 4 页。
135 王奇生主编：《新史学》，中华书局 2013 年版，第 21—22 页。
136 杨炳章：《从革命到政治》，郭伟译，中国人民大学出版社 2013 年版，第 259、262 页。
137 《毛泽东选集》（第一卷），人民出版社 1991 年版，第 17 页。
138 《毛泽东选集》（第一卷），人民出版社 1991 年版，第 3 页。
139 参见[德]卡尔·施米特：《政治的概念》，刘宗坤等译，上海人民出版社 2004 年版，第 106—107 页。
140 《毛泽东选集》（第二卷），人民出版社 1991 年版，第 479—482 页；[法]米歇尔·福柯：《必须保卫社会》，钱翰译，上海人民出版社 1999 年版，第 14 页。
141 赵汀阳：《坏世界研究》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 20—21 页。

1. 革命政治下司法的功能定位是与反革命进行斗争的武器，司法的角色性质革命化，司法工作即使不是人民民主专政第一位的锐利武器，也是第二位；甚至在革命胜利初期，司法工作已经超越战争时期的武装斗争，成为国家手中对付反革命、维持社会秩序最重要的工具。判决反革命犯方面都是组织人民法庭和直接交人民法庭处理，司法处理成为大张旗鼓镇压反革命的办法。[142]司法机关的根本任务在于处理敌我矛盾、开展革命斗争、对敌实行专政；政法机关被类比于军队，司法工作就是常态化的练兵打仗。[143]司法功能任务及其工作属性的军事化、战争化类比即是革命政治逻辑的典型贯彻，司法由因此既是政治的内在性构件，也是革命的法律化呈现，具有浓厚的政治属性、革命色彩。[144]

2. 由于司法具有对敌斗争的革命武器性质，因此必须牢固掌握在人民以及领导革命的先锋队党手中，人民司法工作者必须站稳人民立场、运用人民司法这个武器，法律超脱政治的观点遭到批判。[145]革命政治的特殊态势要求党必须掌握革命领导权，作为革命武器的司法理所当然应由党掌控，党甚至可以直接干预司法，法院工作一定要听党的话，按党的要求办事。[146]审判独立被认为不同于司法独立，后者是资产阶级骗人的把戏，审判独立与针对党闹独立性也是两回事，后者不服从党的领导，之所以讲审判独立是因为党需要司法机关独立审判，而且是党的领导下正确执行党的政策的独立审判。[147]由此司法或处于人民运动干预之中，或置于党的强力控制之下，其独立自主品格始终孱弱、缺失。

3. 司法践行革命政治的功能使其运行的前提是展开针对司法对象的敌友区分以及司法案件的性质判别，进而采取不同的司法处理措施以及司法资源的倾斜配置。革命政治实行敌友区分，司法同样依循此道。人民不能压迫人民、专政制度不适用于人民内部，人民中间的犯法分子虽然也要受到法律制裁，但却与对敌专政具有原则区别。[148]人民内部犯罪案件虽然构成犯罪，但却可以不予追诉刑事责任，轻微犯罪甚至可以不用司法手续处理，[149]人民内部的法律问题主要采取教育说服而非强迫方法，体现在司法中主要是注重调解，马锡五式审判方式即是其典型。[150]借此司法工作一方面得以实现人民内部问题的民主解决，团结人民群众；另一方面人民法院得以抽出时间、精力、资源镇压敌人，可谓一举两得。[151]与之相对，人民与敌人的重要分别就是是否享有公民权，政治上的对敌专政反映在司法处理上就是剥夺敌对阶级的政治权利。[152]既然已被定性为人民的敌人，司法处理自然极为暴戾严苛，作为“人民的敌人，他们已经不是我们的同志或朋友，故应坚决彻底干净全部地将他们肃清，而不应该

---

142 《董必武政治法律文集》，法律出版社 1986 年版，第 99、267—268 页。
143 彭真：《论新中国的政法工作》，中央文献出版社 1992 年版，第 132—134 页。
144 参见滕彪：《“司法”的变迁》，载《中外法学》2002 年第 6 期。
145 《董必武政治法律文集》，法律出版社 1986 年版，第 267—275 页。
146 参见《谢觉哉文集》，人民出版社 1989 年版，第 1033—1034 页。
147 参见《谢觉哉文集》，人民出版社 1989 年版，第 1104—1105 页。
148 参见《毛泽东选集》（第五卷），人民出版社 1977 年版，第 366—367 页。
149 《董必武政治法律文集》，法律出版社 1986 年版，第 535—536 页。
150 参见张希坡：《马锡五与马锡五审判方式》，法律出版社 2013 年版。
151 任建新：《政法工作五十年》，人民法院出版社 2005 年版，第 12—14 页。
152 参见《谢觉哉文集》，人民出版社 1989 年版，第 1110—1111 页。

有丝毫的留恋或同情”。[153]即使是对敌貌似温和的改造措施，实际上也是变相专政，因为针对犯罪的改造也是专政形式，罪犯只有接受改造的自由，抗拒改造则会遭受进一步惩办。[154]由于对敌专政事关政权存亡，因而司法资源的配置自然对其予以倾斜，因此法院工作要把敌特和反革命等对敌斗争案件的审判工作要特别抓紧，[155]处理大量人民内部矛盾导致常常分散、削弱法院打击敌人的力量，对此，需要依靠群众自我教育、自我改造的方法解决大量人民内部矛盾，使得法院可以腾出手来、集中力量打击现行、处理重大刑事案件、发挥对敌专政作用。[156]

4. 革命政治通过“翻天覆地”彰显自身的彻底性，法制的“重起炉灶”即是这种逻辑在法统领域的体现。新中国的法制建设从破除国民党统治时期的旧法统开始，但是“革故”不易，“立新”更难，基本法律规范的大量缺失使得建国以后司法裁判的主要依据是党的方针政策、纲领条例、命令决议，[157]所谓审判，是根据党的政策方针，在法律范围内考虑量刑幅度，按照党的方针政策裁判是提高判案质量的重要方法，审判人员的政治水平成为司法工作的重要要求。更为严重的是，旧法遭受全面否弃破除，不仅使得法律文本规范缺失，而且造成意识层面的法制观念薄弱，所谓“皮之不存，毛将焉附”，随着法律被大量抛弃，依存其上的法制观念也随之被涤荡而去，法律虚无主义潜滋暗长。

5. 受到革命政治形塑，司法往往抛开阻碍革命的繁琐法律程序，走向毫无羁绊的运动式人民审判、革命审判。处于非常时期的革命政治往往需要采取非常行动，既不可也无法服从先定的严格规范，相反必须不断采取迅疾特殊手段消除时刻面临的危险情势，因而革命法庭不能被形式手续束缚手脚，法庭既是为了革命，即不可因为自身行动迟缓而使革命陷入倒退。革命法庭作为解放利剑，应当为人民所掌握，革命法庭就是人民法庭，革命审判由此沦为人民审判。作为人民对立面的敌人，其反革命的政治立场已使其成为人民法庭面前的罪犯，“不将敌人视为罪犯，对于人类来说相当困难”。[158]革命法庭及其审判程序只应是为人民而立，对于作为人民公敌的暴君来说，因循拖延的审判程序违背了人民的革命宗旨。[159]因此，革命审判、人民审判往往变形为法外裁判。

6. 既然革命政治下繁琐的司法程序是阻碍革命的桎梏，那么复杂的司法机构随着革命的展开同样日渐失去必要，司法机构的弱化、虚化因此不可避免。建国之初始创建设的司法机构之后逐步被合并、虚置或裁撤，后来被批判或取代、直至完全废弃。作为司法运行重要支撑的律师制度同样遭到破坏、打击甚至废除。之后，司法运行赖以为凭的硬件组织机构、人员配置、相关法律制度安排等随着革命的展开、激进无不走向弱化、虚无。[160]

---

153 《毛泽东文集》（第六卷），人民出版社 1999 年版，第 195 页。
154 参见《谢觉哉文集》，人民出版社 1989 年版，第 1042、1044 页。
155 参见《谢觉哉文集》，人民出版社 1989 年版，第 1031 页。
156 参见最高人民法院办公厅编：《最高人民法院历任院长文选》，人民法院出版社 2010 年版，第 142 页。
157 参见高其才等：《政治司法》，法律出版社 2009 年版，第 260—272 页。
158 [德]卡尔·施米特：《政治的概念》，刘宗坤等译，上海人民出版社 2004 年版，第 92 页。
159 [法]罗伯斯比尔：《革命法制与审判》，赵涵舆译，商务印书馆 1965 年版，第 104—115 页。
160 参见封丽霞：《政党、国家与法治》，人民出版社 2008 年版，第 346—356 页。

革命政治的再兴使得司法成为革命政治的环节、工具，司法在性质功能上被定位为对敌斗争的武器，必须处于党和人民的牢固掌控之中，司法受到党的领导以及群众运动的影响；在运作方式上以敌友划分为前提，实行敌友不同的司法处理以及司法资源配置；在裁判依据上主要指向党的政策、方针，具体实施过程往往舍弃繁琐司法程序，甚至完全抛开任何规范约束；在司法运行载体上，作为革命武器的司法机构以及相关制度，因为革命烈火愈演愈烈而烧及自身；由此，整个司法运作形态呈现出政治化、革命化的典型特质，表征为革命化司法模式。由于革命本无定“法”，更不依“法”，革命化司法模式由于骨子里蕴含的革命精神，始终存在走向司法虚无主义的内在危机，因为只要革命政治的精神仍然存留，依法司法也就无法确立巩固。

二、治理政治及其司法模式

（一）改革开放以来的治理政治

平反反革命是从反面对革命政治的清理，十一届三中全会则重新确立了我国政治生活的主题从“革命”转向“建设”，这意味着为民谋利成为新时期党领导国家的权威来源，执政党只有践履满足人民物质需求的功利主义原则，方能获得执政兴国的政治资本，[161]这正面宣告了治理政治的确立。改革开放以来，经济建设成为党的工作重点，成为压倒一切的最大政治问题，这使得经济政治化、政治经济化的治国策略成为我国的政治实践哲学。人民的政治拥护被认为是基于快速的经济发展，经济建设不再只是经济问题，更是政治问题，国家政局稳定、改善人民生活和生产力发展成为评价国家政治体制的关键标准。[162]以“建设”、“发展”为内容，表征党和国家能够为人民群众谋取何种现实利益的民生政治成为党赢得民心、获得权威、治理国家进而维持政治稳定的主要方式。[163]治理政治实行的政治经济化、经济政治化的治国理政策略，使得国家获得合法性不是通过公民参与公共事务，不是保持政治的民主开放；而是通过宣称为人民提供幸福生活，其支撑基础在于功利得失的工具观念。[164]这种策略使得人民聚焦于经济文化需求的满足，真正的政治问题可能被悬置、忽视。

既然政治问题要通过经济建设予以解决，高效的官僚体制作为发展经济的基本依托条件，自然成为政治治理的重要支撑。治理政治虽仍注重“红”、但更为强调“专”，不“专”则不能“红”，干部队伍的知识化、专业化成为干部培养的重要内容，具有专门技术知识的干部数量明显增加；[165]治理政治对于官僚体制抱有天然亲和力、高度依赖性，行政机关以及

---

161 参见[美]李侃如：《治理中国》，胡国成、赵梅译，中国社会科学出版社 2010 年版，第 142 页。
162 参见《邓小平文选》（第三卷），人民出版社 1993 年版。
163 参见郑永年：《改革及其敌人》，浙江人民出版社 2011 年版，第 36—43 页；邹谠：《二十世纪中国政治》，牛津大学出版社 1994 年版，第 270 页。
164 参见[印]帕萨·查特杰：《被治理者的政治》，广西师范大学出版社 2007 年版，第 41 页。
165 参见《邓小平文选》（第二卷），人民出版社 1994 年版，第 92、151 页。

行政官僚在我国政治权力结构中的权重日渐增长即为显例，[166]这也是治理政治的典型特征，政治事务相应被转化为行政事务。[167]政治问题经济化使得经济建设高度依赖的科技、专家成为影响政治决策的重要因素，革命政治时期遭受迫害的知识分子获得拨乱反正，政治地位重新赢得确认，尊重知识人才成为政治号召，科学技术成为第一生产力。对于科学专家的过度强调使得公民在政治决策过程中失去发挥作用的空间，作为意识形态的科学技术使得公民的去政治化被合法化，专家治国通过政治的科学化把公民从政治决策参与中排斥出去，政治问题成为需要由专家依靠科学来处理的事务，政治由此被技术化。[168]国家通过官僚机构、技术专家服务于人民群众的福利，借此行政官僚、科技专家得以对人民行使具有自由裁量性、不负责任性的相当权力，公民的政治权利及其地位可能在国家操作经济、社会权利的过程中被规避或侵犯，公民的政治身份以去政治化的方式被处理。[169]

治理政治生活的主角是作为先锋队的党及其领导的群众，党与群众通过群众路线联系起来。群众路线的逻辑前提是先锋队与群众的二分，先锋队掌握了人类社会发展客观规律的真理，这决定了它领导、教育群众的权威地位，先锋队的坚强领导是群众路线的核心要义，作为先锋队的党是群众路线的真正主体。群众路线虽是人民表达利益诉求的主要渠道，但是由于群众认识不到其最高、长远利益，因而其利益表达需要在党的领导下进行利益（被）综合、（被）代表。群众路线中群众参与的启动、深度、广度、频度及其结束始终处于享有主动权的党的领导、控制之下，群众由此沦为被管控、规训的对象，“群众”虽是“主角”，却非以“主体”身份在场，“群众路线”式的民主参与容易沦为利用空洞话语和形式实践为治理政治涂上表面民主色彩的权宜策略。

如果说革命政治是从肉体上消灭作为他者的“敌人”，那么治理政治则是把群众作为治理对象予以客体化；治理政治把政治问题经济化、行政化、技术化，这是注重民生强调政绩之“治道”、消解公民政治参与之“政道”的去政治化政治。[170]

（二）治理化司法模式：通过司法的国家治理

治理政治之下的司法以摒弃革命化司法模式作为塑造自身的开端，复查纠正文革期间判处的冤假错案与依法审判林彪、江青反革命集团就是从正反两方面确立司法新模式的起点。治理政治在破除“革命”之法后，主要依靠综合“治理”之术运作权力、规训民众，实现稳定、巩固政权的政治目标，法律成为重要的综合治理之术。

---

166 参见[美]詹姆斯·汤森、布莱特利·沃马克：《中国政治》，董方、顾速译，江苏人民出版社 2010 年版，第 195、227—230 页；赵晓力：《论全国人大代表的构成》，载《中外法学》2012 年第 5 期。

167 参见郑永年：《中国模式：经验与困局》，浙江人民出版社 2010 年版，第 67—68 页；[德]马克斯·韦伯：《韦伯政治著作选》，阎克文译，东方出版社 2009 年版，第 128—131、145 页。

168 参见[德]哈贝马斯：《作为“意识形态”的技术与科学》，李黎、郭官义译，学林出版社 1999 年版，第 60—71 页。

169 参见[英]莫里斯·罗奇：《重新思考公民身份》，郭忠华等译，吉林出版集团有限责任公司 2010 年版，代译序，第 32 页。

170 参见牟宗三：《政道与治道》，吉林出版集团有限责任公司 2010 年版。

1. 治理政治支配下的司法以作为党和国家社会治理的重要方式来表征其政治属性。新时期，司法具有相较于其他治理方式的明显优势，成为重要的国家治理之术：一方面，通过司法进行治理是具有形式合法性的治理方式，司法通过树立自身平等性、中立性的公平形象，能够获得广泛认同、服从。另一方面，司法是依据法律规则的治理策略，通过类似案件类似处理，可以解决大量纠纷，从而实现高效治理。[171]但是，司法作为治理之术仍然需要服从如下原则：法律是治国的准则，政治是法律的灵魂，因此审判工作一定要讲政治，不能单纯讲求业务，司法的政治属性并未改变。[172]

2. 治理政治的主要角色是作为先锋队的党以及作为治理对象的人民群众，司法运行坚持党的领导、贯彻群众路线是表征治理政治逻辑的重要方式。改革开放以来，党对司法的领导以及司法群众路线一以贯之，各级人民法院自觉服从党的领导，认真贯彻党的群众路线；党的领导既是司法传统，也是司法制度。党的领导被视为坚持司法政治性的根本，群众路线则是彰显司法人民性的重要途径。治理政治下党对司法的领导最重要是充分发挥司法机关的作用、切实保证法律的实施，不尊重法律、司法机关的职权被视为是损害党的领导、威信，党委与司法机关各有专责，不能互相代替、混淆，因而取消了党委审批案件制度，要求改变过去以党代政、以言代法、不按法律规定办事、包揽司法行政事务的作法，党对司法工作的领导转化为方针、政策的领导。[173]这避免了党因处于社会矛盾的风口浪尖而削弱其政治权威以致陷入执政困局，这是更为高明的通过领导司法实现社会治理的执政策略。

3. 党试图通过改善对司法的领导实现社会治理，司法系统则试图通过践行政治功能提升其在整个政治体制中的地位，来自司法系统外部与内部的要求使得法院承担了诸多政治功能。（1）改革开放以来，我国司法地方保护主义病重疴沉，[174]对此，中央不仅需要通过司法权的国家化克服司法本身的地方保护主义问题，而且试图以此治理其他领域的地方保护主义顽疾。[175]九十年代后期开始，包括 1999 年法院改革纲要，2013 年中央提出的司法管理体制改革举措，2014 年司法权作为中央事权的提出，相关司法改革措施被中央采纳的关键因素就是试图以此实现权力的集中化。[176]（2）治理政治通过把政治问题经济化，以建设、政绩、民生等俘获民众认同、服从，进而维持政权稳固，受其形塑的司法在履行实施法律的分内之职外，承担了诸多分外之责，尤其是服务经济建设，司法为改革开放、经济建设保驾护航成为新时期法院的重要政治任务，这在加入世贸组织、国际金融危机等特定时期，显得更加突出。（3）所谓“一手抓建设，一手抓稳定”，社会稳定是经济建设之外党和人民关注的大事，

171 参见强世功：《法制与治理》，中国政法大学出版社 2003 年版，第四章。
172 参见任建新：《政法工作五十年》，人民法院出版社 2005 年版，第 358 页。
173 参见全国人大常委会办公厅研究室编：《中华人民共和国人民代表大会文献资料汇编 1949—1990》，中国民主法制出版社 1990 年版，第 383—384 页。
174 参见刘作翔：《中国司法地方保护主义之批判》，载《法学研究》2003 年第 1 期。
175 参见马怀德：《地方保护主义的成因和解决之道》，载《政法论坛》2003 年第 6 期；Randall Peerenboom，Judicial Independence in China，Cambridge University Press 2010，p.3.
176 参见陈至洁：《重铸红色天平：中国司法改革的政治逻辑及其对法治的影响》，载《政治科学论丛》（台湾）2010 年第 45 期。

是影响人心向背的严肃政治问题，维稳成为法院的重要政治任务，人民法院通过“严打”、社会治安综合治理等措施维护稳定成为法院工作的出发点、落脚点。[177]维稳宗旨使得司法工作追求“解决纠纷与案结事了”、“社会效果与政治效果”，而非完全“依法裁判”、“法律效果”，这导致司法呈现明显的治理化特征。

4. 既要履行本职法律职能，又要践行各种政治任务，在此双重形塑之下，司法交互运用法律与非法律、职业化与大众化的手法，在塑造司法审判合法性、民主性的形象之下，综合考量法律、社会、政治效果，遵循摆平有效性的实用原则，生成了综合治理策略，形成了独特司法运作样态。[178]（1）司法能动化。司法在常规实施法律之外还需履行其他政治功能，这使其不可避免地超出其消极运作方式，积极主动干预社会，呈现能动化的实践形态。[179]（2）司法调解化。我国注重调解的司法传统其来有自，改革开放以后这种传统一脉相承、延续至今。治理政治下的司法之所以注重调解，是因为其主要目标在于解决纠纷，实现“案结事了”、“止诉息讼”，化解矛盾、维护稳定，而非严格依法裁判、实施法律。调解以其综合运用多种化解纠纷资源的“处理”手法成为实现治理目标的重要方式，法律在法院调解过程中大都只是“若有若无”的隐性权威依据、“备而不用”的软性技术策略，甚至存在被漠视的可能。[180]（3）司法大众化与职业化之间。针对不同时期、领域的不同任务、问题采取不同应对、处理，司法时常游移于大众化与职业化之间，并无绝对倾斜、完全统一的运作形态，而是在二者之间进行不断权衡、取舍，以此更有效地服务于国家治理目标。因此强调人民法院应当坚持依靠广大人民群众和专门机关相结合，人民法院必须在依靠群众的基础上，搞好自己的专业工作，充分发挥专门机关的作用，必须贯彻群众路线，实行专门机关与人民群众相结合。司法群众路线是治理政治的群众路线在司法领域的具体贯彻，“人民”这一抽象政治角色成为司法官方文本中司空见惯的话语符号，并且催生了诸如人民调解、人民陪审员等司法制度，形成了诸如就地办案、巡回审判等审判方式，以此表征司法的人民性。与此同时，改革开放以来法院并未忽视司法专业队伍的建设，司法的职业化处于不断发展之中。[181]但不管是大众化司法，还是职业化司法，其根本出发点都是政治考量，其最终落脚点也是服务于政治治理目标；人民要么沦为司法群众路线下的群众，要么沦为司法职业化、精英化下的庶民，始终无法以主体身份挺立于司法场域。[182]（4）司法选择化。一方面，司法只是与政治、道德、经济等治理方略相平行的众多治理方式之一，是否选择司法作为治理工具，如何选择，针对哪些事、哪些人，在何时、何地适用，完全依据司法是否有助于实现特定的国家治理目标，

177 参见任建新：《政法工作五十年》，人民法院出版社 2005 年版，第 308—327 页；郑天翔：《郑天翔司法文存》，人民法院出版社 2012 年版，第 3—54 页。
178 参见栗峥：《国家治理中的司法策略》，载《中国法学》2012 年第 1 期。
179 参见江必新：《能动司法：依据、空间和限度》，载《人民司法》2010 年第 1 期；顾培东：《能动司法若干问题研究》，载《中国法学》2010 年第 4 期。
180 参见陈柏峰：《乡村司法》，陕西人民出版社 2012 年版，第 276—278 页。
181 参见肖扬：《大力推进法官队伍职业化建设》，载《求是》2002 年第 20 期。
182 参见陈洪杰：《从“群众参与”到“公民参与”：司法公共性的未来》，载《法制与社会发展》2014 年第 1 期。

因而其呈现出明显的（被）选择特质。[183]另一方面，即使选定司法作为国家治理工具，具体操作于司法内部，定性为何种性质的法律事件、划归为哪种类型的法律纠纷、采取何种法律方式予以判处，同样存在法律之内的选择空间。司法具体运作过程中的“分类”适用技术，既可以是时间维度上的时期、时段区分，也可以是空间意义上的地域、地区划别，还可以是人“类”意义上的群体分隔、归类，以此类推，不一而足，这是典型的司法选择化治理策略。由于司法实行“分类”治理，由此人为形成法律整治、处理的偏重点（重点打击）、指定点、突破点（大案要案）、集中点（集中治理）、专注点（专项斗争），导致丧失了司法一“体”、全“面”适用的应有形态，这种司法选择化运行格局使得司法呈现出随性任意的形象，司法权威性无法有效确立。

总之，治理政治支配下的司法作为国家治理的重要资源、关键策略，其政治属性并未改变，因而司法仍需接受党的领导；司法通过履行法律之外诸如服务经济建设、维护社会稳定、加强中央集权等分外之责表征其政治属性；司法政治功能的实现，要求其采取不同于依法司法的简单策略，由此形成司法能动化、调解化、选择化、大众化与职业化相互纠缠的运作形态；司法被定位为新时期国家治理策略中的重要一环，呈现出明显的实用主义、工具主义特质，可以将其概括为治理化司法模式。

三、权利政治以及我国司法模式的重构

（一）权利政治及其中国践行

如上所述，建国以来，我国政治经历了从革命政治到治理政治的逻辑转换，虽然这两股政治历史洪流势不可挡、这两种政治意识形态深入人心骨髓、这两套政治话语符号铺天盖地，但是这二者实际上都与真正的规范政治状态相距较远，甚至存在天壤之别。革命政治秉持划分敌友，把政治他者视为“敌人”予以消灭，消除了政治主体的复数性，是前政治的政治；治理政治把政治问题经济化、行政化、技术化，把政治他者“群众”作为客体对待，是虚化公民政治主体地位的去政治化政治。真正的政治状态既不是“我们”反对“他们”的斗争化政治，也不是“我们”为了“他们”的客体化政治，而是“我们”与“他人”“在一起”的主体化政治，[184]是真正确立公民政治主体地位的政治，这就是“权利政治”。[185]

从历史上来看，近代百年以来，民权政治的观念开启、思想引入、意识启蒙、制度建设及其法统实践始终是近世中国政制法统的核心主题之一。[186]近世早期诸多仁人志士对于中国法政现代化历史进程中的民权思想与实践有着开创推动之功，在先辈的探索与铺垫作用之

[183] 行政诉讼尤为典型，参见汪庆华：《政治中的司法》，清华大学出版社 2011 年版，第一章。
[184] 参见[加]菲利普·汉森：《历史、政治与公民权》，刘佳林译，江苏人民出版社 2004 年版，第 53 页。
[185] 参见张文显主编：《政治与法治》，吉林大学出版社 1994 年版。
[186] 参见熊月之：《中国近代民主思想史》，上海人民出版社 1986 年版；耿云志等：《西方民主在近代中国》，中国青年出版社 2003 年版。

下，孙中山在二十世纪初即已将“民权主义”定为三民主义的核心要旨，指出：“政治两字的意思，浅而言之，政就是众人的事，治就是管理，管理众人的事便是政治。有管理众人之事的力量，便是政权。今以人民管理政事，便叫做民权”，以此作为其思想核心，在其基础之上系统提出了民权主义的政治理论与实践主张，为中国法政的现代化确立了基本的政治任务，使之成为此后革命战争、改革建设共同追求的终极目标之一。[187]孙中山等人的民权主义理想图景主要着力于政治性的参政权利，仍然停留在观念化的权利纲领层面、形式化的权利规范阶段，尚未通过社会革命触动权利生长的社会基层土壤，因而未能落地生根、有效践行；建国以后强调的是阶级性的人民权利，作为权利主体的“人民”不断改换限缩，以致于权利本身沦为依附于政治、异化为特权的事物；改革开放以来，在整体良好社会环境的支撑之下，中国重新步入权利发展的正轨，作为世界范围权利革命潮流的重要组成部分，中国的权利事业突飞猛进；纵观综论，近代迄至当代中国不同历史时期的权利发展进程构成了中国百年权利政治的主题变奏。

从现实中来讲，当代中国社会的利益主体日益多元、利益格局异常复杂，党和国家推行的改革已非起初对所有人都有利的增量改革，经济建设也不可能长期维持高速发展，改革本身会带来诸多社会问题，这使得国家实行的治理政治往往容易使其自身陷入政绩困境，[188]单纯注重建设、民生的治理政治已不可能长久实现社会善治。相反，公民应当具有表达自身合理利益诉求的正常渠道，切实保障公民的民主参政权利成为必需，因为实现社会整合获得善治的主要因素不是公民的利他本性或相同利益，而是共同的公民态度以及参与机制。[189]只有通过公民参与，方能实现公民整合，进而达致社会善治，所谓“维权是维稳的基础，维稳的实质就是维权”，即是此理。人作为政治存在，主要意指其被赋予言说的权利，政治共同体的成员是“能言说的存在”，意味着凡事皆取决于话语和说服，而非暴力和强迫。[190]“言说”使得公民能够自由顺畅表达自身利益诉求，进而在多元诉求中相互说服、达成妥协、获得共识，以此实现社会良好整合、政治正常运转，这就是通过保障公民权利实现社会善治的权利政治治国理政机理。

权利政治的宗旨在于维权，相对于以“治道”为表征的治理政治，权利政治是强调表征公民主体地位的参政权利的“政道”政治。当代中国的人权发展坚持民生为先、为重、为本，强调的主要是公民的生存权、发展权等经济、社会和文化权利，良政栖于保障百姓生计的观念是从孟子到毛泽东政治思想与实践的一贯标准，生存、发展概念是中国普通人政治思维与行动方式的核心，以致谈及人权，我国政府始终把社会经济考虑放在首位。虽然我国的人权保障坚持“以人为本”的基本理念，但是政府对“以人为本”的实践以及学界对“以人为本”的思想，大都将其简单化约为弱势群体的民生问题或社会成员的物质生活问题，这就把缩减

[187] 参见魏新柏选编：《孙中山著作选编》（下），中华书局 2011 年版，第 743—833 页。
[188] [美]李侃如：《治理中国》，胡国成、赵梅译，中国社会科学出版社 2010 年版，第 205 页；[美]塞缪尔 •P •亨廷顿：《第三波》，欧阳景根译，中国人民大学出版社 2013 年版，第 43—54 页。
[189] [美]托马斯 • 雅诺斯基：《公民与文明社会》，柯雄译，辽宁教育出版社 2000 年版，第 36 页。
[190] 参见[美]汉娜 • 阿伦特：《人的境况》，王寅丽译，上海人民出版社 2009 年版，第 16—17 页。

了“以人为本”的丰富内涵，弱化、虚化了其公民和政治权利内容，这种化约式的“以人为本”不足以完整表征公民身份。因此，作为我国理想政治模式的权利政治不应停留于化约式“以人为本”的阶段，而应通过保障完善关键的公民政治权利，将“以人为本”推向更为完整的以“民权”为本。[191]

革命政治中的“人民”抽象、模糊近乎捉摸不透，“人民”无所不指，也就无一所指，因而难以实践操作，只有在服务于对敌斗争时，“人民”适才出场，不同历史时期斗争任务的不同使得“敌人”的形象随之改换面孔，与之相对的“人民”因此变动不居，其内容所在皆取决于党和国家的政治决断，人是“人民”之人，还是“敌人”之人变得毫无章法，其为人的权利自然无法保障。治理政治中的“群众”则是先锋队领导、指引、控制的对象，处于作为被治理者的政治客体地位，其政治主体地位同样无法彰显。权利政治的主体是具有受到法律保障之政治参与权利的自治“公民”，其指向负有政治义务的公民代表以及承担保障责任的现代国家。“公民”是以其享有的公民权利站立起来的具有主体地位的政治角色，公民权利使得“公民”指向每个具有公民身份的具体成员，由此抽象的“主权在民”坐实为具有可操作性、具保障性的法权制度安排，从群众路线转向公民参与，是政治参与主体民主化、性质权利化与方式制度化的深刻转变。[192]

权利政治的根本旨趣在于：公民权利的实际享有、切实保障、完善救济是政治存在的根本核心；“权利政治的基本特征是：人权理论成为治国理政的基本原则，权利话语成为主流的政治话语，保障人权构成制度变革的重要目标，争取和维护民权的运动构成政治实践的新景象”。[193]因而，相较于革命政治、治理政治，以保障公民权利为主旨、以确立公民主体地位为目标的权利政治，是真正确立人的普遍公民身份、坚守人的平等对话机会的良善政治。

（二）权利化司法模式：新型政法传统的重塑

建国以来，我国根深蒂固的政法传统使得司法深受政治影响，特定政治逻辑的内在缺陷使得受其形塑的司法模式不可避免地产生相应的诸多问题，因而我国理想司法模式的构建必须从根基上以司法之政治基础的重筑作为根本前提，唯有如此，方能脱胎换骨、洗心革面。

旧有政法传统中司法模式带有相应政治逻辑内在缺陷导致的诸多问题，这些问题既有两种司法模式各自的特有弊端，也有二者的共同问题。例如，由于革命化司法模式以司法践行革命政治划分敌友、对敌专政的革命任务，当其循此逻辑走向革命极端时，存在把正常的司法运行规范视为革命羁绊予以抛弃进而走向司法虚无主义的强烈倾向。治理化司法模式使得司法只是国家治理的备选工具、手法、策略，司法深受实现国家治理目标等实用主义、工具主义政治考量的影响，由此呈现出选择化、能动化的特质，司法应有的平等、被动、中立品

[191] 参见瞿郑龙：《当代中国法治建设的政治逻辑》，载《法制与社会发展》2014 年第 6 期。
[192] 参见瞿郑龙：《从群众路线到公众参与》，载《安徽大学法律评论》2013 年第 1 期。
[193] 黄文艺：《权利政治的语义分析》，载《云南大学学报（社会科学版）》2011 年第 3 期。

性失之阙如。更为关键的是，旧有政法传统中司法模式的共同根本问题在于，司法无法有效约束国家公权、切实保障公民权利。革命政治奉行的“人民”打倒“敌人”逻辑延续的依然是“主人”与“奴仆”之间二元尖锐对立的思维方式，更换的只不过是“主仆”的阶级面貌；这体现在革命化司法模式中就是司法成为剥夺“敌人”基本政治权利以及其他权利的专政武器，由此不仅平等的政治主体难以实现，甚至平等的人“类”也不复存在，革命化司法模式根本无法平等保护人作为人的基本权利。治理化司法模式由于强调司法化解纠纷、维护稳定的政治功能，使得司法通过各种技术、手法、策略，消弭、化解、处理了诸多公民权利主张。例如，针对具有强烈政治色彩的政治权利主张，司法通过先期选择立案的立案政治学早已过滤、排除了这类官民纠纷进入诉讼程序的可能，即使进入司法程序，也能通过各种方式获得极高的“自主”撤诉率，司法在公民权利的最大威胁国家公权面前，显得苍白无力。[194]

旧有政法传统下司法模式的根本缺陷迫切需要新型法政传统以及司法模式的重构，权利化司法模式可以作为理想方案。权利化司法模式以权利政治作为政治基础，以权利政治重构当代中国的司法模式，就是结合司法自身的内在规律，把权利政治的基本意涵贯穿于司法之中。权利化司法模式具有多重基本意涵：

1. 接受公正司法是公民享有的基本权利。公民享有接受公正司法审判权利的基本精神早在古罗马时期即已初露端倪，罗马法明确提出了诉权的概念：“每个人都有双重的权利：起诉人的权利和被起诉人的权利”；所谓诉权，“不过是通过审判诉求对我们应做之事之权”。[195]这其中包含了公民享有接受公正司法之权利的基本意蕴，具备了作为权利存在的诉权的核心基因。现代主权国家大幅限缩私力救济的范围，使得现代国家相应地负有义务提供公民救济自身权利的其他替代性途径，司法成为国家限缩私力救济之后应当提供的必要补偿性措施，原本主要来自于私法上请求权，针对私法上的其他主体因而作为私法权利存在的诉权，转而成为了指向国家的当事人公法上的请求权，国家因此承担提供私法救济的公法义务。第二次世界大战以来，基于对于战争之中人权遭受践踏的历史反思，接受公正司法审判的权利成为国际化、人权化、宪法化的权利属类。《世界人权宣言》规定了公民接受独立、中立的合格法庭予以公正审判的基本权利，《公民权利和政治权利国际公约》延续了类似规定，并且将其升华到作为基本人权的高度予以保护。这从公民与国家正反两方面体现了公民接受公正司法审判作为公民基本权利的属性。[196]《欧洲人权公约》则将这项基本权利不仅作出了政治上的宣扬与理论上的论证，而且给予了制度上的保障与司法中的推行，针对国家施加了确保公民接受依法设立的独立、公正法院在合理期限之内公平、公开审理的公共义务，建立了

[194] 参见何海波：《行政诉讼撤诉考》，载《中外法学》2001 年第 2 期；Randall Peerenboom，Judicial Independence in China，Cambridge University Press 2010，p.14，p.101，p.132.

[195] 参见《<十二表法>新译本》，徐国栋、阿尔多·贝特鲁奇、纪蔚民译，《河北法学》2005 年第 11 期；[意]桑德罗·斯奇巴尼选编：《司法管辖权 审判 诉讼》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 31 页；徐国栋：《优士丁尼<法学阶梯>评注》，北京大学出版社 2011 年版，第 497 页。有关古罗马时期的诉讼，[古罗马]盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 2008 年版，第四编。

[196] 有关诉权的历史实践与学说理论的演进过程，参见丰霏：《诉权理论的发展路向》，载《中外法学》2008 年第 5 期；吴英姿：《论诉权的人权属性》，载《中国社会科学》2015 年第 6 期。

欧洲人权法院以及超越国家的司法审查机制，以此切实保障公民享有从国家机构获得有效司法救济的权利。[197]中国同样已在《国家人权行动计划（2012—2015）》中把民众获得公正审判的权利作为人权的重要内容纳入到了宪法保护的范畴。公民享有获得公正司法审判的权利意味着公民拥有要求国家给予积极保护的权利，亦即要求国家通过司法机构提供必要司法服务的权利，公正的司法审判不是仁人善政下偶然性的政治道德式赐予之物，而是民主政治宪制法统之下硬定性的法政制度安排；不是臣民奢求的自下而上被动接受青天老爷式的施舍之物，而是具有自我主体意识的公民享有的可以提出合法合理诉讼要求的基本权利。[198]

权利化的司法模式的这层意涵意味着，司法不再是革命化司法模式下践行革命斗争的武器，因而可以随着革命任务的需要及其转移被予以任意简化甚至消解，作为革命敌人的他者甚至可能被剥夺接受司法审判的机会；司法不再是治理化司法模式中国家基于自身政治治理目标，自上而下选择性地采取的治理策略，作为司法程序启动环节的立案不再受制于立案政治的选择性刻意安排或施惠式随机赐予，司法不再是作为国家选择性、点面性、分别性整治打击的工具，是否诉诸于司法途径不再是由国家绝对掌控、随性选择的权力游戏。权利化司法模式意味着，在自力救济、和解、调解、信访以及司法等诸多纠纷解决和权利救济方式中，诉诸于司法是公民救济自身权利、化解矛盾纠纷（尤其是私法领域的民事权利纠纷）的一种可能选择，公民可以从这些诸多方式中，在法律的约束范围之内，自由合意地决定是否将其事务交付于司法机制予以解决。[199]因而，国家不能非法地剥夺公民接近司法的法定权利，不能不当地封锁公民进入司法的多重通道，不能无理地强制限缩公民诉诸司法的自由选择。

享有接受公正司法审判的权利，不仅意味着公民只是享有理论上的接近法院的权利，而且享有具有实效性的接近司法救济的权利。“一种真正现代的司法裁判制度的基本特征之一必须是，司法能有效地为所有人接近，而不仅仅是在理论上对于所有人可以接近”，“如果只有富人才能付得起钱，利用这种制度，那么即便用公式精心保障的司法制度也基本上没有什么价值可言”。[200]二十世纪尤其是第二次世界大战以来，随着福利国家观念与实践的兴起与展开而来的司法便利化改革或接近正义运动正是着力于此，诸多国家针对已有司法体制中存在的不利于民众平等接近司法的障碍，纷纷采取诸如加强法律援助、建立替代纠纷解决机制、控制司法成本、提高司法效率、调整律师制度等司法改革举措，以期有效保障民众平等、便

[197] 参见[意]莫诺·卡佩莱蒂：《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》，徐昕译，法律出版社 2000 年版，第 21—23 页。

[198] 参见刘作翔：《中国司法地方保护主义之批判》，载《法学研究》2003 年第 1 期。当然，并非所有纠纷都能或是都要诉诸司法予以解决，这既非必要，也不现实。有关公民诉诸“司法”的模式及其限制，参见[意]莫诺·卡佩莱蒂等：《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》，徐昕译，法律出版社 2000 年版，第二章。

[199] 实际上在刑事诉讼领域，已经出现了借用民事诉权理论来建构刑事诉权的探索，因而即使是在具有公法属性的刑事诉讼中，同样存在刑事诉权的特定空间。参见陶杨：《刑事诉权研究》，中国人民大学出版社 2001 年版；陈少林、顾伟：《刑事诉权原论》，中国法制出版社 2009 年版；黄豹：《刑事诉权研究》，北京大学出版社 2013 年版。

[200] [意]莫诺·卡佩莱蒂：《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》，徐昕译，法律出版社 2000 年版，第 40 页。

利接近司法的权利。[201]因而，公民享有接受公正司法的权利要求国家需要确立相关的物质保证、制度安排、组织架构、人员条件，为公民诉诸于司法提供硬件软件方面的基本物质保障，保证其诉诸于司法的权利得以切实实现。

2. 设置作为国家公权的司法权的根本宗旨，在于约束国家公权本身，通过司法保障公民权利。现代民主法治社会，司法权作为国家权力的重要组成部分，从根本上来源于人民的协议式授权，司法权的人民性来源决定了司法权存在的根本目的必须立足于保障公民权利之上，通过司法化解矛盾纠纷、维护社会秩序稳定以及促进经济社会发展等目标，只是司法保障公民权利的必要方式或是司法保障公民权利附带产生的次要效果。权利化司法模式以保障公民权利为根本宗旨，这意味着，权利化司法模式不同于革命化司法模式将司法作为践行革命斗争的武器，以此通过司法实现对敌斗争的革命目标；权利化司法模式也不同于治理化司法模式将司法作为受制于政治治理的工具，以此服务于经济建设、社会维稳、政权巩固等政策考量。

正是所谓："人权保障是司法文明的核心标志，也是司法文明的强大动力。如果说古代司法的文明意义在于定分止争、惩恶扬善，那么现代司法的文明意义则在于保障人权、维护正义，正是对人权的尊重和保障使司法在现代化的道路上走向了文明。"[202]权利化司法模式的这种功能定位并不排除司法维护社会秩序、巩固政治稳定、促进经济发展等作用，但是这些功用只是司法在保障公民权利的前提下，产生的附带效果或次要考量，权利化司法模式要求司法在理念设计、制度构造、组织人员安排上把保障公民权利作为其根本、首要原则。

3. 公民应当享有充分知情、适当参与、合理监督司法运行以及司法改革的权利，亦即广义的公民参与司法的权利。[203]权利化司法模式中公民参与司法不是革命化司法模式下革命化、激进化的人民审判甚至法外审判，也不是治理化司法模式下群众路线式的象征式参与或是无序式民意审判；权利化司法模式使得公众参与司法成为公民的基本权利以及司法运行的重要特质，从司法的群众路线到司法的公众参与的转换，表征的是参与主体平等化、参与性质权利化以及参与形式制度化的变革。公众参与司法的权利是公民权利在司法领域的相应延伸、贯彻，也是在尊重司法运行规律的前提下，表征司法民主性的必然要求，它以多种形式体现在司法运作的诸多环节。

一方面，公民享有参与司法实践运行过程的权利。近代社会的传统司法模式是一种强调"审判不过是忠实地把法律适用于事实"的依法司法的法律适用模式，这种司法模式使得司法审判具有了合法安定的外观，通过"从意识形态上加强忠实适用法律的形象同时，通过拒

---

[201] 参见[意]莫诺·卡佩莱蒂编：《福利国家与接近正义》，刘俊祥等译，法律出版社 2000 年版；[英]阿德里安·朱克曼主编：《危机中的民事司法》，傅郁林等译，中国政法大学出版社 2005 年版，第三编；例如，日本确立的 21 世纪司法改革，就把建立使国民满意的司法制度作为其重要目标，其目的就是为了使得国民作为司法制度的利用者能够轻松地走向司法。参见最高人民检察院法律政策研究室编译：《支撑 21 世纪日本的司法制度》，中国检察出版社 2004 年版，第二章。

[202] 张文显：《人权保障与司法文明》，载《中国法律评论》2014 年第 2 期。

[203] 参见郭道晖：《尊重公民的司法参与权》，载《国家检察官学院学报》2009 年第 6 期。

绝把激烈对立的价值争议引入审判来进一步限定人们对司法过程的参加或同司法的接触”，这种司法模式塑造了一种“审判神话”。这种司法模式以忠实适用法律为唯一任务，强调司法相对于政治力量、社会影响、民众民意保持特定的独立性。但是这种司法模式存在游离于普通民众的发展倾向，使得民众难以通过司法实现控制权力的目标。[204]面对这种过于强调依法司法、司法独立的司法模式，现代司法实践的运行过程中出现了“与近代司法格格不入的民主主义思想”，“正在发生普通民众从司法作用的客体向主体转化，并积极动员审判来实现对一般政治过程进行参加的意识革命”。[205]这意味着司法场域一定意义上同样需要贯彻人民主权的基本政法原理，保障公众的参与权利。

另一方面，公民享有参与司法改革民主政治的权利。司法与政治保持相当距离，维持自身中立，唯独忠实于法律，保证法律的一体平等适用等等，这是现代文明司法的基本品性；基于此等一般司法规律，未来我国司法改革的重心在于司法的去行政化、去政治化，这同样毋庸置疑。但是，不可否认，我国“司法体制改革是政治体制改革的重要组成部分。……政治体制改革的政治方向和限度决定了司法体制改革的政治方向和限度”。[206]因此，政治基石的根本性质决定了受其形塑的司法模式，由此，权利化司法模式只有借助于权利政治才能实现。司法改革作为政治改革的重要组成部分，本身就是重大的政治问题，司法改革本身不可能去政治化，司法的去政治化改革只有通过公民民主的政治途径方能实现，这表明司法的去政治化改革问题实质上是司法之政治基础重塑的问题。影响公民至深的司法改革不应成为少数决策者或利益相关者封闭、神秘决策的产物，相反，公民享有参与影响自身切身利益的司法改革决策的权利，以此确证其决定自身命运的自主权利、政治主体地位以及作为人应有的尊严。[207]因此，我们需要注重公民对于司法的权利，给司法改革注入更多公民权利因素，充分发挥民权对于推动改革、完善司法的作用，这其中包括公民要求改革、参与改革司法的权利。[208]

四、余 论

作为未来我国司法模式理想图景的权利化司法模式的实现方式，需要从其自身内部找寻，权利化司法模式的第一层意涵为公民通过民主政治途径推动司法改革奠定了正当基础，第二层意涵为公民推动司法的权利化重塑提供了根本动力，第三层意涵则为公民具体变革司

[204] 参见[日]棚赖孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 245—254 页。

[205] [日]棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 256—261 页。相关例证，参见最高人民检察院法律政策研究室组织编译：《支撑 21 世纪日本的司法制度》，中国检察出版社 2004 年版，第四章；最高人民检察院法律政策研究生组织编译：《所有人的正义：英国司法改革报告》，中国检察出版社 2003 年版，第七章。

[206] 张文显：《司法改革的政治定性》，载《法制与社会发展》2014 年第 6 期。

[207] 参见孙莉：《论作为过程的司法改革的过程正当化》，载《法制与社会发展》2014 年第 6 期。

[208] 参见夏勇：《改革司法》，载《环球法律评论》2002 年第 1 期。

法模式确立了重要途径。强调通过民主政治方式推动司法的去政治化改革以及司法政治基础的重塑，并非意味着实现了民主政体即可实现司法公正，相反，相对于这种认为政体与司法之间存在必然联系的“政体论”，注重现实政治运作对于司法影响的“政道论”更具事实说服力，[209]民主政体与司法独立之间，并非必然联系。[210]目前学界普遍认为，民主政体倾向于司法独立，但是民主政治并不能绝对确保司法独立，许多发展中的民主国家深受司法腐败等问题的折磨。但这并不意味着政体类型与司法体制毫不相关，民主政治虽然不是司法独立的充要条件，但是却是其必要条件。其他威权国家的经验显示，治理政治支配下的中国，司法独立仍然存在进一步扩展、深化的空间；但是，已有域外经验同样表明，在司法只是作为国家治理工具的治理政治下，司法独立的发展空间显然十分有限，从根本上说，司法独立的健全形式只能在民主政治下方能获得，虽然即使在民主政治下，司法独立的获得、维持同样并非易事。[211]

Abstract： Since the founding of the country, the operations of our justice was shaped by political logics deeply, and formed notable tradition of “politics and justice”. Chinese politics has transformed from revolutionary politics to governmental politics, and the models of justice, which corresponded to the political logics, has also changed. The revolutionary model of justice implemented revolution through justice and cleared up itself with revolution, it has strong tendency of nihilism. The governmental model of justice ruled the country through justice, it has strong tint of instrumentalism. The common problems of these two models are they could not constraint the national public power and protect the rights of citizens. We should construct rightful model of justice in the future and reform new legal-political tradition.

Key Words：politics justice revolutionary governmental rights

[209] 有关“政道”与“政体”之分，参见王绍光主编：《理想政治秩序》，生活·读书·新知 2012 年版，第 75—131 页。

[210] 参见 Tamir Moustafa，The Struggle for Constitutional Power，Cambridge University Press 2007，pp.1-3. Tom Ginsburg and Tamir Moustafa，Rule by Law：The Politics of Courts in Authoritarian Regimes，Cambridge University Press，2008，pp.1-22.支振锋：《司法独立的制度实践》，载《法制与社会发展》2013 年第 5 期。

[211] 参见 Randall Peerenboom，Judicial Independence in China，Cambridge University Press 2010，p.3. p.16.

关联企业破产中的实质合并规则研究

程向文*

摘 要：本文先提出在我国关联企业破产中相关立法、模式与手段规制所存在的问题与缺陷，再从关联企业及合并破产的具体涵义出发划定研究范围，以关联企业合并破产的理论及价值基础作为有力支撑来构建规则，从而探究实质合并原则的创新意义与实用路线，接着借鉴、总结、归纳当前司法实务中实质合并破产的多种模式以及得出最优选择，最后关注我国关联企业合并破产现状及相关问题，进一步探索行之有效的解决对策，针对性地提出关于实体与程序方面的改善建议与制度构想，以积极应对更多的相关破产难题。

关键词：关联企业 合并破产 实质合并规则

企业集团、关联企业是追求规模效应的产物，现已成为当代规模经济的的核心力量。其发展不仅给经济社会带来了资本效应、产品服务、人才劳动力、信息技术上的优势，达到优化资源配置，提高经济效率，降低经济成本的要求；而且，法人人格独立原则与股东有限责任制度构成当代公司法之重要基础，在有效减少或限制风险和责任的法律制度下，企业可以利用这一基础进行多元化经营，增进经济效益，激发创新活力；再者，企业集团的形成有助于经济实体的联合和市场机制的革新，通过减少竞争对手、形成统一力量的方式来避免竞争过程中的资源浪费和市场损耗。但是也应看到，“通过构架企业间的关联关系，控股股东、董事等内部人借助关联交易在关联企业之间进行非常规的资产和利益转移，损害关联企业中的从属公司、债权人、少数股东等弱者的利益，这对传统公司法所确立的利益平衡法律机制提出了严峻的挑战。”[212]

当全球金融危机席卷企业集团、关联企业时，内部资金链的断裂、外部资本筹措的困难常常使整个企业集团陷入破产重整乃至破产清算的风险中，控股企业很有可能利用不正当的关联交易手段进行从属企业间的利益不平等输送、优质资产隐匿或转移从而导致外部债权人利益受损，从我国《企业破产法》规定来看，关联企业破产的处理规则若套用针对单个企业破产的法律规制方式，往往会出现执行成本过高、耗时过长、经济效率和利益下降等现象，合并破产方式作为法治发达国家的成功探索，对我国有着巨大的借鉴价值和意义。然而，近年来我国利用实质合并规则处理司法实务的仅有 43 起；适用破产撤销权处理破产案件的共有 687 起，通过破产无效行为规范破产案件的共有 200 起；股份公司、有限责任公司破产案件中利用“揭开公司面纱”原则的共有 5274 起，特别的一人有限责任公司利用该原则进行

* 程向文：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。

[212] 时建中：《论关联企业的识别与债权人法律救济》，载《政法论坛》2003 年第 5 期。

破产裁定的更是高达 9939 起。[213]关联企业的特殊性和复杂性决定了依照单个企业破产模式的传统处理方式的落后性和不适应性，所以，探究合并破产规则在中国的适用研究具有重大的理论探究价值和制度革新意义，同时也是我国当下破产法规范“市场退出制度”的具有紧迫性的重要任务。

一、问题的提出

（一）立法层面与司法层面的难题：立法缺失与裁量过限

1. 现行立法之不足

我国《企业破产法》对关联企业破产规则并无特殊规定，原则上适用一般破产方式即传统模式，但从其他法律性文件中可以看到目前立法者和司法者对合并破产方式所持态度具有消极否定之倾向。

在 07 年的《最高人民法院<关于审理企业破产案件若干问题的规定>》第 76 条中规定：债务人设立的分支机构和没有法人资格的全资机构的财产，应当一并纳入破产程序进行清理；在第 79 条中规定：债务人开办的全资企业，以及由其参股、控股的企业不能清偿到期债务，需要进行破产还债的，应当另行提出破产申请。第 76 条主要适用于破产企业下设的非具有独立人格的分支机构，而第 79 条主要适用于企业集团中具有法律上独立地位的子公司。可见，司法解释倾向于坚持法人人格制度前提下的分别单独破产为基本原则；又如，青海省高级人民法院《关于规范审理企业破产案件的实施意见》中指出：申请企业破产时，严禁以任何理由将具有独立法人资格的关联企业或下属企业及其财产列入破产范围连带破产。破产案件必须是“一企一案”，不允许搞“多企一案”；再如，广东省高级人民《关于审理破产案件若干问题的指导意见》第 7 条：财产混同的多个关联企业同时向法院申请破产的，法院应责令其先予界定各自财产，然后再向法院申请破产。债权人同时申请财产混同的多个关联企业破产的，法院受理后应由清算组依法界定各个关联企业的财产，不应以财产混同为由合并清算。

然而在一些地方实践中，政府往往迫于职工安置、救济及经济补偿金、养老及医疗保险等社会问题的压力下常常会出台一些地方土政策来缓和大型企业（多为关联企业）破产所带来的负面影响，同时也成为了地方法院探索新的破产方式和程序的动力，当地方法院发现实质合并规则可以根据企业职工身份与企业性质的一致性，将各个关联企业职工的受偿待遇平等化、统一化，从而安置、补偿可以实现标准化，免于关联企业间内部不正当的利益传输所导致的资产优劣多寡的失衡而使一些子企业的职工工资等其他债权受损；且在特殊合并规则

[213] 以上数据均来自《中国裁判文书网》，分别依照“关联企业”“合并破产”、“《中华人民共和国企业破产法》第三十一条&第三十二条、《中华人民共和国企业破产法》第三十三条”、“《中华人民共和国公司法》第二十条、《中华人民共和国公司法》第六十四条”进行检索。

（即子企业解散前已在内部进行各自独立清算）中，职工安置标准亦不会出现问题的情况下，该规则以地方性文件的形式作为一些地方性司法裁判的参考或依据，在实践中的有效适用也证明了规则的可行性。

例如，在江苏省高级人民法院出台的规范性文件《关于审理破产案件若干问题的讨论纪要》（1998）第 50 条规定：企业为逃避债务，将有效资产投资开办另一企业，然后申请破产的，不论该行为是否发生在法院受理破产案件前六个月内，都要根据《中华人民共和国民法通则》第 58 条第 1 款第（七）项的决定，追回被转移资产及其孳息，作为破产财产统一分配。在具体处理方式上，可以采用整体转让新办企业或以债权人的债权作为股份，依照公司法的规定，组成规范化的公司，以避免新办企业同时倒闭或破产；在最高人民法院对山东省高级人民法院请示的山东南极洲集团股份优先公司、山东薛城啤酒厂破产一案的批复中指出：企业分立后，新分出的企业被宣告破产，并不必然导致原企业的破产。如原企业对其依法应当承担的新分企业的债务无力清偿，原企业可以根据其自身的债权人的申请进入破产程序。如企业分立被人民法院认定为属于以逃债为目的的，原企业可以与新分企业一并破产，以最大限度保护债权人的利益。[214]

虽然司法性文件已作了较为宽容的规定，且在司法实践中，德隆系企业集团、太子奶系集团、纵横集团、猴王集团、中谷糖业集团、沈阳欧亚集团等关联企业破产重整中也采纳了合并破产重整方式，收效显著，反响良好；但是，根据法理学理论，法律位阶关系往往决定着法律适用的选择与效果，在正式法律规定空白的情况下，地方性文件的规范效力明显不如司法解释的效力，所以也只能在地方根据具体情况具体分析来选择适用，具有局限性，也易造成了同案不同判的现象，使公众对司法权威的信任度降低。因而，只有在深入透彻研究这一规则的基础上将其落实成为正式法源，才能避免这些现象的发生。

2. 司法裁量标准之模糊性

在研究合并破产规则的具体适用中，首先建立规则确定适用之假说，结合现实具体分析可能出现的问题以及相应的解决方法。因法律没有就关联公司破产实体合并作出明确的规定，为避免滥用，法院应当严格把握，审慎审查，并作出独立的判断。[215]法院的审查主要围绕着财产范围内的确定划分和财产以外的关联情况来进行的。那么，若借鉴美国第二巡回法院审理的 Chemical Bank New York Trust Co. V. Kheel 一案中确定的公司集团内部财产状况达到的“令人绝望的混同”的标准的话，该标准如何将混同财产的界限厘定清楚，厘定的权力权威主体来源是何都是需要解决的客观问题。

在审查关联企业间经济混同的根源即是否过度控制的问题中，除了上述对财产混同状况进行审查外，还需要对人员、业务往来、会计账目、管理机制是否统一调度、不能区分的情况进行调查，对于特殊的关联企业，究竟是采概括主义的标准制定方式还是采列举主义的标

[214] 最高人民法院经济审判庭编：《经济审判指导与参考》第 2 卷，法律出版社 2000 年版，第 93 页。
[215] 陶蛟龙、史和新：《关联公司合并破产重整若干法律问题研究》，载《政治与法律》2012 年第 2 期。

准判断方式，值得商榷。一方面，若采取语义涵摄范围较广的概括主义，会出现各地关联企业破产合并标准及适用之具体情形难以把握的现象，如横跨江苏省宜兴市、无锡市、江阴市三地的一家铜业企业集团破产案中，法院以资产混同、管理混同为由裁定合并破产，而在武汉市中级人民法院裁定的中国机电设备中南公司申请破产案和尚志市人民法院裁定的一面坡葡萄酒厂破产案中则以分公司法人资格无效为由而进行合并破产等等；另外，最大的问题是具体数额的衡量标准几乎都是基于法院的自由裁量权，辅以当地经济发展水平和企业具体情况作出的，具有很大的主观性乃至任意性，尽管在破产审查的过程中会召开债权人会议、设立债权人委员会以更好地听取广大债权人的意愿，但是，由于关联企业的内部构造复杂性以及交易信息的不对称，部分债权人甚至连交易对象为哪个企业也区分不清，对于合并破产前和合并破产后的即得或将得利益的衡量判断仍要依靠法院和管理人提供的具体信息，因而，现在学界主流观点认为，应当在此类企业破产中赋予管理人更多的职权，如主动提起合并破产或根据管理经验和所得信息执行具体的区分和厘定标准。

（二）传统破产规制手段与关联企业破产不相适应

1.“揭开公司面纱”制度（Piercing the Corpora te Veil）

“揭开公司面纱”的核心是否定子公司的独立人格地位，在此基础上使母公司对破产子公司的债务承担责任。法院适用该原则的必要条件是必须要有一定的事实依据来佐证“过度控制”行为而导致这样的结果出现。

该制度是最早出现的对关联企业的规制制度，是关联企业实行实质合并破产的基础之一。但是它是基于坚持以公司法人独立人格为基本原则，以个案否认为例外的前提下进行的，客观上来说属于“实体法”理论，所以又具有一定的内部矛盾性；但也应看到，只有在“刺破面纱”之后，实质合并的后续破产程序才能进行，才能统一内部的债权债务及担保关系，实行统一的清偿率，最大限度地保障债权人的利益，笔者认为，“揭开面纱”制度在程序意义上更多地类似于实质合并的前置程序而存在着，后力不足则成为其最大的局限之处。

总体来说，它与关联企业破产不相适应的地方，同时也是它与实质合并规则的最大区别之处在于：揭开公司面纱主要适用于使控制股东承担子公司或附属企业的债务责任，而实质合并原则对债务责任的合并适用于包括存在控股关系在内的所有关联企业。[216]其次，审查范围不同，前者仅限于对个案中具体法律事实进行审查，而后者的审查范围具有总括性，全面性；再次，规制目的不同，前者适用目的主要在于回复股东权利滥用所导致的现状结果之前的状态或使股东为其权利滥用行为付出相应代价、承担责任，而后者适用目的不仅在于对股东的惩治及债权人利益的保护上，还在于司法成本、资源和效率的考量上；最后，结果不同，前者只是使公司独立人格丧失的状态限定在特定个案中而不会持续至未来，而后者却是永久

[216] 王欣新、周薇：《论中国关联企业合并破产重整制度之确立》，载《北京航空航天大学学报》（社会科学版）2012 年第 2 期。

性地否定其人格，通常伴随着从属公司的解散、注销。

2.“衡平居次”原则（Equitable Subordination Doctrine）

该原则又被称为“深石原则”（Deep-rock Doctrine）、从属求偿原则和次级债权原则。指的是在从属公司破产的情况下，法院如果认定从属公司的业务经营完全被控制且其经营方法主要是为了控制公司的利益，就可以判决控制公司对从属企业的债权获得清偿的顺序应次于从属公司的其他债权。[217]其与“完全居次规则”（Full Subordination Rule）或“自动居次规则”（Automatic Subordination Rule）不同，即在子公司破产时，母公司对子公司所享有的债权并不当然地、绝对地、完全地劣后于其他债权人清偿，而是对这部分债权有所区分，以母公司对子公司的“不公平行为”（Inequitable Conduct）为裁量依据，将一部分并非非法转移或交易的财产归于与普通债权平等的位置进行清偿，实行相对居次的分配方法。

该原则适用于关联企业合并破产的最大局限性在于其适用范围太窄和保护外部债权人利益的力度过小等问题。它仅仅适用于具有控制与被控制关系的关联企业中，且控制企业对从属公司享有债权的情况，对于控制企业一方对从属企业没有债权时并不适用；再次，它只有当从属企业破产时才予以适用，只起到单方面地保护从属企业债权人的作用，但在控股企业破产时无法均衡各个企业的利益分配，也无法全面保护各方债权人的利益；最后，“从属求偿”原则的目的不在于拒绝母公司的求偿，也避开了在个案中否定子公司法人人格的问题，仅仅是对求偿顺位作出特殊安排，防止控制企业将风险过分地外化给债权人，是比“揭开公司面纱”和“实质合并”原则更为温和的衡平救济方法。[218]

由此推知，该原则只能在一定范围内对破产公平清偿分配制度起到促进作用，但却不是一种普适有效的方法。

3.破产撤销权和破产无效行为制度

我国《企业破产法》第三十一、三十二条分别规定了欺诈性破产行为和偏袒性清偿行为两种可撤销之非法行为；第三十三条则规定了破产无效行为，自该行为作出即不发生效力。对比两者，可以发现撤销权的行使实际上体现了程序判断原则，即建立嫌疑期制度，以立法规定的特定期间内进行的规定行为为撤销权行使对象，不再对该行为实施时是否实际损害到债权人的利益作实质分析判断。[219]而无效行为制度则直接地绝对地保护了债权人受偿财产的回归与维持。

撤销权和无效行为制度从其本质上看，对于关联企业破产案件的助益并不大。首先，从其自身存在的问题看，立法规定仅以列举方式规定违法行为的种类，难免挂一漏万，对于关联企业复杂的控制关系、投资关系、人事关系、财务关系以及长期业务关系等利益关系的规范无从下手，如相互担保、相互持股等问题即属之；再次，从我国实践中看，将撤销权构成的法定期间规定为破产案件受理前六个月，时间明显过短，不能起到制约关联企业破产中规

[217] 江平：《完善公司治理结构的基本法律问题》，载《财经》2002 年第 11 期。
[218] 沈乐平：《母子公司法律问题研究》，经济科学出版社 2007 年版，第 231 页。
[219] 王欣新：《破产法专题研究》，法律出版社 2002 年版，第 157 页。

避法律的行为的作用，在最高人民法院《关于哈尔滨百货采购供应站申请破产一案的复函》中则有相关证明和体现：哈尔滨百货采购供应站在负债累累的情况下仍抽出其绝大部分注册资金开办哈尔滨康安批发市场，其后申请破产的做法严重侵害了债权人之利益，虽然该行为未发生在法院受理破产案件前六个月内，但其目的是为了逃避债务，故原则上应追回供应站开办批发市场的投入资金和所得盈利，作为破产财产统一分配。[220]另外，这两项制度只能解决债务人单个违法的破产行为，而不能统筹全局解决关联关系所产生的高度混同问题，不仅给关联企业重整带来了巨大阻碍，而且对债权人利益的保护不具有直接性和稳定性。

其他学者则认为，这两项制度的行使在责任主体追究方面和权利行使方面存在局限性，一是关联企业破产中违法行为主体呈现多元化特征，某些针对债务人财产的违法行为可能并非由债务人做出，而是由控制企业做出；[221]二是确定权益和财产的归属的难度很大，高度混同的内部结构需要破产管理人用大量时间和精力工作才能完成，且存在举证困难等问题；三是行使撤销权的主体即破产管理人，对某项行为的撤销与否完全由个人自主决定，由于无涉破产企业债权债务的利害关系，必然导致其缺乏主动性与积极性。综上所述，这两项制度在关于关联企业的破产中不是可取之法。

二、关联企业实质合并破产规则概说

（一）关联企业的内涵界定

1.我国法律与学说中的涵义

在我国，“关联企业”作为一个正式的法律术语出现和使用是在《外商投资企业和外国企业所得税法》中，其《实施细则》第 52 条规定的关联企业概念如下：“与企业有如下之一关系的公司、企业和其他经济组织：（1）在资金、经营、购销等方面，存在直接或间接的拥有和控制关系；（2）直接或间接地同为第三者拥有或控制；（3）其他在利益上相关联的关系。”02 年修订的《税收征收管理法实施细则》亦采用这一定义。

在我国台湾地区，其《公司法》规定：“关系企业是指独立存在而相互间具有下列关系之企业：其一，有控制与从属关系之公司；其二，相互投资公司。”

在其他法律规范中也涉及到关联企业的相关内容，如在我国《公司法》第 217 条规定中，关联关系是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系以及可能导致公司利益转移的其他关系；在《企业会计准则---关联关系及其交易的披露》中对“关联方关系“的内涵和外延均作出了界定：（1）直接或间接地控制其他企业或受其他企业控制，以及同受某一企业控制的两个或多个企业；（2）合营企业；（3）联营企业；（4）主要投资者个人、关键管理人员或与其关系密切的家庭成员；（5）受

[220] 详见最高人民法院于 1995 年 5 月 4 日所作法函（1995）48 号。
[221] 孙向齐、杨继锋：《关联企业破产违法行为的规制》，载《法学杂志》2009 年第 9 期。

主要投资者个人、关键管理人员或与其关系密切的家庭成员直接控制的其他企业。

“关联企业”概念在理论界也有许多不同界定。有学者认为，“广义的关联公司，指两个以上独立存在而相互之间又具有稳定、密切的业务联系或者投资关系的公司。狭义的关联公司，则仅指存在持股关系但未达到控制程度的公司。通常所称的关联公司是指广义的关联公司。”[222]王欣新教授则认为“关联企业是指通过股权参与或资本渗透、合同机制或其他手段如人事连锁或表决协议等方法，在相互之间存在控制与从属关系或重要影响的多个企业。”[223]施天涛教授则定义为“关联企业是指具有独立法人人格的企业之间为达到特定经济目的通过特定手段而形成的多元化和多层次结构的企业之间的联合体。”[224]

关联企业的多重界定揭示的共同关系特征是在经济、人员、企业事务等方面存在的控制与被控制、指令与从属关系。

2.国外立法与学说中的概念

德国形成了目前国际上规制关联企业的最完善、最全面也最系统的法律规范，关联企业概念在德国首先得到了法律的肯认和地位的确定，德国《股份公司法》第18条规定：“联属企业是指，具有独立法律地位而彼此又形成联属关系的企业，包括：（1）被某企业多数持股的企业和对该企业持有多数股份的企业；（2）附属企业和支配企业；（3）康采恩企业；（4）相互持股的企业或者属于某个企业合同当事人的企业。”其中，康采恩企业是联属企业之一种，根据《德国股份公司法》，多数企业若受同一控制企业的领导管理，这些企业的集合即为康采恩企业集团。在德国，康采恩主要有合同型和事实型两种类型。[225]

（二）实体合并、实质合并原则与合并破产之厘清

在我国，关联企业的实体合并是指控股企业与从属企业中由于特定事由的出现而使其中一家或几家出现破产原因，从而引发具有控制与关联关系的其他企业（包括母、子企业）破产而统一进入破产程序的合并规则。实体合并主要解决的是关联企业如何破产的问题，是一项具体可操作的规则。

而实质合并原则发端于美国，是美国法官在衡平法规则基础上创设的一套公平救济措施。美国Phillip.Blumberg教授对实质合并原则下了具体定义，即将已破产之多数关联企业的资产和债务合并计算，并且去除掉关联企业间彼此之债权和担保关系，完成前述“合并”后，即将合并后之破产财团，依债权比例分配予该集团所有债权人，并不细加追究该债权是哪一家从属公司所引起的。[226]在《联合国贸易法委员会破产法立法指南》第三部分中提到，

---

[222] 赵旭东主编：《公司法学》（第二版），高等教育出版社2006年版，第73页。

[223] 王欣新、周薇：《论中国关联企业合并破产重整制度之确立》，载《北京航空航天大学学报》（社会科学版）2012年第2期。

[224] 施天涛：《中国关联企业的发展及其法律对策》，载《清华法律评论》1998年第1期。

[225] 王天习：《关联企业的法律界定》，载《求索》2003年第1期。

[226] Phillip.Blumberg,The law of corporate groups,Little Brown&Co Law&Business,May,pp.401-402（1985）.

“实质性合并”是将企业集团两个或两个以上成员的资产和负债作为单一破产财产的组成部分对待。”总的来说，实质合并的本质是“刺破公司面纱”原则的延伸，在破产主体规制和债务清偿程序中有所改良，以使优质资产被转移的被控制企业企业的劣势地位债权人和经济信息严重不对称的外部债权人得到利益的平衡分配和债权最大公平限度的清偿。

合并破产从文义上看，仅指在合并破产规则和原则指导下进行破产的结果。本文的“合并破产”主张广义的“破产”概念，即指破产清算和破产重整，且采通说观点，将其与实质合并视为同一概念。

三、关联企业实质合并破产的理论与价值基础

（一）实质合并的理论基础：从“实体法”到“企业法”

美国哥伦比亚大学教授 Adolph Berle 创立的企业主体理论（Enterprise Entity Doctrine）奠定了实质合并原则的理论基础。企业主体理论针对的是整个企业集团的全体责任，该理论将企业的法律地位独立与经济地位独立区别讨论，认为关联企业成为独立的法律主体的标准是起公司事实（Corporate Fact）符合企业事实（Enterprise Fact），企业事实又称为经济事实，关注的是法律地位与经济地位不对称性现象所引起的区分。在法律上拥有独立人格的企业不一定在经济上能够独立地进行经济决策，独立地操纵企业内部事务，如上所述，若企业处于控股企业的控制之下且与其他相对独立的公司之间的经济联系足够紧密，那么即可在破产程序中视为一个整体统一处理。

公司事实对应的是“实体法理论”，企业事实对应的是“企业法理论”，这两种理论的博弈抗衡经过司法实务的实践操作使得实质合并原则越来越受到推崇和认可。相对而言，前者注重的是形式而非实质，后者更注重基于法理学基础的“实质正义”的内涵体现。

“实体法”理论即分离实体论，分离的是在法律上相互独立而在经济上相互依赖的企业实体的联系，在破产程序上的形态表现为分别单个地独立破产。“企业法”理论即企业主体论，主体合一的意义在于强调经济联系的密切性与趋同性，在破产程序上的形态表现为合并统一地共同破产。随着经济社会的迅速发展，考虑一元结构的企业破产以及遵循固有的法人人格独立和股东有限责任的理念下建构的“实体法”理论的局限性日益突出，规模经济过度发展所产生的消极后果将彻底冲垮这种理论体系，“企业法”理论从应运而生到成长壮大，一步步地验证在该理论指导下的实质合并破产手段的可操作性和效益可观性。

“实质合并”原则是完全在企业法理论基础上发展起来的原则，真正抓住了关联企业之间法律地位和经济事实不对称的本质，准确把握关联企业经济一体化的趋势，实现了从实体法理论向企业法理论的跨越。[227]

[227] 王欣新、蔡文斌：《论关联企业破产之规制》，载《政治与法律》2008 年第 9 期。

（二）实质合并的价值基础：破产原则与破产制度的价值要求

1. 实体上公平效率的价值体现

“为维持多数相互竞合的债权人间公平清偿起见，不能不特别考虑债权之实现方法，为此一需要而产生的制度，则为破产制度。”[228]可见，破产制度的产生首先源于债权公平保护的终极理念。公平的最本质内容在于它是调节人们之间的社会关系和财富分配关系的一种规范，它具有客观的内容，公平只相对于生产力的状况和效率的提高而言，能够促进效率的最大限度地提高，是公平的本质内涵。[229]反过来看，经济效率的最基本要求是机会均等，同时包容和体现了效率原则和公平原则。

破产的公平性与效率性是破产法律制度的两大基石，也是破产制度革新与发展的动力来源。实质合并规则在处理关联企业合并破产中能够解决和突破财产混同、业务混同、人员混同等过度控制的重重难题，使关联母子企业中各方债权人均能获得公平分配破产财产（equality of distyibution and fairness to all creditors）的权利，从而减轻和缓和各个企业清偿过程中苦乐不均的状态，从制度上规避了利用不正当关联交易从事非法财产输送转移的可能性，也节省了将错综复杂的债权债务关系、担保关系一一理清的高额成本，还切断了关联关系的利益隐匿的主要途径，阻碍关联企业间以担保为基础的别除权的行使来获得优先清偿的行为，最大限度地保护外部债权人的利益，使外部债权人获得公平清偿的机率大大增加。

此外，实质合并规则的效率性体现在对比单独破产情形下的集中优势，关联企业之间的经营管理大多不符合《公司法》等法律的要求，存在许多制度不合理、行为不规范的现象，企业内部间相互担保，资产隐匿、利益输送等问题严重，资本联系纽带、合同维系方式、人事连锁反应上出现的问题极易使原公司丧失经济上的独立地位，从而导致账目、资产混乱和关联交易频发，在此情形下，选择单独破产的方式是一种效率低能也是成本高耗的表现；除外之外，由于破产法规定法院裁定进入破产程序后须同时指定破产管理人，那么，在关联企业中各个企业的破产重整或清算工作都存在相同或相似之处，如果采取单独破产策略，出现的相应结果是各个企业都要聘任各自的管理人，不仅导致破产成本加大，效率降低，而且会使得各个管理人之间的工作内容交错重复，需要频繁交流和整理，甚至会出现内部矛盾或相互推诿等现象。

最后，实质合并规则所带来的公平效率也是重整制度得以启动和成功的价值保证。破产重整尤其是在经济利益链复杂的关联企业破产重整中，为了实现公平清偿债务和拯救有“重生”希望的企业而均衡调整债权人、股东及其他利害关系人与重整企业的利益关系，并限制担保物权的行使，达到平衡各方当事人、避免公司解体的目的。关联企业破产中出现的虚假破产和欺诈破产问题使得重整的整体效率降低，不仅贻误优质资产重组、重整计划方案的迅

[228] 陈荣宗：《破产法》，台湾三民书局 1982 年版，第 1 页。
[229] 张晨颖：《破产制度价值研究》，载《北京大学学报》（哲学社会科学版）2003 年第 6 期。

速落实，而且对债权人利益也造成了损害。所以，在破产内容上部分否认独立事实的实体合并规则能全方位地掌控整个关联企业系统的资产输送线路，进而及时行使破产撤销权和裁定行为无效，实现实体上的公平效率，也实现了其价值基础。

2.程序上公开公正的价值建构

对比企业单独破产的程序步骤，关联企业破产的程序要复杂得多，具体问题集中在关联债务担保的梳理、优先债权的整合以及不允许抵销出现的问题上。实质合并规则较大程度上解决了资产清理结算和债权登记分配中的障碍，同时也减小了破产审理过程中的繁杂问题，如关联企业法律定位的不明确，导致法院对关联企业的识别、关联企业破产原因的审查标准、关联债权的认定等问题的复杂化，部分消除了因关联企业盘根错节的组织架构和隐秘复杂得关联交易而使得界定关联企业之间财产和债权债务的困难。[230]

在抵销程序的价值建构上，由于《最高人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的规定》（征求意见稿）第五十二条规定：“控制公司滥用从属公司人格的，控制公司对从属公司的债权不享有抵销权；从属公司破产清算时，控制公司不享有别除权或者优先权，其债权分配顺序次于从属公司的其他债权人。”因而，立法原意是保证清偿率低、对外负债额高的企业的非关联关系之债权人的债权不受债权因抵消而使受偿资产减少的损害，以及防止破产资源不能有效优化配置从而出现债权人普遍不满或利益普遍减少的现象，但由于控股企业与从属企业的债权债务关系不能得到部分消除，因此破产清算或重整程序的工作量依旧庞大，实质合并规则实行统一清偿率，将相互担保关系与相互抵消之债权债务关系全部内化成内部经济行为，从民法原理上看，被视为一个主体的内部行为不能对抗外部债权人的债权请求，所以该合并规则的最大优点是简化程序、促进程序的公平合理，同时也符合相关法理论的要求和程序价值方面的建构。

四、实质合并规则成为关联企业破产的创新实用型路线

（一）实质合并规则适用的正当性论证

实质合并原则(substantive consolidation doctrine)目的在于使公司集团中各个公司之债权人获得公平分配破产财产（equality of distribution and fairness to all creditors）的权利，实现一般公平和正义。[231]该目的揭示了实质合并规则存在之正当性则在于从破产立法的本质出发保障权利最容易受到侵害的无财产担保债权人的利益，避免因关联企业内部相互交错的担保关系或债权债务关系而进行财产别除、抵销以至其只能就剩余财产分别求偿，或者造成各个企业之债权人苦乐不均的现象。因此，实质合并可能所产生的速度、清除公司间复杂关系

[230] 王欣新、周薇：《论中国关联企业合并破产重整制度之确立》，载《北京航空航天大学学报》（社会科学版）2012 年第 2 期。
[231] 朱慈蕴：《公司法人格否认法理研究》，法律出版社 1998 年版，第 282 页。

的问题、避免耗时的诉讼等因素也在一定程度上促进了实质合并规则的发展。

但是，由于目前立法并无明文规定，且司法操作性问题还有待验证，加之关联企业与传统规制模式的冲击性和抵触性，使得反对该规则引入的声音越来越多。具体来说，反对的理由主要是其违反了公司法人人格独立及股东有限责任的基本原则、统一清偿率标准部分地损害了清偿率较平均水平高的企业债权人以及因法无明文规定而触犯擅自“造法”的司法绝对禁忌。但这些并不妨害正当性之论证。

第一，法人人格独立原则的遵守是需要一定前提条件的。这表现为法人企业必须要保证体系内的人财物的独立性和权属明确性，才能主张这一原则下的权利行使。根据权利义务相对等的基本原则，关联企业只有履行了法人人格独立原则下的义务，才能主张法人人格独立原则下的权利。[232]

第二，关于受偿比例统一性的相对不公的问题。关联企业作为经营整体，在各个关联子企业中进行利益调配，通过非市场化的财产流动使成员财产不当增加或减少，从而导致部分企业破产甚至资产优势企业被牵连进入破产程序，但是应该看到，导致各企业间出现资产优劣差异情况的根源，正是关联企业先前的破坏公平交易关系之违法行为，保障对全体外部债权人的公平清偿，实质合并所须执行的统一清偿率即对原违法行为的纠正。[233]其次，法律在程序上已经设置了债权人会议和债权人委员会，法院在合并破产适用的取决上并非一意孤行之独裁者，而是以多数债权人同意为基础的。

第三，“法无明文规定即自由”学说虽然通常用于法律禁止性规定的场合，但笔者认为，将其适用于某些授权性规范也未尝不可。由于关联企业作为一种规模经济下的特殊产物，有力地摧毁了传统经济模式，故法律也应与时俱进，在司法规则适用中进行创新性地调试，其正当性基础在于，这种调试是严格受到法律位阶关系的制约的，即实质合并规则仅作为“在穷尽内部救济手段后的最后手段”出现，也是唯一的选择。

（二）比较法视野下探讨实质合并规则的适用原则与标准

实质合并原则发端于美国，故研究此项规则必须从美国相关判例和理论出发。判断实质合并是否予以适用的测试约有四类：“另一自我”因素测试，“Auto-Train”测试，“Augie/Restivo”测试和“Owens Corning”测试。

在“Auto-Train”一案中，主张该原则适用者必须符合下列条件：（1）被合并的各方之间存在实质而非形式上的同一性；（2）在主张方提出合并正当之确凿证据时，持有异议方必须承担举证责任以击败合并的动议。在此基础上形成的“Augie/Restivo”标准则发展出了两个关键性因素：（1）债权人在交易时的身份应是单一的经济整体而非一个“含糊不清的实体”，其交易达成并非基于控制企业之信用基础上的；（2）合并破产方式必须使所有外部债权人受

[232] 王永亮、黄杰国、高丽宏：《关联企业破产实体合并的司法实践》，载《人民司法》2010 年第 16 期。
[233] 王欣新、周薇：《关联企业的合并破产重整启动研究》，载《政法论坛》2011 年第 6 期。

益或得到公平对待。

而在 In re Owens Corning 一案中，美国第三巡回法院对实质合并原则做了总括性的归纳：（1）州法律、破产法和商业市场中，除非 在紧迫的情形下要求衡平法进行实质合并，法院会尊重公司的独立性。（2）实质合并强调债务人所造成的损害，该损害通常由破产法的其他规定进行补救。（3）仅仅为便于执行破产案件不足以证明适用实质合并的正当性。（4）实质合并使极端的，应当作为穷尽其他救济措施后的最后救济手段。（5）实质合并可以防御性地使用，以弥补可确定的损害，但其不能作为给其他债权人带来不利的进攻性手段。[234]除此之外，还规定了必须证明的要素，Owens 法院规定有二：（1）关联企业在申请合并破产前的独立性已丧失，无论从内部结构关系看抑或是从与其交易的外部债权人的角度看。（2）关联企业的资产分离难度高，即达到“令人绝望的混同”的程度，且会损害债权人利益。此两者只要出现其中之一即可。

在美国的学术理论界中，有学者将法院的具体审查标准归纳如下：（1）母子公司间的经济一体化程度，程度越高则适用可能性越大。（2）债权人的认知和期待，若债权人是基于对整个公司集团的资信状况的信赖而与某一公司进行交易，则应适用“实质合并规则”，但若某一债权人强调，其与某一公司进行交易完全基于对该公司资信状况的信赖，而非考虑公司集团的状况，则“实质合并规则”对该债权人并不适用。（3）会计账目报表、存储账户等的混同，关联企业间的账户若统一为中枢核心企业所控制，并且借贷记账统一一体时，则可以考虑适用实质合并规则。（4）资产的混同，企业间资产不分你我，混同关系严重时亦可适用。[235]

五、关联企业实质合并破产之模式探究

（一）一元注销模式：先行合并，再审破产

这种模式又分为解散式一元注销模式和承债式一元注销模式。前者是指控股企业依据股东会决议来解散公司，在母公司未对子公司取得控股地位时，可根据收购其他股东股份之方式取得控股地位从而占有表决权的优势比例地位从而对子公司进行清算，并在内部将子公司的债权债务关系理顺、清理结算后申请注销；而后者是指控股方允诺对关联子公司之债务承担责任的情况下，工商登记机关可准许其在不经过清算程序而注销关联子公司，在其注销后，债权债务关系由控股企业承继。这两者的共同特点都是以特殊方式来满足现行《企业破产法》、《公司法》的破产要求，即合并关联企业为一个企业之后再走破产程序的方式。

典型例子如沈阳欧亚实业有限公司为核心的 17 家企业所形成的企业集团破产案件，在

[234] 彭插三：《论美国破产法中的实质合并规则》，载《财经理论与实践》2010 年第 31 卷。
[235] 耿文杰、吴义茂：《公司集团破产中外部债权人的法律保护》，载《上海市经济管理干部学院学报》2006 年第 3 期。

该案中，特点是法院依职权裁定其余还未进入破产程序的人格混同程序严重的关联子企业合并破产，具有法院依职权启动破产程序的性质。

该模式的优点在于既破除了“法无明文”规定的诟病，又提高了可操作性的程度，减少司法成本和人力成本，提高司法效率，增大了重整成功的可能性。但现有司法领域中，难以解决的问题是承债式注销方式还未能得到法律明文的支持，以及中国当前企业资信程度难以保证承债后各项措施的履行和落实。但学界通说认为，一元注销是所有模式中接受程度最高的模式，其可行性程度和合法性程度均占优势。从实质上讲，一元注销模式实际上与单个企业的破产并无区别，只不过是在破产前存在一个注销程序而已。[236]

（二）一元纳入模式：一家破产、其余连带

这种模式的适用情形如下：各个关联企业均已出现法定破产原因，而仅有一家企业进入破产程序，其余企业还未进入破产程序时，在合并破产依据充分及适用标准达成的情况下，法院依职权或破产管理人依申请主动促成其余关联企业进入破产程序，或纳入破产清算中。经过破产裁定宣告后进行实质合并。

典型例子如湖南太子奶系集团破产案件。经法院审理查明，湖南太子奶、株洲太子奶、株洲太子奶生物科技发展有限公司和湖南太子奶集团供销有限公司存在严重的资产、债务、经营、管理、人员等混同的事实，以及频繁的关联交易和资金往来，属于典型的不规范关联企业。遂法院裁定还未进入破产程序但已达到破产边界的株洲太子奶和供销公司一同进入破产程序，直接否定其法人人格独立地位。[237]

这种模式的最大优点即在于赋予法院和破产管理人有较大灵活性的自主决定权，对于优势资产重组或促成破产重整成功均具有很大的作用，其次还在于其效率高所带来的好处，法院和破产管理人拥有的丰富管理经验能及时准确地判断合并适用标准的程度，免去中间债权人多次会议讨论协商的达成、注销清算的繁杂手续等步骤，直接切入主题，了当直接，对债权人的债权请求和申诉也能给予及时的回应。但缺点同样很明显，首先，我国目前有关企业破产规制的法律渊源中只允许单独破产，多为“一企一案”的态度，仅有实务实践中出现例外，而得到了最高院的准予批示；其次，法院需要在这种模式下行使的决定权过大和承担的工作量过大等问题，法官做出裁定的理论依据以及法律形式的争议在当前仍然没有停止过。

（三）多元集中模式：分别破产、合并审理

在该模式下，各关联企业包括控制企业均已达到破产条件并已经申请立案，经债权人或管理人申请或法院依职权裁定，将这些先后申请破产的企业一并纳入破产清算或破产重整程

[236] 重庆市高级人民法院民二庭课题组：《关联企业破产实体合并中的法律问题及对策》，载《法律适用》2009年第12期。
[237] 王欣新、周薇：《关联企业的合并破产重整启动研究》，载《政法论坛》2011年第6期。

序。该模式在司法实务中最为常见，其最终目的是保证各方债权人平等受偿，减少单独破产下分配不均、利益不平衡的现象。

典型例子如德隆系企业集团（包括德隆国际、新疆德隆、屯河集团、德恒证券、恒信证券等其他金融机构）一并进入破产程序案件，以及上海首例适用实质合并规则审理的关联企业破产案---上海美浩电器有限公司、上海特毅通用动力机械有限公司、上海特毅企业有限公司合并破产案，该案中三家公司虽为拥有独立法人人格的外商独资企业，但事实上存在着紧密的联系：第一，实际控制人为同一自然人潘某某。第二，经营范围紧密关联，分别负责通用发动机的生产、销售和管理。第三，人员高度混同，仅设立了一个财务部门，财务总监也为同一人。企业职工频繁调动，难以确定其隶属关系。第四，财产高度混同，财物货资同放于同一仓库中，对账困难，动产与不动产登记混乱。第五，债务高度混同，企业间相互担保、相互借款，债权人难以从外观上确定其关系对象。[238]在该情形下，企业分别因资不抵债等原因而先后进入破产程序，去除内部复杂关系，统一对外地适用多元集中合并破产模式。

该模式的优点是从形式上最大程度减少债权人数量而在实质上最大程度保证债权人受偿权益，在法院统一管辖、管理人统一指定的方面增进效率，在破产财产管理、变价拍卖、分配清偿等方面实现了最优化，同步化，有利于破产程序的顺利进行；然而，其缺点在于“统一性”的确定问题，即法院和管理人应当依照何种标准确定为一个，再者，“统一性”在同一组债权人债权分配中难以落实以及优先权行使问题等。

（四）整体推进模式：整体受理、阶段推进

该模式比一元注销模式更具有“前瞻性”，在破产申请提出后、破产案件受理前，法院即对与其相关的全部关联企业的情况进行审查，如果符合实质合并的条件，则将所有关联企业作为一个整体，以“1+N”或“N+N”的模式一并裁定破产或重整。[239]

典型例子是纵横系控股集团有限公司破产案，在该案中，注册资金为 7.1888 亿元的浙江纵横集团以及其投资或合资设立的绍兴纵横聚酯有限公司、浙江倍斯特化纤有限公司、浙江星河新合纤有限公司等五家核心从属公司因受到国际金融危机的影响而发生重大财务危机，绍兴市中级人民法院经过审查发现企业集团内部高度混同，故在未进入破产重整阶段时便将拟定采取整体重整计划，突破法人分别独立重整的方式进行统一处理，收效甚好。

在该模式下，法院的职权比以往所有的实质合并破产案件中的范围更宽，也最具有实效性，这不仅要求法院做好对企业整体的审查工作，还要完善整体合并新框架下的辅助措施，同时也需要做好债权人的思想工作以及汇报工作，保证债权人了解破产裁定至破产终结过程中的利害信息，以便发表相关的意见。然而，这种将关联企业自始至终都视为一个整体的做法，虽然在这个个案中高效进行，并且重整效果良好，但却不能保证在其余不同的情况下也

[238] 王永亮、黄杰国、高丽宏：《关联企业破产实体合并的司法实践》，载《人民司法》2010 年第 16 期。
[239] 王欣新、周薇：《关联企业的合并破产重整启动研究》，载《政法论坛》2011 年第 6 期。

能出现相同的结果，如上所述，破产制度要注重公平和效率两大基石的稳固，在整体统一的工作模式固然简化了程序，减少了不必要的企业法人独立与否的阶段讨论，但却形成一种无形的强制力量影响着债权人的判断，使法院独立地推动整个破产工作的开展，法院过度介入企业事务的缺陷也将显露出来。但在比较大型的关联企业破产案件中，这种强制性的干预性却有存在之必要性。

另外，还有学者将合并破产模式分为三类[240]，分别为控股公司申请注销关联子公司模式；直接将关联公司纳入控股公司的破产模式；控股公司、关联公司破产分别受理、集中清偿模式。与上述五种模式的划分大同小异，在此不作赘述。

六、实质合并规则在我国适用的现状、具体问题及对策

（一）关联企业主体的壮大及其潜藏风险的扩大

关联企业是为了适应社会化大生产方式和市场经济发展的需要以及追求规模经济而出现的产物，或是通过自愿组合、联合扩张、收购兼并等方式形成的企业集团，合理化避税、增强创新能力、多元化经营、技术综合使用、信息资源统一调配，都是关联企业与生俱来的独有优势，也是其不断迅速壮大的动力。除此之外，在我国，形成关联企业的另一个重要目的是配合国有企业公司化改制的进程，被运用于国有企业产权重组、产业结构和产品结构优化组合中。[241]但是也应看到，关联企业的不断壮大随之带来的除了外部垄断效应有害市场公平竞争以外，内部经营管理的不规范，资产隐匿转移或利益暗箱输送都是显著地影响着内外经济交易，当其中关键一环断裂开时，往往会导致整个关联体系的崩溃，坍塌乃至破产。因而，只有在关联企业内部保持一定的独立性才能防止此种“多米诺骨牌”效应的发生，然而在现实中，我国的巨型企业所辖的从属企业看似数量庞大，整体实力壮大，但有不少的“空壳公司”进行脱壳经营，成为控股公司为某项职能发挥或项目完成的工具。

我国近年来重大关联企业具体状况如下表：[242]

关联企业名称	涉及关联企业	风险暴露
蓝田股份（瞿兆玉）	与蓝田股份存在控制关系的关联方有三家，不存在控制关系的关联方有八家；而与蓝田股份有密切财务关系的中国蓝田（集团）总公司在国内就有企业二百家。	学者刘姝威对蓝田公开质疑

[240] 彭归：《关联企业破产实体合并中的法律问题及对策》，载《破产法论坛（第五辑）》，法律出版社 2010 年版，第 316 页。
[241] 耿璇：《论关联企业破产的法律规制》，湖南大学硕士学位论文，2009 年，第 17 页。
[242] 程琰：《论关联企业及其法律规制》，华东政法大学硕士学位论文，2005 年，第 3 页。

上海农凯集团（周正毅）	农凯系控制着上百家公司，其中农凯发展（集团）投资 16 家子公司；华信投资（集团）投资 12 家子公司；高校科技产业（集团）投资 16 家子公司。	周正毅犯罪
啤酒花（艾克拉木）	新疆有 25 家关联公司，上海有 10 多家公司	银行收紧贷款，资金链断裂
新疆德隆集团（唐万里）	德隆母公司有 177 个子公司、孙公司	德隆老三股全线崩盘
江苏铁木集团（戴国芳）	在常州市，铁公司新设立关联公司 5 家；在扬中市，新设立关联公司 2 家。	中央宏观调控
广东华光（冯明昌）	十三家关联企业	国家审计署审计

（二）关联企业合并破产处理之相关问题及其对策

1. 申请主体的确定

我国《企业破产法》中规定了债务人、债权人和出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人可申请企业破产重整。关联企业在申请主体方面与单个企业并无太大差异，但学界通说认为应扩大申请主体的范围，最重要的观点是赋予破产管理人以破产重整申请权。

实体合并的最终目的是为了使债权人平等受偿，最大限度地保障债权人利益，因而法律赋予了债权人申请权。债权人可以在申请破产重整时一并提出，也可以在法院受理破产案件后提出；既可以由作为申请人的债权人提出，也可以是其他关联企业的债权人提出。[243]

债务人对自身经营情况较为了解，对于其潜在发展能力、清偿余力以及各项业务状况都有比全部参与破产程序的主体更明显的优势，因而，法律准予债务人作为合并重整主体的提起者是毋庸置疑的，且债务人为摆脱困境，获得重生也希望借助外力或寻求其他渠道来推动自身运转，具有申请的动力。所以，其申请时间也具有灵活性，表现为既可以与控制企业一并提出，也可以在控制企业被法院受理破产后提出。但在现实中，对于债务人而言却是一项常常怠于行使的权利。合并重整会涉及对各债务人原有违法行为的认定，可能会产生法律责任，因此要求其自动行使申请权无异于“雪上加霜”，没有利益动力的来源。

相比于债权人信息的不对称和蒙蔽性，以及债务人基于自身考虑而消极不作为的情况下，破产管理人或法院作为公正的中间人即可以起到相应的作用，因而，本文认为应建立起以破产管理人依法申请和法院依职权启动的双轨制模式，拓宽申请主体的范围和权限。

2. 法院管辖的确定

[243] 沈阳市中级人民法院课题组：《关联企业破产实体合并法律适用问题研究》，载《法学丛刊》第 157 期。

由于关联企业各个子企业常常分布在全国各地，故产生了管辖确定的问题，如德隆系关联企业破产清算案则分别由上海法院、新疆法院、湖南法院和江苏法院审理，耗时长，且法院间意见沟通存在阻碍，分歧也得不到及时解决，这与管辖确定的难题是分不开的。在学界理论中，代表性学说有“核心企业所在地管辖说”和“最早管辖优先说”两种。顾名思义，前者认为关联企业合并破产案件的管辖法院应当是由关联企业的核心中枢企业所在地法院，以便“擒贼先擒王”，对核心企业的操控范围和总体利益导向作详细了解，当出现管辖纠纷时，则应当按照《民事诉讼法》中相关规定确定管辖，即报送上级法院。如在广东中谷糖业合并重整案中，最高院裁定由湛江中院进行审理，坚持了由核心企业所在地进行审理的基本规则。[244]后者主张应由最先申请破产的企业（无论是控制企业还是从属企业）所在地的法院进行审理，若有特殊例外则移送其他法院进行审理。除此之外，还有人主张注册登记所在地管辖、经营场所所在地管辖等等，但主流观点认为“核心所在地管辖”最优。

由于需要确定统一的管辖机构，在此基础上也为实质合并规则的正当性找到侧面之法律依据，即法院裁定对关联企业进行合并破产或重整的内涵与《民事诉讼法》中关于“案件合并审理”的相关规定相吻合。

3.管理人的确定

在管理人任命的问题上也存有分歧。我国《企业破产法》规定了法院在受理破产申请的同时应当指定管理人。当关联企业有多个尤其是异地情况下，应当指定一个管理人还是多个管理人，管理人的选任资格、选任方法和选任条件都成为了需要重新思考的问题。一般来说，单一管理人负责制下能节省相应的资源成本，也避免不必要的分歧和交接矛盾；但对于大型企业来说，复数管理人负责制则更为符合企业的实际需要，也符合整个破产工作的需要，但相应的问题是权属划分和职责分工。特别地，异地子企业的破产申请受理后，法院立即为其指定了破产管理人，而当核心企业破产立案后，是“沿用”还是“重选”，是“共同处理”还是“工作移交”都需要根据具体情况作出具体选择。

4.举证责任的确定

即“实质合并”主张的提出的证明责任归属问题。在美国司法裁判中，通常采取减轻原告举证责任的做法，又称“两阶段方法”，即先由有异议的一方承担初步的举证责任，只需提出某些实质上的事实基础以驳斥母公司债权之表明效力；然后举证责任移至母公司，由母公司证明其系善意且行为符合“公平”原则。[245]在这方面，美国和德国均采用了“举证责任倒置”的方法，在法院首先推定应适应实质合并规则的前提下，由关联企业举证内部人员、财物、资产、业务、账户等等是相互独立的关系。这是基于关联公司成员间的紧密关系往往被掩盖甚至成为秘密的考量。[246]

5.表决权、分配权在实质合并规则下的调整

[244] 张少丽：《关联企业实质合并破产制度研究》，载《重庆第二师范学院学报》2014 年第 4 期。
[245] 刘连煜：《公司法修正案关系企业专章中深石原则相关问题研究》，载《法学丛刊》第 157 期。
[246] 王欣新、尹正友：《破产法论坛》（第七辑），法律出版社 2012 年版，第 360 页。

当各个关联企业合并为一个整体时，企业性质的改变也影响了债权人的身份。债权人在原先企业所享有的表决权比例、优先权资格以及债权分配率标准都有或多或少的变化，破产程序要求建立信息披露和信息公开制度，债权人自然有权也有途径了解在实体合并前和实体合并后自身所应得的利益的变化及其幅度，这样就产生了对比，部分债权人会产生不满，持有异议。因而必须建立起一个统一的协商机制，法院更要牵头做好债权人调解和劝导工作，在各关联企业分别表决后，法院应当对表决情况进行汇总。在法律尚未做出明确规定的情况下，实体合并的进行应当以各关联企业的债权人会议均表决通过为前提条件。[247]

七、结 语

在我国各地司法实践中，关联企业适用实质合并规则破产确已成为当下较为行之有效的途径，在新理论引入的同时也伴随着新问题的产生。由于谨慎适用原则的要求，实质合并规则作为一项“穷尽内部所有救济手段后的最后手段”来处理此类问题是较为妥适的做法。除此之外，我们更需要打破固有思维，进行反向论证，以“摸着石头过河”的精神探索新制度在我国的适用，以及发展出具有中国特色、符合具体国情的创新理论，为我国市场经济和平稳定而和谐有序发展提供技术含义上的理论支持。作为新兴产物，关联企业在对我国经济做出贡献的同时也应受到法律规制，现今《企业破产法》方面的空白是破产立法的一大缺憾，同时，实质合并规则的引进也在一定程度上推动了司法实践，也将进一步推动立法规则的落实。笔者最后借用一段话来结束本文：在关联企业的出现摧毁了既有的法律传统与制度时，如果我们不能阻止这一新鲜事物的来临，除了重塑法律外，的确已别无选择。[248]

[247] 王永亮、黄杰国、高丽宏：《关联企业破产实体合并的司法实践》，载《人民司法》2010 年第 16 期。
[248] 王欣新、蔡文斌：《论关联企业破产之规制》，载《政治与法律》2008 年第 9 期。

“依法治僵”——僵尸企业破产重整之探路

卢桐*

摘 要:为响应国家供给侧改革的号召，“僵尸企业”因占耗大量社会资源，及造成银行不良资产的暴增，一时成为社会各界议论的经济热词，关于扶持保护与清理退出的争议也使之陷入尴尬地位，所以亟待为此类企业探求一条“破”茧重生之路——即破产重整。本文试图从僵尸企业经济概念的历史成因、生存逻辑及类型对其适用破产重整进行法律上的具体识别和界定，并探讨我国处理僵尸企业主要方法间的各中利弊，从而进一步分析僵尸企业破产重整适用之基础、必要性和优势；最后对破产重整的具体适用，将参考国外有关理论经验和成功实例，并结合我国具体经济市场状况与立法模式，论述在立法实践和实务操作过程中的反映与启示，特别针对重整动力不足、重整计划的评定、企业重整信息平台机制建立等问题提出相关建议，以促进更多尚有存在价值的“僵尸企业”重生，最大限度地利用企业优质资产。

关键词：僵尸企业 破产重整 政府 银行 重整配套机制

引 言

随着我国经济发展进入新常态，经济增速缓慢、企业盈利能力下降、资产负债增加，形成一大批经营亏损、无力偿债的“僵尸企业”。浙江温州市的传统民营企业则成为了这一波僵尸企业中“破”茧重生改革的排头兵，2013 年至 2015 年，温州市两级法院共受理破产案件 554 件，审结 425 件，分别占全省 43.79%和 53.59%；激活土地面积 1888.02 亩，激活厂房面积 111.47 万平方米，化解不良资产 80.21 亿元；与之形成鲜明对比的是，2007 年至 2012 年 5 年间，全市法院共受理破产案件 51 件。[249]在此期间，温州法院积极搭建企业破产重整的信息发布平台，及时向社会公布破产重整企业的相关信息和法院破产案件的审理情况，现已成功帮助浙江信泰集团有限公司、温州中城建设集团有限公司等重整企业完成优质资产资源重组和经济转型升级，基本实现债权人利益最大化。正是基于破产重整机制的拯救功能，现如今，“破产”二字也已不再是温州企业界讳莫如深、谈虎色变的词了。

但是在响应最高法关于“处理僵尸企业多破产重整少破产清算”的号召过程中，也出现了建立破产重整企业识别机制的困难，即如何对“僵尸企业”分类界定与评估。且“僵尸企业”不同于因资产陷入短暂困境的问题企业，能较快起死回生，其自身对政府支持、银行放贷的长期性、依赖性，使得对“僵尸企业”的拯救过程十分复杂与困难，如何在重整过程中

* 卢桐：苏州大学王健法学院 2014 级知识产权专业本科生。

[249] 温萱：《“破”茧重生 温州“僵尸企业”的司法诊治》，载《人民法院报》2016 年第 5 版。

进行供给侧改革——解决产能过剩问题、引进良好的战略投资者、更新传统经营模式。这都对法院、破产管理人提出了较高的能力要求。且笔者认为，只有处理好上述问题，才能提高具有重生价值的“僵尸企业”适用破产重整的动力，继而推动“依法治僵”的目标贯彻，让企业重新上路，使债权人的利益得到最大程度的实现，并促进市场经济转型升级与社会的发展，而这也是本文研究的核心价值。

一、破产重整背景下僵尸企业的概述

要想在破产重整背景下探讨对僵尸企业的改革与拯救，首先必须明确与其相关的各种概念，对其进行梳理与界定，方能使我们的研究不会成为无源之水。

（一） 僵尸企业经济概念的历史成因

“僵尸企业”一词最早可追溯到 20 世纪 80 年中后期，由美国的金融专家爱德华·凯恩提出，用于解析日本 20 世纪 80 年代的经济困境和 20 世纪 90 年代的金融危机，但它最初是用来形容日本的“僵尸银行”——即一些日本银行虽已资不抵债、无法提供正常的贷款业务以致失去生存能力，但由于政府怕其破产会引起更严重的金融危机，于是在政府的“输血”下，这些僵尸银行还能勉强维持运转；继而它也被用于分析银行之外的其他企业，即“僵尸企业”的出现，因为日本银行的僵尸化与其不断向一些不良企业注资有关，注资的原因往往基于这些企业“大而不能倒”以及银行自身不良资产的考量，但不倒的结果就是这些企业债台高筑，可勉强生存，却缺乏必要的活力。[250]而我国对“僵尸企业”的关注，最早开始于温州中小企业困境，该类企业大多为劳动力密集型企业，其在经济形势不好的情况下，经营不善，依靠银行放贷艰难支撑几年后仍然躲避不了倒闭的命运。所以结合已有的学术研究成果和我国的国情，我们认为“僵尸企业”是指自身发展能力已丧失或者低下，市场竞争力较弱，依靠政府补贴、银行放贷而生存的负债企业，其外在表现为长期亏损、自身扭亏无望但一直存在的企业，其实质为大量投入但效率低下、占用社会资源但不产生经济效益的企业。[251]

然国内部分学者质疑“僵尸企业”一词的客观性与科学性，他们认为“僵尸企业”是 20 世纪 80 年代某类美国人为批判日本市场经济制度所提出的概念，其目的是为了在日本推销自由放任的市场经济模式，解构其有效的政企、银企合作关系；该词对于中国政治经济体系的适用是存在问题的，并以此论证不应利用“僵尸”来猎杀中国国企。对此，笔者不否认“僵尸企业”一词的出现存在一定的历史目的与意识形态，但是此类企业在我国的确客观存在，在寻找到更贴切的形容该类企业的词语之前，我们不能回避对“僵尸企业”一词的运用；且此类企业并非只针对国企，在目前“产能过剩”的“传统产业”里面，反而以私企等非国

[250] 参见刘洪：《银行变僵尸》，载《中国海关》2012 年总第 275 期。
[251] 黄群慧、李晓华：《“僵尸企业”的成因与处置策略》，载《光明日报》2016 年第 15 版。

有企业占主要地位，多地出现陷入困境、资不抵债的僵尸企业中也以民营经济发达的长三角、珠三角地区情况较突出，[252]这也说明了僵尸企业存在领域的广泛性与对其处置的紧迫性。综上，虽然“僵尸企业”一词的内容仍存在模糊之处，以及对其界定与运用也存在困难，但是“百家争鸣”下对于“僵尸企业”的界定与发展也是有利的，当然这也督促着我们对其做进一步的深入研究。

（二）僵尸企业的生存逻辑与危害

近几年，中国经济进入“三期叠加”的新常态——增长速度换档期、结构调整阵痛期、前期刺激政策消化期，一些行业产能过剩严重，大批“僵尸企业”挡住了经济转型的道路。一般而言，行业的产能水平需要与市场需求相匹配，即市场需求减少意味着落后产能首先被淘汰，随着落后企业不断倒闭，落后产能逐渐减少，直到行业产能与市场需求再次匹配为止，这也是一个市场周期内的产业结构调整。但是并非所有生产落后产能的企业都能“有条不紊”地退出市场；“僵尸企业”的存在就会打断去产能的过程，它们在市场需求减少时没有被淘汰，客观上加剧了产能过剩，这部分多余产能并不是因经营需要而出现的，而是依靠政府补贴与银行放贷的“僵尸企业”阻碍了行业去产能的过程。

市场机制的核心是公平竞争条件下的优胜劣汰，如果市场刚给“僵尸企业”下达“判决书”，地方政府或银行又为它们发布“赦免令”，说明企业“生老病死”受非市场因素干预过多，市场出清机制失灵。[253]当行业不景气时，产能过剩加剧，产品价格也不断下跌，企业承受着巨大的经营压力，甚至有可能出现全行业亏损，但是为什么有部分企业会演变为我们现在所谓“僵尸企业”，躲避被市场淘汰的厄运，并且能挤垮掉比其潜力价值大的企业呢？这是因为其具有更强的承受亏损的能力，产能过剩行业的竞争逻辑不是比谁的生产率更高，而是比谁能活到最后——“剩者为王”，谁能活到最后则取决于这些企业承担亏损的能力。一方面，该行业中具有潜力的一些小企业不断退出，银行只能把更多的钱投向“僵尸企业”，造成最终的危害是劣剩优汰，这个恶性循环的形成过程表现为：“僵尸企业”得到银行贷款——潜力大的企业被淘汰——银行没有好的项目且不良资产增多——“僵尸企业”得到更多的贷款，长期亏损却一直生存下去。另一方面，地方政府为“僵尸企业”提供隐性担保的作用，在以 GDP 增长为导向的政绩考核压力下，一些地方政府为维持经济繁荣、就业充分和社会稳定的局面，不愿意“僵尸企业”关闭及破产重整，所以不遗余力地进行“输血式”救助，有的甚至通过行政手段阻止企业的破产。最终，“僵尸企业”大行其道，无畏地消耗着大量资金、人力、技术和土地等资源和市场空间，不仅降低了资源配置效率，还极易引发金融风险，银行也反而成了“僵尸企业”的附庸即 “僵尸银行”，整个经济一蹶不振，陷入长期衰退。

---

252 参见王政、裘立华：《占用资源不产生效益，“僵尸企业”出路何在》
253 参见何帆：《学者与记者的对话：“僵尸企业”生与死》，新华每日电讯

（三）僵尸企业的识别与认定

政策口号都喊着“去僵尸”，但是并没有哪一家企业承认自己是僵尸。这也是关于“僵尸企业”的认定标准问题——有的将注册未开业或自行停业的休眠企业当成僵企，有的将专为投标注册设立的空壳公司视作僵企，有的则将三年无所得税上缴的市场主体看作僵企……多数市场主体包括地方政府都对僵尸企业的界定不了解、不清楚，这样又何谈僵尸企业的出清与重整呢？所以对僵尸企业的认定标准是其治理的首要步骤，对此，目前学界主要有三种界定方法[254]：第一，是国务院常务会议提出的官方标准——不符合国家能耗、质量、环保、安全等标准，连续亏损三年以上，不符合结构调整方向的企业；第二，由武汉科技大学董登新教授提出的“扣除非经常损益后，每股收益连续 3 年为负数的企业”的方法，这种扣除非经常损益后的每股收益更能反映企业的实际经营状况；第三种是由经济学家 Caballero、Hoshi 和 Kashyap 共同提出的方法，简称“CHK 方法”，由于“僵尸企业”往往会受到来自银行的支持，因此找到哪些企业得到了来自银行的鼎力扶持是识别“僵尸企业”的关键，将银行的最优利率与企业实际支付银行的利率进行对比，那些实际支付利率比最优利率还低的企业就有可能是“僵尸企业”。

笔者认为，上述三种方法各有长短，第一种界定简洁明了可操作性强，但规定过于宏观使得其精确性值得商榷；第二种方法在精确性上的确比第一种高，但是“非经常损益”的计算实则又加大了僵企的判断难度，其本身已处于长期亏损、难以扭转的状态，现在要再计算与企业生产经营无直接关系以及虽与生产经营有关，但因其性质、金额或发生频率影响了对企业当期经营成果和获利能力真实公允评价的各项收入、支出，更是难上加难；最后第三种方法的判定比较精确，且计算简单，但是只考虑了银行对僵企的影响，忽视了政府对该类企业的扶持，所以仍有不足之处。综上，笔者建议在僵尸企业的具体判定过程中，可以综合上述三种方法进行计算，在其中两种或三种方法的计算上均满足僵尸企业的条件时，则可判定属于僵尸企业，继而采取相应措施。

在上述介绍中，我们可以大致了解僵尸企业的含义，它不同于因债务危机而选择破产的一般企业，其债务巨大、债权人多且复杂，加之密集的互保联保，一旦轻易倒闭，也会对银行和当地经济造成巨大的冲击，这正是其难以按照正常程序进行破产清算的原因之一。所以在完善破产法的过程中，要基于“僵尸企业”破产难的实际问题，通过更好地运用《破产法》中的重整制度，重新安排债权债务，设定企业经营方略，配合强制批准手段来解决多数债权人和利害关系人情况下，多次表决意见不一致的难题；利用重整计划让具有潜在生存能力的企业先清偿一部分债务，对产能过剩的部分经营进行改革，并最大限度地利用企业优质资产，使得企业重获新生，以继续经营获取利益。

254 参见何帆：《学者与记者的对话：“僵尸企业”生与死》，新华每日电讯

二、处理僵尸企业的方法分析

首先，对于确实扭亏无望、且长期消耗社会资源的企业，笔者赞成以破产清算之方式高效退出市场，而本文致力于对处于高负债但仍有转机和重建价值企业的拯救探讨，所以对确应使用破产清算的企业不加赘述。本文将针对并购重组和破产重整两类处理僵尸企业的方法，进行不同的应对分析。

（一）并购重组

企业并购重组，一般是在公司企业面临重大财务危机，陷入生存困难不能到期清偿债务或明显缺乏清偿能力的情况下，通过清理债权债务关系，引入战略第三方，公司企业整体转让或是易主经营以挽救困境中的企业；即企业凭自己的能力难以渡过难关，通过与其他的企业合作重组、协同，形成新的活力。在这里需注意，并购重组与破产重整具有不同的法律性质，重组是当事人之间达成的合意，按照合约的约定履行，其性质仍属于民事法律行为，从开始到结束完全是当事人之间的私法行为。[255]经调研发现，通过并购重组手段解决僵尸企业问题在各地都有广泛运用，且地方政府在推动优势企业并购重组僵尸企业方面也采取了诸多配套措施，包括给予资金、税收、信贷等政策的扶持；在重组前期，可以以行业龙头企业为依托通过股权合作、资产置换、无偿划转等方式，强化同质化业务整合和细分行业整合。

其中，厦门合兴包装印刷股份有限公司对浙江越州纸品有限公司的兼并重组是通过并购重组解决僵尸企业问题的一个典型案例[256]——浙江越州纸品有限公司（以下简称越州纸品）系原区百强企业、崧厦镇重点骨干企业，2013 年因受宏观经济形势和担保链影响，企业运行困难、负债严重，已出现银行贷款逾期、债权银行起诉等一系列问题；合兴包装作为行业龙头企业，重组后将通过优化战略布局、充分利用原越州纸品各种资源，发挥企业和职工的潜力，同时，对越州纸品盘活资产、恢复产能、稳定员工也起到积极的作用，实现双赢。故同行企业的并购重组确有利于危机企业的解困，这一方法也是一次性整体解决僵尸企业问题的重要方式，但其实施的前提仍需该僵尸企业的资产与资源具有一定价值，即对并购双方来说均存在进行资源财产整合以提高企业经营效益的必要性，且债务重组企业必须以其维持经营的价值大于清算价值为前提；如此看来，并购重组主要适用于高负债但仍有转机和重建价值的“僵尸企业”，帮助其剥离不良业务、利用优质资源，从而恢复并增强其盈利及债务清偿能力，使企业从困境中走出去；但是它也存在局限之处，即容易在经营业务、组织机构、企业文化、管理流程等内部方面整合不到位，产权级次过多、分级管理的体制，造成管理链

255 关涵之：《困境企业启动破产重整程序的原因分析 ——基于与庭外重组、破产清算的比较》，载《金融法苑》2012 年第 1 期。

256 刘兴国：《对“僵尸企业”国内外有哪些处置办法》，载《上海证券报》2016 年 1 月 16 日。

条过长，企业决策和管理难度加大，在较大程度上降低了资产重组的效率。[257]

（二）破产重整

破产重整制度作为一项旨在实现清理债务与拯救企业双重目标的破产预防制度，能够最大化地维护债权人的利益，并附带解决社会就业和正常的经济运行问题，对其适用的研究具有重要意义；尤其是在目前“互联网+”的发展趋势下，破产程序司法技术的革新将大大降低破产重整的成本，其未来将得到广泛的适用与发展。

具体落实在僵尸企业的拯救领域，企业的破产重整制度主要是以各方利害关系人协商通过或依法强制通过重整计划的方式进行债务调整和清理，同时进行股权结构、经营结构和资产结构的调整，以便使企业摆脱困境、恢复其持续经营能力和盈利能力，重获新生。其中利用重整制度拯救“僵尸企业”有以下几个突出的优势：一是司法为重整企业提供了强有力的制度保护，它可以确保企业资产的完整性，避免企业财产包括企业担保财产被个别债权人申请司法冻结而强制执行，还可以保障企业在重整期间的继续正常经营，使企业有喘息的机会；其次经法院依法批准的重整计划有利于企业债务问题的“彻底”解决，因为当重整计划确定的债务重组执行完毕后，按计划减免的债务，企业将不再承担清偿责任，使其债务负担得以在法律框架的保障下得以彻底摆脱；最后破产重整的司法属性能够最大限度地提高重整工作的效率，因为经法院裁定批准的重整计划，能够对全体债权人及债务人发生法律效力， 无需通过对逐个权人的谈判达成债务和解协议， 而是对债权进行合理分类，将同一性质的债权依据同一标准、同一方案进行清偿，从而有效摆脱债权人、债务人之间的复杂博弈关系，使重整的工作量大为减少。[258]其中浙江温州市的传统民营企业则这一波僵尸企业中“破产重整”的排头兵，像曾位列国内男士西服第一阵营的庄吉集团，日前获温州市中级人民法院裁定批准，庄吉服装系 4 家企业合并司法重整——按照重整计划，普通债权的清偿率由破产清算条件下的 0.65%提升至超过 5%，且可快速获得分配，而职工债权、税收债权将按照清偿方案 100%受偿，更重要的是，“庄吉”的品牌也得以继续保留和发展。[259]

（三）二者的比较与分析

经过上述对企业并购重组与破产重整的比较，不难发现二者的前提条件相似、目的也相同，甚至在具体操作层面，也存在许多重合之处；但是二者实则存在许多差异，否则法律对破产重整的规定即成多余。因为企业重组只是一个约定俗成的称谓，它包括收购兼并、股权转让、资产剥离、资产置换等，其完全由股东、债权人之间自由协商，不受法律框架的约束，自然也不存在司法保护的情形，例如无法有效阻止司法冻结与法院执行、阻止担保权人行使

[257] 熊兵：《“僵尸企业”治理的他国经验》，载《改革》2016 年第 3 期。
[258] 参见朱舜楠、陈琛：《“僵尸企业”诱因与处置方略》，载《改革》2016 年第 3 期。
[259] 高翔：《出清“僵尸企业”温州探路破产重整化解金融风险》，载《上海证券报》2016 年 4 月 23 日。

担保权、限制取回权人行使取回权等；且最终重组方案的通过必须取得所有债权人的同意，否则重组方案对不同意的债权人无效。[260]而与企业重组相比，破产重整则是一个严谨的法律概念，其内涵、程序、效率、后果均由法律规定，司法保护程度自然高于重组，且破产法赋予了破产管理人在谈判中的主动权，即管理人可以解除对企业不利、收益低、成本大的合同，可极大地改善企业的经营环境；且法律明确规定了重整计划草案的提交期限，若超过期限仍不能提交则面临破产清算的后果，所以各方当事人也都会认真对待，提高了重整效率。

在对二者进行比较之后，不难发现重整相较重组还是具有一定的优势的，且在破产重整的适用中，其实包括了债务重组这一过程，只是破产重整使该重组程序置于法律框架之下进行，既保证了执行的效力，也提高了执行的效率；也许有人认为，破产重整的成本过高，而重组则不存在法律成本，但这实则忽略了破产重整所带来的收益——根据企业破产法的规定，进入重整之后债务停止计算利息，对于债务庞大的企业而言，重整期间停止计算的财务利息要远远大于法律诉讼成本；以及法院主导的协商机制，往往可以让债权人作出重大让步等等。

所以，在未来实现“互联网+”与破产司法程序变革，破产程序的成本大大降低的情况下，破产重整将成为企业实现商业目的的一项策略，其适用范围也将不再局限于所谓“对社会有重大影响的企业”，一些面临暂时经营危机的中小型企业也完全可以通过破产重整来实现其商业目的；且对于有重生价值的僵尸企业来说，破产重整不仅可以弥补并购重组的执行力度弱、效率低的不足，其自身成本的降低也将解决“企业破产难”的问题。当然，这不意味着破产重整的适用没有任何门槛，其仍需达到法律规定的申报条件；加之目前我国《企业破产法》等相关法律还不完善，司法诉讼周期长，这也是需要改进的地方。

三、具体类型下僵尸企业重整保护的必要性衡量

经济结构的调整必然面临阵痛，即“僵尸企业”的处置难题，故“依法治僵”的重要性也日益凸显，其中破产重整制度作为一项旨在实现清理债务与拯救企业双重目标的破产预防制度，能够最大化地维护债权人的利益，并附带解决社会就业和正常的经济运行问题，在处理僵尸企业的问题上，其相比破产清算最直观的成效就是有效解决银行不良资产处置难的问题，无需安置企业职工，帮助企业实现平稳过渡。但是这并不意味着任何僵尸企业均需力求适用破产重整，因为亏损企业的情况有多种因素，有的是行业周期，有是政策性亏损，有些布局不合理的问题，也有技术跟不上市场形势，还有内部管理的问题，所以，在治理过程中仍要根据企业的实际情况分类施策。

[260] 谢辉：《破产重整与重组的区别》，来源：http://www.depeilaw.com2013-2-16。

（一）行业周期性亏损企业

有部分企业，其自身经营管理并无不妥，但因其受国内外经济整体波动影响较大，一旦该段时期内的整体经济处于低迷状态，再加之该类企业所在行业本身投入产出周期长，规模调整弹性又很小，则在这一段时期的生存很可能会需要政府扶持或是银行的放贷支持，慢慢地也将沦为“僵尸企业”。其中重工业周期类行业受此影响最为明显，包括有色金属、钢铁、化工、水泥、航运、装备制造等，这些行业与宏观经济相关度很高，宏观经济复杂多变，基本不可预测，而且产品需求变化迅速、幅度大且周期长，导致其价格的波幅巨大，使得投资者根本没有反应时间——在行业景气度高峰期的资本投入为企业带来庞大的折旧与摊销，此时基于行业周期拐点的判断难度高，一旦整个行业陷入低谷，加之该类行业规模调整的空间弹性小，企业很快将负债累累。

对于该类企业，笔者认为如果只是短期的高负债情况，且受行业周期性影响程度大，当然也包括企业决策者前期一定的决策失误，可以由企业内部自行组织债务重组，即在债务人无法清偿到期债务时，通过与债权人进行协商并自愿达成修改债务清偿条件的协议，以减轻债务人的债务负担，从而提高其偿债能力，以期最大程度地偿还其债务，并避免由于采取立即的求偿措施（如司法诉讼及执行程序）而导致债权的更大损失。[261]但是，如果该类企业表现为长期的亏损状态，即使当整体经济回转，其仍需借助政府支持或银行放贷来维持经营，且达到上文所述的判断僵尸企业的标准，则应申请适用破产重整程序，在具体的重整适用过程中，由破产管理人与债务人共同制定重整计划，以司法的强制力来保障其重生的效率。

（二）政策性亏损企业

政策性亏损，主要是指企业为实现政府规定的社会公益或生产经营专项、特种商品，由于国家限价原因而发生的亏损，其多发生在国有企业。政策性定价的原因一般是为了保证国民经济的协调发展与人民生活的安定，例如用于农业生产农机等支农产品，国家规定的售价可能低于成本而发生亏损；或是商业经营的农产品，国家规定的售价也可能低于其收购价及合理的流通费用而发生亏损等。但是一般发生此类亏损，经国家财政部门审核后会给予合理补贴，所以其难以达到“僵尸企业”的程度，如果某类符合政策性亏损的企业达到僵企的标准，则政策性亏损一定不是根本原因，而是其自身的内部管理或技术措施落后所导致的。此时若该类企业仍以“政策性亏损为借口”请求国家补贴来弥补自身的自负盈亏，则政府绝不能因其对国民经济影响程度大而予以姑息，应对其作具体判断，对于经营规模巨大有拯救价值的国企，则应鼓励其主动适用破产重整程序，在重整过程中，政府可以成立组成专门的解困工作小组，充分发挥政府纽带作用，从招商引资和解困企业重组结合的角度，寻找托盘意

[261] 朱舜楠、陈琛：《“僵尸企业”诱因与处置方略》，载《改革》2016 年第 3 期。

向企业等，利于重整计划的制定，同时也可以减少对国民经济的影响，有助于银行不良资产的解决。

（三）内部管理型问题企业

大部分企业亏损出现高负债的原因还是由于其自身内部管理出现了问题，特别是多数民营中小型企业都是从以往的家族企业演变而来的，内部环境复杂是在所难免的，内部工作人员的水平达不到公司治理的要求，自然而然就制约了企业的发展；另外，中小企业外部的监督机构形同虚设，监督力度严重不足——财务制度不健全，会计信息失真严重，由于公司高层管理者为了实现自身利益最大化，故意歪曲财务报表信息，编制并提供虚假账目。[262]

故针对内部管理型问题企业，主要是债务人自身的问题，若该企业无任何重生价值，则应通过破产程序高效退出市场；若该类企业经营规模较大，涉及就业员工人数多，则应考虑企业重生机制。但是笔者不鼓励企业自发的债务重组，因为内部管理问题主要还是由于债务人自身经营问题造成，我们不能对它主动进行债权债务的并购重组寄予过大期望，所以此时由司法介入的破产重整程序可能更为合适，由破产管理人与债务人一起制定重整计划，再由债权人会议表决，一般可考虑引入第三方企业对该企业进行全部或部分并购，或是债权人的债权转股权，即对于企业内部的管理必须重新整治，否则企业管理层不变，即使第一次重整成功，难免其不会有第二次、第三次成为僵尸企业的风险。

（四）技术落后型问题企业

浙江温州市一大波传统民营企业成为了破产重整成功的典型案例，但是这不禁也引发我们的思考：为何这一波曾经辉煌一时的民营企业会沦为我们现在所谓的“僵尸企业”呢？经调研，这些企业大多为一些传统的制造业（十几年前，中国制造以“Made In China”的标志走到了世界的前沿），而当前，中国的此类企业开始遭遇“僵尸企业”问题，其问题主要在于传统制造业的大而不强。长久以来，此类企业始终停留在传统层面的机器制造，而忽略了技术的创新，使得他们的产品生产成本高、效率低，慢慢地自然在国内市场乃至国外市场丧失竞争力；再加之制造业本身利润的低薄，例如每生产一部苹果手机，其中 49%的利润被美国拿走了，日本拿走了 30%多，韩国还拿走了百分之十几，剩下的中国拿 3.63%。这些缺乏技术性的传统制造企业正在丧失产业发展的土壤；然而这些正在亏损的企业，他们难以重新盈利，却一直占用了劳动力、资产、土地、资本等资源。

当然，如果政府有足够的资本帮助企业引进新技术，并对员工进行新技术的培训，可以考虑政府的前期支持，但是当此类企业多不胜数时，且不说政府有无此资金能力，即使有，那么该笔资金的投入有无必要？为何我们不直接让同时兼具技术与资金条件的同行优势企

[262] 鞠骐丞：《浅谈中小型企业内部控制问题》，载《商》2013 年第 16 期。

业对其优质资产进行并购，实现双赢呢？因此我们需要重新配置这些经济资源的某种手段，这就是破产重整所能实现的——把这个现存企业的债务暂时与它所拥有的生产性资产剥离，将这些资产转移到别处以提高其适用价值；当然，如果企业自身有能力实现与其他优质同行企业的重组，实现技术的转型与创新，笔者也赞同。

综上，在治理过程中仍要根据企业的实际情况分类施策，“僵尸企业”情况千差万别，要针对不同的“僵尸企业”梳理出各自的主要问题，按照企业主体、政府推动、市场引导的原则进行分类处置，有的可以通过管理提升提高运行效率，拓展营利空间；有的可以通过技术加强创新，推动产业转型；还有的通过与其他的企业合作重组、协同，形成新的活力；所以亏损原因不同自应区别对待，即使亏损原因相同，也许根据其自身亏损程度另加判断，而非“一刀切”地适用破产重整。但是，从上述分析不难看出，破产重整在多数拯救僵尸企业的适用情形下还是有其不可忽略的优势的——企业破产重整可以保护债权人利益，避免更多的资源浪费，促进结构调整和技术进步等；而忌讳和害怕企业破产则可能导致大量僵尸企业、鼓励跑路、浪费资源、延迟调整等风险。

四、比较法视野下僵尸企业重整保护的探索

对于僵尸企业的重整保护，包括其配套的相关机制、政策，美国与日本都曾出现过类似情况——20 世纪 90 年代 ，日本“泡沫经济”破灭，股市和楼市暴跌，出现大量负债累累、濒临倒闭的“僵尸企业”，这些企业主要依靠银行借贷存活；美国 2008 年的汽车业“僵尸企业”事件，一方面成功对公司重整希望大的“僵尸企业”给予救助进行重整，另一方面让无力生存的企业退出市场。[263]所以他们的经验教训对于我国僵尸企业的处置具有一定借鉴意义。

（一）日本“僵尸企业”处置经验

其实，日本在“僵尸企业”治理的前期也有过失败的教训，这一阶段由于日本政府对“僵尸企业”的危害与认识不足，对其选择放任政策，而日本银行为防止大量坏账的出现，选择持续放贷给僵尸企业，但是长期积累的银行不良资产终究集中爆发，使大量银行面临倒闭，这些靠银行为生的僵尸企业自然面临倒闭，继而造成失业等社会危机，使得日本经济陷入长期低迷甚至停滞。从此，日本开始从法律完善、配套政策、成立专门机构构建了涵盖金融重生、产业再生、公司重建、就业保障、人力资源培训等方面的总括型政策框架，从银行、企业、产业、政府等多方角度给出明确的政策导向，围绕“再生、重建”帮助日本企业获得重生，产业恢复活力——首先，是针对银行不良资产的处置问题，日本政府制定了《稳定金融

[263] 参见熊兵：《“僵尸企业”治理的他国经验》，载《改革》2016 年第 3 期。

体系的紧急对策》、《反通货紧缩综合对策》等多部法律，强化整理回收银行的构建，由银行自身审查不良资产，在三年内将无法清理的不良资产转移到整理回收银行，并创设债券交易市场，赋予整理回收银行通过信托、证券化等方式处理不良资产的权利，使之全面清理金融体系的不良资产。其次，日本 1952 年颁布的《公司更生法》规定公司在破产重整过程中设立财产管理人和调查委员，进行财产调查过程中的取证、鉴定与监督等；并召集关系人会议，法院就公司更生问题听取各方面意见，制订更生计划方案，再听取工会、主管行政厅、专家等方面的意见修改更生计划方案。[264]第三，在僵尸企业处置上，日本在政策上的一大亮点是制定《产业再生机构法》，该机构既有公司的特点，也有政府的性质，是处理政府、银行和僵尸企业关系的第三方机构，在处置僵尸企业债务关系时，它保持独立与中立，内部设立内审部门与守法室，主要负责评估和监管，同时接受社会监督，且该机构的每个决定都会在新闻媒体上发布，此能有效地防止地方政府和银行因自身的利益在僵尸企业时的拖延和隐瞒问题；虽然该产业再生机构在日本存续时间仅为 5 年，但它在 2 年内审查确定所有需要重建的企业名单，在成立 5 年内全部完成计划内的企业重组或转让。[265]综上，日本在僵尸企业破产重整的适用过程中，主要通过建立中立的第三方机构来集中处理企业的重整再生；并且针对银行的不良资产处置进行特殊化规定，这作为僵尸企业处置的配套措施也是很重要的，因为银行在企业破产重整过程中扮演重要角色，如果能有效解决银行的不良资产问题，则后续重整计划的通过将会更加顺利。

（二）美国“僵尸企业”重整保护探索

2007 年次贷危机后，美国金融业、汽车业、零售业等许多行业都出现了“僵尸企业”，美国及时出台相关法律，制定了不良资产救助计划，分别针对金融业、汽车业、房地产业等不同行业的问题，制定不同的产业救助计划。在美国治理僵尸企业的过程中，主要有如下可借鉴经验：第一，在处理僵尸企业问题上，政府也应适度干预，包括就收购方式、政策享受、融资支持、证照办理、权属变更等内容上为企业重整提供助力，但政府的干预也是有时限的，应及时主动退出，防止过度干预。第二，美国针对不同僵企行业成立专项资金救助计划，并成立专门的处置机构及监管机构，对一些有重整希望的中小型僵企，政府会协调银行等金融机构给予融资帮助，如小企业债券购买项目；对于影响力较大的国，政府可通过持股国有化或直接注资进行救助，如汽车产业融资项目；另外，如果企业重组失败进行破产清算，则必须偿还政府贷款本息，一方面降低政府救助风险，另一方面刺激企业自救。第三，美国公司有非常严格的重整流程——从进入破产法庭申请破产重整到审查申请，制定重整计划（在债务人未及时或未提出重整计划的情况下，债权人可以制定重整计划），债权人会议通过，最后由法庭审查批准；且只有经法庭批准，才能得到政府的救助。当然在具体的制度设计中，

[264] 参见靳宝兰、张舒英：《浅析日本的公司更生法》，《中国法学》1997 年第 1 期。
[265] 参见徐菲：《解剖日本产业再生机构》，《上海国资》2006 年第 10 期。

还包括自动冻结制度、经管债务人制度、债务人提出重整计划的专有期以及强制批准制度等；[266]或许美国的一些制度可能对于我国目前来说还不现实，例如建立专门的破产法庭来集中审理企业破产重整案件，但是我国在相关案件的具体审理过程中，可以建立相关破产专家委员会，并听取工会或主管政府的意见，以中间政策慢慢过渡。到最终专门破产法庭的建立。

在比较和借鉴两国在处置僵尸企业破产重整方面的经历后，再结合我国《企业破产法》的规定，不难发现我国法律规定重整计划主要由债务人或管理人提出，而当上述两方未按期提出重整计划草案时，人民法院则直接裁定终止重整程序，并宣告债务人破产；相比美国、日本的规定，在债务人未及时或未提出重整计划的情况下，债权人可以制定重整计划，若企业又有重整意愿，则法庭优先以防止企业破产为目标，经审查通过可批准该计划实施。且笔者认为日本的第三方机构——产业再生机构的建立，也值得我国借鉴，因为它的集中处理使之可以在重整过程中对社会资源进行最有效的整合，深入帮助企业重建其经营策略，提高僵企重整保护的有效性和经济性；当然其第三方性质也使得其足够中立与公正，不涉及企业重整过程中的利益纠纷；所以在我国相类似地，可以暂时建立专门的僵企破产管理人机构，对相关企业进行审查认定制成一份需要重建的企业名单，后续进行相应的管理。当然，对于他国的成功经验并不一定在我国适用，这都需要在各国长期的实践进行验证，不断总结出适合本国的政策与机制。

五、对我国僵尸企业破产重整保护的思考

利用破产重整制度来拯救“僵尸企业”的确有许多优势，但是这就像我们的一个美好构想，在实践过程中我们仍然面临着重整动力不足、重整成功率低（主要是重整计划难以通过）等问题，这都是我们要解决的，这些解决可能要建立在机制本身的改革或相关配套机制的设立基础上。且笔者认为，只有真正解决了上述问题，我国僵尸企业的破产重整之路方能得以顺畅。

（一）我国僵尸企业破产重整存在的困难

首先针对企业重整动力不足的问题，我国大多数僵尸企业均达到了破产重整的申请条件，但为什么真正提出重整申请进入司法程序的企业特别少？这可能是多方面原因促使的——1.我国企业重整期间的管理人主要以社会中介机构为主，这一点，美国则与我国不同，它对债务人比较宽容，只要管理人没有渎职或欺诈行为，即可以留下来参与或主导重整程序；可能由于我国相关破产重整管理人存在不熟悉业务的实际情况等问题会削弱企业申请重整的积极性。2.破产重整在实践中仍存在很多体制和配套政策的障碍；比如，对于进入破产程

[266] 参见熊兵：《“僵尸企业”治理的他国经验》，载《改革》2016 年第 3 期。

序的债务人企业，会面临增值税、土地增值税、房产税等名目繁多的税种及破产管理人费用等，而在现行体制下一些税收的减免仍存在较大困难，所以这笔司法成本会给本来就陷入债务危机的企业“雪上加霜”；此外，破产重整往往会出现重整收益，是否需要交纳所得税，在执行上也存在地域偏差。[267]3.时间问题，一般进入司法处理后的程序流程都会比较复杂、处理周期较长，若最后仍不能通过重整计划则会耗时耗力，这也是我们简化司法流程，降低司法处置成本的原因。4.重整企业的信用修复问题，对于重组后的企业，信用修复是个大问题，如果还留在央行征信、税务、法院等系统的黑名单中，则会影响企业的后续经营，这也是削弱企业申请重整积极性的一大原因。

其次，我国目前还面临僵尸企业破产重整成功率低的问题，当然这也是导致重整动力不足的一个因素。究其原因，主要是针对重整计划的表决通过问题——银行作为债权人，在表决时也存在体制性障碍，基层分支机构在涉及大额债权表决时，需要总行部门批准，这中间即存在时间的拖延问题，最终导致错过最佳时机的表决通过，从而重整计划失败，即面临重整程序终止。当然，这还存在着一些其他的问题，包括破产管理人积极度不高，随着人们对破产管理人地位认识的加深，越来越多的学者开始接受“破产财团代表说”[268]，即债务人财产因破产程序的开始而成为以破产预防为目的而独立存在的财产，这些财产整体人格化而形成破产财团，破产管理人是这种人格化财产的代表机关，所以破产管理人在破产重整活动中仍担任重要角色，我国《企业破产法》第25条也围绕破产财产的保管、清理、估价、处理和分配等对破产管理人的职责做了多方面规定。[269]但因为很多企业已到了无产可破的境地，这使得破产管理人的报酬也变得无望或者得到极少的清偿，即便一些管理人具备一定资质和能力，但他们在重整事务中也表现得比较被动，不会积极开展企业重整活动、参与重整计划的制定，甚至有的主动申请取消资格。

（二）僵尸企业重整保护的若干建议

结合以上论述与分析，笔者得出的结论是：在完善对僵尸企业甄别机制建立的基础上，对于具有重整价值且达到重整标准的僵尸企业，破产重整实为上策，当然在具体的破产重整适用中，我们可以针对上述问题一一完善相关机制，特别针对重整计划的制定与实施，可以结合并购重组与破产重整的优势，并充分发挥政府的纽带作用，建立破产企业重整信息平台机制，为僵尸企业“招商引资”，助阵重整计划的通过，提高重整效率的同时，也能降低重整的司法成本。

1.预先重整机制——庭外重组与破产重整的无缝衔接

预先重整制度，主要指在企业申请重整之前，债务人与债权人通过法庭外协商制定重整

[267] 高翔：《出清“僵尸企业”温州探路破产重整化解金融风险》，载《上海证券报》2016年4月23日。
[268] 参见韩长印：《建立我国的破产财团制度刍议》，载《法学》1999年第5期。
[269] 范健主编：《商法》，北京大学出版社，第359页。

计划，并获得债权人多数同意后，借助重整程序重整计划发生约束全体债权人的效力，在申请重整前债务人或债权人也可委托相关专业机构进行磋商。[270]它主要有以下三个特征：第一，在申请司法重整之前，债务人已经与债权人进行了协商，并拟定债务人企业重整（包括偿还债务的具体方法）的计划；第二，重整计划获得多数债权人的表决通过；第三，该重整计划获得法院承认，在进入重整程序后产生约束所有债权人的效力，即可约束持反对意见的少数债权人。由此可见，预先重整程序的本质是将法庭外的债务重组向后延伸至司法重整程序，同时也将传统重整程序中的核心步骤移至正式的司法程序开始之前，即重整计划的制定、表决和通过、债务人的信息披露均在重整申请之前进行，无需法院介入和干预；[271]这样的程序设计既充分尊重当事人的意思自由，提高重整效率，又能约束少数不同意接受重整计划的债权人，实现了庭外重组与破产重整的无缝衔接，是一种混合型的困境企业拯救机制；此机制在英美均得到成功的实践。

所以，在僵尸企业问题的处理上，我们可以借鉴预先重整程序，由债务人在进入司法重整之前，先自行与有关债权人开展庭外的重组活动，在重组过程中，债务人可以委托第三方专业机构进行相关事务的处理，同时政府也可以在资金、税收、信贷等政策方面予以扶持，帮助企业寻求行业的龙头企业，促进双方通过股权合作、资产置换、无偿划转等方式，强化同质化业务整合和细分行业整合，推进重整计划的制定与通过。最后，债务人申请破产重整，经法院审核通过后对所有债权人发生效力，此机制大大节省了司法成本，提高了重整的效率与成功率；最重要的是，它加强了债务人主动申请破产重整的积极性，能有效解决重整动力不足的问题。当然，其适用仍需要在实践中不断完善。

2.僵尸企业破产重整的分类识别处置

僵尸企业申请破产重整程序后，绝不是简单的企业资产加减，人民法院要进行分类评估、分别处置。对于经营管理虽然存在困难，但仍具有运营价值的“僵尸企业”，人民法院要依法积极开展破产重整——第一，如果企业资金链断裂、流动性差，但企业生产的产品适销对路、市场前景广阔，人民法院要积极通过破产重整、破产和解促进企业债务重组，化解企业债务危机，帮助企业重新轻装上阵。第二，如果企业因技术水平不高导致产品销路不畅，或者因管理不善导致企业经营困难，但通过技术升级换代、改善经营管理能够让企业重返市场，人民法院要积极推进破产重整，帮助企业腾出精力改善管理，推进技术创新，力求催生新的有效供给。第三，如果企业经营困难重重，已丧失市场空间，但通过变更营业等手段可以盘活存量资产的，人民法院也要尽可能采取破产重整的方式压缩和合并过剩产能、保留有效产能，引导增量，最大限度有效利用资源。上述三类企业是“僵尸企业”破产重整的重点对象，可以通过重整的方式让这些企业改善企业经营，甚至转型成功。当然，建立分类识别机制只是一个原则要求，具体怎么识别，需要人民法院在审判实践中分析探索。

[270] 胡利玲：《论困境企业拯救的预先重整机制》，载《科技与法律》2009 年第 3 期。
[271] 季奎明：《论企业预先重整制度》，载《公司法律评论》2011 年 00 期。

3.破产重整案件信息平台机制

僵尸企业进入破产重整程序后整体成功率不高，主要原因是地域局限和信息不对称导致破产企业的整体情况不为外界所知，从而难以吸引到战略投资第三方。笔者认为，在信息化快速发展的今天，破产重整案件信息平台的搭建，将破产企业的整体情况全方位地向全国乃至全世界展示，让有资金、有专利技术、懂经营管理的企业或者专门人才了解破产企业的情况，势必提高破产僵尸企业的重整成功率。其中，在新搭建的信息平台上，不仅要公布破产企业的资产负债和资产状况等信息，还应当公布其产品信息、企业组织管理信息、市场营销体系等各类信息；以及公布战略投资人、其他破产重整参与人信息，公布人民法院破产案件审判流程信息。[272]这样的公开平台充分利用了现代信息技术，吸引了战略投资人和重整企业参与人；其以市场化为导向，也最大限度地实现破产重整，促进了破产重整的僵尸企业融资难等问题的解决，引导公众全面正确地认识企业破产重整程序机制。

4．破产重整工作统一协调机制

在破产重整过程中，需建立政府、法院、企业三方工作的统一协调机制，特别发挥政府在僵尸企业解困中的作用。在前述厦门合兴包装印刷股份有限公司对浙江越州纸品有限公司的兼并重组案中，政府即发挥了关键性的作用，虽然该案是并购重组的成功案例，但是与本文探讨破产重整过程中的债务重组并不矛盾——首先，当地区政府成立由相关部门组成的解困工作小组，并将越州纸品解困列入年度重点工作，通过召开多次难题协调会议，各方就企业解困走司法执行分配程序，资产处置、职工处理、托盘企业寻找等问题达成一致。然后，当地政府充分发挥政府纽带作用，从招商引资和解困企业重组结合的角度，寻找托盘意向企业；通过多地走访洽谈，最终与区外战略投资者合兴包装达成初步意，此后双方就收购方式、政策享受、融资支持、证照办理、权属变更等内容共计洽谈 20 余次，为企业重组提供助力，消除企业疑虑。 [273]

上述案件中政府的创新举措对僵尸企业盘活资产、恢复产能、稳定员工，起到积极的作用，实现了双赢，所以对于僵尸企业的破产重整自有一定借鉴意义，应尽快加强建设政府、法院、企业三方破产重整工作的统一协调机制。

5.僵尸企业破产重整制度的配套政策支持

最后，关于僵尸企业破产重整的推进，不但涉及法院，还涉及到其它配套制度的跟进，这些配套制度不是法院所能独自解决的。例如，职工债权清偿问题、企业部分清算后职工档案社会化管理问题、出资人权益调整和重整企业的信用修复问题、企业资产不足以支付全部欠税的税务减免问题、无产可破情况下管理人费用支付问题。所以目前，在破产程序中普遍性地存在因配套制度不到位而导致程序拖沓，使得有的案子陷入“破产僵局”，这也亟需我们加强相关配套政策的建设。

---

[272] 杜万华：《把人民法院当作“生病企业”的医院》，载《人民法院报》2016 年 3 月 25 日。
[273] 浙江省经济和信息委员会：《上虞：创新举措有效推动企业重组》，来源：http://www.zjjxw.goc.cn2015-11-11。

首先，要建立合法有序的利益衡平机制，依法处理好职工工资、国家税收、担保债权、普通债权的顺序和实现方式问题，对此，笔者建议对企业破产前欠缴的相关税款，凭法院裁定书按规定程序上报核销，但对于破产过程中产生的相关税费，市级地税、国税部门可制定缓、减免相关政策，减轻企业的压力，促进企业申请重整的积极性。其次，虽然专门的破产法院建立在目前还不大现实，但是人民法院应加强破产审判队伍的专业化建设，最重要的是摒弃将破产案件作为普通案件考核的方法，探索建立单独绩效考核标准；使得相关司法人员能够及时发现、整合对分散在不同法院的针对同一“僵尸企业”的多起执行案件信息，做好执行程序转入破产程序工作。第三，要根据破产重整和清算工作的需要，加强破产管理人队伍建设，规范破产管理人工作程序，试行分级管理，采取增补、淘汰、升降级措施，提高破产管理人之间的竞争力；同时也要建立破产费用的专项资金，激发破产管理人工作积极性。[274]最后，关于信用修复问题的解决，笔者建议重整企业的破产管理人可以分别向人民银行或者各商业银行提出申请，人民银行或商业银行凭管理人申请和法院出具的函件予以办理信用记录的修复手续，使得重整后的企业得以真正“重新开始”；并且在重整企业日后的相关经营活动中，各政府部门可以给予特殊行业的重整企业一定的政策优惠，包括给予招标投标的资格，主要适用于一些建筑类、中医药行业。

结 语

随着各地“去产能”力度不断加大，加快“僵尸企业”清退与重整已成为供给侧结构性改革的重要一环——通过让新的供给创造新的需求，以恢复“供给自动创造需求”的理想经济运行机制，笔者认为，这样的经济结构调整、产品更新完全靠新建企业来实现可能性不大，所以通过兼并重组或破产重整让原来的僵尸企业转型升级则更为实际且重要。所以我国在完善破产法的过程中，要基于“僵尸企业”破产难的实际问题，通过更好地运用《破产法》中的重整制度，加强破产重整案件信息平台机制的建设，重新安排债权债务，设定企业经营方略，并配合强制批准手段来解决多数债权人和利害关系人情况下，多次表决意见不一致的难题，真正实现多数僵尸企业的重生。最后，基于本文篇幅较短、资料不够全面，有很多问题还需要进行深入研究，故我国“依法治僵”的实现仍任重而道远。

Abstract： In response to the call of the national supply side reforms, zombie companies for consuming a large number of social resources, and causing surge in non-performing assets of banks, become community discussion of economic hot words. Disputes on support for protection and cleaning out of the dispute also make it into an embarrassing position. So there is an urgent need for such enterprises to seek a cocoon rebirth, bankruptcy reorganization. In this paper, we

[274] 杜万华：《依法稳妥处置“僵尸企业”服务供给侧结构性改革》，载《人民法院报》2016 年 2 月 26 日。

attempt to identify and define the applicable bankruptcy reorganization from its historical origin, economic concept of enterprise's survival and the type of zombie logic. And we prepare to explore the advantages and disadvantages of the main methods of China's treatment of zombie among enterprises, which is beneficial to further analysis of enterprise bankruptcy reorganization for the zombie foundation, necessity and advantage. Finally, about the specific application of the bankruptcy reorganization, we will refer to examples of related theory and successful foreign experience, combined with the market economy of our country and the specific situation of legislative mode. In particular, some problems are put forward, such as the lack of reforming power, the evaluation of the reorganization plan, the establishment of the mechanism of information platform of enterprise reorganization. There is more to promote the existence value of the zombie companies' rebirth and maximize the use of enterprise quality assets.

Key words: Zombie companies Re-habilitation Government Bank Supporting mechanism of bankruptcy reorganization

微探管理人职责的完善

——以破产重整制度为切入点

王筱筱*

摘 要:新破产法规定了破产重整制度与破产管理人制度,这是此部法律较之前试行的破产法的两个制度创新。为了配合管理人制度的实施,国务院同时也颁布了两个有关管理人的规定,规定了法院审理企业破产案件时如何指定管理人,以及如何确定管理人报酬。但是,在实践中暴露出我国相关法律对于破产重整中管理人职责的规定还不够完善。从适应实践发展来看,通过法解释学的方法,比较法的方法(比较美国、英国、日本、德国、法国、韩国等发达国家的破产法)得出破产重整中应当扩大管理人调查权的范围,对管理与处分债务人财产的权利予以制约,对重整计划的制定主体与内容进行扩充,具体化、细节化管理人的监督职责。

关键词:破产重整 管理人制度 管理人职责完善

一、问题的提出

破产重整是指经由利害关系人的申请,在法院的主持和利害关系人的参与下,对具有重整原因和重整能力的债务人进行生产经营上的整顿和债权债务关系上的清理,以使其摆脱财务困境,重获经营能力的破产预防程序。[275]

管理人的概念本身有广义和狭义之分。狭义的管理人是专指在破产宣告以后成立的全面接管破产企业,负责其财产清算分配的机构;广义的还可能负责重整等工作,在企业的重整、和解程序中也发挥相应的职能。我国新破产法所称的管理人是广义的,即不区分管理人在破产清算和解以及重整等各阶段的不同称谓,统一称其为管理人。因此,在我国,管理人是指破产案件受理后依法成立的,在法院的指导和监督之下全面接管债务人企业并负责债务人财产的保管、清理、估价、处理和分配等事务的专门机构。[276]大陆法系国家一般称为“破产财产管理人”、“破产管财人”,英美法系国家一般称其为“破产受托人 ,“破产接管人”。

破产重整制度,是破产的预防程序,是企业的再生制度,许多国家的法律中都有对其的规定。我国在总结司法实践和借鉴各国立法经验的基础上,在 2007 年新施行的《企业破产

* 王筱筱:苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。

275 范健主编:《商法》,高等教育出版社 2011 年版,第 372 页。

276 王欣新:《破产法》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 87 页。

法》中引入了该制度。同时，也由 1986 年《企业破产法（试行）中规定的清算组制度转变为破产管理人制度。美国的重整制度是在 19 世纪为了解决铁路破产而由法院在适用衡平法原则的过程中逐步形成的，现行破产法是 1978 制定的。当时，支持重整反对清算的呼声萦绕在国会大厅，在这一背景下原来有利于债务人复兴的重整制度设计被保留甚至加强。[277]通过对比，可以看出：我国破产重整制度引入晚，没有得到充分发展，所以存在问题多。从 2007 年至 2016 年的 9 年间，中国涌现了大量的破产重整案件，在破产重整的过程中毋庸置疑会涉及一个重要问题：管理人制度。破产管理人是破产重整程序中最重要的一个组织，始终参与破产重整程序的全过程，具体管理重整中的各项事务，其它机关或组织仅起监督或辅助作用 。故企业破产重整能否在公正、公平和高效率的基础上顺利进和终结，与企业破产管理人的角色关系密切。[278]

我国现行的《企业破产法》的制定大量参照了发达国家破产法的规定，但是并没有完全考虑我国的现实状况，所以还存在一定问题。如该法第三章——管理人与第八章——重整，涉及了管理人的诸多职责。对于重整过程中管理人拥有的职责，我国现行法律对其的规定却是不完善的，因此需要对其加以修正。孟德斯鸠就曾说过：“不应将法律与其制定时的情况分开”，法律有时应当自行修正”。重整制度设计的直接目的是要挽救企业免于破产，以达企业之再生；间接目的在于保护投资大众及债权人之利益，维护社会经济秩序的稳定。[279]管理人的职责是根据其需要完成的任务而设定的，其在不同的破产程序中的任务并不完全相同。[280]所以，笔者认为有必要探究在破产重整过程中如何更好的规制管理人的职责。

二、管理人管理与营业权之问题与完善

（一）管理人管理与营业权之问题

“企业重整的关键点是，它所冥思苦想的是企业的继续经营而不是清算。”[281]

1. 管理人调查债务人财产状况之问题

在管理人管理重整企业财产和营业事务的情况下，最迫切需要履行的一项职责就是调查债务人财产状况。只有对债务人的财产状况有了全面的了解以后才可以为重整程序的进行提供正确的信息保障。同时，为了保障债权人的利益，维护债务人的财产，管理人还需要纠正债务人之前违法处分财产的行为，因此还可能会追究债务人等相关人员的法律责任。所以，管理人的调查权非常重要。

---

277 James J.White ，“Death and Resurrection of Secured Credit”，Am. Bankr. Inst. L. Rev，pp.139-140.

278 刘沂江:《论破产管理人的角色定位——以破产重整制度切入点》,载《贵州大学学报(社会科学版)》2013 年第 2 期。

279 赖源河:《实用商法精义》（台湾），五南图书出版公司 1984 年版，第 214-215 页。

280 王欣新，郭丁铭.:《论我国破产管理人职责的完善》，载《政治与法律》2010 年第 9 期。

281 [美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 106 页。

然而，我国《企业破产法》第 25 条第 2 款仅规定了管理人拥有调查债务人财产状况的职责。对于管理人调查权的规定显得太过于狭窄，使得在实际生活中不能最大限度发挥管理人的调查权。

（1）调查范围狭窄

根据现有法律的规定，管理人只能调查债务人的财产状况。虽然从理论上来说，管理人接管的是债务人的企业，理应只调查有关债务人企业的情况，但是只调查财产状况，却会导致——债务人的违法行为（如：欺诈、胁迫等）可能被掩盖，无法对损害债权人利益的行为予以撤销或者主张无效，从而可能造成损害债权人利益的情形。

（2）调查报告内容欠缺

调查报告应具有怎样的内容才能对债务人的财产状况有全面，深入，真实的了解，才能评估出重整成功的可能性大小，才能算是符合法律要求的调查报告。这一系列问题在我国目前的破产法框架下都找不到答案。

（3）调查报告提交时间空白

我国《企业破产法》第 25 条第 2 款规定了管理人调查债务人财产状况后，要制作财产状况报告。虽然根据《企业破产法》第 127 条的规定，对于拒不向法院提交或者提交不真实的财产状况说明的，人民法院可以对直接责任人员依法处以罚款。但是在《企业破产法》中却没有对于管理人提交财产状况报告时间的规定。并且，2011 年颁布的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国企业破产法>若干问题的规定（一）》和 2013 年颁布的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国企业破产法>若干问题的规定（二）》都没有对于管理人提交财产状况报告时间的规定.

2.管理和处分债务人的财产之问题

（1）前提要求缺乏

我国《企业破产法》第 74 条有规定管理人有管理债务人财产的权利。但是企业破产法却没有规定在什么情况下管理人可以代替债务人管理公司的财产和营业事务。[282]

（2）监督管理人的具体规定欠缺

破产管理人履行职责需要有完善的监督制度，监督机制是保障破产管理人审慎勤勉地依法履行职责的安全网。

在重整期间，管理人负责管理重整企业的情况下，谁来监督管理人？《最高人民法院<关于审理企业破产案件制定管理人的规定>》第 3 节是关于管理人的更换的规定。对管理人的更换，可以视为对管理人的监督吗？依笔者观点，这两者不能等同。因为，管理人没有切实履行自己的职责，或者缺乏管理能力，并不必然导致更换管理人的结果（更换管理人，需要达到一定条件）。虽然，《企业破产法》第 23 条第 1 款规定了：“管理人依照本法规定执行

[282] 张晟杰：《试论破产重整程序中的管理人权利之完善》，载《法治研究》2010 年第 1 期。

职务，向人民法院报告工作，并接受债权人会议和债权人委员会的监督。”同时，第 2 款规定了:“管理人应当列席债权人会议，向债权人会议报告职务执行情况，并回答询问。”但是，该条第 2 款的规定对于如何监督管理人依然不够完善。

（3）决定债务人营业的前提条件缺乏

管理人决定继续或者停止债务人的营业，这是一项非常大的权利。因为债务人的命运就掌握在管理人手中，同时，该项决定对债权人的利益也有很大的影响。所以，法律必须明确：管理人基于怎样充分，正确的理由可以决定继续或者停止债务人的营业。

我国《企业破产法》第 26 条仅仅提到：该项权利应当经人民法院许可。人民法院是基于管理人提交的债务人财产状况报告还是重整计划草案许可？法律也没有明确的规定。如果是基于重整计划草案，则证明管理人认为债务人企业有重整的可能性，希望法院许可继续债务人的重整；如果是基于债务人财产状况报告，则需要对其内容进行考察才能得出管理人的决定。

（二）管理人管理与营业权之完善

1.管理人调查债务人财产状况之完善

（1）扩大调查范围

纵观国外发达国家的立法,在破产重整过程中,管理人的调查权涉及的范围都十分广泛。如：韩国通合倒产法的债务人重整程序中设立了调查人制度,调查人的主要职能是在法院的授权下协助管理人对债务人的财产状况、债务人的重整原因以及重整程序是否应继续进行等展开调查。

因此，参考韩国通合倒产法的规定，管理人调查的范围应该不能只局限于债务人的财产状况，还应当包括债务人的重整原因以及重整程序是否应继续进行等问题展开深入调查。

（2）丰富调查报告内容

有学者提出：“调查报告应该对债务人财产的产权归属、具体范围、财产性质等进行界定，并加以登记造册。”[283]

同时，放眼发达国家的破产法，我们可以借鉴到很多。如：韩国通合倒产法就规定了——在清算价值能否保障的调查报告部分,首先应以要约形式说明清算价值是否得到了保证。然后还要明示以下主要内容:清算分配总额和清算率、重整计划下债权偿还额和偿还率以及清算额和重整计划下债权偿还额的现在价值的比较 。[284]

相比较我国的破产法，即使根据《企业破产法》第 127 条的规定，对于拒不向法院提交或者提交不真实的财产状况说明的，人民法院可以对直接责任人员依法处以罚款。即法律明确规定了管理人要制作债务人财产状况报告，并提交财产状况报告，却没有对财产状况报告

[283] 齐树洁：《破产法》，厦门大学出版社 2007 年版，第 113 页
[284] 齐树洁：《破产法》，厦门大学出版社 2007 年版，第 113 页

应具备的内容与形式进行规定。这种做法，会导致在现实生活中，管理人制作的财产状况报告虽然真实可靠，但是内容混乱，逻辑不清晰，不能真正反映债务人财产状况的情形。因此，我国破产法需要进一步用法律详细规定调查报告的内容，让管理人明确自己的职责，同时也让法院可以从调查报告的内容获取更多债务人企业的有关信息。

（3）明确调查报告提交时间

依笔者观点，在实践中，法院可以依照法解释学的方法对 2002 年颁布的《最高人民法院<关于审理企业破产案件若干问题的规定>》第 16 条:“人民法院受理债权人提出的企业破产案件后，应当通知债务人在十五日内向人民法院提交有关会计报表、债权债务清册、企业资产清册以及人民法院认为应当提交的资料。 ”进行扩大解释——即管理人提交债务人财产状况报告应当也适用于该条的规定。因为，2002 年颁布该规定时，还没有我国现行的 2007 年开始实施的新的《企业破产法》，当时还没有破产重整的说法，也没有管理人制度，只有破产清算组的称谓。所以，既然之后的法律没有对管理人提交债务人财产状况报告时间的规定，那么除了再立法规定外，最好的方法就是运用法解释学对于法条进行扩大解释，而《最高人民法院<关于审理企业破产案件若干问题的规定>》第 16 条中规定的情形是比较适合于管理人提交财产状况报告时间的。而这种运用法解释学的做法不仅可以维护法律的稳定，而且也能更好适应实践的不断发展。

我国破产法既然规定了管理人有制作财产状况报告的职责，就说明立法希望管理人通过调查债务人财产状况，对债务人企业的财产状况有一个全面，真实的了解，并且通过报告的形式，使债权人，法院等了解到债务人企业目前的财产状况，以便于保障债权人的知情权，维护债权人的正当利益。而且，管理人通过对债务人财产状况进行调查，制作财产状况报告的过程，也对债务人企业是否有重整可能性有了大致的评估，对于不符合重整条件的债务人企业，也应该有义务请求法院撤销重整裁定。同时，法院可以通过管理人制作的债务人的财产状况报告与债务人的重整申请材料进行对比与检查，如果发现债务人的重整申请材料存在造假现象，那么法院就可以及时撤销作出的允许债务人重整的裁定，以便确保债务人真正符合重整的条件。

对于如何确立提交调查报告的合理期限，可以参照英国 1986 年《破产法》第二十三条对于管理人建议报告职责的规定：（1）[管理人的职责]当一个管理令被作出，管理人应在命令被作出的 3 个月内（或者在法院允许的期间）——（1.1）向公司注册官以及（只要他知晓他们的地址）所有的债权人送交一份他的报告以实现管理令规定的目的；并且（1.2）向为该目的经不少于 14 日通知通知而召集的公司债权人会议提供一份该报告的副本。（2）[报告副本]管理人并应在管理令作出后 3 个月内（或在法院允许的更长期间）——（2.1）将一份报告副本送交公司的所有成员（只要他知晓他们的地址）；或者（2.2）以规定的方式发布通知，写明公司成员可以写信要求报告副本免费送交他们的地址。（3）[对不遵守的惩罚]如果管理人无合理理由不遵守本条的规定，他应被处以罚款，并且，因继续该不遵守行为，

他应被处以按日违规罚款。[285]

2.管理和处分债务人的财产之完善

（1） 增加前提要求

关于重整程序期间主持继续营业的机构,目前有三种立法体例。一是美国、 德国和法国的简易程序为代表的选择制,即要么由管理人负责,要么债务人负责。 二是以法国的一般程序为代表的并列制,即管理人和债务人并存,双方的营业管理权呈此涨彼消的关系。三是以英国、日本为代表的单一制,即不允许债务人在重整期间管理和主持营业。[286]

按照《企业破产法》第 73 条的规定:“在重整期间，经债务人申请，人民法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。有前款规定情形的，依照本法规定已接管债务人财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务,本法规定的管理人的职权由债务人行使。”可知，我国破产重整采取的是美国、 德国和法国的简易程序为代表的选择制（或称“占有中的债务人模式”，DIP:Debtor in Possession)。[287]与管理人经营制结合的一种模式。

在美国《破产法》中，一般来说，在第 11 章重整程序当中债务人作为经管人（DIP)仍保留对破产财团的控制。任命托管人是重整程序中的特例，请求任命托管人的当事人可以基于以下两个理由之一：第一是破产法典要求任命托管人必须“有正当理由，包括当前的管理层在案件开始之前或之后有欺诈、欺骗、无法律资格（incompetence)或有重大经营决策失误行为，或有类似的情况发生”；第二个理由是法院可以为了维护债权人、股权持有人或破产财团的其他利益而任命托管人,此时不需要考虑担保债权人的数量或债务人的资产与负债数额。[288]

从我国《企业破产法》第 13 条的规定:“人民法院裁定受理破产申请的，应当同时制定管理人。”可知，我国破产法将指定管理人作为一般规定。但是，在破产重整过程中，却有特别的规定：在重整期间，经债务人申请，人民法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。有前款规定情形的，依照本法规定已接管债务人财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务，本法规定的管理人的职权由债务人行使。(《企业破产法》第 73 条）

首先，在法院已批准债务人自行管理财产和营业事务的情况下，债务人有严重损害债权人利益的行为以至于达不成重整目标的情况下,能否由债务人自营模式转变为管理人经营模式？《企业破产法》第 78 条对该情况的规定是：法院裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。但是这种做法却可能会导致由债权人申请重整的不仅具有重整可能性，而且破产管理人

---

285 [英]《英国破产法》(丁昌业译)，法律出版社 2003 年版，第 51 页。

286 王卫国:《论重整企业的营业授权制度》，载《比较法研究》1998 年第 1 期。

287 根据联合国贸易法委员会 2004 年发布的《破产法立法指南》中的界定：占有中的债务人，是指在重组程序中，由于法院没有任命破产代表，仍然保有对企业的完全的控制的债务人。

288 [美] 大卫·G·爱泼斯坦（David G.Epstein)，史蒂夫·H·尼克勒斯（Steve H.Nickles)， 詹姆斯·J·怀特（James J.White)：《美国破产法》，韩长印等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 743 页。

也有能力重整的企业直接破产，导致债权人利益受到损失。也就是说，在这种情况下，我国并没有规定可以由债务人自营模式转变为管理人经营模式。

其次，即使在重整期间，法院批准了债务人自行管理财产和营业事务，但是，在债务人自行管理财产和营业事务的过程中，发现自身经营能力有限，预见到依靠自己的能力重整无法使企业起死回生，那么，债务人为了挽救企业，可以自行提出由管理人经营吗？对于这个问题，我国立法依旧也是空白的。

再次，根据《企业破产法》第 74 条的规定："管理人负责管理财产和营业事务的，可以聘任债务人的经营管理人员负责营业事务。"法律赋予了管理人聘任债务人的经营管理人员的权利，但是对于什么情况下，债务人应具备什么条件，管理人才可以聘任债务人的经营管理人员却没有规定。我国破产法考虑到债务人自身经营能力不足或者有违法犯罪行为导致破产的情形，因此将管理人管理破产企业作为一般规定。如果管理人为了减轻负担，聘任债务人的经营管理人员（缺乏管理能力或者有未被揭发的违法犯罪行为）继续负责营业事务，那么企业重整成功的可能性就很小，而且有可能会造成债权人的利益受损更多的情形（经营管理人员利用经营管理的便利转移资产，挖空企业）。

最后，《企业破产法》有关于管理人资格的规定，那么当债务人自行管理企业时，不是也应该符合一定的标准吗？依笔者观点，管理人聘任债务人的经营管理人员负责营业事务的权利应该限制行使——因为债务人自行管理与营业都要经过人民法院批准，那么让管理人聘任债务人的经营管理人员负责营业事务即使不经过人民法院批准，那也得符合一定的标准吧？考虑到债务人本身对其财产进行管理的特性和弊端，有些专家已指出有必要探讨由法律对自行管理的债务人的某些权限加以明文禁止。[289]参照《企业破产法》第 24 条的规定，管理人不得是因故意犯罪受过刑事处罚的人。那么，在笔者看来，依照法解释学的方法，债务人的经营管理人员也该满足该点，才可以负责重整企业的经营管理。

（2）完善监督管理人的具体规定

日本破产法第 205 条规定："破产债权者通过债权者集会的决议，可以使破产管财人就破产财团的管理及换价的状况向债权者集会作出明确的报告。这种报告是定期性的义务，它可以防止破产管财人的职务疏忽。"我国破产法虽然规定了管理人要向债权人会议报告职务执行情况的义务，但是却没有规定这种业务是定期性的。相比较日本破产法的规定，显然我国破产法对于管理人该义务的规定还值得完善。

我国新破产法第 69 条有管理人的某些行为告知债权人委员会的规定，同时，第 130 条有关于管理人法律责任的规定："管理人未依照本法规定勤勉尽责，忠实执行职务的，人民法院可以依法处以罚款；给债权人、债务人或者第三人造成损失的，依法承担赔偿责任。"。虽然从法条的规定，可以得出：法院、债权人会议与债权人委员会都对管理人有监督作用。

[289] 金春，Stacey Steele，Andrew Godwin：《破产重整程序中的管理人制度》，载《政法论坛》2010 年第 6 期。

但是在笔者看来：这样的监督机制还非常不完善——首先，债权人会议是非常设机构，在债权人会议闭会期间，只有法院监督管理人的活动，存在疏漏。其次，法院、债权人会议与债权人委员会这三者在破产重整的过程中各自有自己的职责，对管理人的监督并不是它们的主要职责，所以想要更好的监督管理人，是力不从心的。最后，管理人本身就由法院指定，导致法院与管理人之间存在一种潜在的利益关系。[290]因此有必要设立一个独立的专门监督管理人的机构。

在笔者看来：建立的专门监督管理人的机构，是一个中立的机构，独立于债权人会议、债权人委员会的，它只对法院负责，向法院报告监督工作的进程。其组成人员应由对企业破产重整事务有专业知识和丰富经验的专家担任。如：日本的监督委员制度的监督委员的组成目前主要是从已具备破产案件实务经验的律师 ， 如担任过破产清算管财人的律师中选任。但是,随着案件数量的增加,今后也有可能从会计师和税理师中选任。[291]同时，日本破产法第197 条及第 198 条第 2 款也规定了：“在未设置检查委员的场合，对管财人的特定的行为有疑义时，可以否定其行为。”[292]日本破产法的规定就可以为我们提供了参考。

（3）明确决定债务人营业之前提

《企业破产法》第 25 条有关管理人职责的第 5 点是：在第一次债权人会议召开之前，决定继续或者停止债务人的营业。而关于第一次债权人会议召开的时间，根据该法第 62 条的规定：第一次债权人会议于债权申报期限届满之日起 15 日内召开（债权申报的期限是自人民法院发布受理破产申请公告之日起计算，最短不得少于 30 日，最长不得超过 3 个月）。也就是说，法院裁定债务人重整，并同时指定管理人之日起最短 45 日，最长 3 个半月内，管理人应对重整企业是否具有重整可能性有一个确切的答案。由此，也为前文提到的管理人提交债务人财产状况报告的时间提供了思路：即最长不得超过 45 日（自人民法院发布受理破产申请公告之日起计算）。

类似的，日本破产法第 192 条就规定：“在第一次债权人会议之前，破产管理人经法院许可，可以允许破产管理人继续营业。”[293]

在笔者看来，管理人决定继续或者停止债务人的营业应该有充分的理由：即法律应该明确规定管理人是基于财产状况报告还是破产重整计划才有决定继续或者停止债务人的营业的权利。

---

[290] 陈裔佼：《破产重整中的管理人制度的相关法律问题研究》，载《知识经济》2010 年第 3 期。
[291] 金春，Stacey Steele，Andrew Godwin：《破产重整程序中的管理人制度》，载《政法论坛》2010 年第 6 期。
[292] [日]石川明：《日本破产法》，何勤华、周桂秋译，中国法制出版社 2000 年版，第 152 页。
[293] 齐树洁：《破产法研究》，厦门大学出版社 2004 年版，第 295 页。

三、重整计划制定之问题与完善

（一）重整方案制定之问题

（1）重整方案制定主体狭窄

根据《企业破产法》第八十条的规定：“债务人自行管理财产和营业事务的，由债务人制作重整计划草案。管理人负责管理财产和营业事务的，由管理人制作重整计划草案。由此可以得出：我国重整方案的制定主体只限于债务人或者管理人。事实上，这样的规定，使重整方案的制定主体显得太狭窄。

（2）重整计划的内容简略

我国《企业破产法》第 81 条规定了 7 项重整计划草案的内容：一是债务人的经营方案；二是债权分类；三是债权调整方案；四是债权受偿方案；五是重整计划的执行期限；六是重整计划执行的监督期限；七是有利于债务人重整的其他方案。但是，在笔者看来，我国破产法对于重整计划内容的规定只有 7 项，太过于简略.

（二）重整方案制定之完善

（1）扩大重整方案制定主体

参考发达国家，如美国《破产法》第 1121 条就规定，债务人在规定期间不能提交破产方案，托管人、债权人委员会、资产证券持有人委员会、债权人、资产证券持有人或者契约托管人都可以提交破产方案 。至于谁的方案会获得支持，则由利益关系人通过竞争来决定。日本公司更生法第 189 条规定，管理人于更生债权及更生担保权的申报期间届满后，应在法院规定的期间制成更生计划法案并提交法院。改法第 190 条又规定，公司、申报更生债权人以及更生担保人、股东可以于法院规定的期间制成更生计划草案并提交法院。[294]

重整牵涉诸多利益方的利益，如果只限于债务人和管理人可以指定重整方案，则会导致债权人、出资人等众多利害关系人的利益无法得到保障。因此，重整计划的制定主体应当包括债权人、担保人、公司股东等利害关系人。

（2）丰富重整计划的内容

在笔者看来，债务人企业的股东也积极参加重整活动，所以，重整计划中还应当包括对股东的相应分类，对股权的调整方案等，将股东也纳入重整计划的活动之中。[295]

如美国《破产法典》第 1123 条 a 款对重整计划的内容规定了六项必备条款：

一是对债权以及相关的股权进行分组；二是指出权益未受损害的股权和债权；三是指出对权益受到损害的债权与股权组别的处置；四是对同一组别的人进行同等偿付；五是规定重

[294] 付翠英：《破产法比较研究》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 266 页。
[295] 王欣新：《破产法专题研究》，法律出版社 2002 年版，第 110 页。

整计划的执行手段；六是如果债务人是公司，规定投票权如何行使。[296]

相比较我国关于破产重整计划的规定，七项中有三项有关债权，却没有一项有关股权的规定。企业的存亡，与公司股东的利益休戚相关。[297]可以这样说：我国破产法的重整计划中只关注了债权人的利益，却完全忽视了股东的利益。如果公司破产，对股东的利益也是很大的一种伤害。对重整结果抱有很大期待的不仅有债权人，还有公司股东。所以，这是我国的破产法的不足之处。今后在破产法的修改中应该注意到该点：将股东的股权处置与分配也规定在重整计划中.

四、管理人对于债务人的监督

众所周知,“破产行为是一项复杂的社会实践,其间交织着多个利益主体的利益冲突。”[298]

《企业破产法》第 73 条第 1 款规定了：“在重整期间，经债务人申请，人民法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。”

那么，管理人应该如何行使监督权呢？《企业破产法》第 90 条，第 91 条是管理人对于重整计划执行的监督。这种监督，等同于 73 条中的“监督”吗？依笔者观点，这两者不能等同。因为我国破产法规定了重整计划是由债务人负责执行的，而重整计划的制定主体是债务人或者管理人（看谁负责管理财产和营业事务）。所以，第 73 条规定的监督应该比第 90 条，第 91 条中的对于重整计划执行的监督得范围更广。

我国台湾地区破产法第 121 条规定了监查人的职权：“监查人得随时向破产管理人要求关于破产财团的报告，并得随时调查破产财团之状况。”[299]

同时，比较德国破产法的规定，中国破产法对于债务人自行管理财产和营业事务下，管理人监督责任的规定太过于简略。如德国破产法第 275 条关于财产监督人的协助责任的规定：“（1）债务不属于通常营业经营的范围的，债务人只能在征得财产监督人的同意下，才可以缔结此种债务。即使债务属于通常营业经营的范围，在财产监督人提出异议时，债务人仍不得缔结这样的债务。（2）财产监督人可以向债务人提出要求，即收到的一切金钱只能由财产监督人受领、款项只能由财产监督人给付。”[300]

参照法国破产法第 621-22 条的规定：“（一）除本法赋予的权利外，司法管理人的职责由法庭确定。（二）法庭一揽子或者分别赋予下列职权：1.监视经营活动；2.协助债务人进

---

296 尹正友，张兴祥：《中美破产法律制度比较研究》，法律出版社 2009 年版，第 170，171 页。
297 齐树洁：《我国新破产法之重整制度若干述评》，载《福建法学》2007 年第 1 期。
298 顾培东：《破产法教程》，法律出版社 1995 年版，第 89 页。
299 我国台湾地区破产法，
http://www.lawdata01.com.cn/anglekmc/lawkm?@1^1298744405^107^^^32^1@@1093402553，2016 年 6 月 4 日最后访问。
300 ［德］《德国支付不能法》，杜景林、卢谌译，法律出版社 2002 年版，第 136-137 页。

行一切有关经营的活动或者其中一部分活动；3.完全独立或者部分负责企业的管理。[301]

综上所述，在笔者看来，债务人自行管理财产和营业事务的情况下，管理人的监督职责体现在以下两个方面：

一、管理人要监督债务人在经营管理活动中有没有欺诈、恶意减少债务人财产或者其他显著不利于债权人的行为，如果发现，就应该及时制止，并向人民法院报告。

二、管理人也要监督重整计划的执行。我国《企业破产法》第 90 条第 2 款仅规定了："在监督期内，债务人应当向管理人报告重整计划执行情况和债务人财务状况。"该条款仅规定了债务人的义务，并非是管理人的主动性权利。[302]虽然第 91 条是关于管理人在监督期限届满时有向人民法院提交监督报告的义务，但是债务人不主动报告重整计划执行情况和债务人财务状况时，应当赋予管理人主动了解重整计划执行情况和债务人财务状况的权利.

五、结 语

虽然我国在规定管理人制度和破产重整制度时，大量借鉴了发达国家破产法律制度中的先进的模式和实践经验，但是在《企业破产法》"本土化"的过程中依旧存在很多未解决的问题。一个制度的设计必须权衡各方的利益，法律实现是一个由上到下的运作过程，上位规范在下位规范中得到体现亦属法律实现，直到法律成为社会主体的个别行为。从这个意义上说，立法是宪法的实现，授权立法、指定规章、规范性法律解释等是宪法和法律的实现。[303]所幸的是，在破产法的实践过程中，很多专家学者已经发现了这些问题，并且对其加以研究分析。本文所探讨的破产重整中管理人职责的完善，探究内容还非常浅显，希望可以抛砖引玉，引起更多学者的深入探究，为我国破产重整制度和管理人制度的进一步完善提供思路。

Abstract：Compare to the previous bankrupt law ,the new bankruptcy law has stipulated two new systems that are called bankruptcy reorganization system and bankruptcy administrator system.In order to coordinate the implementation of the bankruptcy administrator system, meanwhile, the state council has promulgated two stipulations that are connected with administrator:the first stipulation is how to appoint administrator ,the second stipulation is how to determine the administrator's remunerations.However, in practice，the new bankruptcy law exposed that our country's bankrupt law about bankruptcy administrator in the process of bankruptcy reorganization is not perfect.In order to meet the needs of practical development,through the methods of construction of law and comparative law(compare with

[301] 李飞主编：《当代外国破产法》，中国法制出版社 2006 年版，第 365 页。
[302] 张晟杰：《试论破产重整程序中的管理人权利之完善》，载《法治研究》2010 年第 1 期。
[303] 周永坤：《法理学——全球视野》，法律出版社 2010 年版，第 302 页。

America，England，Japan，Germany，France， Korea），we can draw a conclusion that we should expand the scope of investigation power of bankruptcy administrator ，restrict the power of administer and dispose of debtor's property,expand the scope of bankruptcy restructuring plan’s subjects and contents,enrich and refine the supervisory responsibilities of bankruptcy administrator.

Key words: bankruptcy reorganization system;bankruptcy administrator system;the improvement of responsibilities for administrator

执行转破产制度研究

——以执行程序中僵尸企业的处置为中心

孟丹丹*

摘 要：社会转型时期市场退出机制的不完善使民事执行案件中存在大量当破而不破的“僵尸企业”，加重了“执行难”的痼疾。为此，最高人民法院《关于适用民事诉讼法的解释》第513条至516条确立了执行转破产制度，以有限职权主义模式下执行法官行使释明权、建议权引导执行当事人申请进入破产程序，通过破产制度在执行程序中的实施处置“僵尸企业”。鉴于执行制度在现实层面的替代效应以及执转破启动过程中的现实阻碍，应通过立法修改完善执转破制度，以充分发挥破产程序在处置僵尸企业问题中的效用。

关键词：僵尸企业 执行转破产 有限职权主义 破产启动 执行制度

在强制执行程序中，存在大量执行不能、当破不破的“僵尸企业”。它们占耗大量社会资源，造成银行不良资产的增加，影响了经济的发展效率，加剧了系统性风险发生的可能。鉴于此，2015年11月4日、18日召开的两次国务院常务会议均提出要加快推进“僵尸企业”重组整合或退出市场。2015年12月9日，国务院常务会议再次明确提出清理处置“僵尸企业”的指导方针。破产是让生产要素从破产的企业流出（破产清算），或者流入（重整），从而实现资源在全国范围内的优化配置。落实《破产法》，“以法去僵”，让生产要素更加市场化的流动，是中国经济结构性转型的重要一步。因此，如何在执行不能时贯彻落实破产制度成为解决执行程序中“僵尸企业”处置的当务之急。本文认为应以完善执行转破产制度为进路处置执行程序中的“僵尸企业”。

为此，我将从以下五个方面进行论述：第一部分介绍“僵尸企业”；第二部分论证在众多处置僵尸企业的办法中为何我们要以破产程序为首要方式；第三部分分析以执转破来实现执行程序向破产程序转变的立法模式、合理性以及现实困境；第四部分关于制度解释与完善；第五部分为结语。

一、执行中的僵尸企业

“僵尸企业”（Zombie Company）最早是爱德华凯恩用来解释20世纪80年代破产倒闭

* 孟丹丹：苏州大学王健法学院2012级法学教改班。

的美国储蓄贷款协会。在 20 世纪 80 年代美国航空业自由化发展进程中，“僵尸企业”大量出现。2008 年金融危机爆发后，美国金融业、汽车业、房地产业等行业出现大量“僵尸企业”，美国政府不得不制定不良资产救助计划（TARP）来进行处置。美国学术界认为“僵尸企业”有三个特征：一是需要救助不能依靠自己解决；二是正在亏损，负债累累，生产所得只能够偿还其债务利息无法偿还债务本身；三是无法吸引投资，不能够获得投资或增长。相比其他竞争对手“僵尸企业”体现的是一种不公平的优势。[304]

我国对“僵尸企业”的关注，最早开始于温州中小企业困境。很多劳动力密集型企业在经济形势不好的情况下，经营不善，依靠银行放贷艰难支撑几年后仍然倒闭，联保互保的银行贷款模式加剧了温州中小企业倒闭范围。国内学术界对“僵尸企业”已初步形成明确统一的概念释义，即自身发展能力已丧失或者低下，市场竞争力较弱，依靠政府补贴、银行放贷而生存的负债企业，其外在表现为长期亏损、自身扭亏无望但一直存在的企业，其实质为大量投入但效率低下、占用社会资源但不产生经济效益的企业。僵尸企业具有明显的长期性、依赖性、非市场性、复杂性，它不同于暂时出现经营困难的负债企业此类企业在扶持下能较快恢复活力。

“僵尸企业”是特定历史环境下的合理性存在，是长期发展积累下的产物，其成因错综复杂。“僵尸企业”之所以一直存在，是政府、银行、企业各方出于自身利益考虑的综合结果。其成因在宏观层面上主要表现为：一是受国家相关政策影响，企业在改制或升级中跟不上国家发展要求；二是受经济发展形式变化影响，国内经济发展放缓、世界经济复苏艰难导致市场需求压缩，劳动密集型企业在劳动力或成本不断增长的情况下，利润空间不断缩小，技术落后，最终陷入亏损；三是因 20 世纪 90 年代国企改革不彻底而遗留的问题。在微观层面上主要表现为：企业经营机制和企业决策问题，面对创新带来的市场需求变化，企业对市场反应不灵敏、转型升级滞后、决策者缺乏长期发展的战略眼光都是“僵尸企业”产生的原因。当“僵尸企业”出现后，由于其能提供大量的就业机会，一旦退出市场，必然带来大量失业，同时也影响地方政府的“政绩”。为了维护社会稳定和保障税收来源，地方政府缺乏处置“僵尸企业”的动力，相反会施以援手给予扶持救助让其存活下去。对于银行来说，一旦终止给“僵尸企业”之前的贷款可能收不回来，坏账增加，造成银行利润降低甚至亏损，因此，银行不得不继续提供贷款给“僵尸企业”，尽管这种扭曲支持会造成银行不良资产增加，但银行仍然会选择继续给“僵尸企业”放贷。

二、为什么用破产制度处置僵尸企业

“僵尸企业”的危害和影响是长远性的、多方面的，若放置不理就会在生产、债务、就业等方面产生连锁反应，对经济发展社会稳定产生较大影响。如何处置“僵尸企业”成为亟

[304] 转引自熊兵：《“僵尸企业”治理的他国经验》，载《宏观经济与微观运行》2016 年第 3 期。

待解决的问题。美国处置“僵尸企业”的主要依据为《破产法》中的公司破产和公司重整（也叫破产保护）制度；[305]日本除公司重整制度外，还有议和法、公司更生法。[306]美国、日本在处置“僵尸企业”时，都是采用企业破产程序，首要目标是帮助企业重建。我国处置僵尸企业的方式主要有四种：并购重组；托管经营；扶持发展；破产退出。对于执行程序中执行不能的“僵尸企业”进行处置，为什么不采取并购重组、托管经营、持续发展这些政策性方法而要应用破产程序呢？同为实现债权的程序性保障法律制度，为什么不放任债权人选择执行程序而要引导进入破产程序呢？

（一）破产程序制度优于政策性处置方式

托管经营、扶持发展是 20 世纪 90 年代国企改革常用的方式。扶持发展造成了如今一些大而不能倒的“僵尸企业”，而且政府对帮扶成本缺乏科学计算和相应的回收渠道，[307]造成帮扶风险过高。托管经营，很难找到具有较强资金投入能力和经营管理能力的托管方，难以扭转经营不善濒临倒闭的困境。并购重组也弊端重重，容易在经营业务、组织机构、企业文化、管理流程等内部方面整合不到位。产权级次过多、分级管理的体制，造成管理链条过长，企业决策和管理难度加大，在较大程度上降低了资产重组的效率。不可否认这样的政策性处置方式在很大程度上可以解决维稳问题，但仅仅是治标不治本。过多的政策保护、倾斜不仅会加大政府财政和社会成本的支出，还会在本质上导致社会资源的不合理配置，妨碍自由竞争机制，不利于公平正义的实现。企业是一个个市场个体，如何处置“僵尸企业”，最终还是要从企业出发回归到企业本身。“私法是追求程序正义的典范。惟有程序性才能普遍地增进私人自治”。[308]

同时，从经济学角度审视，破产法规则更符合经济学原理。“法律是一种艺术，破产法更是一种精巧的艺术，这种艺术运用得当，可以最大限度地减轻困境企业给利益相关人和社会带来的成本，促进社会资源的合理再分配，提高社会效率”。[309]在破产程序中，“不论是清算、和解还是重整，都构成对原来契约的改变。这种构成公司的契约束的重新组合一方面降低了谈判成本和道德风险，另一方面带来了新的管理成本”。[310]但是，新的管理成本相对于由于囚徒困境导致大部分债权人债权不能实现而带来的时间和资源的浪费与政策性措施的制定、实施所消耗的财政资源和社会资源是微不足道的。由此可见，破产法相比于政策性措施更符合经济学原理。

---

305 彭小霞：《论美国破产重整制度及其启示》，载《盐城师范学院学报》2012 年第 3 期。
306 靳宝兰、张舒英：《浅析日本的公司更生法》，载《中国法学》1997 年第 1 期。
307 王大用：《2700 亿特别国债解决了什么问题》，载《改革》1998 年第 6 期。
308 易军：《私人自治与私法品性》，载《法学研究》2012 年第 3 期。
309 李曙光，王佐发：《中国破产法实施的法律经济分析》，载《中国政法大学学报》2007 年 1 月第 25 卷第 1 期。
310 李曙光，王佐发：《中国破产法实施的法律经济分析》，载《中国政法大学学报》2007 年 1 月第 25 卷第 1 期。

（二）破产程序较强制执行程序更能体现债权平等

在处置僵尸企业、实现债权的程序性方法中，即便破产制度和个别强制执行制度所关注的社会问题可能存在种种差别，但其建立在同一个社会关怀之上，那就是有限资源的公平和有序分配。需值得注意的是，如果我们以制度经济学分析人的行为，会发现人都有破坏制度为自身牟利的天然冲动。因此在债务人出现破产原因时，为了实现公平正义和社会关怀，基于破产程序所具有的独特价值，个别强制执行制度应让位于破产程序。[311]

破产程序与执行程序的特点都在于借助国家公权力的介入以实现债权。强制执行采取优先原则，以满足个别债权的实现为目的，其在一定程度上固然符合程序公平的理念，并且于债务人未出现破产原因时其合理性也至为明显。但在债务人不能清偿全部债务的情势下，强制执行程序的“先到先得”原则、参与分配原则造成的直接后果是债权人申请破产的可能和机会微乎其微，不仅使债的实体公平受到严重损害，而且危及了程序公平与实体公平之间的协调关系，进而使债权人公平受偿的目标成为一句空话。不置可否，执行程序的优先原则之于程序公平固然有其独立的价值，但“实体和程序通常被认为是密切相联的，而且程序法的目的之一（但不是唯一的目的）是增强法院判决符合实体原则的可能性”，[312]使实体法上的公平理念最大限度地体现于程序法之中。因为“程序是为法律所预定的实体正义而服务的手段”反映了程序正义的一个重要方面，程序正义是否达成，应根据特定的程序在何种程度上为实体法内容的实现作出了贡献来决定程序正义的功能和目的。[313]由此推论，于债务人清偿能力欠缺时，破产程序的债权平等原则较诸执行程序的优先原则更接近债权平等的目标，故破产程序较强制执行程序更能体现债权平等。

三、执行与破产的衔接：执转破制度

经由上文论述，相比较于以政策性制度和个别强制执行制度处置“僵尸企业”，破产程序的应用更符合公平正义原则。那么，如何使处在执行程序中的“僵尸企业”转入破产程序呢？最高法院 2015 年年初颁布的《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》（以下简称民诉法司法解释）第 513—516 条的规定创制了有限职权主义模式下执转破制度，是对新民诉法执行程序依法转入破产程序做出的引导性规范和解释。该制度对于化解执行难以及破产法的实施，对于各级法院依法正确审理企业破产案件，从而为维护市场经济秩序提供司法保障，有着积极的促进意义。然而在司法实践中，这项制度的设计并没有达到预期的理想效果。究其原因，主要存在两方面的问题：一是执转破的启动申请缺乏动因；二是现实制度的

311 韩长印：《破产程序的财产分配规则与价值增值规则—兼与个别执行制度的功能对比》，载《法商研究》2002 年第 3 期

312 [美]迈克尔. D. 贝勒斯：《法律的原则》，张文显等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 19 页。

313 参见谷口安平：《程序的正义与诉讼》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 9 页。

替代效应和阻却效应抑制了执行当事人对执转破制度的选择。

（一）执转破制度立法模式及其合理性

1.有限制权主义立法模式

执行程序与破产程序的衔接历来有当事人申请主义、法院职权主义和有限职权主义。而破产启动程序依当事人自治或强制提起，分为当事人主义与职权主义。两种破产启动方式的主要区别在于破产程序的启动究竟取决于国家意志还是私人意志。如果采取职权主义，则当事人是否申请或者是否同意对启动破产程序没有任何影响，法院得以自己的意志迳行启动程序。反之则属申请主义。在比较法背景下，法国困境企业司法重整与司法清算法第 621-7 条规定，法庭可以依职权或者检察官的申请立案。日本民法典第 70 条规定："法人不能清偿其债务时，法院则因其理事或债权人的请求或依职权，实行破产宣告。"日本公司更生法、和议法均规定，法院可以依职权开始破产程序。我国台湾地区"破产法"第 60 条规定："在民事诉讼程序或者民事执行程序进行中，法院查悉债务人不能清偿债务时，得依职权宣告债务人破产。"[314]

依据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国企业破产法>若干问题的规定（一）》第四条[315]、最高人民法院 1992 年 7 月 14 日发布的《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》第 276 条[316]、最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 89 条的规定[317]，可知我国破产程序的启动采取的是当事人申请主义模式。最高人民法院 2015 颁布的民诉法司法解释第 513 条规定："在执行中，作为被执行人的企业法人符合企业破产法第二条第一款规定情形的，执行法院经申请执行人之一或者被执行人同意，应当裁定中止对该被执行人的执行，将执行案件相关材料移送被执行人住所地人民法院。"在此规定中，一方面确立了申请主义的破产启动方式，即"经申请执行人之一或者被执行人同意"才可转入破产程序；另一方面又赋予执行法官以释明权和建议权，使其破产程序的启动方式不完全等同于《企业破产法》规定的当事人申请主义模式。对此，我们称之为有限职权主义模式。

2.有限职权主义模式的合理性

最高人民法院的相关统计数据显示，2006 年新企业破产法的颁布实施并未引发学者所

---

314 郭洁、郭云峰：《论执行与破产的对接程序》，载《人民司法》2015 年第 11 期。

315 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》第 4 条规定："债务人账面资产虽大于负债，但存在下列情形之一的，人民法院应当认定其明显缺乏清偿能力：（一）因资金严重不足或者财产不能变现等原因，无法清偿债务；（二）法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务务；（三）经人民法院强制执行，无法清偿债务；（四）长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务；（五）导致债务人丧失清偿能力的其他情形。"

316 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 276 条规定："执行中，具有企业法人资格的被执行人不能清偿到期债务，根据债权人或者债务人申请，人民法院可以依法宣告被执行人破产。"

317 最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)涕 89 条规定："被执行人为企业法人，其财产不足清偿全部债务的，可告知当事人依法申请被执行人破产。"

预期的法院破产受案大幅增加的效应，案件总量反而由 2006 年的 4253 件下降至 2012 年的 2100 多件；2008 年金融危机爆发后，全国法院破产案件受理数量仅占注销、吊销企业数量的 3‰～5‰。[318]由此可见，以完全的当事人申请主义模式进入破产程序的案件少之又少，新企业破产法在很大程度上根本得不到适用。而新民诉法司法解释采取了有限制权主义模式，意在发挥法院在执行不能情况下的司法能动性，避免当事人主义给债权救济带来的损害和诉讼效率的降低。

（1）以执行当事人申请为前提符合破产法私法精神

“从现代观念看，破产法应当包括以下几种制度价值：（1）公平保护债权人的一般利益，以对债权人财产的概括执行程序替代个别民事执行；（2）给予债务人以重新开始的机会；（3）及时切断债务膨胀，保障经济秩序的良好运行”。[319]这样的制度价值体现了破产法主体平等、保护债权人利益和债权人自治的私法精神。破产程序的启动以当事人自愿申请为前提，是执行当事人对其程序性利益的处分原则的体现，也是私法自治的表现，从而与破产法的私法精神相一致。

（2）有限职权介入破产程序的必要性

一方面，有限职权介入符合债权公平主义。“为维持多数相互竞合的债权人间公平清偿起见，不能不特别考虑债权之实现方法，为此一需要而产生的制度，则为破产制度”。[320]由此可见，破产是多数债权的一种实现方式，“是对在众多破产人财产的‘公共所有者’[321]都对该公共财产主张权利时，为处置‘公共鱼塘’（Common Pool）问题可能面临的个人随意钓鱼矛盾做出的反应。对债权人来说，破产财产可看作是全体债权人的共同财产即公共鱼塘，由于这一目标的实现可能时时受到个别债权人在公共鱼塘中钓鱼的威胁。”比如，在参与分配制度下，债权人的“狭隘自私”会加剧执行程序中的“公共鱼塘”效应，发生类似“公地悲剧”的问题，即在“公共鱼塘”中的“鱼”（债务人的全部财产）难以满足全部债权清偿的情况下，仍然实行效率优先的立法政策，“先占”和“俘获”行为会引发债权人哄抢债务人的财产，不仅会增加该债权人的防御性代价（如随时向法院了解有无其他债权人向债务人提起诉讼），而且也会过早破坏债务人的营业剩余值。[322]这不仅妨害债权人行使请求权，也有悖社会文明和秩序，有必要制止债权人这种行使请求权的混乱状态，使所有的债权人在平等的条件下有秩序地接受清偿以及分担不能受偿的损失。[323]

另一方面，公权力的介入符合公法私法化与私法公法化的价值趋势。据前述可知，在新民事诉讼法司法解释出台之前，我国破产启动的方式为当事人主义。而这样的当事人处分原

---

318 王欣新：《破产原因理论与实务研究》，载《天津法学》2010 年第 1 期。
319 李永军：《重申破产法的私法精神》，载《政法论坛》2002 年第 3 期。
320 陈荣宗：《破产法》，台湾三民书局 1982 年版，第 1 页。
321 韩长印：《破产程序的财产分配规则与价值增值规则—兼与个别执行制度的功能对比》，载《法商研究》2002 年第 3 期。
322 参见郁光华：《论破产法的经济逻辑原理》，载魏振瀛、王贵国主编：《市场经济与法律》，北京大学出版社 1995 年版，第 177 页。
323 陈荣宗：《民事程序法与诉讼标的法的理论》，国立大学法律系 1988 年版，第 144 页。

则极易导致市场失灵和私益的恣意，现代法律制度中公法私法化与私法公法化的趋势正是扬长补短的必然之需。为了弥补我国破产法私法自治的缺陷，需要适度倡导公权的介入。进一步而言，对于进入执行程序的被执行人来说，破产程序的强制引人之所以不可或缺，是因为“今天的企业已经摆脱了单纯纯朴的私有领域，而作为社会制度有力的一环，其经营不仅受到资本提供者的委托，而且也受到了包括提供者在内的全社会的委托。”[324]因此，企业的设立、管理与退出市场的整个过程仅仅采用私法自治已经不能解决市场失灵导致的社会矛盾和冲突，此时公权力的适当介入就显得尤为重要和符合公法私法化私法公法化的价值趋势。

（二）司法实践中的困境

1. 执转破的启动缺乏动因

所谓执转破的申请缺乏动因，指的是执行程序向破产程序的转换因债权人和债务人在很多情况下不愿提起破产而无法启动，导致许多达到破产界限的企业仍旧在执行积案中存续，使得厘清“僵尸企业”退出市场的机制的目的难以实现。具体而言，主要存在以下几方面的原因：

首先，申请执行人（债权人）不申请破产。纵观破产法的历史，世界上第一部破产法《破产行为人惩治法案》中，债权人是唯一具有提出破产申请资格的主体。[325]美国历史上第一部破产法也仅仅允许债权人提出破产申请。可见，“早期的破产法是从保护债权人利益着眼来调整债权人和债务人之间的权益关系”。[326]然而当今司法实践中，因我国强制执行程序采用的是“先采取执行措施的债权人有优先受偿权”的优先主义，[327]债权人越来越不愿意提出破产申请，其债权一旦不能得到清偿，往往第一选择是通过人民法院的审判及强制执行程序解决。尽管被执行人的财产尚且不足以清偿全部债权，顺位在后的债权人也可以通过参与执行程序而获益。此外，在破产费用的承担方面，按照申请人负担诉讼费用的规则，申请人一般也不愿申请破产。相比之下，执行资源的爆炸性发展，为法院对当事人进行补贴成为可能。1999 年中央专门为法院执行工作发了一个 11 号文件，指明执行人员的编制要占到法院编制的 15%，并要求对相应的经费和物资设备提供支持。[328]此外，在破产申请不被受理的情况下，很可能导致债务人对其提起诉讼，使其承担额外申请成本。

其次，被执行人出于以下原因不愿申请破产。第一，有权做出破产申请决定的被执行人

---

[324] [日]金泽良熊：《经济法概论》，满达人译，甘肃人民出版社 1985 年，第 149 页。

[325] 参见韩长印、何欢：《破产界限的立法功能问题—兼评<企业破产法>司法解释<规定（一）>的实际功效》，载《政治与法律》2013 年第 2 期。

[326] 韩长印：《破产理念的立法演变与破产程序的驱动机制》，《法律科学》2002 年第 4 期。

[327] 参见《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 88 条第 1 款规定：“多份生效法律文书确定金钱给付内容的多个债权人分别对同一被执行申请执行，各债权人对执行标的物均无担保物权的，按照执行法院采取执行措施的先后顺序受偿。”

[328] “各级人民法院按照中央 11 号文件的要求，按在编干部 15%的比例配备执行干部，现在的配备数额已达 13%。”葛行军：《杂议解决执行难问题》，《强制执行指导与参考》2004 年第 1 集，法律出版社 2004 年版，第 97 页。

是企业的股东（大）会，在企业本已不足清偿全部债务的情况下提起破产申请会影响其股东利润分配；且虽然根据公司法股东承担有限责任，但股东因对公司债务担保而往往承担连带责任。第二，公司的法人制度通过有限责任对股东进行保护从而刺激、鼓励交易，这种保护本身就会诱发投资者的冒险热情，而对于经营已经陷入困境的企业来说，更是会放大这种投机冒险的热情，其股东或者经营者可能会产生继续经营的冲动。[329]而“市场关系的参加者追求自身利益的最大化是符合市场规律的，如果人们从不诚信的行为中得到的好处大于他为失信所付出的带价，他自然会放弃诚信”，[330]从而隐瞒企业频临破产的现状继续经营而不去申请破产。第三，破产财产审计过程中很可能暴露出不规范经营问题甚至违法犯罪行为，有关责任人可能被追责，鉴于此被执行人企业法人更不愿申请破产。

再者，由于新民事诉讼法对于法官在债务人已届破产条件情形下的释明义务并未明确规定，而一旦向当事人释明，执行法官将增加工作量并可能拖延执行案件办理期限，因此执行法官对释明工作并无积极性。即使经执行法官释明后，申请人或被申请人同意进入破产程序，鉴于破产案件的复杂与难于处理、审判人员力量不足、信访因素等考虑，一般受送法院均不愿受理此类案件，还不必考虑两家按之间的衔接与沟通中的困难。综上，尽管司法解释对执转破做了制度性程序设计，但实际操作中，各方主体均缺乏积极性。

2. 现实制度的替代和阻却

通过上述分析可知，被执行人对申请破产本就缺乏积极性，而破产法和公司法的一些规定更让知悉公司实质状况的高层管理人员望而却步。在对企业信息资源的把握方面，董监高作为公司的高级管理人员对公司的经营状况、财产范围，负债数量再清楚不过。当企业出现破产原因时，由其提出破产申请使企业进入破产程序，最有利于实现企业的破产利益的最大化。然而，因提起申请并不是其法定义务，其也不会因此获利反而可能承担民事责任其也无意申请。根据破产法第 73 条规定，[331]尽管法律有条件地给予管理层在破产期间的经营权，但并未明确何时法院可以终止破产管理人控制权并恢复债务人的经营权，此规定在一定程度上抑制了董监高申请破产的动力。依据破产法第 125 条规定，“企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务，致使所在企业破产的，依法承担民事责任。”并且根据《公司法》第一百四十六条第二项规定，[332]自破产程序终止之日起三年内不得担任任何企业的董事、监事或者高级管理人员。综上，与董监高而言，企业破产不仅不会给自己带来积极利益的增加，反而会带来消极利益的增加甚至承担民事责任，其当然不愿申请破产。

此外，债权人对参与分配制度的偏爱使得破产制度在很大程度上被参与分配制度替代。

---

329 See D.D.Prentice，Interests and Director’s Duties，10 Qxford J. Legal Stud，265(1990).

330 佟凤英：《对构建社会信用经济体系的若干思考》，载《黑龙江社会科学》2011 年第 12 期。

331 《中华人民共和国企业破产法》第 73 条：“在重整期间，经债务人申请，人民法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。有前款规定情形的，依照本法规定已接管债务人财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务，本法规定的管理人的职权由债务人行使。”

332 《中华人民共和国公司法（2013 修正）》第一百四十六条：“有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：（二）担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；”

民事诉讼法司法解释第 508 至 512 条、1992 年最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》第 297 条、1998 年 7 月 8 日实施的《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 90 条、96 条对执行程序中的参与分配制度进行了规定。分析可知，我国建立参与分配制度，主要基于以下考虑：“第一，我国破产法的适用范围未涵盖应经破产程序保障公平清偿利益的各种社会主体，参与分配的平等执行可缓解不能适用破产法造成的清偿不公和矛盾。第二，因观念偏见、社会保障等配套制度不健全、不当行政干预、法院内部机制阻碍，以及一些政府部门不履行解决破产社会问题职责（如安置职工）等因素的制约，在立法规定的主体适用范围内，破产法往往也难以顺利实施。为填补本应以破产程序解决，但实践中又难以做到而出现的法律调整空白，最高人民法院通过司法解释建立了参与分配制度。”[333]然而由于《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 96 条规定：“被执行人为企业法人，未经清理或清算而撤销、注销或歇业，其财产不足清偿全部债务的，应当参照本规定第 90 条至第 95 条的规定，对各债权人的债权按比例清偿”，使得参与分配制度的适用主体与破产法的适用主体重叠，并且由于其制度设计上仍然体现了执行程序中的“先到先得”原则，使得当事人更偏爱参与分配制度，从而阻却了破产程序的应用。

四、制度解释与完善

新民事诉讼法司法解释创制的执转破制度，以有限职权干预积极促成了执行程序向破产程序的转变，对执行程序中的当破不破“僵尸企业”进入破产程序、清偿债权、及时退出场起到了驱动作用。然而在司法实践中，执转破制度却因与现实制度冲突、各方主体申请破产积极性不高而得不到贯彻实施。因此，本文认为需要对执转破制度及相关制度进行解释与完善，以期在执行不能时通过执转破制度充分实施破产法，从而达到效处置“僵尸企业”的目标。对于通过与执行程序的衔接启动破产程序处置“僵尸企业”方面，浙江省高院一直处在全国前列。[334]在借鉴 2016 年 5 月 9 日浙江省高级人民法院审判委员会第 2633 次会议通过的《浙江省高级人民法院关于执行程序与破产程序衔接若干问题的纪要》的基础上，[335]本文提出以下制度解释与完善的建议：

（一）经限缩性解释严格区分参与分配制度与破产制度

作为执行程序中的一项特殊制度，参与分配制度的核心是将被执行人的已知财产在各申请执行人之间进行适当分配，其实质属于解决执行竞合的一种执行分配制度。受制于破产法

[333] 王欣新：《参与分配制度不应与破产法相冲突》，载《人民法院报》2014 年 4 月。
[334] 参见孟焕良、王雄飞：《浙江完善执行破产程序衔接机制》，来源：http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/05/id/1886225.shtml，2016 年 5 月 28 日访问。
[335] 浙江省高级人民法院印发《关于执行程序与破产程序衔接若干问题的纪要》的通知，来源：http://www.bbls.org.cn/tzgg/ShowArticle.asp?ArticleID=45279，2016 年 5 月 28 日访问。

所实行的有限破产主义及破产司法实践的现实困难，我国的参与分配制度从其诞生之日，就脱离了执行程序的基本轨道，成为弥补破产立法缺陷的一项补救性制度。[336]最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第 96 条的规定，扩大了参与分配制度的适用主体，从而与破产法的适用领域相重合，导致执行分配之制度承担破产还债之功能。并且由于参与分配仍然体现执行程序中的先到先得原则，更受到债权人的偏好，使得参与分配制沦为破产的替代品。因此，本文认为应在司法实践中对参与分配制度进行限制性解释适用，[337]严格划分参与分配与破产制度的适用领域，进一步明确在任何情况下都要禁止对企业法人等破产法调整对象适用参与分配制度，参与分配制度只应适用于被执行人为公民或其他组织的财产执行。

（二）经类推适用扩大主体范围—允许未取得执行依据的债权人申请执转破

依据债权人是否参与诉讼程序和执行程序，我们可以将其分为两类：已经取得执行依据的债权人；未取得执行依据的债权人。根据新民事诉讼法司法解释第 513 条的规定，可以申请执转破的债权人为第一类已经取得执行依据的债权人。经上文分析，当债务人的财产足以清偿全部申请执行人的债权时，其可通过个别强制执行程序实现债权。当债务人的财产不足以清偿全部债权呢？立法试图通过新民事诉讼法司法解释第 513 条规定的执转破制度倒逼当事人申请破产实现债权。然而于已经取得执行依据的债权人而言了，依然可以通过参与分配制度优先于其他债权人实现部分债权，因此其无意提起破产申请，立法原意因此落空。

对于未取得执行依据的债权人，由于其未进入执行程序而不能依据参与分配制度实现债权，故其对申请执转破最具热情。而新民事诉讼法司法解释却排除了其对执转破的适用，意在倒逼其依据破产法申请破产，而司法实践中，由于举证困难，费用负担，申请失败的风险等原因他们是不乐意通过破产法申请破产的。相比之下，对于未取得执行依据的债权人通过执转破申请破产，要容易的多，然而其因缺乏执行依据而不能适用执转破制度。那么，到底新民事诉讼法司法解释第513条要求进入破产程序的前提必须具备执行依据[338]是否合理呢？依破产法第七条第二款和第八条规定，债权人只要提交债权证明、申请书等文件即可作为适格的破产申请人。可见，获得法律生效文书等执行依据并非破产法规定的准入条件。此外，执行转破产中当事人的申请仅仅只是程序转换的一个条件，是否最终得以进入破产程序尚需

336 许尚豪、欧元捷：《执行分配与破产还债的功能分离：参与分配制度的现实重构》，载《人民司法》2014 年第 17 期。

337 “限缩解释，又称缩小解释，指法律条文之文义过于广泛，不符合立法真意，乃限缩法律条文之文义，使局限于其核心，以正确阐释法律意义内容的解释方法。”梁慧星：《民法解释学》，五南图书出版有限公司 1988 年版，第 285 页。

338 依据新民事诉讼法第 236 条至 238 条，强制执行的依据为：发生法律效力的民事判决、裁定；调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书；仲裁机构的裁决；公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书。这些执行依据只不过是对债权人债权的证明。

破产法官审查。因此新民事诉讼法司法解释对执行依据的要求不具有合理性，应通过类推适用使得具有破产申请积极性而尚未取得执行依据的债权人有资格通过执转破制度申请破产。

（三）经漏洞补充规则明确相关主体的法定义务与免责

由于新民事诉讼法司法解释对相关主体的义务规定含混不清以及现行法律制度的阻吓作用使得各方主体申请破产的积极性不高，借鉴比较法领域各国立法规定，采用漏洞补充规则，[339]本文建议：首先，明确执行法官行使释明权、建议权的法定义务及责任。其次，对破产法官应受理而未受理破产案件赋予责任承担。再者，是以立法的形式规定企业的董事、法定代表人、公司清算人在法定事由出现后的一定期限内，具有提出破产申请的义务，否则将承担损害赔偿责任直至刑事责任。法国、德国、日本，以及我国台湾地区破产立法之中均有此类规定。[340]最后，对于申请未被受理的破产申请人予以免责。在这方面，美国破产法中还专门对强制破产申请被驳回后追究债权人责任的问题进行了规定。[341]

（四）经法官自由裁量赋予异议权

一方面，在执行程序转破产程序的申请过程中，新民事诉讼法司法解释规定经申请执行人或被申请执行人之一同意即可申请进入破产程序，而在实践中往往由于债权人往往难以达成合意，为了免于当事人上访等其他麻烦，法官往往不敢接受申请。因此，有必要在执转破的申请过程中严格规定只要债权人之一同意而不论其债权额的大小也不论其是否达成合意均受理申请，但允许其他债权人经法官通过自由裁量行使异议权。另一方面，在破产法官审查期间，则按照破产法第 10 条的规定进行处理。[342]

（五）经目的解释重新设置执转破启动条件

通过目的解释，[343]把企业破产法有关破产原因的标准作为启动执破衔接工作的唯一标准，明确经执行法院穷尽财产调查措施并采取强制执行措施，被执行人仍然无法清偿债务的

---

339 “当法律被认为存在漏洞时，即须对法律漏洞进行补充。其补充方法，可大别为三：其一，依习惯补充；其二，依法理补充；其三，依判例补充。”梁慧星：《民法解释学》，五南图书出版有限公司 1988 年版，第 340 页。

340 张晨颖：《破产‘申请主义’制度之修正》，载《法律适用》2006 年第 8 期。

341 《美国破产法典》§303（i）明确规定：“如果强制申请被驳回，即使申请债权人并非出于恶意，原则上债务也得请求其赔偿特定损失或者合理的律师费；而如果系出于恶意，债务人就得请求对所有损失的赔偿或惩罚性赔偿。”

342 《中华人民共和国企业破产法》第 10 条规定：“债权人提出破产申请的，人民法院应当自收到申请之日起五日内通知债务人。债务人对申请有异议的，应当自收到人民法院的通知之日起七日内向人民法院提出。人民法院应当自异议期满之日起十日内裁定是否受理。除前款规定的情形外，人民法院应当自收到破产申请之日起十五日内裁定是否受理。有特殊情况需要延长前两款规定的裁定受理期限的，经上一级人民法院批准，可以延长十五日。”

343 所谓目的解释，指以法律规范目的为根据，阐释法律疑义的一种解释方法。”梁慧星：《民法解释学》，五南图书出版有限公司 1988 年版，第 288 页。

以及经合议庭审查并经院长批准后终结本次执行程序的，执行法院可以启动执破衔接工作。[344]

五、结 语

随着我国社会经济的持续快速发展，市场退出机制和规则的不完善已经无法满足现实需求、解决现实矛盾，从而使得执行程序中存在大量当破而不破的“僵尸企业”无法退出市场。如何厘清执行不能的“僵尸企业”？不外乎并购重组、托管经营、扶持发展以及破产退出。相较于前者，破产退出更符合私法自治的精神和经济学原理。更重要的是，破产程序的应用更利于实现社会的公平正义，体现社会关怀。由此看来，如何将处在执行程序中的“僵尸企业”引入破产程序是实施破产法处置僵尸企业首先要解决的问题。新民事诉讼法的司法解释第 513 条至 516 条给出了创新性的制度设计——有限职权主义模式下的执行转破产制度。该制度一方面以当事人申请为原则符合破产法的私法精神，另一方面以公权力的适当介入引导当事人申请进入破产程序，具有相当的科学性和合理性。然而，由于破产程序的启动缺乏动因，个别强制执行制度与执行程序中的参与分配制度的替代效应，以及相关制度规定的阻碍作用，使得执转破制度在很大程度上并没有得到应用，更别提通过该制度的实施有效处置执行程序中的“僵尸企业”了。由此，如何有效解决执行程序转破产制度所面临的制度阻碍和实施过程中的现实困境，成为引导“僵尸企业”进入破产程序的最后一环也是最至关重要的一环。既然相关制度规定的冲突和司法实践中的任意解释导致的混乱使用阻碍了破产程序的实施，无法使“僵尸企业”和平、有序、低成本的退出市场，我们有必要通过立法修改与完善以适度强化启动破产程序的公权力干预，从而通过破产法充分实施有效处置执行程序中的“僵尸企业”。

Abstract: In the social transition period, the market withdrawal system is not perfect, so there are a lot of "Zombie Enterprises" in the case of civil execution ,adding to the chronic difficult of enforcement.To this end, the Supreme People's court "on the application of the interpretation of the law of civil procedure" 513rd to 516rd established the Execution to

[344] 《浙江省高级人民法院关于执行程序与破产程序衔接若干问题的纪要》第 3 条（执破衔接工作的启动）在执行程序中，符合以下情形之一的，执行法院可以启动执破衔接工作：
（一）经执行法院穷尽财产调查措施并采取强制执行措施，被执行人仍然无法清偿债务的；
（二）执行法院根据民诉法解释第五百一十九条第一款和最高人民法院《关于执行案件立案、结案若干问题的意见》（以下简称执行结案意见）第十六条规定，经合议庭审查并经院长批准后，裁定终结对被执行人本次执行程序的。执行法院启动执破衔接工作，应由执行员填写《执行案件转破产程序审查意见登记表》，报该院执行实施部门负责人批准后实施。
各级法院可以制定执破衔接的操作细则，但不得以该操作细则作为不接受其他法院（包括下级法院）依法移送执行案件相关材料的理由。同一执行案件有多个企业法人的，可以根据本《纪要》分别启动执破衔接工作。

Bankruptcy System.Under the limited authority mode, executive judge to exercise the power of interpretation to guide the execution party to apply for the implementation of the bankruptcy procedure, so that in the execution procedure the implementation of the bankruptcy system can be applied to disposal the “Zombie Enterprise".In view of the substitution effect of the execution system in reality and the realistic obstacles in the execution of the program to the bankruptcy process,we should revise and improve the implementation of the bankruptcy through institutional explanation , to give full play to the utility of bankruptcy procedures in the disposal of “Zombie Companies”.

Key Words: Zombie Enterprise Execution to bankruptcy Limited authority start of bankruptcy Execution system

告别“肥皂箱”

——浅谈微博表达自由

顾颖琦*

摘　要：随着互联网的不断发展，微博这一平台也应运而生，微博世界中的表达自由也越来越受到人们的关注。微博表达自由是指人们将自己的思想、认识、见闻通过互联网表达于外部的自由，包括接收、搜索、了解、获取信息的权利和将其言论思想进行传递、扩散的权利，其具有参与主体广泛性、匿名性、平等性以及权利行使便捷性的特点。微博表达自由在实践中存在保障个人自我实现、放大个人表达效应和推动民主建设进程的意义，同时也存在着助长极端民粹主义、侵犯他人隐私权以及国家过度干预情况下干预表达自由等问题，面对这一新兴事物所产生的种种问题，法律对于微博表达自由的限制应符合合法性、合理性以及明显且即刻危险等原则。微博表达自由作为传统表达自由的一种新形式，虽然应该加以限制，但加强对其保护与救济才是我们的首要任务。国家应从加强立法、完善执法、丰富行政管理手段等方面进行努力；而作为公民个人，努力提升道德素养、学会使用行政复议、行政诉讼等法律武器对于自身微博表达自由的充分享有亦有十分重大的意义。

关键词：微博　表达自由　限制原则　行政复议

引 言

早在 19 世纪，瓦楞纸板发明之前，制造商利用木制板条箱装运像肥皂或者针织类货物，大多数城镇里，各种型号、坚固结实的废气板条箱随处可见。在当时，英国人还没有集会自由，满腹牢骚或者有不同政见者为了争取听众，便将这些肥皂箱搭成讲台，使自己在人群中凸显，发表自己的各种政见。其中，最有名的就是伦敦海德公园的“演讲者之角”。从 1872 年起，每逢周日，就会有演讲者站在肥皂箱上高谈阔论，慷慨陈词，马克思和列宁都曾站过肥皂箱，那个时代也被人们称为“肥皂箱时代”，那种自由也被称为是“肥皂箱上的民主”。毫无疑问“肥皂箱精神”有彰显民主的一面，但是由于演讲者可以在不能攻击英国王室和不得对人进行人身攻击的限度内随意发言，许多带有极端种族主义色彩的言论也混杂其中，因此，这中间也含有夸夸其谈、华而不实的色彩。而随着科技的进步，人们进入互联网时代。从人类进入互联网时代起，互联网就开始改变人们传统的表达自由行使方式。在为《耶鲁法

* 顾颖琦：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。

律杂志》那场研讨所写的导言中，欧文·费斯就曾经高屋建瓴地为这场变革定性：这是一场正在发生的革命[345]。人民已经告别“肥皂箱时代”，进入一种新的表达自由模式，而网络表达自由在新的环境背景下又衍生出了微博这一平台，“微博表达自由”这一概念也进入了人们的视野，这也是本文所要讨论之重点。

一、问题之提出

微博是“微型博客”的简称。自从2009年8月新浪微博开始内测起，“微博”这一名词便对于我们不再陌生，微博作为一个为大众提供娱乐休闲生活服务的信息分享和交流平台，正对我们产生着越来越大的影响。随着微博的兴起，不仅普通民众，许多明星和名人也开设了微博，利用其与自己的粉丝互动，并分享自己动态，许多组织也通过微博组织了如“微小说大赛”，“中国首届微博开发者大会”等活动，街头巷尾随处可见年轻人拿着手机刷微博。根据2015年官方公布数据显示，新浪微博每天发博数超过3000万条，其中有38%来自于移动终端。微博总数累计超过20亿条，是国内最有影响力、最受人瞩目的微博运营商。[346]随着“微博时代”的兴起，公民在微博这一平台上的表达自由也越来越引起人们的注意，许多用户反映自己发表的稍带政治色彩的微博经常会被无端屏蔽，一些信息上午还能阅读中午再去看的时候就已“销声匿迹”。以个案为例，被称为“任大炮”的任志强在发表了一系列如“官媒姓党论”的见解后在今年2月28日被强制关闭账号。此事一出，便在微博上引起轩然大波，虽有一些人认为任志强这种行为太过于随心所欲，是“咎由自取”，但更多的网友是质疑国家互联网信息办公室强制关闭这些大V微博的行为是否合法，是否侵犯了公民在微博上的表达自由。那么究竟什么是微博表达自由？我们究竟要怎样才能维护自身的合法权益？任志强的微博到底应不应该被封？笔者将在下文中与大家一一探讨这些问题。

二、微博表达自由概述

（一）微博表达自由之内涵

我国《宪法》在其35条中有相关的规定：“中华人民共和国公民享有表达自由，出版，集合，结社，游行，示威的自由。”这被认为是公民享有表达自由权利的宪法之根源，它可以说是各种表达的自由的结合。[347]按照许多国家共同接受和承认的表达自由的人权标准，在内容上，表达自由包括公民在任何问题上均有形成和持有信仰和意见的自由，和通过任何媒介（体）交流思想、观念、意见和信息的自由；交流的形式不仅包括纯粹的言论（pure speech），

345 Owen Fiss,”In Search of a New paradigm”,104 Yale Law journal,1631(1995)
346 中国互联网网络信息中心（CNNIC）:《第31次中国互联网络发展状况统计报告》.2016年1月
347 侯建:《表达自由及其限度》 载于《北大法律评论》 北京.法律出版社 2000（2）

还包括绘画、歌舞和人类能够理解和接受的任何其他方式。对于微博表达自由，我们可以大体上把它表述为：人们将自己的思想、认识、见闻通过互联网表达于外部的自由，包括接收、搜索、了解、获取信息的权利和将其言论思想进行传递、扩散的权利。[348]微博表达自由所涉及的主体是相当广泛的，既包括了公民个人，还包括了各种相关的团体、自由组织和有关网络管理部门。信息自由在一定程度上是网络表达自由的基础，因而要实现完整意义上的表达自由，治疗表达自由时代的被动性“失语症”，我们必须要实现网络信息自由、网络通信自由和网络表达自由这三者的有机统一。

（二）微博表达自由之特点

微博表达自由作为大数据网络时代背景下的一种新型的表达自由表现形式，不同于“肥皂箱时代”的表达自由模式，它具有如下的特点。

1.微博表达自由的参与主体广泛性和平等性

由于微博的不断普及和扩大，越来越的人选择用微博来表达自己的意见，上至政府官员明星偶像，下至普通百姓，各个阶层、各个年龄段、各个地区和国家的人都喜欢用微博这一平台来彰显自己的个性。在微博世界里，不存在“国王”与“乞丐”，“上层社会”与“下层社会”的区分，每一个微博使用者在这一平台上都是平等的，在合法的范围内都可以自由的表达自己的观点。有学者认为：“在互联网监管体系尚未完备的一段时间，中国网民在网络世界里已经部分实现了言论、结社、示威的新闻与表达自由。”[349]微博参与主体广泛性和平等性的特点不仅让每个人“向世界喊话”成为现实，而且使微博具有了强大的能力，能够在相对较短的时间里获取大量的公众意见。

2.微博表达自由的主体匿名性

微博言论自由作为网络言论自由的一种表现形式，其本身也自然会具有网络言论自由的某些特征，匿名性这一网络言论自由的重大特征，自然而然也成为了微博表达自由的特征之一。在微博这一平台上，用户只要使用昵称注册一个账号，就可以使用微博，不像传统的报纸、广播、电视等需要通过实名认证的信息传播平台，公民的文字或言论还需要经过有关机关的审查和批准才能得以发表。微博克服了这一障碍，除了实名认证的少数用户以外几乎都是匿名用户，这在一定程度上更好地保障了公民在微博上的表达自由。理查德·斯皮内洛认为，“匿名自由表达”值得保护，因为匿名性是一种积极的善….至少它可以作为一种工具善，一种达到完全实现自由表达的手段。[350]但实际上“匿名性”本身没有所谓的善恶之分，它既可以“扬善”，亦可“载恶”，从表达自由的角度来看，这一特征一方面使广大网名的表达自由得以实现；另一方面也使滥用表达权成为网络上的一种常见现象，是导致“网络暴力”的

[348] 买保江：《浅论网络表达自由对民主的积极作用》 载于《法制与社会》 2011 年七月（下）
[349] 沈浩：《微博 ：重塑“社会关系的总和”》 载于《21 世纪经济报道》，2011 年 3 月 8 日
[350] 海云飞：《2012 年网络经济热点盘点》，艾瑞学院 2013 年 1 月

一个很重要的因素。正以为后者的常态化，为一些国家推行“网络用户实名制”提供了土壤。

3.微博表达自由的便利性与快捷性

作为一个新生的即时交流平台，微博超越了传统媒体“及时性”的界限，在传播方式上往往采用的是一种双向信息流动的方式。微博的使用者只需要借助微博这一平台，在短短的几秒钟之内就可以在网络上发布各种形式的信息并且获得大量的信息，微博使用者不仅可以发表私人事务，也可以对社会热点事件进行评论，再加上微博手机客户端可以使微博的使用不受时间限制和空间限制，这一特点无疑使微博相比较传统媒体的单向传播方式有了巨大的优势。微博用户可以随时随地地发表自己的观点，这也使信息的传播能够更为迅速和便捷。

三、微博表达自由之优劣势

通过上述对微博表达自由概念以及特点的了解，微博表达自由这一名词对我们也变得越来越熟悉，微博表达自由作为网络表达自由的一种表现形式，自然也存在着自身的优点以及缺陷。

（一）微博表达自由之优点

1.“微交流”保障个人自我实现

长期研究表达自由的学者林子仪曾经指出：“言论自由之基本价值乃在保障个人发展自我，实现自我，亦即保障个人自主以及自由的自我表现”[351]。英雄所见略同的是，美国学者唐纳德等人也认为：“表达自由本身即目的，而非实现其他价值---如促进民主、追求真理的手段。表达自由是人格发展必不可少的，是人的本质属性”[352]。换句话说，表达自由的本质在于自我价值的实现，其余的比如促进民主引起社会共鸣等其他功能只是表达自由的派生或者说衍生功能，虽然以上所说的是表达自由而不是微博表达自由，但是在崇尚自由，任意交流，宽松，平等的微博表达中，保障个人价值的实现的重要性显得更加突出。

2.“微功能”放大个人表达效应

“微直播的信息表达造就了微博传播的‘舆论厨房’模式”，这个最早由形式社会学创始者西美尔提出的概念，是指在个人与群体共同创建的传播情境中，个人与群体有效互动，彼此连接，形成一个具有整体性的组织网络[353]。微博使用者通过“一对多”和“多对多”等双向或者多向信息传播模式，将个体用户纳入到微博世界的信息洪流之中，使得个人发表的言论产生巨大的效应。以名人和粉丝的互动为例，微博上名人与粉丝的互动机制，形成一种

[351] 林子仪：《言论自由与新闻自由》,北京 元照出版有限公司 2002 版第 50 页
[352] 【美】唐纳德·M·吉尔摩·杰罗姆：《美国大众传播法——判例评析》 梁宁等译.北京，清华大学出版社，2002 版本第 26 页
[353] 曹敏洁：《门户微博战白热化，盈利模式仍在探索》 载于《东方时评》2013 年 9 月 16 日

信息网络嵌套结构[354]，当拥有众多粉丝的名人发布一条言论时，底下会有无数的粉丝进行评论并且进行互动，粉丝之间因为共同话题或者相同兴趣分享信息，使得自身的身份特征和个人价值观念得到认同，个人的表达也得到了其他人的认可，能够更有利于促进一个和谐而又开放的社会的形成。正如特纳所认为的那样，“微博的对话情景有利于加强个人的归属感，用户能够释放个人的情感体验并获得共鸣，从而实现自我表达。”[355]

3.“微沟通”推动民主建设进程

中国社科院发布的2012年社会蓝皮书《2012年中国社会形势分析与预测》指出，互联网正在成为新闻舆论的独立源头[356]，且根据人民网舆论民情监测室对2012年发生的50件影响力较大的社会热点事件进行分析可得，其中由网络爆料而引起人们关注的大约占全部事件的40%，而在这中间，微博爆料又占50%以上。显然，微博在社会上正扮演着越来越重要的角色，已经成为公民行使自身知情权，表达权、参与权和监督权等权利的重要平台。国家高层以及地方政府也越来越重视微博这一平台，《2012年度新浪政法微博报告》显示，截至今年10月底，通过新浪认证的政法微博数量达17550个，其中政法机构官方微博11450个，公职人员微博6100个。通过新浪认证的政法微博，核心力量集中在基层，县处级以下基层机构和公职人员微博占全国政法微博的86%，是政法微博组成的主体。同时，厅局级政法微博尤其是机构微博，数量虽少，但综合影响力更大。[357]许多地方都刮起了“微博问政风”，地方政府通过微博来搜集民意，以推动新政策更好地推广与施行；也出现了微博反腐等新尝试，公民可以通过私信公检法部门官方微博的方式来举报违法官员，因为微博举报而“落马”的官员数不胜数，包括“表哥”原陕西省安监局局长杨达才，“炫富门男主角”原天津市西青区副区长李治阳等人，这些人都是因为微博而被揭露出来的。“民主的成分越多，就意味着对权威的监督就越多。”[358]无论是在政治层面还是在国家层面，当一件公共事件发生之后，人们通过微博来表达意见和接受信息，不仅表现出了在互联网发达的今天，法律，政策等事关社会公共利益的决定越来越受到社会的关注，也表现出了人们想要参与公共事务的热情与诉求，这对于社会民主进步起到了极大的积极推动作用。

（二）微博表达自由之存在问题

1.非理性表达助长极端民粹主义[359]

---

354 嵌套结构是由喻国明提出的，所谓的嵌套性是指微博以开放API的形式，允许大量第三方开发者将众多功能性软件嵌套在其产品上，在新浪微博用户的首页点击“应用”的按钮，就可以选择大量由网络开发的各种第三方软件。

355 黄惟勤：《.互联网上的表达自由：保护与规制》.北京：法律出版社，2011版第73页

356 新浪网：《中国微博元年市场白皮书》2012年12月

357 新华网，《媒体盘点微博反腐门事件：低成本反腐方式》2012年12月

358 {美}马克·E·沃伦《民主与信任》 吴辉译，华夏出版社 2004年版

359 民粹主义是一种政治哲学或是政治语言。民粹主义认为平民的利益被社会中的精英所压制或阻碍，而国家这个工具需要从这些自私自利的精英团体复原健康，用来改善全民的福祉和进步。因此民粹主义者常被认为是运用巧妙辞令来诉诸于一般人民关切的经济、社会、及其它常见的问题。

在特定的情境下，一些网络用户在发微博时会伴随着暴怒、恶搞等极端化的情绪，“咆哮体”[360]就是这种极端化表达的新文本形式。当这些有极化倾向的人聚集在一起时，他们往往会以“平民”,“草根”之名聚集在一起，党同伐异，由赫尔岑建立，经车尔尼雪夫斯基发展的民粹主义理论，其核心就是极端的平民化倾向。由于这种倾向过度地强调平民群众的价值和理想，“平民化”成为判断事物的唯一合法性标准。在微博表达中，民粹主义倾向往往表现为是一种“碎片化—共鸣化”的发展模式，以“哄客叙事”（围观、对骂、恶搞、人肉搜索、拉帮结派）和“对抗叙事”（非此即彼、非黑即白、反对权威、去除中心、文化叛逆、仇富、反政府）为主要的表达手段，在“李天一事件”,“李刚门”等事件中，极端化的舆论泡沫不断地集聚，放大，形成一股巨大的能量，而这些能量一般又会直接作用在司法机关身上，形成“网络暴力”，左右事件的发展或以民意压力施加于官员，最终导致影响司法程序和进程的结果。

2.滥用表达自由侵犯他人隐私权

我国学者对于隐私权定义的表述是各不相同的。通说认为，隐私权是指公民享有的私人生活安宁和私人信息依法受到保护，不被他人非法侵扰、知晓、搜集、利用和公开等的一种人格权。隐私权保护了如下几个方面：（1）个人信息的保密；（2）个人生活不受干扰的权利；（3）个人私事决定的自由。[361]伴随着互联网的不断发展，微博在一方面扩大了人与人交往的时间和空间范围，为人们的学习、生活。工作、交流带来了极大的方便。然而，在另一方面，恰恰是因为微博行使的便利性与匿名性，给一些心怀恶意的不法分子侵犯他人隐私权的契机。以公众人物为例，许多“黄牛党”通过兜售明星行程的方式来转圈，他们通过各种各样的途径得知明星的行程，然后将行程卖给粉丝并从中牟取暴利。这一现象虽然从表面上看是“黄牛”与粉丝之间你情我愿的事情，但是实质上这种行为严重地损害了明星或其他公众人物的隐私权。微博作为言论发表最为自由，最少约束的场合之一，不法行为人侵害他人隐私权的成本得到了降低，却使得被侵害人的隐私权受侵害程度不断地加重。再加上法律规定对于表达自由和隐私权的界定不明晰与人们的利益出发点不同，网民的微博表达自由极其容易与隐私权发生各种冲突。此外，现行宪法也仅仅是以言论自由、出版自由的形式对表达自由进行了一般性的规定，表达自由的具体内涵以及外延也没有具体的规范可以参照，由此导致在实践当中因为表达自由的滥用而侵犯他人合法隐私权的现象比比皆是。

3.国家过度干预表达自由行使

从“肥皂箱时代”起，表达自由就没有逃出过“政府 VS 个人”或者“个人—企业—政府”这一二角或者三角关系，个人的表达自由从古至今都与政府息息相关。“表达自由是一切伟大智慧的乳母”，[362]表达自由的存在往往孕育着创新法律所需要的智慧以及养分，任何

[360] 咆哮体是指起源于豆瓣网的一种网络文体，句末通常用多个感叹号来表示强烈的惊讶，愤怒等情感，一般出现在网络聊天当中。
[361] 张新宝：《隐私权的法律保护》.北京群众出报社，1997 年版 第 12 页
[362] 季卫东：《宪政论》.北京.北京大学出版社，2002 版第 90 页

社会都难免存在着不满的情绪，但是在不满之中，往往包含着改善制度所需要的智慧以及驱动力。中国是少数以独立的法律来控制网络言论的国家之一，不仅表现为政府全面控制互联网相关的基础设施建设，而且还通过专门的法律使政府有关部门可以直接介入对网络内容的控制和管制当中，十几年来，国家一共出台了法规十多部，如果再加上地方性法规则在几十部甚至上百部，这个庞大的数字表现出了国家对于表达自由行使的过度干预，这干预的背后可能存在着因为网友散布不良信息导致不良影响的原因，但是更多的，应该是国家有关部门对于互联网自由发展的冷漠与胆怯，正如开篇即提到的“马彩云被枪杀事件”，国家有关部门的迅速删帖令人感觉匪夷所思，还有诸多类似事件也体现出了国家的过度干预。诚然，微博表达自由的发展一定会带来负面效应：粗鄙，色情，暴力……但这是任何媒介媒体在表达自由环境中所必须要付出的代价，若是以此作为限制表达的理由，可能是不能让人信服的。

四、微博表达自由之限制

德国社会学大师马克思·韦伯曾经指出，现代生活是由“理性的核算、理性的技术、理性的法律和由此产生的理性的精神以及生活态度的理性化”所构成的，人们是在不断祛魅的过程中，从非理性而日趋走向理性化。[363]由于微博表达自由存在优点与缺陷并存的双重性，我们需要对其进行“把关”和限制。

（一）限制微博表达自由之理论基础

关于能否限制表达自由，学界有以下两种立场：绝对主义立场和相对主义立场。持绝对主义立场的观点认为，对言论自由或者表达自由的保护应该是无条件的，因为这种自由是“天赋”的或者“神圣不可侵犯的”权利。[364]但更多的是持相对主义的观点，相对主义者把言论分为公言论与私言论，认为只有涉及必须由大众直接或者间接投票表示意见并且与公益有关的“公言论”（public speech）或者说“政治性言论”，才是宪法的保护对象，应该受到绝对保护，而与自治无关的“私言论”（private speech）则无此特权。作为一种被大多数学者接受的理论，相对主义思想支配了各国有关表达自由的立法和司法实践。绝对保护表达自由必然给其它合法权益造成一定的损害，正如孟德斯鸠所言：“自由是做法律所许可的一切事情的权利，如果一个人做法律所禁止的事情，他就不再有自由了，因为其他人也同样会有这个权利”。[365]因此，需要法律予以协调与限制，才能实现社会的平衡与公正。[366]

---

[363] 马克思·韦伯《社会学与社会政策论文集》；北京 北京大学出版社 2000 版第 50 页
[364] 薛京：《论网络表达自由的限制与保障》北京；中国政法大学，2007
[365] 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》.北京商务印书馆
[366] 王晓鹏：《论网络空间的表达自由》北京：中国政法大学，2007 版第 23 页

（二）微博表达自由限制之原则

1. 合法性原则

只有当法律作出明确规定对微博表达自由进行限制时，才可以根据相关的法律规定对不符合微博表达自由的行为进行限制或处罚。其中该法律是指由相关有权立法机关制定的，具有抽象意义和普遍约束力的基本法律法规。[367]不仅包括大陆法系国家所制定的有关法律，也包括英美法系法院在司法审判的过程中逐渐形成的判例法或者国家的议院或者国会制定的成文法。在我国，根据《立法法》的第 8 条第 5 款规定，[368]只有通过制定法律才可以对微博表达自由进行限制。所以，只能是全国人大及其常委会制定的法律，才能被赋予权利去剥夺微博表达自由。[369]法律必须发挥其应有的作用，一方面要保护公民在微博世界里合法的表达自由与权利，另一方面也要严格限制滥用表达自由的现象。法律应当明确的给出政府权力的范围及其具体的行使方式，在限制公民微博表达自由的同时给公民以一定的保障以及心理安慰。

2. 合理性原则

政府在做出限制网络表达自由规定的决定之时，不仅要符合合法性的要求，还要使得该项限制具有合理性，政府作为公权力的享有者，不能“公私不分”，要统筹考虑公民私人利益、社会公共利益以及维护司法权威公正的利益。[370]要保护公民的隐私以及一些公民不想让他人知晓的信息（比如商业秘密等），为了保障司法的公正与权威，我们对于网络表达自由不仅要符合公共利益，比如保证我国现行司法制度得以稳定健康有序地运转，而且也要出于保护私人利益的考虑，比如个人侵犯他人微博表达自由的案件应该得到公正的审判等。只有这样，政府对于微博表达自由的限制才能够得到社会大众的认可，才能使社会机制更好地运行下去。

3. 明显且即刻危险原则

在满足了合法性原则和合理性原则的基础上，笔者认为只有当公民在微博上的言论具有明星而且即刻危险的情况下，国家才应当予以限制。这一概念是在 1919 年申克案发生后由霍姆斯提出的一个新标准。霍姆斯认为只要行为或者言论可能带来明显而又现实的危险，国会就有权对其施以惩罚和限制。[371]这一原则应该符合以下几个要件：公民发表的言论只有对社会秩序已经造成或者是极有可能造成重大的危害时才能予以限制；公民的这种言论对社会秩序已经造成的或者可能造成的危害必须达到明显且十分严重的程度才足以牺牲公民表达自由利益；而决定一种言论是否已经或者很有可能具有社会危害性以及危害性大小的主要因

---

367 周永坤：《法理学——全球视野》第三版 法律出版社 2010 版第四章

368 我国《立法法》第 8 条第五款规定：对公民政治权利的剥夺，限制人身自由的强制措施和处罚只能制定法律。

369 详见《宪法》文本

370 李尚旗：《网络表达自由的利弊分析及其管理》，学术论坛，2011（10）

371 左亦鲁：《告别“街头发言者”—美国网络言论自由二十年》，载于《中外法学》，2015（02）

素是其主要内容，并且应当要考虑其发生时的具体环境与客观情况。[372]

五、微博表达自由之法律保障

（一）微博表达自由法律保障之必要性

法国启蒙思想家伏尔泰曾经说过：“我不同意你的观点，但我誓死捍卫你说话的权利。”在微博与人们法治精神不断发展的今天，越来越多的人重视自己的表达自由，加强对微博表达自由的法律保障以及救济已经成为一件迫在眉睫的事。

正如前文中提到的“任志强微博被封”一案，国家网信办发言人姜军在就关闭任志强微博账号发表讲话时表示：“任志强的微博账号持续公开发布违法信息，影响恶劣。根据《全国人民代表大会常务委员会关于互联网安全的决定》、《国务院关于授权国家互联网信息办公室负责互联网信息内容管理工作的通知》等法律法规，国家网信办责令新浪、腾讯等有关网站依法关闭任志强微博账号。”这一番言论在表面上看来掷地有声，但是笔者通过查阅《全国人民代表大会常务委员会关于互联网安全的决定》发现，网信办关闭任志强微博的法律依据应该为《决定》的第二条第一款：“利用互联网造谣、诽谤或者发表、传播其他有害信息，煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度，或者破坏国家统一，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任。”[373]《中国共产党纪律处分条例》第六章第四十五条，对于“通过信息网络、广播、电视、报刊、书籍、讲座、论坛、报告会、座谈会等方式，公开发表坚持资产阶级自由化立场、反对四项基本原则，反对党的改革开放决策的文章、演说、宣言、声明等的”，“给予开除党籍处分。”和《中国共产党纪律处分条例》四十六条规定，对于公开发表违背四项基本原则，违背、歪曲党的改革开放决策，或者其他有严重政治问题的文章、演说、宣言、声明等;妄议中央大政方针;丑化党和国家形象的三种行为，“给予开除党籍处分”。综合上述条文，笔者认为任志强的“反党”，“反习”的言论却是违反了《中国共产党纪律处分条例》，任志强作为一名中共党员，在微博这一公共平台上多次阴阳怪气地评论国家领导人习近平并且制造对习近平的负面舆论引发广大网友关注的行为应该受到党的纪律处分，但是网信办因此关闭其微博的理由却似乎并不站得稳脚跟，任志强的“问题微博”在发出后分别得到了645和585的转发量，且不说这对于近10亿的微博使用者来说只是沧海一粟，这对于一个有2852万粉丝的“微博大佬”来说，这一转发量应该完全达不到《决定》中所要求的“煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度，或者破坏国家统一”的地步。因而笔者认为就“任志强微博被封”这一个案而言，虽然任志强在公开场合发表类似于嘲讽国家主席的言论确实不妥，但是不管是在国际上还是在国内法中，至今没有哪部法律规定公民发表的评论国家领导人的言论应当受到法律的制裁或者受到“封号”的处罚。因而笔者认为关闭任志强的微博的

[372] 王晓鹏：《论网络空间的表达自由》北京：中国政法大学，2007版第23页
[373] 见《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》第二条规定

决定并不具有正当的法律依据，针对诸如此类的事件，有关部门应该要加以反省并且加强对微博表达自由的保护与救济。

（二）微博表达自由法律保障之具体措施

别林斯基曾经说过，“人民是土壤，它含有一切事物发展所必须的生命汁液；而个人则是这土壤上的花朵与果实。”要切实保护微博表达自由，我们需要国家和个人的共同努力。从国家层面讲，国家应从如下几个角度进行努力：

1.加强立法，从源头上保障自由

立法作为世界各国为了规范网络言论而所采取的通行做法，很明显通过加强立法能够从源头上保障公民在微博世界里的表达自由，但是在加强言论自由的保护以及规制方面，我们不能片面的采取立法的方式，而是应该在平衡各方面条件的情况下进行，因为随着网络的不断发展，网络世界正变得日益复杂，影响到社会生活的方方面面。首先我们应该要明白立法的目的不是在于惩治，而是在于加强保护公民在微博世界里的人身权利以及财产权利，必须要时刻铭记这个前提并且围绕着这个目标行动。其次，要明确保护和规制网络行为的行政主体，划分受理网络犯罪的法院的管辖权，以及如何确定证据的效力问题。最后，在立法时一定不能忽略宪法以及刑法方面的保障。

（1）关于微博表达自由的宪法保障

表达自由在世界各国的宪法里都得到了普遍确认，世界各国宪法普遍都对表达自由做出了明确规定。美国第一修正案规定：“国会不得确立国教或者禁止宗教活动自由，不得任意剥夺言论或者出版自由，不得剥夺人民和平集会和向政府诉讼请愿的权利。”[374]德国的《基本法》规定：“人民从常规渠道获得的信息而后表达的权利受到保障而且禁止审查，并根据普遍法律条款只有在为保护青年以及村中个人荣誉的情况下才可以受到限制，恶意滥用表达自由的权利将被剥夺这项权利。”[375]法国 1789 年发表的《人权宣言》中指出：“自由传达思想和意见是人类最宝贵的权利之一；一次，每个公民都有言论、著述和出版的自由，但在法律所规定的情况下，应该对滥用此项自由负担责任。”[376]

宪法是中国的根本大法，具有最高的法律效力。我国宪法通过原则性规定保护表达自由。我国现行宪法除了第 35 条之外，还有如下规定：“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利，对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向国家机关提出申诉或者检举的权利。”[377]我国宪法承认并且确认的表达自由，应当成为中国制定法律、行政法规、部门规章的依据，应当成为各级政府机关，特别是与各种大

[374] 详见美国《第一修正案》
[375] 详见德国《基本法》
[376] 详见法国 1789 年《人权宣言》
[377] 详见《宪法》41 条规定

众传播媒介相关的管理机关立法和执法的依据。按照下位法不得与上位法（宪法）相抵触、依法治国、依法行政的原则，[378]各级国家机关除了不应当制定违背宪法所确立的言论、出版等自由的法律、行政法规、部门规章、地方性法规和自治条例、单行条例、通知外，这些机关在行使职权的过程中，还不得采取违背宪法基本原则的行政措施，随便限制剥夺人们享有的微博表达自由，或者对信息的自由流动设置不正当的障碍和限制。微博表达自由作为表达自由的一种表现形式，宪法更应该加强对其保护，从而形成“有中国特色的宪法执行机制”，以司法审查制度为例，司法审查制度对于切实保障人们在微博世界里享有宪法所赋予的表达自由，具有非常重要的意义。

（2）关于微博表达自由的刑法保障

由于宪法具有根本性、概括性以及纲领性的特点，在实践中对于微博表达自由的保障仍然有些“心有余而力不足”，这时就需要部门法对宪法的补充，以保障微博表达自由的实现。刑法作为最严厉的具有强制性的部门法，在保障表达自由的实现上具有天然的优越性和必要性。

而要使表达自由得到充分的保障，罪刑法定原则是一个关键的武器。罪行法定原则的基本内涵是保障公民权利，限制公权力。学者主张罪行法定原则是消极的，因为其生来就是限制刑罚权的滥用以探求刑法的公民正义的。[379]因此，以罪刑法定原则为视角来保障公民在微博上的表达自由是再合适不过的。微博表达自由最为基本表达自由的一种表现形式，如果想通过罪行法定原则来保障这一自由的实现，需要罪刑法定原则在立法、司法和执法环节发挥其作用。有学者指出，“我国刑法在表达自由方面的主要为题不在于表达自由被严重滥用，需要法律的积极介入，而是言论自由的保障和实现存在诸多障碍”。[380]这种说法是不缺乏依据支撑的。以煽动型犯罪为例，刑法中为该罪设立的入罪门槛极低，这无论是对公民个人表达自由的权利而言，还是对政府的公众形象而言都是伤害极大的，在实践中我们可以发现，有一些人在发微博时可能因为一时冲动或者被别人激怒而酿成大祸，遭到法律的制裁，这种现象应该要被杜绝，执法者应该在了解事情的原委后再进行定罪，要在刑法的解释下保障公民的微博表达自由。

在罪刑法定之外，对微博表达自由进行刑法层面的保障，还需要对刑法规定进行合理的解释。主观解释和客观解释是刑法理论界常用的解释分类，为保障微博表达自由的实现，首先应该采用的应当是主观解释，只有这样才能有效的保障公民的表达自由，与宪法的规定相契合，使法律的运行更加稳定。当然，对刑法涉及表达自由的规范并不需要字面上的文意解释，有些时候客观解释也是必不可少的。“具体而言，对于具有违反宪法之嫌疑的刑罚规范，必须进行合宪的限定解释，不是所有的违法行为，而是只有值得适用刑法的违法行为，才是

[378] 周永坤：《法理学——全球视野》第三版 法律出版社 2010 第五章
[379] 李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》北京：法律出版社，2011 版 102 页
[380] 刘守芬，牛广济：《试论我国宪法中的言论自由在刑法中的规制》法学家，2006（03）

符合构成要件的行为”。[381]此处所进行的合宪性限定解释，是指遵循宪法所体现的人文精神和人权保障体制，对刑法条文不严格按照字面上的含义进行解释。因此，无论是客观解释还是主观解释，都必须确保法律使用的范围没有被认为的扩大或者自由裁量的扩大化，并且在解释时一定要结合微博这一平台的特殊性，从而真正的从刑法的角度来保障公民微博表达自由的实现。

2.完善执法，丰富行政管理手段

立法的保障是微博中表达自由保护的第一步，但是死板的法条只能是基础和依据，仅仅在立法上层面上保障公民的微博表达自由是远远不够的，法律存在的最大意义是使行为有法可依。“诉讼”作为现代法治社会制度内“第一性人权”，[382]它可以将宪法、法律规定的表达自由这一法定权利转化为公民实际享有的权利，如果表达自由没有司法救济，表达自由的实现及职能成为当权者的一种“恩赐”而没有毫无保障而言。因而，在实践中，要求政府部门在执法时要严格的依据法律，以必要的行政管理手段来介入微博这一平台，笔者认为政府在如下几个方面需要努力。首先，政府部门应该要理清楚目前较为混乱的职权分配，各个相关部门应该要通力合作，共同努力，相互配合对方，而不是采取一直以来的“踢皮球式”的方法撇清责任。其次，实行微博实名制也是一个很有效的方法，这一方法在实践当中应该也是可行的。微博实名制是指微博用户在注册微博时应当将自己的真实身份与微博身份统一，但是可以实行后台实名，前台自愿的方式。推行微博实名制，在一定程度上可以有效地遏制不法言论的流行，这就好比给微博用户头上戴了一个“紧箍咒”，如果你发表的言论在社会上造成了十分不好的影响，那么第二天有关部门就有可能找上门来要求你承担行政责任。正如现在所推行的“转发评论量超过 500 次的虚假信息，信息发布者要承担法律责任”，这些都能够推动人民对自己言论负责，只有当人们对自己言论负责时，人们才会认真的辨析自身言论的正误以及真伪，这对于网络暴力、网络虚假信息和网络犯罪有一定的抑制作用，有利于维护公共利益和国家安全。最后，国家网信部门作为公权力的机关，其所做出的行政决定和行政处罚，应该要受到多方面的监督，不仅包括行政机关自身的监督，还包括了党的监督、权力机关的监督、司法机关的监督和社会舆论的监督。只有加强监督，才能敦促公权力机关与政府更好地完善对微博表达自由的法律保护。

而正如贝卡利亚在《犯罪与刑罚》中所说的那样，法律的力量应当跟随着公民，就像影子跟随着身体一样。如果没有公民个人的参与和对自身合法权利与自由的重视，对微博表达自由的保护也只能停留于国家层面。因而个人也应重视提高自身道德素质，并在自身合法自由受到来自外界非法侵害时勇敢地拿起法律武器，捍卫自身的合法自由。从个人层面讲，笔者认为应加强对如下两方面的重视：

3.提升公民自身素养与运营商自律水平

[381] 唐亦风，王明辉:《论言论自由的刑法保障——一个罪刑法定视野的关照》.甘肃政法学院学报，2010（02）
[382] 侯建:《言论自由及其限度》.北大法律评论，第二卷第一辑.法律出版社，2001

我们都知道，在网络道德建设的过程中，主体不仅有国家和行业内部的人，还有微博用户个人。网络道德建设既包括了行业的职业道德建设，也包括了微博用户个人的道德素质建设。因此，要切实保障公民的微博表达自由，我们要实现行业自律与个人自律相结合。对于微博运营商而言，微博运营商应该要自己的贯彻行业自律原则，应该要承担起自己作为运营商的责任，自动而又迅速地过滤掉违法的和危害公共安全与利益的言论，并且应该要主动地接受社会的监督，正确的对待客户的意见以及举报等。对于微博使用者个人而言，个人应该要提高自身的道德素养，要不断地提高自身参与社会生活和民主政治的素质和能力，要擅长用权利语言要表达自己的利益，要严以律己，自觉接受网络道德的约束，抵制暴力以及黄色信息，要理性思考微博上的每一个话题与每一条信息。我们都知道，法律和技术都只能从强制的层面上来约束微博用户，在更多的场合下，靠的是道德为我们的内心树立一个“隐形的标杆”，道德作为一种“软规则”，往往是最有效，最理性的一种约束。所以将提升公民道德素质与提高运营商自律水平相结合，对于切实的保障公民在微博中的表达自由起着至关重要的作用。

4. 多途径保护自身权益

我们都知道，在微博使用过程中，公民合法微博表达自由受到侵犯的现象仍然时常发生，因而公民个人在加强自身道德素质的同时也应该积极的寻求舆论和法律的帮助来保障自身的合法权益。正如前文所提到的那样，公民除了从宪法和刑法的角度保护自身，在面对公权力行为时，公民还可以采取行政法上的行政复议和行政诉讼这两大“武器”监督行政机关，保护自身权益。

行政复议制度作为行政法上的一项重要制度，在不同的国家和法律体系中有着不同的内涵。在英国，行政复议被称为“行政救济”，属于行政法上救济手段的一种。英国行政法上的救济制度主要包括三类：一是议会救济；二是司法救济；三是行政救济。英国的行政救济是指公民的权利受到行政机关不法侵害时，可以通过行政机关的行政程序得到补救。[383]而在我国，自从改革开放以来，行政复议制度作为我国建设高度的社会主义民主和完备的社会主义法制的一项重要内容得到了更进一步的重视和发展。我国所说的行政复议，是指行政相对人（公民、法人和其他组织）不服行政主体的行政行为，依法向行政复议机关提出申请，请求重新审查并纠正原行政行为，行政复议机关根据此对原行政行为是否合法、适当进行审查并作出决定的法律制度。[384]我国《行政复议法》第 6 条采用了列举和概括相结合的方式，对申请复议范围作了详细的正面规定。根据这一规定，申请人对下列行政行为不服的，可申请行政复议：（1）行政处罚行为（2）行政强制措施行为（3）有关证照的变更、中止和撤销（4）自然资源的确权行为（5）侵犯法定经营自主权的行为（6）变更、废止农业承包合同（7）违法要求履行义务行为（8）颁发许可证和执照行为（9）未履行保护人身权、财产权和受教

[383] 胡建淼：《行政法学》第四版 2015 年 法律出版社 第 737 页
[384] 胡建淼：《行政法学》第四版 2015 年 法律出版社 第 738 页

育权职责行为（10）发放抚恤金、社会保险金或最低生活保障费行为（11）侵犯其它人身权或财产权行为。上述是一种行为为《行政复议法》规定的可申请进行行政复议的确定范围。以本文中提及的“任志强微博被封”一案为例，国家网络信息办公室是一个经国务院授权，主要职责为落实互联网信息传播方针政策和推动互联网信息传播、协调、督促有关部门加强互联网信息内容管理的组织，属于我国行政机关。因此任志强可对“国家网信部门强制封闭其微博”这一行政处罚行为申请行政复议。行政复议对于规范行政机关的行政行为和救济公民的合法自由具有重大意义。当行政法上的救济经过行政复议以后，可能紧接着进入行政诉讼阶段。相对于行政复议而言，行政诉讼的范围较小，行政诉讼的范围仅限于违法行政案件，不当行政案件不属于受案范围之内，但行政复议范围包括这两种案件；行政诉讼范围对于人身权、财产权以外权利的行政案件，限于法律、法规明文规定可以起诉的范围。因而，以本文所提的“任志强微博被封”一案为例，笔者认为行政机关强制封闭其微博的行为应属于“不正当行政行为”而非“违法行政行为”。因为国家网信部门的确侵犯了任志强运用微博来发表自己言论的自由，但是并未限制其在其他场合发表言论，表达自由观点的自由，因而并未违反宪法上规定的关于表达自由的相关规定，因而该行为属于“不正当的行政行为”，任志强不可以主张行政诉讼。

综上，在与公权力机关进行博弈之时，公民要善于运用包括行政复议和行政诉讼制度在内的法律手段来实现自身权利的救济，在实践中还可以利用公共媒体和舆论等平台，力争采取多种途径保护自己在使用微博过程中的表达自由。

六、结 语

在无网络无微博的时代，“肥皂箱精神”曾经极大地释放和促进我们对表达自由的想象，它既可以帮助我们理解现实中复杂的关于表达自由的争论，又能反过来指导我们实践。然而事物总是不断地发展变化的，进入网络时代，现实中的表达自由正义变得日益复杂多样，面对经典理论的“失灵”和“落伍”，面对理论和现实的冲突，被修正的无疑应该是理论，而非现实。

在仅靠“肥皂箱”模式已经无路可走的今天，我们应该直面现实生活中遇到的各种复杂问题。微博表达自由作为“网络时代”中我们的一项权利和自由，应该要得到保护，国家不可以出于不正当的理由剥夺我们的这项权利。但是，正如任何权利和自由的行使都不是绝对的一样，微博表达自由权利的行使也不可能是绝对的，而是相对的。在微博世界里，其理应受到法律规制的行为不得放过。但是由于网络世界的虚拟性、匿名性以及网络空间秩序管理的虚拟性，使得在微博世界里受到侵害的人仅仅依靠法律手段来维护自己的权利是远远不够的。还是需要公民的自律以及微博运营商的配合，只有这样才能使微博用户在行使自己权利的同时也不忘记自己应该要承担的义务，从而使得更多的人在不断变化的微博环境下，更好地享受自己的微博表达自由，能使越来越多的人在这个“全民微时代”受益。

专制制度之下的表达自由

——论中国古代表达自由状况及对当代的启示

尤佳君*

摘　要： 随着中国古代专制权力的不断加强的趋势，对民众的表达自由的管控不断加强，到了君主专制的顶峰时期，任何人进行有损于统治秩序和君主权威的表达都会面临刑事处罚，当代仍然不能摆脱古代严格控制表达的观念影响。本文以古代语言和文字的表达自由和公共批评运动的政治性表达自由为切入点，分析中国古代表达自由状况，反省当下保障公民的表达自由所必须进行的改变。

关键词：表达自由　文祸　言语犯罪　公共批判运动

引 言

随着中国人权利意识的觉醒，人们越来越关注宪法所规定的公民基本权利，表达自由正是其中重要的部分，而国家权力与基本人权的冲突也越发频繁。考察古代中国，专制制度的本质决定了君权对表达自由的压制，而在以刑为主的古代法律体系之下，君权一般采用严酷的刑罚来限制表达自由，因言论获罪的例子不胜枚举，其中以清代文字狱为最。古代统治者认为表达是社会动乱的根源，若不加以禁止则会蛊惑和煽动大众，以至危害政权，时至今日，中国的公权力依然秉持着这一传统观念，对表达自由采取事先限制原则。但即使是在表达自由被严格限制的情况下，仍不乏古代士大夫及普通民众通过公共批评运动表达诉求的例子。本文欲通过分析古代专制权力之下限制表达自由的案件和法律规定，来挖掘其思想根源与法律特征，探求阻碍民众行使表达自由的因素，借由古代公共批评运动的历次兴起指出现在公权力限制表达自由方面存在的误区，并着眼于保障公民的表达自由的立法的不足而提出改善方法。

一、中国古代“文祸”演进过程与特点分析

“文祸”即因所写或所藏的文字招致刑狱或贬斥的情形，其种类繁多，“我国历史上说的‘种豆种桃种豆之祸’、‘诗案’、‘史案’、‘表笺祸’、‘试题案’、‘书祸’、‘逆书案’等等，

* 尤佳君：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。

均可概称‘文字祸’”[385]，但无论其表现形式如何，“文祸”都具有以文字作为定罪的原因和依据的基本特征，皇帝或官员往往通过对文字的拆解、谐音或断章取义等手法罗织罪名，造成冤狱。“文祸”在中国发端久远，一直蔓延到清代，至乾隆年间达到顶峰，且随着君主专制的加强而愈演愈烈，成为古代中国禁锢表达自由的重要方式。

（一）先秦至汉：文祸的渊源与发端

周武王就已经意识到文字之祸的严重性，他在《笔书》中说：“毫毛茂茂，陷水可脱，陷文不活”。而春秋时期出现了有明确记载的文祸，齐太史因书写“崔杼弑庄公”，被崔杼所杀，而后“其弟复书，崔杼复杀之”[386]。而邓析是最早留下真实姓名的遭受文祸者[387]，他私造《竹刑》被杀，但“姬驷歇杀邓析，而用其竹刑”[388]，说明私造《竹刑》并非引起郑国社会秩序混乱的原因，私造《竹刑》只是郑国执政为了杀邓析而编织的罪名。春秋时期有记载的文祸虽然较少，却奠定了中国古代文祸的两种基本模式：其一是因为文字触犯当权者而罹难，如齐太史；其二是为了陷害个人而从其文字中寻找把柄致使遭祸，邓析即是如此。只是齐太史记录弑君历史、邓析私造刑书触及了国家法制的权威地位，他们书写文字的行为都具有政治性，因此当权者为了确保其政治地位而杀害明显对其不利的个人，而后世文祸将范围扩及非政治性的文字，随着加强君主专制权力的需要逐步缩小个人表达自由范围，把文字祸的源头广泛分布到社会生活的每个角落。

春秋战国是古代史上思想与言论极为自由的时代，而从秦朝开始就对表达自由有了严格的限制，这种天翻地覆的转变并非毫无原因，秦自商鞅变法后采用法家的方法治国，汉武帝采纳董仲舒“罢黜百家，独尊儒术”的主张，为法家的制度骨架披上了儒家的外衣，阳儒阴法的模式为后世绝大多数专制王朝所继承和发展。因而儒法两家代表人物的言行著述即确立了后世两千年对人们言论文字表达的处理原则和方法，法家的商鞅实行了“燔诗书而明法令”[389]的变法措施，中央的集权体系和君主的专制权力必须依靠法来实现，而法的权威需要通过限制思想和言论来保障，于是李斯建议秦始皇：“臣请史官非秦记皆烧之。非博士官所职，天下敢有藏诗、书、百家语者，悉诣守、尉杂烧之。有敢偶语诗书者弃市。以古非今者族。吏见知不举者与同罪。令下三十日不烧，黥为城旦。所不去者，医药卜筮种树之书。若欲有学法令，以吏为师”[390]，由此开始焚书坑儒，之后如诸多士大夫因诗文“谤讪朝政”遭处罚、乾隆帝借修《四库全书》的名义查办禁书、篡改古籍皆有焚书坑儒的影子。而儒家的孔子以诛少正卯的言行为后世提供了限制思想与言论的理由，荀子写道：“人有恶者五，而盗窃不

[385] 胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 1 页。
[386] 《史记・齐太公世家》。
[387] 参见胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 10 页以下。
[388] 《左传・定公九年》。
[389] 《韩非子・和氏》。
[390] 《史记・秦始皇本纪》。

与焉：一曰：心达而险；二曰：行辟而坚；三曰：言伪而辩；四曰：记丑而博；五曰：顺非而泽。此五者有一于人，则不得免于君子之诛，而少正卯兼有之。故居处足以聚徒成群，言谈足饰邪营众，强足以反是独立，此小人之桀雄也，不可不诛也。是以汤诛尹谐，文王诛潘正，周公诛管叔，太公诛华仕，管仲诛付里乙，子产诛邓析史付，此七子者，皆异世同心，不可不诛也。诗曰：‘忧心悄悄，愠于群小。’小人成群，斯足忧也”[391]，阐述了诛少正卯的正当性，虽然朱熹等人质疑孔子诛少正卯的真实性，但在后世这件事常被用来作为支撑文祸必要与合理的理由，贬斥甚至诛杀那些写文著书“离经叛道”的人，却也是“效法先贤”了。

西汉中期以降，儒家思想的正统地位被确立使得维护统治基础的外延扩大，因而违背儒家思想等同于否定国之根基，使得注经者、思想家更容易走入文祸的雷区，最高权力也有了清除政治障碍的新的借口，即从某人的文字中摘取语句、断章取义，便能扣上违背纲常伦理的帽子而处以极刑，如曹操由孔融“以为父母与人无亲，譬若瓶器，寄盛其中，又言若遭饥馑，而父不肖，宁赡活馀人”的论述而宣告“融违天反道，败伦乱理，虽肆市朝，犹恨其晚”，最后以“不孝”的罪名杀孔融[392]，但其实曹操杀孔融的目的是为了压制士族势力，确保他的政治权威；再如嵇康以“非汤武而薄周孔”见杀，究其原因仍在嵇康的文字之外，这是司马氏为了篡魏而进行的排除政治异己的行为[393]。同时，经董仲舒改造的儒学把皇权神圣化和神秘化，皇权的至高无上与不可侵犯被进一步强化，文祸的范围不仅限于对国家大政方针的批判、议论等文字，文字禁忌的审查由纯粹政治性的文字向文学性作品延伸，而文学特别是诗容易产生歧解，其影射功能和比喻含义总会让统治者认为作者居心叵测、诽谤朝廷，即使作者主观上并无此意也会受到处罚，由此生出许多冤狱，胡奇光就以杨恽为例写道：“杨恽的‘种豆之祸’较全面地体现文字祸的涵义：一是定罪仅仅依据那发发牢骚的《报孙会宗书》，特别是文中‘南山种豆’的诗句或‘君丧送终’的词语，而且把诗中的形象比喻当作影射的文字，以至无限上纲；二是除了对作者杨恽处以酷刑外，还株连及无辜的亲友，他的妻子儿女被放逐到酒泉郡，侄子安平侯杨谭免为庶人，朋友如末央卫尉韦玄成、京兆尹张敞、安定太守孙会宗等均免官。这些做法，都为后世文字狱案件所取法。从这个意义上，可以说，杨恽的‘种豆之祸’是我国文祸悲剧‘开端’的重大标志”[394]。

（二）三国至元朝：文祸较为宽松的时期

魏晋南北朝除了西晋有过短暂的统一，整体上国家是处于分裂的局面，因而政权对表达自由的约束相对放松，严格意义上的“文祸”除了上述的嵇康案，只有北魏崔浩《国书》案和南朝梁范缜《神灭论》案，而从结果上看，范缜仅被流放，而崔浩被灭族。为何在文祸相对低潮的时期崔浩《国书》案会如此严重？崔浩担任司徒后“‘分明姓族’、‘齐整人伦’，推

391 《荀子·宥坐》。
392 《三国志·魏书·崔毛徐何邢鲍司马传》注引孙盛《魏氏春秋》。
393 参见胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 24 页以下。
394 胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 21 页。

行他那高官与儒学合一的贵族政治主张及兴道灭佛的宗教政策”构成对北魏上层鲜卑族的威胁，因而不得不使用灭族的手段，《国书》之狱实为“鲜卑人反汉化的最后挣扎”[395]，表面上《国书》“备而不典”是使崔浩罹受“暴露国恶”罪名的原因，但其实质仍是由政治上铲除汉化势力的需要而从文字上寻找借口。

隋统一中国却很快灭亡，没有直接因文得祸的案子。从唐至宋，文祸的数量有所上升，但出现了全新的特点。一是文祸的处罚相对较轻，以贬斥为主，且受罚者通常只是属文者，很少株连亲友；二是制造文祸成为了政治派系斗争的工具，在形式上就表现为不同党派的官员之间互相从对方的文字中罗织罪名，达到构陷他人、削弱其他派别政治势力的目的，从刘禹锡“种桃之祸”引出永贞党人的文祸开始，北宋中后期有新党旧党之争，直到南宋初年以秦桧为首的主和派对主战派的文字迫害达到了前所未有的高度，并且有株连扩大化的趋势，如李光《小史》案株连弟弟李宽、长子孟传、三子孟醇、四子孟津；杨炜株连哥哥杨炬；赵汾谋大逆案牵连 53 人等[396]。

至元代，除了宋恭帝因诗被熟悉汉文化的元英宗赐死外[397]，基本上没有文祸的原因，是蒙古人并不重视汉文化，元代统治者的整个治国思路都和汉文化王朝有本质区别，对汉人的管辖较为宽松，这从仇家检举梁栋的诗“谤讪朝廷，有思宋之心”，而礼部认为“诗人吟咏情性，不可诬以谤讪。倘使是谤讪，亦非堂堂天朝所不能容者”，“于是免罪放还江南”[398]可见一斑。

（三）明清：君主专制空前强化之下大兴文字狱

明在继承了元代政治制度的基础上，朱元璋更实践了“刑乱国用重典”的理念，君权进一步加强，士大夫之地位随之下降，《大诰》甚至规定“率土之滨，莫非王臣。寰中士大夫不为君用，是自外其教者，诛其身而没其家，不为之过”，而文祸风波也因此变得频发而残暴了，“由于‘明初文人多有不欲仕者’；或者是即使入仕后旋即又‘白衣宣至白衣还也’，因此明初统治者就产生了一种对文人特有的猜疑癖性，处处防范着文人，文人的言辞文字、表笺著作，动辄酿成文字狱。官吏因文字狱获罪者亦多，统治者用刑亦酷”[399]。明初朱元璋、朱棣为了树立权威、巩固帝位而大兴文祸，往往对士大夫施以极刑，并进行大范围的株连。“表笺祸”是明代出现的新的文祸形式，臣子进献歌功颂德的表笺，却可能会触犯语词禁忌而招来杀身之祸，虽然对其“有史料缺失、不合明初文书制度、有违当事人性情学识、后世明指作假等种种令人质疑之处”，但“不掩其存在之历史合理性和必然性”，因为明初仍有相

[395] 胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 29 页以下。
[396] 参见胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 72 页以下。
[397] 参见《佛祖历代通载・卷第三十六》。
[398] 参见《至正直记・梁栋题峯》。
[399] 曾宪义：《中国法制史》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年 7 月版，第 209 页。

当多被明确记载的文祸，“明初实行文化专制，文人多屈死是不争事实”[400]。如此血腥而众多的文祸，其实于法无依，仅由君主随意地加以处罚，反映了皇权凌驾于法律之上的现实，“《明律·吏律》公式门有‘书奏事犯讳’条，误犯者止‘杖八十’。但太祖时，因其出身‘寒微’(对此他并不掩饰)，又有和尚及红巾军的经历，对奏章行文十分敏感，尤忌与‘贼’、‘盗’、‘僧’、‘髡’等谐音之字。往往望文生义，仅以一字之疑误，动辄杀人。……明初此类文字狱，成为清代文字狱的先声”[401]。在皇帝的权力稳固后，文祸就主要发生于反理学的“异端邪说”（如李贽《藏书》案）和政治派系斗争（如魏忠贤对东林党的迫害）之中了。

清继承并发展了明代的制度，满族上层为汉文化所影响，于是文祸的发生原因又增加了民族矛盾一项，“清朝‘文字狱’最早是统治者对民族思想和反清意识的自然反应，是为了第一时间阻止反清复明而采取的酷烈手段”[402]。清代文字狱的主要类型有“因不承认或不忠于统治者而获罪”、“因受权力倾轧而获罪”和“因‘狂悖’而获罪”[403]，罪名往往比附谋反、谋大逆或大不敬[404]，一般处以凌迟、斩刑、绞刑等严厉的刑法，并连坐亲属。乾隆年间文祸的两次高峰最具代表性，第一高峰以伪孙嘉淦奏稿案为开端[405]，任何人被发现有威胁皇权可能性的文字都会被严厉打击，第二高峰配合着禁书运动而产生[406]，主要用来反学界朋党，磨灭汉人的民族意识，最终目的亦是维护统治。清代文字狱范围之广、时间之长、处罚之严空前绝后，它也代表着中国人的文字表达自由被限制到了顶点，统治者实现了巩固政权、打击异己的目的，却为造成了恐怖气氛，阻碍学术和思想的进步，并且出现了诸如沈大章、鲍体权诬告反坐[407]等诬告案，为社会秩序的混乱埋下了祸根。

（四）文祸之特点分析

概而论之，中国古代的文祸呈现出下列特点：首先，在国家分裂、强敌环伺或是国内政局不稳时，君主把对文字表达的控制放到次要位置，因为敌对政权和内部叛乱对自身统治的威胁远远超出臣民书写的文字，在这种情况下的文祸以党争为主要背景，除非那些文字已经给统治集团造成了实质的威胁而必须严肃处理；一旦政权没有了外来的政治和军事上的巨大压力，最高统治者就会把注意力转移到自己治下的臣民，以汉文化为主流的统一政权则收紧了文字表达自由的范围，任何文字都可能被捕风捉影地曲解为大逆不道的证据，被视作威胁皇权的先兆，于是出现党争与皇权对个人文字的追究并存的局面，在明清君主专制空前强化之时甚至以后者为主，且手段更加血腥残暴，为的是彻底消除危害统治的隐患并震慑其他有

[400] 陈昌云：《“朱元璋文字狱说”的历史真伪与传播用意》，载《学术界》2013 年第 5 期。
[401] 参见曾宪义：《中国法制史》，转引自胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 101 页以下。
[402] 宋鋆：《清代“文字狱”的法律解读》，黑龙江大学 2012 届硕士学位论文，第 14 页。
[403] 宋鋆：《清代“文字狱”的法律解读》，黑龙江大学 2012 届硕士学位论文，第 19 页以下。
[404] 参见朱勇：《中国法制史》（第二版），法律出版社 2006 年 1 月版，第 295 页。
[405] 参见胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 188 页以下。
[406] 参见胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 221 页以下。
[407] 参见胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 209 页以下。

“反意”的士人。

其次，随着君主专制和中央集权加强的趋势，总体而言文祸的数量和持续时间都呈上升趋势，乾隆朝 60 年间的文祸数量在 135 起以上，[408]“汉唐文字狱，大抵是偶发的事件，北宋文字狱也还是时断时续发生的，南宋秦桧搞文字狱才创了持续 18 年的记录，到清代，乾隆朝文字狱居然持续 40 年之久”[409]。文祸案发率更高、持续时间更长势必会使更多人卷入其中，为了皇位的绝对稳固，在制造大量冤案的同时也消耗了大量国家司法成本。

再次，国家管控的领域越来越广，春秋时期最早的文祸出现于公开的具有政治性的官方史书和法律领域，西汉杨恽的“种豆之祸”扩展到私人书信之中，到了雍正时期的查嗣庭案开始以私人日记作为罗织罪名的证据，而至乾隆朝的刘遵案，甚至连族谱中的行辈字都受到管束，可以说已经深入到社会基础的几乎所有领域。以遭受文祸的对象而言，中国古代的精英阶层——士大夫是文祸最早的受难者，士大夫拥有知识和政治经济势力，为历代统治者所重点提防，也自然最可能遭受文祸，然而遭受文祸的对象也逐渐波及普通民众，如顺、康、雍三朝的文字狱中，官绅、名士的案件占总数的 71%，到乾隆年间下降为 22%，而诸生、平民的案件则由 29%上升至 78%[410]，官方对普通百姓的文字约束愈发加强，以至于到文祸的最高峰时，大量疯语案件都会被当作严重的犯罪行为对待，由此可见到了君主专制空前强化的时代，最高权力所提防的群体已经不仅限于精英阶层，任何民众都有可能陷入文祸之中。

二、中国古代法典中言语犯罪之解读

言语是表达自由的另一种重要形式，君主为了保障至上的权威，自然不会放任言语自由地发表与传播，韩非子就已提出“明主之国，令者，言最贵者也；法者，事最适者也。言无二贵，法不两适，故言行而不轨于法令者必禁”[411]，而且“由于口头的语言表达具有主观性、随意性、煽动性和扩散性，为此，中国古代各封建王朝都不同程度对危及皇权、触犯君威、紊乱封建伦理和社会秩序的‘言语’行为进行规制，甚至上升到刑法的高度，将之视为严重的犯罪”[412]，统治者划定言语的禁区，任何踏入禁区者都会被严厉地处罚，达到维护最高权力及统治秩序的目的。

（一）历代言语犯罪的立法罪名与刑罚考察

但是言祸并非像文祸那样“往往是随意罗织，任意定罪，按照‘谋反’、‘谋大逆’案或

[408] 参见郭成康、林铁钧：《清朝文字狱·大事记》，转引自胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 185 页。
[409] 胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 184 页。
[410] 参见胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 187 页。
[411] 《韩非子·问辩》。
[412] 张双：《中国封建社会“言语犯罪”研究》，黑龙江大学 2014 届硕士学位论文，第 1 页。

‘大不敬’案给以惨无人道的处置”[413]，历代法律都对言语犯罪做出了相对明确的规定，因而考察和比较古代言语犯罪的立法和司法状况能直观地了解中国古代统治者对普通臣民的言语表达权利的态度和倾向。在《唐律疏议》以前的各朝代法律大多散佚，因而对唐以前的法典中罪名和处罚的考察，只能参照考古成果与史书记载进行归纳，而《唐律疏议》之后历代的法典多有留存，因而能较为全面地了解对言语的限制类型和处罚情况。

言语犯罪罪名的确定和正式在法律中得以体现可以追溯到先秦，“《国语·周语上》：‘厉王虐，国人谤王……王怒，得卫巫，使监谤者，以告，则杀之。国人莫敢言，道路以目。’此记载说明诽谤已经正式成为罪名了。”[414]“我国最早诽谤入刑的记载出自《七国考·齐刑法》，其中说，‘《琐语》云：齐威王时，国中大靡，民不衣布，于是威王造锦绣之禁，罪若诽谤王矣。’”[415]，这段话从侧面反映了在齐威王时法律就有惩治诽谤君主行为的立法。而最早有直接记载的言语犯罪立法出现在秦朝，《秦律》规定的罪名及处罚如下：偶语诗书，弃市；以古非今，族；妄言，族；非所宜言，随意处罚；妖言，弃市；诅咒诽谤，死刑或族刑；泄露皇帝行止，死[416]。汉《九章律》规定：诽谤妖言，弃市；非所宜言，弃市；腹诽，死；不道罪，死；祝诅罪，腰斩[417]。魏晋南北朝时期，《魏律》、《北齐律》、《陈律》都有规定非所宜言罪，处罚为弃市或左右斩之；《北魏律》规定：诽谤咒诅，诛[418]。

《唐律疏议》保留至今，于是能知悉言语犯罪构成及刑罚的具体规定，包括属于“大不敬”的指斥乘舆，第 122 条规定：“诸指斥乘舆，情理切害者，斩；言议政事乖失而涉乘舆者，上请。非切害者，徒二年。”口陈欲反之言，第 250 条规定：“诸口陈欲反之言，心无真实之计，而无状可寻者，流二千里。”造袄（妖）书袄言属于“不道”，第 268 条规定：“诸造袄书及袄言者，绞。造，谓自造休咎及鬼神之言，妄说吉凶，涉于不顺者。”诅詈祖父母父母属于“不孝”，其规定散见于其他具体罪名之中。除此之外，还有一系列的诬告罪，“古代刑法典往往将诽谤与诬告作为同一类行为加以调整。例如，唐代《永徽律》更具体规定‘诸诬先人者，各反坐’，‘诸诬告谋反及谋大逆者，斩，从者，绞’。唐以后中国各封建朝代的刑律亦有上述类似的规定。”[419]《宋刑统》承袭唐律，内容与《唐律疏议》大致相同，两者所规定的言语犯罪之罪名和处罚没有本质区别，故不再赘述[420]。《大明律》规定：造妖书妖言，斩。《大清律例》规定：造妖书妖言，斩；术士妄言祸福，杖一百。[421]

---

413 胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 1 页。
414 吕红梅，刘卫庄：《秦汉时期诽谤罪论考》，载《石河子大学学报（哲学社会科学版）》2013 年第 5 期。
415 何勇：《秦汉诽谤法源流考》，载《青年记者》，2015 年第 22 期。
416 参见朱勇：《中国法制史》（第二版），法律出版社 2006 年 1 月版，第 61 页，张双：《中国封建社会“言语犯罪”研究》，黑龙江大学 2014 届硕士学位论文，第 23 页。
417 参见张双：《中国封建社会“言语犯罪”研究》，黑龙江大学 2014 届硕士学位论文，第 23 页。
418 参见张双：《中国封建社会“言语犯罪”研究》，黑龙江大学 2014 届硕士学位论文，第 23 页。
419 王超：《论诽谤罪的演变》，载《现代商贸工业》2010 年第 18 期。
420 参见《宋刑统·职制律》、《宋刑统·贼盗律》。
421 参见张双：《中国封建社会“言语犯罪”研究》，黑龙江大学 2014 届硕士学位论文，第 23 页。

（二）言语禁区和有限的言论自由

比较分析各代关于言语犯罪法律规定的变化，惩治范围都包括冒犯君主、危害政权、可能造成社会秩序混乱、违背纲常伦理方面的言语，这些言论从根本上都对专制帝王的所构建的统治秩序形成了挑战，因而惩治言语犯罪的法律始终围绕着维护君主专制的主题不断规范化和完善化。虽然从秦至清的言祸之罪名有了较大变化，而且随着社会发展的实际需要，官方放松了对于某些言语的管控，如汉废除了偶语诗书罪和以古非今罪，唐区分指斥乘舆罪的不同情况，对于“非切害者”减轻处罚，但是对于那些涉及严重危害统治秩序、侵犯皇帝个人权威的言语犯罪，如造妖书妖言罪，始终要对犯罪者处以死刑，因为专制君主的统治合法性来源于帝位受命于“天”的不可侵犯性，最高权力得到稳固并能顺利传承下去则需要保障稳定的统治秩序，而那些被严厉处置的语言损害了皇权的不可侵犯性或者有可能成为煽动社会变乱的先导，因而必须从源头上制止，故必须施以极刑来加以威慑，在这一点上对言语自由的禁锢是从未松懈的。

有人认为“‘言语犯罪’边界以外便是有限的言论自由，只要不危及皇权、不触犯皇帝尊严、维护封建伦理与秩序的框架内，臣民是可以享有有限的言论自由的。”[422]但实际上，中国古代君主的权力缺乏法律的约束，权大于法，因而虽然法典对言语犯罪都有相对明确的规定，往往由于君主个人的意志而更改法律，以两汉诽谤和妖言罪的多次废立为例，汉高祖废而恢复秦的诽谤和妖言罪，吕后、汉文帝废除，汉武帝重建和发展，汉宣帝和汉章帝时期又有过对改革诽谤和妖言罪的讨论，“两汉诽谤和妖言法的多次废立，形同儿戏，很大程度上缘于君权高于法律的立法和执法体系。专制君主的诏令凌驾于普通成文法之上，具有最高的法律效力，可以对成文法随意增损。因此诽谤法的废立也只在君主的一念之间”[423]，君主通过诏令更改既有法律，固然有其政治和社会生活方面的考量，却损害了法律的相对稳定性和权威性，而给言论自由的行使后果造成了不确定性。言语犯罪“处罚的任意性比较大。……首先在罪名认定方面，‘言语犯罪’罪名的认定与统治者的主观感受直接相关……另一方面量刑比较随意，‘言语犯罪’量刑轻重往往以统治者所认为的危害程度为标准，这种危害可能是现实的危害，也可能是将来可能发生的危害”[424]，因为不存在法律规定的得以安全行使言论自由的领域，而言语犯罪具有的任意性会给当事人带来不可预测的后果，甚至会成为君主给臣子罗织罪名而进行政治斗争的工具。从以上两点上来说，中国古代对臣民的言论自由看似有边界可循，实际上却处于一个不确定的状态，法律的变更和适用都受君主意志的直接影响，民众怕招致祸患便不敢随意言语，尤其是不能讨论政治，他们把言语讨论的话题压缩到极小的范围，以防止因为言语犯罪边界的扩张而获罪，法律自身尚且无法树立它的权威，保护言论自由的基本权利更无从说起。

[422] 张双：《中国封建社会“言语犯罪”研究》，黑龙江大学 2014 届硕士学位论文，第 3 页。
[423] 何勇：《秦汉诽谤法源流考》，载《青年记者》，2015 年第 22 期。
[424] 张双：《中国封建社会“言语犯罪”研究》，黑龙江大学 2014 届硕士学位论文，第 17 页。

三、中国古代的公共批评运动——政治性表达自由之考察

（一）公共批评运动的产生背景

之前所论述的古代文祸与言祸大多存在于文学和私人领域，而即使这样也常常触犯忌讳引来祸患，可见古代官方对表达自由控制之严格。而公共批评运动则不然，它把矛头直接指向政府，是毫不避讳的政治运动，由于中国古代官方对言论的严格管控和压制，政治性的言论表达背后隐藏的是极大的政治和人身风险，这个特性随着君主专制和中央集权的加强而日益突出，因而“中国古代言论自由最为发达的历史阶段当属春秋战国‘百家争鸣’时期。但整体而言，中国古代、近代乃至国民党统治时期，政治性言论自由是极为有限的”[425]，但即便如此，我们依然能从史书中看到政治性表达自由在特定时期发挥的巨大作用。

表达自由不仅限于自由表达语言与文字的权利，最广义的表达自由还应包括其他以实际的行动表达诉求的权利，正如有学者所论述的：“微观层次的表达自由。它仅是言论、讲学、著作、出版、艺术、绘画等自由的合称。……中观层次的表达自由。它不仅包括微观层次的以言论为主要内容的表达自由，而且还包括集会、游行、示威、结社自由等这样一些激烈的表达自己意见的形式。……宏观层次的表达自由。此种表达自由除了以上二个层次的表达自由之外，还把政党和政党活动的自由、投票选举的自由也包括进来。”[426]中国古代不具备产生近现代意义上的政党的条件，因而民众没有行使宏观层次的表达自由的政治基础。但自从东汉“清议”运动以来却有多次士人和民众自发行使中观层次的表达自由权利的例子，古代公共批评运动是文字和语言表达自由和国家权力最直接的冲突，因而对其进行研究具有相当重要的意义。

公共批评运动往往伴随着国家政权的严重问题而产生，“当政府腐败不堪之时，或异族入侵的前夜，特别容易出现。无独有偶，在一支或数支外族势力征服中原前的三个时期，民意都得到了有组织的展示，并因不同的机缘，形成了大规模的运动”[427]，在政治批评言论被压制而积聚到顶点时，也就是社会矛盾到达顶点的时候，这时民众特别是士人阶层会不惜性命，通过利用所有的舆论传播形式而表达群体的诉求，大量单独的对国家政治的批评被有组织地表达，就上升为与专制权力相抗衡的公共批评运动。它是除了暴力战争之外最激烈的公民群体和国家最高权力发生直接冲突的样态，因而在讲求皇权至上、皇帝独尊的传统中国社会中更显得难能可贵。

---

425 高中、赵洁敏：《历史与比较视角下国家安全与表达自由初探》，载《求索》2009 年第 2 期。
426 杜承铭：《论表达自由》，载《中国法学》2001 年第 3 期。
427 林语堂：《中国新闻舆论史》，上海人民出版社 2008 年 12 月版，第 6 页。

（二）公共批评运动的种类和手段

东汉的公共批评运动主要围绕着士人对宦官斗争而展开，最终导致了两次“党锢”，在此之前则有两次学生运动作为铺垫。第一次学生运动发生于公元 153 年，朱穆因为得罪了宦官势力而被罚服苦役，数千名太学生上书皇帝，迫使皇帝赦免朱穆；第二次学生运动是在公元 162 年，皇甫规被宦官陷害，300 名太学生为此联名上书，最终使其被释放[428]。士人群体对宦官擅权的批评加剧了宦官和士人阶层之间的冲突，宦官便开始以国家权力迫害士人，两次“党锢”从 166 年[429]持续到 184 年，党人被逮捕、流放、禁锢或处死，并牵连亲友门生。

两宋则以太学生的联名上书的请愿与示威来表达政治诉求的居多，自陈朝老、陈东伏阙上书后，除却秦桧掌权时几乎没有公共批评运动发生，由于北方政权的威胁，历朝都存在直言政治的请愿和批评运动，如“孝宗时，72 名太学生联名上书；光宗年间，以王安仁为首的 218 名太学生联名上书；理宗时，蔡之润领导 173 名太学生，黄恺伯领导 144 名学生上书反对当时的宰相史嵩之。除上述事例外，这一时期，还有许多由士大夫个人发起的重要的上书和弹劾事件，这意味着，直言不讳地批评政府的潮流，是一直存在着的”[430]。对于这些运动，最高权力却有不同的处理方式，有时迫于舆论的压力而接受请愿的要求，有时却打击运动的领袖，将其贬黜或处死，国家法律在此情况下成为了能选择性适用的工具。

明朝的言官——主要是御史和六科给事中——承担了对政治进行公共批评的主要职责，御史和六科给事中拥有法定的职权：其一是弹劾权，“御史察吏，全以纠弹为主”[431]、“凡两京大臣方面等官有不职者，（六科给事中）俱得劾奏，或大班面劾”[432]；其二是谏诤权，“六科给事中既掌‘侍从、规谏、补阙、拾遗’，又稽察六部百司。而御史既掌纠察官邪，又可谏净君主得失。《明史・职官二》载，监察御史，‘凡政事得失，军民利病，皆得直言无避.有大政，集阙廷预议焉’”[433]；其三为封驳权，“六科……凡制敕宣行，大事覆奏，小事署而颁之；有失，封还执奏。凡内外所上章疏下，分类抄出，参署付部，驳正其违误。凡内外所上章奏经票拟御批后，必将原件交发六科抄付部执行；内使传旨，亦得由六科复奏得旨后再施行;凡文书下行，未经科抄，均不能生效”[434]；因而明朝的言官得以通过行使弹劾、谏诤、封驳的职权来表达政治诉求，言官常常是集体性、有组织地行使职权，为达成一个政治目标前赴后继地请愿或抗议，进而形成大规模的等政治运动，如“为避免重蹈前朝覆辙，对武宗

428 参见林语堂：《中国新闻舆论史》，上海人民出版社 2008 年 12 月版，第 38 页以下。
429 根据《中国新闻舆论史》的表述，第一次党锢开始于 165 年冬，然而依照《资治通鉴・汉纪四十七・孝桓皇帝中延熹九年》的记载，时间应为 166 年。
430 林语堂：《中国新闻舆论史》，上海人民出版社 2008 年 12 月版，第 56 页。
431 《钦定台规》卷 17《各道一》，转引自刘双舟：《明代监察法制研究》，中国政法大学 2002 届博士学位论文，第 36 页。
432 《大明会典・六科》，转引自刘双舟：《明代监察法制研究》，中国政法大学 2002 届博士学位论文，第 36 页。
433 刘双舟：《明代监察法制研究》，中国政法大学 2002 届博士学位论文，第 36 页。
434 《明史・职官三》，转引自刘双舟：《明代监察法制研究》，中国政法大学 2002 届博士学位论文，第 37 页。

朝弊政的革除和对皇权滥用的制约，成为嘉靖初言官的目标，为达到目标经常群体行动”[435]，到明朝中后期这种政治性表达则以和内阁或宦官势力的斗争为主。尽管言官被法律赋予这些职权，但政治性表达自由的权利机制存在明显的缺陷，言官群体在行使时仍然充满了危险，“御史的所有这些作为，得不到任何人身保护。敢于直言的御史，总会得到舆论的支持，其独立言论也受到景仰，但是从法律上说，却要面对各种惩罚：罚俸、降职、监禁、流放，甚至性命难保”[436]，言官的职权行使没有豁免和保护，权利主体的生命安全缺乏法律的保障使此类政治表达的地位岌岌可危，这种缺陷在天启时阉党对东林党的迫害中表现得尤为突出

（三）权利保障机制的缺失

士大夫阶层表达政治批评的方式主要有东汉时的“第一，歌谣；第二，联名上书和公务奏章；第三，使用他们所掌握的官方权力”[437]，宋朝“联名上书或集体到宫门前抗议”[438]，明朝则依靠言官的弹劾的职能和请愿、抗议的行为来实现，然而由士大夫个人对整个权力系统的批评常常是以前者的失败告终，公众意识到欲在如此的政治环境下通过行使政治性的表达自由来达成他们所期望的目标，只能采取其中更激烈、更有力的斗争方式，故群体性的政治诉求表达屡见不鲜。总体而言中国官方对此类群体性的政治诉求表达抱着重视和压制兼而有之的态度，因为这种激烈的表达形式很可能危害统治秩序，动摇皇权的威严性，故为了维护稳定必须采取措施杜绝此类事件的发生，但如果不对已然发生的公共批评运动加以重视则恐怕愈演愈烈，亦会威胁到统治，又必然会考察舆论而妥协，宋孝宗时“以黄榜禁太学生伏阙。是日，太学生张观等七十二人上书，请斩汤思退、王之望、尹穑，窜其党洪适、晁公武而用陈康伯、胡铨等，以济大计”[439]，官方也不得不满足其部分请求即表明了这种矛盾的心态。

历代的公共批评运动虽然有一些成功的例子，使得最高权力出于政治的需要或舆论的压力而妥协，但这些运动中的大部分都被当权者严厉镇压或是置之不理。从宏观的角度审视，中国古代的臣民的政治性表达自由是始终被专制权力所压制的，因而以公共批评为代表的政治性表达既不能形成稳定的常态，又不能总是发挥其作用。非在关系到国家政权存亡和稳定的特殊时期，很难出现民众积极批评政治的景象，究其原因，是行使表达自由的保障机制缺位，中国古代的法律没有对基本权利的确认和保护，更何况皇帝临时性颁发的诏书经常超越法律而优先适用，使得表达自由的行使主体被任意追责，民众难以料想政治批评表达后的后果，如东汉的党人被定下“共为部党，诽讪朝廷，疑乱风俗”和“图危社稷”的罪名[440]，南

[435] 蔡明伦：《明代言官群体研究》，华中师范大学 2007 届博士学位论文，第 114 页。
[436] 林语堂：《中国新闻舆论史》，上海人民出版社 2008 年 12 月版，第 63 页。
[437] 林语堂：《中国新闻舆论史》，上海人民出版社 2008 年 12 月版，第 42 页。
[438] 林语堂：《中国新闻舆论史》，上海人民出版社 2008 年 12 月版，第 50 页。
[439] 《宋史·卷三十三·本纪第三十三·孝宗一》。
[440] 参见《资治通鉴·汉纪四十七·孝桓皇帝中延熹九年》、《资治通鉴·汉纪四十八·孝灵皇帝上建宁二年》。

宋平民欧阳澈伏阙上书则因“诋时事，语侵宫掖”而被杀[441]。

民众害怕表达政治诉求后受到掌权者的报复和迫害，而血的事实也加强了他们对此的确信，于是越发不敢“妄议朝政”，如汉代的“党锢”促使魏晋的士人由积极的批评时政的“清议”走向消极的远离政治的“清谈”，士人不谈国事、不言民生，以求免祸。对于那些不触及到整个国家与民族切身利益的朝政，民众是不愿意为此葬送政治前程甚至性命来表达政治主张的，正如林语堂所写的：“由于没有任何制度性保护后起的这类运动，即舆论的浪潮最终都失败了。这表明，除非士子与文人获得制度性保护，否则就不可能有常规化的、稳定的舆论力量。把这些故事一路读下来，你就会明白：公众对国家事务的普遍冷漠是公民权利缺乏保障的自然结果，因为只有如此才能保护自己。放在这种天然的历史背景下，公众冷漠这种特性也就不难理解了”[442]，所以“只有有了自由与法律的保护，活着有了更多的尊严和价值时，民众才会积极从事政治批评”[443]，只有通过具有最高效力的法律确定公民的权利，并为其提供相应的条件和制度保障，才能让个体敢于自发地行使权利。

四、对当代的启示意义

（一）剔除反智识主义和法工具论的倾向

考察古代官方对民众表达自由的严格管控，无论是文祸、言祸，抑或是对大部分公共批评运动的严厉惩处，其根本出发点都是防范表达背后的思想和意识形态冲击既有的秩序，进而威胁到统治。统治者并非惧怕民众的表达本身，而是怕通过表达有可能会带来损害皇帝权威、煽动颠覆政权或破坏统治基础的后果，故而他们总是疑神疑鬼，力图把所有可能影响统治秩序的言论和行为都先行扼杀，于是反智识主义大行其道。

反智识主义“并非是一种学说，一套理论，而是一种态度；这种态度在文化的各个方面都有痕迹可寻，并不限于政治领域”，“它可以分为两个相互干涉的部分，一是认为‘智性’及由‘智性’而来的知识学问对人生皆有害而无益。……另一方面则是对代表‘智性’的知识分子表现一种轻鄙以至敌视”[444]。最高权力认为知识有害无益就会尽其所能钳制思想，实行愚民政策，孔子的“民可使由之，不可使知之”[445]即传达了这层意思，其中重要的手段之一便是严格限制知识的拥有者的向更多民众转述和传授知识；轻鄙和敌视知识分子则会把知识阶层作为重点防范和打击的对象，在国家相对稳定的时期，统治者会严格审查民众特别是士大夫通过文字和语言表述的思想，由此产生诸多文祸和言祸，最终使士大夫不敢针砭时弊、

441 参见《宋史·卷四百七十三·列传第二百三十二·奸臣三》。
442 林语堂：《中国新闻舆论史》，上海人民出版社 2008 年 12 月版，第 32 页。
443 林语堂：《中国新闻舆论史》，上海人民出版社 2008 年 12 月版，第 48 页。
444 余英时：《中国思想传统的现代诊释》，江苏人民出版社 1989 年版，第 63 页以下，转引自张瑞龙：《中国政治传统中反智识主义探源》，载《烟台师范学院学报（哲学社会科学版）》2002 年第 1 期。
445 《论语·泰伯》。

不敢提出具有颠覆性的思想，对于政治问题更是噤若寒蝉，只能埋头于朴学中进行考据研究。

“禁奸之法，太上禁其心，其次禁其言，其次禁其行”[446]，按照这一路径，当权者如果想防止民众危害统治秩序，就必须从源头上禁止其思想的传播，即把表达自由的空间压缩到尽可能小的范围，对于进入禁区的言行必须严厉惩处，民众则容易因言、因文获罪。而表现在当代，则是公民必须经由政府的事前审查限制才能通过出版书籍、播报新闻、发表演讲或游行示威等方式来进行意愿的表达，而政府对于触及政治批评或意识形态的敏感言论往往采取禁止态度，这些言论的表达和传播本身并不会导致危害社会和个人的后果，而公权力依然以反智识主义的倾向而禁止此类知识的表达。

如此严格地限制表达自由是不具合理性的，何况以反智识主义来禁止表达本就是徒劳无功，即使在文祸到达最高峰的乾隆朝，持续 40 年之久的文字狱仍然不能禁止民众的文字表达，乾隆末期的仲绳《奈何吟》案最后不了了之，代表着“繁花似锦、烈火烹油的乾隆盛世已无可奈何花落去了，清朝国势的衰落已不允许再如以往那样，在用兵四境、镇压反叛的同时仍有余力密布文网以待天下士民了”[447]。而限制表达自由更有可能给政权带来更危险的后果，如“焚书坑儒之后的秦末士人，直接走上了武力推翻秦朝的道路，在士人心中，秦朝并不是一个可以为之效忠的王朝。……士人是官僚的主要后备力量，禁锢极大地打击了士人入仕、为国尽忠的积极性，在东汉两次大规模的党锢之后，东汉在知识分了当中丧失了人心，灭亡之日逐渐逼近了”[448]，反智识主义的倾向如果不加以剔除，只是一味地压制表达自由，其结果不是天下太平，反而是民众的诉求以更激烈的形式集中地表达出来。正如林语堂所说：“治国者真正的威望，来自承担起领袖国民的责任，使民意得到切实的表达，而不是与它作对，总想钳制政治异见或不情愿地与之相随。”[449]严格地限制表达自由只会使国家权力的威信丧失，积聚民众的不满，最终影响到社会的安定。

与反智识主义相辅相成、共同运作的还有法工具论倾向，国家权力在法工具论的理念指导之下会把法律当作一种政治统治手段而非“包含了最低正当性要求的、权威的行为规范”[450]。唐以后文祸成为党争的工具之一，不同政见者通过歪曲他人的诗文的原意来罗织罪名、打击异己，皇帝要除掉威胁统治的大臣，也会采取先定罪后在文字中寻找借口的方式。而当代我们依然能看到中国古代法工具论的影子，当政者为了政治的需要而从某一个人的语言和文字中寻找罪名和证据，以看似合乎法律的形式打击异己，而实质上用的依然是先定罪后编织理由的套路。此种法工具论的倾向让行使表达自由实是处于一种不确定的危险之中，民众不知道自己表达的言论在日后是否会被断章取义和曲解为自己被处罚的理由，因而不敢随意发表言论，致使表达自由之上多了一道无形的屏障。

---

446 《韩非子 • 说疑》。

447 郭成康、林铁钧：《清朝文字狱》，转引自胡奇光：《中国文祸史》，上海人民出版社 2006 年 10 月版，第 259 页以下。

448 吕红梅：《从焚书坑儒和党锢之祸看秦汉士人的言论犯罪》，载《黑河学院学报》2011 年第 2 期。

449 林语堂：《中国新闻舆论史》，上海人民出版社 2008 年 12 月版，第 56 页。

450 周永坤：《法理学——全球视野》（第三版），法律出版社 2010 年 8 月版，第 269 页。

中国古代盛行法工具论的理念，其中政治工具论最为突出，它认为“法是统治工具、是统治者手中的工具”[451]，而新中国建立后全面学习苏联法，“苏联的传统法学一直强调法的工具性，将法的功能定位为‘阶级统治的工具’，因此，把社会主义法说成仅仅为无产阶级政治服务”而导致“法的工具论在我国的法学理论界有着深远的影响”[452]，中国古代固有的法律观念和苏联法制理论的影响使当代中国尚未完全走出法工具论的惯性。消除法工具论的最有效的方法，就是将权力纳入法治轨道中，使政府、政党和其他组织都不能独立于法律之外而任意摆布法律，则给公民敢于行使包括表达自由在内的基本权利提供了前提。只有从根本上剔除了反智识主义和法工具论的倾向，才能使公权力在具体的立法和司法实践中避免重蹈中国古代专制恐怖的文祸、言祸的覆辙，营造出自由宽松、纳入法治轨道的表达环境，切实保障公民的表达自由。

（二）完善立法中关于表达自由的制度保障

限制中国古代民众行使表达自由的法律制度因素，一是法律没有对表达自由的权利宣示，使民众不知道自己享有此类权利，而君主得以任意限制甚至剥夺民众的表达自由；二是缺乏行使该项权利的制度保障，无法确保民众行使表达自由的安全，同时在公权力侵犯表达自由后也缺乏救济途径。

古代君主统治合法性的来源于“天”，所谓“天视自我民视，天听自我民听”[453]，民意的表达在一定程度上决定了“天命”的保持或移转，尽管看似赋予了表达自由极高的地位，但并不是所有的君主都会敬畏民意，如果遇到独断专行的君主，为了稳固政权、方便统治，非但不会使民众意愿有顺畅的表达通道，反而会想尽办法禁止自由表达，这时的“天命论”也没有足够的约束力来规制最高权力损害表达自由的行为。而近代以来，人们通过国家根本大法的形式，为保护表达自由免受公权力的侵害提供了法律依据，《宪法》第三十五条即对公民拥有表达自由作出了明确规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”由是观之，对于阻碍民众表达自由的第一点因素，虽然存在“该条的表述过于简单，界定不够明确，缺乏对表达自由相关的保护性规定和具体限制性规定”[454]的问题，但较之古代已经有了根本性的改善。

东汉、两宋和明代虽然都曾兴起过大规模的公共批评运动，其间士人和普通民众采取较为激烈的方式表达政治诉求，但后果往往因人、时、事而异，公共批评运动的效果和参与者本人的命运在统治者对民众政治表达的不同态度中摇摆不定，在很多情况下，公共批评运动因为对皇权威严的冲击而被国家最高权力镇压，参与者也因此受到了不同程度的惩处，归结起来仍是没有制度保障而限制了表达自由。当前虽然有《宪法》第三十五条和相关法律设计

[451] 周永坤：《法理学——全球视野》（第三版），法律出版社 2010 年 8 月版，第 262 页。
[452] 杨心宇、李凯：《略论苏联法对我国法学的影响》，载《复旦学报（社会科学版）》2002 年第 4 期。
[453] 《尚书·泰誓中》。
[454] 阳燕香：《我国集会游行示威自由与规范》，载《天水行政学院学报》2012 年第 5 期。

了保障行使表达自由的制度，但是目前这方面的立法依然存在着不足和缺位，它们在一些具体保障表达自由的法律规范中得以体现，完善关于表达自由的制度保障的当务之急就是针对这些制度的不足和缺位加以改变和弥补。

首先，立法的不足表现在规定出版、集会、结社、游行、示威自由的法律中对其限制较多，而几乎没有权利的保障性条款，各种规制实质上压缩了以上这些权利的空间。以集会游行示威的自由为例，尽管我国制定颁布了《集会游行示威法》，但实际上集会游行示威的权利被严格限制，根据《集会游行示威法》第七条第一款之规定："举行集会、游行、示威，必须依照本法规定向主管机关提出申请并获得许可"，即确立了批准制的限制方式，而在实践中主管机关一般都否决进行集会、游行、示威的申请，如"2008 年奥运会期间北京设置了三个专门供游行示威的公园……奥运会期间虽有 77 起游行示威申请，但没有发生过一起经批准的游行示威活动"[455]。故这部法律并不是保障和鼓励公民有效行使表达自由的法律，反而成为了给权利的行使设置诸多障碍的限制性法律。"对集会游行示威权利施加过度的限制，导致群体利益要求不能顺畅表达或是群体表达行为处于非法的状态，两种情况都不利于社会的稳定。"[456]当民众的表达意愿被严格地限制而积聚到顶点，此时没有法律范围内的表达方式，自然就会像北宋末年的学生运动一样，自发、非法地集中表达。

其次是《出版法》、《新闻法》等立法的缺失，导致在这些表达自由的领域陷入了和古代类似的困境：民众行使权利无法可依，生怕自己的言论触犯了政治的禁区而被追责，官方可以无限制地给表达自由的行使附加其他限制，而且公权力为了控制舆论也倾向于附加更多的限制。在我国违宪审查机制不完善的背景下，审查的范围只存在于规范性文件之中，国家的政治行为等都没有纳入违宪审查的范围，宪法条文也难以在司法中直接适用，因而仅有宪法的原则性规定而没有具体规范的保障只能带来权利实施的困难。"在我国政府 80 年代起就已经启动了三部保障公民表达自由的重要法律——《出版法》、《新闻法》的起草工作，并提出了草案或立法框架，但由于各方面的原因，这几部法律至今仍未出台……这种'有宪可循，无法可依'的立法状态已经严重影响着我国公民表达自由的实现"[457]。法律和制度的保障是促使公民积极行使表达自由的必要条件，而目前在新闻出版自由方面的立法空白为新闻出版自由的行使方式、限制措施、救济途径平添了不确定性，这一点亟需完善。

（三）明确表达自由限制的范围、界限和方式

对表达自由的限制存在着绝对主义和相对主义两种观点："所谓绝对主义立场，并不是象其字面意思一样认为言论自由应该凌驾于其他一切权利与自由之上而享有绝对的自由，而是主张一部分具有特殊意义的言论享有不受限制的绝对自由"，而相对主义认为"任何权利

[455] 朱志玲：《<中华人民共和国集会游行示威法>的实施困境及对策探讨》，载《湖南警察学院学报》2014 年第 4 期。
[456] 阳燕香：《我国集会游行示威自由与规范》，载《天水行政学院学报》2012 年第 5 期。
[457] 吉新妮：《论表达自由的法律保障》，华中科技大学 2010 届硕士学位论文，第 18 页。

都应该被限制以实现权利义务的平衡，言论自由也不例外。当言论自由的行使侵犯了社会和其他人的合法权益时，这种言论就不享有绝对的自由，就是应该被限制”[458]。无论采取哪种观点，都承认表达自由必须要受到一定程度的限制，而为了把国家对公民表达自由的限制控制在合理范围内，对限制的范围、界限和方式必须要有明确具体的规定。

考察中国古代文祸和语祸的发展，国家权力越来越多地从政治和社会公共领域介入到私人生活领域，限制表达自由的范围日益扩张，民众非但不能直言政治，甚至连私人的言论也会受到官方的审查监控，清代的文字狱的定罪依据就涵盖了从政治批评、诗集文集、民族思想到私人日记、未出版书籍、书信、族谱等各个范围，民众的表达稍有差池便可能招来杀身之祸。而着眼于现在，一个现代民主国家应当采用禁止法律模糊和限制过宽原则[459]，把限制表达自由的情形限缩在明确的范围和界限内。其范围的设定应当仅限于社会公共领域，对于不涉及社会和他人的纯粹政治性表达则不可加以限制，因为“政府具有天然恶的成分，在现代社会亦是如此。正是由于这种恶性，需要这种针对政府的无限制的言论来监督政府、纠正政府的错误，以实现政府和社会的平衡，保障公民的权利。假如对这种言论自由加以限制将会打破这种平衡，政府的恶性无法得到抑制，民主与法治也就成了空谈。因此不能对这种纯粹的政治性言论自由加以限制”[460]，如果法律授权公权力任意限制，难免成为压制反对言论的工具，背离限制表达的初衷；而出于对个人隐私权利的保护，只有在诽谤、侮辱、侵犯他人隐私等损害他人合法权益的情况下才能加以限制。

其界限的确定应以公民的表达符合“明显而即刻的危险原则”为前提，“首先，对言论进行限制的目的，必须是为了保护国家、社会根本和重大的利益不受损害；其次，从言论所造成的危险程度看，其对重大利益的破坏必须达到明显而严重的程度，只有限制言论自由，否则无法阻止和避免危险的发生；第三，从时间上衡量，必须是危险即将发生，紧迫到已不可能通过更多言论使社会去辨明是非”[461]。当公民的表达触及国家安全和政府本身时，对限制的界限的明确化就更显得重要，因为“实践表明，民主制度越成熟的国家（强国）政治安全感愈强，民主制度不成熟或者正在迈向民主与法治进程中的国家（弱国)政治安全感愈弱”[462]，而公权力趋向于限制上述触及国家和政府的表达内容以维护政权或政治制度，而且随政治安全感越弱，这种限制的趋向越明显，中国在政治体制上说仍属于“迈向民主与法治进程中的国家”，而若把表达自由规定为不可限制和克减的绝对权利，则又陷入了“民主悖论”，即“为了保障表达自由和信息自由，它为其对手提供了颠覆其存在的武器”，“作为民主制度之必要条件的表达自由，也为颠覆民主政体的反民主势力提供了通行证”[463]，这种绝对表达

458 王海涛：《论言论自由的保护与限制》，大连海事大学 2013 届硕士学位论文，第 13 页。
459 参见杜钢建：《论表现自由的保障原则》，载《中外法学》1995 年第 2 期，转引自杜承铭：《论表达自由》，载《中国法学》2001 年第 3 期。
460 杨钊、皮立城：《从言论自由的发展看限制言论自由的两种立场》，载《法制与社会》2012 年第 17 期。
461 王海涛：《论言论自由的保护与限制》，大连海事大学 2013 届硕士学位论文，第 14 页。
462 高中、赵洁敏：《历史与比较视角下国家安全与表达自由初探》，载《求索》2009 年第 2 期。
463 胡华、刘毅：《农村公共产品问题文献综述》，载《理论探讨》2006 年第 2 期，转引自高中、赵洁敏：《历史与比较视角下国家安全与表达自由初探》，载《求索》2009 年第 2 期。

自由的状态不符合社会实际。故而必须提出并明确“明显而即刻的危险”的标准、种类与危险程度的判定方法，框定限制的界限，在司法实践中避免主观随意性。

古代专制权力限制表达自由的方式包括事先限制和事后追惩两方面，事先限制主要针对示威等政治性表达，如宋孝宗时就以诏令的形式禁止太学生联名上书；而事后追惩涉及所有表达领域，绝大部分是以刑事制裁来追惩，处以死刑的比例远高于其他刑罚。这种事先限制和事后追惩相结合的形式被沿用到现在中国的法律之中，因为刑法的近代化而不能像古代一样肆意对表达者施以刑事处罚，所以事先限制原则演变为限制表达自由的最普遍、最主要的方式，“事先限制原则是指，未经政府的批准，所有的书籍、报刊、言论都不得发表，政府也可以不作为，为了限制言论自由可以对出版者的申请不予理会”[464]，这种事先由公权力进行的审查中主观随意性较为明显，往往只由行政权力对表达后果进行估计，“事先限制公民的表达内容会赋予政府过大的自由裁量权，容易形成权力专断进而威胁表达自由，会导致权力滥用进而封闭公民的表达自由。因此，事先审查制度往往是对表达自由的障碍与威胁”[465]，当代延续古代事先限制和事后追惩的限制方式显然是继承了公权力严格限制公民权利的思路，不利于权利保障。因此，明确限制表达自由的方式应首先禁止事先限制原则，再根据公民的表达产生的对国家、社会和他人的危害来事后追惩，并细化规定各种应当被限制的言论以及其处罚方式，避免公权力因为裁量空间太大而滥用。

结 语

表达自由的观念直至近代才由西方传入中国，自秦朝至清中期，专制君主理所应当地认为其有权力无节制地限制民众表达，以法律和诏令的形式将这种严格限制明确化，并为后世历代所传承。历史证明，极端地压制表达自由非但不能稳固统治，反而使得人人自危，加剧了社会动乱的因素。而近代以来一般民众也愈发意识到表达自由的重要意义，公权力对表达自由的限制只能朝着更宽松开放的方向发展。表达自由的行使需要制度保障，否则即使存在宪法对权利的宣示，公民也不愿行使、不敢行使，中国古代多次公共批评运动后的民众表达低潮即是如此，而当今虽然颁布了有关表达自由的多部法律，但对权利保障制度的法律建构仍存在不足，对国家限制表达自由的范围和界限没有明晰的立法规定。2004 年宪法修正案加入了“国家尊重和保障人权”的条款，但行政权力对公民表达自由的严格限制并没有因此而显著改变，若仍然依照古代“太上禁其心”的治国思路，宪法的原则性规定无法落到实处，则尊重和保障人权只能沦为空谈，同时也会丧失一个国家思想进步与社会发展的张力。如果宪法和法律给予公民自由和制度的保障，那么公民会积极行使表达自由，无需官方的事先审查就能在各个领域发表其看法而不用担心因此受到处罚，真正意义上的自由和民主便因此得以巩固。

464 邱小平：《表达自由—美国宪法第一修正案研究》，北京大学出版社 2005 年版，第 69 页。
465 吉新妮：《论表达自由的法律保障》，华中科技大学 2010 届硕士学位论文，第 23 页。

法律援助在反家暴领域内的作用研究

——以苏州市为例

王超 程向文 吕思远 潘玛丽*

摘　要：《中华人民共和国反家庭暴力法》的正式施行为那些饱受家庭暴力摧残折磨的人们提供了具体的法律支撑。但家庭暴力的形式依然严峻，家庭暴力的对象多以妇女儿童为主，他们在家庭生活中通常处于弱势，对于家庭暴力多以忍耐为主，绝大数受害者也缺乏法律素养，不懂得用法律武器捍卫自己的合法权益；另外，即使受害者向人民法院提起诉讼，也会因为当事人提供的证据没有形成完整的证据链而无法获得法院支持。因此，法律援助介入家庭暴力案件中去，对那些受害者提供专业的法律咨询及代理极为重要。但是我国《法律援助条例》及相关法律法规并没有明确规定家庭暴力案件的受害人是否可以申请法律援助，或者明确家庭暴力受暴者申请家庭暴力的具体标准。鉴于此，本文将论证法律援助在家庭暴力案件中的作用以及家庭暴力案件中受暴者申请法律援助的标准。

关键词：法律援助　家庭暴力　非政府保障事项法律援助

一、引 言

随着《反家暴法》的出台以及社会家庭生活中的暴力现象被媒体广泛报导、日益发酵，人们越来越多地开始关心家暴问题和与之对应的解决方案。基于经济成本和时间效益等方面的考量，人们通常不会选择将这些看似“鸡毛蒜皮的小事”直接诉诸于司法强制机关来寻求帮助，要求获得救济。更多地，人们常常会选择向村委会、居委会、社会公益组织等社会团体的力量寻求救助，于是，更为专业化、人性化的法律援助组织在这样的社会趋势中发挥起举足轻重的作用，并越来越受到社会各方的关注。

* 王　超：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。
程向文：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。
吕思远：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。
潘玛丽：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。

二、我国家庭暴力与法律援助现状的初步探析

（一）我国家庭暴力的现状与忧虑

首先，我们需要厘清家庭暴力的定义。我国关于家庭暴力最早的定义出现在2001年起施行的《最高人民法院关于适用（中华人民共和国婚姻法）若干问题的解释（一）》中，该司法解释明确规定："家庭暴力是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为"。新出台的《中华人民共和国反家庭暴力法》对家庭暴力也做了明确规定："本法所称家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。"在国际层面上，联合国的相关文件也有类似规定。"1993年联合国《消除对妇女的暴力行为宣言》使用了'针对妇女的暴力行为'的概念，它是指妇女造成或可能造成身心方面或性方面的伤害或痛苦的任何基于性别的暴力行为，包括威胁进行这类行为、强迫或任意剥夺自由，而不论其发生在公共生活还是私人生活中。"[466]

据有关数据显示，自 1993 年以来，在各级妇联接待的来信来访中，婚姻家庭类占 70% ～80%，而其中属于家庭暴力的案件达 40%左右，农村个别地方达 70%之多。马鞍山市妇联统计，1995 年接待来访 91 件，家庭暴力 41 件，占总件数的 45.1%。其中在婚姻存续期间的家庭暴力 24 件，占总数的 58. 5%；离婚诉讼期间的家庭暴力 2 件，占总数的 4.8%；离婚后妇女受前夫暴力侵害的 8 件，占总数的 19. 5%；家庭成员间的暴力行为 7 件，占总数的 17. 1%。可见家庭暴力主要发生在夫妻之间，受害者主要是妇女。[467]早在 1999 年，广东省妇联在广州等 11 个市进行了一次入户抽样调查后，就得出结论说，有近三成 （ 部分媒体报道为 29. 2%）家庭存在家庭暴力的现象，其中丈夫对妻子使用暴力的占了 79. 4%。2000 年，江西省妇联也在全省做了一次问卷调查，得出的数据为，自 1995 年以来经历过家庭暴力的家庭占 34.58%。[468]据不完全统计，与上个世纪 80 年代相比，90 年代我国家庭暴力上升了 25.4%。以青岛市妇联为例，1991 组织接待来访的家庭暴力事件达达 358 件，占该类来访的 15.21%，到 1996 年已增加到 25. 7%。家庭暴力成为引起婚姻关系破裂的主要原因。据司法部门资料表明，家庭暴力案件约占婚姻案件的 30%，个别地区达 50%。家庭暴力日益影响社会稳定和安定团结。2000 年，江苏省妇联在南通监狱女子分监进行了相关调查，调查结果显示在 237 个存在暴力的家庭中，有 125 人的犯罪直接与家庭暴力有关，占 52.74%。125 个直接因家庭暴力而犯罪的女性中有 93 人长期受到丈夫的殴打、虐待，占 74. 4%。她们所犯罪种涉及到杀人、介绍容留卖淫、伤害、拐卖、盗窃、诈骗、抢劫、纵火、爆炸等，有 62 人犯故意杀

[466] 参见《预防和制止家庭暴力多部门合作工作手册（试行）》第二页，2013 年苏州市妇联、苏州市公安局联合发布。
[467] 参见罗萍：《家庭暴力的现状、原因及法律措施》，载《新疆大学学报》1997 年第 4 期。
[468] 参见桂南岭：《论家庭暴力的法律干预》，载《法制与社会》2007 年 9 月版。

人罪，占 49．6%；伤害、投毒、爆炸、纵火等恶性案件 17 起，占 13．6%。[469]

这些数字是惊人的，也是值得人们去领悟和反思。家庭暴力影响个人身心健康，家庭和睦乃至社会安定平和，基于此，我们必须要对它采取重视的态度，积极寻求解决方案。

（二）我国法律援助的现状与前景

本文所称的“法律援助”指以社会组织团体为主体、以需要帮助的社会人民大众为对象来实施以法律为援助手段的救济行为。民间法律援助是指由私人或社会团体免费为经济困难或法律知识缺乏以及其他需要法律上帮助的社会弱势人群提供法律服务的活动。民间法律援助组织是指私人或者社会团体为实现其特定的宗旨所设立的为相对处于弱势地位的当事人免费提供法律服务并从事其他相关活动的社会组织。民间法律援助组织具有目的的公益性 、方式的灵活性 、宗旨的多样性的特点。[470]

在我国，在 1994 年便开始探索建立法律援助制度。 中国的法律援助事业虽然起步晚，但发展十分迅速，现已建立法律援助机构 2600 多个，每年办理各类法律援助案件近 20 万件。[471]根据有关数据显示，2003 年 7 月国务院颁布了《法律援助条例》，这是我国第一部关于法律援助的全国性法规 ，它标志着我国的法律援助事业走向了法制化的轨道。近十年来，全国办理法律援助案件的数量逐年上升，受援人数不断增加。据不完全统计，全国各地十年来共解答法律咨询近 600 万人次，办理各类法律援助案件 81 万件，有 130 余万人获得了法律援助诉讼服务。特别是自《条例》实施一年来，办案数量明显增加。2003 年全国共办理各类法律援助案件近 17 万件 ，比上年增加 23%，受援人数近 30 万。[472]

从很多数据比较分析可以看到，我国法律援助体系已经逐步建立起一个完整的体系，形成以企业法律援助、高校法律援助以及其他社会团体法律援助为主要内容的体系。尽管法律援助体系已渐趋完善，我国还是存在着普通民众难以寻求司法救济或者司法救助形式程序冗杂、耗费的时间精力成本过大等众多突出问题，与其他发达国家相比我国仍然处于不成熟的阶段，因而，我们需要立足当下，着眼未来，为法律援助在社会领域各个方面尤其是家庭暴力方面的作用寻求着力点和客观需要之依据，以更好地把两者结合起来，创造更美好、更和谐的社会主义社会。

---

469 参见前引 2。

470 参见林莉红、黄启辉：《民间法律援助与政府法律援助之关系研究》，载《环球法律评论》2005 年第 6 期。

471 参见张福森：《为实现公平和正义：法律援助在中国》，载《法援大观》2003 年创刊号。

472 参见徐卉：《中国关于法律援助的立法与实施情况》，载《中国人权年刊》第一卷，社科文献出版社 2004 年版 。

三、法律援助介入家庭暴力案件的必要性

（一）家庭暴力的危害性

家庭暴力以一种极端方式来打破家庭之间的和谐与稳定，对受害者的身心造成极大的损害，甚至危及受害者的生命安全，已经成为一个破坏中国家庭稳定与社会和谐发展的毒瘤。家庭暴力犯罪对社会造成的危害也已从多方面凸现出来，主要有：

1.家庭暴力严重侵害受害人的人身权利

从字面意义理解就可以看出家庭暴力行为虽然冠以“家庭”二字，但是难以掩盖其“暴力”的本质，学界对于暴力的通说认定为：侵害他人人身、财产、精神的暴力行为。当受害者在经历过一次次的暴力事件之后势必会对这种行为产生一种恐惧心理，从而进一步造成精神受损状态的产生。由于家庭暴力受害人绝大多数是妇女，所以以妇女为例来详析这样一种侵权行为，在家暴事件中，她们受到肉体和精神的双重伤害，其中身体上的损伤是外在的、较为明显而吸引了人们更多的注意，精神上的损伤是内在的、亦较为隐蔽，但往往精神的创伤比身体上的创伤更难以愈合，遭受暴力的妇女长期生活在恐怖、紧张的气氛中，心里充满了恐惧与悲哀，有的悲痛欲绝，导致心情抑郁或精神分裂[473]。

2.家庭暴力会导致家庭关系的破裂

从目前而言，家庭暴力的对象一定是家庭中的弱者，如妇女、儿童、老人、残疾人。当这些家庭中的弱者在经历家庭暴力之后，他们一般会基于一种“家丑不可外扬”的心理忍气吞声，但是当到了一种忍无可忍的地步之后，到来的将是家庭内部矛盾的冲突与锐化，甚至会达到一种难以调解的地步，最后可能会产生家庭暴力受害人的离家出走或者夫妻离婚的严重后果，让家庭关系的缺口变得难以弥补。

3.家庭暴力阻碍社会的安定和发展

家庭妇女长期遭受其配偶的暴力侵犯，其结果一般有四，一是继续忍受、顺从，在暴力的阴影下求生，甚至以自杀求得解脱；二是与配偶相互殴打、辱骂，互不相让，使家庭成为夫妻间的战场，使婚姻成了爱情的“坟墓”。夫妻间的长期相互施暴，不但严重破坏家庭的和睦、团结，严重影响的夫妻间的感情，更严重地损害了子女的身心健康发展。三是依靠法律手段，维护自己的合法权益；四是一些妇女在长期遭受非法暴力侵害后，忍无可忍，铤而走险，采取非法、残忍的手段进行报复，以暴易暴。[474]此外，对于那些深受家庭暴力的影响，长期在家庭暴力环境中成长起来的孩子们，大多数患有恐惧、焦虑、孤独、自卑、不信任等心理障碍，他们长大后，如其心理痼疾得不到及时诊治，很可能会成为新的家庭暴力的实施者，更有可能会因此成为敌视社会、报复社会的人。作为社会细胞的家庭的不稳定，势必影

[473] 参见曾毅：《谈家庭暴力及其预防》，载于《求实》2006 年第 2 期。
[474] 参见陈阳忠：《家庭暴力的危害及其防治对策》，载于《湖南农业大学学报（社会科学版）》2005 年 10 月第 6 卷第 5 期。

响社会的稳定，不利于我国社会主义和谐社会的构建。

（二）家庭暴力事件的应介入性

1.家庭暴力事件本身是广泛且有介入可能的

家庭暴力事件是一种广泛社会化的恶性事件，它充斥在我们的周围，只不过由于它还具有家庭内化性，所以往往不为我们所知。其多发生于具有婚姻或非婚关系的家庭成员之间，既有家庭的内在封闭性，也有个人的内化隐私性，在家庭暴力行为和行为者都具有的较大隐蔽特征和社会法律制度环境的宽松性的双重作用下，使家庭暴力得以长期存续，不断连续发生或周期性反复发生[475]，这些特征导致家庭暴力问题在当下社会依然严重。

2.受暴群体与社会支持系统的关联的非对称性

对受暴群体的社会支持系统通常包含正式社会支持系统和非正式社会系统。正式社会支持系统包括警察、法院、医疗卫生、社会及专业服务机构，非正式支持系统则指来自民间或个人的支持[476]。受暴群体与社会支持系统的良好关联模式是，当社会对受暴群体提供这些支持时，具体的受暴人能够及时有效的利用这些社会支持系统所提供的帮助。但是就目前的社会现状看来，由于种种原因，受暴者更多的会选择独自面对家庭暴力的压力，这就导致社会支持系统的被搁置，从而带来受暴群体与社会支持系统的关联的非对称性问题，在这样的状况下，法律援助介入家庭暴力无疑为社会支持系统注入新的活力，并且为家庭暴力事件的解决提供一种可能性。

3.目前围绕着家庭暴力的法律援助体现的问题

以当下苏州的法律援助所体现的问题为例来探讨，目前针对家暴问题的法律援助包括妇联下设的妇女权益法律援助中心，以及苏州市各级法律援助中心。对于家暴案件的接访量，有很大一部分是在于妇联的，苏州市各级法律援助中心所能接收到的家暴案件数量是很少的，因为当下的家暴问题主要是集中于丈夫对妻子施暴的行为，伤害其他家庭成员的情况较为少见，而且一旦妇女遭遇家暴问题，对于一个从未接触过法务的普通市民而言更容易想起来的是妇联而非法律援助中心。这也是两者接案差异的原因所在。

妇联下设的妇女权益法律援助中心当下所遇到的问题在于：（1）法律援助形式单一，只能提供简单的法律咨询。（2）经费匮乏，妇女权益法律援助中心面对较多的需要法律援助律师帮助的案件没有过多的经费可以支付律师的劳务费用。

苏州各级法律援助中心主要在于接案的数量较少，对于家暴问题的参与度过低，存在感不高，目前处于一种可有可无的状态。另外对于两者都存在的问题就是，当下法律援助的门槛较为刻板，不人性化。江苏省委办公厅、省政府办公厅出台的《关于完善法律援助制度的实施意见》中规定“苏南地区不低于最低生活保障标准的 2 倍，苏中苏北地区不低于最低社

[475] 参见李莹、刘梦：《中国家庭暴力问题研究探析》，载于《白城师范学院学报》第 28 卷第 2 期。
[476] 前引 8。

会保障标准的1.5倍”。但是，对于被丈夫施暴而无奈被扫地出门的无助妇女而言，虽然表面看来她仍旧是家庭的一份子，享有夫妻共同财产的共同共有权（一般是标的额较大的不动产），可是这些弱势群体往往没有任何能够当下兑现以帮助其进行诉讼的钱财，实质财产的获得必须等到离婚以后把所有权变现才行，故而，“由于表面上拥有大额的夫妻共同财产以至于难以达到法律援助标准中要求的贫困”这种状况十分普遍。从学术角度而言，此时的受暴者处于一种“实质性贫困”的状态，而对于这样一种实质性贫困的受害人，法律援助尚且没有予以任何详细规定，所以仅从目前的条文而言，对于这一个群体，法律援助之手尚未介入。

另外，虽然我国有较多的其他介入力量，比如公安、民政局等，但是并没有形成系统的反家庭暴力综合体系，这些机构之间缺乏有效的协调和配合，面对家庭暴力案件中举证难、立案难等问题十分乏力，从而对家庭暴力的社会控制发挥不了应有的作用。[477]

（三）当前法律援助的可介入性分析

首先应当将可介入性与应介入性进行区分，以防混淆。可介入性是指有能力介入，而应介入性是指需要相关的社会力量进行援助。

1.法律上的可介入性

对于法律援助是否应该介入家庭暴力案件，《法律援助条例》中没有给予具体规定，[478]但是《江苏省法律援助条例》第十条规定：公民对于下列需要代理的事项，因经济困难没有委托代理人的，可以向法律援助机构申请法律援助：（一）请求国家赔偿的；（二）请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的；（三）请求发给抚恤金、救济金的；（四）请求给付赡养费、抚养费、扶养费的；（五）请求支付劳动报酬或者因劳动关系请求经济补偿、赔偿的；（六）因身体遭受严重损害请求赔偿的；（七）因遭受家庭暴力、虐待或者遗弃要求变更或者解除收养、监护关系的；（八）因遭受家庭暴力、虐待、遗弃、对方重婚或者有配偶者与他人同居的受害方要求离婚的；（九）国家和省规定的其他事项。其中（七）、（八）中明确规定法律援助对于家庭暴力的介入范围。[479]

另外，2016年3月1日开始实施的《中华人民共和国反家庭暴力法》（以下简称《反家暴法》）第三条第二款规定：反家庭暴力是国家、社会和每个家庭的共同责任。法援团体分为政府法援和民间法援两个部分，前者是国家职权的体现，后者是对家暴问题的社会援助的一部分。而且《反家暴法》第十九条中也明确规定：法律援助机构应当依法为家庭暴力受害人提供法律援助。[480]这就为法律援助的介入明确的规定了义务，而不是一种简单的对其能力限制的解除。

---

[477] 参见侯琦：《对我国家庭暴力防治的法律思考》，载于《民主与法治》，2006年第8期。
[478] 参见《中华人民共和国法律援助条例》（2003年7月16日通过），第二章“法律援助范围”。
[479] 参见《江苏省法律援助条例》（2005年9月23日修订），第十条第七项、第八项。
[480] 参见《中华人民共和国反家庭暴力法》（2015年12月27日通过），第十九条第一款。

2.法律援助的优越性

（1）法律援助弥补了缺失的一环。

在上文提到的当下反家庭暴力综合体系尚且不完善，正是由于这个体系内部大多都是代表国家公权力的介入来对家暴问题进行干涉，虽然不乏妇联的参与，但是妇联所能提供的帮助是局限于社会层面的，仍然难以在法律层面产生较大的影响。法律援助正是将法律代表的公平正义带给权利受到侵害的受暴人，并且用法律的相关规定对其加以相关的保护。

（2）法律援助相比其他机构更具有广泛性

法律援助在实践中被分为政府法援和民间法援，时下我国的政府法律援助已经发展的比较完善，各级行政规划区内都建立了较为完善的政府法援制度；另一方面，民间法援的重要力量——高校法援也作为一支重要的法律援助力量在反家暴的舞台上日益活跃。

（3）法律援助所能提供的途径更加多样化

法律援助对于家庭暴力的措施从最基本的普法宣传、心理辅助、婚姻调解到最后的公益诉讼，这些方法都是保护当事人的有力途径，仅从公益诉讼角度来看，法援机构之下挂靠的律师志愿者数量多且能力强。

3.法律援助对家庭暴力事件介入之后的预期效果

（1）对当事人给予更大的法律保护

法律援助所能给予当事人的帮助相比其他的机构而言，贴近民众的同时又不缺乏法律的专业性，故而能够更加有助于对当事人进行保护。

（2）构建完善的反家暴体系

反家暴体系需要一支真正能代表法律的力量介入，法律援助正是填补了这个空白之处，从而让体系的构建更加完善。

四、家庭暴力受害者申请法律援助的标准

通过前文的论述，我们知道，法律援助是有必要介入家庭暴力案件的，但是我国现行的《法律援助条例》并没有明确规定家庭暴力受害者是否可以申请法律援助。[481]《反家暴法》虽然规定了法律援助机构应当向家庭暴力受害者提供法律援助，但也没有明确规定家庭暴力达到何种程度或者哪些种类的家庭暴力案件可以申请法律援助。[482]《江苏省法律援助条例》虽然在《法律援助条例》的基础上扩大了法律援助的范围，规定了家庭暴力受害者可以申请法律援助，但也仅规定遭受家庭暴力的家庭成员只有要求变更或者解除收养、监护关系或者要求离婚的才能申请法律援助。[483]

依我国的现行法，目前能够受到法律援助的家庭暴力案件大致可分为以下四类：第一，

[261] 前引 13。
[482] 前引 15。
[483] 前引 14。

受暴者人身伤害刑事自诉案件或刑事自诉附带民事诉讼的案件；第二，受暴者因家庭暴力提起变更或者解除收养、监护关系的案件；第三，受暴者因家庭暴力提起离婚及民事赔偿的案件；第四，受暴者以暴制暴被指控为犯罪的刑事案件。

显然，绝大多数家庭暴力案件的受害者是不可能受到法律援助的，以《江苏省法律援助条例》为例，遭受家庭暴力的受害者不一定会要求变更或者解除收养、监护关系甚至离婚，更多的家庭暴力受害者都希望能在维持现有关系的前提下不再遭受家庭暴力。以苏州市为例，2013 年到 2015 年，苏州市妇联共接到家庭暴力案件 854 起，但当事人要求变更或者解除收养、监护关系的或者要求离婚的案件寥寥无几。另外，法律援助的前提条件是经济困难，江苏省对经济困难的界定是“当地人民政府规定的最低生活保障标准”。[484]而在某些家庭暴力案件中，受暴者不一定能达到这个最低生活保障的标准，但实际上，施暴者可能会对受暴者实行“经济封锁”，受暴者未必有足够的经济能力去聘请律师甚至支付鉴定费和诉讼费。因此重新界定家庭暴力受害者申请法律援助的标准或者说扩大法律援助的范围至关重要。

（一）通过立法确定家庭暴力案件受害者申请法律援助的具体标准

从立法层面确定家庭暴力案件受害者申请法律援助的具体标准是解决前述问题的关键，所谓法治国家，首先要有法可依。在没有完善相关法律法规的前提下，对家庭暴力受害者的法律援助作用显然是不明显的，大多数受害者甚至无法申请法律援助。因此，完善相关法律法规，才能使法律援助机构或者工作者能够有法可依，为家庭暴力案件的受害者提供更多更好的法律援助服务。

首先，可以通过修改《法律援助条例》，扩大法律援助的范围。我国现行的《法律援助条例》是于 2003 年 7 月 16 日通过并于同年 9 月 1 日起正是生效的。现行《法律援助条例》只规定了六种代理事项、三种刑事诉讼情形以及公诉案件中被告人因经济困难或因盲、聋、哑、未成年没有委托辩护人的情况可以申请法律援助。但是，随着社会主义市场经济的发展，新型案件的涌现，越来越多的案件也需要法律援助，这其中，也包括家庭暴力案件。

其次，可以出台《反家暴法》的司法解释，明确哪些种类的家庭暴力案件或者家庭暴力达到哪种程度，法律援助机构可以为受暴者提供法律援助。《反家暴法》于 2015 年 12 月 27 日通过并于今年 3 月 1 日起正式生效，《反家暴法》第十九条第一款规定法律援助机构应对家庭暴力的受害者提供法律援助，但是却没有明确具体事项。例如，法律援助机构可以介入的家庭暴力案件有哪些？家庭暴力达到什么程度，法律援助机构可以介入？法律援助机构应该介入到那个层面？诸如这些问题，《反家暴法》没有做任何规定。

[484] 前引 3 第十三条第一款。

（二）建立非政府保障事项中妇女、儿童及家庭暴力专项法律援助机制

非政府保障事项法律援助是2015年苏州市法律援助基金会和苏州市法律援助中心和共同合作开展的新型法律援助机制，其目的在于扩大法律援助的受援范围。今年，该新型法律援助机制计划与苏州市妇联展开合作，将妇女、儿童及家庭暴力专项法律援助纳入该机制，其内容包括：

（1）受援人为妇女、儿童及家庭暴力之受害方；

（2）基本条件为不在当前政府规定的法律援助范围内的法律援助案件；

（3）以离婚、人身损害赔偿、变更监护等为诉求的，不受经济困难条件限制；

（4）统一由市妇联法律援助中心组织办理；

（5）法律援助服务范围、形式不受限制。

专项法律援助将法律法规明文规定可申请法律援助以外的但又应当予以法律援助的家庭暴力案件涵盖进去，扩大了家庭暴力案件受害者申请法律援助的范围。当然，由于非政府保障事项法律援助是法律援助基金会主导开展的，财政拨款匮乏，其经费大多来自法律援助基金会，2015年，苏州市法律援助基金会就拿出了10万元来资助非政府保障事项法律援助。然而基金会的资助显然是不能与政府的财政拨款相比的，笔者建议政府能对该机制进行一定的补贴。另外，虽然该机制扩大了法律援助的受案范围，但并不代表所有的家庭暴力案件受害者都能可以申请该项法律援助。由于审查不严等原因，该机制存在着当事人滥用等现象。笔者建议妇联在该机制中应主要扮演审查的角色，妇联是家庭暴力案件，尤其是妇女为受暴者的家庭暴力案件中最容易接触到当事人的机构，在于其接触的过程中，认真了解其真实情况，严格审查，确保该项机制不被滥用。具体做法如下：

1.认真询问，了解诉求

当受暴者（尤其是妇女）前往妇联寻求法律援助时，妇联工作人员应当耐心倾听受暴者的经历，认真询问其基本情况，初步判断受暴者是否属于非政府保障事项中妇女、儿童及家庭暴力专项法律援助的范围。在进一步确定其诉求，“根据受暴者的医院进行分类处理。”[485]若家庭暴力情节较轻或受暴者的诉求是非诉讼，妇联可采取其他相应的措施，例如心理辅导、婚姻调解等。

2.走访社区，深入了解

受暴者在家庭暴力中处于弱势一方，可能对施暴者有仇视情绪，进而对家庭暴力事实进行“加重”描述。另外，受暴者可能会为了获得非政府保障事项中妇女、儿童及家庭暴力专项法律援助而故意隐瞒或编造某些基本信息或者家庭暴力事实。此时，为了更加深入地了解受暴者的真实情况，妇联可以与高校法律援助中心合作，走访受暴者所在社区。

---

[485] 参见陈苇、唐国秀、石雷、罗琼：《妇联在防治家庭暴力中的作用研究——重庆市某区妇联防治家庭暴力情况调查报告》，载于中华女子学院学报2012年8月第4期。

3.培训妇联工作人员

针对妇联相关工作人员，对非政府保障事项中妇女、儿童及家庭暴力专项法律援助的流程以及反家暴的相关法律法规或制度进行培训，提高妇联工作人员的专业素质。

五、法律援助介入家庭暴力案件可能存在的问题及对策

法律援助介入家庭暴力案件的必要性和重要性已经在前面具体地分析过了。我们在认识到法律援助对家庭暴力案件解决的积极作用的同时，也要重视介入过程中可能存在的一些问题。将这些问题有效地化解，有利于提高法律援助的效果，更有利于家庭暴力案件的顺利解决。法律援助介入家庭暴力案件可能存在一下六方面的问题：

（一）介入“门槛”高，许多案件被法律援助“拒之门外”

《江苏省法律援助条例》第 10 条规定了省内法律援助的具体范围，其中第 7 款、第 8 款的规定与家庭暴力有关——“因遭受家庭暴力、虐待或者遗弃要求变更或者解除收养、监护关系的；因遭受家庭暴力、虐待、遗弃、对方重婚或者有配偶者与他人同居的受害方要求离婚的”。可见，现在法律援助介入家庭暴力案件要求当事人必须有因家庭暴力而想要变更或解除收养、监护关系或者想要离婚的要求。这个要求显然是比较高的，因为在许多家庭暴力案件中，当事人可能还未产生这样的想法，仅仅是希望法律援助介入来调查和调解，进而使施暴方认识到家庭暴力的危害、停止家庭暴力，恢复家庭的和谐。这个要求的提出使许多家庭暴力的当事人无法获得法律援助，失去了解决家暴问题的一大途径。

（二）法律援助普及度不高，介入“机会”少

在如今的社会，人们在遭遇法律问题时，对于自己可以寻求哪些帮助的认识是较浅的，大多只知道能向律师去咨询，严重时就到法院进行诉讼。在采访吴中法院立案庭的谢庭长时，她也坦承能来法院寻求帮助的已经是比较有法律意识的了。可见，法律援助尚没有被公众普遍地知悉，很多人并不知道还有这么一个途径可以来维护自己的权益。这就很大程度上减少了法律援助介入的机会，在家庭暴力案件中同样如此。

（三）律师费用相对较低，或影响律师办案效果

在法律援助中，援助律师的费用是由国家财政拨付的，不用当事人支付。援助律师的办案补助一般在几百左右，相当于律师的交通费和电话费等支出的补助。相较于在律所接案能获得的报酬，这个补助费显然是比较低的。虽然说法律援助本身体现了公益性质，但这个“公

益”主要还是针对当事人的。有些案件中律师的支出往往会超过补助费的总额，超额的费用支出可能影响律师办案的效率。

（四）鉴定费、诉讼费等费用问题

在法律援助介入家庭暴力时，虽然律师的费用由国家财政承担了，但相关的其他费用，如伤情鉴定费用、诉讼费用仍需当事人自己支付。家庭暴力发生后，当事人的具体伤情是比较有力的家暴证据，因此对伤情进行司法鉴定是不可避免的。如果需要到法院起诉，诉讼费用同样需要支付。而这些费用在正常的案件中都应该由当事人支付，但显然会寻求法律援助的当事人中有很大一部分在经济上是比较困难的，这些相关费用对他们来说可能仍是一种负担。

（五）证据链难以形成，取证困难

在家庭暴力案件中，有是会出现取证困难的情况。如果家暴是以精神暴力而非无理暴力的形式出现时，证明家暴的存在是有难度的。即使是物理性质的暴力，同样会因为受害人不注意保存相关的治疗证明，或者有关证人出于各种考虑不愿作证。这些问题都会影响法律援助能否有效地解决家庭暴力问题。

（六）法律援助同样可能被滥用

虽然法律援助的门槛是比较高的，但并不是说不存在被滥用的可能。在采苏州访市法律援助中心曹主任时，我们就了解到中心曾指派过援助律师去帮助当事人解决法律问题，但在之后发现当事人其实并不符合援助条件，而是隐瞒或改动了相关信息，以获取免费的法律服务。这个问题在家庭暴力中同样不可忽视。

针对上述问题，可以有以下六个解决问题的方法：

1、降低门槛，让更多家暴当事人能接受法律援助

虽然在《江苏省法律援助条例》中家暴问题可受法律援助介入的面还是比较窄的，但细化到各地区还是能从其他方面推动法律援助介入家庭暴力的。在第三部分里我们已经就苏州市妇联和苏州市法律援助中心合作的“非政府保障事项法律援助项目”中与家暴有关的项目进行了可行性分析。

2、加大宣传，普及法律援助

对法律援助的宣传力度还是有待加强。宣传可以是多方面、多形式的，如高校各法律援助中心可在平时的社区普法、校园普法中宣传自身法援，如妇联在向民众普及相关反家暴知识时也可带着宣传法律援助这一途径，也可借助已有的平台进行宣传，如地方知名的报刊、

运营成熟的微信公众号等等。此外，通过接受法律援助的帮助的当事人口耳相传，也能起到十分好的宣传推广作用。

3、适度提高律师补助费用

在律师补助费这一块，除了固定的政府财政外，我们可以考虑发展地方的法律援助基金会，基金会的主要目的就是募集法律援助资金，为实施法律援助提供物质支持。现在各地的法律援助基金会都在建设和发展中，如果能通过基金会有效拓宽募集援助资金或促进基金增值，就能相应地提高对援助律师的补助，有利于他们更好地有效地处理法律援助案件。

4、相关费用的减免

寻求法律援助的当事人，大多在经济方面是存在一定不足的，这就会体现在他们支付相关费用的能力的不足上。所以，针对这方面的问题，有关机关可以相应地对特定的法律援助当事人减免一些费用。据我们所了解，在吴中法院法律援助当事人的诉讼费用是可以有一定程度的减免的，这对当事人来说无疑是负担的减轻，同样的方法可以在其他机构得到普及。

5、借助有关组织寻求家暴证据

根据前面的问题分析，我们知道家暴证据的获取也是有一定困难的。在取证上，居民委员会、村民委员会、妇联组织在对当事人进行调解、劝阻的过程中形成的书面材料同样可以作为证据提交。不同于有多方考虑的当事人及其亲属，这些组织往往是中立、客观的，由其制作的材料也能在很大程度上证明事实。如果能获得双方的聊天记录、对方承认家庭暴力的录音、伤害情况的录像等视听资料，与其他物证人证相互印证，形成证据链，其证明力将大大提升。

6、适度核查当事人具体情况，防止法律援助被滥用

在接受家庭暴力当事人对法律援助的申请之前，可以有选择性地对当事人的具体情况作核查，以防止不符合条件的人借法律援助规避相应的费用支出、获取免费服务而占用了真正需要法律援助的当事人的宝贵资源。

六、结 语

目前我国的第一部《反家暴法》已于 2016 年 3 月 1 日正式实施。但是家庭暴力这种现象长期存在于我国社会，且屡禁不止，家庭暴力的有效解决不仅需要法律条文的跟进，还需要多方配合。在反家暴领域，近些年来，法律援助在实践中已有较多典型案例涌现，但是由于缺乏相应的理论和法律基础，法律援助在家庭暴力案件中的作用微乎其微，更多时候都只有预防作用。尤其在当下新法刚施行不久的情况下，理论的研究亟待需要更新并且提出新的想法。我们研究此课题的目的在于为法律援助介入家庭暴力案件提供理论基础，同时呼吁立法者将家庭暴力案件纳入法律援助的范围，也希望我国其他地区的法律援助基金会或者政府能借鉴苏州市的非政府保障事项法律援助，进而帮助更多的法援人在新法的环境下更快的站稳脚跟，从而帮助更多饱受家庭暴力摧残的受害者脱离苦海。

征地拆迁中的职务犯罪研究

梁哲 葛君 朱利亚 李平平 肖何秋子 *

摘　要：在城镇化过程中，多人内外勾结共同骗取征地拆迁补偿款的犯罪现象突出。此类案件的定性问题一直有争议，同案不同判的情况也时有出现。在征地拆迁过程中，负有特定职责的国家工作人员与他人勾结，背叛与其身份相关的职责，属于实质上的贪污罪实行行为。而不具有国家工作人员身份的人可能构成诈骗罪或盗窃罪。

关键词：征地拆迁　国家工作人员　贪污罪　职务侵占罪　诈骗罪

一、问题的提出

随着我国现代化进程的加快，城镇化建设的推进，全国各地的征地拆迁工作进入了持续的热潮。征地拆迁进展的顺利与否直接关系着城市的发展、经济的增长和人民群众的切身利益，以及政府及官员的业绩评定。近年来，随着这项工作如火如荼的推进，无数关于征地拆迁的闹事引人注目，征地、拆迁、以及迁后安置的种种事项中出现的各种问题比比皆是。征地拆迁过程中，国家（机关）工作人员与被征地拆迁人相互勾结，骗取补偿款的案件屡屡发生，然而在对案件的定性以及及时预防方面学界还存在着争议。在此次科研基金项目中，我组成员将以案例分析为主要方法，展开学习、完成报告。

二、犯罪主体的界定

（一）国家工作人员

刑法第九十三条规定：本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。

* 梁　哲：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。
葛　君：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。
朱利亚：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。
李平平：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。
肖何秋子：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。

刑法第九十三条规定的“其他依照法律从事公务的人员”应当具有两个特征：一是在特定条件下行使国家管理职能；二是依照法律规定从事公务。具体包括：（1）依法履行职责的各级人民代表大会代表；（2）依法履行审判职责的人民陪审员；（3）协助乡镇人民政府、街道办事处从事行政管理工作的村民委员会、居民委员会等农村和城市基层组织人员；（4）其他由法律授权从事公务的人员。

关于“从事公务”的理解：从事公务，是指代表国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体等履行组织、领导、监督、管理等职责。公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。如国家机关工作人员依法履行职责，国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理、监督国有财产等活动，属于从事公务。那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作，如售货员、售票员等所从事的工作，一般不认为是公务。[486]

（二）基层工作人员之身份认定

在征地拆迁工作中农村基层组织人员拥有广泛的权力，在征地补偿过程中集决策者、管理者、协调者于一身，有着沟通各方利益主体的身份，他们利用签订征地安置补偿协议和经手土地补偿款的便利，贪污、挪用补偿款，收受贿赂滥用职权，成为征地拆迁领域职务犯罪的主要群体。

根据 2000 年 4 月 29 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于<中华人民共和国刑法>第九十三条第 二款的解释》，村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作，属于《刑法》第九十三条第二款规定的“其他依照法律从事公务的人员”：(四)土地征用补偿费用的管理。并同时规定：“村民委员会等村基层组织人员从事前款规定的公务，利用职务上的便利，非法占有公共财物、挪用公款、索取他人财物或者非法收受他人财物，构成犯罪的，适用刑法第三百八十二条和第三百八十三条贪污罪、第三百八十四条挪用公款罪、第三百八十五条和第三百八十六条受贿罪的规定。”[487]

即村委会等村基层组织人员从事协助人民政府进行有关管理工作，属于刑法第九十三条第二款规定的“其他依照法律从事公务的人员”，可以成为职务犯罪的犯罪主体。

---

[486] 《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（2003.11.13）[一]

[487] 《法制与社会》2015 年 11（下）《征地拆迁领域职务犯罪 疑难问题研究 ——贪污罪与职务侵占罪的辨析》 黄琳江

三、定性研究

（一）贪污与职务侵占之区分

在中国裁判文书网上大致检索可以发现在征地拆迁案件中占比最多的是贪污类罪行，其次就是职务侵占类罪行。[488]这两种罪名在理论学习中看似很好区分，但职务侵占罪是97年刑法从原贪污罪分离出来的，两罪均同侵犯财产的行为密切相关，在实际案件中往往存在一些认识分歧。

2009年下半年至2014年2月，被告人李某在担任长沙市岳麓区梅溪湖街道骑龙村村支委委员兼治保主任期间，负责协助开展骑龙村境内梅溪湖国际功能服务区相关项目征地迁坟的工作。李某甲在迁坟工作中负责对迁坟名单及金额进行调查核实、在迁坟补偿审批表村组意见栏处代表骑龙村签字确认、申报及领取补偿款。受骑龙村村委会聘请协助李某甲开展迁坟工作的村民张某某负责协助李某甲对迁坟名单及金额进行调查核对、对核对后的迁坟补偿名单进行造册打印、领取并发放迁坟补偿款。土储中心刘某、周某某、易某负责对迁坟名单及金额进行监督核实，在迁坟补偿审批表上代表土储中心签字审批确认。被告人李某甲在迁坟工作中利用自己及刘某、周某某、易某的上述职务便利，伙同刘某、周某某、易某、张某某通过采取虚构迁坟户的方式，先后7次骗取国家迁坟补偿资金36.9万元，被告人李某甲个人分得11.9万元，用于其个人或家庭生活开支。最后李某被判属贪污犯，从犯。二审诉讼中，李某的上诉理由其一便是辩称李某应属于职务侵占罪非贪污罪。

贪污罪为刑法第三百八十二条中规定："国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。"还有依照贪污罪定罪处罚的还有刑法第三百九十四条中规定："国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。"刑法第二百七十一条第二款中规定："国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。"（其中前款行为指"利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有"。）以及刑法第一百八十三条第二款中规定："国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。"

488 截止2016年9月10日，中国裁判文书网（www.wenshu.court.gov.cn）在"征地拆迁"词条下，以贪污罪检索共收录文书627篇，以职务侵占罪检索共收录文书171篇，以诈骗罪检索共收录文书171篇。

职务侵占为刑法第二百七十一条第一款中规定：“公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。”以及刑法第一百八十三条第一款规定：“保险公司的工作人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，依照本法第二百七十一条的规定定罪处罚。”

从条文中来看，异同很明显。一是主体，贪污罪主体为国家工作人员，上文已经对国家工作人员的身份界定做出说明，此处不再赘述。职务侵占主体为公司、企业和其他单位的人员，包括非国有公司企业中以及其他单位的非国家工作人员。二是侵犯对象，贪污罪侵害对象为公共财物，又因刑法第三百八十二条、第三百八十三条、第三百九十四条、第二百七十一条和第一百八十三条之规定，将“公共财物”扩大到了“公共财产”的范围并且特殊涵盖了礼品保险金，而职务侵占是自己职权范围内或者是工作范围内经营的本单位的财物，既包括公共财物，也包括私有财物。三是侵犯的法益，贪污罪侵害的法益是公共财产所有权以及国家工作人员的廉洁性，而职务侵占罪侵害的则是单一法益，即单位财产的所有权。

李某在担任长沙市岳麓区梅溪湖街道骑龙村村支委委员兼治保主任期间，负责协助开展骑龙村境内梅溪湖国际功能服务区相关项目征地迁坟的工作，乍一看“村支委委员兼治保主任”并非国家工作人员的范畴，但是上文已述，根据《全国人民代表大会常务委员会关于＜中华人民共和国刑法＞第九十三条第二款的解释》中第一款第（四）项关于《中华人民共和国刑法》第九十三条第二款“其他依照法律从事公务的人员”的规定：“（四）土地征用补偿费用的管理”，李某系骗取国家迁坟补偿资金，其工作属于“土地征用补偿费用的管理”，是“其他依法从事公务的人员”，应以国家工作人员论。其次，李某在本案中属于从犯，主犯刘某、周某某、易某系土储中心的工作人员，土储中心属于事业单位，刘某、周某某、易某三人符合贪污罪的构成要件，李某胁从作案，应该以共犯论处，属贪污犯。

（二）贪污罪与诈骗罪之区分

2011 年 10 月，在南京市玄武区某拆迁地段，已拆迁的王某认为自己房屋拆迁补偿款少，多次找到身为拆迁审核员的朋友陆某帮忙。在陆某的授意下，王某制作了假离婚证等分户证明材料，交给陆某操作。后陆某以王某“离异”妻子名义伪造了总额 47 万余元的分户拆迁补偿安置协议，并加盖自己掌握的审核章，交财务支付。在将首批补偿款 104 375 元领出交给王某持有后不久，陆某的行为暴露，剩余款项未能取得。2012 年 11 月 23 日，南京市玄武区人民法院以被告人陆某、王某等人犯贪污罪，一审判处有期徒刑十年，并处没收财产人民币五万元。陆某不服，以自己行为是读职性质，依法不构成犯罪为由提出上诉。2013 年 7 月 5 日，南京市中级人民法院二审裁定驳回被告人的上诉，维持原判。

该案先有公安机关以诈骗罪立案侦查，在检察院批捕公诉阶段出现了不同的定罪意见。

第一种观点认为，陆某受委托代表国家机关行使职权，在明知王某提供的是虚假证明材料的情况下，仍滥用职权帮助其骗取拆迁补偿款，无身份的王某是共犯。而据最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》，滥用职权造成直接经济损失 20 万元以上才立案，本案中两被告人实际只取得了 10 万元，而非伪造的 40 多万，故未达到立案标准，不予追究。第二种观点认为，陆某与王某在主观上有非法占有补偿款的共同故意，但其帮助行为系滥用职权的行为，且达不到追究标准，不构成犯罪。王某利用陆某职务之便，提供虚假的证明文件，骗取并非法占有公共财物，应以诈骗罪追究其刑事责任。第三种观点认为，陆、王两人相互勾结，利用其中一人拆迁审核的职务便利，伪造离婚分户证明材料，共同骗取拆迁补偿款，应构成贪污罪共犯。

诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用欺骗方法，骗取数额较大的公私财物的行为。诈骗罪(既遂)的基本构造为：行为人实施欺骗行为——对方(受骗者)产生(或继续维持)错误认识——对方基于错误认识处分财产——行为人或第三人取得财产——被害人遭受财产损害。行为人的欺骗行为，是使对方(受骗者)陷入处分财产的认识错误的行为，这是诈骗罪的实质。

此案例中王某与陆某相互勾结以虚假材料骗取拆迁款，看似符合诈骗罪的基本构造：行为人即陆某与王某实施欺骗行为，对方(受骗者)即拆迁主管部门产生(或继续维持)错误认识，对方基于错误认识处分财产即国家财产，王某取得财产，拆迁主管部门遭受财产损害。

但是，拆迁主管部门是抽象的实体，其本身并无意思表示和行为，其意思表示和行为是由在拆迁主管部门履行公务的国家工作人员做出的。在征地拆迁过程中，国家工作人员代表着拆迁主管部门，他们的意思表示和行为就代表着拆迁主管部门的意思表示和行为。如果对征地补偿款有主管、管理、经手职责的国家工作人员对欺骗行为明知甚至主动参与欺骗，那么拆迁主管部门也就不存在被骗。陆某也就不能构成诈骗罪。

事实上，该案件涉及有身份者和无身份者共同实施犯罪，定罪量刑方面可能涉及不同的罪名。国家机关工作人员触犯的罪名是贪污罪，而被拆迁人触犯的可能是诈骗罪。其共同犯罪的性质存在争议。根据行为共同说，只要两人以上共同地实施了惹起法益侵犯结果的行为，便成立共同犯罪。[489]各行为人构成何种罪名还与各自的身份、行为内容相关。当有身份者与无身份者共同实施身份犯的构成要件行为的场合。由于正犯行为具有相对性，所以在无身份者与有身份者共同犯罪之时，有身份者构成甲罪的正犯（可能是乙罪的共犯），无身份者为乙罪的正犯（可能是甲罪的共犯）。[490]在此案例中，拥有国家工作人员身份的陆某构成贪污罪的正犯，同时帮助无身份的王某实施诈骗行为，构成诈骗罪的帮助犯，根据想象竞合，择一重罪处断；无身份的王某利用陆某职务之便，提供虚假的证明文件，骗取并非法占有公共财物，构成诈骗罪，同时构成对国家工作人员实施贪污罪的共犯，根据想象竞合，择一重罪处断。

---

489 参见：黎宏，《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社，2007 年版。

490 参见：钱叶六，《南京工业大学学报 社会科学版》，2014 年 9 月第 3 期 第 13 卷。

四、犯罪预防

近年，全国各地征地拆迁领域职务犯罪频现，已经呈现出犯罪主体多元、内外勾结、涉案金额巨大等趋势。征地拆迁工作多将权力下放到基层机关，交由乡镇机关工作人员，农村干部负责。各种拆迁事由，又会交给拆迁公司，拆迁办公室等基层部门承担，人员选择上既包括政府临时招聘，借调的人员，又包括非政府方面的拆迁评估公司，使得征地拆迁中的犯罪主体呈现多元化特征。征地拆迁中职务犯罪主体仅靠个人职务之便完成犯罪是很困难的，往往需要需要借助其他工作人员，甚至被拆迁人员的配合。他们相互之间互相包庇，内外勾结，谋取私利，危害范围广，加剧了查案难度。滥用公权力实施的犯罪，其社会危害性，对社会正义底线的碰撞是不言而喻的。各地对征地拆迁案件的查处也表明，征地拆迁中的职务犯罪的犯罪金额都为十万百万开外，对国有资产和百姓利益的侵害非常严重。

为了防控征地拆迁中的职务犯罪，就需要针对征地拆迁中职务犯罪的的特征与成因，对症下药，严厉打击犯罪，维护人与国家的利益。

1.增强征地拆迁工作人员的法律意识。职务犯罪源于掌权人员的私欲膨胀，加强思想道德建设，可以塑造工作人员严谨自律，廉洁负责的工作态度。鉴于许多一线工人员法律知识欠缺，法制意识单薄，以至于实施了职务犯罪，有必要开展形态多样的法律宣传教育工作，加强法制警示教育，营造法制工作的氛围，切实加强广大农村基层干部的法制观念和法律意识，在履行职责之时，能做到依法行政。

2.建立健全征地拆迁公开机制，严格工作程序。征地拆迁各个环节应当尽量做到公开透明，依法规范有序的展开。征地前应及时公告，为人民群众普及法律知识，说明抢建加建突击装修行为的违法性。也应当就拆迁问题征求群众的意见与建议，满足群众合理的诉求。征地拆迁时，应公布征地拆迁的补偿标准与监督电话，实行透明行政。征地拆迁的补偿标准也应当尽可能全面详细，给群众以对照的可能。征地拆迁后，应向群众和上级汇报征地拆迁补偿费的支付对象，支付内容，支付总额。让征地拆迁补偿费的分配管理使用流程置于阳光之下，杜绝暗箱操作。

3.健全监督机制。对于征地拆迁工作的监督的完善，应当是全方位多层次的。应当包括上级管理部门对勘察，测量，清点等工作中重要的环节进行严格审查，并加强对征地补偿费是否专款专用进行审查。此外各个工作小组之间应当形成制约，互相监督。同时，还应当开放渠道，接受群众，媒体，社会的监督，充分发挥各监督主体的的积极作用，把老虎关进笼子里。

4.完善相关法律法规，填补法律漏洞。完善的法律法规是依法行政的基础，如果这些法律存在缺陷，会直接导致工作的错误。对于法律法规的完善，我们应当针对具体的问题作出具体调整。首先，应进一步规范征地补偿费的补偿标准，防止补偿标准的随意性。其次，应当制定出内容详实，执行标准统一，操作性强的实施细则，使征地拆迁工作能按统一标准实施，杜绝任意妄为，减少犯罪的发生。

《公民权利与政治权利国际公约》第十条之研究

——关于囚犯的基本人权保护

李梦雨 马心悦 庄羽轩 汪鸿 陈子媛*

摘 要：近年来，关于囚犯的基本权利受到侵害的案件在全球范围内时有发生。随着社会的日益进步，人们对人权的理解愈加深刻，囚犯这一特殊群体的基本人权也受到了人们的关注。ICCPR 作为研究人权的基本文件之一，也在其第十条对囚犯的基本人权进行了规定。该文本中的条文应作何解读，如何适用，值得研究。

关键词：《公民权利与政治权利国际公约》 囚犯 基本人权 条文解读

2013 年，张军张高平案在其坐了十年冤狱之后终于得以真相大白；[491] 2014 年，内蒙古自治区高院对呼格吉勒图一案进行再审，宣告呼格吉勒图无罪；[492]2016 年，最高人民法院决定对聂树斌案进行重新审判；[493]同样是 2016 年，中国人民大学环境学院 2009 级硕士研究生在警察查处足疗店的过程中将其带回审查，期间死亡。[494]这一系列案件的暴露既告诫我们，我们的法治环境需要进一步健全，同时也把我们的视角拉到了一个特殊的群体，那些正在被监禁中的人们。长时间以来，监狱作为一个特殊的国家暴力机构的存在，都无法完全将其面貌曝露在公众之下，而其中的人们更是鲜少得到关注，《公民权利与政治权利国际公约》（以下简称 ICCPR）在其第十条专门对囚犯的权利做出了规定。囚犯也是人，只要是人，就应该享有基本人权。保护囚犯的基本人权既是对人之为人的尊重，同时也是为了避免以上类似悲剧的发生。

* 李梦雨：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。
马心悦：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。
陈子媛：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。
庄羽轩：苏州大学王健法学院 2014 级法学专业本科生。
汪鸿：2014 级法学专业本科生。

491 2004 年 4 月 21 日，杭州市中级人民法院以强奸罪一审判处张辉死刑、张高平无期徒刑，直到 2013 年，案件才水落石出，二人无罪释放。

492 参见苏晓明：《呼格吉勒图冤案 18 年再审路》[J]，载《晚报文萃》2015 年第 4 期。

493 参见范友峰：《聂树斌案从“铁案”到疑案的始末》[N]，载《新华每日电讯》2014 年第 12 期。

494 参见米宗：《雷洋案:权威发布为啥不权威》[J]，载《齐鲁周刊》2016 年 4 月 19 日。

一、囚犯的基本人权——人之为人的权利

“人权”一词，实为舶来品，难以定义。有学者将其定义为“每个人都享有或都该享有的权利”[495]也就是说人权是人之为人的权利，看似没有做任何解释，实际上恰恰是最好的解释。那么何为囚犯的人权呢？有学者这样定义“囚犯人权，是指囚犯作为特殊身份的人所享有或应当享有的权利。”[496]笔者认为此定义尚有不妥之处。

人权作为一种普遍权利，又不仅仅局限于法律上的权利，那么即便说哪一类人的基本人权，也无法解释为“作为一种特殊身份的人”所享有或者应当享有的权利。夏勇先生从人权概念的发生推导出人权有三个属性，分别是“道德权利”、“普遍权利”、“反抗权利”。在谈及囚犯的人权时，是基于人权的普遍性、多样性、道德性，而非基于其特殊的身份而享有的权利。

因此，研究囚犯的基本人权，与研究妇女、儿童、老人、病人等的人权是一样的，只是每个人都有可能陷入到这样一种状态，无论原因为何，人之为人，都享有或者应当享有作为人应有的权利。

二、ICCPR 第十条的价值蕴含及条文解读

（一）价值蕴含

《公民权利与政治权利国际公约》（ICCPR）是“国际人权宪章”的基本法律文件之一，该公约目前包括 149 个成员国家。中国于 1998 年就已签署，但全国人民代表大会至今没有通过。该公约第十条旨在解决囚犯的权利保护问题。其价值主要表现在四个方面：

其一，明确提出了囚犯应该享有人之作为人的权利，不得对囚犯施以有损人格的对待；

其二，将囚犯与罪犯做出了严格界定，强调了任何人在法律判决有罪之前都不得被视为罪犯，与一般人并无二致；

其三，提出对少年犯的特殊保护，是对少年保护的有效补充。

其四，明确了监狱制度应有的基本目的和基本原则。

（二）英文原文

International Covenant on Civil and Political Rights(ICCPR)

10 (1) All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the

[495] 夏勇：《人权概念起源》【M】，中国政法大学出版社 1992 年第一版，第 4 页。
[496] 杨殿升，田大忠：《囚犯人权刍议》[J]，载《中央政法管理干部学院学报》，1996 年第 5 期。

human person.

(2)(a)Accused persons shall, save in exceptional circumstances, be segregated from convicted persons and shall be subject to separate treatment appropriate to their status as unconvicted persons;

(b)Accused juvenile persons shall be separated from adults and brought as speedily as possible for adjudication.

(3)The penitentiary system shall comprise treatment of prisoners the essential aim of which shall be their reformation and social rehabilitation. Juvenile offenders shall be segregated from adults and be accorded treatment appropriate to their age and legal status.[497]

（三）中文释义及其分析

1. 第一款释义及其分析

10（1）所有被剥夺自由的人应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇。

首先，该款所规定的主体是“所有被剥夺自由的人”，即不区分其种族、身份、年龄、肤色、性别、语言、地区、政治或其他观点、社会出身、财产、出生等的所有被剥夺自由的人，且不论基于何种理由被剥夺自由。这里的剥夺自由，是指自由被合法地剥夺，无论是因违法犯罪而进入监狱、看守所，还是因精神性疾病而被采取强制性约束措施，而这类人群中最为典型的就是囚犯和被采取强制性约束措施的精神病人，文章只以囚犯的基本人权为研究对象。也就是被囚禁在监狱等国家暴力机关的人。

该款要求的是对所有人都应给予人道的对待，都应遵循其固有的人格尊严，即便他是被合法地监禁的。这就要求：任何国家、地区不得歧视、区别对待被剥夺自由的人；对于囚犯人格尊严的尊重应当与同等条件下自由人所受的待遇相当；任何国家、地区不得以缺乏资源等问题为由克减对囚犯的人性的对待；该条文也是对公约第七条的补充。被剥夺自由的人不得被实施不人道的对待和惩罚，包括药物或科学实验，或者任何不是基于剥夺自由的约束和虐待。如津巴布韦要求监狱制度要纳入法律轨道，将“内在制度”即司法审查延伸至监狱之内。[498]被剥夺自由的人享受一切不受自由存续所影响的其他权利。剥夺自由的人仅是没有自由权和其他基于自由权的权利。如爱尔兰高等法院认为剥夺自由权不能剥夺不以自由为前提

[497] 胡志强编：《中国国际人权公约集》【M】，中国对外翻译出版公司 2004 年 5 月第一版第一次，第 52 页。
[498] Conjwayov.Minister of Justice, Legal and Parliamentary Affairs, [1991] 1 ZLR 105; Woodsv. Minister of Justice, Legal and Parliamentary Affairs[1994] 1 LRC 359;Blanchardv.Minister of Justice, Legal and Parliamentary Affairs[2000] 1 LRC 671.

的权利。[499]

那么，接下来在囚犯的各项基本权利中，将会研究对待囚犯的最低限度应当是什么，如何才能具体做到使其受到人道的、人格不受减损的对待。

2.第二款释义及其分析

10（2）（甲）除特殊情况外，被控告的人应与被判罪的人隔离开，并应给予适合于未判罪者身份的分别待遇；（乙）被控告的少年应与成年人分隔开，并应尽速予以判决。

在英语中，囚犯有各种称称呼，他们统称为“prisoner”。在英国，未决犯称为“remand prisoner”，已决犯称为“convicted prisoner''或“prisoner”。在美国，囚犯通常被称为“inmates”。不同的人对囚犯的称呼不同，如法庭称其为被告人(defendant)，律师和为囚犯提供改造和治疗项目的政府或非政府组织称其为顾客(client)，监狱管理者称其为囚犯(inmate)，但当面称呼时则以姓名或代号。[500]

第二款第一项明确区分了未被定罪的人，即正在处于被追诉状态中的人和被定罪的人，即法院对其的有罪宣告已经生效的人，要求除非在紧急状态之下，不得将两者混合关押，也即要求不得以关押囚犯的方式去关押还未被定罪的人。其原因在于“无罪推定”原则，即任何人在其被判定有罪之前都不能被视为是罪犯。也就是，即便他是犯罪嫌疑人，即便控方应经掌握了他确凿的犯罪证据，但是在法官作出判决宣告他有罪之前，他就是无罪的，与一般人并无二致，任何人无权要求他穿和囚犯一样的衣服，理一样的发型，住同样的场所，任何人也不得把他当做囚犯来看待。那么，这里的紧急状态就值得进一步研究，什么样的状态才可以构成这里的紧急状态，这种紧急状态应具备何种审查机制有待进一步的考查。

等待审判的人与已定罪的人分开关押，并不意味着他们要被关押在不同的监狱或不同的建筑物之中。从英国、印度、美国、加拿大等国家监狱的一些实例来看，一个监狱可以同时关押未决犯和已决犯，只是要在不同的监区分别关押。但人权事务委员会持不同意见。在 Pinkney 诉加拿大案[501]中，人权事务委员会认为，第 10 条第 2 款第甲项所要求的是在不同的监区关押。

该款第二项是关于未被定罪的少年的特殊保护问题，此处“被控告的少年”应是指“被控告的未成年人”，不是少年犯，因为这里只是在被追诉的阶段，并未被正式定罪。联合国制定的人权和刑事司法准则中也多次重申少年犯应当与成年人分开关押；第 10 条并没有规定青少年的年龄限制，这由每个成员国根据其社会、文化和其他条件而定。委员会认为，根据《公约》第 6 条第 5 款的规定，任何低于 18 岁的人应当作为青少年对待，至少在刑事司法方面：成员国应当提供作为青少年对待的年龄、在这方面，成员国还要执行被称为《北京规则》的《联合国少年司法最低限度标准规则》。该规则第 13 条规定：“审前拘留应仅作为

---

[499] Kearneyv.Ireland(1987) ILRM 52; (1987) 30Yearbook292.

[500] 杨宇冠著：《人权法：<公民权利和政治权利国际公约>研究》【M】，中国人民公安大学出版社 2003 年 04 月第 1 版，第 207 页。

[501] Pjnkney v. Canada(27 / 1978)

万不得已的手段使用，而且时间应尽可能短……审前拘留的少年应与成年人分开看管，应拘留在一个单独的监所或一个也拘留成年人的监所的单独部分。”对于已被判刑的少年犯的关押问题，该规则第 26 条规定：“应将被监禁的少年与成年人分开，并应将他们关押在分别的一个监所或在关押成年人的监所的一个单独部分。”分开关押的目的是为了使处于监禁的少年免受成人罪犯的不利影响并保障他们的福祉。[502]该款有两个要求，一个是对被控告的未成年人和成年人分隔开，第二个是尽快地予以判决。对于第一个要求的解释，应是指不能以同样的手段对待被控告的未成年人和被控告的成年人，而不仅仅指不能把被控告的未成年人与成年囚犯关在一起，因为从该款第一项就可以得出，就算其不是未成年，在被控告的阶段也是不能与已被定罪的人关在一起的，从体系上看，这里就不必进行重复，所以这里强调的就是，即使在被追诉的阶段，未成年人和成年人也应该是区别对待的。第二个要求的法理依据在于效率，效率本身为法律所追求的基本价值之一，“迟来的正义”本身就是一种非正义。所以，基于对未成年人的特殊保护，应当尽快地对其作出公正的判决。

《联合国保护被剥夺自由少年规则》也重申了少年与成年人分外关押的原则，但提出了一些例外情况，该规则第 17 段规定：“应将未审讯的拘留者与已判罪的少年分隔开来。”该规则第 29 段规定：“在各种拘留所内，少年应与成人隔离，除非他们属于同一家庭的成员，作为确经证明有益于所涉少年的特别管教方案内容的一部分，可在管制情况下让少年与经过慎重挑选的成人在一起。”该规则还提出各种不同类型的少年犯也要分开关押，第 28 段规定：“拘留少年的环境条件必须根据他们的年龄、个性、性别、犯罪类别以及身心健康，充分考虑到他们的具体需要、身份和特殊要求，确保使他们免受有害的影响和不致碰到危险情况。将被剥夺自由的各类少年实行分开管理的主要标准应是提供最适合有关个人的特殊需要的管教方式，保护其身心道德和福祉。”

除了防止受成年囚犯的影响外，分开关押少年犯和成年人还考虑到关押少年犯的条件应当比关押成年人的设施好一些。《联合国保护被剥夺自由少年规则》第 31 段规定：“被剥夺自由的少年有权享有满足一切健康和尊严要求的设施和服务。”第 32 段规定：“少年拘留所的设计和物质环境应符合收容教养改过自新的目的，并应适当顾及少年的隐私、对感官刺激、与同龄人交往和参加文体娱乐活动的需要。”

3. 第三款释义及其分析

10（3）监狱制度应包括以争取囚犯改造和社会复原为基本目的的待遇。少年罪犯应与成年人隔离开，并应给予适合其年龄及法律地位的待遇。

该款包括两个部分，一是监狱制度，二是少年犯的特殊保护问题。

第一项的提出应为监狱制度设立所应追求的基本价值和目标的问题。格雷沙姆·赛克斯（Gresham Sykes)在其经典著作《囚犯的社会》（The Society of Captives,1958）中，将监狱生

[502] 杨宇冠著：《人权法：《公民权利和政治权利国际公约》研究》【M】，中国人民公安大学出版社 2003 年 04 月第 1 版，第 210 页。

活描述为对五种剥夺权利或称监禁的痛苦（pains of imprisonment）的回应。其中，最基本的剥夺是失去自由本身，包括“拘禁在监狱”和“在监狱内部的拘禁”；第二种剥夺是剥夺了囚犯获得自由世界中公民所享有的大部分财物和服务的权利；第三种监禁痛苦是剥夺与异性接触的权利；第四种是囚犯必须忍受失去主动性所带来的痛苦；第五种剥夺是失去人身安全。[503]监狱制度实际上是最能反映一国人权保护状况的制度，很多时候，它无法被法律所触及，这也导致监狱中的人成为权利最容易受到侵害的人之一。对于普遍意义上的弱者，即妇女、儿童、丧失劳动能力的老人和残疾人以及这里所指的监狱中的囚犯，给予特殊制度的保护，是实质公平的体现。在人权法不断发展的今天，监狱人道化已成为一个世界潮流。在监狱中，特殊预防是必要的，这就要求对囚犯进行身体上和精神上的改造，使其具有再社会化的能力，更实际的说，监狱部门有必要提供技术培训或者人力培训，能够使其至少有一门能够再次在社会上谋生的技能，这样不仅仅有利于个人权利的保护，也大大减少了囚犯再犯的可能性，社会的稳定度也会随之增加。

上述已经论述，该条第二款要求不能以同样的手段对待被追诉的未成年人与被追诉的成年人，同样的道理，对于未成年囚犯，也以给予与成年囚犯不一样的对待。不仅如此，该项进一步提出，少年犯应该得到与其年龄和法律地位相对应的待遇，这就要求司法部门应该考察少年罪犯的特殊状况，其心智、身体状况与成年人都差异较大，而同样，这群人得到社会再造、恢复正常生活的几率也更大，对于他们，要给予特殊情况的对待。

三、囚犯的基本人权及公约适用

具体而言，就权利的性质而言，我们对基本权利做出如下分类：可以剥夺可以克减的权利、可以剥夺不可克减的权利、可以克减不可剥夺的权利还有不可剥夺不可克减的权利。就此，我们从这四个角度进行研究。

（一）可剥夺可克减的权利

夏勇先生在《人权概念的起源》一书中将人权的五大要素分为“利益、主张、资格、权能和自由。”[504]而查观各国刑法，剥夺和限制自由以及其它一些利益、主张、资格、权能是无可避免的。比如我国刑法中就规定了“管制，拘役，有期徒刑、无期徒刑，死刑，罚金，剥夺政治权利和没收财产。”这说明，自由在特定的情况下是可以被剥夺以及限制的，财产在特定情况下是可以被剥夺以及限制的，而在我国，政治权利也是可以被剥夺和限制的。

囚犯这个名词，已然揭示了这样一种状态——一群被囚禁的人。他们被国家公权力机关

[503] 罗纳德·J·博格，小马文·弗瑞，帕特里克亚·瑟尔斯著，刘仁文，颜九红，张晓艳译《犯罪学导论——犯罪、司法与社会，清华大学出版社第二版，第 566 页。
[504] 夏勇：《人权概念起源》【M】，中国政法大学出版社 1992 年第一版，第 4 页。

困在一个与社会脱节的地方，其权利易受到伤害。提倡保护囚犯的基本人权，不在于将这些可以剥夺可以克减的权利变得不可剥夺不可克减，而应考虑给予这种克减以严格的程序限制，而关键的一点就在于这种对于权利的剥夺或者克减必须有法律上的依据。1978 年的丽莲诉乌拉圭案是一个值得借鉴的例子，该年十一月，丽莲夫人生活在巴西，可是乌拉圭的警察机构竟然在巴西警察的默许之下对其进行了抓捕并不准其家人探视。1979 年七月，有关丽莲夫人的通信被提交到人权委员会，人权委员会认为该案违反了 ICCPR 第九条第二款，构成了任意逮捕。[505]该案涉及到两个问题，首先，乌拉圭在巴西的领土上抓人是否要得到巴西警方的明确许可？答案是肯定的，而在此案中，乌拉圭警察机构实在巴西警方默许之下实施抓捕的；第二，乌拉圭在巴西领土上抓人是否要遵守巴西的法律，答案同样是肯定的。所以，在此案中，巴西没有履行好保护它管辖范围内的人的自由的责任；乌拉圭的警察权侵犯了这个人在巴西的自由和安全。ICCPR 第十条第一款中“所有被剥夺自由的人”包括被合法剥夺自由的人和被非法剥夺自由的人，但从 ICCPR 整体条文来讲，其第九条所讲的自由权要求逮捕和拘禁都不能是任意的，必须经过法定的程序和条件。[506]

无论是何种权利的剥夺或限制，都应是经过法律审查的结果。在一份判决或者裁决生效之前，任何人无权去剥夺或者限制他人的任何权利，这也要求在审判前的拘禁必须是一种例外，应在实践中减少适用，即便适用，必须有法律所规定的特殊的理由。

（二）可剥夺不可限制的权利

可剥夺不可限制的权利，最容易想到的莫属生命权。这是依生命权的性质而决定的。ICCPR 第十条并未提到囚犯所享有的生命权以及关于死刑是否要废除的问题，但是 ICCPR 第六条第一款第一项就明确提出了生命权是人人享有的权利，[507]所以这是个不可忽视的问题。2014 年，呼格吉勒图案[508]大白于天下，呼格吉勒图在被执行死刑时年仅 18 周岁，从 1996 年到 2014 年，这正义似乎来得太迟，剩下的只有惋惜与反思，但对于当事人，对于那个受到最大伤害的人，活着的人却做不了任何的弥补。[509]我国警察机构一直有一个口号叫做“命案必破”，之所以提出这个口号自然是为了给被害人一个交代，但是“命案必破”的逻辑在于国家机关可以掌握一切。这个逻辑是毫无道理的，既然国家机关可以掌握一切，那为什么无法防止命案的发生呢？“命案必破”实际上是不可能实现的，尽管科技在逐步发达，但是随着科技的发展，四维空间理论也告诉我们，我们看到的事实只是我们亲眼所见的那时的现

[505] Casariego v. Uruguay, Human Rights Committee, Communication No.56/1979, HRC 1981 Report, Annex XX.
[506] ICCPR 第九条第一款写到：“人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。”胡志强编：《中国国际人权公约集》【M】，中国对外翻译出版公司 2004 年 5 月第一版第一次，第 31 页。
[507] ICCPR 第六条第一款写到：“人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。”胡志强编：《中国国际人权公约集》【M】，中国对外翻译出版公司 2004 年 5 月第一版第一次，第 30 页。
[508] 参见苏晓明：《呼格吉勒图冤案 18 年再审路》[J].，载《晚报文萃》2015 年第 4 期，第 82-83 页。
[509] 参见卢建平：《呼格吉勒图案的历史反思》[J]，载《中国法律评论》2015 年第 1 期，第 25-30 页。

象，并不一定就是真相，我们无法做到真正还原已经发生过的事情，所以“命案必破”的理论在科学上也是讲不通的。再者，“命案必破”势必会增加冤案，如果“命案必破”成了一个指标，那么破不了的案子怎么办？警察机关就会找一个替罪羊来实现“命案必破”，冤案就这样产生了。相类似的还有乌拉圭的一个案件，巴尔巴托在 1972 年被捕，被监禁了八年，后来他被通知只要他离开他的国家，就可脱离监禁。在巴尔巴托取得了瑞典的入境签证之后，乌拉圭当局告知他将于 1980 年 11 月被释放。结果就在乌拉圭被释放的前几天，其家属突然接到通知说巴尔巴托死亡。[510]这种现象叫做“非正常死亡”。最终人权委员会要求乌拉圭当局解释巴尔巴托的死因是什么，以及巴尔巴托为何在被释放的前几天死亡。

对于囚犯生命权的保护，不仅仅应重视对于警察权的限制，死刑的复核程序是又一大关键。当我们依照某一个程序去剥夺一个人生命的时候，这个程序必须有一个复审的机构，也就是必须要有一个司法审查。[511]现今我国对于死刑的态度是，除最高人民法院判决的以外，其它的死刑案件都要由最高人民法院进行死刑的复核，这是我国刑事诉讼法的一大进步。

（三）可克减不可剥夺的权利

有些权利是可以有所克减但不能完全剥夺的，比如说隐私权、享受教育和文化生活的权利。ICCPR 第十条没有明确提出这些权利，文化权利也并非 ICPPR 的重点，但是从 ICCPR 第十条第一款中“所有被剥夺自由的人应给予人道的待遇”[512]以及第三款中有关监狱制度的规定[513]中可以看出这一类权利在当代已经成为必须关注的权利。

ICCPR 第十七条专门针对隐私权做出了具体规定，其中第一款说道“任何人都不应被任意地或非法地干涉其隐私、家庭、住宅或通信，以及荣誉和名誉。”“隐私”一词的定义很抽象，外延难以界定，它就像个人与社会中间的一面墙，外力不能加以干涉，但个人却可以走出来。从隐私权的性质来讲，其无法被剥夺，但是却可以被限制。条文中对该权利的规定是“不被任意地或非法地干涉”，也就是说基于特定理由，对其进行合法地干涉是被法律允许的。而囚犯的隐私权，从理论上来讲，不会被剥夺，因为任何人只要享有隐私，就无法被完全剥夺，就像内心所想一样，只要不讲出来，没有人会知道，但囚犯的隐私权必然会受到限制。无论是因为囚犯所涉及的罪名在法律审查的过程中要求要得知其隐私，而且仅仅就囚犯的基本生活条件来讲，现阶段无法保证给囚犯足够的个人生活空间，其隐私权必然也受到限制。在此，我们应注意限制囚犯的基本人权一定要基于合法的理由，不仅仅要实质合法，程序同样也要合法。

---

[510] Barbato v. Uruguay, Communication No.84/1981, HRC 1983 Report, Annex IX.

[511] 参见《The Judicial Application of Human Rights Law》，Nihal Jayauickrama,P262.

[512] ICCPR 第十条第一款：“所有被剥夺自由的人应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇。“胡志强编：《中国国际人权公约集》【M】，中国对外翻译出版公司 2004 年 5 月第一版第一次，第 32 页。

[513] ICCPR 第十条第三款第一项关于监狱制度的规定：“监狱制度应包括以争取囚犯改造和社会复员为基本目的的待遇。”胡志强编：《中国国际人权公约集》【M】，中国对外翻译出版公司 2004 年 5 月第一版第一次，第 32 页。

享受教育和文化生活的权利，首先，为什么说该权利是不可剥夺的呢？这主要针对教育和文化生活是从广义上来讲的，只要一个人想要得到教育和享受文化生活，即便没有教育资源、没有相应的文化资源，他也能够通过自我反省来教育自己，他也能够通过观察生活和与人交流来获得知识，从这个方面来讲，这项权利对于囚犯来说是无法被剥夺的。但是，也正因为前面所提到的，监狱有可能无法提供有效的教育、文化资源，所以囚犯的此种权利是有可能受到限制的、不充分的。

（四）不可剥夺不可限制的权利

囚犯的某些基本权利依其性质而言是既不可被剥夺也不可被限制的。

从 ICCPR 第十条第一项可以得出：其一，获得人道的待遇；其二，享有其固有的人格尊严。这二者是相辅相成的。给予囚犯人道的待遇亦是对其人格尊严的尊重。那么何为人道的对待？笔者看来，虽然这里用“给予人道的对待”，但其实是包含两个方面，那就是保障囚犯不受人格减等的对待和不受残忍的对待。人格减等包括其对外在的羞辱和对内在良知的侵犯。无论实在影视作品还是在某些新闻报道中，我们经常能够见到监狱对囚犯的管理方式都是，理一个光头，穿着特定的衣服，这实际上就对其人格造成了减损。英国人在北爱尔兰采取的五种措施曾被欧洲法院视为人格减等的对待，分别是：“罚站，戴头罩，暴露于噪音之下，被剥夺睡觉的权利，被剥夺食物和饮品。”[514]对内在良知的侵犯，比如说监狱管理人员用及其污秽的语言攻击囚犯；再比如说监狱管理人员否定囚犯的信仰等等。一个人成为囚犯的可能有很多种，囚犯和坏人是两个概念，任何人都不可以决定其他人是否具有良知，内心的东西不应受任何外在的干涉。囚犯因触犯了法律，被剥夺自由或者其它权利，这就已经对其进行了惩罚，除此之外的，任何人没有权利进行干涉。除了不受人格减损的对待，再者就是反对酷刑，这也是保护人格尊严的一个方面。ICCPR 第七条是对反对酷刑的有效补充。[515]为什么死刑在很多国家仍然未被废除，但是酷刑却是绝对不可接受的呢？而死刑本身是否是酷刑的一种呢？现在，很多国家都在逐步废除死刑，在保有死刑的国家也在逐步减少死刑的适用，首先强调这一点的目的是不废除死刑并不意味着死刑就是好的，只是现在这个问题还存在极大的争议。而酷刑[对人类来讲，无]疑是对身体及其精神一种极大地侵害，尤其使人的尊严受到了侵害，所以这种折磨并不是文明的表现，是必须被废除的。土耳其曾经有一种“巴勒斯坦式绞刑”，其加入欧盟之后，土耳其受到限制，此种刑罚被视为酷刑。[516]德意志联邦共和国基本法第一章第一条首先强调了“人之尊严不可侵犯”[517]尊重罪犯人格 ，是将罪犯当人

---

514 参见《The Judicial Application of Human Rights Law》，Nihal Jayauickrama,P262.

515 ICCPR 第七条：“任何人均不得加以酷刑或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。特别是对任何人均不得未经其自由同意而施以医药或科学试验。”胡志强编：《中国国际人权公约集》【M]，中国对外翻译出版公司 2004 年 5 月第一版第一次，第 30 页。

516 Aksoy v. Turkey,(1996) 23 EHRR 553

517 《德意志联邦共和国基本法》第一章第一条第一项：“人之尊严不可侵犯，尊重及保护此项尊严为所有国家机关之义务。

看的直接法律性表现，是改造罪犯的重要前提，对于有效改造罪犯有着特别重要的意义。[518]

ICCPR 十条第二、三项所表达出来的是程序正义。一方面包括不受非法拘禁和逮捕另一方面就是公平审判的权利。这两种权利是既不可剥夺亦不可限制的。这里强调的是就算囚犯在被拘禁之后，其获得公平审判的权利仍然不受任何的减损。公平、公开、公正审判、抗辩制度等程序制度都不得受到任何的限制。此外，应注意以下几点：一、应使被监禁的人得到尽速的判决，尽速地接触到法庭。很多时候有这种情况，囚犯的服刑期都已经满了，他才得到法律的判决；二、法院应重视无罪推定原则和毒树之果理论；三、前述要求也即意味着不得强迫罪犯自证其罪，所以酷刑和不人道的惩罚是绝对不可以被使用的；四、要对少年犯进行特殊保护；五、应保证囚犯有上诉的权利等等。

四、监狱制度及少年犯问题

从 ICCPR 第十条第三款来看，监狱人道化势必称为一个世界潮流，而且其中面临着多种多样的监狱制度问题，比如囚犯的基本生活条件是否足以使囚犯的人格尊严不收减损的对待；囚犯的强制劳动问题；囚犯的改造和再社会化问题以及少年犯的问题等等。

就囚犯的基本生活条件来说，暂且分为物质和精神两个部分。从物质上来说，就包括监狱的硬件设施问题，监狱建立的目的是为了限制一部分人的自由来保护社会公众的生命财产安全，因此监狱往往会建在远离人群的偏远郊区，一方面是为了方便管理，另一方面则是为了保障社会稳定。[519]但是随着社会的发展，它的弊端正慢慢的显现出来，它基本上切断了监狱与主流社会的联系，使得监狱处于一种封闭秘密的状态，由于地处偏远，使的监狱吸引不到高素质的人才，监狱管理始终处于一种很低的的水平，同时由于不能充分利用现成的社会资源，监狱不得不从事一些与改造罪犯无关的一些工作，长期以来就形成了“监、企、社”三位一体的局面，严重牵制了监狱惩罚犯罪，改造罪犯的纯刑罚执行功能。所以说，我国的监狱物质建设方面达不到理想化的水平，那么囚犯的一些基本权益就很难得到满足，缺少科学的管理加上物质条件欠缺，囚犯的社会复原能力也不能很快得到提高，而在监狱中由于土地资源缺乏，很难对每一个个体进行个性化教育和改造，这很容易引起交叉感染的情况，囚犯在矫正期中，会与他人进行交流，可能会加大其社会危害性，造成适得其反的效果。所以有学者提出了囚犯在监狱中应该享有的最低标准：“一、囚犯应该享有独立的卫浴；二、不得给囚犯穿有损人格的服饰；三、囚犯应有独立的床铺；四、应为囚犯提供相对营养的食品；五、在监狱中任何时长的禁闭都是违背 ICCPR 第十条的。”[520]

在精神方面，受中国本土文化的影响，“公”的价值观根深蒂固，个人利益可以服从于

[518] 参见柳忠卫：《试论罪犯的人权保障》，载《中国人民大学学报》2002 年第 5 期。
[519] 张进：《监狱制度问题研究》[J]。载《法制与经济》2012 年第 1 期。
[520] 参见《The Judicial Application of Human Rights Law》，Nihal Jayauickrama,P430.

公共利益，所以在监狱也如此，很多监狱注重整体的政治性教育反而忽略了对每一个囚犯的心理疏导与社会矫正，这也会大大加强其再犯的风险，进入监狱除了是对自由的克减，更多的其实是对自尊心，和其社会信誉的破坏，而这些属于人权的范畴，监狱需要对这些方面进行保护。值得一提的就是内蒙古越狱案，2009 年 10 月 17 日，呼和浩特第二监狱 4 名重刑犯集体暴动越狱，内蒙古自治区呼和浩特市第二监狱(小黑河监狱)4 名囚犯杀害一名狱警后越狱逃窜。在逃的 4 名囚犯中年龄最大的 28 岁，最小的 21 岁；2 名已经被判处死缓，另外 2 名是无期徒刑。案发后，呼和浩特出动公安、武警排查，内蒙古自治区监狱管理局发布通报，对 4 名逃犯进行通缉。2010 年 7 月 6 日上午 9 时 30 分在内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院一审公开宣判，一审法院以被告人乔海强、董佳继、李洪斌犯暴动越狱罪，依法判处三名罪犯死刑，剥夺政治权利终身，这就是监狱管理失当引发的问题，由于在狱中被长期限制自由而且心理得不到正确的引导，甚至一些基本人权都得不到满足所以才引发了一系列的恶性事件，不仅难以回归社会，甚至会产生仇视社会的想法。

强制囚犯劳动在多年前是个严重的问题，近年来有所改善。ICCPR 第八条第三款第一项规定："任何人不应被要求从事强迫劳动或强制劳动。"[521]但其第三款第二、三项同样说明了如果一个人是依照法庭的判决而需要在监禁期间提供劳动或者服务的，则不属于这里的"强迫或者强制劳动"。很多监狱都把囚犯劳动视作囚犯改造的一部分。在保护囚犯基本人权的领域，不仅仅应该讨论某一囚犯的劳动是否属于"强迫或强制劳动"，而且需要为囚犯提供基本的劳动保障，建立囚犯劳动权的内在的自我救济制度与外在的他力救济制度等。[522]

监狱在国人眼中看来是一个被限制自由而且无法满足正常需求的地方，而在有些国家却不存在这样的问题，比如在北欧一些国家，囚犯可以有自己的私人空间，甚至有使用网络的自由权，那么其他的一些人权的保障就更不用说。当然这些要想在我国实践几乎是不可能的，其一是缺乏财力基础，其二它也不符合公民对监狱的基本认识。但是囚犯作为人类成员具有不可克减的权利，在国家极端公权力的控制下，国家既然行使了剥夺自由的权利，那么同时也必须尽到保障基本人权的义务。[523]囚犯人权的享有与实现往往滞后于一个国家和社会的整体人权保障水平，这与对囚犯人权理论缺乏必要认识存在相当的关联性。在监狱管理与教育中应该强化囚犯的社会性和融入性，而不应将囚犯的教育排除在社会之外。囚犯的基本权利的保障和社会复原力是囚犯在押期间和回归社会后的两个重要问题，基本权利的保护不光是对个体权利的保护更是对普遍人权的尊重，而给予社会复原力是对囚犯自身的生存和社会的

---

521 ICCPR 第八条第三款第二项："在把苦役监禁作为一种对犯罪的惩罚的国家中，第三款（甲）项的规定不应认为排除按照由合格的法庭关于此项刑罚的判决的而执行的苦役。"；第三项部分："为了本款之用，"强迫或强制劳动"一词不应包括（1）通常对一个依照法庭的合法命令而被拘禁的人或在此种拘禁假释期间的人所要求的任何工作或服务，非属（乙）项所述者。胡志强编：《中国国际人权公约集》[M]，中国对外翻译出版公司 2004 年 5 月第一版第一次，第 30 页。

522 冯一文：《对我国囚犯劳动制度的现状反思与出路探索 以联合国囚犯劳动权保障制度为参照》[J]，载法律适用》2005 年第 1 期，第 93-94 页。

523 沈志民，冯一文：《囚犯人权享有的正当性研究——基于人的主体资格维度的分析》，载《宁波大学学报》2008 年第 7 期。

安定性的保障，因此点滴的人权保障看似微不足道，但其后赋予的巨大力量则是不容小觑的。

最后则是少年犯的问题，青少年是一个社会的特殊群体，不同于儿童也不同于成人，既有自身判断能力，但又缺乏对事物的认知，当对社会造成巨大危害时，其教育的难度往往更加艰巨，少年犯更多的是心理问题的矫正与复原，而得到正确的教育也是其享有人权的一方面，毕竟其最终目的还是回归社会，而其教育的成功与否很大程度上决定了未来的社会风险。[524]瑞典立法(1: 2《社会服务法》) 中也有同样的规定。在选择刑罚时，决定性的出发点必须是犯罪的严重性。犯罪情节越严重，惩罚措施就应当越严厉。惩罚体系应当符合均衡性、必要性的要求。同样重要的是，这一体系在广大公民眼中必须是合法的，必须要符合法治以及法律面前公正平等的基本原则。同时必须认识到，政府的干预措施不能太直接或者有失体面。因此，法律体系的特点是必须要对个人充满人性和尊重。对于少年犯而言，尤其重要的是，干预措施要及时、明确和有针对性，以预防未来犯罪的发生。涉及少年犯的管理体系的出发点是要让他们远离管教系统，是在市社会服务机构接受他们所需要的关爱和照顾。从瑞典的立法中看出，青少年的人权保护是不同于普通囚犯的没这取决于其群体的特殊性，这在我国也具有借鉴意义。

524 ［瑞典］戈德贝克·洛·卡米拉* 著，张紫千译：《瑞典少年司法制度概述(上)》， 载《青少年犯罪问题》2012 年第 1 期。

中庸思想与西方自然法思想之比较

——兼及对于中国现代法治建设的启示

朱青*

摘　要：《中庸》是儒家乃至中国整个传统文化的思想核心之一，中庸之道出自儒家文化的《中庸》，是中国古代唯心主义哲学观点论，同时也是世界上大多数哲学所共同认可的理论。自然法是西方政治、法律文化中最核心的观念之一。自然法思想传入中国后对于我们的法律意识、法律观念、法律思维及法治建设等方面产生了很大的影响。从对于世界历史进程的审视与洞察中可以看出，中庸与西方自然法思想在某些方面具有某些共性的价值取向。本文通过探究两者的概念及其本质和共性，在借鉴西方法治思想的同时重视本土资源的转化，探索如何在现代社会构建起法律至上的法治信仰和社会氛围。

关键词：中庸 自然法 人性论 正义观 天人合一 法治信仰

前 言

在中国近两千多年的思想发展史中，儒家的中庸思想作为中国哲学中中庸思想的基础，一直被视为儒家思想的精髓。中庸思想在外国思想史上同样也是一种很重要的思维方法论。古希腊哲学家亚里士多德在《欧台谟伦理学》（*Ethica Eudemia*）的第二卷（1220b37-a12）中就提到了德性表。德性表分为三列，分别是“不及”、“德性”、“过度”，而其中的“德性”对应儒学的说法就是“中庸”。在亚里士多德看来，“不及”、“过度”都是不符合德性的行为，他把德性分为理智德性和道德德性，理智德性是指通过教导而获得的科学和技艺，而道德德性是指通过习惯养成的勇敢、节制等品德。他认为道德德性是适度，而适度处于过度以及不及的中间，它以处理感情与实践中的适度为目的。

西方自然法在传入中国后之所以能够得到普遍的认同和实行，是因为它承载了人了社会中某些共性、普遍的价值取向。其中的“自由、平等、独立、正义”等价值取向对于我国法律的制定有着重要的意义和影响。自然法思想所蕴含的法律价值观念与实践追求为我国的法律发展提供了理论支持。道德和法律、规则与其价值准则之间的关系问题，一直以来都是人类社会所普遍争议和讨论的话题。

* 朱青：苏州大学 2016 届法学双学位学生。

本文旨在浅析中庸思想及自然法思想在中外不同社会中的来源以及中庸思想中所蕴含的“自然法”精神，将主要从人性论、正义观、法则理念等方面着重分析中庸思想中所蕴含“自然法”精神。

通过对中庸思想自然法向度的一个理解，增进人们对于中庸思想的深入了解，期望能为我们的法治建设提供一个新的思路，形成一种良好的中庸态度和法律思维，正确处理好人与自然、人与他人、人与社会三者的关系。且通过分析和借鉴中外有代表性的思想家对于中庸及自然法思想的阐释，帮助我们去寻找中庸思想及自然法思想对于当前中国法治建设的启发。充分挖掘和利用中庸思想所蕴含的自然法精神对于现代社会人们的法治信仰、法治精神境界的提高以及社会实践的发展发挥着重要的借鉴意义。

一、中庸思想和自然法思想的简述

（一）中庸思想略述

中庸作为一个古老的概念早在远古时期就已萌芽，在当时主要是流行与民间的格言，它最初来源于人们对天地自然探求的思想。早在原始时代，人们就从弓箭文化出发，认为“中”乃旗杆之正，中的之矢的“中”，不偏离亦不歪斜，正中目标，所以“中”字最初就有了标准、规范的意义。“中”最早见于记载的是尧晚年禅位于舜时，尧对舜的谆谆叮咛：“允执厥中。”此后，舜禅位于大禹时对其说道：“人心惟危，道心惟微。惟精惟一，允执厥中。”这是中庸思想的最早渊源。“中庸之为德也，其至矣乎。” （《论语·雍也》）中庸即中用，用中。庸字古同“用”。 何晏《论语集解》：“庸，常也，中和可常行之道。”

《礼记·中庸》：“中也者,天下之大本也;和也者,天下之达道也。致中和,天地立焉,万物育焉。”中古时代，当时的社会状况正如《礼记•礼运篇》所记载的那样：“大道之行也，天下为公，选贤举能，讲信和睦，故人不独亲其亲，不独子其子。使老有所终，壮有所用，幼有所养。男友分，女有归。”整个社会自然而然地形成了“男女有别，长幼有序，朋友有信敬老怀幼”等社会行为规范。经过不断地发展，又逐渐形成了“中和之道”。“和”是从原始的“禾”逐渐演化而来的，同“调”，“调，和也。”

《易经》所阐述的主要内容就是“中和之道”，阴阳对立面的统一平衡就是万物产生和发展的根本原因。“阴阳合德，刚柔有体，依天阳地阴，人主中道而和阴阳，阴盛则柔，阳盛则刚，刚柔适中是为之中和。”（《易·系辞下》）中和就是按照自然的准则和秩序而获得的一种和谐统一的境界，孔子和儒家的中庸思想就来源于此。

孔子说：“中庸之为德也，其至矣乎！”[525]正是因为中庸是最高的道德标准，因此很少有人能够真正实行它，《中庸》也可谓是《四书》中最难实践的一篇。依子思之见：“中也者，

[525] 子思著，东篱子译著，梁明德主编:《中华经典解读:中庸》，北京：北京时代华文书局 2014 年版，第 19 页。

天下之大本也；和也者，天下之达道也。致中和，天地位焉，万物育焉。”[526]中，是稳定天下之本；和，是天下共行的大道。由此可以看出中庸之道的巨大作用，可使天地各在其位，万物自由生长繁育。中庸之道又是平常之道，并非高不可攀。“道也者，不可须臾离也；可离，非道也。”[527]就是要告诉我们，“道”这个东西，我们生而有之，它一直陪伴在我们左右。

《中庸》开宗明义，认为“天命之谓性，率性之谓道，修道之谓教。”[528]提出“性”、“道”、“教”三项，用以解释“道”的渊源。自然赋予人的，就是人的禀赋，这就叫做性，依循人内在的诚性做事叫做“道”，人道包括天地和社会人群，按照“道”的原则修养叫做“教”。因此，天命具有创生性，天命赋予的成为人的本性，这种本性，合乎自然，合乎应然，则为道。按照中庸思想的说法，道指的就是内在的诚性。

“天命”、“性”、“道”是自然天命的赋予，同时要通过“教”与“修”来与之连贯。个人修“道”的过程也就是个人回归自然本性的活动，个人在修道立教的活动之中，由个人的率性从而达到天命之性，在人与自然之间保持着一种德性的张力。“可离，非道也。”驾驭本性的道，从未离开过，那些离开的束缚都不能称之为道。道没有离开过，道是一直跟随着人的，只是有时它会被蒙蔽住，被后天的情感、学识、观念遮蔽了。那要怎么样修道呢？“是故君子戒慎乎其所不睹，恐惧乎其所不闻。莫见乎隐，莫显乎微。故君子慎其独也。”[529]注重个人品行操守的君子即使是在独处的时候也是谨慎的、有所戒惧的。越是在别人看不见的地方越是明显，在细节之处就会更加清楚地显露。

四书的另外一部书《大学》认为：“所谓诚其意者，毋自欺也。如恶恶臭，如好好色，此之谓自谦。故君子必慎其独也。”人的本性无法被清楚地看到、听到，它在宇宙中穿梭、回旋，捉摸不定，我们无从得知。“戒慎乎其所不睹”，所以君子要谨慎严格的要求自己，不能自欺欺人，在别人看不到的地方，在自己内心隐秘不为人知的地方更应如此，坦诚地对待自己的内心。

中庸思想是儒家重要的思想观念，它在孔子的思想体系中占据着重要的地位。何谓“中庸”？是我们了解孔子思想的一个难题。古往今来许多学者都对中庸思想做出了不同程度的理解和阐释。宋代大学者朱熹在《四书章句集注·中庸》中对中庸思想做出了详解：“中者，不偏不倚，无过不及之名；庸，平常也。”当代学者杜道明认为，“庸”还有“和”义，而中庸则亦即“中和”。[530]还有人认为，所谓“中庸”即是“用中”，而所谓“中庸之道”即是“用中”之道。[531] 何谓中庸？“喜怒哀乐之未发，谓之中；发而皆中节，谓之和。中者也，天

526 子思著，东篱子译著，梁明德主编：《中华经典解读:中庸》，北京：北京时代华文书局 2014 年版，第 1 页。
527 子思著，东篱子译著，梁明德主编：《中华经典解读:中庸》，北京：北京时代华文书局 2014 年版，第 1 页。
528 子思著，东篱子译著，梁明德主编：《中华经典解读:中庸》，北京：北京时代华文书局 2014 年版，第 1 页。
529 子思著，东篱子译著，梁明德主编：《中华经典解读:中庸》，北京：北京时代华文书局 2014 年版，第 1 页。
530 参见杜道明：《有关“中庸”的几个问题》，载《中国文学研究》1998 年第 1 期，第 10-16 页。
531 参见葛荣晋：《儒道智慧与当代社会》，北京：中国三峡出版社，1999 年，第 124 页。

下之大本也。和也者，天下之达道也。”[532]中庸之道试图通过用执中的方法达到一种中和的境界，将人的感情、欲望、思想及行为控制在自然的范围之内，使人得到恰当的表达，达到自然与人文的统一。

（二）西方自然法思想史之简要梳理

自然法通常是指宇宙秩序本身之中作为一切制定法制基础的关于正义的基本和终极的原则的集合，即自然的法律或自然法则之意。

自然法思想作为西方政治、法律文化中的核心观念之一，从产生到现在已经历了两千多年的历史。有学者认为，赫拉克利特(Heraclitus)、普罗塔哥拉(Protagoras)等希腊哲学家们最早提及自然法这一概念，甚至论证过自然法与人为法之间的差异。但是目前为学界所普遍承认的是：自然法萌发于古希腊。

在世界文明史上，古希腊文明曾经出现过耀眼的辉煌，它是西方政治文明的滥觞，古希腊是一个充满智慧和理性的民族，具有着卓越的创造性和敏锐的洞察力，具有非凡的政治觉悟和组织能力。自柏拉图时代自然法就已存在，亚里士多德（ Aristotle）明确的提出并论证了自然法，他认为自然法优于人定法，“自然”是明智的，永恒的，而法则是专断的，仅出于权宜之计。自然法是应然的而非实然的，它是评价性的，本身却很难被评价，具有永恒的和普遍的价值。

此后，斯多葛学派（The Stoics）继承并发扬了这一理论，并使得自然法作为一个比较明确的概念出现。斯多葛学派认为，法律的基础存在于在自然之中。人生来就有着辨明是非的意识，就法律的本质而言，其所依据的从来不是多数人的意志，也不是统治阶级独断的命令，而是自然。

古罗马的西塞罗（Marcus Tullius Cicero）是斯多葛学派自然法学说的阐释者和传播者，他把我们内心的法律视为一般意义上法律的基础。它不能够简单地从《十二铜表法》或是从裁判官的告示，即从实证法那里，借助抽象而作为一般性概念被概括出来。它就是普遍的、正确的理性本身，它也因此被称为永恒法。西塞罗曾对自然法有过经典的描述：“事实上有种真正的法律——即正确的理性——与自然法相适应，它适应于所有人，并且是不变而永恒的。通过它的命令，这一法律号召人们履行自己的义务，通过它的禁令，它使人们不去做不正当的事情。它的命令和禁止永远在影响善良的人们，但它却对坏人不起作用。”[533]

以托马斯•阿奎纳（Thomas Aquinas）等人为代表的中世纪神学自然法思想是自然法思想发展的第二阶段。他们将自然法分为神法、人法、自然法和永恒法，认为自然法是普遍的和永久的道德准则。中世纪的自然法学秉承了古希腊时期的自然法学思想，且用神的意志将

[532] 子思著，东篱子译著，梁明德主编:《中华经典解读:中庸》，北京：北京时代华文书局 2014 年，第 1 页。
[533] 参见王红，马建平:《自然法思想与儒家中庸主义》，载《延安大学学报:社会科学版》2006 年第 28 卷第 6 期，第 87-89 页。

自然法套上了神学的枷锁。它被视为人的理性对上帝的理性的参与，自然法不过是人的理性对永恒的神意参悟的结果，具有浓厚的宗教色彩。神学家们认为，“自然的理智的判断和方向，加上上帝的救赎意志，将看到一切社会的关系充满另一种精神，这是家庭和平的基础，在家庭各成员中有一种有秩序的统治与服从”。[534]

17 世纪兴起的古典自然法学可以说是对于中世纪神学自然法学的决裂，主要代表人物有格劳秀斯（Hugo Grotius）、洛克（John Locke）、霍布斯（Thomas Hobbes）和普芬道夫（Pufendorf, Samuel, Baron von）等。格劳秀斯是古典自然法理论的奠基人，他将自然法定义为：“自然法是正当理性命令，是断定行为善恶的标准。”即使是上帝也不能够把理性上认为是恶的东西变成善的东西。

现代自然法观出现于 19 世纪末 20 世纪初，因为是在自然法的“复兴”口号下进行的，所以又称其为复兴自然法，可分为两派，一派是继承和发展中世纪托马斯•阿奎纳（Thomas Aquinas）的神学法律思想而来的新托马斯主义法学派，或称新经院主义法学，代表人物如法国的马里旦(Jacques Maritian)。另一派是非宗教神学的新自然法学派，如美国富勒(Lon L.Fuller)、德沃金(Ronald.Myles.Dworkin)和罗尔斯(John Bordley Rawls)等人的自然法学说。对自然法概念作出新的理解和应用，自然法不再是与实在法并行的一种法律，而是更多地将其作为一种隐藏在实在法背后的一种法的理念，其对于实在法的制定和实施起到一定的指导作用。

自然法观念经历了一个漫长的发展过程。随着自然法观念的不断发展和演变，自然法中的“自然”早已不是简单地意指普遍意义上的自然界，而是更多的指向一种精神，即自然理性。理性精神是自然法的基石，经过不断地的继承、充实、演绎与发展，俨然成为了自然法观念发展演变的源泉和动力，并日渐融合到西方社会的法治思想之中，成为西方法治思想不断完善与发展内在生命力。

自然法思想一直影响着西方的法治，成为西方法治精神的显著观念，德国著名法史学家祁克（Otto Friedrich von Gierke）也曾说过：“不朽的自然法精神永远不可能被熄灭。如果它被拒绝进入实体法的机体，它会像一个幽灵飘荡在房间的周围，并威胁要变成一个吸血鬼去吮吸法律机体的血液。”[535]

二、中庸思想中的“自然法”

十九世纪末二十世纪中期，中国最享有世界性声誉的一代法学大家吴经熊在其《法律哲学研究》一书中说道：“我的法律哲学，主要不外乎两点。第一点是：自然法是一切法律之基础；第二点是：自然法不是死僵僵的一成不变的东西，而是与时俱进的有机体。”[536]他充

[534] [德]H. 科殷(Helmut Coing)：《法哲学》，林荣远译，北京：华夏出版社，2002 年，第 19 页。
[535] 张文显著：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，北京：法律出版社 1996 年版，第 46 页。
[536] 吴经熊：《法律哲学研究》，北京：清华大学出版社，2005 年，第 45 页。

分肯定了自然思想的不朽性，并通过引用儒家的经典论断来论述自然法思想，希望从中国文化中开出自然法哲学的可能。笔者较为认同吴经熊先生的法律哲学观，“思想的进程，大都受到两种相反相成的势力的牵制，一种是向心力，一种是离心力。向心力产自于心理上的统一的要求，因为没有统一，就不能得到安定。离心力产自实际生活的变迁，因为新事实的发现往往能打破形成的统一。”[537]因此首先就可以对这种统一性探究一番。中庸思想与自然法这种理性法则之间具有很多的相似和暗合之处，中庸思想中也蕴含着许多丰富的实质意义上的自然法思想，无论是东方还是西方，在人类社会发展的进程中，无论在哪个时代，在哪一民族中，人们都会共同地、普遍地、自发地产生一种对于实质正义、善以及对和谐社会的追求。在撇开人的社会性和阶级性去解释人的共同本质的观点和学说上中庸思想和自然法思想有着趋同的解释进路。

中庸思想中的“自然法”的提出和比较，概基于笔者对于进化中的自然法思想的理解和探究，旨在挖掘中庸思想中蕴含的丰富的自然法思想资源，尝试对我国传统思想进行新的解释，着重分析比较二者的趋同性。结合前文自然法思想的发展脉络，做到古为今用，与时俱进，促进中西文化的相互融合和对话，相互促进，为法律思想在现实社会的实施提供了新的思路和技术支持。自然法思想与中庸思想之间的相互借鉴和交融可以促进人们逐渐形成共同的法文化以及相同的法治信仰，优势互补，使得法学思想的发展更加全面和完整，更具有生命力，从而更好地为今天的法治建设服务。据此笔者分出以下几个方面的理由加以论证。

（一）人性论

子思的《中庸》开篇写到“天命之谓性，率性之谓道，修道之谓教。道者也，不可须臾离也；可离，非道也。”天命，如刘宝楠《论语正义》引《汉书董仲舒传对策》曰：“天令之谓命。”按照朱熹的说法：“天以阴阳五行化生万物，气以成形，而理亦赋焉，犹命令也。”（《中庸章句》）是说天所赋予的气与理的时候，也必然赋予了与之相符的使命。天命就是是上天的命令，上天的指令也是人性的内容。《中庸》认为天是人外在的理性精神，人所有的天命就是人性，人性就是人的自然禀赋。人能够按照人性之德行事，就体现了人道，体现了人道就达到了“至诚”的境界，“至诚”之人就能发挥人的善性。《中庸》主要就是教人发现“至善”和遵守自然之道，发挥和贯彻儒家的中庸思想，同时也为儒家的性善论提供了理论支持。因此，笔者认为《中庸》对于人性的看法是“人性向善论”。人性是一种动态的、开放的、等待被实现的潜能，趋向什么？趋向的就是善。

在中国思想史上，《孟子》的整体思路是与《中庸》的开宗明义是相一致的，《孟子》中蕴含着丰富的中庸思想。孟子对于人性和自然法有着透辟的见解，他认为人的本性是善的，是一种先天的、自然而然的良知良能，是一种倾向和可能性。因此我们可以尝试通过解读孟

[537] 吴经熊：《法律哲学研究》，北京：清华大学出版社，2005 年，第 196 页。

子的思想试图窥见《中庸》中蕴含的的人性与自然法光辉。孟子思想的根本出发点是：人性是上天所赋予的禀赋，所以它在本质上是善的。孟子认为人性本善，孟子曾说：“所以谓人皆有不忍人之心者，今人乍见孺子将入于井，皆有怵惕恻隐之心；非所以内交于孺子之父母也，非所以要誉于乡党朋友也，非恶其声而然也。”（《孟子·公孙丑上》）每个人也有不忍人之心，看到有人不幸落入水中，下意识地就会想要去救人，这并非是出于利益或是亲疏关系的考量才去救人，这是内心“善”的本性自然流露的体现。孟子将“善”的本质分为“四端”，四端是儒家称应有的四种德行，即：恻隐之心，仁之端也；羞恶之心，义之端也；辞让之心，礼之端也；是非之心，智之端也。（《孟子·公孙丑上》）“端”是起点的意思，孟子认为想要成就德行，就要努力地将人性之四端加以扩充和发展，即道德实践，就可成就德性。孟子说：“尽其心者，知其性也。知其性，则知天矣。存其心，养其性，所以事天也。”（《孟子·尽心上》）因此，天命、人性、教化形成一个连续体。自然法是人类理性所认识的原则，适用于永远变迁的环境之中，不断扩张的人事关系，由此获得更进一步的发展。[538]

同样，在自然法中，经院哲学时代的自然法代表人物圣托马斯（Thomas Aquinas）认为，一个东西只有在其为善的时候才是一个目标，它的获得才真正值得去让一个人花费时间去行动。善就是本身值得渴望和追求的事物，由于认知指向的存在，这种意志就指向了善，一种存在，当其表现的合乎本质性自然的时候就是善的。[539]圣托马斯说：“就如同存在是绝对归于认知的第一个东西，善也是指向行动的的实践理性所要把握的第一件东西（因为每一主体都为某一具有善的性质的目的而行动）。因而实践理性的第一原则就是基于善的自然原则，也即，善就是所有事物所追求的。因而，法律的第一诫条就是，当实践和推进善，当避免恶。自然法的所有诫条都是以此为基础的。”[540]同时，圣托马斯认识到了实践理性、意志理性的一条至上原则：善是当行者。“善即当行”的意思就是，“实现你的本质性自然”（《自然法的观念史和哲学》）。同样的存在对于理论理性来说是真理，对于实践理性来说就是善。

而我们进一步考察儒家中庸思想的一个认识论的话，我们以孟子思想为例。比如，孟子用理性和德行来观察人的本质，他把人性建立在存有论的观点之上，同时，他又注重实际，探究人性四端的发展与实践，并逐渐培养之必要。有一些行为，因为它符合本质性自然以及它自身的目的，所以它本身就是善的、道德的。另有一些行为，它偏离了本质性自然和它的目的，因而它本身就是恶的、不道德的。人在处理各种事情中有着各种自然的趋向或是倾向，人的天性中的这种倾向恰是其通往善的目标的指南，向其理性揭示了他的本质性自然在哪些方面需要去完善，即向他揭示了如何行善，如何避恶，忠于本性。对于孟子而言，为善的意思就是实行仁义礼智诸德，避恶的意思就是不做那些违背德行的事情，这便是自然法。道德

538 吴经熊：《法律哲学研究》，北京：清华大学出版社，2005 年，第 231 页。
539 海因里希·罗门：《自然法的观念史和哲学》，姚中秋译，上海：上海三联书店，2007 年，第 44 页。
540 [英]韦恩·莫里森：《法理学:从古希腊到后现代》，李桂林等译，武汉：武汉大学出版社 2003 年，第 49 页。

是人性在法的精神中的体现，美德就是按照对于人的基本天性的洞见而通过实践积极地作出行动的决定。

人类的道德人格的培养的关键在于人性。延拓至今几千年的自然法与中庸思想包含着人类最真诚的道德关怀，以及对于人性中“善”这一美好品质的虔诚信仰与追求。随着时代的不断进步和飞速的发展，当前社会呈现着更加复杂多样的现代性面貌，我们的人格精神面临着巨大的挑战，道德观念也发生着深刻的变化。但不论在哪一个时代，哪一个国家，哪一种民族，人们都会自然而然地、不谋而合地依循着一个首要的、自明的和永恒的道德原则和唯一的实践性知识：行善不为恶。道德不会在人性中消失，自然法也永远不会消失。

（二）正义观

正义观是古今、中西社会最重要的伦理之一。在中国儒家传统中，有“四德”，即仁、义、礼、智，后被董仲舒扩充为“五常”，即仁、义、礼、智、信之说，是儒家思想的核心价值，是做人的起码道德准则，同时也是作为处理和协调人与人之间的关系、组建社会的基本原则。其中，仁是“全德”，其他三德或四常是仁在不同方面发挥的作用和体现。其中的义就是儒家的正义观。(《每日时事经济评论》，2011.09.14，第 11 页）中庸之道就是孔子的正义观，礼是正义的规范，和谐是正义的目标。

“义者宜也。”(《中庸》)“宜”是适宜、适当的意思，即人应当这样做事。义的实质就是人们所应当遵循的准则，即正义的原则。正义的原则是与礼联系在一起的，称之为“礼义”。礼是指社会生活中一切习俗行为的准则，是社会道德、伦理、法律、规范的依归。同时礼也是有等级的，不同社会身份的人处在处在不同的社会地位之上，各守其位，各司其职。而正义就是在社会等级之上维持的一种公平，使社会各方面的利益关系得到妥善协调，维持社会的和谐。《孟子·告子上》中说：“生亦我所欲也，义亦我所欲也，二者不可得兼，舍生而取义也。”可见，古代的义既有国家之义，也有个人之义；既有衡量道德标准的义，也有价值目标的义。

在自然法体系中，正义的古典定义是给予每个人应当属于他的。罗门(Heinrich A.Rommen)认为，在交换性正义（commutative justice）中，正义就是欠他人的东西；在分配性正义中，正义就是共同体欠个人的东西；在法律性正义中，正义就是个人欠国家的东西。[541]罗素（Bertrand Russell）说：“阿那克西曼德所表现的思想似乎是这样的：世界的火、土和水应该有一定的比例，但是每种要素（被理解是一种神）都永远在扩大自己的领土。然而有一种必然性或者自然律永远在矫正着这种平衡：例如，只要是有了火，就会有灰烬，灰烬就是土。这种正义的观念，是一种最深刻的希腊信仰。神祇正像人一样，也要服从正义”。(《西方哲学史》)所以正义对于个人而言就是要遵循必然性或自然律所规定的适当的界限、比例。

[541] 海因里希·罗门：《自然法的观念史和哲学》，姚中秋译，上海：上海三联书店，2007 年，第 20 页。

苏格拉底和柏拉图认为所谓正义就是各司其职，各守其位，每个人去做自己应该做的事情，做与自己身份地位相符的事情。

柏拉图在《理想国》一书中，柏拉图认为，作为正义的城邦或理想国，国家分为三个阶层。他们分别是治国者、护国者和生产者。组成这个国家的公民中，每一个人都有着不同的天赋和素质。例如，农民是最善于种田的人，但却不懂得如何去管理国家。所以在建立的理想国家里，应当根据国家的不同职能和个人的不同素质，让每一位公民能够各尽其能，各按本分。这三种人分别是治国者、护卫者、生产者。在他看来，建立理想国家的一条基本原则是："每个人必须在国家里执行一种最适合他天赋的职务"。按照这一原则，拥有智慧的治国者负责将国家治理好，拥有勇敢、牺牲精神的武士就负责保卫疆土，勤劳节制的劳动者做好生产的工作。全体公民无一例外，都应分派与其天赋相当的相关任务。这就是个人的正义。当治国者、护国者、生产者各守其位，各司其职，互不干扰时，便有了正义，国家也就成了正义的国家。如果这三种人之间争斗、不和或者互相干涉，就是不正义的，从而也就没有正义的国家。(《理想国》第 21-36 页）

《中庸》有言："君子素其位而行，不愿乎其外。素富贵，行乎富贵；素贫贱，行乎贫贱；素夷狄，行乎夷狄；素患难，行乎患难。君子无入而不自得焉。在上位，不陵下；在下位，不援上。正己而不求于人则无怨。上不怨天，下不尤人。"[542]素位而行近于《大学》里面所说的"知其所止"。清代学者金缨说："收吾本心在腔子里，是圣贤第一等学问。尽吾本分在素位中，是圣贤第一等功夫。宇宙内事，乃己分内事；己分内事，乃宇宙内事。"素位而行就是对于现状的积极适应的一种态度，处在什么样的位置，扮演着怎样的角色，就要尽力做好自己的本分，各守其位，各司其职。做人素位而行，家庭才会和睦，社会才会安定，国家才能长治久安。正义就是在社会等级之上维持一种相对的公平，妥善协调处理社会各方面的利益关系。国家有正义，国家将会是一个安定和谐的国度，个人心中有正义，就会使心灵处于和谐安宁之中。

（三）法则理念

《中庸》的主旨在于修养人性，其所追求的修养的最高境界就是至德，它教育人们进行自我修养、自我监督、自我教育、自我完善，将自己的思想和行为控制在自然、合理的范围之内。《中庸》集中体现了中庸之道的道德法则，一种哲学思想、政治思想以及我们日常行为的准则。中庸之道的理论基础是天人合一，基本世界观和出发点就是情与理是一回事，儒学在其根本出发点上，不是去设法想象一个超自然的存在来作为万物的推动者。它认为，人能弘道，非道弘人。人和自然的同一，必然导致的结论就是天和人之间没有冲突，即天人合一，这是一个相互间不断交互和拓展的过程。

[542] 子思著，东篱子译注，梁明德主编：《中华经典解读：中庸》，北京：北京时代华文书局，2014 年，第 111 页。

无论在东方还是西方，自我的出现都是一个现代性的事实。中国哲学、中国思想很早就从宗教里边脱离出来。从殷商的宗教崇拜中解放出来的西周“以德配天”的观念，使人得以“与天地为一”(《中庸》第二十二章)，进而得以“参天地之化育”（《中庸》第二十二章)。把目光注重于人文社会，关注人的发展和人类社会的发展、人的道德和伦理的建构。

在西方社会各民族初始时期，道德规范与法律、宗教规范也是没有区别的。在古希腊人眼中，所有的法律都盖有神的印章，使得原始法律具有了神的特征，人的法令使无法改变它的。随着理性的发展，当人们发现并不是所有的法律都是不可改变和永恒不变的，并进一步意识到人自身在历史发展中的重要性的时候，自然法的观念就产生了。自然法赋予了人类内在之光，不管它身处何处，总有一种内在的力量指引着人们正确的行动。

《中庸》开篇说：“天命之谓性，率性之谓道，修道之谓教。”[543]天与人有着共同的道德感，人的本性是顺乎天命的。天作为道德法则和原则，是人们心中与生俱来的道德原则，它与人是互生共存的，是一种自然的，但不自觉的合一。人类后天由于受物欲、名利等各种诱惑的蒙蔽，越是不加节制地去追求物欲和名利，人的视野就会变得愈加狭窄，就越容易被诱惑、被欺骗，丢失了发现自己道德良知的能力。人们修道的目的就是要排除外物的干扰和诱惑，“求其放心”（ 《孟子·告子章句上》)，能够自我约束和自我克制并自觉的践行道德法则。《郭店竹简》说：“性自命出，命自天降”， 反映了儒家对人性理解的深化，对人的生命存在的反思的提升。人获得生命的同时也就拥有了自己本性，命由天定，天有道德感，人的命、人的性和天是一样的，都体现为道德。

《中庸》中有这样一句话：“唯天下至诚，为能尽其性；能尽其性，则能尽人之性；能尽人之性，则能尽物之性；能尽物之性，则可以赞天地。”[544]人在自然界之中，不可避免地要与周遭的万事万物产生联系并同他们打交道。如果能诚意正心，以诚心待物，就可以与天地参育，以天地化育万物之道去促成万物的生长发育，不断地追求至诚境界，充分发挥自身善性，把自己变得和天地一样高远厚重。比如，帮助别人的时候，一定要发自内心地友善。同朋友交往的时候，一定要发自内心地真诚，做到表里如一。儒家既肯定人有丰富的情感，又认为人的情感表达要得体、合乎社会规范，恰当地处理好自然、人伦以及与社会之间的关系，这才符合中庸之道。

而自然法为我们生而有之，是自然所赋予我们的，将其播种在人类的心灵之中，我们有着先天的自然法的印记。道德法则及一些既定的行为准则，是自然所赋予我们的内在于自身的法典。我们可以运用理性和自然法所赋予我们的能力，去获取自然法的知识。同时我们还要警惕灵魂过于贪求享乐，而将美德的生活以及通过真善美而获得精神幸福的理念置于粗鄙的感官享受以及对于财富的过度追求上。自然法与我们内在的道德哲学，是可以彼此融合直

543 子思著，东篱子译注，梁明德主编：《中华经典解读：中庸》，北京：北京时代华文书局，2014 年，第 1 页。

544 子思著，东篱子译注，梁明德主编：《中华经典解读：中庸》，北京：北京时代华文书局，2014 年，第 179 页。

达对方深处的，而外在的自然法则，在人类灵魂深处发现了自己最真实的生命。每个人都按照其自然而追求其自身存在的维系，自然法与我们的内心是相通相连的，自然法可以成为我们的道德生活法则。

三、中庸思想与自然法思想对于现代中国法治之启示

党的十七大报告中提出了新时期构建社会主义和谐社会的要求，然而当前我国正处于改革发展的关键时期经济体制深刻变革的社会转型期，社会结构剧烈分化，利益格局深刻调整，思想观念深刻变化。这种空前的社会变革，给我国发展进步增添了社会活力的同时也必然带来这样那样的矛盾和问题。在复杂多变的社会环境之下，为适应形势的变化，必须慎重思考如何赋予中庸这一传统哲理体系以强烈的时代意蕴，实现中庸思想的现代转化，为法律思想在现实社会的实施提供了新的思路和技术支持。中庸思想和自然法思想的相互借鉴和交融可以促进人们逐渐形成共同的法文化以及相同的法治信仰，优势互补，使得法学思想的发展更加全面和完整，更具有生命力，从而更好地为今天的法治建设服务。

中庸不仅包含抽象的对于和谐社会的理想和价值追求，也包含“执两用中”的方法论。《尚书》载：“人心惟危，道心惟微，惟精惟一，允执厥中。”（《尚书·大禹漠》）其中就包含了“执中”的原则。 “道之不行也，我知之矣：知者过之；愚者不及也。道之不明也，我知之矣：贤者过之；不肖者不及也”[545]。中庸之道追求的中的确切位置，是优化选择决定的，是处于过头和不及之间的“无过无不及”的“临界位置”。过度和不及貌似不同，但是它们的实质是一样的，孔子认为都不足取，都不符合中庸的要求。因此做人不能够好高骛远，但也不可自暴自弃，在追求理想的同时也要认清社会现实。为政过严或太宽都不好，“宽猛相济，政是以和。”（《左传·昭公二十年》）制订政策，借用现代政治语言讲，无论是激进还是保守都有可能会导致错误的发生。事物的发展往往存在着对立的两端，这就要求我们要努力衡量和把握好两端之“中”，不偏不倚，将事物控制在一个平衡稳定的状态之下。

然而构建和谐社会不能仅仅止于理论层面，还必须要着眼于实际，立足国情，法治化的制度建设是其实现的根本途径。只有如此，才能够将中庸思想所包含的价值追求转化为社会现实。通过法律框架内权利义务达到对各种利益层次的分配，充分保障社会成员具体权利和利益的实现。实现社会的和谐，既要协调现实的冲突，协调个体利益之间的矛盾冲突，同时又要兼顾未来的发展，既要考虑到大多数人的利益，又不能忽视弱势群体的利益。法治建设的基础就在于社会的和谐稳定，调和国家、政府、社会的矛盾，统筹兼顾，中和人与人之间的冲突，构建和谐社会。

---

[545] 子思著，东篱子译注，梁明德，《中华经典解读：中庸》，北京：北京时代华文书局，2014 年，第 226 页。

亚里士多德对于法治曾有过经典的定义：“法治者，良法被良好地遵行也”。法治的实质就是良法之治理，唯有制定良好的法律，一套遵循和符合自然秩序，追求伦理的正义、弱者的正义，能够激发和培养人的天然同情心以及良知和善的法律才是真正的良法。只有制定良法才能够得到全社会的认同和支持，树立起普遍的法治信仰，法律能够很好的实行和运转，才可以算得上真正意义上的法治。

中国的法治建设之所以困难重重，除了存在着法律本身的体系不完善和内容瑕疵，民众对法律的轻视和不信仰才是问题的关键所在。法律只有具备足够的说服力以及外在的强制力才能够得到人们的信服和支持，才能够重拾法律的地位和尊严，重新树立起人们对于法律的信仰和支持。我们要培植起法治的合法性基础关键是要从信念和价值性的角度进行努力。在没有真正法治传统的中国民众心中树立起法治信仰，让民众真切地感受到法律是能够实现正义的良法。我们不仅要借鉴西方先进的法律法规制度，最重要的是充分挖掘隐藏在在法律制度背后的价值观念，让法治建设具有灵魂，否则，即使建立起来的法治大厦也不过是空中楼阁。因此，我们应更加关注西方法治背后的思想和理性基础——自然法思想，其对于建立我们的法治的重要作用。

自然法对于西方的法治传统产生了极其深远的影响，在西方的法律发展及社会变革中发挥着重要的作用，孕育西方社会坚定的法律信仰。亚里士多德在《政治学》中明确指出：“我们应该注意到邦国虽有良法，要是人民不能全部遵循，仍然不能实现法治。”[546]法治信仰是人们对法治的精神寄托，是对法治保障安全和自由、呵护尊严和幸福的功能期待。而自然法思想之所以在西方社会历久不衰，最重要的一点就是它很好地融入了社会民情，得到了人们的信仰与支持。自然法思想中包含了平民意识，即法律面前人人平等。中世纪的基督教文化也对西方社会的思想观念有着深刻的影响，甚至还有着优于世俗法律的地位。托马斯·阿奎纳将它视为“永恒法”，认为它是上帝理性的体现，而自然法是人的理性，实在法服从自然法并最终服从于永恒法，因此信奉上帝就是信仰法律。

法律信仰是法治精神的意蕴，法律不应简单地被作为工具和手段，而应当成为一种理念和价值被信仰和认同。法治要在我国建立起来而且很好的生存下去，前提必须是良法之治，良法之治无论在西方社会还是在中国都是实施法治的重要标准。法律想要得到普遍的支持和推崇除了自身应彰显正义之外，公众参与也是非常重要的条件。要让人们更多地参与到法律生活之中，参与法律实践，通过自身的实践充分相信法律，自觉运用法律，从而达到对法律深刻的认识。让法律具有价值理性，使得法律能够实现公平正义的价值。国家立法机关和全国人大要履行自己的职责，在立法过程中应充分听取和采纳人民群众的意见和建议，尊重各层次利益的，培养和树立起一种公正、持中、理性的、全面的司法美德。不能将法律粗暴的加以漠视或随意删改、废止。充分吸收和考虑各种意见，并将可行性内容加以明确化、法律化。让良法被很好地遵行，人们乐意遵守法律、信仰法律，法治才能拥有最广泛的社会基础，

546 [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，北京：商务印书馆，1983 年，第 19 页。

整个社会才能够对法律和规则及其配套措施充满信仰和认同感。构建起法律至上的法治信仰和社会氛围，激起我们对法律发自内心的尊崇。重视对于法律本身的正义和理性的追问，在借鉴西方法治思想的同时要重视丰富本土资源的扬弃与转化，不断地探索、改革和完善让法律真正成为社会的普遍信仰，推进我国法制建设的进程。

Comparison of Golden Mean Thought and Western Thought of Natural Law - And the inspiration for the construction of modern Chinese Rule of Law

Abstract: The Doctrine of the Mean is the core idea of Confucian thought and the whole Chinese traditional culture. Golden Mean comes from The Doctrine of the Mean of Confucianism, the ancient Chinese idealist philosophical views,and which is also the worldwide mostly and commonly recognized philosophy. Natural law is one of the core ideas of Western political and legal culture. The Natural Law thoughts in China wield great impact on our awareness of rule of law, legal method theory and the construction of the legal system. From the manifestation of the world historical process of reflection and insight, Golden Mean and the western natural law idea has some value orientation in common in some areas. By exploring the both by the concept, nature and the similarities, it is necessary to draw on Western thought of rule of law while focusing on the conversion of the local legal resources, to explore how to set up the supremacy of law as the faith of law and the corresponding social circumstances in our modern society.

Key words: Golden Mean; Natural Law; Nature and Humanity; Justice; Harmony of Tian and Human; Belief in Rule of Law

被拐儿童解救后安置问题

聂茜卓*

摘　要：人们的目光惯于聚焦解救被拐儿童以及犯罪分子的处罚，而被解救儿童的后期安置问题无疑也是举足轻重的一环，数据显示超半数被解救儿童无法重回父母身边，安置成难题。本文着力于对被拐儿童解救后安置问题进行探究，通过实地走访与文献查找，从安置难题表现——被拐儿童解救后去向与安置难题源头——被拐儿童寻亲难题成因进行分析，提出完善国家亲权制度、适当调整收养法、健全社会福利体系、加大宣传力度四大具体可行的建议，呼吁相关部门加强被拐儿童救助后的保护、康复与权利救济工作及立法的完善，为救助保护被拐卖儿童增添一份力量。

关键词：安置难题 二次伤害 儿童利益最大化

一、综述

“知晓一个社会的灵魂，就看这个社会对待孩子的方式，除此以外，没有更好的办法”，美国人葛亚雷将此作为其纪录片的题记，这部关注中国的拐卖儿童问题的纪录片在社会上引起了轰动。早在上世纪 80 年代，人口拐卖问题就已在中凸现，而且大部分被拐卖的都是儿童。但是，对受害者的数量估计却显示着巨大的差异。国内官方数据显示，每年大约有一万名儿童被拐卖，但美国国务院却认为这一数据在 2 万左右；一些独立机构统计的数据更高，认为每年中国被拐卖儿童的人数将近 7 万，这一数据相较于美国国内每年被拐儿童在 100-200 人显得相当骇人。[547]

资料显示：2009 年公安部首批公布的 60 名被拐儿童信息，仅 6 名小孩找到父母；2011 年山东聊城警方侦破的两起重大贩婴团伙案中，29 名被解救婴儿无法找到亲生父母；2013 年 1 至 10 月，全国共侦破拐卖儿童案件 6000 余起，2.4 万名被拐儿童获救。利用全国公安机关打拐 DNA 信息系统为 454 名儿童找到亲生父母；截至 2015 年 5 月 22 日，借助全国打拐 DNA 数据库找到生父母的孩子为 3475 余名，但 2009 年至 2011 年期间，获救被拐儿童已有 13284 人。[548]从上述一系列数据可见一斑，被拐卖儿童找回率低，被拐后能回归生父母身边的儿童总是特例，因找不到生父母而无法回家的儿童才是常态。而被解救儿童的权利救济难以实现，在回归家庭与社会等方面也面临诸多障碍。

* 聂茜卓：苏州大学王健法学院 2015 级法学专业本科生。

547 赵妍. 老外拍摄中国被拐卖儿童纪录片《躯壳》[N]. 时代周报，2013 年 9 月 5 日

548 数据来源：公安部打拐办网站（http://www.mps.gov.cn/）

当前，我国国家层面的救助、保护、安置被拐卖儿童的工作体系已初步形成，但总体上，因相关法律尚未完善，缺乏法律制度来严格规范；综合治力尚待加强，社会力量在对被解救儿童的后期安置问题上的关注与参与较少，使得相应的社会机构还未有具体有效的措施等原因，救助保护工作远未理想。

面对拐卖儿童犯罪的严峻形势，尽快弥补救助保护工作体系的薄弱环节，完善被解救儿童的后期安置问题，让数万被拐卖儿童尽快踏上亲人团聚、回归社会的健康成长之路尤为重要。

二、对被拐儿童解救后安置问题现状分析

（一）安置难题表现——被拐儿童解救后去向分析

按照《民政部 公安部关于开展查找不到生父母的打拐解救儿童收养工作的通知》规定，公安机关解救被拐卖儿童后，对于查找到生父母或其他监护人的，应当及时送还。对于暂时查找不到生父母及其他监护人的，民政部门是负责被拐卖婴儿安置的主体。民政局将儿童送交社会福利机构或者救助保护机构抚养，由社会福利机构或者救助保护机构承担临时监护责任。除了在福利院中生活，孩子们还可通过寄养、收养回归家庭。这三种形式，在实务中又存在哪些问题呢？

1.禁止买方寄养的理论与现实冲突

2011 年以前，那些获解救后未找到亲生父母的被拐儿童，为解决安置问题，他们仍然要寄养在买方家。2011 年 7 月起，公安部要求:被拐儿童一经解救，全部送往民政部门的福利院安置，不得由买主继续抚养。《中国反对拐卖人口行动计划(2013-2020 年)》规定：对查找不到亲生父母的，由公安机关提供相关材料，交由民政部门妥善安置，不得由收买家庭继续抚养。《刑法修改案（九）》将购买妇女儿童入罪也明白表白了对购置婴儿的打击立场。公安部打拐办主任陈士渠曾表示，这样做旨在让买主“人财两空”，表明对收买被拐儿童违法犯罪行为的零容忍，消除买方市场。然而，这也易造成情与法的冲突。

遭拐卖的儿童多为刚出生的低龄婴幼儿，而此类儿童易适应新的生活环境与买方建立感情。被解救后不允许儿童再由买方抚养，而是回到生父母身边或安置在福利院，这对于被拐儿童来说，再次面对陌生环境，“解救”或许意味着“二次拐卖”。此外，还存在着这样的情况：比起在老家贫困地区和在福利院生活，他们在买婴者的家中生活会更好，这也使得一些孩子即便被解救，仍愿继续与养父母生活，拒绝回到生父母身边。据《贵阳晚报》2015 年 12 月 31 日报道，余庆县一对夫妇在遵义打工时，孩子被他人拐走，10 年后，他们找到了儿子，但儿子却不肯回来住，仍选择与养父母在一起，这不禁让读者唏嘘。儿童的救助保护本应遵循“儿童利益最大化”的原则，为了达到加大对买方市场的打击力度，而“一刀切”的

规定禁止买方寄养，对于个案而言，反而不利于儿童保护，容易造成情感上的“二次伤害”。

2. 收养法无法协调送、养双方需求

2009 中国不孕不育高峰论坛公布了《中国不孕不育现状调研报告》。《报告》显示，不孕不育症的发生率占育龄夫妇的 15%~20%，[549]以 15%左右的不孕不育率加之中国庞大的人口基数，仅据此保守计算，在中国也有超过百万的家庭有收养孩子的需要。而阻挡他们脚步的很大一部分原因则是收养法的高门槛。《中华人民共和国收养法》第六条第（四）项规定：收养人应当年满三十周岁。而《报告》显示，在就诊的男性不育和女性不孕患者中，我国不孕不育患者呈年轻化趋势，以 25 岁至 30 岁人数最多，[550]此条法定条件不禁让有收养意愿的年轻夫妻望而却步。

而民政局工作人员介绍，被拐解救儿童全都是低龄儿童且大多数身体健康，这正是国内家庭理想的收养对象。因此婴儿拐卖案一经报道，便有数不胜数的人打电话来表示希望领养。本着儿童利益最大化的原则，自然设置较高门槛，择优选取收养人。而对于那些孤残、高龄儿童的收养则少有人问津。

由此可见现实中的确存在着这样的矛盾：希望收养孩子的一方抱怨收养法条件的严苛，无法收养孩子；希望被收养的孩子则因多数属非低龄、身患残疾儿童而少有人愿意收养。双方的需求难以找到平衡点。

3. 各地救助机构差异显著

救助站作为临时安置点，福利院成为接收打拐被解救孩子的唯一位置。而因各地经济发展水平不一，福利院基本设施、照料服务和管理服务等条件差距较大，孩子们的养育情况也有所不同。

以河南省部分城市为例。郑州市儿童福利院的解救儿童为低龄儿童，且多身心健康，这些恰为有收养意愿家庭的最佳收养对象选择。因而，未等其稍长就全被收养，回归家庭。而在被收养之前，在福利院的主要养育方式就是“类家庭”与“小姐妹”项目。“类家庭”是为孩子们提供模拟的家庭生活模式，而“小姐妹”则是为孩子们提供教育的基金项目。

相比而言，开封市社会福利院对这些孩子的照顾则比较单一。据该社会福利和慈善事业促进科主任介绍，因为民政部、公安部联合制发的《关于开展查找不到生父母的打拐解救儿童收养工作的通知》于 2015 年发布不久，且在开封打拐被解救的儿童数量较少，一系列的相关后续工作正在运行中，尚未建立“类家庭”等模式。被拐解救儿童孩子基本都在福利院中，尚未被收养。而洛阳市儿童福利院则尚未接收一位被解救儿童。此外，河南省并非所有地区均设有救助机构。社会福利机构、救助保护机构的建设欠缺，导致部分打拐解救儿童无处安置。

---

549 数据来源：中国疾病预防控制中心网站

550 前引[3]

（二）安置难题源头——被拐儿童寻亲难题成因分析

安置难题的源头便是寻亲难题，被拐儿童解救后的安置程序为公安局通过 DNA 信息库比对寻找被解救儿童的亲生父母，若找不到其亲生父母则在公安局结案后将相关材料证明送达民政局，然后由民政局联系儿童解救地的福利院并将孩子们送往该福利院进行安置。那究竟是哪个环节出现问题导致寻亲难题呢？分析如下：

1.亲人贩卖孩子

按规定，丢失小孩的父母向警方报警，警方会采集父母的 DNA 录入 DNA 信息库。不管全国各地哪个警局找到孩子，都会将孩子的 DNA 送到信息库，通过电脑比对，匹配出其生父母。而那些被解救后无法找回亲生父母的孩子，只可能是无匹配 DNA。这也就是说，这些丢失孩子的父母亲很有可能根本没有向警方报案，孩子系亲人贩卖。

这类婴儿被交到人贩子手中，涉及跨省拐卖，转手交易环节繁多，犯罪嫌疑人之间无固定组织，拐卖对象均为婴儿，案卷证据大多为言词证据，因而加大了警方直接找寻生父母的难度，再加上 DNA 信息库无法发挥作用，这便成了造成“寻亲难题”的主因。

2.信息不对称

DNA 信息库中无父母信息样本，除了上述情况，事实上还存在着 DNA 信息库样本信息不足，信息不对称的问题。

2009 年，全国公安机关解救被拐卖儿童 2169 人、妇女 3851 人；利用 DNA 数据比对确认 298 名被拐卖人员身份。由此可以看出，比对确认被拐卖人员身份的数量远低于解救出来的被拐卖人员。[551]公安部刑事侦查局副局长杨东表示，寻亲最大的难题就是信息的严重不对称。“我国 DNA 库建立联网比较晚，数据库资源也不是十分完善，有些家长在小孩丢失后也没有及时到公安机关留下 DNA 信息以待比对；而另一个原因，相当一部分被拐小孩的家长来自农村，或是在城市的打工者，很少有读报看电视的习惯，忽略了相关信息，也导致小孩迟迟找不到家。”

DNA 信息库建立时间晚，社会宣传力度不够，信息样本还有局限……各种原因都会导致信息的不对称，而这给查找程序带来不小挑战。

三、对被拐儿童解救后安置问题思考

（一）完善国家亲权制度

未成年人的成长离不开父母监护与国家监护，被拐解救儿童因家庭监护缺失陷入困境

[551] 唐伟杰公安部建立打拐 DNA 信息已解救 2169 名被拐儿童[EB]/[OL]中国新闻网，2009 年 11 月 5 日

时，便需要由国家作为终极监护人介入、干预家庭监护。而国家监护的缺位是我国现行家庭监护制度的核心缺陷。我国长期奉行“家庭监护主义”，国家亲权理念在未成年人监护中未能彰显，国家对未成年人的监护实际上处于隐身状态。由此 产生的问题是，国家民政部门几乎从不主动履行其监护职责，只有当儿童成为孤儿 时，民政部门才担负起救助的职责，导致家庭监护制度缺乏必要的救济措施。[552]

为满足“儿童利益最大化”，应逐步恢复国家应尽的监护职责。之所以会出现贩卖亲生孩子的现象，穷困便是最原始的动机。为此，当未成年人的父母或监护人不能保护未成年人利益时，国家有义务也有责任去保护其合法权益，承担起相应的保护与教育的职责。

对于卖方，多数学说秉承着“没有买方市场，就没有卖方市场”的观点，由此催生了“禁止买方寄养”的规定。2015 年出台的《刑法修正案九》同样体现了打击买方市场的态势。但笔者认为，即使不存在买方市场，因贫困养不起孩子的家庭即便不以出卖的方式，也会以遗弃等其他方式损害孩子的利益。国家应在贩卖儿童频发的穷困地区建立儿童救助机构。各地福利机构民政部门不能等待婴儿在贩卖后发生严重后果了再介入，而应当积极主动采取行动，对于无力抚养孩子的家庭提供援助，对于长期不履行监护职责的父母，应撤销其监护权，由国家对未成年人的监护事务进行监督管理，实现国家监护职责， 保障儿童权益，实现儿童利益最大化。

（二）收养法有待调整

1. 虽然 2015 年出台的《关于开展查找不到生父母的打拐解救儿童收养工作的通知》确立了监护权归属问题，从而使得打拐被解救找不到亲生父母的孩子可以被领养，并明确了打拐解救儿童收养的条件和相关程序。但将此上升为《收养法》的规定仍有必要，这样可为此类收养提供更为有力的权益保障，同时可以起到一定的规范作用。且根据我国《收养法》在收养程序上的规定，收养制度缺少司法机关的监督和实质审查，应建立完备的收养和事后监督制度。

2. 我国《婚姻法》第六条规定公民的法定婚龄为男性 22 周岁，女性为 20 周岁，结婚后，夫妻双方即有生育、抚养子女的资格。那么，此时夫妻双方也理应具备收养子女的主体资格。随着现在不孕不育的年轻夫妻的增多，有收养意愿的年轻夫妻也愈来愈多。“收养人需满足年满三十周岁”的条件对于他们未免严苛，若能放宽限度，这既有利于收养人在精力较好时抚养被收养人，更多地陪伴被收养人成长，也避免一些年轻夫妇因不能生育子女又不能收养子女，以致影响夫妻感情，最后导致离婚的现象。无论是对于被收养的孩子，还是对夫妻双方，均大有裨益。

3.对于打拐解救的残疾儿童，《中华人民共和国收养法》第八条第二款规定，收养残疾

[552] 葛明瑜. 论我国未成年人监护干预制度之建构[J]. 东南司法评论, 2015 年 00 期

儿童可以不受收养人无子女和收养一名的限制。这一规定体现了国家鼓励公民收养残疾儿童的政策。正是由于残疾儿童收养率比健康儿童低得多，国家放宽了收养人对残疾儿童的收养条件。但是，在实践过程中并没有达到理想的立法目标,残疾儿童被收养的比例仍然相当低,近似于 0.5%,成为收养的“难点”。[553]而无论是我国有关残疾儿童国内收养还是跨国收养的法律机制，均存在不同程度的缺失与不足，亟待从实体与程序上予以完善。

在残疾儿童的收养安置过程中,必须始终把维护被收养儿童的权益放在首位。由于儿童缺乏自我保护能力,而残疾儿童在这方面则尤为突出,因此，在国内收养残疾儿童或跨国送养残疾儿童时,一定要把维护被收养儿童的利益放在首位，即坚持“儿童最大利益”原则。[554]这在我国《收养法》及我国签订的《儿童权利公约》中都有明文规定。《中华人民共和国收养法》第 2 条规定:“收养应当有利于被收养的未成年人的抚养、成长”，联合国《儿童权利公约》也规定“在所有的寄养和跨国收养过程中,应首先考虑儿童的最大利益”。无论是在立法与司法中规范国内收养还是跨国收养,都必须充分考虑儿童的利益,把一切为了儿童作为收养工作的根本宗旨。这在完善残疾儿童的收养法律机制中显得更为重要。[555]

4．对于打拐解救后的非低龄健康儿童，相较一般儿童，收养率也偏低。其中的阻碍之一便是教育问题。为此，应设立政策导向，为此类儿童提供一定入学优惠，以便增加非低龄儿童被收养的机会,这样既有利于儿童的在养父母家庭中的成长，又可为国家和社会减轻负担。

此外，虽然此类孩子身体健康，是理想的收养对象，但是对生父母可能要回孩子的顾虑也使得收养人望而却步。一直以来，人们的传统观点都是重血缘轻身份。而针对被拐儿童的收养问题，应打破传统观点，在立法上确立事实上的父母胜过血缘亲子关系制度，收养人可基于诚信取得父母身份，以打消收养人担心孩子事后被生父母要回的顾虑。当发生自然亲子关系与养亲子关系的效力冲突时，从法律上来看，养父母已办理了必要的收养手续，建立起了合法的亲子关系，但由于养子女是被拐卖才导致收养的，这使得上述的亲子关系处于可攻击的地位。尽管如此，由于收养程序合法，养父母对被诱拐的孩子享有诚信的父母身份占有，此等占有持续至法定期限届满后就可成立合法的、可以对抗自然父母的亲子关系，如此可以避免孩子经受两次感情波折，遭遇“二次伤害”。[556]《智利民法典》第 200 条、201 条明文规定，针对特定的人而众所周知地占有子女身份的，只要该占有连续地至少存续 5 年，即可证实亲子关系。此身份一旦被适当地证实，则在其与生物学上的鉴定证据相互冲突时，优先于后者。[557]此举值得借鉴。

---

553 王晨光. 轻残儿童家庭寄养变收养的实践探索[J]. 社会福利, 2003 年第 12 期

554 王雪梅. 儿童保护的“最大利益原则”研究[J]. 环球法学评论, 2002 年第 4 期

555 蒋新苗. 中国残疾儿童收养的法律机制透析[J]. 中国法学, 2009 年 06 期

556 徐国栋. 民法典与民法哲学[M]. 北京：中国人民大学出版社，2007 年：第 200 页

557 徐涤宇译. 智利共和国民法典（2000 年修订本）[M]. 北京：北京大学出版社， 2014 年：第 33-34 页

（三）健全社会福利体系

仅就民政部门的统计数字，2015 年在中国弱势儿童群体数量中，孤儿人数已达 50.2 万人,而仅 9.2 万名孤儿生活在儿童福利机构，41.0 万名孤儿散居在社会。[558]

在这组数据背后的则是中国社会福利体系的严重缺位。在儿童福利的各个方面，现存的儿童福利政策虽然项目、规范（或标准）较多，但相对分散和混乱，未能形成全国统一、自成体系、目标明确的国家儿童福利系统。

在立法层面也是同样，在中国，直到 2010 年 11 月《国务院办公厅关于加强孤儿保障工作的意见》出台后，中国的现代儿童福利体系才开始起步。目前甚至还没有一部统一的《儿童福利法》。相应地，没有单独的儿童福利立法，也不会有专门的儿童福利财政预算体系。没有钱，各级政府也就对儿童福利“无能为力”。相比之下，英国、日本、瑞典等国家很早就已建立了针对儿童福利的立法。

虽然 2015 年 8 月份新出台了《民政部 公安部关于开展查找不到生父母的打拐解救儿童收养工作的通知》，但就此次调研情况来看，后续衔接工作并未到位。健全社会福利体系刻不容缓，有以下三个方面需要重视：

1.重视儿童福利制度补贴和服务。对于亲生父母贩卖孩子，光是加大打击力度并不能从根本上解决问题，许多被父母卖掉的孩子正是来自国家级贫困县，“贫穷”便是他们最原始的动机。政府给父母提供足够的公共服务和福利，帮助他们在家庭内更好地抚育儿童，这才是在源头上“对症下药”。

2.加强被拐儿童保护机制和救助保障机制建设。在解救被拐儿童的同时，社会服务系统应同步启动完善的救援计划。针对被拐卖儿童解救后的安置问题，要本着“儿童利益最大化”的原则，制定修订相应法律条款，为执法提供法律依据。建立政府负责、部门协作、社会参与的多部门合作的儿童保护工作机制,组建政府处理被拐儿童解救后权利保护问题的权威机构或建立儿童保护联席会议制度，加强儿童保护工作各个环节的衔接和配合。儿童被成功解救并非意味着“打拐”工作的结束，让孩子回归家庭才是终极目标。[559]

3.完善收养的事后监督制度。孩子被收养后政府不应就此放手，国家应发挥监督作用，建立回访等机制。当收养方存在不当行为时，由于被拐解救儿童较普通孩子具有更高的敏感性和情感的脆弱性，国家应利用监督机制主动发现问题并对收养方采取相应措施，而不应被动等待举报。并且国家应试收养情况通过社会保障和儿童福利措施等对家庭监护提供适当支持。

---

[558] 数据来源：中华人民共和国民政部官网
（http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/201607/20160700001136.shtml

[559] 邢慧丽. 瑞典儿童保护与服务的实践及启示[J]. 中国妇运，2014(1):20-24

（四）加大宣传力度

强化宣传意识，加大宣传力度，提升宣传水平，有以下三个方面的宣传需要加强：

1.加强 DNA 信息库的宣传，丰富打拐、寻亲方式。信息不对接成“寻亲难题”主因之一，那么应完善 DNA 采集工作，将其覆盖到各个地区。此外要通过媒体、网络的力量对 DNA 库进行宣传，让社会大众知晓此平台的价值，进一步健全信息收集和交流机制，提高反拐工作信息化水平。同时借助微博等媒体工具，广辟线索来源，随时掌握和共享拐卖犯罪动态及拐卖案件信息，提高打拐和寻亲工作效率。

2.加强法制宣传。开展多渠道、多形式宣传教育，着重在拐卖人口犯罪活动重点地区和易被拐卖人群中开展反拐教育和法制宣传，增强群众反拐意识。定期在人口流量大且人员复杂处开展反拐专题宣传活动。

拐卖儿童市场卖方的肆意与买方的旺盛需求激化了“儿童买卖”。在已侦破的儿童拐卖案件中不少被告人来自偏远农村,文化水平低下,法律意识淡薄,怀着侥幸心理铤而走险。针对此种情况，应以标语、海报、教育片等方式，在经济落后、相对偏僻封闭的山村进行法制宣传，提高民众自身法律意识，将“买卖儿童”的恶瘤从思想根源去除。

3.加强媒体宣传力度。在与市民交流过程中，少数市民流露出对公安部门的不信任，其中一个重要原因便是由于公安办案的不透明,市民不知道自己报警后公安部门到底采取了哪些行动，因而也无法跟进案件的发展。因为儿童拐卖属于拥有高度敏感性和重视度的案件，办案过程中警方无法公开信息，而破获一起儿童拐卖案往往因涉及跨省、多次转手等原因而十分艰难，漫长的等待可能就会导致公众对警方的误解。媒体的关注是对司法行为的监督、督促,同时也是一种鼓励。鼓励是指在办案中警方所付出的辛苦有人看到、有人给予正面传播,监督、督促是会激励办案人员去进一步思考如何更好地延伸职能,达到办案效果最大化。

四、结 语

那些获解救后未找到亲生父母的被拐儿童，从在 2011 年以前，为解决安置问题，仍然要寄养在买方家，到 2011 年起为遏制拐卖，改由福利院统一抚养；从在 2015 年以前，只能在福利院长大或者按照规定被家庭寄养，到 2015 年《民政部、公安部关于开展查找不到生父母的打拐解救儿童收养工作的通知》下发，确立了儿童监护权，并允许、鼓励收养……这一系列的变化不难看出政府对被拐儿童解救后安置问题的逐渐重视。的确，打拐越深入,被拐儿童的安置问题就越迫切。如果说打拐是手段,那么解救被拐儿童就是目的,而解救之后的安置才是重点。为被解救的孩子们点亮回家之路绝非一朝一夕就能完成，路漫漫其修远兮，政府对慈善机构的帮扶、相关立法的完善、民众的积极参与这些都是重要的一环。

读《法窗夜话》有感

徐景灵*

一芥子内纳须弥，一轶事中蕴万千。读罢《法窗夜话》始有此感。憾有限之篇幅、不济之笔资，不力一一尽述感想，遂择其一篇浅述愚见。

据书中所载，昔有希腊雅典忖度世间断无弑亲之人，而不设弑亲之罪；今有日本副岛种臣念国体卓越，而不设谋逆之罪。初读不免哑然失笑，深思之余方有所感有所惑，今书于此，以求解惑。

其一，世间善恶如阴阳，双生而相对。希腊雅典与日本副岛种臣不设罪之实质在于其不相信世间存在大恶、极恶。余以为，善恶恰似磁体之正负两极——双生双灭且等量均衡。比之法律中权利与义务亦有某些共通之处，即善恶相互关联又对立统一，世间不存在无善之恶，亦不存在无恶之善。正如《周易》所载："一阴一阳之谓道，继之者善也，成之者道也。"格林亦云："个体生命不同，善恶总量不变，或善，或恶。"余窃以为其然甚。世间人心百态，万象纷纭，既有危言危行者，亦必有奸佞邪恶之徒；既有忠贞节义者，亦必有蝇营狗苟之辈。以一国观之，美国平均每 31 分钟发生一起谋杀案，每 5.8 分钟发生一起强奸案，每 14.5 秒发生一起入室抢劫案。然，美国之慈善事业成就同样令人震撼，且绝不仅仅是富人的游戏。75%的美国人为慈善事业捐款；每年有 30%的慈善捐款直接从工资中划出。以一人观之，马丁·路德·金当之无愧为黑人民权运动领袖，其争取广大黑人群体的权利足以称之为大善了。然而，证据确凿的抄袭丑闻以及性丑闻也委实是举世公认之大恶。善恶双生在其身上得以充分体现。我辈须知此世间虽不至污浊如深渊泥淖，亦难存桃源之幻美。故始有法以慑人心、束人行。法之顺势而生，则善者得以庇佑而自在无惧，则恶者慑于威罚而止行于始。

其二，法律应旨在适于普世万民，故必趋于穷世间罪行。尽管个体与个体之间存在很大差异，但人们于社会生活之追求无异，因人们拥有共同之理想与道德追求。为满足人们共同之追求与生活目标，社会应是可规以相同之法律，而此等法律之价值追求也必是合人类之价值追求的。此即法律之普世价值。今之法典欲适于芸芸众生，则必全其普世价值。立法者需跳出自身之狭隘——不受本国之地域、主权、意识形态与政府体制等因素影响，而观宇宙世界之浩渺，否则无异于井底之蛙。再者，基于罪刑法定原则，为控制公权、保障人权，无法则无罚是法律应有之义。加之社会发展日新月异，人之社会关系日趋复杂，犯罪行为层现错处，碍于稳定性而无法常变之法律则需有其前瞻性——预想周密而含纳世间诸多罪行。倘私

* 徐景灵：苏州大学王健法学院 2016 级法学专业本科生。

以世间良善、国体优越而不设罪，岂非明知法网漏洞而置若罔闻?此非法者应有之严谨、审慎之态也。

其三，法者需明晓世间大义，体察世俗民情。不见世间百态、不晓人情世故导致希腊雅典及副岛种臣武断认为世间不存在如此大恶之事。朱熹集注：“良心者，本然之善心。即所谓仁义之心也”。法者需胸怀仁义之心，以切实护佑公民为不竭之人生目标。因仁义，法者方可置苍生疾苦于心尖，而后洞悉世俗民情、人情世故；因仁义，法者方可对求助者之苦难感同身受，而后竭力捍卫其权益；因仁义，法者方能体悟生命价值，尊重而敬畏世间生灵，而后谂知法律之本旨在教化人心而非以刑罚相逼。但仁义绝非感情用事，盲目地进行感性价值判断，感性取代理性占据大脑绝对是法者之大忌。我辈法科一年级生，初出高中，尚怀天真单纯之气无可厚非，但切不可盲目天真，仅凭感性自作主张。只有将私欲私情抛诸脑后，多元包容之知识、理性严谨之思维方得以进。此外，法者内心需有高于一切权利、利益之信仰，信仰正义。正如著名法学家伯尔曼在《宗教与法律》一书中所言：“法律必须被信仰，否则它将形同虚设。”自古杰出法者莫不自诩为正义之守护者，我辈亦不妨以此为纲求诸己身。胸中无义，则天平不免沦为争权夺利之工具，则不免苦于世间罪人罪行。

昔人言行于今看来啼笑皆非，我辈法者需引以为戒：处理法律事务、研究法学问题务必严谨审慎、广询博见。且我辈亦无需视古代法者见解为腐朽，基于时代限制，此类事件于当时亦有其合理性与进步意义，研究法学学问旨在不断超越，不断优化。

愿我辈不负众望，肩负起法者之使命!

浅论公司法对中小股东利益之保护

——以累计投票制为切入点

罗俏*

摘　要：伴随着 2005 年和 2013 年公司法的修订，我国公司法对新型市场经济条件适调性不断加强，与此同时，新公司法也更加注重对中小股东利益的保护。无疑，累计投票制为股东行使表决权的其中一种方式，在唯股权是论的公司制度下，使董事和监事的选举更具民主与科学性。本文中，笔者将以累计投票制为切入点，探讨一股一权与一股多权对中小股东的影响，与股权平等原则的适配或冲突，探讨累计投票对个体公司以至整个市场风气的影响。另外，为增强中小股东表决权行驶的科学性，相应的章程与知情权制度也要随之而变，以趋完善。

关键词：累计投票制 中小股东 表决权

一、引 言

股东，是基于对公司的出资或其他合法原因，持有公司资本一定份额，依法享有股东权利并承担相应义务的人。[560]在法律地位上，每位股东基于股份享有股权，相同的股份对应平等的股权，即为股东平等原则。在公司的长期发展过程中，此种平等在股东表决权上体现为同股同权、一票一权制。然而，在一股一权下，大股东比较容易通过“利益输送”[561]以明文不违法的方式来完成对中小股东利益的侵犯，例如大股东可以控制董事会的决议来稀释中小股东的股权。举一例说明，占有公司股份 51%的大股东或两个以上大股东群完全可以通过一股一权的方式决定董事会或监事会成员，从而影响甚至控制公司决策，如此，51%的股份就完全支配了公司 100%的资本，看似平等的一股一权却产生了不平等的结果，中小股东利益难以确保。基于此，笔者认为，累计投票制意义重大。

* 罗俏：苏州大学王健法学院 2015 级法学专业本科生。

560 《公司法》范健 王建文著，第四版 265 页

561 Johnson 等提出的“利益输送（tunneling）”概念，即大股东通过非法或合法行为侵蚀中小股东利益。本条之时来源于读秀搜索。

二、以股份为基础的股东之界定

本文论题是对中小股东利益之保护，而怎样划分大股东与中小股东这一问题是应当明确的。然而大和小是一对相对概念，所以无论是学者还是现有法律都没有用这一对词来形容以股份比例为基础对股东的划分。我国公司法也只是对控股股东作出了解释，附则当中第 216 条第二款规定："控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额之百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。"此重要影响，笔者认为，应当要达到只要赞成，能够使一项决议有至少 90%通过率。

在英美法当中，公司分为封闭公司和公众持股公司。在封闭公司当中，持 50%以上股份的股东才可称之为控股股东。由于公众持股公司股权分散、股份流动频繁和股票信托等制度的建立，达到对公司的控制一般只需要 20%甚至更少的持股比例。在美国的一些地方，5%就可以推定为控股，25%就是无可怀疑的控股。

基于此， 笔者认为，实在是难以用具体的持股比例来区分中小股东，中小股东即为持股比例较小，无法对股东会或股东大会的决议产生动摇性影响的非控股股东，但是此文所述中小股东是稳定性比较强的，一般持股 90 天以下的不以经营公司为目的的股东，不属于此类保护对象，而控股股东就一般可以称为大股东。

三、累计投票制之简述

（一）累计投票概念以及立法界定

累计投票制最初是起源于英国，但是在美国通过解决铁路运营者对中小股东利益的侵害得到了比较大的发展。《中国资本市场投资词典》对它的解释是："累计投票制，又称累积投票制，是指上市公司股东大会选举董事或监事时，有表决权的每一股份的持有份额拥有与拟选出的董事或监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用的制度。"其目的是防止大股东利用表决权的优势操纵董事的选举。[562]我国公司法 105 条规定"股东大会选举董事、监事，可以依照公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累计投票制。本法所称累计投票制，是指股东大会选举董事或者监事时，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。"[563]可见，我国公司法只是在选举董事和监事

562 参考《中国资本市场投资词典》
563 摘自《中华人民共和国公司法》

时可以选择使用累计投票制，虽然强制性比较小，但也体现了我国公司法从一股一权转变为更多地考虑民主性与一股多权的优越性。

（二）立竿见影

一股一权与一股多权在本质上都是一种以资本为基础的表决权，都体现股东平等原则，但是两种投票表决制在现实中却能产生非常大的差异。例如，某公司共 10000 股，要选出五名监事，股东共 10 人，其中甲股东持有 5100 股，其他股东攻击 4900 股，若按照直接投票的一股一权制，那么大股东甲就可以使自己中意的五位监事全部当选。此种情况虽然符合“资本多数决”原则，但也为大股东侵犯中小股东利益埋下了隐患。但是，如果此公司按照章程或者股东决议实行累计投票制，那么甲股东则持有 21500 张（5100*5）选票，其他股东则会享有 24500 张（4900*5）选票，因此，从理论上来说，中小股东至少可以使自己中意的两名监事当选，而大股东甲则需谨慎投票才能保证自己三位董事的席位。对比下来，显然后者即一股多权更有利于防范大股东甲利用利益通道转移公司资产或从事违法活动，同时也在平等的基础上更有利于中小股东利益的保护。

四、累计投票之数字分析

与累计投票制相对立的概念是直线投票制，即股东一股一票，再平均的将选票投给自己中意的候选人。时至今日，两种制度对比之下，直线投票制依旧是传统，累计投票制是例外，只有公司章程规定或者股东决议之后方可实行。相较于简单易行的直线投票制，累计投票制则是体现了选举的复杂性，要求大小股东在资本不平等的基础上进行以选票为核心的智慧博弈。累计投票也与统计学联系甚大，其当选席位也可以预先以数学公式的形式推算出来，学者总结出来的公式则是 Y=a*S(N+1)*(S+1 / S-1)，其中，Y 代表可得席位，a 为股东持股比例，S 为股份总额，N 为总席位数。[564]再次引用上述案例，中小股东可得席位经计算便是 Y=2.936，中小股东如若同心同力，则至少可保证两名董事当选，如果稍加运用选举技巧，就可使三位董事当选，从而在董事席位中占据多数，更好地限制大股东不法行为，从而维护自身利益。

然而，这种数字游戏也是有上限的，当大股东持股达到相当比例，而且在其他股份比较分散的情况下，非经营性投资股东一般又对选举持冷漠态度，那么大股东或大股东利益群体依旧可以完全控制董事与监事的人选，中小股东利益保护面临漏洞。

笔者以为，此种情况就证明了累计投票制之缺陷，大股东利用股份分散的契机就可以以占多数的股份来控制全部的资本，容易利用“利益输送”链条来稀释中小股东利益，使公司陷入不正常发展的状况，长此以往也不利于投资与就业的市场。笔者以为，为规避这一风险，

564 本公式来源于 httpbaidu.com.但具体推演过程本人暂时不懂，在此不做深究。

在直线投票为传统，累计投票为例外的情况下，可以在董事与监事的席位中留取相当比例席位供中小股东投票。这一比例自然要与中小股东所持股份总额、公司规模、应选董事监事人数相关，但无论如何，要保证在董事和监事中有一人是代表中小股东利益，保证公司民主协调发展。但是，我们不禁要问，在唯股份比例的公司当中，此项规定是否在原则上违反股份平等原则？在此，笔者以为，中小股东亦是公司非常重要的成员，他们应该在董事监事当中占有席位，只不过在人数不足一人的情况下，我们就要在放纵大股东进行利益输送和给中小股东一股监事席位的情况下进行利益衡量，显然后者也没有违背事实上的平等原则，大股东依旧占多数席位。而这一人董事或监事则可以很好的向中小股东反映公司真实运营情况，从而维护其股权之正当利益。

五、配套法律完善与建议

如上文所述，累计投票制的优点显然易见，然而我国公司法 105 条规定“股东大会选举董事、监事，可以依照公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累计投票制”，在实践当中，将累计投票真正运行起来困难尤大，其中之一便是公司章程的呆板化。现实当中，在公司设立之初，由于股东之间利益矛盾尚小，兼之缺乏专业人士分析利弊，很多公司章程便是直接从登记处买来，缺乏公司特色，同时也为公司以后的运营留下麻烦。笔者认为，由于公司设立之初是资本累积之时，大股东也最需要中小股东的支持，中小股东便可在利益协商阶段将累计投票制写入章程。

另外，累计投票制是表决权，但表决权的理智行使更是以知情权为前提，那么对中小股东知情权的保障便尤其重要。我国新修订的公司法也在维护公司利益的大前提下，加大了对知情权的保护，笔者在此不在累述，详见公司法。

六、小 结

在于今愈演愈烈的政党选举当中，国家以人作为基本选举单位，普遍实行一人一票制，但就算如此民主尚且不能阻止社会的分化与动乱。在公司的发展中，我们也不能过分地引入社会投票论，无论如何都要以股份为基础，以公司长远健康发展为目的，既不能过分限制大股东，违反资本平等原则，亦过分强调中小股东权益，因为公司不等于社会，小股东更不是弱势群体。作为在平等基础上保护中小股东利益的累计投票制，是在两种利益权衡下比较理性的选择，同时也要在章程规定与保障知情权的情况下健康地成长，如此，在利益地不断冲突与化解当中规范大股东行为，以稳定公司与市场整体的稳定。