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，本期是第三期。

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：杨　敏　赵倩雯　顾庆琪
副 主 编：杨梦倩　唐晓月
编　　辑：丁晨原　朱利亚
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

法律人的德性

方潇*

作为法律人，需不需要起码的德性？这似乎是一个不言而喻的伪问题。

然而，在现实生活中，这却是一个真问题。

我们常常讨论法律与道德的关系，讨论法律需不需要涉及过多的道德问题。比如针对通奸行为，到底是无罪化还是有罪化的争论就时有发生。这种在清末礼法之争中就有过激烈争论的问题，在今天诸多落马官员“与他人通奸”的普遍性下，又再次吸引了世人的眼球，成为了人们理性讨论或饭后谈资的话题。人们常说，法律是最低限度的道德。于是，在法治的话语中，我们更多的目光是投向法律的德性，却常常忽视了我们自身的德性问题。我们似乎将主要的甚至所有的希望，都寄托在一部完善的法典乃至一个完善的法律体系上。

然而，给我们当头棒喝的是，与法律的德性问题相比，我们法律人的德性却是极度苍白。诚如最近十八届四中全会决定所揭示：法治建设中的问题，除少数是法律本身的缺陷外，绝大多数是执法者、司法者的德性缺失问题。如有法不依、执法不严、违法不究、知法犯法、以言代法、以权压法、徇私枉法等等，哪一种不是法律人的德性问题？

法律当然需要有德性，但是如果执行或适用法律的人没有德性，则一切都归之于零，甚至负数。如不重视德性的培养和熏陶，法律人越有专业知识，就越可能成为社会的祸害。

在中国法制史上，春秋决狱在促进儒家法律化的同时，也伴随或多或少的司法腐败。很多学者将这种司法腐败归咎于这种审判制度本身的缺陷。但笔者认为，春秋决狱中出现的司法问题，其实根子不是制度问题，而是人的问题，是司法者的素质特别是德性的缺失问题。倘若人人都如董仲舒，春秋决狱还能出问题吗？实际上，制度是难以周延的，人们不能总指望制度的完善，相对于现实而言制度永远具有滞后性。而人则可以通过修养，提高自身的德性，从而弥补法律的不足。在这点上，伟大的荀子所提出的“有治人，无治法”，其实颇有价值，因为它所彰显的，实是法律人的德性光芒！

爱因斯坦曾告诫世人：仅仅靠知识和技能并不能使得人类获得快乐而又有尊严的生活。虽然通过专业教育可以成为一部有用的机器，但不能造就和谐的人格。学生必须对美和良好的道德有深切的感受，否则仅有专业知识的学生，不过更像是一条经过良好训练的狗而已！

耶鲁大学法学院院长哈罗德·H·柯在某次迎新致辞中说：一个法律人仅仅倚仗法律技巧是不够的！他借用了一句朝鲜族谚语——“永远别让你的技巧胜过你的品德”——来忠告学生：在接下来的几年里，你们的技巧将突飞猛进，但千万要记住，让你们的品德行在头里；只会读书而缺乏人性是无益的，成功而没有人性是可悲的。

西人尚有如此德性观的境界，作为有着几千年德性传统的中国人，更与何人说？情何以堪？

中国人常说：“先学会做人，再学会做事”。但现实中的学会做人，国人更多的是学会如何圆滑、如何八面玲珑、如何处关系，人们似已成了彻底的现实主义者和功利主义者。早期先哲的“以

* 苏州大学王健法学院教授，法学博士。

德为先”的做人古训，似早已激励不起人们的兴趣了。这是一种怎样的悲哀？！

但是，我们是法律人，法律人绝不应当停留在普通民众的观念水准上，而是要有德性，要有担当，因为法律人对国家对社会的作用和影响是巨大的。唯有德性的法律人，才能执着追求于法律的公平正义，才能造福于国家、社会和他人，最终也会反馈回来善待自己！

当然，法律人的德性有高下之别，我们无法指望我们每个法律人均能具备高尚的德性，但是我们必须具有起码的德性。这点起码的德性，就是法律人在执行或适用法律时所能拥有的最基本的内心良知。这点最基本的内心良知，在今天这个浮华躁动的时代，不敢奢望我们法律人如何去积极推动法治，而是至少不能借法律之名去祸害无辜，更不能去助纣为虐！

不由想起一个经典故事：1991 年 9 月，统一后的柏林法庭上，举世瞩目的柏林围墙守卫案开庭宣判。原来两年前的一个冬夜里，刚满 20 岁的克利斯和好友一起偷偷攀爬柏林墙，企图逃向西德，结果克利斯被射杀。射杀他的东德卫兵叫英格·亨里奇。当然他也绝没想到，短短九个月之后，围墙被柏林人推到，而自己最终会站在法庭上因为杀人而接受审判。

柏林法庭最终的判决是：判处英格·亨里奇三年半徒刑，不予假释。他的律师辩称，他们仅仅是执行命令的人，根本没有选择的权利，罪不在己。法官当庭指出：“东德的法律要你杀人，可是你明明知道这些唾弃暴政而逃亡的人是无辜的，明知他无辜而杀他，就是有罪。作为警察，不执行上级命令是有罪的，但是打不准是无罪的。作为一个心智健全的人，此时此刻，你有把枪口抬高一厘米的主权，这是你应主动承担的良心义务。”

“你有把枪口抬高一厘米的主权”，说得多么震撼人心！法律人的基本德性也就在于此！

为不使自己更像一只经过良好训练的狗，更为不使自己成为自己起码良知的杀手，法律人，培育和提高自己的德性吧！

目　　录

寻师问道

国家宪法日与我们的责任.....上官丕亮（1）

合同分类刍论.....章正璋（3）

凋零的花朵——由林森浩案谈起.....王泽红（7）

春日法雨

法律人思维和大众思维的比较分析——兼论其对中国法治建设的意义.....柳一舟（9）

论信访潮的形成原因及信访制度的重构.....龙松熊（19）

法治视野下的陪审制度完善——以中西方法律文化差异为切入点.....陈俊生（31）

官员财产申报制度的域外经验及其对我国的启示.....王梦瑶（44）

以和谐视角解读保辜制度的现代法治价值.....徐　霞（57）

冰山为什么会浮起来——现代法治下舆论热的冷思考.....周　晟（65）

法治不需要“完美”政府——“弃婴安全岛”引发的法治思考.....马晓萌（73）

卖淫嫖娼人员收容教育制度的存废.....祁天越（78）

锋芒相见

新媒体技术在反腐领域的作用与发展.....俞泽柠　等（85）

浅议知识产权法院的建立——以专利确权及保护为视角.....孟　晶（95）

“跌倒老人扶不扶”难题的法律对策.....王梦瑶（102）

数字网络环境下著作权集体管理制度困境与发展研究.....杜　平（116）

小荷才露

技术合同法的立法与实践文献综述.....杨雪莺（122）

法律与宗教——读《论法的精神》有感.....李平平（126）

法治与宪政——读《西窗法雨》有感.....程向文（129）

黑暗中的曙光——读《社会契约论》有感.....乔　玥（132）

别让宪法成为那只“兔子”——读《比较宪法》有感.....王春燕（135）

新时期农村法律意识现状与思考.....张雅琪（138）

摄像头下的大学生隐私权保护——以苏州大学为例.....孙其华（143）

论人权法中的管辖（Jurisdiction）及例外.....张艾婷（146）

同窗共语

《动物庄园》读后感.....杨　敏（150）

从奴役“解放”到另一种奴役——读《动物庄园》有感.....陈丹阳（151）

当寓言成为预言.....陈俊生（153）

读《动物庄园》有感.....王雅芬（154）

《动物农场》读后感.....雷　蕾（155）
读《动物庄园》有感.....姚伊新（156）
《动物庄园》读后感.....李嘉豪（157）
求真务实
网购退货的心理探析和法律保护模式.....李秀梅 等（158）
实践团队“三下乡”活动总结.....王健法学院法律援助中心（165）

国家宪法日与我们的责任

上官丕亮*

2014 年 10 月 23 日十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出：将每年 12 月 4 日定为国家宪法日。随后，在 11 月 1 日，十二届全国人大常委会第十一次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于设立国家宪法日的决定》，使党的主张通过法定程序成为了国家意识。

习近平总书记指出："依法治国，首先是依宪治国；依法执政，关键是依宪执政"、"宪法是国家的根本法。法治权威能不能树立起来，首先要看宪法有没有权威。"设立国家宪法日，不是仅仅在每年的 12 月 4 日这一天开展宪法宣传教育活动，而是以此为契机来推动宪法的宣传教育，增强全社会的宪法意识，弘扬宪法精神，培育宪法文化，加强宪法实施，全面推进依法治国。

何谓宪法文化？宪法文化是指一国公民在长期的社会生活（主要是宪法实践）过程中所形成的有关宪法的、直接影响人们行为的、具有普遍性并相对稳定的社会心理和观念，是一种尊重和信仰宪法并在日常的工作和生活中身体力行主权在民、人权保障、权力制约、宪法至上等宪法原则和精神的风气和习惯。

余秋雨先生讲："文化，是一种包含精神价值和生活方式的生态共同体。"文化具有自觉性，它渗透在人们的血液里，人们心甘情愿、自觉不自觉地依它行事，而不需要国家机器等外部力量来强制履行。比如，我们中国的待客文化：客人来访，主人会自动宴请，让客人吃好喝好，如果不这样做，主人自己在内心里会感到过意不去，客人乃至旁人也会觉得主人不够意思！文化具有普遍性，它不是个体和群体的心理和观念，个别人乃至一些群体包括学者或官员们的心理和观念不是文化，最多只是亚文化，文化是一种社会普遍存在的大众心理和观念。文化具有稳定性，它是经过长期的心理积淀而形成的一种心理定式，文化的形成是一个缓慢的过程，但一旦形成，便不容易改变。

正因为文化具有上述特点，所以文化具有巨大的影响力。宪法文化自然也不例外。可以说，宪法文化是一部良好宪法产生的重要条件，更是宪法得以实施的重要基础。宪法文化影响着立宪的内容，决定着行宪的结果。在很大程度上，一个国家的宪法文化决定着一个国家的宪法命运。英、美等法治发达国家的宪法之所以能够得以充分实施从而实现宪政，一个重要原因就是这些国家有社会普通存在的宪法文化基础，甚至在宪法制定之前广大人民就普遍拥有了自由、民主、共和、人权、法治的"宪法文化"。

没有广大人民群众对宪法的真心喜爱、信仰和拥护，没有形成一种广泛扎根于人们心中的宪法文化，宪法就没有生命力，就不可能得到真正的实施。正如习近平总书记 2012 年 12 月 4 日在首都各界纪念现行宪法公布施行 30 周年大会上的讲话所指出的："宪法的根基在于人民发自内心

* 上官丕亮：苏州大学王健法学院宪法学教授、博士生导师。

的拥护，宪法的伟力在于人民出自真诚的信仰。”

自清末以来，我国虽制定了一部又一部的宪法典，但一直没有形成宪法文化！这是百年中国宪法一直未能很好实施从而至今尚未实现宪政的重要原因。中国宪法的未来命运在很大程度上也取决于宪法文化的养成。

尽管我们高兴地看到，这些年来不仅学者们越来越关注宪法与宪政的问题，而且党和政府越来越重视宪法的实施，“权力制约”、“保障人权”、“民主”、“自由”、“法治”、“依法治国”、“宪法法律至上”等这些与宪法文化密切相关的概念已经成为党和国家领导人经常性的讲话用语，不时出现在党和国家的正式文件之中，有的已成为宪法的明文规定，同时越来越多的普通公民开始关注宪法乃至应用宪法来维护自己的权益，但是应当清醒地认识到自由、民主、人权、法治仍未成为广大公民的普遍观念，社会大众尤其是领导干部尊重和信仰宪法并且遵守和维护宪法的风气和习惯没有养成。一句话：强调主权在民、权力制约、人权保障、宪法至上的宪法文化，目前尚未在全社会形成。

宪法是国家的根本法，依法治国首先是依宪治国。全面贯彻实施宪法，是全面推进依法治国、建设社会主义法治国家的首要任务和基础性工作。可以说，宪法文化的培养将直接影响着宪法实施的程度和依法治国的进程。显然，大力培育宪法文化，推进宪法的实施，理应成为目前及今后我们的一项重要工作。

著名宪法学家龚祥瑞先生曾经指出：“宪法拥有权威的关键不在于公民是否服从它，恰恰在于政府自身是否服从它。”在宪法文化的培育过程中，国家机关和政党及其工作人员特别是领导干部应当带头养成在一切工作和生活中遵守和维护宪法、时时刻刻以宪法为根本活动准则的风气和习惯，这既是宪法文化培育的重点，也是宪法全面有效实施的关键。

同时，宪法文化的普遍性和大众化特点要求我们每个公民都应当作出自己的努力和贡献，只有宪法的规则和精神成为广大公民公认的、共同遵守的常识和习惯，宪法文化才能形成。

明末清初苏州籍著名思想家顾炎武提出：“天下兴亡，匹夫有责”。我们每个公民，特别是我们这些法律人，首先要从我做起，从现在做起，每时每刻都尽可能按照宪法的精神去生活和工作，每天都是我们的“宪法日”，养成天天遵守宪法、宣传宪法、维护宪法的风气和习惯，成为一个真心诚意信仰宪法、身体力行实施宪法的“宪法人”。国家是由我们每个公民所组成的，在很大程度上，改造自己就是在改造中国。每个公民都有义务和责任，都应当而且可以为中国宪法文化的形成做出贡献。当一年 365 天在事实上都成了“国家宪法日”，当我们每个人成为“宪法人”之时，就是宪法文化形成之时，也是法治中国、宪政中国建成之日。

合同分类刍论

章正璋*

引子

问题之提出：

问题一：甲想有房子住，在私法上他可以采用的方法有哪些？

甲想有房子住，在私法上他可以采用的方法主要有：

1. 甲可以买地建房；
2. 甲可以购买房屋；
3. 甲可以租赁房屋；
4. 甲可以借用房屋；
5. 甲可以互换房屋；
6. 甲可以承典房屋；
7. 甲可以短期或者长期入住酒店（住宿合同）；
8. 甲可以等着继承（房屋）的发生；
9. 甲可以请求他人赠送、赠与或者遗赠房屋给自己；
10. 甲可以请求在他人房屋上为自己设立居住权；
11. 甲可以通过出嫁或者入赘从而有房子住；
12. 甲可以出家，从而取得食宿全包的去处；
13. 甲可以侵占他人房屋；等等。

上述方法，有些属于事实行为，无须进行意思表示，有些属于法律行为，须进行意思表示，而侵占他人房屋则属于违法行为。此外，想有房子住也可以依赖公法措施，例如入住总统府、入住议员公寓和政府官邸，按职级享受国家分配等等，通过受贿以及强占他人房屋等方式，也可以非法地取得住所。

问题二：在现代社会，一个人想要获得、分享他人的劳动，他可以采取哪些私法措施？

一个人想要获得、分享他人的劳动，在奴隶制时期，主要依靠购买和畜养奴隶！近现代社会废除了奴隶制，奴隶不复存在，无法再购买、畜养奴隶，但是市场主体获得、分享他人劳动的可选方案却很多。比如以承包、外包（劳动服务公司、劳动服务合同、家政服务合同）、委托、代理、承揽、雇佣、联营、入伙、劳务租赁、请求他人为自己无偿劳动、做义工等等交易方式，均可取得自己想要得到的劳动、劳务。

市场经济社会就是一个我为人人、人人为我的社会，绝大多数人赖以谋生的方式就是以自己的劳动（服务）换取他人的劳动（服务）。各种市场要素在价值规律、竞争规律等规则的影响下

*. 章正璋，1970 年生，安徽来安人，苏州大学王健法学院副教授，法学博士，主要从事民商法的教学与研究工作。

分化重组、优化配置，适者生存，不适者终将被裁汰。作为民法重要组成部分的合同法为各种不同需求、不同能力、不同位置的民事主体规划配置了不同的法律工具，从而各类不同的主体可以依照各自的不同能力和需求，自由地追求财富、发展自己的人格，构筑有利于自己和社会的私法关系，促进社会财富和幸福总量的增加，从而促进社会的文明与进步。

一、合同分类的意义

1、对于有名合同，大陆法系各国的立法上均规定有数量不等的有名合同（典型合同），这些有名合同涉及社会经济生活的主要方面，或者在立法者心目中具有重要地位，有名合同的调整规范相对确定，当事人的权利、义务除遵照契约自由原则外，主要依据成文法予以确定，不同的有名合同其规范内容差别较大，主体可以比照自身的实际情况，自由选择，在此情况下确定合同的性质和种类具有重要意义。

2、对于无名合同，虽然合同法的总则可以适用于无名合同，但是法律适用的一般原则是由具体到抽象，由个别到一般，如果分则部分存在有类似的有名合同，那么对于无名合同应该优先适用或者准用该有名合同的规定，而不是一开始就优先考虑总则部分的规范，因此，对于无名合同，同样存在类型化的分类问题，并且同样具有重要的意义。

二、我国合同法分则中所规定的 15 大类独立有名合同之分类

在合同法的分则里面，共规定了 15 大类的独立有名合同。这 15 大类的独立有名合同中，又包括若干的具体合同类型。如买卖合同中既规定了买卖合同，又规定了互易合同；借款合同中规定了金融机构借款合同和自然人与自然人之间的借款合同；承揽合同中规定了加工、定作、修理、复制、测试、检验等合同；建设工程合同中规定了建设工程勘察合同、建筑工程设计合同以及建设工程施工合同；技术合同中规定了技术开发合同、技术转让合同、技术咨询和技术服务合同；技术开发合同中又包括委托开发合同与合作开发合同；技术转让合同中又包括专利权转让合同、专利申请权转让合同、技术秘密转让合同、专利实施许可合同；技术咨询和技术服务合同中又规定了技术中介合同、技术培训合同。它们都属于现实经济生活中典型交易类型的法律体现。

就这 15 大类的有名合同，我们依据不同合同之间的内在关联，可以将它们大体区分为六类。

第一类合同是移转财产所有权的合同，包括买卖合同、供用电、水、气、热力合同，赠与合同和借款合同。买卖合同作为移转财产所有权的合同，不会有什么异议。这一点，《合同法》第 130 条规定得很清楚。供用电、水、气、热力合同，实际上就是特种商品的买卖合同，作为移转财产所有权的合同也是理所当然。赠与合同，根据我们的生活经验，其实并不仅限于财产所有权的移转，双方当事人完全可能会订立赠与合同，赠与土地使用权以及其他具有经济利益的民事权利。我们之所以将它归为移转财产所有权的合同，一方面，是考虑到现实生活中，毕竟大量的赠与合同是移转财产所有权；另一方面，即使移转的不是财产所有权，也要参照与所有权移转有关的规则。至于借款合同，尽管表面上看起来是“借”，但借款合同的标的物——货币非常特殊，其占有的移转即表示所有权的移转，因此借款合同属于移转财产所有权的合同。基于这样的前提，我们将这几个合同归为第一类。

第二类合同是移转财产使用权的合同。这类合同在合同法中，主要包括租赁合同和融资租赁合同。租赁合同作为移转财产使用权的合同，《合同法》第212条作了明文规定。融资租赁合同则比较特殊。它是由两个合同、三方当事人有机结合在一起构成的独立有名合同。这种合同类型中，既有财产所有权的移转，又有财产使用权的移转。我们之所以将其归为移转财产使用权的合同，主要是因为作为融资租赁交易的核心，是承租人与出租人之间所订立的融资性租赁合同，其租赁的成分无疑占据主导分量，对于融资租赁合同一章所没有的规定，应该优先适用租赁一章的规定。

另外需要注意一点，这里所说的移转财产使用权，与用益物权设定合同中所称的转移财产使用权，是两类不同性质的使用权。前者是债权性质的使用权，后者为物权性质的使用权。这两种使用权，无论是在法律关系的稳定性上，还是在对内、对外效力的强弱程度上，都有明显区别。

第三类合同是以特定的工具和技能完成一定工作任务的合同。这类合同包括承揽合同、建设工程合同和运输合同。

第四类合同是技术合同。这类合同与其他类型合同的区别之处主要在于其标的物是无形的技术。

第五类合同是以特定的场所提供服务的合同。这类合同包括保管合同和仓储合同。

第六类合同是以特定的社会技能完成一定任务的合同。这类合同包括委托合同、行纪合同与居间合同。

这里需要指出的是，对于合同法分则里面15大类独立有名合同，完全可以作其他的分类方法，比如将承揽合同、建设工程合同、运输合同、保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同和居间合同以及技术咨询和技术服务合同一并归为提供服务并完成一定工作任务的合同，这也未尝不可。我们所提出来的这种分类，不是为了分类而分类，而是为了揭示一项法律适用的法则。这项规则就是：我们所划分的各类合同，每一类合同中，总有一个合同确立了这一类合同法律适用的一般规则。在这一类合同中的其他合同，就相关问题没有作出具体规定时，我们可以直接或参照适用确立了这一类合同法律适用一般规则的合同中所包含的法律规则。下面，我们详细予以说明。

就第一类合同，买卖合同的规定确立了这一类合同法律适用的一般规则。合同法对供用电、水、气、热力合同，赠与合同和借款合同就相关问题，比如就所有权移转的规则，未作特别规定时，参照适用买卖合同的有关规定。

就第二类合同，租赁合同的规定确立了这一在合同法律适用的一般规则。在合同法就融资租赁合同的相关问题，尤其是就出租人与承租人之间的关系，未作特别规定，应该参照租赁合同的有关规定。

就第三类合同，承揽合同的规定确立了这一类合同法律适用的一般规则，在建设工程合同和运输合同，合同法就相关问题未作特别规定时，可以适用或参照适用承揽合同的有关规定。

就第四类合同，《合同法》第十八章的第一节是关于这类合同法律适用一般规则的规定，就各种类型的技术合同，法律未作特别规定时，适用技术合同的一般规则。

就第五类合同，合同法对于保管合同的规定，确立了这一类合同法律适用的一般规则，在合同法就仓储合同相关问题未作特别规定时，适用保管合同的一般规定。

就第六类合同，合同法对于委托合同的规定确立了这一类合同法律适用的一般规则，在行纪

合同和居间合同，合同法就相关问题未作特别规定时，可以适用或参照适用委托合同的相关规定。

大家可能注意到了，我们有的地方说是适用，有的地方说是参照适用。之所以有这种说法上的差别，主要是因为对于不同合同之间所具有的法律适用上的共同性，合同法有的作了明文规定，如《合同法》第 287 条就建设工程合同确认“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”第 395 条就仓储合同确认“本章没有规定的，适用保管合同的有关规定。”第 423 条就行纪合同确认：“本章没有规定的，适用委托合同的有关规定。”此时，我们在进行合同纠纷的处理时，可以依据这些规定，直接引用关联合同的规定，对相关的合同纠纷作出处理。有的，合同法未作明文规定，我们就可以参照关联合同的规定，对有关的纠纷作出处理。

三、实例分析

1. 甲注册了一家公司，购买了专车，雇佣乙为驾驶员，将车交给乙驾驶，乙载甲赴宴途中因为过错发生交通事故，甲有无赔偿义务？
2. 甲注册了一家公司，因为业务需要专车，于是与乙签定租赁合同，租用乙车两年，乙为车主兼驾驶员，乙载甲赴宴途中因为过错发生交通事故，甲有无赔偿义务？
3. 甲注册了一家公司，因为业务需要专车，于是招聘乙为驾驶员，并且暂定租用乙车两年，乙载甲赴宴途中因为过错发生交通事故，甲有无赔偿义务？

在实例 1 中，甲乙之间存在雇佣关系，甲为雇主，乙为雇员，乙载甲赴宴属于从事受雇工作，对于由此所造成的损害，依照《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第九条以及《侵权责任法》第三十四条之规定，雇主甲须承担损害赔偿责任，雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任，雇主承担连带赔偿责任后，可以向雇员追偿。

在实例 2 中，对于甲乙之间法律关系的性质，学界和实务部门存在较大争议，主要的观点包括事实上的雇佣关系、事实上的承揽关系、租赁关系（包租）、租赁外加无偿劳务给付关系，等等。从比较法上看，包租航班、包租游艇、包租婚车等交易形式一直存在，出租方除了依约提供租赁物外，尚须提供专业驾乘人员，对于服务提供过程中所发生的损害，依照合同的约定解决，合同无约定时，通常认定为包租合同，承租方不负损害赔偿责任。

在实例 3 中，甲乙之间实际上存在两种不同性质的法律关系，其一为甲乙之间的雇佣关系，其二为甲乙之间的汽车租赁关系。按照雇佣关系，甲对于乙从事受雇工作所造成的损害应该承担赔偿责任，但是甲对于乙因故意或者重大过失致人损害承担赔偿责任以后，有权向乙进行追偿。如果损害是由于租赁物自身的瑕疵导致，那么出租人乙须为此承担瑕疵担保责任。

可见，合同是私法自治的工具，当事人有权按照自己的意愿以合意构筑各种各样的私法关系，法无明文禁止即可为。选择不同的合同形式，当事人的权利、义务和责任存在巨大差别，对此应当予以充分注意。另外，为了防止发生纠纷时各执一词，合同订立时对于各种可能发生之风险，应该尽量详细地予以书面约定，宜粗不宜细的原则对于私法上的合同不应强调过头。

凋零的花朵——由林森浩案谈起

王泽红*

12 月 8 日，复旦投毒案二审，人们又一次把目光聚焦至案件的当事人林森浩。

林森浩在学习上可谓天之骄子，成功者。从小学到大学，成绩一直优秀，高考时以 780 分成绩入中山大学，并在 2010 年被中山大学推荐，免试进入复旦大学医院攻读硕士研究生。入学后其学习成绩持续领先，他发表的学术论文大大超出了学校的要求，他又被推选为学生会副主席、学术部长。他，曾经是千军万马过独木桥的胜利者；他，曾经是学校、家庭的自豪资本和榜样；他，本来拥有者美好的未来和光明的前景；令人叹息的是，即将绽放的灿烂凋落了。

在复旦大学投毒案一审宣判前，被告林森浩接受了央视专访。他告诉记者，对于自己性格中的“矛盾”，自己都无法解释。他认为，这次做的这个卑鄙的事情，可能与自己做事情不计后果的习惯有关。思维的方式，做人的底线，都是需要学习的，可林森浩说自己却没有这种底线的学习。他说，“思维方式是我能力上的弱点”，“这 10 个月想得最多的就是改善自身的性格，思维方式”。

林森浩在二审“最后陈述”中说：当我还在自由世界里的时候，我在思想上是无家可归的。没有价值观，没有原则，无所坚守，无所拒绝。头脑简单的人生活在并不简单的世界里，随波逐流，随风摇摆，兜不住的迷茫。要成为一个什么样的人，对我而言，是很不清晰的。这迷茫与想要有所改变的内心诉求成了我身上最主要的矛盾。

其案最令人匪夷所思的是林森浩投毒案作案动机，是“玩笑”，在叙述投毒的过程“给人的感觉就是或者不是发生在他身上……他是在进行一个实验，而没有把对方当成一个活生生的人去对待”。冷血和冷淡，怎么不出大问题呢？马加爵的临终遗言给我们的警告：失去对崇高的追求，人会变得多么可怕。

一个人不想杀人，为什么却又下狠手置人于死地？林森浩罪孽深重，但林森浩和马家爵、药家鑫一样，都是我国教育体制和教育环境制造出的一个悲剧人物，一个牺牲品，一个被害人。如今我们的教育追求的是专业的卓越，丢失了道德和人格的完善的教育。为什么都没有将这种最基本的人文素养、人文价值以及底线意识教给学生，是我们教育的悲哀，悲哀到用年轻的生命逝去来反思。

人文素养的匮乏、不足，不仅影响创新能力，对于思维认知、道德认知，是一种严重误导，直接造成了部分大学生人格的扭曲，也就容易弄出让人不解、充满矛盾性的极端事件。

经济学家钱颖一在“中国教育三十人论坛”首届年会上说：“在反腐中暴露出来的案件规模、程度中可领略，多么让人触目惊心，不可思议。这其中很多都是那些高智商、低人格的人做的。知识水平高，做人很差的，就是钱理群讲的‘精致的利己主义者’。中国教育的问题，绝不仅仅是培养不出杰出的人才问题，更严重的是造就了不少没有人格底线的人”。

爱因斯坦早就说过：“学校的目标应该始终是：青年人在离开学校时，是作为一个和谐的人，

* 王泽红：女，1956 年生，苏州大学王健法学院副教授。主要研究方向为人权法学、青少年法律素质教育。

而不是作为一个专家。”戴安娜王妃也多次对她的长子威廉说，“你在成为王子之前，先要成为一个人”。上个世纪三十年代，著名教育家、学者潘光旦先生反思国难与教育的关系，其中说，近代以来的教育有很多对不起青年和国家的地方，概括地说就是，教育没能使受教育者做一个“人”，做一个“士”。他分析说，中国当时的教育有三种：一是平民教育或义务教育，宗旨在于使受教育者识字，会读简单的宣传文字；二是职业教育或技能教育，目的是教人学习吃饭的本领；三是所谓人才教育，他说这种教育最“耸人听闻”，充其量就是培养专家或文官。这三种教育——识字教育、吃饭教育和文官教育，都忽视了“做人”、“做士”之道的教育，忽视对受教育者“情绪和意志”的培养。在他心目中，这才是最重要的教育。“教育不知做人做士为何物，因而应该忏悔。”

从林森浩事件中，“如何防止坏根教育，如何预防精神世界的空心化、沙漠化、恶质化，如何守住绿意葱茏的精神成人天地”[1]。其中，学校社会的教育作用是极大的。教育应当重视“做人”教育、培养“士”的情志，提高受教育者的人文素质。

作为一个大学生光靠扎实的专业知识是不够的，专业知识如果不与社会生活相结合，如果没有人文精神的滋养，就会干瘪无味。 人文素质，关乎心灵、关乎精神、铸造灵魂、提高素质。主要包括，人文知识、人文思想、及人文精神。人文知识是最基本的人文素质，涉及人文领域的历史、文学、哲学、宗教、政治、法律、道德、语言知识等。文学是照顾人心的，从日常生活中一寸一寸长起来，一直到人们的内心，成为一种有态度、有情怀的文学，有鲜明的倾向和价值判断。哲学使你在思想的迷宫里认识星座，从而有了走出迷宫的可能；历史就是让你知道，沙漠玫瑰有它特定的起点，没有一个现象是孤立存在的。大学生应在文学、电影、戏剧、绘画等作品中解读、吸收、反省，将社会中丰富多样、深刻宏大的人格与生命的深层密码信息转化为成长的资源，在涉猎了文、史、哲学之后，更进一步认识到，这些人文“学”到最后都有一个终极的关怀，对“人”的关怀，致使学生吸收到优秀的道德钙质。

基于这些理解，补上人文底线这一课吧，我们的学生多读些书、通过广泛的阅读多积累，在研究探索专业问题的同时，也不断提升自身的人文素养，提高人文素质，从根本上提升人的精神境界，丰富人的精神生活，提高人的素质，做一个真正的人。

[1]圣西门选集，北京：商务印书馆，1962.199

法律人思维和大众思维的比较分析

——兼论其对中国法治建设的意义

柳一舟*

摘　要：在当前社会维稳和“大调解”背景下，法律人思维往往被要求追求社会效果而迎合大众思维，这将导致法律的权威性、独立性和程序性不断被消解。基于此，法律人思维的独特性日益被学界所重视。再者，法律自治性、司法与民主的纠葛以及法治的精英主义思想更是使法律人思维与大众思维相区别。这些区别主要表现在思维焦点、思维背景和思维方式的不同，但这些差异的存在并不是否定彼此的理由，更多的只是一种社会存在方式。在承认两者差异的基础上，我们更应该看到两者的共融，这或许更符合中国法治建设的需要。而在如何实现共融的问题上，不妨可以比较法的视野来看大陆法传统国家和英美法传统的国家是如何解决的，这或多或少可以为我国法治建设提供相关的经验。

关键词：法律人思维　法治　司法独立　民意

一、问题的提出

在法治社会里，法律人常常自认为他们因拥有法律知识、法律人思维（法律思维）和解决争议的能力而与外行人（非法律人）有着不同，他们“大者能经国济世，小者能保障人权，将正义带给平民”。[2] 他们甚至认为“法治就是法律家之治。”[3] 法律人自信从何而来？在上面所说的“三大法宝”中，“法律知识”人皆可得，“解决争议”从来都是有各种方法，最后剩下的也许仅有法律人的思维这一重要法宝了。这一疑问也为本文的研究提供了一个很好的切入点，通过对法律人思维的研究，能对法律权利、法律信仰、法律价值、法律解释、法律推理、法律方位、法律职业、司法改革等诸多问题在理论上进行某种统摄和推理以及理论上的深化。[4] 此外，于法治建设而言还可以向社会提供一种价值导向，即倡导法治理念下的诸原则——法律至上、程序正义、司法独立等等。[5]

改革开放以来，我国进入“大立法”时代，立法的要求使得法律人热衷于构建法律的自治体，藉此，法律能区别于其他规范体系而独立地调整各种法律关系。再者，近些年来的维稳和调解压力也使得法律人思维越来越受学界重视，法律人希望通过对法律人思维的研究能一定程度上维护法律的独立和权威。这一阶段研究主要有以下三个方面：其一、对法律人思维概念和特征的简单

* 柳一舟：2014 级法理专业研究生。

2 王泽鉴：《民法思维：请求权基础理论体系》，北京大学出版社 2009 年版，第 1 页。

3 孙笑侠：《法律家的技能与伦理》，载《法学研究》2001 年第 4 期。

4 谌洪果：《法律思维——一种思维方式上的检讨》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2003 年第 2 期。

5 范春莹：《法律思维研究》，法律出版社 2012 年版，第 11 页。

介绍，其二、法律人思维与法学方法、法学教育，其三、法律人思维与法治。这些研究都有一个共同点——突出对法律人思维特性的归纳。这些研究似乎隐含了或假定了，不管真假：①法律人思维与其他思维不同，也应该不同；②这不同正是中国法治建设的要求，倘若相同则严重妨碍法治建设。[6] 基于法律人思维的研究意义及对目前研究现状的思考，本文以法律人思维与大众思维的比较分析来展开论述，试图说明以上一些问题，希冀抛砖引玉引发更多人的思考。本文想说明的也即本文的行文逻辑是：法律人思维与大众思维的确存在明显差异，且这一差异有一定的合理性，但要求法律人思维迎合大众思维或忽视大众思维的背后指向则有失偏妥。“他山之石，可以攻玉”，英美法传统和大陆法传统的国家在这两者的差异关系处理上更注重的是两者之间的共融，这可以为中国法治实践提供某种程度上的思考和帮助，或多或少。

二、法律人思维与大众思维的主要差异

用语言表达方式来明确一个定义会使科学交流成为可能，但“从概念的历史来看，任何定义只是对概念内容的‘快照’，因此不能普遍和持久的适用”。[7] 再者，为避免陷入“定义的泥淖”，遂对“法律人思维”与“大众思维”这一约定俗成的具体概念不过多苦求，而是选择从两者的特点这一侧面来揭开彼此的面纱。这一做法也为当前学者所普遍采用，但因参照系选择的不同，各学者在对特征归纳时不尽相同，[8] 而“法律人思维的特点是法律人思维区别于其他思维的不同点，这首先有个参照系问题：法律人思维的特点是相对于什么而言的？”[9] 因而出于以上的考虑，本文以法律人思维和大众思维作为彼此的参照系来找寻各自的一些特点，也即差异点。

（一）思维关注点：法律争点与事实情节

法律案件能进入公众舆论往往因案件的某一方面对大众产生了足够的吸引力，而对法律人来说则是因其本身存在的争议点。涉诉舆论反映的是大众思维，它与法律人思维发生偏离，特别专注于案件事实情节——最为典型的是有着强烈对立性的当事人身份信息。以杭州飙车案为例，大众思维关于身份信息对立性的关注点主要有：一、富二代与穷二代，双方贫富差异悬殊；二、坏学生与好学生，富家子弟不学无术而穷苦人家子弟刻苦学习考取名校；三、肇事方飙车撞人，受

---

6 参见朱苏力：《法律人思维？》，载《北大法律评论》第 14 卷第 2 辑（2013）。在朱文中为如下表述：“略加琢磨，人们会发现，在当下的中国语境中，‘法律人思维’的说法隐含了或假定了，不管真假：①法律人与普通人的思维不同，也应该不同；②法律人构成了一个共同体，其思维有家族相似，并有别与普通人。”

7 【德】伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2013 年 7 月第 1 版，第 28 页。

8 学界关于法律人思维特征的归纳可谓每一个人有每一个人的说法，不尽相同但大概类同。比如季卫东：一切依法办事的卫道精神；‘兼听则明’的长处；以三段论推理为基础。季卫东：《法律职业的定位》，载《中国社会科学》1994 年第 86 期。孙笑侠：运用术语进行观察、思考和判断；只在程序中思考，遵循“向过去看”的习惯；注重填密的逻辑，谨慎地对待情感、情理等因素；只追求程序中的相对的“真”；判断结论总是非此即彼地进行“一刀切”。孙笑侠：《法律思维的规律》，载《法律方法与法律思维》2002 年 00 期。郑成良：以权利义务为线索；普遍性优于特殊性；合法性优于客观性；形式合理性优于实质合理性；程序问题优于实体问题和理由优于结论。郑成良：《论法治理念与法律思维》，载《吉林大学社会科学学报》2000 年第 4 期。陈金钊：法律思维应包括涵摄思维、类型思维和反省式思维。陈金钊主编：《司法方法与和谐社会的建构》，北京大学出版社 2009 年版，第 111 页。张文显：通过程序的思维、稳妥性与保守性、重逻辑、不同于科学中的真和判断的非此即彼。张文显：《法理学》，北京大学出版社 2007 年第 3 版，第 263 页。姚建宗：以法律权利和法律以为为基本的思维要素和分析单位并以之为逻辑线索、普遍性考虑优于特殊性考虑、合法性优于客观性、程序合法性优于实体合法性、形式合理性优于实质合理性和法律理由优于法律结论。姚建宗：《法理学——一般法律科学》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 422 页。

9 周永坤：《法理学——全球视野》，法律出版社 2010 年版，第 370 页。

害方即将结婚。[10] 同样舆论还较关注例如“玩的什么车？还是高级跑车”、“恋爱八年并且今年准备结婚，居然被撞死了”以及“看看被害人那张遗照，多可爱多可惜”等案件事实情节。而在这起刑事案件中，法律人则较多关注案件的法律争点——是否为犯罪、犯什么罪（危害公共安全罪？交通肇事罪？），进而为作出判断而考虑犯罪构成要件，例如：犯罪的侵害客体（驾车撞人侵害的是不是特定的对象）、犯罪客观方面（超速程度、肇事车辆被部分改装）、犯罪主体（肇事者法定年龄与精神病排除）以及一些违法阻却事由。[11] 这些例举一定程度上说明了大众将太多眼光放在案件当事人强烈对立的身份信息等案件事实情节上，他们关注的重点不是案件争议本身，反而无限扩大外围因素。而与之相对应，法律人思维则能很好地克服情绪的影响，而根据专业知识来努力发掘案件中可能存在的法律争点，在大众关注比较多的刑事案件中则主要表现为对犯罪构成要件的关注。

（二）思维背景：法律职业与日常经验

法律是一门技艺性理性，它要求法律职业具有高度专业性，因而想从事这一职业的人必须经过长期的学习和历练。法律人思维作为法律职业化的标志之一，它的专业性很大程度上是因为法律职业所依据的法律规范是一个复杂的系统，它由严密的逻辑体系构成。[12] 法官判案的过程即为对这些规范进行演绎的过程，它具有程序性和独立性，它要求法律人在遵守相应的程序基础上独立地作出判断。还是以杭州飙车案为例，法律人判断肇事者的罪与非罪就需要充分的证据和严密的逻辑推理。判断罪与非罪需要将案件事实与犯罪构成要件相“对应”，从而判断案件事实是否在法律规范涵摄范围内，这一过程同时需要大量证据的支持。而对证据的运用需要遵循证据规则，这一规则具有高度程序化的特点，它起码包括取证、举证、质证和认证四个阶段，而每一阶段又相应的有着繁琐的程序要求。以质证来说，质证就应包括证据的出示与说明、发问、质疑和答辩，而发问又涉及到发问的主体、对象、内容以及方式等。

与之相反，大众思维一般包括日常经验、传统习惯和常识三方面，它依据日常生活的、伦理的、道德的等方式来进行，易受他人暗示而影响判断，往往只是追求情感的宣泄与满足。大众会首先对该案中的当事人进行善与恶的道德判断：肇事者为恶（富二代、坏学生）；受害者善（穷二代、好学生）。继而在这种情感偏好之下对裁判结果持这样的倾向性：肇事者恶，所以说的都是狡辩，不存在正当诉求；受害者善，所以诉求应支持。这一思维实际上是将法律问题和道德问题不加区分，把“上帝的事和凯撒的事”都交给法律去管。这种舆论的倾向性往往反映的是在现实生活中遭遇不公平对待的大众将愤懑不满的情绪发泄在了网络舆论中，从而，网络舆论的力量恰好与现实身份的力量构成了倒置的关系，现实世界中的强势者在网络舆论中往往沦为弱者，其正当的诉求也容易遭到公众的否定。[13] 这实际上是不公平的，导致的后果即司法成了大众发泄各种不满（对道德现实、对官员作风、对富人行为等各种问题）的宣泄口。

---

10 参见周安平：《涉诉舆论的面相和本相——十大经典案例分析》，载《中国法学》2013 年第 1 期。
11 参见孙笑侠：《法律思维的二元论——兼与苏力商榷》，载《中外法学》2013 年第 6 期。
12 参见注[8]，第 367 页。
13 见注 9。

（三）思维方式：演绎推理与类比推理

法律人思维采用演绎推理，最为典型的是三段论的运用；大众思维则采用类比推理，将性质存在相似的案例作比较，从而得出结论。

演绎推理是从一般到个别的推理，最典型的演绎推理为三段论。三段论的基本形式是：人都会死（大前提），苏格拉底是人（小前提），所以苏格拉底必死（结论）。以杭州飙车案为例，法律人思维在对肇事者的行为进行判断时会先找到一个法律规则作为大前提，然后以案件事实为小前提，从而形成一个判决，在判决中会判断飙车者罪与非罪，有责无责，量刑几何。当然，依具体的个案事实，所需要找寻的大前提可能不只一个，而是包括多个推理过程。此外，为使大前提和小前提中的“中词”保持同一律，还需要运用各种法律解释方法。

客观世界存在着普遍的联系，相似性是事物之间产生联系的重要原因。正是基于这种普遍性，类比作为一种思维方式在大众的日常生活和思维中占有重要位置。大众思维采类比推理，类比需要寻找一个相识点，这一相识点需在性质上存在极高的类同性，即“事物的本然之理”。“善有善报，恶有恶报”作为一种形象的类比一直潜移默化地影响着大众思维，这使得大众思维对事物之间相似点的找寻异常简单甚至粗暴：所有的案件当事人只有善与恶，善需扬恶需惩。于是大众思维多要求同案同判，不仅是罪名一样，量刑也必须一样，至于案件事实不同点对量刑的影响大众思维并不太在乎。继续以杭州飙车案以例，大众思维先根据日常生活经验来找到一个类似案例 A 作为比较点，在 A 案件中的犯罪嫌疑人 a 因为“十恶不赦”，那么杭州飙车案中的飙车者也必须“不赦”。因为在大众思维看来飙车者只需要“九恶”就已足够。他们的理由是：“善有善报，恶有恶报”，“九恶”已无限接近了“十恶”而当然的具有“十恶”的另一恶，那么“九恶”不用在乎另外一恶了。

三、法律人思维与大众思维差异产生的原因

导致法律人思维与大众思维产生差异的原因并不是法律人的自我标榜，而可能主要在于法律人对“封闭完美体系的法律自主体”的矢志不渝和对民主的天生戒备。此外，两者在对法治的实现途径选择上的不同也对差异的产生起到了一定的影响。

（一）法律体系的自治性

“为了使法律具有逻辑自洽性、可预见性和稳定性，高度发展的各个法律制度都力图创建一个有关法律概念、法律技术与法律规范的自主体。”[14] 法律体系的自治性使得法律与其他规范体系相区别，它要求司法与大众保持适当的距离，因为大众思维往往有结果主义或实质主义的倾向——相较于法律人对程序的衷情，大众思维更加注重案件的最终结果和社会效果。但这一古老的幻想也越来越受到后现代法学的挑战，道理很简单：人不是未卜先知，不可能预知所有未来。[15] 后现代法学对传统法学的解构有失偏妥，这并不能消解法律的自治性，因为传统法律中诸如合目的解释、漏洞填补规则、法律原则等能对自身问题进行一定的调整以适应不断变化的世界 。与其他规范体系相区别，法律的自治性主要表现在如下几个方面：法律的实体内容、法律机构、法

14 【美】E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 256 页。
15 林立著：《法学方法论与德沃金》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 7 页。

律方法和法律职业。首先，法律实体内容作为一套世俗规则体系，通过控权（权力）和赋权（权利）而与政治、道德或宗教等规范相区别分离，从而保障了实体内容的自治；其次，司法机构作为权力的一端与行政机关相区别而独立地去行使裁判权，而不是去执行或复述行政权力；再次，行使裁判权是经过特殊专业训练的法律共同体运用独特的方法对法律实体内容进行演绎的过程，这从某种程度上使得法律方法和法律职业得以自治。而法律人思维从来都是基于法律职业及其方法而存在的。[16] 故如同法律一样，法律人思维也相应地具有了某种自治性，这使得它不得不与诸如大众思维、政治思维和科学思维等思维相区别。

（二）司法与民主的纠葛

民主无论是作为一种制度还是观念，从雅典时期到如今都是众说纷纭，但有一点可以肯定的是：它要求政府是人民自由选择的，人民可以直接或经由其代表执掌和行使最高权力。[17] 选择的过程是公民自我利益表达的体现，选举出来的权力机关需始终代表自身的利益，因而在民主制度下每个人都是自己利益的最好法官，他们以选举的形式来对其利益代表者作出“宣判”。对暴露出来的社会问题，“哥议论的不是判决，而是民愤。”[18] “原本舆论对社会不满而与司法无关的情绪，最终都倾泄到了司法身上。”[19] 法官作为被选举者、人民利益的代表者而被要求充分发挥司法能动性，为人民服务、为民做主和除暴安良。这显然与司法的属性形成了鲜明的对比，司法不是民主决策的过程，“任何人都不能充当自己案件的法官”，裁量权须交给独立公正的法庭，而不是由人民“多数决”，因为“多数决”往往容易牺牲少数人的利益而形成“多数人的暴政”。是为其一。其二，法官只直面法律与证据，不能直面公众情绪所反映的社会问题，因为各种情绪所反应出来的问题更多地只能通过立法来予以解决，对属于立法的问题司法必须保持必要的克制。其三，法律唯一规则才是审判的原规则。[20] 法律规则是立法民意的体现，但是个案审理中的民意并没有以法律的形式表现出来，所以不能作为审理案件的依据。司法过程中应保持最起码的独立，排除大众思维的干扰，而以超脱的中立态度对权力、权利和义务作出判断明晰。

（三）法治的精英主义和平民主义

从古希腊柏拉图《政治学》中“哲学王治国”思想，到马基雅维利的《君主论》中关于统治者的权力和统治技巧的研究，都是精英主义理论的开端。“在精英主义看来，精英统治、支配社会是一种必然的、不可改变的规律，任何社会包括民主社会都避免不了这个规律。”[21] 社会分工的越来越精细化使专业化得以产生，专业化从某种程度上来说也是一种技术和智识的“垄断”。由法律人创造出来的法律概念、法律方法以及法律教育等都是在为“法律”这一自主体源源不断提供养料，此外，还为阻断外行人轻易进入法律职业提供了一个幌子——保护法律人整体质量。“法治的精英主义，就是指把法治视为少数精英群体的事业，主张由精英来主导法治的发展路向并控制法治的实际运作，由精英用法律来治理国家和民众，把法治的功能和价值定位于维持社会

16 见注[10]。
17 参见注[8]，第 148—149 页。
18 孙笑侠：《公案的民意、主题与信息对称》，载《中国法学》2010 年第 3 期。
19 见注 9。
20 参见周永坤：《民意审判与审判原规则》，载《法学》2009 年第 8 期。
21 郎友兴：《精英与民主：西方精英主义民主理论评述》，载《浙江学刊》2003 年第 6 期。

的秩序，认为法治就是国家自上而下推行制度规范的过程。从这种视角出发，民众只是法治的客体，被动地接受精英们的管制，法治发展的主动权和决定权掌握在精英的手中。”[22]

而在法治平民主义看来，法治并不仅由少数精英主导，它是一种自下而上的过程，在这一过程中大众不是法律管治的客体，也不是法治的看客，而应掌握法律，参与到法治建设中来。在法治建设中，法律精英的角色定位更多的应是公民权利的守护者——防止国家权力对公民权利的侵害，他们理应“为人的全面自由发展和广大群众的幸福生活服务，尊重群众，重视他们的需求，解决他们的困难，认真对待他们的困惑以及他们与法治的冲突”。[23] 换一种说法也就是，大众思维在法治建设中的背后指向是要求能参与到法治建设中来，自己的利益能得到充分的表达。法律人有义务“开民智”，构造出一个真正能切实代表大众利益的制度体系——法律自治体，而不是对大众背后的指向问题置之不理，甚至不屑。

四、法律人思维与大众思维的共融

法律本身是社会关系中的法律，法律思维从某种程度上来说也源自于大众思维，现却因法律自治性、司法与民主的纠葛以及法治的精英化而呈现出分裂的趋势。而法律思维要想得到社会的认同，它就必须与大众思维有互译的可能。[24] 在法治的要求下，两者更多地应是寻求共融。共融应实现那种状态？简单一点讲就是实现两者的融合，它不是解构法律人思维与大众思维而建构出一个新的思维体系，而是在对法治的共同追求下，尊重双方差异性，努力挖掘自身对法治有益的因素，以法律人思维为主导，并积极推动大众思维参与进法律人思维。

（一）共融的基本考量

“法治秩序的建立不能单靠制定若干法律条文和设立若干法庭，重要的还得看人民怎样去应用这些设备。更进一步，在社会结构和思想观念上还得先有一番改革。”[25] 在我国法治建设刚起步的阶段，法治对立法的需求极为迫切，这一“大立法”时期法律人特别渴望能构建起法律的自治体，因而法律人思维受到学者重视也属理所当然。但当“中国特色社会主义法律体系的目标已如期完成”后我们是否还应夸大法律人思维和大众思维的差距？答案是值得怀疑的。再者，法治是法律的统治而不是人的统治（government of laws not men），法律人在面对法治这一问题时应保持起码的独立。如果你问某人 2+2 等于多少，你会得到一样的答案，无论他是法律人还是非法律人，倘若法律问题都与此类似，很容易以精确追问的方法给出答案，那么无论实施法律的“人”何等不同，都没关系，那就确实是“法律”在统治。[26] 要是我们承认法治为法律的统治而非法律人的统治，那是否应该怀着谦卑的心态去重新认真审视法律人思维与大众思维的关系？

法律人思维与大众思维之间并不完全割裂，在尊重法律人思维的独特性基础上，我们更多需要的是需求两者之间的共融：一方面需建立起能充分体现公民利益的法律自治体；另一方面也要创造更多的途径让民意得到表达。从而实现法律人思维与大众思维的良性互动。在法律人思维与

---

22 林蕾：《论法治的大众化进路和普法的现代转型》，中南民族大学 2006 年硕士毕业论文。
23 同上注。
24 参见陈金钊、范春莹：《日常生活的法律性——法律思维与日常思维的关系》，载《求是学刊》，2006 年第 4 期。
25 费孝通：《乡土中国》，上海世纪出版社 2007 年版，第 55 页。
26【美】理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 39 页。

大众思维的共融中，首先应以法律人思维为主导，其次更需大众思维积极参与进法律思维中来。以法律人思维为主导是因为它是根据法律的思维，它的逻辑前提是法律，这符合基本的法治原则——法律至上。此外，法律人思维基于证据和程序而存在 ，具有严密的逻辑性，能克服情绪化的影响。而更需大众思维积极参与到法律思维中来，是因为以下几点理由：其一，法治的逻辑起点、运行基础和归宿在于社会大众和现实世界；其二，大众思维的背后指向是大众希望诉求能得到表达，能真正参与到法治建设中；其三，大众思维能一定程度上形成对司法的监督，对司法腐败和司法不公起到一定的遏制作用。

（二）比较法视野下的共融

法律思维需要与大众思维共融，但因我国目前正处于转型期时期，各种矛盾的凸显往往容易遮蔽我们双眼，这使得我们在面对法律问题时看不见问题的本相而屈服于强势的行政权，进而对问题解决办法的寻找也更多的是从结果主义出发的权宜之举。因此，我们不妨跳出这一限制而借鉴他国的一些成功经验。

1.大陆法传统国家

在思维关注点方面，法官的审判离不开生活经验。1791 年法国宪法会议正式废除了法定证据制度，宣布法官负有把自己的内心确信作为裁判的惟一根据的义务。1808 年法国颁布了《刑事诉讼法典》，明确规定了自由心证制度。1877 年的德国《刑事诉讼条例》第 260 条规定，“对于法庭调查的结果，法官应该根据全部审理的总和所提出的自由确信来裁判”。日本现行的《刑事诉讼法》第 318 条也规定“证据的证明力，由法官自由判断”。自由心证的主要内涵是：“法律不预先设定机械的规则来指示或约束法官，而由法官针对具体案情，根据经验法则、逻辑规则和理性、良心来自由判断证据和认定事实。”[27] 案件的发生和解决存在于人类社会生活之中，所以对案件事实和证据的审查判断离不开人类社会生活经验法则和逻辑规则。同时，这也是由法律的社会性决定，法律的社会性，就是说法律以人类社会生活、社会现象、社会关系为规范对象，因而法官在对难以论证的证据进行认定时不得不借助于大众思维。比如精神损害中事实证据的认定，法官就需要根据生活经验来自由心证。生活经验的运用是法律人思维与大众思维得以融合的一种方式，借助大众思维可以克服法官在证据力判断方面的被动以及适应社会经济文化的不断发展。但自由心证也并不是无条件的，它通过提高法官的专业素质和加大对法官的监督等一系列具体措施来保障。从而在坚持法律人思维的前提下，法律人思维与大众思维实现共融。

在思维背景方面，法学教育以理论教育和专业实践相结合。法官是法律人思维的典型主体，通过审判活动能清晰的展现法律人思维的脉络，因而我们不妨从大陆法系的法官的“荣誉之路”，来看法律人思维产生的背景。在法国，担任法官需要在国立法官学院实施为期 27 个月的实务教育，除最初的 8 个月上课外，其后的 12 个月学员需以法官的职责参加审判，此后，便进入各种实习阶段。但彻底的原理性思维仍是是法官的关键。[28] 在德国，想成为法官需要两次考试，在大学修完 10 个学期以上的法律课程后才可以接受第一次国家考试，此次考试合格后就可以成为研修生，之后在法院、行政机关、检察院和律师事务所等机构进行为期两年的研修；第二次考试

[27] 张永泉：《民事诉讼证据原理研究》，厦门大学出版社 2005 年版，第 22 页。
[28] 参见【日】大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社 2006 年版，第 274~275 页。

合格后可以成为“有资格的法律家”（候补官）。[29] 因而可以看出作为大陆法系两个代表性的两个国家在法官的培养上大抵都需要完善的法律理论知识学习，同时也注重专业实践。之所以除理论学习外还特别注重专业实践，是因为理论学习有这样的一些劣势：其一，书面上反复出现的事实被假定为完整且切合实际的，但真正的法律问题还不到事实问题的千分之一；[30] 其二，法学院研究案例可以为法律人提供一种替代的生活经验，更提供了在其生涯中最可能遇到的特别的生活断片（诸如犯罪、违反合同和种族歧视），但大量的案例材料并不是深入这些材料描述的社会现象之中的可靠指南。[31] 相较于理论学习，专业实践可以让学生走出校园而接触到更为真实的案例，在真实的案例中去更多的熟悉案件当事人的思维活动，对社会现象也能跳出法学的局限而多方面的考虑。因而，专业实践的过程从某种程度上来说也正是吸收大众思维的过程，它的加入一定程度上弥补了理论学习的不足。

在思维方式方面，成文法典的制定方便了大众思维对大前提的查找。“大陆的法律人思维所追求的是，在应受法律调整的领域内，最大限度地布满事先确定的，在任何情况下都能适用的规范。”[32] 这些规范即演绎推理中的大前提，不仅能为法律人轻易找到，同时缺乏法律专业知识的的大众也能找到。《法国民法典》在这一点是有着突出的表现，法典的起草者考虑到为了使像拿破仑的非法律职业者能够理解，因而刻意追求行文流畅明快，用语通俗易懂。他们同时也认为法律应该是简单明了的、能为非法律职业者所理解、几乎无需解释的尽善尽美之物。[33] 而《德国民法典》为潘德克顿法学的产物，重内在逻辑，文体和表达方式是十分生硬、抽象的，以复杂、拐弯抹角的行文写成。[34] 虽然《法国民法典》与《德国民法典》在文体和用语问题差别明显，但这没有否定大陆法律人思维对制定规范的热衷。此外，法律规范的制定是各方利益综合的结果，在制定过程中不可避免地预先充分吸收了大众思维，这也使得法律具有正当性。[35] 从而当一个具有正当性的法律被制定出来后，法官则只是“宣告及说出法律的嘴巴”，判决的作出也只是“制定法的精确复写”，此时的大众和法官更多的只是一个称呼上的不同罢了。

2.英美法传统国家

在思维关注点方面，大众思维通过陪审团制度参与到了司法过程中来。《美国宪法》第三条第二款中予以规定：“除弹劾案外，一切犯罪由陪审团审判”，此外在宪法修正案中也对陪审团制度有所涉及。陪审团制度是法律人思维与大众思维得以交流最好的产物，它体现对实质正义的追求，能对司法决策过程注入更多的社会公正感、对社会弱势个体的保护、对强权在握的立法和行政机关的制衡、对腐败的或者专横的法官的对抗。而最为重要的，它为法律人思维与大众思维交流提供了一个很好的场所，在交流的过程中，大众潜移默化地受到法律界分析问题的思路、方法及语言的影响，这也是法治精神向社会渗透的重要管道。“法官的一部分思维习惯进入所有公民

29 同上注，第 279~280 页。
30 见注 6，第 288 页。
31 见注 24，第 126 页。
32 见注 26，第 120 页。
33 见注 26，第 167~180 页。
34 参见注 26，第 202~203 页。
35 法律的正当性的要求：立法权必须为民选的机构所享有；立法权的形式必须遵守严格的立法程序、充分的公民参与和最大的公开性；立法目的需以全体人民的最大幸福为立法目的以及在立法内容上需保障基本人权和形式正当。参见注[8]，第 275 页。

的头脑。”[36] 而作为公众的代表团参与审判，则能够站在公众的立场上表达自己的意见，“各种说法”的引入和“法官意见的共融”有效地共融了法律人思维与大众思维的差异。

在思维背景方面，法官来源于社会阅历丰富的律师。英美法官，特别是美国联邦法官，多数在十多年甚至更长的法律从业后，经由政治任命进入司法系统。[37] “上级法院的法官（总数约100人）通常是从约2500名出庭律师中、而且是从因成绩卓著而被赐封为皇家律师的超级精英中选任的。” [38] 这说明在美国和英国法官大多来源于律师，这主要是看重律师丰富的法律工作经验，“关于法官过去的法律工作经验的要求，无论法律是否有规定，都被认为是理所当然的惯例而被遵守。”[39] 这也符合霍姆斯大法官那句名言：法律的生命在于经验而非逻辑。经验不仅仅只是对法律知识而言，从某种程度上来说，它更注重的是怎样处理法律与其他力量的关系，怎样将其他力量驯服于法律的统治中来。社会阅历丰富的律师长时间与当事人接触，对大众思维比较熟悉，对法律人思维与大众思维的关系有着较多的经验可以遵循，而不只是沉醉于书本理论。因而，从思维背景这方面来看，以社会阅历丰富的律师作为法官的主要来源，可以有效地避免法律在解决问题方面所存在的狭隘，而充分共融法律与其他力量的关系。

在思维方式方面，法律人与大众在判例制度下存在推理方式的相似。由于人类理性的有限和生活事实的无限丰富，类推在法律领域始终存在，英美法传统国家更是如此。“在英美法系，判例法是法官的主要法源，将当下案件与前例比较，进而类推的方法一直被作为法律推理中的主要方法。”[40] “在判例法制度中，类比是作出判决的普遍的和最有效的方法。”[41] 类推在考夫曼看来不只是水平横向的两个案件间的比较，而是指垂直纵向的法律构成要件与具体发生的案件相结合的问题。也即，我们不仅仅找寻两案之间的“事物本然之理”，同时也是在看这一“事物本然之理”是否能被法律规范所包摄。这一过程实则为法官价值选择的过程，“事物本然之中，法官也经常从政策、目的及原则等实质性的角度来论证判决的合理性。[42] 因此我们可以在判决中看到英美法传统国家的法官往往会依托某一条法律原则将民意反映到判决理由中去，从而把法律人思维与大众思维转化为事实与规范的问题。这些过程都很好地共融了法律人思维与大众思维，因为在对法律目的和意义的理解上法律人和大众思维的期待是一致的——实现法治。而大众也可以在法院的判决中清晰地看到司法对待民意的态度，以及民意问题如何转化为法律问题。这反过来又使得大众思维对法律人思维产生了某种理解和认同，如同审判团制度般，法律人的思维进入了所有公民的头脑。

五、对中国法治建设的意义

从法文化方面来看，法律人思维与大众思维的共融要求法律人思维占主导，从而一定程度上减少了中国传统法文化对法治建设的阻力。中国法文化传统中司法行政化严重，行政权和司法一

36 【法】托克维尔：《论美国的民主》（上卷），董果良译，商务印刷馆2011年版，第347页。
37 【美】波斯纳：《法官如何思考》，苏力译，北京大学出版社2009年版，序言第7页。
38 见注[26]，第319页。
39 见注[26]，第320页。
40 见注[4]，第171页。
41 郑永流：《法律方法阶梯》，北京大学出版社2012年版，第170页。
42 孙笑侠、熊静波：《判决与民意——兼比较考察中美法官如何对待民意》，载《政法论坛（中国政法大学学报）》2005年第5期。

直合二为一，行政官员既处理行政事务，又处理司法事务。政治化的思维渗透到了司法的每一个细节——“把诉讼案件当作行政事务，把判决当作管理手段，把解纷结果当作合乎民意的政绩”。[43] 在司法审判过程法官多采用大众思维，力求能在判决中体现民意，这使得审判成为了维护伦理秩序的工具，而司法对民意存在特别的偏好又使其失去了自身珍贵的独立性。“政治基本上就是一种利用民众非理性本质的理性形式，而且一贯如此。”[44] 民意往往只是一种非理性的喧嚣，而在喧嚣的民意面前行政权将司法作为工具而去“定纷止争”，此外，更希望司法能起着教化的作用和维持伦理秩序的作用。因而，“原情定罪，因事制刑”，权宜之计、策略运用等行政性手段常常会用于司法实践，这就造成了司法更多地追求判决的社会效果，在解决纠纷时更注重平息纷争，而不是对权利义务关系进行明晰。此外，中国法文化传统中法律人思维还是一种情理化思维——“法本原情”，“春秋决狱”式的审判方式兼顾“国法、天理、人情”，对犯罪嫌疑人“晓之以理，动之以情”，这也使得审判不得不考虑民情而注重道德的说理。对上面的分析可以得出一个结论：中国传统法文化轻形式重实质、轻法理重情理，行政权与司法合一，司法缺乏最基本的独立性。这些都与现代法治精神不符，法律人思维与大众思维的共融，一定程度上可以减轻传统法文化对法治建设的阻力，两者的共融要求以法律人的思维作为主导，这能使司法与行政权保持一定的距离、审判过程遵循固定的程序以及注重以严密的法律逻辑来对判决进行说理。

从当前法治建设实践来看，法律人思维与大众思维的共融有利于大众思维参与进法治建设中来，从而更有利于法治的推行。司法作为社会最后的一道防线，其职责本来只是“依法作出裁判”，但在当前法治建设中却遭受了诸多“生命不能承受之重”：其一，转型时期的社会矛盾突出，诸如强征强拆、群体性事件和信访潮等，而司法却往往成为社会矛盾的宣泄口；其二，司法的行政化日趋严重，司法正失去它中立和程序化的特征而参与到社会的治理中去，例如大调解背景下“案结事了”、“顺从民意”和“社会效果”等司法政治口号的大行其道；其三，司法被要求迎合大众思维，以“马锡五审判方式”为法官考核标准的形式一直存在，司法结果主义倾向严重，而正不断失去的程序化。这些压力很大程度上是因大众利益表达渠道不畅通，在立法或法律的实施过程中难以参与进来从而引发群体性事件、信访潮等问题所导致。而法律人思维与大众思维的共融可以一定程度上缓解这些压力，因为法律人思维与大众思维的共融要求大众思维参与到法律人思维中来，这一来能使得民意克制情绪的影响而有序地理性表达，二来民意通过法律人思维的熏陶能学会运用更多的法律武器来保护自身的利益，从而倒逼政府畅通诉求渠道。这些很大程度上都能缓和社会矛盾，进而卸下司法审判沉重的民意包袱。此外，大众思维的参与对法治建设还有如下一些作用：首先，能为法治的前提——良法——的产生提供必要的前提条件，大众思维的参与一定程度上为法律提供了正当性；其次，良法的存在使得大众守法从被迫到主动为之，为普遍守法提供了心理和社会基础，有利于公民社会的培育；再次，大众思维的参与对权力形成监督，能迫使权力置于法律之下。

综上不难看出，法律人思维与大众思维虽存在差异，但这些差异的存在并不是否定彼此的理由，更多的只是一种社会存在方式。在承认两者差异的基础上，我们更应看到两者的共融之处，这或许更符合中国法治建设的需要。

（未经允许，不得转载）

---

43 孙笑侠：《中国传统法官的实质性思维》，载《浙江大学学报（人文社会科学版））》2005 年第 7 月第 4 期。

44 【法】莫斯科维奇：《群氓时代》，许列民等译，江苏人民出版社 2003 年版，第 48 页

论信访潮的形成原因及信访制度的重构

龙松熊*

摘　要:信访制度是一项具有中国特色的制度，其在不同时期都发挥着作用。但是，信访制度在发挥作用的同时，也造成了信访潮并由此引发了一系列的问题。信访潮的形成有中国社会的治理传统、传统的青天文化的影响、权利救济途径的不足、信访的自身优势和中国式代议制度的不足等五个方面的原因。文章通过对信访潮形成原因的分析、学者观点的简介和评析，提出信访制度重构应该将信访现有的权利救济功能进行分流、剥离，将信访作为一种解决社会矛盾的补充手段。同时，降低行政复议和行政诉讼的门槛，优先通过行政复议和行政诉讼来解决社会矛盾，并将受理信访的权力赋予人民代表大会。

关键词:信访制度　信访潮　权利救济　公民权利　重构

在中国 960 万平方公里的土地上生活着 13 亿人口。人要生活，就会与社会其他人进行联系。即使是在自给自足的农业社会，庄稼人也会与邻村人进行交际，产生利益之间的冲突。因此需要有一种机制来协调冲突双方之间的利益关系。当当事的一方或双方认为自己没有获得足够或公平的救济时，他们便会需求更高一级的救济，信访就属于其中的一种。上访制度可追溯到尧舜时期，到明清时期，中国古代的上访达到了顶峰。[45]新中国成立后，党和国家领导层也非常重视上访工作。毛泽东、周恩来等党和国家领导人经常亲自批阅群众的来访来信。信访成为人民表达对国家的拥护、提供社会主义建设建议以及个人权利诉求的途径。

然而跨入 21 世纪的中国，古老的信访制度在市场经济和法治化的潮流中，它的功能却在发生着变化甚至扭曲。[46]而更为致命的是它的某些方面给社会带来了巨大的负面影响。其中之一就是高居不下的信访数量给国家机器的运行制造了沉重的负担。以全国法院为例，1999 年比 1954 年 10 月——1955 年 3 月信访总数翻了 2300 倍，进入 21 世纪以后信访数量虽然有所下降但也长期维持在 350 万件以上。[47]

与信访量的长期居高不下相比，行政诉讼、行政复议的推进则极为缓慢。这说明公民不是不愿意或不敢去寻求救济以维护自身的权利，而是公民更加愿意通过信访的手段来维护自身的权利。本文将通过对信访潮形成的原因进行分析，提出信访制度改革的建议。

一、信访制度的历史概述

所谓信访，是人民来信来访的简称。广义的信访是指群众通过写信或上访向各级党政部门、人大、司法机关等单位提出要求、意见、批评、建议、愿望和申诉。以此来参政议政或维护自己

* 龙松熊：2011 级法学专业本科生。

[45]李秋学：《中国信访史论》，中国社会科学出版社 2009 年版，第 32 页。

[46]参见孙大雄：《信访制度功能的扭曲与理性回归》，载《法商研究》2011 年第 4 期。

[47]参见魏治勋：《涉诉信访的“问题化”逻辑与治理之道》，载《法学论坛》2011 年第 1 期。

的合法权利。狭义的信访是指国务院 1995 年颁布的《信访条例》所规范的行为。即“公民、法人和其他组织采用书信、电话、走访等形式。向各级人民政府、县级以上各级人民政府所属部门反映情况、提出意见、建议和要求。依法应当由有关行政机关处理的活动”。[48]本文的信访指的是狭义的信访，信访的功能主要是作为权利救济手段的信访所发挥的功能。

信访是一项古老的具有典型中国特色的制度。早在尧舜时期就有了某种意义上的信访制度。尧置敢谏之鼓，舜立诽谤之木。[49]这算是信访制度的萌芽时期。到了夏商时期，大禹同时“悬钟、鼓、磬、铎、鼗以待四方之士”。[50]夏末商初，有了进谏活动，如商初名相伊尹说汤。[51]到西周时期，周王朝设立了路鼓和肺石制度。周朝建路鼓于大寝之门外，而掌其政，以待穷者与谳令，[52]以肺石达穷民，凡远近茕独、老幼之欲有复于上而其长弗达者，立于肺石三日，士听其辞，以告于上，而罪其长。[53]秦汉时期，中国封建社会信访制度得到确立和巩固。秦朝建立后设公车司马令受理吏民上书。[54]汉朝时，上访的形式进一步丰富，告御状出现并开始流行。其中最著名的是“缇萦救父”，并最终引发了汉文帝的刑制改革。魏晋朝时，信访制度进一步发展，后世的许多信访逐渐定型并被后世所沿用。如周朝的路鼓演变为登闻鼓，[55]舜时设立的诽谤木改为华表木或表木。[56]南北朝时，信访制度又有了进一步的丰富和发展，其创新主要表现在三个方面。第一个方面是梁武帝时设立谤木函和肺石函；第二个方面是实行每月临讯；第三个方面是遣使巡行接访；第四个方面是设立特殊进言渠道，这包括御驾亲往听奏和地方官员转奏。[57]隋朝设立谒者台“受诏劳问，出使慰抚，持节察授，及受冤枉而申奏之。驾出，对御史引驾。”[58]唐代武则天时设立匦使院，首开民情上达中央政府的渠道。[59]宋代继承了唐代的登闻鼓和匦使院，并增设了理检司。元明清继承并完善了传统的信访制度。从数千年的古代史中，信访制度一直存续并且进行不断的完善。在古代，信访制度的手段也与其社会经济水平相类似，主要依靠采取击鼓，上书等方式来进行。由于历代统治的需要，统治者一般都不反对当事人直接上书给最高统治者。但有时为了统治的需要，会适当的限制信访的越级上访。[60]

辛亥革命推翻了满清政府的统治，建立了中国历史上第一个资产阶级民主共和国。随着帝制的被推翻，其信访制度也有了一定形式的新的表现。起义首先在湖北武汉爆发，起义成功后，湖北建立了军政府，1911 年 11 月 14 日完成的《中华民国鄂州临时约法草案》中就有人民得请于议会的规定，这是中国历史上第一个明确赋予人民向政府陈请权利的法律性文件草案。[61]1912 年《中华民国临时约法》颁布，其用请愿于议会替代了《中华民国鄂州临时约法草案》中的陈请于议会。

---

[48]应星：《作为特殊行政救济的信访救济》，载《法学研究》2004 年第 3 期。
[49]《淮南子·主术篇》。
[50]袁了凡、王凤洲：《纲鉴合编·夏纪》，中国书店出版社 1985 年版，第 25 页。
[51]李秋学：《中国信访史论》，中国社会科学出版社 2009 年版，第 36 页。
[52]《周礼·夏官·大仆》。
[53]《周礼·秋官·司寇》。
[54] 参见杜佑：《通典》卷 22，中华书局 1988 年版，第 70 页。
[55]《魏书·刑罚志》。
[56]《古今注·问答释义》。
[57]李秋学：《中国信访史论》，中国社会科学出版社 2009 年版，第 52 页。
[58]《隋书·百官志》。
[59]参见孙林：《中国古代的信访制度》，载《人民法院报》2005 年 11 月 7 日。
[60]参见封丽霞：《中国人为什么“偏好”上访？》，载《理论与改革》2013 年第 4 期。
[61]参见辛亥革命武昌起义纪念馆、政协湖北省委员会文史资料研究委员会：《湖北军政府文献资料汇编》，武汉大学出版社 1986 年版，第 41、43 页。转引自李秋学：《中国信访史论》，中国社会科学出版社 2009 年版，第 122 页。

由于《中华民国临时约法》具有临时宪法的性质。因此请愿于议会便成为一种宪法性的权利。北洋政府时期，在文本上还是明确请愿是国民的一项权利，但是在请愿的门槛上面有所提升，如中华民国时期《参议院法》规定：国民请愿书非有参议员三人以上之介绍，不得受理，但到北洋政府时期《议院法》规定：国民请愿书，非有议院五人以上之介绍，不得受理。1928 年，张学良在东北改旗易帜，南京政府形式上统一中国，但由于常年的内乱，国民党在请愿制度上无所作为。直到 1947 年施行的《中华民国宪法》才规定人民有请愿之权。同时期，与国民党的信访形成鲜明对比的是共产党领导下的中央苏区的信访活动。当时江西中央苏区设立了控告局，党和国家的高层领导人也经常批阅群众的来信，接见群众的来访。这成为新中国成立后信访制度的基础。

与古代的信访相比，近代的信访发生了明显的变化。首先表现在以明确的法律形式规定信访。信访成为一项有宪法依据的权利。其次，表现在近代信访与诉讼制度的分离，信访救济与诉讼救济明确分离，信访成为一项独立的救济权力。最后，由于近代的特殊历史背景，信访与国家利益更加密切相连。

新中国成立后，中国的信访制度经历了四个时期，第一个时期是创立时期，这一时期是 1949 年到 1951 年，标志是《关于处理人民来信和接见人民工作的决定》，《决定》的制定为中国的信访制度指明了方向。第二个时期是大众动员型信访时期，这一时期是从 1951 年 6 月到 1979 年 1 月，在这期间经历了中国法治最为混乱的文革时期，在此期间信访的数量与政治运动紧密相连。第三个时期是拨乱反正型信访，这一时期是从 1979 年 1 月到 1982 年 2 月，主要任务是纠正文革期间的冤假错案；第四个时期是安定团结型信访，时间是 1982 年至今，这一时期信访制度的主要任务是服务于经济建设的大局，保持政治的稳定。[62]

综上可知，信访制度在中国历史上持续了数千年，其存在深深地植根于中国的传统文化之中。即使在某个特殊的历史时期，其可能会受到政治状态的影响而衰落。但是在社会环境得到恢复后，其又会焕发出新的生机。

二、信访潮形成的原因分析

从尧舜时代到明清王朝，从民国政府到社会主义新中国，信访制度存在达数千年之久。然而当睡醒的雄狮即将苏醒、中国法治化的建设如火如荼进行之时，信访制度带来的信访潮却给司法权威的树立、财政资源的合理利用、政府威信的提高、和谐社会的建设造成了负面的影响。以至于学界众多的学者都要求对信访制度实行改革。对于信访潮形成的原因，笔者认为主要有以下几点：

（一）信访制度是中国社会的治理传统

正如上文所分析的，在中国历史发展的各个阶段都存在着信访。信访是一条上层统治者与下层平民之间进行沟通的桥梁，或者换一种方式说：信访是上级政府通过百姓对其下级政府进行监督的一种方式。属于古代统治的“驭臣之术”。中国有句俗话“山高皇帝远”，据统计，在中国古代历史上，官员与民众的比例长期稳定在 0.2%左右。[63]在辽阔的疆域上，中央政府无力直接管理

[62]应星教授将中国的信访划分为三个时期，第一个是大众动员型信访时期，第二个是拨乱反正时期，第三个是安定团结型信访时期。笔者认为从新中国的成立到 1951 年这一段时间是信访制度从苏区向全国走进，从而形成的时期。因此笔者将这段时期划为信访制度的成立期。

[63]参见张维迎、邓峰：《信息、激励与连带责任—— 对中国古代连坐、保甲制度的法和经济学解释》，载

普通的基层民众，只能通过层层控制下级政府来实现统治。上层统治者除需要有效的制度来监控下级政府的行为以外，还需要依靠群众进行对政府的监督，以此形成自己的管理网络。而群众的信访正好可以把下层群众的信息传达给上层政府，从而满足上层政府对社会控制的需要。另外，群众的上访也可以成为一条释放和解决社会矛盾的途径，有利于社会的稳定。科塞的“冲突理论”认为如果群体内部的冲突双方不涉及基本的、核心的价值观念，则冲突会对社会发挥积极的功能。[64]信访正是古代统治者充分运用这一点的成果。新中国成立后，为了保持党、政府和人民群众之间的密切联系、倾听人民意见、建议和要求，加强群众对政府的监督作用，维护人民的合法权益，建立了信访制度。[65]

综上可知，不管在哪个政府或王朝，统治者为保持自己和下层民众的联系，有效的巩固政治统治，都会将信访制度作为一种社会的治理方式，不断的沿袭。

（二）中国传统的“青天文化”的影响

麦迪逊曾说过：“假如人人都是天使，就不需要任何政府了；如果是天使统治人，就不需要对政府有外来的或内在的控制了。”[66]基于此种原理，美国实行分权与制衡的三权分立体制。与西方的民主思想不同。中国传统社会是以农业为主的自给自足的小农社会，家庭构成了社会的主要组成单元。在家庭中，家的一切由家长来决定。由家至国，则国的一切由作为“大家长”的君王来决定。因此，在中国传统文化中将为官者视为父母，称其为“青天大老爷”或父母官。古人有“敬天，畏天的思想”，将官吏与天并在一起，其存在思想逻辑便是认为官员是百姓心中的天，违背官员的意志就是违背上天的意志。中国古代有“孝”的传统，将官员称为“父母官”则代表百姓要服从官员的命令，若违背则是不守孝道。而平民百姓遇到问题无法解决时则有权利请求“天”或“父母官”的庇佑的权利。以“青天”“父母”为代表的忠孝文化使得传统的政治与亲情、信仰联系在一起，沿传到今天的中国的传统文化之中。

中国传统社会是一个贤人社会，认为贤人比法律更加重要。[67]中国古代的人才选拔方式——科举制更加深了贤人的影响力。古代的官员，除通过世袭继承的以外，主要是由科举制进入政府，而成为官吏的。在科举制的环境中，智力高上的人获得晋升机会，而智力相对较弱的人无法享受到此等机遇。凡是成为官员的，代表其智力比作为百姓的常人要高，上级官员比下级官员的智力高，在这样的思维定式下，人民对官员具有较高的崇拜感，这种崇拜感就加深了平民百姓对其的信任，尤其是平民、下级官吏对上级官吏的信任感和崇拜感，从而形成了百姓对上级权力的迷信。因此，当问题出现时，首先依赖的应该是贤人，贤人不能解决时，就依靠更贤之人（上级官吏），寻求法律的救助则成为一种下下之策。而且所求之人的职位越高，其人就越贤，获得帮助的可能就越大，越能看到自己的冤屈。

中国传统上有一种清官情节。即认为多数的官员是好的，只有少数是坏的；上级官员是爱护百姓的，只有少数下级官员鱼肉百姓。这样的想法其实也有一定的道理。因为在古代“普天之下

《中国社会科学》2003 年第 3 期。

[64]参见[美]L·科塞：《社会冲突的功能》，孙立平等译，华夏出版社 1989 年版，第 67 页。

[65] 2005 年国务院《信访条例》第 1 条的规定，表明了这一目的。

[66] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，张晓庆译，中国社会科学出版社 2009 年版，第 245 页。

[67]参见范忠信、郑定、詹学农：《情理法与中国人——中国传统法律文化探微》，中国人民大学法学院 1992 年版，第 82 页

莫非王土，率土之滨莫非王臣。”天下都是以皇帝为代表的统治集团的，如果统治集团不爱护自己的百姓，那么他就是在毁坏自己的财产。而任何人都不会去毁坏自己的财物的，因此统治者肯定是为百姓着想。特别是宣传的很多的清官更加深了群众对清官的信仰和追求。[68]但是现实却往往与想象相背离。在古代，大多数的官员都自诩为民做主。但清官就像天上的流星一样可遇而不可求。它很迷人，但是难以遇到。大多数的上访者还是以失败告终。

政治与亲情、信仰的结合辅之以对官员的崇拜形成了平民对统治阶层的信任。信访制度的基础在于下层平民对于上层统治集团的信任，在于民众对政府的信任。中国的传统的青天文化加深了官员在民众心中的权威。为信访制度在中国的生存、发展、壮大提供了基石，使得传统的青天文化成为现代信访制度的文化基础。

（三）信访的自身优势

传统的中国社会是一个崇尚“无讼”的社会。[69]在没有或者不愿用司法进行救济的情况下，信访的救济方式成为民众不多的救济方式之一。信访之所以受到公民的欢迎也有其自身的独特优势。

作为一种农耕时代传承下来的伸冤制度，它具有和农耕文明相适应的特点。信访的优势首先体现在信访是一种“文盲式伸冤”。与复杂繁琐的诉讼程序相比，信访的方式更加简单、方便。特别是对于知识文化水平较低的农村农民来说，司法救济有严格的程序，需要一定的法律水平，对于普通百姓来说就是一种灾难。但信访制度却简单的多，以传统的信访方式，最多写一份伸冤状甚至口头就可以进行一场信访，而且信访能够最直接的让信访者体会到正义。其次在于信访是一次“穷人式伸冤”。进行诉讼救济花费的成本包括直接成本即当事人直接以金钱支付的经济成本，主要包括但不限于当事人应当向人民法院交纳的诉讼费用，包括案件受理费、申请费、当事人为聘请律师或委托其他诉讼代理人而支出的代理费；证人、鉴定人、翻译人员在人民法院指定日期出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴；诉讼过程中因鉴定、公告、勘验、翻译、评估、拍卖、变卖、仓储、保管、运输等发生的依法应当由当事人负担的费用；当事人自己进行诉讼活动而直接支出的费用(如交通费、通讯费、住宿费、餐饮费等)；间接成本即当事人为参加诉讼进行的非物质金钱的投入，主要是指当事人因参加诉讼所耗费的精力、时间等，以及机会成本当事人因耗费金钱、精力、时间参加诉讼而造成的预期可得收益的减少。[70]与司法救济的诉讼费、律师费相比，信访可以免掉诉讼费和律师费，在建国初期对于上访者的经济还有一定的保证。如建国初期就规定：上访者有经济困难，北京市民政局会发给车票等。[71]但是这里的成本仅指“单次上访”的成本，因为信访的第三个优势造成信访者一级一级不断的上访以及国家优惠政策的取消，信访的成本优势正在逐步丧失。信访的第三个优势在于信访没有次数限制，只要上访者有时间和精力，其就能一直将上访持续下去。如湖南的上访妈妈唐慧在 6 年的时间内去北京上访二三十次，去湖南省里百来次。[72]更有甚者连续 18 年进行上访要求解决自己的问题。[73]而在正常的司

---

[68] 参见徐忠明：《包公故事：一个考察中国法律文化的视角》，中国政法大学出版社，2002 年版，第 378 页。
[69] 参见费孝通：《乡土中国》，三联书店 1985 年版，第 54 页。
[70]参见王健清：《“涉诉信访”司法成本研究》，载《江西社会科学》2014 年第 1 期。
[71]参见刁成杰：《人民信访史略》，北京经济学院出版社 1996 年版，第 65 页。
[72] 参见百度词条唐慧妈妈：
http://baike.baidu.com/link?url=UhGLJKaYSEd8NxleCKt6TjAhsyvjGvcdNDOZLZPrM4amERQG1lIFTw7TjRVy9c3YdxGzGNjRU6a9AtJQI74Tha，最后访问时间 2014 年 4 月 28 日
[73]参见中共中央组织部办公厅：《组织部门信访工作案例选编》，党建读物出版社 2006 年 8 月版，第 77 页。

法途径之下，中国实行的是二审终审制度，当事人根本就无这么多的机会进行申诉。第四个优势在于信访能够冲破关系网的束缚，尽可能的追求实质上的正义。传统中国的社会关系具有“差序格局”的特点，血缘关系和地缘关系是最重要的两种关系。[74]而在 1949 年以后，中国出现了一种可以和亲缘关系、血缘关系并驾齐驱的单位关系。这三种关系构成了一张以被告人为中心的关系网，特别是在行政诉讼中，连二审法院也无法摆脱这张网的限制。[75]而通过信访将问题直接反应给高层政府在某种程度上可以摆脱地方关系网的限制。为自己的权利维护争取更大的希望。

（四）正常的权利救济途径的不足

“无救济则无权利”这一古老的法谚说明，权利的关键在于是否能够得到有效的救济。信访制度之所以长期居高不下，其中一个很重要的原因是中国现有的权利救济途径的不足。在中国现有的权利救济体系中，主要有司法救济、上访救济和群体救济三种途径。[76]从救济途径的特点可知：司法救济是公民权利救济中最主要和最有效的途径。[77]由于中国的特殊国情，群体救济长期受到高层的限制和压抑，它难以像西方国家那样发挥权利救济的手段和民意表达的窗口。因此，公民权利主要是依靠司法救济和上访救济。在目前的体制下，中国的司法救济存在不足，其不足体现在两个方面。

一个方面是司法救济程序复杂，无法满足文化素质较低的村民的需求。[78]按地域划分，中国社会包括城市社会和农村社会。城市社会是以市场经济为基础的现代经济社会，中国精英分子绝大部分集中在城市之中，这为城市的诉讼救济提供了知识和文化基础。但是对于广大农村的村民来说，由于传统的“无讼”思想和个人自身能力的限制，作为一个普通的农民其一生中也难以进法院，自身的知识也使其难以熟悉法院的诉讼流程。因此，对其来说法院是一个非常麻烦的地方。故而可以知道为什么农民成为了信访的主力军。[79]

另一个方面是司法的救济力的不足，司法的救济力的不足在行政诉讼中体现的尤为明显。在中国行政体制之中，法院的地位和权威远不如党和政府，再加上受政府的财政、人事等各个方面的限制，司法难以取得独立的地位。甚至，公安、税务等行政部门公然和法院进行对抗的事情也时有发生。一个连自身权利都无法保护的单位当然难以取得公民对其的信任。但在信访中，这种情况就可以完全避免。在中央集权制下，下级政府的人事、财政大权掌握在上级政府手中，上级政府有当然的权利约束下级政府。其救济力远大于法院。基于上述的两种原因，上访比司法救济更受公民的欢迎就不难理解了。

（五）中国式代议制民主的不足，民意沟通渠道不畅

在人类目前的历史上，代议制民主是实现人民民主的一条坦途，中国在吸收西方代议制、结合本国国情的基础上，实行人民代表大会制度。在最初的设想中，实行人民代表大会制度是解决

---

[74]参见费孝通：《乡土中国》，三联书店 1985 年版，第 24 页。
[75] 参见何海波：《行政诉讼撤诉考》，载《中外法学》2001 年第 2 期。

[76]参见李俊：《从一元到多元：公民权利救济方式的比较研究》，载《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2007 年第 4 期。
[77]李俊认为无论哪种诉讼在公民权利救济方面都具有公权性、程序性和强制性，这三种特点就决定了以诉讼救济为主的司法救济是公民权利救济中最主要和最有效的途径。
[78]参见章武生：《简易、小额诉讼程序与替代性程序之重塑》，载《法学研究》2000 年第 4 期。
[79]据统计农民占了信访的一半以上。

王朝兴替的根本方法，是实现人民民主专政的最优选择。但是从去年年底爆出的衡阳贿选案来看，人民代表大会制度首先在代表是否真的代表人民上存在怀疑。在衡阳贿选案中 56 名省人大代表用钱拉票，这样的人大代表能否为人民的利益说话存在严重的疑问。[80]人民代表大会另一个重要的作用在于传递民意。在西方的议会制中，议员的选举方式有三种，一种是选举、一种是任命、一种是因特别身份而获得议员资格。其中选举是重要的方式，而且一般主要权力也集中在由选举产生的议会中。[81]由公民选举产生的议员是选民的代表，起到反映选民意愿，维护选民利益，为选民服务的作用。议员是联结公民和国家的桥梁和纽带。选民可以通过议员在议会中传达自己的意见，议员也会帮助选民解决一些生活中的问题，以取悦于选民。[82]与西方的某些规定类似，中国的代表也有联系选民的作用。但是由于双方在产生体制和社会保障方面的差异，中国的人大代表制度不能或无法实现其代表人民的作用。甚至在某些情况下，代表更像是某些官员的代表。在中国目前比较严重的社会现象如拆迁、环境污染中，没有听到任何的人大代表发出比较有影响力的声音。在这一片寂静中，反映出了人民的代表确实没有将下层百姓所关切的利益反映到最高权力机关之中去。如果人大代表能够将群众的呼声传达到社会的各级官员的手中，有所作为，那信访的数量必定会大大减少。

（六）断裂社会中，公民权利意识的觉醒

断裂社会就是在一个社会中，几个时代的成分同时并存，互相之间缺乏有机的联系的社会形态和社会发展阶段。他既不同于传统的农业社会，也不同于西方的工业社会，更不同于城乡的二元结构。目前中国即处于这个断裂社会中。[83]在计划经济时代公民之间的差距不大，因此信访案件相对不多。但自从改革开放，特别是九十年代后，信访的数量高歌猛进。这就是在改革开放的过程中中国社会开始出现分化，一类是垄断社会财富和特权的精英阶层，一类是由贫民、农民工和城市下岗工人组成的弱势群体。由于上层精英掌握着社会的各种资源，下层利益的无法上达导致上层政策的偏斜不利于下层民众，从而加剧社会的不平衡甚至会引发相互之间的冲突。

中国古代社会是一个儒家思想统治的社会，追求的是“以和为贵”、“无讼”。在这个时期公民的权利意识受到传统文化的压制，近代权利意识的觉醒得益于西学的传入。[84]但新中国成立后，由于特殊的历史背景和经济体制，公民的权利让位于国家的权利。进入 21 世纪，由于改革开放的进行，市场经济体制的建立和教育的发展，公民的权利意识逐渐提高。2004 年宪法修改，将尊重和保障人权写入宪法就是最好的证明，厦门的 PX 项目以及前不久的 PM2.5 事件所引起的震动也说明了公民越来越注重维护自身的权利，不再做一个睡在权利上的人。

断裂社会中，社会的矛盾不断积压。而公民的权利意识不断觉醒，觉醒的权利需要一条途径来表达对于社会现实的不满，通过权利救济手段来维护自身的权利。当两者聚集在一起时，信访作为一条权利救济的途径就为公民所利用，并随着社会矛盾的积压而不断增多，最终形成信访量居高不下的局面。

---

[80]百度词条衡阳贿选案：http://baike.baidu.com/link?url=w_XN7uful-xkchyK-wDQzDa7gYr7pw4BW2EUXYHriFG-OFFwNgGxbFSAcRCWpAvKqt4rmn5DXxEo7iXX1UuPMm47OqXILnzrHjpaL5THKjm，最后访问时间 2014 年 4 月 28 日。
[81]参见李保忠、韩育：《中外政治制度》，西安政治学院训练部 2006 年版，第 3 页。
[82]参见徐育苗：《中外政治制度比较》，中国社会科学出版社 2004 年版，第 45 页
[83]参见赵威：《信访学》，辽宁大学出版社 2010 年版，第 175 页。
[84]参见刘保刚、郑永福：《近代中国公民权利意识演变的历史考察》，载《史学月刊》2007 年第 8 期。

三、学界对解决信访问题的观点及评析

对于如何解决信访制度，学术界也进行了长期的讨论，但是没有哪一种观点居于主流地位被大家所完全接受。目前在学术界主要有以下几种观点：

（一）“堵其源头”——废除信访制度

在国内有不少学者主张废除信访，比较有代表性的是于建嵘教授。他认为现行信访制度已成为祸国殃民的遮羞布，必须进行彻底改革。他认为现行信访的缺陷主要是三个：一是信访体制不顺，机构庞杂，缺乏整体系统性，导致各种问题和矛盾焦点向中央聚集，在客观上造成了中央政治权威的流失；二是信访功能错位，责重权轻，人治色彩浓厚，消解了国家司法机关的权威，从体制上动摇了现代国家治理的基础；三是信访程序缺失，立案不规范，终结机制不完善，政治迫害和政治激进主义相伴而生，不断诱发较严重的冲突事件。他根据信访制度的危害提出了自己的改革设想。短期的行政治标之策是各级党政部门减压和给信访公民松绑，以减小信访的规模和冲击性，维护社会的稳定；中期的法律治标之策是强化各级司法机关接受公民告诉、申诉及处理案件的责任和能力，由司法机关承办目前积压在信访部门的案件；长期的政治治本之策是撤销各级政府部门政府职能的信访机构，把信访集中到各级人民代表大会，通过人民代表来监督一府二院的工作，并系统地建立民众的利益表达组织。[85]

笔者认为于建嵘教授的主要观点是废除现有的以政府为主导的信访方式，将由政府主导的信访转变成由人大主导的人民利益的表达渠道。于教授的改革设想为研究者提供了一条很好的思路。但笔者认为废除信访制度是一种“堵”的治理方法，为“下下之策”。信访制度从古代算起到现在已经数千年了，由新中国成立时起到现在也已经存在 65 周年，它的存在牵涉到社会各方面的利益，废除一时恐怕难以实行。二则信访是公民一项有宪法依据的权利，出于对宪法的尊重与谨慎，不可轻易废除；三则于教授把信访的权利放至于人大之中，在法理和西方的民主理念之中是完全符合的，但是基于中国目前的国情，如果不对信访或人大进行改革的话，人大恐怕也难以应付信访潮。

（二）“强其筋骨”——强化信访部门的职能

持这类观点的除了信访部门和基层民众外，在学界主要有杜钢建教授和康晓光教授，杜钢建教授认为现行信访部门和其他部门一样，只是政府之下的一个普通机构。很多人并未意识到，信访机构实际上并不是代表本部门而是在代表一级政府行使权力。“它级别不高，又没有实权，面对问题没有处理性和强制性手段，怎么可能解决什么问题呢？”因此必须要强化信访在政府序列中的地位，信访部门的领导应该是政府的主要领导才行。康晓光教授认为信访部门的功能无非两个：信息反馈和解决问题。“如果不是为了解决问题，谁愿意劳民伤财甚至倾家荡产地来北京。但如果信访部门没有足够的权力解决问题，那就是形同虚设。”因此，作为强化信访的支持者，他提议赋予信访部门更多如调查、督办甚至弹劾、提议罢免等权力。[86]

---

[85] 参见于建嵘：《信访的制度性缺失及其政治后果》，载《凤凰周刊》2004 年第 32 期。
[86] 参见赵凌：《信访改革引发争议》，载《南方周末》2004 年 11 月 18 日。

赞同强化信访部门职能的专家、学者主要基于中国的具体国情提出来的，它有利于改变信访部门权责不一致，只充当“传声筒”的局面，有利于真正解决群众的困难。但笔者认为，信访救济与司法救济是不同的甚至在某些方面存在着矛盾与抵触的两种救济途径，如果进一步强化信访的权力，那势必会进一步削弱司法机关的权力，从而导致司法机关的权威下降，这与法治国家的要求相违背。另一方面在于，如果过度强化信访机关的权力，虽然从量上来说有利于解决信访案件，从而减少信访的数量。但是信访的示范效应会造成更多的公民选择信访，从而在实际上造成信访数量的进一步增加。另外，据笔者在实践的经验来看，信访部门的权力不足是表面的不足，实际上信访部门的能力是超乎我们想象的。[87]

（三）“还其本真”——将信访机构还原成一个下情上达的机构

目前持有这一观点的学者主要有周永坤教授、孙大雄教授等。周永坤教授认为目前强化信访制度是一个建立在错误的理论之上的错误的制度选择。唯一正确的选择是强化法院的功能。将信访机构还原为一个下情上达的信息传递机构。[88]而孙大雄教授则认为信访制度在设立之初有三大功能：即政治参与功能、权力监督功能和权利救济功能。但目前信访制度面临的主要问题是功能的扭曲。因此他主张信访功能应该具有两个回归，一是回归宪法即在宪法中找到与信访制度相对应的制度，将信访制度纳入法治轨道；二是回归信访制度原有的功能；具体做法：一是扩大信访制度的政治参与功能；二是巩固和扩大信访制度监督功能的实效范围；三是分流信访制度的权利救济功能。[89]

由上可知，主张信访制度应该还原的学者的核心观点为剥离信访制度的权利救济功能，而将其作为一种民意上传的制度。但笔者认为此种想法有违中国目前的实际情况。首先，从法治国家建设的角度讲法院应该是社会争议的最终解决地，但是中国目前法院的权威和能力不足以将所有的问题解决在法院；其次，信访制度作为一种权利的救济方式在解决地方关系的束缚，维护社会的公平正义方面确实有其有利的作用，正如一位农民对信访改革讲述的观点一样：在没有新鞋子之前，不要把旧鞋子丢掉。[90]最后，信访的政治参与功能、权力监督功能和权利救济功能三者是相互联系，紧密相关的，任何一种功能的丧失都会影响其它功能的实现。

（四）“取其精华”——对信访制度进行改造

持此种观点的有应星教授和章志远教授。应星教授认为信访既是法治的敌人也是法治的朋友。说信访是法治的敌人，是因为信访救济在追求实体正义时罔顾法治的要害所在——程序正义；它摆脱了法律的规范，却又不能克服诉讼的拖延之弊；它把救济的希望寄托在诸多偶然因素尤其是首长的指示上，强化了长官意志，扬人治抑法治，甚至可能造成干预司法的恶果；它在使行政相对人的权利得到部分救济的同时，又再生产出使其权利遭到压制或侵害的制度的合法性。它同时又是法治的朋友，是因为信访救济对于偏于程序正义疏于实体正义的法律救济来说是一种

[87]笔者曾经与一位长期在江苏镇江从事基层工作经验的长辈交谈时，其对笔者说的。在实际中，由于各级党委、政府的重视，信访的文件具有较高的执行力。
[88]参见周永坤：《信访潮与中国纠纷解决机制的路径选择》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2006 年第 1 期。
[89]参见孙大雄：《信访制度功能的扭曲与理性回归》，载《法商研究》2011 年第 4 期。
[90]参见赵凌：《信访改革引发争议》，载《南方周末》2004 年 11 月 18 日。

ADR(代替性纠纷解决方式)式的互补手段，对于畏惧诉讼之程序繁复、成本高昂的行政相对人来说是一种可以“接近正义”(Accesst Justice) 的便利通道，对于某些在当地投告无门、胜诉无望、执行无路的疑难案件来说是一个可能的出路，对于困于司法不公和司法腐败的社会是一个必要的安全阀和矫正机制。因此，在信访救济未来的制度创新中，应该发挥信访救济的独特优势；集中矫正其不讲程序、缺乏规范、充满恣意的根本弊端，将信访救济规范和改造为行政诉讼救济与行政复议救济的过滤机制、补充机制和疑难处理机制。[91]

章志远教授在应星教授的基础上进行了进一步的阐述。他认为应当充分发挥行政复议制度在行政纠纷解决中的主渠道功效。同时，进一步优化行政审判的外在环境，彰显行政诉讼在行政纠纷解决中的次渠道作用。除此之外，在社会矛盾“大调解”格局的塑造过程中，应当激活行政调解的分流功能，真正使大量的行政纠纷能够在行政程序中获得先行解决。只有当某些特殊的纠纷不能通过国家正式的行政纠纷解决渠道得到化解时，信访才有可能被运用。[92]

应星教授和章志远教授的主张既有利于解决当前信访潮的困境，同时又能发挥信访的作用是一个非常有效的方法。但是笔者认为这其中存在着几个问题。首先在于行政复议、行政诉讼、行政调解和信访的效力关系如何界定。如果信访和行政复议、行政诉讼、行政调解的效力是等同的，那行政复议、行政诉讼解决不了的事情将失去其最后的权利救济手段。矛盾不解决，当积累到一定程度时将会引起社会的动荡。如果说信访的效力高于其它三者的话，那也会产生两个问题。首先是理论上，行政诉讼是司法手段，而信访结果只是政府机关的裁判，政府的裁决高于司法，这样不仅在法理上无法成立，与中国现有的政治体制也存在矛盾。

四、中国信访制度的重构

回归到中国目前的现实情况，信访制度的改革势在必行。[93]但是应该如何改或者说是按哪种方式改革，这有待于进一步研究。笔者认为信访制度的改革必须综合考虑政治、经济、社会和中国的实际情况等一系列情况。首先，笔者认为基于中国数千年来的传统和新中国建立以后的信访历史，以及中国当前的实际情况，废除信访制度是万万不可的，理由正如上文所说的一样，当“没有新鞋子穿的时候，不可把旧鞋子扔掉”，从比较法的角度来说，在西方发达的法治社会中也存在着类似于信访的制度存在。[94]因此，信访并不是完全不能与法治社会相兼容。其次，对于模仿西方国家，强化信访机关的权力，笔者也不敢苟同，第一点原因在于中国的历史传统与西方的传统不完全一致，信访是一种植根于中国传统民众心灵的权利救济方式，加之中国目前司法的权威没有完全树立。如果将信访机关变成另外一个“小国务院”，将完全与中国法治改革的方向背道而驰，最终“小国务院”也定难堪重负。再次，将信访制度还原成其本来的功能，即作为一个“下情上达”的机构的观点，笔者也不敢赞同。因为在目前的情况下，信访对于抑制腐败，维护正义

[91]参见应星：《作为特殊行政救济的信访救济》，载《法学研究》2004 年第 3 期。
[92]参见章志远：《信访潮与中国多元化行政纠纷解决机制的重构》，载《法治研究》2012 年第 9 期。
[93]张宗林教授在 2014 年 4 月 19 号中南财经政法学院召开的“信访立法”座谈会中表明的观点：http://www.lawinnovation.com/html/xjdt/11727.shtml，最后访问之间 2014 年 4 月 28 日。
[94]境外与我国信访制度类似的有以下几种：一是瑞典和英国等国家的议会行政监察专员制度；二是法国总统府通信局和共和国协调员制度；三是加拿大的公共保护人制度；四是德国的行政申诉制度；五是澳大利亚的行政裁判所制度；六是日本的行政相谈和苦情制度；七是韩国的民愿委员会；八是中国香港的申诉专员制度；九是中国台湾地区的陈情制度。参见赵威：《信访学》，辽宁大学出版社 2010 年版，第 200 页。

方面还是有一定的积极作用的，如果盲目的将信访的救济功能剥除，而司法机关又难堪重用，将最终导致公民权利的受损。最后，将信访制度进行改革，作为一种权利救济的方法，放入法治化的观点，笔者在一定程度上表示赞同，但应该进行一定程度上的改进。

首先，笔者认为应该将信访作为一种纠纷解决方式和一种权利救济方式。这一方面是基于中国的信访传统，采用信访是对人民、对历史文化的尊重。另一方面，在于中国权利救济的渠道本来有限，司法的权威并未完全树立，如果在这情况下贸然废除将会导致社会矛盾无处解决，造成社会混乱，公民权利得不到保障。

其次，笔者认为应该将信访列为其他救济的补充手段。即将信访作为一种在复议、诉讼等的一种补充救济手段。当诉讼、信访无法解决现实中遇到的困难时才使用信访。从“以法治国”的角度来说，是要将一切权力置于法律之下。信访的存在在某种程度上带有人治的色彩，如果将信访优于其它救济手段使用，会导致整个法治大厦的崩塌。另外，中国目前的信访困境和信访洪流也警示我们切不可将信访优先使用。只能在某些问题是法律所无法解决的时候才采用信访手段，不到万不得已，不得使用。最近新出台的限制越级上访的《办法》，也表明政府解决信访洪流，回归法治的决心。

再次，关于信访的效力。笔者认为应该赋予信访机关高于其它救济手段的效力。理由在于信访的作用是为了解决其它救济手段所无法解决的事情，如果不赋予其巨大的权力，那其作用的发挥必将受到限制或者导致“事实上的死亡”。

最后，但又必须要讨论的一个问题是，受理信访的权限应授予哪个机关。在中国目前的体制中，有能力解决社会纠纷的有司法机关、行政机关和人民代表大会。那受理信访的权限是赋予司法机关、行政机关还是人民代表大会呢？

受理信访的权限不得赋予司法机关。从横向来说，根据上述的权力划分体系可知，司法机关已经拥有行政诉讼的权力。如果再将受理信访的权限赋予司法机关，那将难以保证信访权力的独立，也有违现代法治国家的分权原理。从纵向来说，将受理信访的权限赋予司法机关，让上级司法机关对下级司法机关行使信访监督权力，这更加不可。首先，中国宪法规定法院独立行使审判权，如果让上级法院对下级法院行使信访权力那将会破坏法院独立行使审判权的原则；其次，中国的审级体制是二审终审制，将受理信访的权限赋予上级法院让其有权利改变下级法院的判决，是法院自己对自己的一种破坏。另外，检察院也不得行使受理信访的权限。这是因为检察院的工作量本来就非常大，强加信访的职责会破坏其原有职能的行使；另外，检察院对行政案件具有抗诉权，如果将信访权这种高于审判的权力赋予它，将会导致它的“抗诉变胜诉”，违反中国的司法体制。

受理信访的权限不能赋予行政机关。行政机关在权力体系中已经拥有了行政复议和行政调解的权力，如果再赋予其受理信访的权力，会造成行政机关权力的泛滥，与现代国家治理在公共行政领域中的有限政府形态相违背，[95]不利于法治政府的建设。另一方面，政府本身的任务比较繁重，将信访的受理赋予行政机关会导致其因任务重而无法妥善履行好它的职责。现代信访潮下政府开始有目的的减少信访数量就是证明。

[95]参见邱春新、邱新友：《冲突和合作：中国信访与有限政府的关系研究》，载《领导科学》2013 年 2 月中。

受理信访的权限应该赋予给人大。首先，信访是一种高于行政机关的行政复议和行政调解等行政纠纷解决方式，也高于司法机关的诉讼权力。可以说它在纠纷解决中属于一种至高的权力。至高的权力需要有一种至高的身份与其相对应。在中国，人民代表大会是国家的权力机关，一切权力属于人民。行政机关、司法机关由它产生，对它负责，受它监督。因此，人民代表大会拥有受理信访的权限与它尊贵的地位相适应。其次，人民代表大会代表负有密切联系群众的职责，作为代表，其能经常与人民群众保持联系，能够及时的将问题向上反映。在人大进行立法或决策时，将群众的意见带到立法机关、决策机关中去，有利于从立法、决策层面解决问题。再次，人大有足够的精力来应对信访。中国目前的人民代表大会被嘲笑为 “养老院”，这正是因为它本身没有履行或履行好自己职责，而且平时人大的任务相对于行政、司法机关来说较少。因此，它有足够的精力来解决信访问题，从而切实履行好人大职责。最后，将受理信访的权限赋予人大，是完善中国人民代表大会制度的应有之义。一方面，信访的功能中，有一项非常重要的功能是监督功能。而人大具有政治监督功能，将信访与人大的监督功能合并行使，正是人民切实行使自己当家作主的权力的体现。另一方面，中国人大制度长期以来没有发挥出其应有的作用，一个很重要的原因在于它没有实际的权力。信访是一项关系到社会稳定的大事，不管哪级机构对其都十分重视，当人大有权受理信访时，为完成如此艰巨的任务，它自然而然会获得一些保障。实际上，其在为人民服务的过程中获得权力，提高了自身的地位。只有人民认为人大是替他们办事，为他们服务的机构时，人大才能够获得群众的拥护，人民代表大会制度才能发挥其应有的作用。

信访制度的改革不仅应重视信访自身的改革，还应注重其它相配套制度的改革。中国目前信访数量高，但是行政诉讼和行政复议的案件长期以来数量较低。这不仅是因为公民习惯信访，也在于中国行政复议和行政诉讼的门槛较高，较多的案件被阻挡在行政复议和行政诉讼的门外。[96]使得许多想通过行政复议、行政诉讼方式解决纠纷的公民无力通过这两种方式来维护自己的合法权利，如杨一民诉成都市政府其他行政纠纷案。因此，降低行政诉讼和行政复议的门槛，让更多的诉讼能通过行政诉讼和行政复议解决，是减轻上访压力的应有之策。

结语

从根本上来说，一劳永逸的解决信访潮的方法是实行政治体制改革，但是在目前的中国，这种办法还只能是一种设想，将其付诸实践存在较多的困难。十八届三中全会，对中国信访制度提出的改革是古老的信访制度发挥作用的一个新的契机。对信访制度进行改革应该符合中国的核心建制——人大制度。将作为社会最后一道纠纷解决方案的信访放入到人民代表大会之中，让人民的代表忠实的履行其代表的义务，是中国信访发展的趋势和归宿。降低行政诉讼和行政复议的门槛是减轻信访的有效方法。从纯粹的法治的发展需要来看，司法的裁决应是终局的，但为了公民的利益，允许信访的存在也是应该的，这不得不说是一个悖论。这或许是印证了苏力的一段名言吧。我们必须认识到法律和作为我们今天所追求之理想的法治（rule of law）或制度化的法律不是、也不可能是完美无缺的，它不能完全跟踪或满足我们的道德直觉。但也许正因为它的无情，它才成为一种制度；它的用途也许正是它的短处，它的优点也许就是它的弱点。现代的、作为制度化的法律或法治，它只是也只能对社会权利作一种大致公正的配置，它不可能保证一切损害都得到绝对公正的赔偿，它所能实现的只是制度的公正，而不是、也从来不可能是“无讼”或绝对的在每个案件中令各方都满意的那种公正。[97]

---

[96]参见姜明安：《信访制度及其解决争议的机制应该创新》，载《法制日报》2004 年 2 月 12 日。
[97]苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 199 页。

法治视野下的陪审制度完善

——以中西方法律文化差异为切入点

陈俊生*

摘　要：当代中国法治状况堪忧，中国陪审制度存在着司法权力缺乏制约等诸多问题。从法律文化层面分析中西方陪审制度的差异，有利于发现中国陪审制度问题的根源所在。陪审制度的目的应当是限制过度的司法权力而不是司法借力；当前中国陪审制度政治色彩浓厚，独立性缺乏；中国陪审制度应当向大众陪审、陪审制的方向转变；中国公民参与陪审的积极性不足。

关键词：陪审制度　法治　法律文化　权力制约

一、引言

当下，转型期的中国社会结构呈现出巨大的压力，一片和谐的外表下实则暗流汹涌。在市场经济体制还未完善的大环境下，畸形的政治体制所导致的畸形的分配体制使得贫富差距拉大，社会矛盾尖锐。国家一直倡导的法治中国的口号，并未取得实质性的进展。法治中国的构想一直停留在“依法治国”的层面，即国家为主体，依照法律管理公民，强调公民受法律的规制，而政府等公权力机关本身是否受法律的约束则并不是重点。“（法治）它是排斥专断性的国家权力统治（人治），并通过法来拘束权力，从而维护国民的权利与自由为目的的原理”。[98] 法治的本质是通过对国家权力的限制达到对公民权利的保护，把权力关进制度的笼子里。缺乏对国家权力的约束，这样的法治实际上与人治没有区别。同时，中国司法体系的政治色彩过重、司法缺乏独立性、民众对于法治建设缺乏积极性等问题也是法治中国建设中的阻碍。实际上，这些问题在具体法律制度上都有所体现。针对这样的情况，本文将着眼于陪审制度——这一重要的司法制度上，希望可以对法治中国这一理想的实现有所裨益。

陪审制度作为一项重要的司法制度，被认为是保障公民基本权利的有力武器，正是当今的中国所亟待完善的。如今的陪审制度，存在着诸多问题，人民陪审员“陪而不审，审而不议，议而不判”。许多学者针对陪审制度的现状提出了一些完善的措施，但是这些措施大多停留在制度层面的分析，对于问题产生的根源的揭示并不深刻。而法律文化是根植于一个国家和民族法律制度发展的脉络，是指“在一定的社会物质生活条件下，人类在法律实践过程中所创造的精神财富及其法律制度、法律规范、法律机构和法律设施的总和，同时也是一个国家或一个民族对法律生活所持有的思想观念、感情模式和行为模式的总和。”[99]本文试图循着法律文化这根脉络，以中西方法律文化差异为切入点来分析当代中国陪审制度问题根源之所在，并借鉴西方的一些经验，对中

---

* 陈俊生：2012 级法学专业本科生。

98 [日]芦部信喜：《宪法》，林来梵译,北京大学出版社 2007 年版，第 12 页。

99 朱振辉:《从传统法律文化到法治现代化的路径选择》，载《理论建设》，2012 年第 5 期

国陪审制度的完善提出一些建议。

二、陪审制度简介

陪审制度可回溯至古希腊时期，当时的雅典执政官梭伦建立公民陪审法庭，成为限制法官恣意裁判的重要力量。（由于早期的陪审制度是人民直接行使司法权，也产生了“群众暴力”的现象，苏格拉底便是被这样的陪审法庭处死的。[100]）相对成熟的陪审制度起源于英国，在英国资产革命成功之后，被确认为一项基本的审判原则，和辩护制度、回避制度、律师制度一起成为西方司法制度的基本组成部分。[101]随着英国的殖民扩张，陪审制度在不同大陆、多个国家生根发芽，得到了传播和发展。陪审制度在我国首次出现，始于清末法律大臣沈家本、伍廷芳起草的《大清刑事民事诉讼法》，但并未得到真正的实施。其后，从中共在陕甘宁边区实施的与“群众路线”紧密相连的陪审制度，到新中国成立后曾用宪法文本正式规定又几经废止的人民陪审员制，该制度可谓几度兴衰。[102]目前中国陪审制度的规定主要是在 1983 年修改的《人民法院组织法》。该法规定“人民法院审判第一审案件，由审判员组成合议庭或者由审判员和人民陪审员组成合议庭进行。”陪审制度事实上成为一种可供选择的、可有可无的审判机制。

具体的制度设计方面（以英美国家陪审制度为例），陪审团在进行事实认定和法律适用时，必须根据法官提示的法律来进行。但在原则上，陪审团的裁决只表明结论，并不需要说明导致该结论的理由，因此事实上陪审团仍然可能做出无视法律规定的裁决。这种现象被称为“陪审团对法律的无视”。其中比较典型的情况是，尽管有充分的证据证明被告有罪，但当陪审团集体认为处罚该种行为的法律本身违反了自然正义时，可能会出现无罪裁决。[103]例如，约翰·彼得·曾格案件、在禁酒法时代因违反饮酒限制法规而被起诉但被裁决无罪的众多案例等。当陪审团作出有罪裁决时，法官将进行量刑，并下达判决书。

原则上，由陪审团判断有罪或无罪，有罪的情况下由法官进行量刑。但是在美国部分州，尤其是死刑案件中，陪审团可以就适用死刑的正当性及刑期等发表意见，因此有时陪审员的判断会对量刑起到重大甚至决定性的影响。陪审制度在很大程度上缓和了法律的严苛性，实现了对个人权利的保护。陪审制度在一些法律与道德两难的案件中发挥了重要的作用，很好地实现了个案正义与程序正义的双赢。

三、陪审制度的目的

一个法律制度必然有其法律目的，制度的制定者最初的目的对于该制度的发展的影响是根本性的。提到中西方陪审制度的差异不能不从两者的目的差异开始论述。

---

100 参见周永坤: 《人民陪审员不宜精英化》.载《法学》, 2005 年第十期

101 关于陪审制度最初的起源众说纷纭，一说起源于古日耳曼，一说是英格兰，一说是法兰克王国。但是相对成熟的陪审制度起源于英格兰，这种说法应当是妥当的。参见贺卫方:《英国陪审制度简介》

102 参见唐东楚:《我国陪审制度的历史及其改革_兼论中外陪审之“陪”的语义差别》，载《中南大学学报(社会科学版)》, 2012 年 4 月, 第 18 卷第 2 期

103 陪审团对法律的无视是有限制的，英美国家有着相应的程序设置防止陪审团随意无视法律而对法律的权威性造成破坏。联邦控诉法院的判决也曾指出过“陪审团对法律的无视，违背了陪审员仅仅适用被解释说明的法律的宣誓”，在出现这一情况时，法官可以视情况而解除相关陪审员的职责。

（一）西方陪审制度的目的：限制权力

凯姆顿认为：“陪审团审判的确是我们自由宪政的基础，失之整个大厦将毁于一旦。”[104]英国陪审制度原是作为国王维护其统治的重要工具，后来却成为新兴的资产阶级和平民反对王权的武器。布莱克斯通将这一制度誉为“自由的伟大堡垒”，是人民的自由和国王的特权之间的“强有力的双重屏障”[105]。启蒙运动中资产阶级思想家诸如平等、自由、人权尤其是分权与制衡等观念在不断的发展中融入了陪审制度，成为其内涵的一部分。陪审制度的价值，简而言之，可以分为政治上的民主价值和司法上的公正价值两大部分。笔者认为，陪审制度的直接目的在于限制司法权力的过度行使，不论是民主价值或者公正价值，都只是陪审制度正确运行之后实现的价值，是陪审团司法权与法官司法权之间相互制约的结果。换言之，限制司法权力的过度行使是实现这两种价值的根本途径。

这里陪审制度的民主价值亦或是公正价值，即是西方传统法律思想中的“正义”。“法律的目的包括实现安全、获得最大多数人的最大限度的幸福，达到普遍的满足及一个人的意志与另一个人的自由的协调。这些目的的实现就是正义。”[106]可以说，对正义的追求是贯穿西方法学发展的红线。[107]而正义的实现必须要依靠法律，去限制那些对正义威胁最大的权力（特权）。“今天许多人都说法律乃是权力，而我们却总是认为法律是对权力的一种限制”，“法律绝不是权力，它只是把权力的行使加以组织和系统化起来，并使权力有效地维护和促进文明的一种东西”。[108]西方陪审制度发展的过程中，其制度的目的，从原本的为了维护国王的统治，到后来被资产阶级运用，为其自身利益服务，而底层民众被排除在外；再到后来的广泛适用，用以改善当事人的诉讼地位，保护其合法权利，使得法官过度的司法权得到了制约。

（二）中国陪审制度的目的：司法借力

我国古代《周礼·秋官·官刺》的“三刺”之法，即“讯万民，万民必皆以为可杀，然后施上服、下服之刑”，以及孟子的“国人杀之”，这些古老的记载都带有陪审制度的痕迹。[109]然而，当代中国陪审制度的目的与西方陪审制度有着本质上的区别。在中国，法官尤其是基层法官面临着巨大的工作压力，需要处理大量的案件和复杂的纠纷。由于中国陪审制度的适用与否很大程度上取决于法官，陪审制度便成为帮助法官迅速有效地处理一些相对简单的案件、分担工作压力的一种工具。陪审员在这种意义上成为了法院廉价的审判人力资源。而当法官认为陪审员的专业素质、认知水平不足以参与某些案件的审理中，或者认为其与自己的意见相左，会对案件的审理产生妨碍时，又拒绝陪审制度的适用，弃之如敝屣。司法借力，是中国法官对陪审制度普遍的期望，也是中国陪审制度的目的所在。

---

104 转引自：R.J.WALKER：《Commentaries On TheLaws Of England》，1843，下册，第 230 页
105 参见[英]，布莱克斯通：《Commentaries On TheLaws Of England》，1843，下册，第 280 页
106 沃克：《牛津法律大辞典》，第 518 页
107 参见张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社，第 347 页
108 [美]庞德：《通过法律的社会控制、法律的任务》，第 26 页
109 沈家本曾言：“考《周礼·秋官》司刺掌三刺之法，三刺曰：讯万民，万民必皆以为可杀，然后施上服下服之刑。此法与《孟子》国人杀之之旨隐相吻合，实为陪审员之权舆。”见《修律大臣奏呈刑事民事诉讼法折》，《东方杂志》第三年(1906)第九期。

（三）差异产生的原因——中国式实用主义的影响

中国古代的历史进程伴随着中央权力的不断集中强化，权力的制约意识在中国没有生长的土壤。同时，自古以来，中国人的内心深处就带有实用主义的烙印，“经世致用”的学说更多是对中国人这种实用主义的总结。儒家创始人孔子从实用主义的立场出发，一开始便对探求宇宙的本原这样的“无用”问题不感兴趣。在孔子看来，世界万物自然而然地存在着，运行着，“天何言哉？四时行焉，百物生焉，天何言哉？”[110]世界万物的存在作为既成事实，径直承认它就够了，没有必要深究它的本原。即使是讲求清净不争的道家老子，却也提出要用“无为”来达到“无不为”。在中国，儒家传统强调入世生活，不提倡人们考虑鬼神和来世等虚无的东西，因此这种思想熏陶下的中国人自然会倾向于实用主义。如果人活着只是为了现世回报的话，当然会更多地考虑自己每一个行动的利益，从而崇尚实用主义。“未知生，焉知死”[111]，“子不语怪力乱神”[112]，是何等现世的，实利的!在这种中国式实用主义影响下的中国人，遇事都会考虑其得失，从“利己”的角度出发，重眼前利益而忽视长远得失。同时，中国人习惯于把法看成是统治者手中的政治工具，是履行阶级压迫职能的专政手段。正是由于这种根深蒂固的潜在意识，实用主义总是压倒法治主义。

然而这里之所以说的是“中国式的实用主义”，是与西方实用主义相区别的。美国实用主义的先驱爱默生说：“一个事物是好的仅仅因为它是有用的。”[113]西方实用主义者强调将混杂着个人价值观念、个性特征的经验作为看待事物的标准， 把获得最终成效看做最高目标。卡多佐认为，司法过程意义的关键并不在司法本身，而在于通过司法满足社会需要达到最满意的社会效用和社会效果。在其《司法过程的性质》一书中，卡多佐将习惯、社会学、逻辑、历史统一起来视作法律的原则，这种四维合一的架构，其最终目的是实现社会福利的最大化。而在中国，司法中的角色诸如法官，更多的是为了自身的利益。在西方实用主义者看来，如果法官为了摆平某个案件，而忽略了严密的法律逻辑和法律程序，这是不能容忍的。[114]这种以社会治理为前提，以纠纷解决为目标的司法并非实用主义“人本司法”追求的体现。中国的实用主义与西方的实用主义有着本质的区别。在这种中国式实用主义的影响下，同时又由于对权力使用缺乏限制，中国陪审制度的目的变为司法借力也就不足为奇了。

四、陪审制度的中国特色

陪审制度作为一种由国外移植的法律制度，在生根发芽的过程中不可避免地受到了中国这片土地的影响。陪审制度的中国特色主要体现在：

（一）政治色彩浓厚——一种政治手段而非司法制度

说到陪审制度在中国的发展，有一个时期不得不提，那就是陕甘宁边区中共领导下的陪审制

110 《论语·阳货》
111 《论语·先进第十一》
112 《论语·述而》
113 MacQuade,Donald.Selected Writings of Emerson,the Modern Library ,1981
114 参见李逸斯：《卡多佐的实用主义司法哲学方法论——从司法过程的性质谈起》，载《企业导报》2012 年第 14 期

度时期。延安时期的陪审制度与英美法系国家的陪审制度有着相当大的区别，实际上是“一种结合政治上群众路线的‘参审制’，不时夹杂着群众公审、群众代表或旁听群众‘发言评审’等机制”。[115]基于当时国内斗争形势复杂，处理纠纷时聘请普通群众担任陪审员，便于依靠群众查清案件情况、核查证据，同时便于揭露反动阶级的本质，适应了当时肃反斗争的需要。人民陪审制度实际上是当时延安民主突出的一个体现。

延安时期的人民陪审制得到了当地基层民众广泛的支持，群众路线的指导思想是这一制度获得支持的主要原因。1932 年共产党解放区的法律文件《裁判部暂行组织及裁判条例》的第 15 条明确规定：“主审与陪审员在决定判决书时，以多数的意见为标准，倘若争执不决时，应当以主审的意见来决定判决书的内容，如陪审员之某一人有特别意见，而坚决保留自己的意见时，可以用信封封起送发上级裁判部去，作为上级裁判部对该案件的参考。”然而，实际上当时陪审制度受到民众欢迎的重要原因是：在延安整风运动、肃反运动波及范围愈广，残酷程度愈烈的情况下，陪审制度在某种程度上使一些底层的群众免受牵连。

事实上，在延安整风运动中，陪审制度所真正起到的作用是极其有限的。在这场残酷而血腥的权力斗争中[116]，人民陪审员所能做的，绝大多数时候都是贯彻上级的意见和党的意志，没有人敢和党对着干。并且由于缺乏对程序、当事人权利义务的相关规定，人民陪审员法律素养、认知水平的缺乏，这种过分强调政治功能的制度在激进的政治运动中，最后演变成为一种失去掌控的民众合法暴力。[117]

上述问题的根本肇因是：中国人民陪审制度自诞生起就具有的浓厚政治色彩。延安陪审制度因肃反的政治需要产生，在群众路线的指导下，得以作为一种司法审判制度确定下来，不可避免地带有浓厚的政治色彩。在以往的适用中更多的是作为一种标榜民主的政治手段而不是司法制度。这在政党政治发达的西方是难以想象的。这一点在从陪审制度的具体名称可以看出一丝端倪：在中国，陪审制度叫做人民陪审员制度，而在西方大多叫做公民陪审制。“公民”和“人民”，其中的差别一目了然。

建国之后，人民陪审制度依然没有解决上述问题。人民陪审制度在“五四宪法”中有着专门的规定，得以基本定型；也曾经得到空前的重视，成为一种原则上必须使用的司法制度。其后，人民陪审制度很快成为发动群众积极参与阶级斗争的一种有效工具。在 40 年代末、50 年代初的“土改”、“镇反”，及以后的“大跃进”和人民公社时期，人民陪审员参与审判活动是一种荣誉，实际作用及目的是为协助法官的审判工作。“陪审制度作为发动群众与犯罪作斗争的一种手段，已经名存实亡”。[118]在 1982 年的宪法中，甚至删去了有关陪审制度的描述，至今中国陪审制度仍面临着没有宪法依据的尴尬局面。这种中国特有的浓厚的政治色彩延续至今，当今中国司法领域的种种乱象也与之有着密不可分的关系。

当然，目前中国司法领域已经认识到人民陪审制度这种政治色彩的危害性，并开始反思，陪

115参见唐东楚：《我国陪审制度的历史及其改革_兼论中外陪审之“陪”的语义差别》，载《中南大学学报(社会科学版)》, 2012 年 4 月, 第 18 卷第 2 期

116 参见高华：《红太阳是怎样升起的：延安整风运动的来龙去脉》

117 仪喜峰、刘杨：《人民陪审缘何陪而不审—对我国陪审制度的思考》，载《九江学院学报(社会科学版)》，2013 年第一期

118 刘敏青：《论中国建立刑事陪审制度的可行性和必要性》

审制度逐渐由一种政治手段向着司法制度转变。然而真正转变的实现，还要期待中国一党专政国情的改变。当务之急是要将陪审制度作为一项基本的审判制度写入宪法，并依宪制定中国人民陪审员法[119]。

（二）独立性的缺乏——司法不独立的体现

司法独立原则是国家权力运行的重要原则，是西方法律文化长期发展中形成的人类文明之花。司法独立滥觞于英国，政治家约翰·洛克在其《政府论》中首次提出分权原则，主张“将国家权力分为立法权、行政权和对外权，分别由不同机关行使”。[120]其后法国启蒙思想家孟德斯鸠将分权原则进行了进一步的阐释，提出了三权分立的学说和司法独立的主张。他强调司法权的独立地位，“司法权不同立法权和行政权相分立，自由也就不存在了；如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力”。[121]

普遍认为，司法独立这一原则包含两方面的内容，一方面是法院（司法权）独立，不受来自政府、议会等外来权力的干涉。另一方面是法官独立审判，只服从宪法和法律，对宪法和法律负责，其他任何权力不得干预法官的审判。日本国宪法(昭和宪法) 第 76 条规定： “一切司法权属于最高法院及按照法律规定设置的下级法院；所有法官依良心独立行使职权，只受本宪法及法律的约束”即蕴含了这两种旨趣。陪审制度作为重要的一项司法制度，陪审员作为“民众法官”，应当同样具有独立性，不受行政权力等外来权力的影响。这是司法独立原则的延伸，是这一原则细化下来的应有之义。

1．当前陪审制度独立性的现状

（1）缺乏独立的财政经费

在我国，人民陪审员是从社会各阶层中选出的代表，都有着各自的工作。他们参加陪审工作的误工费、交通费及补贴都是由法院进行发放。经济上的劣势使得人民陪审员在审判时实际上与法官处于一种不平等的地位之中。各级法院也努力将陪审团纳入其司法系统之中，但是这样显然达不到监督的目的。司法独立的原则要求法官的薪金和法院的经费能够得到保证，同样的，陪审员的薪金也需要财政经费的保障，否则，难以达到真正的司法公正。

（2）缺乏对陪审员人身安全保护的规定

对陪审员的人身安全进行保护，同样是从司法独立原则中延伸出的要求，然而当前我国法律却缺乏相应的规定。法官在案件的审理过程中，任何组织、机关和个人不得妨碍法官的人身安全，对其进行威胁从而干扰审判。陪审员也同样需要这样的人身安全保障，并且在其履职过程中发表的言论，原则上应当不予追究。

2．提高陪审制度独立性的对策

针对这种独立性缺乏的情况，首先必须在法律上对陪审制度的经费做出明确规定，法院不得无故扣减、拖延陪审员的薪金，使得陪审员没有后顾之忧，切实行使法律赋予其的权利。其次应提供有效的安全保障机制对陪审员的人身安全和其他人身权利进行维护；陪审员所在单位组织有

119 参见韩大元：《论中国陪审制度的宪政基础》，中国宪政网
120 参见张宏生，《西方法律思想史》，北京大学出版社，1983 年版
121 [法]，孟德斯鸠：.《论法的精神》（上册）商务印书馆，1982 年版

义务保障被抽中的陪审员参与审判，对于恶意妨碍其参与审理的单位组织和个人应给予相应的法律制裁。

五、陪审制度的定位

一个制度的定位如同一个制度发展的框架，关系到其起到的实际作用。中西方陪审制度的定位不同，主要体现在以下两个方面：

（一）参审制还是陪审制

1．陪审制度的两种形态

陪审制度在世界上主要有两大主流的陪审制度形态，分别是英美法系国家的陪审制和大陆法系国家的参审制。两种制度的区别在于：在陪审制国家中，陪审员与职业法官相对独立，陪审员负责解决事实问题，即享有事实认定权利。而职业法官则负责解决法律问题，享有法律使用权。陪审员与职业法官互不干涉，相对独立。而在参审制国家中，参审员和职业法官并未有职责分工，两者共同解决事实和法律问题，同时具有认定事实和适用法律的权利。“在陪审制中，陪审员与职业法官相对对立，而在参审制，参审员与职业法官分享了部分权力”。[122]我国自清末引入陪审制度这一概念，由于同处于大陆法系，虽名义上是人民陪审员制，实质上是参审制。

2．两种形态的差异

在参审制中，参审员全程参与案件的事实认定和法律认定，这就对参审员的法律素质、学历等提出了较高的要求。现实中参审员来自社会各个阶层，学历水平参差不齐，要求他们对复杂的法律案件作出如何适用法律的裁断，未免太强人所难。并且在审判过程中，法官容易利用自身对案件的了解、专业的优势，将自己的观点、意见在潜移默化中传递给参审员，不能达到民主监督、限制法官过度的裁量权的根本目的。而英美法系的陪审制，陪审员只负责对事实问题进行认定。在详细了解案情，听取当庭双方的陈述之后，陪审团会退出法庭，在一个密闭的房间中进行商讨，排除外界一切的干扰。陪审团最终对案件的事实做出一致的认定（需要得到陪审团所有成员的同意）[123]，法官会在认定事实的基础上做出判决。陪审团做出的认定具有终局性，除非有明显证据表明陪审团的行为违反法定程序或者有其他违法行为，法院不得对其进行否认，体现了对公民民主意志的尊重。而参审制则由于法官主导审判，更多的是体现了国家的意志，并不能很好地实现对当事人权利的保护。[124]笔者认为，中国陪审制度的完善必须要改变以往“参审制”的定位，向着英美法系国家陪审制的方向转变。

3.三元重构理论之修改——一种对策

何家弘教授在《中华人民共和国陪审法(草案)》学者建议稿中，提出了三元重构的理论，指出我国人民陪审制度的改革应当建立人民陪审员、人民陪审团和专家陪审员“三元一体”的陪审

122 宋岩：《完善陪审员制度的路径探究——基于司法公信力的视角》，载《法制与社会》2011 年第 11 期

123认定往往需要全体一致方能有效，但目前在部分法域，特别多数表决（11 比 1 或 10 比 2 等）也被法律认可。当陪审员意见分歧较大，无法达成全体一致或特别多数表决的条件时，则构成陪审团僵持 （hung jury），这种情况下，许多法域都规定需要重新选任陪审团或重新进行整个审批程序。

124 笔者认为陪审制优于参审制的观点似乎有失偏颇，但是参审制在大陆法系国家普遍处于衰落的境地却是不争的事实。

制度。第一，完全仿照英美国家陪审团制而设计的人民陪审制度。在中级以上人民法院，针对重大、复杂的一审刑事案件或者社会争议极大的一审民事、刑事案件，设立人民陪审团制；第二，在基层人民法院，针对一般的刑、民和行政一审案件，保留现行的人民陪审员制（即参审制）；第三，移植大陆法系的专家或者团体代表参审制，通过法院提名人大任命某一领域、行业的专家、权威为专家陪审员，在各级法院涉及例如环境污染、知识产权、金融贸易等专业性强的案件时适用。[125]

三元重构的理论不失为我国陪审制度完善的创设性的提议，但在笔者看来，该理论还存在一些问题，倘若能略加修改，将是中国陪审制度的理想架构。一是仍然没有注意到参审制的不足，试图保留当前的参审制。笔者的建议是，要实现向真正陪审制的转变，不可能一蹴而就，必然有一段时间的过渡期和试验期。在这段时间内，可以按照三元重构的理论，先在中级以上人民法院，针对一些具有较大社会影响力的案件进行英美陪审制的试点。若民众反响良好，案件审理顺利，再由上而下进行推广，最终实现参审制向陪审制的转变。

二是何教授提议建立专家陪审员制度，将专家这一群体单独出来进行规定，纳入陪审员体系。笔者认为，专家陪审员制不仅不符合陪审员主体广泛性的要求，对陪审的民主性造成了损害，而且与原本的陪审制产生冲突，某些时候带来适用何种、能否同时适用的疑问。与其建立专家陪审团，不如改成专家顾问团，或者智囊团，并不属于陪审员序列，而直接纳入法院系统。具体做法是在涉及专门知识、专门技术的案件时，由专家顾问团给出对案中相关专门技术的界定，并给出详细理由，作为陪审团进行事实认定的根据。陪审团可以对专家顾问团做出的鉴定表示异议，并要求重新进行鉴定。专家顾问团对其做出的鉴定承担法律责任。

（二）专家陪审还是大众陪审

1．大众陪审——基于民主性和权力制约的考虑

关于中国陪审制度到底是专家陪审还是大众陪审更合适的争论由来已久。支持专家陪审的观点认为：正如前文所言，我国陪审员肩负着事实认定和法律认定的双重任务，如果不具有相当高的法律素质，只会被法官所压制，成为法官的附庸，最后成为摆设和陪衬，并造成司法效率的低下。《关于完善人民陪审员制度的决定》中要求：“公民担任人民陪审员，一般应具有大学专科以上文化程度。”而根据相关数据显示，截止到 2013 年底，大专以上文化程度的公民占我国全体公民人数不到十分之一，这样的规定在支持大众陪审的人看来，违反了陪审制度的民主性要求。英国 1974 年颁布的《陪审法》规定：凡在议会和地方选举中登记的选民，年龄 18 至 65 岁，从 13 岁起在英国连续居住 5 年以上，没有因犯罪被剥夺政治权利或者除因职限制不能参加陪审的人都可以出任陪审员。只在是否有前科、年龄、国籍、居住时间、认知能力等方面存在限制。而美国甚至有些州规定，法官、律师、医生、教师、消防队员、政府官员等社会精英、公务人员不得担任陪审员，为的是保证陪审员的民主性，能对法官产生制约。西方对公民出任陪审员的低门槛，与其长期的法治传统是分不开的。

“知屋漏者在宇下，知政失者在草野”，人民陪审员参与审判案件凭的是社会责任感和良知，

125 何家弘.:《中国的陪审制度向何处去: 以世界陪审制度的历史发展为背景》， 中国政法大学出版社第 2006: 版,第 334−352.页

以及朴素的生活经验、来自民众的普通情感和判断，注重从社会公众认知角度和伦理道德标准等方面对案件进行分析，与法官形成思维互补。“法律所要求与审判之人者，乃系一对于人的生活实况、复杂微妙的现实社会，曾亲加探究，即一知悉人情义理、能理解他人之烦恼与痛苦之人，亦即拥有素朴的庶民感情之人，如此始能了解何为公平与正义，并据而作出深具说服力之裁判；而且所谓素朴的庶民感情，殊与其曾否受专业之法律训练无关。”126 正因为如此，陪审员的这种“草根性”正是人民陪审制度对于促进司法公正的价值所在。过分强调人民陪审员的法律素养和教育背景，会使人民陪审员专家化，逐步异化为“编外法官”，弱化与法官思维的互补作用。[127]的确，人民陪审员需要具备一定的法律素养和学历水平，但是这种要求并不是要高到把大部分公民拦在陪审庭外，陪审员只需要具有对案件基本的认知能力和判断能力。正如前文所论述的，倘若实现从参审制到陪审制的转变，人民陪审员只需负责法律事实的认定，则对其的学历要求也就大大降低了。

2.中西方关于“大众陪审”、“专家陪审”观念差异的根本原因

中西方在陪审制度究竟是“大众陪审”好，还是“专家陪审”更优这个问题上观念的差异，究其根本原因，笔者认为可以归结为对“人”这一主体的认识不同。在西方，人是上帝创造的，《圣经》中，亚当和夏娃偷吃智慧之果，被上帝放逐出伊甸园，之后繁衍出人类。人从一开始就具有智慧，是能独立判断和选择的独立主体。这里的“智慧”其实就是西方自然法思想家所说的“理性”。人们不需要神灵或者是别人越俎代庖去替人们判断、选择，而是可以自己头脑清醒地去认识、理解这个世界的种种。“人是上帝赋予的各种各样的生命中唯一具有理性和思维的生命”[128]，让大众普遍参与到陪审制度之中，正是制度设计者基于对民众理性的信任，相信大众可以正确行使法律赋予其之权利。

而在中国古老的传说中，人是由女娲用泥巴捏成的，原本是一团一窍不通的黄泥，经圣人的点化才生出七窍，明了事理。几千年来，中国的封建统治者千方百计地以小恩小惠使得百姓变得温顺，失去自我思考、判断的能力，愚民政策使老百姓儿童化——“虚其心、实其腹、弱其志、强其骨”。人民是愚昧的群氓，是没有理性的，只能是被统治的对象。中国古代没有过独立自主自由的公民身份，个人从来是作为宗族的“零部件”而存在。即使是在今天，决策者、立法者心中对大众的定位仍然如此，自然不放心将陪审的权利向大众放开。

3.关于陪审员选任的建议

首先，陪审员的选任要求绝不能过高，笔者的建议是年满 22 周岁，初中以上学历，没有精神疾病并具有政治权利的中国公民均有资格出任陪审员。只要求其有普通人的判断能力和认知能力，不要求其拥有很高的法律专业素质。其次，选任方式上，应当从单位基层组织推荐，法院邀请和自荐报名相结合的选任方式，逐渐过渡到以自荐报名为基本选任方式，激发民众参与司法民主的积极性。报名机构以设在各地法院为宜，经形式审查后，形成人民陪审员候选人名单数据库。[129]再次，陪审员选任应当坚持随机选任和一案一选任的方式，在每个案件中随机抽取陪审员。选

126 王利明：《司法改革研究》，法律出版社 2000 年版，第 374 页
127 参见周永坤: 《人民陪审员不宜精英化》. 载《法学》, 2005 年第 10 期
128 [古罗马]西塞罗：《法律篇》，转引自张宏生主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社 1983 年版，第 58 页
129参见徐昕、冯磊：《迈向司法民主的人民陪审制》，载《学习与探索》2012 年第十期

定陪审团成员要经过当事人双方律师的询问和申请回避等程序。这样可以有效防止陪审专业户、“编外法官”的出现，保证陪审制度的大众陪审倾向。

六、公民参与陪审的积极性

陪审制度在中国遇到的一个尴尬问题就是，民众对于出任陪审员的积极性不足，一些地方只能从离退休干部中选任陪审员，甚至试着让人大代表“客串”这一角色。普通的广大民众没有参与到陪审制度之中，陪审制度所能代表的民意自然有待怀疑。而缺乏公民的积极参与，陪审制度的民主价值便无法体现。

实际上，中国民众参与陪审的积极性不高这个问题自清末“陪审”概念舶来之后就被提出。张之洞在《遵旨覆议新编刑事民事诉讼法折》中，对陪审制的反对，在当时国人的大众心理层面，颇具一定的代表性。他认为，陪审员制仿自英国，英国人重公德能自制，陪审员固然有益无害，但法国和德国的仿效，已经多有流弊。中国和日本一样，并不适合陪审员制，因为洁身自爱的绅士不愿来公堂，而愿意到堂陪审的人多为劣绅、讼棍。对于类似陪审团制的数名陪审员，张之洞反问：“假使彼此推诿，竟无一人应招，又将如何?且以一案之故，而知会至三十人之多，其为烦扰，亦太甚矣。”这样的现象延续至今，不得不让我们思考：是什么样的心态，根深蒂固在民众的心中，使得人们不愿任陪审员？一项法律制度的实施成效与这个国家的国民性有着密不可分的关系。比较中西方国民性的差异，我们也许可以找到问题的答案。

（一）“无讼”思想的影响

中国古代法律重刑轻民，民刑合一，强调维护社会秩序和封建统治。法律成为一种以“刑”为核心，以暴力、刑杀为标志的强制手段。“外儒内法”、“德主刑辅”的统治策略为历代王朝所采用。法的功能限于惩罚犯罪，在民众的眼中只可能具有单一的强暴色彩。古代的诉讼程序中，“笞讯”是必不可少的。即使是原告，也被认为是“好讼之徒”，是刁民，免不了一顿皮肉之苦。由于法的强暴色彩、以刑为核心，民众大多认为触犯法律的只有那些流氓、无赖、穷凶极恶的坏人。如果一户人家遇上官司纠纷，那么只能说明这户人家品性不行，是一件不光彩的事情，会被邻居非议和耻笑。

中国儒家主张“礼治”，试图从人心入手，强调教化的作用，使百姓知于情、明于礼，把外在的规范化为内在的习惯，使得法律成为无用之物，最终达到天下大治的局面。儒家思想长期作为中国的主导思想，在这种浸染下，“礼”某种程度上取代了“法”。一个讲道德、有良心、举止言行合乎“礼”的人，可以一辈子不与法院、法官打交道。正如明人王士晋在《宗祠条规》中所说：“太平百姓，完赋役，无讼事，便是天堂世界。”中国老百姓往往会以一辈子不与法律打交道而骄傲。这种观念，中国人称之为“无讼”。[130]（这种“无讼”的思想在长期的演变中偏离了孔子本意，应当被认为是一种异化[131]）

如此，出任陪审员在民众看来，并不是一件光荣的事情，既没什么油水可捞，反而容易给自

130 参见梁治平：《波斯人信札》——变革中的法观念(第二封信)
131 参见方潇：《孔子无讼思想的变异及其原因分析-兼论对我国当前司法调解的启示》，载《法商研究》，2013 年第一期

己带来麻烦。与“法”相涉可能打破自己原本平静安宁的生活。本着多一事不如少一事的原则，出现张之洞所说的“彼此推诿，无一人应招”的现象也就可以理解了。

张中秋教授在其《中西法律文化比较研究》中指出，中国传统法律文化的价值取向是“无讼”，而西方的价值取向则是所谓的“正义”。不同于中国传统的法律工具主义，法律在希腊人、日耳曼人、希伯莱人的心中都是至高的、被当做目的来看待，“法”与公平、理性、权利这些基本概念紧密相连。历史法学派代表萨维尼认为，在每个民族中，都逐渐形成了一些传统和习惯，并且这些传统和习惯逐渐转变为法律规则；研究这些传统和习惯就会发现，法律的真正内容是同人民关于公正和正义的看法相一致的。[132]在公民中，尤其是法官，对正义的追求内化成为一种法律的信仰。罗马法对司法官的职责是这样认定的“人们有理由称我们为法的司铎，因为我们是在培植正义，并传播善良和公正的知识，区分公正与不公正，区分合法与非法。”[133]法官是正义与非正义的裁判者，陪审员同样如此。这种“正义”的价值取向影响了西方公民的行为选择，使得他们勇于、善于、乐于参与到复杂的陪审工作中，因为在这一过程中，他们体会到了坚守正义带来的快乐与骄傲。

（二）权利意识的匮乏

西方的宗教教义提出“上帝面前人人平等”。文艺复兴时期，西方实现了由神性到人性的转变，从宗教中孕育的理念被发展成朴素的人权思想。之后启蒙运动时期，启蒙思想家们进一步完善了人权的理论，提出了“天赋人权”的学说。关于“权利”的起源另有一说是：权利是从西方的市民精神发展而来。作为西方文明源头的古希腊和古罗马，海外贸易和商品经济发达。在商品交易中，需要双方都拥有平等的身份，都是自由人；放之于国家，民众以自由平等的市民身份参与国家事务便称之为公民。权利的概念由此而来。[134]

从法的本位上来说，如果说西方是一种个人本位，那中国便是集团本位或者说是家族本位。[135]在中国，有关权利的概念受到传统亲伦精神的影响，到近代才出现。西周时期，中国开始形成一种家国一体的社会结构。个人与家族紧密相连，不是独立的个体而是家族的一部分。个人毫无私权可言，更谈不上实质性的个人诉求。群体与个人之间主体的混淆，使得中国国民的权利意识无法觉醒。长期的愚民政策养成了国人忍受、懦弱的性格。世界上也许没有一个国家的人民像中国的老百姓那样逆来顺受。中国的自然经济，自古的重农抑商政策使得人们只求自身生活安宁，对商品经济所倡导的民主、法制、自由、竞争等价值缺乏普遍的认同。当传统的义利观、仁义观受到西方极端个人主义的思想的影响时，从而对法律产生排斥感和厌恶感，更不能将法律有效的化为自己内心的价值尺度和行为准则，从而不能形成正确的权利意识。

当今中国国民对于出任陪审员缺乏兴趣，与权利意识的缺乏有很大关系。人们没能意识到出任陪审员是公民的一项权利。出任陪审员的权利应当属于广义的参与权的范畴，公民按照法律的规定参与到司法的审理之中。同时，对法律负责，公正认定、裁判，也是陪审员应当承担的义务。

---

132 参见[德]萨维尼：《论当代立法和法理学的使命》
133 黄风节译：《学说汇纂》，载《政法论坛》1990 年，第三期，第 76 页。
134 参见范忠信:《中西方法文化的暗合与差异》，中国政法大学出版社，第 204 页
135 参见张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社，第 36—72 页

（三）参与精神的缺失

陈独秀在《吾人最后之觉悟》和《亡国篇》等文中指出，中国人极为缺乏参与意识。陈独秀说：“吾国专制日久，惟官令是从。人民除纳税、诉讼外，与政府无交涉。”因此，人们对于国家事务，对于政治与自己切身利益的关系，毫无所知，“积成今日国家危殆之势，而一般商民，犹以为干预政治，非份内之事”，对于国家兴亡存废，“悉委诸政府及党人之手，自身取中立态度，若观对岸之火”。因而中国人无论当官还是为民，都“只知道有家，不知道有国”，对身家以外的事情普遍持旁观立场。他指出中国人缺乏参与精神的主要原因在于专制统治下，民众只关注自身生存和切身利益。更深层次的原因在于，封建王朝的政权是所谓的“家天下”，其中蕴含的民主性极少，百姓自顾都不暇，更没有时间管“国家大事”。而西方国家在经历资产阶级革命之后，通过社会契约的理论建立政权；“国民主权”的理论下，公民把国家事务看做与自身利益密切相关的事项积极地参与其中。另外，西方发达的商品经济也培养了公民这种积极参与的特质，不同于长期小农经济下中国国民的保守与自闭。

中国公民的参与权在宪法里有明确规定“中华人民共和国的一切权利属于人民”。现实中公民尽管相较以往有了很多参与国家事务的途径，但是这些途径很多都没有落到实处，陷入形式主义的尴尬境地。人民被代表，听证会变成听涨会，这些现实让中国的老百姓不愿去参与，也不敢去参与。

（四）提高公民参与陪审积极性的对策

当然，笔者在这里分析中西方国民性的差异，并不意味着中国的国民性都是对陪审制度起阻碍作用。国民性存在着复杂性和多面性，我们应当看到中国人顺从忍耐中隐含的坚韧与顽强，勤劳朴素等优良品质，以及法律文化渗透下的倡导和谐、中庸等特质。只要寻找到合适的契合点，是可以提高公民对陪审制度的积极性的。

首先，随着市场经济的进一步发展，人们自然而然会逐渐认识到经济规律中的公平、公正以及效率等法律价值, 感悟到权利和义务必然成为这些法律价值的本质内涵，从而积极地参与公民陪审之中。

其次，要加强对公民法情感的培养，促进公民社会的形成。所谓法情感，是指包含着法律信仰和法律意识的情感。耶林在其著作《为权利而斗争》中提出：“所谓法意识、法的信念是与民众毫不相干的学术抽象物——法的力量完全与恋爱的力量一样，在于感情之中。”权利意识是公民法情感的重要内容，要培养公民的法情感，就是要让公民明白权利是什么，自己有什么权利，该怎样去行使、维护自身的权利。在为自己的权利斗争的同时，也懂得尊重他人的权利。亚里士多德就曾经认为, 守法的精神不是自然形成的，而是靠长期的培养教育。这需要长期的普法活动和加大对教育事业的投入，提高国民的文化素质。

然而，以为仅靠强有力的国家施政去推行法律就可以自上而下地实现法治，这是一种误解。当今的中国，缺乏的不是国家的强制力量，而是国家对各个领域过多的控制导致了公民社会的积弱。美国学者罗伯特·达尔说：“如果说美国是因为有了宪法才保持民主，这对我来说是本末倒置。如果说因为这个社会基础上是民主的，宪法才保持下来，这听起来似乎不对，但实际上却正

确得多。”[136]这相当准确地解释了法治国家对公民社会的依赖关系。国家只有逐步减少对公民可以自治领域的垄断和限制，完善公民民主参与形式，“还政于民”，人民才可能养成独立平等自由的人格，投入到公民陪审等一系列民主参与活动中。“群龙无首，天下大吉。”[137]若天下人人如龙，每个人都是充分理性、权利意识觉醒的公民，并且国家减少对一些公民自治领域的限制，一种天下大治的局面是可以预期的。

七、结语

值得一提的是，笔者试图从中西方法律文化差异的角度来分析中国陪审制度存在的问题及其根源，但是并不代表着法律文化是影响中国陪审制度的唯一或者说首要因素。把所有问题的症结归于法律文化是不科学的，其中还有政治、经济制度等各方面的因素。然而，不可否认的是，法律文化渗透在陪审制度这一古老法律制度的深处。循着这一丝线索，有助于我们理清陪审制度存在的问题，发现症结所在，并对症下药。但是我们必须承认，中国陪审制度要真正实现司法公正与民主，面临的困难和阻力太多，这很大程度上源于政治制度改革的迟到。中国陪审制度面临的困难也是当前中国法治现状的写照。如何发掘和更新传统法律文化的现代价值，找寻传统法律文化与当代法治建设相契合的内容，实现从传统到中国法治现代化的合理跨越，这也是中国法治建设所必须面对的基本问题。

136 转引自顾昕：《以社会制约权力》，载《公共论丛》1995 年第一期，三联书店 1995 年版
137 参见《易经》乾卦第七爻：“用九，见群龙无首，吉。”

官员财产申报制度的域外经验及其对我国的启示

王梦瑶*

摘　要：官员财产申报制度是政治文明进程的重要组成部分，是国家民主政治的必然要求。其作为防治腐败发生的有效手段，目前已被 100 多个国家适用，并于 2003 年被载入《联合国反腐公约》，成为极具约束力的反腐机制，被誉为“阳光法案”。但遗憾的是，改革开放 30 年来，这项制度在我国却因为相关原因一直举步维艰。近年来，随着社会经济的不断发展，官员腐败行为越来越多，且呈现出腐败官员职务越来越高、涉案人员范围越来越广、涉案金额越来越大、作案手段越来越隐蔽、携巨款外逃等严重趋势。因此，将官员财产申报制度纳入立法迫在眉睫，这也是我国当代完善法治建设的必然要求。

关键词：官员财产申报制度　反腐倡廉　域外经验　启示

一、引言

近年来，随着我国经济的不断发展，腐败犯罪问题日益严重。据中央纪委监察部 2013 年度党风廉政建设和反腐败情况新闻发布会数据透析显示，在 2013 年，全国纪检监察机关立案 172532 件，结案 173186 件，处分 182038 人，党纪处分 150053 人，政纪处分 48900 人，受处分人员较之 2012 年增加 13.3%。[138][139]面对当前严峻的腐败形势，党的十八大再次强调反腐倡廉要坚持“标本兼治、综合治理、惩防并举、注重预防”的方针，明确指出在惩治腐败的同时，要更加注重预防和更加注重制度建设，提倡从源头上防治腐败。

各国司法实践已表明，最早起源于 240 多年前的瑞典的官员财产申报制度（又称家庭财产收入申报制度），正是这样一种兼顾反腐惩防的制度。作为防治腐败发生的有效手段，官员财产申报制度目前已被 100 多个国家适用，并于 2003 年被载入《联合国反腐公约》，成为极具约束力的反腐机制，被誉为“阳光法案”。然而改革开放 30 年来，这项制度在我国却因为相关原因一直举步维艰。仅由 1995 年出台的《关于党政机关县（处）级以上领导干部收入规定》和 2001 年出台的《关于省部级现职领导干部报告家庭财产的规定（试行）》这两部政策性文件支撑起我国当前官员财产申报制度框架。但其为政策性文件的性质决定了其自始无法具备法律那样的权威性及约束力，导致在实际反腐执行中并未发挥出应有的效用，且呈现出腐败官员职务越来越高、牵连人员范围越来越广、涉案金额越来越大、作案手段越来越隐蔽、携款外逃等新现象。基此之上，我们不禁思考，为何官员财产申报制度在欧美国家发展已趋于完善并成为终端反腐利器，而在我国发展如此之艰难？笔者认为，基于官员财产申报制度的域外经验，首先我国对构建官员财产申报制

---

* 王梦瑶：2012 级法学专业本科生。

138 “2013 年度党风廉政建设和反腐败情况数据解析”，来自人民网：http://fanfu.people.com.cn/n/2014/0110/c64

139 -24085465.html.最后访问时间：2014 年 4 月 25 日。

度的立法需求毋庸置疑，其次客观上我国也已具备较完善的法制基础，因而阻碍我国官员财产申报制度的首要根源在于官员主体的不配合。本文笔者将从官员财产申报制度的理论概述出发，在研究制度在世界大环境中的实践情况前提下，对我国官员财产申报制度的现状困境进行分析并提出对策。

二、官员财产申报制度的概念与法理基础

官员财产申报制度是政治文明进程的重要组成部分，是国家民主政治的必然要求。[140]但遗憾的是，改革开放 30 年来，这项制度在我国却因为相关原因一直举步维艰。“及时制定国家工作人员的财产申报制度，其实不是技术问题，观念才是真正的问题。”[141]任何一项制度的构建都需要有坚实的理论基石，因此要想顺利的推行官员财产申报制度，就要首先弄清楚官员财产申报制度的基本概念及其建立的理论依据。[142]

（一）概念

关于官员财产申报制度，迄今为止学界仍未界定一个统一明确的概念，我国学者们根据不同的研究视角相应提出自己的定义。王明高学者将财产申报的主体规定为全体公务员，认为“财产申报制度是以立法形式设定公务员的义务，强调如实申报个人财产、来源及各种投资活动，来抑制与消除各种现实的和潜在的利益冲突，防止政府官员滥用职权、贪污腐弊。”[143]丁品余、李洋学者侧重于从财产申报具有的功能角度，认为“财产申报制度是指规定国家公职人员在任职时、任职期间或者任职期满后，必须向有关部门申报自己及一定范围的家庭成员的财产及其变化状况的制度。凡公职人员享有的生活水平高于其任职收入的相应水平，而又无从解释其原因，一般要受到行政处分或者法律制裁。”胡隽学者认为“财产申报制度是指法定范围内的国家公务人员依照法定的期限和方式向有关机关如实申报其财产状况及变化情况，并接受有关机关监督检察的法律制度。”[144]姜兆军学者着重于家庭财产，认为“财产申报制度是规定某些公职人员在法定的时间内对个人拥有的财产的数量、来源、支配情况向特定的监督机关报告，以证明自己担任公职期间所有的经济收入合法的制度。”[145]然对其申报主体“某些公职人员”中的“某些”未做明确界定。

分析以上不同定义，笔者认为均有各自的不足和缺陷。主要归纳为以下几个方面：第一、申报主体：主体的范围不清。是国家全部公职人员还是国家部分公职人员？第二、申报内容不明：申报的财产是公职人员个人的所有财产还是将其配偶、子女及重要亲属均纳入其中的家庭的所有财产？第三、申报时限：公职人员仅在职时申报，还是离职后一定期限内继续申报？第四、申报资料的公示：财产申报的内容是否公开？是全部公开还是部分公开？

基于以上分析及借鉴学界前辈的众多定义，本文将我国官员财产申报制度作如下定义：所谓官员财产申报制度，是指官员在任职之初、任职期间或任职届满后按照法定程序向有关部门如实

---

[140] 竹立家：《国外官员财产申报制度的政治与法律基础探析》，载《领导科学》2010 年 6 月上期。
[141] 杨兴培：《建立国家工作人员财产申报制度》，载《政治与法律》2005 年第 5 期。
[142] 柴小梦：《我国官员财产申报制度建设研究》，云南大学 2012 届硕士学位论文。
[143] 王明高：《财产申报制度在美国》，载《党风和廉政》2003 年第 12 期。
[144] 胡隽：《公务员财产申报制度噬待立法完善》，载《检察日报》2008 年 4 月刊。
[145] 姜兆军：《公务人员家庭财产申报制度研究》，西南政法大学 2007 届硕士学位论文。

申报自己和家人的财产及其变化情况并向社会进行公开、接受有关监督机关和公众检查，若发现巨额不明财产而又不能合法解释其来源时，则需要承担相应的法律责任，是从源头上防止官员贪污贿赂、滥用职权的一种人事监察制度。

（二）法理基础

1.权力与权利关系

法律调整各种社会关系最普遍的形式就是权利与义务，而权力和权利的关系尤为重要。从整体、宏观的角度来看，法律调整社会生活主要通过权力和权利进行：私法上平等主体之间的关系通过权利和义务关系表现出来，公法上通过命令与服从，权力与权利来调节。

权力从本源来看，所有政府的权力是公民权利让渡而来，国家权力的合法性意味着为公民权利服务，就此而言，公民权利是政府权力的基础。我国宪法和法律赋予了官员拥有许多普通公民所没有权力和权利，如依法行使公共权力的权力、依法管理社会公共事务的权力，同时还拥有各种培训、晋升、补助、福利待遇等权利。然在此同时，为防止其权力滥用造成严重腐败，官员应受到严格的监督，将财产如实申报，这是现代权利义务平衡法治原则的要求，也是保护公民监督权利的必然。

2.隐私权和知情权的博弈

“财产申报制度涉及到对国家廉政政制的维护与对公务员隐私权进行限制的问题，事关重大。”[146]这说明了公民知情权和官员隐私权之间的冲突是官员财产申报制度遭遇申报主体抵触，难以顺利推行的主要原因。[147]

我国法律规定公民的隐私权平等地受到法律保护，但官员在作为公民的同时又具有一层政治身份，法律赋予其部分权力，理所应当地，官员的隐私权保护应该受到政治限制。我国是人民民主专政国家，政府是为人民服务的政府，其服务型性质决定了国家官员要对人民负责，有责任向公众报告他们的行为，不应以保护个人隐私为由而损害公民的知情权。“个人隐私和重要的公共利益——政治生活发生联系的时候，个人隐私就不是一般意义上的私事，而是属于政治的一部分，它不再受隐私权保护，它应成为历史记载和新闻报道不可回避的内容。”[148]因此，以公共利益优先为原则，合法适度限制官员隐私权，对官员财产申报制度建设过程中克服申报主体障碍具有重要意义。

三、官员财产申报制度的域外经验

官员贪污腐败自古存在，许多古籍中都有记载。在现在社会的今天，贪污行为并没有随着人类文明的进步而消失，仍然是困扰人们的一大问题，在可预见的将来，如何有效遏制贪污，建立清廉政治，已成为世界各国所面临的巨大挑战。[149]在反腐领域具有独特效用的官员财产申报制度，有效地规范了公共权力的使用，从源头上预防腐败，已被越来越多的国家认可和利用。研究学习

[146] 赵秉志：《完善我国公职人员财产申报制度》，载《政治与法律》1996 年第 2 期。
[147] 柴小梦：《我国官员财产申报制度建设研究》，云南大学 2012 届硕士学位论文。
[148] 马克思，恩格斯：《马克思恩格斯全集（第 18 卷）》，人民大学出版社 1964 年版，第 384 页。
[149] 刘明波：《中外财产申报制度述要》，中国方正出版社 2001 年版，第 49 页。

官员财产申报制度的域外经验，对如何完善我国的官员财产申报制度具有重要意义，对于其产生的具体历史背景以及发展现状等基本理论，我们均需了解。[150]

（一）起源

财产申报理念由来已久，早在我国三国时期，名相诸葛亮就曾主动上谏自报家财以证清廉，诸葛亮在《自表后主》中写道："臣初奉先帝，资仰于官，不自治生。今成都有桑八百株，薄田十五顷，子弟衣食，自有余饶。至于臣在外任，无别调度，随身衣食，悉仰于官，不别治生，以一长尺寸。"[151]他将家中不动产、家庭成员用度来源及出任公务的消费均明确上报皇帝。北魏时，皇帝拓跋嗣曾派人赴各州巡察，检查核对州长、县长的家庭财产，凡不是任职时从家里带出来的物品，一律当作赃物登记，这是官府用申报财产"反证廉洁"。[152]官员将自己家庭财产统计上报给统治者，这是我国最早的官员财产申报理念。然需强调的是，这只是我国官员财产申报理念上的历史起源而并非制度上的起源。

官员财产申报制度（Properties Declaration System）最早起源于瑞典。18 世纪初期，随着资本主义的不断发展，民主化浪潮渐入人心，瑞典普通公民对王室和贵族的腐朽奢侈生活日益不满，新兴市民阶层不断扩大，经过多年的抗争，1723 年瑞典的君主专制制度被废除。1765 年，市民阶层赢得执政权后为限制王室贵族的专制特权并且改变当时的官僚政治弊端而采取了一系列改革措施。其中最引人关注的便是要求贵族官员公布自身财产和纳税情况，并将这一情况公布于众，所有市民都拥有查看的权利，这便是当前各国财产申报官员财产申报制度最早的雏形。但不可避免的是，这一改革严重损害了当时王室和贵族的切身利益，阶级矛盾再度锐化。1772 年，瑞典爆发政变，君主专制制度也随之恢复。虽然瑞典实行的财产申报制度没有能在本国维持很长时间，但由于该制度在反腐领域发挥的卓越功效，因此得以冲破地理和国家的界限，为多国借鉴，延续至今。[153]

（二）域外官员财产申报制度的发展

官员财产申报制度发展至今已有两百多年的历史，在国外形成了一套较为完备的法律体系。其作为反腐终端利器已为 100 多个国家所适用。分析这些国家官员财产申报制度的实践历程及发展现状，有助于为我国官员财产申报制度的建设提供经验。

1.英国

英国是世界上第一个将官员财产申报制度进行立法的国家。十八至十九世纪，随着工业革命的进行，社会经济迅速发展，工人阶级取得选举权。贵族地主为维护本阶级利益给予社会贿赂，政党选举中腐败现象日益严重。为消除腐败和胁迫选民现象，阻止候选人用不正当的手段赢得选举，1883 年英国议会通过了世界首部关于财产申报的法律——《净化选举防止腐败法》。法律规定，参加竞选议员的候选人必须对其选举资金进行公示，禁止贿赂、款待、威胁以及冒名顶替等

[150] 李兆萍：《我国公职人员财产申报制度的问题及其对策分析》，苏州大学 2012 届硕士学位论文。
[151] 刘明波：《中外财产申报制度述要》，中国方正出版社 2001 年版，第 2 页。
[152] 刘明波：《中外财产申报制度述要》，中国方正出版社 2001 年版，第 2 页。
[153] 柴小梦：《我国官员财产申报制度建设研究》，云南大学 2012 届硕士学位论文。

不正当行为，违者处以罚金和监禁。如果官员个人财产与其正常收入之间存在差距，就必须作出解释和说明。如不能提供合法所得的证据，就会被认定为灰色收入，进而被治罪。[154]

英国官员分为议会会员和公务员两类。根据英国官员财产申报制度的规定，需要进行财产申报的只是议会议员，对其实行收入状况披露制度，不管是工资、奖金、津贴、补贴、福利和免费旅游等好处，还是从事咨询、写作、讲学等活动的所得以及协助进行经营活动的所得等，均需上报，否则就是违法的。而对公务员则不要求申报，只需其依法遵循雇佣合同即可。[155]值得一提的是，英国注重保护官员的隐私权。与其他国家相异的是其政府官员财产申报只限于官员本人，而对其配偶、子女及其他重要亲属无过多要求。

2.美国

美国财产申报制度的萌芽源于早期政党选举机制的不完善。20 世纪初期，随着资本主义经济的不断发展，政府经济职能日益强化，政府官员在经济问题上的影响力也越来越大。于是，一些公司企业、财团法人为了使政治候选人上台后能够为自己利益服务，转而向候选人进行大量的政治捐款，也就是一种提前的“金钱投资”。[156]为制止这种疯狂的腐败行为，1925 年美国政府出台《腐败行为法》（Corrupt Practice Act）规定：候选人对任何一笔超过 100 美元的捐款，都必须申报。[157]二战后，美国出现经济大危机，以“国家干预”为政策核心的凯恩斯主义盛行，官员对社会管制的权力相应增加，政府项目和公共开支暴涨滋生大量腐败现象。于是加强国家廉政制度和道德建设成为联邦政府关注的重中之重。1978 年美国政府制定并实施了《政府官员行为道德法》（The Ethics in Government），对政府官员的道德和行为提出了法律制约，规定了美国财产申报制度的基本框架。随着实践的不断深入发展，1989 年将其修订为《道德改革法》，至此，此部法律成为美国财产申报制度的蓝本。随后联邦政府道德署制定了一系列与之配套法规，美国最终形成了比较完善的官员财产申报制度。

依据《政府道德法》规定，财产申报在申报时限上分为任职财产申报、在职财产申报和离职财产申报。总统、副总统、国会议员、联邦法官以及立法、行政、司法三大机构的工作人员，分别在本系统内申报财产。凡宪法容许的和国会明确规定的事项都是财产申报的内容，包括：申报人财产及其所带来的收益以及各种服务性收入，买卖交易，馈赠和款待、各种补偿、好处及其他有价值的赠品，任何超过 1 万美元的债务，政府工作之外的兼职收入等。在申报材料的处理上，美国的财产申报分为公开申报和秘密申报。公开申报是指个人财产报告要向全社会公开，凡担任拥有重要决策权和指挥权的官员、高级科技人员、咨询顾问人员等，必须公开申报本人及其配偶和抚养子女的财产状况；秘密申报的材料不予公开，由各单位内部掌握，适用于中下级官员和雇员，一般公务员不申报财产。其申报材料真实性审核由政府道德署（Office of Government Ethics）和专职道德官（Designated Agency Ethics）负责，对违法申报行为处以罚款或监禁。[158]

---

154 魏雅华、谭丽：《官员申报财产，各国管得严》，载《廉政瞭望》2009 年第 3 期。
155 柴小梦：《我国官员财产申报制度建设研究》，云南大学 2012 届硕士学位论文。
156 郇天莹：《美国官员财产申报制度构建的路径分析及启示》，载《中国行政管理》2009 年第 2 期。
157 刘明波：《中外财产申报制度述要》，中国方正出版社 2001 年版，第 97 页。
158 郇天莹：《美国官员财产申报制度构建的路径分析及启示》，载《中国行政管理》2009 年第 2 期。

3.日本

日本内阁最早的资产申报公开始于 1984 年的中曾跟内阁，为监督首相、大臣是否有不当收入，内阁会议决定导入资产公开制度，使国会议员的资产状况接受国民的监督以健全民主政治。至 1992 年，日本政府又通过《为确立政治伦理的国会议员资产公开法》，规定所有国会议员均需将拥有所有权的或者拥有使用权的土地、房产、存款、有价证券、车船飞机及工艺品、高尔夫会员证、债权债务等诸多项目进行申报公开。2001 年，日本内阁会议通过了“大臣规定”，其中规定首相、政府大臣、政务官在就任和离任时，要公布包括配偶和子女在内所有家庭成员的资产状况。且其在职期间不能交易有价证券、不动产及高尔夫会员证，持有的股票要交由信托银行，且不能解约和变更股票。可以说，日本的资产公开制度已形成比较完善的体系。但是，日本的官员财产申报制度中并不要求官员公布拥有的现金状况，此点在实践中可能会出现官员私藏大量现金的不法行为，难以反映出真实的官员资产状况。

4.韩国

20 世纪六七十年代，韩国在实现经济高速发展的同时，也经历了一个腐败高发期。“419”革命爆发后，腐败独裁的李承晚政权寿终正寝，新政府成立后为推进反腐运动制定了一系列反腐败法规。1964 年 6 月韩国政府发表了《公务员财产登记实施方案》，然由于缺乏强有力的监督措施和自愿申报意识，申报结果也未公开，此方案只实施一次便夭折了。1981 年 12 月底国会又通过了《公职人员伦理法》，并于 1983 年 1 月 1 日正式生效，规定财产登记项目属非公开项目，总统令规定可以公开的除外。但实际到 1993 年为止，韩国财产登记一直维持了非公开原则。直至 1993 年 5 月，韩国国会通过《公职人员财产登记制度》，韩国的官员财产申报制度基本定型。[159]

韩国将国家公职人员共分为九级，一级为最高级。官员财产申报制度下，财产申报义务人员为四级以上公务员，并包括税务、警察及监察等一部分公职为五六级的公务员。同时规定，政务职和一级以上公务员和地方自治团体长及地方议会议员，也应将本人及其配偶、直系亲属的申报财产公布在官报上，公职候选人以及国会同意任命的人员也要将财产公开，其财产申报材料交由公务员道德委员会审核。而韩国官员财产申报制度最为显著的特点是与其配套的完善的金融实名制。通过完善的金融实名制，政府可以更准确地掌握公民个人财产状况，及时了解资金流转动态以有效地预防贪污腐败，使财产公示制度真正落到实处。

四、我国官员财产申报制度的试点与障碍

官员财产申报是一种终端反腐措施，许多国家已经建立了完备的制度。我国官员财产申报自上世纪 80 年代末开始探索，目前此项制度已逐渐从理论探讨层面深入到地区实践试点，然其因为相关原因几十年来一直难产，至今仍未纳入法律。因此，有必要将理论发展历程和具体实践试点相结合对我国官员财产申报实际发展现状进行了解，以更好的推动官员财产申报制度法制化进程。

（一）发展历程

学界的主流观点是将我国财产申报制度界定为三个阶段：第一阶段是 1987 年在明确提出要实行官员财产申报制度后，以 1995 年和 2001 年出台的相关政策法规为代表的第一阶段，构成了

[159] 孔凡河：《韩国官员财产申报制度的路径变迁及启示》，载《行政论坛》2010 年第 6 期。

我国官员财产申报制度的基本框架；第二阶段是2000年至2009年一系列政策性文件的出台；第三阶段是2008年至今，继新疆阿泰勒地区的“破冰”之举后，我国官员财产申报制度正式进入试点阶段。为清晰明了的反映我国官员财产申报相关立法进程，笔者将其以图表的形式表现（见下表）：

时间	文件	结果
1987年	《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》	通过；明确提出实行官员财产申报制度。
1988年	《国家行政工作人员报告财产和收入的规定草案》	通过；后因相关原因中止执行。
1994年	《财产申报法》	未通过；列入立法规划然未能实际进入立法程序。
1995年	《关于党政机关县（处）级以上领导干部收入申报的规定》	通过；我国第一个关于官员财产申报的正式规定。
1997年	《关于领导干部报告个人重大事项的规定》	通过；对95年《规定》的补充和完善。
2000年	《中央纪委第五次全体会议通报》	通过；决定在省部级现职领导干部中率先实行家庭财产报告制度。
2001年	《关于省部级现职领导干部报告家庭财产的规定（试行）》	通过；与95年《规定》共同构成我国官员财产申报制度基本框架。
2005年	《中华人民共和国公务员法》	通过；官员财产申报制度未能纳入。
2006年	《关于党员领导干部报告个人有关事项的规定》	通过；作为党内法规颁布实施，于2010年新规定出台后废止。
2007年	《政府信息公开条例》	通过；未将官员的财产等个人情况列为政府必须主动公开的信息。
2008年	《县（处）级领导干部财产申报规定（试行）》	通过；官员财产申报制度试点运行的第一部地方政策性文件。其后一系列试点地区地方政策性文件不赘述。

（二）地方试点

随着2008年新疆阿勒泰地区《县（处）级领导干部财产申报规定（试行）》的出台，我国官员财产申报制度正式进入实践试点阶段。其后各地为反腐倡廉纷纷仿效出台地方性规范文件对官员财产申报予以规定，如浙江慈溪的《慈溪市领导干部廉情公示暂行规定（试行）》、广东省的《省管干部考察对象报告个人有关事项试行办法》等。分析研究各地试点情况，有助于为我国官员财产申报制度的建设提供实践经验，实有必要。以下选取新疆阿勒泰地区、浙江慈溪市两个具有代表意义的地区进行分析。

1.新疆阿勒泰地区

2008年5月新疆阿勒泰地区纪律检查、监察局及预防办公室委员会联合出台《县（处）级领导干部财产申报规定（试行）》，成为我国官员财产申报制度第一次地方上的实践。《规定》将申报主体限定为县处级领导干部，申报范围为个人及其父母、配偶、子女的所有财产。申报受理由

地区纪检委党风廉政建设室负责，申报审查由预防腐败办公室负责。在财产申报公示方面，官员申报的财产要公开接受社会监督，与领导干部职权密切相关的收入都将通过阿勒泰廉政网及当地主流媒体及时全面公开，以接受社会有效监督。

此次申报中县处级干部申报率为98.97%，科级干部全部申报，未发生无故拒不申报现象。[160]为推动财产申报，减少主体抵制，阿勒泰地区创新的提出给申报主体一次改过自新的机会，“在2009 年1月1日首次申报前申报对象如有违法违纪所得，均可以无记名方式上缴地区纪检委“139”廉政账户），受理银行不得询问缴款人的任何情况。缴款人应将上缴凭证留存备查。”[161]据统计，在具体实行财产申报之前的2008年12月30日，共收到申报人员主动上缴的违纪所得赃款76万元人民币，截止2009年2月底，收到的款物近百万元。[162]但网上公示后发现，55名副县级干部中无一人填写“本人及其父母、配偶、子女接受本人行使职权有关系的单位和个人赠送的现金、礼金、有价证券、各类支付凭证、贵重礼品情况”：其中此栏空白者3人，明确填写“无”者52人；而“工资收入”和“各类奖金、津贴、补贴及福利费”两项则全部填写。[163][164]新疆阿勒泰是我国首次试行官员财产申报制度的地区，在试行过程中虽仍未避免申报材料不属实等情况，但其为日后构建官员财产申报制度提供了宝贵的实践经验，具有重要意义。

2.浙江省慈溪市

继新疆阿勒泰之后，浙江慈溪也开始了官员财产申报制度，2008年12月慈溪市纪委会同市委组织部制订出台《慈溪市领导干部廉情公示暂行规定（试行）》，规定慈溪市委管理的副局(镇) 级以上党政领导和国有(控股)企业主要负责人均要进行廉情公示。

慈溪市的官员财产申报在公示方面较于阿勒泰更为保守，只要求在单位政务公开栏进行为期3天的公示。然其之所以在众多试点地区中具有代表意义，在于其公示内容的广泛性。公示内容以年度为重点，主要包括：一是领导干部本人及家庭基本情况，主要包括8个方面：个人、配偶及子女基本情况；个人、配偶及未成年子女名下的房产情况；私家车拥有情况；配偶、子女出国（境）求学（定居）情况；子女与外国人、港澳台居民通婚情况；配偶、共同生活的子女在国（境）外经商办企业情况等。二是领导干部执行廉洁自律各项规定的情况，主要包括5个方面：有否在公务活动中借考察、培训、会议的名义进行公款旅游；有否按照规定执行出国（境）审批程序和手续，有否进行无实质内容的出国(境)考察活动；有否借婚丧嫁娶之机大操大办，收钱敛财;有否参与赌博或以敛财为目的的变相娱乐活动。三是领导干部遵守廉洁从政准则的情况，主要包括11 个方面：有否利用职务上的便利谋取私利；有否利用职权、职务影响为子女、配偶谋取私利；有否利用职权违反组织人事纪律，借选拔任用干部之机谋取私利；有否利用职权违反规定干预和插手建设工程招标投标等市场经济活动；有否利用职权违反规定公车私用、借用或占用下

[160] 颜玉华：《“阳光法案”反腐利剑正出鞘——官员财产公示制度透视》，载《江淮法治》2010 年第 4 期。
[161] 新疆阿勒泰地方政府：2008 年《县（处）级领导干部财产申报规定（试行）》第 21 条。
[162] “新疆阿勒泰廉政账号收到近百万元违纪款”，来自腾讯网：http://news.qq.com/a/20090309/001234.html.最后访问时间：2014 年 4 月 25 日。
[163] “阿勒泰官员财产申报首次网上公开，无人填"收礼"”，来自中国共产党新闻网：http://fanfu.people.com.cn/GB/
[164] .html.最后访问时间：2014 年 4 月 25 日。

属单位的车辆，由他人支付个人车辆养护费用等。[165]《规定》广泛的公示内容有效的防止了近年来产生的“裸官”外逃、赃款外移现象[166]，在官员财产申报立法建设中值得借鉴。

(三)现存障碍

根据上文对我国官员财产申报制度的法制建设发展历程及各地实践试点现状的研究，我们知道官员财产申报制度早已引进国内，然其为何几十年来一直难产？其具体原因如下：

1.申报主体不配合

（1）不实申报

目前官员财产申报制度在我国地方试行实践中存在一定的瞒报、假报现象，如新疆阿勒泰地区财产申报公示中无一人在“本人及其父母、配偶、子女接受本人行使职权有关系的单位和个人赠送的现金、礼金、有价证券、各类支付凭证、贵重礼品情况”项目里填写。[167][168]不实申报的原因主要有两方面：一方面是藏富心理。官员的藏富心理既有传统文化的影响，也有现实之忧。从传统文化上来看，“树大招风”、“枪打出头鸟”、“人怕出名猪怕壮”等古训均告诫人低调行事，防止财富暴露。[169]现实上，随着社会主义经济的不断发展，社会收入差距拉大，部分官员为避免一些私利纠纷不想将自己所有的财富公开而虚报财产；另一方面仍是防止自身不法行为暴露。官员担心申报公开的财产状况与自己实际收入所得不相符合或有较大差距而暴露了自己贪污腐败的不法行为，因此将违法所得的那部分财产隐藏转移，进行瞒报、假报的不实申报。

（二）不愿申报

据第十届全国人大代表王全杰的一项关于建设官员财产申报制度调查显示，有 97%的官员强烈反对官员财产申报制度；据 2000 年国家社科基金项目“新世纪惩治腐败对策研究”课题的调查，93%的调查对象认为，当前实行官员财产申报制度的阻力主要来自于官员领导阶层。[170]在地方试点中出现不实申报的原因归根结底也在于申报主体主观不愿申报，但又不能不申报，故有瞒报、假报的现象发生。因此，官员不愿申报的主观抵触是妨碍我国官员财产申报制度建设的首要原因。

官员不愿申报的主要原因源自于维护自身利益的需要，表现在：（1）维护隐私权的需要。隐私权是指自然人享有的私生活安宁与私人信息依法受到保护，不被他人非法侵犯、知悉、收集和利用的一种人格权。财产权作为隐私权的重要内容依法受到保护。官员们出于维护自身隐私权的心理而不愿申报公开自己的私人财产。（2）防止自身不法行为暴露。部分官员害怕实行官员财产申报制度后自己贪污腐败的不法行为暴露，为逃避法律的严格制裁而强烈反对申报制度建设。（3）对仇富的误解。仇富心理是我国当今社会存在的一种客观现象，其产生有着深刻的社会、经济、

---

165 “慈溪市实施领导干部廉情公开制度”，来自慈溪党建网：
http://dj.cixi.gov.cn/art/2008/12/23/art_4432_265321.
html.最后访问时间：2014 年 4 月 25 日。

166 柴小梦：《我国官员财产申报制度建设研究》，云南大学 2012 届硕士学位论文。

167 “阿勒泰官员财产申报首次网上公开，无人填"收礼"”，来自中国共产党新闻网：
http://fanfu.people.com.cn/GB/

168 .html.最后访问时间：2014 年 4 月 25 日。

169 王高贺、郭文亮：《当前我国推行官员财产申报制度的心理障碍及其治理》，载《理论与改革》2010 年第 5 期。

170 王高贺、郭文亮：《当前我国推行官员财产申报制度的心理障碍及其治理》，载《理论与改革》2010 年第 5 期。

历史文化背景。一些官员就此认为仇富是民众的普遍心理，[171]担心自己的财产公开后所积累的财富引起社会部分成员不满，引起社会秩序不稳、极端份子报复、给自己的生活工作带来不便等问题，故而反对推行官员财产申报制度。

2.官员财产申报相关法制体系欠缺

（1）现行制度法律位阶不够

我国当前官员财产申报制度框架是由 1955 年出台的《关于党政机关县（处）级以上领导干部收入规定》和 2001 年出台的《关于省部级现职领导干部报告家庭财产的规定（试行）》这两部政策性文件构成的，其政策性文件的性质决定其自始不具备法律那样的权威性与公信力。因此，在实际实行过程中其强制力及执行力大打折扣，无法保证财产申报有效的实施。从完善法治的角度来看，只有将官员财产申报制度纳入立法范围，才能真正达到反腐倡廉的目的。

（2）立法技术的不完善

包括宪法在内的成文法均存在法律漏洞，这已成为共识，其原因归结于立法技术的不完善。立法技术的不完善在官员财产申报制度中主要体现在申报内容不全面、申报受理审核机关设置不合理及对不法行为缺乏积极引导等方面。明确申报内容的范围，将需要申报的内容科学分类并列举，有助于预防不实申报的违法行为，以避免部分官员钻法律漏洞漏报瞒报。在申报过程中，部分试点地区将申报材料受理机构审核机关混同，审核机关缺乏独立性和权威性。在申报结果上，只明确了对违反规定的申报人的处理方法，缺乏积极引导。

（3）配套制度的不健全

官员财产申报制度的有效执行不仅在于其完善的制度本身，更有赖于相关配套设施制度的建立和完善。[172]我国目前仅实行了储蓄存款实名制，其是指居民在金融机构开户和办理储蓄业务时，必须出示有效身份证明，银行员工有义务给予记录，并要求存款人在存单上留下自己姓名的制度。然从其实际执行过程中发生的部分官员将不法所得财产转移海外、以他人名义开户或租用银行保险箱隐藏非法钱财等问题，可以发现储蓄存款实名制在功能上有很大的缺陷。

从对韩国等国家的官员财产申报相关制度研究来看，在信息化高速发展的今天，只有及时、有效、全面的掌握各种信息资源，加强对信息资源的监督，保证信息资源的准确性、透明化，建立起一套完善的配套管理制度，才能有效地对官员财产申报制度的实行进行辅助。因此，构建金融实名制、电子化管理平台等信用机制对建设完善的官员财产申报制度至关重要。

五、我国官员财产申报制度的初步构想

目前我国的官员财产申报制度尚未纳入立法，只停留在地方试点。随着社会主义市场经济发展，社会文明程度越来越高，腐败问题也日益严重。为完善我国法治建设，弥补立法在官员财产申报制度上的空白迫在眉睫。如何构建我国官员财产申报制度？笔者认为应在结合我国国情的基础上充分借鉴域外官员财产申报制度的实践经验，以为我国官员财产申报制度提供立法上的指导。

在此，笔者基于前辈的法理研究对我国官员财产申报制度进行初步构想。

---

[171] 王高贺、郭文亮：《当前我国推行官员财产申报制度的心理障碍及其治理》，载《理论与改革》2010 年第 5 期。
[172] 邹姿化：《我国官员财产申报制度建设研究》，复旦大学 2010

（一）官员财产申报制度法制化

官员财产申报制度必须纳入立法。官员财产申报制度在大多数国家都是由专门的法律规定的，如英国的《净化选举防止腐败法》、美国的《政府行为道德法》、新加坡的《财产申报法》等。域外经验表明，官员财产申报入法是防止和遏制官员贪腐，促进官员和谐和建构廉洁政府的有效途径。[173]而只有当其入法，具备法律对其所规制的对象所有的约束力和保护力时，才能真正成为反腐的终端利器。这也是我国目前为何已有《规定》却无法在实质上抑制官员腐败的根源。在立法具体的实施上，笔者建议以官员财产申报制度在我国地方试点的实践为基础，由政府出台规章，最后通过人大立法。

（二）制度本身建设和完善

1.官员财产申报制度，应当明确申报主体

由于我国庞大的人口基数，官员数量相应的也十分之多。将所有的官员纳入申报主体无论从受理审核的工作量还是执行成本上来说都不科学，因此，明确申报主体的范围实有必要。

从近年来的腐败案件来看，违法行为人都是那些有实权、利用职务之便谋取非法利益的，如最为典型“侯福才受贿案”。侯福才曾任陕西省渭南市住房和城乡建设局建筑管理科科长，其在 6 年内受贿 2191.9 万余元，另有 3384.3 万余元巨额财产来源不明。此案是陕西贪腐职位最低、涉案数额最大的案件。[174]故此，不应仅简单的按照职务级别对申报主体进行分类。笔者认为财产申报主体应包括以下几类人员：一、各级地方科级以上正职人员；二、具有较大公权，与经济活动密切相关的国家公职人员；三、部队领导干部；四、地方各基层乡镇级领导干部。

2.官员财产申报制度，应当明确申报内容

明确需要申报内容，有助于预防不实申报的违法行为，以避免部分官员钻法律漏洞漏报瞒报。然我国现有财产申报规定中的申报客体范围过窄，不利于对官员财产情况全方位的掌握，笔者认为在官员财产申报制度立法中应将显性收入与隐性收入均纳入其中，主要有：一、工资；二、各类奖金、津贴、补助及福利费等；三、从事咨询、讲学、写作等劳务所得；四、不动产及其收益；五、交通工具；六、存款、有价证券及数额较大的动产；七、父母、配偶、子女及其重要亲属的具体财产状况。

3.官员财产申报制度，应当明确申报种类和时限

从制度设计上看，如何为官员申报财产设置一个登记原点，要加以认真研究。新加坡、香港等地的官员财产申报制度都设立了一个原点，即在此之前获得的财产不再追究。[175]笔者认为还是应追究以前财产，设置初任申报，即在出任国家公职人员之初的一定时期内，或在提拔任用后的特定时期内就其现有的财产状况进行申报，[176]避免公职人员将其任职前的财产与现有财产混同，以造成不必要的误解。故此，财产申报的种类应为初任申报、日常申报和离职申报。

---

[173] 李兆萍：《我国公职人员财产申报制度的问题及其对策分析》，苏州大学 2012 届硕士学位论文。

[174] “渭南：职位最低敛财最多的科长被判死缓”，来自瓯网 http://www.wzrb.com.cn/article524507show.html.最后访问时间：2014 年 4 月 25 日。

[175] 邹姿化：《我国官员财产申报制度建设研究》，复旦大学 2010 届硕士学位论文。

[176] 邹姿化：《我国官员财产申报制度建设研究》，复旦大学 2010

4.官员财产申报制度，应当建立独立、权威的受理和审核机制

财产申报在实践中能否有效地执行，关键在于受理机关和审核机制是否独立、是否具有权威性。从执法、司法的独立性来说，财产申报制度涉及官员利益，如若受理机关和审查机构受制于申报官员之下，则难免受到人为因素影响从而失去其应有的效用。在实行官员财产申报的地方中，有的地区仅仅令一个文职部门兼管受理申报材料，甚至还兼管审核，这样一种情形导致其申报材料的真实性、有效性均有待考证。在新法构建中，笔者认为可以借鉴美国的政府道德署和专职道德官，必需设立专职的受理、审核机制，将两者相分离，保证各自的独立性、权威性。

5.官员财产申报制度，应当坚持公开原则

公开是财产申报的核心，也是其被誉为“阳光法案”的缘由。对于公开的内容，笔者认为应将公众的知情权与官员的隐私权相权衡，将官员的个人所有财产情况通过在报纸、网站、公告栏等公众媒介进行长期公开、公告、公示。而对于其家人的财产，将相关申报资料置于审查机构，公众可到审查机构通过实名登记后查阅。

6.官员财产申报制度，应当在积极引导的前提下加大责任追究力度

目前学界对于财产申报在结果方面的处理只局限于惩处方面，而缺乏对积极引导的关注。组织行为学认为，惩罚会导致人们两种思维反应：避免和逃避。[177]为减少申报主体的主观抵触，从本源反腐倡廉，我们应当“先礼后兵”，建立起奖励机制，对积极申报财产的官员予以表扬奖励。在积极引导的前提下加大责任追究力度，对腐败违法人员依具体违法行为处以纪律处分、行政处分或刑事处罚。

（三）健全官员财产申报制度的配套措施

1.建立金融实名制

金融实名制，是指任何单位和个人在任何金融机构开设任何账户都必须采用真实姓名，金融机构必须审查开户人的身份证明文件，在确认其身份后才能开户，所有的金融交易必须使用真实姓名记录在案。[178]韩国的官员财产申报制度，其最显著的特点便是完善的金融实名制。完善的金融实名制，令每个人的所有涉及金融的行为均被记录，使政府能实时掌握官员非法资金流转动态，给官员带来一定压力以有效抑制腐败行为的发生，使财产公示制度真正落到实处。

2.健全个人信用体系

我国自九十年代末实行的储蓄存款实名制曾在一定程度上抑制腐败行为的发生，但因此项制度在实际执行过程中无严格监管，其记名可以是真名、假名、代码亦可以是亲友的名字。尤其是活期储蓄，只要取款人提供存折、出示印鉴或输对密码(由取款人开户时约定)，银行即按折付款。因此，现今此制度可以说从源头上造成了一系列社会经济问题，甚至为官员腐败的违法所得提供了流通渠道。故健全个人信用体系十分必要。笔者建议借鉴美国公民都终身拥有的社会信用身份——SSN 社会安全号（social security number）,[179]为我国官员建立一个专门的个人信用系统，包含金融、教育、社会保障等所有有关信用方面的行为。具体对每一位官员进行身份登记编号，将

[177] 邹姿化：《我国官员财产申报制度建设研究》，复旦大学 2010 届硕士学位论文。
[178] 彭建刚：《金融实名制的反腐败效应及相关政策建议》，载《湖南教育学院学报》2000 年第 6 期。
[179] 柴小梦：《我国官员财产申报制度建设研究》，云南大学 2012

其行为动态记录在案，交由专职审核机构审核。并建立一个信息资源交流平台，将审核的资料资源共享，真正使官员信用行为受到公开、严格的监督。

六、结语

官员财产申报制度作为终端反腐的重要利器，在我国社会转型时期具有深远意义，理应受到重视和推进，这也是我国当代完善法治建设的必然要求。自上世纪 80 年代，我国就将官员财产申报列入立法计划，但几十年来的难产足以体现在我国实行此项制度的阻碍之难。即使已有 1955 年出台的《关于党政机关县（处）级以上领导干部收入规定》和 2001 年出台的《关于省部级现职领导干部报告家庭财产的规定（试行）》这两部政策性文件构成我国官员财产申报制度的基本框架，但近年来，随着社会经济的不断发展，官员腐败行为越来越多，且呈现出腐败官员职务越来越高、涉案人员范围越来越广、涉案金额越来越大、作案手段越来越隐蔽、携巨款外逃等严重趋势，因此，将官员财产申报制度纳入立法迫在眉睫，不应再继续拖延。这就要求注意以下两点：首先，转变认识，树立正确的观念。政府不应再因多数官员以执法成本过高、要求保护个人隐私等理由为由拖延立法，一定情况下，政府应铁腕立法，从制度上、源头上遏制腐败行为的发生；其次，构建官员财产申报制度应在借鉴域外官员财产申报制度建设的前提下，结合我国具体国情完善法制以避免多走弯路。同时，笔者认为，完善我国官员财产申报制度的法制建设可能需要一个不短的历程，然这个时期因现实的需要也不会过长，笔者大胆的预测应会在近十年内。只要我们坚定反腐的决心，被誉为“阳光法案”的官员财产申报制度终会驱散腐败的阴霾！

以和谐视角解读保辜制度的现代法治价值

徐霞*

摘　要：保辜制度是中国古代一项颇具特色的刑事司法制度，该制度对救济受害人、化解加害人与受害人矛盾、达到法律实质正义及最终实现社会和谐均具有重大作用和意义。在倡导构建法治和谐社会的今天，保辜制度所蕴含系统观、全局观、整体观式的思维模式与社会和谐观念等价值理念无疑给我们以重要启示。

关键词：保辜制度　被害救助　社会矛盾　和谐

保辜制度是中国古代刑法上一项独特的法律制度，旨在人身伤害案件中通过加害人对受害人及时救助，按一定期限届满以后的受害人的伤势恢复情况来最终对加害人进行定罪量刑，追究加害人的责任，进而增加受害人的救助力量，缓解甚至化解加害与受害两方的矛盾，促进修复加害人和受害人两方或两个族的人际关系，一定程度上规避了复仇现象的发生，从社会全局观出发也实现了社会和谐。这一制度在中国古代社会延续了上千年，反映了古人的儒家教化思想、“慎刑”观念，中国古代社会对人的一种关怀以及对“天地人”和谐的追求等等。虽然这项制度在清末法律改革中被彻底废除，究其原因，可能一部分因素是由于在西方主导的世界格局下其法律思想文化与制度带给我们的猛烈冲击，落后的中国在近代化进程中的紧迫感与压力使其一味照抄照搬西方法律体系，而全盘否定了中华法系几千年以来形成的法律思想与制度。当然西方法律文明有其先进的地方，但是我们在本土资源中同样可以找寻到一些历经千百年、不断发展进步、充满哲学思辨与人类智慧的或制度或思想的东西。一例就是保辜制度。这一推动传统社会和谐的代表性制度所其蕴含的思维模式、价值理念在追求和谐与法治的今天就更具借鉴和启发意义。

一、保辜制度的起源与发展

（一）保辜制度的起源

对于保辜制度究竟起源于那个朝代，至今尚无确凿的证据加以考证，学界也尚无定论。学者蔡枢衡认为保辜制度理当始创于西周，很可能是成康时代的新猷。他认为《公羊·襄公七年》中记载的“郑伯被弒，‘未至乎舍而卒’注：‘古者保辜。’‘辜内当以弒君论之；辜外当以杀君论之。’”实则传文有意强调杀伤行为与死亡时间死亡结果关系明确，虽属情见乎词，要与保辜制度无关。意图弒君，便属死有余辜，何待实行？更何待死亡？显见作传的何休不懂刑法。惟谓“古者保辜”，当必有所本。《周礼》不言保辜，足见殷代尚无保辜制度。保辜制度也不可能始创于春秋、战国和秦、汉。[180]学者牛志忠也赞同该制度源于西周的看法，并以相关史料及考古发掘的秦代简牍加以考证，如《礼记·月令》载：是月也……明理瞻伤、察创、视折、审断，决狱讼，必端平；《吕

* 徐霞：2012 级法学专业本科生。

180 参见蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社 1983 年版，第 208 页。

氏春秋》也有相同记载。只不过认为蔡枢衡认为的何休的著述自相矛盾，不足采信之说是为误解，因两位学者大体采一致观点，对何休著述是否自相矛盾在此不加详述。

应该说保辜制度创始于西周是尚可采信的。因为西周提出了“以德配天”的天命观。“德”的内涵十分丰富，其中最重要的就是“保民”。它凸显了“人”的价值，而且抬高了“民”的地位，是中国古代“人本”思想与“民本”思想的源头，这与保辜制度以受害人为中心而非完全是国家刑罚统治为目标的内在精神是相通的。再有就是西周初期又提出“明德慎罚”思想，主张明德治、慎用刑罚。为了使刑罚公正适用，周公主张对罪犯进行具体分析、区别对待，其体现的反对专用刑罚，并力求刑罚的准确、适中。[181]这又与保辜制度中为认定伤害结果与加害行为之间的因果关系规定以期限届满后受害人的伤情来对加害人进行定罪量刑这一重要内容相吻合。所以保辜制度很可能发轫于西周，只不过现没有可加以考证的明文记载的制度规定。

（二）保辜制度的发展

保辜制度的形成并非一蹴而就，而是经历各朝各代发展渐有雏形，进而定型化，制度化和系统化。我们可以从不同古代著作中了解它的发展脉络，熟悉其主要历史沿革。

《汉书上》于《卷十六·高惠高后文功臣表第四》载云：昌武靖信侯单究。元光五年，侯德嗣，四年。元朔三年，坐伤人二旬内死，弃市。[182] “二旬”就是伤人者保辜的一个期限。《急就篇》记载：保辜者，各随其状轻重，令殴者以数日保之。限内致死，则坐重辜也。在追究伤害者罪责时，被告人在规定期限内死亡，加害人按杀人罪论处。[183]从中大概可以看出汉代是存在保辜制度的，并且有了稍微明确的规定以便运用。魏晋南北朝时期，保辜制度也有所反映。在《晋律》中便有规定：“诸有所督罚,五十以下鞭如令,平心无私而以辜死者,二岁刑。”但是，在汉、晋时代及之前的各朝历代对于保辜制度都没有一个系统完整的规定，保辜制度较为完整、明确地记载于律法之中始于唐代的《唐律》。《唐律疏议》第 307 条斗讼六就以“保辜”为名，主要述及该制度的具体内容。这也标志着保辜制度在经过潜在思想酝酿、制度萌芽、发展后至唐代已渐趋成熟，内容也更具体完备，走向系统化。此后这一制度也一直存续并影响宋、元、明、清各代。宋元代基本继承了唐代的保辜制度，其在内容上与《唐律》所规定的的大致相同，元律除此外，还增设了“诸殴伤人，辜限外死者，杖七十七”和“诸以物伤人，伤毒流注而死，虽在辜限之内，仍减杀人罪三等坐之”的条文，明清律亦以唐律为蓝本，只是文字表述更为清晰，内容上也稍有变更。直至清末，沈家本主持修订《清律》，废除了保辜制度。

二、保辜制度的具体内容

东汉许慎的《说文解字》载：“保，养也。”“辜，息也。从辛，古声。”“辜”的本义为罪过，有罪。[184]《说文解字》以象形定义的方式从字义上分别解释了“保”和“辜”，从其义，我们大概能粗略的理解“保辜”就相当于保罪的意思，但其包含的具体内容却没有提及，我们也无从知晓。

---

[181] 参见姜晓敏：《中国法律思想史》，高等教育出版社 2009 年版，第 4、8 页。
[182] 参见班固：《汉书上》，岳麓书社 1993 年版，第 243 页。
[183] 参见马志冰：《中国法制史》，北京大学出版社 2012 年版，第 95 页。
[184] 参见张章主编：《说文解字》，华侨出版社 2012 年版，第 61、636 页。

（一）保辜制度的适用范围、期限。

《唐律疏议》斗讼篇（总第307条）中规定：诸保辜者，手、足殴伤人，限十日；以他物殴伤人者，二十日；以刃及汤、火伤人者，三十日；折、跌支体及破骨者，五十日。（殴、伤不相须。馀条殴伤及杀、伤，各准此。）《疏》议曰：凡是殴人，皆立辜限 •••••• 注云“殴、伤不相须”，谓殴伤及伤，各保辜十日。然伤人皆须因殴，今言不相须者，为下有僵仆，或恐、迫而伤，此则不因殴而有伤损。“馀条殴伤及杀、伤，各准此”，谓诸条殴人或伤人，故、斗、谋杀、强盗，应有罪者，保辜并准此。”[185]从中我们可以看出，保辜制度适用于殴打或伤害他人的案件，且使人受伤必须是因殴打所致，即行为与造成结果上要有一定因果关系。伤害越重或殴、伤人的工具危险性越大，保辜期限越长。

（二）保辜制度对因果关系的认定

在上述情形下，“限内死者，各依杀人论，其在限外，及虽在限内，以他故死者，各依本殴、伤法。（他故，谓别增馀患而死者。）”[186]这表明保辜以期限作为判定因果关系的依据。从现代刑法上看，保辜是认定因果关系的特殊制度，反映了古人已有意识地将因果关系运用到刑法中来限制刑罚的使用，虽有历史局限性（源于时代生产水平，人们认识、经验的限制），但仍值得肯定。在殴打、伤害他人（不论其受伤与否）的场合，以一定期限作为危害行为与危害结果的验证期，依验证期限内出现的结果确认后果与行为之间的因果关系。期限内死亡的，直接以杀人罪论处，在期限外死亡或者在期限内由于其他与伤害行为无关的疾病导致死亡的，则切断加害人行为与危害结果的因果关系，仍以原来的殴伤罪处置罪犯。

（三）保辜的处置

虽然定罪上在除需要定杀人罪以外都已殴伤罪论处，但在量刑上又各有不同，它依据期限届满时受害者的伤势情况区别对待。《唐律疏议》斗讼篇之“殴人折跌肢体瞎目（问答一）”（总第305条）规定：诸斗殴，折、跌人支体，及瞎其一目者，徒三年；（折支者，折骨；跌体者，骨节差跌，失其常处。）辜内平复者，各减二等（馀条折跌平复，准此）。[187]在辜期内后果变轻甚至“平复”，照原先的伤害罪名减等刑论处；在辜期内后果变得严重的，就依严重地后果所构成的罪名来论处。可以推论出，一方面，受害人的伤势经过一定时间的平复在辜期结束之时一般会有所好转，以此时的损伤结果判定加害人的罪过又体现一种礼教与刑罚并用的治理之道。含有督促加害人对受害人进行积极的救助之意和对加害人减刑之功能；另一方面，受害人在被殴、伤时可能由于身体等因素，其所受伤害是轻伤而潜在危险并未完全可知，而在辜期内，伤势或者后遗症得以逐渐暴露，又以期限最终的伤情恢复结果对罪犯进行定罪量刑无疑对受害人是有利的，避免了因罪重而刑轻的不公正判决，也为受害人伸张了实质正义，同时也避免了事后加害人再次告加害人，于此也算有节约司法成本的意味。

---

[185] 参见曹漫之：《唐律疏议译注》，吉林人民出版社1989年版，第725页。
[186] 参见前引⑥，第726页。
[187] 参见前引⑥，第720页。

三、保辜制度的意义及现代法治价值

（一）保辜制度的意义

保辜正所谓“保人之伤，保己之罪也”。由于受害人在伤后，限内未死，加害人只承担殴、伤之罪的形式责任；限内恢复，加害人可以减等处罚，我们从中可以推知该制度设立目的之一便是让加害人通过对受害人的积极救助等方式减轻自己的罪责，明律、清律则将这一点直接规定为加害人的保养义务。加害人为了减轻自己的罪责，通常会积极救治受害人，这在客观上对受害人是有利的。《勘问康失芬行车伤人事案卷》残卷记载了唐宝应元年（公元 762 年）六月发生在西州（吐鲁番）州府高昌城的一起行车碾伤人案。[188]案件大致情况如下：吏拂郝儿子金儿和曹没冒的女儿想子同坐在张游鹤行生的店铺前玩耍，被靳嗔奴雇佣的工人康失芬赶着搬运土坯的牛车压伤。经高昌县司审判，康失芬承认过失伤人，表示“今情愿保辜，将医药看待。如不差生死，请求准法科断。”后有何状昏等人出具担保书，保出靳嗔奴和康失芬（靳是康的雇主，理应受到牵连），以使他们可以在监外活动，看护调养受害人。

首先，从司法实践来看，保辜制度追究的是加害人的刑事责任，但从效果上看，它又是受害人获得救助的一个途径，间接地对受害人进行了补偿，弥补了受害人的损害。康失芬在承认碾伤人的事实基础上，请求保辜，“将医药看待”，主动积极的承担受害人的医疗费用，这无疑极大的增加了受害人的救助力量，而且在受害一方可能因无钱治疗又筹钱不能而错过医治的最佳时间的情况下，加害人所主动承担的医药费无疑就是救命钱。虽然在唐朝法律中没有规定加害人有保养义务，当伤害事件发生了，不管行为人主观上是过失，抑或是故意，法律都给予了其弥补过失或悔过自新的机会，在力图减轻自己的罪责的自我救赎、自利本然心理作用下，促使了行为人在保与不保、救与不救之间毅然选择后者而主动承担了保养责任。这也反映出保辜已深深植入了当时人们的观念中，在此观念的引导下，加害人并未千方百计地逃离事故现场，试图逃避法律的追究，而是主动运用保辜制度，以期通过自己的积极救助将伤害降到最低，最终达到结果意义上的“双赢”。

其次，对于加害人请求的保辜，法律也有一定的限制，“如一保以后，忽有东西逃避，及反覆与前状不同，连保之人情愿代罪，仍各请求受重杖廿者。” [189]其以保证人担保的方式最大限度的减少了加害人逃跑的可能，不能不说是保辜制度之精妙所在。

最后，保辜制度一定程度上有助于化解或缓和加害人、受害人两方包括两个家族的矛盾，较好的避免了复仇现象的发生，进而使社会达到了最终的和谐状态。

康失芬主动请求保辜，保证将被自己误碾伤的两个孩子就医治疗并加以看养、照顾，表现出积极的认错态度并以实际行动兑现承诺,使其对孩子、孩子家人造成的伤害缩小到最低限度，这在受害人家属看来是一种实实在在的物质补救，更是一种精神上的安慰。而且在医治过程中双方的对立情绪也在一定程度上得以缓解。

当然，这一制度在适用中所体现的价值不只如此。如果加害人没有保辜的意识，不积极救助

[188] 参见王炳华、刘文锁编：《新疆历史文物》，新疆美术摄影出版社 1999 年版，第 146 页。
[189] 参见郑显文：《唐代律令制研究》，北京大学出版社 2004 年版，第 34 页。

受害人对自己不利不说还会带来一系列不良后果。古代社会在小农经济和宗法制的约束下，个人、群体、家族的流动性不大，“生于斯，死于斯”是传统社会的常态，它把人和地的因缘固定了[190]，赖以生存的田地在此、祖祖辈辈聚居在此，世代早已在这扎了根，人们于是安土重迁。世世代代的生活习惯、儒家思想的影响也形成了一定血缘、地缘时空上的礼制秩序、伦理道德。在这样一个熟人社会，讲求人伦的社会中，一人对他人的伤害，往往会引发不只是受害者一个家族的憎恨，还会导致同情他们的邻人、乡人对加害人甚至是加害人整个家族的不满与厌恶。一来加害人即使受到相应惩罚在刑满释放后也会受尽乡邻人的冷眼，如果逃亡在外，家族的人更会受到牵连，即使举家迁移对其也是一种不利。而如果加害人选择像康失芬一样积极认错，主动担责，受害人及其家族也不会完全与其对立，而且很有可能还会原谅加害人。乡人则以其合礼法看待，即使到最后仍判处一定的刑罚也不至于对其抱憎恶之感；二来受害人及其家族所受的创伤并未弥补、愈合，难免会滋生复仇心理，只等伺机报复，在因无钱治病而延误治疗给受害人带来更大损害的情况下，受害人及其家族对加害人更会恨之入骨，如此冤冤相报，不仅对两个家族是一种伤害，而且有了不安因素，对社会的和谐也是一种威胁。

（二）保辜制度的现代法治价值

上述保辜制度体现的价值对今天和谐法治社会的构建有着极大的借鉴价值。

首先，规定了保辜制度，其具有的刑事处罚“减等”功能使人们形成保人之伤亦是保己之罪的观念，在人身伤害案件中有利于受害人的救助。例如在交通肇事致人伤的案件中，肇事者往往是过失造成受害人伤害结果，但却因为害怕承担责任，以侥幸心理逃避法律追究而弃受害人于不顾，最终导致受害人或因未及时得到医治造成无法弥补的伤害，而要求犯罪嫌疑人不逃避法律追究，主动投案的自首制度因其立法精神作为量刑情节考虑对加害人实施救助行为缺乏动力因素，保辜制度的设立则为加害人主动承担责任，力求“医治平复”提供了重要动力。

更重要的是，保辜制度立法初衷是以受害人救治为优先选择，充分体现了对受害者个体利益的重视。目前在许多人身伤害案件的刑事附带民事诉讼中，在程序上往往采取“先刑后民”的准则，而采取“先民后刑”或“刑民共同审理”的方式并不多，受害人往往不能及时得到损害赔偿费用于医疗。而且，司法实践中常常出现这样的结果，犯罪嫌疑人被判有罪，并受到相应的刑事处罚。受害人对刑事处罚判决部分没有异议，但是民事部分的判决却难以得到真正落实，往往成为一纸空文或成为所谓的“空头支票”。原因很简单，犯罪嫌疑人被判入狱服刑，接受刑事处罚。犯罪嫌疑人家属往往也不愿配合做好受害人的赔偿工作。[191]这样一来，对于很多因为贫困缺钱而又急需送医治疗的受害人是极为不利的，受害人的医疗费、护理费、营养费、残疾赔偿金、误工费等民事方面的合法诉求无法得到及时、充分的赔偿，虽然最后伸张了所谓的“社会正义”，但对受害人作为弱势群体的权益保护是欠缺的。保辜制度的第一要义就是确定加害人对受害人及时提供救治、帮助以及经济赔偿的义务，能够极大地增加受害人的救助力量而且在受害人家庭贫困的情况下这更是关键之举。值得一提的是这一制度也体现了人本位的思想，在强调国家本位的今天，亦值得我们思考。

---

[190] 参见费孝通：《乡土中国》，江苏文艺出版社 2011 年版，第 76 页。

[191] 参见孙大明：《古代保辜制度与当今人身伤害鉴定》，载《中南大学学报》2013 年第 4 期，第 90 页。

其次，虽然古代医学水平不发达，尚不能对常见的伤害行为与造成后果之间的必然联系作出科学的解释，为了确保犯罪者对伤害行为担负应有的罪责而创立了保辜制度[192]，其在当时却有很强的实用性与先进性，它考虑到事物的复杂性，规定一定的期限作为验伤期，使受害人的伤情得以全面爆发。在科学技术发达的今天，先进的医学手段在绝大多数情况下已经能对伤害行为与造成结果之间存在何种联系作出较为准确的鉴定，但医学永无止境，人类身体的一切肌理并未被科学完全掌握，而司法鉴定作为一种科学证据手段，其解决问题的范围和程度是有局限性的，也并不是总能证明其被运用手段是完全正确的，有时候却只能等待时间的检验，受害人在鉴定时所体现的损伤在一些特殊情况下并不是伤害的全部结果，在医疗鉴定完毕、案件审理结束后一段时间才爆发，所谓的后遗症才显露出来，而事实上确为最初的伤害所致也并不是没有可能，此时再起诉加害人已无确凿的直接证据，司法程序很难再启动,可以说伤害鉴定的时间就变得很重要.而保辜制度规定了二次鉴定，以一段时间为期限能较为全面地发现受害人的损伤，使受害一方可有理有据地向加害人主张全部的损害赔偿，最大程度地维护了受害人利益，实现了实质正义。

它也给现今的人身伤害鉴定制度以启示。目前的人身伤害鉴定与刑事审判期限、羁押期限会存在时间冲突问题，一方面审判期限、羁押期限到了，而另一方面人身伤害鉴定还未结束，人民法院为了在法定期限内结束审理而往往选择催促鉴定部门尽快出具人身伤害鉴定意见书，忽视鉴定的客观规律和鉴定的时间的要求，其中不免会存在误差，对加害人、对受害人都有失公允。而通过保辜，可以根据损伤类型和当时伤害情况确定鉴定期限，也可将此作为确定办案期限的依据之一，当然需要做的工作是完善相关部门法中的相关规定，让两者首先在制度上能衔接好，以便有效解决上述时间冲突问题。

再次，保辜制度的内在动因使得加害人能有效弥补过失或悔过自新，在积极救助受害人，协助治疗期间也体现了其弥补过失的真心，悔过自新的诚意，与受害一方的家人有了一个良性互动的过程，能使受害家人得到一定的慰藉，为进一步得到其谅解提供机会和增加可能性，这也能为之后进行刑事和解（如果要和解），奠定基础，使之免陷于“以钱买刑”是非的泥潭。

该制度的运用有利于缓解甚至化解双方的敌视和矛盾，某种程度上避免了复仇现象的发生，尤其是在受害人无钱就医而导致更严重后果发生的情况下，法院虽做了判处刑期的判决，受害人或其家人却为得到完全慰藉，仍会激生复仇情绪，加害人虽为其罪过承担了刑狱之苦，但在刑满释放后也面临被报复的危险，同时增加了社会的不安定因素，说明法律问题被解决，而真正的社会问题却未根除，不利于社会和谐。法治的推动绝不应仅仅满足于法律问题的解决，如此只能是治标不治本，消除隐藏其后的社会问题才是本质和关键。

最后，从宏观角度看，保辜制度背后所体现的古人的系统观、整体观思维模式和追求和谐的哲学思想对当今立法、司法、执法有极大的借鉴意义。

系统科学虽产生于 20 世纪 40 年代，但中国古代早有系统观念的存在。战国末年，吕不韦的《吕氏春秋》集前人诸家之长，以儒家德政主张为核心，以道家的宇宙观为基础，阴阳五行为框架，汇通杂家之说，用宇宙一体化的图面说明事物的层次、结构规律，认为一切事物都由若干个要素组成而后构成了宇宙。宇宙中的自然现象、生老病死、更朝换代等特殊形异之变，而万变不

[192] 参见钱大群：《唐律研究》，法律出版社 2000 年版，第 204 页。

离其一，必然有一个系统的法规和运动的节奏，组成一个系统的整体，这个整体恰恰体现了古人的系统观。[193]

万事万物都是互相联系的整体，天、地、人在系统运动中讲求和谐，而又产生了“天人合一”的思想。“天人合一”的宇宙整体观是中国古代哲学的精髓，中国古代的思维方式和认识方式始终具有整体体悟的性质。儒家把宇宙看成是统一的，相互连结和相互渗透的。人并不独立于宇宙之外，人与人以外的自然是一个统一的整体，正所谓“万物并齐而不相害，道并行而不相悖”。而要追求“天人合一”的境界，首先就要在“人”这一位中做到和谐，因为天为根本，人为核心，地为基础，只有先“人”和谐了，才能在此基础上做到三位一体，三者融合为一。于是在此思想的主导下又发展出了“天人合德”、“慎刑”、“无讼”等理念，力求在人的活动的每一环节上都遵循天道，天德，最好都能“以和为贵”。否则，一环出错了，环环相扣，一错再错，背天而行，天会报应于人们。因此在刑罚制度上，更要明德慎刑，在德与法、教化与刑罚的选择中，始终应以前者为首要治理手段，而在出现犯罪时也不应以刑杀为目的，要教化先行，倡导人回归善的自觉，只有人心匡正、心术归善才会永不为恶，刑罚则应退居于辅助地位，在定罪量刑时应不失公正，所以具体到伤害案件时就考虑到了因果关系的确认，于是保辜制度应运而生，不断发展成熟。在为犯罪人搭建回归善的桥梁，提供自我救赎的基础上施以公正的裁判，其才有接受被教化之心，其才会有合礼、合德之行，一个小我的向善会关系到大我的向善，一个大我的向善又会使人都向善，达到和谐状态，最终合天德，以德配享天命，万物共和谐而生。

这一套系统观、整体观的思维模式及社会和谐的哲学思想在今天却极为欠缺。“头痛医头，脚痛医脚”的西医式治理模式并不鲜见。在借鉴或引进西方先进法律制度时，我们没有以整体的观念对待它，没有完全考虑到该制度在西方是以西方社会背景作为支撑，还有许许多多相关“子制度”与之配套的，即使有考虑到也是对此无能为力、无可奈何，只求先借鉴再在适用中寻找符合中国国情的出路，如刑事和解制度，其产生背景也有其特殊性，适用后伴随着的还有丰富的社区和解经验、对社区矫正制度，社区调停模式、转处模式和替代模式结果的较好处理方式，调停人检查、督促赔偿协议履行的义务等作为该制度完善的措施，而我国这些都面临挑战。只有在各方面都相应成熟后，有了前手、后手环节的衔接，才能将一制度较为有效的嵌入国家整个法律体系之中，这就需要系统、整体思维的指引。同样道理的还有对于现在极为严重的生态环境问题上，我们目前执法所做的大都指标未治本，环境污染，生态破坏原因众多，而只有切断源头，之后的环节就会“节节退败，落荒而逃”，这个道理都懂，可就是难做到，不愿做到，这就需要我们反思，牵涉源头的事物又有哪些，又可否通过哪些立法技术、现有法律制度、行政手段加以控制或将相关链条切断？

另外，在法律适用的过程中，我们也应当借鉴古人这一思维模式，达到使社会最终和谐的状态。就比如《秋菊打官司》这一电影所反映的我国西北农村中的一个纠纷处置案，为了一些不要紧的事，一位村民同村长吵了起来，骂村长“断子绝孙”，愤怒的村长和这位村民打了起来，向村民的下身踢了几脚，村民受了伤，村民的妻子秋菊为此很愤怒，认为村长可以踢她的丈夫，但不能往下身踢，她要讨个说法，大致是要村长认错，乡间的司法助理员认为伤害不重，尝试调解，

[193] 参见钟燕祥、高伦主编：《华夏医学论文集》，中国科学技术出版社 1993 年版，第 737 页。

调解不能令秋菊不满意，于是就到县城、省城讨“说法”，经过种种努力，最后在一位律师的帮助下，上级派了公安人员调查，发现秋菊丈夫受到了轻伤害，应当受到治安处罚，打人的村长被逮捕，判处了 15 天的行政拘留，但是在秋菊被告知这一决定，村长被带走之际，秋菊说，“怎么把人给抓了，我只是要个说法”。她跑到村外的公路边，看着远去的警车，满脸的困惑：她不懂为什么法律是这样运作的。[194]正式的法律制度（行政拘留）被运用，正式的法律问题也似被解决，但是秋菊却仍对此迷惑，她口中的“说法”呢？说法在哪里？秋菊想要的不是正式法律制度中所谓的说法即用法律来说话，而是含有“地方性知识”的那个民间社会中的说法即给我来评评理，对方要不要认错。试想，秋菊一家和警局归来的村长还得住在一个村子里，他们的人际关系却显然已遭破坏，甚至会“老死不相往来”，关系是否会恢复难以预料。同时，虽然秋菊无意将村长送进警局，但是确实是秋菊的行为让村长进了警局，在同村的村民看来秋菊显然是有点“过份”了，太计较了，人们因此不愿同她交往，会疏远她，农村社会也就失去了和谐，法律的运用最终没能彻底解决掉乡村民间问题、社会问题。霍姆斯大法官说“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”恰巧也体现了这一点，真正能够解决问题的是在不断发展变化的实践中、对于地方性文化的了解的基础上积累起来的经验。在解决法律问题时，我们不能无视具体个案中所具有的“微观地域性文化”因素，只有将其作为一个整体进行考察，不仅法律问题解决了更重要的是社会问题也会一并消除。现今一些法官在断案时考虑到了当地的风俗习惯，很好地解决了当事人之间的矛盾分歧，尤值得学习。

四、结语

孟子曰：徒法不足以自行。再好的法律制定出来如果没有被执行皆是一纸空文，而法律作为外在的“他律”制度安排被执行的最好方法就是通过行为人对其进行“意志自律”的升华，将自省与外在约束相结合，最终，我们可以说，人们是基于内心信仰遵从法律而非惧于国家的暴力强制手段，而其前提条件就是法律是融法、理、情于一体的“良法”。保辜制度之所以在中国古代社会存续了上千年，正是因其融入了当时主导人们的思想观念，适应了时代的社会背景，满足了社会需要。今天，我们尤应注意在引入西方法律制度及法律思想、理论的同时，要寻找到本土资源、注重本国的传统。而这并不是要我们恢复传统的全部做法。本土资源并非只存在于历史中，当代人的社会实践中已经形成或正在萌芽发展的各种非正式的制度是更重要的本土资源；传统也并不是形成文字的历史文献，甚至也不是当代学者的重新阐述，而是活生生地流动着的、在亿万中国人的生活中实际影响他们的行为的一些观念，或者从行为主义角度来说，是他们的行为中体现出来的模式。[195]我们既然无法不受这些东西的影响，就有必要借助这些传统所具有的积极影响来逐渐发展出具有深厚社会基础、与中国社会相适应的制度。保辜制度就给了我们一个很好的示例。当然中华法系源远流长，我们应当在不断向外看齐的同时向内看，将本土法律资源与外来先进制度有机融合，完善现有的法律制度，使之真正适应我国的社会发展并将之全面执行下去，从而为实现法治、和谐社会添砖加瓦。

---

[194] 参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 23-24 页。
[195] 参见前引⑮，第 14 页。

冰山为什么会浮起来

——现代法治下舆论热的冷思考

周晟*

摘要：随着信息传媒的广泛化和现代化，司法实务越来越频繁的进入平常人们的生活中，各类案子的追踪报道从来没有像今天这样受到社会各个群体的关注。确实舆论监督对司法体系在一定程度上有着保障司法独立,纠正司法不公的作用。但近年来,由于网络信息的不断开拓、传媒事业的不断发展,有关司法案件的舆论反响愈演愈烈,传媒舆论对司法的消极作用盖过其积极意义，妨碍了司法独立,阻碍了司法公正，干扰了正常的审判工作。本文从舆论与司法的不平衡为切入点，探析冲突的原因和该社会现象之下人文和教育等下层建筑的问题。

关键词：法治　舆论　民意　司法公信力　法职人员　教育

引言

始肇于古希腊的民主理念和法治思想汇成了一条源远流长的母河，穿越了时间的星空，历经了岁月的变迁，肥沃了司法与政治的土壤。亚里士多德在河边的喟然一叹，随着流域被各个时代的思想家、法学家普遍接受，法治的构想成为了一套公式，在公式的基础下，衍化了一套又一套的定理。在日新月异的今天，随着科学技术的进步与政治经济的发展，法治的内涵在不断扩充，每一代的法学家在不断整理的同时也不断的添加新的内涵，然而在感叹政治经济文化高度文明的同时，一些问题在风平浪静许久的法学视野中缓缓浮现。在浮现的冰山之下，必然有着更深层的缘由，反观我们已有的法治理论体系和现有司法模式，似乎都隐藏着瑕疵，正是这些细微的瑕疵，慢慢积累成一块又一块的冰山，使得理想的法治建设存在着安全隐患。针对这一状况，本文将着眼于舆论司法现象，进行内部分析，探讨法治建设基层下的问题。

无可置否，适当范围内的传媒舆论对于我国现行司法审判有着积极的作用。新闻传媒可以迅速便捷的将一些司法腐败问题曝光，对法院的案件审判的公正性进行监督，以及对于各级管制人员的作风问题都能做出良好的反应。然而在不断白热化的新闻炒作下，媒体报道所涉范围在不知不觉中扩张，从简单的反应现有司法状况到了对案子发表个人的评论和看法，更有甚者越俎代庖,公然使用一些未经考察的证据和带有偏见的看法，对尚未审判的案子，做了预审或是对于结案案子的判决结果嗤之以鼻，大肆宣扬自己的见解，从而形成巨大的社会舆论压力，迫使法院按所谓公众最认可的方式即民意办案，严重干扰了司法审判的公正性和独立性。

在走向法治健全化的道路上，舆论审判无疑是一块不可忽视的绊脚石。在某些程度上，甚至可以说过度的倾斜性舆论报道是违反法律规范的行为。在刑事上，舆论审判是与“无罪推定”、“罪刑法定”等原则的精神相左的。我国《刑事诉讼法》第十二条明确规定：“未经人民法院依法判

* 周晟：2012 级法学专业本科生。

决，对任何人都不得确定有罪。”在民事上，具有目的性的，倾向于一方而对诉讼的相对方不利的报道，则违反了《民事诉讼法》确认的诉讼当事人双方平等的原则。

近年，我国各大法院在审理案件时，尤其是在一些公开具有一定社会影响力案件的过程中，舆论和民意潜移默化的影响了法院中立理性的审判，甚至不少民间说法和新闻报道的创新词汇出现在了法庭之内，并在判决书内也垢藏着不少不规范的情绪化民意表现甚至是一些网络用词。以致于有不少法官发出这样的感叹：“程序正义之艰难.既有来自行政权力的干涉也还有来自民间的道德抗议”。由于民众和传媒舆论的喧嚣而导致案件难以盖棺而定或者导致案件的判决结果前后产生瀑布型落差的情况屡见不鲜，各大案件的审判过程甚至一些不应公开审判的案件（如李某某案）和判决结果都难逃记者的“追踪”和民众的“监督”，并且最终这些案件多少都因为沸腾的民意在量刑上有所变动。可是这些案件的改判究竟是民众积极参与的能动司法和新型的司法变革的表率呢？还是仅仅只是让民众获得感官和情绪上的满足？欣然所自豪的“庶民的胜利”[196]呢？

一、海平面之上：矛盾的社会形态呈现

毋庸置疑，在现代传媒舆论引导下的民意审判，对于现代法治理念的司法独立和司法公正产生了冲击而非简单的监督和补充，民众正义和现代法治所追求的司法正义的偏差和位移这一矛盾在直观上可以在下面几个方面体现：

（一）舆论描述性修辞和法庭叙述性陈列

在法庭上，法律人的工作往往是将一系列散装的事件和破碎的证据以及含糊的口供进行翻译，将其变成连贯的，具有逻辑性的案件。正是由于证据到事实的演化过程中有着空隙，给予了媒体舆论巨大的填补空间，事件的感性描绘是法院所不允许的也是不擅长的，而媒体舆论却可以凭借出色的修辞性描述和一些独创的新鲜词汇，迅速抓住群众的眼球。[197]比起官方枯燥乏味过于正规化的法律术语和晦涩难懂的证据规则，更多的人会选择阅读新闻报道上生动形象、贴近生活的文本和叙述，先入为主的首因效应让群众产生了第一心证，对于后续的宣称和解释产生了一定度的不信任甚至排斥。甚至对于一些尚未充分了解案情的法官产生了思维渗透，描述性的细节语言先于法学的理性分析进入了大脑，对于公正独立的审判产生了氛围影响。

（二）舆论倾斜性包装和法庭中立性审判

媒体舆论的报道常常具有鲜明的立场性，包括对处于弱势的人给予同情和对于一些残忍的暴力性犯罪深恶痛绝，事先已经对于案件进行了非法律性的“预审”，从而对人们群众发出自己的“预审”结果，对群众进行了一次价值导向。我们虽然都知道兼听则明偏听则暗的道理，但如果事先已经代号入座了，即使相对方辩论的再有道理，我们也往往会持着将信将疑的态度，不再仔细的聆听相对方的在细节上的见解，处于认知上的惰性也不再重新思考。在司法实践中，这种晕轮光环无疑会使审判的天平倾斜，正义被“民主主义”所左右，公道难以实现，而对于舆论一边倒的信息轰炸，被民意所孤立的法院往往无能为力。

---

[196] 杜玲燕：《司法与传媒监督》，载于《法学热点问题研究》中国检察出版社，第三篇
[197] 刘燕：《法庭上的修辞——案件事实叙事研究》，光明日报出版社，第 52 页

（三）舆论信息的片面性和法庭证据的全面性

媒体报道的信息仅仅来源于采访和对已有资料的加工，而法院的信息来源于当事人的口供，充分的物证人证，未经加工的录像录音以及当庭质询获得的明确资料。正是由于双方信息的不对称性，往往产生了相同事件不同细节不同版本的故事，更有甚者在报道中慢慢遮蔽了最初的案件描述，为了一味追求宣泄的刺激而对于原始的信息进行了加工，放大了一部分有利的事实后，又淡化了一部分负面情况，从而获得更多的点击率和支持。如之前的小悦悦事件，新闻中的监控录像是增过光的，并不是原生态的资料，媒体为了对车祸女孩无人救助表示感叹和对于人性的拷问，而对由于下雨和天黑真的没有注意到可能性[198]做了主观排除，使用改动过的资料煽动民众感情。正如金来在《正义的诉求》[199]中说道：“在一个法治健全国家里，作为社会的瞭望哨，媒体应当遵循职业伦理提供尽量准确的基本事实，要警惕自我身份的过度膨胀，警惕对社会问题的忘情关怀而越过严格的职业准则，进而触及正义的底线。”

（四）舆论的真实拟定和法庭的事实认定

法庭上的事实认定采用中国法学会法理学研究会常务理事陈金钊教授的思路便是：对法律事实采用有限定的“关系说”进行界定，“法律事实是由法律所规定的，被法律职业群体证明，由法官依据法律程序最后认定的客观事实。”而在维基百科上对“事实认定”的解释是：在各诉讼程序中，通过当事人的举证、相互质证等阶段，最终由法官和陪审团确定案件事实的过程，并通过事实认定过程确定的事实将作为判决的主要依据和基础。由此可见，法庭内的事实认定更多的是对现有、可用的证据和证词进行的法学翻译，与社会民众的事实认知和推定有着明显的不同，但人们群众常常视“实事求是”为一条颠扑不破的真理。而“实事求是”最初出现于东汉史学家班固撰写的《汉书·河间献王传》，讲的是西汉景帝第二子河间献王刘德“修学好古，实事求是”。明朝王阳明在宋代朱熹“格物便是致知”、“理在事中”的基础上，提出了“知行合一”的观点，倡导“实事求是”的学风。这原本指一种严谨的治学态度和方法，是一个经学和考据学的命题，也是中国治国治学治吏的座右铭，但这并不是放之四海而皆准的。矛盾的特殊性决定了任何条件都必须在一定范围下才能合理地被适用，民众的“事实”不能影响司法判决，证据只有进入合法的程序才能成为法律事实，才能在审判中发挥法律效力，否则，即便是千真万确的“事实”，也不可以作为审判的依据，而这个观点难以被一般民众所接受的，民众往往更注重结果的重要性，而对于程序规范束之高阁。然而现代法治程序正义高于实体公正的理念，在执行程序上有着严格的准则，甚至不惜因程序上的瑕疵而推翻群众认知上的正确判决。

（五）舆论的正义追求和法律的正义准则

舆论媒体所追求平等、公正，与司法裁判的要求在一定程度上是吻合的。社会舆论的风向也可能完全是客观公正的评价，但由于缺乏系统化的法律思维，他们常常会道德泛化，将晦涩的案情进行可操作的转换，把一些复杂的法律层面的纠葛转化为一些简单的、谁对谁错的道德问题，使法律问题道德化，将纯粹道德判断的“民意”强加给司法机关，使得法院从法律的审判所变成

[198] 张成敏：《路人们真的都见死不救吗？ 小悦悦事件的证据学分析》，载于《南方周末》2011.10.30
[199] 金来：《正义诉求与违法维权》，载于《中国法治》第 217 页

了道德的裁决所，用道德上的是非对错，简单的代替了法律上的公平正义。虽然法律在自然法的最低限度的内容是与道德相合的，法律在制定之时也必然包含了最低限度的正义，但不会同道德一样有着泾渭分明的孰对孰错，司法中的事实不会截然二分为真与假或是错与对，相反，正义常常呈现出是非纠葛，真蕴假，假涵真浑浊一体的胶体状态，所以，司法审判的结果并不能直接表明谁是真正的正义，而只能得出概率最大的，最有可能的正义。

二、海面之下：冲突的体制结构解析

确实法律不是万能的，很多领域是司法无法也不应触及的，弥补法律漏洞的是什么？正是民意。但民意绝不意味着绝对的公正，大家都赞成的事也未必是对的！倾向于多数人的观点并不会成就真理，却有着错上加错的风险。“真正的恶魔就是无限膨胀的民意，坚信自己是善人，对自以为邪恶的事物声张莫须有的正义。这不过是一场以娱乐为目的的国民运动，为了给自己无聊的人生消愁解闷的运动。”[200]民意的理由和司法的运作产生矛盾是再正常不过的事，但应当彼此在竞争上兼容而非单向的压制，在现代法治社会，一个国家法治成熟的标志正是民意向司法权威的让步，群众应当学会容忍司法按照自身逻辑和证据规则形成不同于民意的判决。正如哈洛特·伯尔曼所言“法律必须被信仰，否则形同虚设”，先贤亚里士多德的法治公式中，也提到了“已成立的法律获得普遍的服从……”，古人云，不信不立，舆论绑架法院的病灶就在于司法的公信力不够，群众对于法院的审判存在疑虑和不信任。也正是由于这阿喀琉斯的脚踝形成了海面下那更巨大的坚冰，使得民意与司法的分歧浮出海面。

舆论热的根本成因就在于司法公信力的缺失，社会上的现有冲突和矛盾溯其源皆可以认为与司法实践的波动性和起伏性有关，正像大泽陇夫论述：“数千年来形成的中国传统文化，是一个典型的以血缘为原点的、以熟人为纽带的社会关系，……在这一文化中，人们之间是非的基本决定机制不是法律，从而也不是法院和法官，因此导致司法独立的宪法规定在我国很难化成相关的社会实践。……问题的更严重之处还在于：司法的实际不独立，使司法自身不但没有摆脱世俗的社会关系，而且成为世俗社会关系的枢纽之一。法官不但要承担对社会纠纷的审判使命，而且要面对新闻媒体的随时采访，要应付党政机关的压力，要承受为自社会方方面面的品头论足，甚至法官自身也乐于成为明星般的社会名人，以便更多地掌握可运用和可支配的社会关系资源。当人们对司法主体缺乏一种必要的神圣感时，当一种制度将法官设计得和普通人无所区别时，当法官自己心甘情愿地混入世俗关系之中时，司法的权威便荡然无存，人们对司法的尊重也无所依凭。”

司法工作如何获得广大人民群众的信任和尊重，是司法公信力树立的关键。司法公信力的树立的过程，实质上也是司法制度获得人民认可，司法工作得到人民的信任和支持的过程，同时也是法学教育与现代司法理念和市场需求接轨的过程。我国正处于建设社会主义法治国家的道路上，徒法不足以自行，司法机关和相关法务人员的素质和行为在树立司法信任和司法威信力中起着主导作用，古有商鞅徙木为信，建立了群众对于统治阶层的初步信任，可见塑造优秀的官吏和法职人员的形象在一个国家的法治进程中有着不可或缺的影响。

---

[200] 古沢良太:《リーガル・ハイ》2011.7.23

（一）法官形象的重铸

在法务人员群体中，法官首当其冲。广东省高级人民法院院长郑鄂在报道中明确指出“司法公信和权威在很大程度上需要法官的公信力支撑。只有让人对法官产生由衷的信任与尊重，才能使人对审判产生自觉地服从。目前，有些当事人总是对法院的判决不服，很多时候并不是因为案件本身不公平，而是由于当事人对法官缺乏信任，进而怀疑裁决的公正性，使一些案件‘案结事不了’或是‘案结事难了’。因此，大力增强法官的社会公信力已是当务之急。”亚里士多德说得好，公众视法官为活生生的正义，如果法官自身都蔑视法律、视规则为生利的工具，必然使群众对法治的期盼付之一炬。

笔者认为，一个的合格的法官就是在法治国家的背景下，能够适应时代的需求，符合社会发展规律，具有高素质的文化底蕴的法务职业者。如何成就一名合格的法官，就是要求我们的法官具有什么样的精神面貌和职业水准以及司法授予法官该有的权限，下面，笔者通过几个方面来阐述法律帝国中的王侯将相是怎么产生的。

1.左手持天平

正如忒弥斯[201]一样一手提着天平，用它衡量法与价值，法官的中立地位决定了审判的独立性，没有法官的独立就没有司法的独立。马克思曾强调道：“法官除了法律就没有别的上司。”然而在我国法院组织法中可以看出，上级法院对下级法院的司法审判具有上级监督权，这为行政权力对于各级法院的审判活动的干预打开了缺口。在中级法院的法官进行审判的过程中，除了法律之外，还有背后操作天平的第三只手，即“在法院内部，个别审判权之间并不存在区隔或相克的关系，也就不存在法官的独立；因而审判权的独立只意味着法院系统相对于外部除代议机关之外的其他部门或团体的自主性。”[202]同时，我国各地方法院对地方政府有着强烈的依赖性，在人事和财务上都取决于当地的国家机关甚至党委。经济财政上的不独立，弱化了法院、检察院的地位，甚至沦落成政府的附属品，在强大的行政力量面前，使得独立审判流走于门面和形式。要想充分贯彻法治理念和法官人格重铸的第一步，那就是让司法的天平重回法官手中，让法官进行自己独立的衡量。

2.右手持剑

“法不只是单纯的思想，而是有生命的力量。因此，正义之神一手提着天平，用它衡量法；另一手握着剑，用它维护法。剑如果不带着天平，就是赤裸裸的暴力；天平如果不带着剑，就意味着软弱无力。两者是相辅相承的，只有在正义之神操剑的力量和掌握天平的技巧并驾齐驱的时候，一种完美的法治状态才能占统治地位。”而法官手中的利剑就是裁量权。但由于近年来司法腐败的问题，无论是上级机关还是人民群众，都对法官手中的裁量权的问题是慎之又慎。比照西方国家发达国家，我们可以看出法官手中的裁量权与司法腐败并不成正比，而我国司法改革中却出现了把法官的裁量权完全否决掉的考虑，企图用司法镜像解决问题，然而在我们这个日新月异的新新时代，个案的特殊性难以用固有的方法进行相同的解析，新兴的律政难题也对法律的内部

[201] 忒弥斯（Θεμις / Themis，“法律”）是法律和正义的象征。 她是乌拉诺斯的女儿，十二泰坦（提坦）神之一。

[202]季卫东：《中国司法改革的现状与目标》，载于《最高人民法院的角色及其演化》第 123 页

变革和衍化提出与时俱进的要求，所以与其剥夺法官的利剑，倒不如严格要求法学教育和职业培训、培育高素质高水准的法官。同时，我国的司法不独立也在法院内部组织的行政上也严格限制了法官的自由裁量权，法官的裁量权的大小往往随着法院上级领导的行政指导乃至是意志，有着起伏，可大可小。被傀儡线所操控的天平难以进行独立性运作，同时也决定了正义的裁决者的被虚化的执行力，殊不知权利是更高级的义务，职责则是更深层的权利。

3.蒙上双眼的布

蒙眼，是因为司法纯靠理智，而不能靠误人的感官印象而做出感性判决。亚当·斯密的绝对理性的经济人是不存在的，同样，在司法审判中，绝对理性的法律人也不存在。法官也同我们普通人一样，有血有肉，也有着喜怒哀乐、悲欢离合。一个合格的法官并不是在于能够排除一切的情感[203]，而在于能够谨慎地对待感情纠葛，在日常的审判工作中能够将道德和法律相分离，将情感和司法相区分，冷静客观的对待问题、分析问题和处理问题。法律界专家或司法专业人士应具有司法理性，能够控制自己的情感，本着理性和良知处理案件，他们应当精通法律知识，熟谙司法技巧，具有较强的伦理观念，将正义放在第一位。他应该唯法律马首是瞻，能够本着专业的眼观对待案件事实和证据，他应该具有良好的判断力，并本着良心和理性判断事物，对正义和法治应当有着持久不变的热情。[204]但现在的状况是，法官往往因为情绪而导致了同案不同判的情况，如庞凌老师也曾举过由于早饭的不同而影响法官的判决的例子。毋庸置疑，司法审判很难使得辩诉双方都获得满意的结果，甚至还可能会与民意相悖，但法官并不是道德的卫士，法官的本职在于引领民意理解司法、遵循法律，而不是被膨胀的民意所左右或是非曲解法律来顺应民意。我们不是上帝，无法了解所有的真相，我们只是再渺小不过的存在，我们会不断的犯错和不理智。我们无法以自己独立的观点来真正的说明谁对谁错，谁又是真正的正义，更无法举着正义的旗号去论证别人的是与非。不，我们不能，因此，应由法律代替我们做出判决，不管最后的审判结果是否可疑，是否不是那么平等，不带任何不理智，任何情绪，只根据法律和证据来作出判决，这才是法律的意义，这才是我们通过漫长的历史变迁所领悟的法治文化的精神，这才是法官应有的品质与风度。

（二）解开律师的枷锁

费尔德有句至理名言“法律职业的社会地位是一个民族文明的标志。”然而在我国，职业法律人的结构与西方发达国家有着天壤之别，据 2013 年的统计，我国的律师人数与法官相比居然 1：2.1，而且律师分布很不均衡，主要集中在沿海经济发达地区。更重要的是在我国至今还有形成具有职业豁免和安全保障的辩护群体，在这达摩克利斯之剑的威胁下是难以形成有效的强有力的辩护的。同时，由于司法官僚和民间辩护群体之间具有种种矛盾和历史因素，使得律师的地位边缘化。

“律师们往往因循旧历，偏爱秩序和规范，仇视叛逆的精神和不经反省的的激情。他们以对古老的事物的崇敬对抗民主所钟爱的创新，用拘谨的观点对抗民主的好大喜功，以习惯性的沉稳对抗民主的热切狂躁。”无疑，规模性的律师群体对于民主法治社会有着巨大贡献，他们充分衔接和制衡政府的公权力和人们的私权利，协助公民了解、行使应有的法定权利，对司法程序和运

[203] 李奋飞：《有一种力量——转型社会的法治细节》上海三联书店出版社第一版，第 8 页
[204] 张建伟：《法律稻草人》，北京大学出版社，第 165 页

作有着纠正和辅助的作用，在很多国家，律师制度还被认为是西方民主制度的重要组成部分，是国家政治制度中的制约力量，甚至被认为是社会民主制度的捍卫者。自改革开放以来，我国的经济文化发生了日新月异的变化，立法司法也在不断的完善，但无法否认，我国的律师职业仍处在这些困境之中。

1.观念束缚

我国两千年来的封建历史和人治思想的根深蒂固，造成了民众的法律意识淡漠，正如张建伟教授所讽刺的那样，同样是拆迁问题，德国人们说，你敢强拆我告你；中国人说，你敢强拆我炸你！普通民众遇到问题往往是“找关系”而非寻求法律的帮助，所以不少人对于律师的形象往往来自于电视电影和道听途说，对于律师这一职业存在偏见，认为是唯利是图，专挑法律空子使得坏人逍遥法外的“诉棍”，随着近年来的“药家鑫案”、“李某某案”等，舆论和民意对于司法的干预更是使得不少刑事辩护律师被推到了风尖浪口。

但在一个真正的法治国家，“process before rights,justice before truth.”[205]律师从来没有去守护正义的义务，同时也没有刻意的去充当恶魔的爪牙。每一个案件，总有对的一方和错的一方，被“锁在烟雾”中的正义是无人知晓的。在复杂疑难的案件中，不单是普通的民众和律师，法官也无法准确的判断谁是正义的一方，律师的工作就是在不断交锋中使得相对正义浮出水面，使得诉讼程序更加完善，法律体制更加优化。

2.司法官僚的挤兑

随着经济发展和市场深化，律师的收入日益增长，渐渐与司法工作人员的收入拉开差距，不少优秀的司法工作人员从原来的岗位脱离，加入到律师的行列之中，导致了公检法人才的流失，进而导致了部分司法人员心理失衡，在“官本位”的意识挥之不去的情况下，滋生了嫉妒的心理，在律师和委托人签订的风险标的合同的诉讼中，尤其明显，甚至在与之交涉的官方主管的态度都能左右着律师诉讼的成败。尤其是在司法部门人员素质不高、司法腐败盛行、地方保护主义严重，相关部门百般刁难、收取各种杂费手续费的情况下，律师简直寸步难行，打官司一度成为了打关系。

3.体系框架的圈定

放眼于国外，律师行业普遍以实行自治管理为主，执业律师协会对律师进行服务、审查和约束，而我国的律师管理体制明显属于行政管理模式，律师尚未获得自治的权力。同时国家对于律师苛以重税，纷繁的税种和地方司法行政主管部门所收的高额杂费，以及与市场脱轨的律师收费制度都严重的限制了我国律师事业的发展。[206]在法律上，不但没有给予律师足够的权利和权限，反而设立了各式各样的雷区，过多的禁止性规范阻碍了律师办案的效率，繁杂的程序和狭隘的授权性权利打击了律师的积极性。我国的《律师法》不是我国律师权利的来源，反而是一条一条的戒律，使得律师事业画地为牢、举步维艰。

（三）现代法学教育的短板

小平同志明确提出把科教兴国的战略，同样司法的革新也同样离不开法学教育。一个国家法学教育是培养新一代法律人的根本途径，是法治历程的最根本的推进力。但如何判断一个人是否

[205] 罗尔斯：《正义论》，中国社会科学出版社 1988 年版，第 81－83 页
[206] 卞建林、万毅：《法治社会与律师职业》，中国人民公安大学出版社，第 258 页

是一个“合格”的法律人，难免会提到最引人注目的全国性职业考试之一——司法考试。在粉饰太平的法学本科教育中，对于法学专业课的安排其实并不合理，甚至不断压缩应有的大类必修课程，让位于思修、近代史甚至是高数、体育，而平时的上课纪律的疏散往往会导致学生的法学基本功并不扎实，学校教务系统的评分制度诱使一些教师为了迎合学生而给出一些不由衷的分数，而上级行政领导却可能以学生的分数来推测教师的教学质量，学生的自由选课制度则提供了为了追求学分和绩点而对于偏向给予高分的教师的学生便利的途径，曾听清华大学的同学说过，张明楷老师开的课常常是门庭若市，座无虚席，开设在大讲堂里，但实际上，选课的同学并不多，甚至有不满最低开课人数的危险。种种原因，过不了司法考试似乎变得是意料之中的事了。

在这些情况下，司考的教材和培训班变得炙手可热，使得天下莘莘学子摩肩接踵入其瓮中，长期的法学素养教育和熏陶，往往难及培训班一个月的考前饕餮的收益，网上更有 “博士生考不过硕士生，硕士生考不过本科生”的留言，法学教育的悲哀就在于此。英国的大法官爱德华•柯克曾经说过；“法律是一门艺术，它需要长期的学习和实践才能掌握，在未达到这一水平前，任何人都不能从事案件的审判工作。”而我国现行的教育模式往往以分数进行人才的选拔，以证件论英雄。司法考试无疑就是一种结果的考察，但法学思维、法学意识、法律品格、法律逻辑和司法技能都是要结果长期的教育才能慢慢形成的，无法急于求成的，法学教育的轻率无疑也是一种对法律威严的挫伤。

结语

冰冻三尺非一日之寒，在政治格局丕变、国情复杂的中国，要实现舆论和司法的良性互动，需要在冰山的下层结构开始崩析，必须完成法职业者的成功转型和法治理念的深层贯彻，法治不是空洞的口号，必须从体系和司法实践中体现，而信息化的舆论报道只能作为信息的搬运工而非化妆师，在客观地对待和曝光司法实践时，应谨慎自己的本位角色，不应越位，对案情本身定性作过多的评论和遐想。在司法体制逐渐独立、完善的同时，必须严格规范司法相关人员的道德品质和职业素养，严肃遵循法律程序和法治理念，不能因为与民意相左而曲解法义以从民意，更不能利用公权力干预和压制舆论。在高速发展的信息时代和现代化法治建设中，从舆论的司法走向司法的舆论已成为历史的必然，词序改变的背后是理念和教育的进步，只有当法律成为信仰，司法的公信力才能无可撼动。

法治不需要“完美”政府

——“弃婴安全岛”引发的法治思考

马晓萌*

摘　要：本文以我国饱受争议的“弃婴安全岛”政策为出发点，讨论“弃婴岛”引发的法治问题——在法治建设中，政府应以怎样的面貌存在。首先文章指出“完美”政府追求至善，对所有问题都亲力亲为，积极作为存在着一系列阻碍法治的问题；其次，文章认为政府适当的消极对法治建设有着至关重要的作用。故本文之目的在于希望我国政府在法治建设中逐渐改变“为民做主”、事事追求至善至美的风格，并能在一些方面适当扮演更为消极的角色，推动法治建设。

关键词：法治建设 积极政府 消极政府　政策与法律

2011 年 6 月 1 日，石家庄市社会福利院在院门外建起一座“婴儿安全岛”，作为弃婴接收设施和临时庇护场所。紧随其后，西安、南京等城市纷纷成为试点，一座座“弃婴安全岛”出现在中国，且其接收的弃婴数量不断上升。其中石家庄“婴儿安全岛”在 2012 年 1 月底前，共发现弃婴 26 名。但在大部分人对这种“生命高于一切”的弃婴保护政策表示支持之时，一些现象的出现却使“弃婴安全岛”这一政策陷入舆论的漩涡之中：南京在设立“弃婴岛”后短短 10 天之内竟收到 25 名婴儿，其中 19 名被确认为弃婴，这个数字远远超过南京平时的弃婴数目；厦门“弃婴岛”仅设立 1 个小时候，就有弃婴上门，在设立的两天后，就接收了 4 名弃婴；此外，山东、安徽、河南等地方的父母纷纷抱着孩子“投奔弃婴岛”[207]……

一、“弃婴安全岛”造成的法治困扰

不难看到，“弃婴岛”在其实践中造成了一系列法律问题，而这些问题对法治建设所必须也是值得去研究的。

“弃婴安全岛”所造成的第一个问题，就是其具有“鼓励犯罪”的色彩。我国刑法第　261 条明文规定遗弃婴儿的行为是刑法所要打击的犯罪行为，“弃婴岛”却以接收弃婴为工作，难免会加强弃婴者对遗弃婴儿行为的后果无所顾忌，加强其犯罪决意。南京弃婴数目的上升无疑证实了这一点。一项政府政策可以使公民[208]更加没有顾虑的实施违法行为，不管初衷为何，也不论有哪些其他好的效果，所谓“目的纯良的政策如果在实践中推行效果相反，就是坏政策”[209]其存在的必要都有待商榷。

其次，“弃婴安全岛”体现了行政政策与法律相悖的尴尬。何为法治？即依法而治，指决定国家行为的不是人的意志，而是凌驾与一切之上的法律。而政府作为国家的行政机关，是法治建

---

* 马晓萌：2013 级法学专业本科生。

[207] 数据来自周昕.《弃婴岛的尴尬》载于《浙江人大》2014 年第 3 期 ，67—70

[209] 张维迎：《好政策，坏政策》载于 Business Review.2010:40—43

设最为重要的角色，但在此项政策中政府却做出了一项与法律不相吻合的决定，我认为这是法治建设中最忌讳看到的。并且，这样的政策竟还能在社会中广为推行，难免让人为法治堪忧。

种种问题所能证明的，“弃婴安全岛”就是政府缔造的一项“美丽的坏政策”。说其完美是因为它无疑体现了政府的担当，体现了政府对社会生活追求“至善”的美好诉求，但为何一项“完美政策”开始让越来越多的人嗤之以鼻呢？此问题的答案还需从另一层次的思考中得出——究竟法治社会是否需要一个面面俱到，完美无缺的政府呢？

二、“完美”政府造就不完美法治

一直以来，中国政府一直致力于将自己的形象塑造的更加完美，这种追求与政府在各个领域所颁布的政策、政府各项会议，平时宣传中都一览无余。从当年的“八荣八耻”一路演绎至今的“弃婴岛”政府的完美形象的要求也不断升高，力度不断加强。毋庸置疑，中国政府是典型的积极政府，在相当多方面亲力亲为，追求积极作为来推动国家与社会的发展。有很多老师说，中国政府是饱含“父爱”的政府，而正是这样的“父爱主义（paternalism）”是完美政府积极作为最大的特点。父爱主义一直以来也受到各路学者的支持叫好，认为其是“以‘以人为本’的施政纲领作为坚实的政治基础的表现”。[210]父爱主义的的确确加强了政府“以人为本”的理念，但是我认为它却冲击了法治社会最最重要的精神——“以法为魂”。

“以法为魂”是我眼中法治的精髓，即法是社会存在的唯一理由，一切政治活动都来源于法，受制于法，且其目的也是保护、贯彻法，法律应该是对社会行为评价的准绳，是公民行为的标尺。但是完美政府却打破了这一本应有的定律：

首先完美政府以追求至善为目的，这难免会使其的某些行为与法律背道而驰。其一是因为当政府开始追求社会至善或圆满时，就会对公民加以更高层次的道德要求。但理想仅仅是属于个人的，具有相当主观性的东西，绝对无法统一，且也不能被统一。一旦政府将高于法律规定的标准作为执政的标杆或目的，对公民的要求也会高于法律之规范，且领域也会逐渐扩大。正如庞凌老师所言：“最怕的就是政府为民做主”，因为当政府为一道德目标而大范围的用各种方式对公民行为加以约束或“引导”，必将导致部分公民权利和自由的缺失且难免会有固化公民价值观之嫌，而这恰恰是与法治的目标相背离的。而另一情况，即如“弃婴岛”一样，当政府过于或急于想为社会最弱小的人提供庇护时，往往会无视法律。当然，社会保障是宪法和法律明文规定的对公民权利的实现与保障形式，是对公权力的必然要求。但我上述所言已强调是“过于”或者“急于”实现社会保障，社会保障固然重要，但仅仅限于某一范围，而一旦将解决问题的所有希望都寄予至保障，那只会适得其反，出现保障带来的“共有悲剧”[211]该诉诸法律的问题就绝对不能回避。修建一座或一百座弃婴岛都只会让弃婴现象更加有恃无恐，只有严厉诉诸刑法，打击弃婴犯罪才能减少悲剧的发生。不仅是“婴儿岛”带来的犯罪问题，现实中，这种有害与法治的保障制度还有很多，比如少数民族犯罪的“两少一宽”政策就破坏了“法律面前人人平等”这一最基础的法治精神。再如各地区高考制度、男女退休年龄等保障政策造成的“逆向歧视”问题在现今社会也

[210] 孙笑侠：《法律父爱主义在中国的适用》载于《中国社会科学》.2006 第 4 期
[211] 亚里士多德：《政治学》北京:商务印书馆,1980.3.30 版

越来越突出。种种问题表明，一个追求至善的政府往往会使人民权利缺失，与法律相背离造就一系列问题。

其次，完美政府会使法律和政府政策本末倒置。在政府追求至善至美的过程中，难免存在大量制定政策的事实，这也是中国各地及中央政府的通病。列宁曾说过：“法律是一种政治措施，是一种政策”[212]。虽然列宁的观点现今看来绝对会被我们认定为是错误，但不得否认，这种观念对中国法制建设中的影响是从未被消除掉的，“以政策为法”一直以来，都是我国政府的一项通病，从中央到地方，政府在各个法律已有规定的领域大量设置政策、规章，并将其标榜至一相当的地位。且一般来说，政策的要求相较于法律更为细致与严格，故人们的行为在涉及法律之前，往往就会先涉及政策。这时，法律这一正义准绳完全位于政策要求之下，就会丧失其应有的作用，那么其在社会中地位的改变就不言而喻了。举个通俗的例子，倘若“八荣八耻”真正成为公民行为的准则，那何来犯罪，何来纠纷，更何来法律？

那么所谓政策究竟为什么不能替代法律呢？这就要从二者的性质入手了，法律具有的是普适性，即法律是考夫曼口中“数百年来，人们将其视为一个客体，一个实体上与意识相对立的标的”，而政策却“不具有法律具有的这种永恒的价值信仰和真理性地位”，及政策具有的更多的是工具性。那么，法律与政策的关系也可以视为普适性与工具性的博弈。诚然，工具性的确具有对普适性不可替代的补充性，甚至可以成为普适性得以实现的最重要之途径。但当工具性取代或者超越普适性，那么带来的问题也将是恐怖的。当一个国家过分追求于利用工具性快速达到其治国目标，而忽视了普世价值对社会全面的引导，很容易达到没有法律却有法治的假象。

综上所述，政府的积极作为倘若不加限制，很可能成为“法治杀手”；而所谓追求至善本就是一个脱离法治的伪命题。

三、消极政府不是“坏政府”

需要注意的是，在此强调的消极政府是区别于 20 世纪 70 年代西方信奉“自由主义”而不再过分干预经济的消极政府。但大致核心却是相似的，即政府不过分干预法律领域。事实证明，西方的“自由主义”有着种种弊端，但这并不意味着法律领域中的消极政府也必将失败。经济与法律最大的区别是经济活动好坏参半，加入大量了不同人的主观目的，任其自由的确不可取。但法律不同，往往是经由国家立法机关严密而专业的讨论，充分考虑与尊重了所有人的意见且经过多数人同意而产生的，其很少存在谬误，故它在实践中不应受到限制，恰恰相反，它应该需要一个“任其发挥作用”的环境。而消极政府就是一种是法律发挥其作用、帮助法律成长、推动法治建设的政治环境。

消极政府所具有的的第一项优势，便是不赋予公民其不应享有的权利和不想承担的义务，一定程度上维持社会公平。对于公民的权利与义务，谁都不可能将两者做到“恰到好处”；政府往往去给予弱者更多的权利但这也意味着给强者增添更多的义务，究竟怎么平衡天平的两端在很多时候会超越政府现有的能力。其实很简单，当政府调控力不从心做不到真正的公平时，“能少调整就少调整”就是最好的方法。依照法律最低的要求即可，法律赋予的权利一定保护，要求的义

[212] 列宁：《列宁全集》25 卷,40—41 页

务必须做到，一定不要为了穷人的利益而一味的敲富人竹杠。法律所确定的公民权利的增长应是由社会、经济发展，民主程度提高等综合因素推进，消极政府不会以“打肿脸充胖子”或者对社会强者一再的剥削的方法来使实现公民权利发展一蹴而就。消极政府不以至善至美为准则，仅仅以消灭法律所不容忍的恶作为目标，致力于对社会“零敲碎打”式的管理，当政府还未具备解决一切矛盾，实现真正公平的能力的时候，“消极守法”往往比“积极造法”

其次，消极政府能使法律的缺陷、谬误得以最好的呈现。这一点听起来似乎算不上优势，但我认为，只有让法律的错误得以最充分的展现，才会使法律成长。消极政府可以提供让法律“跌倒”的机会，我们难以否认再完美的立法也会有不适宜社会实践的错误。但很多时候，在法律问题暴露还未充分之时，政府就忙不迭的出台一项政策加以补正，可由于对问题的研究并未深入，往往政策也有瑕疵，若是小瑕疵就能“将就”用下去，若还有问题，那么就会出台另一“补丁”如此便出现恶性循环，或许言过其实，但我们必须肯定的是没有实践就提出问题甚至解决问题且结果很少会有很大的收获。法律的错误是不应被回避的，消极政府不会在法律问题显现之前就加以任何形式修饰补正，而是使该项法律正常实施，让立法者和人们都感受到其不足，这样才会有时间与依据去思量忖度。正如 1787 美国宪法随着社会发展而不断展现出落后的内容，在经过数百年中，一次又一次问题的暴露，一次又一次由问题导致的社会矛盾的不断激化，七个修正案才得以诞生；才使美国宪法在世界处于先进之列，这不是政府的各种补丁政策所能做到的。

最后，消极政府拒绝过分干预司法，真正做到使司法独立。法律制定后，付诸实施才使最重要的，而法律怎样的形式付诸于实践，也是衡量法治社会的重要手段。但在我国，司法在人们眼里往往是行政的附庸，譬如一直以来，在法院上班的都是给政府上班的观念在老百姓心中根深蒂固，而老百姓讨论如何建立法治社会时，也都是政府该怎样做，但鲜有听闻要走向法治，法院要怎样做或者检察院要怎样做。而消极政府可以最大程度上减小行政对司法的引导，不管是审判还是监督都可以与政治保持距离。司法独立是法治建设中的保障，只有政府真正意义上退出司法，法律才会使纯粹的法律，法治社会才会得以建立。

长久以来，在我们潜意识中只要政府和“消极”沾了边，就有不负责之嫌。但以法治为出发点，不难发现政府的消极可以给法律更大的空间；减少行政对立法、司法的干预，从而使法律位于政府之上，对法治建设有着不少借鉴意义。

四、“有限的有为”，积极与消极并存

“弃婴岛”的舆论渐渐平息，但其带给我们的问题的答案究竟是怎样的？ 政府在法治建设中到底要扮演怎样的角色？

政府与法治的关系是复杂的，一方面作为国家意志的执行者，政府是实现法治的关键角色，这就要求政府严格履行自己的职责，以人为本保障公民权利,通过自己的协调将法律上确立的个人利益整合为整个社会的利益加以调控[213]。并且要通过自己的行政活动树立政府的权威从而维护社会秩序。这样来说，政府对法治建设的确有着责任，需要其作为。但换个角度来看，政府又手握着国家权力，是最有可能对法治造成阻碍的对象，这又要求我们在法治建设中警惕政府僭越职权，

[213] [美] 詹姆斯.L.多蒂《市场经济——大师们的思考》林季红等译. 江苏人民出版社.2000.

从而避免人治之嫌。

就是因为政府与法治关系的矛盾性，才使得政府应在法治建设中需扮演的角色饱受争议。它既是实现法治的工具却又是法治的威胁。故法治原则不仅要求对行政权加以制止滥用，而且又要使政府能有效地维护法律秩序，以此来保证人们具有充分的社会和经济的生活条件。[214]所以，法治社会所需要的政府，是能够为法治有所作为的政府，是能够为法律提供保障，为人民带来幸福的政府。但这也不等于我国政府所追求的事必躬亲的“完美”政府。我们需要的是“有限的作为”的政府，不排斥政府应有的消极属性，合理使用国家权力，不过分干涉立法与司法。

我国法治建设现已起航，政府的作为与不作为对其的方向有着至关重要的影响。法治从不需要“完美”政府，在漫漫的法治建设进程中，期待看到中国政府的转型，期待“不完美”政府造就完美法治。

214 龚祥瑞《比较宪法与行政法》.法律出版社.2003

卖淫嫖娼人员收容教育制度的存废

祁天越*

摘　要：收容教育制度作为一种在特定历史条件下创设的法律制度，确实为我国打击卖淫活动、维护社会治安秩序做出了一定的贡献，但是随着社会的高速发展和我国法治建设的推进，依法治国和人权保障观念已经深入人心，收容教育制度所带来的一系列负面问题逐渐浮出水面。与此同时，行政机关也涉嫌滥用国家公权力，非法剥夺公民的合法权益，侵犯公民的基本人权，与我国法治的发展南辕北辙。“卖淫嫖娼还不是犯罪，却比犯罪处罚还重”。由此引发了本文对我国卖淫嫖娼人员收容教育制度存与废的讨论。

关键词：卖淫嫖娼　收容教育制度　存废之争　法治建设

南都记者门君、诚邵铭讯：2013 年 6 月 15 日晚，28 岁妇女崔某在佛山禅城区南庄一发廊卖淫，被民警抓了正着，警方查明，崔某自 6 月 14 日起，就在东村牌坊附近的发廊进行卖淫活动。当月 21 日，警方向其丈夫出示了一份收容教育决定书，这份禅城公安分局发的《收容教育决定书》中称，根据《全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定》第四条第二款之规定，决定对违法行为人收容教育二年(自 2013 年 7 月 1 日至 2015 年 6 月 30 日)。[215]全国政协委员、中华全国律师协会副会长朱征夫继 2003 年提出劳教制度的建议之后，在 2014 年提议废止《卖淫嫖娼人员收容教育办法》。他的理由是：把一个公民关半年到两年，却不必经过审判程序，只由公安自己说了算，程序不当；且在处罚合理性上，“卖淫嫖娼还不是犯罪，却比犯罪处罚还重”。由此引发了对我国卖淫嫖娼人员收容教育制度存、废的讨论。

一、收容教育制度的概述

为了严禁卖淫、嫖娼，严惩组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫的犯罪分子，维护社会治安秩序和良好的社会风气，1991年全国人大常委会通过了《关于严禁卖淫嫖娼的决定》（以下简称《决定》）。其第四条规定: “卖淫、嫖娼的，依照治安管理处罚条例第三十条的规定处罚。对卖淫、嫖娼的，可以由公安机关会同有关部门强制集中进行法律、道德教育和生产劳动，使之改掉恶习。期限为六个月至二年。具体办法由国务院规定。”在此授权之下，国务院于1993 年发布《卖淫嫖娼人员收容教育办法》（以下简称《办法》），对收容教育的宗旨、目的、主管机关、收容教育所的设立、收容教育的期限、对象等主要问题作出规定，收容教育制度由此得以形成并确立。

在《决定》、《办法》制定之初，对于打击卖淫活动，维护社会治安秩序发挥了一定的积极作用。但是，随着我国社会法治的逐步发展，相关法律的出台和不断完善，使得该项收容教育制度

* 祁天越：2013 级法学专业本科生。

[215] 《卖淫被收容教育两年起争议》，载《南方都市报》2013 年 6 月 28 日 AA20 版。

设计本身的诸多不足凸显出来。笔者对卖淫嫖娼人员是否应受处罚持保留观点，本文仅从制度的角度来分析我国的卖淫嫖娼人员收容教育制度的相关问题。

二、收容教育制度在我国现行法律体系中的尴尬地位

卖淫嫖娼人员收容教育制度在创立之初，我国的法律体系尚未完善，但我国的法律发展至今，体系不断完善，此时再来审视收容教育制度在现行法律体系中的地位，已经逐渐失去了其存在价值。可以从如下两个方面来探讨收容教育制度现今的尴尬地位。

（一）在我国现行处罚期限体系中略显多余

我国目前的处罚期限体系中，对人身自由的限制，从拘留的24小时到无期徒刑甚至死刑，几乎涵盖了所有范围。因此，仅从收容教育的时间来看，在这个处罚期限体系内略显多余，其具体表现在：行政拘留1到15天，最多不超过20天；拘役1个月到6个月，有期徒刑6个月以上，直至无期徒刑和死刑。其中的些许空白就是21天到1个月这一微小区间。而6个月到2年的收容教育制度在这个体系中单独存在并没有什么意义。

（二）在我国处罚体系中略显多余

我们首先来看一下《治安管理处罚法》的相关规定：

第十九条　违反治安管理有下列情形之一的，减轻处罚或者不予处罚：

（一）情节特别轻微的。

第二十条　违反治安管理有下列情形之一的，从重处罚：

（一）有较严重后果的。

第六十六条　卖淫、嫖娼的，处十日以上十五日以下拘留，可以并处五千元以下罚款；情节较轻的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款。

在公共场所拉客招嫖的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款。

第七十六条　有本法第六十七条、第六十八条、第七十条的行为，屡教不改的，可以按照国家规定采取强制性教育措施。

同时，《治安管理处罚法》第二条明确规定，扰乱公共秩序、妨害公共安全、侵犯人身权利财产权利、妨害社会管理，具有社会危害性的这四种危害社会的行为，依照《中华人民共和国刑法》的规定构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，由公安机关依照本法给予治安管理处罚。在刑罚范围之下，对卖淫、嫖娼人员从不予处罚到减轻处罚再到从重处罚的惩罚均已齐备，且并没有规定要对其采取强制性教育措施。再加上刑法的相关规定，治安管理处罚已经得以和刑法衔接，可以认为现行法律对卖淫嫖娼的处罚规定已经完备，不应当再对卖淫嫖娼人员进行强制收容教育处罚。

三、收容教育制度的合法性缺失与现实积弊

由于卖淫嫖娼收容教育制度这一制度所依据法律文件的先天不足，以及相关权力的行使缺乏必要的制约，导致了收容教育在实践中的滥用，因而这一制度的实践对我国法治国家的建设、依

法行政的推行造成了诸多消极影响。无论以法治国家的基本要求来衡量，还是从民意的广泛诉求出发，今天都应该对收容教育制度进行全面审视，并着手让这个已经实施近20年的制度退出社会治理的“舞台”。

(一)收容教育制度的合法性审视

若要让一项制度明明白白地“终结”，应当从其合法性和现实弊端两个角度去分析和论证。对废止卖淫嫖娼人员收容教育制度的必要性展开讨论，首先就要澄清该制度合法性存在的重大缺失。

1.收容教育制度的合宪性问题

对收容教育制度法律根据合宪性的讨论，就是分析、判断该项制度所依据的法律文件是否符合现行《宪法》以及《立法法》的有关规定。这就是凯尔森所提出的法律的合宪性问题，即“如何保证一个低级规范应符合决定其创造或内容的高级规范”。[216]正如之前所提到的，《办法》是国务院依据全国人大常委会1991年通过的《决定》于1993 年发布的，其旨在严打卖淫嫖娼行为、教育卖淫嫖娼人员。

根据《立法法》第八条第五项之规定，“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。但根据现行《宪法》，只有全国人民代表大会及其常务委员会有权制定法律。收容教育的期限是6个月至2年，并且是将卖淫、嫖娼人员置于特定场所强制劳动，这明显是限制人身自由的措施。同时，限制人身自由的强制措施不得授权给国务院制定行政法规，国务院发布的《办法》并不是处在法律的位阶，而是其之下的行政法规的法律位阶，其限制人身自由的规定，与《立法法》的上述规定相冲突，理应失效。[217]

2.收容教育制度法律性质的模糊

国务院发布的《办法》将收容教育制度认定为行政强制措施，但基于收容教育的法律本质考虑，似乎认为行政处罚更为妥当。[218]

《办法》第七条规定：对卖淫、嫖娼人员，除依照《中华人民共和国治安管理处罚法》第六十六条的规定处罚外，对尚不够实行劳动教养的，可以由公安机关决定收容教育。1982年，公安部《劳动教养试行办法》中指出，劳动教养对被劳动教养的人实行强制性教育改造的行政措施。[219]而收容教育的方针是实行教育、感化和挽救，是对被收容的人员进行法律教育和道德教育、组织参加生产劳动以及进行性病检查、治疗的行政强制措施。收容教育与劳动教养的内容并没有什么区别,都是剥夺人身自由,强制劳动,接受教育。《办法》第七条的规定仅表明了劳动教养与收容教育在时间上的区别，就二者的目的、途径以及对被教育对象的实际效果而言，没有什么差别。性质上收容教育与劳动教养一样，应当同属于行政处罚。

同时，行政强制措施的重要特点之一就是临时性，即中间性而非终局性；另一个特点，非处分性，一般是限制权利而非处分权利。收容教育，对公民的人身自由的限制长达六个月至两年，

---

[216] [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 版，第 296 页。
[217] 参见陈江华：《从一起行政复议案件看收容教育制度的存废之争》，载《法制与社会》2010年第5期。
[218] 参见郑厚勇：《论收容教育的行政处罚属性》，载《武汉大学学报(社会科学版)》2003 年第 5 期。
[219] 注：1991 年国务院新闻办公室在向全世界发布的《中国的人权状况》白皮书中指出，劳动教养不是刑事处罚，而是行政处罚。

不具备临时性，也并不是非处分性。行政处罚的本质，是合法地使违法人的权益受到损失，直接的目的是通过处罚造成违法者精神、自由和经济、利益受到损害或限制的后果，以促使其改正。收容教育的目的和手段，完全符合行政处罚的本质。[220]

3.收容教育制度与其他法律法规的冲突

《治安管理处罚法》中对于卖淫、嫖娼的处罚仅限于罚款与拘留，并不包括收容教育。同时，其七十六条规定，对引诱、容留、介绍他人卖淫，制作、运输、复制、出售、出租淫秽物品或者利用计算机信息网络、电话以及其他通讯工具传播淫秽信息，为赌博提供条件或者参与赌博赌资较大等行为，屡教不改的，可以按照国家规定采取强制性教育措施。该条并没有规定对卖淫嫖娼行为可以采取强制性教育措施，换言之，对于卖淫嫖娼的，不能采取收容教育强制措施。[221]

正是由于这些“硬伤”的存在，使得收容教育制度虽然在形式上满足了合法性要求，但在实质上难以满足法治社会下宪法、法律的要求，在实体公正、程序正义方面存在着很大的瑕疵，与法治的理念相背离。

（二）收容教育制度运作中的现实积弊

1.缺乏处分法定原则

收容教育制度在现实运作过程中，其适用条件和对象本身就不明确。《办法》第七条规定：对卖淫、嫖娼人员，除依照《中华人民共和国治安管理处罚法》第六十六条的规定处罚外，对尚不够实行劳动教养的，可以由公安机关决定收容教育。现在的劳动教养制度已被废除，对“尚不够劳动教养条件”的认定就具有极大的不确定性，在不能够从相关法律法规中明确得知收容教育的适用对象的时候，公安机关往往拥有很大的随意性。

同时，收容教育制度中使用的是“可以”一词，这种非必然性的措施，在现实操作过程中也没有其他相关文件指导公安机关去判断是否要对卖淫嫖娼人员实施强制收容教育措施，这也给了公安机关很大的操作空间。此举极有可能造成一些实践中符合所谓的收容条件的人由于缴纳罚金或者其他人为原因而让其免于受罚，而另一些不应该被收容教育的人由于其本身之外的原因、因相关执法人员主观上的原因而遭受处罚，他们的合法权益不能够得到保障，相反极易受到侵犯造成悲剧。

公安机关对收容教育拥有单独的决定权，这不仅与各国以司法机关作为限制或剥夺公民人身自由的裁定机关的司法通例有悖，也与“短期的带有临时性质的限制或剥夺公民的人身自由应由公安机关行使；长期的带有处罚性质的限制措施则应由法院依司法程序做出裁定”的准则不相符。

此外，在这种情况下，公安机关决定的强制收容教育缺乏处罚法定原则，行为人不知道自己的行为会不会被解释为应受惩罚的行为，不清楚自己行为会遭遇什么样的法律后果，从而会导致国民行动范围的限缩。

2.缺乏实质的正当程序

正当程序即正当法律程序原则，是指行政机关作出影响行政相对人权益的行政行为，必须遵

[220] 参见王培荫：《法律视觉下的收容教育》；前引④，郑厚勇文。
[221] 参见孙春雨：《我国行政矫治措施之问题与出路》，载《政法论坛》2011年第3期。

遁正当法律程序，包括事先告知相对人，向相对人说明行为的根据、理由，听取相对人的陈述、申辩，事后为相对人提供相应的救济途径等。“未经法律的正当程序进行答辩，对任何财产或身份的拥有者一律不得剥夺其土地或住所，不得逮捕或监禁，不得剥夺其继承权，或剥夺其生丰之权利。”[222]在现代法治国家，正当程序起到了非常重要的作用。美国大法官威廉姆·道格拉斯曾说：“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的，正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”

正当法律程序要求任何人不做自己的法官，行政机关在作出行政行为特别是不利于行政相对人的行为时要说明理由，任何人在受到惩罚或其他的不利处分之前应得以提供公正的听证或其他听取其意见的机会。然而在收容教育制度的现实运作中，对卖淫、嫖娼人员是否适用收容教育处罚、适用多长时间的处罚完全由公安机关单独作出，甚至仅需县级的公安机关即可作出决定。而且很少有公安机关能够事先告知被处罚人收容教育的事实、理由、依据以及陈述、申辩等权利，在此过程中，作为与收容教育决定有直接法律利害关系的人，被收容教育人员根本没有发表自己意见的机会，没有陈述权、申辩权，也没有申请听证权，被收容教育人员完全处在被动的地位，等待处罚，丝毫不能影响公安机关的办案人员，更别说限制和约束公安机关公权力的行使，事后仅有的行政复议申请也显得苍白无力。对于卖淫者和嫖娼者的抓获、收容教育的决定和实施，以及收容教育所的管理完全由公安机关负责，其程序未免过于行政化，这种限制、剥夺人身自由的强制措施，整个过程完全由公安机关一家决定，这种做法严重违反了正当程序原则中的程序中立原则、程序参与原则，是对公民基本权利的严重漠视和侵犯。

3.执行期限过长

根据行政合理性原则的要求，自由裁量权的适用应当适度。《办法》第九条规定强制收容收容教育期限为六个月至二年，期限跨度很长。但法律规范针对收容教育期限的规定过于原则，缺乏可操作性，具体给予被收容教育人员多长时间的收容教育处罚以及对哪些行为从重处罚，哪些行为从轻处罚，都没有作出具体的规定，全由公安机关根据自己意愿进行裁量，这就给执法工作带来了很大的随意性。同一种案件，基本情节相同，可能由于审批机关和审批人员的法律意识、法律水平和执法习惯的不同，而处以轻重悬殊的收容教育期限。

在刑法上，限制人身自由的较轻的刑罚有拘役刑和短期有期徒刑。拘役的期限是一个月到六个月，有期徒刑的最低期限是六个月。仅仅从处罚的执行期限来看，相比于刑罚，强制收容教育的惩罚过于严厉，本应是在刑法之下的处罚，但其处罚的严厉性远远重于刑法中的拘役刑，在量上完全达到了有期徒刑的标准。但是其与刑法中的有期徒刑不能相提并论，刑法中的量刑是由人民法院以事实为基础正确适用法律之后依法作出的合情合理的裁决，是受到检察机关、公安机关的监督的，而公安机关对相关人员作出强制收容教育决定的时候并不会受到太多限制，仅根据自己内部的相关信息对其作出处罚。从法理上讲，无论是卖淫还是嫖娼，尽管违背了公序良俗，在道德上应当谴责，法律也规定要进行处罚，但毕竟这种行为是属于“无受害人的违法行为”，没有对他人、社会造成直接和重大的影响，对这种行为的处罚应该是适当的，应该与其过错相适应，动辄对他们处以长达六个月至二年限制人身自由的收容教育，这明显罚过于罪、罪刑不相当。在

[222] 1354 年英国国会通过的第二十八条法令即《自由令》第三章。

司法实践中，因故意伤害、聚众斗殴等犯罪而被判处三年以下有期徒刑或拘役并且适用缓刑的案例屡见不鲜，但是两个不道德的男女进行了一个以金钱为媒介的性交易，对其惩罚力度超过对犯罪行为的惩罚力度，这恐怕是非常不合理的。[223]

四、卖淫嫖娼收容教育制度的存废

（一）收容教育制度的存废之争

现在学界上对卖淫嫖娼收容教育制度的批评大同小异，只是对今后该制度的发展方向该当如何略有不同。一种是改良派，他们承认收容教育制度在现阶段存在的合理性，但对制度本身的弊端提出了改良观点：健全收容教育制度的相关立法，是解决问题之根本。比如，可借鉴《中华人民共和国禁毒法》的立法经验，制定禁止卖淫嫖娼的特别法，完善法律保留，细化其具体的保留内容。对于收容教育的目的、宗旨、程序、期限、对象以及法律责任、法制监督等予以具体规定，以此严密收容教育制度，捍卫公民基本权利。同时，各级规范制定机关也应当主动肩负起审查职责，及时清理和修订自身制定的不符合法律保留原则的规范性文件。[224]另一种是改革派，主张废除收容教育，或者认为收容教育制度虽然在历史上发挥了很重要的作用，但在今天的社会效果已不大，而且违反法治、人权和正义；或者基于卖淫嫖娼是道德问题法律不应插手管的观念，认为收容教育制度没有存在的必要。目前的收容教育制度，既缺乏存在的合法性，又失去存在的合理性，应该予以取消。[225]

随着我国法治化进程的加快，与收容教育相类似的强制措施和处罚都已经逐步被取消。与收容教育的类似系列措施主要包括收容审查、收容遣送和劳动教养。收容审查制度作为一种强制措施，在 1997 年修改刑事诉讼法时已经明确废除；收容遣送制度也在 2003 年的强烈谴责和质疑声中落幕；劳教制度也在 2013 年 11 月 15 日公布的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中明确被提上日程，同年 12 月 28 日全国人大常委会通过了《关于废止有关劳动教养法律规定的决定》，延续了半个多世纪的劳动教养制度终于退出历史舞台。笔者认为，卖淫嫖娼收容教育制度随着我国法治的发展，也终将会被废止。

（二）收容教育制度的前景

收容教育制度作为一种在特定历史条件下创设的法律制度，确实为我国打击卖淫活动、维护社会治安秩序做出了一定的贡献，但是随着社会的高速发展和我国法治建设的推进，依法治国和人权保障观念已经深入人心，一系列关于收容教育制度带来的问题无一不显示出该制度的弊病，行政机关也涉嫌滥用国家公权力，非法剥夺公民的合法权益，侵犯公民的基本人权，与我国法治的发展南辕北辙。

我国 2004 年通过的宪法修正案明确写入“国家尊重和保障人权”，表明我国全面推进人权事业和保护公民权利的决心和信心。法治是立国之本，它不但合乎现代政治的需要，并且足以发挥

[223] 引自《热议：“收容教育”应否取消？》，载《四川法制报》2009 年 03 月 17 日纵深报道 02 版。
[224] 郭春青：《关于健全和完善收容教育制度的法治思考》，载《山西高等学校社会科学学报》2012 年第 2 期。
[225] 前引④，郑厚勇文。

我国固有的民族精神。[226]随着“依法治国，建设社会主义法治国家”这一目标的提出，法治行政作为法治国家的必然要求和组成部分，也日益被人们所接受和重视。但是在司法实践的过程中，一些涉嫌违宪的做法长期得不到矫正，严重损害了法律的权威性，致使一些人对我国法治进程丧失信心，甚至在社会上流传这样一种说法：在当今中国，宪法的权威低于法律，法律的权威低于法规，法规的权威低于规章，规章的权威低于政府红头文件，政府红头文件的权威低于领导的一句话。这样的段子或许真的只是玩笑，但玩笑之中也能看出一定的问题，这样的玩笑着实让人痛心，我国的法治化建设仍有很长的路要走。

退一步来说，强制收容教育制度的废除并不是一蹴而就的，盲目武断地废除会造成相关制度的缺位，更不利于对相关人员的教育和保护。收容教育制度在现行体制下仍在运行，在尚不能直接废除的情况下，我们要讨论的是妥协的过渡方法，就是要在现有的基础之上弥补其不足，坚持法治行政。对于法治行政，首先要坚持依法行政原则，这是法治行政的前提。公安机关在执法的过程中，理解和解释好相关法律法规，严格依法办事，不得随意扩大自己的权力，做出有悖法治的行为。其次要限制自由裁量权，在法治行政的条件下，法律不规定琐碎之事，因而赋予了公安机关一定的自由裁量权。但自由裁量不是一种绝对自由的权利，必须对之加以限制，使之符合合理性原则。只有正确运用自由裁量权才能既维护社会秩序又保护被打击对象的基本人权。最后健全行政监督机制，不仅要强化现有的行政机关内部监督机制和权力机关、法院、检察院的监督机制，更要增加行政执法的透明度增强公众对其的监督。[227]但这仅是现阶段的过渡办法，笔者还是更希望逐渐取消针对卖淫嫖娼人员的强制收容教育制度。在收容教育制度取消之后，可能会造成短暂性的制度缺位，因此，笔者认为可以参照劳动教养制度废止之后相关的完善措施来弥补这短暂性的制度缺位。收容教育制度也应当“向死而生”，先宣告该制度的“死亡”，之后有两种“生”的路径：第一种路径是把原来的收容教育对象二元分流，一部分归于治安处罚，一部分归于刑事处罚；第二种路径是重新启动《违法行为教育矫治法》的立法，用新法律代替旧制度，对现在的收容教育制度从名称到内容、从对象到手段、从实体到程序予以彻底改造。[228]

结语

卖淫嫖娼收容教育制度最大的问题是游离于司法体制之外，公安机关权力过大，而且适用对象混乱、随意性强，公民的人身自由基本人权不能得以保障。因此，只有解决这些根本性的问题，改变其法律性质、决定机关、决定程序、执行理念等，才能够建立起一套完善的法律制度。但是就现阶段来看，若是将卖淫嫖娼合法化公众暂时还难以接受，所以仍需对卖淫嫖娼行为进行处罚。收容教育制度的设计正是处在《治安管理处罚法》和《刑法》之间，是为弥补这之间的部分真空。然而不论是将这部分真空的内容上升至刑法规范中或降入治安管理处罚的规范，还是建立新的法律制度，法律的科学与制度的完善都是一个渐进的历史过程。历史上具有一定合理性的东西在新的历史条件下就可能产生不合理，因此，当收容教育制度渐行渐远的时候，公民的自由权才是司法改革的源动力，深层次的变革力量需要我们每位公民来提供。若是每位公民积极都参与法治建设，为权利而斗争，我相信，法治的春天必将到来。

---

[226] 杨兆龙：《宪政之道》，选自《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，中国政法大学出版社 2000 年版，第 43-66 页。
[227]参见程德刚、巴光莲：《浅谈法治行政》，中国法院网，
http://www.chinacourt.org/article/detail/2004/08/id/129621.shtml。
[228]参见冀祥德：《劳教制度废除后的立法模式选择》，载《检察时空》2013 年第 3 期。

新媒体技术在反腐领域的作用与发展

俞泽柠 高柠*

摘　要：当下，反腐已然成为社会热点问题，但自上而下传统反腐方式显然无法满足社会廉政建设的需要。在这种情况下，新媒体反腐异军突起，成为自下而上反腐的新平台。然而新媒体反腐有利有弊，如何正确在反腐领域运用新媒体技术仍值得探究。本文从新媒体反腐的利弊出发，立足于法制建设的现实需要，为更好地运用新媒体进行反腐提出一些构想。

关键词：新媒体　反腐　官方引导　权力监督　立法

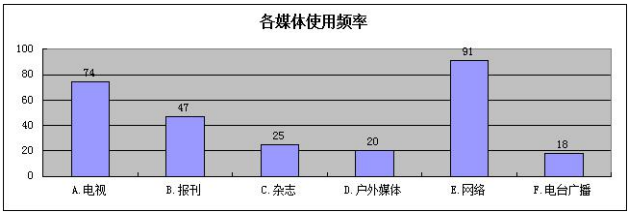
一、引言

网络反腐初期的标志性案件发生在 2004 年 6 月 10 日，一篇流传在各大网站上的题为《下跪的副市长———山东省济宁市副市长李信丑行录》文章，受到了民众广泛的关注，当事人李信随后因涉嫌贪污、受贿等多项违法违纪行为被依法逮捕，此事件极大地冲击了传统反腐方式；再到 2008 年，周久耕的落马则是新媒体在反腐领域的首次重大而成功的运用，也充分显示出了新媒体的强大力量；在 2010 年底首次发布的《中国反腐败和廉政建设》白皮一书中，网络监督得到官方认可，自此成为对官员干部进行权力监督的有效途径；到 2012 年，“新媒体反腐”这一新名词正式被提出并受到广泛的关注，大量新媒体反腐事件屡次出现在公众的视线之中,一系列官员的戏剧性下马,无不彰显出新媒体在反腐中的重要作用。

基于以上社会热点事件，本课题组从整体现实需求出发，以新媒体在反腐领域的作用与发展为研究课题，进行了深入的社会调研。本次走访调查共发放问卷 100 份，收回有效问卷 100 份。问卷发放地点为苏州市图书馆。其中 20 岁以下 7 人，20-30 岁 62 人，30-50 岁 27 人，50 岁以上 4 人。以下本课题将结合问卷调查结果对新媒体技术在反腐领域的现状与发展进行初步的探讨。

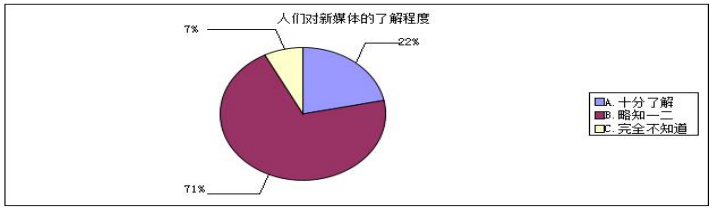
二、新媒体的界定

在生活中，也许人人都会用到新媒体，然而并非所有人都了解新媒体。问卷调查结果表明，超过 90%的人在日常生活中与新媒体打交道（见图 1-1），然而只有 20%的人对新媒体十分了解(见图 1-2)。



图（1-1）

* 俞泽柠：2012 级法学专业本科生。高柠：2012 级法学专业本科生。



图（1-2）

新媒体的概念是1967年由美国人戈尔德马克率先提出的。对其内涵的确定近年来一直未有统一。目前较为流行的定义是：新媒体是利用网络技术、移动技术和数字技术，通过互联网、无线通信网、卫星等渠道，以及电脑、数字电视机、手机等终端，向用户提供信息和娱乐服务的传播形式和媒体形态。

新媒体的种类有很多，目前在我国社会中使用最广泛的莫过于网络媒体和手机媒体了。根据中国互联网络信息中心(CNNIC) 2014年1月发布的《第33次中国互联网络发展状况统计报告》显示，截至2013年12月，中国网民规模达6.18亿，互联网普及率为45.8%，同时，手机网民规模达5亿，网民中使用手机上网的人群占比提升至81.0%。[229] 超6亿的网民，意味着近1/2 的国人都已经和互联网有过亲密接触。新媒体的迅猛发展不仅冲击着原有的信息传播格局，改变着人们获取信息的方式，也改变着我们生活的方方面面。[230]

三、新媒体反腐概述

新媒体时代的到来，不仅是传媒发展史上的革命性变革，而且对大众生活和政府治理以及政府官员生态环境都产生了重大影响，其中，新媒体对反腐工作的积极推进就是一个典型的表现。而所谓新媒体反腐，是指新媒体作为一种民众表达心声、问责政府、监督官员的主要舆论监督载体在反腐领域的运用。

（一）兴起原因

1.社会背景层面：公民意识崛起

新媒体的广泛应用使得公众获取信息的途径变得多元而便捷，人们作为国家主人的责任感和使命感不断提升，这表现为以参与意识、监督意识、责任意识和法律意识为核心的公民意识的崛起。公民意识的崛起反过来又促进人们主动通过新媒体等渠道参与公共事务，对公权力机构及其人员加以监督，这即构成了新媒体反腐兴起的社会背景。

2.新媒体反腐自身层面：弥补传统反腐的短板

依托于及时、开放的传播媒介，新媒体反腐很好地弥补了传统反腐方式的局限。这体现在如下方面：其一，举报便捷，不需要经过“上门、登记、受理”等一系列复杂程序；其二，参与度高，公众举报并提出对腐败现象的看法；其三，民众的互动与探索，有助于还原事实真相；其四，传统的反腐体系多具有一定的封闭性，而新媒体反腐透明度较高，会形成较大舆论压力，倒逼相关部门介入调查。

[229]选自《第33次中国互联网络发展状况统计报告》中国互联网网络信息中心发布。
[230]张金明：《略论新媒体和反腐倡廉建设》，载《教育系统廉政探索（第四卷）》2012年。

3.国家政策层面：大力打击腐败行为

从党的十六大开始，中央就提出惩防并举、注重预防的反腐倡廉方针，党的十八大再次强调这一方针，明确了今后五到十年的反腐工作发展方向，反腐政策导向也由侧重教育、防控转向强化惩处监督、推进制度建设。

反腐力度的加大与惩处速度的加快使得公众对反腐工作有了更多期待。而新媒体反腐这一模式更是顺应了十八大党中央对政府腐败的重点打击政策，与两会代表有关网络反腐的提案相契合，顺应时代发展潮流，为自下而上反腐提供合理意建议，适应中国社会转型时期的发展需要，有利于促进当代中国廉政建设。

（二）发展现状

中国社科院 2013 年 6 月 25 日发布了 2013 年度新媒体蓝皮书——《中国新媒体发展报告》。报告指出，近三年以来，不论是从相对数还是从绝对数上讲，新媒体都是最为主要的反腐倡廉事件的首次曝光媒介类型。2010-2012 年，反腐案件首次曝光于新媒体上的事件数量为传统媒体的 2 倍。

蓝皮书称，近年来新媒体反腐典型案例逐渐增多，但是网络举报也面临虚假信息和隐私泄露等问题。一部分网民滥用言论自由权，发布虚假信息，进行不实举报。不明真相的“围观”网民以讹传讹，虚假举报获得很高的点击率和跟帖，使新媒体反腐陷入真假难辨的混乱无序且低俗化的状态。纪检及相关部门不得不花费大量人力物力对真假信息进行甄别查证，造成原本很有限的反腐资源浪费。

四、新媒体反腐的利弊——基于社会调研的实证分析

在本次问卷调查中，新媒体几乎在每个人的生活都占据一席之地，几乎成为人们生活的必需品。问卷结果表明，超过 90%的人使用网络，其次是电视、报刊等传统媒体。然而关于新媒体在反腐领域的效果，人们见仁见智。从他们的反馈中，我们能发现在当前，新媒体反腐的优势显而易见，但其缺陷也不容忽视。

（一）新媒体反腐优势明显

1.新媒体成为权力监督的有效载体，弥补传统媒体反腐的缺陷

问卷结果显示，76%的人最常在新媒体平台上了解反腐报导，电视、报纸等传统媒体各占 12%（见图 1-3）。可见新媒体已成为现实生活中反腐消息扩散的主流平台，这与新媒体本身优势息息相关，此点前文已有详细叙述。

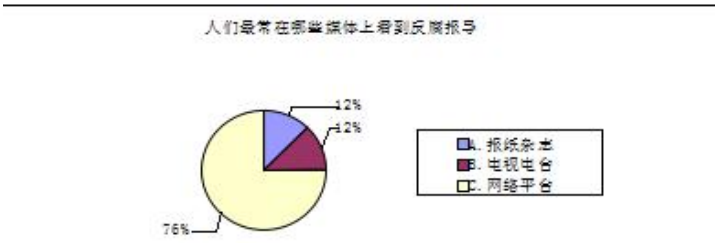


图 1-3

2.新媒体监督具有广泛的群众基础，有助于了解民意、集中民智

在新媒体快速发展的网络时代，几乎人人都有一个“麦克风”，都可以自由表达自己的意愿和诉求。每个网民都可以参与社会的公共事务管理，可以足不出户为反腐败发出自己的呐喊，这是网络时代推进民主最大的进步。

根据调查问卷，70%的人认为新媒体反腐能取得一定实效，可以很好引起官方关注进而对官员行为进行调查；26%的人认为效果不大，仅能起到曝光、舆论讨论的作用；仅有 1%的人的认为完全无作用（图 1-4）。这反映出人们对新媒体反腐的效果大致满意，并对其具有一定信心。

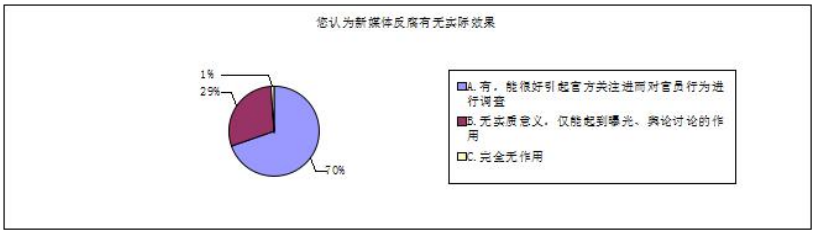


图 1-4

新媒体具有的参与性、公开性、及时性等特点，已使它成为“微时代”群众的可靠选择，其变革性意义在于它调动了全民反腐的热情与积极性。

3.新媒体监督是对行政监督和司法监督的有力补充

传统监督渠道具有封闭或不畅通的缺憾，新媒体监督能有效补充党和国家机关内部自我监督的不足。新媒体的独特优势，正推动数量庞大的网民群体加入到对权力监督的行列中。调查结果显示，如果遇到腐败问题，50%的人会优先选择通过网络引起关注，其次 27%的人选择电视、报刊等传统媒体，寄举报信、亲自举报仅占 7%与 6%（见图 1-5）。

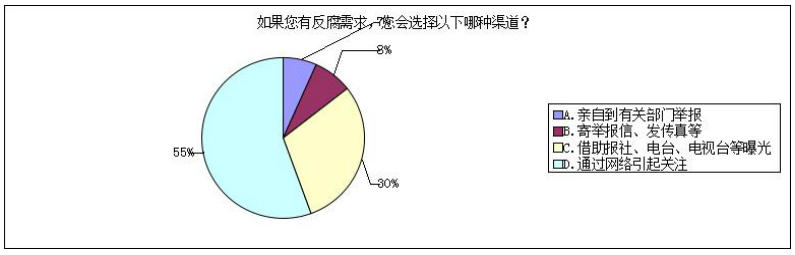


图 1-5

在给出的理由中，人们表示，将搜集到的腐败分子的腐败证据，通过新媒体曝光、高调示众、不断转载、转发会产生极强的放大效应，短时间内便会引起社会的广泛关注，从而提高了腐败被发现的概率。在此特定条件下，新媒体监督对查处涉嫌腐败官员实际上起到了民主推手的作用，也成为了行政监督和司法监督的有力补充。[231]

（二）新媒体反腐负面问题仍存在

1.公众看客心态下的低参与度

[231]高峰：《浅析新媒体在权力监督中的作用》，载《中共山西省直机关党校学报》2013 年 06 期。

根据问卷结果，人们使用新媒体最常通过即时通讯软件，如 QQ、微信等，这些沟通平台可以作为新媒体反腐很好的平台。但就目前来看，这些交流平台上官方声音注入较少，网友提出腐败问题也难以得到官方回应，并且该种即时通讯一般是一对一，传播面不广，难以起到反腐实效。而关于是否曾参与新媒体反腐活动的话题，73%的人选择“只看不说”，16%的人不了解，只有 11%的人曾经参与过（见图 1-6）。可见公众大都是从看客的角度对待反腐活动，很多并未实际参与，由此看出新媒体反腐虽传播面较广，但公众参与度不高，这就使得新媒体反腐的实际效力不得不引人怀疑。

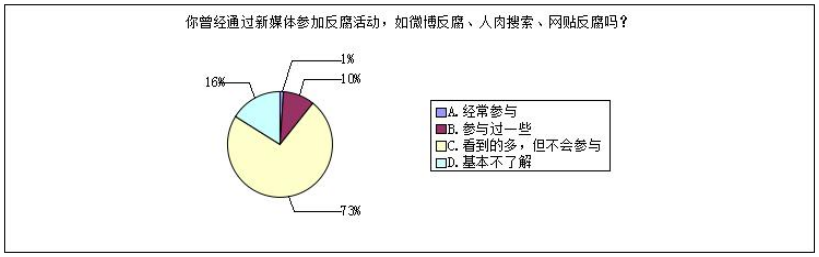


图 1-6

2.新媒体反腐无序化与低俗化

新媒体背景下，人们视野更加宽广，思维更加开阔，社会思想更加活跃，价值观也更趋于多元。当前，对网络上一些模糊、不正确甚至是极端的反腐败的负面言论、心态、情绪，还缺乏及时有效的疏导方式。同时，“网络群体事件”以及对官员腐败及道德作风问题的“网络炒作”也经常会形成强大的负面舆论氛围，亟待强化反腐倡廉宣传教育的正面引导力，营造风清气正的新闻舆论环境。

关于是否支持为了达到反腐目的而使用人肉搜索、夸大事实等手段的行为的问题，44%的人选择不支持，认为这是不合理的，侵犯了他人隐私权；其次 41%的人认为可以使用，但不倡导（见图 1-7）。这表明公众对于用非常手段反腐较为理性，但不可否认部分人仍有过激之处，这也给我们如何理性运用新媒体反腐提出了新的思考。

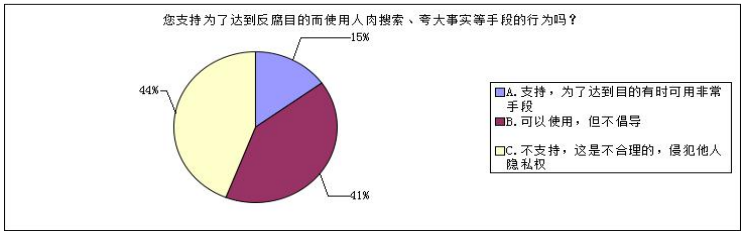


图 1-7

在实践中，部分网民为吸引眼球，或为窥探隐私、发泄私愤，进行不实举报。不明真相的网友以讹传讹，使这些报道获得高点击率与传播率，使新媒体反腐陷入真假难辨的无序状态。

此外，低俗化也是新媒体反腐过程中的突出问题。《中国新媒体发展报告（2013）》中指出，新媒体事件中出现谣言的比例超过 1/3。此外，网络反腐陷入真假难辨的混乱无序状态且低俗化。实际上，腐败的形式包括徇私枉法、以权谋私、权钱交易等，但从近几年网友曝光的事件看，无

论是经查处的案件还是虚假曝光，大多与“情妇”、“二奶”、“包养”等字眼联系在一起。究其原因，是因为这类“桃色新闻”更能吸引人眼球，更能引发舆论关注。低俗信息的不断放大也不利于未成年人的身心健康。

3.新媒体反腐容易“误伤”

今年网络上广州“房婶”李芸卿拥有 24 套房子的信息曾经大热，经调查李芸卿部分房子已卖掉，目前的 6 套房产均系合法收入购买。针对此事件，魏永征教授在博客中发表的《为“房婶”李芸卿鸣不平》一文中认为：“广州市纪委的行为可能涉嫌非法公开个人资料信息。虽然我国尚未制定个人资料保护法，但个人资料信息已经纳入法律保护的范畴。广州市纪委公布的情况如果不实，可能也会侵害公民名誉权。”

在调查中，关于官员的一些权利是否应该得到保护，66%的人认为需要，他们认为官员也是人，其正常生活秩序不应被打破；而 34%的人则认为不需要（见图 1-8），官员作为特殊群体，其行为本就应该被公开并受公众监督、批评。这表明公众对于官员身份、个人的权利与义务的关系上的认识仍有偏差，这也是导致诸如人肉搜索等极端反腐手段存在的原因之一。

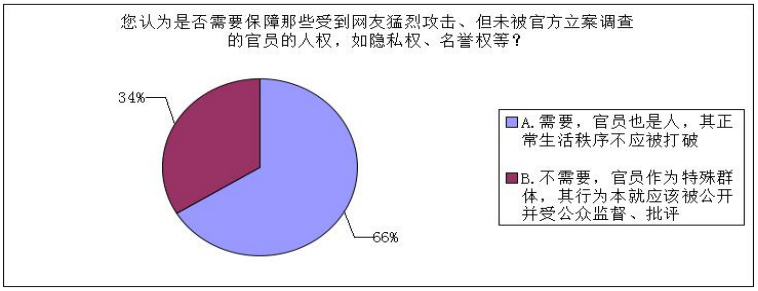


图 1-8

现实中，有些新媒体上的信息来源复杂，真伪难辨，难免会出现信息不实、诽谤、诬告等情况。未经查实的“网络曝光”与“无序搜索”也会侵犯官员正常生活秩序，对被曝光的主体产生网络暴力。同时，此种没有法律底线的“曝光”、“人肉”，一旦蔓延到普通人身上，就可能造成对个人隐私的伤害，“新媒体反腐”如果缺少更多细节和理性，也往往容易造成一些无辜民众生活的困扰。

4.新媒体反腐冷热不均，反腐进程受阻碍

虽然各级纪检监察机关都提出要积极稳妥地推进媒体反腐，但是作为新媒体的网络舆论还是让一些官员感到“恐惧”，出于本能的自我防卫，现在有部分地方的做法是一有问题就屏蔽，甚至还出现了少数网络举报人被官方抓捕、拘禁的情况。这些事实恰恰说明了，新媒体反腐方式并没有得到一些地方的认同，其未来的进一步发展还存在着非常大的阻力。[232]

五、新媒体反腐的改善路径

新媒体使用的广泛性一方面意味着网络等新媒体力量的发挥，另一方面，也可以认为传统媒体正在逐渐失去特有的优势，在很多时候很难表达人们的意见。进一步说，民意的表达渠道和手

[232]李巍：《新闻媒体在反腐倡廉建设中的作用浅议》，载《先锋队》2013 年 33 期。

段正在发生变化，而现实依旧是逼仄的。新媒体的种种缺陷使得新媒体反腐之路困难重重。然而，媒体反腐只不过是目前反腐的新形式，制度反腐才是根本。为使我国能更好地推进反腐工作，本组成员从以下几个方面进行了考虑：

（一）加强新媒体反腐的官方舆论引导

新媒体背景下，社会思想更加活跃，价值观也更趋于多元。当前，对网络上一些模糊、不正确甚至是极端的反腐败的负面言论、心态、情绪，还缺乏及时有效的疏导。中央要尤其重视互联网在反腐败中的作用，着力提升新媒体反腐的制度化水平。专家表示，新媒体反腐作为反腐的环节之一，不可能解决所有事情。而谣言的解决之道在于官方发布信息的及时和充分。

新版中纪委监察部网站开通上线就是一个很好的范例。该新网站有六项主要功能，接受网络信访举报是其中之一。网站主页突出了“信访举报”，设置了“举报指南”、“我要举报”、“举报方式”等五个菜单。与此同时，2013 年 9 月 12 日，中央纪委常委、秘书长崔少鹏通过在线访谈表示，中纪委将适应新媒体移动性强的特点，适时推出网站的移动客户端。第二天，中纪委就在其官方网站上贴出公告，欢迎举报“两节”期间公款送礼、公款吃喝等不正之风。这是新版中纪委监察部网站上线后，首次接受专题举报[233]。 类似这种由中央组织的反腐形式可以在一定程度上对网民反腐进行规范化疏导，减少不实、恶意报道。

当然，官方舆论引导需要改进的地方还有很多。中国人民大学新闻学院副院长喻国明就表示，目前，官方信息发布还存在不及时、没有针对性的问题，有时官方甚至用造谣的方式来辟谣，这造成了官方的公信力比较低。解决谣言的问题，关键就是在于官方能否及时和充分并有针对性地把相关信息告知社会。

（二）优化反腐组织结构，增强机构独立性

香港的廉政公署对反腐有巨大推进作用，主要在于廉政公署是独立的，廉署只对最高行政长官负责，但最高行政长官从不插手廉署调查。投诉委员会独立运作于廉政公署，监察及覆检所有涉及对廉政公署及廉政公署人员的投诉。另外，廉署还有个内部监察组 L 组，所有指控，都需要报告律政司。廉署只是调查机构不能起诉，律政司不属于廉署，负责起诉。这样，独立调查、社会监督、律政司起诉，真正做到“三权分立”。

大陆反腐工作主要由以下三类机构进行：1.党：中共中央纪律检查委员会；2.检察院，主要是反贪污腐败局；3.政府：国务院下属的监察部、审计署、国家预防腐败局等。这三类机构在一定程度上能起到反腐败作用，但与香港的机构设置相比，存在组织冗杂、反腐工作针对性不强、对党政机关具有依附性与从属性等弊端。

以近期重拳频出的中纪委为例。根据有关规定，中纪委在党的中央委员会领导下进行工作，监察部与中纪委合署办公，而监察部是国务院组成部门，由此可见，不管是在垂直领导关系上还是在经费来源方面，中纪委都对党政机关有较强的依附性。并且，纵观建国以来的我国的反腐进程，可以发现，往往当党政号召大力反腐时，反腐工作会进展异常顺利、一片“欣欣向荣”之景。但当其沉默时，反腐界也几乎进入尴尬的“寂静期”。虽然当前反腐工作取得巨大进展，但可以

[233]《新媒体蓝皮书：中国新媒体发展报告 No.5（2014）》，社会科学文献出版社 2014 年 6 月，第 14-15 页。

看出，这种成果主要是在党和政府的主导下获得的，这表明我国反腐机构在打击贪污腐败现象时，可以说毫无独立性可言，这不利于反腐机构独立开展反腐工作，维持反腐的连续性与主动性。

所以当前反腐机构改革的当务之急是增加其独立性，自主能动地开展工作，改变原有“党走我也走”的被动状态。至于与司法权的联系，理论上说，由于司法的监督惩戒作用，把反腐机构与司法机关挂钩有有合理性。但就大陆当前现实看，司法机构尚无法独立于党政机关，因此反腐机构与司法机构也应保持一定距离。

（三）完善反腐制度化建设，加强权力监督制约

关于更好地管理网络舆论，许多专家学者提出建立网络实名制，这也引起社会上的广泛讨论。诚然，网络实名制可以规范人们的言谈，有利于社会安定团结和国家的民主发展。然而从新媒体反腐角度，我们不赞同网络实名制：首先，网络实名制的弊端显而易见，它将使网络失去活力，不利于言论自由，也会涉及侵犯隐私、泄露隐私等影响正常生活的现象；其次，匿名表达权是公民的一项基本权利，这在新媒体上表现得尤其突出；最后，新媒体成为公众信赖的举报反腐的首要途径，其附加条件便是不实施网络实名制，正是因为网络匿名的环境，才使得广大网民能够对社会公共事务畅所欲言，大胆地批评政府及其官员的不当、违法言行而不用担心被打击报复。网络表达的匿名性使得任何一种言论成为强制干涉目标的可能性最小化了。近年来网络舆论监督、网络反腐方兴未艾，也与网络匿名性有密切关系。

既然不赞同事实网络实名制，那要如何规范新媒体秩序呢？我们认为，可以对匿名表达权进行合理程度的限制。和其他宪法基本权利一样，网络匿名表达权也有其行使的边界，在保护的同时应受到必要的限制。这种限制主要体现在它首先必须符合宪法设定的特定目的，具有目的正当性。因此必须在“法律保留原则”与“比例原则”的前提下，由有权机关对是否限制匿名表达权以及限制多大范围作出判断。

至于另一社会热点——财产公开制，本课题组成员持赞同态度。官员财产公开申报制度，是国际社会普遍采取的一种制度，有“阳光法案”、“终端反腐” 之称。这项制度最早起源于 230 多年前的瑞典，1883 年，英国制定了世界上第一部有关财产申报的法律。具体来说，通过严格的官员财产申报制度，一旦发现官员个人财产与其正常收入间存在差距，官员就必须作出解释与说明，如不能提供合法所得的证据，即便没有证据证明是非法所得，也会被认定为是灰色收入而治罪。对于那些通过一定程序民选出来的官员，则必须在所选举的范围之内向社会进行公示。可见，官员财产申报制度，对官员来说，无疑是悬在其头上的一把利剑，特别是对于那些不安分守纪、敢于滥用权力的腐败官员，更是如此[234]。

当前我国部分地区虽已初步建立财产公开制，但在执行中贯彻并不到位。从新疆阿勒泰的情况看，2009 年 1 月 1 日起，阿勒泰将率先在全国试行官员财产申报制度。2009 年 1 月 1 日，该地区的五名领导干部填报的个人财产申报表如期在网上公示，然而五人中无一人填写本人及其近亲属接受与该领导干部行使职权有关系的单位和个人赠送的现金和各类礼金。由此可见，财产公开制名不副实，存在“公开的都是没问题的，有问题的是不会公开的”的现象。因此，要加大财产

[234]汪玉凯：《官员财产申报制难以建立的思考》，载《今日中国论坛》2009 年第 Z1 期。

公开制的执行力度与涵盖范围，公开内容可分为四类:一是被公示者的基本情况，包括本人、配偶及未成年子女名下的财产拥有情况等；二是被公示者执行廉洁自律各项规定的情况，包括因公因私出国(境)情况、有否收受钱财以及参与赌博等情况；三是遵守廉洁从政准则的情况，包括有否利用职权职务便利或影响的情况；四是本人认为需要报告和说明的其他有关情况[235]。

（四）优化反腐立法、加大打击力度

新媒体反腐的有效进行离不开有序的网络环境。从这个角度来说，立法要加大对网络谣言、不当人肉搜索等行为的惩治力度，在法律以及制度上为新媒体反腐保驾护航。

然而，究其根本，通过对比大陆刑法与港澳台刑法、国外的法律我们可以发现，大陆刑法在贪污受贿罪的定罪类型以及处罚程度上有着显著缺陷。

我国已签署了《联合国反腐败公约》，而其中我国法律与之不相协调的部分非常值得我们注意。在我国刑法中,贿赂中的“财物”,一般是指钱财和物资,但在财物是否还可以包括用金钱计算的物质利益即财产,甚至非财产性的利益上存在着对立的观点。《公约》关于贿赂的规定中,其表述是“不正当好处”。具体而言,“不正当好处”包括了财产性和非财产性的利益。在财产性的利益中,主要是指财产、收益和犯罪所得等具有经济价值的利益,而不限于其表现的形态。如《公约》第 2 条关于“财产”的解释,“财产”系指各种资产,不论是物质的还是非物质的、动产不动产、有形的还是无形的,以及证明对这种资产的产权或者权益的法律文书或者文书；非财产性利益,则是指无法衡量其经济价值的利益,如提供的某种特权、便利、机会、服务等。按照我国的一般理解,如提供晋职、工作调动、性服务等。

这种解释正如香港刑法中的规定：贿赂，即利益。根据《防止贿赂条例》第 2 条的解释规定，是指除《舞弊及非法行为条例》第 2 款所指的捐献外的任何利益。在中国内地刑法中受贿罪的贿赂依照法律明文规定，即于“财物”以及经济往来中的“各种名义的回扣、手续费”。可见，在香港及国际上，贿赂即利益的范围极其广泛，包括除特定捐赠及款待以外的所有利益。这样有利于公务员或公共机构雇员恪守法纪，无法规避法律，亦堵绝了任何可能的借口。而在中国内地，贿赂仅限于“财物”，其范围相对狭窄。

当前我国建立法治社会，解决社会问题，立法是重中之重，也是根本途径，只有完善立法，培养公民法制意识，才能从源头杜绝腐败。因此，以上法律方面的改变应被予以重视。

六、结语

吸引网民猎奇心理的艳照、情妇、奢侈品，出于借机泄愤、利益争夺等心理动机的诋毁污蔑，各种充斥的网络水军，似乎成了新媒体反腐的“构成要件”。但这种“狂欢式”的新媒体反腐不应成为中国社会的常态，法律制度才是反腐治贪的利器。建立有效的预防腐败机制，重塑政府公信力，加强反腐机构独立性，才能让网民回归理性思考，使得媒体反腐与制度反腐相辅相成。在新媒体时代，必须适应形势，深入研究互联网等新媒体对反腐倡廉建设的影响，扬长避短，把新媒体反腐作为一项制度创新，积极引导，创新工作方式，充分运用信息技术提供的手段和途径，

[235]汪玉凯：《官员财产申报制难以建立的思考》，载《今日中国论坛》2009 年第 Z1 期。

增强反腐倡廉建设的实效性，为社会主义建设提供坚强保障。

Abstract：At present, corruption has become a hot social problem, but the traditional top-down way of anti-corruption is obviously unable to meet the needs of the society to build a clean government. In this case, the meteoric rise of new media has become a new platform of anti-corruption which acts from bottom to top. However, new media anti-corruption has both advantages and disadvantages. Therefor how to correctly use the new media technology in the field of anti-corruption is still worth exploring. Based on the real need of the construction of legal system ,this article starts from the pros and cons of the new media applied in anti-corruption, attempting to putting forward some ideas for the better use of the new media in anti-corruption.

Key words：new media; anti-corruption; official guide; organization; supervision; legislation

浅议知识产权法院的建立

——以专利确权及保护为视角

孟晶*

摘　要：随着设立知识产权法院的议程逐步推进，社会各界对知识产权法院的相关问题日益关注。本文通过对目前知识产权审判体系的由来与现状进行梳理，提出构建知识产权法院模式的一些想法，同时针对与专利确权相关的一些问题展开深入探讨，以期对知识产权法院的设立有所裨益。

关键词：知识产权法院　专利　行政　司法

近年来，随着我国经济社会的全面发展，知识产权的作用逐渐凸显出来，而由此所引发的知识产权案件也逐年增多，目前的知识产权案件审判体系已经无法满足实际需要。无论是从国内实际情况出发，还是对国际展望而言，中国建立知识产权法院是大势所趋。

一、专利保护双轨模式的现有困境及不足

中国的知识产权保护实行的是颇有特色的行政保护与司法保护并行的双轨制模式。双轨制起初是根据中国建立知识产权保护制度之时的国情而建立的，当时我国司法力量不够强大，需要行政力量予以辅助，双轨制的出现无疑是符合国情的一大创举。但是，双轨制却备受争议，甚至有学者提出要取消双轨制。在知识产权中，专利权的保护最具有双轨制特色。

在我国专利保护中，行政保护的缺点显而易见：首先，行政保护处罚力度不高，对侵权人的威慑作用不大；其次，行政处罚不能对受害人进行必要的赔偿救济；最后，行政处罚仅代表行政责任，对侵权人的民事责任和刑事责任则无法追究。

在我国专利保护中，司法保护的弊端也较为明显：首先，立案较为困难，且受害人的举证责任较重，维权成本较高。其次，司法程序冗长，效率较低，诉讼周期长。最后，因为目前知识产权领域内还未引入惩罚性赔偿，使得司法保护中的赔偿数额仍然较低。

在实际运用中双轨制本身也出现了一系列漏洞，出现了很多问题。其中最大的问题就是行政执法和司法救济之间的衔接问题。二者之间衔接得并不紧密，甚至会出现一系列的冲突，表现在三种情况：其一，专利复审委员会的裁决与法院民事诉讼判决的矛盾；其二，专利局的裁决与法院民事诉讼判决的矛盾；其三，对专利局等行政部门的裁决提起的行政诉讼判决与法院民事诉讼判决的矛盾。这一系列的矛盾冲突使得双轨制的进行比较艰难，而且没有明确的衔接机制使得程序设置相当繁琐，效率不高。在这个技术更新发展的时代，时间非常珍贵，但冗长的程序耗费大量的时间，不仅浪费行政司法资源，而且不利于权利人的保护。

* 孟晶：2012 级法学（知识产权）专业本科生。

二、知识产权法院的优势所在

（一）有利于增强知识产权案件审判的技术性，使得知识产权案件的审判更加专业化。

知识产权作为一种无形财产权相对于其他权利更为抽象，因此对知识产权的审判也更加具有技术性和专业性。现行的法院体系将知识产权审判庭安插在民庭之下，因而其专业化程度较低。知识产权案件审判中，关于侵权与否的问题并非民事刑事案件中仅依靠常人的判断能力和一些审判技术上的能力即可判断，很多知识产权侵权的判断是需要经过严密的检查和论证的，其中以专利更为突出。而知识产权法院的建立则能够很好地改善现状，知识产权法院独立于现有的法院体系，能够对其组织更具有话语权，而知识产权案件的集中受理使得知识产权法院内部也能够根据各种不同的专业方向进行分类，使得法官可以专注于一个方向例如植物新品种进行深入研究，从而促进各个法官的专业化，并且在其研究方向上不断深入总结，提高其专业素质和审判能力，提高知识产权审判的技术性和专业化。

（二）有利于合理配置司法资源，提高审判效率，降低司法诉讼成本。

目前的知识产权案件审判程序复杂是一个重要问题，根据我国的实际情况，一个专利侵权的案件可能要走民事一审、专利复审委员会无效之审、行政一审、行政二审和民事二审五道程序，每个程序都需要花费几个月的时间，导致一个专利案件需要历经几年才能结案。但是专利是技术实施的保证，对于现代社会高技术产业意义非凡，就因为专利侵权案件的冗长拖沓可能导致研发技术几年不能实施，而结案之时，该项技术可能已经失去了其市场价值。因为每个案件所需要的资源很多，现行的知识产权审判庭人力有限，导致现有的司法资源只能解决其中的部分问题，进而出现知识产权案件受理的门槛高的问题。知识产权法院的建立能够从司法资源的合理配置方面解决这些问题，知识产权法院从组织上完全适用三审合一的审判模式，可以简化案件的审判程序，提高审判效率。而知识产权法院的建立使得司法资源更为集中更为扩大，有利于知识产权审判队伍的精英化，也更有利于司法资源的合理配置，提高了知识产权审判工作的专业性和效率性，从根本上解决门槛高的问题。

（三）有利于解决各地审判不一的问题，统一审判标准遏制地方保护主义。

现行的知识产权审判体系依附于法院配置之下，由各地的地方法院统一管理。但是各地的经济标准和其他发展情况不一，也会导致各地的法官的审判标准不一的问题。目前我国司法存在的普遍问题就是司法不独立，各地的司法机关受各地政府的领导和管理，因此，司法机关很容易成为各地企业的保护伞。我国目前一直存在东部发展西部落后的发展不协调问题，各地政府为了业绩的突出一味要求发展经济，而忽视了很多应该注重的问题。在发生知识产权侵权案件时，各地政府为了保护企业的发展拉动经济就向法院施压，使得法院不得不做出对保护伞下的企业有利的判决。而知识产权法院在全国范围内划区建立，对本范围内的知识产权案件进行管辖，不受任何地方政府的影响，有效地遏制了地方保护主义，有利于司法审判的独立性。

（四）有利于精简机构，节约人力资源，培养新型法官，改善我国司法人员的配置。

我国目前的法院系统相当庞杂，各地法院人员众多，但是效率却十分低下。在此基础上我国还存在着行政机关设立的行政复审部门，如专利复审委员会、商标评审委员会，我国的知识产权审判机构显得既庞杂又松散。知识产权法院将知识产权审判庭从现有法院系统中独立出来，并且合并了行政复审的部分部门，通过一系列的培训，培养出新型的知识产权专业法官，通过独立的人事任免奖励惩罚措施确保法官队伍的精英化。知识产权法院可以完全吸收行政复审部门的人员，通过一系列的培训成为新型的技术法官。知识产权法院的独立设置，取消了原本庞杂混乱的体系，精简了机构。法官的专业程度是审判效率和审判公正的保障，通过培养新型法官提高法官的专业素养，改善我国的司法人员的配置。法官队伍的精英化精简了法官队伍的庞大化，通过提高效率的方式来解决扩大人员数量所不能解决的问题，可以率先为我国现有的政府机关和法院系统起到良好的表率作用。

（五）有利于我国行政司法力量的合理配置，维护司法尊严，提高我国法律的安定性。

在知识产权制度建立之初，出于国情考虑，在保护方面更加侧重于行政力量的投入。但是随着我国司法力量的逐步发展，应该让保护知识产权的主要力量回归司法。知识产权虽然具有一定程度的公共性质，但是本质上仍属于私权，应该属于司法所调整的范围。如果仍然主要依靠行政力量对知识产权进行管辖，则破坏了司法的公正性。而行政机关的执法行为的程序性要求较弱，离准司法行为差距较大，容易破坏法律的安定性，造成社会大众对法律的信仰的伤害。建立知识产权法院需要对知识产权保护的行政力量和司法力量进行重新配置，在行政保护与司法保护之间的衔接方面重新架构，将司法保护作为对知识产权保护的主要力量，平衡各方力量，维护司法尊严。

三、知识产权法院的设立

（一）知识产权法院建立的必要性

在双轨制模式的弊端之下，众学者提出很多意见，其中呼声最高的就是建立知识产权法院。首先，为了解决知识产权案件的审判不一的问题，上世纪 90 年代，自从上海市浦东新区人民法院开始探索“三审合一”的知识产权审判模式，全国各地法院都开始逐步探索各有特色的“三审合一”模式。至今已经存在浦东模式、西安模式、武汉模式、重庆模式等，前人已多有研究，在此不加赘述。而在积累了经验之后，更有有识之士提出建立知识产权专门法院的建议。2001 年吴伯明委员在全国政协第九届四次会议上提案建议在我国设立知识产权法院，认为从我国知识产权保护国际形象、审判标准统一、精简机构提升水平和节约程序提高效率四个方面都对我国非常有利。直至 2013 年 11 月 15 日发布的十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出：“加强知识产权运用和保护，健全技术创新激励机制，探索建立知识产权法院”，知识产权法院的建设正式提上日程。2014 年 6 月 6 日召开的中央全面深化改革领导小组会议上审

议通过了《设立知识产权法院方案》，从而把设立知识产权法院的探索由改革方向提升为国家层面的具体行动。

（二）知识产权法院的模式设想

随着知识产权法院的议程逐步推进，关于知识产权法院的模式构建众说纷纭。参考国外，大体存在知识产权法院模式、知识产权上诉法院模式、知识产权审判庭模式和商业法院模式等。

而在众多学者的建构中，笔者比较倾向于知识产权法院系统的模式。我国地区差异较大，东部发达西部落后，而知识产权是科技文明发展的重要力量。因此，我们无须依照全国各地地方法院的建制，而可以根据地方经济发展状况具体设定。可以将全国分为十个区域，每个区域设置一个知识产权初级法院对本区域内的知识产权案件进行管辖，各个区域涵盖的面积不一，根据知识产权案件的数量来决定，保持各个区域的案件数量大体一致。因此，西部的知识产权初级法院的涵盖范围较广，甚至可以涵盖几个省；而东部的知识产权初级法院涵盖面积较小，分管的案件数量较多，例如上海市就可以单独设立一个知识产权初级法院。在全国范围内再设置一个知识产权上诉法院，对知识产权初级法院的上诉案件和部分特殊案件进行管辖。对于知识产权案件仍然采取三审终审制，对于知识产权上诉法院的判决仍不服的可以上诉至最高人民法院。对于知识产权上诉法院的设置，可以参考经济最为发达的地区，不一定要在北京。在三审的终审阶段可以借鉴日本的知识产权高等法院的经验，在最高人民法院内部分设知识产权最高分院，解决知识产权案件的终审问题。对于知识产权法院的审理应采取三审合一的模式，在知识产权法院中无须设置民事庭、行政庭、刑事庭，对于一个知识产权案件的审理要从全方面进行，在一次审判中对案件的民事、行政、刑事责任归属完全明确，这也是知识产权法院较之于现行的审判模式的一个优势所在。

四、知识产权法院设立中的相关问题处理

（一）立法上的论证缺陷，法律上没有依据

我国的《人民法院组织法》中还没有设置知识产权法院的立法条文，而且在诉讼法体系中立法并没有确定三审合一模式的合法性。立法是最基础的，是建立知识产权法院的前提。笔者认为在真正筹备建立知识产权法院之前，必须通过修改《人民法院组织法》增加知识产权法院的设置，并对其设置的级别、内容和运作程序都要进行合理的配置和论证。修改三大诉讼法即《民事诉讼法》、《行政诉讼法》和《刑事诉讼法》的诉讼程序设置的内容，将知识产权案件的民事、行政和刑事审判程序融合在知识产权法院完整的审判程序之中，将三审合一正式写入法律，也方便法官对之进行理解接受和运用。写入法律的三审合一模式可以借鉴现有的浦东模式等各地经验的总结，但是一旦写入法律，各地需要放弃自己所创设的模式，而应该统一适用法律明文规定的模式，由此来保证法律适用的普遍性和审判差异的最小化。

（二）行政力量与司法力量的分配与衔接问题

前已述及，知识产权保护上存在行政力量与司法力量之争，笔者认为应该让司法保护成为知识产权保护的主要力量，但是这并不代表完全取消行政保护的内容，行政保护仍然有司法保护所

不具备的优势。由此，行政与司法之间的力量分配和如何衔接成为一个主要问题。笔者认为，行政保护具有的最明显的优势在于其便捷高效，不需要经过繁琐的程序启动，对制止侵权行为的速度较快、力度较强。因此，可以发挥行政保护在诉前程序中的作用，让行政力量配合司法机关的行动进行调配，成为进入司法程序的先前保护程序。在受害人发现侵权行为时，可以向工商行政管理部门举报，行政部门经过简单的情况确认之后立即行动对侵权产品进行扣押等处罚措施，并且在一定期限之内由受害人向法院起诉侵权人，进入司法程序。在规定的期限内受害人不启动司法程序的，行政机关可以在双方同意的情况下促使双方达成和解，但是该和解不具有强制执行的效力。如果受害人既不提起诉讼，也不同意和解的，由行政机关针对侵权人的侵权行为的情节对之进行一定程度的行政处罚。如果受害人不提起诉讼，但是侵权人负有行政或者刑事责任的，由行政机关向检察机关报告，由检察机关向法院提起诉讼。如果受害人直接提起诉讼的，则由法院立案之后向行政机关出具通知，由其对侵权行为实施一定的制止措施和诉前保护措施。经过此类程序设置，行政力量虽然没有退出知识产权保护的范围，但是仅是在尽量发挥其优势的情况下配合司法机关进行保护，较之现行法律，行政机关所享有的主动追究的权限大大减少。整个程序的最终决定权在于司法机关，保护程序的主体也在于司法机关，使得司法力量成为知识产权保护的主体力量。关于知识产权确权方面的行政与司法的配置，将于后文述及。

（三）知识产权法院中法官的人才培养问题

大量的技术人员应该是知识产权法院的一大亮点，放眼全球，建立知识产权法院的国家都为知识产权法院配备了大量的技术人员，尤其是在专利案件审判中。美国有具有专业背景的法庭助理给予法官参考意见，德国存在技术法官与法律法官的合作，日本有调查员和专门委员来提高审判的专业化程度，台湾地区也严格选任法官和技术审查官来提高智慧财产法院审理案件的能力。虽然称谓不同，但是职能基本一致都是提高知识产权审判的专业性，帮助法官进行审判。我国可以借鉴德国的技术法官的方式，在知识产权法院内部设置一些技术法官为法律法官的判决提供专业的技术参考意见。这些技术法官可以向各大高校的理工专业背景的研究人员或者有专业技术知识和长期工作经验的资深教授和工作人员招募，也可以向担任过国家专利局商标局审查工作的审查员招募，还可以部分吸收专利复审委员会商标复审委员会的工作人员。至于法律法官的问题，笔者认为可以对目前在法院中长期担任知识产权案件审判工作的法官进行简单地培训，担任首批知识产权法院的法官。在日后的法官人才的培养中，应该注重知识产权方向的法官培养的专业化，需要熟悉民事、行政、刑事全方面的新型法官。在知识产权最高分院中，可以吸收全国高校著名的知识产权学者的投稿，关注知识产权学界的主要动向，在运行知识产权法院中遇到的问题也可以由学者给出参考意见。

（四）国家专利复审委员会的去留问题

这是知识产权法院建立过程中必然会出现的问题，也是关于专利的确权争议最大的问题之一，是知识产权法院建立过程中出现的行政力量与司法力量配置和衔接的另一个重要方面。

在专利侵权案件的诉讼过程中，程序复杂的关键在于被告向专利复审委员会请求宣告专利无效的程序来拖延专利侵权民事诉讼的进程，此时民事诉讼的法官陷于困境：究竟要不要等专利复

审委员会的宣告结果来结案，问题的根本在于专利确权的权力掌握在行政机关手中。如果法官采取“等”的措施，则会导致被告为了拖延诉讼程序恶意申请专利无效，而经过行政机关的决定和行政诉讼一系列漫长的程序进程，对专利权人的保护显然是不利的；如果法官“不等”，直接作出判决，则可能面临与日后行政机关的专利有效与否的决定相冲突的尴尬境地。而且，由于目前专利复审委员会作为行政机关因为其作出的专利有效与否的处理决定而面临着大量的行政诉讼，无论是为确权之争还是为恶意拖延，都使得原本工作量大的专利复审委员会更加应接不暇，使得其原本在专利申请方面的专利复审职能都无法有效履行。而且，目前我国规定没有利害关系的任何主体都可以针对任何专利提出宣告无效，而且申请者的举证责任不重，这不仅增加了专利复审委员会的工作量，使得恶意诉讼极为便利，也使得权利人对其所享有的专利权没有充分的信心，对专利权的使用也会有很大程度的限制。

随着知识产权法院建构的日渐落实，学界学者们围绕专利确权问题的讨论也如火如荼。笔者认为，知识产权法院的建立能够比较好地解决专利确权问题，主要体现在以下几个方面。

1．国家专利复审委员会不能取消，但是应当削减其职能。

国家专利复审委员会的存在不仅仅是在专利无效程序中，其原始任务应当是在专利申请的过程中，对再申请专利的复审。因此，国家专利复审委员会应当继续留存，作为专利局中的专利申请程序中的一个部门。

2．对于专利确权的权力应当划归法院，由司法机关作出专利是否有效的决定。

提出这一想法的学者众多，笔者也支持这一想法，主要原因有几个方面：

（1）知识产权法院采取三审合一的审判模式，在知识产权案件的审判程序内部即可解决有关的行政责任问题。而且，审判程序完全集中在知识产权法院内部有利于审判程序的简化和审判效率的提高，不会出现现行的冲突问题。

（2）专利权是知识产权，而知识产权则属于私法的范畴，虽然带有一定的公共属性，但是其权利的根本问题应该由司法机关来决定。行政机关不应该对私权有太多的干涉，基于其公共属性的行政干涉应该仅限于专利申请的决定权。

（3）对于专利复审委员会对专利无效享有决定权的初步设想应该是基于专利复审委员会中具有一定的专业人员，对专利的申请、现有技术等有较强的判断能力，而目前法院中尚缺乏此类人才。但是，知识产权法院的人才设置中就专业人员有更高的配置，人员设置对于知识产权法院应该具有更高的优势。

知识产权法院的建立势在必行且意义重大，笔者希望我国的知识产权法院能够早日问世，以期解决目前我国知识产权审判面临的困境，完善我国的知识产权保护制度，推动我国知识产权领域蓬勃发展。

参考资料：

1 沈强.从“三审合一”到知识产权专门法院——兼论知识产权审判模式和体制的改革[J].电子知识产权,2010(08):83-87.

2 武善学.论我国专利权行政保护存在的问题及其完善[J].甘肃联合大学学报(社会科学

版),2010(02):18-21.
3 郑书前.论知识产权保护双轨制的冲突及协调[J].河南大学学报(社会科学版),2007(05):25-28.
4 刘飞、陈金玲.论专利权行政保护和司法保护的矛盾、冲突及解决[J].法制与社会,2013(25):236-238.
5 胡淑珠.试论知识产权法院(法庭)的建立——对我国知识产权审判体制改革的理性思考[J].知识产权,2010(04):37-42.
6 何伦建.我国专利权的行政保护[J].电子知识产权,2007(02).
7 胡道才.一些国家和地区知识产权专门法院设立情况[J].法制资讯,2007(05).
8 郑书前.知识产权行政和司法保护冲突解决机制研究——以知识产权上诉法院为视角[J].电子知识产权,2007(07):41-52.
9 周晓冰、樊晓东.专利行政执法与司法程序的衔接[J].人民司法,2010(15):44-49.
10 吴伯明,关于在我国设立知识产权法院的建议[J].知识产权,2001(03):3-4.
11 刘远山、余秀宝、余正,论我国知识产权法院的独立设置[J].襄樊学院学报,2012(01):48-56.
12 程雪梅、何培育,欧洲统一专利法院的考察与借鉴——兼论我国知识产权法院构建的路径[J].知识产权,2014(04):89-94.
13 刘飞、陈金玲,浅议专利权无效诉讼程序[J].法制与经济(上旬),2013(07).
14 孙海龙,设置综合知识产权审判庭的理论思考与路径选择[J].中国审判,2011(04):100-103.
15 傅利英、张晓东,台湾地区智慧财产法院制度及运作状况述评——兼评与大陆法院试行的“三审合一”模式的区别[J].科技与法律,2009(05):62-67.
16 韦贵红、阎达,域外知识产权法院的设置与运行[J].知识产权,2014(04):95-100.
17 尹锋林,知识产权法院建设刍议[J].前线,2014(01):50-52.

Summary: With the development of the establishment of the intellectual property court people from all walks of life put more emphasis on the intellectual property court. This paper presents some views about the construction mode of the intellectual property court through comb the origin and the current state of the judicial system of IPR trial. Meanwhile, this paper will study some issues relating to the confirmation of patent in depth in order to benefit the establishment of China's intellectual property court.

Keyword: intellectual property courts ; patent ;administration ;judicature

“跌倒老人扶不扶”难题的法律对策

王梦瑶*

摘　要：近年来“老人跌倒，无人敢扶”的新闻层出不穷，相关争议一直不断。老难有所爱，扶起跌倒老人本是举手之劳，但在道德滑坡的今天，“扶不扶”却成为横亘在国人心头的一道难题。老人跌倒扶不起的原因无外乎两类：其一，从利益衡量角度出发的不敢扶；其二，从价值判断角度出发的不愿扶。其实，“跌倒老人扶不扶”争议的核心是，当客观事实无法再现时，怎样分配当事人的风险和责任问题。目前国内法律对于客观事实无法再现即无证明时的证据规划、跌倒老人医疗费用、扶老人行为的处理原则及对诬告陷害者的惩处问题等均无明确定性。就“扶不起”难题现状而言，仅从道德教化是无法彻底解决上文所述现存争议的，惟有将教育与制度相结合，两者兼而有之、以法律制度为重，才能从本源上消除争议，彻底扶起跌倒老人。

关键词：扶不扶　道德断层　利益衡量　损害赔偿　法律对策

引言

近年来，随着我国经济的不断发展，人口老龄化进程逐步加快。且据新华网报道，跌倒是我国65岁以上老年人伤害死亡的首要原因。根据国际标准保守估计，我国目前65岁以上老年人每年约有3000万人摔倒，到2020年每年老年人摔倒人数约5000万人。中国康复医学会的研究报告指出，65岁以上的老年人摔倒年发生率为30~40%，其中有50%的老年人为反复摔倒。摔倒的老年人中有20~30%的人发生中度和重度损伤；摔倒后60%的老年人活动受到限制或不能活动。[236]老难有所爱，扶起跌倒老人本是举手之劳，但在道德滑坡的今天，“扶不扶”却成为横亘在国人心头的一道难题。

关于“跌倒老人扶不扶”以及相应的法院判决引发的争议并非一个新问题（如耳熟能详的“南京彭宇案”、“天津许云鹤案”等），这些年来“老人跌倒，无人敢扶”的新闻层出不穷，相关争议一直不断。今年1月，更是出现了广东河源农民吴伟青因扶老人反被指撞人而自杀身亡以示清白的事件。马年“央视春晚”还把《扶不扶》这一社会热点话题制作小品搬上了舞台，然而尽管几位演员表演非常卖力，但让亿万观众笑不起来，反而其背后的“好人被冤”、“无人敢扶”的问题再次令人对目前我国道德和法律的严重缺失的情况进行反思。其实，“跌倒老人扶不扶”争议的核心是，当客观事实无法再现时，怎样分配当事人的风险和责任问题。针对国内跌倒老人没人敢扶这一现象，许多学者提出建议希望通过立法方式来改善这一状况。一些激进的学者提出，将行人看见跌倒老人不扶等见危不救的行为入法加以惩治。这里存在着道德法律化的限度问题，即道德立法的限度。本文笔者将试图从跌倒老人扶不起难题的现状出发，在研究“扶不扶”背后当

---

* 王梦瑶：2012级法学专业本科生。

[236] 徐炯奴：《老人摔倒不敢扶，谁缚了我们的双手？》，载《老年人》2011年6月刊。

事人的成本收益、社会道德断层等问题的前提下，对国内“跌倒老人扶不扶”难题的相关争议予以分析，并提出初步的法律对策，以期用法律制度扶起跌倒老人。

第一章 “跌倒老人扶不扶”难题的现状探究

自南京“彭宇案”起，摔倒在地的老人就成了考验人心的“试纸”——扶，怕被讹诈；不扶，泯灭良知。客观而言，此前发生的部分老人的讹诈行为严重伤害了社会良知，恶化了社会风气，这也是造成目前公众冷漠、道德断层的重要因素之一。另一方面，司法审判中的公平悖论更是使得“扶不扶”争议难以调和。在此，笔者将从“彭宇案”、“许云鹤案”两个典型案例切入，结合法理分析跌倒老人扶不起的社会现状以究原因。

第一节 典型案例分析

一、南京彭宇案

2006 年南京的徐老太在公交车站等车，自称被正在下车的市民彭宇撞倒，将其告上法庭并索赔 13 万元。2007 年南京市鼓楼区人民法院“从常理分析”认定彭宇撞倒了老人，送老太上医院纯属“做贼心虚”，进而裁定彭宇补偿原告 40%的损失 45876 元。后在南京中院二审即将开庭之际，双方当事人达成庭前和解协议，双方撤诉后不再执行鼓楼区法院的一审民事判决。具体案情在此不做赘述。

当时一审判决书中法院根据日常生活经验，结合社会情理分析认定原告系与被告相撞后受伤。由此看出，彭宇案是一起典型的证据不充分的民事案件，法官在判决过程中援引公平原则而导致了无罪赔偿的情况。虽在五年后，案情真相终于揭露，彭宇表示当年确实与徐寿兰发生了碰撞。但无论彭宇案的事实真相究竟如何，判决书所显示司法审判人员在运用推理技术时不仅犯有低级错误，还产生了一个“公平责任”并不公平的道德悖论。[237]

但究彭宇案引发公众热议的原因其实是在法官素质参差的现今，在面对证据不足法律不完善时自由裁量权使用的偏差。在司法人员素质无法大幅度全面快速提高的现状前提下，法官如何紧抓事实证据和法律两点，达到法律正义下实质的公平，仍然是一个问题。

二、天津许云鹤案

该案件被称为“彭宇第二”事件，意在表明案件本身以及对社会影响的相似性。此案发生在 2011 年，天津车主许云鹤自称搀扶违章爬马路护栏摔倒的老太王秀芝，而王老太声称是许云鹤撞到了她。此案同样是证据不足导致无法认定当事人双方的责任，双方各执一词也是与之前的彭宇案如出一辙。法院一审判决仍是结合生活经验推理判定许云鹤负 40%责任并赔偿 10 万余元。从社会舆论来看，当事时社会公众多倾向于支持许云鹤一方，对法院判决存在巨大争议。而在二审期间，司法鉴定中心根据现场勘验笔录、事故现场图及照片，尤其是腿伤痕迹位置与车辆保险杠高度吻合，从而认定王秀芝腿伤系许云鹤驾车行为所导致，许云鹤的驾车行为与王秀芝的损害之间存在因果关系。至于事故过错责任认定方面，双方均有过错，按比例分担责任。

本案最大的争议焦点无非仍是许云鹤到底有没有撞倒王秀芝，即在没有有效事实证据的前提下怎样认定过错方，还原事实争相。此类问题在相似的案件中一直是争议的主要焦点，由于事件的突发性、偶然性，取证十分艰难。在本案中，基本没有客观有效的证据，所以最后难以认定，

[237] 季卫东：《彭宇的公平悖论》，载《财经》2007 年第 19 期。

只以上文司法鉴定结果为准。虽然许云鹤方认为鉴定书具有倾向性而不服审判结果，但就总体而言，司法鉴定书在本案中作为比较有效的认定证据是具有合理性的。

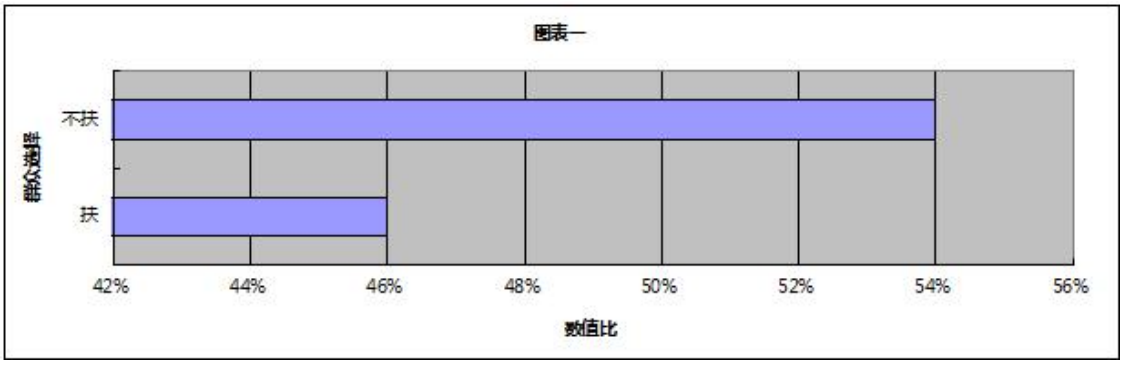
尽管以上典型案例均以被告撞到老人的事实结案，但在案件自始至终的审理期间，社会舆论争议最多的还是“做好事反被讹”这一现象，甚至远远超过对案件结果的关注。所以这一系列老人跌倒案件所带来的社会影响更多的是加重了民众对是否要扶起跌倒老人的忧虑，从而引起大环境下社会道德风气的恶化，影响持续至今。

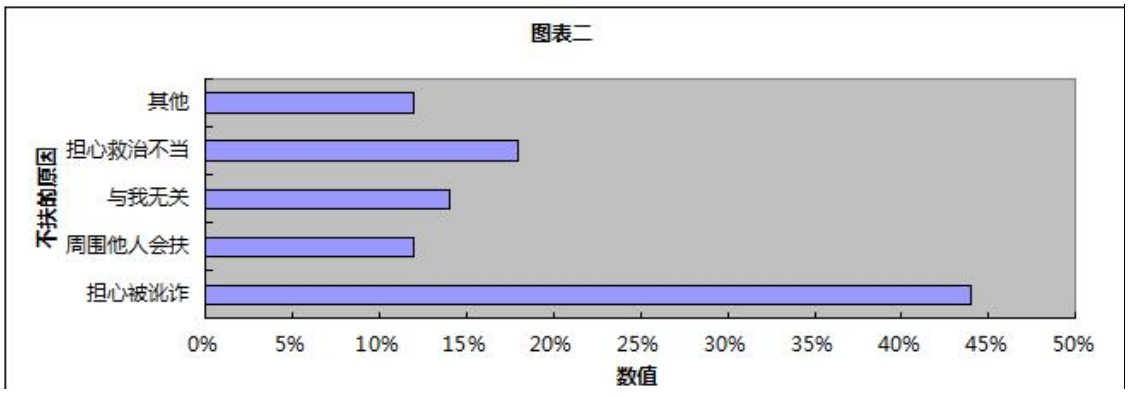
第二节“扶不扶”难题的原因探究

为切实了解“扶不扶”难题的社会现状，本课题团队采取社会实践问卷调查与群众采访的方式深入问题内部，并结合理论分析老人跌倒扶不起的原因，据此总结为两类：其一，从利益衡量角度出发的不敢扶；其二，从价值判断角度出发的不愿扶。

一、利益衡量角度出发的不敢扶

根据本团队实践调查结果数据显示（图表一），过半群众选择不扶跌倒老人，而其中又有四成群众不扶老人的原因就是怕被讹诈不敢扶。明明做了好事却还要承担被帮助人诬告的风险，这就使得越来越多的群众不敢去扶起老人。这一想法是现在路人不扶的主要原因，这种心理不仅源自路人保护自身利益的衡量，更是受到了社会道德滑坡的影响，一定程度上已经成为了一种大众心理。因此就有了大量群众围观但无人敢上去救助情况的出现，甚至出现面对出手相助的群众有时也不是称赞认同而是出言相劝“你扶了负不起责任”这种情况。这也直接导致了近年来因路人不扶不救助而致跌倒老人病重甚至死亡率的提升。今年 2 月，35 岁女白领在深圳地铁口晕倒 50 分钟无人相扶急救以致身亡。此前，更是有武汉 88 岁李性老人在离家不到百米的菜市场摔倒，众人围观却无人伸出援手，因抢救不及时而亡。类似事件不断的发生，而因“扶不起”所失去的一条条生命应该是对所有国民的一种警醒。





二、从价值判断角度出发的不愿扶

据调查数据显示（图表二），选择不扶跌倒老人的群众中有近六成群众是从价值判断角度出发的不愿扶，他们又分为两类：积极的不愿扶与消极的不愿扶。积极的不愿扶，是指因担心救助不当加重老人伤势而做出的价值选择；消极的不愿扶，则是指出于公众冷漠，“与我无关自有他人会扶”的价值选择。

而随着众多此类案件的发生，选择“消极的不愿扶”的人群占更大比例且有上升趋势。实践中部分群众在遇到此类事件时本来就犹疑不定，而在经过各类报道与舆论的影响之后，此部分群众更是退缩坚定不扶。毕竟助人行为只是道德层面所提倡的，并没有法律强制力。老人讹诈助人者导致群众不再相信跌倒的老人，也使得真正需要帮助的老人失去救扶。人际诚信的缺失，也是现代社会道德断层的严重体现。

第三节 扶不起现象的法理学探析

一、以比例原则为基点 进行利益衡量

（1）失信成本与失信收益失衡

根据利益比较，在失信行为中，失信者所要承担的失信成本最主要为个人名誉和道德谴责。这些的成本要素都具有难以转化为生产力或者物质保障的特点。在社会养老保障体制缺失的情况下，为了寻求物质保障，减轻经济压力，一些老人不得不把这部分个人要素通过不道德方式转化为经济购买力，即失信收益主要为经济收益。这样的经济收益对于这些无法在养老体制之内寻求安全感的老人及其家庭来说，无疑是迫切的。

所以显而易见，在失信成本与失信收益的利益衡量之下，有着迫切经济购买力的老人不得不把自己的名誉等转化为可流通要素，也即为何部分跌倒老人以失信为代价实施讹诈行为。

（2）救助成本、冷漠成本与救助收益失衡

在中国一直宣扬的做好事不留名、做好事不求回报的道德环境下，扶起跌倒老人所获得的收益不过是个人内心自我价值的实现，即便有幸能够被媒体报道，但也仅是精神奖励。在讲物质重实物的现代中国社会，这样的激励也只能停留在道德说教里，是难立即有效的。

跌倒老人的救助成本本来是不高的，只是短暂的时间花费；遇到老人摔伤比较严重的情况如老人须立即住院治疗的，也不过是先行垫付医疗费（且国内医药费的索回具有无因管理制度对其进行保障）。但是在媒体集中报道老人失信事件后，公众将遇到讹诈失信行为的自救成本也算在了救助成本之中。

而在法律未对见危不救行为进行明确定性，此刻采取冷漠态度的成本并无法律成本。漠视的当事人所面临的道德风险无非只有被媒体可能曝光的名誉成本，而这在当前又是不允许的。亦即冷漠的经济成本可以忽略不计，然所谓的良心谴责又会因为“别人不扶我也不扶”的从众心态而平均分到所有路人身上，所以冷漠所需要的成本是极低的。

在注定低成本的收益情况下，理性人自然会做出低风险的选择。

正是失信者的低成本和高回报与救助者的高成本低回报之间的水位差，造成了失信老人不断

涌现和救助者不断减少的水流，虽然这一股水流本身影响不大，但是当媒体“别有用心”地集中报道或添油加醋后，现在已经是极具腐蚀性的一条污染河，将道德大流分支断层。

二、以经济原则为基点 法律成本的思量

如果采取立法的形式将老人讹诈失信行为或者民众见危不救行为类型化，明确双方的法律角色与权责，那么这是否一种司法资源的浪费，即是否有立法的必要？可以说，老人失信行为只是个别案件，在绝对数量中只占较小比例，除去媒体集中报道的社会负面影响，其在一定范围内造成的社会负能量是有限的，但是如果为了保障这股负能量中的当事人的合法权益而进行立法程序，那么就需要大量司法资源倾斜到事实认定的过程当中，所以有学者认为，“不仅会导致公共资源的浪费，而且公安机关为了追求自身利益最大化也缺乏破获见危不救案的有效激励，同时潜在的救助者也会通过减少引起救助发生的行为而不是通过救助来避免法律责任”。[238]

而由于司法成本较大，故而现在仍无明确法律对被救助者失信和见危不救行为进行定性。在有关事件大肆报道之后，道德说教显然不能解除公众疑虑，在做好事要承担巨大风险的状态下，公众难以避免抱有多一事不如少一事之态度冷漠对待跌倒老人。

第二章 “跌倒老人扶不扶”难题的焦点问题

现今见危不救、见危不助的事件屡屡发生，社会道德正义的严重缺失固然是缘由之一，但最主要的是，我国法律在此方面的软弱、空白、不作为所致。目前国内法律对于客观事实无法再现即无证明时的证据规划、跌倒老人医疗费用、扶老人行为的处理原则及对诬告陷害者的惩处问题等均无明确定性，然“跌倒老人扶不扶”难题的争议也集中于此。“病来如山倒，病去如抽丝”，这是一个需要认真“抽丝”的社会疗治工程，[239]惟有着力将“扶不扶”难题的现有争议一一解决，才能从根本扶起跌倒老人。

第一节 无证明时对扶人者责任的认定

在数件有关搀扶跌倒老人引发的纠纷中，法院普遍都做出了有利于跌倒老人的判决。如上文分析的南京彭宇案最终一审法院以双方无过错但依据公平责任原则判处扶人者赔偿 40%的损失，而天津许云鹤案法院则以此案为交通纠纷为由据《道路交通安全法》作调整判处扶人者赔偿 40%的损失。法院的一次次判决不断吸引着群众的目光，持续引发社会公众的议论，其中最主要的意见便是认为，这些判决印证了当今“好人没好报”的道德困境。

显然，法院的判决局限于个案而忽略或者说没有充分考虑判决的社会影响。“司法判决书的主要功能仍然是社会的，是要为纠纷之解决提供一个合理化的证明以及在可能的情况下为后来的类似案件处理提供一种指引。”[240]法律具有指引与预测作用，行为人根据法律对自己将要做出的行为进行预测。在现实生活中，每个人在做出重要决策时都要预先估计自己的行为将会在法律上引起什么样的倾向，亦即促进或妨碍此种幸福的倾向，来赞成或者非难任何一项行动。我说的是无论后果，忽视这种预测和估计往往会导致决策失败或者违法片面。同时从功利主义的角度来讲，

[238] 刘泉：《增设“见危不救罪”的冷思考》，载《北京化工大学学报(社会科学版)》2012 年第 1 期。
[239] 刘吉同：《用制度扶起跌倒的老人》，载《学习月刊》2011 年第 11 期。
[240] 苏力：《判决书的背后》，载《法学研究》2001 年第 3 期。

边沁曾经指出：“功利原理是指这样一种原理：它按照看来势必增大或减小利益相关者之幸什么行动，因而不仅是私人的每项行动，而且是政府的每一项措施。”[241]个人的主体性使得群众在面对类似的有老人跌倒的情境时，会进行利益的衡量：我去扶的话会怎么样？会不会被讹诈？会不会官司缠身？法院的判决会影响到大众遇到相似事件时的功利分析，一旦这种功利分析的结果是：扶比不扶需要付出更多的成本时，道德的滑坡就将无法遏制，群众的冷漠就将会是无法治疗的顽疾。而从南京彭宇案开始，一系列类似案件的判决都恰恰将功利主义导向了道德的反面，这就是法院判决结果不断被公众质疑的主因。

然而在一片批评声中，我们也应当理解，在一次次面对据不可还原的客观事实做出是非损益决断时，“法官自觉不自觉地受制于‘损害最小化原理’。在对立证据难分伯仲时，法官会做一个不得已的选择：若不能保证善最大，一定要确保恶最小。”[242]法院偏向跌倒人的判决绝不仅仅是出于保护弱者的立场，而是在适用“损害最小化原理”的基础上，认为一个人在绝大多数人冷漠时出手是另有原因，出于更深层面的考虑，法官实际上是希望藉由此判决，使得社会大众能够接受一套行为规范，“这套行为规范不鼓励‘出手’，不鼓励‘触碰’，而提倡保护现场，报案呼救”，“这样的行为规范如果能够长期坚持，‘大善’虽不至，但‘大恶’可杜绝，从而重建社会诚信。”[243]再基于个案的考量，考虑到老人这一绝对弱者的利益，在当今注重解决纠纷的司法环境下，法官的判决也不能说是毫无道理的。遗憾的是，法官的的希望并未成真，成为现实的反而是当初最不希望出现的情况，也即上文提到过的公平悖论。

由此可见，当法官裁断相关案件时，他所面临的不仅仅只是两种利益的权衡，而是两方势力的脑内较量。一方是站在媒体大众立场上，重视扶人者利益以及与之密切相联的社会影响（其中主要是社会道德信赖），另一方则是出于相反角度，在“损害最小化原理”影响下，法官对社会影响（其中更多的是对社会行为规范的影响）以及跌倒老人切实的人身利益的考虑。从一系列的案例判决结果带来的社会影响中，我们可以得出，如果一味受制于“损害最小化原理”，从建立社会新规范同时保护弱者的角度出发，双方按照合理比例分摊医药费，伤害到的往往是一个无辜的善良公民以及可以确定的，来自社会的道德信赖。但如果选择扶人者不承担相关责任，则跌倒老人的利益又如何得到保障，是否会滋生肇事者充当扶人者借以脱罪等等新的不定因素？笔者认为，从利益衡量的角度，前者的利益是大于后者的利益的。因为冤枉一个好人远比放走一个坏人来得恶劣得多，这是对一个社会整体道德的破坏，这样的结果我们已经从彭宇案、许云鹤案等案例中有目共睹。因此在客观事实无法还原的情况下，在这样明显的侵权案件中，法院应当适用举证责任的分配原则，在跌倒方无证据证明自己被扶人方推倒的主张时，其主张不应被认同，扶人者不应承担责任。

第二节 跌倒老人医疗费用的分配

关于跌倒老人的医疗费用如何分配的问题，笔者认为关键在于“已扶”行为发生后。虽然在道德滑坡的现今社会，“不扶”的情况普遍存在，但其相对于“已扶”的情况明显少了一个善意

[241] 边沁：《道德与立法原理导论》，北京商务印书馆 2005 年版，第 58 页。
[242] 邓子滨：《法律的精髓不是鼓励善而是禁止恶》，载《南方周末》2011 年 9 月 1 日，F29 版。
[243] 邓子滨：《法律的精髓不是鼓励善而是禁止恶》，载《南方周末》2011 年 9 月 1 日，F29 版。

的第三人，所以在此就不加赘述，而着重于讨论“已扶”后跌倒老人的医疗费用分配。笔者认为关于扶了跌倒老人之后医疗费用的分配问题可以从老人摔倒的原因切入，分为以下三种情况：

一、老人故意跌倒

这种情况下老人往往会对扶助者进行讹诈，比起说是“老而不为”，更倾向于一起严重伤害善良风俗的“碰瓷”事件。对于这样的情况一般应有以下特征：一是老人本身伤的并不重，一般只是普通擦伤程度；二是老人紧抓扶他的人不放要求赔偿。在这种情况下，如果经各方调查显示老人跌倒完全是自身原因时，那么接下来的处理方式就真正和“碰瓷”相似。首先，要保证扶人者个人利益得以保全；其次，由于对此类民事案件调解过程中老人的要求（即使）不能视为诈骗、勒索等行为，不能处罚老人，但对老人及其家人进行思想教育绝对是必要的。如果证据不足以证明老人跌倒属于自身原因，那么此后处理应当参照前文所述，只要老人没有进一步证据（不论伪证与否）证明自己确系扶人者撞倒，老人的赔偿主张就不应当被认可，扶人者依然不需要承担赔偿责任。“年老是弱势”的观念绝不能成为被法律特别庇护的原因，只有公正合理的审判，才能暖一暖扶助者的心，才能使群众得以相信只要证据充足就不会被讹诈，藉此鼓励保障更多人民助人为乐，社会道德断层趋势才不会进一步恶化。

二、老人因自身原因跌倒（与上述故意跌倒的区别为跌倒行为发生时主观无恶意）

在这种情况下，有三种可能：一是如果老人没什么问题并对扶助者表以感谢的话，则皆大欢喜，无需过多介入。二是若老人后来见财起意，想要转而讹诈，在查明的情况下应该依第一种情况老人故意跌倒处理，即便不能查明也不能轻易按公平原则让扶人者承担赔偿。三则是这种情况最大的症结，即在老人重伤昏迷或死亡时，老人家人与扶助者发生冲突，在这种情况下，政府相关机构应承担起保护扶人者的责任，防止老人的家人对扶人者的日常生活进行非法骚扰，企图以“私了”为名勒索钱财。

三、老人因他人撞击跌倒

此情形下，首先要收集证据，辨别扶人者究竟是肇事者还是善意扶助者，如果说当证据不足时同样应参照第一种情况，扶人者不应当承担赔偿责任。若在确定了扶人者并非肇事者后，则应该通过各种手段查找证据，追寻真正的肇事者，并由其承担老人的所有损害赔偿，当然这是在老人无过错的前提下。而在肇事者找寻不到的情况下，政府部门应当建立起相应的惠民保障制度，这将在后文具体探究。

综上，笔者认为就跌倒老人的医疗费用的分配，应该在保护扶助者利益的大前提下，保障老人这一弱势群体的权益。

第三节 扶老人行为的处理原则

目前学界大多将扶老人的行为混淆定性为见义勇为，然需明确的是，扶老人的行为并不可简单的定性为见义勇为。“好撒马利亚人”（The Good Samaritan）从上个世纪 60 年代成为一个法律术语，人们用它来指称帮助他人的人，尤其是在紧急情况中救人的人，略近于我国的见义勇为英雄。但《路加福音》中的“好撒马利亚人”并非与正在作案的犯罪人进行搏斗从而阻止其犯罪的人，这种好撒马利亚人恰恰是从上个世纪 90 年代起中国的一些省市制定的见义勇为立法所鼓励的。因此，对于只救助犯罪或自然灾害受害人的撒马利亚人，我们可称之为消极的好撒马利亚人；

对于与罪犯或自然灾害搏斗阻止犯罪或自然灾害蔓延的撒马利亚人，我们可称之为积极的好撒马利亚人。显而易见，扶老人的人属于消极的“好撒玛利亚人”，而见义勇为则是属于积极地好撒玛利亚人，两者有所区分。

社会上的一种主流观点认为，人们不扶老人原因是因为此风险太大，这是一种大而化之的理解，实际上应区分为两个问题来研究。第一个问题是目前类似于彭宇案，引出的更多是事实问题，即以彭宇为代表的一干扶人者的行为到底是不是见义勇为，如果是见义勇为，那么就应该还人清白并且在特殊情况下给与一定补偿；另一方面，如果的确是其行为对老人造成伤害，那么就应当按照侵权责任法予以赔偿，这个问题真正的难点在于，当现有证据无法给出确定结论而双方各执一词时的责任承担问题；第二个问题是当确定是救助行为时，应当给予何种救助与补偿。

对于问题一，如上文所述，在彭宇案等案件中出现问题的并不在于目前法律规定，而是司法人员有待提高的业务水平。有关举证责任法律早有明文规定，谁主张谁举证，老太有举证责任，如果举证不能就要承担不利的法律后果。此案的关键在于证据，但是主审法官判案不靠证据而靠推理，而且推理又推得有悖社会公序良俗。在责任分配上，上述案件法官所援引的“公平原则”指向的是确定主体下的责任分配，而当法官根据自己的推理给出了不当的主体时，错误便是自然而然的了。必须承差异。但是，如果能给出法律事实下的公平，已经是法律之极限了。而如何追求法律真实，现有的法律已给出明确规定，应当提高的，是法律从业人员自身的水平，而非法律制度上的改变。

对于问题二，当确定了扶人者的扶人行为确实是救助之后，再来看对于因救助行为造成的债的关系应该如何处理。法律救济来源于损害，如无损失则没必要救济，单纯从扶老人这一层面来说，损失存在的可能性不大。如出现损失，可按照无因管理的相关规定处理，不存在救济的空间。而从奖励的角度，扶老人的行为如前所述，属于消极的好撒玛利亚人行为，与积极的见义勇为有明确区别，笔者认为，在道德上予以嘉奖足以达到表彰、激励社会公众的目的，无需在金钱上专额拨款予以奖励，浪费纳税人金钱。

第四节 对诬告陷害者的惩处

所谓诬告讹诈行为，是指捏造事实、伪造证据，借故诬赖敲诈他人。近年来发生的多起诬告事件不仅引发社会各界对见危不救是否入罪问题的深层次思考和广泛讨论，对于被救助者诬告讹诈救助者的行为是否需要立法予以规制和惩罚，同样存在观点碰撞。法学界的学者多认为上述问题属于道德约束的范畴，不能依靠法律他律硬性压制。为防止道德问题法律化，还是应该从伦理和道德的角度对该行为进行约束。也有部分学者及大多数社会公众认为立法惩罚诬赖有利于净化社会风气，恢复由于个人功利主义过强而导致的道德日渐下滑的社会关系。

诬告反坐作为中国封建传统重要的刑罚原则，古已有之。经司法机关查实，如有人故意捏造事实控告他人，就以诬告他人之罪刑处罚诬告者。《秦简法律问答》记载：“伍人相告， 且以辟罪，不审，以所辟罪罪之。”即故意诬人，以其所诬告的罪反坐。这一原则就是以后历朝历代沿用的诬告反坐制度。我国现代刑法虽设立诬告陷害罪，在原则上已完全与古代的诬告反坐制度脱离，诬告反坐制度在我国现今法律体系中消失。

大量事实显示，被救助者诬告讹诈救助者获得赔偿的几率很高，而因此需要承担的责任与失

信成本却相对低廉，也即因诬告行为产生收益的成功率很高。其原因在于救助者施救行为现场常常缺乏必要的目击证人，而司法公权力也常常根据经验法则，能动的倾向于同情弱者。如果没有确实确凿的反驳证据，救助者百口莫辩，往往被判承担高额赔偿医疗等相关费用。由此可见诬告救助者的确是一种收益明显大于成本的理性行为。著名学者约翰•密尔在《论自由》中提出：“于对他人利益有害的行为，个人则应当负责交代并且还应当承受或是社会的或是法律的惩罚。假如社会的意见认为需要这种或那种惩罚来保护它自己的话。限制的方式主要是道德的非难和法律的惩罚。”按照社会运行规律，社会整体的道德规范短期内不会取得实质改观，但是对于被救助老人诬告救助者的行为，我们有必要也可以在短期内提高其法律责任成本，对诬告者处以相应的谴责和处罚。

第三章“跌倒老人扶不扶”难题法律对策的初步构想

随着人口老龄化比例的不断增加，老龄化人口凸显的问题已越来越显著，且在国内道德保障机制缺失、社会信任危机日益严重的今天，处理好“跌倒老人扶不扶”难题，弥补我国法律在此方面的空白迫在眉睫。然而如何才能彻底扶起跌倒老人？笔者认为就“扶不起”难题现状而言，仅从道德教化是无法彻底解决上文所述现存争议的，惟有将教育与制度相结合，两者兼而有之、以法律制度为重，才能从本源上消除争议，彻底扶起跌倒老人。在此，笔者在借鉴国外救助者免责相关法律制度的前提下，结合我国具体国情对“跌倒老人扶不扶”难题的法律对策进行初步构想。

第一节 立法：扶老入法，从本源扶起跌倒老人

自古以来，各种礼的规范都是先于法，礼作为习惯性的规定有着深厚的社会基础，而法则多因事而作，有较多的时代性。德近于礼，虽然有教化的作用，但是收效甚微，如今如何走出“扶老困局”仅靠道德的手段已然无效，需从制度入手，而立法则是首选之策。

西方国家已经将救助者免责纳入本国法律并制定了较为完善的法律条款。这些法律法案在欧美许多国家被统称为《好撒玛利亚人法》（Good Samaritan Laws）。法案规定：“在紧急状态下，施救者因为其无偿的救助行为给被救助者造成某种损害时可免除责任。如果受救者认为施救者是肇事者，必须提供相应的证据证明，指控他人者承担举证责任；如果不能达到证明标准，则施救者不用承担任何法律责任。”美国《抢救免责法》规定：“施救者对遇险者发生的事故不承担责任；如果施救者的目的是为了提供帮助，那么他不必为施救所产生的后果承担责任”。新加坡法律规定：“被救反污蔑他人者要赔偿。”对于见义勇为者，新加坡法律完全站在保护施救者权益立场，其惩罚机制规定“被救助者若事后反咬一口，则须亲自上门向就救助者赔礼道歉，并施以其本人医药费 1 至 3 倍的处罚。影响恶劣、行为严重者，则以污蔑罪论处。”西方国家这类救助者免责或者惩罚的相关条款，有助于唤起公众的社会责任感，一定程度上排除了对陌生人给予援助时的担忧。

我国部分地区也积极推进有关“好人免责”制度的试点。深圳市根据有关法律法规起草《深圳经济特区公民救助行为保护条例(征求意见稿) 》，并公开征求社会各界的意见。通过这一举措可以看出，深圳市正在努力推进“助人行为免责”制度保障进程，从法律法规层面为助人者“撑

腰”，确保助人者的合法权利。

但是关于“跌倒老人扶不扶”的立法仍存在争议。其一，有学者指出：“如果幻想此类问题通过法律底线来解决，那么，法律就不再是法律，这种道德问题“泛法律化”的做法实际上就是一种道德专制？。其二，所谓“好人免责”是建立在“好人”的前提条件上的，实际上，救助者是“好人”还是“坏人”的证明成本很高，在这样的情况下，很难弄清楚被告是“好人”还是“坏人”，不具备“好人”这一条件，又如何能适用“好人免责”的立法？正因为如此，更多人担心的不是因为不当救助行为承担责任，而是担心无辜承担侵权责任，因为在这样的情况下，“好人免责”就不能发挥其保护善意救护者的功能了，这样的立法只是“水中月，镜中花”，在司法审判过程中，救助者无法证明自己是不是“好人”，“好人免责”的立法也就形同虚设。

然笔者认为，将“跌倒老人扶不扶”入法有其可行性。立法措施能够有效地针对社会道德现象进行调节毋庸置疑，虽此种立法存在着某种限制，但其不过限制于愿望性的道德，而对于义务性的道德，则必须以法约束。故此必须在立法上完善救助者免责的相关条款以保障扶助者的权益。“好人”能免责理所当然，甚至对于有意撞倒老年人或者根据证据证明需承担刑事或者经济责任的推倒老年人的当事人，由于主动帮扶、救助老年人，也可参照“自首条款”在量刑和赔偿上给予一定程度的减轻，在法律上更大程度地凸显“以人为本”的道德理念，给予救助者以制度上的根本保障。

第二节 行政：完善公共政策，建立社会规范

2011 年 9 月 6 日，卫生部公布《老年人跌倒干预技术指南》，将老人跌倒扶不扶的争议再次推上风头浪尖。一时间诸如“卫生部提出老人跌倒扶不扶要看情况”、“卫生部要求不能随便扶跌倒老人”等言论充斥媒体的头版头条。原本出于好意推出一项针对性的公共政策却被如此解读，不由令人深思公众对于政府公信力的质疑。究竟政府要如何才能令社会公众相信政府公信力，改变冷漠态度、勇于助人呢？笔者认为政府可以采取以下几点措施:

一、设立跌倒老人救助基金

据调查显示，近四成群众在选择不扶“跌倒老人”时主要是担心被讹诈，无辜承担侵权责任，支付高金额的赔偿和医疗费用。如果政府不能给予基本的保障，扶助者基于高风险的救助成本一定会三思而后行甚至于抱臂观望。由此可见，在能保证自身利益不受侵犯的情况下，多数群众仍是愿意见危相救，助人为乐的。因此，设立跌倒老人的专项救助基金，有利于消除更多人的后顾之忧，让更多人敢于扶起跌倒老人，为这些扶起跌倒老人的救助者提供一个长效保护机制。资金的筹集可由政府出面募捐，鼓励社会出资。当救助者遇到败诉，可动用该资金偿还相应的赔偿金。正如 2011 年 9 月 21 日，北大副校长的一番言论给北大学子注入了一针强心剂，他说：“你是北大人，看到老人摔倒了你就去扶。他要是讹你，北大法律系给你提供法律援助，要是败诉了，北大替你赔偿!”这些“撑腰体”无形中都给那些勇于助人者提供了精神和物质的保障。

二、健全医疗保障制度，完善医疗待遇

以孙万祥为例，作为一个生活在社会底层的贫困老人，在无法维持生计的情况下不得已选择“碰瓷”。甚至为了吃饭，把别人赔给他的药卖掉。在现代中国的贫困地区，这般境遇的老年人屡见不鲜。当个人基本生存维持不下去时，公众应对其为生存所实施的在社会基本道德底限范围

内的恶性行为予以相对的包容。因此，地方政府可视其具体的经济情况提高相应的医疗保险的救助金，消灭城乡不平等的恶习，在医疗保障的特权制度上破冰，落实到实处，让老年人不用为医疗费愁，保证“老有所养，老有所依，病有所医”。为老年人提供一个惠民的社会养老医疗保险制度，并通过这种惠民政策帮助社会走出“扶老困境”，进一步提高政府公信力。

三、建立奖惩的长效机制

（1）道德嘉奖扶助者

目前部分地方政府早已出台相应关于见义勇为奖励的法规。2012 年，云南省出台实施的《云南省奖励和保护见义勇为人员条例》，其中第十三条明确规定：视见义勇为的情况而定，分别给予 2000 元、1 万元、10 万元和全省上一年度城镇居民人均可支配收入 30 倍为标准的一次性奖金奖励。比如，按照去年云南省城镇人均可支配收入 16065 元计，最高可奖励 48 万余元。广州拟出台的《关于进一步加强见义勇为人员权益保护的措施》将立法保护见义勇为，抚恤金最高可达 50 万。

但如上文所述，扶老人的行为属于消极的好撒玛利亚人行为，与积极的见义勇为有明确区别。故此，笔者认为政府对于那些付出时间、精力甚至金钱帮扶老人的救助者，应给予嘉奖，但这种嘉奖笔者建议为道德精神上的嘉奖即可，无需通过物质奖励，道德精神上的荣誉嘉奖足以激励公众。

（2）构建诬告陷害问责机制

另一方面，对诬告陷害者者也应追究其法律责任。目前地方也只是对其进行道德上的谴责，并没有相应的实质惩罚。因此，政府应抓紧对诬告陷害者问责机制的构建，势必令其为自己实施的不法行为付出代价，起到惩恶扬善的社会效果。

笔者认为在确立证据确认诬告事实确已存在的前提下，给予的惩戒应根据诬告的具体内容区别对待。如被救助者诬告意在讹诈骗取经济赔偿, 可根据事实判令被救助者返还救助者因救助行为支付的费用、债权等损失，承担救助者因诬告行为发生的诉讼费用；同时承担同样或数倍诬告赔偿数额予以救助者, 责令其按照民事救济途径之赔礼道歉、消除影响等行为恢复救助者的名誉。如若被救助者诬告意在使救助者入罪, 则此种诬告行为自然过渡至刑事犯罪构成范畴。另对于被救助老人因虚假陈述诬告救助者产生的扰乱司法秩序、浪费紧缺司法审判资源的行为, 根据其情节和主观恶性大小, 笔者主张设立民事伪证罪予以严惩。

第三节 司法救济：完善司法审判，维护法的正义

统计数据显示，部分人不敢扶跌倒老人的原因之一在于司法审判中不合理判决的恶劣影响。目前我国对于跌倒老人等相关事件的审判存在漏洞，加剧了人们不敢扶跌倒老人的心理。从近年来的司法审判案件中，不难发现在跌倒者和救助者之间，法官倾向于保护跌倒老人。分析其原因，一方面为了迎合舆论导向，安抚群众情绪，另一方面是为了避免司法冲突，一定程度上遵循之前的案例判决。但这种审判无疑对扶助者有失偏颇。

结合上述所提到的“好人免责”立法，司法审判应该加以完善。法官有义务免除善意救助者因其扶助行为造成的赔偿义务；若救助者为撞倒老人之人，其后又及时实施救助行为，可酌情减轻对其处罚和经济负担。当然，对于存有讹诈的不法企图的，应给与其强烈的道德谴责，并根据

具体案情给予适当的处罚。这些都需要法官依法行使其自由裁量权，做到合理范围内的“最小损害”。

“社会条件下，法院(也包括具有相似职能的行政机关)不能局限于个案解决方案的提供者，而应定位于规则之治的行动者和主导者；法治的价值和追求也不应再局限于定分止争或是非抉择，而在于推进社会主流价值观，推进法治实践中的社会共识，以培育公共政策得以有效产出和落实的土壤。”[244]

第四节 社会救济：重塑道德风尚，挽救诚信危机

一、政府加强道德教育，全力构建道德诚信社会

党的十八大在“全面提高公民道德素质”部分就明确指出，深化群众性精神文明创建活动，广泛开展志愿服务，推动学雷锋活动、学习宣传道德模范常态化。在“老年人跌倒究竟该不该扶”的问题上，政府需要给予公众正确的道德指引。

道德是人的行为指南，维护社会的稳定和谐需要依赖道德建设。政府要搞好道德建设，首先要引导公众对道德事件的正面关注，通过报纸、网络、电视等媒介传播道德故事，谴责道德沦丧的人与事，给予群众以教化；其次是引导公众讨论道德事件，培养公众的道德责任感，通过教育宣传我国优秀的文化传统和道德品质，全力构建道德诚信社会。

二、媒体积极正面报道

通过媒体积极正面的报道，从舆论层面重构政府和人民之间的信任关系。从大多数“跌倒老人不扶”的新闻报道中，不难发现社会公众的态度主要缘由于舆论导向，很多时候法官在进行司法审判时也要考虑到社会舆论。部分媒体片面夸大事件的严重性，甚至将小事上升至社会、民族、国家层面。不仅影响了社会安定，还破坏了人民和政府之间的信任关系，损坏政府公信力。正面的媒体报道，不仅能确保社会公众的合法知情权，且作为沟通政府和人民的桥梁，对监督政府起到至关重要的作用。

三、社会各部门积极传承传统美德、宣扬助人行为

社会各部门例如政府部门、教育部门、各社会福利机构以及各非政府组织，要联合起来，形成联动机制，加强全社会的德育教育，结合传统的仁义礼仪、社会公德以及中西方优秀例子，宣传我国优秀的文化传统和道德品质，从思想上树立助人为乐、勇于助人等行为的伟大形象，逐步提高我国公民的德育水平。[245]

2011 年 3 月 5 日，中国好人网设立了“搀扶老人风险基金”，为勇于搀扶老人却被冤枉者提供免费法律援助，以及必要时提供经济帮助。通过公益组织的行为，为政府出台相关法规政策提供了便利和典范。在某种程度上，这些组织是行政救济的先行者。

---

[244] 冯辉：《判决公共政策与社会主流价值观——跌倒争议案的法理省思》，载《政法论坛》2012 年 7 月刊。
[245] 刘智标：《浅析我国道德保障机制的构建——以“跌倒老人”无人扶起为例》，载《鸡西大学学报》2012 年第 9 期。

Abstract: In recent years, "the old man fall, no one dare to help" news emerge in endlessly, the controversy has been constantly. Fall in the old difficult to love, to help the old man is easy, but in today's moral landslide, "help not helps" has become a difficult problem that stand in the people heart. The cause of the fall in the old man guided outside two classes: firstly, from the perspective of interest measurement can't help; secondly, from the perspective of value judgment of the reluctant to help. In fact, the fall in the "old man can't help helped up" at the heart of the controversy is, when the objective facts not reproduce, how to allocate the risk and liability of the parties. At present domestic law to the objective facts not reproduce, no prove that fall in the evidence of planning, the old man was the medical expenses, helped the old man's behavior principles and the problems such as penalties for false accusation is no clear qualitative. In terms of the problem, from the moral enlightenment is not only completely solve mentioned above the existing controversial, but combining education and system, a combination of both, by the legal system, in order to eliminate controversy on the origin, thoroughly to help the old man falls.

Key words: Moral fault, the interests of the measure, Claims for damages, the legal countermeasures.

苏州大学“跌倒老人扶不扶”难题的法律对策暑期社会实践调查问卷

（此问卷共分发：100 份，有效份：93 份。）

您的出生年份： □1940—1950 □1950—1960 □1960—1970 □1970—1980 □1980—1990 □1990—2000 □2000—2014

您的工作类型：_____

☆注意：以下第 2、3 题请选其一回答，第 6 题为多选题，其他后“_____”为您补充的答案。

1、如果你看到老人跌倒在地会如何处理，扶或不扶？ （ ）

A 果断地扶 B 先拍照之类佐证再扶 C 不扶打 110 D 不扶围观 E 不扶默默走开 G 其他选择_____

2、如果选择上前扶老人，你扶的原因？ （ ）

A 乐于助人 B 为了名利得到群众称赞 C 觉得自己有义务扶 D 其他_____

3、如果不扶，你不扶的原因？ （ ）

A 扶了可能会被讹诈，被误会是我撞倒的 B 周围有人会扶 C 不是我撞倒的与我

无关 D 担心救治不当会加重老人伤势 E 赶时间有其他重要的事 G 其他_____

4、如果你是跌倒的老人，你希望群众怎么做？ （ ）

A 不论情况立马上前扶我 B 在伤势较重的情况下不扶我，帮我打 110 C 其他_____

5、如果你是上前扶跌倒老人的扶人者，对于跌倒老人诬陷栽赃是你撞倒的行为，你认为原因是什么？ （ ）

A 他们本来就是坏人，动机不纯想要讹钱 B 看病难，老人无经济能力支付住院看病的巨大花费 C 害怕增加子女的负担 D 子女唆使 E 其他_____

6、对于“跌倒老人扶不扶”的难题，你认为政府应该采取哪些法律对策予以解决？（ ）

A 对见义勇为进行保护激励，以立法的方式免除见义勇为者的责任，使其敢扶

B 加大对讹诈者的惩罚力度，使其不敢恩将仇报

C 完善社会医疗体制，对跌倒老人进行救助，减轻老人负担

D 其他_____

7、请问你对“跌倒老人扶不扶”这个热点问题的看法和意见？

_____

_____

_____

（谢谢您的帮助!）

数字网络环境下著作权集体管理制度困境与发展研究

杜平*

摘　要：随着互联网的普及，越来越多的网民呼吁作品能够高效，快捷，低成本地被使用，传统的著作权集体管理制度已然不能适应时代的需求，学界对著作权集体管理的当下运营模式，尤其是在著作权法第三次修订中提出的延伸性集体管理制度的适用更是争议不断。数字网络环境下的集体管理如何衔接著作权人与作品使用者的利益，如何平衡私人与公共利益，集体管理组织如何面对来自各方的挑战，如何真正成为著作权人与作品使用者之间的桥梁成为公众越来越关心的问题。

关键词：数字网络时代　著作权集体管理　困境　发展

一、著作权集体管理机制现在的发展困境

作品的产生不在于自己占有，而在于传播和利用，对著作权及邻接权的利用，需要进行权利处理[246]，这种处理一般被称为著作权管理。而管理模式又可以分为“个人管理”与“集体管理”两种，自 1851 年著作权集体管理在法国诞生以来，历经将近两个世纪，在这漫长的历史演变中，万物都生生不息的发展与进化，著作权集体管理机制也不例外，而今处在信息大爆炸的数字网络时代，笔者发现，不仅传统的著作权集体管理机制已然无法跟上时代的要求，即使是那些做出改变的集体管理组织们，面对著作权人以及使用者高举的“权利”,“效率”,“公平”等旗帜，显然有些不知所措。

在笔者看来，这是很合乎情理的一种现象。著作权集体管理组织成立之初的目的就是能够有效的成为著作权人以及使用者之间的桥梁，但在数字网络环境下，各种数字系统在高端的科学技术背景下应运而生，相比传统的个人管理模式，集体管理的一些问题的暴露也就难以避免，权利人以及使用者对各自利益的最大化追求使得管理组织对效率与权益的衡量更难把握。除此之外，在 2012 年的著作权法第三次修改意见征求稿中提出的“延伸性集体管理的适用”更是在社会上引起轩然大波。所以，如何反思著作权集体管理组织在数字网络时代的新功能，如何定位著作权集体管理组织在数字网络时代下的新地位，是现阶段不可避免的问题，以及著作权集体管理组织在经济成本以及管理模式上的具体选择等问题都是我们在数字网络时代进行制度变革时所要考虑的方面。

二、困境产生原因之分析

（一）效率与权益的衡量难以把握

科学技术的发展，加之数字网络作为作品的传播媒介，现在的作品无论是在载体上，还是在

---

* 杜平：2012 级法学（知识产权）专业本科生。

[246]解亘等编著：《知识产权法——制度.理论.案例.问题》【M】科学出版社 2005 年版，第 341 页。

使用手段和传播方式上都发生了质变，网络作品作为一种新的作品形式的出现，它的无国界，无限复制和交互性决定了它的公开公用性，这恰恰与传统作品的专有性相矛盾，如果按照传统做法，网络服务商要一一征得作者的同意，并逐一交付使用费，显然是极为低效且不可能做到的，但如不这样，著作权人的利益就无法得到保护，因此陷入两难境地。

纵观许多学者的文章发现，归纳起来有两种呼声，一种是我称之为“系统化管理”的集体管理新模式，另外一种即著作权利用的去中间化。所谓的系统化管理，它的法律支持就来源于世界知识产权组织在 1996 年制定的两份“网络条约”247，要求国际版权社会对包括技术保护措施（TPM）及权利管理信息（RMI）在内的数字权利管理技术（DRM），在版权法中予以保护。

欧共体委员会在《信息社会著作权与有关的权利的保护》绿皮书中提出：“信息社会不赞成放弃由集体管理机构进行的集体管理。完全相反，基于权利人和利用人的利益，要建立新的机构，为制作多媒体，使传统的机构装备成以可核算的价格保证权利许可快速，全面，高效。”所以，很多学者在文章中都指出我国应当像发达国家那样进行著作权集体管理组织的数字化变革，比如德国的音乐作品表演权与机械复制权集体管理协会（GEMA），以 CMVV 电子结算系统作为著作权集体管理组织在线进行著作权使用许可的基础。还有于 2001 年在日本登记成为著作权集体管理组织的 e-License 公司，创新性地提出“使用报酬上限”的概念来适应不同类型的音乐作品。以及全球最大的复制权集体管理机构——美国著作权交换中心（CCC）提供给使用人“端对端”的网上授权与转载的点击合同。

这些数字系统可以说是简洁而又高效的解决了作品在信息网络传播过程中的一系列冗杂的授权许可，收费分配等程序问题，但是笔者认为，这种系统化管理模式却并没有真正解决使用者所要求的高效与著作权人的权益保护之间的根本矛盾，甚至在立法层面上也是过多的偏重对社会公众利益的保护。

著作权人所拥有的数字化权，并不意味着这种新的权利内容不受到传统的权利限制，可以说赋予著作权人数字化权利确认的同时，也确认了对其的法定限制，而且，著作权人在数字技术极度普及和广泛运用的今天对于数字化权利的完全控制，是不可能完成的任务248。

概括的说，集体管理功能体现在两个方面，一个是提高作品的利用效率，另一个是更好的维护著作权人的利益。集体管理机制基本适应了机械复制等新技术出现后作品使用形式的新变化，但是，如果有其他的模式既能提高作品的利用效率，又能很好的维护著作权人的利益，那么集体管理制度的存在价值就值得商榷了249。私人许可模式在拆封合同和点击合同相当普及的数字网络时代，相比集体管理组织孰优孰劣自然就不能盖然定论。在数字网络时代到来以前，无论是音乐作品，文字作品还是电影作品等，其创作成本都比较高，所以作者的范围和数量都较为有限，加之作品的形式较为单一，作品的利用也较为法人化250，因此，集体管理组织运作成本并不太高，可是如今不同，技术的发展使得创作人的灵感通过电脑能够轻易的具化为一件作品，并且这

247即《世界知识产权组织版权条约》（WCT）与《世界知识产权组织表演及录制权条约》（WPPT）
248肖尤丹，“建构和谐网络著作权生态的制度路径”【J】，电子知识产权，2009.4,第 28 页。
249熊琦，“集体管理与私人许可：著作权利用的去中间化趋势”【J】，学术论坛第 17 卷总第 102 期，2007 第 6 期，第 13 页。
250“以往的作品的发行主要是通过出版社，音像公司等法人组织，使用人一般没有能力进行大规模复制和传播。”

种作品的形态是多种多样的，在没有技术支持的情况下，著作权集体管理组织面对庞大的作品高效利用需求，根本无法进行传统的收费，更谈何对著作权人利益的有效保护呢。

由此，日本的 copymart 模式[251]向集体管理组织提出了挑战。Copymart 主要由著作权市场（copyright market）与著作物市场（copy market）这两个数据库组成，它与著作权集体管理组织最大的不同在于，集体管理组织是一个机构，而 copymart 是一个市场,一个专门为数字网络作品利用世界准备的，这个市场可以给予权利人及使用者完全的自由，去实现数字信息这项财产所带来的益处[252]。可以说，这种模式复兴了传统的私人许可，使得著作权人与利用人可以在市场上直接进行交易和协商，而不再需要集体管理组织作为媒介，最大程度上维护了私权自治。

（二）数字网络时代下“延伸性集体管理”适用难题

2012 年《著作权法》第三次修改如火如荼的进行着，在第一次和第二次征求意见稿中，著作权法修改草案借鉴了北欧[253]，俄罗斯等国家著作权延伸性集体管理制度的规定，规定了我国著作权延伸性集体管理的范围[254]，然而在第三稿中，鉴于社会反响，尤其是业界人士反对呼声较大，所以在国务院法制办关于《中华人民共和国著作权法（修订送审稿）》中，第 63 条规定“著作权集体管理组织取得权利人授权并能在全国范围内代表权利人利益的，可以就自助点歌系统向公众传播已经发表的音乐或者视听作品以及其他方式使用作品，代表全体权利人行使著作权或者相关权，权利人书面声明不得集体管理的除外”，这实际上并没有肯定著作权延伸性集体管理在我国的适用。

在数字网络时代，几乎每个人都有可能成为作者或者著作权利人，但目前我国著作权集体管理条例中只规定了集体管理组织只有对会员才可以享有代为管理的权利，对非会员则没有权利代为管理，面对数字网络时代下大量的非会员著作权利人，集体管理组织究竟该不该享有延伸性管理的权利呢？笔者发现，在各位学者的文章中大都倾向于支持延伸性集体管理在中国的适用，确实，数字网络环境下的大量非会员著作权人在对著作权不甚了解或者没有时间和精力管理的情况下，如果没有延伸性集体管理，则他们的著作权很容易遭受侵犯，因为多数情况下作者不知道也不可能知道网络侵权事实的存在，出于诉累的考虑，他们也很难一一去主张权利。虽然这次著作权法第三次修订送审稿中并没有明确规定可以适用延伸性集体管理，但从目前看来，却存在事实上的著作权延伸集体管理，集体管理组织代表非会员向使用者发放“一揽子许可”（blanket license），不仅仅提高了数字网络环境下的作品使用效率，同时也促进了民族文化的发展与传播,还使得非会员获得报酬的可能性大增。

但也有一部分人认为中国至少在目前看来还没有具备适用延伸性集体管理的条件，原因大致有以下几点：

1. 从历史缘由和运行背景看，该制度具有不合理性。像丹麦，芬兰，挪威，瑞典这些北欧国

---

[251]日本的北川善太郎教授于 20 世纪 90 年代初首次提出著作权人与利用人直接交易的构想，著作权人可以自由设定作品利用的条件，在缔结许可合同的基础上建立著作权交易市场。

[252]【日】北川善太郎，“网上信息，著作权与契约”，渠涛译，载《外国法译评》1998 年第 3 期，第 38 至 47 页。

[253]TarjaKoskinen-Olsson,Collective Management in the Nordic Countries,in:Daniel Gervais(ed.),Collective Management of Copyright and Related Rights,Kluwer Law International,2006,pp.257-264

254参见第一稿第 60 条及第二稿第 60 条，其中第二稿对延伸性管理的范围进行了限制。

家以及俄罗斯的著作权法中所规定的延伸性集体管理，往往是以实现公共利益为目的，而且还存在许多条件限制255，从每个国家不同的限制性规定中不难看出，延伸性集体管理存在的领域极为有限，通常只适用于伯尔尼公约允许施加强制许可限制和例外限制的作品类型，同时延伸性集体管理制度很难在管理组织多元化的环境中明确的界分管理权的归属，这不仅仅给作者带来困惑，还会使得作者承担不利益256。

2.从集体管理组织的性质看，该制度具有不合理性。我国过于行政化的集体管理已经过多的干预了市场经济的自由发展，在此基础上不加限制地再赋予集体管理组织延伸性的权力，会将过度行政化和垄断化的著作权集体管理制度带来的不利后果无限放大257。

3.从管理著作权的正当权源看，该制度具有不合理性。现在学界较为普遍的看法是著作权人与集体管理组织之间是一种信托关系，那么集体管理组织管理作品的正当权源应当是建立在权利人授权的基础之上，而将延伸性集体管理制度放在著作权利用制度当中而不是著作权限制制度中，没有了权利人的授权，集体管理延伸至非会员的权利就缺乏正当权源，没有权源基础上的管理必然会带来侵犯著作权人人身权，财产权的一系列问题。

4.从禁止性声明的实践来看，该制度具有不合理性。支持延伸性管理的学者认为，著作权人可以事前声明或者事后否定著作权集体管理组织对自己作品的延伸性管理，但是实践中著作权人几乎无法有效地做出这种声明，社会上也没有专门的平台来提供声明的做出。

5.从运行效果看，该制度具有不合理性。在著作权法修订草案的第一和第二稿公布以后，音乐界人士强烈控诉该制度绑架了权利人的利益，权利人将会“被代表”258，而在数字网络时代，作品的传播范围和手段相比以往都发生了质变，非会员著作权人往往无法得知他的著作权的真实使用情况以及集体管理组织的真实收费情况259，从而无法真正维护著作权人的利益。

（三）经济学与管理学难以协调并用

1.组织性质之争

关于著作权集体管理组织的性质定义，在著作权法第三次修订稿中已经明确，但是鉴于数字网络的国际化发展，一部分学者认为考虑到我国目前的国情，为了更好的规范网络作品的管理，集体管理组织应当成为政府的职能机构，即定性为官方或至少是半官方的机构，以此来维护集体管理组织具有的非营利性与公信力及权威性。而另外一部份学者认为应当从著作权国际化的长远发展趋势考虑，还原著作权集体管理组织民间社团法人的组织性质。笔者认为著作权毕竟是私权，

255参见瑞典《版权法》第 42a 条：“第 42b-42f 条中所涉及的延伸性集体许可适用于特殊情形下作品的利用”act on copyright in literay and artistic works.http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file-id=241513,最后访问日期：2014 年 7 月 23 日

256参见卢海君，洪敏吟《著作权延伸性集体管理制度的质疑》“会员有可能将其著作权收益的一部分用来实现社会公益的目标，如果在未经非会员许可的情况之下，让其接受类似的合同条款，对其来说是不公平的，尽管有一部分著作权人已经加入权利人组织，但其选择并非代表整个权利人意思，所以，该种制度安排最有可能违背合同自由的精神。”载《电子知识产权》2013 年第 2 期第 51 页。

257吴汉东教授认为，著作权集体管理组织欲发挥其应有功能，必须去行政化和垄断化。参见吴汉东《著作权法第三次修订草案的立法方案和内容安排》【J】载《知识产权》2012 年第 5 期。

258姜旭《延伸性集体管理能否让权利人甘心“被代表”？》，参见 http://www.sipo.gov.cn/mtji/2012/201204/t20120427-680147.html,最后访问时间：2014 年 7 月 28 日

259这种情况很大程度上是由于著作权人与管理组织之间的信息不对称以及集体管理相对还缺乏透明和公开机制导致的。

过多的行政干预会造成权利人利益受损，但鉴于我国的实际情况，应当建立半官方的著作权集体管理组织，以此增加民众信赖，便于有效监管，但同时应在时机成熟后，及时的还原成民间性的社团法人组织，以避免集体管理组织强势垄断地位的形成，而政府此时应当充分发挥监督权而不是管理权。

2.垄断与非垄断之争

目前，学者就对同一权利是开放设立多家集体管理组织还是一种作品只建立一个集体管理组织的问题也是争议不断，一方面既要考虑非垄断的集体管理能否真正带来规模效益，另一方面又要考虑如何防止垄断侵害，按作品的类别分别设立不同的著作权集体管理组织，更有少数学者建议采取英美的自由竞争模式。在此笔者认为从我国国情来看，宜继续采用分类管理的模式，虽然这种模式具备一定的垄断性，但是可以充分保障集体管理组织在各自的领域内具有充分的管理能力和范围，也不失其垄断的意义,当然分类管理模式可以适当加入竞争的元素，也就是“允许特定的领域一定数量的集体管理组织进入”这样，对数量的限制，就可以促使集体管理组织之间相互竞争，促使各方不断完善管理理念和技巧，也能维持集体管理组织必要的垄断，这也是“必要的垄断与合理的竞争”在现实中具体的应用。

三、著作权集体管理组织未来发展道路初探

（一）集体管理组织角色的重构

在数字网络时代下，虽然私人可以依靠各种数字系统达到与传统许可相同的效果，但是这种去中间化趋势并不代表集体管理组织就没有存在的必要，相反，恰恰基于这种去中间化趋势，集体管理组织自身不仅要在管理模式上进行技术化革新，更应该进行角色的重构，从以往的“参与者”转变为著作权使用交易的市场“服务者”。集体管理组织作为服务者应当本着非营利性，一心保护著作权人利益的宗旨，构建好使用者与著作权人之间的沟通桥梁，大力发展数字网络技术在集体管理中的应用，不要过多的参与妨碍著作权人与使用人之间应有的意思自治，切实在信息提供，许可程序，事后维权中扮演好服务者的角色。系统化管理模式在作者与使用者构成的两极关系中，更加趋向使用者那一端，数字网络时代集体管理组织的任务，或可用一句话予以概括，即:“增进以合法方式使用作品的可能性”260，这恰恰要求集体管理组织扮演好服务者这一角色。

（二）延伸性集体管理的附条件适用

这个时代不仅仅是一个数字网络时代，同时也是一个应该“认真对待使用者权的时代”261，延伸性集体管理制度若与数字权利管理系统相结合，将带来权利人，使用者以及集体管理组织多方共赢的局面，所以我国在变革著作权集体管理与数字网络相适应的同时，为方便使用者合法使用作品，扩大著作权受益主体，有必要实行以会员制为基础的附条件的著作权延伸性集体管理制度，即在著作权人未明确向著作权集体管理组织表示不同意作品被使用的情况下，应当赋予管理

---

[260]参见罗向京著《著作权集体管理组织的发展与变异》【M】第六章“数字时代：多元权利管理模式的竞争与整合”第 203 页。

[261]亚伯拉罕.德拉西诺韦尔：“认真对待权力”载【加】迈克尔.盖斯特主编：《为了公共利益——加拿大版权法的未来》，李静译，知识产权出版社 2008 年版，第 332-344 页。

组织依法有权代表他们行使权利的权力。

同时，著作权集体管理组织还应当为著作权人提供统一有效的事后声明平台，以供他们随时能够事后否定在他们事先不知的情况下集体管理组织延伸性管理许可的效力。

为了更好的适用延伸性集体管理机制，集体管理组织之间应当建立相互代表和监督机制，消除或减少地域障碍的同时相互监督制约，防止权力的滥用。

（三）倡导合作共赢理念

数字网络时代中，网络服务商以及网络中介机构在网络作品的使用和传播过程中发挥着不可替代的作用，著作权集体管理组织在管理过程中与他们打交道在所难免。所以著作权集体管理组织应当在已经基本建构著作权权信息数字集中管理系统的基础上，辅之以网络补偿金制度同时加强与网络中介机构和网络服务商的合作，充分利用互联网在我国广阔市场这一优势，实现创作价值与网络服务商利润获得的双赢，以此弥补著作权集体管理组织自身的不足。

Abstract: With the popularity of the Internet, more and more users call work can be efficient, fast, low-cost used, the traditional copyright collective management system already cannot meet the needs of the times, scholar has different disputes about the current operating mode on the collective management system, especially the extended collective management system was put forward in the third revision of the copyright law. how the copyright collective management balance the interests of users of works and the copyright holder under the digital network environment, how to balance private and public interests, and how collective management organization to face challenges from all sides, how to really make a bridge between copyright holders and users becomes an issue of public concern.

Keywords: digital network era, copyright collective management difficulties, development

技术合同法的立法与实践文献综述

杨雪莺*

摘 要：中国科技体制改革在理论和实践上的一个重大突破，是明确在有计划的社会主义商品经济条件下、技术是独立存在的知识形态商品，实行技术成果商品化，开放技术成果。1987年6月，中国制定了技术合同法，并由1987年11月1日起施行、1989年2月，又制定了技术合同法实施条例，创造性地建立了技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务等多种合同形式，使知识形态商品交换关系法制化。这是一部既顺应国际潮流又颇具中国特色的法律。为什么要起草这样一部法律？起草当时面临的经济社会背景是什么？为什么说它独具新特点？在起草这部法律过程中有哪些机遇、挑战？这部法律在实施过程中又有哪些问题呢？

关键词：技术合同法 改革开放30年 技术开发 技术服务 执法人员

一、技术合同法的立法背景

随着经济体制改革和科学技术体制改革的发展，技术合同在促进科学技术同经济建设相结合方面发挥了巨大的作用。实践说明，需要制定一项法律，以规范和指导技术合同的订立和履行，确立处理技术合同争议的准则，保护当事人的合法利益，维护技术市场秩序，同时，通过这几年的实践，在订立和履行技术合同方面积累了一定经验，应当用法律的形式固定下来。技术合同法就是适应这种需要而制定的。

肇始于上个世纪70年代末的大规模中国社会改革，始终是以点带面的方式逐渐展开的在整个改革过程中，农村体制改革走在了城市体制改革前面，在城市体制改革中，科技体制改革又走在了企业体制改革的前面。《中华人民共和国技术合同法》起草工作组周大伟谈到该法就是在中国经济改革的大潮汹涌起伏的过程中起草和颁布的。它主要来源四个方面：一是技术商品化与中国自然经济传统文化的碰撞。在中国几千年的文明发展史中，并没有技术商品化的传统因子。合同（或称契约）是商品生产和商品交换的产物，是商品交换得以实现的法律形式。从这个意义上说，技术合同制的产生和发展，要求以商品经济作为其强大的动力。其中，技术商品化是技术合同产生的前提条例。二是来自经典理论的困惑。在我们思考技术合同的立法实践时，试图从马列主义的经典文献中探究依据，但最初的尝试并不乐观。我们遗憾地发现，在马克思的经济学著作中并没有提出技术商品的范畴。三是来自知识经济理论的暗示。很多人认为，“知识经济”的提法是在新世纪开始时有些人以高瞻远瞩的方式提出来的。其实不然，技术合同法的颁布本身，就是在知识经济兴起的宏观背景下完成的。只不过，当时的提法是“第四产业”或“智力产业”，它们和今天的“知识经济”的提法基本如出一辙。四是改革开放前旧体制中阻碍科技与经济相结合的诸多因素。当代世界新技术革命的兴起，对于正在进行现代化建设的社会主义中国来说，无

* 杨雪莺：2013级知识产权专业本科生。

疑是一个严峻的挑战。改革开放前，我国的科学体制基本上照搬了前苏联高度集中的模式，在科技领域中过分地注重了对科学工作者“薄利厚德”“鞠躬尽瘁”之高尚情操的推崇以及对技术有偿转让的鄙视。但却忽视了技术作为商品的客观规律。随着经济体制改革，科技体制改革的深入开展，过去那种单纯靠行政手段管理科研生产的状况，同新形式不相适应了。[2]

二、技术合同法的立法宗旨

段瑞春认为技术合同法是中国改革开放的产物，是促进科技与经济相结合的法律措施。就其立法宗旨来说，主要有以下几个方面：

1、制定技术合同法是发展社会主义商品经济的需要，商品经济是人类社会必经的历史阶段的产物。商品经济的基本规律就是等价交换。合同作为商品生产和交换的法律形式，随着商品经济的产生而产生，随着商品经济的发展而发展。

2、制定技术合同法是促进技术市场发育、发展的需要。技术市场是最重要的生产要素市场。在开放技术市场初期，由于无章可循，一方面利用技术合同进行的违法犯罪行为时有发生，给国家和人民所造成的损失相当严重；另一方面，不少合法的技术交易被误认“经济犯罪”。此外，一些旧的管理模式强加于生机勃勃的科技活动，造成了不少消极的后果。制定技术合同法，使国家开放技术市场的方针政策具体化、具体化、法律化，从而建立了技术市场的秩序，规范了技术交易的行为，为技术市场的健康发育和发展创造良好的法律环境。

3、制定技术合同法也是深化科技体制改革，加速科学技术进步的需要。实行技术合同制以后，不仅法人、公民相互之间量大面广的研究开发、成果推广、技术转移、咨询服务等项目要以技术合同形式进行，而且列入国家计划的科研项目，也要通过招标，由国家主管部门或者项目主管部门与研究开发单位订立技术合同予以夯实。因而，技术合同法是实施科技体制改革重大措施的手段和工具，是推进科学技术进步的有力杠杆。[3]

国务院总理赵紫阳在提请全国人民代表大会常务委员会审议《技术合同法》的函中指出，“为了加强技术市场的宏观管理，有效地保护当事人的合法利益，促进科学技术为经济建设和社会发展服务，国家科学技术委员会经过反复调查研究，草拟了《中华人民共和国技术合同法（草案）》”。

余蓟曾在其论文谈到《技术合同法》是技术与经济联系的纽带。因为它使我国的技术合同制度更加完善了。它既是实现科学技术工作必须面向经济建设的手段，也是经济建设必须依靠科学技术的工具。[4]

三、技术合同法的特点

许洁在《学习贯彻技术合同法》中表明技术合同法的特点有二，一是技术合同时一部重要的科技法律，技术合同法是适应我国有计划的社会主义商品经济，从科技工作实际出发而制定的一部单行民法。在大量调查研究基础上把执行技术合同中的经验条文化、具体化、规范化，最后上升为法律。因此，技术合同法是我国科技立法的重大成果，也是保障改革、深化改革的法律武器。二是技术合同法是一部具有我国社会主义特色的法律，我国从社会主义商品经济的特点和发展科学技术的战略方针出发，用一部法律统一调整法人、公民因技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务缔结的各种合同关系；肯定公民、法人都可以作为技术合同的主体；划清技术合同和经济

合同、劳务合同的界线，以保证国家扶植技术市场的经济政策和法规的实施，提出了保障国家、集体和个人合法权益的正确规范。[5]

四、技术合同法的立法意义

学界对于技术合同法的立法意义这一问题看法大同小异。许洁认为技术合同法的重要意义就在于它以法律形式在科技工作中引入竞争机制和约束机制，改变了我国过去运用行政手段无偿地推广技术成果的做法。其次，技术合同法为技术交易中的是与非，合法与违法，罪与非罪，民事责任与刑事责任，确立了明确法律准绳，从而使合法的技术交易得到保护，使违法活动得到制裁。最后，技术合同法体现了国家尊重知识、尊重人才的精神和各尽所能按劳分配的原则。既有利于激励科技工作者开拓、探索新的未知科技领域，又有利于鼓励企业事业单位研究新技术；推广和应用新技术，使科学技术与经济建设结合起来，为科学技术进步创造一个平等竞争的良好的法律环境和条件。[6]

余蓟曾认为技术合同的立法意义主要体现在以下几个方面：（1）技术合同法是保证科技计划实现的工具。（2）技术合同推动了横向联合，把科研、教学、设计、各个单位和企业，、企业集团组织起来，以促进科研、发展生产、共同提高经济效益。（3）技术合同未激励科技人员的积极性创造了条件。[7]

段瑞春则谈到这部法律不仅是我国技术转移关系的基本准则，而且也是调整只是产权的债权关系的重要立法。他在《技术合同法的立法与实践》中指出技术合同法知识产权法的配套和补充。第一，关于发明创造专利在履行技术合同中有关权益的归属、转移和分享；第二，技术合同法是保护非专利技术成果的重要立法，发展了知识产权的内涵；第三，技术合同法所规定的竞争规制也是对知识产权制度的必要补充。[8]

五、技术合同法颁布到实施过程中遇到的机遇和挑战

任何事物的产生和发展总是机遇与挑战并存。周大伟认为，技术合同法在颁布到实施过程中机遇与挑战并存。

上世纪 80 年代初，我国技术市场开始蓬勃发展，技术合同日益增多，尽管当时的技术合同制处在兴起阶段，无论在内容上还是形式上都带有相当大的自发成分。历史的经验表明，法律是改革的伴侣和必然归宿。在国家存在的条件下，社会改革中出现的每一种新的经济组织和管理形式都应该具有的特定的法律表现。所以，如何制定一部很好的技术合同法，已经不可避免地提到我国法治建设的议事日程上来。

我国于 1981 年制定的《中华人民共和国经济合同法》和 1986 年 3 月颁布的《中华人民共和国民法通则》都曾对合同制度的一般原则作了规定。但是，传统民法历来是将物质形态商品的生产和交换关系作为自己的调整对象，并没有将物质形态的商品和知识形态的商品反映在合同制度上的不同特点加以明确肯定。

目前，世界各国的法律体系中还没有制定综合性技术合同法的先例。长期以来，我国的立法技术合同法规近乎是空白的。在科技体制改革的过程中，我们有条件选择一种最适宜最合理的立法模式——制定一部综合调整各种技术合同关系的法律。[9]

六、关于《技术合同法》实施过程中的若干问题〔10〕

戈青浅谈了四点问题。一是《技术合同法》立法不完善，造成实施中的困难。这其中主要又包括技术合同法的执行机构不明确，技术合同纠纷的仲裁程序和机构不明确，《技术合同法》与《经济合同法》之间缺乏协调和配合，《技术合同法》缺乏必要的配套措施。

二是《技术合同法》执法体系有待加强。目前，工商行政管理部门担当着经济合作的主要管理职能。他们在处理技术合同纠纷时往往套用经济合同的模式和处理方法，用经济合同的成立条件来看待技术合同，造成合同性质认定的错误。

三是司法机关的功能有待进一步发挥。《技术合同法》的实施在很大程度上依靠司法部门的支持，但是，目前技术合同案件能作为一类经济纠纷来处理，忽视了《技术合同法》作为单行法对于司法制度的特殊要求，忽视了技术合同和经济合同的本质区别。

四是科技工作者的法律意识急待加强。《技术合同法》的实施，科技人员是重要主体，但是目前科技人员法律意识不强的情况存在，有的甚至根本不知道该如何签订技术合同。为此必须加强科技工作的法律教育，经常对在职的科技人员进行培训，以提高其知法、守法自觉性。

结语：技术合同法是我国技术成果商品化的法律制度，是科技立法的重大成果。它的实施将使我国技术合同制度既充分反映商品经济的客观规律，又能自觉按计划降级目标进行：既能体现社会主义公有制的原则，又能推动政策改革、开放，搞活的深化。与此同时，我国技术合同法在实施过程中也出现一些问题，这需要我们在时间的过程中逐步有所突破。进一步完善技术合同法，除了向有关部门建议修改原结余分成办法外，关键在于不断加强技术合同管理，提高教师、科研人员执行技术合同法的自觉性，做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。

参考文献

（1）许洁，《学习贯彻技术合同法》，海河大学科技情报第 10 卷第 2 期，1990 年 6 月，第 100 页

（2）周大伟，《中华人民共和国技术合同法》制定中的种种悬疑，中国政法大学学报，2009 年第 3 期，第 59—64 页

（3）段瑞春，《技术合同法的立法与实践》，《科技与法律》，1992 年第 2 期第 17 页

（4）余蓟曾，我国《技术合同法》简介，科技知识，第 27 页

（5）许洁，《学习贯彻技术合同法》，海河大学科技情报第 10 卷第 2 期，1990 年 6 月，第 100 页—101 页

（6）许洁，《学习贯彻技术合同法》，海河大学科技情报第 10 卷第 2 期，1990 年 6 月，第 101 页

（7）余蓟曾，我国《技术合同法》简介，科技知识，第 27—28 页

（8）段瑞春，《技术合同法的立法与实践》，《科技与法律》，1992 年第 2 期，第 17 页—19 页

（9）周大伟，《中华人民共和国技术合同法》制定中的种种悬疑，中国政法大学学报，2009 年第 2 期，第 65—66 页

（10）戈青，关于《技术合同法》实施过程中若干问题的思考，太原科技，2012 年第 6 期，12 月 26 日出版

法律与宗教

——读《论法的精神》有感

李平平*

在思想史上，孟德斯鸠扮演了无可替换的角色，他是法国伟大的资产阶级启蒙思想家、哲学家、法学家。1726 年，辞去世袭的院长职务，潜心著述，漫游欧洲各国，深入研究英国的宪法和议会制度，为《论法的精神》收集资料，耗时 20 年。孟德斯鸠所处的时代是 17 世纪末和 18 世纪前叶，此时正值法国封建主义和君主专制从发展高峰急剧走向没落的时期，统治阶级以残忍的手段压迫广大人民，宫廷和贵族极尽奢侈，民众却在饥寒中挣扎，长期的战乱以及苛政致使农民起义此起彼伏，政治经济危机愈演愈烈。另外，思想领域的革命也为孟德斯鸠的理论形成做好了较为充分的思想准备。这部传世学术名著内容丰富，体系完整，论点严密，一经问世便震撼了世界。

今日有幸拜读这篇巨作，只能就其中一小部分观点发表自己的看法。

历史上，尤其是在西方，宗教的地位极高。因此，在法律的制定中，难免也会受到宗教的影响。

在《论法的精神》中，孟德斯鸠全面的阐述了法律与宗教的关系。

他认为：“人的法律是用来指导精神的，所以，法律应该给予人们以戒律而不是劝导。宗教是用来指导心灵的，所以，宗教给予人们的劝导应该很多，而戒律则应该很少。”

作者似乎把法律与宗教的功能进行了区分，将法律引向精神方面的戒律，将宗教归为心灵方面的劝导。法律也的确以戒律居多，为人民生活筑起一道防线，也可以说是底线。而宗教，更多是表达了一种期望，希望人民的道德品质更加完美的期望，即使完美无法达到。正如作者所言，法律是让人为善，宗教则让人为至善。

但是宗教与法律有着共通点，那就是他们的主要目标都应是使人成为好公民。

因此，法律与宗教应当有着联系，并且是互相协调的。

作者写道：“如果宗教谴责应该为世俗法律所许可的事，而世俗法律却许可应该被宗教谴责的某些事，那就很危险了；因为这种情况表明，和谐与公正的观念始终缺失，这种缺失会从一方蔓延到另一方。”

法律与宗教应该是相互补充，相互促进发展的关系。

古时代的教会开始拥有精神方面的领导权，掌管世俗世界的伦理和信仰。主教、神甫、修道院的僧侣，以及一大批长于神学和逻辑研究的学者成为教会的重要支柱，为基督教的发展不断提供理论支持，使得基督教充满了理性的思辨，促使西方的法律思想步入明镜高堂的地位。无论是在政治制度的选择上还是社会秩序的维持上，基督教文明始终以最高精神主旨指引着人们拥有理性和爱的政治幻想。由于基督教渗透，在司法制度上，基督教会主张的废除落后的神判法，反对

* 李平平：2014 级法学专业本科生。

刑讯逼供，并且限制私战和复仇，以及教会曾创立上帝和平运动以限制战争，这些都有利于社会的发展。

作者也说：“既然相信有一个能得到好报的地方，自然就会相信也有一个会受到惩罚的地方。法律有时修正伪宗教的谬误；法律软弱无力时，宗教可以发挥支撑国家的作用。”法律与宗教互帮互助，以此支撑国家的运行。

并不是所有宗教都能促进法律发展，支撑国家运行。在作者笔下，好的宗教并不仅仅指基督教，不好的宗教也不片面的等于伪宗教。作者认为：“教义对世俗状态中的人有利或有害，在于教义的滥用与否，而不在于其真伪。”

例如文中的斯多葛派，它是一个哲学派别，作者认为这一派别“更无愧与人类，更能培养好人”、“唯有斯多葛派懂得培养公民，唯有斯多葛派培育了伟人，造就了伟大的帝王”。可见，斯多葛派的教义适宜培养良善的公民。又如犹太苦修派，以公正待人，憎恨不义，恪守诚信，永远站在真理一边。从中，我们可以感受到宗教对至善的要求，也正因为这样的期望和要求，使得这一派别的人变得公正、诚信、热爱真理，让自己永远的追求着完美。

可是，当恶的宗教开始横行，人民、国家都不堪其扰时，就需要法律来规范了。 “法律有必要就各种宗教不但不扰乱国家，而且也不彼此相扰。”

宗教促进法律的发展，法律规范宗教的传播，二者密不可分，相辅相成。

读完第二十四章，感觉到作者对宗教（基督教）的赞颂远高于法律，法律似乎成为了宗教的附属品。不由得生出疑惑，论法的精神不应该强调法治与人权吗，为何宗教会占了上风？

再看当代西方法律，如“瑞士联邦，本着加强联邦各州之间的同盟以及维护和增进瑞士民族的团结、力量与荣誉的愿望，谨以全能上帝的名义，制订联邦宪法。”在瑞士宪法中，依旧有着宗教的因素，可见宗教在当代西方社会仍是有着深远影响的。更别提那人数众多的基督教徒和穆斯林了。

再观现代中国我们没有基督教这一明确的宗教，但我们有儒释道三家，其中儒家更是以一种根深蒂固的姿态扎根在人们的思想文化中。儒家思想中的伦理道德，更是在历史阶段中拥有过与法律不相上下甚至过之的地位，就像是宗教的另一种形式。

在中国法制史的学习中，我听到过许多关于伦理道德的案例。如唐武则天时小徐复仇案。小徐为报父仇而用计杀了朝廷官员。按照当时《礼记·曲礼上》：“父之仇，弗与共戴天；兄弟之仇，不反兵；交游之仇，不同国”，为父报仇在伦理上是允许的，甚至是鼓励支持的。但是小徐杀的是朝廷官员，从国家伦理来说小徐是触犯了国法的。如此，陈子昂提出建议：先斩小徐，弘扬国威，然后再表彰小徐，送匾鼓励，以彰孝道。在这个案例中有两点体现了伦理道德，一是小徐为父报仇得到了表彰，二是国家伦理大于个人伦理。

以此看来，中国古代的法律是“伦理化的法律”。这一伦理化经历了很长的过程。总体而言，早在先秦时期，我国刑法即已露出了伦理化的端倪；至汉代，由于统治者十分注重吸取秦短命而亡的历史教训，实行宽刑简政的方针，刑法的伦理化特征已初步显现，尤其是在汉武帝确立了“罢黜百家、独尊儒术”的指导思想之后，刑事司法的伦理化特点急剧凸显；到了唐宋，我国刑法的伦理化臻于成熟，唐律“一准乎礼”，宋承唐制，刑事立法的全面伦理化基本实现。

看来从唐朝开始，伦理已经成为法律不可或缺的成分和标准了。

亲属在犯罪时应当相互容隐，不得告发，这是春秋、战国以来儒家的一种理想，这一理想的源头是周礼中的“亲亲”原则，即亲属之间应当相亲相爱，尤其是应当敬爱尊长。先秦儒家都主张亲亲相隐思想。《论语•子路》载：“叶公语孔子曰：‘吾党有直躬者，其父攘羊而子证之’。孔子曰：‘吾党之直者异于是，父为子隐，子为父隐，直在其中矣’。”孔子首先提出了“父子相隐”的主张。即使是亲人犯了罪，家人也应该为其隐瞒甚至为其免罪。此外，春秋决狱、耄耋免死、十恶大罪等原则都是伦理在法律中的体现。

到如今，伦理又在法律中扮演什么角色呢？

中国法制现代化是传统法律文明体系的创新过程，这一时代进程的基本目标乃是依法治国，建设社会主义国家。这与中国传统法律文化中对“礼”的追求和对伦理道德的高度重视是极为不一致的。中国传统法律文化以人际和谐和天下太平的社会秩序为最重要的价值理想，伦理道德是实现这一理想的重要的社会关系的调整器，而现代法治的核心价值意义就在于确信法律提供可靠的手段来保障每个公民自由地合法地享用属于自己的权利，而免受他人专横意志的摆布，充分发挥社会主体的自主独立性和能动性。很显然，现代法治高度重视法律的作用，确证法律的权威性，而不是仅仅把法律视为道德的工具，成为道德的附庸。

可见在现代法律中，伦理与道德存在冲突。伦理作为根植在国民性中的元素，不可能简简单单就消除掉，所以法律现代化还有很长一段路要走。

不论是东方还是西方，古代还是现代，宗教与法律总是不可分割，相互影响。

法治与宪政

——读《西窗法雨》有感

程向文*

宪政之路，任重而道远。这本书虽每章节篇幅不长，但却短小精悍，发人深省。从《半法治与全法治》、《政府的承诺》、《政府旁边的法院》，这几篇重点叙述阐释了近代西方法治精神与内涵的章节中，我开始敬仰甚至敬畏其法治的力量。并从中随着作者一起思考了什么是法治及在现代社会中如何进行法治建设。

宪政与法治密切相关，而宪政与法治是不同的。第一，亚里士多德认为，要使事物合乎公平正义，须有毫无偏私的权衡，法律恰正是这样一个中道的平衡。因而，他主张法治。主要利用这一个天平式的权衡来达到事物的中和平缓状态。然而，在宪政的三大核心要素中，法治、民主、人权缺一不可。很明显，宪政的精神内涵更加丰富，宪政是法治加上法律的民主化以及人权的保障所形成的整体。宪政不仅要求以权力制约权力和以权利制约权力，而且要求以法律制约权力。由此看来，宪政不仅包括了法律的平衡，事物之间的平衡，也包括了权力制约与保障的平衡。第二，洛克强调，法治的侧重点在于个人自由权利，而我认为宪政的侧重点在于有序的国家规范与个人的幸福自主生活相互结合，相互联系，相互牵制，并相互协调运转产生良好的社会效益的多功能体制。第三，从遵从法律与民主精神统一性来看，宪政是优于法治的；从法的历史发展渊源来看，宪政的出现晚于法治的出现，宪政在一定意义上可以说是一种改良的法治，也即是说，宪政要在法治基础上衍生出与人的权利有别的“人的权力”，即人们要享有应得的尊重和自主以及对整个国家政治、经济、文化等领域的俯瞰权。而不是一部简单粗暴的“法”的全局统领。我认为宪政应该是法治与人治的结合，是维持法治与人治之间平衡的一种制度和文化安排。也是法治与人治良好平衡的必然要求。在《一般规则之下的自由裁量》一文中则指出，为了保证在同样情况同样对待的时候保证公平，就应允许在一般规则下的自由裁量，这种人治并非是一般规则之上的人治，法官的“人治”那是一种一般规则之下的人治。两者相互结合便成了富有民主精神的法治也即宪政之本。

但要论宪政就必须论法治。由于宪法权力的实质是一种“法治性”的权力，宪政的推行无疑包含着法治手段的力量，在杨兆龙先生的《宪政之道》中也曾提到，法治与宪政的目的都是为国家或社会建立秩序，其所赖以建立秩序的方法都是法律。法治与宪政有许多共同之点，法治的价值足以证明宪政的价值。两者的价值在于他们都能化抽象为具体来实施于实践中，所以，法治的推行方法可运用于宪政的推行，了解宪政的人也必定从了解法治入手。所以，我细细品读了这本书关于法治问题的探讨。

宪政的有效推进条件有赖于法治环境条件。在我认为，这里的环境应指法的完善性、规范性和预见性以及它的制定者和执行者和服从者的解读的精确性和把握能力。其次，是社会上人们对

* 程向文：2014 级法学专业本科生。

法治的认可程度和对法的敬畏和遵从，是即使在法律不完美的情况下，与同尊重道德或习尚的风气相一致地身体力行，在经典名著《政治学》中指出了法治一词的基本要素：“法治应包含两层意思：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该是制定得良好的法律。”权威的重要性体现于此。再次，它可以获得“宪法的生命素”，即不断更新和创造法的过程，可以随着周围环境即政治、经济、文化、社会等条件变化而趋时更新，形成一种在社会上生活着的“法”而不是凌驾于社会生活上的“法”，即法治的柔韧程度要具有社会适应性。《宪政之道》中提到，在宪政制度下解释、运用及创造法的人，必定要有一种远大的眼光与高深广博的法律知识，才可以使整个法律制度得到合理的调整与必要的联系，适应环境的需要，并发挥民主政治的精神。担任这种工作的人，仅知道一点民刑法或仅知道各部门法学的皮毛，固然不能胜任，就是对于各部门法学有相当心得而对于政治经济社会等学科没有研究，也未必称职。因而，有效推行宪政的前提在于有真正的宪法，但却不能是“纸面上的宪法”，它要求的是实际政治受宪法的抽象原则支配结果的具体化。这些具体化的贯彻需要实干家而不是理论家的努力，需要的是社会中各个元素的配合和接受引领，为之创造群众思维和群众信仰。如同演奏曲目一般，有出色的谱曲人和填词人，但没有完全熟识它的演奏者和指挥家，也就只能停在视觉阶段而无法达到各个感官的淋漓尽致的雄浑体验。

在《法院的审查权力》一章中，美国联邦最高法院首席大法官马歇尔亲自审理的马伯里诉麦迪逊案，便是体现了司法执行的法环境中执行者恰到好处的把握的有效性。在美国前总统亚当斯离任前夕，曾任命了 17 名治安法官，命令上不但有总统签名，而且有国务卿大印，但谁知这批任职令居然到新总统上任时仍未发出，新总统杰弗逊将此作废。马伯里为总统将自己的前途视作鸡毛蒜皮之事而怒而找国务卿麦迪逊理论，可结果仍然是：作废。在美国这样富有法治民主精神的国家中，为何竟不能满足这一国会所通过的司法条例所赋予的联邦最高法院要求任职官员的“履职义务”？但是，这恰恰不是破坏法的精神，而是为了维护法律之上的宪法。马歇尔提到，尽管其权利在受到侵害时法院应该提供法律救济，但是提供救济的不应该是联邦最高法院，因为美国联邦宪法没有规定联邦最高法院有对此的初审管辖权。由此我们可以对比我们国家与美国的有关机关有权审查立法机关制定的规则是否违宪这一问题。它是西方颇为重要的一个法律文化现象。美国的法治环境条件较为“宽松”，司法人员在熟悉其政治思想，历史文化背景下，充分灵活地解释法，“创造”法，当然也可以“废除”法（即如此案例中宣布司法条例违宪无效），“柔性宪法”之使然。在我国，这种违宪审查机制根本没有得到实际的落实，作为立法机关的全国人大充当了自己约束自己、自己管辖自己的角色，而最高法院只是它下属的分工合作的一个配角，因而，全国人大成为了违宪审查机关的主体，但似乎这种职能没有发生过实际作用。在实际生活中，我们国家的宪政发展滞后，并且作为敏感话题存在于政治生活的领域，如同回到“勿谈国事”的年代。害怕西方式民主的宪政精神的渗入，并大力倡导着社会主义法治精神理念，标榜着我们的中国特色社会主义，力争与西方的不成文法，惯例传统所带来的优势相互呼应。于是我们也有了自己的一套体系，我们也有了自己的“惯例”，我们的修宪提议由中共提出而不是全国人大代表中的五分之一提议；我们伸张正义，倾吐不公有望得到注重处理的方式竟然不是通过拥有司法效力的司法机关和为人民服务的司法人员手中直接取得，而是通过大众舆论的煽动传播进行有力

宣告来引起重视，舆论监督机制似乎成为实施民主政治的主要手段。如此看来，法治条件在种种不完善的背后，推行宪政可谓是任重而道远了。

推行宪政体制也要循着法治发展和传承法治精神。德国公法学者寇尔罗脱氏在讨论国社党政体下的宪法原理时曾提到：“国家和法律是民族生活的力量。它们的价值和意义是从它们对民族生活的功用中得来的。所以国家是一个民族政治生活的方式。这种政治生活的方式是靠法律秩序的力量取得的。一个共同管理的政治世界需要一种有组织的生活方式。这种组织最初是被国家及其权力所促成的。可是有了国家的权力，还得有法律的秩序和它联合起来，才可以形成民族生活。因为仅有权力而无法律，便成了武断。宪政是一种均衡政治，它依赖于两个层面的均衡：一是民间力量与政府的均衡，表现为宪政体制不仅约束了政府的任意权力，也提升了政府决策的理性；法治使人们按照长远利益和理性来行事，使政府更加取信于民。二是民间社会内部的均衡，这是根本的因素，表现为法治秩序的有效性，享受人人权利地位平等的“均衡”机会并以此均衡对管理者的不平衡心态，也即依赖这层看不见的抽象原则，并予以服从。法治作为一种以法律的至上性和公正性为基础的法律体系，其法律本身的公正性是通过宪政民主来保障的，因而，法治的精神传承尤为重要。戴维·休谟强调历史传承在国家正统性中的意义，埃德蒙·伯克甚至提倡善治的“世袭原理”。德意志是一个尚武的民族，德国又是世界上最早颁布宪法并建立完整法律体系的国家之一。当今德国联邦国防军的依法治军，得益于尚武及服从精神和良好的社会法治基础。英国作为西洋近代宪政运动的策源地，也是世界上第一个从人治社会跨越成为法治社会的国家，宪政的发达程度无出其右者。其法治传承精神在《大宪章》中得以显现：从相对性契约到普遍性法律，从最终权力的有效控制到人权的普遍扩展和实现，形成了其特有的法治传统。从中国的法治精神发展来看，除论罪定刑的“刑法”外，还有包含许多部门法原则的最初流传下来的习惯、成训及儒家所提倡的“礼”，还有成为裁判的先例和法理一部分的引经断狱之例以及经法典规章的采取而具备成文法形式的律例。这种本位文化的精神一定程度上推进着法治进程和传承。

这本书给了我一个从西方民主政治精神角度的出发点来探索法治在宪政体制中的足迹，在西方社会中，建立在宪法至上、分权制衡、司法独立、司法审查及保障个人权利基础上的宪政对整个国家运行起着统领作用。而我们仅是一个有宪法的法治国家，通过比较分析宪政与法治的异同、发展演变过程，不得不说，法治的力量实在有限，我们应该抛开狭隘民族主义和固有思想束缚，将框架建立起来，将法治下的民主精神与权利保障充分发挥。

注：双下划线部分是阅读书籍和其他文章原文的援引。

黑暗中的曙光

——读《社会契约论》有感

乔玥*

18 世纪的欧洲，在经历了漫长、黑暗的神学以及专制的封建独裁之后，伴随着生产力的进步以及因生产力进步而带来的生产关系的变动，新的社会阶层的兴起等变化，一股新的社会思潮也渐渐萌芽，新兴阶层试图在旧的社会体制上建立一个全新的合理、合法、符合人性道德、保障国民权利的社会形态。这一思想潮流发生巨大变化的时期，涌现了一批杰出的思想家，他们的理论如天赋人权，社会契约论，人民主权说，三权分立论等，都为世界范围内资本主义体系的形成产生了极其深远的影响。其中就包括了 1762 年出版的卢梭的《社会契约论》，不仅对当时各国的资产阶级革命提供了纲领，也为现当代权力的巩固提供了有力的依据。

“我把我的一生献给真理”——是卢梭一生的座右铭，他本人的确也是这么践行的。他用敏锐的嗅觉觉察到了政府的诸多缺陷，感受到了人民所受的压迫与苦难，“身为一个自由的国家的公民和主权者中的一份子”，他虽然不能通过实际参与政治来改变现状（卢梭是日内瓦的一个公民，但是日内瓦的大议会只是名义上的国家主权者，真正掌权的是由二百人议会推选出来的二十五人组成的小议会，所以书中卢梭说他做不了什么），只能够用自己的文字来给世人以方向。

一、社会契约

这是一个被卢梭反复提及的概念，卢梭在书中的第一卷第六章给它做了具体的解释——“我们每一个人都把我们自身和我们的全部力量置于公意的最高指导之下，而且把共同体中的每个成员都接纳为全体不可分割的一部分”，作为一种对国家的政治形态形成的看法，卢梭的观点打破了传统的神创说，而认为国家应该是人们自愿结约而形成的。

在第一卷中。卢梭指出社会秩序乃是为其他一切权利提供了基础的一项神圣权利。秩序并非来源于自然。家庭是最古老和自然的社会形态，但是，父母与能够自立的子女之间的联系，有必要用一系列约定来维系。社会秩序不可建立在强力的基础上，因为最强者无法一直保持强势霸权，除非他能把强力转化为权利，把服从转化为义务。在那种情形下，权利与强力就要互换位置。如果必须要用强力使人服从，人们就无须根据义务而服从了；因而，只要人们不再是被迫服从时，他们也就不再有服从的义务。约定便是一切合法权威的基础。

“首先，每个人既然都把自己献给集体，可见这个条件对大家都是同等的，既然条件对大家都是同等的，那么，就不会有人愿意使它不利于别人”

“其次，由于转让是毫无保留的，因此联合体就必然是尽可能完美的”。

“最后，由于每个人都是把自己奉献给全体而不是奉献给任何一个人，所以每个人都得到了他失去的东西的等价物，并获得了更多的他失去的东西的等价物，并获得了更多的保护其所有物

* 乔玥：2014 级法学专业本科生。

的力量。”从这个意义上来讲，签订某种契约，从总体上而言对公民有益。有了这个契约，人类就从自然状态进入社会状态，从本能状态进入道德和公义状态。人类由于社会契约而丧失的是天然的自由以及对于他所企图得到的一切东西的无限权利；而他所获得的，乃是社会的自由以及对于他所享有的一切东西的所有权。

有了社会公约，我们便使政治共同体得以存在并有了生命，而在此基础上，更进一步的就产生了法律。所以法律应该是针对全体普遍对象的反应公意的行为规范。相对于十八世纪仍处于极端君主专制统治背景下的中国，卢梭的“法制观念”显得如此先进，具有前瞻性。用法律来显示公意，规范权力，更有利于社会秩序的安定统一。

二、主权在民

《社会契约论》中的“主权在民”一说，就划分了一个时代，第一次提出了“天赋人权和主权在民”的思想。它刚一问世就遭到了禁止，卢梭本人也被迫流亡到英国。但《社会契约论》所提倡的民主理论却很快风靡全世界。它引发了震惊世界的法国大革命。

卢梭认为，在自然的社会状态下，人们享有一系列普遍的、永恒的自然权利，即生存、自由、平等、追求幸福、获得财产和人身、财产不受侵犯的权利。如果自由被强力所剥夺，则被剥夺了自由的人民有革命的权利，以强力夺回自己的自由。同时自然状态下存在各种弊端，人们须以平等的资格订立契约，从自然状态下摆脱出来，建立国家，以确保每个结合者的各种权利得以国家的保障。人们只是把自然权利转让给整个社会而并不是奉献给任何个人，因此人民在国家中仍是自由的，国家的主权只能属于人民。

围绕着人民主权，卢梭又指出，主权是不可转让的，国家由主权者构成，由主权者行使主权；主权也是不可分割的，因为代表主权的意志是一个整体；主权是不可代表的，因为“主权在本质上是由公意所构成的，而意志又是绝不可以代表的；主权是绝对的、至高无上和不可侵犯的，因为主权是公意的体现，是国家的灵魂。从人民主权理论出发，卢梭反对君主立宪而坚决主张民主共和：指出 国君制政府永远不如共和制政府。他认为，主权者唯一的权力是立法权，政府只是主权者根据法律所建立，行政权应当服从立法权。

卢梭还认为，“主权权力，虽然绝对、神圣、不可违背，它不能超越一般约定的限制范畴，每个个体对那些一般约定留给自己的财产自由拥有完全的支配。”这里强调的是，所谓“一般约定的限制范畴”就是指“人权”，也就是指个体的自由，如果主权凌驾于人权之上，这个主权也就失去了合法性。 一个否认人权的主权是不可想象的。 他反对用暴力来改变社会制度，他认为用武力政府就是对人权的践踏，就算带来了一时的和平也是建立在专横的封建制度下的。

在现实中卢梭推崇的是像罗马一样的民主制度，也就是贵族民主制，他认为，他们只能通过选举获得职位，从而使正直、开明、经验及其他受公众喜爱尊重的品质成为明智政府的保障”他在《社会契约论》的最后一册花了大量的篇幅分析了罗马共和国的兴衰成败，可见他对这种制度的重视程度。

三、关于政府

在实际运用中，如何使得法律得以完整公平的实施，卢梭巧妙的引入了政府的角色。虽然主权体具有立法权，但是它不能赋予自身执法权，而政府就充当起了主权体和国民之间的中介体、在公意的指示下实施法律的角色。卢梭创造了一种“主权体（立法者）——政府（执法者）——民众（守法者）”的法律传递形式，可以说是对于当时的社会政治产生了巨大的冲击。将立法和执法分离是当今政治比较成熟的国家的普遍做法，这也是对于滥用权力、暴力执政等行为的最好的破解手段。

世上主要存在三种政府形式：民主制，贵族制和国君制。卢梭是生于 18 世纪的法国人，他当时所生活的时代还是属于国君制的统治方式。虽然其个人的政治理念是属于民主政治的范畴，但是卢梭本人对现实政治的考虑显然不是民主主义者，由于受到当时的技术水平的限制，卢梭不认为有真正的民主社会存在，而且永远也不会有——“如果有一种神明的人民，他们便可以用民主制来治理。但那样一种十全十美的政府是不适合人类的。”他甚至认为大国适合君主制，而民主政府只能在小国中存在（“民主政府或群众政府比其他形式更可能出现内战和动乱”）。

而我们的当今时代，民主制成为世界的大方向，各国也用不同的适应自己的国情的制度来证明民主制的可行性，权力制约也有了进步，我们有理由相信在社会契约论的政府原则指导之下，现代政治民主将会发展的更加完善。

卢梭在《社会契约论》当中旨在解决人类契约的原因与方式、以及怎样才能西方政治思想史保障在国家之下个人的自由与平等两大问题。为此，卢梭在继承原有的社会契约理论的基础之上，提出了更为强有力的社会契约论，并且更进一步把社会契约发展为人民主权的学说，突破了以往的契约理论。卢梭在文中阐述了公共意志，作为人民主权的基础和体现，是认为维护政治正义和人民主权的保证，个人服从公意就是服从自身，这也是卢梭区别于霍布斯等人的显著特点。从这一点看，卢梭是一个激进主义者，同时也带有理想主义的色彩，卢梭的目的，与其说是用一种足以克服抵抗力的强制力来武装主权，还不如说是通过一种根本不能产生抵抗力的途径去塑造人们的心灵，这也是卢梭为后人争议和批评的所在。

别让宪法成为那只“兔子”

——读《比较宪法》有感

王春燕*

当今时代，无论你来自哪个国家、属于哪个政治派系，对于某个政治词汇总是提不起批评之心的，这个强大的词便是：宪政。什么？！你竟敢批评宪政，那就是批评”依法治国”呀，那还得了！当然宪政里的“宪”，指的是宪法。提到宪法，涌上心头的第一句话便是：宪法是国家的根本大法，凌驾于其他法律之上，任何法律都不得违反宪法等等。然而，中国的宪法与欧美国家相比，存在着太多的漏洞，无论是在宪法的实施，还是宪法注重对人权的保护程度，甚至是人民对宪法的重视与信赖程度都存在着较大的差距。这些所有的问题都需要我们追本溯源，从中国与欧美国家宪法差距入手，从而找到解决问题的办法。而《比较宪法》一书则较为系统且详细的讲述了中国与欧美国家宪法的差异，我的宪法学习之旅便从此开始。

《比较宪法》一书系由王世杰、钱端升两位学者所著，该书是本世纪上半期对西方宪政理论进行了最全面客观介绍的著作，开创了以个人基本权利自由理论为宪法研究中心的先例，而该书对当时政治和制宪活动的严肃批评，更是为中国宪法学术的独立性格树立了良好的风范。令人钦佩及欣赏的是，该书对西方宪政和理论基本上不含偏见，同时敢于批评当时中国的宪政思想及理念，这两位学者的风范令我仰慕。该书主要对比了中国与欧美国家宪法的发展历程、对个人的基本权利及义务的相关规定、公民团体的权利义务以及国家机关及其职权。而我将主要从中国与欧美国家的宪法发展历程着手。

西方的宪法思想起源于古希腊、罗马时代，当时的统治者俱尝试过高度的民治，且都具有各自的宪法，普遍有了一种规范意识，懂得了通过强制性的规范来统治、规范被统治阶级。可是从法律的制定和效力来讲，具有强烈的主观性和强制性，法律只是统治者进行统治的工具。进入欧洲中世纪时代以后，近代宪法观念开始萌芽。在这个时代内，君主的势力受到各地方封建诸侯或各城市实体的限制，国王往往以特别法律承认各诸侯或各城市团体的特权。这种现象的产生，已经包含有君主权利被限制而人民权利扩大的宪法重要原则。历史的车轮不断运转，到欧洲宗教改革及英美革命时代，近代宪法观念逐渐成熟，产生了一系列先进的思想观念。如卢梭的社会契约论。第四阶段即近现代的宪法的真正产生当属 18 世纪美法革命时代。虽说现代宪法观念于十六七世纪宗教革命与政治革命时期即已成熟，但近代的立宪运动却开始于这一时期，并且在这一阶级内，对之前的根本法观念更有补充和辅助条件产生。例如北美独立时代，美利坚合众国的三权分立以及法兰西共和国将立法权与制宪权分离。实质上，这个时代的美法均确立并承认了宪法作为国家根本大法，高于其他法律的无上地位。

反观中国的宪法发展史。中国的第一部宪法是清政府制定的《钦定宪法大纲》，当时国内外矛盾进一步激化，为了应对政治危机，清政府不得不派五大臣出洋考察，准备立宪，妄图维持摇

* 王春燕：2014 级知识产权专业本科生。

摇欲坠的统治，然而一个“钦”字便揭露了该宪法的本质，该宪法以维护专制统治为前提，彻底沦为统治者的工具，只是徒有宪法的躯壳而已。尽管清政府之后又颁布了《十九信条》，却已无力回天。孙中山领导了辛亥革命，推翻了清王朝统治，建立中华民国，颁布了《中华民国临时约法》。这是中国历史上仅有的资产阶级性质的宪法性文件，它反映了资产阶级的利益和意志，可惜好景不长，袁世凯窃取了革命果实，约法名存实亡。之后中国宪法发展几经波折，尽管新中国成立之后社会较为稳定，颁布了我国第一部社会主义类型的宪法，文化大革命又使它一朝回到解放前，文化大革命之后，我国宪法发展才开始走向正轨。

从以上的概述不难看出，中、西方宪法在最开始都以统治者的统治工具的面目出现，中国与西方宪法的真正的差距始于近代。近代时期，西方的近代宪法观念开始萌芽，而中国却由于闭关锁国、固步自封，沉浸在天朝的美梦中，仍对人民实行愚民政策。直到 1984 甲午战争中国战败，中国被迫打开国门，西方的宪法观念传入中国，中国的宪法才真正开始发展。西方的宪法史属于思想（包括宪法观念）推动改革，而改革又进一步推动宪法的发展，同时极大的解放人民思想，具有主动性。而中国却恰好相反，中国的宪法发展史开始于被列强压迫、被人民反抗的历史，因此带有极大的被动性，人民思想仍然比较落后。甚至直到现在，这些问题也没有得到解决。更让人感到恐惧的是，宪法仿佛还在以统治者的统治工具这样的面目出现，而事实上大多数国家都存在这样的情况。

政治学系副教授刘瑜在她《观念的水位》一书中，提到一个有趣却十分令人深思的比喻：理想的宪法是一个好的地图，一个国家走到哪不认路了，往地图上一看，就有了基本的方向感 了。但问题是，宪法不是固定在墙上的一张纸，它是一只兔子。对！刘瑜把宪法比作一只兔子！这只兔子会跑，会跳，会成为枪手的猎物。看到这里，不禁让人深思：这里的枪手指什么？哪些人会成为枪手，把宪法这只兔子收入囊中，制作一道精美的菜肴？某某党，某某政权，或者某个特定的统治者？如果宪法成为一个政权或者一个专制统治者手中的猎物，他们把用“宪法”烹饪出来的菜肴美其名曰“宪政”，并打着“以宪治国”这种让人无法反驳也不敢反驳的旗号，那么，这样的宪法还能被称为宪法么，这样的宪政能保障人民权利，防止专制独裁，维护社会秩序么？

答案当然是否定的！最为典型并且熟为人知的例子当然是委内瑞拉前总统查韦斯通过修宪获得连任的权利。2009 年 2 月 15 日，委内瑞拉以 54%的赞成票公投修宪，认可总统有权无限连任，本来任期满要下台的查韦斯可以继续竞选总统了。套用查韦斯的原话：“为了保卫社会主义革命，我需要更多的时间。”事实上，在查韦斯在任期间，委内瑞拉人民给了他想要的一切。可查韦斯却并未给委内瑞拉带来多大的改变。尽管他以穷人的代言人自居，积极推动国有化、教育普及、全民医疗，可却收效甚微，委内瑞拉的基尼系数居高不下，医疗教育貌似发展迅速，可是数据却被掺了假。人民貌似被查韦斯这个独裁者彻底欺骗了！类似的事件还有很多：2004 年白俄罗斯通过公投修宪，总统卢卡申科就此获得两任之后的竞选机会；2007 年叙利亚公投，允许阿萨德总统再连任一届；2008 年阿尔及利亚议会投票，通过了取消总统连任限制的宪法修正案……从上述事件不难看出，宪法已然成为独裁者们“手里的猎物”，成为他们通过修宪来延长掌权时间的工具，宪法这只“兔子”，俨然成为了独裁者们的工具！

或许有人会问，难道民众没有任何警觉么，在这些事实面前，民众没有自己的判断么？明明

查韦斯对委内瑞拉没有什么贡献，还要把票义无反顾的投给查韦斯。这些国家的根本弊病不在于统治者多么独裁，而在于拥有选举权的民众太愚蠢，没有自己的判断。可事实真的如此吗？可以用民众愚蠢如此简单的理由就把统治者的过错完全抹杀么？！这种说法显然是不具有说服力的。它忽视了人作为一个社会动物思维的产生。人所有的观念都来源于他所接受、所被教育的事物。当他所被长久灌输的只有这个统治阶级的优点，而没有统治阶级的弊病的时候，或者他只相信所被灌输的，没有一种去怀疑、去追论他所被灌输的东西的时候，他所作出的判断只会是这个统治阶级如何的顺应民心等等，他的言论实际上是不具有参考价值的。就像我高中老师曾经说过的那样，他们那时候的历史教科书写到长征的原因时，说共产党是去陕甘宁地区抗日！教科书那么说，人民也就相信了，不会有人去想去陕甘宁抗日需要绕到四川？！类似的例子实在是不胜枚举。所以从中可以看出愚民政策的强大。统治者的愚民政策绕过人民，人民对统治阶级的监督变得毫无意义，统治者实际在自己监督自己！所以统治阶级能利用宪法来维系自己的统治也变得易如反掌。

因此，要想宪法不成为统治阶级的猎物，首先要做的就是保证人民的所有合法权利和义务，建立一个良好的平衡机制，使民主能更好的深入。在统治阶级与人民的关系中，人民应成为强者，应成为两者关系的主导，这就好比在婚姻关系中，掌握“财政大权”的人拥有更大的发言权。只有这样，人民才会有和统治阶级谈判的凭借，人民才能更好的实施和维护自己的权益。宪法实质上应该成为人民手中和统治者谈判的枪，而不是统治阶级的猎物！

新时期农村法律意识现状与思考

张雅琪*

摘　要：改革开放以来，中国的经济建设取得了巨大成就，社会主义法治建设也日趋完善，然而城乡的发展差距逐渐扩大，不仅表现在经济方面，在精神文化层面，城乡的差距也日渐扩大。农村人民的法律意识仍旧十分薄弱。作为一个农业大国，农村法治建设若不健全，整个中国的法治建设就很难取得更大的进步。要推进依法治国，建设社会主义法治社会，就必须正视农村法律意识薄弱这一重要问题，并采取措施加以解决。

关键词：依法治国　社会主义法治建设　农民

一、当代农村法律意识现状

我国改革开放以来，在法律建设方面取得了巨大成就，党和政府高度重视社会主义法治建设，推进依法治国，然而我国几千年封建传统思想，在短短的三十多年中并不能改变，在城市，依法治国取得了巨大的成就，但在广大农村，农民的法律观念仍旧没有太大的提高。我国是一个农业大国，城市化率并不高，我国农村人口比重大，法律意识不强，从总体上说，我国建设社会主义法治社会的进程十分缓慢。

正如邓小平所说：“旧中国留给我们的，封建专制传统比较多，民主法治传统比较少。”“解放以后，我们没有自觉地、系统地建立起保障人民民主权利的各项制度，法制建设也很不完备，也很不受重视。”[262]我国人民的民主法治意识淡薄，特别是立法上的先天不足、后天失调，人治观念根深蒂固，而法治观念较为薄弱。

多年来，我国农村基层经过持续深入展开普法教育，法治观念逐渐深入人心，运用法律手段解决矛盾冲突，逐渐成为更多农民的首选。农村的民主法制建设有了长足的发展，但是，在一些经济落后，环境闭塞的地区，受自然经济长期形成的传统观念的影响，法制建设相对滞后，农民的法治观念淡薄，法律在解决矛盾冲突上并没有发挥太大的作用。

我对徐州市的一些农村做了调查，发现，现在农村里的人非常少，大部分都是老人与孩子，年轻人都外出打工，只有春节才回家，这种候鸟式的生活，并不能给村子带来新气象，反而让村子越来越与社会脱轨。另外，大部分的村子，都没有一个法律服务机构，也没有任何法治社会的宣传标语，法治建设在农村进程缓慢。农民法律观念淡薄，不懂得运用法律武器保护自身的权益。我针对农村人民的法治观念淡薄这一问题，提出了造成这一现象的原因以及解决办法。

---

* 张雅琪：2012 级法学专业本科生。

[262] 参见邓小平《党和国家领导制度的改革》

二、原因

首先，根本原因来自于中国人民的传统思想。中国历史上有着几千年的封建传统，自给自足的自然经济长期占据主导地位，阻碍先进生产力和先进的思想文化的传播。近两千年的封建历史造就了人们头脑中根深蒂固的被管理者被剥削者地位，在自然经济主导下的中国社会，封建主义人治的观念根深蒂固，以致在封建制度被消灭一百多年后广大农民仍不明确意识到自己的主体地位，严重制约了其法律意识的产生和发展。加上建国后长期实行高度集中的计划经济体制，与强大的行政权力相比，法律显得无足轻重。改革开放短短三十多年的感化并没有真正动摇传统思想的根基，这在广大农村地区更能得到印证。

另外，从人类社会发展的总体格局来看，发达国家的法律理念已经由义务本位阶段过渡到权利本位阶段，并逐步实现向社会本位过渡，而我国特别是农村正在发生的才是由义务本位向权利本位的艰难过渡，正是这种特殊阶段使农民无法清楚知道自己享有哪些基本权利和义务。263

中国人民不喜欢变化，这是传统观念根深蒂固的原因。一个人的思想观念不仅体现在其中一个方面，如安土重迁，还体现在其行为处事的方方面面。中国人民不喜欢变化，这一例证非常多。如，清朝建立，汉人不愿意留辫子，然而中华民国取代清政府，要求废除陈规陋习，剪辫废足，所有人却坚决抵制，甚至有人宁死也不愿剪辫。现如今居住在农村的人，大多数都是经历建国初期，文革，以及改革开放的老人，他们并不愿意改变，不愿接受依法治国这种新事物，而仍旧按照老办法办事。

除了根本原因外，还有很多现实原因。

（一）文化程度低，法律知识匮乏

法律知识并非法律意识的组成要素之一264，但却是农民法律意识形成的基础。农村人口大部分是老年人，文化程度相对不高，随着农村年轻人口越来越多地涌向城市，导致农村留守老人增多，老人文化程度低，更不用说法律知识了，因此他们大多不懂得运用法律武器维护自己的权益。另外很多人认为法律是国家用来管理人民的，认为法律与自己无关，不懂得可以用法律来维护自己的合法权益。

（二）农村市场化程度低制约了农民与法律接触的主动性

对法律的认知有主动接触和被动接触之分，主动接触出于根本性地位，而主动接触的前提是人们对法律的需求。“一个从事商业和航海的民族比农耕民族需要范围更为广泛的法典，而从事农业的民族比那些畜牧或狩猎的民族所需要的法典，其内容要多得多。”265在社会主义市场经济条件下，市场调节具有自发性、盲目性、滞后性的缺点，必须辅之以必要的宏观调控。改革开放以来，市场意识和商品观念已经在我国农村渗透和深入，农业产品的质量和种类得到不断的培育和发展，适应现代生产需求的市场交易方式和流通手段也相继出现。但农村的市场化程度仍然很低，自然经济和计划经济的色彩依然很浓厚，在这种情况下，对法律的需求少，这成为制约农民

263 摘自黄坤《农村法治化与农民法律意识现状之矛盾解读》
264 睦鸿明《法律实现论》，南京师范大学出版社
265 【法】孟德斯鸠《论法的精神》

主动接触法律和学习法律的瓶颈。从另一方面来说，农民不懂法律知识，再加上伦理道德、传统习惯在调整农村社会关系中的特殊地位使农民更多地选择“私了”来解决纠纷，而这更是淡化了对法律的需求。

（三）法律机构蔓延率低

法律援助中心等机构并没有在广大农村地区普及，法院离农村比较远。农民一般不会选择向法院起诉。作为基层普法和法律服务机构的司法所正在逐步弱化和消失，而律师事务所又因其盈利性而不可能承担农村的法律普及工作。农村普法工作不力直接导致农民法律意识滞后于我国法治建设进程。

（四）诉讼费用高，司法效率低

从目前我国基层法院的实际情况来看，法院从地方政府获得的审判资源普遍不足，诉讼费用收入所占比例大大高于国家的财政拨款，法院主要是靠从当事人中获取的审判资源来支撑工作的正常运转。这种现状加重了当事人的诉讼负担，影响了民众利用司法的程度，又严重影响了诉讼资源的充分利用。266农村人民普遍收入不高，不愿将钱拿去付高昂的诉讼费。

另外，马拉松式的诉讼过程，使弱者得不到保护，使法律的威信大打折扣。莎士比亚曾借哈姆莱特之口将“法律之迁延”称作人世间几大苦难之一，他用“待到草儿青青，马儿已经饿死”这样的谚语对司法拖延提出谴责，在我国，这些现象在我们司法体系中屡见不鲜。267一个简单的案件可能会审理数月，司法运作效率低下，远不如私下解决简单省事。

除此之外，我国的司法部门、执法部门缺乏有效的监督，立法上尚有很多漏洞，很多人钻法律的空子，就算运用法律武器也得不到真正的公平。

（五）农民参政议政的意识不强

我国实行基层群众自治制度，在城市实行城市居民自治，在农村实行农村村民自治，但是这一制度仅仅是形式，并没有真正的落实，农村选举很大程度上流于形式，农民也没有认识到参政议政是宪法赋予每位公民的基本权利，同时在村务管理方面，没有当选的农民的“事不关己高高挂起”的思想也在一定程度上纵容了村干部在村务管理上独断专横，损害农民的利益。

（六）法律建设没有跟上农村的变化

城市与农村在人口结构、人民受教育程度等方面有着较大的差异，因此城乡法治建设不可完全同步。立法者没有根据城乡不同的情况制定适合城乡发展的法律，法律没有适应农村的新变化。

农村立法必须符合农村的基本情况，具有普遍适用性和可操作性，而当前农村立法对农民而言缺乏亲和力，主要体现在三个方面，一是在农村立法指导思想上，农民的权利意识不够明确，目前我国农村的立法比较侧重于管理法，即对农村行政管理工作的具体化，而忽略对农民合法权益的保护。二是在立法程序方面，由于没有建立好意见表达与立法参与机制，农民的意见无法被采纳。三，在立法技术方面，现行法律对农村的基本情况没有较好的把握，导致了立法不具有现

266 王束文《民事诉讼费用制度研究》
267 吴志刚《司法效率低下使正义打折》，江南都市报

实可操作性，形同虚设，进而被农民所漠视。

此外，党和国家的工作重心在城市，对农村并没有较大的关注。然而，我国是一个农业大国，城乡发展差距不断加大，城市化速度虽然不断加快，但农村人口还是占据了中国的大部分人口，这是我国的基本国情之一，国家建设尤其是法治建设，没有做到城乡同步发展，而是以城市优先。

三、提高农民法治观念的方法

最根本的还是传统思想的巨大影响，很难在短时间内改变，所以新农村法治建设不可操之过急，应当循序渐进。西方国家法治社会之所以很完善，是因为经过了几百年的发展，我国提出依法治国基本方略不过三十多年，还需要经过漫长的发展时期。我们可以通过以下几个途径，改善农村的法治建设现状。

（一）大力发展农民文化教育事业

文化素质低是影响农民法律意识提高的重要因素。发展农村教育，是提高农民科学文化素质与法律素养的重要途径。十八大报告也指出要大力促进教育公平，合理配置教育资源，重点向农村、边远、贫困、民族地区倾斜，支持特殊教育，提高家庭经济困难学生资助水平，积极推动农民工子女平等接受教育，让每个孩子都能成为有用之才。现在越来越多的年轻人外出打工，农村学校的老师也拼命争取调入城镇工作的机会，农村教育师资匮乏，导致农村教育质量逐渐下降。针对这一问题，国家应该给予农村教师补贴，并且制定政策，让城市里的优秀教师轮流下乡执教。

（二）发展农村经济，增加农民的法律需求

农村经济的发展和农业市场化程度的推进是紧密联系的，随着农业市场化的推进，农民对于规范市场机制的相关法律法规的要求越来越大。与普法教育不同的是，这种需求体现为农民对法律的主动接触，并成为农民获得法律知识的主要途径。而要发展农村经济，则应从以下几个方面着手：一，加强政策扶持和引导，加强对农村宏观调控，加快农村产业结构调整；二，我国城乡发展差距大，必须加大对农业的投入，推动农业发展高速增长，缩小城乡发展差距；三，加强农村基础设施建设，为农业和农村经济的发展奠定坚实的基础。268经济基础决定上层建筑，农村经济发展起来了，农民的法律知识会逐渐提高。

（三）增设乡村法律服务机构

强化司法所的地位和作用，并派法律工作者定期下乡为农民提供法律服务，为农民解决矛盾纠纷。在农村地区推进“巡回法庭”，让农民亲临审判现场，在潜意识里提升法律意识与法律素养。

（四）适当降低农村基层人民法院的诉讼费用

地方政府加大对基层人民法院的财政补贴，降低当事人的诉讼费用，减轻农民的财务负担，但注意适度，不可将诉讼费用降的过低，防止农民滥诉，反而影响法院工作的质量。同时，进一步完善审判和监督制度，加强司法队伍建设，简化诉讼程序，缩短办案时间，提高工作效率，加大执行力度和监督力度，杜绝司法腐败，公平公正地解决矛盾纠纷，保障农民的合法权益，使农

[268] 黄坤《农村法治化与农民法律意识现状之矛盾解读》

民对法律产生认同感，在潜移默化中树立法律观念。

（五）加强普法宣传工作，建立健全农村法律援助制度

要在农村大力宣传依法治国，切实让每一位群众能够知法、懂法、守法，学会用法律武器捍卫自己的权益。法律建设、教育改革应当城乡一体化，城市办事机构应该向农村延伸，如在农村实行巡回法庭，让农民知道法律的力量，鼓励他们积极运用法律武器维护自身权益。还应当在农村地区设立农村办事机构，专门处理农民之间的纠纷，给他们提供法律帮助。

（六）加强立法工作

依法治国首先要有法可依，立法者在制定法律时应充分了解农村的发展现状，对已有的法律规范进行调整，不断适应农村的新变化，修改现有法规，废除不适用的法律法规，并增强法律法规的可操作性。

首先，要明确立法的主旨，农村立法的对象是农民，农村立法必须保护农民的合法权益，以保障农业的持续稳定发展为主旨；其次，充分调查走访，建立农民参与立法的新机制，从群众中来到群众中去。当前农村立法存在滞后性，不具有普遍适用性，其原因是对农村实际情况调查了解不够，没有认真对待广大农民的意见。最后，提高立法技术水平，保证农村立法的可操作性。

四、结束语

当前中国社会正处于转型期，改革不可操之过急，任何成就的取得都不可能一蹴而就，而是一个漫长的过程，社会主义法治建设才刚刚起步，改善农村法律意识现状任重而道远，应当循序渐进。

摄像头下的大学生隐私权保护

——以苏州大学为例

孙其华*

“你站在桥上看风景，看风景的人在楼上看你”。[269]

然而，在当今的校园生活中，那个站在楼上看风景的，常常是一只只摄像头。除了真正意义上的“风景”，在很多时候，一些有些我们自以为无人知晓的私密活动却也可能一直处在摄像头的密切注视下，成为了摄像头“眼中”的“风景”。换句话说，如果你站在东吴桥上看风景，看你的不仅仅有楼上看风景的人，还有或是安装在鲜有人注意的角落，或是委身于要道通衢之中的全天候监控设备，而在这些设备中，摄像头是最为常见的一种。

以苏州大学本部校园为例，在建设标准化考场之前，校园中除了主干道和重要的公共场所之外，其余地方并没有安装摄像头。近年来，为了更有效地净化考场风气，规范师生的考试、监考行为，也为了更好地跟踪教学活动，进行部分课程的课堂教学实录，学校在各个公共教学楼，如逸夫楼、博远楼等楼宇中的公共教室内都安装了数量不等的摄像头。而到了今年开学后，我们不难发现，我们平时上课的王健楼内的各个教室中也都出现了摄像头，本部部分女生宿舍楼一楼至二楼的楼梯里也安装了监控设备。至此，摄像头在苏大的校园中可谓无处不在。从上课、考试，到用餐、娱乐，我们的一举一动似乎都无一例外地暴露在了摄像头下。事实上，这种现象不仅出现在苏大，在全国各地的高校中也并不鲜见。大学生们对于这种现象往往是颇有微词，然而学校也有着充分的理由。学校认为摄像头的安装能够有效保护校园内师生职工的人身财产安全，在考试时也能够起到维护考场纪律和考试秩序的作用。但是在实际的操作过程中，没有人工安保措施的有效配合，摄像头的功能往往无法得到充分有效的发挥。可以想见，当我们的人身财产真正被侵犯时，仅凭几个摄像头并不能实际有效地阻止侵害行为的发生。不仅如此，从隐私权保障的角度来说，过多摄像头的安装在一定程度上也是对于大学生隐私权的一种隐性的侵害。

隐私权的概念最早由美国学者萨缪尔·D·沃伦（Samule·D·Warren）和路易斯·D·布兰代斯（Louis·D·Brandeis）于 1890 年提出。在随后的一百多年中，“隐私权”这一概念在世界范围内广为传播，日益成为一项重要的人格权利。隐私权是公民享有的私生活安宁与私人信息依法受到保护，不被他人非法侵扰、知悉、搜集、利用和公开等的一种人格权。[270]简言之，隐私权就是指个人对其私生活的安宁与私生活秘密等所享有的权利。隐私是指个人没有公开的信息、资料等，是公民不愿公开或让他人知道的个人的秘密。[271]而与此相对应，隐私权就是自然人享有的对其个人的与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的一种人格权。[272]一些国

---

* 孙其华：2013 级法学专业本科生。

269 卞之琳：《断章》。

270 张新宝：《隐私权的法律保护》，群众出版社 2004 年版，第 21 页。

271 参见彭万林：《民法学》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 161 页

272 王利明主编：《人格权法新论》，吉林人民出版社 1994 年版，第 487 页。

家的法律也规定，隐私权“通常为对于私有的和保持隐匿的事情”的权利。[273]隐私权是公民个人隐瞒纯属个人私事和秘密，未经本人允许，不得公开的权利。[274]由此可见，虽然隐私权的概念和保护范围在学界存在一定的争议，但从不同学者的不同观点中不难看出，隐私权的涵义和保护范围相当广泛。

按照现今部分国内学者的观点，隐私权的内容主要包括三个方面：一是私生活秘密权，二是空间隐私权，三是私生活安宁权。[275]在大学生的生活中，“空间隐私权”是其隐私权保护的重要方面。空间隐私权是指当事人就特定私密空间不受他人窥伺、侵入、干扰的隐私权。法谚云：“住宅是个人的城堡”（A man’s house is his castle.）。我国《宪法》第 39 条也规定：“中华人民共和国公民的私人住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”这一规定是对公民住宅自由的保护，也是对个人空间隐私权的一种保护，将“公民住宅不受侵犯”规定为一项基本人权。学生宿舍属于住宅的一种，属于学生的私人空间，是学生日常起居的固定场所。学校向学生有偿提供宿舍，并且根据宿舍软硬件条件的优劣向学生收取高低不等的的费用。普遍的情况是，学校作为“房东”，拥有宿舍的所有权，而学生作为“承租人”，通过与学校签订房屋租赁合同的形式取得宿舍的居住权（尽管一般情况下双方并没有签订完整的房屋租赁合同）。既然学生已经支付了一定的费用，就应该享有相应的权利，这些权利中当然应当包括作为一项重要人格权利隐私权。有人认为，学生宿舍通常有几个学生合住，不应属于具有私人空间性质的住宅，而应当属于公共场所。事实上，“住宅不论个体住宅还是集体住宅均受宪法的一体保护”。[276]虽然大学生宿舍是多人居住，但不应以熟人所形成的公共空间抹杀私人空间合理性的存在。在现代社会，无论是个人自有的房屋，还是通过租用、借用等方式占有的房屋，都属于个人住宅，属于个人支配的财产范围，对该财产的空间的支配，形成个人的隐私。侵入他人的财产，就侵害了他人支配的空间，从而侵犯了他人的隐私。[277]据此我们不难得出结论：学生宿舍属于学生的个人住宅，未经学生允许或未提前告知学生而擅自在学生宿舍楼内安装摄像头甚至是强行进入学生宿舍进行各项检查的行为，都是对学生住宅权及隐私权的侵犯。

对于宿舍楼道里安装摄像头的行为，我们并不认同。宿舍属于学生个人住宅的范畴，是一个相对私密的场所。进入宿舍大门就相当于进入了自己的家，而宿舍楼道就像是自家的玄关或是门厅。特别是，有些宿舍的卫生间或浴室就建在楼道中，这其中的场景如果被摄像头随时记录下来，对个人的影响是不可估量的。也许摄像头不会一直处于工作状态，但是作为普通学生的我们无法得知其什么时候会开着。这就好比一双双监视的眼睛时刻存在着，轻则会对宿舍里学生的心理也造成压力甚至是精神损害（如在淋浴时突然发现摄像头的存在的震惊等），重则会导致对学生隐私权的侵害。加之我国民法作为基本法，本身缺乏对隐私权的较为统一和有效的规定，因而当学生的隐私权受到侵害后，缺乏有效可行的救济途径。我国的民法虽然已将隐私权作为人格权加以确认，但对其内容和范围缺乏具体规范，出现立法空白。[278]

---

[273] Chambre des depute,Bill Relating to Privacy Protection,n E2177,p2.
[274] 王冠：《论人格权》，载《政法论坛》1991 年第 3 期。
[275] 参见王利明：《隐私权内容探讨》，载《浙江社会科学》2007 年第 3 期。
[276] 欧爱民、宋迎娟：《住宅权宪法保障的类型化分析》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 1 期。
[277] 王利民：《人格权法研究》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 600 页。
[278] 参见傅强、刘宇航：《公共场所隐私权法律保护研究——以公共场所摄像头的管理为视角》，载《北京科技大

当然，以上的论证并非是为了推翻学校后勤保障部门对于监控设施的设立与维护，宿舍管理部门对于学生宿舍的常规检查的合理性和合法性。事实上，从另一角度来说，学生的隐私权应当是可克减的权利。对于学生隐私权的保护并不是绝对的，而是有一定范围和边界的。学校管理者作为校园正常秩序的维护者，代表的是学校的公共利益。当学生的隐私权与学校日常管理的公共利益相冲突时，显然对学生隐私权的保护就不得不做出一定程度的让步与牺牲，以保证学校管理权的优先性。与此同时，学生宿舍作为学生的集体住宅，毕竟与个人住宅存在着诸多不同之处。在学生宿舍中，某个单个个体的一举一动都有可能对周围人造成影响。在这种情况下，个人权利的行使更容易与他人权利发生冲突。因而，在实际生活中，学生隐私权及住宅权的行使往往不得不受到一定程度的限制。

为了防止校方出于保护师生的目的安装的监控设施成为侵犯师生隐私权的工具，我们必须要对在大学校园中安装和使用摄像头等监控设备的行为进行一定的规制。首先，我们应当考虑摄像头安装区域的安全风险等级的高低。风险等级的高低直接决定着某个场所是否需要安装以及安装什么级别的监控设施。以苏州大学本部校园为例，位于本部校园最南端的王健法学院作为一个开放式的学院，外来人员较多，风险等级也就相应地较高，因而安装摄像头十分必要，有利于对学校公共财产安全和师生职工个人人身财产安全的保护。而一部分女生宿舍位于校园深处，外来闲杂人员较少，安保措施完善，其安全风险等级相对较低。因而这些区域是否需要安装监控设施以及所安装的监控设施的数量值得进一步商讨。二是安全投入与安全产出的合理比例。任何投入都是为了效益的最大化，相应地安全投入也是为了安全效益的产出。若投入与产出严重不成比例，则安装监控设施的行为显然得不偿失。在摄像监控安装领域，维护公民的生命健康权和财产权是一项极为重要的影响强制安装单位范围的正参数，而维护公民的隐私权和肖像权就相应地变成了与前者相反的负参数。[279]摄像头的安装所可能侵害的利益必须要小于它的安装所要保护的利益。与此同时，我国的民事法律虽然已经将隐私权作为人身权利的一种加以确认，但对其内容和范围缺乏具体规范。虽然住宅权是我国《宪法》规定的基本权利之一，但由于宪法位阶的特殊性，对于住宅权的侵犯往往很难寻求司法救济。

综上，摄像头的安装问题应当根据具体地点而定。在公共场合安装摄像头无可厚非，且作为普通公民，我们对于安装在校园内公共场合的摄像头应当具有容忍义务。与此同时，我们不能否认其存在的必要性。但是它涉及到的侵犯在校学生隐私权的问题，也不能忽视。高校行政管理部门应当重视在校大学生的隐私权保护问题；而作为在校大学生，我们也应当重视对个人隐私权的保护。

学学报（社会科学版）》2011 年第 4 期。

[279] 余凌云、王宏芳、秦琴：《摄像头下的隐私权》，中国人民公安大学出版社 2008 年版。

论人权法中的管辖（Jurisdiction）及例外

张艾婷*

主题：人权法中的管辖

结构：

小标题	相关案例	例外
1.有效控制 vs 国家领土范围	1. Loizidou v. Turkey 案 2. Ilascu and others v. Moldova and Russia 案	国家积极义务
2.中央 vs 地方	1.Assanidzev.Georgia 案 2.Garrido and Baigorria v. Argentina 案	联邦条款
3.域外管辖	1.Lopez Burgos v. Uruguay 案 2.巴拉圭警察案	ATCA 国家加入国际组织后的归责

俗话说，法律制定得再好也得靠执行得力。一牵扯到执行就必须说到管辖的问题。人权法作为一个具有普世价值的法律，由于牵扯国家众多，其中的利益错综复杂，其中的管辖问题也是错综复杂，因此，本文将集中探讨人权法中的管辖问题及每个法律都会存在的问题：例外。

首先，最主要的莫过于弄清领土范围与有效控制的区别，领土范围是否即代表有效控制呢？答案当然是否定的。由于各种各样的原因，一个国家的法定领土范围并不代表实际控制，例如他国侵略占领和本国内部的分裂势力等，都会导致一个国家无法实际有效地控制全部的领土。何况在这样动乱的环境下，最易导致涉及人权的犯罪问题，这势必会引发管辖的争议，其中，典型的例子就有 Loizidou v. Turkey 案和 Ilascu and others v. Moldova and Russia 案，前者中的塞浦路斯难民 Titina Loizidou，因为在塞浦路斯领土内北部地区被土耳其实际侵略控制，因而失去房屋和财产，在对自己的权利进行诉求的时，遇到土耳其和塞浦路斯两国互相推诿扯皮的状态，塞国认为该地区虽然在名义上属于本国领土，但实际上已经没有实际控制权，更无法对 Titina Loizidou 的人权被侵犯状态负责；土耳其则以非本国领土为由推责，声称自己在塞浦路斯国内无管辖权。最终，欧洲人权法院判决具有实际控制的土耳其具有该地区的管辖权并因对此负责。另外，值得一提的是，在 Ilascu and others v.Moldova and Russia 案中，法庭并不因为摩尔多瓦对该地没有实际管辖就判决其完全没有责任，它仍要求摩尔多瓦在领土范围内行使积极义务，尽力用可能的外交和法律手段确保权利的实现，即使处在非实际控制的状态之下。

其次，在确定了管辖的归属于实际有效控制时，新的问题出现了，即在实际有效控制的内部出现了分歧。典型的案子即 2004 年的 Assanidze v. Georgia 案中，实际有效管辖里出现了中央和地方的冲突。在该案中，格鲁吉亚的阿加利安自治共和国（the Ajarian Autonomous Republic）侵

* 张艾婷：2013 级知识产权专业本科生。

犯了 Assanidze 的人权，于 93 年起将其拘禁在阿加利安，并且在格鲁吉亚中央政府明确给予 Assanidze 一再的赦免、无罪后，阿加利安当地政府仍拒绝承认格鲁吉亚中央政府的无罪判决，继续判处 Assanidze 有罪。在地方政府如此强势之下，格鲁吉亚中央政府运用各种手段也没能将 Assanidze 无罪释放。之后，Assanidze 将格鲁吉亚中央政府告上欧洲人权法院，看上去格鲁吉亚似乎有些冤，但是，在欧洲人权法院的判决观点中，格鲁吉亚当初签订条约的时候是以整个领土为范围来签订的，并没有签订保留条款，阿加利亚自治共和国更没有像前两个案例（Ilascu and others v. Moldova and Russia 和 Loizidou v. Turkey 案）中那样有当地政权有分裂政权或者其他国家的侵略占领，何况格鲁吉亚非联邦国家也不适用联邦条款。这些事实都相当于默认格鲁吉亚全国境都适用该条款且没有例外情况，因此，格鲁吉亚应对此负责，出现地方政府对中央政府的不服从只是国内政治因素，公民不应成为两者博弈的牺牲品，并且对某些州进行有选择的限制而有些州没有则是不公平的表现,更是对人权保障的危及。反过来讲，如果格鲁吉亚的抗辩成立，那么，在对人权保障起主要作用的政府方面就会出现一个缺口，导致人权保障的真空状态。

同时，这一中央政府负有管辖职责的原则也产生了一个疑问：如果是联邦体制的国家，州政府签署了条约而中央政府没有签署了呢？这种情况下仍需要中央政府负管辖职责吗？作为典型的联邦制国家美国，在签署 ICCPR 和 ACHR 时都留了个心眼。在签署 ACHR 时，在它的强烈要求下，加入了第 28 条的联邦条款，其中明确指出中央和州政府应在与国内宪法和法律一致、有时超过它的主旨情况下采取合理措施履行条款，州政府也可以为了条约的实现而采用合适的条款来执行。听上去不错，可是反过来一想，这个条款其实为美国留下了很大的执行余地，它将对合理措施的决定权转化为内部事务的问题，使得随意性加大，ACHR 对它的强制性减弱，在遇到中央和州的管辖矛盾时，它便可以以内部事务为由，不受 ACHR 的监督和干涉。同样，在签署 ICCPR 时，它也签署了类似的保留条款。然而，在相应的案例 Garrido and Baigorria v. Argentina 案中，阿根廷援引联邦条款并坚称由于省签了条约而中央政府没有签署，所以根据联邦条款，阿根廷中央政府并不对此负责，同时，阿根廷宣称，鉴于联邦政体，阿根廷在采取相应合理措施上有巨大难度。针对这个案件，美洲人权法院认为在当时阿根廷在签署时表现为早已承认这个义务，因此，它不能以此为由不履行国际义务。理由似乎有些牵强，也与第 28 条的联邦条款不太一致，但是法院的意见是：这种处理方法解决了两大难题，一是不用探讨中央政府和地方州政府哪个更有能力（一般情况下毋庸置疑中央政府更有能力），二是确保了国家不会援引国内宪法来限制国际法义务的范围。两个事例一比较，似乎有些矛盾，并且后两个理由对抗美国采用联邦条款的事例似乎很充分。以我之见，联邦条款作为一个暧昧不清的条款，且仅仅在 ACHR 中有所体现（ICCPR 中作为美国的保留条款出现），实际是美国作为一个超级大国的的特权例外，鉴于美国从未出现这种情况，美洲人权法院遇到相关案例时，总是偏向于由中央政府承担责任（参见阿根廷案及美洲人权委员会 96 年的年报对哥伦比亚的判决，当然，在这个案件里，由于哥国的不作为甚至对游击队的庇护，它所宣称的无直接责任被法院驳回，并被判处由内部官员负责并赔偿受害者）。在两件似乎与第 28 条相违背的判决中，美洲人权法院都重申了国家的积极义务，这与之前的国家领土与实际有效管辖中的 Ilascu and others v. Moldova and Russia 案中欧洲人权法院中对摩尔多瓦强调的国家积极义务有异曲同工之处。鉴于国家与个人的力量比较，个人无疑处在弱势地位，

在人权保障的初衷和执行的效力上，国家的不作为便会导致人权保障的不充分，因此，管辖不等于国家的积极义务的范围，在何种情况下，国家都不能放弃自己的积极义务，这也是与人权保护初衷相契合的。

以上都是在域内的管辖冲突与争议，接下来需要谈到的就是更具有争议的域外管辖。这其中就有一个对外负责与管辖的双重问题。对外负责即指是否要对派出机构的反人权行为负责，典型案例为 Lopez Burgos v. Uruguay 案，Lopez Burgos 作为难民被阿根廷收留后又被乌拉圭情报安全机构偷偷强制引渡回国并受到了不人道的对待（包括非法拘禁和酷刑折磨等）。Lopez Burgos 之后将乌拉圭告上法庭，控告其对自己的人权侵害。最终，人权委员会认定由乌拉圭负责，因为在条约中规定：现有条约不能被理解为默许国家、团体和个人有权侵犯在自己领域限制内所禁止的反人权行为。就这一解释而言，派出机构在他国进行本国都所不能允许的行为更是不可容忍的，因此，派出机构在他国领土上的反人权犯罪当然是可归罪于国家的。

其次，域外管辖中的另一点就是国家的普遍管辖问题。如今，主流观点是在国际人权法下，国家的普遍管辖义务是没有的。诚然，如前文提到的，国家有保护人权的积极义务，但这并不表明它可以延伸到普遍管辖这一程度。确实，过于泛滥的普遍管辖会导致对他国司法主权的侵犯和权利的滥用。然而，这些主流观点也受到了一些例外的挑战。支持普遍管辖的声音则称联合国宪章和经社文公约里没有明确限制管辖的实施仅仅在领土范围内。同时，他们也提出了一下三个观点，一.域外对私人的管辖权是权利的必要扩充，特别是在当今全球化的社会里，跨国公司扮演的角色越来越重要，应对其在域外对本国公民的人权侵犯就显得尤为重要，这一点在后面美国的 ATAC 中也有涉及；二.这似乎可以看做是更宽泛的国家义务：不允许国家领土被私人用于在别国侵犯人权的场地，这看上去颇有些正义之感，何况更搬出了核武器的例子；三.一个国家义务的实行，不能对其他国家的权利履行形成障碍，又一个有力的例证就是经济制裁，一个国家在进行经济制裁时，若危及其他国家的经济，相应的国家应该有对等的域外管辖权。

域外管辖的另一个特殊的外向方面存在于国家在加入国际机构中时，是否应该为参与其中时的反人权行为负责，相应的案例为 Bankovic and others v. Belgium and 16 other states 案，从法官的判决来看，答案是否定的，责任应由该组织承担。同样，这一规定也有例外，当该组织实际由一个国家控制时，责任仍由实际控制国承担。

神奇的是，在域外管辖这一范围内，美国基于它强大的实力和价值观念，对域外管辖又进行了新的解释，即美国的外国侵权法案 ATCA，对在他国领域进行了人权犯罪的人在本国进行了管辖。在 Filartiga v. Peña-Irala 案中，Filartiga 在祖国巴拉圭受到警局监察长 Peña-Irala 因不满他的政治主张而造成的残酷对待（包括将他的儿子虐待致死并无故解除他代理律师的的律师资格等）后和姐姐一起以政治庇护为由移居美国。之后，Filartiga 的姐姐 Dolly 知道了 Peña-Irala 也在美国后，根据 ATCA 向当地法院提起诉讼，要求民事赔偿并告知了 Filartiga 的儿子 Joelito 因为他的酷刑行为致死之事。最终上诉法院的法官的裁决支持了原告的诉求，理由很简单，酷刑作为在任何法律中都难以容忍的人权侵犯，对于它的惩罚有普世意义，不应以国境为限。此案作为一个标志，意味着普遍管辖的否认说被打破，普遍管辖在一定程度上是存在的。从此，ATAC 的作用浮上水面，利用它进行对跨国公司的诉讼也逐渐增加，这作为一个典型的例外也在逐渐打破普遍管辖的

禁止惯例。

综上，在以上三部分的管辖争议中，我们也能看到法律的研究价值之处——例外。在第一部分中，即使主流观点是管辖归属于有效控制，例外存在于没有有效控制的情况下，相应国家也应当承担积极义务，运用各种方式保护人权；其二，在中央和地方的管辖归责中，联邦条款的出现突破了单纯由国家承担管辖责任的情况。尽管它带有一些保留条款和特权的性质；在第三部分中，ATCA 的启用突破了对普遍管辖的禁锢，深化了人权的普世化意义。正是这些例外和变化，使得人权法的实现紧跟时代，进一步发展。但是我们仍能看到，这些例外都有严格的限制条件，并不适用于所有情况，例如人权法之间的条款在某些情况下会互相冲突，某些例外往往是舍弃在特定情况下的一方而对另一方进行保护（如 Filartiga vPeña-Irala 案等）。但是不可否认，这些例外将会帮助我们进一步深化对人权管辖的认识，同时，这些例外也将作为人权管辖中的动力和源泉，使人权法不断与时俱进，跟上时代的潮流。

《动物庄园》读后感

杨敏*

初看完《动物庄园》，让人背脊发怵，觉得它完全就是新中国血淋淋的建国自传。庆幸的是，奥威尔写的不是中国，而是苏联，但是“书中那个轰轰烈烈之后骤然失落的故事，却不难令我们触景生情，感怀身世”。盛不稀奇，衰不稀奇，令人感兴趣的是由盛转衰的过程。我浅要地剖析了一下原因，认为主要有两方面：一是统治者；二是被统治者。

庄园的动物们本想赶走不劳而获的人类，把庄园变成一个所有动物都平等的动物王国。但最后，猪空披着猪的外壳，依然用人的方式管理着庄园，动物们已经分不清“谁是人，谁是猪”了，曼纳庄园似乎什么都没有发生过。书中作为统治者的动物们本想建设一个类似于共产主义的社会，但其所运用的路数却与法西斯主义的如出一辙。“篡改历史，隐瞒真相，遮蔽常识，美化自己；毒化教育，愚弄民智，打造高墙，隔绝文明；扼杀自由，毁坏文化，摧残人性，钳制思想；牢控军队，疯狂镇压，对内残暴，对外屈膝；自封伟大，杜撰真理，割裂群族，制造对立；利出一孔，弱民疲民，臆造敌人，转嫁危机。”嘴里强调共产主义，实际行动却与法西斯无异。很明显，这当中意识形态是次要的，因为统治者是要建设一个社会主义国家，还是要建设一个资本主义国家，其落脚点都是一致的——“建设国家”。既然都是建设国家，那么统治者如何操纵国家机器的“使用说明”便也是基本相同的。正如世界上不同地方的人民为了渡水都造船，彼此也没有互相借鉴、承袭，但最后的结果是，大家造的船差不多且驾船方法也相差无几。由此可见，严格区分意识形态是没有必要的，因为整个社会处于何种阶段是由经济因素决定的，不会因为统治者强行赋予它何种名称它就是了。

书中所描写的那个时代的生产力，注定了无论谁管理庄园，人也好，猪也罢，都只能用琼斯先生那套模式，别无他法。琼斯先生明智的做法，是减少对作为被统治者的动物的剥削，将更多的剩余财富分配给动物。简言之，缩小贫富差距，这样才能减少造反的可能。穷则思变，当自己付出的劳动和所得不成比例时，当社会各阶层相互流动的可能性几乎为零时，与其饿死，不如揭竿而起，这是普通民众最简单最朴实的逻辑。可惜，琼斯先生掌握了无边无际的权力，没有制约，没有监督，他是不可能抛弃自己的既得利益和可期待利益的，所以动物们的造反是冥冥中注定的。

另一方面，动物造反失败的原因，除了作者着重展现的统治者的种种缺陷外，被统治者本身也有很多应受批判的地方。从犯罪学角度分析，犯罪是具有二元互动性的，被害人本身对于自身“被害人角色”也有促成和塑造的作用。作为良民形象的鲍克瑟总是忍气吞声、逆来顺受；智慧冷静的本杰明事事通透，却遗世独立，不愿作为先驱，启迪民智；狗妈妈纵使深爱自己的孩子，却还是让拿破仑夺走了他们，也不敢挽留、反抗。谁也不敢说，他们的反抗肯定能成功推翻拿破仑的暴政，但没有他们的反抗暴政是肯定会继续的。某种意义上讲，小动物们的不反抗就是变相的助纣为虐。

所以综上两点，动物造反失败的原因一是没有限制权力，二是没有维护权利。

* 杨敏：2012 级法学专业本科生。

从奴役“解放”到另一种奴役

——读《动物庄园》有感

陈丹阳*

读《动物庄园》，对于书中描绘的动物农场一步步从革命解放到革命后短暂的欣欣向荣到遭受极权统治的历程，总有一种似曾相识的感觉。虽然故事中的主角多半为动物，但是感觉作者就是在讲述我们人类的故事，讲述着人民反抗剥削与奴役，最终又将自己置于革命领导者新的奴役之中的故事。

革命的种子萌发于农场中的大谷仓，当公猪老上校（Old Major）向受压迫中的农场动物们道破他们痛苦而备受奴役的一生，当老上校控诉人类的暴虐与不劳而获，当老上校描绘的那种革命后动物们平等而自由的舒适生活印刻在动物们的脑海中，革命的星星之火便在动物们的心中点燃了。动物们可以忍受人类多年来的压迫，但是当这种压迫被动物们真真切切地在脑海中意识到，那么这种压迫与剥削便是令人再也难以忍受了。绝望的处境一旦为被剥削者所认知，他们内心对平等与自由的热切渴望便是一团再也压抑不住的火。于是，只会享受劳动果实而不劳作的人类成了动物们自由平等道路上最大的阻碍。有了“动物主义”的思想指导，加上动物们的满腔热情，革命的爆发便只是时间问题。而庄园主的腐败则是点燃这场革命的最后导火索，借着琼斯先生（Mr. Jones）怠于管理的契机，革命迅速爆发并取得成功。

革命胜利了，动物们当家作主成了庄园的主人。在革命最初的一段日子，动物们确实好像实现了他们心中自由平等的理想国度，粮食丰收，动物之间平等友好。他们努力为自己而劳动，在捍卫革命成果击退人类反扑的战斗中他们也表现得异常勇敢。一切貌似都朝着他们憧憬的未来发展，自由平等的感觉无比美好。但是，好景不长，这个由革命催生的动物庄园渐渐变质，革命先知老上校担心的事情终究还是发生了。猪领袖拿破仑（Napoleon）尝到了革命的甜头，体会到权力的滋味后，开始排除异己，企图完全将整个动物庄园置于自己的控制之下。他的权力逐渐扩大，野心也日益膨胀，鼓吹个人崇拜，朝着极权主义的方向越走越远。他觉得自己作为领袖，伟大的脑力劳动者，应该和其他的动物不一样。他告诉动物们：“所有的动物都是平等的，但有些动物比其他动物更平等。”在拿破仑的极权统治之下，动物们的生活每况愈下，从不如刚革命的自由时期，到不如革命前受人类统治的时期，到最后连温饱问题都无法保障。而高高在上的独裁者拿破仑却安然地享受起了至尊待遇，睡柔软舒适的大床，吃丰盛的大餐，喝威士忌酒，享有所有的母猪，他用动物们的血汗喂饱了自己，他开始学人类用两条腿走路，和人类做生意，共同剥削压迫动物们，实行万恶的极权统治。

在故事的最后，拿破仑虽是猪的躯壳却在精神上成为了“人”。动物们从猪看到人，又从人看到猪，再从猪看回到人，“但他们已分不出究竟谁是猪，谁是人了。”也许诚如奥威尔在《动物庄园》乌克兰版序言中所言，真正的斗争还是在牲口与人之间。

* 陈丹阳：2012 级法学专业本科生。

动物庄园的发展历程如此，在人类历史进程中又不知上演过多少如动物庄园般的故事。打着“民主、自由、平等”等革命旗号，鼓动对未来充满期盼的无知群众，一场革命便爆发了。但“打江山容易守江山难”，革命果实的捍卫是个更大的挑战。回首中国历史，洪秀全带领义和团战士攻下了古都南京，却也坠入了腐败与享乐的深渊，终究难逃失败的命运；辛亥革命推翻了君主专制，让人民看到了民主与共和的希望，但是最终不但革命果实被他人窃取，之后民主共和的实践也难逃失败的噩运。

不可否认，和书中的领袖拿破仑一样，每场革命的领导人都有其与众不同，出类拔萃之处，但纵使是“英雄式的人物”也无法摆脱最基本的欲望。“绝对的权力催生绝对的腐败。”不受制约的权力会腐蚀人性，“英雄们”在欲望面前也难以全身而退。革命之后的制度构建本身就存在问题，“制约权利的笼子”本就不存在或者说其本身就是坏的，而民众的无知更让权力享有者们的胡作非为变得肆无忌惮。动物庄园在革命之后仅仅以“七戒”来巩固革命成果、训导人们。但是，“七戒”的作用如何？在后来尖嗓（Squealer）一步步篡改“七戒”的行为中可以窥见一斑。没有制度保障的规章其效力也只是停留于文本，对于规制权力完全起不到实际上的作用，极权之下，它就像一盘沙，都不用风吹，走几步就散了。民众的无知在动物庄园中也体现得很明显：对革命忠心耿耿的拳击手（Boxer）常将“我要努力干活儿”和“拿破仑同志永远正确”两句话挂在嘴边，但临近退休，却落得被拿破仑送进屠宰场的结局。死后，他这两句话，还被拿破仑一伙利用，当做愚弄动物的口号。还有动不动就狂呼阶级斗争口号“四条腿好汉，两条腿坏蛋”的绵羊们以及其他诸如鸡、鸭、鹅、奶牛之类的无知群众，饱受拿破仑愚民政策和极权统治的残害与剥削而不自知。他们费了好大的劲从琼斯先生的奴役之中走出来，却又在不知不觉之中步入了拿破仑的另一种奴役。

动物庄园的悲剧令人痛心，又引发我们无数的思考。“多一个人读奥威尔，就多一份自由的保障。”奥威尔的书中有一群群不自由、受奴役的动物或人，我们想要发现的并不仅仅是他们的不自由，而是要在这种不自由中思索我们摆脱奴役，通往自由与民主的道路。愚昧的民众中也不乏超脱的智者，动物庄园中的老驴本杰明（Benjamin）如是，当我们把民主的举步维艰、难以推行归因于民众的素质还未达到推行民主的程度之时，我们应该反思一下，民众已经表达了他们的美好愿景，就如动物庄园的动物们已经表达出他们想要的未来了，而民主的力量、制度的努力方向在于实现，即为民众达成他们的愿景。民智之觉醒固然重要，人民要学会捍卫自己的权利。良好的制度构建亦是必不可少，以约束权力，阻却极权主义的萌芽。

奥威尔在《动物庄园》中没有明确地告诉我们应该怎么预防历史的重演，不过通过对这则政治寓言的阅读，相信大家心中对于这个问题都有了自己的答案。

当寓言成为预言

陈俊生*

看完奥威尔的动物庄园，有一种被一把刀指着的锋芒感，如芒在背，心里很不舒服。书中描写的一切我想所有中国人都不陌生。

《动物庄园》的故事脉络被评论家分析为与苏联的历史乃至整个二十世纪国际共产主义运动的历史惊人的相似，在很多共产党正在或者曾经执政的国家都能看到动物庄园的类似影子。作者在书中借由对动物庄园的发展变化，对共产主义运动未来命运的预言也被 1991 年的苏联、东欧剧变和后来的历史所印证。但《动物庄园》的意义远远不止于对历史的预言，这部寓言体小说以文学的语言指出了：由于掌握分配权的集团的根本利益在于维系自身的统治地位，无论形式上有着什么样的诉求，其最终结果都会与其维护社会公平的基本诉求背道而驰。

记得在高中的历史书上，讲到十月革命的时候，老师说十月革命的成功宣告着列宁对马克思主义的完善。因为马克思认为社会主义革命只有在资本主义发达的国家才有可能成功，列宁的实践证明了在资本主义不发达的俄国同样可以实行社会主义。然而，几十年后苏联的解体，苏共执政期间产生的种种黑暗证明了，也许马克思的理论是正确的。改革开放之后，中国实际上认识到原本道路是行不通的，转而实行所谓中国特色社会主义，实际上是承认了资本主义在中国的发展。

这不得不让我们思考，为什么罪恶的资本主义并没有滋生出极权主义，反而是号称代表着人类最美好愿景的社会主义几乎全在发展的过程中诞生出了极权主义？因为发生社会主义革命的国家，在发生革命之前，都是处于一种内忧外患、人民极端贫困的环境中。社会主义的“人人平等”、“没有剥削”等等一系列诱人的口号吸引着许多像“鲍克瑟”这样的朴实大众。革命发生之后，那些具有头脑的领导分子很容易利用自身的地位谋取私利，建立起极权统治。归根结底，是社会主义所强调的公有制，集体主义本质上来说就是错误的。不尊重私有制，不承认私人财产，如何实行公有制和集体主义？其结果必然是导致领导者个人权利膨胀，对人权的践踏。事实上，马克思主义所倡导的社会主义在西方早已被认为是落后和失败的，只有中国和朝鲜等寥寥几个国家仍在坚持。“你明明是一个资本家或者资本主义者，你手里却拿着一条【马列毛】的绞索——我真不相信你会把那玩意儿套在你自己的脖子上”这就是我国最大的自相矛盾之处。

引用张千帆的话：“它首先会变卖这个国家所有财富并归为己有，无论是劳动力、土地、自然资源还是水甚至空气。国家越大，可供动用资源越多，专制统治就越稳定，人民的苦难越深重。统治集团热衷于把自己当做人民的救星，把人民劳动的成果变成自己的执政奇迹，实际上在利用国家机器攫取巨大垄断利益。”

当今世界，什么制度好，什么制度差，早已一目了然。并且人们已找到了衡量制度好坏的标准，说起来很简单，制定公平的法制，保障个人的权利，给人民以选择的自由。还有别的吗？

* 陈俊生：2012 级法学专业本科生。

读《动物庄园》有感

王雅芬*

《动物庄园》写了一个故事，以动物的角度描绘了一个国家发展史，社会发展史。以童话的角度重现了当年的历史。故事讲述了曼纳庄园的动物，不忍主人的奴役，在猪的领导下，发起了一场革命，并建立了一个“所有动物一律平等” 的动物庄园。革命成功之初，动物们确实享受了自由的空气，并为了集体的利益，各自努力工作，给庄园带来了前所未有的经济收获。但是随着两头猪领导的互相争斗，猪逐渐变成了新的特权阶级，奴役着其他的动物。动物们又回到了以前的悲惨生活。寓言往往展现了人类真实生活的一面，这个故事也不例外。

历史就是在曲折中进步。失败、成功、再失败、再成功。而过去的每一次失败，都给下一次的成功铺了路。

从书中可以读出作者写了苏联的发展史。这一切都是根据斯大林模式和他的极权统治写出来的，揭露了苏联当时的社会现状，当时的苏联，而是历史上所有的极权主义，尤其是那些统治手腕巧妙的统治者，大体如是。作者看到苏联的革命实则是一种剥削制度代替另一种剥削制度罢了，一个国家拥有权力、地位就可以无限制的压制其他民族的发展，剥削其他民族，然而作为统治者总是编制种种借口与理由来解释自己的行为，口头上说你为了国家的发展，而实则呢？都是说一套，做一套。不但没有给他们好处，反而还制造各种各样的障碍来限制国家的发展。动物庄园里动物间的故事就是这些国家行为的体现，作者深刻的揭示了这些国家的统治模式，作为斯大林，始终都是为自己的权利和地位着想，永远以自己的利益为出发点。苏联最终破产，但留下的不只是失败，有成功，更有宝贵的经验。其中之一就是要民主。有几个执政党票选就算是民-主吗?至少动物庄园告诉我们，虽然有斯-诺鲍、拿破仑两头不同的猪，但动物们还没有当家作主。要做到真正的民主其实并不容易，中国也同样面临着这样的问题。

中国走到今天，非常不易。未来的路走向何方，需要人们更多的智慧和思考。要结合本国实情，大胆的进行创新和改革，不能实行剥削统治，要实现真正的平等。中国从成立至今，一直以社会主义惯称，若不严格的贯彻人人平等，那么中国的社会主义将不会得到很好的发展和巩固。只有一切从人民的利益出发，关心人民群众的切身利益，实现真正的平等，做到真正的民主，中国才能长久的发展下去。

* 王雅芬：2013 级法学专业本科生。

《动物农场》读后感

雷蕾*

初读此书，颇为震撼，不禁反问作者奥威尔怎么比我们还了解我们？的确，《动物农场》讲述的是一场“动物主义”革命的酝酿、兴起和最后的蜕变。饱受农场主压迫的动物们在老少校的引导下产生了“造反”的想法，雪球和拿破仑则在时机成熟之际带领整个农场发动革命，赶走农场主，推行“动物主义”并奉行“所有动物一律平等” 之后，两只处于领导地位的雪球和拿破仑为了权力而互相倾轧，胜利者一方宣布另一方是叛徒、内奸。此后，获取了领导权的拿破仑拥有了越来越大的权力，成为新的特权阶级，动物们稍有不满，便会招致血腥的清洗。农庄的理想被修正为“有的动物较之其他动物更为平等”，动物们又回复到从前的悲惨状况。

这些情景对我国经历过某一特殊时期的人也非常熟悉，但是此书是以苏联斯大林当政时期为蓝本而与中国无关。如此强烈共鸣，便以为这是一部反苏反共的右翼作品，但是作者奥威尔的立场却是左翼民主派的社会主义，他既痛恨德国的法西斯主义，又恨苏联的斯大林主义，对于英国的保守派也是持否定态度。因此这并非一本反苏反共的小册子，它的含义远比揭露某一国专制国家、某一实行独裁的政权更为深远。而我们只读出了我们想听的东西，而不是奥威尔想说的东西。

但不论作者的立场是什么，讽刺的对象是什么，历史已让我们看清“任何一场革命，任何一个革命后的政权，如果失去民主监督，如果没有健全的法治，都可能走向反面，一度奋不顾身参加革命的广大群众仍然不能逃脱被奴役的命运。”在动物农场中，有拥护拿破仑政府所谓的“民主制度”而奋不顾身勤勤恳恳的拳击手，也有为了真正意义上的民主制度奋不顾身与拿破仑政府斗争的母鸡们，但是拥护也好，斗争也罢最后他们都不能挽救日益腐败的拿破仑政府，反而成了民主建设的牺牲品。不禁想起《国会现场》中作者多次提到：“不是民众程度太低，而是官僚程度太低；不是民众不想要宪政，而是官僚不想要宪政”的论述。

的确，在这个强调精英主义的社会，人们总是习惯性地将民主法治建设举步维艰归咎于民众法治观念淡薄、政治参与能力低下等。不可否认，在多数情况下多数的民众只是从自己的利益出发去考虑问题的，我们不能苛求他们凡事从国家利益出发，这不仅不符合他们的社会地位，也不符合法治民主建设的要求。我们为什么不要求国家从民众的角度出发，充分考虑他们的诉求呢？这就体现了所谓的精英阶层是否真的有建设民主法治制度走宪政这条道路的决心，是否有让自己曾经的滔滔罪行大白天下的勇气，并以法律为准绳约束自己行为的远见。从当前的反腐力度以及十八届四中全会全面推进依法治国来看，中国的民主制度在一步步前进，但是反腐之后的保障措施以及依法治国的监督措施又在何方呢？没有这些后续措施的跟进，又如何体现官僚、精英推动民主法治建设的决意呢？又如何保证其不误入歧途，走向反面呢？

六十年前，奥威尔出版《动物农场》讽刺苏联革命时期出现的极权主义。如今，苏联已经解体二十多年，其讽刺的对象也在发生着变化，然而没有民主监督，人民被摆脱不了被奴役的真理却始终不变。

* 雷蕾：2013 级法学专业本科生。

读《动物庄园》有感

姚伊新*

动物庄园无疑是一本精彩又深刻的讽喻政治小说，乔治奥威尔塑造了一个个栩栩如生而又个性鲜明的动物形象，在不断的铺垫和对比中将每个角色的个性展现得淋漓尽致。故事从老少校的发言开始，曼纳庄园的动物都聆听了这次演讲，而老少校的睿智与先见之明也令人惊叹，他告诫动物们必须牢记在反抗人类的斗争过程中，切不可仿效他们，即使取得了胜利，也不得继承他们的恶习，一切动物都是平等的。然而事实并没有按照老少校的期望实现，动物们将农场主赶出了庄园，建立了动物庄园。《英格兰的牲畜》这首歌逐渐流传开来，作为首领的猪们还带领动物们学习识字，制订了“七诫”来规范言行，它们勤恳又热情地经营着动物庄园，然而不久领导阶层矛盾激化，一只叫拿破仑的猪迅速掌握了领导权，将对手斯诺鲍赶出了庄园，此后拿破仑和声响器排除异己，篡改七诫，与恶劣的律师为伍，与人类贸易，搞个人崇拜主义，宣称“拿破仑同志永远正确”，一切人类的恶习也沾染了，甚至奴役其他动物，将勤恳的公马拳师卖到屠宰场……而结尾更是讽刺，人与猪的脸不断切换，逐渐混淆不清。勇敢的猪最终又变回了自私的人。

小说所体现的关键词是自由，平等与民主，也恰恰符合了作者写作的背景，以苏联斯大林清洗为线索，揭露了社会现象，以辛辣尖锐的笔触嘲讽斯大林在苏联虚妄专制的统治，表达了对极权主义的不满、批判和讽刺。这也正是体现了绝对的权力下会产生绝对的统治与腐败，当权力集中在一个人或者某一特定阶层手中时，变质就成为了必然，即使拿破仑没有取缔斯诺鲍，而是由斯诺鲍当权，结局也会是一样的，因为腐败来源于权力。作者想要抨击极权主义社会的黑暗和弊端，但并不意味着政治就是坏的，政治本身没有好坏的属性，而是由人为染色的。今天你所痛恶并推翻的政治，也许就成为你明天所期望实践的，如同故事中拿破仑带领动物们所推翻的统治最后却又由它自己重新建立起来了。民众希望领导者能带领他们过上好日子，但这也极其可能成为统治阶层控制与愚弄民众的工具和借口，毕竟政治舞台上不缺乏蛊惑人心的诡辩家，统治者只有通过这种愚民政策才能绝对控制民众。即使民众中有个别清醒，没有麻木的，他的声音也难以被大众听见，只会淹没在反对声中，就像小说中想要抗议与质疑的动物，被绵羊们“四条腿好，两条腿更好”的喊叫声给欺骗，无知而又麻木。而剩下仍清醒的，如本杰明、苜蓿之流，他们又能做什么呢？戒律墙上只剩下一句讽刺的“所有的动物都是平等的，但有些动物比其他动物更平等”。

民主与专制看起来是对立的，但从书中看来，民主也不过是用一种新的剥削来取代原来的剥削，以拿破仑为首的猪们骄奢淫逸，贪图享乐，而被统治和愚弄的动物们仍然吃着最少的饲料，干着最累的活，甚至还不如从前为农场主劳作的时候。民主不是由领导阶层为民众争取的，而是来自于民众自己的觉醒，当民众意识到需要民主时，这种制度才能建立。倘使仅仅依靠领导阶层的决定，也不过是一个又一个的恶性循环罢了。

* 姚伊新：2013 级法学专业本科生。

《动物庄园》读后感

李嘉豪*

读完奥威尔的《动物庄园》，扑面而来的是一种陌生的熟悉感，在动物庄园里，动物们享受着所谓的自由与民主,却无时无刻不在被专权所欺压，竭尽全力甚至付出生命的代价为着“集体利益”、“集体梦想”而工作，殊不知自己付出的一切沦为了专权者享乐的物质基础。

对《动物庄园》感触最深的是思想力量之可怕。如果说猪能够当上领袖，在“革命”初期是因为其自诩的智慧与聪明的话，那么之后维持统治的方法完全就是让人窒息的“思想压迫”。“四条腿好，两条腿坏”是动物主义的斗争纲领;《英格兰牲畜之歌》不断传唱让动物们坚信民主与自由即将到来，正如 19 世纪《国际歌》的传唱让巴黎公社坚信共产主义终将到来;“拿破仑时代”所被强调的：拿破仑同志永远正确，不禁让人想起“两个凡是”的方针。而鲍克瑟，那喊得最响的驴，不就是国家忠诚老实却又愚昧的劳苦大众？统治者在群体激情澎湃时不断的重复，让这些理念在动物们的头脑中扎根，并且让它们作为一种得到证实的真理而被接受。

神化领袖在动物庄园中体现的尤为明显，所谓领袖就是群体中的头目或者煽风点火的人。“只要有一些生物聚集在一起，不管是动物还是人，都会本能地让自己处在一个头领的统治之下”，拿破仑通过暴力夺权，一步一步地开始了他的专制生涯。期间尖嗓充当着重要的角色，修改解释“七戒”、神化拿破仑、丑化斯诺鲍……作为最忠实的追随者，它是拿破仑的宣传部长，是一名合格的演讲家，每次出场都给拿破仑的专制添砖加瓦，将其一步一步的神化。

“愚民政策”几乎是专制社会的代名词，让社会进入一种“信息被封闭的安稳状态”是统治者们最希望看到的。只有那些被统治者的思想变得麻木，安然接受升至自愿接受被压迫、被剥削的命运，这样的社会才是安稳的。在动物庄园中，“你难道还想人再回到动物庄园？”这就是一条禁锢动物们思想、让其安于命运、不知反抗、不敢反抗的魔咒。推翻人类统治的初衷就是为了动物自治，以便平等的享有所有的劳动成果，变得富有而民主，谁还想回到以前的时代呢？在猪的时代，幸福感是假想出来的，也是被宣传出来的，正是一遍遍地自我麻醉让动物们形成了一边叫苦连天、一边又近乎疯狂地维护着剥削制度的双重人格。“七戒”可以说是动物庄园的宪法，是动物主义的简化。但在拿破仑统治时期，统治者们对于其确是一再地践踏，其无非是利用了动物们模糊的记忆以及对历史的解释权。对于从前定下的法律，他们根据自己的利益需要，任意的篡改，并且反复向民众解释，从而抹煞历史，使得动物们集体丧失记忆。

《动物庄园》映射的是斯大林统治下的苏联，讽刺革命实则是一种剥削制度代替另一种剥削制度。一个国家拥有了权力、地位就可以压榨剥削百姓，然而作为统治者总是编制种种借口与理由来解释自己的行为。作为民众我们应该反思，是做庄园中顺从的绵羊，还是愚忠的博克瑟，亦或是清醒的本杰明，还是……

* 李嘉豪：2013 级法学专业本科生。

网购退货的心理探析和法律保护模式

李秀梅 叶秀 刘芸芸 杨蕾 陈玥 李文成 缪磊磊 杨博晓 秦亚卿
顾一成 杨心怡 冯晔 涂菡 丁炫力 张文轩*

一、实践目的

随着互联网科技的迅猛发展，电子商务迅速普及。凭借互联网无地域限制的优势，消除了产品、服务供应商和需求者之间地点与距离相关的障碍，我国经济正逐渐成为以互联网、通信技术为基础的新经济。网上购物越来越贴近人们的生活模式，网购渐渐被人们所认可，网购的用户规模不断攀升。第29次中国互联网发展状况统计报告显示：截止2011年12月底，中国网民规模达到5.3亿，网购渗透率达39.8%。网购给人们的生活带来了极大的便利，网民们不但可以不受时间、地点的限制购物，而且降低了现金交易的流失风险，省时、省力、快捷。然而，许多问题也相伴而生，安全性问题最为突出，电子支付的安全性和资金流动的实时性的差距，隐私权的保护漏洞，导致消费者的信息泄露，不法分子有可乘之机。此外，因国内法律建设不完善，产业结构不合理，市场监管不严，假冒伪劣产品充斥，不能试用带来的物品质量认知差异引起的诚信危机，退货无路、退货困难重重等问题时有发生。此次实践选取七天后悔权为切入点，以“网购退货的心理探析和法律保护模式”为主题，希望将心理学分析与法律思维初步结合，剖析与主题相关的社会现象以及对现象背后本质问题的探究，为人们的网上购物提供科学合理的指导，在权益受到损害时充分运用法律武器捍卫自己的权利，并且给相关立法部门提供法律意见，以便网购立法更加完善，形成有法可依、有法必依的良好局面。

这次我们本着简单方便、高效科学的设想，实践主要在网上以调查问卷的形式展开，以广大网民、电商为对象发放问卷，走访调查，调查网民们是如何应对物品破损等退货情节出现，如何与电商进行沟通，以及其中出现其它问题时如何解决，同时分析电商如何应对合理的与不合理的退货请求，怎样与消费者沟通协商妥善处理问题以使双方利益损失减少到最小，利益的天平得以平衡。此外，我们为了追求调查报告的深度与广度，还对网民与电商的共同责任主体——消费者权益保护委员会和工商管理部门的工作人员进行了问卷调查并且查看了其关于网购问题这一部分的接收和处理情况，努力使我们的问卷报告涉及多方面多角度多层次，为主题所涉及的个人或单位提供良好的参考或借鉴材料。

二、实践内容：

（一）实践宣传

实践前期，作为组长的我积极投身主题宣传工作，应团委要求投放宣传稿并进行现场招聘，广纳贤士，最终募得14位志同道合的优秀队友。

* 李秀梅等 2012 级法学专业本科生。

（二）人员安排

为了快速地获取较为全面的材料，团队全体人员协商一致，各司其职：

叶秀、刘芸芸、杨蕾、陈玥、李文成、缪磊磊、杨博晓、秦亚卿负责收集材料、整理材料；顾一成为通讯员；杨心怡为新闻官、冯晔为摄像师；涂菡为安全员；丁炫力负责店家调查，交流；张文轩为总编辑

（三）时间安排

1．7月8日-7月10日：设计调查问卷、宣传单；（附：调查问卷一份）

2. 7月11日-7月15日：在不同地点针对不同人群进行调查问卷填写，宣传单发放，同时在网上对广大网民进行问卷调查（包括购物者、网络运营商、网店店主等）；

3. 7月16日-7月18日：对调查问卷进行分析整理，制定一系列应对措施；

4. 7月19日-7月20日：将我们活动成果借助不同渠道进行宣传，提高人们的维权意识增强他们的维权技巧。

（四）在实践开始之初由组长负责设计调查问卷。

我利用问卷星这一网页工具，完成了调查问卷的设计，问卷共两套，一套是针对广大的网上购物消费群体，共计18道问题， 内容涉及对象的基本信息的调查（性别、购物经历、网购原因、网站的选择等等）、网购的具体情况（物品价格范围、产品类型、能接受邮费的水平和配送时间等等）、对七天后悔权的了解与看待、退/换货具体过程中的问题的看法（退货原因、退货费用的分配、对商家应对及时性的评价、退货结果、退货行为对未来购物影响的评估或者选择不退货的原因等等）、最后征集对“七天无理由退货”相关规定的建议与意见；另一套是针对电商群体的，共计12道题，内容囊括对电商网店经营状况的基本调查（经营类型、时间、月销量等）、涉及七天后悔权的调查（是否常遇退货、对顾客的退货理由的看法、是否遵照规定办理退货、如何看待“七天”的时限、邮费由谁承担适合、七天后悔权对店销量的影响、后悔权存在的利弊等）。对问卷进行认真反复的修改之后，作为队长的我将任务分配下去，队员们众志成城，委身投入到问卷的推广和整理收集上面，我们充分调动人脉，为吸引更多人的关注更在问卷填写之后增加抽奖环节，增加人气。在这过程中我们也遇到了一些困难，对调查问卷深恶痛绝的人们一见到要填写问卷本身已产生抵触情绪，问卷访问量少的可怜；填写过后抽到保险的奖不理解，扬言我们是骗子；原先设定的一周时间对于高量的问卷访问量需求日显不足，我们不得不把实践延长，乞求用时间来弥补缺陷。皇天不负有心人，在我们群体人的共同努力下，我们调查问卷的来访者从开始的小于50，慢慢地突破100大关，最后获得了177份有效答卷。

经过初步的统计分析，我们不难发现以下一些事实：

1．网购已经不是女性的专利，越来越多的男消费者也加入到网购的阵营中，淘宝、京东、亚马逊、当当等网站凭借其丰富的产品和良好的服务成为消费者们的选择对象，网购带来了实实在在的便捷的福利。

2. 广大消费者尤其是在校大学生这一群体热衷于在网上购买服装鞋帽、图书影音、食品、化妆品饰品等商品，价格多在0-200元之间，并且期待在尽可能快的配送时间内承担较少的邮费（10元以内）。

3. “网购7天无理由退货”的规定得到了较多的好评，80%以上的人在对七天后悔权一知半解的情况下因错发货物、货物积压或损坏等原因毫不犹豫地选择退货，但对于运费的承担调查显示商家垫付和消费者给付近似1:1，且73.35%的人表示能够成功退货，美中不足的地方是商家办理退货的及时性和服务态度与消费者的要求还相差甚远，长时间的拖欠远远超过了消费者所能忍受的3-7天的处理时限。商家处理事情的不妥导致退货周期非正常延长、手续繁琐等，网购中消费者不会轻易选择退货，然而，80.22%的受访者表示退货的成功与否及其处理的效果会影响后期的购买决策和行为。

4.问及对于“7天无理由退货”的规定有何意见或建议时，90%的人都给出了比较中肯的建议和意见，集中表现为简化退货手续缩短退货时间以督促商家尽快退货、细化七天后悔权的相关规定增加其可执行力、通过延长退货时限等方法来软化退货要求、平衡双方利益注意审查等等。

同样地对电商给出的答案我们也不难发现在受调查的众多新兴网店中，73.21%的店家表示在经营过程中，只是偶尔会遇到退货，而顾客选择退货的理由也多是商品破损、与描述不符、质量问题等等，但让商家最不能接受的是顾客以未按规定时间发货而提出退货。调查也显示，商家们并不十分看好“七天后悔权”的相关规定，实行过程也只是走马观花似的，电商列举有些顾客利用不正当理由恶意退货造成不良影响，增加了经营的风险与成本。对于七天这一时限长短的看法，42.86%的人认为刚好、28.57%的人嫌太长、14.29%的人抱怨太短了、14.29%的人表示无所谓。当被问及邮费应由谁承担一项时，绝大部分的人赞同应有顾客负担。

当问题转向“网购七天无理由退货”对网店的销量有何影响时，58.93%的受调查者答道无明显影响，23.21%的人表示明显增加销量，其余的坦言降低了销量。

第三份材料是来源于我们苏州市消费者权益保护委员会的 2014 上半年投诉统计分析报告，报告指出 2013 年半年度互联网投诉率 95 件，2014 年上半年 256 件，同比增长 169%。资料还显示远程购物引发退换货纠纷明显增多，广告宣传虚夸：从上半年的投诉数据显示，共接到有关远程购物引发退换货纠纷的投诉为 295 件。同比上升 15.1%，占投诉总量的 10.4%。从购买途径上来看，网络购物最多为 221 件，电视购物为 56 件，电话购物为 10 件，邮购为 8 件。一是涉及“7日内无理由退货”问题纠纷多，退货处理周期长、效率低；二是家电产品、通讯产品、服装鞋帽成为退换货率最高的三类商品；三是引发退换货的主要原因是购买到的商品与实际不符或者存在质量、计量等问题。受理远程购物投诉中，涉及虚假品质表示投诉 112 件,占投诉总量的 38%。而从远程购物投诉反映的物品种类来看，主要集中于内衣（38 件）、保健品（27 件）、数码产品（19 件）。其中商家投放虚假广告是消费者投诉的主要问题。

三、实践结果

此次社会实践我们不忘初衷，思考如何能让调查实至名归，打破沉默，唤醒更多的人在权益受到侵犯或不公平待遇时能勇敢地站出来，捍卫权利！问卷法作为最简单实用的调查方法之一，

事实上也完全展现了它的优势。小组成员们通过对真实可靠的问卷材料的整理、分析，提出了三个大的问题进行讨论：

1、引起消费者退货的关键原因是什么？

2、七天后悔权的相关规定有何漏洞？

3、怎样让市场充分发挥其作用之后，七天后悔权的规定更加人性，兼顾双方利益，规定更加具体可行？我们在此将逐一介绍：

（一）引起消费者退货的关键原因是什么？

退货行为选择的背后必然一定的理论支撑—原因。探究行为选择的原因，我们初步将心理学引入应用-消费心理。准确把握消费者的心理活动，是准确理解消费行为的前提。而消费行为是消费心理的外在表现。研究消费者在消费活动中的心理现象和行为规律有助于我们追本溯源，对于消费者，可提高消费效益；对于经营者，可提高经营效益。

常见的消费心理有从众心理、求实心理、求便心理、攀比心理等十多种，按照年龄层次可以划分为少年儿童消费心理（喜欢参照群体，有较强的依赖性，好奇心强）、青年消费心理（追求时尚和新颖，展示自我个性，容易冲动）、中年消费心理（购买随欲求稳，注重商品实用便利）、老年消费心理（精打细算，品牌忠诚度高等）；按性别可分为男性消费心理（动机形成具有被动性，但形成过程迅速果断，充满自信）和女性消费心理（追求时髦，追求美观，从众心理强，有较强的自我意识和自尊心）。在我们的调查问卷中 55.37%的人为女性，44.63%为男性。基于消费心理做出行为选择，站在消费者的角度，男性消费者因其在购买商品时决策果断，求实心理重，十分理性，因自身原因选择退货的比较少，在整个退货群体中男性也只是占了一小部分；而女性消费者则呈现出完全不同的特点，女性顾客们追求美观，追求时髦的特性使她们往往经不住琳琅满目的商品的刺激，尤其恰逢双日（如 12 月 12 日）商家“甩货”的时候，女消费者们常常守候在电脑面前等着时间闸门的开启。疯狂购物的结果难免选择了自己不需要或者不满意的商品。这种不够理智的消费模式是消费者选择退货的直接诱因。从电商的角度分析，提供的商品有瑕疵，发货时间过于漫长等原因导致消费者失去耐心。总之，消费者选择退货是消费者本身和电商两个方面的原因造成的，我们不能“厚此薄彼”，消费者消费心理作祟和电商不诚信（侥幸）经营模式是消费者选择退货的关键。

（二）七天后悔权的相关规定有何漏洞？

不少电商对“七日无理由退货”设置重重障碍。第一，不适用“不理由退货”的商品标注不明显，消费者要求退货时才告知；第二，将“商品完好”等同于“不影响二次销售”，退货标准严苛，导致消费者退货处理周期长、效率低，退换货纠纷多；第三，同意“七天无理由退货”却要收取各种 “折旧费”。根据新《消法》规定，“折旧费”毫无依据。许多商家的“折旧费”是通过商品页面“深度链接”方式告知，而未在消费者购买过程中明确。2014 年新网络交易管理办法第十六条（消费者权益保护法第二十五条）做出如下规定：网络商品经营者销售商品，消费者有权自收到商品之日起七日内退货，且无需说明理由，但下列商品除外：“（一）消费者定做的；(二)鲜活易腐的；(三)在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品；(四)

交付的报纸、期刊。除前款所列商品外，其他根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品，不适用无理由退货。消费者退货的商品应当完好。网络商品经营者应当自收到退回商品之日起七日内返还消费者支付的商品价款。退回商品的运费由消费者承担；网络商品经营者和消费者另有约定的，按照约定。”法律同时保障了消费者的损害赔偿请求权，规定当无法通过网络交易平台找到销售者、服务者时，可以向网络交易平台的提供者追偿。七天后悔权赋予了消费者在一定期限内的单方合同解除权，打破了以往消费者因信息严重不对称而处于的劣势地位，用法律形式加以固定，使得权益受到威胁的消费者有章可循，增强了维权的可行性。

然而，这种权利受到很大程度的限制。从权利实行的范围来看，后悔权的实行领域太模糊，不但法律条文中规定的定做等四大类商品不享受 7 天无理由退货，其他“不宜退货”的商品也不在保护内，如何判断“根据商品性质不宜退货的商品”规定不详；退款货物“应当完好”，在实际的购买中为了查验商品的好坏经常会将标签揭下进行试穿，“揭下商标”这一行为是否属于破坏其完成性的行为，消费者就此有所疑虑。“7 日”是否为七个工作日；如何应对商家的霸王格式条款等疑虑仍萦绕在消费者心间，消费者在为维权的道路上仍然面临重重阻碍。针对以上疑问，消协给出了如下解释：商品的完好指商品本身；七日指从商品交换完成之日起连续七天，包含法定节假日；网络交易管理办法第十七条对格式条款问题进行了解释，强调商家有解释说明义务，不得利用技术手段强制交易以致显失公平。但是对于不宜退货的商品的定义新消法并没有具体条款解释，这为不法电商的不自觉提供了可乘之机—利用此“漏洞”来不断地扩大不适用无理由退货商品的范围，威胁消费者的利益。

（三）怎样让市场充分发挥其作用之后，七天后悔权的规定兼顾双方利益，更加具体可行？

当市场充分平衡供求、调节好利益的不平衡同时为商品买卖提供系统的服务后，销售的具体运行就在生产者销售者、消费者之间发生，法律作为一种救济手段的存在，理应在对社会实践充分总结之后设定，适应社会的发展。消法不但赋予消费者后悔权和求偿权，也间接强化了销售者的义务，规定销售者不仅要提供有质量保证的商品，还要注重消费者个人信息的保护，及时履行告知义务。

据调查，目前京东等大型电商均做出了 7 天退货的承诺，其中行业龙头亚马逊更是将退货期限宽限至 30 天，但实际的退货过程并非那么顺利，京东、当当网和亚马逊承诺无条件退货，易迅则在退货条款中设置了障碍。网购商城入驻的大量第三方网店以及淘宝网和天猫上的第三方网店退货的规定五花八门，退货无门时有发生。针对现行规定存在的问题，我们组成员纷纷表达了自己的观点。绝大部分人认为应当明细“不宜退货”的商品类别，根据商品的特点、运输过程中是否会发生损耗等具体明确哪些类型的商品免除后悔权；经营者“应当”退货并支付货款——设定了消费者新的责任形式——无过错责任，将所有的责任推给消费者，给恶意退货者留下档口，不符合合理性原则，应当充分考虑相关因素确定适当比例责任，避免责任主体单一化；“消费者支付的货款”范围需要进一步明确，争议处理应按照双方协议，没有协议本着“谁过错，谁承担”的原则解决，不能无论经营者以次充好还是消费者恶意消费都由消费者承担退货产生的费用。

七天后悔权的规定应本着弥补市场调节的不足，调节经营者和消费者之间的紧张关系。现行

规定仍有许多可修缮之处：

1. 消费者“后悔权”行使范围

新《消法》第二十五条没有对“无理由退货”的范围进行详细说明，“无理由退货”过程中不应让消费者出具质检报告。一方面防止经营者以格式条款“消费者必读”、“概不退货”等形式无限扩大拒绝退货的范围，另一方面，排除在后悔权外的商品要细化，减轻恶意消费者通过退货牟取暴利，损害合法经营者的权益。长此以往，不仅打击经营的积极性，也会带来市场秩序的不稳定。

2. 行使方式和期限

退货费用，应由双方平摊。一方面，一般情况下要求消费者承担运费无疑加重了消费者负担，且在经营者蓄意欺诈的情形下，仍由消费者承担运费似有不公；此外，要求消费者承担一半运费能一定程度上遏制消费者恶意退货的情形，七天时间也足够平息购物冲动的情绪。

“后悔权”期限的起算点表述却不甚明晰。“收到商品之日起”的规定并未考虑快递公司积压商品的情况。鉴于不同的起算点会影响“七天无理由退换”的存续时间及行使效果。我们认为应在消费者签收商品或是网页确认收货后才开始计算。

未来，相关法律应该明确，经营者设立限退商品，必须说明根据商品性质不宜退货的理由；限退的商品须标注到具体商品上，不能单指某类；禁止商家在网站发布一个“不能退货”声明了事；另一方面，需相关部门加强监管，消费者提高维权意识、商家自律相互配合，以减少侵犯消费者权益的行为。更重要的是，未来应该出台如《侵害消费者权益行为处罚办法》等法律法规。除了监管部门，第三方交易平台经营者要自觉履行责任。针对第三方网购平台缺乏有效手段对入驻商家信息的真实性进行验证，呼吁银行等系统进一步对其开放数据，最后，还要建立失信企业黑名单制度，让诚信的企业脱颖而出，失信的企业被市场淘汰。

四、实践总结

此次社会实践以网上调查问卷的形式展开，历时远远超过了原先的预定。自活动初期至今，我们经历了主题的讨论、调查问卷的设计与投放、收集问卷并分析数据、问题讨论与汇总、完成实践报告等环节，深刻体会到“纸上得来终觉浅，绝知此事要躬行”。

（一）万事开头难

决定参加课题申报之后就进入到紧张的课题筛选部分，一个好的研究课题不但要反映社会问题，直逼社会热点，更具有可操作性，不可泛泛而谈。为了找到确定一个良好的研究方向，我们查阅了大量的材料，专业对口的不对口的都有所涉猎，机缘巧合定下了现在的主题，通过翻阅资料我们发现对此问题深入研究的人并不多，这对我们而言既是契机又是挑战。

（二）实践中途遇瓶颈

调查问卷设计完成即进入了收集信息部分，最初的两三天因为我们的大力宣传很快突破了一百大关，之后问卷的有效填写量一直处于停滞状态，我们遇到了瓶颈。团队成员紧急“开会”协

商，及时制定出应对措施，广泛发动“关系圈”说服更多的人加入到我们的调查大营中。最终我们的问卷访问量突破200，获取的信息更全面，分析总结的时候得出的结论更可靠。

（三）实践会结束，探究的心无止境

完成实践报告的过程中，我们不忘反思。在分析问卷，商讨完善现行七天后悔权的相关规定的过程中我们发现问卷的设置存在一些比较大的问题，例如缺少对客服这一中介的调查，只能通过其他材料的查找来弥补缺陷；面对商家的格式免责条款消费者是如何应对的等，由于考虑的不周全，实践总结的过程变得漫长而艰辛。最终在全组人员的共同努力下，我们对网购退货的有关问题有了初步的认识，也给出了自己的完善建议，社会实践虽已画上句号，但我们作为法律人，服务于社会的心仍在路上。

希望我们的实践能号召更多的人勇敢、智慧地保护自己的合法权益，为和谐市场，稳定社会的建设贡献自己一点点点的力量！

参考文件：

1.《网络交易管理办法》第十六条、十七条、二十三条、二十四条、二十五条；
2.《消费者权益保护法》，消费者的权利、经营者的义务；
3.《七天后悔权释义》
4. 淘宝规则，淘宝争议处理

实践团队“三下乡”活动总结

王健法学院法律援助中心

近些年来，大气污染问题成为几乎所有人关心的焦点。经济的迅猛发展带来的不仅仅是城市化进程的加快，随之而来的更是空气的污染、环境的恶化。雾霾，一个近阶段被关注的焦点话题，成功地携着危险进入大气、渗透进人们的生活。雾霾的形成，是一个过程化的结果，空气中的水蒸汽和固体物质在早上或夜间湿度相对较大的时候，形成的是雾；在白天气温上升、湿度下降的时候，雾则逐渐转化为霾。雾霾不仅会造成低能见度，更会给人们的身体造成极大的伤害。雾霾现象的出现虽有气象原因，然而人类生产生活排放的大量污染物却是不可忽视的决定因素。随着空气质量的降低，雾霾天气逐渐增多，它所产生的危害也在不断加重。迄今为止，我国不少地区已将雾霾天气纳入灾害性天气的预警预报范围，对于雾霾天气加以防范的呼声日益高涨。而人杰地灵的苏州也笼罩在大气污染的梦魇之下。中央财政更已拨款 100 亿专门治理京津冀、长三角等严重遭受大气污染严重的区域。

本次活动具有极大的形式创新性。本次公益活动我们创新地采取了先义卖再捐赠的方式进行，主要内容包括义卖之前的调研过程、义卖之时的组织安排及义卖之后的公益捐赠，相比于传统的直接捐赠的公益方式，其优点主要体现在以下几方面：

1、在雾霾天气较少出现的夏季义卖口罩，是因为根据价格定律，此时口罩的市场供大于求，因此夏季防雾霾口罩的价格相对于秋冬季会便宜，更容易让市民接受；

2、通过义卖集资做公益，使公益更具有社会性质，也使得公益更具意义和价值；

3、先义卖再捐赠相当于举办两次公益活动的效果，口罩义卖达到公益普法效果，而后捐赠又是另一种形式的公益；

4、先义卖再捐赠涉及的环节多，宣传范围更广，宣传时间更长，能让更多的人了解我们的公益理念即保护环境的重要性；

5、能奠定一定的群众基础，发动更多的人加入到此项活动，相比于直接公益的被动接受，这样更有助于大家积极参与，惠及更多群体；

6、通过义卖可以实现资金的流动性，筹集到更多的善款，可把公益事业的规模扩大，实现该公益活动的可持续性和可实践性，为今后的公益事业填石铺路，奠定基础；

7、口罩义卖需要团队成员了解市场行情，在这个过程中可以培养大家的合作能力和默契度以及吃苦耐劳的精神，为后期更好的完成活动提供保障。同时进一步提高当代大学生的素质和责任心，使其成为祖国合格的接班人和中国梦的缔造者。

我中心根据本次活动的要求一共招募了 11 名主要成员，其中 9 名 12 级学生和 2 名 13 级学生，以及 29 名队员。苏州大学法律援助中心已通过小组成员实际走访、发放问卷调查加网上调查的方式，得出以下相关数据。为了更好地了解苏州市民对于雾霾天气的认知情况，掌握防雾霾口罩的市场行情，我们通过网上调查与随机向路人发放问卷这两种方法相结合的形式，归纳分析

所获得的真实数据以证明义卖口罩活动的可实施性。网络调查针对的是不特定的社会公众，普及率与回复效率高；问卷调查则更具区域性与现实性特点，问卷数量初步定为800份，其中苏大东校区的教育超市门口分配150份，金鸡湖欧尚超市分配200份，观前街分配350份，桂花公园分配100份。

一、既有数据分析

（一）根据本年度一月江苏省人民政府的最新数据显示，2013年，苏州市老年人口呈增长之势，全市60周岁及以上老年人口增6.6万多，达150.95万，占户籍总人口的23.09%。老年人是最需要保健的群体，雾霾天气出现时，空气中的污染物若被人体吸入，易诱发呼吸道及肺部疾病，可见防雾霾口罩对于老年人来说是出行必备之物品，由此可见口罩的需求性强，销售前景十分可观。但需要注意的是，医学专家指出，口罩的防护效果越好，越易造成呼吸困难，所以不宜久戴，尤其是心血管疾病等患者，使用口罩更要谨慎。因而在进行口罩的销售时，须特别地对老年顾客进行说明与指导。（数据来源http://www.jiangsu.gov.cn/xxgk/tjxx/sxsj/201401/t20140115_853200.html）

（二）2013年苏州市区居民人均可支配收入41096元，比上年增长9.5%，人均消费性支出25171元，增长9%;全市农民人均纯收入21569元，比上年增长11.2%，人均消费性支出16106元，增长12%。苏州全年实现社会消费品零售总额3630亿元，增长13%。由以上数据可以得出，苏州人民的购买能力是普遍偏高的，防雾霾口罩的普通产品在20-50元不等，中高档产品在50-100元不等，再考虑到现代人对于养生保健的重视程度持续提高，防雾霾口罩有望吸引更多的消费人群。

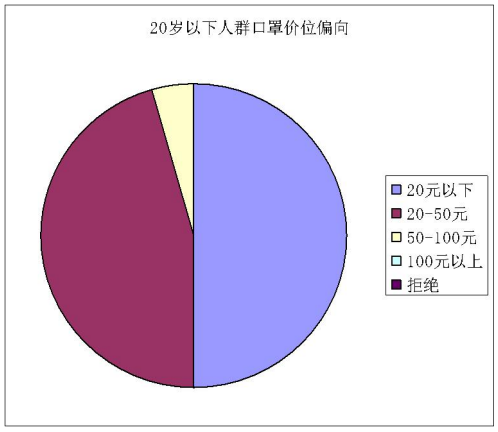
（三）随着社会教育水平的不断提高，人们或多或少都知晓一些基本的环保理念，我们可围绕这一层面，将环保知识广而告之，动之以情，晓之以理，唤醒人们的公益之心。

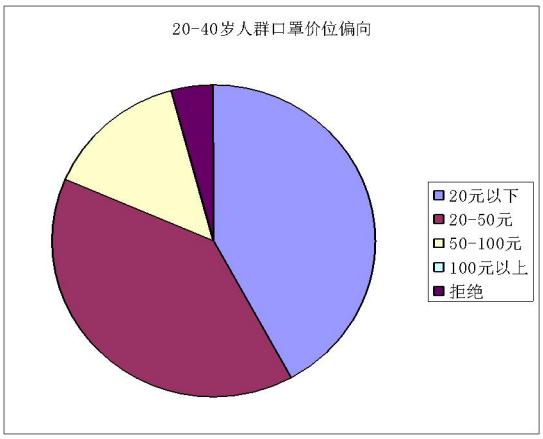
（四）雾霾是一种灾害性天气，若吸入过量的空气中的污染物质，会对人们的生产生活带来各种危害，例如：对公路、铁路、航空、航运、供电系统、农作物生长等均会产生重大负面影响。雾霾天气一旦出现，会导致城市中空气污染物不易扩散，而空气本身带有的细菌和病毒，能够加重二氧化硫、一氧化碳、氮氧化物等污染物质的毒性，危害人体健康，诱发呼吸道疾病和肺部感染。而且若是冬季出现的雾、霾天气或者遇到了严重的空气污染，则可能形成烟尘（雾）或黑色烟雾等毒雾，对人体健康造成严重威胁。由此可见，雾霾天气频现必然会严重影响人们的正常生活，为了自身安全与健康，出行佩戴可预防雾霾、粉尘的口罩是一个十分明智且必要的选择。

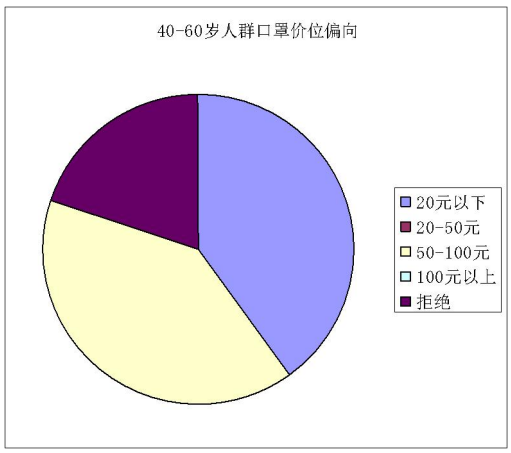
二、调查数据分析

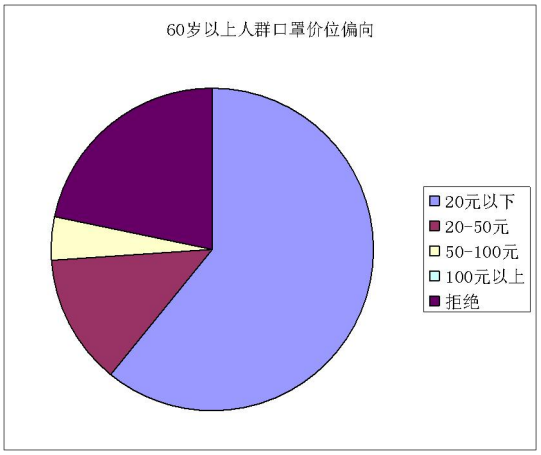
（一）问卷调查

为了掌握不同年龄段的消费人群对于防雾霾口罩的价位倾向，我们准备了800份调查问卷，分别在各个人流量较大的地点对过往路人进行随机的问卷调查。我们根据调查的结果，将所得到的数据制作成了简明易懂的饼状图。具体如下：









（二）网络调查

1. 淘宝2014年4月份所有种类的口罩中，一款价格在12.90-19.70 元人民币的防雾霾滤片口罩销量最好，月成交记录达13088件。

2. 销量较好的口罩几乎都打出了“防雾霾、防尘”的口号。

3. 在材质方面，又以活性炭材料的口罩销量最为旺盛。

4. 口罩价格区间分为五档。10-30元的价格区间内口罩销量最好，10元以内次之，接下来是80元以上，最后依次为30-50元，50-80元。而80元以上的价格区间内，一款价格为135元的3M专业防雾霾口罩月销量达一万以上，累计评价也达两万多。

以上数据均来自于我国规模最大的网上交易市场——淘宝网。从上述数据不难看出，一方面，由于近半年来的雾霾天气发生率较高，空气中的污染物浓度已经达到了骇人的程度，在这种大的环境影响下，民众也已经逐步树立起了雾霾防护的意识。在购买口罩这一事上，对于“防雾霾、防尘”的目的性比较明确，因此通过义卖口罩来做公益的可实施性是有保证的。另一方面，民众对于防雾霾口罩的价格区间的偏向也十分明确，10-30元的平价口罩以及100元以上的专业防雾霾口罩都具有比较广阔的市场，由此也不难分析消费者的购买心理：一类是追求廉价但仍具有一定防雾霾效果的口罩，这一类消费者对于雾霾的危害性的认识有限，虽有防范意识但仍然存在一定的侥幸心理；另一类则是追求专业效果、品质可靠的防雾霾口罩，从销量和评价数量可以看出，

这一类消费者具有一定的规模，且雾霾天气已经引起他们的高度关注，对雾霾的防范持有积极的态度。以上两种消费人群都是口罩义卖的面向群体。

（三）走访调查

通过与苏州苏康劳保用品有限公司的张总经理交谈得知，目前苏州市生产口罩的厂家仅有少数几家，且都是生产工用口罩，无生产民用口罩的厂商，那么就说明本市市场上现有的防雾霾口罩都应该是来自于市外的生产商，运输费等成本费用一旦加在产品上，那么产品的价格必然会有所上涨，这也是药店里的防雾霾口罩售价较高的原因。而我们之所以选择在雾霾天气较少出现的夏季义卖口罩，是因为根据价格定律，此时口罩的市场供大于求，因此夏季防雾霾口罩的价格相对于秋冬季会便宜，是实实在在地为广大群众考虑，同时也增强了广大群众对于口罩价格的的接受程度。

我中心本次项目虽是以义卖为主要形式，但在深层意义上是本着向社会民众普及雾霾知识和强调防雾霾的重要性的宗旨，从而进一步引导民众更加深入地考虑环境保护等问题，并将环境保护付诸实践的一项活动。义卖不为盈利，本次活动利用资金购买口罩再以平价卖给市民，获得收益再进行捐赠，是一种公益性质的人文关怀。

同时，我中心还做了其他的前期准备。由苏大法援内部人员走访苏州生产防雾霾口罩的工厂，参观并了解口罩的制作过程，熟悉口罩的市场价格作为义卖时的定价参考。

1.与工厂有关负责人进行洽谈，争取可供售卖的口罩物资。以下为口罩的类型与对应的单价：（由于同类型的口罩之间价格差别不大，故不以口罩的品牌作为区分标志）

口罩类型	单价
一次性无纺布口罩	0.2 元
一次性活性炭口罩	0.25 元
杯型活性炭口罩	3.5 元
杯型无纺布口罩	1.5 元
折叠型活性炭口罩	2.5 元

2. 对苏州的药房如金鸡湖的礼安医药、十全街的药店等进行走访，调查口罩的销售价格作为计算成本与销售定价的参考。以下是药店内各种类型的口罩实拍图以及对应价格：

口罩类型	实拍图	销售单价
防霾抗菌口罩		38 元
美国进口口罩		15 元
棉布口罩		2.5 元
一次性口罩		5 元（一袋）
P.M2.5 口罩（图左）		32 元

竹炭口罩（图右）		15.8 元
医用纱布（图左）		4 元（一袋）
一次性口罩（图右）		0.4 元

3.对淘宝等网上的口罩价格进行查探，调查口罩的销售价格作为计算成本与销售定价的参考。

口罩种类	实拍图	价格区间
活性炭口罩（图右）		0.6-1.5 元
一次性口罩		0.4-0.8 元

三层无纺布口罩		0.3-2.5 元
12 层脱脂棉口罩（图右）		0.2-2 元
棉布口罩		0.2-1.8 元

同时我中心在校园布告栏、社区及公园公告栏等地，电子稿在人人、苏州各大贴吧、微博等网络平台上进行公示，宣传本次活动，吸引人群并为本次活动招募义工。

我中心基于对数据的分析，选择最贴近需求，接受度最高的口罩种类和销售时间，通过义卖的方式，以亲民的价格面向苏州市人民义卖口罩，还利于民。

在义卖的过程中，我们将会向社会民众普及大气污染的知识和强调防污染的重要性，唤起群众的公益意识和环保意识，推动社会风气的改善，进一步引导民众更加深入地考虑环境保护等问题，并将环境保护付诸实践，带动周围人一起加入环境保护大军中，既治标又治本逐渐从根本上解决大气污染问题，并为新《环境法》的实施造势。

根据我们的计划，活动的前几天是准备活动需要的用具和租借场地。我们在这个环节遇到了一些阻碍。但是队员们积极主动地去寻求办法，解决问题。实践中往往会碰到意外，而重要的是能有效地解决他们。

义卖活动开始在7月12日。这天早上，所有队员都起了个大早，在苏州大学的校园里进行了我们的暑期社会实践活动-----法律援助中心团队公益在行动之雾霾狙击战活动。

于是，在准备了那么多天，经历了那么多没想到的小插曲后，今天我们正式开始义卖活动。由于先是在中午在东区普法，我们东区普法的主要负责人都早早地起来了，在本部食堂集合，把在本部的贴有海报的海报板抬到东区做宣传。

可是，意想不到的麻烦又一次接踵而至，原来，天气十分不讨巧，早上下了点小雨，我们都不确定是否会再下，于是大家去周围找雨棚搭棚子，费了好大一番功夫才搭起来，我们都有点累

瘫了，但是10:40正无限逼近，大家赶紧打起精神，各就各位，摆好了口罩，就等人来，宣传普法。

一会儿，到了中午的饭点，人越来越多，我们也就趁着这个时间开始了。12级学姐一上来就给队员们做了个表率，因为周围的人看着我们摊子上人不是很多，都不敢过来，学姐就站在摊子前面，向过往的人群宣传“过来看看吧，我们是法援中心的防雾霾口罩小组，正在为防雾霾普法派送口罩”。看到学姐这么卖力地宣传着，大家也就放开了，纷纷走到周围向大家宣传我们的普法知识，派发传单和口罩，不一会儿，口罩就发完了。宣传单也发完了许多，大家指着宣传单说”咦，原来是这样…”“奥，我一直以为…”看到这些误区被纠正，看着他们在队员们的指导下正确的带上口罩，队员们都十分开心。

7月13日，队员们转战另一个地点—本部教超门口，今天天气不错，不像昨天那样阴雨绵绵，也不是艳阳高照，非常适合本次活动的举行。

“今天一定会比昨天做得更好，加油!”大家心里这样想着，踏上了最后一天的社会实践之旅。最后一天，队员们都有一点恋恋不舍，之前那么多天的努力就要在今天获得回报并结束了。

队员们很快就在本部教超门口集合好了，然而，问题又来了，快到晌午，太阳开始不留情面了，天气开始热了起来，于是我们只好去搭棚子，这就费了一番功夫，不过好歹没有影响到总体进度。

于是，到了计划中的10:40，队员们又开始吆喝宣传了，有了前一天的经验，大家熟练了许多，我们没有一上来就傻站着，而是瞄准我们的目标对象---学校里的大学生们和社会的人士，分头去主动与他们打招呼。

“您好，您知道如何正确佩戴防雾霾口罩吗？不知道？没关系，我们可以教您，还可以通过回答问题免费送您一个口罩，请您过来回答我们的小问题好吗？”

“您好，您知道防雾霾的基本知识吗？知道如何正确佩戴口罩吗？只要在我们这里回答一个小问题，回答对了，就可以获得一个可爱的口罩，当然您也可以自己挑选要哪一个哟，心动不如行动，快快参与吧!”

队员们都不遗余力地宣传着，自然地，我们也收获了很好的效果，摊前的人越来越多，前来回答问题的人也越来越多，因为我们准备的问题都相对简单，而且类型也十分多样，涉及面也不局限于法律，还有一部分是简单的关于雾霾的小常识。不一会儿口罩就发完了，宣传单也发完了。大家纷纷表示从中受益匪浅，我们也感到十分欣慰，之前的辛苦总算得到了回报，大家在活动中也更加默契，团结，这也就是我们暑期社会实践活动的宗旨，团结自身，同时激起大众对周围天气和环保的意识，起到普法宣传的作用。

义卖活动的结束并不意味着本次活动的结束。将义卖的收益用于公益事业同样是本次活动的重要组成部分。我中心把活动收益主要用于以下方面：

1、植树计划

一方水土养一方人，在这所水乡之城，人杰地灵之都，唯有绿意盎然才是这座得“人间天堂”美誉的苏州城该有的景象。然而一年年经济的发展，给这座城市带来高楼大厦的同时，也降低了土地的植被覆盖率，寸寸荒土颇是刺眼。为了对苏州的绿化尽一份绵薄之力，以一部分人的爱心

聚集大多数人的热情，本次活动会将义卖所得到的收益用来购买树苗，组织学生到石湖景区、环太湖生态林等地进行植树活动，以此行动感召周围的同学、市民加入到改善环境、抵御雾霾的队伍中。水滴石穿，虽然我们种下的是可数可观的树木，但是召集起来的却是广而不可见的公益之心，在一颗绿树破土而出后，会有更多人纷纷效仿，滴水变大海，荒土成绿原。

2、绿色植物送温暖

总有那么一些房屋，门后是久久的静默，徒留钟声回荡，似从遥远的时空而来；总有那么一些人，佝偻着身子，立在窗前痴痴地凝望，电视机嘈杂的声音也难掩一声声沉重苍老叹息。在灯红酒绿、节奏繁忙的现代生活中，他们是被城市遗忘的一群人，他们是无力又无奈的一群老人，社会称这群孤单留守、无时无刻不在可望远方孩子归家探望的老人为“空巢老人”。多么形象的词，空荡荡的家只有一对老人孤苦相依，不能儿女成群承欢膝下，不能满堂欢声笑语其乐融融。他们需要的，也是我们应该给予是更多的爱与陪伴。所以本次义卖所得到的的收益将用于购买一些对于吸附空气中污染物比较有效的绿色植物如绿萝、万年青、虎皮兰、散尾葵等，赠送给社区中的空巢老人或者是福利院等机构，帮助弱势群体，传递温暖，希望这些小小的植物在呵护老人健康的同时，能够代替其子女陪伴老人，减少他们的孤单，带去些许的安慰。

3、宣传教育，全民科普

意识是行动之基础，培养公民的环保理念是推动环境保护的关键。人与环境应当是和谐发展的，然而许多人却秉着人定胜天的观念肆意剥削环境资源，在长期的经济与城市发展中，已然造成了环境的严重破坏。这种错误的理念无疑对于环境保护与人类发展是极大的威胁，唯有加大宣传力度，让人们意识到环境保护的必要性与紧迫性，社会才能真正得以可持续发展。所以此次义卖所得到的的收益将用于公益性质的宣传教育，通过组织讲座、展览、发放宣传手册等形式，向社会公众展现近年来的环境状况，讲解环境与人之间的密切关系，强调环境保护的重要性，增强民众的环保意识。此外，新修订的《环境法》将于 2015 年 1 月 1 日实施，我们也可借此机会宣传新环境法知识，在理念上为其顺利实施造势，增强民众的守法用法意识，减少人们对于环境的非法破坏行为。

4、捐赠基金

每一份温暖，每一丝美好，都是你我共同创造，社会的力量凝聚了爱心之泉，灌溉在人们每一寸干涸的心田之中。点滴的关爱组织起来，能使温馨的黄丝带飘扬到千里之外，飘落在每一个需要帮助的人手中，这便是集体的力量，这就是社会的力量。以己所能，为彼所用，我们希望自己的绵薄之力能够带给社会一点温暖，成为社会发展的一丝推动力量，所以我们会将义卖所得到的部分收益捐赠给与环境保护相关的公益基金（如捐给王健法学院相关的环境保护法学科，深入研究环境保护，推动环境立法）。若所得收益巨大，则可直接创立一个基金，将收益投入进去，服务于环境保护公益事业，以此，通过聚集的群体力量希望能为社会作出些许贡献。

与此同时，通过此次活动，作为大学生的苏大法援的组织者和参与者会走出象牙塔，关心社会问题，增强社会责任感，进一步提高当代大学生的素质和责任心，成为祖国合格的接班人和中国梦的缔造者。学校是一个小社会，我们不再是象牙塔里不能受风吹雨打的花朵，通过社会实践的磨练，我们深深地认识到社会实践是一笔财富。社会是一所更能锻炼人的综合性大学，只有正

确的引导我们深入社会，了解社会，服务于社会，投身到社会实践中去，才能使我们发现自身的不足，为今后走出校门，踏进社会创造良好的条件;才能使我们学有所用，在实践中成才，在服务中成长，并有效的为社会服务，体现大学生的自身价值。今后的工作中，是在过去社会实践活动经验的基础上，不断拓展社会实践活动范围，挖掘实践活动培养人才的潜力，坚持社会实践与了解国情，服务社会相结合，为国家与社会的全面发展出谋划策。坚持社会实践与专业特点相结合，为地方经济的发展贡献力量为社会创造了新的财富。

此次义卖，短短几天，让我们全体队员体验深刻。通过实践，我们更深刻地体会到实践出真知这个道理，更清晰得了解了实践是检验真理的唯一标准这个命题。通过义卖活动，我们不仅在实践中深化了知识，熟练运用了我们在课堂上学到的知识去为群众普法宣传、答疑解惑，同时也学到了书本上永远学不到的知识。

此外在这次实践中，据亲身所感、亲眼所见、亲耳所听，使队员们无论对人对事都有了更深一层的认识和体会，理论是基础，实践是最好的老师。当代大学生，在努力学好知识的同时，更要注重实践，人的一生中，学校并不是真正永远的学校，而永远的学校只有一个，那就是社会。学校让我们更好地适应社会，而社会才是真正磨练我们的地方。我们在活动中并不是一帆风顺的。义卖小摊和队员们都经历了门可罗雀时的焦虑到大受欢迎的欣喜的心情转变。大学生社会实践是引导我们学生走出校门，走向社会，接触社会，了解社会，投身社会的良好形式，同时也是让我们更好地提升思想，修身养性，树立服务社会，为普法事业尽一份力这一思想的有效途径。通过参加社会实践活动，也我们在校大学生更新观念，吸收新的思想与知识。

另外，几天的实践也使队员们充分认识到了“团队精神、共同合作”在工作当中的重要性。此次活动，如果只是我一个人开展，没有大家的配合和支持，是根本就不可能完成的。团队的力量是强大的，很多工作需要的是每个人团结合作，同心协力才能完成的。虽然在这个过程中我们会有所分歧，因为每个人对每件事的看法不会是完全相同的，所以处理事情难免会有不同的意见。但随着大家相互的逐渐了解，分歧会慢慢减少，工作开展也会越来越顺利。只有大家的思想统一了，心往一处想，劲往一处使，工作才能顺利出色的完成。

在这次义卖普法过程中，队员们收获到的不仅是实践所带来的各种体会，发现了从这次实践中得出的一些社会现状。大众普遍对于雾霾相关的环境法不太了解，或者仅仅有一个模糊且并不确切的概念。这可能是种种原因导致的，我们认为普法力度不够和公众不主动了解相关法律是导致这一现象的主要原因。但是从这次活动中我们发现公众对于普法、知法的热情普遍较高，对于公益活动持较高的支持态度。从而我们可以得出公众对法律宣传和公益事业比较关注的结论。