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》。如今，王健法学院科协《东吴法声》编辑部在复刊电子版杂志之后要正式出版纸质版杂志。

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：邵　晶　冯　璐

副 主 编：李成星　陆敏亚　郑　琳

编　　辑：施伊琳　杨　敏　赵倩雯

封面制作：周赟凯　　**排　　版：**

序

胡玉鸿[1]

苏大法学院本科生创办的《东吴法声》即将出刊，编辑嘱我写几句话，却之不恭，只好拉扯几句。粗粗地浏览了一遍，感觉还是很有特色，体现了我院法学院学生的水准。《社会关注》栏目，更多地以社会敏感事件为切入点，就诸多现实问题谈了同学们自己的看法："双非"赴港生子问题、曝光失足女问题、垃圾回收问题等都进入了研究者的视野，特别是几篇文章集中讨论了乌坎事件，并从中反思村民自治、村务公开、宗教信仰等问题，读来颇受启发。《深度思考》则从刑法的非犯罪化、中表婚、游行制度等，凸显我国现行制度上的缺漏，并提出修正性的意见。《实践运用》栏目是就未来制度的完善提出前瞻性的建议，少年法律制度、农村土地产权制度、西部地区司法公信力问题等文章，以学生们自身的社会调查为基础所形成的实证报告，文中有数据、有成因、有现象、有对策，体现了法科学生观察社会的特有视角。[2]几篇《学习随笔》则是将同学们阅读名著的体悟与思考形诸笔墨，相信对已读过这些书的同学会有共鸣，没读过这些书的同学会有触动，毕竟，读书是读书人的第一要务。不容否认，文章还不是名家的著作，文笔相对来说还很稚嫩，深度挖掘还寄托于未来，但是，小荷才露尖尖角，早有蜻蜓立上头，有这样的一种体验，有这样的一份热情，对于学好法律而言，已经迈出了关键性的一步。

作为一个法学院院长，我常想，我们应当培养什么样的人才？换言之，作为承担教育职责的大学，如何向国家和社会交出一份满意的答卷？学校以育人为本，高等学校尤其是高等法律学校更是承担着为国家输送合格的法律人才的使命。因而，问题又可以转换这一视角之上，即什么样的人才才是合格的法律职业人才？不揣冒昧，我想提出这样几个方面，与同学们共勉：

第一，未来的法律职业人才首先必须是有学之士。学问、学识是一个人安身立命的根本，没有真正意义的学问，那么在未来的工作中要么就是疲于应对，要么就会人云亦云。我们必须有自己的主见，我们必须有自己的判断，那么，这些东西从何而来？不二法门就是读书、学习。人类思想的精华都已经凝固在图书之中，因而我们可以通过阅读前人的著作，了解法律的原理，解读法律的真谛，评价法律的现实，预测法律的未来。凡此种种，都需要我们下力气读好书、听讲座。自然，学问也与人生经历和社会经验密不可分，法律就是人生的规则，法律的源头就在于社会关系的法律化调整的必要，因而，读书是一方面，感悟社会现实、省察内心体验也是一方面。这也是我们为什么要求大家参与社会实践的原因，毕竟理论和现实还存在着不一致，真正的中国问题必定是实践问题。

第二，未来的法律职业人才必须是有德之士。德者从其大而言，是对祖国的忠诚、对社会的眷恋和对人民的热爱，一个知识分子应当有报效祖国的赤子之心；从小的方面说，德是一种修养、一种气质，它表明一个人拥有优良的品行、平等的人格、雅致的情趣和利他的精神。人不是孤立

---

[1] 胡玉鸿，法学博士，教授、博士生导师。现任苏州大学法学院院长。

[2] 由于栏目名称有所变化，此处编辑对原文进行了相应的修改。

的存在，在我们做每一件事的时候都应当为别人想想，儒家所言“推己及人”或许就是这个意思。我们当然也不能只顾自己的利益，而应当以博爱的情怀关注和我们同类的人一样的需求和愿望。德从何而来？同样离不开学习。在圣哲的书中，已经为我们确立了一个又一个的道德表率，这也是我们需要从书本上学到的东西。读《论语》可知孔子的宽仁之心，读《孟子》可见夫子的浩然之气，如此不一而足。因而，我们可以通过前人的道德教诲，培养自己的道德人格。

第三，未来的法律职业人员必须是有为之士。中国已经迈入了市场经济、法治国家的行列，中华民族的复兴指日可待。这是一个令人振奋的有为时代，虽然这其中还会有不少曲折，但我们宁愿将其当作改革所必然会有的阵痛。有为的时代需要有为的法学，有为的法学需要有为的学子。就此而言，只有在我们拥有坚实的法学功底、深厚的法学积淀和独特的法学视角时，我们才能为法学的繁荣作出贡献，为法律的实践提供指南。可见，有为的前提和基础是有学问、有学识，那又回到前面所说的内容，还是多读书、读好书。所以，如果说对我们的本科同学有何寄语，那就是两个字：读书！在阅读的过程中，我们可以象本期《东吴法声》的作者们那样，将自己的感悟、心得写出来，既锻炼自己的文笔，又积累自己的知识。

目　　录

社会关注

从“双非”赴港生子看“两地”司法管辖权的冲突 1
一、背景介绍及问题导引 1
二、庄丰源案——“双非”问题导火索 2
三、对“双非”问题法律规制的历史探寻 2
四、“双非”问题的背后---两地司法管辖权之争 5
五、解决“双非”问题的可行性法律措施 6
从曝光失足女看违法事实公布滥用 9
一、违法事实公布运用的现状 9
二、违法事实公布滥用的危害和弊端 10
三、对违法事实公布的适当规范 11
结语 12
从乌坎模式看我国村民自治制度的困境与改革 13
前言 13
一、“乌坎模式”的启示 13
二、村民自治的确立和现状 14
三、村民自治制度的新出路 15
结语 20
当经济利益与政治诉求联盟时——以乌坎事件为着眼点 21
前言 21
一、土地、土地使用权及相关法律制度的分析与探讨 22
二、民主进程及我国基层民主自治探讨 27
三、辅车相依般的经济利益与政治诉求 29
结语 31
集体土地所有权的主体虚位与制度重构 33
前言 33
一、土地问题隐含的中国社会矛盾 33
二、集体土地问题的个案分析---乌坎事件 34
三、集体土地所有权主体的法律规制 35
四、权利主体虚位使土地问题走入怪圈 35
五、我国土地所有权制度的历史考察 38
六、集体土地所有权的主体制度改造 39

结语.....43
经济发达地区垃圾分类回收立法问题研究.....44
一、研究缘起：近年来群体性事件提供讨论契机.....44
二、现状透视：经济发达地区垃圾分类回收现状分析.....44
三、垃圾分类回收立法的价值.....46
四、经济发达地区垃圾分类回收立法的可行性.....48
五、现状透视：垃圾分类回收立法的不足.....50
六、国外经验：发达国家垃圾分类回收立法对中国的启示.....52
七、经济发达地区垃圾分类回收立法构建.....53
伸冤何处.....58
一、以权压权.....58
二、权利自救.....59
三、法律的矛与盾.....61
结语.....63
“实用理性”与“天学”的应用： 我国农民法律信仰培育的新思路——“乌坎事件”所展现的契机.....65
引言.....65
一、中国语境下的“法律信仰”.....65
二、中国人的“实用理性”与“天学”.....67
三、“实用理性”、“天学”与“法律信仰”的耦合.....70
结语.....71
参考文献.....71
由乌坎事件谈乡绅再现及新时代背景下对村民自治的意义.....73
引言.....73
一、中国乡村地方政治制度引论.....73
二、中国古代乡绅制度的表现.....74
三、乌坎特有的宗族文化环境和乡绅再现的表现.....75
四、新时代背景下乡绅存在的意义及对村民自治的启迪.....75
结语.....78
制度及其运作：村务公开的法律制度研究——对广东“乌坎事件”的追问.....79
一、研究缘起：广东“乌坎事件”提供讨论契机.....79
二、法理基础：村务公开的法理依据.....80
三、现状透视：村务公开运作中面临的困境.....81
四、原因解析：村务公开难的问题分析.....85
五、制度构建：解决村务公开问题的对策.....88

结语.....93
参考文献.....94

学术思考

人权保障视野下的刑法非犯罪化研究.....96
引言.....96
一、我国刑法改革方向：加强人权保障.....97
二、非犯罪化是实现人权保障的重要途径.....99
三、非犯罪化的概念和特征.....101
四、非犯罪化的依据.....103
五、非犯罪化的范围.....106
结语.....106
试论中表婚解禁的合理性.....108
一、问题的提出.....108
二、结婚的概念及条件.....108
三、中表婚解禁的合理性.....109
徘徊于正义与秩序之间的游行制度.....114
引言.....114
一、偏向秩序的游行审查制度.....115
二、外国以及民国立法实践.....116
三、立法建议.....117
结语.....119

实践运用

关注未来：关于大陆少年法律制度的调查报告.....120
一、调查背景.....120
二、调查目的.....120
三、调查对象及方法.....121
四、调查结果.....121
五、结语.....129
六、参考文献.....129
七、附录.....129
破解城乡二元土地结构，构建全国统一土地市场—江苏省农村土地产权制度调查报告.....131
一、调查简介.....131
二、调查结果与分析.....131
西部地区司法公信力现状的剖析与思考.....141

一、研究设计.....141
二、司法公信力问题的解读.....143
三、问题解决.....147
四、参考文献.....148
五、附件.....149

学习随笔

“案例”教学究竟应处于何种地位.....153
《裁量正义》读书笔记——初识裁量.....155
对案外第三人撤销之诉的几点思考.....157
一、案外第三人撤销之诉的理论基础是什么？.....157
二、我国新民诉与台湾、法国的民诉对案外第三人撤销之诉主体确定的比较研究。.....158
三、我国新民诉对案外第三人撤销之诉作出规定后，我们应有哪些展望？.....158
读拉伦茨《法学方法论》第三章第一节.....159
宪法基本价值人的尊严初探——芦部信喜《宪法》读书笔记.....161
一、人的尊严.....162
二、基本人权.....162
三、国民主权.....163

成为什么样的卓越法律人才？

上官丕亮[3]

2012 年 11 月 23 日，教育部、中央政法委员会公布了全国首批卓越法律人才教育培养基地名单，我们苏州大学王健法学院成功入选，成为全国 58 个应用型、复合型法律职业人才教育培养基地之一。近几个月来，“卓越法律人才”成为全国法学院师生的热门话题。对法学院及老师们来讲，必须思考一个问题：培养什么样的卓越法律人才？就同学们而言，也必须面对一个问题：成为什么样的卓越法律人才？

同学们考入法学院，一般都想在毕业后从事法律职业。一般说来，“卓越”意味着“杰出”。那么，成为卓越法律人才，是不是意味着要立志成为著名的大法学家、大法官、大检察官、大律师或者行政执法部门里的高官等杰出的高级法律职业人才？是不是只有将来做大官、赚大钱、出大名，才算“卓越”？

本人于 1985 年考入吉林大学法学院读本科，1991 年考入北京大学法学院读研究生，应该说这两所法学院都是国内一流法学院。但是，20 多年过去了，本人只是一名普普通通的大学老师。再看看我大学时和研究生时的同班同学，比我有出息的有不少。然而，大富大贵、大红大紫的同学几乎没有。大家都是普通的法官、检察官、律师、法学教师！这样看来，难道同学们都无望成为卓越法律人才吗？绝大多数同学都难以成为卓越法律人才吗？

在《现代汉语词典》上，“卓越”是“非常优秀”、“超出一般”的意思。如此看来，只要超出一般，就可以成为卓越。只要同学们比一般的公民、一般的大学生乃至一般的法学专业学生更突出一些，超出一些，就有可能成为卓越法律人才！

现在我们已经超出一般了吗？在法学院的课堂上，我们经常讲民主、法治、人权。民主，首先是参与，没有参与哪有民主；法治，就是人人守规矩，大家都依法办事；人权，首先是把人当人，平等对待每个人。然而，我们法学院的同学们比非法学专业的同学、比大街上的一般老百姓，更守规矩吗？更有民主参与精神吗？更会平等地对待每个人吗？没有！就拿守规矩来说，在国内各大法学院包括我们王健法学院在内，法科学生有上课迟到的，有早退的，有旷课的，有考试作弊的，在食堂有不排队的，在图书馆有看书乱放的，甚至有撕书和偷书的，在校园里有随地吐痰、乱扔垃圾的，在大街上有乱闯红灯的。我们不得不痛心地接受一个残酷的事实：在遵守规矩方面，学法律的学生与非学法律的学生几乎没有任何差别？！我们学法律的同学只是比非学法律的同学、比街头老百姓，多背了一些法律知识，多记了一些法学理论，并没有比一般的人更信仰法律，更能身体力行地遵守法律！

我们这一辈人并没有比我们的父母辈、爷爷奶奶辈，更信仰法律，更能身体力行地遵守法律并按照法治精神为人处世！这让我们没有资格自称是卓越法律人才甚至法律人才！这也让我们看不到尽快建成法治国家的希望，因为建设法治国家不仅要靠制度，更要靠人，更何况制度本身也

---

[3] 上官丕亮，法学博士后，教授、研究生导师。现任苏州大学王健法学院宪法学与行政法学教研室主任。

是由人制定的。我们法学院培养出来的新一代毕业生不能比当代人、上一代人更有法治精神，将来中国依靠什么力量成为法治国家？！

由此看来，为了建设社会主义法治国家，我们国家的确需要培养卓越法律人才，我们法学院的每位同学们都要立志成为一名真正卓越的法律人才。但是，不要仅把外在的成功当作卓越，更不要仅仅把外在的能力当作卓越，像薄熙来、王立军那样的“能人”对法治的危害更大。

德才兼备，才是真正的卓越人才！真正卓越的法律人才，不仅仅是比别人知道更多的法律知识，掌握更多的法学理论，会写更好的法学论文，能拿更多的奖励，更不仅仅是将来做大官、赚大钱、出大名，而是比一般的人更诚心诚意地信仰法律，更能身体力行地遵守法律并成为一种习惯，更善于在各种环境下特别是在不好的社会环境里坚持和贯彻法治精神、坚守人权底线，更有爱心、良心、公心，更热心参与公益事业！早在1935年，我们的东吴前辈、近代著名法律教育家、东吴大学法学院教授兼代理教务长孙晓楼先生在其所著的《法律教育》一书中就指出：“法律的事业，是公益的事业，是社会的事业。”“研究了法律，不能为社会服务，为公众谋利益，而专为自己个人寻好处求享用，这不能叫人才，更不能算做法律人才。”“法律人才，不是在于做律师的大小，也不是在于官职的高低，更不是在于赚钱的多少，而是在于他所做的事业于社会公众的福利上到底有多少的努力和贡献。”这就是真正的卓越法律人才！盼望我们法学院的每位同学从我做起，从现在做起，都成为孙晓楼前辈所说的那种为公共利益及法治事业作出努力和贡献的卓越法律人才！

在《东吴法声》重新编辑出版之际，写下上述文字，与同学们共勉！

编者按：

法立足于社会始而生，法条应用于社会得以治。以法之眼观社会百态，依法之言评公信正义。“关注社会”专栏收录了王健法学院“春天里”奖学金获奖征文以及挑战杯获奖科研学术论文，看优秀学子如何独具“法”眼，将专业知识与社会深度思考结合，带引学法者走向社会，启发社会人关注法律，让社会与法同行。

从“双非”赴港生子看“两地”司法管辖权的冲突

2010 级 苏峰

摘 要：二十一世纪初，内地“双非”孕妇赴港生子数量骤增，给香港医疗、卫生及社会保障体系带去了一定的压力。“双非”赴港生子问题反映出两地经济、教育发展水平及社会保障体制的较大差距，而在两地应对“双非”问题的措施的背后更是隐藏着内地与香港地区司法管辖权的冲突，两个不同的法系在面临一个共同的问题时应该如何寻求解决之道，而这场司法管辖权的斗争又如何在维护两地和平稳定的前提下得以化解？本文将以“双非”赴港生子为导引，探讨两地在司法管辖权冲突中的博弈。

关键词：双非赴港 居港权 基本法 司法管辖 法律效力

一、背景介绍及问题导引

“双非”赴港生子问题早在 1997 年香港回归后就已经存在，在这十几年中问题的本质并没有发生大的改变，不过由于内地与香港社会矛盾的激化，在今天才得以凸显，并持续发热。在之前，香港社会人口相对较少，资源比较充足，各种基础社会服务设施基本能满足香港人的需求，为了促进香港经济的复苏与发展，香港对于内地居民赴港购物、旅游、生育等为香港经济注入活力的行为表示欢迎。但随着内地居民赴港生育的数量逐年增多，香港医疗卫生服务资源受到了严重的冲击，导致了内地孕妇与香港孕妇争夺医疗资源的冲突。2001 年 7 月 20 日香港终审法院对于庄丰源案的判决确立了内地孕妇在港期间所生子女可以获得居港权的法律依据。随之，为了规避内地计划生育政策，使子女获得香港居留权，大量内地孕妇选择赴港生子，使香港的教育、医疗等资源再次受到冲击，在过去的十年中，内地“双非”赴港生子数量竟飙升 50 倍，并在近年激发了内地与香港社会的矛盾，香港出现了大规模的反对内地孕妇赴港生子的游行活动，更是出现了要求全国人大修改《中华人民共和国香港特别行政区基本法》（以下简称《基本法》）以阻止内地居民赴港生育的呼声。

2012 年，在十一届全国人大的新闻发布会上，发言人李肇星表示，内地有关部门正加大对组

织内地孕妇赴港生子的非法活动的打击力度，由此内地将组织“双非”赴港生子的行为定性为非法活动，并通过各种途径开始打击此行为。但我一直存有疑虑，全国人大将组织“双非”赴港生子的行为定性为非法行为的法律依据是什么？对打击此种活动所适用的法律保留又体现在何处？至今未能解决。

二、庄丰源案——“双非”问题导火索

2000 年，父母双方皆未获得香港居留权的庄丰源接到香港入境事务处的通知，由于其尚未获得香港居留权将被遣送出境。庄丰源于 1997 年香港回归后在香港出生，之后其父母皆返回内地，只有庄丰源本人留在香港与祖父共同生活，但一直未获得香港入境事务处所承认的香港永久性居民身份。在接到香港入境事务处根据香港《入境条例》相关规定所发出的遣返通知后，庄丰源由其祖父庄曜诚代理向香港高等法院对香港入境事务处的行为提出司法复核（香港地区“司法复核”即“行政诉讼”），并质疑香港《入境条例》的合宪性。香港高等法院原诉法庭、上诉法庭均支持庄曜诚的诉求，判决庄丰源有居港权。2001 年 7 月 20 日，香港终审法院驳回香港入境事务处的上诉，判决维持高等法院的判决，为庄丰源案作出定论，庄丰源因此获得香港居留权。因为香港司法体系实行“三审终审制”，因此此案的判决为之后内地居民赴港所生子女可以获得香港居留权确立了法律依据。但同时也为之后大量内地孕妇赴港生子并激发社会矛盾埋下了隐患。

香港入境管理局的数据显示，自 2003 年内地、香港自由行开通后内地居民赴港生子的数量逐年成倍增长，给香港医疗、教育等社会公共事业带去了极大的压力，因此引发了两地的矛盾的激化。香港社会舆论要求香港终审法院改判庄丰源案，请求全国人大再次对《中华人民共和国香港特别行政区基本法》做出明确解释，以遏制内地孕妇赴港生子。

三、对“双非”问题法律规制的历史探寻

那么，香港终审法院对于庄丰源案的判决究竟涉及到那些法律问题呢，其判决对错与否？以下将对此问题进行具体探究：

早在 1999 年的香港终审法院对吴嘉玲案（有关香港居留权的争议问题）作出终审判决后，1999 年 6 月 26 日全国人大常委会就针对香港《基本法》中有关香港居留权争议的问题做出过立法解释，部分解释如下：全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第二十二条第四款和第二十四条第二款第（三）项的解释（以下简称《基本法》解释）：

有关人士或要为第 24 条第 2 款第（3）项所指的永久性居民，在其出生时，其父母双方或一方必须是第 24 条第 2 款第（1）项或第 24 条第 2 款第（2）项所指的永久性居民。《基本法》第 24 条第 2 款第 1、2、3 条分别为：香港特别行政区永久性居民为：（一）在香港特别行政区成立以前或以后在香港出生的中国公民；（二）在香港特别行政区成立以前或以后在香港通常居住连续七年以上的中国公民；（三）第（一）、（二）两项所列居民在香港以外所生的中国籍子女。

但需要注意的是，此次人大释法只是针对《基本法》第 24 条第 2 款第 3 项的解释，本人若成为第 3 项所指的香港永久性居民，那么在其出生时，父母双方或一方必须是香港居民。此次人大释法并没有对《基本法》第 24 条第 2 款第 1 项给出明确的解释，而庄丰源案以及之后的双非

赴港生子问题所聚焦的法律问题的根源正是《基本法》第 24 条第 2 款第 1 项。更让人费解的是在 1999 年 6 月 26 日全国人大的解释中，存在这样一段文字：本解释所阐明的立法原意以及《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第二十四条第二款其他各项的立法原意，以体现在 1996 年 8 月 10 日全国人民代表大会香港特别行政区筹备委员会第四次全体会议通过的《关于实施〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第二十四条第二款的意见》中。这段解释中出现的文字便成为 2001 年 7 月 20 日香港终审法院对于庄丰源案件判决的主要争议之一。那么争议到底出现在哪里，香港终审法院的判决真的违背了全国人大的立法解释而成了一次错误的判决吗？

1996 年 8 月 10 日，全国人大香港特别行政区筹委会通过了关于实施《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第二十四条第二款的意见，（以下简称《基本法》实施意见）意见中明确规定：一、基本法第二十四条第二款第（一）项规定的在香港出生的中国公民，是指父母双方或一方合法定居在香港期间所生的子女，不包括非法入境、逾期居留或在香港临时居留的人在香港期间所生的子女。

此意见恰好契合了 2000 年发生的庄丰源案的情形，按照此意见的规定，庄丰源由于在出生时父母双方都未获得香港居留权，因此其本身也无法成为香港永久性居民，香港入境事务处的诉求是应该得到香港终审法院的支持的，那为什么香港高等法院和终审法院都未采纳入境事务处的观点呢？

香港特区筹委会是在香港回归之前为了处理香港回归有关事务而专门成立的委员会，隶属全国人大，那么问题就在于，全国人大下设的专门委员会所做出的关于实施《基本法》的意见是否与全国人大对《基本法》所做出的立法解释具有同等的法律效力？香港终审法院在 2001 年对于庄丰源案的判决理由中并未提及筹委会于 1996 年所做出的《基本法》实施意见，在主观上否认了此实施意见对于香港终审法院的约束力。从《基本法》本身条文来看，《基本法》第 158 条规定了有关全国人大对《基本法》的解释权的相关问题：《基本法》158 条：本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。

全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。

香港特别行政区法院在审理案件时对本法的其他条款也可解释。但如香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释，而该条款的解释又影响到案件的判决，在对该案件作出不可上诉的终局判决前，应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。如全国人民代表大会常务委员会作出解释，香港特别行政区法院在引用该条款时，应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准，但在此以前作出的判决不受影响。

从上述法律条文中可以得出，对于《基本法》的最终解释权属于全国人大常委会，而作为全国人大常委会下设的一个工作委员会——香港特区筹委会所做出的《基本法》实施意见实际上对香港终审法院并无约束力。所以香港终审法院的判决虽然违背了香港特区筹委会做出的《基本法》实施意见的条文的原意，但从法律效力上说，实施意见无法约束香港终审法院的判决。

然而关键问题并不在于此，而是 1999 年 6 月 26 日全国人大常委会对于《基本法》做出的解

释的文本中出现的那段表意并不是太明确的文字：本解释所阐明的立法原意以及《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第二十四条第二款其他各项的立法原意，已体现在 1996 年 8 月 10 日全国人民代表大会香港特别行政区筹备委员会第四次全体会议通过的 《关于实施〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第二十四条第二款的意见》中。

全国人大常委会是基于立法原意对《基本法》进行解释的，而此立法原意就是指 1993 年在香港回归之前“中英联络小组”确认的协议：“在香港出生的中国公民，其父母必须至少有一方拥有香港居留权，该人方可享有香港居留权”。

据此推定，全国人大在 1999 年 6 月 26 日针对《基本法》作出的立法解释中所说的立法原意应该就是指 1993 年“中英联络小组”签订的协议，此协议当时是中英外交机密，于 1999 年审判吴嘉玲案时才被公开。

那么在全国人大释法条文中那段特殊的文字究竟意味着什么？全国人大为何要在对第 3 项明确了解释后又对《基本法》第 24 条第 2 款其他项做出补充性的说明？这段说明对香港终审法院有法律上的约束力吗？

仅仅从人大释法的文字示意可以得出，全国人大所指的基本法解释中的立法原意为，在出生时父母双方或一方已经是香港永久性居民的人士才能够获得香港居留权。其基本法解释的立法原意及《基本法》第 24 条第 2 款其他项的立法原意已经在人大特区筹委会的意见中得以体现，更进一步佐证了获得香港居留权的基本法律要求。但问题在于，以上仅仅是对人大对《基本法》解释中补充性说明的一种常理性的推断，而其解释的文本中并没有明确的出现关于《基本法》第 24 条第 2 款第 1 项的规定，即使我们可以根据解释的补充性说明推定出以上结论，但此种推定在明确的人大立法解释面前还是存在其不可回避的瑕疵，而这种解释瑕疵也正是香港终审法院规避人大对《基本法》解释而采用“立法目的”解释的主要原因。其次，虽然基于常理是可以根据全国人大的立法解释推断出其立法原意，但是如果从另一个角度去考察，那么此种观点或许就存在致命的缺漏。

我们来对全国人大针对《基本法》的解释与全国人大香港特区筹委会针对《基本法》的实施意见做一个简单的比较。第一、从时间上看，《基本法》的实施意见在《基本法》的解释之前。那么《基本法》解释的立法原意在《基本法》的实施意见中得以体现似乎合乎常理。第二、从解释与实施意见的法律位阶上看，《基本法》解释要高于《基本法》实施意见，那么高位阶的立法解释原意体现在低位阶的法律实施意见中就产生了些许瑕疵。是否当上位法的立法原意与下位法的立法原意相契合时，那么在上位法的管辖范围内，上位法没有就相关问题作出明确的规定时，下位法就可以替代或是充当上位法，并突破其自身的管辖效力领域对此问题加以规制呢？答案显然是不可以的。所以全国人大对《基本法》解释的本身就存在瑕疵，尚不成让全国人大对自己的解释再做出一份解释，那岂不是贻笑大方。

而香港终审法院正是利用人大释法的漏洞这一契机确立了庄丰源案的判决先例的法律效力。香港终审法院根据对《基本法》第 24 条第 2 款第 1 项的字义解释：香港特别行政区永久性居民为:（一）在香港特别行政区成立以前或以后在香港出生的中国公民；

其认为，凡是在香港回归前或回归后在香港出生的中国公民都具有香港永久性居民资格，而

不管其父母双方或是一方在其出生时是否具有居港权。香港终审法院在摒弃了香港《入境条例》、全国人大释法、及特区筹委会对《基本法》的实施意见之后，采纳了其自身对《基本法》的解释，客观上评价这是香港法院的一种“投机冒险行为”，但也是在具有相当程度的把握的情况下的“投机冒险行为”，不能说其是故意为之，但肯定是有意为之，而其目的就是阻止中央的司法干预，维护香港的司法独立性、纯洁性及司法权威性。从法律人职责以及法律人对法律的信仰来说，香港法院的做法是无可厚非的。毕竟在沿袭英美法系的法律传统的香港社会，对于法律的信仰与尊重是其他人所难以想象的。

四、“双非”问题的背后---两地司法管辖权之争

至此我们可以明白为什么香港终审法院在 2001 年对于庄丰源案判决中可以“明目张胆”地规避全国人大在 1999 年做出的立法解释了，《基本法》的法条模糊性与对《基本法》解释的模糊性最终导致了庄丰源案的终审判决，全国人大似乎在打法律语言表述的擦边球，但最终“玩火烧身”，在 2001 年 7 月 20 日香港终审法院对庄丰源案做出终审判决后，全国人大法工委在其新闻发布会上表示：“我们注意到，自一九九九年六月二十六日全国人大常委会对香港基本法有关条款作出解释以来，香港特区法院在涉及居港权的案件的判决中，多次强调全国人大常委会对基本法所做出的解释对香港特区法院具有约束力，并以此作为对一些案件判决的依据。但是香港特区终审法院七月二十日对庄丰源案的判决，与全国人大常委会的有关解释不尽一致，我们对此表示关注。”

可以说这是全国人大常委会面对香港终审法院所做出的必要而无力的挣扎。必要性在于这是全国人大对于其法律解释权威性的宣示，而这种声音面对香港独立的司法体系又显得微弱而无力。香港终审法院对香港司法管辖权范围内的诉讼有最终审判权，而涉及到需要全国人大释法的事项也只有《基本法》158 条所规定的两项：香港特别行政区法院在审理案件时对本法的其他条款也可解释。但如香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释，而该条款的解释又影响到案件的判决，在对该案件做出不可上诉的终局判决前，应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会对有关条款做出解释。

从此项可以看出，香港特别行政区法院在对其司法事务的管辖上具有相当高的独立性，此种高程度的司法独立性是在“一国两制”的高压原则下确立的，但此种高程度的司法独立必然会对最高法及全国人大的法律权威造成极大的挑战，因此便引发了中央与香港地方的司法管辖权的斗争。而庄丰源案的判决也正是此种斗争的结果。从比较宏观的角度上看，全国人大对《基本法》的解释、全国人大香港特区筹委会对《基本法》的实施意见以及香港特区《入境条例》其三者存在内在的共同点，其法律或解释的渊源都是来自于 1993 年中英联络小组所签订的协议中所表述的立法原意，而且从本质上说，全国人大常委会及香港特区筹委会都属于政治性的机构，香港特区《入境条例》亦是由香港特区政府所颁布的法律，因此其法律渊源及机构性质都存在共通性，而此种政治性的共通性恰好与香港法院的司法性质存在权力上的相互制衡。当沿袭英国法律传统的香港相对独立的司法体系在香港回归后受到中央的“政治性的司法干预”时，为了维护其司法

独立与司法权威而做出了强硬的反击。

而握在香港法院手中的“尚方宝剑”正是“一国两制”的高压线原则。在独立的香港司法体系与香港法律人对于法律的信仰面前，全国人大在目前或许也只能“对此表示关注”。全国人大的失利在于其用内地的政治思维模式去较量香港的法治思维模式，知己而不知彼，低估了在一个真正的法治社会中司法所具有的强大的独立性和权威性，以至于政治难以触碰司法的高压线。因为在一种权利制衡的体制中，被制衡的任何一方想打破这个平衡，都需要付出难以估计的牺牲，而此种牺牲是任何一方都无法承受的。而此种稳定坚固的权力制衡体制也维护了社会的持续稳定发展。

虽然全国人大常委会委员长吴邦国早已宣布“具有中国特色的社会主义法律体系已基本形成”，但中国走向法治国家的路还非常遥远。因为中国的政治体制中还缺少相互制衡的力量。在一党专政的体制下如何实现社会主义民主法治必将是对执政者的巨大的挑战，而中国在未来又将选择怎样的方式继续着我们的民族复兴之路？一切都是未知数。

从“双非”赴港生子事件本身去考察，主要涉及到两方面，第一、为什么赴港生子？第二、“双非”在港所生子女能否获得居港权？

对于第二点我们已经在文章的第一部分“法律问题---司法管辖权之争”中讨论完毕，不再做解释。“为什么赴港生子”这是一个简单的命题，实质上属于社会问题，是内地与香港双方的社会问题，内地社会的推力加之香港社会的拉力最终促成了赴港生子的问题。但推力和拉力并不是等同的，从现实层面上看，香港社会的拉力即吸引力要大于内地的推力。也就是说社会个体在对两地的社会做出相当的比较之后自行选择了赴港生子，是香港的吸引力决定了内地居民的选择。而从反方向观之，这恰恰是内地社会缺陷在与香港的比较中被完全的暴露出来,两地的发展差距也因此凸显。不能说是内地的社会环境迫使内地居民赴港生子，但至少可以认为内社会环境已经留不住内地的居民了。因此“双非”问题究其根源还是在我们自身，香港社会只不过是因为我们自身的问题而衍生出的另一片争议地。那么如何才能解决“双非”赴港生子问题？如果把“双非”问题纳入 21 世纪以来中国所发生的社会问题的系统中来看，那么如何解决“双非”问题的答案就在于如何解决中国的新生社会问题。

五、解决“双非”问题的可行性法律措施

（一）修改香港《基本法》：

无论是 2001 年的庄丰源案还是之后的大规模赴港生子所引发的社会问题，究其法律根源仍然是《基本法》第 24 条第 2 款第 1 项的规定：香港特别行政区永久性居民为:（一）在香港特别行政区成立以前或以后在香港出生的中国公民；

有关内地“双非”孕妇在香港所生的子女能否获得居港权的法律争议都是围绕此法律条文展开的，而问题的关键就在于对此法律条文的解释，全国人大常委会、全国人大香港特区筹委会、香港入境事务处、香港终审法院四方对此条文形成了两种完全不同的解释，因此形成了法律解释的冲突，唯香港终审法院独树一帜，按照法律文本的字义解释，并且通过庄丰源案使其对《基本法》第 24 条第 2 款第 1 项的解释发生法律效力。由于《基本法》此条文自身的模糊性导致了各

方的争议，那么对《基本法》此条文进行修改，明确其表意，便可解决“双非”问题。但考虑到修改《基本法》严格的程序及较长的耗时，可能在解决目前面临的“双非”问题的实效方面并不理想，但从长远角度修改《基本法》为可选之路，但非必选之路。

（二）全国人大常委会对《基本法》做出明确解释：

在之前的探讨中，我们发现，其实在 1999 年 6 月 26 日全国人大发布的关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第二十二条第四款和第二十四条第二款第（三）项的解释中已经就修改居留权的争议问题做出了解释，但由于其是针对《基本法》第 24 条第 2 款第 3 项的解释，并且对第 24 条其它款项只是用了概括性、补充性的文字加以规定，使得解释本身就存在一定的瑕疵，香港终审法院最终也未采纳其解释的内容。因此当务之急比较有效的办法就是全国人大常委会在此对《基本法》第 24 条第 2 款做出明确的解释。

但根据《基本法》第 158 条的规定，《基本法》的最终解释权虽然归于全国人大常委会，但香港法院对其自治管辖范围内的条款具有解释权，只有当涉及到“中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释，而该条款的解释又影响到案件的判决时，在对该案件作出不可上诉的终局判决前，应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。”那么在全国人大释法的程序与条件限定上都会存在问题。在程序上，必须由香港终审法院申请全国人大释法，全国人大才会对《基本法》做出解释，那么全国人大可否积极地对《基本法》进行解释，还是仅仅只能停留在消极的解释权层面呢？在条件限定上，“双非”在港所生子女能否获得居港权的问题是香港自治范围内的事务还是应该由中央人民政府管辖呢？虽然申请人大释法在逻辑和条件上存在很多问题，但只要香港终审法院向全国人大申请解释《基本法》，那么全国人大就会做出积极的回应。

（三）香港终审法院确立新的判例：

香港回归后沿袭了英国的法律体系，保留了判例法制度，新设终审法院取代之前的枢密院司法委员会。根据判例法司法体系中“遵循先例”的原则，加之香港司法体系中的“三审终审制”，终审法院于 2001 年对庄丰源案所做出的判决具有非常高的法律效力，即使当时的香港政府也不敢对其加以挑战。香港终审法院是不可能对庄丰源案做出改判的，但是让香港终审法院再做出一个新的与庄丰源案不同的判决的可能性还是存在。只要香港终审法院能获得一个新的司法复核的机会，并且重新确立一个新的判例，使其生效，就可以绕开修改《基本法》和申请全国人大释法的途径，从法律层面解决“双非”子女居港权问题。对于香港终审法院来说，这是一个避免中央司法干预，维护其司法独立性的较好的选择，对于中央政府和香港政府也是一个较为妥善的办法，但是对于香港法院司法权威性的牺牲也是难以估计的。香港终审法院能否迈出这极为艰难的一步？能否放弃多年来为争取香港司法独立所做出的努力和获得的成果？这一切仍然是个未知数。在这么多的未知数中，我们是否可以寻求到其他的更好的办法？

Abstract: the early twenty-first century, the "double non-pregnant women in the Mainland to Hong Kong children are booming and a certain amount of pressure brought to the medical, health and social security system. "Double" to Hong Kong to have children reflects both the economic, education, level of development and the social security system, the larger gap in the two places to deal with "double" problem behind the measures is hidden between the Mainland and Hong Kong jurisdictions the conflict of rights, two different legal systems in the face of a common problem is how to find a solution to this jurisdiction struggle how to be resolved under the premise of maintaining peace and stability in the two? This article will be "double" in Hong Kong children as a guide to explore both sides in the conflict of jurisdiction Game.

Keywords: double non-Hong Kong the right of abode in Hong Kong the Basic Law the jurisdiction of the force of law

从曝光失足女看违法事实公布滥用

2011 级 彭敏 程籽毓 耿乃靓 唐思佳 朱一帆

摘 要：面对愈演愈烈的失足女曝光事件中，行政机关越来越青睐违法事实公布这一行政强制执行创新方式。但是，在曝光失足女方面适用违法事实公布，公开失足女信息容易侵犯失足女的人格尊严和荣誉权、名誉权，欠缺法律依据，导致违法事实公布的公信力下降。为了规范违法事实公布，防止违法事实公布的滥用，应该确定明确地法律依据，推行严格的程序体制，建立合理的救济机制。

关键词：行政强制执行 违法事实公布 滥用

一、违法事实公布运用的现状

当前中国处于信息爆炸和社会转型并存的时代，社会矛盾不断累积，社会治理领域频繁出现“三鹿毒奶粉”事件、“酒驾引起重大交通事故”等影响恶劣的行政违法事件，对社会秩序的安定产生了很大的负面影响。因此，催生出一种新型的行政处罚间接强制措施——违法事实公布。作为一种信息规制工具，公布违法事实已成为行政机关实现行政目标的重要手段之一。

违法事实公布是指行政机关选择行政过程中收集到的有关个人、组织的违反情况向相对方公开或是向社会公开。政府已经在公布价格违法行为、名人富人超生情况、污染企业整改名单等各个领域运用，并且取得了非常好的效果。作为一种新型的政府规制手段，公布违法事实已经在我国当下诸多行政管理领域得到运用，并为环境保护、食品安全、产品质量及证券监管立法初步认可。

违法事实公布是在当前行政任务繁重的情形下的高效快捷、执行成本低的新型行政强制措施和必然结果。根据《中华人民共和国行政处罚法》第八条“行政处罚的种类:（一）警告；（二）罚款；（三）没收违法所得、没收非法财物；（四）责令停产停业；（五）暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；（六）行政拘留；（七）法律、行政法规规定的其他行政处罚”，目前这些行政处罚的种类确实在行政处罚中发挥着主要作用，可是在很多领域，这些行政处罚方式确实不如违法事实公布这一方式来得直接、高效、有威慑力、警示性强，给组织和个人带来强大的名誉上的压力。

然而，伴随着违法事实公布在行政管理领域的广泛应用，也出现了这一行政处罚方式滥用的现象。近几年，在处罚失足女，也出现了使用违法事实公布这一行政处罚，却给失足女带来了无法挽回的影响。失足女曝光，侵害了个人人格尊严、损害了个人权益，这种行政处罚结果带来的名誉上的侵害是不可估量的。所以，不是所有的行政处罚领域都是可以使用违法事实公布这一方

式的,违法事实公布滥用也会带来一系列的问题和弊端。

二、违法事实公布滥用的危害和弊端

在现如今信息传播迅速、快捷的时代下，违法事实公布确实是一种有效的社会治理手段，但因为其使用的方式、范围的不明确，法律授权不清楚，也给社会带来了许多问题，甚至给相对人的合法权益造成了难以弥补的损害。

（一）侵犯人格尊严

曝光失足妇女的身份严重地侵犯了这些当事人的人格尊严、隐私权、名誉权和人格权等多项合法权益。宪法第三十三条规定“国家尊重和保障人权”，曝光失足女身份和个人信息，让失足女游街示众，虽然能够很好地起到对卖淫行为的警告作用，对扫黄打非工作发挥显著作用。违法事实公布的快捷高效成本低让行政机关热衷于曝光失足女，可是却让失足女一辈子生活在阴影中，严重违背了宪法精神。有质疑者就提出，卖淫小姐和嫖客的行为当属违法，并未构成犯罪，正因为是违法行为，才适用于行政处罚，而行政处罚也应本着以教育为主的精神，毕竟，我们的法律精神绝不是要践踏人格。所以，对于卖淫嫖娼的处罚结果只需送达当事人及其家属，无需四处张贴。而这种实名曝光的副作用在于侮辱了违法者的人格，进而造成其心灵严重扭曲，反倒不利于教育和改造。更有人提出，曝光真实姓名、四处张贴有侵犯他人隐私之嫌，不管涉事女子违了什么法，犯了什么罪，她的人格尊严和隐私权也应该得到维护。当事者面部清晰裸照被公布的行为，显然已经侵犯了当事人的人格权、肖像权、隐私权等多项合法权益，相关责任人涉嫌违法。

（二）欠缺法律依据

违法事实公布已经运用到了很多社会管理领域，取得了很好的效果，并且是具有法律依据的，是行政处罚的一大创新举措。我们在很多法律法规中确实能找到违法事实公布的法律依据，为违法事实公布在行政处罚方面的运用奠定了法律基础。1998 年 8 月的《价格违法行为行政处罚规定》第 18 条规定：“任何单位和个人有本规定所列价格违法行为，情节严重，拒不改正的，政府价格主管部门除依照本规定给予处罚外，可以在其营业场地公告其价格违法行为，直至改正。”2009 年的《产品质量法》第十七条“依照本法规定进行监督抽查的产品质量不合格的，由实施监督抽查的产品质量监督部门责令其生产者、销售者限期改正。逾期不改正的，由省级以上人民政府产品质量监督部门予以公告；公告后经复查仍不合格的，责令停业，限期整顿；整顿期满后经复查产品质量仍不合格的，吊销营业执照”，第二十四条“国务院和省、自治区、直辖市人民政府的产品质量监督部门应当定期发布其监督抽查的产品的质量状况公告。”2009 年的《食品安全法》第八十二条规定“国家建立食品安全信息统一公布制度。下列信息由国务院卫生行政部门统一公布：（一）国家食品安全总体情况；（二）食品安全风险评估信息和食品安全风险警示信息；（三）重大食品安全事故及其处理信息；（四）其他重要的食品安全信息和国务院确定的需要统一公布的信息。”这些法律法规为违法事实公布在食品安全领域、产品质量领域、价格违法公布领域提供了合法的法律依据。

而在处罚失足女方面，我们并未找到可以曝光失足女的相关法律依据。根据《治安管理处罚

法》第六十六条规定“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。”关于行政处罚失足女的方式只有拘留和罚款两种形式，并没有违法事实公布这种方式。而行政机关只是适用了《行政处罚法》关于行政处罚种类的兜底条款“法律、行政法规规定的其他行政处罚”的扩大化解释。然而，仔细思考可以发现，其实其他的法律法规也没有规定可以公布失足女信息的条款。因此，曝光失足女的个人信息是没有法律依据的。

（三）违法事实公布的公信力下降

违法事实公布这一举动在“曝光失足妇女身份”事件中的滥用会影响此举动在其他案例中的运用。对于违法事实公布这种手段的选择，它涉及到公共利益和个体利益的平衡，行政机关在采取这种手段的时候不可避免的要遇到裁量的问题，尤其在我国现阶段有关此问题的法律规范较为匮乏的情况下，裁量正义的实现显得尤为重要。违法事实公布是选择向社会公布还是只向相对人公布，涉及到的就是这一行为合理性的问题，是行政机关裁量的选择，我们所希望的是行政机关在进行裁量的考量时，应遵循必要的原则，如比例原则和人权保护等原则，考量应考量的因素，而排除其他不相关因素的考量。在曝光失足妇女身份这一事件中，我们不得不提出，深刻反映了行政机关裁量不当这一问题，明显违背了人权保护原则，而这些问题已然引起舆论的一片哗然，面对舆论的压力，违法事实公布这一行政手段在其他方面是否还能顺利地应用已经是不得不深思的问题。

所以，违法事实公布这一方式应该慎重，它不应该挑战公众对于这一方式的信任，破坏整个社会的信用体系。

三、对违法事实公布的适当规范

对于正确前进道路的探求，从来都是循序渐进慢慢摸索的，这当中不可避免地会出现这样那样不恰当不合理的地方，规范和调整也正因此显得至关重要。现如今，针对“行政强制执行难”的问题研究，结合行政领域和行政对象的不同状况与特点，应运而生的“其他强制执行方式”之一的违法事实公布可谓是一种创新的和进步的行政强制执行手段。然而从司法实践中的一系列现象看来，这一手段虽然有效提高了行政行为的实效性并且很大程度上起到了明显的警示性作用，但仍是不可避免的产生了一些消极和负面的影响，正如上文中提及失足妇女曝光现象，对于失足妇女隐私权的侵犯、人格尊严的不尊重，便是一种对于行政相对人正当权益的侵害。由此，便引发了我们对于怎样规范违法事实公布这一间接强制措施的一些思考。

（一）确立明确的法律依据

首先就我国现有法律规定看来，《中华人民共和国行政强制法》第十二条规定：“行政强制执行的方式：（一）加处罚款或者滞纳金；（二）划拨存款、汇款；（三）拍卖或者依法处理查封、扣押的场所、设施或者财物；（四）排除妨碍、恢复原状；（五）代履行；（六）其他强制执行方式。”当中的“其他强制执行方式”其实是一种兜底式规定，而违法事实公布公布这一方式虽然在某些领域的实际运用中受到一些法律法规或是规范性文件的约束，但为了避免行政人员在执行

行政行为时对其做出扩张性的任意性的解释，从而使得行政相对人的利益受损，因此，必须通过具体明确的法律规定将其纳入法律的控制范围，严格的加以规定和约束。

（二）推行严格的程序体制

在我们国家，最近十几年，正当程序的概念才在学术界变得耳熟能详起来，程序因为其自身所具有的独立性价值而受到人们的关注，它不再是仅仅依附于实体而存在的工具，因此确立起正当程序的原则也成为了学界的呼吁。在考虑防止违法事实公布这一手段的滥用时，我们不能忽视程序的价值。确立正当程序的最低要求，至少要求行政机关做到以下两点：一、在违法事实公布过程中，要给相对方提供为自己辩护的权利，不能独断专行；二、在违法事实公布的过程中，要避免偏私，如与案件有利害关系的人员应当回避，以免为了泄私愤而恶意公开，造成他人的合法权益受到损害。

同时，为了实现正当程序的要求，就要再建立起一系列配套的民主参与的监督制度，其内容包括：第一，告知制度，即在处置之前告知相对人将要公布其违法事实，保护被公布方的知情权，使相对人得以有机会行使辩护的权利；第二，说明理由制度，说明理由制度是行政法上的一项基本制度，它是指行政主体在做出对行政相对人合法权益产生不利影响的行政行为时，必须向行政相对人说明该行政行为的事实依据、法律依据以及进行自由裁量时所考虑的政策、公益等因素；第三，听证制度，即行政主体在做出对当事人不利的决定时，必须听取当事人的意见，不能片面认定事实，剥夺对方辩护的权利。行政听证制度是现代行政程序法基本制度的核心，是实现行政公正的最重要的保证。

通过设置严格而正当的法律程序来规范和调整违法事实公布这一手段，定能有效防止其滥用，从而切实提升行政强制执行方式的实效性。

（三）建立合理的救济机制

由于违法事实公布后一旦对行政相对人造成权益上的损害，其损害往往很难通过事后救济方式加以弥补，因此可以考虑引入事前的预防性行政诉讼救济机制。预防性行政诉讼是公民、法人或者其他组织在未来即将受到一定的行政行为或事实行为的预期侵害情形下，可以依据法律预防性提起行政诉讼，阻止行政行为或事实行为做出以保护其特殊权益的诉讼形态。[4]通过将预防性行政诉讼救济机制与普通的行政诉讼和国家赔偿机制相结合，建立起更加完善合理的行政救济机制，将能更加有效的保障行政相对人的合法权益，使权利侵害程度降至最小。

结语

不可否认，违法事实公布确实是当下行政执行任务繁重的衍生品，取得了显著成果。在处罚失足女方面运用违法事实公布这一行政强制执行方式虽然具有很强的警示作用，高效快捷且成本低，但是这一行为严重侵害了失足女的人格尊严，缺乏合法的法律依据，是不值得称赞的，亟需叫停，以维护失足女的合法权益和人格尊严。

[4]章志远、朱秋蓉：《预防性不作为诉讼研究》，载《学习论坛》2009 年第 8 期

从乌坎模式看我国村民自治制度的困境与改革

摘　要：当下社会处于剧烈的转型期，经济社会在不断前行中不可避免地积累了一些矛盾，利益主体多元化、利益诉求多样化、利益冲突显性化，要求基层民主的呼声每日剧增，而乌坎模式的提出，为转型时期的冲突和矛盾，提供了解决之道。本文试图根据乌坎模式的实践和经验，从村民自治的历史和现状出发，论述当前村民自治在村民选举，民主监督和村委会体制结构等方面的困境，提出了适用乡规民约等方式，为村民自治的实施和改革提供借鉴。

关键词：乌坎模式　村民自治　基层民主　乡规民约

前言

持续数月之久，一度形成激烈对抗的乌坎事件逐渐平息，留给我们的是对于事件本身的反思。乌坎事件的解决总结为了乌坎模式，而乌坎模式具有两个层次内涵：表面上为村民的反抗与选举，本质上则为村民自治。村民自治作为基层民主的模式，是在官民关系进入了剧烈矛盾之时，在经过一段时间双方的试探和博弈之后，最终选择用理性和妥协解决矛盾的方式。

一、“乌坎模式”的启示

《新世纪》在乌坎事件发生不久后刊登了《乌坎事件之鉴》一文指出：“面对社会矛盾，政府工作的核心是避免使偶然事件演变为必然事件。广东省委化解矛盾的方法，不应成为孤例”[1]。地方政府在对于群体性事件的认识上，如果仅仅看到它的偶然性，只是当做偶发事件处理，而没有发现其发生的必然性，那就不得不在深层机理上做出反思，因为转型时期利益主体多元化、利益诉求多样化、利益冲突显性化，且随着民众权利意识的增强，诉求表达的不畅通，冲突和矛盾就在所难免，爆发群体性事件的几率也就随之增高，因此，群体性事件是偶然性和必然性并存的，正如中国广东省省委书记汪洋所说：“乌坎事件看似偶然，但也有必然性”[2]。政府所要做的是如何去疏导和化解，阻断其向必然性的演变，而非纸里包火一般一味的压制。

乌坎事件最终平息，一方面得益于民众抗争的力量，另一方面，则得益于地方政府的开明，加之最终村民所进行的选举，被冠以了“乌坎模式”的名号。一种模式的提出，往往是要去解决一类问题，而乌坎模式是否是放之四海而皆准，姑且不论，其表面上的反抗和选举，揭示的是实质上村民对自治的要求，是民众对基层民主的呼声。孙立平在《这一次，变化真的发生了》一文中指出：“是用选举这种民主的过程，形成一个制度性的构架，促使矛盾从可能的恶性循环走向制度化的良性循环，同时满足民众表达争取利益权利和政府化解矛盾维护社会稳定的双重需求。”

[1]《乌坎事件之鉴》，载《新世纪》2011 年第 50 期。
2《乌坎事件之鉴》，载《新世纪》2011 年第 50 期。

[1]这是对村民基层自治的最好注解，也是对乌坎模式的诠释。观之我国村民自治，其依据是宪法第111条:“城市和农村按居民居住地区设立的居民委员会或者村民委员会是基层群众性自治组织”。“乌坎用自己的实践，论证了在较为严峻的情况下用民主的方式解决问题的可能性，这个事件具有促进中国社会走向民主化和社会长治久安的潜力。”[2]这便是乌坎事件的意义和乌坎模式所带来的启示，而作为社会主义民主的群众基础——村民自治，也就成为了解决群体性事件不得不提的杀手锏。

二、村民自治的确立和现状

（一）村民自治制度的提出和确立

任何一种制度的产生和变迁都受历史前提和社会现实所规制。不得不说，村民自治制度的提出和确立，确是一个曲折的过程。1982年12月颁布的新《宪法》第111条规定，村民委员会是“基层群众性自治组织”。1983年10月，中共中央发出《关于实行政社分开建立乡政府的通知》，基本确立了中国农村“乡政村治”的格局，并对村民委员会建设提出了具体的意见。1987年，全国人大常委会通过《中华人民共和国村民委员会组织法》（试行），确立村民自治的法律地位。1998年通过《中华人民共和国村民委员会组织法》，并正式实施，这是我国农村基层民主政治建设的基本法律，从此，村民自治正式纳入法制的轨道。

看似一帆风顺的立法过程，实则内含了无数来自外界的阻力和立法者的艰辛。蔡定剑在其《见证村民自治制度的曲折诞生》一文中对此作出了详尽的描述：“在当时的许多人看来，这有点太超前，太脱离实际了!”“一般来说，一个法律议案一次常委会审议就可以通过，至多需要审议两次。但是，在第二次常委会审议时，委员们对制定这个法律仍有许多不同意见。”“经过几个月的调研后，1987年11月12日，《村民委员会组织法（草案）》再次提交第六届全国人大常委会审议”。[3]此般历程，让经历过的人也唏嘘感叹不已。终于，在一片反对声中《组织法》四审通过，我国村民自治制度的法律地位基本确立，也才有了“今天，我们看到亿万农民实行民主的伟大创造在全国波澜壮阔的开展，村民自治制度已经在广袤的农村大地生成一片绿色”[4]

（二）村民自治的困境及由来

提及困境，村民自治制度的意义是绕不开的，因为只有明确了意义和目的，才能在实践中碰到问题，解决问题。为什么要在农村实行村民自治制度？它的意义何在？个人以为，这是基于宪法“中华人民共和国的一切权力属于人民”，“人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会实务”之规定，也即为了实现人民当家做主的问题。何为民主？字面上来看，“民”既人民，“主”既当家做主。彭真在组织法草案遭到质疑的时候，发表了自己的观点，也正是这一发言，得以让组织法草案在这次的常委会审议中通过：“十亿人民如何行使民主权利，当家做主？这是一个很大的根本问题”，“另一方面，在基层实行群众自治，

1 孙立平：《这一次，变化真的发生了》，载《经济观察报》2012 年 2 月 20 日第 45 版。
2 孙立平：《这一次，变化真的发生了》，载《经济观察报》2012 年 2 月 20 日第 45 版。
3 蔡定剑：《见证村民自治制度的曲折诞生》，载《乡镇论坛》2008 年第 7 期。
4 蔡定剑：《见证村民自治制度的曲折诞生》，载《乡镇论坛》2008 年第 7 期。

群众的事情由群众自己依法去办，由群众自己直接行使民主权利。在这方面，我们还有欠缺”，“没有群众自治，没有基层民主，村民，居民的公共事务和公益事业不由他们直接当家做主办理，我们社会主义民主的健全就缺乏一个侧面，还缺乏全面的巩固和群众基础。”[1]

从村民自治制度确立之初反对的声音中，不难看出这个“先天不足”[2]的制度，会面临各种各样的困境：一方面是来自于体制内部的压力，另一方面，则是农民自身的局限性所带来的。

具体而言，有以下几个问题:一是在选举方面，贿选，使用暴力，政府操控等，民众参与积极性受限。“吴川市兰石镇庄艮村委会村民代表选举当天上午 10 时 40 分，庄艮村委会庄东票箱遭到围攻打砸。监票员林木水称，村民林某某等 3 人强行抢过票箱，撕毁箱中 20 多户村民已填写的选票。报警后，庄东村民小组长林康成将被撕毁的选票暂存兰石派出所。随后，庄北的票箱也遭到打砸。监票员林敏尧其时正一边上门发放空白选票一边收取村民已填写的选票，突然遭到围攻抢票。经“三员”奋力阻止，空白选票没有被抢走，但装有二三十户村民投票的票箱却不知所终。与此同时，庄西的票箱也遭到打砸。下岭组的票箱一路顺利完成收取选票任务后，当天下午 1 时许被“三员”护送回庄艮村委会办公楼大门口时，遭 10 余人强抢票箱，抢票者从票箱中掏出选票，当众焚烧。”[3]

二是民主监督力度不够，村务公开不透明，村委会成为了某些人牟利的工具。

三是村委会行政化损害了村民自治。村委员会是基层群众性自治组织，是农民群众适应时代需要在实践中自发创造出来的，它从一产生起就负有维护农民利益和表达农民意志的职责，是隶属于社会范畴而相对于国家行政机构独立存在的，但《组织法》规定的乡镇政府与村委会的指导关系，在我国压力型的行政体制下，村委会的独立性就很难得到保证。[4]当国家权力介入到乡村社会中来，村委会的行政化就很难避免了。具体表现将会在下文中加以论述。

四是政府政策的错误导向，“近年来政府采取的一些农村改革政策和实行的制度也正在损害这村民自治制度而不是有利于村民自治”[5]。

三、村民自治制度的新出路

乌坎模式作为村民自治的具体表现形式，用实践论证了用民主的方式解决问题的可能性。然而，基层民主走到今天，各种各样的困境说明了村民自治自身需要发展和完善，因此以下将从民主意识、权力监督、村委会职权、法制保障和乡规民约出发，提出几点个人的思考。

1 蔡定剑：《见证村民自治制度的曲折诞生》，载《乡镇论坛》2008 年第 7 期，转引自彭真：《论新时期的社会主义民主与法制建设》，1989 年 1 月版，第 367~368 页。

2就村民是否需要自治，是否能够自治这一问题，在当时的立法界产生了强烈的争论，说其先天不足在于当时诸多立法者的担心：能不能把长期以来党和政府对村民的领导关系改为指导关系？能不能让村民自己选举村委会，村民是否有自治能力？村民自治了，党和政府的政策如何在农村落实？个人以为，不支持村民自治制度的最主要原因的在于，当时的立法者不清楚为什么要实行村民自治制度以及其意义何在。在改革开放初期，一切的政治制度改革都处于试探阶段，具有此种担心实属正常。最终在彭真的努力推动下，《组织法》得以通过。

3 梁甘堂、吴建韬：《票箱被砸选票遭烧》，载《南方日报》2011 年 2 月 14 日第 A07 版。

4 参见罗孟军：《当前村委会行政化倾向的原因分析》，载《中共浙江省委党校学报》2001 年第 1 期。

5 蔡定剑：《每个人都是改革的缔造者》，法律出版社 2011 年 11 月版，第 92 页，转引自蔡定剑：《当前农村治理的困境与出路》，载《2009 新农村法制建设论坛》2009 年 9 月 28 日。

（一）民主意识综述

《组织法》草案在1986年常委会上提出之初就遭到了强烈的反对，立法争议的焦点是：能不能让村民自己选举村委会，村民有没有自治能力。其实，有关自治能力也即民主意识的问题，由来已久。

其一，文化方面。众所周知，民主源自雅典，雅典民主的发展影响到了现代政治的各个方面。它在政治思想中体现的公民平等、自由和对法律的尊重和正义影响了西方的政治思维。雅典的最高权，机构是公民大会，公民大会决定雅典国家的政治职责。雅典社会是由“城邦”组成的，市民在城邦里没有特殊的地位，每个人都是相对独立的个体，家庭血缘关系比较淡薄。全体公民具有主人翁意识，共同实施立法、司法职能并掌握主权，人人都有发言权，人人积极参与自我管理，直接参与国家的管理与监督，这不仅是政府的原则，更是一种生活方式。可见，政治生活已经融入雅典人的生活当中，政治就是雅典人的日常生活。[1]

反观中国，自古就是农业文明发育很早的国家，经过长期的世代繁衍，大一统的多民族国家逐渐形成，社会由一个个家庭和家族构成，“一般的情形，家为家，族为族，前者为一个经济单位，为一共同生活团体，后者则为家的共同体，为一血缘单位”[2]，一荣俱荣、一损俱损是它们最形象的诠释。共同的经济体和生活单位，要求每个家庭成员都必须为家族的利益而奋斗或牺牲，整个社会的关系就是各个家族间利益的综合博弈。这种血缘宗族的体制不仅仅是体现一种社会关系，更体现为一种从上至下的政治组织，它有一套严密的组织形式，以“礼”为核心严格规定辈分、嫡庶、长幼、主从的等级秩序。个人行事必须严格按照这套等级秩序来，自由，只会被视为不尊、不敬 不孝。由此观之，古代的中国社会，由于人们的思想被禁锢在家族利益之中，难有个人的平等与自由，以致阻碍了民主意识的生成。

正如钱穆先生所谓：“一切问题，由文化问题产生，一切问题，由文化问题解决”[3]。“在制约当代中国社会民主政治发展的诸多因素中，文化心理因素的负面影响是首要障碍”[4]。在这样的一种被封建礼教长期把持的文化背景之下，官本位、臣民思想、家族文化泛滥，民主气息之滋生可谓难上加难，这也是许多学者对于民智问题的重要否定依据。

其二，经济方面。“处于较高经济地位的人参与政治的比例要比处于较低社会地位的人们高些，这种差别确实可以反映出那些处于较低社会地位的成员在各方面的不利条件，诸如仅享有较低级别的信息和较少的闲暇时间”[5], 自身的收入水平直接影响到了公民的民主意识，在经济基础决定上层建筑的社会中，农民无疑处在金字塔的最底层。

其三，政治方面。亚里士多德在其《政治学》一书中就说：“人是天生的政治动物”[6], 自己利益诉求的表达，是每个人所具有的内在的权利和欲望，“每个人是自己权利的最好判断者”。正是基于人的这一本性，民主之意识本应如同“天赋人权”一般合理而又自然的存在。但是，长久以

1 参见严存生编：《西方法律思想史》，法律出版社 2010 年 1 月第二版，第 17~31 页。
2 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局 2003 年 9 月第二版，第 5 页。
3 钱穆：《钱宾四先生全集第 37 册——文化学大义》，台湾联经出版社 1998 年 5 月版，第 3 页。
4 戴回天：《阻碍中国民主政治发展的文化心理因素探析》，载《苏州铁道师范学院学报》2003 年第 3 期。
5 [美]安东尼·奥罗姆：《政治社会学——主体政治的社会剖析》，张华青、孙嘉明等译，上海人民出版社 1989 年 3 月版，第 290 页。
6 [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年8月版，第7页。

来的政治情感和政治体制让人民对于政治没有归属感，并没有把自己当做“政治的动物”。改革开放前由于文化大革命，公、检、法遭到毁灭性破坏，揪斗抄家、管制之类的“群众专政”所向披靡，社会正常秩序荡然无存。高度集权的政治体制必然导致公民民主意识的发展误入个人迷信和极端民主化的歧途。改革开放三十年来，高度集权的政治体制的消极影响还不同程度的存在，人权问题和违宪审查依旧触碰着人民紧绷的民主神经。

以上三个方面，不难看出民主意识的缺失并非现在才出现和形成的问题，而是存在已久，经过长期酝酿和发酵在中国的各个阶层显现出来的，况且，农民处在社会的底层，政治地位和经济基础相对薄弱，此种显现也就更加的突出和剧烈，由于它直接关系到村民的自治能力，因此解决民主意识的问题不得不提上村民自治的议程。

蔡元培先生曾经说过，一个真正的民主国家是建立在民众良好的民主意识上的。个人以为，提高农民民主意识的途径，主要有三条，即发展农村经济，发展农村文化事业，完善基层民主机制，三者以文化教育为核心，相辅相成。具体而言，针对当前我国农民受教育程度相对较低、法律意识较薄弱、民主参与和自我管理能力不足等问题，国家应加大农村教育支出，扩大对农村基础教育、法制教育的财政支持力度，充分发挥政府的优势作用和社会管理功能，“减小农民文化素质低对村民自治发展的束缚，改变‘先把经济搞上去再来发展教育’的错误观念”[1]，践行“文化问题由文化解决”。

另外需要说明的一点是，民主意识的强弱不直接决定是否可以实现基层民主。“多年来农村民主和村民自治的伟大实践已经证明，那些认为农民文化落后，素质差，不配给他们民主因而反对农村基层实行民主的论调是何等的荒谬。”[2]

（二）民主监督之重点

引用英国历史学家艾克顿爵士的名言：“权力使人腐化，绝对的权力使人绝对的腐化”，没有监督的权力必然走向滥用和腐败的深渊。村民自治的全面含义是：民主选举，民主决策，民主管理和民主监督。村民自治作为最基层的村级民主能够实现自治，但在自治的具体实施上却不一定能够做到公平合理，原因在于村民自治很难做到自我监督，缺少一个能够监督的独立机构。“村民自治实行了二十多年，出现了村干部独揽大权的现象，权力一元化问题十分严重，这种现象必然会带来种种问题”[3]。村民根据自己的意愿投票选举出作为自己利益代表的村委会，并将自己的部分权力委托给村干部行使。在村民自治权力结构框架中有权力机构而缺少相应的监督机构，使得村委会来自村民的权力缺乏有效的监督，从而使村委会大权在握，村主任实际上成为这个权力的执行人。

个人以为，除了应当设立相应的监督机构，如村务民主管理监督委员会，对公章和财物进行监督外，增加权力实行的公开、透明，赋予村民监督权、质询权、建议权和违纪举报权，这样一来，在村组织内部实行分权制衡，外部由民众实行监督，内外结合，双管齐下，以更好的落实民主监督机制。

---

1 朱振玉：《我国村民自治制度优化的路径选择》，载《安徽农业科学》2012 年第 3 期。
2 蔡定剑：《见证村民自治制度的曲折诞生》，载《乡镇论坛》2008 年第 7 期。
3 黄海文、郑曙村：《论村民自治权力结构创新及完善》，载《黑龙江生态工程职业学院学报》2010 年第 6 期。

（三）村委会、村主任之权力

村委会权力过大已时常为学者所诟病，产生了诸如村民自治权过分集中，决策和执行职责不分，重金贿选，行政权力滥用等问题，上文已经提及。争论的焦点在于，如何缩小其支配资源的权力，使之真正还权于民，还权于村民大会。成都市新型村级治理机制的探索和实践为这些问题提供了经验和启示：一是设立村民议事会作为村民议事的常设机构，二是调整村级组织职能定位，三是优化村级组织运行机制，四是加强和改进村党组织领导[1]。成都市成功的实践结果证明，这些具体的措施是合理，可行的。

个人以为，除了上述几项措施外，将村主任建设成具有公共服务性的职务也是很有必要的。公共服务性源自于建设服务型政府这一理念，本质是削弱村主任及村委会权力，加强村民志愿性组织建设，还权于村民大会，不能由“村委会自治”代替“村民自治”。村委会实质上在村民自治中主要起辅助、组织、引导的作用。这一点应与公益性有所区分，试想一下，如果所有的村委会都具有公益性质，村干部脱离政府财政而一切资金支出都源于自己，那倒与美国的州长模式颇有些相似，此种制度实际上是提高了村委会的准入门槛，使之成为了“某些有钱人的游戏”，从而偏离其要求“服务性”的本质。

（四）村民自治之法制保证

村民自治的法律根基源于宪法第111条对于基层民主的规定，除此之外，还有《村民委员会组织法》及其配套的法律为之提供保障。“民主被毁，不是民主本身的过错，而是法治缺席的错，民主需要法治的规范和保障”[2]，客观的讲，我国村民自治制度立法工作稍显不足，一方面村民自治实践缺乏完善的法律法规体系规范和引导，导致部分问题无法可依；另一方面《村委会组织法》是一部基本法，更像是一部政策法，只是建立了制度框架，具有很强的指导性，但其可操作性和可执行性是要打上问号的，其中对村民自治中政府、村委会、村民三方关系、权利义务上都没有做出详细而明确的规定，而村民所面对的往往又是事无巨细的问题，矛盾由此产生；同时，地方性法规的出台，很多是重复《组织法》的规定，很少结合当地实际，很难做到具体问题具体分析，使得地方性法规变得空洞模糊，可操作性大打折扣。

针对以上问题，提出几点建议：一是可操作性作为基层民主立法的核心，应当贯穿于每一个角落，具体而言即村民自治需要的是一部具体可行的法律，为其所实施的自治行为提供保障；二是地方性法规的出台应当以《组织法》基础，结合当地实际情况，倾听群众的呼声；三是增加违宪审查力度，做到有法必依，违法必究。

（五）乡规民约在村民自治中的地位

从乌坎模式和成都模式的成功中，不难看出村民自治制度所要求的，除法制的保障外，仍需其他合理的制度予以配合、协调，而中国传统文化中的乡规民约作为施行已久的传统自治方式，至少目前来讲，在制度上放弃了长久以来运用娴熟的整套规范体系，在法律多元化的要求下应当

1 麻渝生：《成都市村民自治的创新探索和立法建议》，载《中国特色社会主义研究》2010 年第 5 期。
2 蔡定剑：《每个人都是改革的缔造者》，法律出版社 2011 年 11 月版，第 92 页，转引自蔡定剑：《当前农村治理的困境与出路》，载《2009 新农村法制建设论坛》2009 年 9 月 28 日。

被找回。

所谓乡规民约，《组织法》第20条有所涉及，“村民自治章程，村规民约以及村民会议或者村民代表讨论的事项”，是指广大农村地区约定俗成的传统习惯。有许多乡村将本地的乡规民约加以归纳总结，以成文方式公布，作为村民共同遵守的准则，所体现的，正是一种社会的力量。

当代村规民约的特点在于，除对传统的继承外，更是本村社区结构的呈现，“基本是由村民会议或村民代表讨论通过的，并且是以书面或者较为正式的形式公布”[1]。其与宪法相抵触的地方，有可能会发生在有关农村土地所有和村民财产权的问题上，在此不赘，此处仅仅讨论其在村民自治中的地位。

从法制史和法理学中不难看出，国家法不是对非正式的各种规范的否定、割裂或超脱，而是对各种实际存在的非正式规范的梳理、归纳、整合及其规范化[2]。进而，国家法律与各种非正式、非国家的规范之间就不是互相排斥的关系，而是一种相辅相成的关系，共同构成了一套规范体系。“法治”也就成为国家成文法与非国家规范之间共同的治理结果，亚里士多德所谓的“良法之治”亦正如是。因此，我们不能因为村规民约具有浓厚的传统意义和习惯性，即便确是存在一定封建落后，野蛮的成分，就否认其在村民自治中所发挥的重要作用。

社会的力量，在历朝历代都发挥着不可小觑的作用。明正德十一年(1516)，受兵部尚书王琼举荐，王阳明升任都察院左佥都御史，巡抚南赣汀漳，负责治理流民盗贼。在平叛了几次流民盗贼后，阳明深刻体会到“破山中贼易，破心中贼难”的道理“，在任期间，制定乡规乡约、实行保甲制度、推行土官自治、减免赋税、宽恤百姓、赈济灾民、疏通盐法、设立县治、兴办社学、教化民众等措施治理乡里民间。正德十二年十二月，王阳明针对“横水、左溪、长流、桶冈、关田、鸡湖等处贼巢，共计八十余处”，“居民受其杀戮，田地被其占据”，“始渐掳掠乡村，后乃攻劫郡县。近年肆无忌惮，遂立总兵，僭拟王号，罪恶贯盈，神人共怒”的现状，在交界之处设立了崇义县。县治设立之后，“三县之民，欢欣鼓舞，如获更生”，“三省残孽，有控制之所而不敢聚，三省奸民，无潜匿之所而不敢逃，变盗贼强梁之区，为礼义冠裳之地，久安长治，无出于此。”事实证明，设县顺应了民情，呼应了民众需求，通过设县，流民盗贼失去了藏身之所，地方治理得到加强，礼乐教化得到传播，百姓生产生活逐步稳定和提高，维护了社会稳定和发展。王阳明在之前还颁布《南赣乡约》，其目的在于协和、教化民众以改过自新，使其自觉地提高道德意识、弃恶扬善以保证社会秩序稳定，从而改善社会风气。[3]中国传统社会中的乡规民约可以很好地维护乡土社会的民间秩序，这与国家制定法律的根本目的是一致的。实际上，现代乡规民约经过多年的改造革新，已经具有了教化、自治、法律补充、纠纷解决的属性，在乡村也发挥着准法律的作用，对人们的言行有指引、评价、预测、教育的规范作用和维持秩序的社会功用。目前来讲我们所要做的，就是以基层政府为指导，从乡村实际出发，通过村民大会或者村民代表制定出融合传统习俗和现代风尚的乡规民约，在提倡高尚道德的同时对村民的行为进行约束。不难看出，村规民约的制定主体是依照村民自治要求的村民大会或者村民代表，是在政府的指导下，通过民主科

1 侯猛：《村规民约的司法适用》，载《法律适用》2010 年第 6 期。

2 参见[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 1 月版，第 461 页。

3 参见仁健：《王阳明乡治思想探析》，载《贵州学院学报》2011 年第 4 期。

学的方法制定。相信在冷冰冰的法律面前，具有浓郁地方特色的村规民约更能被乡民们所接受和践行。

结语

1986 年《村民委员会组织法》在彭真的极力推动下得以艰难通过，从此中国走上了村民自治的基层民主伟大实践之路，在经历了三十余年的艰辛探索，取得了丰硕的成果。而乌坎模式，无疑是政府和民众在村民自治探索中取得的经验，是在经过一段时间双方的试探和博弈之后，最终选择用理性和妥协解决矛盾的方式。不可否认，当前基层民主存在着各种各样的缺陷与不足需要改进，尽管“民智未开”的谬论已被驳斥，但乡民的民主意识确需增强，民主监督，村委会的权力，村民自治的法制保障，等一系列问题都摆在了基层民主的面前。在目前的困境下，乡规民约无疑因其良好传统与现代风尚相结合而具有的准法律性质，成为了解决目前村民自治最好的方式和出路。基层民主之路，任重而道远，乌坎模式只是一个典型，但或许也是一个契机，借用李建伟老师的一句话：“相信我们的国家的现在，已经比我们想象的还法治，相信我们的社会的未来，可以比我们期待的更法治”[1]。

[1] 李建伟：《第十版民法 60 讲》，人民法院出版社 2012 年 2 月版，《第十版序》第 7 页。

当经济利益与政治诉求联盟时
——以乌坎事件为着眼点

2010 级 丁杰

摘 要：经济利益与政治诉求有其内在联系。基层群众维权运动的产生，正是基于其经济利益的受损。我国现阶段，土地问题的日益显现以及土地制度方面存在的种种缺陷，促成了民主维权运动的产生。土地是一切问题的根本，在土地用途管制、权利主体、使用权流转等方面法律的规制乃是解决土地问题的核心所在。民主在维权运动中也逐步显现出其重要性，民主选举的推进和群众意识的不断觉醒对于解决基层群众经济上的诉求是必不可少的。通过揭开经济利益与政治诉求一体性的面纱，我们了解到对于基层群众权利的维护，出发点应当是重视其经济利益，在政治救济模式上逐步推进民主。

关键词：经济利益 土地所有权 土地使用权流转 基层民主自治 民主选举

前言

2011 年 9 月到 12 月，广东省汕尾市陆丰市乌坎村因农民土地问题发生了一起农民维权的运动。据相关媒体报道，乌坎村委会在村民不知情的情况下，将集体土地 3200 亩进行变卖，卖地款项达七亿多元人民币，然而村民获得的补助款只有 500 多元。村民由于不满村委会的这一举措，进行了大规模的维权运动，在政府的关注下最终事件得以平息，将违法变卖的土地予以归还。

乌坎事件发生之后，在北京大学公民社会研究中心发布的 2011 年公民社会十大事件中，其以 45 票位列榜首，足以见得其在民众维权上浓重的一笔。2 笔者注意到众多学者及媒体针对乌坎事件都发表了相关报道及评论，其核心无疑是集中在土地问题、官民矛盾，以及民众权利救济方式等方面。这恰恰凸显了改革开放以来，农村土地问题的日益尖锐以及农民维权的迫切需要。

诚然，乌坎村村委会恣意违法，滥用职权导致了此次事件的爆发，但是这是唯一原因吗？笔者认为殊值探讨。维权运动对于中国基层来说，是个不折不扣的舶来品，在中国这样法制不健全的现状下，众多情形当公民的政治权利受到损害时，往往会选择忍气吞声，很多人会对不是发生在自己身边、和自己没有直接关系的公民同胞的权利受损害视作“事不关己”，久而久之，很多公民甚至对自己的政治权利受侵害也处于麻痹状态。然而，一旦触及到公民切身的经济利益时，公民往往会表现出极大的关注，在关注自己经济利益的同时，也会再关注起自己的政治权利。因

2 王卡拉：《乌坎事件位列 2011 年度公民社会十大事件的首位》，载新华网 http://news.xinhuanet.com/yzyd/legal/20120218/c_122719873.htm，于 2012 年 4 月 26 日，14 时访问。

此与其说是乌坎村委会的滥用职权导致此次事件的爆发，不如说是经济利益受到侵害下的公民民主维权意识的逐步觉醒。本文的问题的由来正是对于当下中国，农民经济方面最重要的土地问题的分析以及对基层民主权利行使的探讨。笔者在下文中拟从我国土地实施状况及基层民主自治两个角度进行论述，并力求揭开经济利益与政治诉求一体性的面纱，为乌坎及类似的基层维权事件进行一个彻底的分析。

在维权小径上，与其说经济利益与政治诉求是陌路，毋宁说是盟友。3脱离经济利益的政治诉求至少在广大农民和一般市民中，是没有号召力和动员力的。只有当政治诉求联系或服务于经济利益的时候，才有源动力。

一、土地、土地使用权及相关法律制度的分析与探讨

“地者，万物之本原，诸生之根菀也。”4 马克思在述及土地对社会发展的一般基础作用时指出：“正像威廉•配第所说，劳动是财富之父，土地是财富之母。”5 “土地既是受保护的极重要的自然组成部分的自然客体、是作为农业和林业生产资料及在境内进行经济活动和其他活动之基础，同时又是不动产，是所有权及其土地权利的客体。”6 对于生活在农村的人们来说，土地是万物之本，土地就是生存的依赖，更是社会保障。然而，对于乌坎村的村民来说，他们是痛苦的。当地村民在不知情的情况下，陆续失去土地 3200 多亩。村民们失去的不仅是土地，更是生存的希望。

（一）土地

1.土地制度

正如马克思所说：“我早就确信，社会革命必须认真地从基础开始，就是说，从土地所有制开始。”7 土地制度是国家的一项根本制度，是社会长治久安的基础，是社会发展的基础。土地制度的核心就是土地所有权制度。农村集体土地所有权是土地所有权制度中的一块重要部分。集体土地所有权，是我国土地所有权的重要形式，它是集体经济组织对自己拥有的土地行使占有、使用、收益、处分权的集中表现。8 我国现行的集体土地所有权的形成，其发端应追溯到 1947 年 10 月的《中国土地法大纲》的制定，完成于 1957 年的农业集体化。

2.土地使用权利用的分析

随着市场经济体制的确立，中国农村土地所有制的各种矛盾越来越突出，人们对中国集体土地的认识也日益深化。随着社会经济的发展，在农村，土地的农业经营已不再具有从前那样强大的诱惑力，农民们不再延续“面朝黄土背朝天”的旧的经营方式，而是选择从事传统农业以外的

3 [美] E•博登海默：《法理学 法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 518 页中写道“那么我们就一定能够得出结论说，逻辑和经验在行使司法职能过程中与其说是敌人，毋宁说是盟友。”（注：此处笔者类推使用“与其说……毋宁说是盟友”的格式）

4 《管子••水地》，刘向 编。

5 马克思 恩格斯：《马克思恩格斯全集》（第 23 卷），人民出版社 1972 年版，第 57 页。

6 《俄罗斯联邦环境保护法和土地法典》，马骧聪译，中国法制出版社 2003 年版，第 43 页。

7 马克思 恩格斯：《马克思恩格斯全集》（第 32 卷），人民出版社 1975 年版，第 530 页。

8 刘俊：《中国土地法理论研究》，法律出版社 2006 年版，第 104 页。

经营方式，以获取更大的收入。于是，集体土地所有权中的集体土地使用权作为一种资源和资产在市场经济的条件下，悄然形成一个土地“隐形市场”。9 （土地“隐形市场”是指违背国家法律法规、违背土地政策、非国家正式认可的那一类土地产权交易形成的市场。）在这种“隐形市场”中，集体土地使用权为满足各种经济需求，以出让、转让、租赁、抵押等形式在市场中流转。[10] 集体土地的使用权就在各种形式的流转中发生了一系列的问题,乌坎村也不例外。缘何 3200 亩土地会全部被出卖？难道资产阶级的“圈地运动”在社会主义中变态滋生？答案之一就是土地用途管制制度的不完善。

3. 土地用途管制制度和市场失灵

土地作为一种资源，具有生产、生活、生态等多种用途。在市场经济条件下，我们必须坚持市场在资源配置中的基础性地位和作用，这是土地资源合理高效利用的客观需要。但由于土地的有限性、不可替代性、不可或缺性等资源属性，它又客观上要求在整个社会建立一个能最大限度发挥土地资源经济效应和社会效应的合理利用制度，[11] 即对于不同的土地进行不同用途的划分。即何为工业用地，何为农业用地;农业用地中，哪部分属于农民自有，哪部分归为农村集体所有;农业用地中，哪些是耕地，哪些是林地等等。总之，土地用途管制制度就是确保土地各为其用,所以土地用途管制制度显得尤为重要。

现代社会伴随人口的不断增长与经济的持续发展，土地资源的稀缺性凸显，不同土地利用者之间的竞争也日趋激烈，因此通过用途管制来实现有限土地资源的合理配置和有效利用已成为世界各国的共同选择。[12] 没有科学完备的土地用途分类，就没有科学合理的土地管理的相关法律制度；没有科学完备的土地分类，就无法实现我国耕地的特殊保护、粮食安全、土地资源优化配置和合理利用的管理目标。同时，也只有在完善的用途管制法律制度下，才能真正地避免农村土地流转成为“圈地运动”，才能使农村土地流转制度的改革真正成为农民受益的“惠民工程”。[13]

随着经济的逐步发展，乌坎村的建设也得逐步跟上，在建设中所需要的土地也越来越多,由此也就导致了商业开发所需的土地量越来越大。造成乌坎村土地的大量流失的原因,不仅有土地用途管制制度的不完善，还有的是巨大的市场需求而市场一时无法满足造成的“市场失灵”。“市场失灵”即市场发挥作用的条件不具备或者不完全而造成的市场机制不能发挥作用的情形。[14] 在土地流转过程中，存在着多维主体的复加博弈，即政府、经济精英（是指市场中的经济大户，他们可以影响乃至决定市场管理和流转的具体政策）[15]、维权精英和被占土地的村民。市场机制动力的形成是依赖经济主体的最大化自身利益的行为,市场对资源的有效配置也是依赖经济主体最大化自身利益的行为。市场的成功正是利用了“自利”这种世界上最不稀缺的资源,而也正是这

9 黄中显：《集体土地“隐形市场”的法律对策》,载《经济与社会发展》2006 年第 12 期。
10 魏秀玲：《集体土地所有权与使用权非法转让现状及处理》，载《政法学刊》2005 年第 4 期。
11 杨惠：《土地用途管制法律制度研究》，法律出版社 2010 年版，第 33 页。
12 杨惠：《土地用途管制法律制度研究》，法律出版社 2010 年版，第 1 页（李昌麒序）。
13 杨惠：《土地用途管制法律制度研究》，法律出版社 2010 年版，第 7 页（刘俊序）。
14 李昌麒：《经济法学》，法律出版社，2008 年（第二版），第 34 页。
15 苑丰：《政府与市场“双失灵”论据中的农地流转博弈特征分析》，载《北京科技大学学报》（社会科学版）2008 年第 1 期。

种对自利的过度依赖和对利他的要求不足,导致了市场失灵。16所以可以这么说，“市场失灵的本质在于市场的内在缺陷以及相关经济主体的利益失衡”。

固然在土地的用途管制方面和市场方面都存在问题，但是，对于村民来说，弄明白谁是土地真正的主人才是首要问题——农民集体与农民集体经济组织何者为农村集体土地所有权主体。

4.农村集体土地所有权主体的探讨

土地所有权的主体是土地权益的实现者，它在法律上居于十分重要的地位。如果土地所有权的主体明确，其相关的权利主张就清晰、正当、顺利，法律保护就充分。否则，其权利就容易遭受侵犯。在分析集体土地所有权主体及其职责时，应当注意这样一个问题：集体成员与集体土地所有权是何关系。就这个问题而言，有人认为是共有关系17，有的却持与此相反的态度。18 笔者认为，从民法关于所有权方面的原理去理解集体土地与农民的关系，共有关系是这一逻辑分析的必然结果。但若从现行法律之规定和实践分析，集体土地所有权的不可分割性，决定了集体土地所有权又不是集体各内部成员的共同所有，不具有民法上共有关系的特征。对于此种矛盾，笔者试进一步从农村集体土地所有权主体来进行探讨。从现行的法律中看，农村集体土地所有权主体似乎有两个：农民集体和农民集体经济组织。1982 年《宪法》第十条规定，“农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。”可以推断农村集体土地的主体就是农村集体。然而，1987 年施行的《民法通则》第七十四条规定“劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有，包括：（一）法律规定为集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等；(二)集体经济组织的财产；(三)集体所有的建筑物、水库、农田水利设施和教育、科学、文化、卫生、体育等设施；(四)集体所有的其他财产。集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有，由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营、管理，已经属于乡(镇)农民集体经济组织所有的可以属于乡(镇)农民集体所有”。这里引入了农民集体经济组织和农民集体两个主体。”但到底何者为真正的集体土地所有权的主体呢？笔者认为是农民集体。笔者这一观点得到了《物权法》的印证。根据《物权法》第 60 条的规定，“对于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等，依照下列规定行使所有权：（一）属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权；（二）分别属于村内两个以上农民集体所有的，由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权；（三）属于乡镇农民集体所有的，由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。” 也就是说，农村土地仅仅属于农民集体所有，而不是属于农民集体经济组织。所谓的集体经济组织的财产或者土地其实仅是指集体经济组织经营、管理的财产或者土地，农民集体经济组织代表农民集体行使农村集体土地所有权，而不真正享受所有权。所以，“农村土地所有权的主体是农民集体，而不是农村集体经济组织”。其他作者的文章中也有表达与笔者相同观点的。[19]

5.农村集体土地使用权的流转

16 李昌麒、应飞虎：“论经济法的独立性——基于对市场失灵最佳克服的视角”，载《山西大学学报》（哲学社会科学版）2001 年第 3 期。

17 王卫国：《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 99 页。

18 江平主编：《中国土地立法研究》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 253 页。

19 柯西：《农村集体土地所有权主体的法律经济分析》，载《湖北经济学院学报》2012 年第 1 期。

土地使用权有广义和狭义之分，广义的使用权包括对土地的担保物权和土地的用益物权，而狭义的土地使用权仅指土地承包经营权。笔者本文所指系广义的土地使用权。根据《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）第三十一条规定“国家保护耕地，严格控制耕地转化为非耕地”一条中可以看出，对于农村集体土地中的耕地用地，国家进行严格控制，不得随意将耕地转化为非耕地。同时，《中共中央关于推进农村改革发展的若干重大问题的决定》（一下简称《决定》）中强调“坚持最严格的耕地保护制度，层层落实责任，坚决守住十八亿亩耕地红线。划定永久基本农田，建立保护补偿机制，确保基本农田总量不减少、用途不改变、质量有提高。”由此可以看出，对于农村集体土地中的耕地和基本农田，原则上禁止进行使用权的流转，以确保农民最基本的权益。

与此同时，根据《土地管理法》第 22 条的规定，“城市建设用地规模应当符合国家规定的标准，充分利用现有建设用地，不占或者尽量少占农用地。” 第 63 条规定，“农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设；但是，符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业，因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外”。这表明：第一，农民集体所有的土地使用在一般情况下不得出让、转让、或者出租用于非农建设；第二，因兴办乡镇企业、乡镇公共设施和公益事业建设及村民建设住宅的需要，而使用农民集体土地，且符合土地利用总体规划的，可以取得农民集体土地用于非农建设。

综上，在建设规模符合国家条件、充分利用现有建设用地的情况下，可以占少许的农用地，即农村集体土地使用权在满足上述条件的情况可以进行流转。所以，并不是所有的农村土地都是完全不可流转的，应当具体问题具体分析，应当让可以流转的那部分土地，在市场机制的调整之下，实现其最大价值。因为市场机制的灵魂在于它的“效率”价值功能，“效率”又通过正当的市场自由流转得以实现。[20]

但对于乌坎村中那 3200 亩土地来说，难道会全是笔者所说的、符合上述要件的情况么？即便其中有部分属于上述情况，但村委会或是乡（镇）政府在不告知村民的情况下陆续出卖 3200 亩土地的做法令笔者不敢苟同，同时也使笔者不由自主地往暗箱操作、“权力出租”等方面去想。

从法学角度看，农村集体经济组织与乡（镇）政府之间的关系是法人和国家基层政权的关系。21 在土地利用方面和管理方面，这种关系则表现为它们分别拥有的代表行使土地所有权和行政权力的关系。因集体土地所有权与行政权力之间缺乏有效的相互制衡的机制，导致土地利益关系含糊不清，造成冲突。一方面基层政权往往打着“为了公共利益需要”的旗号，违法滥用行政权力侵害集体土地所有权；另一方面，农村集体经济组织为追求自身利益的最大化目标，往往会扩张土地所有权的权能，如违法改变为非农用途、出售集体土地等现象。个别地方还违背农户意愿，以行政方式强制推行土地使用权流转，甚至随意改变土地的农业用途。

然而在市场上，即便想通过正常、合法的土地使用权流转也会因为各种原因导致或多或少的瑕疵。一如缺乏完善的农地价格体系。我国农地价格体系不完善是由以下几个方面的因素造成的。一是使用权缺乏历史价格。二是土地流转的区域性差别大。土地独特的地理性质决定了其不同的

20 刘俊：《土地权利沉思录》，法律出版社 2009 年版，第 161 页。
21 吴鹏飞：《完善我国农地使用权流转制度的思考》，载《农村经济》2003 年第 18 期。

流转速度，比如靠近城市的土地与地处偏远山区的土地相比，当然靠近城市的土地更具有优越性，其流转周期也会相对短些。再比如同一个地方的土地，土壤肥沃与土壤贫瘠的土地相比，当然土壤贫瘠的土地更少人问津，所以这在一定程度上也会造成了土地价格体系的不完善。

（二）土地流转的完善措施

纵观历史长河中的每次巨变，农民们最强烈的愿望就是获得土地及其收益。不仅存在一个人对多块土地期待利益的情况，还存在多数人对同一块土地期待利益的情况。[22] 英国学者约翰•洛克有句名言：“没有个人物权的地方，就没有公正”，法国大思想家孟德斯鸠也曾经说过:“在民法的慈母般的眼里，每一个个人就是整个国家。”[23] 由此可以看出，在民法世界里，个人利益显得尤为重要。事实上，村民并不太关心土地使用权如何运作或如何流转，村民最关心的是在土地上如何实现自己利益的合法最大化和损失的最小化。实际上，像乌坎村那样的情况，村民可以有许多可以解决的方法。

一是规范农村土地征用制度。在乌坎事件中，集中突出的一个矛盾就是政府的征收问题。要缓解征地的矛盾冲突，最重要的就是严格界定公益性和经营性建设用地，逐步缩小征地范围。征收最常打的一个旗号就是“公共利益”。正如“正义有着一张普罗透斯似的脸”24 一样，公共利益也有着一张普罗透斯似的脸。自古以来，尽管对公共利益的论述可以追溯到柏拉图、亚里士多德、霍布斯等人的著作中，但是公共利益始终争议性地并存在于政治、哲学、经济及法律等领域中。在这些领域，由于公共利益的抽象性导致的界定公共利益的困境似乎从未被克服过。所以在因公共利益而征收是往往会发生大量纠纷。从世界范围来看，国外土地立法中关于“公共利益”的规定大致有三种：一是一般概括性规定，以发挥法律的伸缩性，如《德国民法典》；二是列举性规定，以保持法律的规制性，如《日本土地征收法》；三是兼采概括和列举两种方式。鉴于公共利益是一个无法定义的概念，笔者认为我们完全有可能对“公共利益”的内涵和外延作一界定和描述。方法如下：首先给“公共利益”下一个简要的定义，如公共利益是涉及国家安全和广大社会公共福祉的利益；其次，对公共利益做详细的列举，如水利、能源、交通、供电、供气、供水等公共事业项目，国防事业建设项目，教育、文化、卫生、文物古迹、风景名胜区的保护社会公益事业项目，各级国家机关建设用地等；再次，设立一个概括性的兜底条款，以应付无法列举或者难以列举的其他属于“公共利益”范畴的事项；最后，再设一个排除条款，明确排除哪些事项不属于“公共利益”，如政府为招商引资建设的娱乐场所等等。所以，对于我国政府在出于公共利益征收时，应当只允许政府在符合清单中所列举的目的进行土地征用，将土地征用严格限定在公共目的上。[25]

二是加大土地流转问题的督查力度，把土地流转纳入领导干部政绩考核体系，规范政府行为，依法查处以各种名义改变农地用途或违背农民意愿强制流转的行为，实行“问责制”强化耕地保

22 [英] Diane Chapplle： 《Land Law》 ，法律出版社 2003 年（第五版），第 4 页 “This question deals with all the people who may be affected by the existence of a particular interest in the land, and you may be surprised to realize just how many people may care about the same piece of land!”
23 参见：[法]孟德斯鸠 《论法的精神》（下卷第 26 章）商务印书馆，第 519 页。
24 [美] E•博登海默:《法理学 法律哲学与法律方法》，邓郑来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 261 页。
25 黄花:《农村土地制度改革：基于完善农村社会保障的视角》，载《延边大学学报》（社会科学版）2010 年第 5 期。

护。[26] 政府要切实加强领导，加强党在农村政策的学习和宣传教育，正确引导和规范农村土地流转工作，农业行政主管部门要切实转变职能，加强对土地流转工作的指导、协调、管理和信息服务，建立土地流转合同的订立、鉴证、归档、兑现、调处和仲裁机制。

三是建立和完善农地使用权价格体系。要使农地使用权顺利进行，对流转中的土地进行科学计量、计价是必不可少的。首先，科学测算农地基准地价。基准地价是地价体系的核心，测算基准地价就是算出评估地区农地的平均地价。其测算可以通过对区段地价的综合分析和考察，并运用专家咨询的方法，来界定体现基准地价水平的各种自然、社会经济条件指标特征值的值域，并确定不同因素对个别价格的影响的修正标准，这样为个别农地评估提供明确依据。其次，要确定农地的差价体系。农地的差价由区划和等级两个因素决定。27 农地价格的区划就是从宏观上评估土地在全国或全省范围内处于一个什么地价水平。可以把 20 世纪 80 年代初在全国进行的农、林、牧、渔等专项区划作为参考依据。农地价格的等级就是从微观上得出评估土地的相对等级，可以把 1989 年国土局颁布的 《农用土地分等定级规程》作为农地流转中土地等级的参考依据。

四是通过建立合理的民主制度，来从政治角度维护村民的利益。通过经济制度来达到维护村民利益效果是手段之一，我们在想到经济制度的同时，应该也要想到利用政治手段——民主制度来维护利益。笔者下文试从民主角度来进一步分析如何通过民主制度来维护利益。

公民在保护自己的私有财产的过程中，他们认识到了权利对于他们的重要意义——正如耶林所说:“为了权利而斗争是一种权利人对自己的义务”。[28]

只有当村民的经济利益、物质权利因不合理的政治制度而受到侵犯时，人们才会想起提出自己的政治诉求。抽象的、不与具体的经济利益相联系的政治目标，比如民主、自由、人权，很少能够直接产生广泛的社会动员力量。脱离经济目标的政治目标在今天中国没有广泛的社会动员力量。经济诉求成为了真正的第一诉求，而政治诉求则是附带诉求。

二、民主进程及我国基层民主自治探讨

在乌坎村全村推选出来的 13 位代表与陆丰市和东海镇多次沟通并向政府提出 3 项诉求中，就有一项政治诉求——查清村委换届选举情况和要求进行民主选举。

（一）民主

1.民主历程

民主是在漫长的人类历史过程中形成的一种文明成果，是人类普遍追求的一种价值观念，是现代文明国家的显著标志，也是世界各国人民的普遍追求。对于世界来说，民主是全人类谋求和平、安宁、文明和幸福。对于个人来说，民主是公民政治权利能够合法申张。民主是一种激动人心的政治理想，同时也是一种令人神往的政治形式。从西方民主发展来看，从公元前5世纪雅典的公民大会，到中世纪的意大利城市国家，再到18世纪启蒙时代的法兰西第一共和国，尔后再到19世纪代议制政府时期的欧洲和美国，直到20世纪和21世纪初的自由民主时代。从中国的来看，

26 魏如清:《论我国农村集体土地使用权的流转》，载《现代商业》2008 年第 3 期。
27 吴鹏飞:《完善我国农地使用权流转制度的思考》，载《经济工作导刊》2003 年第 18 期。
28［德］鲁道夫•冯•耶林:《为权利而斗争》，中国法制出版社 2004 年版，第 23 页。

中国民主建设从封建王朝“民为贵、君为轻”的民主思想萌芽，到近代民主革命先驱孙中山企图建立资产阶级民主政权宣告破灭；从建国初期民主法制建设取得初步成效，到文革时民主建设遭到极大破坏，走了一条十分艰难曲折的道路，直到十一届三中全会民主建设才步入正轨。民主一直是人类政治发展中不断追求的理想目标。完全可以说，人类的政治生活的任何进步都是与民主联系在一起的，一部人类社会政治发展史其实也是一部人类不断争取民主的历史。29

如阿列克谢•德•托克维尔在1833年所预言的那样，“不可阻挡的革命波及一国又一国”，当今时代的思想家们为“民主的时代”欢呼不已。弗朗西斯•福山在《历史的终结》一书中宣称，我们已经到达了“意识形态演化的终点，普适性的西方民主成为了人类政府的最后形式”。30 然而，民主道路是崎岖的，总会碰到或这或那的事情。经过改革开放30多年的发展，中国民主建设已取得巨大成就，但也面临处在十字路口的胶着状态。中国发展民主政治的重点或突破口就在于努力探索基层民主渐进改革之路。31 在基层，我国民主建设的一大重要成就就是基层群众自治制度。

正如人们经常所说的，“民主依赖妥协”。[32] 基层群众自治制度就是基层群众相互妥协来达成治理效果的结果。基层群众自治制度是指城乡居民选举产生居民委员会和村民委员会，自我管理、自我教育、自我服务，实行居（村）民自治，直接行使民主权利，依法办理自己的事情的基层民主制度。1982 年通过的现行宪法 111 条规定：“城市和农村居民居住地设立的居民委员会或者村民委员会是基层群众性自治组织”，“居民委员会、村民委员会设人民调解、治安保卫、公共卫生等委员会，办理本居住地区的公共事务和公益事业，调解民间纠纷，协助维护社会治安，并且向人民政府反映群众的意见、要求和提出建议”。居民委员会和村民委员会是居（村）民自治的执行机构和工作机构。

农村村民自治作为基层民主自治的一种形态，已经深入人心了。村民自治是广大农民伴随着农村家庭承包制而兴起。最早发生在1980年2月,广西宜山县合寨大队的6个生产小队的85户农民创立了我国第一个村民基层群众性自治组织——广西宜州市屏南乡果作村民委员会。1987年,全国人大常委会通过《中华人民共和国村民委员会组织法(试行)》；1998年,修订通过该法并去掉“试行”而全面实施,至今已有20多年。全国现有60多万个村委会中的绝大多数进行了6至7次的换届选举,250多万个村干部由村民直接选举产生。村民自治最突出的进展是实行“海选”,即村主任等完全由村民提名和选举产生。美国总统克林顿1998年5月访问西安时,也在演讲中将中国农村的村民自治称为“自由的微风”。[33]

2.“为民做主”还是“由民做主”？

村民委员会由主任、副主任和委员共 3 至 7 人组成。村民委员会中，妇女应当由适当的名额。村民委员会主任、副主任和委员，由村民直接选举产生，任何组织或者个人不得指定、委派或者撤换村民委员会成员。村民委员会每届任期 3 年，届满应当及时举行换届选举。村民委员会成员

29 陈刚:《公共行政与代议民主——西方公共行政的历史演变及其启迪》，中国社会科学出版社 2010 年版，总序。
30 [美]塞拉•本哈比 主编:《民主与差异：挑战政治的边界》，黄相怀 严海兵等 译,中央编译出版社,2004 年第 1 版 ，（导论：民主的时代和差异的问题）。
31 朱松利:《中国民主建设的出路：以基层民主为突破口》，载《西安社会科学》2010 年第 4 期。
32 [美] 罗伯特•达尔:《民主理论的前言（扩充版）》，顾昕译，东方出版社 2009 年版，第 1 页。
33 朱松利:《中国民主建设的出路：以基层民主为突破口》，载《西安社会科学》2010 年第 4 期。

可以连选连任。34 而在乌坎事件中，根据村民的反映，村里已经连续好多年没有进行换届选举了，都是直接指定或内定，所谓的基层民主自治中的选举早已不复存在了。罢免指定的村委干部，要求进行真正意义上的民主选举，在当下推进法治社会和公民权益归位的实践中，无可置辩具有突出的象征意义和标本价值，有利于激发公民的政治参与热情。35 同时，乌坎村村民要求的村务公开和财务公开也都是有理有据的。根据村民委员会组织法第 22 条规定：“村民委员会实行村务公开制”，“村民委员会应当及时公布事项，其中涉及财务的事项至少每 6 个月公布一次，接受村民的监督”“村民委员会不及时公布应当公布的事项或者公布的事项不真实的，村民有权向乡政府或者县级政府及其主管部门反映”。

（二）公民意识的觉醒

从驱赶村干部到事实上的罢免村干部，从建立“乌坎代表临时理事会”到要求进行真正的民主选举，体现出来的是乌坎村村民从村民意识向公民意识的转变，从无权利意识到公民权利意识产生的转变。公民意识是建设社会主义法治国家的必要条件,它不仅是民主制度建立的思想基础和心理基础,而且是法治国家制度建立和维护的根本保证。公民权利意识就是公民对于其所享有的权利义务的认知、理解及态度,是公民对实现其权利的方式的选择，以及当其权利受到侵害时，以何种手段予以救济的一种心理反应。[36] 公民权利意识表现为公民对权利的认知、权利的理解和权利的行使三个方面。作为一般村民，在第一层面或许会有稍许了解，但在第二、第三层面，大多村民一个都不甚涉猎。在过去，不仅在乌坎村，在中国许多地方的农村，村民的公民意识和公民的权利意识普遍都没有觉醒。公民意识的觉醒受到传统思想、教育问题等方面的影响。[37] 另外，乌坎村事件中还集中突出了一个现象，即信访不信法——“青天情结”的存在。“青天情结”的形成源于民众对个别所谓的“理性的、神断的审判者、裁决者”的盲目夸大和崇拜。虽说“青天情结”的内在本质是民众对正义的渴求[38]，但“青天情结”和当代社会所要构建的法治是不相适应的甚至是格格不入的。[39] 要想真正唤醒村民抑或“公民”（实际上，我们所称的“公民”也不一定有公民意识）的公民意识，必须突破不正确的传统思想观念的束缚，在思想上进入一个新领域。

三、辅车相依般的经济利益与政治诉求

经济利益与政治诉求对于每个公民来说，是永远无法分割的整体。如一矛盾体，二者相互促进又相互制约，相互独立又相互渗透。

（一）经济利益对政治诉求

如果个人的经济利益得不到保证，生活水平太低,物质基础薄弱,那么，人们的时间和精力都

34 杨海坤 上官丕亮 陆永胜 著：《宪法基本理论》，中国民主法制出版社 2007 年版，第 334 页。
35 丁爱萍：《选民罢免代表折射民主进步和公民意思的觉醒》，载《楚天主人》2007 年第 7 期。
36 郝敏晓：《论公民权利意识的觉醒及其立法回应》，载《武汉冶金管理干部学院学报》2009 年第 4 期。
37 王献忠：《公民意识的觉醒——中国通往民主宪政的必由之路》，载《辽宁行政学院学报》 2006 年第 9 期。
38 姜良纲（国家信访局研究室）：《“青天情结”背后的话语结构》，载《中国司法》2010 年第 10 期 。
39 程计山：《“青天”情结与司法理性》，《中国审判》2006 年第 10 期。

用在解决必需的生活资料问题上,很少或无暇去考虑和参与政治活动,或者是追求什么遥远的政治利益。这正所谓“仓凛实”方能“知礼节”。一般来说,人们在利益驱动下,才积极参与政治活动。而人们最迫切追求的,肯定是与其切身利益最紧密相关的东西。马克思从未讳言人们对自身利益的追求,认为“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关”40。因此,从根本上说,政治诉求的内在基础和动力也是利益,而且其中最主要的是经济利益,这是驱动公民参与政治的最根本因素。为了追求、维护自己的切身利益,公民自然要以实际行动参与民主选举,希望去影响、推动公共政策的制定。近年出版的不少关于村民自治“田野调查”的著述,列举的大量个案显示,村民对选举的态度、对候选人的选择、对选举过程是否公正及其结果如何的认可程度,都受其自身利益制约,如果与其利益没有直接联系,村民对干部选举就不会关心41。由此可见,对个人利益认同、维护和追求是民主得以内生和发展的基础。只要基层民主制度与个人利益直接相关,农民就有参与乡村政治的内趋力;经济利益与民主实践之间的关联越紧,民主政治在民众中生根成长的可能性就越大,就越具有坚实的生命力。

个人的经济利益关乎个人的生计,而群体的经济利益则关乎民生。如果说,连个人的生计、民生问题都解决不好,那还有什么资本来谈实现和保障公民的政治权利呢?

经济利益的实现有利于培养公众的民主意识和民主价值观念的传播。政治诉求的实现是需要国家绝大多数的公民积极参与的,参与的前提是公民拥有较强的民主意识。通过教育促使公民民主意识的形成、提高,这是最为有效的途径。但只有经济利益充足的情况下,教育的普及才具有了现实的可能性。

经济利益的实现,有助于社会更加一致和稳固,有助于民主化建设的稳定。中国正处于经济发展的高速时期,在当今社会转型的大背景下,社会阶层的有序流动和中间阶层的扩大巩固对于我国民主化建设具有更为深远的意义,也会发挥更为巨大的促进作用。42 当每个人的经济利益实现时,就不会想到要发动一次政变或者革命,这样保障的不仅仅是个人的政治利益,同时也是保障绝大多数人的政治利益。

(二)政治诉求对经济利益

正如民主政治是市场经济的必然结果与保障机制43,政治诉求也是经济利益的结果和保障机制。没有政治诉求的支持,业已形成的利益结构和财富就不能得到根本保障。

政治诉求的实现有助于对公民知情权的落实。知情权又称知悉权,是指公民依法所享有的、要求对方向自己公开一定情报的权利和在合法范围内获取各类信息的自由。公民知情权具有重要作用,通过行使知情权,公民可以了解自身的处境,参与国家事务的管理,合法地维护自身经济利益。

政治诉求的实现能产生民主法治,民主法治能够建立一个良好的社会秩序,而良好的社会秩

40 马克思 恩格斯:《马克思恩格斯全集》(第 1 卷),人民出版社 1956 年版,第 82 页。
41 如范瑜、贺雪峰主编:《村民自治的村庄基础—来自全国十个省市的村民自治调查报告》西北大学出版社 2002 年版,第 236 页;胡荣:《理性选择与制度实施—中国农村村民委员会选举的个案研究》,上海远东出版社 2001 年版,第 60 页,“弃权者”部分。
42 胡华巍:《把握社会转型背景 推进民主化进程——浅析社会转型期经济发展和民主化建设的关系》,载《学理论》2010 年第 1 期。
43 杨光斌:《民主政治是市场经济的保障机制》,载《人们论坛》2007 年第 Z1 期。

序对于经济利益的实现又具有极其重要的作用。各类经济活动的一个共同特点就是在现实的社会中进行着时间上的连续和空间上的广阔运作。为了保护这些庞大的经济整体的平稳运行，就必须要求且只能要求一个安全的社会环境，即建造一个安定、健康、良好的秩序，并加以维护。我们知道,政治诉求是经济利益的根本保障任何社会阶层,如果没有政治权利的保障,其经济利益就不会安全。从实践情况看,农村民主政治建设的确为经济发展提供了相对稳定的社会环境与政治环境,所以,经济发展与村民自治的深入开展是有内在联系的，它是村民自治的一项重要内容,是检验、考核村民自治状况的实践标准,也是村民自治的终极目的。[44]

政治诉求的实现能够建立合理的利益分配制度，合理的利益分配制度能够平衡不同主体的经济利益。优胜劣汰是经济活动的一个显著特点。随着市场的快速运作，各经济主体在受到各种主、客观条件的影响下，经济状况将发生明显的变化，各主体的经济实力不可能平衡发展。不平衡的积聚将导致经济的正常运行受到破坏，为了铲除或压制经济活动自身的消极影响，构建的制度就可运用其强制手段“劫富济贫”、帮助弱者、制约强者，以达到平衡各主体实力，确保经济活动的各方面因素顺利运行的目的。[45]

总之，经济利益实现的过程中推动着民主法治的发展，而政治诉求又在实现经济利益的过程中闪耀着光辉。二者相互依赖、相互连结，缺一不可。

结语

经济利益和政治诉求就像是作战盟友，只有政治诉求得到充分发展，民生才能得到更大的改善。民生愈加改善，公民才会愈加重视保护自己的经济利益。公民对自己的经济利益得到保障后，进而定会关心其政治利益生活中的地方公共事务。46 在改革开放以来，无论是经济发展方面还是政治维权方面，我国均取得了巨大的进步，但是由于制度上的缺陷以及基层经济意识的缺失也导致了众多类似乌坎事件中地方政府及相关部门滥用职权的例子。但是随着时间的推移，群众维权已经逐步从“漠不关心”的状态，发展为积极寻求救济的模式，这是值得欣慰的。但是就在我们为公民民主维权意识萌生而庆幸时，似乎我们更应该去思考为什么基层需要维权，基层问题的根基何在？笔者在上文中对于土地问题及基层民主自治进行了详细分析，笔者注意到我国土地问题上的种种缺陷，并提出了一些解决措施，此外笔者从民主选举中分析了公民意识的逐步觉醒。或许乌坎事件只是众多维权事件中的一个，随着时间的流逝我们也会淡忘此次维权事件的重大意义，但是笔者坚信经济利益与政治诉求在现代社会中如车之双轮，并驾齐驱，两者共同作战，才能最终会取得基层乃至全国法治化建设的硕果。

44 薛钰：《试论中国农村经济改革与政治民主建设的互动关系》，载《中共党史研究》2004 年第 1 期。
45 张立人：《浅析民主法治与经济的辩证关系》，载《法制与社会》2009 年第 17 期。
46 郝敏晓：《论公民权利意识的觉醒及其立法回应》，载《武汉冶金管理干部学院学报》2009 年第 4 期。

The alliance between economic interests and political appeals ——focusing on the "Wu Kan event"

Abstract：Political appeals and the economy needs have the immanent connection. Gross-root's rights movement is the result of the economy loss. Proceed from China's state reality, the serious land problem and the deficiency in land system lead to the birth of democratic civil rights movement. Land is the root of all the problems. The law regulations on land use control, subject of rights， the transfer of the right to use is the key to solve the land problems. Democracy gradually shows its importance in rights movements. The process of democratic election and the gradual reinforcement of public awareness are very necessary to meet common people's needs in economy. Thus, when it comes to the maintenance of common people's rights, we should attach importance to economic profits first, then we can further the steps of democracy with the pattern of political relief.

Key words：Economic interests Land ownership The transfer of land use right The grass-roots democratic autonomy Democratic election

集体土地所有权的主体虚位与制度重构

2010 级 苏峰

摘 要：自改革开放以来，我国在宪法的框架下相继颁布多部法律法规以明确土地所有权主体问题，但现实中因土地问题而引发的社会矛盾却愈演愈烈，那么究竟是什么原因导致了我国土地纠纷问题陷入深谷？在目前还缺乏宪法文化的中国将如何切实保障农民的土地之权利？本文将围绕我国农村土地所有权主体制度进行探究并试图寻求土地权利回归的合理制度构建。

关键词：集体土地 所有权主体 主体虚位 土地确权 私权回归 股份合作制法人

前言

农民与土地的关系、土地所有权与土地所有制的命题是一个历史性的命题，一直存在于人类社会发展的历史进程中。自二十世纪八十年代起，随着我国经济体制改革、政治体制改革的推进，社会发展进入重大转型时期，所隐藏的社会矛盾也日益积累并逐渐激化。其中，土地问题成为激化社会矛盾的主要问题。农村集体土地所有权的模糊性成为引发农民与政府对抗事件的导火索。

一、土地问题隐含的中国社会矛盾

2011 年，在中央农村工作会议上，国务院总理温家宝指出：推进集体土地征收制度改革，关键在于保障农民的土地财产权，分配好土地非农化和城镇化产生的增值收益。中国经济发展水平有了很大提高，不能再靠牺牲农民土地财产权利来降低工业化城镇化成本，有必要、也有条件大幅度提高农民在土地增值收益中的分配比例。47 改革开放至今，中国近乎复制了“亚洲四小龙”的经济发展模式。第一次的飞跃发展，得益于“出口驱动”战略的推行，利用廉价劳力，生产加工出口产品。成千上万的农民放弃耕种来到东部沿海地区，促成了中国“世界工厂”的形成。近年来，得益于“城市化”战略的推进，中国正在经历着第二次经济的突破性发展。现今，房地产已经成为中国经济的新生驱动力。“土地财政”解决了地方政府财源不足的问题，城镇化建设稳步推进，城镇人口已经超过了农村人口。但毋庸置疑，其代价也非常高昂，其中付出最大的是农民：他们失去了原属于他们的土地。在中国改革开放的 30 年中，每一次社会经济的飞跃发展都是建立在对农民切身利益的牺牲的基础之上，可以说中国在过去的 30 年中是踩着农民的肩膀走向所谓的世界大国之列的,而 30 年中所压抑的社会矛盾也逐渐开始激化。正如广东省委副书记朱明国所说：“群众已经被激怒起来了，你才知道什么叫力量。”[48]

[47] 《中央农村工作会议：城镇化不能再靠牺牲农民土地财产权利》，载《东方早报》2011 年 12 月 18 日刊。
[48] 辛闻：《朱明国谈乌坎》，中国警察网，网页地址：

二、集体土地问题的个案分析——乌坎事件

（一）事件简介

2011 年，发生在广东省汕尾市所属陆丰市的一宗群众运动即乌坎事件。由于土地被村委会成员私下变卖问题，村民代表过去两年数十次之上访仍丝毫没有解决之下，村民与地方（汕尾市与其下之陆丰市）政府发生矛盾，在 2011 年 9 月 21 日东海街道乌坎村有三四千人聚集在陆丰市政府大楼与派出所，不久获政府答复，可问题没有实质解决。乌坎村之后再爆发多次示威，警民发生激烈打斗，之后村民自发组织“乌坎村村民临时代表理事会”，在 12 月 9 日起村民每天在村内村委会附近的仙翁戏台前集会示威，并在游行通往陆丰市政府大楼前与警方爆发冲突，此后开始警民对峙局面。[49]

（二）乌坎，中国新型社会矛盾的折射点

就乌坎事件本身而言，其是由于村委会私下变卖集体土地而导致的土地纠纷并引发的社会群体性事件。乌坎原村委会的调查结果显示，原村委会存在大量的对于农村集体土地征收、转让、买卖并从中获取暴利的非法违规行为。近年来，村民委员会在当地居民不知情的情况下陆续转让 3,200 亩农用土地给单位或个人用于非农建设，涉及非法转让、买卖集体土地等重大事项，卖地款项达七亿多元人民币，而补助款每户只有 550 元.50乌坎事件本身虽然是一个性质情节都较为简单的事件，但从此事件中所折射出的中国社会转型时期所面临的巨大的挑战却不容忽视。掌握公权力的政府官员私自变卖集体土地、牟取私人暴利吃下的定心丸究竟是什么？是立法的漏洞，还是基层管理体制的混乱？

2012 年，广东省陆丰市乌坎事件发生之后，在全国两会召开期间，广东省省长朱小丹将乌坎事件的主要原因归咎于基层社会管理机制不健全。其表示，“乌坎问题在相当程度上出自基层社会管理的问题，而乌坎也恐怕不止一个。如果这方面的改革不是动真格的，不是到位的，可能又会冒出新问题，恐怕还会出事。解决之道，重在落实基层村委会的选举和群众监督。”51 从基层社会管理体制的角度考虑，依法落实好村民自治是保障村民各项政治经济权利的重要制度基础。但就乌坎事件本身因土地违法征收、转让、买卖、补偿不合理等问题而引发的群体性事件来看，仅以改革基层社会管理机制，落实村民自治、保障选举权利可能也只是解燃眉之急而非长远之计。

回顾整个乌坎事件及近年来我国频发的类似的农村土地纠纷事件可以发现，其直接原因在于农民集体土地被非法征收、转让、买卖且农民未得到合理补偿，由此而产生的土地利益冲突。政府利用对土地使用权交易市场的垄断，将农民集体土地非法转让并牟取重利，以致在很多地方政府财政是否充裕，完全依赖于此。如此之大的利益导致了各方均摊利益的必然性，官员、商人无

---

http://www.cpd.com.cn/n907228/n10258265/c10335664/content.html 访问时间：2012 年 4 月 3 日。

[49] 参见维基网页： http://zh.wikipedia.org/zh/%E7%83%8F%E5%9D%8E%E4%BA%8B%E4%BB%B6，访问时间：2012 年 4 月 5 日。

[50] 参见维基网页： http://zh.wikipedia.org/zh/%E7%83%8F%E5%9D%8E%E4%BA%8B%E4%BB%B6，访问时间：2012 年 4 月 5 日。

[51] 《朱小丹：改革不动真格，“乌坎”还会出现》，载《羊城晚报》2012 年 3 月 9 日刊，A4 版。

不觊觎之。因此我们不妨将乌坎事件纳入中国社会转型时期的新型社会矛盾体系中，此类社会矛盾的关键不在于农村基层社会管理机制是否完善，而在于如何解决农村集体土地受益的利益冲突。那么又是什么导致了此种土地受益的冲突呢？我国宪法及相关法律法规对于农村集体土地所有权的归属问题究竟作了怎样的规定呢？

三、集体土地所有权主体的法律规制

事实上我国在1982年《宪法》中就正式确立了集体土地所有权制度。如1982年《宪法》第十条对城市及农村集体土地所有权主体做出以下规定：城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。农村集体土地归集体所有，即“集体”正式成为农村土地所有权的主体。由此确立了农村集体土地归“集体”所有的宪法框架。

在我国的下位法的范畴中同样对农村集体土地所有权做出了规定,如我国1986年颁布的《民法通则》第七十四条的规定：劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有，包括法律规定为集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等。《民法通则》通过反向的立法模式对集体土地所有权的归属作出了与1982年《宪法》基本精神相同的法律规定，农村集体土地所有权主体仍然定位在“集体”。并且《民法通则》是我国第一部调整民事法律关系的基本法律，所以其也是第一部从私法角度对我国农村集体土地所有权主体做出明确规范的法律。

于1998年修订后的《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）的第八条对土地所有权主体做出的规定如下：城市市区的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于农民集体所有；宅基地和自留地、自留山，属于农民集体所有。可以看出《土地管理法》的基本立法意思与1982年《宪法》的立法原意相似，在之后颁布的《中华人民共和国农业法》以及国务院发布的《确定土地所有权和使用权的若干规定》等行政性质的法律法规中都对农村集体土地所有权主体做出了本质上相同的规定，即农村集体土地归集体所有。

2007年颁布的《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）对我国的所有权制度做出了较为系统的规定，其中也对农村土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权作出了具体明确的法律规制，但无论是附于土地上的何种权利，其权利行使的主体都定位在“农村集体”之上。由此可见，在我国过去近30年的立法历程中，“集体”对于农村土地的所有权主体地位并未动摇。所以在农村土地集体所有的体制下，“集体”对于农村土地享有当然的所有权。从制度的设计上看，集体所有似乎可以理解为作为组成集体的每一个个体成员都享有对于土地的使用与收益的权利，并且根据法律规定“集体”只享有对农村土地的经营管理权，那是什么原因导致基层村委会可以置人民权益于不顾堂而皇之地非法转卖集体土地？

四、权利主体虚位使土地问题走入怪圈

现实中农民面临的问题是集体中的个体如何去主张自己对于集体所有土地的受益权？土地所有权主体为“集体”，因此每一个独立的个体虽然形式上享有对土地的使用与受益权的份额，

但却无资格以个体的名义主张其权利，这就类似于国家权力让渡理论一样，国家主权在于全体人民，但为了更好的管理国家事务，国家中的每一个个体将其享有的权力的一部分让渡给一个特定的组织即政府进而代表人民行使权力。而当每一个个体将其对于土地的所有权的部分让渡给集体时，作为权利的代行机关便事实上获得了对于集体土地的所有权，并将其转化为一种“为所欲为”的权利，从而导致农村集体土地所有权现状：人人都有，人人却都没有。[52]

作为基层自治的权力代行机关---村委会便实际上掌握了对集体土地所有权，其将集体所有的土地转让出去，造成大量农民失去土地。农民到法院寻求救济，法院拒绝受理，因为土地不是农民直接的个人财产，其所有权主体是农民集体，农民只能以集体的名义向法院起诉，而其所谓的集体名义即村委会，村委会才是事实上的有格起诉主体。可是正是村委会在转让土地并侵害农民利益，村委会怎么可能自己起诉自己呢？这就使农村土地纠纷问题进入了一个“怪圈”：农民在法理上是土地的所有者，虽然是以“集体所有”的形式并非直接所有，但每个农民都享有一定的土地所有权的份额，可是当农民的土地权益受到侵害时，却无法得到公力救济，找不到任何法律救济的途径，仅仅因为农民不是土地的直接所有者，起诉救济的主体不适格。那么对于城市和农村土地所有权制度区分立法还有什么意义，其立法目的又如何彰显，难道是为了给基层自治组织变卖集体土地提供一条捷径和法律依据？那此种立法岂不是贻笑大方。土地集体所有实际上造成了农村集体土地所有权主体的虚位，而土地所有权的“主体虚位”也成为我国农村集体土地利益纠纷的症结。

那么“集体”究竟是一个什么样的主体概念？附着于“集体”主体之上的权利的性质又是什么？

（一）“集体”概念的法理分析

在我国的法律体系中，“集体”并不是一个准确意义上的法律概念，而多将其归于社会学的范畴之内，是一种具有相对性质的概念，所指之意是执行有益的社会职能的高度发展的相对于个体而言的群体模式。而立法者将“集体”这个概念与“土地所有权”相结合并且由此构建出我国农村集体土地所有权制度，说明“集体”已经成为一种“准法律概念”，但由于其概念的模糊性导致了“集体”内涵的不确定性。现今，在我国农村现实的社会生活中，或许集体也仅仅是停留在模糊的概念层面。

自 20 世纪 70 年代末 80 年代初我国农村实施“家庭联产承包责任制”以后，农村集体土地的所有权与经营权分离开来，而“集体所有、分户经营”的理念也对农民产生了潜移默化的影响，此种理念所导致的农村个体对于集体观念的淡化，而个人中心主义及个体的生产积极性却得到彰显与提升。从表面上看这种发展趋势是与保障农民土地经营权，落实农民的民主权利相契合的，但事实上其产生的后果是农民个体对于“集体”概念的过分忽视，而依隐藏在“集体”之后的土地所有权主体也同时被人们所忽略，加之农民自身的土地权利意识未得到提升，集体土地所有权主体的虚化程度进一步加深。

[52] 笔者认为，在宪法及法律法规的文本中，从形式上看农村集体土地归集体所有，而所谓集体就是由众多的农民个体所组成，那么就可以推定土地的集体所有即组成集体的每一个人都享有对土地的所有权份额，但事实上作为一个独立的个体其根本无法单独地对集体土地主张权利。

但法律却是一种权利的法，法律概念最终归于法律权利主体，即法律其本质上是一种权利主体的法，[53] 由于“集体”概念的自身模糊性和之后人们对其无意识地淡化，导致人们对附着于“集体”权利主体之上的“土地所有权”的关注度近乎于零。同时，集体土地所有权的行使主体成为一种没有委托的代理人，在此种情形下，对于集体土地所有权的行使主体在法律上难以进行合理规范，在实践中也无法进行有效的监督，导致“所谓集体土地所有，实际上成了乡村干部的小团体所有，有的甚至成为个别乡村干部个人所有”54 而个体自身的土地权利意识也逐渐缩减，对于土地所有权的定性更是处于混乱之中。其最终导致的是集体的土地利益与处于集体中的个体的土地利益的双重损失。那么集体土地所有权的性质究竟是什么？能否从权利性质切入尝试寻求一种解决问题的办法？

（二）农村集体土地所有权的定性

权利与主体是不可分割的，且权利是依附主体而存在的，在集体土地所有权的法律主体存在模糊性的情况下，究竟如何对集体土地所有权做出准确的定位呢？在我国的立法过程中并没有对集体土地所有权的性质做出明确的解释，因此也给了学理探究很大的空间，关于对集体土地所有权的定性理论界主要有以下观点：

1.共同共有说肖方杨先生认为：集体土地所有权是一定范围内的农民共同共有的所有权，“农民集体”不是一个简单的抽象概念，而是一种能够按章程或者规则行使其自身权利的组织形式。集体中的每个个体不能以个人身份享有和行使集体所有权，对集体土地和其他财产亦不享有分割的权利。[55]

2.总有说

总有说渊源于日耳曼法，日耳曼部落的成员在不失去所谓“个性地位”的情况下，作为一个整体的形式而组合起来，构成一个“共同体”，即所谓“实在的共同人”，但实际上这并不是近代意义上的所有权概念，与近代的按份共有和共同共有也存在差异，其主体不是共同体成员，而是共同体本身，该观点认为我国村单位或是村民小组并没有取得法人资格，其地位相当于“实在共同人”，故集体土地所有权是一种不折不扣的总有。[56]

3.特殊的共同共有说

王利明先生认为：集体与成员是不可分割的，集体所有不是全民所有，而应当是小范围的公有，即由成员共同享有所有权，但财产又不可实际分割为每个成员所有，也不得将财产由成员个人转让。可见集体所有事一种特殊的共有，即应当由集体成员共同享有所有权。从性质上说，集体所有权为成员共同所有，又不同于一般的共同共有，可以说是一种特殊的共同共有。[57]

4.集体经济组织的单独所有说

该学说认为：作为集体土地所有权的主体，集体经济组织可以是法人组织，也可以不是法人组织，但其享有一个完整的所有权。该所有权有时候完全由主体即集体行使，即便有时候由个体

---

[53] 参见龙卫球：《法律主体预定理论之实证分析》，载中国公共政策研究网，网页地址：http://www.crcpp.org/cpipphtml/longweiqiu/2008-7/11/200807111258.html，访问时间：2012 年 4 月 3 日。

[54] 王卫国著：《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 99 页。

[55] 参见肖方杨：《集体土地所有权的缺陷及完善对策》，载《中外法学》1999 年第 4 期。

[56] 参见温世杨、廖焕国著：《物权法总论》，人民法院出版社 2005 年版，第 368 页。

[57] 参见王利明著：《物权法研究》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 304 页。

行使也是在集体的意思表示之下代为行使的。具体到农村集体土地所有权的范畴中，就是由现有村单位或村民小组范围内的农民个体组成经济合作性组织，行使对集体土地的所有权。[58]

上述各种学说虽然形式表述上各有不同，但其存在一个共同之处就是对于集体土地所有权的概述都是从集体与个体的土地权利分配的角度出发的，基于一种较为理性的法律思维，试图理清集体与个体的权利义务关系并在其中间寻求一个恰当的平衡点，以达到双方权利正确配置的目的。

笔者认为，在我国社会主义公有制的前提下，无论是全民所有制或是劳动群众集体所有制，其土地所有权的归属在本质上的权利主体是相同的即人民。类比宪法“主权在民”的原则，国家或是集体对土地的所有权事实上是来源于组成这个国家或集体的每个个体的权利让渡，国家或是集体在获得个体的权利让渡之后可以在一定范围内行使此权利，但此种权利并不是无限制的，个体在让与其权利的同时也同样赋予了集体以保障个体权利的义务。只有当这种双向的权利义务关系处于合理的维度内，那么其所反映的社会关系才能处于正常的运行状态。而在我国的现实状况是国家或是集体将个体让渡的权利过度地扩张并刻意地缩减其本身所应当履行的义务，导致“公”对“私”的过度压制，而使本来稳定的社会关系失去了其平衡的基础。我国《宪法》第十条之所以对城市土地和农村土地、城郊土地做出区分立法，其主要目的不是要刻意地强调两者所有权主体的差异，而在于保障农民的土地经营权，维护基层民主法治，激发基层劳动人民的劳动积极性。

五、我国土地所有权制度的历史考察

中国自古以来就是一个农业主导型的国家，农业生产总值及从事农业的人口数量在中国社会中都是不容忽视的，农民与土地的关系问题也是历史性的主流问题。如何处理好农民与土地的关系不仅关系到国家经济发展甚至关系到国家存亡，因此为历代执政者所重视。

在奴隶社会时期，中国土地所有制是奴隶主所有制，土地占有者拥有土地使用权，奴隶主对其土地可以自由地行使买卖、出租、抵押、赠送、自行经营等权利。概括地说就是一种有限主体范围内的土地私有制。

封建社会的土地所有制一般是建立在封建自然经济基础上，其有三种主要的存在形态即国家土地所有制、地主土地所有制和农民土地所有制。这个从春秋战国时期开始形成的土地所有制形态在中国一直持续存在了两千多年。地主、富农实际上掌握着对土地的主导权，普通农民只能够通过交租纳税的方式获得事实意义上的土地“使用权”，而此种所有制形态更是演变成了地主、富农兼并农民土地的一种手段。

1927 年至 1937 年期间，中国共产党领导的土地革命运动之后，推翻了中国持续两千多年的封建土地制度，变封建半封建的土地所有制为农民的土地所有制，并在社会主义制度确立后于 1988 年 4 月 12 日，在第七届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》中明确规定：“任何组织和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。”1998 年《宪法》更进一步确立了农村土地集体所有制。

[58] 参见马俊驹、宋刚：《合作制与集体所有权》，载《法学研究》2001 年第 6 期。

上述土地所有制的历史表明，从古至今，我国土地所有制经历了一段从以土地私有制为主导到土地公有制的转变过程。在此种转变的过程中，土地所有权主体的“公”的理念被不断强化扩张，相反“私”的因素遭受了严重的压制缩减。在这个转变中，理论上应该被强化的集体权利主体理念却因为个体的权利遭到挤压而被不断虚化。而就我国现行立法而言，我们根本无法回避集体土地所有权在法律上有名无实的状况。权利主体虚位，是集体土地所有权弱化的原因与表现。这也是其权利渊源的虚化的必然结果。那么通过对集体土地所有权的解析我们又如何给予土地所有权主体虚化以合理而现实的挽救措施呢？如何寻求在土地上的“私权回归”和“土地确权”的途径？

六、集体土地所有权的主体制度改造

援引李宜琛先生的话：现代民法为权利本位的法律，一切私法关系，皆为就权利关系而为规定，即如前述。故为私法关系之中心者，即为权利关系之中心，自不待言。权利必有所附丽，始能存在，是以权利关系之中心，即为所谓权利之主体。[59] 即在民法中权利关系的核心为权利主体。当土地所有权制度的公法性质与土地所有权的私法性质相交叉时，我国理论界很多学者试图从土地所有权主体出发，在我国《宪法》第十条为农村土地所有权归属所构建的框架之下，通过对权利主体外在形态的改变来调整土地所有权制度中不同主体之间的权利分配，以达到平衡两者的权利义务关系（私权回归）、弥补土地权利主体虚位，进而解决我国土地纠纷问题根源的目的。而此种尝试可以说是在私法层面寻求对公法的“救济”。[60]

目前，我国学者对土地所有权主体制度改造的主要学术观点有农村社区法人制、农业合作社法人制、股份合作社法人制和自治法人制。虽然不同学者持有不同的学说，但他们为什么同时选择了对农民“集体”的“法人制”改造？

（一）集体土地所有权主体法人制改造的必要性分析

在目前我国《宪法》对城市土地和农村土地所有权做出的区分立法的框架下，在社会主义公有制的体制中，集体土地所有权不可能被改造为农民私人土地所有权，也不能被改造为国家土地所有权，而非法人团体自身又不能成为土地所有权的主体，那么，就我国法律所确认的民事主体形式来看，唯一的选择就是将农民集体改造为法人，使集体土地所有权变为一种法人所有权的单独所有权形态。再者，我国目前农村集体土地问题的根源是由于土地所有权主体的模糊性而导致组成集体的个体对于其土地所有权份额的弱化。所以，现实的制度设计主要是为了明确农村集体土地所有权的归属，让原本属于农民的土地权利回归农民。而集体土地所有权的法人制改造对于明确土地所有权归属，保障农民土地之权利是一种较为现实而合理的选择。农民集体的法人制改造赋予所有权主体以民事法律上的主体地位，消除“集体”在法律概念上的模糊性，达到了相关利益主体之间的权力、责任和利益的相互制衡，实现了效率和公平的合理统一，也使得集体土地

[59] 李宜琛著：《民法总则》，中国方正出版社 2004 版，第 46 页。

[60] 笔者认为我国《土地管理法》及国务院针对农村集体土地所有权归属问题颁布的相关规章条例都是建立在《宪法》我国农村集体土地所有权主体构建的框架之下的，那么从公法层面很难突破宪法的框架而达到一个土地确权的目的，那么学者就试图从民法的角度对土地所有权主体寻求一种变革措施以弥补制度上的疏漏。

所有权存在一个正当的法律依附主体。

（二）农村集体土地所有权主体法人制改造的可行性分析

1.公有制下法人独立财产所有权的突破

但有些学者提出在我国实行公有制的前提下，不仅仅是农民个人不能拥有土地的所有权，也间接决定了将农民集体改造为法人后，法人仍然无法独立的享有集体土地的所有权。土地所有权主体的法人制改造必须首先突破公有制的框架才能寻求进一步发展的空间，但这在目前的中国显然是不可行的。如果此种观点成立的话，就直接在理论层面完全否定了农村集体的法人制改造的可行性。那么此种论断是否真正成立？

判断此种论断能否成立的关键在于，社会主义生产资料公有制与法人享有生产资料所有权之间是否存在矛盾？

虽然我国实行的是社会主义公有制，但在我国的公司分类中存在一种特殊的公司形态即国有独资公司，按照我国《公司法》的规定，国有独资公司的生产资料归全民所有，即生产资料公有制。但国有独资公司事实上是一个企业法人，同样拥有其独立的法人资格，拥有独立的法人财产权，而法人财产权的从本质上说归属于所有权。这就说明，社会主义生产资料公有制并不必然的排斥法人的独立财产所有权，也就是说农村集体土地所有权主体的法人制改造与社会主义公有制并不冲突，这也为集体土地所有权主体的法人制改造提供了可行性的佐证。

2.“集体”概念的公、私性质选择

在传统的思维理念中，土地集体所有与个人所有是绝对分裂的，这是由于我国政治形态所形成的“公”与“私”的绝对对立。土地私有化被扣上了资产阶级自由化的“罪名”，而我国宪法与其他相关法律法规亦以“集体”这个似乎区别于“私有”的概念确立了农村土地所有权的归属。农村土地“集体”所有一方面规避了土地私有化的衍生，另一方面也满足了统治者对于维护社会性质稳定性的要求。但反观之，“集体”是一个绝对意义上的独具“公”的性质的概念吗？

现实中，集体是一个由个体组成的较小范围的群体，其本质上是由单个的个体构成的，更直观地说，集体与个体的差异主要体现在构成成分数量上。从“土地私有”到“土地集体所有”是一种由量变到质变的过程，也就是说由单个个体的私有到多个个体的共有的过程是一个质变的过程。而此种“质变”是建立在“集体”与“公有制”相连通的基础之上的，也就是建立在传统观念和法律法规所预设的思维模式之上的。那么如果打破此种观念，“集体”在其构成要素的数量变化之后其所蕴含的意义是否也发生了质的变化而完全摆脱了“私”的性质呢？笔者认为这不是一个必然的结果，“集体”仍然具有其最初的“私”的性质。那么对集体土地所有权主体的法人制改造就只是将“集体”原本就具有的私的属性挖掘出来，而并不是违背社会主义公有制的原则。

（三）集体土地所有权主体制度的改革实践

近年来，我国多地区对农村集体土地所有权制改革做出了大胆的尝试。2011 年，广东省佛山市南海区桂城街平东村实施的集体土地股份制改革，享有股东资格的农民每年都可以从集体土地的收益中获得分红。2002 年，苏州市以农村集体土地股份合作社的形式开始了集体土地制度的改革，自 2002 年 1 月苏州市建立首家土地股份合作社以来，目前全市共组建土地股份合作社 577

家，入社农户 28 万户，入股土地 69 万亩。61 2011 年 11 月，国土资源部副部长王世元表示，将鼓励有条件的地方进行农村土地股份制改革。[62]

各地区所尝试的集体土地股份制改革大多以经济组织的形式切入，赋予集体的每一个成员纳为经济组织的股东的权利，并通过集体土地的经营收益向每一个股东分红。采用我国《公司法》中与股份公司相类似的管理决策机制对有关集体土地的经营使用等事项进行管理，在最大限度上保障农民对于集体土地的受益权，并以集体法人的形式确立了农村集体土地所有权主体的法律主体地位。

在过去的 30 年中，对于农村集体土地所有权主体制度的改革，国内部分地区也尝试了通过各种不同的主体形式，来改变目前我国农村所面临的土地所有权主体虚位的现状，而各种尝试也多从改变集体土地所有权结构的方式切入。以下（表一）是对我国 1978 年以后各地所实施的所有权主体改革形式的调查图表：

1978 年以来农村土地经营管理之组合形式状况表（表一）[63] （单位：%）

1978 年以后，您所在的村集体（集体经济组织）的土地资产采用过下列哪几种组织形式进行经营管理？	
A．村民委员会或村民小组（含发包经营土地资产）	95.10
B．合作社	12.00
C．股份合作制企业	11.60
D．公司	14.80
E．其他	0.00

从（表一）可以看出，自 1978 年以来，我国农村对于集体土地的经营管理采用形式既有传统的村民委员会或村民小组、合作社，也有股份合作制企业、公司等较为创新的模式。由表中数据可以得出，30 年来我国农村土地经营管理模式仍然以村民委员会或村民小组为主导，但股份合作制企业及公司等形式所占的比例也不可忽视，如果将两者的比例相加即为 26.40%，在我国社会主义公有制的大环境下，此种对土地资产进行量化的模式能达到如此比例已经相当难得。加之近年来全国各地掀起的对农村集体土地所有制的股份制改革，笔者认为，类似于股份合作制及公司等对集体资产进行量化的改革方式，在未来我国农村的生存空间还是会很大的，因为其无论在实践还是在理论上都具有优越性与可行性。

那么，在众多的学者所构建的集体土地所有权主体改造的设计方案中，我们应该如何选择？而此种选择对于确立集体土地所有权主体，明确集体土地所有权归属的重要意义也是不言而喻的。

（四）集体土地所有权主体制度改造的选择

虽然在过去的三十年间，全国各地对农村集体土地所有权主体制度，做出了不同的改革尝试，

---

61 杨应奇：《苏州农村土地股份合作制改革调查》，载《中国国土资源报》2011 年 12 月 12 日刊。

62 李晶：《国土部:鼓励有条件地方进行农村土地股份制改革》，来源新华网，2011 年 12 月 20 日，网页地址：http://news.xinhuanet.com/politics/2011-11/20/c_111180416.htm，访问时间：2012 年 4 月 6 日。

63 资料来源：由陈小君教授指导的“我国农村集体经济有效实现的法律制度研究”课题组于 2010 年调查报告，转引自高飞著：《集体土地所有权主体制度研究》，法律出版社，2012 版，第 268 页。

但各种改革模式在实践中所发挥的效益与农民对其接受度到底怎样？相比现实的土地集体所有制又具有其自身的优越性吗？能否在理论与现实的制度构造之间寻求到一个契合点？以下援引一份数据调查表（表二）以作说明：

农户对集体土地经营管理之组织形式评价表（表二）[64] （单位：%）

就您所了解和认识，在下列几种经营管理集体土地资产的组织形式中，哪一张组织形式最好？	
A．村民委员会或村民小组（含发包经营土地资产）	58.00
B．合作社	12.80
C．股份合作制企业	20.00
D．公司	7.90
E．其他	1.39

与之前的（表一）总体相似，(表二)是对我国农村实施过的集体土地资产管理形式满意度的社会调查，而数据却发生了较大的变化。对于传统的村民委员会或村民小组的组织形式的满意度只有 58.00%，与其存在比例的 95.10%形成了鲜明的对比。而另一大变动即股份合作制企业的满意度数据比例的明显提高。这说明在现代市场经济体制下，传统的村民委员会的土地经营管理形式已经越来越不能满足农民的利益需求，而对农村集体土地资产进行量化管理的股份制企业正逐步走入制度设计者和农民的视野，那么此种对集体土地所有权主体的股份合作制法人的改造具有其合理性、可行性、优越性吗？在我国社会主义公有制的环境下，有其存在付诸实践的基础吗？笔者以下将对此问题进行具体说明。

1.股份合作制法人改造的历史基础

二十世纪五十年代的中国农村集体化运动，在使得农民丧失土地所有权人身份而获得集体成员身份时，却并没有赋予农民以任何的类似于“投资人”的法律地位，由此彻底切断了农民与其被集体化的私有土地之间的任何关系。[65]土地集体化运动经历了互助组、初级社和高级社三个主要的发展阶段，并最终演变成现今的农村土地集体所有制度。由于发展道路的偏差，农村土地制度并没有实现所预设的利益共享，风险共担，民主管理等目标，相反，集体化程度却不断加深并导致了今天集体土地所有权主体的虚化。但不管怎样，在制度设计起初是存在一定的合作制的色彩的，并且在初级社时期也曾付诸实践。所以说集体土地所有权主体的股份合作制改革在今天的尝试只是一种制度设计的回归或者是一种制度上的纠偏。

2.股份合作制法人改造的宪法基础

1982 年《宪法》第六条规定：“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。 社会主义公有制消灭人剥削人的制度，实行各尽所能，按劳分配的原则。”

“各尽所能，按劳分配”的原则在事实上排斥了“按资分配”的现实存在的可能，而“按资分配”却是股份合作制的必要条件。因此在 1982 以前，对农村土地所有权主体的股份合作法人

[64] 资料来源：由陈小君教授指导的“我国农村集体经济有效实现的法律制度研究”课题组于 2010 年调查报告，转引自高飞著：《集体土地所有权主体制度研究》，法律出版社，2012 版，第 269 页。

[65] 尹田：《物权主体论纲》，载《现代法学》2006 年第 2 期。

制的改革受制于宪法的总体框架而难以实施。

1997 年，“坚持以按劳分配为主，多种分配方式并存的制度”在中国共产党第十五次全国代表大会上被提出，1999 年《宪法修正案》第 14 条规定：将《宪法》第六条的部分修改为： “国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。”

“多种分配方式并存”在宪法的层面肯定了“按资分配”在我国社会中的存在形态，也为股份制法人的改造提供了宪法依据。据此，对农村集体土地所有权主体的股份制法人改造，使农民对其土地“按股分利，按股分权”取得了法律上的正当性与可实施性。

务实地说，土地私有化无论在理论上还是政治上都是一个敏感的问题，但是我们在社会主义公有制的前提下，通过对土地所有权主体形式的改造，已达到“土地确权”、“私权回归”的目的，而此种“私权”所指的是本属于农民的权利，是在“公”对“私”的掠夺中所灭失的权利。在此种探寻过程中，并通过以上的分析，集体土地所有权主体的股份制法人改造相对于其它改造形式拥有其独特的优越性，因此在未来的制度设计中应该会处于优势地位。

以往，制度的设计者往往从如何规制个体的行为，限制个体的权利的角度出发，而在此种理念左右下所制定的制度规范也常常是对人性的一种极大的压制，在这种长期的压制之后的人性的强大反弹又一次次冲破制度的牢网，其所招致的是更加严厉的新的制度约束。由此形成了一种维权抗争与打压抗争的恶性循环。我们要反思的是，如何去打破这个循环，寻求一种创新的社会管理模式，将保障个体权利和维护社会秩序纳入并行的双轨之上。一种依靠强制力和公民的畏惧的社会管理方式是不具有其合法性的，维护个体的尊严，满足个体的需求，强化法律权威性，保障弱势群体权利，尊重公民主体地位才是制度设计者应该且必须的立足点和出发点。至此，笔者心中一直存而未解的疑惑已经大体解开了，这个疑惑便是：“乌坎”是一个必然吗？结语

以上是笔者对我国农村具体土地所有权主体虚位问题的思考，并对如何解决权利主体虚位的问题作出的尝试性的探讨，之间援引了一些前辈、先生的理论观点和个人话语，学生在此表示感谢。限于能力有限，对于问题的个人探讨存在诸多的缺漏之处。一些个人观点可能也有待商榷。

土地对于中国的农民不仅存在着特殊的意义，而且还承担着农民生产生活和社会保障的双重职责，对于土地，农民不能丢，也丢不起。应该说“乌坎事件”并不是一个孤立的事件，它实质上归属于中国社会转型时期所滋生的新型社会矛盾的总的体系中。乌坎事件作为我国社会问题体系的一个组成部分，具有一定的代表性，在很大程度上标志着我国政府处理社会问题的新的模式的初步建立。

解决我国新生社会问题恐怕仅仅从制度的构建层面是远远不够的，在目前我国还缺乏宪法文化积淀的现实下，宪政何时实现仍然是个未知数，而且对于不断扩张的政府公权力的制约也仅仅停留在理论探讨层面。此时对公民权利意识的启蒙就显得相当重要，“不管是国民的权利，还是个人的权利，大凡一切权利的前提就在于时刻准备着去主张权利。”[66] 我们一直在刻意地区分权利意识与权利主体意识，而事实上两者在本质上具有共通性。当个体的权利意识真正觉醒的时候，整个社会的权利意识也会觉醒，那么一切对劳动者的蒙骗、压榨与掠夺的恶行都将失去其生存的基础。

[66] 【德】鲁道夫.冯.耶林：《为权利而斗争》，胡宝海译，转引自梁慧星主编：《民商法论丛》，法律出版社 1994 版，第 13 页。

经济发达地区垃圾分类回收立法问题研究

2010 级 徐继旺 邵晶 章彭

摘 要：随着我国城市化进程的加快，其发展背后衍生出的垃圾已经成为摆在我们几代人面前的问题。笔者以近年来出现的群体性事件为研究契机，在分析了经济发达地区垃圾分类回收现状及垃圾分类回收价值的基础上，对经济发达地区垃圾分类回收立法的可行性进行了论证，接着指出现行垃圾分类回收的不足。笔者在借鉴国外经验的基础上，结合我国实际情况，对经济发达地区的垃圾分类回收立法工作提出建议，以期对经济发达地区垃圾分类回收立法进程有所推动。

关键词：经济发达地区 垃圾分类回收 立法

一、研究缘起：近年来群体性事件提供讨论契机

近年来，多个经济发达地区城市居民以环境污染和健康侵害为由，发起群体性抗议活动。因垃圾场选址和处理方式等问题，群众与政府之间的争议不断升级蔓延。

2009 年 9 月，广州白云区李坑生活垃圾焚烧发电厂二期工程启动，引起周边群众不满，有的村民甚至进厂推倒机器，阻挠施工。2010 年 1 月以来，李坑发电厂附近居民已多次集体上访静坐抗议。从 1 月 19 日起，上千村民连续两天在发电厂附近静坐抗议，要求停建该项目，广州警方出动数百名警察维持秩序。6 天后，村民又集体前往广东省政府上访。[67]

二、现状透视：经济发达地区垃圾分类回收现状分析

根据社科院最新《蓝皮书》显示，2011 年中国历史上首次城市人口超过乡村人口。[68]我国作为商品生产大国的崛起加之快速的城市化建设进程，其发展背后衍生出的垃圾已经成为摆在我们几代人面前的问题。数据表明，目前中国有四分之一的城市已经无垃圾填埋堆放场，三分之一以上的城市深陷“垃圾围城”的困局，三分之二的城市处于垃圾包围之中。[69]

---

[67] 参见浙江在线：《垃圾处理面临体制困扰 政府部门职责无法执行》，http://china.zjol.com.cn/05china/system/2010/03/18/016433234.shtml ，2012 年 8 月 18 日访问。

[68] 参见中国网：《2012 年<社会蓝皮书>发布暨中国社会形势报告会》，http://www.china.com.cn/zhibo/2011-12/19/content_24150076.htm ,2012 年 8 月 18 日访问。

[69] 参见中华网：http://www.china.com.cn/news/txt/2010-12/10/content_21512906.htm，访问日期 2012 年 8 月 18 日。

(一）国内对有关问题的研究和实践正处于探索阶段

早在二十世纪九十年代我国就颁布了《固体废物污染环境防治法》和《城市生活垃圾管理办法》等与垃圾分类回收有关的法律法规。进入新世纪以来，随着科学发展观的提出，我国对于有关问题的研究和立法实践也逐步进入正轨。2003 年《中华人民共和国清洁生产促进法》开始实施，2004 年 10 月 29 日，十届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过了《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》修订草案，标志着我国开始了修订和出台与垃圾分类回收有关法律法规的新进程。而作为本世纪初国家首批试点城市北、上、广也在十年后相继出台了城市生活垃圾分类管理方面的政府规章。新的一年来，江苏省会南京也已试点垃圾分类近 2 个月。2000 年 6 月，建设部宣布北京、上海、南京、杭州、桂林、广州、深圳、厦门等 8 个城市为“生活垃圾分类收集试点城市”，各城市结合各自的特点和实际情况确定了各自分类收集的目标和实现形式。到目前为止，我国城市生活垃圾污染防治的相关立法有：1989 年颁布的《环境保护法》、2005 年颁布的《固体废物污染环境防治法》以及 2008 年颁布的《中华人民共和国循环经济促进法》。而在日常生活中更为常见的则是相关配套的法律法规，包括 1992 年颁布的《城市市容和环境卫生管理条例》、1993 年颁布的《城市生活垃圾管理办法》、2002 年颁布的《清洁生产促进法》、2007 年颁布的的《城市生活垃圾管理办法》等。

而伴随着越来越多的城市加入到探索队伍中来，诸如“垃圾混收”等显现出的问题和有关立法困境也逐渐摆在人们面前，尤其是经济发达地区。大部分地区对于垃圾回收利用基本上处于空白状态，涉及到生活垃圾管理的规定极少有关垃圾的分类回收，仅有的几条也只是鼓励性、倡导性的，仅仅停留在原则上而缺乏可操作性。此外，试点过程中垃圾分类回收的各参与方权利义务分配不明确，不仅不利于垃圾分类义务人履行分类的义务,而且导致对垃圾分类的违法行为无法给予有效的法律制裁,所以一个完整的生活垃圾分类回收法律体系亟待建立。

（二）国外对有关问题的实践已经抢先步入收获阶段

人们早在上世纪 70 年代就对可持续发展有了初步的认识，在发达国家垃圾分类已经成为公民生活的部分，而经过多年来的立法和政策扶持，也由此给当地经济带来了新的增长点。1972 年，德国第一个统一的《联邦清除垃圾法》问世。1984 年,美国国会针对《固体废物处置法》在实施过程中遇到的一系列问题，对该法的重新修订一直沿用至今。2000 年，日本政府在对《废弃物处理与清扫法》及《再生资源利用处理法》进行重新修订的基础上，制定出一批新的废弃物相关法律，这些法律既有各自的针对性，又相互关联，相互制约，构成了一个完整的固体废物环保法律体系。2010 年,台湾同胞也将资源回收作为参展上海世博会的主题之一，台北案例馆压轴展示了十年来“垃圾减量、回收、再利用”的实践，让人们看到了城市生活垃圾分类回收的美好前景和希望。城市让生活更美好，垃圾的分类回收大势所趋。

（三）经济发达地区政府正积极应对垃圾分类问题

近年来，经济发达地区垃圾分类的工作大踏步前进，特别是在生活垃圾处理设施建设的推进方面，措施采取得当，积极效应凸显。广州市于 2011 年 4 月 1 日正式实施《广州市城市生活垃

圾分类管理暂行规定》，使广州市生活垃圾分类步入了规范化、法制化的新阶段，迈出了破解“垃圾围城”困局的新步伐。有关数据显示，2012 年上半年，广州市生活垃圾填埋量为 1846080.66 吨，焚烧量为 188518.69 吨，填埋、焚烧量同比增长率为-2.3%，生化处理量 19048.37 吨，同比增长率为 235.04%，有害垃圾收集量 26.08 吨，同比增长率为 136.66%，粪便无害化处理 12.29 万吨，死禽畜卫生处理 1545.6 吨。另外，2012 年上半年开展生活垃圾分类的社区已有 423 个，分类单位 1775 个（其中分类党政机关 723 个），市场 394 个，学校 1049 个，总体成效明显。[70]上海新的垃圾分类方式把居民区垃圾分为：玻璃、有害垃圾、可回收物、其他垃圾四类，对应的垃圾桶颜色分别为绿色、红色、蓝色和黑色。[71]

著名的旅游城市、人文气息浓厚的古城苏州同样在积极应对垃圾分类问题。苏州市（七个区）生活垃圾产生量约为 83 万吨/年。其中市区和部分乡镇约 61 万吨，通过人工散装、机械化压缩、压缩车、车厢自卸车四种收运方式，运至七子山生活垃圾处理场进行填埋处理，其余实行就地填埋处理。尽管现在大部分用来焚烧发电，少部分填埋，但以此速度，到 2025 年苏州的垃圾填埋场就将饱和。根据设想，苏州的垃圾大分类将分为两步，第一步将通过三到五年的时间，实现社会生活垃圾的大分流，主要包括现有的餐厨垃圾、建筑垃圾的集中回收和再利用，同时实现农贸市场垃圾、绿化垃圾参与分类处理。而作为长期目标，当地环卫部门正计划联合环保等多部门，尝试起草对居民家中生活垃圾干湿分类的地方性法律。[72]

三、垃圾分类回收立法的价值

经济发达地区城市生活垃圾分类回收的立法是将科学的环境保护制度与法律构建紧密结合。科学的垃圾分类方法指导法律条文、制度规范的建立，完善的法律机制保证垃圾分类及时、有效的实现，两者在实现城市生活垃圾分类的过程中缺一不可、互与影响。因而针对垃圾分类回收立法的价值有以下体现：

（一）环境经济效益

美国经济学家鲍尔丁于 20 世纪 60 年代提出了“宇宙飞船理论”：他将地球比作一艘在宇宙中飞行的宇宙飞船，必须依靠自身有限的资源才能生存，如果对飞船的有限资源进行过度索取，就会加速飞船的灭亡；反之，如果对飞船资源加以循环利用，则会延长飞船的寿命，这就是循环经济思想的起源。[73]在鲍尔丁的理论中，对资源的有效以及循环的利用将延长整个“飞船”也就是地球的生存寿命，而人类在短时间内无法找到另一个可以替代地球作为生存空间的星球，保护地球母亲、循环资源利用事实上也就是对于人类以及其他共生种群的的延续做出的最好的努力。而垃圾作为放错了位置的资源，也是资源循环利用过程中的关键对象，对于垃圾的分类回收就是

---

[70] 参见：《生活垃圾填埋焚烧量十年首现负增长 》，载《南方日报》2012 年 8 月 28 日 GC04 版。
[71] 参见：《上海：四色垃圾桶为生活垃圾分类 》，载工标网，http://www.csres.com/info/35206.html ，2012 年 8 月 21 日访问。
[72] 参见：《苏州市生活垃圾处理现状、存在问题及建议》，载环卫技术网，http://www.cn-hw.net/html/32/200701/1184.html，2012 年 8 月 21 日访问。
[73] 林静，《论我国发展循环经济下的垃圾分类回收立法》，2005 年中国法学会环境资源法学研究会年会会议报告，2005 年 10 月 1 日，第 17 页。

对于资源的重新利用。

此外，如果要对进入垃圾箱之后的生活排泄物进行再利用，首要步骤就是对垃圾进行分类。显然，从本源出发，“谁生产、谁负责”，生产垃圾者负责垃圾分类，一方面简单易行，另一方面也将大大减少政府在寻求其他人力进行垃圾分类过程中的支出。例如在日本，公共场所（包括事务所）的垃圾桶全部都是分类的，自动售卖机旁边也会摆放着分类垃圾桶。公共场所的垃圾桶一般会分成可燃物、不可燃物、空瓶（罐）、纸杯等几类。在饮食店里还会设有一次性筷子、牙签的投放桶。另外，许多地方都会贴有“生活垃圾请自觉带回家”的提示。[74]而在分类之后各项物品的重新利用则均有迹可循，此处不加赘述。

（二）立法的社会效应

垃圾分类本身带来社会资源的重新利用，而对垃圾分类回收进行立法规制则在于对人类社会的具体行为进行标杆类的设定，通过法律法规将行为的正当性、行为对象以及行为责任加以确定。基于垃圾分类过程中的主体分类即政府、一般公民和企业，笔者从立法的社会效应方面论证垃圾分类立法的价值。

1．直接效应与间接效应：

（1）直接效应：垃圾分类过程中社会各主体的责任再分，提升社会环保机能。

基于《固体废物污染环境法》，完善配套法规，对产品的生产、消费、处理等各个阶段确定责任主体，对相应主体承担的责任以及履行的义务都有具体的规定，坚持“谁污染，谁负责 ”原则，以奖罚相合的模式强化整体社会在垃圾分类过程中的责任意识和参与意识，提升社会的环保机能。

（2）间接效应：垃圾分类立法形成潜在社会宣传力。

目前，我国生活垃圾处理的主体还是政府，是城市生活垃圾收集、运输、处理整个环节唯一的责任人，而这样的现状则给一般民众以误解和假象：城市生活垃圾处理是一项公益事业，是政府的责任。这样的结果会导致垃圾分类收集难以贯彻施行，垃圾资源化利用难以实现。而通过具体的责任法规将各参与主体的责任加以明确，即潜在地向全社会说明：垃圾分类是所有人的责任和义务。有利地推进了全社会对于环境保护事业观念的革新。

垃圾分类在日本已经不仅代表一种保护环境的行为，更是一个公民有责任感、爱护国家的体现。一位作者参加几个日本家庭聚在一起的野外烧烤活动。餐后，家庭主妇们一边分着小山一样的垃圾一边商量着垃圾都由谁带走，这是因为几个家庭各自住在不同的地区，第二天垃圾投放的种类不同，为了不让垃圾过分集中、腐烂变味，他们通常会选择在第一时间投放。[75]日本大型的新建社区会给准确投放垃圾的居民户一定金额的物质奖励，这些奖励并不丰盛，但在日本人眼中代表了自己良好的教养、对于社会秩序的遵循以及健康的生活卫生习惯。

---

[74] 陈爱民：《垃圾分类在日本》，载全国青联归国研修生联谊会协办《21 世纪》“采撷域外”专栏，2007 年 7 月第 41 页。

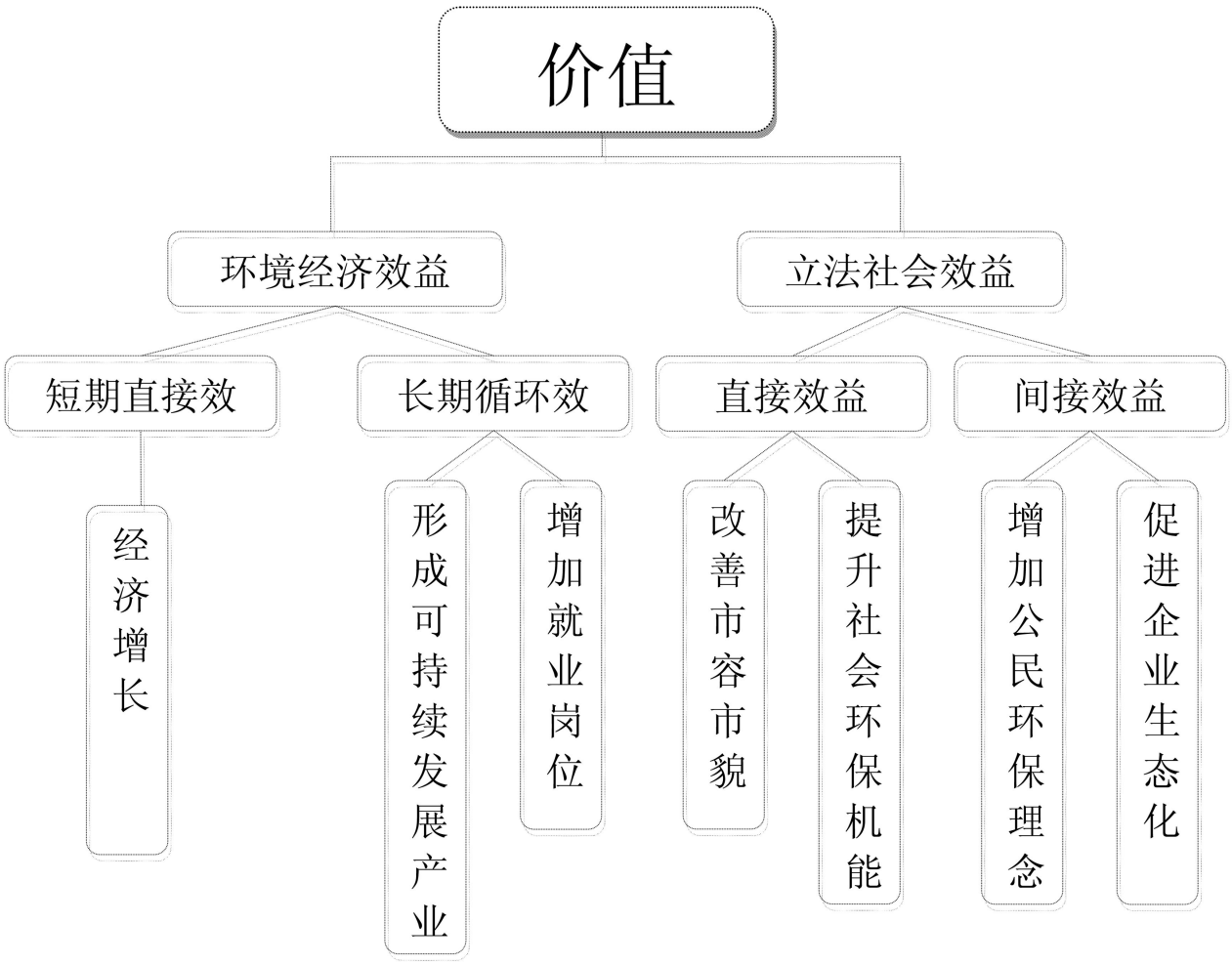
[75] 陈爱民：《垃圾分类在日本》，载全国青联归国研修生联谊会协办《21 世纪》“采撷域外”专栏，2007 年 7 月第 41 页。

2.短期效应和长期效应：

（1）短期效应：社会环境保护成本投入的显著增加，企业技术革新，民众观念磨合；

（2）长期效应：社会资源的重新配置，环境保护产业的不断发展，企业生态化生产，民众环境保护理念的加强。

基于以上分析，垃圾分类回收立法的价值可以用一图表简单表示：



四、经济发达地区垃圾分类回收立法的可行性

对于当前我国是否应该加强垃圾分类回收立法，一部分民众认为，我国目前的经济发展水平和技术水平都无法达到垃圾分类回收的要求，如果盲目的进行立法，只会增加政府的财政支出和企业的经济负担，也可能是对立法资源的一种浪费。[76]但笔者认为，法律的制定应当具有前瞻性和引导性，才能对社会生活起到正确的引导和推动作用，如果我们以条件达不到为借口而惰于去改变现有的落后的社会体制，那么我们即将面临的是更为严重的垃圾问题，甚至会遇到环境和资源的双重瓶颈，尤其是在人口和垃圾逐年增加的经济发达地区。因此，由于现实垃圾问题的严重

[76] 参见北京市人民政府法制办网站：《对“北京市生活垃圾管理条例（草案）”的意见》http://bjfzb.gov.cn/advice/user/suggestion-content.asp?UNID=28986&law_name=%B1%B1%BE%A9%CA%D0%C9%FA%BB%EE%C0%AC%BB%F8%B9%DC%C0%ED%CC%F5%C0%FD(%B2%DD%B0%B8)&law_style=1，访问时间 2012 年 8 月 7 日。

性，经济发达地区城市生活垃圾分类立法势在必行。

而经济发达地区垃圾分类立法是否具有可行性？笔者将从以下几个角度进行分析。

（一）社会现实：中国面临垃圾围城之困

随着城市化和经济的高速发展，中国城市垃圾问题已变得越来越突出。统计资料显示，全世界垃圾年均增长速度为8.42%，而中国垃圾增长率达到10%以上，后者已成为世界上垃圾包围城市最严重的国家之一。全世界每年产生4.9亿吨垃圾，而仅中国每年就产生近1.5亿吨城市垃圾。目前，全国城市生活垃圾累积堆存量已达70亿吨，占地约80多万亩，近年来又以平均每年4.8%的速度持续增长。全国600多座城市，除县城外，已有三分之二的大中城市陷入垃圾的包围之中，且有四分之一的城市已没有合适场所堆放垃圾。与此相对应的，是仅为50%左右的城市垃圾处理率。一些早早兴建的垃圾处理设施，在城市的快速膨胀中，也迅速陷入超负荷运转的窘境。

在上海，两座垃圾焚烧电厂规划之初周围都是农田，而高歌猛进的城市化不到十年内就把城区和居民住宅推到了它们的眼前。2008年，上海市市容管理局的数据显示，全市平均日产生活垃圾1.5万吨左右，其中有36.6%的垃圾因处置能力不足，只能简单填埋。2009年，全市共有220处简易堆放点，其中10亩以上的“垃圾山”就有9座。[77]在广州，广州市每天进行填埋和焚烧等终端处理的生活垃圾将近14000吨，其中中心城区的李坑焚烧发电厂日处理约1000吨,兴丰垃圾场日处理约8000吨，花都区狮岭垃圾场日处理约1000吨，番禺区火烧岗垃圾场日处理约2000吨，增城市填埋场日处理约1000吨，从化市填埋场日处理约1000吨。但是，由于种种原因，新处理设施的建设相对滞后，导致现有设施基本上是超负荷运作，造成处理能力和垃圾产量严重不匹配，生活垃圾处理形势严峻。[78]

所以，城市垃圾处理日益成为经济发达地区现代城市环境保护和经济发展中比不可少的组成部分，垃圾围城给经济发达地区的城市发展提出了思考。

（二）民众基础：民众推动垃圾分类立法工作

在笔者对苏州、南京等经济发达地区进行了一系列的调查后发现，民众对垃圾分类问题也开始逐渐重视，认为城市生活垃圾立法是解决“垃圾围城”的最好途径。

您认为有必要对城市垃圾分类进行立法工作吗？如果有，哪种类型的你能够接受？（n=50，苏州）

	还没必要	有，处罚性的	有，倡导性的	有，鼓励补贴性的
苏州	8% （4）	38% （19）	26% （13）	28% （14）
南京	10% （5）	34% （17）	30% （15）	26% （13）

从上述调查中我们可以发现，90%以上的民众支持生活垃圾分类的立法工作，甚至认为应该

77 参见央视网：《中国面临垃圾围城之困》，http://jingji.cntv.cn/20111014/104959.shtml ，2012年8月7日访问。

78 参见再生网：《广州市城市生活垃圾分类管理暂行规定》新闻发布会全文，http://www.zz91.com/cn/trade96575.html，2012年8月7日访问。

进行一些处罚措施来打击垃圾乱扔行为。所以，笔者认为，民众基础将是经济发达地区城市生活垃圾分类立法的重要推动力。

（三）立法环境：政府重视及环境法人才涌现

经济发达地区城市生活垃圾分类进行立法得到政府方面的支持。“十一五”规划中，我国明确指出要大力发展循环经济，而垃圾分类回收作为循环经济中一项重要内容，已经引起了我国政府的极大重视，温家宝总理在一个月内三次召见建设部部长讨论垃圾治理问题就是一个重要的体现。而与生活垃圾有关的各种法规的起草拟定，如已经列入国家经贸委立法计划的《再生资源回收管理条例》，也说明了垃圾分类回收立法已经引起了我国政府的重视。

环境法人才的不断涌现也为经济发达地区城市生活垃圾分类回收提供契机。随着近年来我国环境法学的迅速发展，国内已经涌现出一批专业的环境法人才，这为我国的垃圾分类回收立法提供了宝贵的人力资源。

由此可见，历史发展到当前阶段，“垃圾围城”的困境反映出经济发达地区城市生活垃圾立法工作亟需进行的现状；作为社会公民，伴随普通民众环保意识的提高，也逐渐认识到了垃圾分类立法的重要性；作为城市管理者，政府立法规制垃圾分类这一行为已日趋迫切。因此，经济发达地区已经初步具备了一个垃圾分类立法实施的软环境，正值一个循序渐进，等待时机成熟的过程。所以无论是民众对垃圾分类的接受程度还是政府手段的可应用性，经济发达地区城市生活垃圾分类回收的立法都具有极大的可行性。

五、现状透视：垃圾分类回收立法的不足

虽然目前我国现已有一部分环境保护领域的法律法规出台，但有关垃圾分类的法律法规仍然屈指可数，由于各个方面的因素，垃圾分类立法的进程中还不同程度地存在着各种各样的问题，这些问题使我们看到了经济发达地区城市生活垃圾分类立法的艰巨性、复杂性和长期性。

（一）纲领性法律缺位

我国现行城市生活垃圾分类立法体系中有四部基本法律：《中华人民共和国环境保护法》、《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》、《中华人民共和国清洁生产促进法》和《中华人民共和国循环经济促进法》。[79]作为最根本、也最早制定的《环境保护法》在地位、作用上本都处于纲领性地位，但随着社会的进步、垃圾分类水平的提高以及生活垃圾种类越来越复杂、处理难度越来越高，该法在环境保护领域的效用正在逐渐淡化。

另外，虽然《固体废物污染环境防治法》作为垃圾分类立法体系的基础一直起着积极的作用，但是随着近年来可持续发展理论、循环经济理论的出现，以往对污染的“末端治理”逐步向对固体废物的“源头控制”转移。[80]

[79] 余洁：《我国城市生活垃圾分类的法律规制研究》，2010 年西安建筑科技大学硕士学位论文，第 21 页。
[80] 余洁：《我国城市生活垃圾分类的法律规制研究》，2010 年西安建筑科技大学硕士学位论文，第 21 页。

（二）配套实践性法律缺漏

“法律必须以其实践为立法者之本能”，文艺复兴时期的法学家们将法律的实践效用推崇至高。同样，在我国现今的法学体系中，纲领性的法律在法律实务中很难运用。而在城市生活垃圾分类立法这一领域，法律法规的可操作性、可践行性更为重要。而我国现行的关于城市生活垃圾分类处理的法律法规偏重于垃圾的清扫、收集、运输、处置以及相关管理活动，涉及到垃圾分类的很少，仅有的几条规定也是鼓励性、倡导性的，仅仅停留在原则层面上而缺乏针对性、可操作性。[81]

以日本在垃圾分类的立法为例，如《特定家用电器再商品化法》、《食品再利用促进法》等，这些配套的法律法规均对不同领域、不同行业所产生的垃圾进行具体而细致的规定。他们如同城市生活垃圾分类立法体系这棵大树上的枝桠，吸收阳光、水分让这棵大树健康成长。而如此细致的立法，“因物制宜”，才能保障城市生活垃圾真正能够被充分地再利用。

（三）法律规定权利义务规制不明晰

现行立法中对城市生活垃圾回收中的参与方，即生产者、消费者、管理者在垃圾分类回收中的权利与义务配置不够合理，没有一套合理配置各参与方的权利与义务并且具有较好民意基础的利益分配方案。

在城市生活垃圾分类的过程中，民众、政府、企业之间的权利义务关系是最为关键的，也是立法所需要规制的重中之重。以德国为例，有关垃圾处理的行政管理组织机构分为 5 级，即社区、市、地区、州和联邦。其中联邦主要负责颁布法律，进行有关的国际合作和科研项目；州一级负责实施法律规定；地区负责审批具体的垃圾处理项目；市、县负责垃圾的收集、运输、处理以及处置的全过程；社区是垃圾收集的基本单元。[82]显然，在这样的管理体制中，责任层层分配，金字塔式的权利义务被划分到具体的单位或群体。

（四）缺乏强制性措施

虽然现在或多或少有一些垃圾分类的相关法律，但是大多法律规定都以鼓励性、倡导性规定为主，缺乏强制性的处罚措施，没有具体明确对未进行垃圾分类的企业和居民进行什么样的处罚，所以这些文件没有很强的约束性。

而日本是世界上垃圾分类回收做得最好的国家之一。日本的垃圾分类标准严格而细致，包括资源垃圾、可燃垃圾、不可燃垃圾、危险垃圾、塑料垃圾、金属垃圾和粗大垃圾等等。如果人们，不严格照规程分类操作、按规定时间扔到指定地点的话，将面临巨额的罚款。因此，我国经济发达地区要想走出垃圾困境，必须结合各地区的实际情况，对生活垃圾分类回收制度进行立法。

---

[81] 李洁：《循环经济视野下我国城市生活垃圾分类的法律思考》，2012 年第 2 期《安徽广播电视大学学报》第 32 页。

[82] 卢英芳：《瑞士、德国的垃圾管理》，载《城乡建设》2007 年 2 月，第 72 页。

六、国外经验：发达国家垃圾分类回收立法对中国的启示

（一）日本：多层次立法

在环境保护方面，2000 年，日本政府在对《废弃物处理与清扫法》及《再生资源利用处理法》进行重新修订的基础上，制定出一批新的废弃物相关法律，如《绿色购买法》,《推动建设循环型社会基本法》、《容器包装再循环法》、《家电再循环法》、《建筑工程材料再资源化法》、《食品循环资源再生利用促进法》及《国家等调配环境物品促进法》。这些法律既有各自的针对性，又相互关联，相互制约，构成了一个完整的固体废物环保法律体系。

而针对垃圾回收这一具体环节，日本制定了三个层次的法律来保障垃圾回收的实施。[83]这三个层次分别是：基本法《促进建立循环社会基本法》；综合法两部，《资源有效利用促进法》和《固定废弃物管理和公共清洁法》；特别法，根据产品性质制定的具体法律法规如《家用电器回收法》等。

这三层法律以基本法为纲领，综合法为过渡，特别法为实施依据和指导，真正做到了对于垃圾分类回收由点到线到面的立法指导以及规制。

（二）德国：高效用的体系性法律法规

1972 年，德国第一个统一的《联邦清除垃圾法》问世。1986 年，德国联邦发布了新的《避免垃圾与垃圾利用法》。该法与 1972 年的《联邦清除垃圾法》的最大区别是，把尽力避免和减少垃圾的产生以及垃圾的再利用放在优先考虑的地位。1993 年，德国政府又制定了逐渐使《垃圾法》与《循环经济法》并轨的法律规定。1996 年 10 月 6 日，《联邦循环经济法》正式生效。这标志着德国在环保促进经济发展方面又开始了一个新的阶段。

所以，德国制定了一系列的高效用的体系性法律法规来促进垃圾分类回收的实施，也起到了非常好的效果。

（三）澳大利亚：联邦与各州立法相结合的环境立法

澳大利亚除了联邦的统一环境立法外，各州都有自己的环境法律，并且环境法与刑法、国际法等相同，独立为一个法律部门。在环境法部门内，又分为垃圾管理、空气污染和保护、水源管理与供应等 15 个小部门。在垃圾管理法下，则涵盖 111 项联邦和州国会的立法，其中联邦 11 项，各州立法共计 100 项。[84]在联邦层面上，《1999 环境保护与生物多样性保护法》提出生态可持续发展原则。在各州层面，如昆士兰州《1994 环境保护法》主要围绕环境保护政策，维多利亚议会制定了《1970 环境保护法》，提出“经济、社会和环境统一考虑”的原则。

所以，澳大利亚的垃圾分类回收立法把联邦与各州立法相结合，联邦立法确立总层面的原则、精神和大政方针，各州内部再根据各自的自然状况、垃圾生产量等特殊情形为参考标准，自然而然，因地制宜，而两者结合之后，法律的职能和规制范围更加清晰明朗。

---

83 刘梅：《发达国家垃圾分类经验及其对中国的启示》，1994—2001《经济学》第 98 页。

84 彭德雷：《城市生活垃圾分类回收的法律规制——基于对澳大利亚城市的考察》，载《政法学刊》，2011 年 6 月，第 3 期。

七、经济发达地区垃圾分类回收立法构建

通过上述分析，可以看出，经济发达地区对于垃圾分类立法是既具有必要性也具有可行性的，但如何立法，怎样立法等问题仍需要商榷。笔者将从以下四个方面出发，以期对经济发达地区城市生活垃圾立法问题予以完善

（一）选择适合经济发达地区的立法模式

可以看到，国外已有多种不同模式的城市生活垃圾分类法律体系，各国都根据自身国情选择了相对更为有效的立法模式，如上文所提及的日本的多层次立法、德国的体系性立法等。而对于我国经济发达地区的城市生活垃圾分类，笔者认为也需要选择适合不同地区的垃圾分类立法模式：在地方层面，根据不同地区的地理环境、城市规划等地方特色内容制定本地方的垃圾分类立法；在国家层面，制定原则性、指导性的纲领性法律，确立多方位、可持续的活法。

在经济发达地区城市生活垃圾分类回收的立法中，必须以循环经济理念为立法指导思想。在循环经济中，废弃物的回收利用占据了重要地位，是构成循环经济的一个必不可少的重要环节。因此，必须以循环经济为立法指导思想，通过资源再利用、旧物品再利用、减少废物，实现资源型社会。借助于发达国家的经验，通过构建循环经济法律体系、完善循环经济的政策机制来推动经济发达地区城市生活垃圾的分类回收。

（二）设置一系列垃圾分类回收的基本制度

垃圾分类回收这一领域不仅仅需要用法律对参与主体进行规制，它同样需要一系列的基本制度与其配套实施。

1.监督管理机制

一个完善的制度应包括组织制度、管理制度、监督制度以及救济制度。一个有效运作的制度往往是一系列具有有机联系制度元素联接起来的闭合系统。垃圾分类回收的有效运行要取得良好的运作效果，除了要立法完善、执行缜密外，还必须有严格的监督制度。垃圾分类回收过程中出现众多问题，很重要的原因就是缺乏强有力的监督制度。

在《广州市城市生活垃圾分类管理暂行规定》中，第五条明确了各相关部门的具体职责。其中城市管理部门主管本市城市生活垃圾分类工作，负责本《规定》的组织实施。区、县级市城市管理部门负责本行政区域内的城市生活垃圾分类管理工作。街道办事处、镇人民政府依照职责分工具体负责本辖区内的城市生活垃圾分类管理工作。其他相关管理部门按照各自职责，协同实施本《规定》，以达到职责明确、属地管理、齐抓共管的目的。

然而，这一系列的工作由谁来监督，又如何启动监督程序，却没有任何规定。如果没有明确且有足够动机的启动监督程序的主体，再好的监督制度也只能是一句空话。[85]

因此，完善的垃圾分类回收监督机制对于提高垃圾分类效用来说是十分重要的。要完善垃圾分类监督机制，建立一套多种监督方式相结合的监督体系，以发挥最大的监督效能。

在全民参与到垃圾分类的过程中，原有的政府责任机构就不再作为微观主体直接参与到城市

[85] 季卫东：《法治程序的意义》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 56 页。

生活垃圾管理中，而是执行更为宏观的监督管理职能，也就是落实立法机关制定的各项法律法规，不能与发展循环经济、环境保护相矛盾。[86]

在维多利亚州的 Moreland 市，对于乱扔垃圾的处理程序是：首先查看扔垃圾并试图查明乱扔垃圾的行为人；移走垃圾；如果查明行为人是谁，则向其寄送一封通知函，告知其违反了《1970 年环境保护法》。[87]在英国，区政府组建了一支 20 人的垃圾搜索别动队，他们成天翻垃圾、吸霉味，邻里之间相互监督，向该小分队进行举报。[88]在新加坡，政府推行预防、实施和监视的管理三要素：充分的预防措施，在实施时严格控制，确保不会发生环境污染，同时对环保的质量进行严密监视，一旦发现问题，立即采取补救措施；运用现代科学技术加强研究工业和城市废物处理的新技术。[89]

笔者认为，政府在垃圾分类回收方面的责任管理应当基于目前政府机构内部的职能和机构设定，适当增加一部分的专门机构进行综合管理，然后将责任层层划分，最后落实到居民社区、居委会等基层群众自治组织。这种责任的微观化不仅有利于实践中的管理和调配，更减少了政府额外建设一批专门的卫生监督机构所需要的人力物力财力。

2.综合处理机制

改革我国现有的垃圾处理以及管理体制。在这个过程中，政府不再费心费力地购置机器、能源，编排人员，企业逐步地迈入垃圾综合处理的市场中。

综合处理机制中的企业分为两个部分：

一方面，作为生产者的企业要对自己生产的垃圾负责。为了充分体现“谁生产、谁负责”的原则，应建立一定的机制明确规定生产者应当承担的垃圾分类回收的工作及费用。[90]应当联络企业、发动企业的力量，如旧家电的回收要求制造和销售家电产品的企业协助。[91]

另一方面，环保企业通过市场参与对垃圾处理回收权限的竞争，即行政招标。在全球范围内，企业垃圾处理最为高效的应当是德国回收利用系统股份公司（DSD），它是由来自包装工业、消费品工业和商业的大约 95 家工商企业在德国工业联邦联合会和德国工商会的倡导下成立的。DSD 公司在全国范围和各个领域内承担了每一家企业的回收和利用的义务，使他们从自己回收再利用的义务中解脱出来。[92]我国完全可以效仿。

3.宣传教育机制

城市生活垃圾分类离不开公众的广泛参与，而鼓励公众广泛参与的一个途径就是增强政府宣传力度，建立长期灵活的宣传教育机制。

以澳大利亚垃圾分类回收的宣传机制为例，官方宣传手段方面，政府官方网站主页上的主要一栏，即是环境保护，里面详细载明垃圾分类回收的方法、回收的日历安排以及出发细则等信息。市政厅会通过手册、网站等形式提供垃圾回收的日期和地点，而一旦市民有任何疑惑，皆可以随

---

86 余洁：《我国城市生活垃圾分类的法律规制研究》，2010 年西安建筑科技大学硕士学位论文，第 32 页。
87 彭德雷：《城市生活垃圾分类回收的法律规制——基于对澳大利亚城市的考察》，2011 年 6 月《政法学刊》第 28 卷第 3 期，第 89 页。
88 柳枢：《在英国体验垃圾分类》，载《国际市场》，2011 年 9 月，第 57 页。
89 宋淑运：《新加坡依法管理环境》，载 1994—2010 年中国电子学术论文网
90 李洁：《循环经济视野下我国城市生活垃圾分类的法律》，2012 年第 2 期《安徽广播电视大学学报》，第 33 页。
91 西伟力：《日本垃圾分类及处理现状》，2007 年 4 月第 15 卷第 2 期《环境卫生工程》，第 28 页。
92 卢英芳：《瑞士、德国的垃圾管理》，2007 年 2 月《城乡建设》第 72 页。

时和市政厅取得联络。另一方面，针对不特定人群以及公共场所中，居民信箱中时常会收到关于垃圾回收的宣传小册，里面富有市政服务部门的联系方式。在各大公共场所，设有环境标语，如“我们并非是从祖先哪里继承了地球，而是借用了子孙的地球”等，通过谚语，通俗易懂地传达了“可持续发展”的内涵。[93]

从垃圾分类回收立法的期效来看，在我国建立此类宣传教育机制分为以下两个阶段。

（1）立法初期

a.普及垃圾分类的专门知识和分类方法

分类知识和分类方法的普及是垃圾分类在分类投放首要环节得以实现的先决条件。而在其中，对分类方法进行积极有效的宣传以解决公众存在的“想分类却不知道如何分类”的问题，让公众明确如何分类、分类的标准是什么、投放的注意事项等等。[94]

b.宣讲法律条文中权利义务配置一项

在垃圾分类立法内容中，权利义务配置一项是民众最为关心、也是最为关键的一部分，政府的处罚权限在何？民众在垃圾分类过程中扮演什么样的角色？只有对权利义务配置这一方面进行详细而全方位的解说，民众才能知晓，他们不仅仅是整个社会的责任人，同样也是清洁环境的共有者、权利人。

c.建立多种方式的宣传体系

借鉴澳大利亚的宣传模式，在立法工作初期，政府需要建立以官方宣传、民间普及以及公共传播的完善的宣传体系，一方面，政府需要官方明确垃圾分类在其社会管理工作中的地位，另一方面政府也需要以亲民的形象鼓励民众积极地参与到垃圾分类的过程中去，通常可以选择的方式例如拍摄公益广告、在公共场合设立宣传标语等，但在信息网络如此发达的今天，高科技传媒也应当在这样的公益事业中发挥其应有的作用。

(2)制度完善期

在法律制度渐益完善、人民逐步参与到垃圾分类的过程中，教育宣传的侧重点则转移到鼓励、支持，使奖惩分明，让“垃圾分类是我们的责任和应尽的义务”这样的观念深入人心。

（三）明晰各参与方权利义务配置

下文从城市生活垃圾分类回收过程中的各个角色出发，浅析多方间的权利义务配置及其合理性，基于国内已出台的各项法律法规，具体探讨在权利义务配置的过程中双方的利益交锋点。

1.作为管理者的政府。

一直以来，政府在城市生活垃圾处理的过程中都扮演着管理者和服务者的综合角色，一方面，政府需要对垃圾进行处理，另一方面也需要监督在垃圾处理过程中各个部门是否依法、合理行政。然而，在已出台的《北京市生活垃圾管理条例》中，公民和企业逐步参与到垃圾处理的过程中，“坚持政府主导、社会参与、全市统筹和属地负责，逐步建立和完善生活垃圾处理的社会服务体系”。[95]基于垃圾分类全民参与的情况，政府的目光更多地投射到了对于公民以及企业的指导、管

93 彭德雷：《城市生活垃圾分类回收的法律规制——基于对澳大利亚城市的考察》，2011 年 6 月《政法学刊》第 28 卷第 3 期，第 89 页。

94 余洁：《我国城市生活垃圾分类的法律规制研究》，2010 年西安建筑科技大学硕士学位论文，第 34 页。

95 参见《北京市生活垃圾管理条例》。

理、监督和责任追究之上。

但是如果政府仅仅是简单的指引或是采取鼓励性的措施，很难达到垃圾分类回收的效果。虽然在这个公权力扩张的时代，学者们都呼吁限制公权力。但是，被“垃圾围城”困扰多年的经济发达地区，要想根治垃圾问题，必须扩大政府在治理垃圾分类的过程中公权力。那么，政府公权力的范围怎么界分？

在《北京市生活垃圾管理条例》中，专门有“监督管理”以及“法律责任”两章节，可见立法者初衷在于赋予政府以监管权以及处罚权。同样在问卷之中，被调查市民最为关心的也是政府的处罚权限，那么，在公民对生活垃圾没有进行投放情形下国家是否具有行政处罚权？如果有，其权力限制在何？

首先，以目前已经出台的法律为例，《北京市生活垃圾管理条例》中第三十一条第四款中说明：“产生生活垃圾的单位和个人应当按照下列规定分类投放生活垃圾”，该条款的内容为指导性规定，然而条文中“应当”二字却表明了该指导性规定之后所蕴含的强制力，以及隐含在其中的违反该项规定的行为产生一定的法律责任。

可以看出，立法者在制定该项条款的时候为保证其被实施的效力及其公信力，特意用“应当”二字将政府的公权力投射在条文背后，而相应违反规范的行为则因此产生一定的法律责任和法律后果，公权力就成为了最合适的执法者。立法者的初衷不言自明，而法律条文就成为了政府执行处罚权的依据。

那么，此权力的限制在何？根据《北京生活垃圾管理条例》，政府的处罚权权利内容体现在第六章“法律责任”中，其中包括五十六条对于行政机关管理人员的行政处罚，五十七条中引用其他法律条款的同等责任判定，五十八至六十条中的警告以及罚款，六十一条至六十三条中的吊销证件等行政处罚措施以及六十七条中引用《中华人民共和国治安管理处罚法》对于法定情节的处罚措施。

而《广州市城市生活垃圾分类管理暂行规定》中明确规定，个人不按规定分类投放城市生活垃圾的，责令改正，拒不改正的，处以每次 50 元罚款；单位不按规定分类投放城市生活垃圾，处以每立方米 500 元罚款，不足 1 立方米的按 1 立方米计算。

笔者认为此规定有一定的威慑作用，并且公权力的范围界定清楚。此规定首先主要以宣传教育为主，若责令改正后拒不执行者，才处以相应罚款。既达到了宣传垃圾分类回收的目的，同时又对促进垃圾分类回收的实施起到促进作用，并且公权力的实施亦是合情合理。

2.垃圾生产者：民众与企业

综合整个城市生活垃圾分类流程中的所有因素，对于是否要在立法中体现强制性命令的回答，应当是无庸置疑的肯定。由于目前立法的社会基础单薄，比如民众环保意识不强、对相关制度不够了解等，“不能对公民形成威慑力的法律无异于一纸空文”，尤其是在文化影响根深蒂固的我国，这种插入式的文化观念要以法律的形式确定，除了教育这一手段外，有助于普通民众形成一定思考模式的措施则是相适应的刑罚和行政处罚，而与这样的措施相结合就必然是管理者纵观所立的强制性命令。

首先，在立法的过程当中，立法者不仅要考虑对于公民的指导和行为限制，同样要端齐对于公民合理排污权利的认可。事实上，作为社会生产链条的最后一步，整个社会一定的新陈代谢是合理及必须的。公民在交纳一定的垃圾处理费用后，是否可以在一定的限度内合理排污？答案同

样是显而易见的。

其次，作为生产者，企业特殊于一般民众，一方面，企业参与生产、加工、销售以及回收等多个生产环节，因而对生活垃圾的产出、分类产生很大影响；另一方面，基于企业在社会生活中参与的面更广，企业在城市生活垃圾分类的过程中延伸责任更大，政府对于企业排污的管制力度也更强，综上，解决环境问题的一大难题还在于社会中的大生产者、大利用者：企业。

尽管我国的法律法规中有生产者责任延伸制度条款，但规定不明确、缺少可操作性，对生产者约束甚微，从而形成厂商只管生产赚钱，不管产品销售带来的环境问题，违背了“谁污染，谁付费”的环境法原则。而目前对于企业责任的规制，德国的 DSD 二元回收模式已被多国效仿，其可操作性和有效性在实践中已经有了充分的证明，笔者认为该制度在中国具有可实施性，此处不加赘述。

（四）采用市场化的运作模式

可以借鉴美国一些城市的做法，在收取垃圾费用时，按照垃圾量的多少和是否主动进行垃圾分类有区别对待。对垃圾量较少、主动进行垃圾分类的居民收取较低的垃圾费用，相反，则收取较高的垃圾费用。通过经济利益直接调节公众的垃圾丢放行为，促进大家自觉进行垃圾分类。

经济发达地区城市生活垃圾处理产业的发展取决于多种因素，处理生活垃圾既要坚持“无害化、减量化、资源化”的原则，积极推进垃圾分类收集，鼓励废物回收和综合利用，又必须全盘考虑，将“产业链”作为一个整体来设计、规划和培育，使各环节都协调发展，实行产业化处理以提高回收利用率，只有这样，才能起到事半功倍的效果。

我国正致力于可持续发展战略，通过参与国际环境合作，引进先进技术，自主创新，同时，积极拓宽投融资渠道，改善投融资环境，鼓励和吸引社会资金、外资等多种资本投入垃圾处理设施的建设和运行，解决资金投入不足等问题，最终建立起一套垃圾处理运行机制，只有这样才能更好地推动我国城市垃圾处理产业化的快速发展。

随着我国经济的快速发展，需要改变过去的经济发展方式，才能求得经济发展的后劲，垃圾分类工作已迫在眉睫。一方面，我们需要看到国内对有关问题的研究和实践正处于探索阶段，经济发达地区政府也在积极应对垃圾分类问题。另一方面，我们更应看到，我国垃圾分类回收制度仍存在很多问题，尤其是配套实践性法律缺漏及法律规定权利义务规制不明晰。因此，我们需要在借鉴发达国家相关制度的同时，设置一系列有中国特色的经济发达地区垃圾分类回收的基本制度。

Abstract： Along with the acceleration of urbanization process, the garbage derived from its development are has become the problem which is settled before our a few generations. Based on recent group incidents, we try to seize it as a studying opportunity. The analysis of garbage recycling status and garbage recycling value happen to be around the developed area. We devoted our time to prove its feasibility of garbage recycling legislation, and then pointed out the deficiency of the current waste recycling. We called for the reference from foreign experience, combined with the actual situation in our country, and we put forward some suggestions according to the situation of developed areas in order to promote the processes of in economic developed regions.

Key words： developed areas; garbage recycling; law setting

伸冤何处

2011 级 盛伟荣

摘 要：乌坎事件，作为一起影响颇广的群众性事件，它其实反映的是村民的维权之路。他们相信高官效应，却是一次次的上访无果；他们相信暴力自救，却是两败俱伤；他们唯独不相信法律，却是让本该保护他们的法失去了权威。诉求的不张，维权模式的单一反映的其实是这样一个事实：我国现存政治制度改革势在必行且刻不容缓。

关键词：维权模式 以权压权 官本位 权利自救 权利意识 法律救助 政治改革

在 2012 年 9 月 21 日的这一天，广东省汕尾市乌坎村发生了随后惊动全国的乌坎事件，具体事件的过程在这里便不再赘述。对于这一起群众性抗议事件，有人将其视作西方敌对势力的煽风点火，有人将其视为党政高层“去标签化”开明政策的胜利，也有人将其视作民众维权的一种阶段性胜利……[①] 众说纷纭，对错的评价已无太大意义。在这样一个维权大如天的社会转型阶段，我希望凭借“敢问路在何方”的叩问，从这一事件中窥探社会的一角。

一、以权压权

首先我需要说明的是，这里的“权”是指权力。所谓的以权压权，就是用更高的权力来压制甚至制裁权力，即人们常说的告御状，只是此时的求助对象换成了高级别的官员。

在该事件中，村民的维权行动的上访对象从最初的陆丰县官员到汕尾市政府，再到广东省的省委副书记朱国明，[②] 涉及的官员不可谓不繁多，官员级别不可谓不高。对于这样一种类似告御状的维权模式，暂且不论它的效果如何，我们可以思考以下两个问题:

（一）顶层权力的监督问题

低级别的官员可以由高级别的官员压制甚至制裁，那么以此类推，位于权力顶峰的官员又应该由谁来监督呢？对于这样一个假设，可能有一些极端，因为从理论上讲，所有的官员都会受到人大代表，乃至全部人民的监督，权力的滥用根本不会或很少发生。可事实是，在人大代表中，官员的比例日趋增加使监督成为某种意义上的自省，监督的缺位，某些人大代表甚至与官员互相勾结 ，诸此种种，无疑让人民代表大会这一国家最高权力机关原本的职能一而再，再而三的打折。

① 参见一清:《乌坎事件”的过度解读现象值得警惕》，载四月网 2012-01-13；参见笑蜀:《乌坎是中国必须闯过去的一个坎》，载凤凰网《深呼吸》评论专栏 2011 年 12 月 21 日；参见陶东风:《乌坎事件与中国特色的维权》，载陶东风博客 2012-1-11

② 参见老蕉:《乌坎事件始末》，载老蕉的新浪博客 2011-12-28

而理论中的人民，看似是权力的最大监督者，姑且将这种职能视作监督权力的权力吧。正因其过大过于分散而在实际中根本无法现实地实现对官员的监督。既然没有了这种监督的实际效用，我们不得不悲观地期盼在我们的生活中出现那么一些好官，清官，真真正正为人民服务的公仆。又或者极其乐观地期待每一级别的官员都是负责的好官，清官，尽管有些不太可能。而无论哪一种期待，都只具有纯粹的偶然性，并不具有制度层面的可重复性。人民唯一能做的就是道德层面的劝告又或上访的威胁，尽管这些可能完全徒劳。

既然在某种程度上讲，官员仅仅受制于上层官员，暂且不考虑法律的制裁，那么官员凭什么要向人民负责？这就是我们要思考的第二个问题：

（二）人民监督的实效问题

人民对于官员行为的监督并无实际的效用，那么又如何迫使手握权柄的官员向人民负责呢？靠道德，那些早已被贴上封建标签的儒家传统文化？靠自觉，那些恐怕圣人都无法时刻做到的事？这些恐怕都不行。受人民监督，对人民负责，为人民服务。既然没有实际效用的监督，又何谈对人民负责，为人民服务呢？

从这里我们就可以发现一个问题，“受人民监督，对人民负责”这样一种理论，实际上是与现实脱轨的，换句话说，即官员要向人民负责，但不负责却也无甚大碍，因为人民没有制约他们的“权力”，更多的是一种观念层面的东西。那我们不禁要问，这还能称得上对人民负责吗？

我们似乎还可以得出这样的结论，官员必须对上负责，对人民负责则可有可无。这是权力自上而下分配的必然，也是以权压权模式之所以人们争相效仿的原因之一。于是便出现了千人跪求市委书记为民伸冤，于是便出现了自焚以求高级官员的关注，于是便出现了一次又一次的上访。我们会发现，这些闹得沸沸扬扬的事件，无一不是经历了“闹大——社会关注——高层出动——事件解决”这样一个过程。乌坎事件也不例外，只是该事件来的更加猛烈，参与度也更广，它达到了它的效果，引起了高层的注意，基层的贪官也如愿得以被惩治。

尽管有诸多弊端，但我们却不得不承认，这种模式是最适合于这样一个官员对上负责的实际情况的。在这种模式下，的确，一些贪赃枉法的蛀虫会得到惩治，那么权力顶峰的官员又该由谁制约呢？这就又回到了我的第一个问题，即权力顶点的监督。尽管我愿意相信，那权力的巅峰者有着高度的政治素养和道德操守，但却不得不让人忧虑，失去制约的权力是否会完全按照人民的意志行事。

这种维权的模式不得不说是“官本位”的一种胜利。人们还是走着几千年来的老路，依旧要靠那“青天大老爷”的权威与垂怜，依旧把维权的宝压在那市长，省长，乃至总理的身上。这条路不是不能走，只是到达它的尽头的可能性很小很小，否则，也就不会出现屡次上访无果的情况了。

二、权利自救

在乌坎事件中，土地被侵占的村民经屡次上访无果后，高举着“民权”的旗帜，发起抗议活动，与此同时，乌坎村成立了村民临时代表理事会，积极进行着维权行动。

从他们的维权行动中，我们可以大致将他们的权利自救的行为分为两类：一类是温和型的，

试图通过民主的选举程序在体制内最大可能地实现合法的利益；一类是暴力型的，采取诸如抗议游行以及强力的集体对抗的措施，来保障自己的切身利益。

对于前者，也许一个不谙真相的人会质疑，怎么村民自己选出来的村委会主任会反过来帮着外人一起侵占村民的集体土地呢？又怎么会把他们自己逼到了不得不用不合程序的选举的来推翻被选出来的代表呢？这就产生了一个悖论：村民选出心目中的村官，而这些所谓众望所归的村官却反过来打村民一棍；既然是根本不为民服务的人，他又怎么会被选为村委的呢？对于这样的结果，我们不禁要问，是村民政治素养太低吗？从村民理性地用“支持中央”的口号将该事件去西方化看，他们的政治素养不错；是那些村官太善于欺骗吗？可是一届任期最多也就 3 年，但事实是这些村委任职了近 20 年，再蠢的人也会被前前后后被骗这么多年吗？在我看来，这种看似矛盾的转变其实是缘于村民权利意识的觉醒。

纵观各种报道，大都强调了乌坎村选举的独立和透明。[①] 如此强调的背后，正反映了之前选举的不独立与不透明。尽管有着制度层面的现实因素，但毫无疑问，村民对自己所拥有的选举权与被选举权的无视或者说漠视加剧了关起门来选举的态势。因为权利意识的缺失让他们对权力的滥用往往抱着一种“事不关己，高高挂起”的心态，殊不知权利的行使恰恰与他们的利益息息相关。这种放纵滋养着权力的腐败，也反过来吞噬着村民的利益。

而现在，他们的权利意识开始觉醒。在这场声势浩大的群众性事件中，我们可以听见“还我民权”那听了让人热血沸腾的口号，我们可以看到村民理性的罢市罢工，我们还可以看到村民对于媒体的重视，积极地通过媒体向外传达事件的最新进展。[②] 虽然在某种程度上仍然存在着一些不理性的冲突，但不得不说，他们权利的觉醒并非喷井式的爆发，而是具有相当的理性。考察参与者们，我们不难发现其中不乏大量的 80 后，90 后。文化的普及，知识素养的提升让这些村民，尤其是那些受过正规教育的人，开始意识到利益的背后其实是政治的角力，[③] 争取自己的权利其实就是争取自己的利益，权利的重要性也就不言而喻了。权利的觉醒也就变的自然而然了。选举权、被选举权这些公民基本的权利再也不被看作无足轻重的宣告，而是运用它维护利益，尽管对于这些基本权利的运用，他们并未按照合法的程序。

对于后者，稍稍关注一下时事的人会发现，似乎在最近一段时间内，发生的类似群众性事件为数不少，诸如 2008 年的贵州瓮安 6.28 事件，2011 年海宁市 9.15 袁花镇红晓村事件，再到如今的重庆 4.10 万盛事件。据不完全统计,仅 2008 年比较典型的群体性事件就有:陕西府谷县 7·5 警民抢尸事件、广东惠州 7·17 骚乱事件、云南孟连 7·19 事件、云南丽江 8·4 环保纠纷事件、川渝 9～10 月教师罢课事件、湖南吉首 9·3 非法集资事件、重庆巫溪 9·19 车祸事件等数以百计的影响较大的群众性事件。[④] 这些事件包括乌坎事件在内，无不有这样的特征：由于合理诉求得不到解决，基于共同的利益需求结成利益的共同体，希望通过抗议游行暴力对抗来获得社会影响力，从而解决问题。

---

① 孙立平：《这一次，变化真的发生了》，载《经济观察报》2012-2-23

② 参见老蕉：《乌坎事件始末》，载老蕉的新浪博客 2011-12-28

③ 参见老蕉：《乌坎事件始末》中“表现出当地农民渐渐萌发的公民意识，以及明白经济纠纷的幕后原因实为政治因素“，载老蕉的新浪博客 2011-12-28

④ 参见张芝云：《2008 年震动中国的群体性事件》，载《瞭望》2008 年 51 期

民众之所以要通过结合成利益的共同体来进行集体发声，其实依然是“官本位”模式下的必然。官员完全可以忽略少数人的正当利益诉求，但一旦结成利益的共同体，他们的集体发声必将具有极大的社会影响力。而此时孤立的人便成了“高大威武”的人民，“官本位”便暂时性地让位于“人民至上”，人民的监督也就暂时性地成了防止腐败的良药。于是便有了我在上文提到的“事件闹大——社会关注——高层出动——事件解决”这样一个过程，以致让人们似乎形成了“不闹大，不解决”的固性思维。这与其说是人民力量的胜利，还不如说是“以权压权”模式的悲哀和“权利自救”的无奈。但是这种思维的形成，无疑会对社会的稳定以及法治社会的完善造成极大的破坏，更会陷入这样的恶性循环：一有利益诉求便结合成利益共同体，以暴力发声，破坏法治，又进一步让利益无法在法治的轨道上解决，加剧结合成共同体的趋势。其最终的结果，无论是对百姓而言，还是对政府而言，这都将是一场灾难。

乌坎事件之所以如此引人注目，当然不仅仅与其他类似的群众性事件有着彼此的共性。我们还可以很明显地发现这场浩浩荡荡的抗议活动中的亮点：政治理性。当外媒纷纷给乌坎事件贴上政治标签时，乌坎村民异常清醒，公开声明自己的一切仅基于利益，仅基于基本权利。[①] 争取正当权益，此为理；高举民权，此为据；克制清醒，此为节，正是这份有理有据有节让地方政府屡试不爽的简单粗暴的行政化处理无用武之地，,将民间维权标签化，敌对化的企图也没有达成，也就没有让暴力的群众维权行动的形势进一步恶化。长久以来，群众维权常被描述成“有诉求就过激，一过激就违法”，而群众也常被视为无理取闹的刁民。是中国百姓天生就有暴力倾向吗？还是他们的素质太低？我觉得都不是。如果能通过更平和的方式解决问题，他们又怎么会想到去用暴力来解决？如果正当诉求可以畅通无阻地表达并得以伸张，他们又怎么会小题大做将其闹大？简单粗暴的行政化处理让百姓有冤无处伸，有求无处应。可以说民众这种似乎有些情绪化的闹事，其实是简单粗暴地压制正当诉求的某种必然。

可是在这次的维权行动中，我们发现只有极少数人存在着严重的违法行为，这昭示着民间维权开始走向理性化。变化首先在维权群众中发生了，他们并没有一味地使用冷暴力，而是用暴力维权的方式来争取自己利益的最大化。我们可以看到，无论是封村，还是罢市，他们都是尽量采取了一种相对理性的暴力手段，或者说一种更民主的方式，来向政府表达自己的诉求。与此形成对比的是政府依旧简单粗暴的处理，封村，断水，断电，断粮等等。[②] 民众维权已经开始朝着理性化方向发展，那么政府的理性又该何时出现呢？公众早已经过了河，地方政府却往往还在摸石头。[③]

三、法律的矛与盾

作为一名法律的初学者，我会很奇怪的发现，在村民积极维权的时候，我们似乎难以见到司法存在的痕迹。我们不妨先来看看以下几个法律条文：

《合同法》第 52 条 规定：“有下列情形之一的，合同无效：（1）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（2）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（3）以合法方式掩

① 笑蜀：《乌坎是中国必须闯过去的一个坎》，载凤凰网《深呼吸》评论专栏 2011 年 12 月 21 日
② 参见老蕉：《乌坎事件始末》，载老蕉的新浪博客 2011-12-28
③ 笑蜀：《乌坎是中国必须闯过去的一个坎》，载凤凰网《深呼吸》评论专栏 2011 年 12 月 21 日

盖非法目的；（4）损害社会公共利益；（5）违反法律、行政法规的强制性规定。”

《物权法》第 63 条 规定：“集体所有的财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏。”“集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的，受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。”

乌坎事件的起因是乌坎村村委会将一块集体土地卖给开发商，几年来在当地居民不知情的情况下，3200 亩土地陆续被政府贩卖，卖地款项达 7 亿多元人民币，而补助款只有 500 元，其余全部被当地官员私吞。[①] 考究事情原委，其实真的很简单，就是当地村委以集体的名义侵占集体土地，损害村民应得利益。

根据合同法第 52 条，凡是采用欺诈、胁迫手段订立合同，凡是恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的合同，都是属于无效合同。那么既然无效，村民完全可以去法院申请当地村委停止不法侵害，并做出赔偿，由村民收回土地，根本不可能发生后面这些事情。

而根据物权法第 63 条第二款：集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的，受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。村委会的决定既然已经侵害了村民的合法权益，他们当然可以去请求人民法院予以撤销，强制相关侵害方恢复原状或做出赔偿，同样也根本不会发生后面的事。

无论是根据合同法，还是根据物权法的相关规定，对于乌坎村村委会的严重违法行为，村民完全可以运用法律来实现自己的权益，而无需之后的屡次上访，也就更没有最后的暴力对抗了，而事实似乎远比我们想象的“复杂”。我们不禁要反思，作为国家生活的最高准则的法律，本可以起到保护群众合法权益的效力，却在残酷的现实面前沦落成了一种书面的宣告，最少在这次事件中，法律所起到的作用是这样。这并不代表我们的立法水平差，只是在法律的适用上存在很大的问题。[②]

一方面，村民对于通过司法途径解决利益纠纷的经济负担无法承受，不想也不愿求助于法院；对于司法腐败、官官相护的忧虑，让他们对司法救助并不抱希望。而上访则不失为一种最廉价最径直的捷径，只要有一位高官注意了他们，他们的利益就极有可能得以实现。对于本身经济实力弱小的他们而言，上访也就成了最后一根的救命稻草。

清华大学的孙立平教授在评析乌坎事件时，有这样一句话：对于无效合同的判定根据和程序可能产生的争议，我们可以将其放置一边。[③] 到底放置的是什么争议呢？争议恐怕就在于是由市委决定土地收回，而非经由司法的裁判。虽然行事有其特殊之处，在于尽快缓解矛盾解决问题，但是法律如此轻易地被弃置不用，却在某种程度上反映出司法弱化的现状，换句话说，即司法的行政化。这正是我所要讲的第二个方面。根据我国宪法规定，司法与行政是相互制约，相互监督的。而现在，行政力量的强化导致了司法的弱势地位，出现了司法服务于行政，司法沦为行政工具的趋势。

如此种种，让百姓对于本该捍卫公平正义的法律产生了莫大的不信任感，他们只能依靠自己，通过只需劳力和时间的上访去捍卫自己的利益。这真不知道该说他们傻，还是法治的失败。法律

① 老蕉：《乌坎事件始末》，载老蕉的新浪博客 2011-12-28
② 储建国：《在民主轨道上解决既得利益问题》，载《南风窗》2012 第 7 期
③ 孙立平：《乌坎模式的意义》，载《经济观察报》2012-2-23

原本是人民给自己的一条最便捷的维权之路，却因司法的腐败断了他们的路，司法的行政化掘了他们的基。本该被视作坚如磐石的盾的法律，却在人们需要它时，化成了锋利的矛刺透了人们的心，这又何尝不是如今法律自身的矛盾呢？

“在乌坎事件中，饱受赞扬的广东省委书记汪洋同志说在乌坎事件的处理上没什么创新，只是按照相关的法律进行而已。这既是一种智慧的表达，也是经验事实。”① 乌坎事件原本就是一个简单的村委会成员侵占村民集体财产的民事问题，将其放于法治的轨道上来，其结果必然是民事纠纷的解决。汪洋书记的话，我们是不是可以这么理解呢：乌坎事件的持续升温是因为从一开始它就没有按照法律的途径来解决，而它的妥善处理则归功于将利益纠纷置于法治的轨道上来。但是，如果承认这一点，我们不禁要去思考另外一个问题，这些所谓的相关法律从事件爆发到解决，“你去或不去，它都在那里”，为什么一开始没能按照法律进行处理？是法律并不适合这起民事纠纷？显然不是，否则也不会最后凭借法律来解决问题。我们会发现，在事件处理过程中，法律始终没有变，变的是人，是更高的官位，是更大的权力！不是之前的官员不知道只要将其置于法律的层面，乌坎事件就能获得解决，而是该事件涉及的利益很广，甚至涉及的官员也很多，他们动不了，也不敢动，不想动。当更高的权力出面干涉的时候，法律也就自然而然地成了干涉的武器。这不得不让我再次感叹法的悲哀，呼之则来，挥之则去，法律仅仅是权力裁判的武器。与“权利自救”模式一样，法律的维权同样需要“以权压权”模式的支撑。“中国支持民主的法律和制度是足够的，关键是看你如何运用。”② 有了更高级别的权力坐镇，乌坎事件这件简单的民事纠纷就循着法律的轨迹简单而顺利地解决了。这也就难怪群众一次又一次的上访了，因为有了权力的监督（注意是权力，不是权利!），法律的力量一下子显现出来，法治看起来又是多么的容易。从这个角度讲，乌坎村民是幸运的，尽管这份幸运是之前的不幸换来的。

结语

乌坎村民的利益得到了保护，那么那些利益同样被侵害的其他人又该凭借什么呢？以权压权？它的结果是上访截访的暴力限制人身自由；权利自救？它的结果是政府的以暴制暴；求助法律？原本有所希望，但在司法腐败、司法行政化的腐化之下，结果只能是漫长的等待。或许这三种情形写的有些极端，但是不能否认，在现实生活中这种现象确实存在并且为数不少。最近几年，网络维权风生水起，与其过分夸大其言论自由的功效，还不如说是现实的一种无奈。正是因为现实生活有这样那样的不公，又有这样那样的诉求无法被解决，才会让他们求助于一个环境相对宽松的网络。

尽管“以权压权”模式在现实中最为有效，但是在理论上讲，以权压权是为下策，权利自救是为中策，法律救助方为长久有效的上策。然而，法治观念的不深入人心，让人们即使可以通过法律来保障被侵害的利益，却仍不知利用，上策在此时又不是上策了。法律规定了公民的各种权利，但这只是一种神圣的宣告，没有公民对自己权利的争取，这些繁多的权利只能止步于宣告，而无实际的功效。在现阶段，公民只有通过权利自救模式，理性维权，去争取自己应得的权益。

① 储建国：《在民主轨道上解决既得利益问题》，载《南风窗》2012 第 7 期
② 储建国：《在民主轨道上解决既得利益问题》，载《南风窗》2012 第 7 期

当法律上宣告式的权利彻底地转化为实践时，其实我们就已经走向了上策。只是现在，此刻，“以权压权”依旧是人民的“最佳”选择。

当我们再次审视这三者，去思考三者的内在联系时，我们会发现，权利自救是缘于对失败的“以权压权”模式的坚持，法律的忽视又何尝不是基于对“以权压权”模式的深信不疑呢？在“以权压权”模式大行其道的现实情况下，只要它存在一天，后两者就会存在，并会越来越严重。

在南方讲话 20 年后的今天，经济体制已然改革，那么政治体制的改革还有多远呢？在它开始之前，民众的维权之路仍然有三条，只是后两者虽好却只会越走越窄，越走越偏。当走到尽头的时候，我们除了大声呐喊：伸冤何处，还能做什么呢？

“实用理性”与“天学”的应用：我国农民法律信仰培育的新思路——“乌坎事件”所展现的契机

2010 级 姚良正

摘 要：乌坎事件体现的不仅仅是我国基层民主自治制度与“稳定压倒一切”的管理方式和思维在实行中存在着的缺陷，同时还体现出我国农民实用理性与“敬天畏天”思维的存在与内心信仰的缺失，尤其是我国在建设社会主义法治国家的今天所亟需的“法律信仰”的缺失问题。而本文就将从我国农民自身所具有的“实用理性”思维的运用和自古以来“天学”概念应用的新视角来阐述如今我国农民法律信仰培养的新思路。

关键字：法律信仰 实用理性 天学 农民 乌坎事件

引言

在乌坎事件中，有这样的一个细节不得不值得我们关注——当村民与政府间的冲突化解后，村民撤离了为防止他人入村而设置的路障，越来越多的媒体记者因此得以进村，有记者在报道中提到：村口还存留着从前流传下来的土地庙，不时有老人领着小孩前来祭拜。村内贴着标语：“我们不是革命，我们拥护中国共产党，我们爱中国。”

乌坎事件所体现的不仅仅是我国基层民主自治制度与一味“维持安定团结的大好局面”的管理方式在实行中存在着的缺陷——许多基层政府假借“维稳”的旗号给群众随意贴上标签，忽视、压制群众的合理诉求，以“维稳”的名义滥用强制手段，尤其是“在当下社会转型时期，群众的民主、平等和权利意识不断增强，相关诉求增多，群众维权意识和能力增强，诉求表达渠道多元，矛盾激化风向增大，利益诉求趋同趋众，聚合效应明显，群众工作的挑战越来越大……”[1] 的问题。同时还体现出了我国农民“实用理性”与“敬天畏天”思维的存在与内心信仰的缺失，尤其是在我国建设社会主义法治国家的今天所亟需的“法律信仰”的缺失问题。

一、中国语境下的“法律信仰”

从“村口还存留着从前流传下来的土地庙，不时有老人领着小孩前来祭拜”这一细节中，我们可以很明显地看出，哪怕是在我国经济发达地区的农村，农民对于“神灵之天”[2] 的敬畏心理

[1] 潘洪其：《乌坎的危机与转机》，载《新民周刊》2012 年第 1 期。

[2] 我国如今也许并不会有多少人会去直接的焚香“祭天”，但是焚香“祭祖”、“拜神仙”的人反倒屡见不鲜。其实，

还仍然存在着。这显然是不符合如今我国社会主义法治国家建设的要求的，当然这也同时提醒了我们培养我国农民“法律信仰”的重要性与迫切性了。

对于“法律信仰”这个命题，仍然有一些学者持以批判态度，理由无外乎“中国没有能培植法律信仰的宗教”和“法律本身就不能成为人们的信仰”这两种。在张永和教授看来，法律信仰“这个命题在西方可能是一个假问题而在中国却根本不能提倡”,“将一个在中国根本没有任何可操作性，哪怕就是在西方实际上都不可能存在操作性的理念引进中国并希望在中国得以生根是一时心血来潮的冲动和不理智的表现。”[3] 而王启梁教授则认为，“法律不会成为人们的信仰。更为重要的是，法律不能妄图成为一种信仰，因为法律如果要成为一种信仰，意味着他要改变和重塑人们的内心信念和对生活意义的认同。”[4] 当然，还有一些其他的学者质疑“法律信仰”这一命题的合理性，理由无外乎以上两种，故笔者在此不一一予以列举。

对西方社会来说，法律信仰固然是因宗教与法律的勾连关系发展而来，宗教强化和促进了民众对法律的信仰。但是这并不代表，只有宗教才能培植民众对法律的信仰，更不代表法律信仰培育的唯一方法就是依靠宗教的力量。更何况，宗教与法律的过度结合在有的时候反而形成了一种绝对化的权力，这不仅阻碍了社会的发展，而且也抑制了社会的进步与社会生活的空间，宗教反而由人们的一种精神归宿成为了人类生活的枷锁。[5]退一万步说，“如果说中国古代有什么信仰的话，那么就是祭祖祀天之类的‘伦理教’，没有组织集团生活的信仰。这么一个独特的信仰，实际上就是上古时代之周孔的礼乐设施、风教礼俗。”这种信仰，是与西方那种拥有至上神的宗教所不相同的。[6]如果这样看的话，中国传统文化中的“礼乐”、“伦理”，中国古代深入国人骨髓的“祭祖祀天”类的儒家精神，反倒可以被我们视为一种培育我国语境下“法律信仰”的有可能性的“宗教”了。但是，我国的本土资源——“天学”也许并不需要宗教的越俎代庖，因为对于我国古人来说，“由于对天的信仰不仅是统治者的观念，而更是流布于社会，是全体民众的集体性意识，所以法律不仅从天那里获得了来源上的敬畏和神性，而且还获得了操守上的敬畏和神性。也就是说，由于法律来源于头顶之天，而这个头顶之天是很神性的，从而使得法律也被赋予了神性，被附魅，从而被信仰化，成为神圣不可侵犯的东西。”[7] 而到了现代，存留我国古代文化与“天学”基因最多最深的农民群体也许会对于“对天的信仰不仅是统治者的观念”的观点不再赞同，但是我国农民自身对于天的信仰却是仍然存在的。所以笔者认为，“天学”也许正在提醒着我们从国人自身和中华文明自身寻找我们所需要的“法律资源”。故此，对于有的学者所认为的“我国缺乏培植法律信仰的宗教”的这一问题，大可不必过于担心。

对于第二个问题，有的学者认为“法律本身就不能成为人们的信仰”，这一点笔者并不反对。因为在笔者看来，我们这里所说的法律信仰并不是指对一种实在法、国家制定法或是具体的法律

我国农民所祭拜的神灵就是“天”的一种具象化的表现，我们甚至可以说祭拜神仙，其实就是在祭拜天。“在古代中国，所有的事件都是天人关系在不同时空中的展开，‘天学’即产生于人类对神性（神灵）之天的信仰和敬畏之中。也就是说，天学的核心理念是‘神灵之天’”（方潇：《天学与法律：天人关系哲学基础之研究新视域》，载《安徽大学法律评论》2008 年第 1 辑（总第 14 辑））

[3] 张永和：《法律不能被信仰的理由》，载《政法论坛》2006 年第 3 期。

[4] 王启梁：《信仰与权威：诅咒（赌咒）、发誓与法律之比较研究》，法律出版社 2006 年版，第 52 页。

[5] 参见陆幸福：《伯尔曼法律与宗教思想研究》，载《甘肃政法学院学报》2010 年总第 109 期。

[6] 李向平：《信仰及其秩序的构成——中国信仰社会学的理论视角》，载《创新》2012 年第 2 期。

[7] 方潇：《法律与信仰：天学视野的古今之论》，载《安徽大学法律评论》2006 年第 2 期。

条文的信仰，而是对一种对包含了“自由、正义”等“法律精神”的信仰。说出“法律本身就不能成为人们的信仰”这句话的学者所要表达的意思是，“实在法、国家的制定法与法律条文本身”是不能成为人们的信仰的，而笔者并不反对这种观点。实在法和国家的制定法虽然在某种程度上会体现出包含着自由与正义的法律精神的要求，但是实在法也会出现其自身违背道德、违背法律精神的情况，第二次世界大战中法西斯主义国家所制定的“法律”就是极好的例证。所以即使是在《法律与宗教》中，“伯尔曼使用的‘法律’与人们所使用或理解的‘法律’是不在同一个含义上概念，此‘法律’非彼‘法律’。即使伯尔曼认为‘法律必须被信仰，否则形同虚设’，那也必定言指最广泛意义上的法律，准确地说是指法律之关于正义的观念层面的概念，而非社会分配权利和义务的结构与程序层面上的概念。”[8]笔者在文中所指的“法律信仰”，正是一种对“关于正义观念层面的、最广泛意义上的”法律，一种对于“法律精神”的信仰。

所以，“法律”（法律的精神）成为中国人民的信仰，尤其是中国农民的信仰是有其可行性的。“法律信仰”可以成为我国农民的信仰，不仅仅是因为“法律”本身具有可以被信仰的本质特征，更是因为“法律信仰”其自身在中国拥有可供其生根发芽的土壤，哪怕这种土壤不是一种宗教或一种宗教的精神。

二、中国人的“实用理性”与“天学”

乌坎事件中有着这样一个细节，记者进村后发现，乌坎村民仍然保持着自古以来的传统，祭拜土地庙、祭拜天，仍然有着一种对于天的敬畏。村中的标语“拥护中国共产党”醒目的悬挂着，仿佛在向我们展示着某两种潜藏在他们内心深处的意识思维和价值坐标。

在笔者看来，乌坎村民对“神性之天”的祭拜，村内打出的“拥护中国共产党”的标语，体现的正是笔者在本文中所要研究的两大方面内容——“实用理性”和“天学”。正是因为
他们认为祭拜“天”会对自己有用，哪怕只是产生心灵上的一种慰藉，他们才会去祭拜。也正是因为中国共产党领导下的国家能给他们带来益处，他们也才会在村内打出“拥护中国共产党”的标语。

我们知道法律的价值无外乎自由与正义，但是法律的价值还包括一个非常重要的方面——“效益”。[9] 而法律所包含的“效益”这一价值正是我们可以用来与中国的本土资源——“实用理性”和“天学”——相结合的切入点。

实用理性是中华文化乃至中华民族的重要心理特征，在千百年来一直深深地影响着一代又一代中国人民的行为模式与思维模式。李泽厚先生在《漫说“西体中用”》中指出：“所谓‘实用理性’就是它关注于现实社会生活，不做纯粹抽象的思辨，也不让非理性的情欲横行，事事强调‘实用’、‘实际’和‘实行’，满足于解决问题的经验论的思维水平，主张以理节情的行为模式，对

[8] 范进学：《“法律信仰”：一个被过度误解的神话——重读伯尔曼<法律与宗教>》，载《政法论坛》2012 年第 2 期。
[9] 不同学者对于法律价值的总结不尽相同，但是在一些关键性的价值上各家学说达成了一定共识。周永坤教授在其著作《法理学——全球视野》（第三版）中总结到：公丕祥教授主编的教材将它归结为利益、秩序、正义、自由、效率五大价值……付子堂教授主编的教材则将它归纳为秩序、利益、平等、自由、人权、正义六大价值。卓泽渊教授将法的价值归纳为效益、文明、民主、法治、理性、权利、自由、平等、人权、正义、人的全面发展等等。以上各家学说均有不同，但是他们在法的核心价值“自由与正义”和法的重要价值“效益”的观点上是一致的。

人生世事采取一种既进取又清醒冷静的生活态度。”[10] 实用理性塑造了中国人不同于其他东方民族或西方民族的性格与行为思维模式，中国人在做任何事情之前都要先深思熟虑、精打细算，除了考虑其实效性与功用性之外，对其目的、实现手段以及可能造成的后果等等也进行全方位的考量。值得一提的是，笔者这里所说的实用理性是一种有限度的实用理性，它并不是一个可以无限扩张、没有限度的概念，它具有李泽厚先生所定义的实用理性所具有的特征，但同时也存在着一个相应的限度，即不违背“法律最高价值性”的限度，也就是说，在运用实用理性的同时不违背法律，仍然以“法律”为最高准则。

有研究者将中国人实用理性的特征总结为四点：乐观能动、以理节情的生活态度；讲究实用实际的思维方式；重长远利益轻眼前得失的行为模式；清醒冷静而又温情脉脉的中庸性格。[11] 而这其中的“讲究实用实际的思维方式、重长远利益轻眼前得失的行为模式、清醒冷静而又温情脉脉的中庸性格”正是中国人“实用理性”中所蕴含着的法律精神与“法律信仰”基因的三个重要方面。

“讲究实用实际的思维方式”与法律价值中所包含的“效益”这一价值有着巨大的契合性，一部良法不仅仅要体现出人们所追求的自由与正义的法律精神，还要在其自身运行时拥有效益，“迟来的正义即非正义”（Justice Delayed Is Justice Denied）、“法律的制定是为了保证每一个人自由发挥自己的才能，而不是为了束缚他的才能”[12] 所要告诉我们的就是这个
道理。中国人的实用理性造成了人民只要能够帮助我解决问题的法律就是良法，我就去用它，我就去相信它，进而信仰它的想法。这样的想法极易造成一种法律工具主义的思维，由于“现代法在脱离传统和祛魅的过程中，将法律日益改造成为由（世俗）国家制定及其强制力保障的行为规则和以形式合理性为特征的社会控制系统，从而使其失去了神圣的色彩。”[13] 但是笔者认为，我们并不能就此认为人们对法律失去了信仰，相反，我们从中能了解到的只是法律更加“理性化、利益化和道德化”和法律在现世与宗教等神圣性因素的分离。在我国农民看来，法律如果不能帮助我解决我的问题，甚至因为拖延没有效率造成我自身利益的损失，我自然就不会对它产生任何感情，当然也就更谈不上信仰了。同样，也只有信仰法律，法律所规制的对象才会积极地去配合法律的实施，法律自身的实施和法律规制对象自身权利的维护才会有效率，法律也才会给双方都带来“效益”。从这个角度看，“讲究实用实际的思维方式”与“法律信仰”这两者之间是相辅相成的。

“重长远利益轻眼前得失的行为模式”是中国人的实用理性中另一蕴含“法律信仰”基因的重要方面。中国人的实用理性排斥仅仅着眼于当前胜负成败的思维模式，它鼓励国人从更加长远客观的角度对事物进行分析和考量。然而从新中国成立至今，已经有无数的历史事实向我们表明，只有“法治”才是最符合我国人民长远利益的选择。只有法治才能对权力进行充分的限制，才能对权利进行最好的保障，也才能对我国人民群众尤其是我国农民自身的根本利益形成最好保护。

[10] 李泽厚：《漫说“西体中用”》，载《孔子研究》1987 年第 1 期。
[11] 参见劳素婵：《实用理性视阈中的价值共识》，载《中山大学研究生学刊（社会科学版）》32 卷，第 1 期。
[12] [法]罗伯斯比尔：《革命法制和审判》，赵涵舆译，商务印书馆 1965 年 6 月第 1 版，第 52 页。
[13] 范愉：《法律信仰批判》，载《现代法学》2008 年第 1 期。

然而，实行法治不可或缺的方面在于要形成国人的“法律信仰”。同时，这也正是与中国人实用理性思维中“重长远利益轻眼前得失的行为模式”具有强烈一致性的。

“清醒冷静而又温情脉脉的中庸性格”与法律中的“理性”的精神、法律本身的“中庸性质”和法律所需要规制的主体的“中庸性”是相一致的。国家制定的法律，“像作出约定一样，预先就假定规制这种程序的某些规则的存在：由这些规则赋予资格的人按照这些规则指定的程序说出或写出的词语，对由这些词语明确或含蓄地指定范围内的所有人设立了义务。这些义务包括了参与该立法程序的那些人。”[14] 然而这些制定法制定时所考虑的基础就是能够适用于最广泛的人民大众，也就是我们所说的“一般的、普遍的”人。对于我国来说，这就是将具有“中庸性格”的法律适用于具有“中庸”性格的中国人，这也正是我们所说的“实用理性”中所存在的“法律信仰”的又一重要基因。

而在我国古代，中国人民的“实用理性”总是与“天学”相结合的，正是因为中国人“追求实用”的生活态度才会导致没有一种宗教能够在中国古代占据统治地位。于是，“在天学的观念下，为使得‘人合于天’，也为了统治王权始终能得到天的庇护和保佑，统治阶级又
往往用具有国家暴力强制性的‘法律’的载体来体现这种行为规则的遵守和实践。于是，很显而易见的是，天通过作用于人的内心，形成了道德法则，并最终转化成强制的法律从而主宰着人类的命运。”[15] 正是因为对“天讨”、“天罚”、“天谴”的畏惧，也正是因为中国古人和中国农民认为被他们所信仰的天会眷顾他们，会对他们在俗世的利益形成一种保护，他们才会觉得信仰“天”是会庇护自己，是对自己有用的，也才会对“天”形成一种具有“神性”的信仰。

如果从整个中国古代的语境来看，我们可以发现，正是由于我国古人对于“天”的信仰，他们才会寄希望于自己所虔诚信仰的天，希望能够从天那里寻求到“法律资源”，并且能够把寻求来的资源作为其法律正当性与权威性的来源。中国古人对天的信仰促使了其对于法律的信仰的产生，“作为法律资源的天空”同时也促进和强化了中国古人和农民对法律的信仰。英国法学家哈特就认为，其实“仅仅以权力为基础的法律”和“被认为在道德上有约束力的法律”一样并不能说明人民忠实于或信仰这一制度的原因，“事实上，他们之忠于这一制度，可以基于许多不同的考虑……”[16] 而非权威和道德本身。

对于我国古人和农民来说，“忠于这种制度”的“其他考虑”可以是“畏惧、喜好”等等各种不同的原因，不过另外两个不容忽视的最重要的原因就是——“效益、实用”与对“天”的信仰。“法律信仰时时深受现实支配和影响，受人控制较大，同时具有一定局限性，具有物质性特点，尊崇的法律看得见，并通过利益之分配和再分配实现正义、秩序、人权保障等价值。”[17] 这恰巧与宗教信仰不同，宗教信仰具有非理性的特点，它是一种超验的理念，而法律信仰是人们的一种理性选择，具有明显的功利性。对于我国农民来说，具有“神性”的天带来了具有“神性”的法律，它在人们的内心生根发芽，进而形成了道德法则，并最终转化成了法律。而只有法律真正有了效益，能够公平正义地运行并且及时地解决自己的问题，能够对自己有用，并且尊重和保

[14] [英]哈特：《法律的概念》，张文显译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 45 页。
[15] 方潇：《法律与信仰：天学视野的古今之论》，载《安徽大学法律评论》2006 年第 2 期。
[16] [英]哈特《法律的概念》，张文显译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 198 页。
[17] 田宏伟：《法律工具主义的“是”“非”与法律信仰》，载《贵州社会科学》2011 年第 10 期。

护自己的权利和利益，才是一个能够被自己信仰的法律，自己也才会真正的去相信并信仰它。三、“实用理性”、“天学”与“法律信仰”的耦合

诚如上文所说，“讲究实用实际的思维方式、重长远利益轻眼前得失的行为模式、清醒冷静而又温情脉脉的中庸性格”这三方面，正是中国人“实用理性”中所蕴含着的法律精神与“法律信仰”基因的三个重要方面。这三方面，也正是我们可以培育我国农民法律信仰的切入点。“自古以来我们民族就对超越界的东西不感兴趣，也很少思辨，而关心现实界那些
同我们日常生活密切相关的东西。孔子‘未知生，焉知死’；‘敬鬼神而远之；’对‘六合之外，存而不论，’正表征着这样一种民族精神。这种精神在当代中国人身上仍在延续，不过增添了新的时代内容。”[18] 在笔者看来，这段话中所说的新的时代内容，也就包含着我们所说的“法律信仰”。

笔者在上文已经证明，实用理性的存在并非一味的拒斥着法律信仰的构建，相反，在某些方面、某种程度上，实用理性的存在反而对我国农民法律信仰的构建有着一定的益处。“现代法律正是对人的普遍的利益属性充分认可的产物, 它建立的道德基础是‘人人为我，我为人人’的利他利己相结合的功利主义。”[19] 笔者认为，正是因为法律本身所具有的功利性，才使得我们如今社会的法律信仰不同于我们之前所说的具有完全超验价值的“法律信仰”。而且在现代社会中，完全没有功利性的法律是不存在的，这更加使得我们所说的法律信仰不同于伯尔曼所说的拥有宗教性基础的“法律信仰”，而是一种更多的具有“认同、信任”的“法律信仰”。

天学所具有的法律信仰的基因也已经在上文中得以证明，其中体现出的我国古人，尤其是我国农民对于天的信仰可以给现代法律信仰的确立提供至少两种可能的启迪。到了现代，天学中所具有的法律信仰则更多了一些现代因素，而且这样的启迪至少有两种：一是将由对天的信仰转换为对自然及其法则的敬畏和信仰；二是将对天的信仰转换到对人民的尊重和信仰。[20] 最后再从对二者的信仰中逐步转换为对法律的信仰。

笔者认为，我们所说的法律信仰主要是一种基于对自然法的精神，尤其是包含着“自由与正义”的法律精神的信仰，这是人类将其对于自然界和人类社会所共有的一种内在的和谐统一性，即人类社会和自然界所共同遵循的一种规则进行的一种语言的转化与叙述。正是因为现代人缺乏对于自然法则的信仰，缺乏对于包含自然法则的法律的信仰，才会造成人们所不忍目睹的灾难。

“水可载舟，亦可覆舟”[21] ，古今中外的任何国家都是这样，一部法律如果没有反映出最广大人民的利益甚至与人民的利益发生冲突，人民是不愿意发自内心的去遵守这部法律的，最后的结果也只能是人民推翻这部法律乃至于推翻制定这部法律的政权。所以，法律只有在真正的保护到人民利益，对人民“有用”的时候，人民才会对它产生感情，才会去信任它，也只有这样，人民才会真正地去信仰法律。

哪怕是在乌坎村这样一个处于经济发达地区广东的农村，中国农民的“实用理性”也总是与

[18] 陈刚：《当代中国人的实用理性》，载《南京化工大学学报（哲学社会科学版）》1999 年第 2 期。
[19] 谢晖：《法律信仰的理念与基础》，山东人民出版社 1997 年版，第 14 页。
[20] 参见方潇：《法律与信仰：天学视野的古今之论》，载《安徽大学法律评论》2006 年第 2 期。
[21] 《后汉书·皇甫规传》注引《孔子家语》：“孔子曰：‘夫君者舟也，人者水也。水可载舟，亦可覆舟。君以此思危，则可知也。’”。

“天学”相结合的，就更不用说那些经济社会发展水平不高、人民的政治与科学文化素质不高的农村地区了。正是由于中国人“追求实用”的生活态度，才会导致从古至今一直没有一种“超验的、追求精神彼岸”的宗教能够在中国古代占据统治地位，也才会导致中国人信天而不信教，畏惧的是“天讨”、“天罚”、“天谴”而不是“耶稣基督”。同样，正是因为中国古人和中国农民认为被他们所信仰的天会眷顾他们，会对他们在俗世的利益形成一种保佑和庇护，他们才会觉得信仰“天”是有实用的，才会对天形成一种具有“神性”的信仰。

同时，这也正为我们提供了一种在我国农民阶层培育法律信仰的新思路：借助“实用理性”与“天学”的力量，充分运用我国的本土资源，深入挖掘我国农民阶层自身的性格基因，将其中的有利部分（如：“实用理性”中的“讲究实用实际的思维方式、重长远利益轻眼前得失的行为模式、清醒冷静而又温情脉脉的中庸性格”和“天学”中我国农民对“天”的信仰及其在现代的转化）与法律信仰的培育相结合，真正地培养出我国农民的“法律信仰”。

结语

乌坎事件不仅体现了我国基层民主自治制度与“稳定压倒一切”的管理方式和思维在实行中存在着的缺陷，同时更提醒了我们需要对我国基层人民，尤其是我国最大、数量最多的基层群体——农民的内心信仰问题的关注。

在建设社会主义法治国家的今天，我们需要的也许不仅仅是我国社会主义法律体系的健全与完善，来自人民内心的“法律信仰”往往会对我国社会主义法治国家的建设起到难以估量的作用

参考文献

1．潘洪其：《乌坎的危机与转机》，载《新民周刊》2012 年第 1 期
2．张永和：《法律不能被信仰的理由》，载《政法论坛》2006 年第 3 期。《政治学》 [古希腊]亚里士多德 吴寿彭译 商务印书馆 1965 年版
3．王启梁：《信仰与权威：诅咒（赌咒）、发誓与法律之比较研究》，法律出版社 2006 年版，第 52 页。《法治的追求——理论、路径和模式的比较》 何勤华、任超等 北京大学出版社 2005 年版
4．参见陆幸福：《伯尔曼法律与宗教思想研究》，载《甘肃政法学院学报》2010 年总第 109 期。《论行政主导对我国走向法治的影响》周祖成 载于《社会主义研究》2002 年 6 期
5．李向平：《信仰及其秩序的构成——中国信仰社会学的理论视角》，载《创新》2012 年第 2 期
6．方潇：《法律与信仰：天学视野的古今之论》，载《安徽大学法律评论》2006 年第 2 期
7．范进学：《“法律信仰”：一个被过度误解的神话——重读伯尔曼<法律与宗教>》，载《政法论坛》2012 年第 2 期
8．李泽厚：《漫说“西体中用”》，载《孔子研究》1987 年第 1 期
9．参见劳素婵：《实用理性视阈中的价值共识》，载《中山大学研究生学刊（社会科学版）》32 卷，第 1 期
10．[法]罗伯斯比尔：《革命法制和审判》，赵涵舆译，商务印书馆 1965 年 6 月第 1 版，第 52 页
11．范愉：《法律信仰批判》，载《现代法学》2008 年第 1 期

12．[英]哈特：《法律的概念》，张文显译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 45 页
13．方潇：《法律与信仰：天学视野的古今之论》，载《安徽大学法律评论》2006 年第 2 期
14．[英]哈特《法律的概念》，张文显译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 198 页
15．田宏伟：《法律工具主义的“是”“非”与法律信仰》，载《贵州社会科学》2011 年第 10 期
16．陈刚：《当代中国人的实用理性》，载《南京化工大学学报（哲学社会科学版）》1999 年第 2 期
17．谢晖：《法律信仰的理念与基础》，山东人民出版社 1997 年版，第 14 页
18．参见方潇：《法律与信仰：天学视野的古今之论》，载《安徽大学法律评论》2006 年第 2 期
19．《后汉书·皇甫规传》注引《孔子家语》：“孔子曰：‘夫君者舟也，人者水也。水可载舟，亦可覆舟。君以此思危，则可知也。’”

由乌坎事件谈乡绅再现及新时代背景下对村民自治的意义

2011 级 戴翠婷

摘 要：广东乌坎事件的成功处理，当中出现的一位接近传统乡绅角色的老人林祖銮功不可没。一方面，群体性事件的发生，凸显了我国社会主义新农村建设仍面临着重重困难与挑战；另一方面，因为广东潮汕地区有其独特的文化和历史原因，宗族制度和乡绅制度尤其是后者的再现在本事件中具有一定的积极意义，极富探讨价值。探究新时代背景下乡绅制度对于推进乡村民主政治进程的意义，可能会对新时代背景下的村民自治带来一些积极正面的影响。

关键词：乡绅 宗族 村民自治 基层民主自治

引言

广东陆丰乌坎事件是一起发生在中华人民共和国广东省陆丰市的群体性事件。2011 年 9 月 21 日上午，乌坎村 400 多名村民因土地问题、财务问题、选举问题对村干部不满，到陆丰市政府非正常上访，随后发生了打砸警员、警车事件。随着事态发展，11 月 21 日，村民再次集体上访，数日内不断引发冲突，随后事态逐渐平息。后经当地党政部门的积极应对处理，最终事件峰回路转迅速平息，原村委会干部被依法查处，维护了村民的合法土地权益。乌坎更是在今年年初迎来了该村 40 多年来的首次民主选举。[22]

广东潮汕地区遗存的宗族制度和类似于中国传统文化中乡绅角色的林祖銮，在乌坎事件中均有凸显其身份价值。尤其是接近传统乡绅身份的六十八岁的林祖銮老人，他在乌坎事件中保持理性平和，带领乌坎人民争取自我权益、维护土地权利，在一人一票的民主选举中被选举为新的村委会主任，是乌坎名副其实的精神领袖。他通过主持协商等方式解决当地问题，具备一定的民主要素，并促成了该事件的最终解决。设想如能在按照建设社会主义新农村的基本原则下，去除旧乡绅制度的弊端和糟粕，在民主与法治的道路上发挥其新时期背景下的
新的积极作用，可能会为社会主义新农村的建设与发展提供一些改革的启迪与经验。

一、中国乡村地方政治制度引论

中国传统的政治文化决定于传统的分散的小农自然经济方式，并以此为基础形成了血缘维系的宗法族制社会结构。中国传统的政治文化在制度上表现为国家层面上高度集中的维护王权为核

[22] 参见庞胡瑞：《广东乌坎事件舆情研究》，载 http://yuqing.people.com.cn/GB/16788483.html，访问于 2012 年 5 月 28 日。

心的专制制度和地方上以长老权力为核心的宗族制度。在传统中国的管理结构方面，它的上层是中央政府，并设置了一个自上而下的管制系统；它的底层是地方性的管制单位，由族长、地方权威或地方名流掌握。[23]如此形成了中国的中央集权和地方分权的权力结构。

“在中国历史上乡村社会尤其是清末乡村社会的政治特征：以代表皇权的保甲制度为载体，以体现族权的宗族组织为基础，以拥有绅权的士绅为纽带而建立起来的乡村自治政治。”[24]秦晖教授则把它完整的概括为：“国权不下县，县下惟宗族，宗族皆自治，自治靠伦理，伦理造乡绅”。[25]宗族是中国历史上存在时间最长、流布最广的社会组织。宗族制度在一定程度上起到了社会基层管理组织的作用，与保甲制互为经纬，共同为国家服务。族权与绅权合一的情况经常出现，乡绅常常是宗族首领，乡绅管理地方事务很多是通过宗族进行的。

我国现在实行的基层群众自治制度，是在新中国成立后的民主实践中逐步形成的中国特色政治制度，是指城乡居民选举产生居民委员会和村民委员会，自我管理、自我教育、自我服务，实行居（村）民自治，直接行使民主权利，依法办理自己的事情的基层民主制度。这套自上而下的组织架构，在村一级以行政村为主。[26]新中国成立以后的一系列改革，使得传统的乡村社会发生了改变，土地革命铲除了原有的经济基础，对传统封建秩序进行否定，传统的道德教化标准改变，阶级重新划分，从根本上打击了传统的乡村政治制度，也导致了一定的不良后果。

二、中国古代乡绅制度的表现

乡绅，是中国传统社会自科举制以来产生的一个独特的社会阶层，具有公认的政治、经济和社会特权。在明清时代，这一阶层对基层社会的治理和建设发挥着重要作用。他们使得乡村权力体系中的行政权和自治权融合，构筑起国家与地方政治的重要桥梁。对外，协助官方进行乡村治理，作为百姓利益的代言人与官方进行抗衡。对内，处理当地的公共性事务，维系宗族关系。

“这些以士绅为主体的地方精英是国家和地方政治衔接的桥梁，作为地方领袖，他们与政府结成联盟，在本地承担许多职责，他们担任官员与当地百姓之间的中介，就地方事务出谋划策，同时在官吏面前又代表了地方利益。在正常情况下，政府和士绅的主要利益是一致的，并且为保持社会的轮子运转和维持现状，他们相互合作。但是当他们的利益相悖时，士绅则会批评，甚至反对和抵制官府的行政，不过并不对中央政府造成严重威胁。 但是，从总的来说，士绅是清末乡村自治政治的重要纽带。这主要表现在：第一，士绅是保甲制度发挥作用的纽带。……第二，士绅对地方自治性事务发挥着作用。”[27]

历史上该阶层不乏作威作福、鱼肉百姓之辈，但作为传统基层政治制度中的重要部分，乡绅制度确实在一定程度上维系着乡村社会的稳定，推动着小农经济的发展。

---

[23] 王先明：《近代绅士》，天津人民出版社 1997 版。
[24] 参见于建嵘：《清末乡村皇权、族权和绅权的联结》，载《探索与争鸣》2003 年第 3 期。
[25] 秦晖：《传统十论——本土社会的制度文化与其变革》，复旦大学出版社 2003 版。
[26] 杨海坤、上官丕亮、陆永胜：《宪法基本理论》，中国民主法制出版社 2007 版。
[27] 参见前引[27]

三、乌坎特有的宗族文化环境和乡绅再现的表现

乌坎，位于广东省汕尾陆丰市东海镇，是一个海边小镇，是潮汕地区的重要港口。宗族作为一个具有深厚历史根源的文化现象，曾在新中国建设中作为封建落后的代名词而被打压至销声匿迹。然而由于潮汕地区文化和历史的原因有着其独特的发生发展的方式，该地区的宗族在中国改革开放后 “死灰复燃”。基于族权和绅权常合一的特点，因此认为该地区乡绅的产生是具有一定的合理性的。

“历史上的珠江三角洲，宗族文化非常发达，单姓村普遍，地方领袖通常由族人产生，再获政府认同。他们多是祭祀、教育、水利和商会的主持人，他们管理的事情很多，行使的权力相当广泛，涉及立法（族规制定）、司法（极端者族中由杀人权）和执法权，更不用说祭祖拜神、组织生产、教育社化（如祠堂私塾）、调解纠纷、赈灾救济、应付官府等事务。由是之故，对地方领袖的要求非常之高。首先是智力要高，其次要懂道理，熟悉当地社会规范，再次是他愿意为社会服务。……他要清楚地表示自己愿意办公事，并表现出办公事的能力。这个人还要能代表该村出面，外村人有事找谁？被找的人就是村长。这个位置自然而然产生，也没有任命，但大家都知道，因为众人都来找他断事，在进行一些礼仪活动时推他出来，他便开始成为基层社会的领袖之一。”[28]

由材料推论，笔者认为在乡绅地位判断方面，并不仅仅局限于学识和财富，更重要的是在公共生活公共事务中的承担和成效。其一，林祖銮当过兵经过商，也做过乌坎村委会的副主任，见识谈吐均被高度评价；其二，他在乌坎事件中倡导以和平方式带领乌坎村民争取民主、维护土地权益，最终获得成功，更有期间他在 40 多年来乌坎第一次民主选举中获得绝大多数选票而当选为村长，影响力和威望可见一斑。对内，维系宗族内部关系的稳定，处理当地的公共事务；对外，以维护村民权益为目的向官方提出诉求，反对暴力，理性抗争。可以说是新时代背景下的一位乡绅型的人物。

四、新时代背景下乡绅存在的意义及对村民自治的启迪

（一）我国在社会主义新农村建设中遇到的问题

我国幅员辽阔、人口众多，经济发展不平衡，城乡差距较大，当前的中国乡村民主政治发展仍然面临相当多的问题。在经历过上世纪初五四运动及其余波的涤荡和文化大革命的严重破坏之后，中国传统政治文化遭到了全盘否定和毁灭，认为西方文化才是先进的，然而传统文化资源在解决中国特色的问题时，依然具有其可取性和优越性。1982 年宪法认定村民委员会是“基层群众性自治组织”。1998 年 11 月《村民委员会组织法》正式颁布实施，以法律形式赋予农民自我管理的权利。《中国共产党章程（修正案）》中，“基层群众自治制度”被提升为走中国特色社会主义政治发展道路必须坚持的四项政治制度之一。尽管国家对三农问题有相当高的重视，相关的法律和制度也已经建立，但限于农村基层民主建设的现状和环境，村民自治管理体制和工作机制并没

[28] 转引自张静，李秀国、单世联:《华南传统乡村社会地方领袖的产生办法》，载研究项目申报计划书（华南乡村基层干部的产生模式）历史回顾部分，1999 年。

有得到完善和完整的执行，农村社会现代化进程缓慢。

在杨海坤、曹寻真《中国乡村自治的历史根源、现实问题与前景展望》一文中，将推进乡村民主政治进程中所面临的问题归纳为三个方面：

第一，旧乡绅阶层衰落，新乡村精英难以崛起。

第二，国家对乡村放权程度不够，和谐的乡、村、组各级关系难以形成。

第三，宗族的良性作用得不到发挥，而恶性作用却在膨胀。[29]

第二方面笔者倾向于认为在现行的农村民主政治中，问题是集中表现在作为村民自治制度的基础，选举权利常常得不到保障。程序违法的情况下，自然无法产生真正的自治实体，即使程序合法，在国家权力强制下实行的乡村的威权机构常常为村级党政机构，也难以形成自治实体。民主选举的无法保障亦会导致无实质的民主管理、决策和监督。缺乏监督导致的脱离民意闭门决策、腐败等现象更违背了广大村民的利益，使得村民自治的意义大大削弱。落实竞选权利以及管理、决策、监督的重要性不言而喻，不在此多作论述。

第三个方面提及的宗族与第一个方面提及的乡绅问题作为中国传统地方政治制度的基石，有其正面意义，也有消极影响，笔者认为，重要的是在理论与实践中寻求传统与现代的平衡。

（二）乡绅制度在当代农村自治中的意义

当下是社会转型中农村变革的重要时期，乡绅制度在当代农村社区的复活既有其传统文化方面的渊源，也有其现实的文化基础。因此，对乡绅的历史功过进行综合考量，承认其在传承中华优秀传统文化、维系当地基层秩序稳定的历史贡献，重视其构筑了乡村发展与国家政策的桥梁作用和正面效果，探索新时代背景下乡绅存在的意义和对中国三农问题解决的影响，具有非常重要的现实意义和历史意义。

笔者认为，探寻乡绅、宗族制度在新时代背景下的意义，并不意味着要逆现代化的大趋势而行，相反是一种在现代化大潮中对扬弃的一种探索与实践。因为在政治制度方面，地方自治类似于乡绅治理的制度和现代化的管理体制并非是“非此即彼”的二元对立的关系。

近年来，也有学者提出“新乡绅”[30]的概念，“新乡绅”是指受过良好教育的，拥有一定财富或者创业能力的，乐善好施的，在当地具有一定威望的乡村人士。一方面，广大出自农村的精英们有较高的精神追求，他们参政议政的热情高涨，并自愿将经济能力转化为参政机会，同时社会主义新农村建设的变革需要更多的人才，为他们提供了一定的机会和可能。另一方面，农民渴望发财致富、安居乐业，这些则可以通过精英们的政治参与和实践得到满足，进而促进社会主义新农村的建设与发展。[31]

（三）对中国基层社会自治新模式的探索

如果找到了新时代背景下乡绅存在的意义，又如何结合乡绅自治的传统和社会主义新农村建

[29] 杨海坤、曹寻真：《中国乡村自治的历史根源、现实问题与前景展望》，载《江淮论坛》2010 年第 3 期。
[30] 参见宋青宜：《在中国农村打造新乡绅阶层》，载《成都日报》2010 年 5 月 6 日。
[31] 参见柯可：《建设社会主义新农村之红乡绅论》，“固本强基保先进，建设社会主义新农村”研讨会征文，2005 年。

设的理论，开创中国基层社会自治的新模式？参考了前人观点，站在巨人肩膀上提出以下设想途径。

第一，就形式而言，推行乡村直选。

现行的农村民主政治中，选举权利常常得不到保障，无法产生真正的自治实体。当前，不少人尤其是地方官员认为中国农民尚不具备自我管理和理性选择能力，因此主张乡村民主应该缓行。

在《中国乡村社会中的村民直选——对江西省 40 个村委会选举观察的一项综合研究》课题中说到“由村民直选看村民自治前景”：实际上选民对民主的诉求是强烈的，他们的选择行为也已趋于理性化。诚然，在选举之前，有相当部分选民对选举的规则、程序和技巧知之甚少，但是这些知识并不复杂，“任何拥有清晰头脑与具备分辩好坏的判断能力的人都能够正确地行使其权利。”只要乡村正式权力组织给选民以利益表达的机会，他们便能很快地
在民主的实践中学习、并掌握这些知识与技能。只要真正将权利交给选民，他们便能很快地掌握制度的精髓，并善于利用制度为自己谋利益。因此，研究表明，乡村社会已具备实施村民自治的良好基础。[32]

在《农村党组织书记公推直选研究——以广东省东莞市为例》一文中，从实践结果的角度总结出乡村直选的优点：（1）改善了村(社区)党支部班子结构，提高了支部成员素质。（2）扩大了基层民主，顺应了基层民主政治建设大趋势。（3）增强了当选干部的宗旨意识和责任意识，密切了党群干群关系。（4）进一步拓宽了选人视野，广辟知人渠道，变“伯乐选马”为“赛场选马”。[33]足见乡村直选的优越性。

笔者认为通过乡村直选，可以保障村民的合法选举权，形成真正的自治实体。涉及乡村管理者为民服务的“意愿”和“能力”问题，可以通过人民自己决定，推进乡村民主。尽管乡村直选在“新乡绅”这一群体获得乡村的管理权这一事情上并无决定性必然性的辅助，但作为本地出生的精英，凭借自身对家乡的归属感，和更强的建设意愿及为人民服务的理念，他们这些高素质的乡村精英在乡村直选中无疑有着巨大的优势。乡村直选可间接地促进新时代的乡绅阶层的形成与发展。

第二，就对象而言，培养高素质农村新型管理人才。

上文所说的“新乡绅”群体可作为重点培育对象，其中包括军人、企业家、大学生村官等。可优化村级干部队伍结构，提高乡村管理层的素质，促进社会主义新农村建设的步伐。更可减缓大学生、复业军人的就业压力，企业家角度而言，“他们普遍拥有过人的才能及领导、组织和管理水平。当‘乡土情’网住这些企业家的心，令这些企业家产生归属感、社会荣誉感时，不仅能够利用先用的宝贵资源，有效地推动社会发展，而且能够合理规划、利用企业以及其他社会资源，引导社会进一步向前发展。”[34]

---

[32] 参见肖唐镖、邱新有、唐晓腾、董磊明：《中国乡村社会中的村民直选——对江西省 40 个村委会选举观察的一项综合研究》，载《战略与管理》2001 年第 5 期。

[33] 参见韦绍福：《农村党组织书记公推直选研究——以广东省东莞市为例》，载《人民论坛·学术前沿》2009 年第 12 期。

[34] 参见李志强、郑琴琴：《中国现代乡绅——企业家的社会责任》，载《上海企业》2006 年第 8 期。

第三，就乡绅制度的独特性而言，应考虑与之相关的宗族制度的弊端，积极平衡宗族势力。

乡绅制度常与宗族制度紧密联系。然而宗族制度有一定的负面影响如影响农村的市场化、法治化进程，基层政权建设以及社会稳定等问题。平衡宗族势力的必要性不言而喻，可鼓励家族积极培养农村精英，形成良性竞争，也可促使宗族与乡村精英合作对乡村进行管理。减少宗族制发展所带来的消极影响，维护社会秩序的稳定。宗族问题本身也是一个较为复杂的议题，在此不多作赘述。

第四，从非政府角度而言，发展民间的农村自治组织。

我国对民间自治组织提供的发展空间有限，另外民间组织本身有一定的消极影响，加之大部分民间组织发展也刚刚起步，因此并没有在村民自治中发挥重大作用。可鼓励精英（即“新乡绅”）进入在民间自治组织这类非政府领域充分发挥其才能，为民生问题出谋划策，分担政府压力的同时，制衡政府权力，维护村民的合法权益。

第五，加强农村法制建设，改革和完善农村各项制度。

乡绅制度易被诟病为“人治”，因此，必须加强农村法制建设，宣传法律意识，充分发挥法律的规范作用。完善的法制一定程度上可抑制乡绅制度的弊端，破除“人治”的陋习，对“新乡绅”产生一定的制约，使之在法律规定的范围内能更有效地参与农村基层自治，促进农村的法治化进程，推动农村的现代化发展。

结语

农村自治的发展是一个渐进的过程，新时期背景下的乡绅制度，如能通过与现行的社会主义农村管理体制相结合，探索出中国基层社会自治的新模式，相信这对于促进公民意识、锻炼并提高公民素质，解决民生问题、凝聚群体的认同感和归属感，社会秩序的稳定以及农村的现代化发展都有着相当的积极作用和正面影响。这便是乌坎事件中乡绅的再现对于笔者的最大启迪和思考。

制度及其运作：村务公开的法律制度研究
——对广东“乌坎事件”的追问

2010 级 徐继旺

摘 要：自 1998 年我国颁布《村民委员会组织法》首次明文规定了村务公开制度以来，村务公开制度经过这么多年的发展完善，时至今日，其已成为我国农村民主监督的一项重要制度和村民自治健康发展的积极保障。本文主要以广东“乌坎事件”为研究缘起，探讨了村务公开的法律依据，分析了村务公开制度在现实运作中存在的问题及原因，并在此基础上对未来村务公开制度提出了对策措施，以期对村务公开制度的进一步完善和发展有所裨益。

关键字：村务公开 民主管理 民主监督

一、研究缘起：广东“乌坎事件”提供讨论契机

广东“乌坎事件”，是因集体土地在村民不知情的情况下被村委会部分基层党群干部贩卖而引发的群体性事件。乌坎村原村两委干部非法转让土地，利用职务侵占村集体财产，收受贿赂，违规购买小汽车，违规操作村民委员会选举等。此外，还有陆丰市交通局挪用国债资金，陆丰市国土资源局东海国土资源所、土地交易中心有关人员违规办理土地转让手续，并收受贿赂，陆丰市社保局、东海镇部分干部违规帮助薛昌等 7 名村干部购买社会保险，并从中收受贿赂，陆丰市农村信用合作联社个别人员收受好处费等问题。[35]乌坎事件折射出当前一些地方农村基层组织软弱涣散，党群干群关系紧张，一些基层党员干部宗旨意识丧失，民主意识不强，滥用职权，或者以权谋私、违法违纪的问题比较严重，对涉及土地征用、工程发包、山地出租等重大事项决策搞“一言堂”、“家长制”，明目张胆地侵占集体利益，损害群众权益。[36]

此外，此次事件更让我们清醒的认识到，当前农村中政务、财务等群众关注的焦点问题不公开，是影响农村干群关系、产生矛盾的一个重要原因。近些年来，农村出现了一些不稳定的因素，在相当程度上是由于少数干部垄断资源（包括政治资源、经济资源和社会资源）的控制权，村务不公开或不完全公开，管理上处于“黑暗操作”状态，村民对干部不信任、不放心，从而造成了干群关系之间的隔阂和鸿沟，甚至引发和激化恶性事件。有少数村干部，遇事不同村民商量，独断专行，使集体经济造成损失；有的村干部为政不廉，以权谋私，在计划生育指标分配、宅基地审批、户口管理、项目承包等事情上处理不公，侵犯、损害群众的利益，使村民意见很大，反应

[35] 参见《乌坎原村干部被查处》，载《广州日报》2012 年 4 月 24 日第 A2 版。
[36] 参见李松：《乌坎事件折射出什么》，载《新闻晚报》2012 年 1 月 10 日第 A1 版。

强烈，上访告状时有发生。有些地方由于村务不公开，财政管理相当混乱，贪污、挪用、吃喝等问题突出，滋生了不少腐败现象，甚至极少数干部违纪违法，走上了犯罪的道路。上述问题，既影响到村干部与村民的之间的信任，也影响到农村经济的发展与社会的和谐。因此，实行村务公开是当前缓解农村矛盾的需要，是发展农村经济的需要，也是维护社会稳定的需要。

二、法理基础：村务公开的法理依据

探究村务公开制度存在的理论基础，即是探究村民了解村庄事务的权利和村民委员会将村庄重要事务向村民公开的义务的法理渊源。

（一）人民主权理论

所谓人民主权，即“主权在民”，是指国家的最高权力被国家中绝大多数人拥有。“在每个个别的国家之内，存在着构成最高政治和法律权威的实体，主权构成国家权力存在和行使的正当性基础”。[37]人民主权强调人民是权力的最终拥有者。国家的权力来源于人民，归属于人民并且服务于人民的宪政理念是人民主权原则的集中表现。18 世纪法国启蒙家卢梭曾对人民主权思想作出明确而系统的阐述：“国民全体为主权的所有者，为主权的主体，而行使主权的个人或者机关，则系受主权所有者的委托，而行使其权力。”[38]所以说，人民才是国家一切权力的来源，主权只属于人民；人民的意志才是一个国家的意志，在一个国家之内，再也没有任何意志高于人民的意志。人民主权理论的出现是近代宪法的基本原则，也是国家学说的一次重大飞跃。

我国要实行村务公开，依据人民主权理论，其原因在于：

首先，需要分析村民委员会所行使的权力来源。作为一个基层群众性自治组织，村民委员会由村民选举产生，代表村民来实施管理和提供服务，因此村民的授权是其行使的一切权力来源。为了能更好地实现村民自治是其设立和行使权力的目的。所以，村务公开是村民要了解村民委员会是否适当、完整地执行了授权目的一种重要途径，村民委员会必须将村庄的重要事务公开并以此接受村民的监督。

其次，再来探究村民委员会行使的权力内容。虽然村民委员会只是一个基层群众性自治组织，不具有国家政权的性质，但其行使的权力却涉及到村庄的各个方面，关系到村民的大事小事，其权力的内容不仅宽泛，而且村民的利益会被最直接的触及。同时，村民委员会行使着一种类似于行政权的公共权力，一部分行政权力的运用有时也会涉及到。法律法规可以授权村民委员会行使一定的职权，行政机关也可委托其行使一定的行政职权。因此，对村民委员会的监督是非常必要的。唯有公开和透明地行使权力，才能彻底的杜绝腐败滋生，公众才能了解到相关情况从而进行正确和理性的选择，民主参与才会真正的实现。

所以笔者认为，人民主权理论是村务公开制度最根本，最本源的理论根据，即村务公开制度的理论根源。

[37] 王光辉著：《比较宪法》，北京大学出版社 2007 年版，第 84 页。
[38] 参见王世杰、钱端升著：《比较宪法》，商务印书馆 2010 年版，第 56 页。

（二）知情权理论

知情权，又称“了解权”,“接触权”等等，其一词源于英文“right to know”，一般认为它是指由法律规定的公民、法人及其他组织享有了解，知悉，获取法律规定的该主体应当了解、知悉、获取的各类信息的权利。

“我国现行宪法虽没有直接规定公民的知情权，但我们不能因此而否定了公民的知情权，只能说它目前在我国宪法中还只是一项隐含权。”[39]知情权是有其宪法根据的。我国宪法第二条规定“中华人民的一切权力属于人民，人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务。”这既体现了人民主权原则，同时也是我国公民应有知情权的宪法根据。国家的一切权力属于人民，人民要对国家实行管理，首先其必须知道相关的信息，法律、法规授权的行使职权、履行公共管理服务职能的组织往往掌握着这些信息。因此这些机关组织应该公开其掌握的信息，否则主权在民无从展开。而且要真正实现我国宪法规定的大部分基本权利，都必须以知情权为前提，其贯穿于其他基本权利的实现过程的始终。因此，宪法之中自始至终存在着知情权。

基于此，笔者认为，存在于宪法之中的知情权理论是村务公开制度的直接理论根据。

三、现状透视：村务公开运作中面临的困境

我国村务公开工作开展以来，在全国范围内取得了明显的成效。无论对发扬社会主义民主、依法行政，还是推进民主监督、从源头上遏制腐败、提高政府办事效率、促进农村经济发展都起到了很大的推动作用。但另一方面，由于各个方面的因素，在实际过程中，村务公开制度还不同程度地存在着各种各样的问题，这也让我们看到了实行村务公开和推行村务公开这一任务的复杂性、艰巨性和长期性。

（一）村务公开的内容、形式及程序不规范

1.村务公开内容不规范

（1）村务公开内容不真实。 内容失真是指公共账目与实际不符，含有水分，可信度低。《中华人民共和国村民委员会组织法》第三十条明确规定：“村民委员会应当保证所公布事项的真实性，并接受村民的查询。”尽管国家法律、法规明确规定并三令五申要保证公正内容的真实性，但有些地方仍存在着公布内容缺乏真实、不真实或可信度低的问题。具体表现在：“公布明的不公布暗的”、“公布表面的不公布深层的”、“公布虚的不公布实的”等问题，群众一看就知道干部在做样子，对公开由怀疑到丧失兴趣，长此以往，不但不能达到公开的目的，反而影响了村民广泛参与村务管理的积极性，干群关系变得紧张，严重影响了村里的安定团结和社会稳定，这也是村务公开工作中存在的最普遍、最严重、最致命的问题。村务公开内容失真的另一现象是：公开的内容一般只是法律的规定和活动结果，是既定事实，至于这样做的原因，却没有在公开中交代，人民群众也无法及时了解。“明白墙”变成了村官们不廉洁的挡箭牌，成为弄虚作假的护身符。

[39] 刘广登：《论知情权》，载杨海坤主编《宪法基本权利新论》，北京大学出版社 2004 年版，第 175 页。

此外，村务公开内容不真实最为突出的矛盾表现在财务公开不真实方面。乌坎村财务问题专项工作小组组长、广东省省农业厅副厅长顾幸伟的调查显示，乌坎村存在比较严重的财务管理问题，一些村干部违反财经纪律，村在发展中也有损害农民直接经济利益的问题。村财务管理方面问题主要表现在，一是公款私存、坐收坐支、多头开户；二是手续不全，自制单据，白条入账；三是财务公开不具体，不详细，村干部得不到有效监督；四是有些重大事项没有经过集体讨论，土地收入支出、部分村公益事业建设承包方案等，没有招投标和签订建设合同，主要干部说了算。此外，少数村干部存在利用公款送礼办事、重复领取社保、用公款购买私家小车等问题。在保障农民经济利益方面，存在土地出让收入村民直接得益很少、一些企业应上缴的租金没有及时收取、与港方合作结算中造成集体资产流失等问题。[40]

村务公开、民主理财是法律赋予村民的正当权利，但在一些地方却成了“聋子的耳朵——配搭”。税费改革推广后，村一级的公开收入主要是农业附加税的 20%，但每个村总有一些收入群众是不清楚的。“综合不同统计口径，全国乡村债务总规模应在 4000 多亿到上万亿元之间，甚至更多。来自财政部科研所的一份报告也显示了与此大致相同的结果：全国乡村债务总体规模大致在 6000—10000 亿元，占我国 GDP 比重的 5—10%，占财政收入的比重约为 30—50%。具体到地方，债务规模也不容乐观。安徽省池州市乡村两级债务为 4.9 亿元，乡均 1080 万元，村均 38 万元；四川通江县 2002 年底乡级负债 5.32 亿元，村级负债 3.89 亿元，仅村级负债就相当于该县当年一般预算收入的 13 倍；河南省化解乡村债务试点县——温县乡村债务规模为 1.6677 亿元。来自豫北某地级市的一份调查报告显示，截止到 2003 年底，该市乡级负债总额 12.09 亿元，平均每个乡镇 785 万元；村级负债总额 10.53 亿元，平均每个行政村负债 29.53 万元。”[41]

村务公开内容不全面。这方面的问题主要是公开的重点不突出。《中华人民共和国村民委员会组织法》第三十条规定：“村民委员会应当及时公布下列事项，接受村民的监督：（一）本法第二十三条、第二十四条规定的由村民会议、村民代表会议讨论决定的事项及其实施情况；（二）国家计划生育政策的落实方案；（三）政府拨付和接受社会捐赠的救灾救助、补贴补助等资金、物资的管理使用情况；（四）村民委员会协助人民政府开展工作的情况；（五）涉及本村村民利益，村民普遍关心的其他事项。”然而，群众关心的敏感问题、热点问题村委会却未能按照法律的要求做到全部公开。在一份关于中西部的调查报告中，从表 1 的统计结果看，村民最关注的村务公开内容恰恰是财务问题。[42]而实践中由于村民和村干部之间存在着明显的信息不对称现象，即村民对村干部的行动细节及相关知识缺乏深入细致的了解，这些要求公开的信息经过“守门人”——村级干部的审视、权衡、增删以后到达受众——村民时其有效信息已经大大减少，村干部肯定会最大限度地过滤对他们不利的信息，如村财务公告栏中经常出现所谓的“其他”的项目，引起村民很多怀疑，导致村民和干部之间的猜测和矛盾。这类关键问题的出现还是因为部分村干部为

[40] 参见《省工作组通报第一阶段工作情况：乌坎村问题调查取得重要进展 》，载《南方日报》2011 年 12 月 31 日第 10 版。

[41] 焦元森，焦元玉：《乡村巨额负债考验农村税费改革》，载中国乡村网，http://www.zgxc.org.cn/html/sannongtansuo/shijiantansuo/20090522/60176.html，2012 年 5 月 2 日访问。

[42] 马俊军，唐明：《中西部欠发达地区村务公开的管窥与反思———基于一次民主管理与村务公开的实地考察》，载《湖北行政学院学报》2007 年第 3 期。

政不廉，财务不公开，想用权利来捞一把，不甘心自己手中的权力贬值。他们的所谓“公开”，只是迫于形式压力，不得不公开。

2.村务公开流于形式

如果说公开的内容不真实是村务公开的实质性问题，那么公开形式上的问题就是村务公开的“表面性”问题。主要表现在：（1）村干部一手定公开。有的村民代表议事会、村民理财小组没有发挥作用。公开内容、公开地点、公开方式，完全由领导一人独断。（2）公开不及时。首先是公开的时间没有明确规定，过于随意，有些村三个月一次或半年一次，甚至一年一次。其次是公开不及时，把 6 月份应该公开的内容拖到 12 月才公开，从而省去了老百姓的监督。（3）公告栏形同虚设。上面部署的很多很细，可是具体指导监督的却很少；有些村务公告栏，纯粹是“面子”工程，公开的内容字迹潦草，账目形式太“专业”，村民无法看懂；公告栏无人管理，公开内容不到一天就被人撕毁或是风吹雨淋、模糊不清；村民对公开的内容质疑提出查询时，无人接待；同时，公告栏不固定，村干部随意更换公开地点，或者公告栏地处偏僻，村民阅览不便等等。（4）审核不及时，账目不公开。有的村频繁更换财会人员，出现了“一茬干部一茬会计”，“一茬干部几茬会计”的现象。且人换帐不交，多数不进行账目核算和审计，对群众密而不宣。乡村民主理财流于形式，给一些干部违法乱纪留下了可乘之机。

表 1　您希望公开的内容（多选）（n=97）

	频次	比例（100%）
村里财务	88	90.7
计划生育	81	83.5
上级政策	77	79.3
村委会的工作计划	62	63.9
救灾救济款	72	74.2
工程招标情况	38	39.2
宅基地情况	49	50.5
集体土地承包、出租或征用情况	41	42.2

3.村务公开程序不规范

村务公开中宏观的普遍性程序，大体上包括五个工作步骤：（1）确定公开内容；（2）审查核实公开内容；（3）公开内容（4）征询意见（5）建立档案。所以，按照要求，村务公开应做到：重要的村务事项应先议事，后决策公布；财务收支应先审计理财，后核实公布；重要的统计数据应先公布，后审核上报；对涉及执行政策要求完善的内容，应先公布办事的依据、标准、程序，然后公布群众的反馈意见及答复、纠错情况，最后才能公布最终的办理结果。然而，目前许多地方已经大大简化了公开的程序，事前、事中、事后公开的要求，往往只能做到其中之一。涉及村里公益事业的投入等重要村务，前面的议事、决策程序直接被忽略，仅在事后作形式上的公布，或者只事前向村民代表会议做告知式的公布。这样的公开，群众只能是似乎了解村务的某些事情，但仍不清楚村里决策的方式、过程和结果，因而也无法保障他们的应有权益。

（二）村务公开监督机制不到位

一个完善的制度应包括组织制度、管理制度、监督制度以及救济制度。一个有效运作的制度往往是一系列具有有机联系制度元素联接起来的闭合系统。村务公开制度的运行要取得良好的运作效果，除了要设计完善、执行缜密外，还必须有严格的监督制度。村务公开出现众多问题，很重要的原因就是缺乏强有力的监督制度。

1.村务公开监督小组制度和程序上存在问题

“制度实施的程序化是一个制度从文本走向具体运作的合法性保证，也是保障它在运作中获得合法性认同，实现良好的制度实施绩效的有效机制。程序化对制度实施的合法性保障主要通过确立制度化的具体运作步骤，防止出现实施行为简单化或随意化、实施主体单一等现象”[43]。

《中共中央办公厅、国务院办公厅关于健全和完善村务公开和民主管理制度的意见》（17 号文件）明确要求每个村庄设立村务公开监督小组。村务公开监督小组成员经村民会议或村民代表会议在村民代表中推选产生，负责监督村务公开制度的落实。村干部及其配偶、直系亲属不得担任村务公开监督小组成员。村务公开监督小组及其成员应当热爱集体，公道正派，有一定的议事能力，其中应有具备财会知识的成员。村务公开监督小组要依法履行职责，认真审查村务公开各项内容是否全面、真实，公开时间是否及时，公开形式是否科学，公开程序是否规范，并及时向村民会议或村民代表会议报告监督情况。对不履行职责的成员，村民会议或村民代表会议有权罢免其资格。

但是，中办 17 号文件没有明确规定如何启动监督程序，而只有在启动监督程序后监督作用才能发挥。如果缺乏明确且有足够动机的启动监督程序的主体，再好的监督制度也只能是一句空话。监督小组如何启动监督程序，有两种方式可以选择：一是少数服从多数的民主决定方式；二是组长在听取其他成员意见之后单独裁量决定。如果选择前者，组长只是扮演了召集人的角色，那么在什么情况下组长可以履行召集义务；如果选择后者，监督小组的监督在相当程度上变成了组长的监督，由此产生的重要问题是组长由谁确定以及如何确定。从理论上讲，监督程序的启动方式，应以监督小组依职权启动和依村民代表会议启动相结合，这既可以保持监督的经常性，又保证了监督程序启动者的压力与动力。[44]此外，应加强监督小组的权威性与力量。村务公开监督小组成员缺乏足够的力量支持和抗衡监督对象。从理论上讲，监督者应当比被监督者更具有权威与力量，否则监督就会形同虚设。

2.村务公开监督不严格

在上文提及的马俊军和唐明的《中西部欠发达地区村务公开的管窥与反思———基于一次民主管理与村务公开的实地考察》调查报告中，一份关于实行村务公开困难的调查（见下表 2）显示，在村务公开困难的调查中“缺乏监督”排第三，说明村务公开的随意性还是比较强的，没有硬性的奖惩措施。[45]有的监督不按程序要求进行，而是随心所欲，必然影响公开的质量；有的不

---

[43] 卢福营：《冲突与协调——乡村治理中的博弈》，上海交通大学出版社 2006 年版，第 100 页。

[44] 李意：《村务监督制度的确实与完善——以浙江省 X 村村务监督小组制度为例》，载《兰州学刊》2005 年第 6 期。

[45] 马俊军，唐明：《中西部欠发达地区村务公开的管窥与反思———基于一次民主管理与村务公开的实地考察》，载《湖北行政学院学报》2007 年第 3 期。

敢大胆监督村务公开执行情况，审核把关不严，不能展开经常、有效地监督；有的对暴露出的经济问题不查处，更有部分村干部以种种借口阻挠监督，使大事化小、小事化无，极大地损害了法律的权威和政府的形象，使群众对村务丧失了信心。

表 2　实行村务公开困难的调查（多选）（n=100）

	频次	比例（100%）
村干部不愿公开村务	21	21.6
缺少监督	24	24.7
老百姓不关心	30	30.9
缺乏公开的有效机制	43	44.3

（三）村务公开救济机制不健全

对村务公开救济制度，《村民委员会组织法》规定：“村民委员会不及时公布应当公布的事项或者公布的事项不真实的，村民有权向乡、民族乡、镇的人民政府或者县级人民政府及其有关主管部门反映，有关人民政府或者主管部门应当负责调查核实，责令依法公布；经查证确有违法行为的，有关人员应当依法承担责任。”各地也相继出台了《村民委员会组织法实施办法》，但是法律上只规定了其“向村民会议或者村民代表会议报告村务公开的监督、检查情况”的责任，而且法律规定村民代表会议或村民会议只有村委会才有权召开，若村务公开监督小组与村民委员会（包括村党支部）产生矛盾冲突，村民代表会议或村民会议的听证程序无法启动召开，所以只能要么将矛盾上交要么放弃监督，造成村民自治内部矛盾化解机制的缺位。如果上交上级处理存在的矛盾，也因监督措施硬指标少，软指标多而无法有效监督。村务公开监督小组向乡镇政府和县级有关部门寻求行政救济的渠道只是在字面上被赋予，而没有其他任何职权。另外尽管 17 号文件规定可给予不合格的村干部相应的党纪处分或予以罢免，但鉴于农民参与政治活动的分散性和直接民主成本的高昂化，最具权威的罢免却不易实施。可除此之外的惩戒权几乎全部被村党组织所掌握，村干部同时兼任裁判员运动员的双重角色，村民代表会监督小组仅有“提出批评”或“限期改正”的权力，根本达不到惩戒目的，所以也无力监督。

四、原因解析：村务公开难的问题分析

当然，村务公开存在的问题是由于各方面的原因造成的，本文将从村干部个人素质不高、村民自治权利意识及政治参与积极性不强、制度激励体制不完善与制度设计存在缺陷以及村务公开信息传播模式不适当等四个方面予以分析。

（一）村干部个人素质不高

1.村干部对村务公开的认识不到位。

一部分村干部和村民对村务公开持消极抵制的态度。“一项公共政策若没有得到政治支持，则无论其专业化程度多高都难以持久。所谓政治支持既包括政策作用对象的支持，也包括政

策执行者的支持。”[46]就村干部而言，因深受传统体制运作惯性的影响，认为领导应居于普通村民之上，那么将村务公诸于众后会使“家丑”（工作中的问题和不足）外扬；有的是村干部在经济上存在问题，不敢接受村民的监督；还有的认为自身正直廉洁，搞村务公开则是额外的负担。

2.部分村干部自身存在财务方面的问题。

本来村务公开是民主监督的一种有效形式，其目的是“给群众一个明白，还干部一个清白”，但一些村干部却不愿意公开。林丛在《村民自治背景下农村居民对村务公开的评价研究——对湖北省武汉市江夏区 5 个村居民的调查》[47]中，对村干部小组成员能否履行职责的基本情况和小组成员履行职责是否到位的基本情况等做了调查，发现部分村领导干部自身存在着政治素养不高，不履行职责，自身不具备财会基本知识等情况。具体见表 3 和表 4。

有学者认为这是因为他们根本不重视村务公开，或者嫌麻烦，其实主要原因都不在于此。笔者认为，最主要的原因是这些村干部在经济上或多或少存在问题，因此不愿也不敢搞村务公开。比如，各种开支的很多原始凭证均是村、支两委人各自开出的白条，仅凭相互签字作证便交会计核算入账；有的则是借题发挥，巧立名目，虚报现金，多报金额。时间一久，其真实性和可靠性便很难认定。此外，还有些村干部，有的甚至是主要干部，能力偏低、素质较差，民主管理的能力根本就不具备，处理村务习惯于专断的行政手段，唯我独尊，尤其是在财务开支上，随意性较大；决策过程不讲民主，连连出现失误，给集体财产造成了严重损失，这样的村干部当然是不愿搞村务公开的。更有少数村干部存在有以权谋私、挪用公款、贪污受贿等违纪问题，因此他们更是抵制村务公开。

广东省工作组乌坎村干部违法违纪问题专项小组组长、广东省监察厅副厅长曾庆荣的调查显示，陆丰市农村信用合作联社营销中心有关人员利用职务便利，在乌坎村有关土地转让中收受有关人员 20 万元人民币，另有陆丰市国土局东海镇国土所个别人员在办理乌坎村有关土地转让过程中收受贿赂。此外，乌坎村财务管理存在公款私存、多头开户、土地出让收入村民直接得益少等问题，一些企业应上缴租金未及时收取，还有村办企业与港方合作结算中随意提高港方分红比例，造成了集体资产流失。[48]

表 3　小组成员能否履行职责的基本情况（n=150）

	具备	不具备	不清楚	未选中
热爱集体	72.0%（108）	0.0%（0）	9.3%（14）	18.7%（28）
公道正派	58.7%（88）	1.3%（2）	21.3%（32）	18.7%（28）
有一定的议事能力	61.3%（92）	1.3%（2）	18.7%（28）	18.7%（28）
有一定的财会知识	45.3%（68）	1.3%（2）	34.7%（52）	18.7%（28）

[46] （美）詹姆斯·W·费斯勒，（美）唐纳德·F·凯特尔：《行政过程的政治：公共行政学新论》，陈振明，朱芳芳等译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 78 页。

[47] 林丛：《村民自治背景下农村居民对村务公开的评价研究——对湖北省武汉市江夏区 5 个村居民的调查》，《社会工作》2007 年第 5 期。

[48] 参见《乌坎村土地转让存在受贿问题》，载《中国青年报》第 1 版，2011 年 12 月 31 日。

表 4　小组成员履行职责是否到位的基本情况（n=150）

	到位	较到位	不到位	不清楚	未选择
履行职责	15.3% （23）	57.3% （86）	1.3% （2）	7.3% （11）	18.7% (28)

（二）村民自治权利意识及政治参与积极性不高

村民对自身的自治权利所知不足。由村民群众依法办理自己的事情，发展农村基层民主，促进农村社会主义物质文明和精神文明建设是通过宪法正式确定的村民自治原则最主要的内容。因此，宪法赋予了村民选举、决策、监督和参与管理的权利。但是，通常情况下，村民只知选举权中的投票权，而对保障村民自制的监督、管理和选举中的罢免权等知之甚少，所以村民不能够自发的参与到监督中，履行监督权利。

另外，村民对本村村务公开的基本程序不甚了解。在林丛《村民自治背景下农村居民对村务公开的评价研究——对湖北省武汉市江夏区 5 个村居民的调查》中显示，访问者向村民详述了法律规定村务公开的基本程序后，在 150 份调查问卷中，仅有 55 人认为本村村务公开的基本程序是如此，有 29 人认为本村不完全是这样的程序，有 62 人完全不知道公开的基本程序。在监督小组的建立与否、成员构成、产生方式、成员能力要求等方面大多数村民比较了解，有 81.3%（122 人）的村民确认设立了村务公开监督小组，在这 122 名村民中又有 110 人可确认小组成员并非由村干部及配偶、直系亲属担任。[49] 从上述调查中我们可以发现，一方面村务公开的程序还很不规范，另一方面，更反映出村民参与自治的热情不高，政治参与能力较低等问题。

（三）激励体制不完善和制度设计存在缺陷

1.村务公开激励体制不完善

从法律规定和制度安排上看，中国农村实行村民自治制度，在这种村委会由村民选举产生的体制下，村民与村民委员会这一组织之间形成一种以“选举和被选举”为基础的委托——代理关系，“一人一票”的村民选举正是中国最基层农村村委会获得授权和权力的基本来源。按照这一原则，村委会也应该是因选举而获得管理村庄公共事务权力的唯一法定主体。但是，众所周知，村委会又必须在本村代办乡镇政府交给的任务，所以村干部是双向负责。[50]由于委托人和代理人之间存在着明显的信息不对称现象，即委托人对代理人的行动细节及相关知识缺乏深入细致的了解，代理人会违背委托人意志，奉行机会主义，因此委托人有必要对代理人实施监督激励。然而村务公开的结果不具有垄断性，对村民而言，收益和损失都是间接的，这就会产生一个问题，即由谁去进行监督。普遍意义上的民主监督是一项集体行动，部分村民必然不愿意或希望少承担公共产品供给的成本而获得收益，若无硬性规定，很难达成一致的集体行为。[51]由于集体行动的结

[49] 林丛：《村民自治背景下农村居民对村务公开的评价研究——对湖北省武汉市江夏区 5 个村居民的调查》，《社会工作》2007 年第 5 期。

[50] 张厚安：《中国农村村级治理——22 个村的调查与比较》，华中师范大学出版社 2000 年版，第 499—500 页。

[51] 李军：《关于村民治理中民主监督乏力问题的思考——从监督主体角度出发的一个个案调查》，载《云南行政学院学报》2004 年第 3 期。

果是一种公共产品，集体中的每个人都有“搭便车”的动机，不会无条件的为集体的共同利益采取行动，从而使集体行动陷入困境，“集体行动的困境”[52] 反映出激励机制的短缺和不到位。要使集体效用目标有效地实现，一套行之有效地奖惩规则必须建立，对村里的每一个成员应合理的区别对待，赏罚分明，以此来超越集体行动的障碍。

2.村务公开制度设计上存在缺陷

规范性制度安排和惩戒性制度安排两个部分是任何一项理想、完整的制度都应该包括的，行为模式和制裁手段需做到统一。规定制度行为模式或目标模式是规范性制度安排的实质和核心，即告诉人们应该做什么，不应该做什么；而惩戒性制度安排是规定对制度客体的制裁手段，即如果不作为将要承受相应的惩罚。[53]而村务公开制度安排中只对村级组织和村干部应该做什么有所规定，对于做或不做什么将要受到什么样的奖励或惩罚却没有明确规定；只有规范性制度的规定，没有惩戒性制度的规定。规范性的要求缺乏可靠地落实保障，势必会导致组织的投机行为及其他不良现象。对乡村干部的奖惩机制在中央和省级虽有所建立，但在省级以下尤其是乡一级，或对中央和省的制度置之不理，或因缺乏相应的配套操作

措施仅停留在文本层面上，对村级组织和村干部的过错行为，缺乏责任追究机制，使得村务公开的实际运作常常偏离预期制度。

（四）村务公开信息传播模式不适当

任何管理系统的有效运行，系统科学的内在规律必须得到满足，有效的反馈机制必须具备，从而管理信息的闭环系统才得以构成。村务公开实际中是一种单向的无反馈（或称之为弱反馈）的信息传播模式，应该采用一种双向的反馈式的信息传播模式，即在村务信息的发布时，若只通过设立公告栏的形式，村民们只能被动地接受信息，他们的意见和评价既无法反馈，具体事实的真实性和准确性也无法得到检查。

此外，有些村的村务公开进行到公开这一环节后便结束，至于群众对公开的内容有什么意见，如何处置群众的意见，却不够重视，或者不予理睬。中国的农村村民自治组织与一般的群众自治组织不同，它建立的基础是行政区域的划分，村委会相当于一级的行政村组织，为此，村民自治组织必须把政府下达的任务完成，配合乡镇的行政工作。事实上，在民主选举村民委员会后，村干部既要向上对乡镇政府负责，又要向村民负责。但是村干部只习惯于“对上负责”，对群众的意见却敷衍搪塞，置之不理。

五、制度构建：解决村务公开问题的对策

针对村务公开在开展中出现的各种问题，为使村务公开民主管理在农村全面推行并取得良好效果，本文将从制定科学合理的法律与规章制度，健全程序规范的运作机制，保障多方参与的制度落实以及加强村务公开技术和创新机制建设四个方面对未来村务公开制度的运作提出了可行性的建议，试图解决村务公开过程中出现的问题，为村务公开在农村顺利开展打下坚实的基础。

---

[52] 参见【美】曼瑟尔·奥尔森：《集体行动的逻辑》，陈郁等译，三联书店 1995 年版，第 3 页。

[53] 参见卢福营：《冲突与协调——乡村治理中的博弈》，上海交通大学出版社 2006 年版，第 63 页。

（一）制定科学合理的法律与规章制度

1.健全村务公开的相关法律法规

村务公开民主管理能否在农村顺利开展的首要条件是法律法规制度是否健全。村务公开在农村的顺利开展需要完备的法律来保障，否则，良好的村务公开制度便无法形成。如果“没有强有力的政治制度，社会便缺乏去确定和实现自己共同利益的手段。”[54] 《中华人民共和国村民委员会组织法》出台后，农民成了农村治理的主体。国家以法律的形式赋予农民参与村务的权利，规定了农民的参与方式和规则，并将村民参与村务导入制度化的规范之中，第一次为村民参与村务提供了法律保障。但是，随着形式的发展，特别是近几年来依法治国实行村民自治的实践证明，该法的有些规定已经与当代中国新时期新任务的客观要求不相适应，因而亟需修改。

《村民委员会组织法》第三十条的规定虽较之前的规定在村务公开的内容和程序上有了很大的进步，但是仍缺乏可操作性，对公开内容的规定较为笼统。首先，应制定相关具体内容的条款来规范村务公开的运行机制，具体包括：公开的方法、程序等，切实增强可操作性。通过建章立制来对村务公开的具体项目进行细化，使村民的知情权得到保障。其次，重点增加以财务公开为主要内容的监督条款。凡涉及群众反应强烈的热点问题，例如财务管理的财务收支、费用来源、政府资助、土地款征用和使用情况等，一定要对公开的方法、时间、主体、内容、程序等进行详细地规定。再次，增加规范村务公开的时间条款。把村务公开的时间和内容相适应，做到临时性工作随时公开，涉及农民利益的重大问题和群众关心的事项及时公开，经常性工作定期公开，全年大事年初公开，财务收支和阶段性工作季度公开，对集体财务较多的村，由公开办事结果向公开办事全过程拓展延伸，凡是与群众切身利益密切相关的事项，由事后公开调整为事前、事中、事后全过程公开。最后，具体规范村务公开程序。村务公开的具体方案首先应由村民委员会提出，再经村级公开监督小组对方案进行审查、补充、完善后，提交到村党支部和村民代表会议进行讨论确定，最后交由村民委员会通过村务公开栏、村广播等形式及时公布。

2.加强村务公开的建章机制

虽然国家从法律层面上对村务公开做了宏观的规定，但是，在实践时并不是所有的制度都能够推进社会的发展，真正对实践产生指导作用的，一定是根据具体实践的经验制定和形成的制度。在地域辽阔的中国，各个地方的农村实际情况也千差万别，国家在以法律形式赋予农民参与权利的前提下，还应该赋予村民依据国家法律制定《村民自治章程》或村规民约的权利，进一步具体化各村村务公开民主管理的方式和内容。在村民自治的实践过程中，各地执行法律的状况和力度大不相同，所以村民参与村务、表达利益的方式、程度和水平大不相同。

实践证明，在国家法律允许的范围内，结合本村的实际制定切实可行的规章制度，提高建章立制的质量和水平，是实现制度目标的基础。村民参与村务的各项权力要在制度的内容中体现，要向村民公开村集体拥有的固定资产、土地及其他资源、计划生育指标、粮食补贴、土地与山林承包以及建设的重大项目及招标等涉及村民利益的重大村务，使村民真正了解村里的财务情况，能真正参与村级公共事务的管理，真正决策涉及村民利益的村务，真正监督村务决策执行情况。

[54] 【美】塞缪尔·P·亨廷顿：《变化社会中的政治秩序》，王冠军等译，上海人民出版社 2008 年 7 月版，第 23 页。

（二）健全程序规范的运作机制

1.完善村务公开的监督机制

完善的村务公开监督机制对于提高村务公开的透明性和公正性来说是十分重要的。要完善村务公开监督机制，建立一套多种监督方式相结合的监督体系，以发挥最大的监督效能。

首先，加强内部监督机制。主要是加强村委会的自我监督机制。依据《村民委员会组织法》和村规民约的自治制度，建立完善的村民代表理事（财）小组，发挥其职责作用。重点加强对村务、财务“两公开”的有效监督。完善民主监督，要变事后监督为事前、事中、事后全过程的一体化的监督。尤其要反对重形式轻内容、有公开内容无落实措施的现象。

其次，加强外部监督机制。主要包括：（1）健全以乡镇人大、纪委为主的监督体系。要加强各级纪检经常性的监督，定期进行全面检查。一旦发现村务公开的违法乱纪行为，要通报批评或责令其限期整改，并依法进行惩处。每季度对各种公开内容进行审核，经常组织有关职能部门到各村进行检查进度，促使各村的村务工作真正落实。（2）加强舆论监督。要充分发挥各新闻媒体的舆论监督优势，加大宣传力度，对村务公开、民主管理的方针政策和搞得好的典型经验、先进个人广泛宣传，营造良好的环境。公开曝光那些领导不重视、措施不力、行动迟缓、搞得不好的反面典型。（3）坚持审计监督。进行专项的检查和审计财务，向党员、群众进行公示、公开结果，督促村干部对村务和财务做到依法依章办事。

2.强化村务公开的责任追究机制

《中华人民共和国村民委员会组织法》第三十一条明确规定：“村民委员会不及时公布应当公布的事项或者公布的事项不真实的，村民有权向乡、民族乡、镇的人民政府或者县级人民政府及其有关主管部门反映，有关人民政府或者主管部门应当负责调查核实，责令依法公布；经查证确有违法行为的，有关人员应当依法承担责任。”村务公开的责任追究制度是村务公开顺利进行的保障，也是最后的砝码，因此必须要制定完善的责任目标管理体系，对村干部的职责范围明确分工，并与相应的考核、监督、奖惩制度相配套，在年度考核时把村务公开和民主管理工作列为一项重要内容，限期更换不全面、不具体、不及时的公开内容，对相关责任人按有关规定追究责任，对工作突出的进行表彰，除非发生自然灾害等紧急情况，不能随意更改村民会议或村民代表会议依法形成的决议。如果确因紧急情况需要改动，一定要通过村民会议或村民代表会议讨论决定。任何组织或个人擅自以集体名义借贷、变更与处置村集体的土地、设施、企业等，没有经过村民会议或村民代表会议讨论决定，均为无效行为，村民有权拒绝，由责任人自己承担造成的损失，给予违纪的村干部党纪政纪处分，涉嫌犯罪的要移交司法机关依法处理，以此来确保依法进行村务公开。只有对村务公开的奖惩与追究制度予以加强，才能从根本上解决村干部办事拖拉，不负责任的问题。

3.完善村务公开司法救济制度

当村委会侵犯村民的知情权时，我国法律并没有赋予村民寻求司法救济的权利，所以法律对此是无力的。是否将村务公开制度纳入司法救济的范畴以及对此救济制度是否行之有效在很大程度上决定着村务公开制度能否真正地实现。因此，村务公开制度应被纳入司法救济的范畴，村民应被赋予司法救济权。“有学者认为，我国的行政诉讼法应当扩大受案范围。村民委员会不公开

村务的，或者不及时公开村务的，或者公开的村务不全面不真实的，村民可以以知情权被侵犯为由，以村委会为被告单位，起诉到基层法院。”[55]

（三）保障多方参与的制度落实

规章制度与程序运作机制只有落实到位才能发挥实质作用，否则，再好的制度也形同虚设与运转不灵。大量事实证明，执行不力是村务公开民主监督落实不到位的重要原因。村务公开制度的落实是一个复杂的系统工程，全社会的力量需要共同参与。笔者认为，落实好村务公开民主管理制度，需要加强以下几个方面，一是发挥各级政府的引导推动作用，二是发挥村民群众的主体作用，三是发挥村治精英的主导作用。

1.发挥各级政府的引导推动作用

虽然最早由农民自发创造中国农村村民自治，但是政府一直在强行推动村民自治制度的实行和发展。在村务公开民主管理方面，中央于 1998 年 4 月出台了《关于在农村普遍实行村务公开和民主管理制度的通知》，[56]在全国推行村务公开。2004 年 6 月出台的《关于健全和完善村务公开和民主管理制度的意见》[57]则对村务公开民主管理的具体内容和组织方式进一步完善。在此基础上全国村务公开协调小组成立，由国务院财政部、民政部等 10 多个中央部门参加，村务公开领导协调机构也在各省(区、市)也相继建立。在这种情况下，基层的贯彻和实施决定着村务公开民主管理的政策规定能否落实到实践中。

基层政府要设立专门的机构和负责人，负责落实村务公开民主管理制度。首先，政府尤其是基层政府应指导、支持和帮助村委会村级规章制度的制定和机制的设置，要制定一些针对村务公开规定的硬性指标，并对这些硬性指标认真检查，避免走过场，重形式，实行责任追究制；其次，基层政府应在维护农民的主体地位方面发挥作用，对农民政治权利和经济利益遭受损害的村庄要积极介入。确保村一级的民主管理、民主决策和民主监督机制规范运作；再者，基层政府应在学习国家有关政策法规的同时，借鉴国内外民主政治建设尤其是村务公开方面的成功经验，更好地为村级治理提供服务。比如请相关专家学者填补村务公开民主管
理的技术缺陷、帮助村庄在制度上根据国家法律和村庄实际积极进行创新等。

2.发挥村民群众的主体作用

在村民自治背景下，农民比任何一个外来者都更加熟悉本区域的发展限制、发展潜力及发展机会，同时在长时间的实践中，他们掌握了一套特有的知识和技能来处理他们自己所面临的问题。因此，确保农民的主体参与地位，挖掘广大农民创新的潜力和能力是村务公开民主管理的关键。

但是，当前我国村民的政治素质有待提高，作为民主政治主体的主体意识、平等意识、权利意识和竞争意识缺乏，政治责任感不强。相反却存在崇拜、怕官的“顺民”思想，总是寄希望于“清官”、“好官”，不敢或不愿为实现自己利益和意愿而主动行使民主权利，更不知道自己也有权利监督干部。有些人长期在外居住不能参与村务管理，有些人是对村务情况不了解而难以监督，有些人是图清闲不愿意参与，也有些人是怕得罪村干部、怕被打击报复而不敢参与村务管理。为

[55] 王禹：《我国村民自治研究》，北京大学出版社 2004 年版，第 185 页。
[56] 中办发【1998】9 号，1998 年 4 月 18 日。
[57] 中办发【2004】17 号，2004 年 6 月 22 日。

此，政府应该加强农村教育投入，提高村民参政议政的意识和水平，加大村务公开民主监督的宣传力度，增强农民的主人翁意识等，但我们也应该看到村民民主技能的提高也是一个渐进的、长期的过程。

3.鼓励乡村精英参与村务公开

制度落实与否的关键是村干部综合素质的高低。如果用一张网来比喻村务公开民主管理制度的落实体系，网上的纲则是村干部，网上的目则是广大的村民。如果村干部能够以身作则，则纲举目张。反之，若国家法律和村民利益被村干部忽视，村务公开制度不能够落实，村民自治就必然会异化为村干部自治。因此，就这点来看，村务公开制度的直接实施者是村干部。

此外，因为村级民主不是国家民主，是一种社会民主，它缺乏国家民主使用的少数服从多数的暴力工具，必须由一种与国家暴力不同的机制来完成自己的任务，这种机制在乡村社会就是乡村精英运作机制。我国目前的村民自治是一个由形式到实体，由通过形式化民主训练民众、培养民主习惯，到民众运用形式化民主实现民主权利、充实实体性民主的互动过程。可以说，由形式化民主转为实体性民主的关键一步就是发挥乡村精英的带动作用。[58]在村民自治的运作机制尚不健全、村民的参与程度较低的情况下，发挥乡村精英的作用是必要的。

鼓励乡村精英参与村务可以首先解决“集体行动”困境的问题，逐步培养起村民政治参与热情。政治素养较高的乡村精英以其相当的理性和成熟，在参与过程中潜移默化的影响着普通村民的行为。其次，乡村精英尤其是政治精英有做干部的极高热情，能够积极参与村干部竞选，并愿意把自己的主要精力贡献给村集体事业和村集体利益。此外，乡村精英在经济发展中较其他村民而言，对本村的实际情况更加了解，市场规律、自然规律和社会规律等更加尊重。“当然，我们在强调精英参与和主导的同时，必须注意构建一种有效机制，抑制和防止村庄精英的纯粹自利行为和对公共资源的侵犯，避免精英与村民的断裂，形成两者之间的良性互动关系。”[59]

（四）加强村务公开技术和创新机制建设

1.实现村务公开的信息化管理

目前，大部分农村依然采用公务公开栏的形式对村务进行公开，采用公开栏进行虽然简单、易于操作，但是这种形式缺乏及时性和实用性。村民们无法提出自己的意见和建议，只能被动接受公开的信息。因此，提高村务公开的及时性、准确性和全面性是当前村务公开亟待需要解决的问题。从目前来看，通过广播、电视、网络、反馈箱等是村务公开的有效形式。除此之外，随着现代信息技术的发展，实现村务公开的信息化是村务公开发展的方向和趋势。

目前，电子触屏是村务公开信息化的一个发展趋势，电子触屏的使用，操作简便，内容翔实，时效性强，进一步丰富了公开的内容、范围和项目，村民只要手指轻点屏幕，就可获取相关的信息，它的使用可以改变村务公开中群众处于被动接受的状态，拓展了村级村务、财务公开渠道，为保障农民群众对村级事务的知情权、参与权、决策权、监督权，规范农村集体资产管理，推进农村基层廉政建设提供了技术支撑，真正提高了他们的民主权利。随着互联网的不断发展，日益要求村务公开网络化、信息化管理，使村务公开的各个环节都在网上进行，更大程度地保证了村

[58] 参见徐勇：《中国农村村民自治》，华中师范大学出版社 1997 年版，第 108 页。
[59] 卢福营：《冲突与协调——乡村治理中的博弈》，上海交通大学出版社 2006 年版，第 173 页。

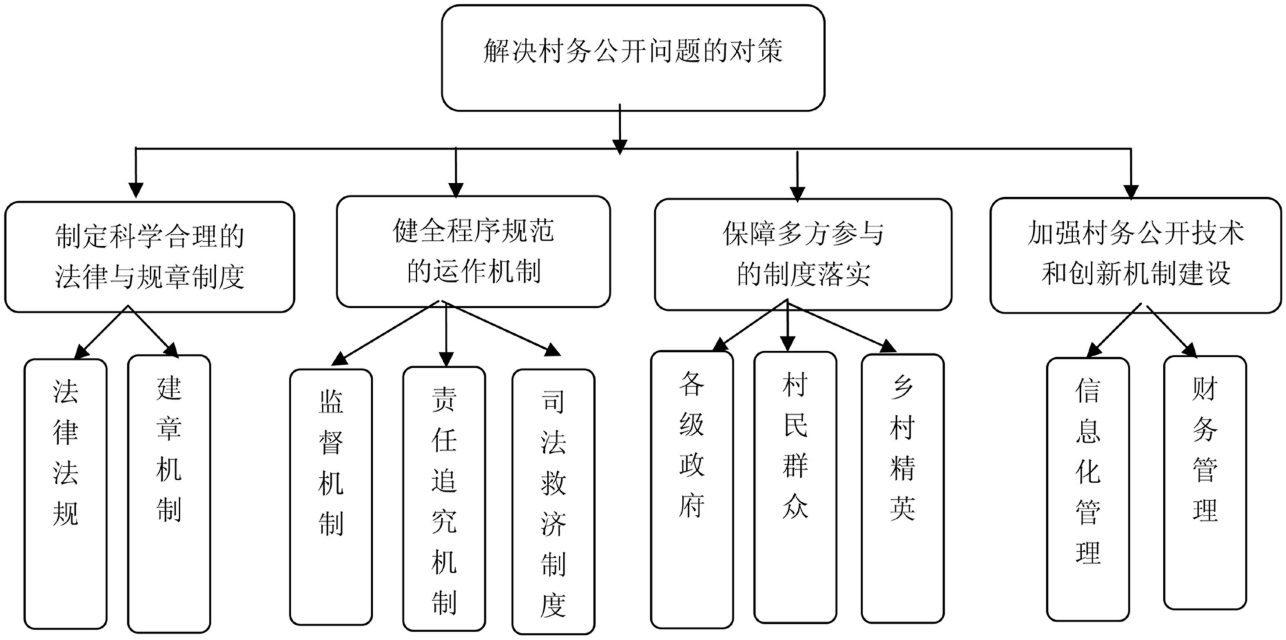
务公开的透明度和公开化。

2.探索农村财务管理的新途径和新方法。

村务公开的核心是财务公开，在当前农村经济发展水平条件下，农村集体财务是广大村民最关心、需首要公开的内容。加强村级财务审计制度是保证农村集体财务规范化运作的一项重要措施。村级财务审计可以根据本村的具体情况，确定审计的具体内容，例如集体资产的管理使用、财务预决算、集体的债权债务、上级划拨或接受社会捐赠的资金、物资使用等情况。对集体土地征用等重大事务要进行专项审计，对村干部任期、离任实行审计报告制等，切实组织好对农村集体财务的审计监督工作。[60]在财务公开方面，湖北省武汉市江夏区在这方面的经验值得借鉴。该区把财务公开作为村务公开的重点，摸索出了比较行之有效的新途径。一是推行“双代管”，由乡镇街农村会计服务中心代管农村财务账目及现金收支交。目前，全区已有 252 个村实行了“双代管”，占村级总数的 76%，代管资金总金额已达 1032.6 万元。二是突出工作重点，把村务公开与化解村级债务结合起来。为了杜绝少数村、少数干

部在清理核实工作中搞暗箱操作，江夏区明确规定在锁定债权债务前，必须进行“三榜公示”，然后由各村将各方认可的债权债务数据填入债权债务核定表，报所在乡镇街化债办审核，确认无误后，再逐级上报汇总，以此形成全区村级债权、债务的真实数据。[61]

以上的制度构建可用一图表来简单表示：



结语

村务公开制度作为村民自治活动的一项重要制度，它的建立与发展，与乡村民主政治建设同

[60] 参加中华人民共和国民政部基层政权和社区建设司、全国村务公开协调小组办公室编写：《村务公开》，中国方正出版社，2004 年第 1 版，第 138—140 页。

[61] 林丛：《村民自治背景下农村居民对村务公开的评价研究——对湖北省武汉市江夏区 5 个村居民的调查》，载《社会工作》2007 年第 5 期。

样，经历了酝酿、初建、沉寂的艰难历程，也面临着推广、深化的大好前景。1998 年《中华人民共和国村民委员会组织法》的颁布，进一步确认了村务公开的法律地位。村务公开是扩大基层民主的良好形势，村务公开是农民群众获取信息的通道，是农民群众获得知情权、监督权、决策权的基本前提之一。

本文以广东”乌坎事件“为研究缘起，指出实行村务公开是当前缓解农村社会矛盾、保持社会稳定的需要，是调动广大农民积极性的重要渠道。笔者先是探讨了实行村务公开的法理依据，即人民主权理论和知情权理论，分析了村务公开制度在现实运作中存在的问题，并找出问题产生的深层次原因，尤其是激励体制不完善和制度设计存在缺陷，最后从制定科学合理的法律与规章制度，健全程序规范的运作机制，保障多方参与的制度落实以及加强村务公开技术和创新机制建设四个方面对未来村务公开制度的运作提出了可行性的建议。

村务公开作为政务公开的一种，是保障村民知情权的有效制度形式，是我国目前公开程度走的最深的政务公开，但也还是停留在一种办事型渐进性改良的局面。推进我国的村务公开从办事制度型向权利型公开转变，确立“公开是原则，不公开是例外”的权利观念，还任重道远。

System and implement:Legal Studies on publicity of village affairs ——Inquiry On The "Wu Kan Event"

Abstract: Since China promulgated the "Law of Villager Committee Organization" and first expressly provided the self-administration of villagers from 1998,it has already evolved an important system of the democratic management in the rural areas of our country and the healthy development of the self-administration of villagers positive safeguard. This article studied from the origin of "Wu Kan Event", elaborated the theoretical law basis of self administration of villagers, investigated the existent problems and the causes for such problems, and proposed several suggestions regarding the future work's key point in the above foundation. I hope that this article have a benefit for its consummation and the development in the future

Key Words: publicity of village affairs；Democratic management；Democratic supervision

参考文献

1．参见《乌坎原村干部被查处》，载《广州日报》2012 年 4 月 24 日第 A2 版

2．参见李松：《乌坎事件折射出什么》，载《新闻晚报》2012 年 1 月 10 日第 A1 版

3．王光辉著：《比较宪法》，北京大学出版社 2007 年版，第 84 页

4．参见王世杰、钱端升著：《比较宪法》，商务印书馆 2010 年版，第 56 页

5．刘广登：《论知情权》，载杨海坤主编《宪法基本权利新论》，北京大学出版社 2004 年版，第 175 页

6．参见《省工作组通报第一阶段工作情况：乌坎村问题调查取得重要进展 》，载《南方日报》2011 年 12 月 31 日第 10 版《论行政主导对我国走向法治的影响》周祖成 载于《社会主义研究》2002 年 6 期
7．焦元森，焦元玉：《乡村巨额负债考验农村税费改革》，载中国乡村网，http://www.zgxc.org.cn/html/sannongtansuo/shijiantansuo/20090522/60176.html，2012 年 5 月 2 日访问。
8．马俊军，唐明：《中西部欠发达地区村务公开的管窥与反思———基于一次民主管理与村务公开的实地考察》，载《湖北行政学院学报》2007 年第 3 期。
9．卢福营：《冲突与协调——乡村治理中的博弈》，上海交通大学出版社 2006 年版，第 100 页。
10．李意：《村务监督制度的确实与完善——以浙江省 X 村村务监督小组制度为例》，载《兰州学刊》2005 年第 6 期。
11．马俊军，唐明：《中西部欠发达地区村务公开的管窥与反思———基于一次民主管理与村务公开的实地考察》，载《湖北行政学院学报》2007 年第 3 期。
12.（美）詹姆斯·W·费斯勒，（美）唐纳德·F·凯特尔：《行政过程的政治：公共行政学新论》，陈振明，朱芳芳等译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 78 页。
13．林丛：《村民自治背景下农村居民对村务公开的评价研究——对湖北省武汉市江夏区 5 个村居民的调查》，《社会工作》2007 年第 5 期。
14．参见《乌坎村土地转让存在受贿问题》，载《中国青年报》第 1 版，2011 年 12 月 31 日。
15．林丛：《村民自治背景下农村居民对村务公开的评价研究——对湖北省武汉市江夏区 5 个村居民的调查》，《社会工作》2007 年第 5 期。
16．张厚安：《中国农村村级治理——22 个村的调查与比较》，华中师范大学出版社 2000 年版，第 499—500 页。
17.李军：《关于村民治理中民主监督乏力问题的思考——从监督主体角度出发的一个个案调查》，载《云南行政学院学报》2004 年第 3 期。
18．参见【美】曼瑟尔·奥尔森：《集体行动的逻辑》，陈郁等译，三联书店 1995 年版，第 3 页。
19．参见卢福营：《冲突与协调——乡村治理中的博弈》，上海交通大学出版社 2006 年版，第 63 页。
20.【美】塞缪尔·P·亨廷顿：《变化社会中的政治秩序》，王冠军等译，上海人民出版社 2008 年 7 月版，第 23 页。
21．王禹：《我国村民自治研究》，北京大学出版社 2004 年版，第 185 页。
22．中办发【1998】9 号，1998 年 4 月 18 日。
23．中办发【2004】17 号，2004 年 6 月 22 日。
24．参见徐勇：《中国农村村民自治》，华中师范大学出版社 1997 年版，第 108 页。
25．卢福营：《冲突与协调——乡村治理中的博弈》，上海交通大学出版社 2006 年版，第 173 页。
26.参加中华人民共和国民政部基层政权和社区建设司、全国村务公开协调小组办公室编写：《村务公开》，中国方正出版社，2004 年第 1 版，第 138—140 页。
27．林丛：《村民自治背景下农村居民对村务公开的评价研究——对湖北省武汉市江夏区 5 个村居民的调查》，载 《社会工作》2007 年第 5 期。

编者按：

学习学问需要深思熟虑，把学到的知识不断的反复思考与推敲方能达到理想的学习效果。但是，仅仅是学习课堂上的内容是不够的，课外拓展是丰富知识与人生阅历的又一途径。

本部分主要介绍了王健法学院本科生的几篇优秀学术性课后拓展论文。阅读本部分论文，你将跟随作者的思绪从不同的思考角度，不同的研究方向领略学术风采，从而达到学术性课外拓展的效果。

人权保障视野下的刑法非犯罪化研究

2010 级 陈斌

2011 级 李国子 李少 侯毅 应童 张通

摘 要：随着现代社会经济的发展以及人权保障的刑法观的兴起，单纯依赖犯罪化已经无法满足社会对刑法的要求。然而，近年来受“风险社会”理论的影响，“风险刑法”理论应运而生。“风险刑法”理论以抵御社会风险为己任，以追求人类安全为目标，对于危害社会安全的行为即使没有出现法益侵害的结果，也主张动用刑罚处罚。 “风险刑法”理论对增强人们的犯罪化观念起到了推波助澜作用。本来，非犯罪化一直以来就受到立法与司法的冷落，一味强调犯罪化无疑强化了这种导向，这很难说是正常的。在 1982 年宪法颁行 30 周年之际，本文立足于宪法对尊重和保障人权之强调，拟对刑法非犯罪化加以深入探讨，以期引起人们对非犯罪化的重视。

关键词：非犯罪化 人权保障 刑事政策

引言

“第二次世界大战后，世界各国的刑事政策朝着所谓‘宽松的刑事政策’和‘严厉的刑事政策’两个不同的方向发展，这种现象称为刑事政策的两极化”。[1]严厉的刑事政策所对应的是犯罪化的理论，即将“不是犯罪的行为在法律上规定为犯罪，使其成为刑事制裁的对象”[2],它强调了刑法的制裁作用，扩大了刑事处罚的范围；宽松的刑事政策是非犯罪化理论出现的政策基础，“是指将迄今为止作为犯罪加以处罚的行为不作为犯罪，停止对其处罚”[3],它提倡将道德领域和微罪领域的一些犯罪不以犯罪处理，以维护和保障人权，体现刑法谦抑性思想。一直以来，我国大多数情况下都是以犯罪化思想作为指导，这一思想不缺乏实践的基础。我国在 1979 年刑法中规定了“类推主义原则”，这为司法过程中扩大犯罪的范围提供了依据，对一些原本不该作为犯罪处理的行为进行刑事处罚，“严打”期间此种情况尤甚。随着现代社会经济的发展以及人权保障的刑法观的兴起，单纯依赖犯罪化已经无法满足社会对刑法的要求，因此我们需要加强对非犯罪化

的理论研究，推动非犯罪化在立法和司法上的应用。

然而，近年来受“风险社会”理论的影响，“风险刑法”理论应运而生。“风险刑法”理论以抵御社会风险为己任，以追求人类安全为目标，对于危害社会安全的行为即使没有出现法益侵害的结果，也主张动用刑罚处罚。[4]“风险刑法”理论对增强人们的犯罪化观念起到了推波助澜作用。本来，非犯罪化一直以来就受到立法与司法的冷落，一味强调犯罪化无疑强化了这种导向，这很难说是正常的。在 1982 年宪法颁行 30 周年之际，本文立足于宪法对尊重和保障人权之强调，拟对刑法非犯罪化加以深入探讨，以期引起人们对非犯罪化的重视。

一、我国刑法改革方向：加强人权保障

（一）刑法改革：由侧重社会秩序维护机能到侧重人权保障机能

刑法有两大基本机能：社会秩序维护机能与人权保障机能。如何协调两大机能的关系，与一国刑法坚持个人本位观还是集团本位观有直接关联。在发挥刑法的社会秩序维护机能与人权保障机能方面，我国与西方国家历来有着不同的立法与司法理念。

西方国家传统法律观念的思想基础是个人本位，其价值诉求是权利本位。特别是启蒙运动以来，随着“天赋人权”的提出，公民权利意识得到强化，并促进了人本主义思潮的兴起，强烈地冲击了封建神学思想，并成为主导资产阶级世界观的思想，为人权理论产生奠定了思想根基。文艺复兴运动所带来的思想大解放，为人权思想的产生和广泛而迅速的传播打下了社会基础。[5]随着权利意识逐渐深入人心，人权保障越来越受到重视，成为法律的核心理念。特别是 20 世纪中叶以来，以人权保障为基础，西方国家实行刑法改革运动，目的在于淡化工具主义刑法观，使刑罚成为维护社会秩序的最后补救手段。“不再把刑法视为支配的工具和日常使用的统治工具，而是把它看作只是在为了维护法律秩序不得已的情况下才采取的最后手段，这一点现在已成为所有国家修改刑法的一个大目标。”[6]以保障人权为核心，许多国家掀起了非犯罪化、轻刑化的浪潮。从个人本位到权利本位再到人权保障，我们可以管窥西方法律在保障人权上一脉相承的优良传统。

与西方国家不同的是，我国传统法律文化坚守集团本位理念，重视秩序维护，这是汉以来至清朝我国法律制度的一大特色。在中国古代的封建社会，将天子或国王神化以及将君臣关系绝对化，使得“君”处于社会的核心地位，目的在于维护封建帝王的绝对权威和极权统治，这必然要求臣民无条件服从君命王权，履行应尽义务，故集团本位的核心价值诉求是义务本位。与义务本位相匹配，法律通常呈现出残酷性与苛刻性。处罚的残酷与严苛以及极力使社会整体秩序化，充分说明在我国传统法律文化中，秩序始终是法律追求的终极价值目标。秩序不但包括国家和社会的秩序，也包括家庭和宗族的秩序。与此相对应，家族本位、国家本位就成为义务本位的制度保

障。“中国传统法律的集团本位不仅普遍存在于国家法律中，还深刻影响到有别于国法的家法族规中。”[7]义务本位突出表现为要求民众遵循刑法上的命令规范，个人权利在其中很难得到充分重视，除非有利于维护集团秩序。“自古迄近代，中国从来就没有过独立自主自由的公民身份，从来未曾以个人为本体或本位。”[8]清末以来，在法律上虽然出现了保护个人权利的迹象，但集团本位观并没有消失，依旧主导多数国人的思想。时至今日，随着人权意识觉醒，人们的义务本位观较之封建社会要淡化很多，刑法对人权的保障逐渐得到社会关注。然而，集团本位在刑事立法与司法中仍然较为常见，许多人的观念中仍旧将惩罚犯罪、维护社会秩序作为刑法的主要目标，刑法仍然没有脱离义务法的本色。

当前，我国正处于社会转型时期，即有的社会管理理念、模式等已经呈现出难以适应社会现实需要的迹象，社会管理体制急需推陈出新，这也是党的第十六届四中全会明确提出“推进社会管理体制创新”的要求的原因所在。我国宪法明确规定实行依法治国，意味着社会管理体制创新必须依靠法治。刑法作为重要的部门法，通过惩罚犯罪维持社会稳定，保障民众安全，这与社会管理目标是一致的。社会管理创新必然要求刑法随着社会情势的发展而发展，将社会中出现的新型犯罪行为及时从立法和司法上予以有效规制，更好地发挥刑法对社会安全的保护作用。[9]但是，我们也应当看到，一直以来人们总是侧重刑法对秩序的维护，或者将刑法的社会秩序维护机能与人权保障机能置于同等地位，却没有产生更大、更积极的效果。在这种情形下，适当改变以往对社会秩序维护的强调，不失为刑法与时俱进、适应社会管理创新要求的体现。在规制犯罪的过程中，侧重保护公民的合法利益和保障人权，对充分发挥刑法在社会管理创新中的积极作用来说，或许更为有效。“刑法的价值构造应当顺应时代潮流的发展，调整刑法的人权保障机能与社会保护机能之间的关系与比重，刑法机能从社会保护机能向人权保障机能倾斜，加重刑法的人权蕴涵。只有这样，才能在刑法中科学地界定个人与社会的关系，避免不适当地限制个人自由，以赋予个人最大限度的活力。”[10]

（二）刑法侧重人权保障的必要性

当前，从我国的现实情况来看，调整刑法机能之间的关系与比重，强化刑法的人权保障机能，具有重要的现实意义。主要表现在：

首先，刑法加强人权保障能够切实维护民众的权利诉求，树立刑法的权威。受传统法律观念的影响，刑事立法与司法侧重刑法的社会秩序维护机能是不争的事实，从而造成轻视公民权利的现象不时发生。“在以往的刑法立法与刑事司法实践中，更侧重于强调刑法的社会保护机能，力图通过刑罚权的动用来惩罚犯罪，以刑罚这种不得已的‘恶’否定犯罪之‘恶’，从而维护社会秩序，保护社会的稳定发展。这种片面强调刑法社会保护机能之做法，虽似可以换得社会表面的安宁，然而却是以公民权利被漠视乃至被践踏为代价的。”[11]随着公民权利意识不断觉醒，社会对侵犯人权的现象越来越关注。在这样的社会背景下，侧重人权保障能够顺应民众的权利诉求，有利于树立刑法的崇高威望和实现刑事法治目标。

其次，刑法加强人权保障是秉承宪法规定、与刑事诉讼法保持协调一致的需要。整体上看，我国现行法律体系中的各部门法已经改变了以前那种以家族、国家等集体为主导的义务模式，个

体权利得到包括刑法在内的各项法律制度的充分重视。尽管如此，由于传统法律观念往往奉行刑法工具主义，具有鲜明的犯罪化、重刑化倾向，很容易导致对人权保障的忽视，这使得多年来我国刑法在保障人权方面进展缓慢。然而，新近几年我国相关法律对保障人权的特别规定，为刑法侧重人权保障提供了契机。2004 年，我国宪法修改时于第 33 条增加了“国家尊重和保障人权”的规定。国家根本大法要求尊重和保障人权，无疑为刑事法律确定的基本方向，对刑法保障人权提出了更高的要求。与此同时，2012 年 3 月 14 日修正通过的《刑事诉讼法》将“尊重和保障人权”作为其基本任务，则是明确宣示对保障人权的侧重。既然刑事诉讼法已经将人权保障至于核心地位，作为刑事诉讼法的姊妹法的刑法，也应该顺势而为将保障人权置于突出地位。

再次，刑法加强人权保障是履行国际公约规定义务及适应世界刑法改革潮流之需要。近年来，全球化趋势不断增强，全世界的物质、思想、机构以及人员的交流持续增长，这种现象是一个长期的历史趋势，是几千年的文化和社会相互接触和影响的结果。全球化时代，各国、各民族、各地区在政治、文化、科技、军事、安全、意识形态、生活方式、价值观念等多层次、多领域的相互联系、影响、制约，必将影响到法律领域。人权作为法律领域的一个核心命题，已经成为判断一国法治文明的核心要素之一，是各国建设法治国家需要优先考虑的课题。我国先后签署了两个重要的国际人权公约，即《经济、社会及文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国家公约》，这意味着保障人权将成为我国政治、经济、文化等社会生活各领域必须面对的重要内容。刑法作为保障人权最重要的部门法之一，没有理由不适应形势需要加强保障人权。

二、非犯罪化是实现人权保障的重要途径

我国现行刑法的发展与完善主要建立在犯罪化基础上。如 1979 年刑法共有条文 192 条，规定 122 个罪名，1997 年刑法修改时增至 452 条，罪名增至 413 个。1997 年以后至今，我国又颁布了 8 个刑法修正案，使得罪名总数超过 450 个。特别是随着刑法修正案（八）的颁行，刑法犯罪化呈现加快态势。例如，危险驾驶入罪，被部分学者解读为开创了以行为性质作为入罪依据的先河，极大地扩张了犯罪圈。与不断强化的犯罪化趋势不同的是，非犯罪化几乎沦落到可以忽略的地步。虽然，刑法修改时删除了伪造、倒卖计划供应票证罪、投机倒把罪和流氓罪等部分罪名，[12]在非犯罪化上迈出了步伐，但严格地说彼时的非犯罪化并非基于人权保障理念而倡导的。从 1997 年修订刑法的非犯罪化实践来看，其压力或者动力并非来自于所谓谦抑理论或者自由主义、人权意识等方面的要求，而主要是由于经济、社会形势的客观变化要求立法必须进行相应的调整。由反革命罪到危害国家安全罪的更名，对“投机倒把”行为的重新认识和评价，无不是立法适应

社会发展的客观要求的结果，在价值取向上体现了一种实用主义的思想。[13]1997 年刑法修改之后，我国刑法非犯罪化再无实质进展。

早在 20 年前，就有学者通过介绍 20 世纪中叶以来世界各国的非犯罪化的刑法思潮，探讨我国非犯罪化的现状以及修改刑法应注意的问题。[14]此后的十余年中，人们也曾有过对非犯罪化探讨，但进展不大。近几年来，受“风险社会”与“风险刑法”理论的影响，我国学界主张非犯罪化的声音趋弱，力主犯罪化的呼声倒是不断增强。在我们看来，这种强化犯罪化的倾向是不可取的，会因“欲速则不达”造成消极后果。虽然我国社会发展和经济水平达到前所未有的高度，但不可否认的是我国仍处于社会转型时期，各种情势纷繁复杂，一味的犯罪化并非实现社会长治久安的有效途径。“社会结构的解体和形成，社会价值观念的多元化趋势，以及法律结构的不稳定，均决定了刑法作为行为规则，所面对的只能是利益主体多元的现实，这与传统刑法所认定的乱世具有形式上的相似性，实质上则有较大的差异性。在这种态势之下，更不能一味讲求重典，尤其是不能一味加大刑法的调控作用，将刑法作为对社会越轨行为规制的根本手段。”[15]此外，我国的司法力量与投入还是相对滞后的，过分犯罪化将会给司法工作造成巨大压力，不但不利于解决问题，还容易带来负面效应。“由于受到社会财富原有基础及其积累过程中的严格制约，国家在相当一段时间里对司法的投入都不可能有快速的增长，在这种情况下，大规模犯罪化立法就只能加剧‘纸面上的法律’与‘现实中的法律’的差距，其结果，必然是造成被刑法所确认的犯罪在实际生活中大量存在，而它们又得不到司法上全面有效追诉的‘不正常’现象。”[16]

20 世纪 90 年代，我国学界就存在犯罪化主张。“在经济转轨以后，市场经济蓬勃发展，各种新型的经济关系应运而生，与此同时出现了以往计划经济时期所没有的形形色色的严重破坏经济秩序的危害行为，亟待予以犯罪化。因此，我国当前刑法面临的主要任务应该是犯罪化。”[17]客观地说，上述观点在还是比较中肯的，即符合脱离当时的社会发展需要。自党的十一届三中全会后，我国确立了改革开放之国策，坚持以经济建设为重心成为包括法律在内的国家各项工作的重点。1992 年以后，随着社会主义市场经济体制的确立，我国经济体制改革不断向纵深发展，维护良好的社会秩序以适应社会主义市场经济建设需要，继续成为我国各项法律制度的核心任务。直到 1999 年宪法修改时确立了依法治国、建设社会主义法治国家的目标，我国法律制度的目标才有所改变。在确立依法治国方略之前，在我国尚处于计划经济向市场经济转轨时期，新的破坏市场经济秩序的行为层出不穷，出于维护社会秩序保障经济发展的需要，一定时期内以犯罪化为主导是完全必要的。在确立依法治国方略之后，经过十多年的发展，我国社会发展与经济水平处于一个全新的发展阶段，市场经济体制业已基本建立，经济总量位居全球第二，人们生活水平得到前所未有的提高。在这样的社会环境下，我国法律制度关注的重点逐步由服务经济建设转变到着力提高人们的物质生活水平和个人权益保障上来。于是，宪法修改时将“国家尊重和保障人权”作为一项基本国策，刑事诉讼法修改时也将“尊重和保障人权”规定为基本任务。在这种情形下，刑法没有理由不为所动。“‘国家尊重和保障人权’载入宪法，应当深入研究‘国家主义刑法’与‘民权主义刑法’、‘政治刑法’与‘市民刑法’、‘权威刑法’与‘自由刑法’的范畴关系，并以此为契机，重新审视刑法的相关问题，例如刑法的调控力度，刑罚的配置结构，等等。”[18]

当前，若一味坚持犯罪化，在立法还是司法中贯彻犯罪化，不但不符合社会发展与时代潮流

的需要，也会使刑法因脱离现实而逐渐丧失生命力。刑罚是把双刃剑，用之不妥会造成严重的消极后果。在一个以人为本的社会，保障个人权益较之维护社会秩序更为重要，这是刑法越来越关注人权保障的原由所在，即便是犯罪化也不能完全脱离这一价值诉求。“犯罪化，仅有必要性尚不够，还应具有立足于刑法的补充性、不完全性、宽容性即‘谦抑主义’精神的正当性，如此，才能说为宪法所许可。”[19]在社会关系或者社会治安等复杂化的情形下，犯罪化很可能被当做解决社会矛盾或者治理社会治安的社会控制手段，陷入随意创设犯罪的泥泞中，从而给刑法留下肆意侵犯人权的印象。“刑法的结果是程度如此严重的‘必要的恶’，我们就不得不经常推敲存在的合理性和正当性。我国的国民因一部合理性和必要性不明确的法律，而在日常生活中受到限制，违法时被处以刑罚，重要利益受到侵犯，并被打上犯人的烙印，这一切令人难以忍受。”[20]因此，刑罚用之不当会激起罪犯对社会的敌视与仇恨，形成反社会的原动力，这显然不利于营造和维护良好的社会秩序。与犯罪化相反，非犯罪化限缩刑法干预范围，尽量避免刑法过分渗透到社会生活中，减少刑罚危及人们的人身、自由、财产等各项权利的可能性，并尽可能地在较小的范围内限制人们的行为，这在某种程度上是有利于维护社会秩序的。因为，充分保障人权和维护个人利益，能够增强个体的自我存在意识，使其对国家和社会滋生感恩情怀，有利于培育个体的团队意识、社群观念与集体荣誉感，进而促使他们自觉地遵从集群规则、维护社会秩序，遏制犯罪冲动以服从群体生活的需要。“关于自我的社会形象填补了因无序的激情而产生的真空。它给个人一种完整个性的幻想以换取他服从集团的要求。这些要求中就有努力掌握为履行自己的作用而必需的技术的要求。以这种方式，个人自我意识中的最高利益就变成了社会秩序的核心。个人为这种利益引导，确切地说是为其所迫不得不把原始的激情牢牢扼住。”[21]从这一角度来看，刑法维护社会秩序同样离不开非犯罪化。

三、非犯罪化的概念和特征

（一）非犯罪化的概念

20 世纪 50 年代，以英国为首的欧美国家出现了研究非犯罪化的热潮，非犯罪化运动促成了各国关于非犯罪化的实践，例如：英国于 1957 年公布了《关于同性恋和卖淫的沃尔夫登委员会报告》,受其影响,1962 年美国法学会拟制的《模范刑法典》记中将同性恋、卖淫及通奸罪除罪化了，1980 年欧盟委员会发布了《非犯罪化报告》。“实践是验证真理的唯一标准”，非犯罪化与实践相结合，促进了理论的进一步发展。

关于非犯罪化的概念的论述主要有三种观点：

第一种为欧洲委员会在《非犯罪化报告》中将非犯罪化分为法律上的非犯罪化和事实上的非犯罪化。[22]

第二种为日本学者的大古实的观点，大古实教授认为将迄今为止作为犯罪加以处罚的行为不作为犯罪，停止对其处罚，因此它包括变更从来都是作为犯罪科处刑罚的现状，而代之的以罚款等行政措施加以处罚的情况。[23]

第三种为台湾著名学者林山田教授的刑事立法政策上的去犯罪化，有五种方法：单纯的除罪化、除刑化、缓刑、增设追述要件、不予以追述。法律规范，不应受到法律的否定。非刑罚化是指对应当承担刑事责任的人用刑罚之外的法律制裁方法，如民事制裁、行政制裁，以实现安定社会秩序的目的。笔者认为非刑罚化与非犯罪化中的事实上非犯罪化还是很接近的，可以视为非犯罪化中的一种方式。[24]

基于上述三种观点，我们采纳：“非犯罪化（decriminalization）是指立法机关或者司法机关通过立法或司法活动，将一直以来作为犯罪处理的行为不作为犯罪规定或处理的制度或过程”。[25]简而言之，非犯罪化是指将迄今为止作为犯罪处理的行为，不再以犯罪论处。注意的是“不再以犯罪论处”，是有两种情况，一种为完全的合法化，另一种为虽然不定罪量刑，但给予其他法律制裁。前一种称为法律上的非犯罪化，后一种称为事实上的非犯罪化。法律上的非犯罪化主要依赖于立法机关，事实上的非犯罪化依赖于司法机关。

（二）非犯罪化的特征

1．范围的限定性

刑法非犯罪化的兴起始于上世纪五十年代。“起初欧美各国只是对一些关乎道德的犯罪行为进行了非罪化，之后面对大量的轻微犯罪，司法机关不堪重负，以及在刑罚对预防犯罪方面的认识更加深刻之后，非犯罪化延伸到了微罪领域。”[26]虽然非刑罚化改革经历了六七十年的发展，但是直到如今，各国在实践中并未一直扩大非犯罪化的范围，基本还是将其局限于道德领域和微罪领域。通过对非犯罪化范围进行限定，避免其范围不断扩大，被利用来为某些利益服务，造成司法不公，削弱刑法的机能和权威。

2．补充性

“由于社会的不断发展变化，环境的变迁，伦理道德的嬗变，人的价值观念包括法律观念，也处于不断的变动之中，而这一切必将影响刑事立法所保护的法益的变化。”[27]刑法的发展不会只沿着“犯罪化”的道路前进，为了迎合社会的变化，非犯罪化也必须同时进行。“无论在当前刑法的实践运行当中还是在刑法的未来发展当中，犯罪化与非犯罪化都是必要的。它们之间绝不是可以选择的，更不是对立的关系。在国家刑法制度的运行中它们分别起着各自不同的机制作用。犯罪化是刑法存在的前提，刑法是犯罪化的具体体现，非犯罪化则对刑法的适用具有谦和、抑制、人文关怀的价值引导意义。”[28]我国现在大多数的观点认为犯罪化是我国当前刑法改革的主要努力方向，但是由于非犯罪化的不可或缺性，笔者认为非犯罪化是对犯罪化的补充，是为了避免刑法与时代的发展脱节。

3．实施时间的灵活性

大谷实教授认为非犯罪化应该划分为三种类型：一是“取缔上的非犯罪化”，二是“审判上的非犯罪化”，三是“立法上的非犯罪化”。详言之，根据案件发生的时间来看，非犯罪化可以在案件尚未发生之前，通过立法或者司法解释的方式把本案所涉及的犯罪进行非犯罪化，从根本上防止此类犯罪再进入司法程序。也可以是案件发生之后，在侦查、起诉、审判等环节进行非犯罪化。非犯罪化不是仅限于某一时间点而进行，可以在立法、侦查、起诉、审判等方面择一实施，达到非犯罪化的目的。

4.效益性

非犯罪化改革出现的原因之一是欧美等国家在处理大量的微罪案件时，司法机关不堪重负，监狱人满为患，大量的司法资源被消耗，反而在解决一些重大的犯罪时力不从心。“从法律经济学角度出发，国家法律也是一种资源，具有缺稀性，而且这种资源在发挥作用时还必须依赖于社会财富资源的大量投人。尤其是在对待犯罪的社会投人上，其耗费人、财、物力的程度是其它任何法律施行所不能比的。如美国每年仅在对监狱投人这一环节上就要投人 40 亿美元。而我国据测算，除监狱建设外，每年需 210 亿元的监狱运转费用。”[29]非犯罪化在道德领域和微罪领域的实施，大大减少了公共资源的投入，降低了司法成本，提高了司法的效率。司法机关在无需面对庞大的微罪案件之后，可以调用更多的力量解决社会危害性更大，性质更为恶劣的案件，维护社会的安定和谐。

四、非犯罪化的依据

在分析非犯罪化合理性的根据之前，先来看一个纯哲学的概念：二律背反。二律背反是 18 世纪德国古典哲学家康德在其代表作《纯粹理性批判》里提出的，它是指两个各自依据普遍承认的原则建立起来的、公认为正确的命题之间，却发生冲突和矛盾。非犯罪化是以谦抑精神为导向，以人权保障为追求目标的，但在个人人权保障和防卫社会之间，却存在着难以消除的二律背反。刑法如何调整两者间的关系是其重要问题之一，正如德国刑法学者耶林所说：“刑罚犹如双刃之剑，用之不当，则国家和个人两受其害。”在 1997 年刑法施行之后，刑事立法很大程度上体现的是犯罪化的过程，新刑法之后的单行刑法和六个刑法修正案正是如此。然而在十余年后的今天，在 2004 年“国家尊重和保障人权”载入宪法并成为我国宪法的一项重要原则之后，在 2012 年 3 月修改《中华人民共和国刑事诉讼法》中，我国第一次在部门法律中载入“尊重与保障人权”的规定之后，我们不得不反思，在这种新形势下，人权保障与社会秩序这一对二律背反之中到底孰轻孰重？或者说应该更侧重于何者？答案是不言而喻的——人权保障作为一种价值追求，是国家

和社会的期望；作为一种先进的刑法观念，则是非犯罪化的重要根据。

以人权保障作为基础，可以自然引出刑法非犯罪化的其他根据如常见的刑法谦抑主义、法益保护主义等等。而这些根据总的来说可以概括为两大方面：一是从刑法本身出发，通过探究刑法的本质特点以及追溯创设刑法的最初目的来分析现在刑法的犯罪化是否已超过必要限度，而应重视其反作用力——非犯罪化，以回归刑法的本质属性；二是从犯罪本身入手，从犯罪的历史性、社会危害性以及公众社会对犯罪的态度，进一步界定罪与非罪的界限，从而明确非犯罪化的理论依据。

（一）刑法本身

关于刑法谦抑性，刑法学专家陈兴良认为，“谦抑，是指缩减或压缩。刑法的谦抑性，是指立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚（而用其他替代措施），获取最大的社会效益——有效地预防和控制犯罪。”[30]日本学者平野龙一认为，“即使行为侵害或威胁了他人的生活利益，也不是必须直接动用刑法，可能的话，采取其它社会统治的手段才是理想的，可以说，只有其它社会统治手段不充分时，或者其它社会统制手段（如私刑）过于强烈，有代之以刑罚的必要时，才可以动用刑法。这叫刑法的补充性或谦抑性。”[31]这就要求刑法的触角在社会生活中不能伸展得太宽，平衡公正、自由、秩序的理性和谐。更何况刑法本位和民法本位的争论中，应采用民法本位，刑法只起次要的、辅助的任务已是不争的事实，若过多使用刑法甚至使刑法变成实际上的本位，那么势必会导致“秩序过剩”现象。“过剩秩序是相对于社会必要秩序而言的，前者是专为当权者谋利益的滥用秩序，无益于社会”。[32]因此应将刑法保护的秩序限于社会必要秩序，以秩序的最小化去换取公民自由权利的最大化。

在分析一行为是否应当犯罪化时，首先，考虑应不应当（should 问题）用刑法，如同性恋问题，这是性取向的一种，只不过这种性取向表现在少数人身上，即同性恋是在少数人身上存在的正常现象，若在这一问题上施以刑法，不仅是对同性恋者基本人权的严重剥夺，而且不利于国家宽容、自由的社会氛围的形成，因此类似同性恋行为的纯私人选择本就不应该用刑法来调整；其次，考虑用刑法有没有用（can 问题），还以同性恋问题为例，假使认为同性恋违背了传统的将婚姻与生育紧密相连的婚姻观念，其结合不能为生育服务，应当用刑法调整，那么设想给所有同性恋者定罪能不能改变一个人性取向的事实？又能不能阻止更多同性恋行为的发生？显然刑法在这一问题上是很难发挥作用的，如果发挥作用了也是以扭曲人性、侵犯人权为代价的；最后，考虑是否必须用刑法（must 问题），边沁说，“温和的法律能使一个民族的生活方式具有人性：政府的精神会在公民中间得到尊重。”[33]在世界各国，任何完备的刑事司法制度都是以冤假错案为必要的司法代价的，即使在美国，其死刑执行的数量很少，但也有相当一部分的错案存在。刑法区别于民法、行政法的重要一点就在于其手段具有残忍性、毁灭性、甚至违背人性的一面，刑法本身也属于恶，只有当它可能排除更大的恶时才能适用它。因此一旦滥用，后果将不堪设想。这就更要求我们谨慎使用刑法这一工具，在有民事、经济、行政的法律手段能够达到维持社会秩序、调解矛盾时，就应尽量避免刑法的使用，必须要坚持“最后手段性原则”，谨慎、严肃、认真地进行权衡。

从经济学原理分析刑法，则要引入“最小的刑罚成本”这一观念，即指适用的刑罚的量必须以足以抗制犯罪为限。刑事司法活动是高消耗性的，而刑事司法资源却是有限的，在追求司法公正的同时，必须注意增进司法效益，以尽可能少的成本实现最佳效益。西方国家“轻轻重重”的刑事政策与我国的“宽严相济”是异曲同工的，这要求我们对轻微犯罪的处理比以往更轻，甚至考虑微罪非罪化，而对严重犯罪的处理比以往更重，更合理、有效地分配刑法资源。

（二）犯罪本身

在具体从犯罪本身探讨非犯罪化的根据前，还是先来看一个观念：犯罪饱和论。犯罪饱和理论由菲利在《犯罪社会学》中详细阐述：“无论是自然犯罪还是法定犯罪，在总量上都是继续增加的，但每年的变化有时增多，有时减少，这些变化在一个较长的时间内，会积累成为一系列真正的犯罪浪潮（犯罪的周期性波动）。由此可见，它与某些化学定律的法则相一致，我称之为犯罪饱和法则。就像一定量的水在一定的温度下会溶解一定量的化学物质，而且不多也不少那样，在有一定的个人和自然条件的特定社会环境中，也会发生一定量的犯罪，不多也不少。”[34]]这说明犯罪是不可避免的，但同时又是有规律的、可控制的，我国一度宣传灌输“犯罪消灭论”，从而将大量的越轨行为纳入刑法领域，结果可想而知，我国晚近以来反而出现了一浪又一浪的犯罪高潮。

另外，犯罪的界定与特定时代的特定条件息息相关，如 1979 年刑法中的投机倒把罪，即是以买空卖空、囤积居奇、套购转卖等手段谋取暴利的犯罪。“投机倒把”一词产生于计划经济色彩浓重的七八十年代。改革开放初期的中国，计划内部分实行国家统配价，同时企业超计划自销产品并按市场价格出售，形成了特殊的“价格双轨制”。随着市场经济体制的确立，投机倒把行为出现了明显分化，有的成为正常市场行为，有的则上升至法律规范。可见随着时代社会的变迁，人们对某些行为是否犯罪化的态度也在不断改变，公众社会对犯罪的态度开始逐渐走向理智，就如马教授“聚众淫乱”事件之后，更多公众把它作为娱乐，而不是急着去从法律的高度指责当事人，正体现了如今社会对不同观念和行为的理解和宽容，对私人个体生活的尊重与不干预。这都要求我们重新审视如卖淫、赌博、安乐死等行为，考虑时机成熟时它们非犯罪化的可能性。

最后也是最重要的一点，就是犯罪的本质特征。我国刑法学的通说一般认为，犯罪有三大特征：社会危害性、刑事违法性和应受刑罚惩罚性，其中社会危害性是其本质特征。大壕仁教授认为，犯罪的本质，基本上是对法益的侵害或者威胁，同时，也必须认为是对一定法义务的违反。[35]加罗法洛将普遍的道德感划分为非基本情感和基本情感，他认为祖国之爱、民族情感、宗教情感、贞节、荣誉感等属于非基本情感。非基本情感与犯罪无关，“没有什么它们所禁止的行为会被看作犯罪，因为这些行为不是反社会的，换句话说，他们并未攻击人类生存的基本条件。尽管

这些行为很不道德且亦遭受公众观念的指责，但它们却只对作恶者们本人及其家庭或国家真正有害，而并不危及整个社会。”[36]由此可见，立法者将某种行为予以犯罪化，是以该行为具有社会危害性为前提的，对于纯私人性质、完全建立在自愿基础上的某些行为，刑法应当持中立态度，予以容隐和理解。

综上可见，以人权保障为基础，从刑法本身和从犯罪本身两个方面可以充分说明非犯罪化的理论依据。无论是从刑法谦抑主义、刑法的任务以及刑法的经济思想，还是从犯罪饱和论、犯罪的历史性以及犯罪的本质特征：社会危害性，都可以推出我们必须坚持犯罪化和非犯罪化的双向思维模式，同时在这一模式中着力推动非犯罪化这一反作用力，从而使刑法不仅仅是善良人的大宪章，也成为犯罪人的大宪章。

五、非犯罪化的范围

法律是一门社会科学，自然规律一般的永恒价值不是其所具有的光芒，与时俱进的法律才会拥有持续的生命力。“犯罪并不是一个绝对不变的概念，它是动态的，具有相对性。它根据时代、民族和社会的变迁而变化，也根据公众的根本利益的变化而发生变化。伴随着社会的变迁，社会危害性的标准随之改变，犯罪与非犯罪的立法评价也跟着改变。”[37]随着犯罪与非犯罪的立法评价的改变，以前作为犯罪的很多行为在当下的环境可能已经缺乏用刑法处罚的基础。以中国为例，1979 年颁布的中国刑法第 160 条（归入第六章《妨害社会管理秩序罪》）规定的流氓罪在当时属于刑法重点打击范围，1983 年《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》规定了 6 种提高量刑幅度的犯罪流氓罪列于首位。而到了 1997 年修订时，流氓罪被删除出《刑法》。刑法中的流氓罪在几十年间经了犯罪化到非犯罪化的过程，与流氓罪“命运”相同的还有投机倒把罪等。由此可见，非犯罪化的是一个不断发展的过程，我们只能立足某一个特定的时期，来研究非犯罪化，那么我们是怎么界定非犯罪化，非犯罪化又有哪些范围呢？

综合非犯罪化的源起和支撑非犯罪化发展的理论根据，笔者认为，非犯罪的范围可以分为道德犯罪和轻微犯罪两大领域。详言之，道德领域可以分为（1）超过法律上一般人所应具有的道德标准。“法律是最低限度的道德标准”，如果刑法规定犯罪所依据的道德标准过高就会使法律代替道德的作用，不利于两者的区分，也会超出一般人的承受范围。（2）已经过时的道德标准。道德是人们共同生活及其行为的准则与规范，它是人们在实践中总结发展出来的。社会的经济、政治、文化等外在环境处于不断的变化中，处于其中的人们也在不断改变自己的生活及其行为，在出现的新的道德标准之后，过时的道德标准也会慢慢远离人们的生活。道德领域之外，轻微犯罪是非犯罪化所以发展的重要领域，具体来说（1）无被害人犯罪；（2）犯罪构成要件重合的犯罪；（3）处罚无法实现效果的犯罪；（4）刑事处罚违反超量原则。

结语

非犯罪化作为当今刑事政策的主题之一，它的意义在于使刑法以谦抑精神为导向，以人权保障为目标，在这一过程中，改变传统的重刑主义思想，纠正犯罪化过剩倾向。那么如何贯彻非犯罪化的刑事政策，实现刑法谦抑的价值追求？这主要在于选择适当的非犯罪化途径。

非犯罪化的实现途径在实践中通常有两种，一是立法层面实现非犯罪化，二是司法层面实现非犯罪化。但考虑到立法的稳定性、借鉴西方国家非犯罪化的实践经验以及并结合我国国情，司法上的犯罪化应当成为我国目前实现非犯罪化的主要路径。

面对我国正处于转型时期的社会现实，面对当下伦理道德多元化、犯罪新种类层出不穷的新形势，“宽严相济”取代了以往的“严厉打击犯罪”，我国刑事政策正处于发展的新阶段。我们应当以人权保障作为新的刑法观基础，认识到非犯罪化补充性、效益性、范围的限定性和实施时间的灵活性的特征，把握住犯罪的历史性和社会危害性，贯彻刑法的谦抑原则，谨慎推进非犯罪化的进程，从而使人权保障不再仅仅作为刑法的价值追求，更成为刑法非犯罪化实践的重要推动力量。

试论中表婚解禁的合理性

2010 级 盛德慧 刘志露 姚凯燕 张晓媛 樊飞

摘 要：中国婚姻法明确规定直系血亲和三代以内旁系血亲禁止结婚，但是从古至今中表婚屡禁不止，黑格尔曾说过：存在即是合理。因此，我们不得不思考中表婚解禁的合理性，本文从伦理、法律、科技的角度依次分析，得出不论是理论还是现实，在中国中表婚的解禁都有其充分的合理性。

关键词：中表婚 伦理 优生 婚姻自由

一、问题的提出

2012 年 09 月 27 日 某日甘肃网发布了一个标题为“嫡亲表兄妹结婚 15 载 离婚时方知婚姻无效”的新闻，新闻中讲述的是本是一对嫡亲表兄妹，后由父母做主恋爱结婚的夫妻，在结婚 15 年后，两人因感情不和到法院离婚，法院以两人系三代以内旁系血亲，属禁止结婚的情形，其婚姻关系是自始无效为由，判决婚姻关系自始无效。其实，案例中嫡亲表、堂兄妹结婚的现象在我们的生活中并不鲜见，这类婚姻被称为中表婚，近亲结婚的禁止由来已久，但是作为近亲结婚之一类——中表婚一直存在，现今，在法律明令禁止下，中表婚仍然大有存在，很多落后地区、少数民族依旧保留中表婚的习俗。那么，对于这种现象，我们不得不深思其存在的理由。

二、结婚的概念及条件

《中华人民共和国婚姻法》第五条规定：“结婚必须男女双方完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。”可见，婚姻是以男女双方的自愿为基础的。婚姻关系的核心是以爱情为纽带,为社会和法律所认可,承担一定义务和责任的一种社会关系。它的目的显然并不尽在生育。

可是，我国现行《婚姻法》却将结婚和生育混为一谈，在第七条规定：“有下列情形之一的，禁止结婚：（一）直系血亲和三代以内的旁系血亲；（二）患有医学上认为不应当结婚的疾病。”明显的是将结婚和生育等同为一个概念，认为“不宜生育”就是“不宜结婚”。同时，又是基于优生和伦理的需要，认为“中表婚”产生的后代患病率大大高于非近亲，而且堂表兄弟姐妹之间的结婚不容易被人们接受，也会对传承几千年的伦理产生冲击。所以，法律就没有考虑过第七条关于禁止结婚的近亲范围的正当性，也没有结合我国各地的现状，而是坚决的禁止“中表婚”。

“中表婚”即表、堂兄弟、姐妹间缔结的婚姻。中国古代称父亲的姊妹（姑母）的子女为外

兄弟姐妹，称母亲的兄弟（舅父）姊妹（姨母）的子女为内兄弟姐妹。外为表，内为中，故外兄弟姐妹与内兄弟姐妹又称“中表兄弟姐妹”。后称同姑、舅、姨的子女通婚者，为“中表婚”。经典名著《红楼梦》中宝玉与宝钗之间的婚姻即为“中表婚”，我国古代的“亲上加亲”中“亲”，也是指“中表婚”。可见，中表婚这一现象由来已久。

众所周知，婚姻法主要调整婚姻家庭关系，既然婚姻确定的是一种关系，这种关系必然为伦理所约束，但是由婚姻法的禁婚亲规定可以看出，立法存在简单或有缺陷的问题，而这也导致有的结婚合法不合伦理，如公公娶前儿媳妇这类违背伦理的存在并未被禁止，有的结婚合情理不合法，就如本文所讨论的中表婚，规定存在缺陷，因而引发广泛的争议。

三、中表婚解禁的合理性

（一）伦理角度的分析

1. 中表婚的历史沿革

有人列举古代条文，说自古而起就是禁止中表婚的。其实不然，古代从西周时期，婚姻确实禁忌的是“同姓不婚”。同姓不婚即禁止同一姓氏家族成员之间的通婚，不管远近亲疏，或者相隔几代。显然，中表婚的双方当事人并不会是“同姓”，所以也就不存在自古而起就禁止中表婚这一观点。并且，同姓不婚的结果是异姓间相互联姻，形成强大的婚姻集团。此时，异姓之间的血缘关系就变成了强有力的保障。

中表婚的起源，事实上可以追溯至上古夏、商、周时代，从上古姑舅称谓及上古史料得知，中表婚是氏族外婚制的产物，是早期人类由群婚制向一夫一妻制过渡时的表现形态。所以，中国历来就一直存在中表婚，这与中国古代的封建伦理观点密不可分。中国国人自古代起就进行着族居的生活，有着安土重迁的观念。西周时期时起建立了的等级森严的宗法制，对以后的社会形态产生了巨大的影响。各阶层之间横亘者不可逾越的鸿沟，法律又规定不同等级之间不能通婚。结婚圈的缩小、同宗不婚和亲上加亲等宗法伦理观点，加速了中表婚的流行。自此，中表婚便一直出现在历史的熔炉中。

隋唐时期禁止同姓为婚。“若是同姓为婚者，各徒二年。缌麻以上亲属为婚，以奸论，离之。”缌麻以上亲属为婚，也就是五等亲以上亲属缔结婚姻，以奸论。后世，宋元明也多沿袭。有人说这是古时禁止近亲结婚的法律依据，其实不然。《唐律疏议·户婚》中有一条曰：“其父母之姑、舅、两姨姊妹及姨、若堂姨，母之姑、堂姑，己之堂姨、堂外甥女，女婿姊妹，并不得为婚姻，违者各杖一百，并离之。”但是根据《唐律疏议》的解释，它的本意是禁止隔辈间的近亲属结婚。后世照搬应该也是同样的意思。

中国明、清时代都曾一度禁止中表婚，在法律上有“若娶己之姑舅两姨妹妹者，杖八十”的规定，但是中国民间习俗的力量是十分强大的。在屡禁不止的情况下，后来终于因“习俗已久，莫能更易”而解禁。于是，在中国历史数千年的洗礼下，中表婚的地位更加牢固。

中表婚的顽强甚至于要法律做出让步，到民国时期，南京国民政府民法在亲属编中规定，八亲等内的旁系血亲禁止绪婚，但表兄弟姐妹不在此限。在我国 1950 年第一部《婚姻法》中也规

定：“旁系血亲、同胞兄弟姐妹或同父异母的兄弟姐妹，禁止结婚；其他五代内的旁系血亲间禁止结婚的问题，从习惯。”也就是说，如果当地的习惯允许结婚，中表婚就不在禁止之列。

禁婚亲法律的制定，无外乎从伦理、优生的角度考虑，现行《中华人民共和国婚姻法》最终确定直系血亲和三代以内的旁系血亲禁止结婚，中表婚自然在此限制内。

2．中国现状

尽管法律明令禁止，至今中表婚的习俗仍然存在，对于中表婚，各国都有不同的规定，但目前世界上，明文规定禁止表兄妹结婚的国家或地区的，只有中国(内地)。

我国一些少数民族地区也保留着相关习俗，亲上加亲依然备受推崇。例如，在贵州省，近亲结婚仍有习惯，无论是苗族、侗族、土家族或是其他少数民族，氏族社会“中表婚”的习惯仍保存至今。苗族、土家族等仍有姑舅表优先婚的传统，苗族称为“还娘头”，即母舅家有聚外甥长女为儿媳的优先权。姑姑家长女出嫁，必先向舅家意见，如舅家有年龄适当男子合适，该长女须嫁舅家。如该女子坚决不嫁，则要赔舅家金钱，该金钱称“你姜”(“外甥钱”)，时至今日，很多地方移风易俗，已不再强迫外甥长女须嫁舅家了，一般以收“舅公钱”的方式放任外甥女婚姻自由，“舅公钱”一般为400元左右，在该女出嫁时给付母舅。

通过中表婚的历史沿革以及中国现状，不难看出，人们对中表婚是认可的，禁止中表婚的伦理基础并不牢固，反而“亲上加亲”的思想更为深入人心，那么，《婚姻法》站在伦理的角度禁止中表婚是否合理，这不言而喻。

（二）现代社会结婚与生育的分离使得解禁成为可能 （法律角度的分析）

禁止近亲结婚的相当大的一部份就是基于优生的考虑，婚姻在延续人类发展上发挥着重大作用，通过孕育后代将人类的文明一代代的传承，自古以来，人们就将婚姻与生育联系在一起。生育一方面成为婚姻的重大任务，另一方面又成了维系婚姻的纽带。中国古代，以“七出”之名休妻的比比皆是，同时妇人往往凭借其子嗣才能稳住在夫家的地位。总而言之，对生育的看重，使得人们忽视了婚姻的本质，以优生之名困住婚姻，但随着时代的发展，婚不等于育的观念也越来越为人们所接受。

新中国成立后，1950年《婚姻法》禁止有生育缺陷的不能发生性行为者以及患性病或精神失常未经治愈者、患麻风病或其他在医学上认为不应结婚之疾病者结婚。1980年对其作了修改，采取了例示性和概括性相结合的立法措施，对有生育缺陷的不能发生性行为的不再列入禁止结婚的条件中，从该项发条的发展不难看出，婚育分离的观念影响了国家的立法。

《中华人民共和国婚姻法》第七条规定“【禁止结婚】有下列情形之一的，禁止结婚：（一）直系血亲和三代以内的旁系血亲；（二）患有医学上认为不应当结婚的疾病。”法条中的第二项，医学上认为不应当结婚的疾病在《婚姻法》中没有规定，依据《母婴保健法》第十条：“经婚前医学检查，对诊断患医学上认为不宜生育的严重遗传性疾病的，医师应当向男女双方说明情况，提出医学意见；经男女双方同意，采取长效避孕措施或者施行结扎手术后不生育的，可以结婚。”可以看出国家在对待遗传性疾病时，认为可以在不生育的前提下结婚，也就是说，国家也是认可婚育是分离的。

随着社会的发展，世界上出现了丁克家族、同性婚姻等现象，这类婚姻的出现也正说明了婚姻与生育的分离。《母婴保健法》第十六条规定医师发现或者怀疑患严重遗传性疾病的育龄夫妻，应当提出医学意见。育龄夫妻应当根据医师的医学意见采取相应的措施。第十七条规定经产前检查，医师发现或者怀疑胎儿异常的，应当对孕妇进行产前诊断。第十八条规定经产前诊断，有下列情形之一的，医师应当向夫妻双方说明情况，并提出终止妊娠的医学意见：（一）胎儿患严重遗传性疾病的；（二）胎儿有严重缺陷的；（三）因患严重疾病，继续妊娠可能危及孕妇生命安全或者严重危害孕妇健康的。婚育是分离的，但生育对于个人、家庭、社会、乃至人类的作用，使得人们不得不重视生育，婚姻常常伴随着生育的问题，《母婴保健法》规定的对于严重遗传性疾病的遗传在非近亲结婚中也出现现的问题可以通过科技手段解决，保证优生。那么近亲结婚带来的遗传病“高概率”的遗传，是否也可以通过这种手段保证优生呢？

反对中表婚的人往往是担心近亲结婚导致的遗传病的问题，（当然也有伦理方面，本文会有专门部分论述，因此在这里就不再赘述），但是既然对于医学上认为不宜生育的遗传性疾病问题都可以采取婚育分开的措施，对于非近亲结婚的严重遗传性疾病的遗传问题都可以通过科技手段解决，那么为什么对于自古就普遍存在的中表婚，采取在立法上禁止的措施？而剥夺相当比例的人婚姻自由的权利呢？

当然自由是相对的，随着人类社会的发展，人类的社会属性，使得自由也带有了社会性，社会性上的自由的定义在 18 世纪法国大革命中发布的《人权公民权宣言》第 4 条就已给出了定义：“自由就是指有权从事一切无害于他人的行为”，现代最系统地论述社会自由思想家的是英国的约翰·赛尔。《论自由》给自由的定义则是：“任何人的行为，只有涉及他人的那部分才须对社会负责。在仅只涉及本人的那部分那部分，他的独立性在权利上是绝对的。对于本人自己，对于他自己的身和心，本人乃是最高主权者”。[1] 可见自由是受到限制的，但是在不违背一些原则的前提下，自由是“绝对的”、不容侵犯的。步入现代社会，自由的限制主要体现在法律和伦理上。《中华人民国宪法》第五十一条规定“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”那么对中表婚的法律禁止是否合理？婚姻很大程度上是双方当事人之间的事，立法对中表婚的禁止也无非是从优生和伦理上考虑，但是科技的发展，社会观念的进步，就如之前分析过的一样，婚育是分离的，优生也可以得到科技的保障，同时中表婚禁止的伦理基础也并不牢固，由此得出所谓近亲结婚的危害并不适用于中表婚，或者说中表婚是可以避免近亲的危害的，既然中表婚对社会、国家、集体的利益不构成重大损害，那么通过这些不难得出《婚姻法》对中表婚的禁止是缺乏法律和伦理的依据的，相当比例的人的婚姻自由不应该被牺牲。

（三）科技角度的分析

1.遗传率的概率

禁止“中表婚”的一个重要原因就是“中表婚”导致后代遗传病的概率增加， 尤其是指隐

[1] 【英】约翰·密尔：《论自由》，程崇华译，商务印书馆 1986 年版，p11

形遗传病。如下表是某些常见隐形遗传病的近亲婚配与非近亲婚配的子女发病率[2]：

病名	隐性遗传病的发病率		表兄妹婚配子女发病为非近亲婚配的倍数	此现患者中表兄妹婚配所占有百分此（100%）
	非近亲	近亲		
笨丙酮尿症	1 ：14500	1 ：1700	8.5	35
色素性干皮病	1：2300	1：2200	10.5	40
白化病	1：40000	1：3000	13.5	46
全色盲	1：73000	1：4100	17.5	53
小头病	1：77000	1：4200	18.5	54
黑蒙性白痴	1：310000	1：8600	35.5	70
先天性鱼鳞癣	1：1000000	1：16000	63.5	80

从此表可以看出近亲结婚的隐形遗传病的患病率确实是比非近亲高，且表兄妹婚配子女发病率为非近亲婚配的高 8%以上，可是，他们忽略了一个重要的事实，那就是近亲婚配子女的隐形遗传病发病率的增大，不但取决于致病基因在群体中的概率，而且还取决于亲缘系数。此表只是单纯的考虑了基因的问题，而忽略了亲缘系数问题和众多环境问题。因此，如果多加考虑亲缘问题，就会看到另一番景象。如据统计，先天性心脏病、无脑儿、脊柱裂变等多基因遗传病、近亲结婚子女发病率约为 1.64%，非近亲结婚子女发病率为 0.57%，相比只差两倍。同样，在婴儿的死亡率和畸变率方面，比值也大都在 3-10 倍之间。[3] 大 3-10 倍的概率，对于本来就是很小的患病率来说，不会产生多大的影响。所以，仅是因为后代遗传病的患病率问题而禁止“中表婚”是说不过去，也是不合理的

2.进化的两面性

禁止“中表婚”的另一生理原因可能是堂表兄弟姐妹结婚后生育出的孩子，智力低下的概率也很大，且这里的智力低下大多是由遗传造成的。可是，此时，人们又忽略了智力低下不仅仅受基因影响，还会受到环境、心理、社会、生活条件等地影响。如：223 名智力低下儿童病因分析。[4]

同时，由于进化的双面性，近亲结婚产生的高智商的概率，从遗传学角度可以说是，有多大的几率成为低智商就有多大的几率成为高智商。也就是说，在人们过分关注近亲结婚所造成的后代智力低下的同时，同样有这么多人因为近亲结婚，而得到优良的智力基因，而变得十分优秀。[5]达尔文家族的近亲结婚和犹太人的整体民族的高智商就是这一论点的有力阐释。达尔文和他的表妹艾玛所生地六个孩子中有三个有成为了非常著名的人；而犹太人的智商确实比平均值高 12-15 分[6]，占美国人口 3%的德系犹太人赢得了 27%的诺贝尔奖和超过一半的国际象棋冠军。

从这两方面我们可以看出，每种进化都有其正反两面，近亲结婚可以保证优良基因的高度纯

[2] 楚玉荣，功凌涛，楚智慧.《近亲结婚的畏寒与遗传病的发病率. 生物学教学》. 2004（2）. 第 55-56 页
[3] 毛睿《试论婚姻法“禁止近亲结婚”立法基础的正当性》 法制与社会 2012 • 01（上）第281页
[4] 刘尔才，李晓伟，赵曼青，张秀珍.《233 名智力低下儿童病因分析》. 中国优生与遗传杂志. 2002 年. 第 110-111 页
[5] 毛睿《试论婚姻法“禁止近亲结婚”立法基础的正当性》 法制与社会 2012 • 01（上）第282页
[6] 甄羽.《高智商与遗传病有关吗》. 保健. 数据搜自于万方数据库

合比例，相对封闭所产生的结果并不一定是坏的。而我国现行《婚姻法》禁止“中表婚”是过分地扩大了近亲属结婚的弊病，明显是不合理的。

3．科学技术为优生提供保障

（1）终止妊娠

在过去，生育和婚姻是不可分离的，但是在 21 世纪的今天，在具备节育的基础知识的前提下，由医生提出医学意见，经双方当事人的同意，采取长期的避孕措施或实行结扎手术，使生育和结婚分离。即使在采取了这些措施后，仍然怀孕了，当事人也可以通过医院人工终止妊娠，若再次产生生育想法，可以采取人工生育技术，例如可以进行“宫外受孕”、“代孕”等再次生育。

（2）孕检

在堂表兄弟姐妹结婚后怀孕，可以通过产检检查胎儿是否患有严重遗传性疾病。对于遗传病而先天智障的胎儿，通过遗传咨询工作，按照现有的条件作羊膜腔穿刺以及新的母体血清检查都可以找出异常的予以人工流产。所以，通过产检可以避免遗传病造成的影响。产检也确保了当事人对胎儿健康的知情权，从另一方面来看也是对孩子健康权的负责。

由上分析，无论是理论还是现实，在中国中表婚的解禁都有其充分的合理性。

英文摘要：China Marriage Law clearly stipulates lineal relatives and collateral consanguinity within three generations prohibited marriage, but there is marriage between cousins in our lives despite repeated prohibitions. Hegel once said: there is reasonable. Therefore, we have to think about marriage between cousins lifted the rationality. From the ethical, legal, scientific and technological point of sequence analysis, it is concluded that whether theory or reality, the existence of Chinese marriage between cousins has its full rationality.

英文关键词：Marriage between cousins Ethics Eugenics freedom of marriage

徘徊于正义与秩序之间的游行制度

2011 级 盛伟荣 李华蓉 单天羽 赵蕴清 何娇

实现正义的维护，同时，在游行过程中强调主管机关维持秩序的义务以实现社会对秩序的需求。

摘 要：在混乱游行背景下制定的游行示威法，已走过了 23 个年头。然而，强调审查的游行制度使得公民行使游行自由的权利困难重重，弹性模糊的条款也常常陷于严苛审查的借口，我们需要在保持原有法律规范的基础上加以改进。

关键词：秩序 正义 冲突 游行 审查 外国经验 立法建议

引言

秩序就社会生活而言，更多的是一种法律的、规范的秩序。它常常通过法律来维持社会生活的连续性、一致性和稳定性，并健康地保持一种存在。然而，正如博登海默提到的忧虑一样：尽管法律的秩序要素对权力统治的专横形势起着阻碍的作用，然而其本身并不足以保障社会秩序的正义。[62]秩序只是社会正常运转的表象，我们根本无法知晓这样的运转是否是无摩擦的，是否都是公平正义的。换言之，法律的或规范的秩序并不代表着个体的正义得以实现。正义是法律的核心价值，在于满足个体性的合理需求，实现最大程度的正当自由。它是孤立的，却实实在在地存在着。而法律的或规范的秩序追求的是社会进程的稳定性、一致性和连续性。它是全局性的，忽视个体的，用极具中国特色的方式说就是和谐、稳定。正如刑法不承认婚内强奸，是出于对由家庭构成的社会的稳定性的维护，但同时也是以牺牲妇女的性自由权的非正义为代价的。

秩序与正义常常是以牺牲对方为代价而实现一种调和。如果所谓的法律或规范的秩序是以众多个体的合理需求的牺牲为代价的，那么这种秩序无疑是一种片面式的，也是不健康的。如果正义同样是以大范围秩序的崩溃为代价，这种正义也是毫无理性和放肆的。我们需要一个相对温和的方式去调和两者的矛盾，疏导因出于秩序维护的需要而受到压制的合理需求，亦即正义。正如阿尔夫.罗斯所说，诉求正义无异于砰砰敲桌子：将个人要求变成一个绝对公理的感情表达。[63]从这个角度讲，在现行制度中，游行示威似乎可以作为这样一个“砰砰敲桌子”的最佳途径。病态的稳定无益于社会的进步，只有将秩序建立于正义之上，辅以游行示威的联络，两者才不会出现

62【美】博登海默:著《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，2004 修订版，中国政法大学出版社，第 240 页

63 参见【美】博登海默:著《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，2004 修订版，中国政法大学出版社，第 270 页

难以逾越的断层。

一、偏向秩序的游行审查制度

（一）审查制度概述

根据《游行示威实施条例》第七条，游行需要向公安机关申请。然而，出于对秩序的维护，条款的模糊、用语的弹性使得审查常常在现实情况中陷于严苛的境地。

《中华人民共和国集会游行示威法》第三条规定，公民行使集会、游行、示威的权利，各级人民政府应当依照本法规定，予以保障。本条款与第一条都与宪法规定的公民享有集会、游行、示威自由相符合。而该法第七条规定，举行集会、游行、示威等活动，组织者须向主管公安机关提出申请。这个规定的初衷是基于诸如此类活动的参加者和观看者一般人数众多，情绪感染力强，因而所具有的一定社会正常秩序的冲击力。诚然，如果在客观上会给公共秩序造成一定的消极影响，游行活动应当受到一定限制，不得肆意妄为，然而审查者用什么标准来衡量申请者的游行示威是否违反宪法和法律呢？在游行示威未进行之前这是无法衡量的。如以申请者的表白为标准，那么所有的申请都应当批准，因为负责人在书面申请中都写明游行符合宪法和法律；如以不影响工作秩序、社会秩序和生活秩序为标准，那么所有的申请都可以不批准，因为任何游行示威或多或少地都会影响一点儿秩序。由于许可条件的模糊，给予了相关机关审核的极大弹性，而这种弹性恰恰给了主管机关严苛审查的借口。

由该法的第一条规定可知，设立该条例的目的除了保障公民的集会、游行、示威的权利，也是为了保障社会安定和公共秩序。但“社会安定”和“公共秩序”的概念不清，无法判断出其外沿。所谓“法不可知则深不可测”，模糊的规定无疑使其难免有主观主义之嫌。同样的，在该法的第十二条规定中，四种不得申请集会的第四项表明：有充分根据认定申请举行的集会、游行、示威将直接危害公共安全或者严重破坏社会秩序的。首先，这一规定与该法第一条一样，法律概念模糊，使该法条极具主观性。其次，何谓“有充分根据”，其根据何来，其根据应以何种方式呈现，都未做出明确的规定或者解释。如果前者还是因为概念模糊所造成的主观主义倾向，那么后者则完全是对主观的放纵。

（二）偏向秩序的立法原因探究

1．制定时间短，立法技术不纯熟，条文用语模糊。党的十三大报告指出：“必须抓紧制定新闻出版、结社、集会、游行等法律，建立人民申诉制度，使宪法制定的公民权利和自由得到保障，同时依法制止滥用权利和自由的行为”。而两年之后，《游行示威法》出台。换言之，制定这部游行示威法只用了仅仅短短两年。如此短的时间意味着立法上技术难免有不足，条款也写的相对模糊。这种模糊性给了立法机关相当大的弹性，使审查有倾向严苛的可能性。

2．立法机关出于对秩序的考量，在一定程度上牺牲了公民游行自由的正当权利。此法颁布于 1989 年 10 月 31 日。而在 1989 年春夏之交，当时全国爆发了大学生游行集会运动，隐然有推翻社会主义制度的趋势，这也使得当时的人大代表、委员们对于游行示威产生了一种深深的恐惧感，当风波被平息后，人大立即着手制定出台了《集会游行示威法》，对集会游行示威采取严格

管控措施。宪法中规定的游行集会权正式套上了一把枷锁。

3．就目前而言，公民在实践正义维护个人正当权益时仍缺乏理性，易对社会秩序造成破坏。以西安 9.15 砸车伤人事件为例，简单的爱国示威游行却在最后演变为砸车伤人事件，这充分暴露出公民的不理性。不理性有四：①以爱国为名进行破坏活动；②崇尚结果主义，手段可以是不择手段；③缺乏对信息的是非判断；④以暴制暴，以游行为契机，宣泄对社会不满。根据中国社会科学院发布的《2005 年社会蓝皮书》的数据表明，1993 年至 2003 年间，中国 100 人以上的群体性事件由 1 万起增加到 6 万起，参与人数由约 73 万增加到约 307 万，年递增率 17%。而在这些群体性事件中，由游行示威而演变为的暴力冲突占据相当大的比例，并呈现出暴力冲突现象不断增多，非理性特征越发明显，危害日趋严重化的趋势。

二、外国以及民国立法实践

（一）外国立法实践

1.大陆法系

葡萄牙宪法第 45 条（集会与示威的权利）规定：“一、所有公民都有不携带武器和平地举行集会的权利，即使在向公众开放的场所举行集会也无需经事先批准。二、承认所有公民的示威权。”葡萄牙宪法的这一条规定充分肯定了宪法对于公民游行示威权利的保障，也证明举行集会、游行示威可以不经过繁琐的审核而有秩序的进行。

西班牙宪法第 21 条第 2 款规定：“在公共交通地点的集会和游行示威需事先通知当局，只在具有妨碍公共秩序和危及生命财产的理由时，方可予以禁止。”这一条表明，举行游行示威预先通知当局，做好备案即可，也无需提交申请等待审查，并且只在产生妨害时才可以予以禁止。也就是说，只要当局对于游行活动的情况有所掌握，能够在发生意外状况时得以解决，那么事先备案不仅省去了双方申请、审核的麻烦，变得方便快捷，而且也不影响游行示威活动的展开，明显优于审查制度。

2.英美法系

美国宪法第一条修正案规定：“国会不得制定有关下列事项之法律：设立宗教或禁止信教自由；限制或剥夺人民言论及出版之自由；剥夺人民和平集会及向政府请愿救济之权利。”其中，和平集会即包括游行示威自由，也就是说人民均具有宪法上的和平集会及游行请愿权。而联邦最高法院的判例主要遵循的精神是，原则上，各州地方政府对户内集会采取事前不干涉原则，对户外游行集会则采事先登记主义。在登记和核发许可证方面，政府虽有权核发登记许可证，但主管机关及官员不得握有无限制的裁量权，或以该项裁量权在实际上剥夺或限制民权自由。以上规定说明即便需要对游行示威核发许可证，也必须限制主管机关的自由裁量权，以保障公民的游行示威权利。

（二）民国立法实践

根据民国时期的《治安警察条例》以及《预戒条例》，凡涉及政治或公共事务的集会游行，警察即可形势治安警察权。换言之，民国时期并无实质性的游行制度，因为游行的目的便在于表

达公民自己对于涉及切身利益的政治或者公共事务的主张，若只是纯粹的个人事务根本无必要走上街头游行。

三、立法建议

（一）必要性

无论是在 1989 年 10 月通过的《游行示威法》，还是在三年后公安部颁布的《游行示威实施条例》，它们制定的大背景是一些群众游行示威造成暴动的案例的存在，所以修订其的初衷是在保护公共安全和公民切身利益的前提下，保障公民合法的集会游行示威的自由。对秩序的偏重必然会导致该法在内容上强调审查。然而，这样的严苛的审查是否还适应制定该法 23 年后的今天呢？

立法者立法的逻辑原点立足于公民是非理性的，不能也不敢放开，于是设立重重审查。但他们却并没有将这种观念适用到公安机关，没有考虑到他们在执行过程中是否理智，是否会利用条文的弹性而任意侵害公民游行自由的权利。

然而，在 23 年后的今天，随着公民权利意识的提升以及西方价值观的传入，社会的文明开化度越来越高，考虑到触犯法律的后果，发生暴动的可能性微乎其微。

正如在博登海默看来，在一个健全的法律制度中，秩序与正义这两个价值通常不会发生冲突，相反，它们往往会在一较高的层面上紧紧相联、融洽一致。[64]而作为实现公民游行权利的法律，它的审查制度的缺陷已经使得公民表达合理诉求的正义权利受到了损害，审查的过宽过泛使得大量的游行胎死腹中，抑制了正义的诉求。而现实是出台已近二十载的强调义务多于权利的游行审核制度，依然纹丝不动，无法紧跟公民诉求正义的步伐。虽然与民国相比，我国的游行示威法已有长足进步，但与外国相比，我国在游行审查对正义的保护上仍有不足。对此，我们尝试根据该法的不足之处加以改进。

（二）改进措施

1.审查范围限缩

（1）减少对游行时间、地点、路线的限缩

根据《游行示威法》第八条规定，游行负责人申请游行的说明中需载明游行的时间、路线、地点等有关事项，如此高强度的审查事项无疑限制了公民进行正常的游行诉求。尤其是其中的时间、路线、地点的审核。

首先是时间，根据相关规定，游行时间限于早六时至晚十时。这样做的确避免了干扰其他人群的正常生活，但是这样做有必要吗？倘若游行时间完全放开，群众游行也未必会干扰到群众生活。正如 2003 立法上放开大学生结婚一般，其也并没有导致大学生婚姻的泛滥。即使干扰到了，自有受害者投诉，相关责任人也会因此接受法律的制裁。而不应该简单地以立法者慈父般的思维限制游行者自由选择时间的权利。

64【美】博登海默:著《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，2004 修订版，中国政法大学出版社，第 330 页

再者是路线，不得不说，路线在根本上决定着游行的效果，公安机关把控着路线的审核，无疑是将游行一定程度上架空。如果一个原本准备在闹市区举行的游行却被限制在郊区，根本无法取得游行主张诉求的目的。

最后是地点，中国的游行限于露天场所、公共道路，而忽略了封闭场所。而在德国，根据《德意志联邦共和国基本法》第八条：“一、所有德国人均有和平及不携带武器集会之权利，无须事前报告或许可。二、露天集会之权利得以立法或根据法律限制之。”可以看出，德国的集会区分露天和封闭。[65]在封闭的空间里，同样可以表达自己的主张，且对社会秩序的影响极小，不应该在立法上被忽略。至于公民在不在封闭空间游行，纯属公民的选择自由。

（2）取消对具体问题的审查

根据该法第十条规定，若游行是为了解决具体问题，可协商解决问题。这个规定虽然节省了行政成本，却常常会导致一个极端，即公安机关会以解决具体问题为由，拖延甚至阻止公民游行自由权利的行使。

据新华社报道，“自从 2008 年 8 月份北京宣布设立集会游行示威区以来，不少新闻媒体关注北京市公安局处理集会游行示威的情况。北京市公安局负责人在接受记者采访时公布，8 月份以来，北京市主管机关共接待申请集会游行示威 77 起 149 人次。其中，已有 74 起游行示威活动的申请人通过有关主管机关或单位与他们的协商，解决了具体问题，因而自行撤回了申请。”[66]

公安机关的审查不是为了限制公民的游行本身，而是出于秩序考量的预警。公安机关首先要考虑的不应是限制游行，而是公民的游行是否会严重破坏社会秩序。如果以游行是否涉及解决具体问题作为协调标准，无疑会存在主管机关将所谓的“具体问题”外沿扩大的可能性。更为重要的是，公民之所以会游行，大多是为了解决具体的利益侵害，如果涉及具体问题便主张协调，难免有干涉公民游行自由的嫌疑。

2.监督方式改变

公安机关应改变原有的强审查的做法，而是转为以维持秩序为主，事前审核为辅，做好备案即可。出于稳定压倒一切的政治压力，公安机关常常通过强力的审查来避免有可能的秩序混乱。但需要明确的是，这仅仅只是可能。不能因担心其违法而抑制游行，因为这样的逻辑好似为了不让公民触犯民法而限制民事行为一般毫无道理。

3.维持秩序的标准

维持秩序的标准应以保持正常秩序为限，强调事后法律责任的追究。只要游行队伍没有干扰到其余公民的权利和正常出行，公安机关可以不去干涉。若出现难以控制局面，公安机关才可干预，并以法律为准绳，追究相关责任人的法律责任。

总的来说，公安机关要明确审查的目的在于维持秩序，而非限制公民的游行权利，对游行的具体事项审核。而应是对游行本身事实上所带来的破坏的审核。现行的《游行示威法》过分强调了公民的义务以满足社会对秩序的维护，而非权利。应在该法中增加公民游行的可选择权和保障性条款。同时，公安机关的审核权应加以限制，要求其承担更多的维持秩序的义务。

---

65 伯佰：著《德国公法导论》，北京大学出版社，2008 年 6 月版，第 111-112 页

66 乔新生：《集会游行示威法的立法价值》，载于《青年记者》，2008 年第 12 期

结语

就目前而言，我国的游行制度以强审查的方式偏向对秩序的维护，却缺乏对正义的保护。当然我们也不能走向另一个极端，完全偏向正义的维护，出现以正义为名的暴力狂欢的可能性。因为“秩序是正义的外在环境，没有稳定的有序的秩序，正义就无从谈起。”[67]。我们可以通过放松审查的方式来

Abstract：In the uncontrolled protest march setting, the Demonstration Law has a 23-year history. However, the demonstration system under the high supervision makes it difficult for citizens to freely exercise their rights of demonstration. Moreover, some flexible clauses may become the excuse for strict examination. Thus, we need to improve the particular clauses on the basis of the maintain of the existing law

Key words：order justice conflict demonstration examination foreign-experience legislative proposals

67 石晶晶，《正义与秩序—由恶法亦法所想到的》，《法制与社会》2011 年 01 月下刊

编者按：

暑期社会实践活动历来是我院的一大特色，在此项活动中，同学们勇于探索，积极思考，不但提高自身素养，也为社会主义法治建设提出了自己的真知灼见。

下面挑选的是我院学生的优秀暑期社会实践报告，旨在促进学生接触社会、观察社会、剖析社会，做一个有思想、有责任感的青年，同时也为社会主义法治化进程贡献自己的一份力量！

关注未来：关于大陆少年法律制度的调查报告

2010 级　罗睿 冯璐 姚瑶 任珅慧

摘　要：青少年是民族、国家的希望，对他们的保护、教育和惩罚也一直是被许多人关注的重要社会问题，而我国（大陆地区）并没有一套完整的少年法律制度。本次调查旨在了解公众对有关青少年立法和现存法律的认知程度，分析比较大陆地区与台湾地区的针对青少年的法律，并结合中国古代法律的相关内容，对大陆地区的青少年立法提出建议，探究大陆地区是否有必要建立统一的少年法典。

关键字：青少年　教育　惩罚　立法建议

一、调查背景

社会的进步和发展在给人们带来方便的同时，也滋生出一系列不良的社会因素，伴随着这些社会因素的产生，未成年犯罪现象逐渐突出，成为我们不能忽视的社会问题之一。但是相对于未成年犯罪的增加，我国并没有专门对于未成年犯罪进行调控的法律规范，即使存在《预防未成年人犯罪法》、《义务教育法》等，也有着规定过于原则、刚性不足、预防机制建设力度不够和预防措施缺乏可操作性等缺点。相比之下，我国台湾地区却有《少年事件处理法》等专门针对青少年犯罪的法律规定，其中先进、有效之处值得我们借鉴。

二、调查目的

1.了解我国青少年犯罪的具体情况并预测其趋势。

2.研究分析导致青少年犯罪的原因和解决措施。

3.对比大陆地区和台湾地区对于青少年保护和青少年犯罪防治方面的法律规范，从中探求我国青少年有关法律规范的发展方向。

4.为我国设立专门的青少年犯罪防治法进行模拟地立法并提出一些立法建议。

5.向人们宣传青少年犯罪的情况和防治方面的知识，引起社会大众对于未成年人犯罪和未成

年人健康生活环境的广泛关注。

三、调查对象及方法

（一）对象：

1.苏州大学王健法学院方潇老师

2.不特定市民

3.无锡市第一看守所工作人员及在押少年嫌疑犯

4.无锡市滨湖区人民法院少年庭庭长及法官

（二）方法：

1.网上查阅资料。通过百度、谷歌等网站查阅大陆地区的《未成年人保护法》、《预防未成年人犯罪法》等法律法规、司法解释，以及台湾地区的《少年事件处理法》。

2.调查问卷。了解公众对法律针对青少年的特别规定的认知程度和公众对违法犯罪少年的态度。

3.面对面访谈。先后采访法学院教师、法院法官、看守所工作人员、少年犯人等。

四、调查结果

通过以上形式的调查，我们收获颇多：

首先，分析比较了大陆地区和台湾地区“少年法”和相关的组织、机构与设施，得出了大陆地区的不足之处并针对这些不足提出了自己的建议，希望能有益于今后有关法律制度的改善。

再者，通过调查问卷的结果，大致理解了大众对与违法犯罪少年相关的法律制度的了解和对违法犯罪少年本身的态度。

最后，分析了青少年的犯罪原因，并针对这些原因提出了相应的解决方法，希望可以通过社会各界的共同努力使青少年能够健康成长。

（一）大陆地区和台湾地区“少年法”对比

1.台湾地区

（1）立法

台湾地区最早的“少年法”要追溯到1955年左右，在1955年12月，立法小组就向行政院提出了有关于少年法的草案，只是当时迫于政治、社会形势并不能得到真正的实施。1962年，少年法更名为《少年事件处理法》，然而，这个法律依然没有得到政府和民众的重视，继续沉睡了10年。1971年随着台湾地区“少年辅育院”的建立和完善，《少年事件处理法》终于被付诸实施，只是当时的法律更倾向于严厉的刑罚而不是循循善诱的劝导和教育。直到1997年12月，新《少年事件处理法》公布，伴随着少年矫正学校的设置，台湾的现代少年法制度才算步入了正轨。由此，以《少年事件处理法》为核心和主要原则，《观察勒戒处分执行条例》、《羁押法》、《更生保护法》等为补充的台湾少年法律保护制度开始发挥出它的作用。

（2）少年法院的设置

台湾地区的少年法院与地方法院是平级的，独立地进行设置。少年法院分设刑事庭、保护庭、调查保护处、公设辅佐人室、并应配置心理测验员、心理辅导员及佐理员。社会调查由调查保护处的调查官负责，心理测验员、心理辅导员、书记官、佐理员等随同少年调查官执行职务，并服从调查官监督。少年法院对于少年事件有着独立的司法权力，秉着“少年保护优先”的原则对其进行审判。

（3）少年辅育院和少年矫正学校

因为采取“少年保护优先”的原则，对于影响不是特别重大，情节不是特别严重的少年犯罪案件，法官大多会通过给予保护处分代替刑事处罚，包括对未成年人进行训诫，对其并处假日生活辅导、交付保护管束，并处劳动服务、交付福利或教养机构安置辅导或命令未成年人去感化教育处所进行感化教育。这个时候，少年辅育院和少年矫正学校就是常用的感化教育处所，在少年辅育院或少年矫正学校中，非行少年不仅仅要接受基础的教育，努力地融入社会，同时也会学习例如汽修、烹饪、绘画等为以后社会生活打下基础的技能，也可以向其他少年一样选择学习文化知识以便继续深造。

（4）少年法官资格

少年法官必须拥有司法院所颁发的少年法官证照，若仅取得法官资格是不能自然成为少年法官的。申请者不仅要接受相关适性的心理测验，还需要提出有关少年司法审理等方面的小论文和至今为止的相关“业绩”。对于合格者，司法院会颁发有效期间四年的专业证照，过期后需再度申请审核。这样严格的制度可以保证每一位少年法官都具备所应该具备的专业技能和心理素质，使少年法院不只是徒有虚名。

2.大陆地区

(1)立法

目前，我国大陆地区并没有专门针对青少年这一群体的立法，相关的规定只能散见于不同的法律、法规以及各种法律解释中，具体有《未成年人保护法》、《预防未成年人犯罪法》、《婚姻法》、《收养法》、《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等。

从宏观的角度来看，我国大陆地区的这些规定还是比较全面的。《未成年人保护法》从家庭保护、学校保护、社会保护和司法保护这四个方面来保护未成年人，侧重于未成年人在日常生活中应该得到的一般保护而基本不涉及对未成年人犯罪的法律制裁；《预防未成年人犯罪法》针对的是未成年人可能出现的不良行为和违法行为，侧重于预防未成年人的不良行为、犯罪行为以及严重后果不良行为的矫治，并部分涉及对未成年人的法律制裁；《刑法》、《监狱法》以及《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等规定中的部分内容则是对未成年人违法犯罪如何处理的具体规定，均体现了与处理成年人违法犯罪的不同处理方式，以感化、教育和挽救为主，许多情况下可以从轻、减轻或免除处罚；另外，《禁止使用童工规定》、《未成年工特殊保护规定》等辅助性规定更加具体，具有可操作性地保护了未成年人的权益。

然而，从微观的角度来看，瑕疵也是存在的。在这些法律和规定中，多次使用“有关机关”、“有关人员”、“相关部门”等等类似的模糊字眼，使得机关、人员、部门的职责不清晰，原本很

好的规定难以得到落实。例如，《未成年人保护法》中明确规定，禁止胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨或者组织未成年人进行有害其身心健康的表演等活动。负责处理这些事情的有县级以上人民政府及其民政部门、公安部门或“其他有关部门”。当法律明确的部门出于各种原因没有解决问题而“其他有关部门”又不明确时，法律自然难以得到落实，于是组织未成年人乞讨就成了见怪不怪的事情。

我们对于目前法律以及其他相关规定有以下建议：首先，从法律整体来看，内容是比较全面的，不需要大的修改；其次，法律用语应该更加严谨，使得部门、人员职责的划分更加明确，以便落实；再次，关于家庭、社会教育的内容应该占有更大的篇幅；最后，在大陆地区，青少年在法律上被归于未成年人这一范畴内，但青少年与未成年人的定义有着较大的差距，如果有条件的话最好能制定一部专门针对青少年的法律，使对这一群体的保护更加全面。

(2)组织、机构以及法官资格

在组织、机构和法官资格方面，大陆地区与台湾地区相比就简单了些，并且没有具体的法律加以规定，据笔者收集，只在 2010 年颁布的《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》中有所提及。总结之后，大致有以下四点：

第一，大陆地区不像台湾地区一样有专门的少年法院，只有在各法院中设置了专门的少年庭。对此，我们认为不一定要像台湾地区一样设立少年法院，少年庭以及其他的有关机构也可以起到和少年法院同样的作用。

第二，少年庭法官以及其他办理未成年人案件的工作人员的资格的取得不够严格，在这方面可以借鉴台湾的经验，设立一套专门的体系，因为未成年人案件有其自身的特殊性，应该由具有相关技能和经验的工作人员来办理。

第三，大陆地区缺乏类似台湾地区的少年辅育院和少年矫正学校这样的机构。我们可以尝试建立类似的机构，将影响不是特别重大、情节不是特别严重的少年违法犯罪案件中的青少年交给其管教、感化，相信可以取得事半功倍的效果。

最后，虽然大陆地区也有一些较为完备的规定，但其中很多并不是专门性法律，在效力上并不能与台湾《少年事件处理法》相提并论。所以，为了更好地保护青少年、更好地处理青少年案件，给少年庭等处理青少年案件的专门机构一个合法的地位，大陆地区需要尽快以法律的形式将相关规定明确化、合法化。

（二）调查问卷分析报告

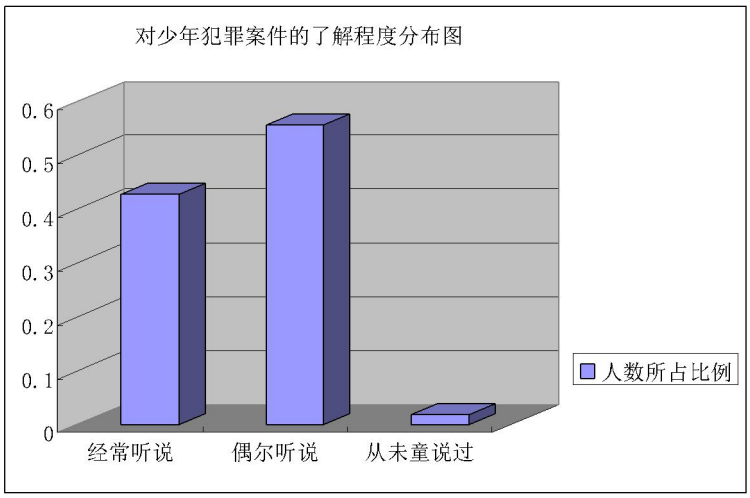
青少年是一类特殊的群体，他们的身体及心理状况决定了他们在有违法犯罪行为时应获得不同于成年人的对待与保护。但是，除了法律保护，大众对于有违法犯罪行为的少年的态度和对于相关法律规范的了解也十分重要，而本问卷就是为了了解这些情况。

此次调查问卷采取的方式是随机抽样调查，为了保证所反映情况的真实性，我们在调查地博物馆、图书馆、学校、社区等地发放，并基本保证了各年龄段和性别的均衡。我们共发放了 500 份问卷，成功回收的有效问卷有 451 份，回收率为 90%。

统计过程中，我们按照题号和各题选项进行数据输入和汇总，并分别绘制表格以直观反映统

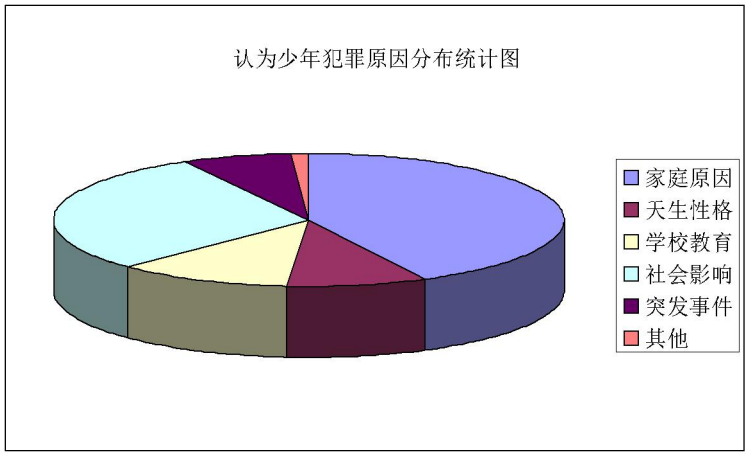
计数据，同时，根据表格反应的内容对数据进行分析。现分析如下：

1. 请问您是否听说一些关于少年犯罪的案件？



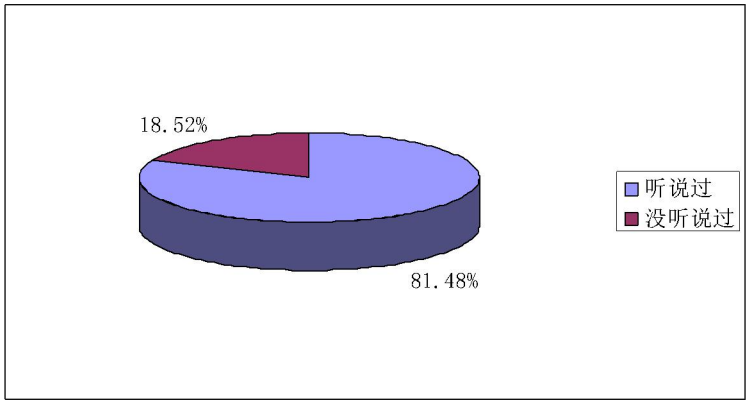
据上图可知，大部分民众对于少年犯罪案件都有所了解，只有极少数的人从未听说过少年犯罪案件。这说明民众对少年犯罪案件还是有相当关注度的。

2. 您觉得造成少年犯罪的最主要原因是什么？



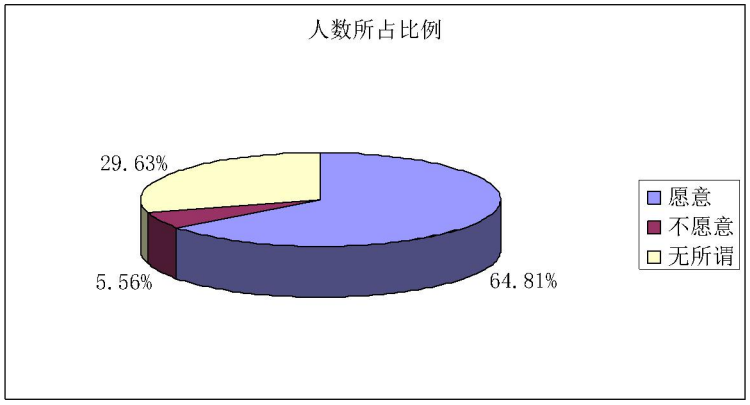
此题为多项选择。据上图可知，家庭原因是民众认为导致青少年犯罪的最大原因，其次则是社会的影响，认为天生性格和学校教育是主要原因的人数基本相同，最末的则是突发事件导致。由此看出，民众对于致使少年犯罪的主要原因归结于家庭和社会，之所以产生这样的主观印象肯定有其原因，我们认为，主要以媒体和交往圈传闻为了解少年犯罪案件途径的民众做出如此选择，是因为在现实中感受到了家庭和社会因素的力量，在我们之后的采访调查中也深切体会到了这点。因此，在预防少年犯罪时，一定要注重家庭的影响，家长在生活中必须要注意自己的一言一行，以免造成未来不必要的悲剧。其次，社会也应当为青少年提供一个温馨、和谐、无污染的成长环境。

3. 请问您是否听说过我国对于违法犯罪少年所采取的措施？



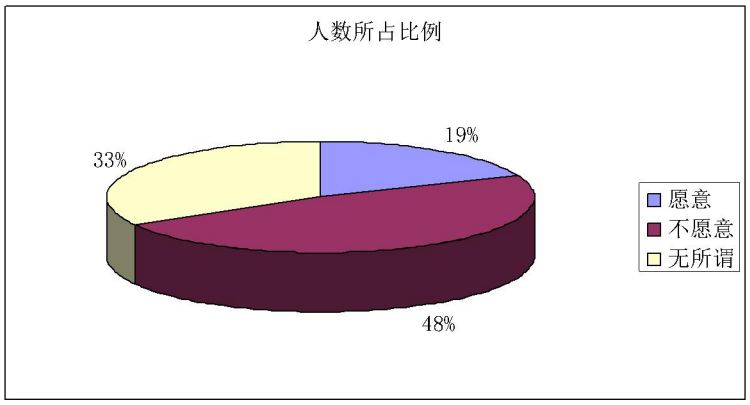
据图可知，有相当部分人并未听说过我国在此方面采取的措施。我们分析，大多数人只保持着看热闹的心态，关注事件本身而不关注后续发展，因此，对于事后制裁措施中的保护因素当然没有了解，不过，这也体现我国法律的宣传工作还有很多需要改进的地方。

4.如果有对违法犯罪少年进行社区矫治等工作，您是否愿意参与其中成为义工等？



这一题设计的目的是了解大众对曾经有过违法犯罪记录的少年的接受程度。一半以上受调查者表示愿意帮助他们改变生活态度和错误的习惯，以后更好地融入社会，而表示无所谓和不愿意的大约占余下的四分之一，可见对于违法犯罪少年的社区矫治工作还是有一定的开展基础的。

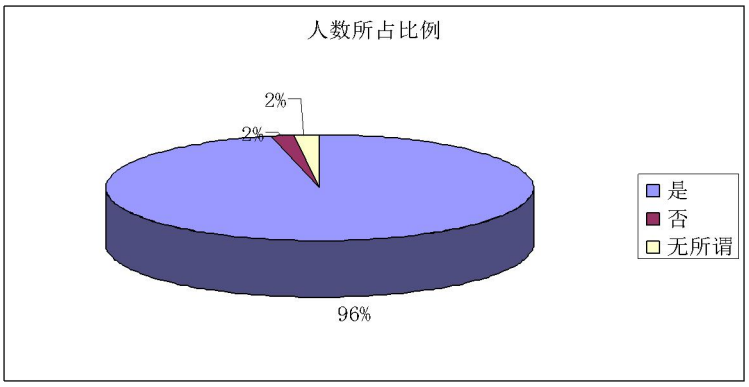
5. 您是否愿意让自己的孩子与曾经的违法犯罪少年一起学习、玩耍等？



此题是比照上一题，进一步了解到底多少人真的愿意接受这些一时失足的少年。可以看出，仅19%的受调查者明确地表示愿意让自己的孩子和他们一起相处。在我们进行调查的时候发现，

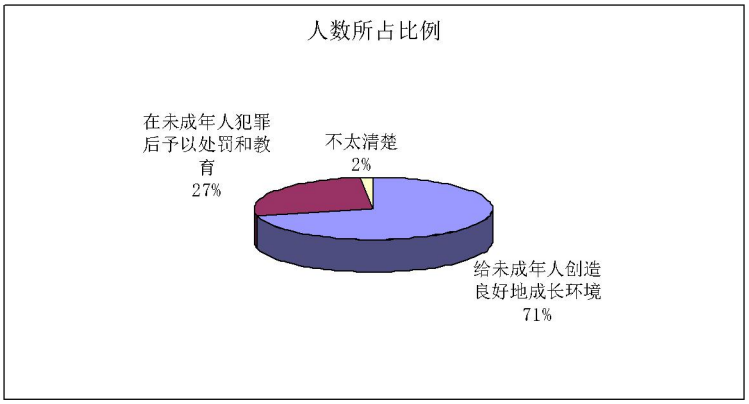
大多数中已经有了孩子的家长倾向选择不愿意或无所谓，而没有孩子的年轻人可能是由于生活阅历不足，更倾向于选择愿意。由此可见，大多数人对这些少年是否能重回正轨持怀疑态度，这些少年重返社会时的情况令人担忧。

6. 您认为是否有必要对违法犯罪少年在刑事责任追究方面采取不同于成年人的措施？



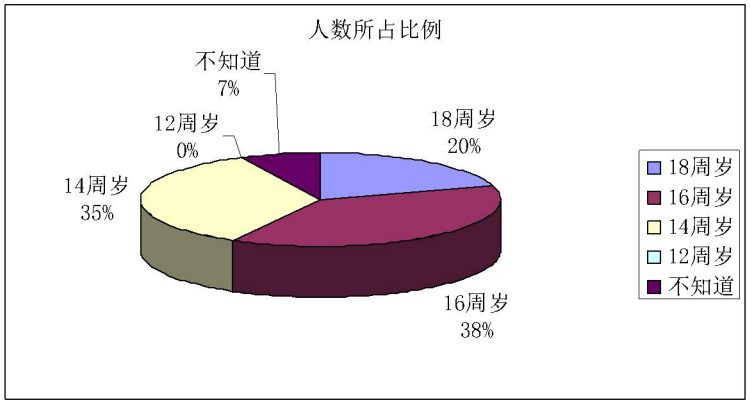
此题的设计是为了了解普通大众对是否应对青少年采取区别与成年人的强制措施的看法，很明显，大多数人都认为必要采取采取不同的强制措施，可见对青少年进行特殊的法律保护是有着广泛的群众基础的。

7. 您认为《未成年人保护法》的主要作用是？



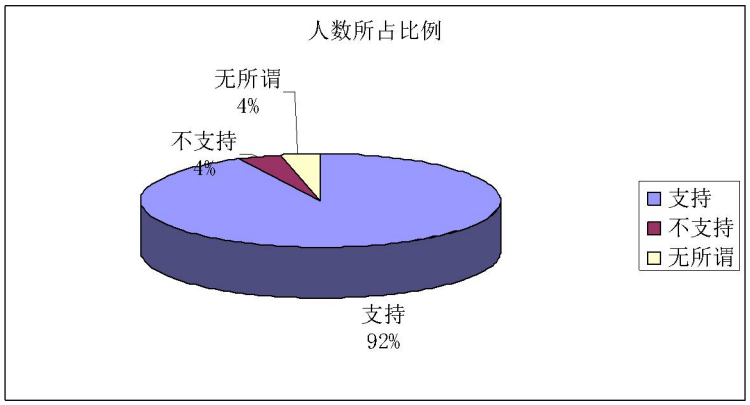
此题是想了解相对来说在大众认知中最广为知悉的《未成年人保护法》给大家的印象。可见，大多数人都知到该法更关注的是广泛意义上的有利环境的创造，而认为属于程序法的范畴的意义较小。

8. 请问在您的印象中我国法律规定的最低刑事责任年龄是多少？



据图可知，仅有35%的受调查者答对了此题。可见普通大众对于法律规定的了解还有待加强，普法工作还有待更好地实施。

9.若国家决定为违法犯罪少年制定专门的法律、制度，您是否支持?



此题是为大家是否支持对有违法犯罪行为的少年采取特殊的各种制度，与第三题是相对。基本全部受调查者都表示了支持，可见为违法犯罪少年制定专门的法律制度已经势在必行、刻不容缓。

综上，本次调查问卷主要是针对民众在违法犯罪少年的相关法律制度的了解，和对他们自身态度的一个大概考察。我们发现，大部分人都对失足少年们表示出一定程度的同情和关注，他们对相关的保护措施有一定的了解，且愿意亲身参与对这些少年们的矫治帮教。但也有部分人并不关心且不愿意施以关注，对于这些民众，最好的改变途径是媒体和舆论，如果媒体在报道中可以有更多的相关有指向性的内容，让大家去关注这些违法犯罪少年背后的原因和故事，相信这些人的态度也会有所改变，从而为曾经有过错少年们创造出更包容、温和的社会环境，让他们可以真正地融入社会。

（三）少年犯罪原因分析

1.自身原因

青少年时期是一个特殊的成长时期，自身价值观和人生观还没有发展成熟，对事物的判断能力与自控能力不够强，很容易被周围的环境改变，也易成为一些居心不良的成年人诱惑和利用的对象。

2．家庭原因

经过一系列案例的比较和调查，许多犯罪的青少年都来自单亲或是父母双方经常争吵的家庭。在这样的家庭中，孩子与父母的交流很少，得不到父母的关心和关爱；偶尔交流，也只是棍棒相加的管教，反而使孩子们产生暴力倾向，造成不好的后果。还有一种普遍的情况是父母一方或双方曾经有过违法犯罪经历，使孩子加以模仿，走上违法犯罪的道路。

3.社会原因

（1）充斥色情的“黄色污染”。现在，在图书报刊、音像制品和网络中，有着许多淫秽色情的内容，并且未加以分类和限制。好奇心较强、防范心较弱且对于性也没有较为正确的认识的青少年们往往就会沉溺于这些“刺激”的色情内容中。

（2）不负责任和夸大的言论。商业媒体具有很强的商业性，为了吸引人眼球，往往会用较为极端和夸张的语言进行报导，甚至不惜制造一些假信息和谣言。而青少年对于媒体的崇拜感往往会让他们将这些信息信以为真，做出与这些信息相关的错误行为。在网络这个开放的平台上，更多的青少年则是直接模仿这些媒体的行为放肆“开骂”，并且以点击量作为“成功”的标准。这样形成习惯以后，不仅会在现实生活中由于不注意自己的言行招致麻烦，还会形成错误的价值观，并将这种价值观通过网络传播给更多的人。

（3）充斥着暴力甚至黑社会性质的“黑色污染”。在许多小说、漫画、网络文章中，都会有暴力的情节或画面，即使是一些以宣传正义为目的的报导，由于描写过于具体细致，也会引起青少年的兴趣，并对这些动作进行模仿，最终触犯法律。

（4）知识产权的侵犯。由于许多青少年缺乏知识产权方面的法律知识，对于报纸、网络上的文章或软件会随意地摘用或下载，并且成为习惯，渐渐地从单纯的使用者变成推广者甚至是这些文章或软件的上传者，这不仅仅是一个严重的法律问题，更会造成“下载不花钱是理所应当”的观念，难以根除。

（四）青少年犯罪的防治

1．家庭方面

对青少年的家庭教育必须得到重视和强化，因为青少年的不良行为和违法犯罪行为多为家庭教育的缺失所致。父母以及其他家人或监护人首先应该营造一个和睦、温馨、友爱、平等、民主的家庭环境，使孩子得以健康成长。此外，父母或其他监护人不能只关注孩子的学习状况、经济状况等外部情况，而要真正关心孩子的日常生活和心理健康，告诉孩子是非、善恶、美丑，培养孩子良好的品德。最后，还可以在社会上设立家庭教育咨询中心这一类的机构，为在正确教育孩子方面有疑问的父母提供帮助。

2．学校方面

目前许多学校片面追求升学率，只重视对知识、技能以及考试时“解题技巧”的教授，而忽视了对学生的品德、法制方面的教育，对学生的心理问题几乎不闻不问。学校必须转变自身的教育观念，关心学生的日常生活与心理状况，加强对学生的品德和法制观念教育，对增强青少年法制观念，树立正确的人生观、价值观，这对于预防和减少青少年犯罪有着十分重要的意义。

另外，学校开除学生必须慎之又慎。开除把青少年推向社会，基本上就处于谁都不管的状态。众所周知，流失生、辍学生流浪社会，无所事事，不务正业，其对学校的积怨很容易转化为对抗社会的违法犯罪行为。经过调查未成年人犯罪中流失生、待业者约占37%。目前取消学校的开除制度还不具有可行性，但是学校必须慎重对待开除。

3．社会方面

由政府设立专门救助、收容未成年人的福利机构或者成立义工组织，专门帮助被父母虐待、遗弃的未成年人，防止他们被别有用心的人利用、走向犯罪的道路。

公安、工商、文化等部门要经常性地组织对网吧、发廊、歌舞厅、迪厅、酒吧等公共娱乐场所的突击检查，同时也要对这些场所的工作人员进行“良心教育”，使得这些场所遵守法律法规，禁止未成年人入内。

另外，对于已经有了不良行为的青少年，可以在公安机关以及基层群众组织的监督下让他们进社区做义工，以此来实现对他们的“改造”。

4．法律方面

减少模糊词句的使用，使得部门职责的划分更加明晰，防止相互推卸责任情况的出现，以便更好地落实法律。关于加强家庭教育的内容应该占有更大的篇幅，构成家庭、社会、国家的联动保护；最后，最好能制定一部专门针对青少年的法律，使对这一群体的保护更加全面。

五、结语

青少年值得每一个人去关注，虽然法律的发展能为青少年带来一定的保护，但是最终他们还是需要家庭和社会的关怀。“只有在爱中长大的孩子，才会学会去如何爱别人”，反之，在怀疑、暴力的环境中长大的孩子，往往也是为自己播下了犯罪的种子。

我们希望通过呼吁，青少年能尽快拥有自己的法律；我们希望通过宣传，人们能更加重视和关心违法犯罪青少年；我们希望通过努力，为国家的未来营造一个更加安全、美好的社会环境。

虽然，此次调查结束了，但我们坚信只要怀揣着做一名合格“法律人”的梦想，我们的对青少年的关注永远不会停止。

六、参考文献

〔1〕黄荣康，少年法研究，北京：人民法院出版社，2005年，三版，P21-26，P68-123

〔2〕林纪东，少年法概论，台北：正中书局，民国56年

〔3〕许福生，台湾地区少年非行状况与防制策略之探讨，刑事政策与犯罪研究论文集（8），2005年11月

〔4〕易荣华，略析台湾《少年事件处理法》，台湾研究集刊，1990年01期

七、附录

（一）调查问卷

关注未来：关于大陆少年法律制度

法律是显露的道德，道德是隐藏的法律。 ——林肯

调查问卷

1.请问您是否听说过一些关于“少年犯罪”的案件？

☐经常听说 ☐偶尔 ☐从未听说过

2.您觉得造成少年犯罪的最主要原因是什么？

☐家庭原因 ☐天生性格 ☐学校教育 ☐社会影响 ☐突发事件

☐其他_____

3.请问您是否听说过我国对于违法犯罪少年所采取的措施？

☐听说过 ☐没听说过

4.如果有对违法犯罪少年进行社区矫治等工作，您是否愿意参与其中成为义工等？

☐愿意 ☐不愿意 ☐无所谓

5.您是否愿意让自己的孩子与曾经的违法犯罪少年一起学习、玩耍等？

☐愿意 ☐不愿意 ☐无所谓

6.您认为是否有必要对违法犯罪少年在刑事责任追究方面采取不同于成年人的措施？

☐是 ☐否 ☐无所谓

7.您认为《未成年人保护法》的主要作用是？

☐给未成年人创造良好的成长环境

☐在未成年人犯罪后予以处罚和教育

☐不太清楚

8.请问在您的印象中我国法律规定的最低刑事责任年龄是多少？

☐18 周岁 ☐16 周岁 ☐14 周岁 ☐12 周岁 ☐不知道

9.若国家决定为违法犯罪少年制定专门的法律、制度，您是否支持?

☐支持 ☐不支持 ☐无所谓

破解城乡二元土地结构，构建全国统一土地市场
—江苏省农村土地产权制度调查报告

2010 级　李明旭

一、调查简介

为了解当前农村土地所有权的行使主体、“农民集体”作为集体土地所有权人行使土地所有权及相关民主权利的实际状况、农村土地征收的补偿标准和土地征收程序、农村土地承包经营权的期限、调整和流转问题、农村宅基地使用权的分配方式、标准和流转问题以及集体建设用地的流转和流转收益的分配、城镇建设用地指标挂钩试点等问题，“江苏省农村集体土地产权制度调查研究”课题小组于江苏淮安、丹阳、苏州进行了为期两周的课题调查。

在开展调查前，小组对调查问卷进行了深入的研讨，数易其稿。最终问卷由村庄问卷和农户问卷两部分组成，村庄问卷由 20 个一级题目组成，农户问卷由 15 个一级题目（共计 42 个二级题目）组成。调查问卷的题型包括填空题和选择题，选择题中包括部分多项选择题。在调查时，小组人员对被调查人员就调查问卷的目的意图和题目内容作了详细讲解，以确保被调查人在充分知悉的基础上做出符合自己真实想法的选择。

对调查地点，小组选择了苏北的淮安市、苏中的丹阳市和苏南的苏州市，每个地区选择了两个村庄，分别是杨山村、界牌村、黎家村、界南村、合丰村和仇家村。之所以这样确定调查地点，是因为苏北、苏中和苏南在自然条件、农业基础、农业发展水平和农村经济发展水平方面均存在差异，这样可以最大程度地确保调查结果具有多样性，能够最大程度反映江苏省农村土地产权制度的实际情况。本次调查原则上要求每村做 9 至 10 份农户调查问卷，并做 1 份村庄问卷。农户调查问卷的调查对象主要是普通村民，村庄问卷的调查对象主要是村干部。调查人员依据调查问卷向农民当面提问并依据回答在问卷上作相应标记和填写。

通过调查，课题组共收集到 60 份有效农户问卷和 6 份有效的村庄问卷、并收集了数份土地承包经营权证书复印件等相关资料。课题组在对调查问卷进行汇集整理后，将有效数据输入计算机并制成 excel 统计表格。

二、调查结果与分析

本次调查主要涉及农村土地产权制度中存在的六个方面的问题，分别是农村土地所有权行使主体问题、农村宅基地使用权问题、农村小产权房问题、农村土地征收问题、农村土地承包经营权问题、城乡建设用地指标增减挂钩问题。下面分别对这六个问题作详细分析。

（一）农村土地所有权行使主体调查与分析

对当前农村土地所有权的行使主体进行的调查，主要从三个方面展开：农村土地所有权主体（农村集体经济组织）的具体表现形式、农民对农村土地所有权主体的认知情况和农村集体经济组织行使土地所有权的方式及效果。

1.农村集体经济组织的具体表现形式

村庄问卷的第6题问：“除党支部、村民委员会外，该村是否单独设立集体经济组织？”在6份有效村庄问卷中，有5份答不设立单独的集体经济组织。一份来自苏州的问卷表明该村建立的经济合作社与村党支部和村民委员会是“三块牌子，一套班子”且没有独立的职责。

从调查可以看出，现阶段我国农村集体经济组织大多表现为村党支部或村民委员会，农村集体经济组织作为农村土地所有权人这样一个民事主体的主体性还不是很明确，缺乏民事法律关系主体的一般特征，普遍存在农村土地所有权主体虚位的情况。即使有试图改变这一情形的课题，也仅仅是从形式上的改变，缺乏实质的变革。这在法律上就造成一系列难以解决的问题，如农村集体经济组织是否应当具有明确的民事主体资格，是否能够享有民事权利和义务并承担民事法律责任，是否能够独立自主的表达真实的意思以及有没有经营并管理土地资源的实际能力等等。

2.农民对农村土地所有权主体的认知情况

农户调查问卷第5题问：你认为村里的土地是谁的？选项为A.国家的；B.村干部的；C.全村农民集体的；D.已经承包给个人，归个人所有了。经过调查，结果显示，约有75%的农民认为农村土地属于国家，有近22%的农民认为农村土地属于全村农民集体，而有3%的被调查者认为农村土地已经“承包给个人所有”了。

应当说，我国现行法律对农村土地所有权的归属规定得非常明确，即除法律规定属于国家所有的以外，农村土地（包括农用地、宅基地和农村建设用地）属于农民集体所有。在本次调查中，课题组调查的各地并未涉及农村中的国有土地，但调查结果显示，农民对农村土地所有权归属状况的认识比较模糊，甚至是混乱。无论是经济发达的苏州，还是经济欠发达的淮安，都有一半以上的农民认为农村土地属于国家所有，还有个别农民认为自己耕种的土地和自家的宅基地都属于自己私人所有。从调查中调查人员还了解到，很多农民对“农村土地所有权”这个概念相当陌生，认为其土地承包经营权就是土地所有权，并且混淆了国家所有和集体所有这两个概念。从上述调查结果可以看出，相当一部分农民认为农村土地所有权的主体是国家，课题组经过分析认为农民之所以存在如此广泛的所有权认知错误，主要由农民普遍认为村集体经济组织代表国家，甚至将其等同于国家机关而造成的。另外，长久以来国家公权力在农村土地所有权行使过程中的强势介入使得农村集体经济组织基本上沦为基层政府的附庸，在减免农业税以前更是如此。除了将农村集体所有土地认为属于国家所有外，调查发现，还有部分农民认为农村土地属于个人所有。之所以造成这种认识上的偏差，主要是因为农民混淆了“土地所有权”和“土地承包经营权”这两个概念，认为土地承包经营权就是土地所有权。此外，土地私有的心理也在一定程度上反映出农民期望在关涉土地权利的问题上享有较强的话语权，并希望土地所承载的自己的利益具有稳定性，自己在土地承包经营权的行使过程中具有更多的自主性。

3.农村集体经济组织行使土地所有权的方式及效果

《农村土地承包法》第19条规定，土地承包必须依法召开本集体经济组织成员的村民会议，讨论通过承包方案。针对这一条款在实际中落实的效果，农户问卷第6题问：“确定本村土地承包方案以及对土地承包进行调整等事务时，有无召开村民会议或者村民代表会议？”根据农户问卷的调查统计出来的结果显示通过召开村民会议或者村民代表会议讨论决定土地承包方案及对土地承包进行调整，并没有得到较好的落实。数据显示，在所有有效的农户问卷中，接近50%的受访者均表示土地承包方案及调整土地承包没有通过召开村民会议或者村民代表会议决定的。

可见，上述《农村土地承包法》规定的土地承包的程序在课题中履行状况不够好。只有17%以上的受访者表示村民会议可以在决定土地承包方案、土地调整及土地出租、集体土地收益分配方面起到决定作用，大部分人认为真正能对上述事项起决定作用的是村委会、村干部、上级领导及县乡政府。

（二）宅基地使用权调查与分析

随着社会主义新农村建设的步伐进一步加快，我国现行的宅基地使用权相关制度受到越来越多挑战。课题组通过实地调查取得真实有效的问卷答案，洞悉宅基地使用权发展概况，从而为宅基地制度的沿革提出合理建议。

1.宅基地使用权的取得

从我国现行有关法律规定来看，宅基地所有权属于集体经济组织，同时法律禁止宅基地使用权单独转让，因此，农民个体不能通过买卖、继承、赠与和承租等方式单独取得宅基地使用权；但如果发生宅基地之上房屋的买卖、继承、赠与或租赁的，根据“房随地走、地随访走”的不动产权利变动规则，法律可以有条件的允许宅基地使用权的流转，但对其做出了诸多非常严格的限制。于是，理论上单独取得宅基地使用权的方式只有一种，那就是通过集体成员资格申请无偿取得。在我国，农村宅基地使用权具有成员权的性质，集体经济组织应当向村民无偿分配宅基地。但农村居民在集体所有的宅基地上建房的，需要提出申请，集体经济组织不主动予以分配。根据我们这次的调查结果，界南村和黎家村都已经不再分配宅基地。据界南村村委会工作人员介绍，界南村正在建设集体住宅。集体住宅在形式上无异于城市居民楼，部分楼群建设为小高层。最高房价在4000/㎡左右，最低房价约为2000/㎡，政府提供部分资助。集体住宅按照每40㎡/人分配，超出部分的房价需要村民自己负担。黎家村也不再分配宅基地，农民可以自行占有，但必须报政府核准登记。

农村不分配宅基地，反映出我国农村包括宅基地在内的建设用地供应紧张的局面。但如果不分配宅基地的情况下，如果村民需要建房，则按照《村庄和集镇规划建设管理条例》第18条的规定，农村居民申请建房的，应当向集体经济组织提出建房申请。然而根据课题组的调查，绝大多数农民对此法律规定并不知悉。当被问及如果村里不分配宅基地，村民怎么办时（第14题），界南村2位受访农户对集体住宅建设表示满意，占到20%；6位农户支持集体住宅建设但要求政府给予更多的住宅补贴和资助，占受访者的60%；另外有2位受访者表示对集体住宅毫不在乎。黎家村的10位受访农户中，4位表示希望重新分配宅基地，4位对现状比较满意，2位表示不在

乎是否分配宅基地。

可见，如果国家不能真正有效地保障农民的住宅权，解决宅基地供应紧张问题，无论是集体住宅还是自行占用都无法令农民住得“舒心”。宅基地使用权制度的建设不仅仅关乎宅基地或农民居住权本身，更是牵涉到国计民生的重大社会问题。今后立法和政策制定必须对此予以足够重视。

另外，课题组成员在调查中普遍感觉到农民对农村宅基地使用权的有关法律制度知之甚少，而并不像土地承包经营权那样，农民一般都比较了解。这一点从调查问卷中关于宅基地使用权的答案汇总中可以看出，一般情况下，都有超过一半的受访者表示对宅基地的有关内容毫不知情。看来，与农民利益切身相关的宅基地使用权，目前在农民心中完全就是一笔糊涂账。这暴露出两个问题：第一是我国有关农村宅基地使用权的立法过于落后和分散，不像土地承包经营权那样，立法比较健全和完善；第二是有关宅基地使用权的执法管理与法制宣传也较为落后，导致农民对与宅基地使用权有关的法律和政策规定毫不知悉，并进而做出很多违反宅基地管理制度的行为。

2.宅基地使用权的流转

《土地管理法》第62条第1款规定：“农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。”这就是所谓的“一户一宅”原则。第62条第4款又规定：“农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。”从中可以看出，法律对宅基地使用权人转让宅基地使用权的行为持否定的态度。但上述两款规定之间似乎又存在矛盾之处，从而形成了对宅基地使用权流转问题的“暧昧”态度。

在被问道本村是否有人把宅基地转让给外村人或者城镇人口时，受访的20位农户中有10位表示有，3位表示曾经有但现在不清楚，7位认为没有，分别占受访者的50%，15%，35%。

上述统计结果说明农村村民向村外人和城镇居民转让宅基地及房屋的问题在农村中已经成为一种比较普遍的现象，值得引起重视。

从调查数据中可以看出，虽然国家政策明令禁止农村宅基地使用权转让给城镇人口，但现实中这种转让的例子还是普遍发生着。由此我们需要重新认真考虑法律规定和政策的合理性。城市和农村的二元割裂是长期以来人为管制的结果，已经造成了诸多不平等，是影响社会公平、稳定和和谐的重要因素。既然民众的自发课题已经表明城镇与农村有着进行人口长期交换流动和土地产权变动的必要性和合理性，那么为什么我们的制度设计非要与其相背呢？诚然，政策和法律的严格管理措施也有其正当理由，要尽最大可能保护耕地资源，但是，是不是农村宅基地使用权的流转就必然会造成耕地资源流失呢？当然，不加限制的农村宅基地使用权流转肯定会威胁耕地资源的保护，但如果立法者和决策者多在农村宅基地使用权的流转规则和科学管理上动脑筋，促使宅基地使用权有序流转，也许我们能在耕地保护和宅基地使用权市场化之间创造一个双赢的局面。

（三）土地承包经营权调查与分析

1．土地承包经营权的期限调整

尽管各种政策和法律都对农地承包期限作了统一而具体的规范，但对于该期限究竟多长较为

合适这一问题，理论界和实务界众说纷纭，莫衷一是。调查问卷第 10 题问到：“约定的土地承包期限为多长？”从农户问卷统计结果看出，绝大多数农村集体经济组织和农户签订土地承包经营合同约定土地承包期限是 30 年，比例占到 70%。另外，有 90%的农户受访者表示知道或听说过承包地 30 年不变的政策。可以看出，《农村土地承包法》规定的土地承包期限为 30 年的规定得到了较好的贯彻，农村土地承包经营权的稳定性得到极大增强。

但当课题组提出“你认为约定的土地承包期限是过长还是过短”时，有 75%的农户受访者认为期限过长，只有 25%的农户受访者认为期限合适。同时当问到“你认为土地承包期限应当是多长”时，受访者对现行农地承包权期限的法律规定看法不一，有认为应当短于 10 年的，有认为应当为 10 年至 20 年的，有认为是 20 年至 30 年的，还有认为应当比现在法律规定的更长。

我们在调查中发现，“大稳定，小调整”的政策在一些地方也在积极贯彻实施，如较多受访者都知道本村进行了土地承包的全面调整，并能明确说出土地承包调整的间隔期。但该政策的执行实质上将导致农地承包期限长期而稳定的政策和法律规定被破坏，这种冲突在目前还没有很好的解决方案。

2．土地承包合同和土地承包经营权证

调查数据显示，已经签订了承包合同的农户受访者为 58 户，占 97%；另各有 2 户的受访者表示没有签订承包合同或者不了解情况。在土地承包经营权证发放方面，已经领取土地承包经营权证的有 56 户，占 93%；另有 2 户表示没有领到土地承包经营权证，有 2 户表示不了解情况。在调查中课题组发现，表示没有签订承包合同或没有领取土地承包经营权证的受访者以及不了解情况的受访者大多为年纪较小的村民，也有一部分是农村家庭的妇女，他们对有关土地承包的事情知晓很少。村庄问卷调查结果显示，无论是土地承包合同的签订还是土地承包经营权证的发放，执行情况都非常好，都达到了 100%。可以看出，土地承包合同的签订和土地承包经营权证的发放工作执行得较好。

3．土地承包经营权的流转

经过调查发现，土地承包经营权的流转在我国农村已经普遍存在。有关土地承包经营权的流转，课题组主要对以下几个方面的问题进行了调查和分析：

（1）土地承包经营权流转的普遍程度

无论是在淮安还是丹阳、苏州，土地承包经营权的流转都已经较为普遍，该结论也被村庄问卷统计结果所映证。这充分说明法律制度的构建和实施必须充分重视土地承包经营权的流转，不仅要建立土地承包经营权的流转制度，还应当建立并完善相关的配套制度。

（2）农民流转土地的意愿

当被问及“你愿意将自己承包的土地流转给他人耕种吗？”全部农户受访者中有 81.6%表示愿意流转自己的土地，但仍有 11 户占 18.3%的受访者表示不愿意流转自己承包的土地。当被问及原因时，大多数愿意流转土地的农民都认为农业收益太低，流转土地后可以腾出时间去打工；而不愿意流转土地的农民则认为土地是农民的根本，农民不能失去土地。

（3）土地承包经营权流转的主体

这里的土地承包经营权的流转主体主要是指二次流转中的主体，即转让方和受让方。转让方

就是原承包人，这一点是确定的。这里所要调查的问题是受让方。按照法律规定，受让方可以是本集体经济组织的农户，也可以是本集体经济组织成员以外的单位或个人，但转让的法律程序有所不同。经过调查课题组发现农民承包地流转仍然是以本集体经济组织内部成员之间的流转为主。

在农村经济比较发达的苏州，农民将承包地流转给本集体经济组织以外的单位和个人的现象比较普遍。通过访谈，课题组得知，这些村外的人大多是当地的种粮能手或种粮大户，有资金能力和机械设备开展农业的规模化经营。而在淮安，由于农村经济发展水平相对落后，再加之当地的土地资源条件相对较差，主要是丘陵，平原较少，因此不便于开展农业的机械化和规模化生产经营，因此承包地流转主要限于本集体经济组织内部成员之间。而这种内部成员之间的流转，在一定程度上也是为了应对“增人不增地、减人不减地”的不合理政策，通过流转促使土地资源在本村集体经济组织内部得到更好的配置。

可见，法律严格控制土地承包经营权流转给本集体经济组织以外的成员的做法，不利于促进土地承包经营权的流转，制约了农业生产力的不断提高和发展，在建设新农村、大力发展农业规模经营的今天，已经成为一块大的绊脚石，需要予以改进。

（四）农村土地征收问题调查与分析

本次关于农村土地情况调查中，涉及到集体土地被国家征收的情形不算很多，因此当被问及有关土地征收的话题时，大部分的受访者如丹阳市黎家村的村民一样纷纷表示“不了解”或“没有遇到土地征收”。但从界牌镇界南村的土地征收情况调查中，我们仍可以发现目前的我国农村土地征收制度存在的若干问题。

1．农民是否愿意土地被征收？

虽然表面上看农民的土地被征收会导致农民失去土地的承包经营权，威胁农民的生存，但调查结果显示仍有62%的受访者表示愿意自己的土地被国家征收。当被问及为什么希望自己的土地被征收时，大多受访者表示农业效益太低，通过土地征收可以获得一笔可观的收入。从农民个体来讲，这有助于暂时增加他们的收入，提高生活水平，但从总体来看会对我国的粮食安全造成威胁。因此，国家应当继续加大农业支持力度，逐步提高农业生产的经济效益，增加农民收入。

2.征地补偿的数额

据界牌镇界南村村委会村支书说，他们的征地补偿主要有四项，征地补偿款、农民保险、基本生活补助、土地收入分红。然而，我们在农户问卷中发现，他们收到的补偿只有青苗费和农民保险，并没有所谓的分红。根据我国《土地管理法》的规定，征收农民所有的土地须支付的补偿款包括：土地补偿费、安置补助费、地上附着物及青苗补偿费。在遇到过土地征收的农户受访者中，有一半以上的人对征地补偿款的数额不满。我国《土地管理法》第47条第2款规定：“征收耕地的土地补偿费，为该耕地被征收前三年平均年产值的六至十倍……每一个需要安置的农业人口的安置补助费标准，为该耕地被征收前三年平均年产值的四至六倍。”但根据我们对农户的调查结果，绝大部分被征地农民都没有得到法律规定标准的土地补偿费和农业人口安置补偿费，有很多农民得到的补偿费甚至还达不到被征耕地被征收前的年产值数额。

3.征地补偿款的分配现状与预期

对于征地补偿款的分配，农户调查问卷设计了两个问题，一个是“如果土地被征收，据你所知，上级发放的补偿款是如何分配的？”这个问题是对征地补偿款分配现状的调查。另外一个问题是“如果国家征收你的宅基地或者承包地，你认为补偿款应归谁所有？”这个问题所要调查的是农民对征地补偿款分配的心理预期。根据调查统计结果显示，有 43.3%的受访者说补偿款被全部发放给村民，有 11.6%的受访者说补偿款部分发放给村民，部分由集体组织统一使用，其他受访者表示对补偿款是如何分配的并不知悉。

征地补偿款的分配，其核心问题是如何处理村民与集体经济组织之间的关系。从调查结果中可以发现，大多数受访者均认为尽管土地补偿费所有权归集体经济组织，但其作为集体经济组织的成员，有权参与土地补偿费的分配。可见，关于征地补偿款的分配问题，现行立法应当在确定土地补偿费所有权归属问题的基础上，进一步对土地补偿费的分配原则、分配比例、分配程序等具体问题进行明确规定，以最大程度保护被征地农民的利益。

4．失地农民的生活保障

如何对失地农民的生活进行保障，不仅是一个公平问题，更是涉及社会稳定发展的重大政治问题。四年前，丹阳市界牌镇界南村由于新农村建设，三集中政策，所有土地均被政府征收，征收工作基本完成。虽然界南村在征地补偿项目中有“农民保险”一项体现农民基本生活保障的举措。但是经过农户调查，我们发现这是远远不够的，政府征收农民土地后，并未完全尽到对失地农民提供基本生活保障的义务。

在农户调查中，很多村民表示补偿费只能解决他们的一时之需，难以提供长久的保障。征地补偿费这种单一的补偿渠道是不能充分保障被征地农民的基本生活的，需要有长远的解决之道。

以丹阳市界牌镇界南村为基点的征地现状调查，我们足以窥视江苏苏中地区目前征地制度的一些不足。“路曼曼其修远兮”，我国的征地补偿制度仍将上下而求索。政府应当通过补偿，增强农民保障并维持基本生活的能力，比如安置补助费中应当包括需要安置的农业人口的养老保险和失业保险的社会保险费用。同时，还应当尽快建立、健全农民失地保险制度。集体经济组织还应当尽量挤出一些土地再次承包给失地农民耕种或者优先安排失地农民到村办企业就业，当地政府也应当开展对失地农民的职业技能培训工作，增强失地农民从事工商业生产和经营的能力，从而缓解征地过程中农民与政府的矛盾，促进和谐社会的构建。

（五）小产权房调查与分析

1．农村集体建设用地使用权流转

农户调查问卷第 15 题问到：“本村有无土地未经上级政府征收，而直接由村里将土地给予外村人开设工厂等？”表示“没有”的受访者有 52 人，占 86.6%，表示“有”的仅占 10%，另外还有 3.4%的受访者表示“不清楚”。反馈结果表明，农村土地用于工业建设的，绝大多数都是通过政府对集体所有土地进行征收的程序而完成的，但也有一小部分农村未经土地征收程序而直接将集体土地通过各种方式给予外村人开办工厂。这一结论也能够通过村庄问卷调查所证明，有 5 个受访村庄明确表示本村不存在上述现象，占到受访总数的 83.3%，只有 1 个受访村庄表示本村存在未经征收而直接由村里将土地给予外村人开设工厂的现象。

2．农村集体建设用地使用权流转的收益分配

相对于政府征收集体土地后给予的各种征地补偿款，集体建设用地流转产生的收益无疑是更加稳固和持续性的收益，因此近一半的农户受访者表示如果村里的土地给予外村人开设工厂，更好的收益分配方式是由村里直接收取租金，并将租金直接分配给村民，或者留给集体使用。

3．小产权房产生的原因

(1)市场需求膨胀以及买卖双方的利益驱动

城市住房价格上涨过快早已是不争的事实，相对来说小产权房价格上的优势掩盖了其产生的风险，从而在购买小产权房时，其中的价格低廉也掩盖了其要承担的风险。

（2）地方政府监管失职

小产权房恰恰处在政府各职能管理部门的交叉点上，表面上看很多部都在管，实际上却是谁都没有真正管。对于打擦边球的建在宅基地上的小产权房，由于缺乏明确执法依据，监部门在执法时也面临尴尬。

(3)现行土地制度是根本原因--城乡不平等的土地使用制度

根据《土地管理法》的规定，农民集体所有的土地使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设，任何单位和个人进行建设需要使用土地的，都必须依法申请使用国有土地。除本集体经济组织成员使用本集体经济组织的土地办企业或建住房除外，开发建设商品房，同样须依法申请使用国有土地。因此，在农村集体所有的土地上兴建商品房出售，必须先由国家征地，转为建设用地，再由国家出让给建设开发单位，开发建设单位向国家缴纳土地出让金等税费后，才能开发建设商品房，向他人出售。正是这种所谓合法但却不合理的逻辑，才出现了今天所谓的小产权房问题。现行的土地双轨制度才是小产权房出现的根本原因所在。

4．小产权房的危害—农民权益保护问题

征地到底要不要符合公共利益的目的，征地补偿款有没有按照市场价来补偿，有没有按照法律规定的程序办事，这些都成为集体建设用地使用权目前存在的问题，带来的农民权益保障问题也存在。

目前法律并不允许其在集体土地上进行房地产开发，集体土地征用为国有土地是房地产开发的前提条件。农民集体所有的土地建房用于房地产开发，短期内农民得到了卖房款，似乎是得到了不少实惠，但农民却永久地失去了土地使用权，失去了最根本的生产生活保障，尤其失去了获得土地这种稀缺资源不断升值带来的级差地租的机会。从长远来看，农民的利益是受到损害的。目前，国家尚未出台相关的法律来规定农村集体组织和农民之间关于土地用途改变所带来的收益增长的分配问题。根据有关规定，村集体经济组织代表集体行使集体土地所有权。而在现实中，土地所有权和使用权的行使往往为少数村干部掌握。不少村干部不经村民同意，利用手中的权力，将集体土地转让或与开发商合作，进行房地产开发，大量的土地收益由村干部和开发商等少数人获得。从集体组织和农民个体之间的关系来看农民个体一般处于劣势地位，其权益更容易受到伤害。

（六）城镇建设用地增加与农村建设用地减少相挂钩试点调查与分析

挂钩试点就是通过城市农村土地的空间对换，实现城市建设面积增加的同时，耕地面积不减少的国家政策目标。下面，我将就挂钩试点的现状，存在的问题及解决方案进行详细阐述。

1.挂钩试点的现状

在我们调查的村庄范围内，真正意义上的挂钩试点地区，只有一个——界南村，行政上隶属于丹阳市界牌镇。界牌社会主义新农村的整体规划由上海同济大学设计，把全镇规划为农民集中居住区、工业集中区、农业集中区、集镇商贸区四大功能区，具有国内一流的水准。农民集中居住区采取封闭管理，集居住、娱乐、休闲、购物、餐饮、教育等功能为一体，并配套水电煤气、污水处理、智能化管理系统等各种先进设施，目标就是建成沪宁线上最高档的农民集中居住。因此，在界牌镇，也存在土地置换，并且，该规划也得到了国家和省市国土资源部门的支持。在我们村庄问卷的最后一题 ，围绕挂钩试点问题，对村干部进行了提问。结果是，村干部对城镇建设用地增加与农村建设用地减少相挂钩试点这个概念很陌生，不过，从他们表述的内容，再加上丹阳市市政公开信息,我可以推定，界牌镇是属于国家挂钩试点的地区。

2.存在的问题

（1）整理耕地质量存在问题。试点地区往往过分关注周转指标，把重点放在获得指标上，对拆旧区的土地整理工作只注重数量。

（2）农民不适应生活方式变化。对于拆旧区内的农民而言．安置区的农村住宅小区的生活与传统的农村生活差别是存在的。

（3）少数地方片面追求增加城镇建设用地指标、擅自开展增减挂钩试点和扩大试点范围、突破周转指标、违背农民意愿强拆强建等一些亟需规范的问题，侵害了农民权益，影响了土地管理秩序。

（4）不同区县之间，甚至同一区县内不同挂钩项目之间，拆迁补偿、安置补助、住房安置、社会保障的方面都存在很大差异。

（5）社会的认识不够。一方面是部分地方政府不能正确理解挂钩工作的重要意义，出现对周转指标的关注度太高，期望值过大现象，似乎周转指标是一切工作的重点。另一方面，群众思想认识不到位，部分群众受传统 念影响，有较强的宅基地私有观念，另外，受压煤搬迁的影响，部分群众对拆迁补偿心理期望值较高，对于拆迁工作不予配合。

（6）资金筹措困难。增减挂钩工作要求先期投入资金,安置旧区农民和拆旧复垦。从已开展这项工作的地区来看，启动资金数额巨大，政府财政难以独立负担。

就我们调查而言，虽然形式上，挂钩试点区域的居民享有多项权利和经济受偿形式，界南村村干部也说，农民受补偿的形式有四种：征地补偿款、农民保险、基本生活补助、土地收入分红;但据农民反映，仅有征地补偿款、农民保险。而且，挂钩试点涉及农民土地的决策,根本就未经农民同意或让其知晓。

3.解决方案

最重要也最根本的就是,决策者要承认,在法律上,农民是农村土地权益的权利主体,是有自

我意识,自主意识的权利主体.基于我们的调查结果,结合挂钩试点的未来发展,我提出一些具体解决方案:

（1）先易后难、循序渐进。挂钩工作实施的初期，由于受资金、社会认识、工作经验和政策支持等各方面因素的影响，应本着先易后难、循序渐进的原则稳步推进。

（2）以点带面，典型引导。挂钩工作无现成经验可以借鉴，其拆迁、补助标准、复垦标准、资金投入运作方式方法都没有统’的模式，所以在试的过程中要通过某一个点为突破口，制订政策，同时在面 形成示范影响，然后再全面推广。

（3）加强规划，落实项目。结合土地利用总体规划修编，对 实施挂钩规划，需要落实的拆迁安置居民点,应在规划镇村居民点规划时全部规划到位,保证今后挂钩拆迁户能顺利搬迁建房。对于批准的建新项目用地，各镇(街)要千方百计，抓紧项目的落实，确保所有项目尽早落地。千万不能将宝贵的用地指标闲置，影响挂钩资金的循环。

（4）筹措资金，严格管理。在项目实施过程中，国土、财政、审计等部门应根据各自职责，随时检查，及时发现问题，解决问题，做到防患于未然。在项目通过决算后，有关资料要及时整理存档，加强跟踪管理。

（5）针对整理复垦的耕地质量存在的问题，可采取“先拆旧安置、后城镇建新”模式。在这种模式下，先对拆旧地块进行复垦，同时启动农民安置区建设，待拆旧区和安置区经省级国土部门验收合格后再启动城镇建新区建设.这种方式可确保挂钩周转指标的按时归还和复垦耕地的质量达标，避免“重建新、轻拆旧”的现象发生。

总而言之，挂钩试点对解决城乡二元问题，现代化建设，和谐社会建设具有重要意义。其中,当政者能否正视重视并切实保障农民合法利益是关键。

西部地区司法公信力现状的剖析与思考

2010 级 周丽 何茜 丁晖 胡嘉 黄冷千 刘士博 冯遵营

摘 要：民间借贷，是指公民之间、公民与法人之间、公民和其他组织之间的借贷。这一融资渠道为政府解决中小企业贷款难的问题、活跃地方经济，起到了越来越重要的作用。但在民间借贷不断发展的趋势下，众多涌现而出的问题也亟待解决。民间借贷应如何规范？当前的民间借贷模式是否应该转型？诸多问题使民间借贷制度面临巨大挑战。作为苏州大学王健法学院的学生，我们希望从法律的角度来研究解析这一现象。

关键词：民间，借贷，信任，普及度，转型

引言

2011 年，是我党建党九十周年、“十二五”开局之年、西部开发第二个十年开局之年、《陕甘宁革命老区振兴规划》出台之年，所有的这一切都隐含着西部地区正经历着历史上最频繁和最深刻的变革。在此大背景之下，西部地区基层司法实务也经历着快速而又深刻的变化，在获得长足发展的同时也表现出诸如“司法队伍‘断层’”、“案件类别差异突出”等许多新的棘手的问题。但是，由于受地域、经费、时间等因素的影响，该领域学者获取有关西部基层司法实务第一手资料困难重重，严重影响该领域的理论研究，给西部基层司法实务带来了严重的负面影响。

作为一所全国著名法学院的学生，我们深入基层，实地了解西部地区基层司法实务的具体情况，并获得了相关具体、客观、丰富的第一手资料。

在以往的认识中我们能够发现，人民法院对法的适用，是推进民主政治稳定、生活生产秩序安定的重要载体、主要渠道。人民法院对法的适用，主要通过审判来体现，而审判能够得到广大人民群众的广泛赞同，则取决于人民法院的司法公信力。

因此，我们认为在对西部基层司法实务的调研工作中，对司法公信力现状的认识与思考是其中最关键、根本的一环，这对发展西部本土化司法模式具有重要意义。

一、研究设计

（一）研究思路

通过走访、调研甘谷县、武山县等县域的基层司法单位和法务人员以及当地的一些民众，全面了解以这些地区为代表的西部地区基层司法实务状况，主要调研方向为：最近几年获得较好较快发展的领域、主要存在的问题以及相应的原因分析，促进西部基层司法实务正在实施或希望实施的政策措施，基层司法实务工作者对当前我国的法学教育的希望等。通过对上述问题的调研，

不仅要了解基层司法实务的概况，而且要通过所掌握的一手资料引发我们的思考，得出一些系统化的结论，利于今后我们的学习研究和相关老师、政策部门的研究。

（二）研究方法

本次实践调研采用的主要方式是实地研究和调查研究。在具体调查过程中采取了问卷调查法、专家访谈法、文献资料法、数理统计法和比较分析法等研究方法。

问卷调查法：小组成员在充分了解国家对西部基层司法出台的相关法律之后，结合西部基层法律实践制定问卷，以了解在校大学生对西部基层司法的看法和期望等。

专家访谈法：在实践准备过程中，由小组成员共同设计初步的访谈提纲。通过开展座谈会和实地走访等方式收集相关资料。

文献资料法：对西部基层司法的各类相关文献资料进行了比较全面的收集。文献来源之一是实践前期准备过程中的资料收集与整理，包括期刊网刊登的相关文章和各类媒体机构的报道、评论。文献来源之二主要是在实地研究过程中收集的相关资料。

数理统计法：将得到的数据进行整理统计，制作不同类型的统计图，直观、形象、生动、具体地表现出所得资料反映的情况。

比较分析法：将西部的基层司法情况和东部进行对比，比较分析西部基层司法遇到的困难，以探求解决方法。

（三）研究对象

本次调研以甘肃省甘谷县和武山县为例主要基于以下三点：一是甘肃省幅员辽阔，连接东部和西部，是东西部的交流的重要桥梁；二是甘肃省是国家西部大开发战略实施的重点之一，根据《西部大开发“十一五”总体规划》，西部地区着重抓好成渝、关中－天水、环北部湾（广西）等重点经济区，“关中－天水”经济区的的发展对当地司法产生了深远影响；；三是西部基层司法在获得长足发展的同时，表现出诸如“司法队伍‘断层’”、“案件类别差异突出”等许多新的棘手的问题，人文情况相对复杂，教育程度不高，法律意识不强。

（四）核心概念——司法及司法公信力

本次课题调研的主要内容为基层司法活动，那么这里所指的“司法”的概念是：指国家司法机关及其工作人员依照法定职权和法定程序，具体运用法律处理案件的专门活动。

而所谓司法公信力，就是社会公众通过可以信赖的司法程序，对人民法院的权威性产生的普遍信服和尊重，是公众信任司法的程度。司法公信力越强，人们对司法的信任度就越高，对法律的共同遵守和执行也就越来越强。

（五）资料统计与分析

问卷的数据统计：网上调查部分利用网络在线数据分析系统自动生成，其他问卷数据通过建立 Access 数据库 保存并分类比较分析，然后将数据库嵌入 Excel 表格生成柱形图表，更加直观地展现出问卷调查的结果。

采访资料的分析：主要通过现场采访的笔录及录制的视频，音频资料，经过事后的整合处理，做出整体问题与答案的框架，录入电脑生成电子稿。

文献资料的分析：小组成员通过网络，图书馆，期刊杂志等途径搜集有关基层司法的各项资料，最后在小组会议上汇总，由编辑员分类整理，然后运用到实践及报告中。

二、司法公信力问题的解读

以下是我们团队调查问卷中的部分内容：

1.你对我国司法现状中所存在的种种问题所持态度？

A 积极（43.7%） B 消极（43.7%） C 无所谓（12.7%）

2.你将来愿意在本地从事法官，检察官等司法类的工作吗？

A 愿意（57.7%） B 不愿意（21.1%） C 暂不确定（21.1%）

3.对第十一题回答不愿意的原因是什么？（多选非必答题）

A 司法工作压力过大（5.6%）

B 司法权利的独立性太小（5.6%）

C 司法腐败现象过于严重（15.5%）

D 对司法工作没兴趣（12.7%）

E 其他原因（2.8%）

通过调查问卷我们了解到，被调查者对现今司法状态所持态度并不十分积极，还有很大一部分人不愿意从事司法工作，而导致群众这种想法的最重要因素是司法腐败现象过于严重。

在群众调查问卷的基础上，我们在当地法院、检察院进行了更加深入、更加全面的实践调研。

在实践调研中我们发现，所到法院检察院可以用门可罗雀来形容，除工作人员外，我们未曾见到其他当地群众，虽然在采访中得知其年案件受理量并非是个小数目，但为什么在法院检察院会呈现如此场景。之后在对一位庭长的采访中我们找到了答案。据了解，相对于司法机关的“冷清”，政府办公处却“热闹非凡”。当地群众似乎更愿意通过上访以寻求解决问题的办法，而不愿进入司法程序，其主要原因是司法程序过于繁琐，司法程序费用过高，而更主要的原因是司法公信力的缺失。

那么在西部基层司法实务中，司法公信力的现状到底如何？其中又包含着哪些问题？是什么导致了司法公信力的缺失呢？以下是我们的调查结果：

(一)司法独立性

在采访的过程中对于基层司法工作的主要难点首先反应出来的是司法权独立性问题，据相关司法工作人员表示，首先司法独立只能是相对的独立，在目前中国的司法体制下不可能出现司法权的绝对独立。无论是法院还是检察院，都存在政治区域上的划分，并由此产生区域管理上的隶属性。基层司法机关所需要的是相对较大的检察权与裁判权的行使空间，以更好的处理所受理的案件。而行政性的指令或是上级下达的指示往往会直接干扰司法权的正常行使。

我们注意到，司法的不独立造成了司法权的地方化。设在地方的国家司法机关，在行使国家司法权力的过程中受地方权力机关的不当影响、干预乃至控制，不能独立、公正地行使其权力，以致司法公正难以实现，国家的法制统一不能得到保证。正因为这种司法受干扰的现状，影响了民众对司法的公正性，导致了司法公信力的缺失。

（二）司法监督机制

1．由监督机制导致的监督效力缺失问题。在交流过程中，一位检察官向我们解释了为何能动司法在基层不切实际，其主要原因就是司法监督机制不完善。因为很多地区的司法监督机制不完善，能动司法的推行赋予了司法工作人员过多的裁判自由权，如果监督机制跟不上，就很容易导致司法腐败现象，并由此产生连锁反应，引发一系列的社会矛盾。在之后的调研中我们发现，监督机制还会涉及到司法工作人员的廉洁性，司法工作的高效性和司法公信力等现实性问题。据调查，目前司法机关监督的框架结构是相对合理和完备的，但缺少一种合理的机制与之配合而使监督体制正常有效的运行。诸如行政管理与资金管理的断层，业务办理与考核机制的不协调等，都使得司法整体的监督机制存在漏洞，并由此引发各种问题。司法机制的不健全导致司法的公开性与透明性受到影响，因而群众对司法的公信力产生质疑。

2．由司法工作人员导致的监督缺陷。以西部地区人才引进的现状看，主动愿意进入西部司法机关工作的人才并不多，且以本地人员为主。这一现象很大程度上造成了西部地区人才流失且得不到及时补充，而东部地区竞争激烈；以至于西部地区法律工作者的素质普遍较低。据内部人员反映，多数司法工作者工作态度不端正，缺乏基本的责任心；对案件的处理裁判过于草率，难免有失公平；对群众的法律求助多敷衍了事，丧失群众对其的信任；由于工作量相对较大，有些案件选择调解解决而不进入司法审判程序，导致当事人心理上不服。据调查，即使在某些监督机制相对完善的部门，由于领导责任心的缺失，导致口头性，指令性监督等软监督取代正规化的监督成为司法日常工作的主要监督方式，监督的效力完全取决于领导的个人工作态度，形成类似于“三天打渔，两天晒网”的恶性监督模式。当然司法机关内部也不乏腐败现象，不良风气，从而导致群众对司法的信服度不断下降，转而走上了越级上访的道路。

部分法律工作者对群众求助的漠视、处理案件的随意性、司法裁判的不统一，种种现象难免使社会公众产生怀疑其中原因，继而对司法公信力的提升产生不利影响。

（三）专业人才引进

1．西部基层司法机关普遍反映缺少可用的专业性人才。根据国家对司法机关人员编制的万分之一的标准，即平均一万人口要有一名司法工作人员与之对应。举例，甘谷县现居人口约 63 万，那么每个司法机关的在编人员就应该是 63 人，而实际在编人员只有 40 人左右，编制人员缺口占应有编制的三分之一，其中在编人员多数为老一辈司法工作者，很少受过专业的法律教育，缺乏专业的法律知识和先进的法律理念。其他方面，随着司法改革的推进，网络办公，网上立案，高科技侦查，信息化数据交流等现代化的手段逐步取代传统的办案模式，而办案手段的更新与办案人员之间出现了断层，很多的司法工作人员无法适应新型的办案模式，表现为对网络的使用，

对先进勘察仪器的使用等多方面问题，这就需要跟多专业人才与先进的办案手段相结合，以达到更好的功效。

2．据调查，西部基层法院检察院的年案件受理量（表一）：刑事案件年受理量在100件左右，民事案件受理量在1000件左右，相对于东部经济发达地区的年案件受理量明显较少，

表一

案件类型	刑事案件	民事案件
平均年受理量（件）	100	1000

但据工作人员反映出的较为突出的问题是工作压力较大，其主要矛盾点就在于司法人员实有编制与总人口数的不平衡，尤其是检察院在实施民事归检改革后，大量的民事案件需要检察院受理解决，对于一直处理刑事案件的检察官来说，这无疑又是一个巨大的挑战，加之缺乏专业法律人才的后备力量，由此引发工作发展不平衡的畸形模式。

3．在专业人才的引进方面，据了解（表二），西部基层司法机关的在职大学生多为本地人，

表二

籍贯所在地	本地	外地
人员百分比%	85.5	14.5

他们在大学毕业后选择回到家乡工作，当我们问他们为何选择在西部地区工作时，得到的答案是家乡情感的牵系和迫于找工作的压力，而司法机关也表示，在吸引人才来到西部这方面，他们显得有些无能为力，毕竟人才流动的主导因素还是经济。在对在读法律专业和非法律专业的大学生的问卷调查中，我们问到这样一题：你预想中将来的工作地域的选择方向？ A经济发达地区 B 经济落后地区 C无所谓 问卷结果如（表三）

表三

预想工作区域	经济发达地区	经济落后地区	无所谓
人员百分比%	77.5	2.8	16.9

从调查结果中可以清晰的看到，77.5%的在校大学生对未来的工作预想区域是经济发达地区，说明经济因素仍然是决定人才流动方向的主导因素。这时我们也就可以理解西部基层司法机关对于吸引人才方面所表现出的无奈。毕竟因为家乡情感的牵系而回到西部工作的大学生少之又少。

之后我们又对在校法律专业的同学做了更为直接的问卷表述：如果有机会的话，你是否愿意到西部落后地区从事法律工作？

A愿意 B不太愿意 C不愿意

问卷结果如下图表：

通过柱形图，我们可以直观地了解到在校法律专业大学生仅有31.82%目前愿意毕业后可以到西部落后地区从事法律工作，高达68.18%的在校大学生选择不太愿意或不愿意，说明西部基层司法机关对人才的引进存在很大的阻碍，阻碍来自自身的缺陷，外部的人才流动趋势也是其难以左右的。

高素质专业人才的缺失在一定程度上导致了西部基层司法人员法律素质普遍得不到提高，办案的质量较低，司法裁量不统一，导致法律在人民群众中的公信力降低。

（四）群众法律素养

据调查，基层司法机关很少对当地群众进行普法宣传教育，而其为数不多的法制教育活动也只面向在校学生，导致当地群众法律素养较低；而民众对法律的不了解导致了他们对法律的忽视，更遑论他们对司法的信任。

举例：据某法院立案庭庭长讲述，曾经有当地群众手拿菜刀冲进法院要求立案庭立案调查。我们认为此人的举动显然是不恰当的，申请法律援助，就必须走正当的法律程序，过于冲动的举措只会火上浇油。

在我们的实践调查问卷中有这样一题：<u>你认为东西部司法差距形成的“最主要”原因是？</u>

A 经济差距(57.7%)　B 文化教育差距(15.5%)　C 政治水平差距(11.3%)

D 群众法律素养差距(11.3%)　E 其他原因(4.2%)

原因类型	经济	文化教育	政治水平	群众法律养	其他原因
百分比%	57.7	15.5	11.3	11.3	4.2

有 57.7%的被调查者选择了经济原因，不可否认经济的确是很多问题的主导原因，但就当地现实状况来看文化教育和法律素养才是最贴切的解释。据调查，从 2000 年到 2010 年的十年间，当地人均 GDP 每年都保持在 5%以上的增长水平，但群众的法律素养在近几年年间的增长水平近乎于零。并非贫穷落后导致当地司法环境较差，而是其未接受过法制宣传教育，在思想中缺乏基本的法制概念。一位当地的在读大学生对我们说，为什么无论在经济，文化还是政治方面当地都比较落后的情况下很多人却不去追求更好，总结两个字“愚昧”。

在这一问题上，东部地区民众的教育水平与知识程度，普遍较西部地区高一些；而所谓教育水平、知识程度，直接影响到了对法律存在意义、法律手段运用的认识。因此西部地区民众的脑海中，运用法律手段解决争端的想法并不普遍。文化教育的落后导致了人们思想的保守甚至愚昧，仍然拘泥在传统的状告或是上访等解决问题的方式中，而对司法途径比较陌生甚至存在畏惧心

理，导致人们内心对司法的一种排斥并引发司法公信力的缺失。这样导致了他们对司法领域的不了解，何尝能谈公信力的多少。

三、问题解决

（一）人才引进方案

1.人才发展的保障。据调查，多数大学生在来到基层工作之前都是踌躇满志，希望在基层能尽情施展自身所学才华。但是当真正投入工作后发现，由于自身实践经验的缺乏，和其他老一辈司法工作人员交流的障碍及可能存在的排外心理，大学生一般不会被重视，基本处于闲置状态。从而导致人才的流失。对于专业人才，不仅要引进来，还要安置好，利用好，为专业人才的未来发展做规划，定向培养，最大程度地开发其潜能，这样才能做到互利互赢。

2.协商工资待遇。由于资金管理与用人权的断层，导致司法机关在录用人员时对其工资待遇缺少话语权，从而导致了人才的流失。司法机关作为行政机关的下属机构，其资金的管理一般由行政机关负责，但司法与行政之间可以共同协商，寻求利益的共同点，平衡各方利益得失，以增强自身的吸引力。

3.人才选拔制度。调查中了解到，基层司法机关对人员的要求最低达到专科即可，但其人员录用仍然以国家司法考试和国家公务员考试的成绩为标准，这在很大程度上提高了人才的录用门槛，形成了“想进没法进，能进不愿进”的尴尬局面。在西部相对落后地区，司法工作压力不是很大的情况下，完全可以降低人员录用门槛，以吸引更多的人才。

如果高素质人才在西部基层得到充分利用，能够同时带动西部基层法律工作者的法律素养的提高。而如何让高素质人才在西部基层中充分发挥作用，需要我们完善他们在西部的培养与监督机制。

（二）司法监督机制的完善

对比我国中西部地区的司法监督机制，我们可以发现，东部某些经济发达地区的做法可以借鉴到西部去。如上海浦东司法局的“四定机制”，即一、定位负责，选聘业务能力强、经验丰富、责任心强的监督员对口监督，发现问题，解决问题；二、定时培训，定时开展业务员之间的交流会，互相学习，进一步提升业务能力；三、定题检查，监督员要时不时对基层司法中的具体问题进行检查，防微杜渐，防患于未然。四、定期整改，即根据监督员在工作中发现的问题定期整改机制，以进一步提高监督的效力。

根据这一理念，在实施人才引进方案的同时，西部地区也可以从东部引进拥有较高专业素养和业务水平的监督员。这要求监督员在对东部地区司法的透彻认识的前提下，能够将东部经验与西部特色相结合，做到求同存异的效果。

监督员将开展以下工作：一、对新进高素质人才进行选聘与培养，更好地融入到西部基层司法建设的队伍中去；二、对西部基层司法系统进行检查，发现具体问题，提出合理建议；三、对西部基层司法工作人员进行部门化的对口监督，在案件质量的提高上提出硬性指标，时刻监督，定期检查。在对指标完成情况与监督效果的基础上，相互沟通交流，并给予相应的指导。

（三）推动能动司法

探索健康的社会发展模式，努力在经济、政治、文化、科技、教育等社会要素的发展之间寻求平衡点。只顾经济大步向前的单元模式无疑会导致畸形的社会形态，加强文化教育，提高群众文化水平与法律素养，构建良好的社会法制环境。虽然据了解目前在基层能动司法的推行有些不切实际，但能动司法却是加强群众与司法工作者交流与沟通的良好渠道与平台，基层司法实务可以利用能动司法这个平台与群众建立更加深层的信赖关系。

以下是我们团队采集的有关群众对能动司法的态度的调查结果：

4．你对在我国实行“能动司法”的态度？

A 支持（38%） B 反对（12.7%） C 中立（49.3%）

5．你认为我国实行“能动司法”的实际效果怎么样？

A 效果很大（5.2%） B 效果较小（84.9%） C 没有效果（9.9%）

6．你认为我国实行“能动司法”最大的阻碍是什么？

A 案件引起的社会舆论（15.5%）

B 法官的专业素养与道德素养（47.3%）

C 司法不独立（23.9%）

D 其它（9.9%）

从上述调查结果我们可以看出，群众对能动司法并不十分支持，而且认为能动司法的实际效果并不理想。而造成这一结果的最直接原因是法官素质有待提高。

因此，推动能动司法要求法官具有较高的法律素养。为了提高这一方面，除了引进专业人才这一途径，还可以组织西部基层法官到东部法制较发达地区学习交流，借鉴东部先进理念，以提高自身专业素养。

但是在提高自身专业素养的同时，也必须要求法官能够在尊重法律规范性基础上发挥能动司法的积极作用。为了做好这一点，首先是重点提高法官自身的道德素养，保持自身的廉洁性与积极性。基层司法的命运掌握在基层司法工作者自己的手中。其次还应当完善监督体制，加强对司法工作者的监督力度。

只有同时提高了法官的专业素养和道德素养，才能保证能动司法在我国更好、更有效地实行下去。

四、参考文献

①《基层司法》高其才，黄宇宁，赵彩凤著 ISBN：9787503692437 出版时间：2009-3-1 出版社：法律出版社

②《司法理论与司法模式》武建敏著 ISBN：9787508040417 出版社：华夏出版社 版次：2006-8-1

③《协商性司法》马明亮著 ISBN：9787503673894 出版社：法律出版社 版次：2007-5-1

④《关于加强基层司法执法权建设的探讨》中图分类号:D926 文献标识码:A 文章编号:1009-0592(2010)02-123-03 选自《法制与社会》2010 年第 5 期

五、附件

附件 1：调查问卷

问卷类型：_____1_____

问卷编号：_____

有关我国司法现状的问卷调查

您好，我们是苏州大学法学院暑期社会实践小组，此问卷主要是对我国司法现状中所存在的问题的调查，目的是了解大家对我国司法现存问题的基本看法与理解，以配合社会实践的数据收集工作，期待您的参与合作，在此表示感谢。（附调查结果百分比%）

1．你的专业是？

A 法律专业（62%） B 非法律专业（38%）

2．你对我国司法现状中所存在的种种问题所持态度？

A 积极（43.7%） B 消极（43.7%） C 无所谓（12.7%）

3．如果有机会的话，你是否愿意到西部落后地区从事法律工作？

A 愿意（31%） B 不太愿意（53.5%） C 不愿意（15.5%）

4．你对在我国实行“能动司法”的态度？

A 支持（38%） B 反对（12.7%） C 中立（49.3%）

5．你认为我国实行“能动司法”的实际效果怎么样？

A 效果很大（5.2%） B 效果较小（84.9%） C 没有效果（9.9%）

6．你认为我国实行“能动司法”最大的阻碍是什么？

A 案件引起的社会舆论（15.5%）

B 法官的专业素养与道德素养（47.3%）

C 司法不独立（23.9%）

D 其它（9.9%）

7．从感性或是专业的角度来说，你对在中国实行“司法独立改革”的看法？

A 支持(54.6%) B 反对(5.6%) C 中立(38.3%)

8．你认为“中国特色”的解释方法应该应用于法律问题的解释中吗？

A 应该(21.1%) B 不应该(32.4%) C 适当应用(41.1%)

9．你认为东西部司法差距形成的“最主要”原因是？

A 经济差距(57.7%)

B 文化教育差距(15.5%)

C 政治水平差距(11.3%)

D 群众法律素养差距(11.3%)

E 其他原因(4.2%)

10．你对“调解”在司法实践中的运用的看法？

A 支持(57.7%) B 反对(14.1%) C 中立(28.1%)

11．你将来愿意从事法官，检察官等司法类的工作吗？

A 愿意（57.7%） B 不愿意（21.1%） C 暂不确定（21.1%）

12．对第十一题回答不愿意的原因是什么？（多选非必答题）

A 司法工作压力过大（5.6%）

B 司法权利的独立性太小（5.6%）

C 司法腐败现象过于严重（15.5%）

D 对司法工作没兴趣（12.7%）

E 其他原因（2.8%）

13．你对所学的法律专业简单的总体评价是？（非必答题）

A 优（16.9%） B 良（49.3%） C 中（22.5%） D 差（7%）

14．如果您对我国司法现状或本次问卷还有什么意见和建议，期待您的提出。

（备注：此问卷所涉及问题完全由本社会实践团队自行设计，任何责任与苏州大学法学院无关。特此申明，谢谢。）

附件 2：司法实践采访资料

（一）访谈问题提纲

1．请问贵院每年受理的案件数大概是多少？案件类型主要涉及到哪些方面？

2．请问您对我国实行的能动司法制度做何种评价？

3．谈谈贵院为吸引更多的专业人才来到西部，服务西部实施了哪些措施？

4．结合您日常的工作经历，您认为您工作上最主要的难点是什么？

5．就您的工作经验来看，当地群众的法律素养在近几年中有所提高吗？提高的程度怎样？

6．您认为行政权力的介入会影响司法功能的正常发挥吗？

7．您是怎样评价我国正在司法实践中推行的通过“调解”解决问题的方式？

8．您对当地司法发展的未来有什么样的展望？

9．您认为目前基层司法工作中亟待解决的问题是什么？

（二）采访交流记录

1．请问贵院每年受理的案件数大概是多少？案件类型主要涉及到哪些方面？

（1）检察院年案件受理量 100 至 200 件，主要为反贪，侦查，预防犯罪，两抢一盗（抢劫，抢夺，盗窃）案件。

（2）法院刑事案件较少（年案件受理量为 100 至 200 件，主要为青少年犯罪，贩毒，抢劫，抢夺，盗窃等），民事案件较多（年案件受理量为 1000 件以上，主要为合同纠纷，民事伤害赔偿等）

2．请问您对我国实行的能动司法制度做何种评价？

（1）能动司法在目前中国的司法环境中并不适合推行，总体上可以说是弊大于利。首先，因为很多地区的司法监督机制不完善，能动司法的推行赋予了司法工作人员过多的裁判自由权，如果监督机制跟不上，就很容易导致司法腐败现象。第二，司法考核机制的缺陷。目前普遍的考核机制是行政单位向司法单位下达行政任务，通过行政任务的完成指标来衡量法官的业绩。而其下达的行政任务主要以调解案件数量为标准，从而导致很多法官只调解不审判，随之带来的是司法公信力的缺失，这并不是司法的一种健康良性的发展趋势。

（2）在基层司法领域，能动司法是很难行的通的，其主要原因是司法工作人员缺乏责任心，缺乏积极性。多对其抱有一种无所谓的态度，那么又如何企望能动司法有切实的效果？

3．谈谈贵院为吸引更多的专业人才来到西部，服务西部实施了哪些措施？

（1）坦白地说，我们很难给出很优厚的条件去吸引专业人才来到西部基层，现实是人才录用和经费管理是断层的，经费管理有行政单位负责，我们作为地方司法机关是无权给被录用人才开出限定以外的更好的待遇的。

（2）对于西部相对落后的地区，事实上是人才在选择用人单位，而不是用人单位在挑选人才。在专业人才录用方面我们还是处于比较被动的形势。

4．结合您日常的工作经历，您认为您工作上最主要的难点是什么？

（1）首先是缺人，按照国家对司法机关人数限定万分之一的要求，我县现有人口为63万，那么我院的在编人员就应该是63名，而现实在编人员只有40名，形成近三分之一的编制人员漏洞。

（2）司法权的独立性太小，就检察权来说，检察院上下是存在隶属关系的，上级检察院的指示性意见或是直接的指令在很大程度上妨碍了下级检察院检察权的正常行使。包括行政性的命令，都会直接影响司法全能的有效行使。

（3）专业性人才缺乏，包括法律专业，计算机专业，财会专业等。现在在职的大多数法官检察官都是老一辈人员，很少有接受过法律专业教育的。我们现在正在逐步改变传统的办案模式，改变传统办案手段，向更高效更科学的模式演变，这就需要法律，计算机，财会等专业人才来推动传统模式的转变。

（4）当地司法环境较差，群众的法律素养普遍较低，很难通过完整的法律程序来解决问题。多数老百姓更愿意通过越级上访以寻求解决问题的途径。从而忽略了司法对其权益的保护作用。

5．就您的工作经验来看，当地群众的法律素养在近几年中有所提高吗？提高的程度怎样？

（1）毫不遮掩地说，我认为近几年群众的法律素养几乎没有任何提高，我在法院工作20年了，就我感觉当地群众对法律的理解和态度在这20年中几乎没有变化。

（2）总体来说，群众的法律素养还是有所提高的。

6．您认为行政权力的介入会影响司法功能的正常发挥吗？

（1）其实在多数涉及范围广，影响比较大的案件的处理上，公检法三家都会进行必要的协商，其目的是更好地处理案件，将其对社会的影响减小到最小。在我国建设社会主义和谐社会的浪潮中，我们的一切工作都为了社会稳定，为了群众安宁的生活。你所说的行政权力的介入是正

常而又必要的，一般不会影响到司法权能的有效发挥。

7．您是怎样评价我国正在司法实践中推行的通过“调解”解决问题的方式？

（1）司法调解本身就是通过司法程序解决问题的一种途径，只不过近年来，国家大力推行以调解这种方式来有效解决问题。

（2）不可否认，调解是一种较好的解决问题的途径，只要双方当事人同意调解，我们都会尽量通过司法程序帮助其调解，这样既减少了司法成本，又提高了司法效率。

（3）当然过分的依赖与调解而忽略了立案审判，可能导致法律公信力的丧失，所以我们只是在先征得当事人的同意后，才进入调解程序，绝不强制当事人通过调解解决问题。

8．您对当地司法发展的未来有什么样的展望？

（3）我对本地的司法未来看不到任何希望。工作人员没有任何工作的积极性，从不举行任何形式的法律宣传教育活动，监督机制的缺陷，资金链的断层，司法权力的过分集中，人很多，能办事的没几个，基层法院所存在的种种问题逐渐累积，却无人解决，你说我能看到什么希望？作为一名基层司法工作者，这么多年过去以后，现在我只把我的工作当成是一份工作，而不是法律工作，你们懂吗？----庭长

9．您认为目前基层司法工作中亟待解决的问题是什么？

（1）司法体制改革，基层司法实践中所存在的诸多问题，包括工作发展不平衡，人员缺乏，资金管理不合理，司法权的独立性较小等，都需要通过司法体制改革来加以纠正改善。

（2）提高待遇，工资待遇是工作人员所考虑的基本因素之一，现在基层司法工作人员的待遇和普通的公务员待遇是相同的，但我们所承担的工作量却相差甚远。导致有些司法工作人元员对工作较为消极，影响了司法工作的效率与质量。

（3）人员编制，西部基层法院检察院的人员应有编制和实有编制相差较大，我们编制人员的缺口往往在四分之一到三分之一，导致一人兼多职，严重影响到正常的工作秩序和效率。

编者按：

读书与思考是每个人学习的必经环节——学法之人亦是如此。读书，读好书使学法之人在文字中汲取古今之精华；思考，勤思考让学法之人在头脑风暴里将所学通贯于心。

本部分摘录苏州大学王健法学院本科生“固‘本’培‘研’”项目中的优秀学习随笔、读书笔记。“固‘本’培‘研’”项目旨在通过组建小组进行读书交流与探讨、研究生及教师指导等形式巩固与拓展本科所学知识，达到研究、学术之目的。

“案例”教学究竟应处于何种地位

民商 A 组　连国强

在王泽鉴老师所著的《民法思维》中，其反复强调和说明案例教学的重要。案例教学，究竟什么是案例教学？有些人可能会说不就是举例说明吗，将其中深奥的理论通过生动的案例间接表达出来；我不能说他的回答是错的，因为在某一方面而言的确是如此。但是我们现在所要谈的“案例教学”有着更加重要的作用，有着更加准确的定位。

对于我们中国现在的法科生而言，几乎多多少少读过或者听说过王泽鉴老师的《民法学说与判例研究》，其中所展现的中西方两种教学模式的对比更是让我们大开眼界。“我们的教学方法都是老师上课按着讲义讲课，一开始的时候就讲什么是法律行为，法律的意思表示有几种，契约的类型有几种诸如此类的。考试的题目是，无效与撤销有什么不同，侵权行为有什么功能，侵权行为有什么要件之类的等等”“在德国，老师会先举出一个案例，并让学生找出其中的法律规范；进而培养一个法律人的思维：就是来回于案例事实跟法律规范之间，从案例事实去找法律规范，从法律规范去认定事实。”那么究竟我们应该如何理解案例教学，国家法官学院副教授，法学博士——吴光荣，认为案例教学的实质就是通过实例演习以使学生掌握相应的案例方法，进而提高学生分析问题和解决问题的能力。同时他还指出案例教学与课堂举例之间的区别在于：课堂举例的目的大多是为了对个别知识点进行解释说明，以帮助学生更好第理解相关制度和理论，但案例教学则重在培养学生的法律思维，以帮助学生掌握分析案例的技巧和方法，即统一的法律适用方法。

如此一来，我们对于案例教学从概念上和划分上就有了一个整体的轮廓。从中也让我发现了一个现实的问题，那就是我国的很多高校所强调的案例教学其实都是名不副实的。如苗文龙在《事例教学法还是判例教学法？——中国案例教学法的问题与出路》所写，国外所指的案例教学注重事实和推理而我们所推崇的是抽象的、演绎的、注重结论的。而且我们多很多案例其实是杜撰的，与现实生活有区别的，或者可以说我们的是一种事例教学而非案例教学。

案例教学作为一种思维方法培养与塑造的形式具有重要的作用，一方面它可以强化我们的概念意识，加深我们对于所学知识的理解，进而使法律思维清晰化、整体化；另一方面通过案例教学的推广也可以强化学生的理论与实务结合与处理的能力，使得法学教育与法务工作紧密结合；

除此而外案例教学还可以加强学生对于法律规范的了解与体悟，从而为完善与发展法律创造基础。

其实，对于我们现在所强调的案例教学究竟是不是真正意义上的案例教学我们往往是不言自明，现在的教学模式可以说是一种拼盘式的结合，往往“取其皮毛，去其精华”，再张冠李戴进而成为四不像，不仅是老师难以驾驭，学生也是学的一头雾水。

由此，我们借案例教学引出法学教育的方式问题，我觉得王泽鉴老师在华东政法大学的专题演讲中给出了答案“到了美国念书的时候，他们就有一个Case Method，案例法的教学，德国有德国自己的方式。我们的法学教育也应该发展出自己的方式。所以我所介绍的方法并不是唯一的，只是一个可供参考或者是一种可以吸入我们自己更好方法的方式，具有参考的功能。”就目前而言我们的教学方法或者模式以讲授式教学方法为主，我觉得他并没有什么问题，而且我们要将其优势进行到底。讲授式方法对于大一、大二学习法学理论和法学知识阶段来说，讲授式教学无疑占据绝对优势；教师能充分阐述法律的基本概念、基本原理以及相应的具体规则，相对于从个案推导出所适用的具体规则而言，讲授式教学对法学知识的传授是高效的。

对于案例式教学我觉得应该归结于阶段式教学，因为案例式教学对于目前中国式法学教育下的学生而言需要大量的理论支撑，我们要关注的不是像国外那样是一种思维模式的培养，而是一种知识获取的手段，一种获取知识的效能。因此案例式教学方法只能是一种辅助工具。“案例式教学”已不再陌生，大部分教师在授课中也会用到所谓案例来说明所讲授的原理。但是我觉得指一种方式过于原始，正如正如电影《力争上游》（寒窗恋）中所展现的哈佛法学院的学生的学习方式，我们的案例教学要以讨论式的案例教学为主。包括课前的准备，查找资料，自主思考，课上讨论，分析最终得出结论。这种方式充分调动了学生的积极性，使学习不再是对知识的被动接受，而是主动自主的思考，对于法律思维能力和获取知识能力的培养大有裨益。这种教学方法在大三、大四阶段更能显示出其优越性；当然对于包括法庭旁听、模拟法庭、社会调查、法律咨询、法律宣传、实习、论文等（《法学本科教育的困境与出路》作者：刘立霞、路海霞）环节也是要做相应的变革。在此不作为论述对象。

作为本科三年级的学生，在阅读王泽鉴的《民法思维》一书时，我觉得有很多感触，不仅是对于上文关于案例教学的阐释，同时给我留下深刻印象的是，书中充满了大量的实例，有些例子是真实的案件，有些例子则是王先生在生活中因遇灵感而为的设计。这与我们经常所看的传统的法学书籍是不同的，它不仅将晦涩难懂的理论通过实例间接表达，同时也为我们的法学学习开拓了视野，建立了一种全新的方法。因此要想真正理解“案例教学”的地位如何，我觉得通读此书会使我们有一个更深入，更全面的认识。

《裁量正义》读书笔记——初识裁量

宪政 B 组 冯鹏

“法律终止之处未必就是专制起始之所，法律终止之处实乃裁量起始之所，而裁量之运用即可能是仁行，亦可能是暴政，既有正义，亦有非正义，既可能是通情达理，亦可能是任意专断。”此书开篇即由此引出“裁量正义”这一概念，当然作者并未立即解释这一概念，然我们亦可初窥裁量正义何为。

法律象征了人人都需恪守的规则条例，它赋予了权力的效力与范围；而裁量则是权力的选择与运用，它约束了权力的具体运用。自然地，当法律规则失去效力时，权力的运用不受法律规则的限制时，是否就会陷入无拘无束，自由真空的状态，而暴政亦因此大行其道呢？正如作者所说，真正起始的是裁量，而裁量的运用会带来暴政，抑或仁行。同时，裁量是由裁量的公职人员运用，其个人的价值观念个人素质必然会对裁量产生巨大的影响，作者亦提到：“大部分的裁量决定都是直觉性的，而对影响的回应往往会排除关于价值的思考。”这句话很有见解，在于裁量的公职人员做出任何的裁量决定，其个人的情感与判断必然会给裁量决定造成首先甚至是决定性的影响，而先前的裁量规则的约束力可能不会起到其应有的效果。即裁量的公职人员做出裁量决定时，可能其自身的价值判断已经给予这个应受处罚的行为一个定性的决定，而具体的应该适用的裁量规则可能直接略过，或者稍稍借鉴思考，裁量的真正效力并未发挥。在这样的情况下，理智的作用显而易见，理性的价值判断可能会带来正义，然而这种正义的到来难以保障，很大程度上决定于裁量的公职人员的价值观念和个人素质。由此可见，暴政还是仁行，裁量起到了决定作用，裁量的重要性可见一斑，然而到底什么是裁量？书中作者并未给予如教科书中的准确性定义。“只要公职人员权力的实际界限允许其在可能的作为或不作为方案中自由做出选择，那么他就拥有裁量”作者由是说。可见作者将裁量这一概念具化到作为与不作为的选择中，自然这也是形象且典型的解释。同时作者亦强调“裁量并不限于实体性的选择，而且还扩张到程序、方法、形式、时限、强调的程度以及其他许多附加属性的因素。”可见，裁量的概念并不只是我们所习惯认为的只是最终决定前的依照一定规则的选择衡量，而是贯穿整个实体过程以及考虑一定的附加因素。当然，裁量的真正含义和意义只有在实践运用中才能体现其根本所在，毕竟我们的实际生活中，只要是与涉及到政府的行为事务，都有可能会运用到裁量，至于正义与不正义，则决定于裁量本身了。纵观我们现今社会有关裁量的方方面面，所见的似乎都是非正义的一面，如暴力执法、乱收费、乱罚款等裁量过度的行为。当城管执法人员作出如罚款、没收等处罚决定时是否会依据裁量规则进行处罚；交巡警对违背交通规则的人作出处罚决定时是否会切实履行裁量规则；行业协会，事业单位对相关人员作出处罚决定时是否会依据内部既定裁量规则……裁量充斥于每一个行政行为决定中，而有没有得到恰当的应用则是另一回事了。裁量正义的实现可以说我们必须重视的问题。

裁量正义如何确定与保障？这大概是每一个初步了解裁量后都会想到的问题。裁量是一个维度，就像一个杠杆，偏向任何一极都会致使不公正，不正义的产生，裁量正义只存在于中间两边平衡的那一点。正如作者所述：“裁量权是一种必要的政治工具，但过度的裁量权则是危险而且有害的。显然需要平衡，即裁量权既不过度亦非不足。”如何限定，构建和制约裁量？如何找到这一平衡点？这显然是整个裁量正义学说中至关重要的一部分。而本书中三分之一的内容即在讲述裁量的限定，构建和制约。纵观其内容可发现， 限定之方面主要在于制定广泛的行政规则，立法机关起到监督促进的作用。建构之方面主要在于公开公正的实现。而制约之方面则在于监督以及相关救济制度的建立完善。而这三方面的问题之多之深又是亟需仔细探究和思考的。当然初读的我认识思考尚且浅薄，且待后面发掘感想领悟。

作者书中有言：“在整个法律和政府制度中，最有必要且最有希望改善个案公正的领域，是那些必须更多地依靠裁量而非规则和原则做出决定的领域，是那些与非正式听证和司法审查基本都无关的领域。”缘何需要裁量？裁量何以如此重要？可能这句话已给出了答案。

对案外第三人撤销之诉的几点思考

诉讼组 张硕

2010 年 8 月 31 日，我国民事诉讼法修正案正式通过，将在 2013 年 1 月 1 号施行。新民诉的修改中有很多亮点值得法学研究者和学习者来讨论，其中就包括在当事人一章中新增的第三人撤销之诉，为此查找了相关的论文和专著来研究这一内容。

虽然在世界上把第三人撤销之诉明确纳入民事诉讼法的文本中的，目前只有法国、中国、以及我国台澳地区。但是在学界它已经不是一个新鲜的名词，我国大陆以及台湾地区的很多学者都发表过专门的论文来研究这个问题，在世界其他国家，对案外第三人也有了比较成熟的研究，以下列举几点自己通过阅读对案外第三人撤销之诉的思考。

一、案外第三人撤销之诉的理论基础是什么？

通说的看法是，案外第三人撤销之诉是基于权利的司法救济层面而产生的一种特殊的诉讼制度。法谚有云：“没有救济的权利不是真正的权利”，由于第三人权利的特殊性（第三人因判决涉及己之不利益），使得其无法通过一般的诉讼渠道得到救济，一般通过再审申诉的渠道寻求司法救济，而再审是一种非常救济程序因此很难启动。

除此之外，我国学者胡军辉和廖永安提出了四种法理基础：既判力相对性原则（这使得第三人可据此免受当事人之间裁判的约束）；既判力主观范围的扩张（源于市场经济下利益主体多元化和减少后诉的需要）；审判的反射效力对第三人产生不利影响使得第三人权利需要保障；以意思自治为基础的当事人主义诉讼模式存在缺陷。

对该两位学者的主张首先我表示他们确实在法理上找到了其基础，然而其理论绝非自己的发明，而是借鉴了日本的高桥宏志以及中村英朗的相关论述。但是作者在阐述国外学者的观点时分成了四种法理基础，这四种在逻辑上并没有衔接好。

两位学者既看到了既判力的相对性，又看到了审判的相对性是一种理想状态，审判还有反射效力，实则承认了第三人通过判决的执行间接的受到了相对性判决的影响。作者将两者均作为其法理基础在逻辑上没有进行明确的阐述和衔接。在我看来，作者想表达的是这样一种意思：既判力的相对性弱化以至于判决有了对世彰显私人间的实体法律关系的对世效力，在现实生活中这种对世效力的强化很有可能触动到他人的利益边界，因此判决实际上有了反射的效力，这种对世的绝对对抗效力很有可能对第三人（当事人以外的人）发生损害或者不利益。这两者之间是密不可分的，不能简单的机械的分为两点来论述。

二、我国新民诉与台湾、法国的民诉对案外第三人撤销之诉主体确定的比较研究。

我国新民诉的第五十六条新增了第三款：“前两款规定的第三人，因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理，诉讼请求成立的，应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书；诉讼请求不成立的，驳回诉讼请求。”

法国新《民事诉讼法》第 583 条规定：“任何于其中有利益的人均允许提出第三人异议，但以该人在其攻击的判决中既不是当事人，也未经代理人进行诉讼为条件。”

我国台湾地区的民诉法 507 条第 1 款规定，有法律上利害关系的第三人，非因可归责于己的事由而未参加诉讼，至不能提出足以影响判决结果的攻击和防御方法者，得以两造为共同被告对于确定终局判决提起撤销之诉，请求撤销对其不利部分的判决。但应循其他法定程序请求救济者，不在此限。

对比可知，法国和我国台湾地区对提起第三人撤销之诉主体作规定的共同要件有两个：一是必须是当事人以外的第三人；二是必须具备诉的利益。但是相对于法国的立法台湾地区还规定了一个程序性要件，即非因不可归责于己的事由而未获得适当的程序保障。

我国的立法在上述基础上，对程序性要件进行了进一步的主体限缩，即参加原诉但不具有当事人地位的人。如果说台湾法中暗含了法官有通知利益可能受到将来判决损害的第三人参加诉讼的义务，那么我国大陆的规定则是明文的在把这里的第三人归为已经被允许参加原审判的人了。

三、我国新民诉对案外第三人撤销之诉作出规定后，我们应有哪些展望？

首先，通过阅读相关的论文及著作，我们不难发现关于第三人撤销之诉的规定世界上有两种立法例。一种是建立独立的第三人撤销的诉讼程序，采用此种形式的主要是上述法国，我国及台澳地区的法律；另一种就是在再审程序中建立第三人再审之诉或者在特别法中加以规定的救济方式，例如日本德国。但是我国在第三人撤销之诉的具体运作上并没有新的规定，而是比照再审程序进行的。

这样看来，我国虽然在形式上将案外第三人撤销之诉看作一种独立保护第三人权益的救济方式，但是实质上并没有和再审程序截然区分开来。实际上在这两个领域，两者之间的关系在我国的立法规定体系下也是较为混乱的，要找到一定的头绪还有待以后的继续研究。

其次，我认为案外第三人之诉规定入民事诉讼法只是一个开始，相应的具体措施及司法解释会在该制度施行一段时间后相继颁布，同时与之相配套的其他第三人保护制度以及非常规救济制度也有待完善。所以现在来讨论案外第三人之诉在我国是否可行只是纸上谈兵，还需假以时日才能真正发现该制度和我国法治现状社会现状的融合程度如何，有什么需要完善和改进的地方。

读拉伦茨《法学方法论》第三章第一节

法理组 徐恒婧

拉伦茨第三章第一节是关于“法条的逻辑结构”，分为两款：第一款是（完全）法条之构成部分，第二款是法条作为规定语句，对命令说的批评。

拉伦茨从法条规范说的角度，首先认为“法秩序”是由调整国民行为规范和法院或机关解决争端所依据的裁判规范组成的。而此“规则”具有以下两个特征：规范性特征，即具备有效性的要求；一般性特征，即绝非针对特定事件适用。

在对法条构成的理解上，不能绝对的认为其构成，不是国民的行为规范，就是裁判规范。因为很显然，也存在着既是调整国民行为规范又是裁判规范的法条。

例子 1：《合同法》第 107 条：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

“当事人是否完全履行合同义务”是法律所调整的国民行为，当法律所期望的行为未得到履行，在受侵害的当事人采取司法救济手段时候，法律上相应的规定了法院和机关能针对违约的当事人做出“强制其继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等承担违约责任”的裁判。

拉伦茨对法律语句进行了语法上的分析。他比较了陈述性语句和规范性语句异同。所谓陈述性语句，是主张或者描述的关系或事件在过去或现在事实上存在或发生，强调的是事实判断，以“真”或假来去评判；而所谓规范性语句是指当构成要件所描述的案件事实存在，法效果即应发生，在构成此类语句中，“应”或“有义务”成为其关键词，而“法效果（义务）是否发生”成为其评判标准。

因此，如何理解“法效果”便是关键所在。在文中，拉伦茨提到了“法效果始终属于规范性领域”。这又有必要简单解释一下何为“规范性领域”。在老师的指导下，我个人认为“规范性领域”是指在法律所调整的行为范围之中。拉伦茨借尼古拉.哈特曼“客观精神领域”来诠释，通俗来说，你做出一个行为：例如约定情侣有相互忠诚的义务，并对违约责任进行规定。那么这个行为所针对的客体并不属于法律性事实及关系的层面（即“规范性领域”），因此不会产生法效果。因此，在生活中的行为关系要符合所制定规范中的构成要件，才有“法的适用”。

另外，“法效果”还需要区别立法者借法条所追求的实际效果。因为“法效果”指的是“你应当如何”，而“实际效果”则更侧重于事实上“你如何”。并且，“法效果”的产生，并不取决于其他事实，而是取决于事实中是否存在使法效果发生的“构成要件”。一旦“符合构成要件”的前提发生了，必然会导致“法效果”的发生。

那么，反观现行（完全）法条，是否就符合了拉伦茨规范性语句的构成呢？我们可以看到以下两种类型的法条：

例子 2：《民法通则》第 4 条：民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

例子 3：《婚姻法》第 20 条第二款：一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方

给付扶养费的权利。

前者是原则性条款，属于定言语句，它所确定的构成要件的范围是极其宽泛的。换言之，只要满足“民事活动”这一构成要件，必然要负有“遵守自愿、公平、等价有偿、诚实信用的义务”。后者是属于一种“如果……那么……”的假言语句。此法条的构成要件是“一方不履行扶养义务”，发生的法效果则是“负有给付对方扶养费的义务”。

因此，我认为拉伦茨的规范性语句是大体能够涵盖一般性的法条，但是在宪法序言中的语句，又存在一些疑惑。例如我国《宪法》序言中对我国近现代史及革命成果的描述，其法效果又是如何定性？再例如《美国宪法》中序言“我们美利坚合众国的人民，为了组织一个更完善的联邦，树立正义，保障国内的安宁，建立共同的国防，增进全民福利和确保我们自己及我们后代能安享自由带来的幸福，乃为美利坚合众国制定和确立这一部宪法。”这些宪法序言主要表现为一种叙述性的文字，用以叙述立宪之根据、建国的由来、国家之目的、宪法之地位及确立意识形态等，在内容上不属于宪法规范。个人认为，宪法序言可以近似的视为前文所提到的定言语句，构成要件是上述的立宪之根据等，其法效果则是国家政权的合法正当性。

在第二款中主要是对命令说的批判。法条命令说在拉伦茨看来，是指所有的法律规定，最后都可以转化为令行或禁止一定行为的语句。而针对此看法，拉伦次提出了三点质疑：质疑一是认为许多法条的直接法效果并非课予或改变义务，大多数可为权利的取得或丧失，例如所有权之取得与丧失的法条；质疑二是“法律上之力”成立未必会相应的产生义务，而是在特定法律行为发生时才发生实际意义，例如代理权、处分权限和受领权限的取得与丧失的法条。质疑三是规整人或人之集合法律地位的法条，例如权利能力、行为能力、国籍及住所取得的法条。

这些批判是真正的无懈可击么？答案显然不是。无论是权利取得或丧失法条，亦或是授权性法条，在法条之后必然存在一个“力”。这个“力”就是“命令”。命令说并不能狭隘的理解为以强制力为后盾要求行为人为或不为一定行为。当然，拉伦茨可能把这个“力”更倾向理解为“法效果”。

以上总结是依据读书时和法理讨论会上所探讨问题的整理及个人看法，若有不当之处，还望指教。

宪法基本价值人的尊严初探
——芦部信喜《宪法》读书笔记

2010 级 刘鑫健

芦部信喜先生所著《宪法》一书，在理论上既是日本宪法学说发展脉络的延伸，又是德国宪法学有一种对应沿承的结构类似性。

根据林来梵先生译者序言，芦部宪法学在理论构成上主要有五大内容：

1.宪法的本质观

他认识到宪法学的重构,必须将宪法的本来价值作为核心加以把握,即应该从将宪法的本质理解为立宪意义上的宪法。而构成宪法之本质的价值究竟为何呢？在他看来,那就是个人尊严的原理,宪法中的人权与主权这两大基本原理则均由此推演所出。

2.制宪权理论

对制宪权思想的产生起到了决定性作用的乃是近代自然法学派的根本法观念以及主权在民的思想。不仅有必要将制宪权纳入法学的对象,而且还有必要将其定位为接受某种“规范上的拘束”的存在。

3.国民主权理论

（1）权力性契机：最终决定国家政治问题的权力乃由国民自己来行使；

（2）正当性契机：国家行使权力正当性的最终权威乃在于国民。

4.宪法变迁理论

宪法是不断变迁的社会动态下的“活法”,因此其规范内涵的变化乃是自然的现象,在此没有必要将其法的性质特别作为问题加以思考的必要。

5.宪法诉讼论

不仅包括了对司法审查的正当化依据以及适当的作用范围等问题的深部探讨,而且主要包括了有关违宪审查的个别性的技术论和程序论。

整本书给我感触最深的便是芦部信喜先生的宪法本质关于人的尊严的分析它认为构成宪法本质的价值是人的尊严，人权与主权两大基本原则由此推导而出，作为宪法本质价值的个人尊严以及由此推出的人权、主权，相当于宪法的“根本规范”。在实践中，日本《宪法》的基本原理是国民主权、基本人权只尊重、和平主义。和平主义一定意义上可视为国际民主，因为国内民主与国际和平是密不可分的。

其中国民主权即民主分为以下两种含义：（1）权力性契机：最终决定国家政治问题的权力乃由国民自己来行使；（2）正当性契机：国家行使权力正当性的最终权威乃在于国民。

基本人权即自由是指：“人，因其为人而应享有的权利”，每个人都应该受到合乎人权的对待。人权的普适性和道义性，是它的两种基本特征。

宪法里有“根本规范”——大家都知道“根本规范”是凯尔森的概念，但凯尔森的“根本规范”实际上只是一个假想的规范，作为整个法律体系的出发点——而芦部信喜教授认为有一种实在的“根本规范”，在宪法中可以找到，也就是说宪法条文里面就隐藏着它的根本规范。那么这种根本规范是什么呢？芦部信喜教授认为有三种：一种是基础性的核心规范，像上述那些“人的尊严不可侵犯”就是这种基础性的核心规范；第二种是国民主权规范，规定主权在民，比如我国宪法第二条第一款规定国家的“一切权力属于人民”；第三种就是人权保障的基础规定，比如我国宪法第 33 条第 3 款就规定：“国家尊重和保障人权”。在芦部信喜看来，以上三者都属于宪法的根本规范，而这个根本规范当中最核心的部分则是“人的尊严”。

一、人的尊严

芦部信喜摆脱规范法学派对宪法概念的狭隘规范，认为规范与价值判断之间存有如此逻辑：规范若要有效，必须以相关的价值判断为其基础。所以宪法是将“人生而自由平等”的自由权思想，基于国民具有制宪权的理念而加以了成文化的发展。

人的尊严是最高位阶的价值，是人类永恒追求的目标。石里克认为在伦理学的规范等级体系中，每一个较低层级的规范可以由较高层级的规范来解释或论证；只有最高层级的规范，即一个或多个道德原则，才是不可能用这种方式去论证的、具有基础的有效性的知识；被当作最终规范或终极价值的东西，必须是从人的天性和现实生活中抽象出来的。

二、基本人权

基本人权即自由的本质在于防止公权力的侵害。权力的终极权威存在于人民，并只在确立人民参政体制下始能现实。自由必然蕴含着民主，民主以自由的保障为其本质。

至20世纪，立宪主义的自由又扩大内涵，包括藉由国家权力的自由，亦即社会权，为“赋予人类免于恐惧与匮乏的自由”，“从妨碍人格的充分发展的制约与压迫中解放的自由”。近代宪法，最重要的是自由的法秩序。当然，宪法也规定国家机关的组织、授权这些机关
行使国家权力及宪法修正程序，但这些组织规范与授权规范及制度设计，其目的均在保障更根本的自由权利，两者具有目的与方法的关系。前者即人权保障的自由原理，后者即人民主权的民主原理，均由自然法思想导出。

当然至于人权这一基本概念还是颇有争议，我比较赞同程乃胜教授的观点，他主张人权的分层来探讨宪法研究的是什么层次的人权，即人权可分为三个层次：其一，不可剥夺的人权。信仰自由是个体自由中不可剥夺的，人格尊严也是不可剥夺的，所以可以界定为无法用外力强制的人权，或者说如果要剥夺就是侵犯人作为类群体的尊严；其二，基本人权。宪法，公认的国际人权公约，各国的宪法判例中规定的人权，如果缺少基本人权人就缺乏最起码的尊严。用下位法来保护，这一点同一般人权是不同的，可以依靠民法，行政法等保护。基本人权还有相对稳定性，一般权利天天可能都在变，但基本人权是相对稳定的。其三，一般人权，是告诉公民有这样的权利，同时保障也比较方便。他认为国家权利的配置主要是以不可剥夺人权和基本人权充分实现为前提的，所以宪法学研究的应该是这两个层次的人权。

三、国民主权

主权的持有者是国民，将国家权力正当化并赋予其权威的根据在终极意义上属于国民，而“国民”并非指选举权人而是全体国民。

基于国民主权原则，日本的天皇制本身象征性地保留了下来，但其性质和规定完全不同。从纵览统治权的地位走向了象征性意义，并对其权力和权利予以必要限制。在理论上，二战前天皇权威来自神的意思，日本国宪法制定后天皇权力来源于国民，其标志是天皇的长篇诏书《人凡宣言》。

从人性尊严导出基本人权的自由原理及人民主权的民主原理，是立宪主义的基本推论，人性尊严是自由民主宪法上位规范的根本规范。芦部信喜一方面认为人权保障的自由原理与人民主权的民主原理实定法化的宪法，即“实定法化的超实定法”构成宪法核心的“根本规范”，即“在实定宪法之内的根本规范”；另一方面，他认为实定宪法内根本规范基础的核心价值就是“人性尊严”，制约着制宪权的正当性，具有直接普遍适用效力的“真的超实定法”，亦即“在实定宪法之外的根本规范。

综上所述，最为“根本规范”的人的尊严是最高阶层的客观价值，是我们人类永远追求的目标。

征稿启事

为丰富《东吴法声》杂志内容，更好的展现苏州大学王健法学院本科生学术成果，现向法学院在读本科生征稿。

稿件形式多样，学习思考、学术拓展、实践报告等均可。字数在 1000 字以上（但不宜过长）。

请将稿件以电子邮件的形式发至 fxydwfs@163.com（“法学院东吴法声”首字母）。联系方式：18801548667（李成星）

苏州大学王健法学院科协

《东吴法声》编辑部